

Phần 1

PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP

I. NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ DOANH NGHIỆP

1. Khái niệm doanh nghiệp

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, doanh nghiệp được định nghĩa 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 doanh¹.

Doanh nghiệp có những đặc điểm pháp lý cơ bản sau đây:

Thứ nhất, là tổ chức kinh tế, có tư cách chủ thể pháp lý độc lập;

Thứ hai, doanh nghiệp được xác lập tư cách pháp lý (thành lập và đăng ký kinh doanh) theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định;

Thứ ba, hoạt động kinh doanh nhằm mục tiêu chủ yếu lợi nhuận là tôn chỉ hoạt động của doanh nghiệp.

2. Phân loại doanh nghiệp

Có các cách phân loại doanh nghiệp chủ yếu sau:

Thứ nhất, căn cứ vào tính chất sở hữu và mục đích hoạt động của doanh nghiệp, doanh nghiệp được chia thành: doanh nghiệp tư và doanh nghiệp công.

Thứ hai, căn cứ vào tư cách pháp lý của doanh nghiệp, doanh nghiệp được phân chia thành: doanh nghiệp có tư cách pháp nhân và doanh nghiệp không có tư cách pháp nhân.

Thứ ba, căn cứ vào phạm vi trách nhiệm tài sản (mức độ chịu trách nhiệm tài sản trong hoạt động kinh doanh của chủ sở hữu doanh nghiệp), doanh nghiệp được chia thành: doanh nghiệp chịu trách nhiệm hữu hạn và doanh nghiệp chịu trách nhiệm trong kinh doanh. (Mức độ, phạm vi trách nhiệm của doanh nghiệp chỉ có ý nghĩa và được áp dụng khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản).

Thứ tư, căn cứ vào cơ cấu chủ sở hữu và phương thức góp vốn vào doanh nghiệp, doanh nghiệp được chia thành: doanh nghiệp một chủ sở hữu (doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên) và doanh nghiệp nhiều chủ sở hữu (công ty cổ phần, công ty TNHH 2 thành viên trở lên, công ty hợp danh).

Thứ năm, căn cứ vào loại hình tổ chức và hoạt động, doanh nghiệp được chia thành: Công ty cổ phần; công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh; doanh nghiệp tư nhân.

3. Văn bản pháp luật về thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của doanh nghiệp

¹ Khoản 1 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005

Việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của doanh nghiệp áp dụng theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Đầu tư năm 2005. Ngoài ra có các văn bản liên quan như: Nghị định số 139/2007/NĐ-CP ngày 5 tháng 9 năm 2007 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp; Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 8 năm 2006 của Chính phủ về đăng ký kinh doanh ; Nghị định số 108/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật đầu tư ; Nghị định số 101/2006/NĐ-CP ngày 21 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ quy định việc đăng ký lại, chuyển đổi và đăng ký đổi Giấy chứng nhận đầu tư của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư.

Trường hợp Điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác về hồ sơ, trình tự, thủ tục và điều kiện thành lập, đăng ký kinh doanh, cơ cấu sở hữu và quyền tự chủ kinh doanh, thì áp dụng theo các quy định của Điều ước quốc tế đó. Trong trường hợp này, nếu các cam kết song phương có nội dung khác với cam kết đa phương thì áp dụng theo nội dung cam kết thuận lợi hơn đối với doanh nghiệp và nhà đầu tư.

Trường hợp có sự khác nhau giữa các quy định của Luật Doanh nghiệp và các luật đặc thù sau đây về hồ sơ, trình tự, thủ tục và điều kiện thành lập, đăng ký kinh doanh; về cơ cấu tổ chức quản lý, thẩm quyền của các cơ quan quản lý nội bộ doanh nghiệp, quyền tự chủ kinh doanh, cơ cấu lại và giải thể doanh nghiệp thì áp dụng theo quy định của luật đó:

- a) Luật Các tổ chức tín dụng;
- b) Luật Dầu khí;
- c) Luật Hàng không dân dụng Việt Nam;
- d) Luật Xuất bản;
- đ) Luật Báo chí;
- e) Luật Giáo dục;
- g) Luật Chứng khoán;
- h) Luật Kinh doanh bảo hiểm;
- i) Luật Luật sư;
- k) Luật Công chứng;
- l) Luật sửa đổi, bổ sung các luật nêu trên và các luật đặc thù khác.

4. Thành lập doanh nghiệp và đăng ký kinh doanh

Với yêu cầu của nguyên tắc tự do kinh doanh, thành lập doanh nghiệp được coi là quyền cơ bản của nhà đầu tư. Việc thành lập doanh nghiệp phải được thực hiện trong khuôn khổ pháp luật. Các quy định về thành lập doanh nghiệp một mặt nhằm bảo đảm quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư, mặt khác phải đáp ứng yêu cầu của quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp, bao gồm những nội dung cơ bản sau đây:

4.1. Đối tượng có quyền thành lập doanh nghiệp

Tất cả các tổ chức là pháp nhân, gồm cả doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, không phân biệt nơi đăng ký địa chỉ trụ sở chính và mọi cá nhân, không phân biệt nơi cư trú và quốc tịch đều có quyền thành lập, tham gia thành lập

doanh nghiệp tại Việt Nam theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Tuy nhiên, Khoản 2 Điều 13 của Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “Tổ chức, cá nhân sau đây không được quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp tại Việt Nam:

a) 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;

b) Cán bộ, công chức theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức;

c) 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;

d) 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 uỷ quyền để quản lý phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp khác;

đ) Người chưa thành niên; người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự;

e) Người đang chấp hành hình phạt tù hoặc đang bị Toà án cấm hành nghề kinh doanh;

g) Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật về phá sản”.

Những đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp vẫn có quyền góp vốn vào công ty, nếu họ không thuộc một trong các trường hợp sau:

- Cơ quan nhà nước, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang nhân dân sử dụng tài sản nhà nước góp vốn vào doanh nghiệp để thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình;

- Các đối tượng không được quyền góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức².

4.2. Đăng ký kinh doanh

Đăng ký kinh doanh là thủ tục có ý nghĩa cơ bản, là “*khai sinh*” về mặt pháp lý cho doanh nghiệp. Theo quy định tại Điều 6 Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 8 năm 2006 của Chính phủ về Đăng ký kinh doanh, việc đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp được thực hiện tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp dự định đặt trụ sở chính (gọi chung là cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh).

Người thành lập doanh nghiệp phải lập và nộp đủ hồ sơ đăng ký kinh doanh³, đồng thời phải chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của nội dung hồ sơ 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 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.

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

² Khoản 4 Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005

³ Xem các điều từ Điều 16 đến Điều 23 Luật Doanh nghiệp 2005

- Ngành, nghề đăng ký kinh doanh không thuộc lĩnh vực cấm kinh doanh;
- Tên của doanh nghiệp được đặt theo đúng quy định của pháp luật⁴;
- 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.

Khi đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp được ghi tên vào sổ đăng ký kinh doanh và được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp được tiến hành các hoạt động kinh doanh. Đối với ngành, nghề mà pháp luật quy định phải có điều kiện thì doanh nghiệp chỉ được kinh doanh ngành, nghề đó khi có đủ điều kiện theo quy định.

Điều kiện kinh doanh là yêu cầu mà doanh nghiệp phải có hoặc phải thực hiện khi kinh doanh ngành, nghề cụ thể, được thể hiện bằng giấy phép kinh doanh, giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, chứng chỉ hành nghề, chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp, yêu cầu về vốn pháp định hoặc yêu cầu khác⁵. Các hình thức của điều kiện kinh doanh được Chính phủ quy định tại Nghị định số 139/2007/NĐ-CP ngày 05/9/2007. Nếu doanh nghiệp tiến hành kinh doanh khi không đủ điều kiện theo quy định thì Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty và Giám đốc/Tổng giám đốc (đối với công ty trách nhiệm hữu hạn), Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc/Tổng giám đốc (đối với công ty cổ phần), tất cả các thành viên hợp danh (đối với công ty hợp danh) và chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân (đối với doanh nghiệp tư nhân) phải cùng liên đới chịu trách nhiệm trước pháp luật về việc kinh doanh đó.

Sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp phải công bố nội dung đăng ký kinh doanh 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 doanh nghiệp;
- Địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp, 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 đầu tư ban đầu đối với doanh nghiệp tư nhân; vốn pháp định đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề đòi hỏi phải có vốn pháp định;
- Họ, tên, địa chỉ, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh của chủ sở hữu, của thành viên hoặc cổ đông sáng lập;
- Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp;
- Nơi đăng ký kinh doanh.

⁴ Xem các điều từ Điều 31 đến Điều 34 Luật Doanh nghiệp 2005

⁵ Khoản 2 Điều 7 Luật Doanh nghiệp 2005

Trước khi đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp, các thành viên sáng lập hoặc người đại diện theo ủy quyền của nhóm thành viên sáng lập có thể ký kết các hợp đồng phục vụ cho việc thành lập doanh nghiệp. Trường hợp doanh nghiệp được thành lập thì doanh nghiệp là người tiếp nhận quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đã ký kết. Nếu doanh nghiệp không được thành lập thì người ký kết hợp đồng hoàn toàn hoặc liên đới chịu trách nhiệm về việc thực hiện hợp đồng đó.

5. Tổ chức lại doanh nghiệp

Tổ chức lại doanh nghiệp bao gồm chia tách, hợp nhất, sáp nhập và chuyển đổi hình thức pháp lý doanh nghiệp. Quy định về tổ chức lại doanh nghiệp là cơ sở pháp lý tạo điều kiện cho doanh nghiệp phát triển thuận lợi, hiệu quả và đa dạng. Quy định về tổ chức lại áp dụng cho các loại hình doanh nghiệp có thể có sự khác nhau phù hợp với đặc điểm của từng loại hình doanh nghiệp. Luật doanh nghiệp quy định về tổ chức lại doanh nghiệp trên cơ sở vận dụng những quy định về sáp nhập, hợp nhất, chia, tách và chuyển đổi pháp nhân trong Bộ luật Dân sự.

5.1. Chia doanh nghiệp

Chia doanh nghiệp là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần được chia thành một số công ty cùng loại. Thủ tục chia công ty được thực hiện theo Điều 150, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh các công ty mới, công ty bị chia chấm dứt tồn tại. Các công ty mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị chia hoặc có thể thỏa thuận với chủ nợ, khách hàng và người lao động để một trong số các công ty đó thực hiện nghĩa vụ này.

5.2. Tách doanh nghiệp

Tách doanh nghiệp là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần được tách bằng cách chuyển một phần tài sản của công ty hiện có (gọi là công ty bị tách) để thành lập một hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty được tách), chuyển một phần quyền và nghĩa vụ của công ty bị tách sang công ty được tách mà không chấm dứt tồn tại của công ty bị tách. Thủ tục tách công ty được thực hiện theo Điều 151 Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty bị tách và công ty được tách phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị tách, trừ trường hợp công ty bị tách, công ty mới thành lập, chủ nợ, khách hàng và người lao động của công ty bị tách có thỏa thuận khác.

5.3. Hợp nhất doanh nghiệp

Hợp nhất doanh nghiệp là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho tất cả các loại hình công ty, theo đó hai hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty 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 sang công ty hợp nhất, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các công ty bị hợp nhất. Thủ tục hợp nhất công ty được thực hiện theo Điều 152, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, các công ty bị hợp nhất chấm dứt tồn tại. Công ty hợp nhất được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các công ty bị hợp nhất.

5. 4. Sáp nhập doanh nghiệp

Sáp nhập doanh nghiệp là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho tất cả các loại hình công ty, theo đó một hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty bị sáp nhập) sáp nhập vào một công ty khác (gọi là công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập. Thủ tục sáp nhập công ty được thực hiện theo Điều 153, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty nhận sáp nhập được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị sáp nhập.

5.5. Chuyển đổi doanh nghiệp

Có nhiều trường hợp chuyển đổi doanh nghiệp và thủ tục cụ thể được quy định cho từng trường hợp chuyển đổi.

Thủ tục chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần (gọi là công ty được chuyển đổi) thành công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (gọi là công ty chuyển đổi) được thực hiện theo Điều 154 Luật Doanh nghiệp và Nghị định số 139/2007/NĐ-CP ngày 5 tháng 9 năm 2007. Nghị định này cũng quy định việc chuyển đổi từ doanh nghiệp tư nhân sang công ty trách nhiệm hữu hạn. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty được chuyển đổi chấm dứt tồn tại. Công ty chuyển đổi được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty được chuyển đổi.

Đối với công ty nhà nước thực hiện theo lộ trình chuyển đổi hàng năm, nhưng chậm nhất trong thời hạn bốn (4) năm kể từ ngày Luật Doanh nghiệp năm 2005 có hiệu lực, các công ty nhà nước thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 phải chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần. Trong thời hạn chuyển đổi, những quy định của Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 được tiếp tục áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước nếu Luật Doanh nghiệp năm 2005 không có quy định. Việc chuyển đổi tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước độc lập, công ty mẹ là công ty nhà nước theo hình thức công ty mẹ-công ty con hoạt động theo Luật Doanh nghiệp thực hiện theo Nghị định số 111/2007/NĐ-CP ngày 26 tháng 6 năm 2007. Việc chuyển đổi công ty nhà nước thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thực hiện theo Nghị định số 95/2006/NĐ-CP ngày 8 tháng 9 năm 2006. Việc chuyển đổi doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần thực hiện theo Nghị định số 109/2007/NĐ-CP ngày 26 tháng 6 năm 2007.

Nghị định số 101/2006/NĐ-CP ngày 21 tháng 9 năm 2006 quy định việc đăng ký lại, chuyển đổi và đăng ký đổi Giấy chứng nhận đầu tư của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư.

6. Giải thể doanh nghiệp

Giải thể doanh nghiệp là một trong những thủ tục pháp lý dẫn đến chấm dứt tồn tại của doanh nghiệp. Khi doanh nghiệp giải thể, mọi hoạt động của doanh nghiệp được chấm dứt, các nghĩa vụ của doanh nghiệp được giải quyết và tài sản còn lại của doanh nghiệp được phân chia cho các thành viên (chủ sở hữu doanh nghiệp). Các quy định pháp luật về giải thể doanh nghiệp bao gồm các nội dung cơ bản là: các trường hợp giải thể, điều kiện giải thể và thủ tục giải thể.

6.1. Các trường hợp giải thể và điều kiện giải thể doanh nghiệp

a) Các trường hợp giải thể

Quyết định việc giải thể doanh nghiệp thuộc quyền của chủ sở hữu doanh nghiệp. Tuy nhiên, khi doanh nghiệp không còn thoả mãn các điều kiện tồn tại theo quy định của pháp luật hoặc kinh doanh vi phạm pháp luật, thì bắt buộc doanh nghiệp phải giải thể. Theo Khoản 1 Điều 57 Luật Doanh nghiệp, doanh nghiệp giải thể trong các trường hợp sau:

- Kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn;
- Theo quyết định của chủ doanh nghiệp đối với doanh nghiệp tư nhân; của tất cả thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; của Hội đồng thành viên, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn; của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần;
- Công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn sáu tháng liên tục;
- Bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

b) Điều kiện giải thể

Các quy định về giải thể doanh nghiệp không chỉ tạo cơ sở pháp lý để chấm dứt tồn tại của doanh nghiệp, mà quan trọng hơn là còn bảo vệ quyền lợi của những chủ thể có liên quan, đặc biệt là quyền lợi của chủ nợ và người lao động khi doanh nghiệp chấm dứt tồn tại. Vấn đề quan trọng nhất trong giải thể doanh nghiệp là giải quyết những khoản nợ và những hợp đồng mà doanh nghiệp đã giao kết trước khi chấm dứt tồn tại. Các khoản nợ và hợp đồng này có thể được giải quyết bằng các giải pháp: doanh nghiệp tiến hành thanh toán hết các khoản nợ và thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ hợp đồng; Chuyển giao nghĩa vụ thanh toán nợ và nghĩa vụ hợp đồng cho chủ thể khác theo thỏa thuận giữa các bên có liên quan. Theo Khoản 2 Điều 157, Luật Doanh nghiệp doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác.

6.2. Thủ tục giải thể doanh nghiệp

a) Thông qua quyết định giải thể doanh nghiệp

Khi có căn cứ giải thể, để tiến hành việc giải thể, doanh nghiệp phải thông qua quyết định giải thể. Quyết định giải thể doanh nghiệp phải có các nội dung chủ yếu theo quy định tại Khoản 1 Điều 158 Luật Doanh nghiệp. Sau khi thông qua quyết định giải thể, doanh nghiệp phải gửi quyết định giải thể đến cơ quan đăng ký kinh doanh, các chủ nợ, người lao động, người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan. Quyết định giải thể phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính của doanh nghiệp 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. Khi gửi quyết định giải thể cho các chủ nợ, doanh nghiệp phải gửi kèm theo thông báo về phương án giải quyết nợ. Thông báo này phải ghi rõ tên, địa chỉ của chủ nợ, số nợ, thời hạn, địa điểm và phương thức thanh toán số nợ đó, cách thức và thời hạn giải quyết khiếu nại của chủ nợ.

b) Thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp

Thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ là vấn đề quan trọng, chủ yếu của doanh nghiệp khi giải thể. Việc thanh toán các khoản nợ là rất phức tạp vì liên quan đến quyền lợi của nhiều người, do đó phải tiến hành theo trình tự, thủ tục nhất định.

Theo Khoản 2 Điều 158 Luật Doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp tư nhân, Hội đồng thành viên hoặc chủ sở hữu công ty, Hội đồng quản trị trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định thành lập tổ chức thanh lý riêng. Các khoản nợ của doanh nghiệp được thanh toán theo thứ tự: (i) Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác của người lao động theo thỏa ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết; (ii) Nợ thuế và các khoản nợ khác. Sau khi đã thanh toán hết các khoản nợ và chi phí giải thể doanh nghiệp, phần còn lại thuộc về chủ doanh nghiệp tư nhân, các thành viên, cổ đông hoặc chủ sở hữu công ty.

c) Xóa tên doanh nghiệp trong sổ đăng ký kinh doanh

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

d) Giải thể doanh nghiệp bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh

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

7. Phá sản doanh nghiệp

Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định việc phá sản doanh nghiệp được thực hiện theo quy định của pháp luật về phá sản. Theo đó, việc phá sản doanh nghiệp tuân thủ theo các quy định của Luật Phá sản được Quốc hội thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004.

II. CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP

1. Doanh nghiệp tư nhân

1.1. Bản chất pháp lý của doanh nghiệp tư nhân

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 nghiệp⁶.

Doanh nghiệp tư nhân có những đặc điểm pháp lý cơ bản như sau:

Thứ nhất, doanh nghiệp tư nhân do một cá nhân làm chủ sở hữu. Mỗi cá nhân chỉ được quyền đăng ký thành lập một doanh nghiệp tư nhân hoặc một hộ kinh doanh

⁶ Điều 141 Luật Doanh nghiệp 2005

cá thể hoặc làm thành viên hợp danh của một công ty hợp danh, trừ trường hợp các thành viên hợp danh còn lại có thỏa thuận khác. Cá nhân chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân hoặc hộ kinh doanh cá thể hoặc cá nhân thành viên hợp danh có quyền thành lập, tham gia thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần.

Thứ hai, chủ doanh nghiệp tư nhân chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp (trách nhiệm vô hạn). Ở doanh nghiệp tư nhân, không có sự phân biệt tư cách pháp lý của chủ doanh nghiệp với chủ thể kinh doanh là doanh nghiệp. Vì chủ doanh nghiệp chịu trách nhiệm vô hạn nên tài sản được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của chủ doanh nghiệp tư nhân không phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu cho doanh nghiệp.

Thứ ba, doanh nghiệp tư nhân không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

Thứ tư, doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân.

1.2. Tổ chức quản lý doanh nghiệp tư nhân

Điều 143 Luật Doanh nghiệp quy định những nguyên tắc quản lý của doanh nghiệp tư nhân. 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 trong mọi trường hợp, chủ doanh nghiệp tư nhân là người phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

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

1.3. Cho thuê và bán doanh nghiệp tư nhân

a) Cho thuê doanh nghiệp tư nhân

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.

b) Bán doanh nghiệp tư nhân

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Khi bán doanh nghiệp, 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 thỏa thuận khác. Người mua doanh nghiệp phải đăng ký kinh doanh lại theo quy định của pháp luật.

2. Công ty hợp danh

2.1. Bản chất pháp lý của công ty hợp danh

Đối với các nước trên thế giới, công ty hợp danh được pháp luật ghi nhận là một loại hình đặc trưng của công ty đối nhân, trong đó có ít nhất hai thành viên (đều là cá nhân và là thương nhân) cùng tiến hành hoạt động thương mại (theo nghĩa rộng) dưới một hăng chung (hay hội danh) và cùng liên đới chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ của công ty.

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, quan niệm về công ty hợp danh ở nước ta hiện nay có một số điểm khác với cách hiểu truyền thống về công ty hợp danh. Theo đó công ty hợp danh được định nghĩa là một loại hình doanh nghiệp, với những đặc điểm pháp lý cơ bản sau:

- 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 là tổ chức hoặc cá nhân, 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;

- Trong quá trình hoạt động, công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

Như vậy, nếu căn cứ vào tính chất thành viên và chế độ chịu trách nhiệm tài sản, thì công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp có thể được chia thành hai loại: Loại thứ nhất là những công ty giống với công ty hợp danh theo pháp luật các nước, tức là chỉ bao gồm những thành viên hợp danh (chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản của công ty); Loại thứ hai là những công ty có cả thành viên hợp danh và thành viên góp vốn (chịu trách nhiệm hữu hạn). Loại công ty này pháp luật các nước gọi là công ty hợp vốn đơn giản (hay hợp danh hữu hạn), và cũng là một loại hình của công ty đối nhân. Với quy định về công ty hợp danh, Luật Doanh nghiệp đã ghi nhận sự tồn tại của các loại hình công ty đối nhân ở Việt Nam hiện nay.

2.2. Thành viên công ty hợp danh

a) Thành viên hợp danh

Công ty hợp danh bắt buộc phải có ít nhất 2 thành viên hợp danh. Thành viên hợp danh phải là cá nhân.

Trách nhiệm tài sản của các thành viên hợp danh đối với các nghĩa vụ của công ty là trách nhiệm vô hạn và liên đới. Chủ nợ có quyền yêu cầu bất kỳ thành viên hợp danh nào thanh toán các khoản nợ của công ty đối với chủ nợ. Mặt khác, các thành

viên hợp danh phải chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty bằng toàn bộ tài sản của mình (tài sản đầu tư vào kinh doanh và tài sản không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh).

Thành viên hợp danh là những người quyết định sự tồn tại và phát triển của công ty cả về mặt pháp lý và thực tế. Trong quá trình hoạt động, các thành viên hợp danh được hưởng những quyền cơ bản, quan trọng của thành viên công ty, đồng thời phải thực hiện những nghĩa vụ tương xứng để bảo vệ quyền lợi của công ty và những người liên quan. Các quyền và nghĩa vụ của thành viên hợp danh được quy định trong Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Tuy nhiên để bảo vệ lợi ích của công ty, pháp luật quy định một số hạn chế đối với quyền của thành viên hợp danh như: không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty khác (trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại); 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; 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.

Trong quá trình hoạt động, công ty hợp danh có quyền tiếp nhận thêm thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn. Việc tiếp nhận thêm thành viên phải được Hội đồng thành viên chấp thuận. Thành viên hợp danh mới được tiếp nhận vào công ty 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 khi có thỏa thuận khác) Tư cách thành viên công ty của thành viên hợp danh chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

- Thành viên chết hoặc bị tòa án tuyên bố là đã chết, mất tích, bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự;

- Tự nguyện rút vốn khỏi công ty hoặc bị khai trừ khỏi công ty hay các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định. Khi tự nguyện rút khỏi công ty hoặc bị khai trừ khỏi công ty trong thời hạn 2 năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên, thành viên hợp danh vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước khi đăng ký việc chấm dứt tư cách thành viên.

b) Thành viên góp vốn

Công ty hợp danh có thể có thành viên góp vốn. Thành viên góp vốn có thể là tổ chức, hoặc cá nhân. 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. Là thành viên của công ty đối nhân, nhưng thành viên góp vốn hưởng chế độ trách nhiệm tài sản như một thành viên của công ty đối vốn. Chính điều này là lý do cơ bản dẫn đến thành viên góp vốn có tư cách pháp lý khác với thành viên hợp danh. Bên cạnh những thuận lợi được hưởng từ chế độ trách nhiệm hữu hạn, thành viên góp vốn bị hạn chế những quyền cơ bản của một thành viên công ty.

Thành viên góp vốn chỉ được tham gia quản lý công ty ở mức độ rất hạn chế, trong phạm vi những vấn đề có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ. không được hoạt động kinh doanh nhân danh công ty. Pháp luật nhiều nước còn quy định nếu thành viên góp vốn hoạt động kinh doanh nhân danh công ty thì sẽ mất quyền chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ của công ty. Các quyền và nghĩa vụ cụ thể của thành viên góp vốn được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

2.3. Chế độ pháp lý về tài sản

Là loại hình công ty đối nhân, công ty hợp danh không được phép phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào để huy động vốn trong công chúng. Khi thành lập công ty, các thành viên phải góp vốn vào vốn điều lệ của công ty. Số vốn mà mỗi thành viên cam kết góp vào công ty phải được ghi rõ trong điều lệ của 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 quá trình hoạt động, công ty hợp danh có thể tăng vốn điều lệ bằng cách tăng phần vốn góp của các thành viên công ty hoặc kết nạp thành viên mới vào công ty theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

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

Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn phải góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Tại thời điểm góp đủ vốn như đã cam kết thành viên được cấp giấy chứng nhận phần vốn góp.

2.4. Quản trị nội bộ

Do tính an toàn pháp lý đối với công chúng cao nên việc quản lý công ty hợp danh chịu rất ít sự ràng buộc của pháp luật. Về cơ bản, các thành viên có quyền tự thỏa thuận về việc quản lý, điều hành công ty. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, cơ cấu tổ chức quản lý công ty hợp danh do các thành viên hợp danh thỏa thuận trong điều lệ công ty. Việc tổ chức quản lý công ty hợp danh phải tuân thủ các quy định về một số vấn đề cơ bản sau đây:

- Tất cả các thành viên hợp danh đều có quyền 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. 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.

- Trong công ty hợp danh, Hội đồng thành viên là cơ quan quyết định cao nhất của công ty bao gồm tất cả các thành viên. Hội đồng thành viên bầu một thành viên hợp danh làm chủ tịch đồng thời kiêm giám đốc hoặc tổng giám đốc (nếu điều lệ công ty không có quy định khác);

- Việc tiến hành họp hội đồng thành viên do Chủ tịch hội đồng thành viên triệu tập 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 có quyền triệu tập họp hội đồng. Cuộc họp của Hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty. Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả các công việc kinh doanh của công ty. Nếu điều lệ công ty không quy định thì khi quyết định những vấn đề quan trọng phải được ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận (xem Khoản 3 Điều 135 Luật Doanh nghiệp). Còn khi quyết định những vấn đề khác không quan trọng thì chỉ cần ít nhất 2/3 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận. Tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Khi tham gia họp thảo, thảo luận về các vấn đề của công ty mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết hoặc có số biểu quyết khác

quy định tại Điều lệ công ty. Quyền tham gia biểu quyết của thành viên góp vốn bị hạn chế hơn (xem Điểm a Khoản 1 Điều 140 Luật Doanh nghiệp);

- Trong quá trình hoạt động của công ty, các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tiến hành các hoạt động kinh doanh hàng 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. Thành viên hợp danh phân công nhau đảm nhận các chức danh quản lý và kiểm soát công ty; khi một số hoặc tất cả thành viên cùng thực hiện một số công việc kinh doanh thì quyết định được thông qua theo đa số. Chủ tịch hội đồng thành viên, giám đốc (tổng giám đốc) có nhiệm vụ quản lý và điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty với tư cách là thành viên hợp danh, phân công phối hợp công việc kinh doanh giữa các thành viên hợp danh, đồng thời là đại diện cho công ty trong quan hệ với cơ quan nhà nước, đại diện cho công ty với tư cách là nguyên đơn hoặc bị đơn trong các vụ kiện, tranh chấp thương mại.

3. Công ty cổ phần

3.1. Bản chất pháp lý của công ty cổ phần

Công ty cổ phần là loại hình đặc trưng của công ty đối vốn. Vốn điều lệ của công ty được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần, người sở hữu cổ phần gọi là cổ đông, cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty cho đến hết giá trị cổ phần mà họ sở hữu.

Là công ty đối vốn, công ty cổ phần mang các đặc trưng của loại hình công ty này, song cũng có những đặc trưng riêng, những đặc trưng này là cơ sở phân biệt công ty cổ phần với công ty đối vốn khác như công ty trách nhiệm hữu hạn.

- Vốn điều lệ của công ty được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Cổ phần được phát hành dưới dạng chứng khoán gọi là cổ phiếu. Một cổ phiếu có thể phản ánh mệnh giá của một hoặc nhiều cổ phần. Việc góp vốn vào công ty được thực hiện bằng cách mua cổ phần, mỗi cổ đông có thể mua nhiều cổ phần. Các thành viên có thể thỏa thuận trong điều lệ giới hạn tối đa số cổ phần mà một thành viên có thể mua, để chống lại việc một thành viên nào đó có thể nắm quyền kiểm soát công ty;

Cổ đông có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng cổ đông tối thiểu là ba và không hạn chế số lượng tối đa. Công ty cổ phần phải lập và lưu giữ Sổ đăng ký cổ đông từ khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp;

- Tính tự do chuyển nhượng phần vốn góp: Phần vốn góp của các thành viên được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu. Các cổ phiếu do công ty phát hành là một loại hàng hóa. Người có cổ phiếu có thể tự do chuyển nhượng theo quy định của pháp luật, trừ những trường hợp bị pháp luật hạn chế;

- Trong quá trình hoạt động, công ty cổ phần có quyền phát hành chứng khoán các loại để huy động vốn. Điều này thể hiện khả năng huy động vốn lớn của công ty cổ phần;

- Công ty cổ phần là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty bằng tài sản của công ty (trách nhiệm hữu hạn).

3.2. Chế độ pháp lý về tài sản

Khi nói đến chế độ pháp lý về tài sản của công ty cổ phần là nói đến cổ phần, cổ phiếu và một số hoạt động của thành viên cũng như của công ty liên quan đến vốn.

Cổ phần là phần chia nhỏ nhất vốn điều lệ của công ty và được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu. Mệnh giá mỗi cổ phần và tổng mệnh giá số cổ phần được ghi trên cổ phiếu.

Cổ phần của công ty cổ phần có thể tồn tại dưới hai loại là: Cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi. Công ty cổ phần bắt buộc phải có cổ phần phổ thông. Người sở hữu cổ phần phổ thông gọi là cổ đông phổ thông. Công ty có thể có cổ phần ưu đãi. Người sở hữu cổ phần ưu đãi gọi là cổ đông ưu đãi. Cổ phần ưu đãi gồm các loại sau:

- Cổ phần ưu đãi biểu quyết: Là cổ phần có số phiếu biểu quyết nhiều hơn so với cổ phần phổ thông. Số phiếu biểu quyết của một cổ phần ưu đãi biểu quyết do Điều lệ công ty quy định.

Chỉ có tổ chức được Chính phủ ủy quyền và cổ đông sáng lập được quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết. Ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chỉ có hiệu lực trong 3 năm, kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau thời hạn đó, cổ phần ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chuyển đổi thành cổ phần phổ thông.

- Cổ phần ưu đãi cổ tức: Là cổ phần được trả cổ tức với mức cao hơn cổ tức hàng năm gồm cổ tức cố định và cổ tức thưởng. Cổ tức cố định không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh của công ty. Mức cổ tức cố định cụ thể và phương thức xác định cổ tức thưởng được ghi trên cổ phiếu.

- Cổ phần ưu đãi hoàn lại: Là cổ phần sẽ được công ty hoàn lại vốn góp bất cứ khi nào theo yêu cầu của người sở hữu hoặc theo các điều kiện được ghi tại cổ phiếu của cổ phần ưu đãi hoàn lại.

- Cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định.

Cổ phần phổ thông của công ty cổ phần không thể chuyển đổi thành cổ phần ưu đãi. Ngược lại cổ phần ưu đãi có thể chuyển thành cổ phần phổ thông (theo quyết định của đại hội đồng cổ đông).

Cổ phần là căn cứ pháp lý chứng minh tư cách thành viên công ty bất kể họ có tham gia thành lập công ty hay không và làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các thành viên là cổ đông. Mỗi cổ phần của cùng loại đều tạo cho người sở hữu nó có các quyền, nghĩa vụ và lợi ích ngang nhau.

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 là giấy tờ có giá trị chứng minh tư cách chủ sở hữu cổ phần, đồng thời chứng minh tư cách thành viên công ty của người có cổ phần. Ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, người ta không dùng giấy tờ ghi chép cổ phiếu mà đưa

các thông tin về cổ phiếu vào hệ thống máy tính. Các cổ đông có thể mở tài khoản cổ phiếu tại ngân hàng và được quản lý bằng hệ thống máy tính. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì cổ phiếu có thể là chứng chỉ (tờ cổ phiếu) hoặc bút toán ghi sổ. Trong trường hợp là bút toán ghi sổ thì những thông tin về cổ phiếu được ghi trong sổ đăng ký cổ đông của công ty. 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 hoặc tập dữ liệu điện tử hoặc cả hai.

Cổ phiếu 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.

Bên cạnh các quy định cụ thể về cổ phần và cổ phiếu trong công ty cổ phần, một số quy định về tài sản và chế độ tài chính có ý nghĩa rất quan trọng.

Khi thành lập, công ty phải có vốn điều lệ. Vốn điều lệ của công ty kinh doanh trong một số ngành nghề nhất định không được thấp hơn vốn pháp định (nếu công ty cổ phần kinh doanh trong những ngành nghề pháp luật quy định phải có vốn pháp định). Vốn điều lệ của công ty phải thể hiện một phần dưới dạng cổ phần phổ thông. Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau nắm giữ ít nhất 20% số cổ phần phổ thông được quyền chào bán của công ty. Vốn điều lệ của công ty có thể có một phần là cổ phần ưu đãi. Người được mua cổ phần ưu đãi do pháp luật quy định (đối với cổ phần ưu đãi biểu quyết) và do điều lệ công ty quy định hoặc do đại hội đồng cổ đông quyết định (đối với các loại cổ phần ưu đãi khác).

Hội đồng quản trị quyết định thời điểm, phương thức và giá chào bán cổ phần trong số cổ phần được quyền chào bán. Giá chào bán cổ phần không được thấp hơn giá thị trường tại thời điểm chào bán, trừ các trường hợp: cổ phần chào bán lần đầu tiên sau khi đăng ký kinh doanh, cổ phần chào bán cho tất cả các cổ đông theo tỷ lệ cổ phần hiện có của họ ở công ty và cổ phần chào bán cho người môi giới hoặc người bảo lãnh. Cổ phần được bán và người mua cổ phần trở thành cổ đông của công ty khi ghi đúng và đủ những thông tin về: Tên cổ đông, địa chỉ, số lượng cổ phần từng loại của cổ đông, ngày đăng ký cổ phần vào sổ đăng ký cổ đông của công ty.

Cổ phần phải được thanh toán đủ một lần. Sau khi thanh toán đủ cổ phần đăng ký mua, cổ đông có quyền yêu cầu công ty cấp cổ phiếu cho mình. Trường hợp cổ phiếu bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác, cổ đông phải báo ngay cho công ty và có quyền yêu cầu công ty cấp lại cổ phiếu.

Người sở hữu cổ phần có quyền chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác.

Trong thời hạn ba (3) năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho cổ đông sáng lập khác, nhưng chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Cổ đông dự định chuyển nhượng cổ phần không có quyền biểu quyết về việc chuyển nhượng các cổ phần đó. Sau thời hạn 3 năm, các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập đều bãi bỏ.

Cổ phần được coi là đã chuyển nhượng khi ghi đúng và đủ vào sổ đăng ký cổ đông các thông tin về: Tên, địa chỉ người nhận chuyển nhượng, số lượng cổ phần từng loại, ngày đăng ký cổ phần. Kể từ thời điểm đó, người nhận chuyển nhượng cổ phần trở thành cổ đông của công ty.

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. Công ty phải mua lại cổ phần trong trường hợp này trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu.

Công ty cổ phần có quyền mua lại không quá 30% tổng số cổ phần phổ thông đã bán, một phần hoặc toàn bộ cổ phần loại khác đã bán.

Công ty chỉ được quyền thanh toán cổ phần mua lại cho cổ đông nếu ngay sau khi thanh toán hết số cổ phần được mua lại, công ty vẫn đảm bảo thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác. Các cổ phần được mua lại được coi là cổ phần chưa bán trong số cổ phần được quyền chào bán của công ty. Sau khi thanh toán hết số cổ phần mua lại, nếu tổng giá trị tài sản của công ty (ghi trong sổ kế toán) giảm hơn 10%, thì công ty phải thông báo điều đó cho tất cả chủ nợ biết trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày thanh toán hết số cổ phần mua lại.

Trong quá trình hoạt động, công ty cổ phần có quyền phát hành trái phiếu theo quy định của pháp luật để đáp ứng nhu cầu vốn cho kinh doanh. Công ty có thể 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. Hội đồng quản trị công ty quyết định loại trái phiếu, tổng giá trị trái phiếu và thời điểm phát hành.

Việc thanh toán cổ tức cho các cổ đông của công ty cổ phần chỉ được tiến hành khi công ty kinh doanh có lãi, đã hoàn thành nghĩa vụ nộp thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật và ngay khi trả hết số cổ tức đã định, công ty vẫn thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác đến hạn phải trả.

Công ty cổ phần là loại doanh nghiệp có chế độ tài chính phức tạp, nó đòi hỏi một chế độ kế toán, kiểm toán, thống kê chặt chẽ và thích hợp để bảo vệ quyền lợi của các cổ đông và các chủ thể có liên quan. Luật Doanh nghiệp đã đưa ra nhiều quy định về chế độ tài chính của công ty cổ phần, khắc phục những thiếu sót của Luật công ty trước đây như: Công ty phải lập sổ kế toán, ghi chép sổ kế toán, hóa đơn, chứng từ và lập báo cáo tài chính trung thực, chính xác. Công ty phải kê khai định kỳ và báo cáo đầy đủ, chính xác các thông tin về công ty và tình hình tài chính của công ty với cơ quan đăng ký kinh doanh. Báo cáo tài chính hàng năm của công ty do Đại hội đồng cổ đông xem xét và thông qua. Đối với công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán, thì báo cáo tài chính hàng năm phải được tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận trước khi trình đại hội đồng cổ đông. Báo cáo tài chính hàng năm phải được gửi đến cơ quan thống kê, doanh nghiệp cấp trên, cơ quan thuế và cơ quan đăng ký kinh doanh. Tóm tắt báo cáo tài chính hàng năm phải được thông báo đến tất cả các cổ đông. Mọi tổ chức, cá nhân đều có quyền xem hoặc sao chép báo cáo tài chính hàng năm của công ty tại cơ quan đăng ký kinh doanh.

3.3. Quản trị nội bộ

Cơ cấu tổ chức quản lý công ty cổ phần gồm có: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Giám đốc (Tổng giám đốc). Đối với công ty cổ phần có trên 11 cổ

đồng là cá nhân hoặc cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50 % tổng số cổ phần của công ty phải có Ban kiểm soát.

a) Đại hội đồng cổ đông

Đại hội đồng cổ đông là tổ chức có thẩm quyền quyết định cao nhất của công ty gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết. Cổ đông có thể trực tiếp hoặc ủy quyền bằng văn bản cho người khác dự họp đại hội đồng cổ đông. Nếu Điều lệ công ty không quy định khác thì tổ chức là cổ đông công ty cổ phần có sở hữu ít nhất 10% tổng số cổ phần phổ thông có quyền ủy quyền tối đa ba người tham dự họp Đại hội đồng cổ đông.

Đại hội đồng cổ đông không làm việc thường xuyên mà chỉ tồn tại trong thời gian họp và ra quyết định trên cơ sở biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến của các cổ đông có quyền biểu quyết bằng văn bản.

Đại hội đồng cổ đông có quyền xem xét và quyết định những vấn đề chủ yếu, quan trọng nhất của công ty cổ phần như: Loại cổ phần và tổng số cổ phần được quyền chào bán; bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Ban kiểm soát (nếu có), quyết định sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty, quyết định tổ chức lại, giải thể công ty, các quyền, nhiệm vụ cụ thể của Đại hội đồng cổ đông được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty. 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.

Hội đồng quản trị triệu tập họp bất thường Đại hội đồng cổ đông trong các trường hợp sau đây:

- Hội đồng quản trị xét thấy cần thiết vì lợi ích của công ty;
- 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 quy định tại khoản 2 Điều 79 của Luật Doanh nghiệp;
- Theo yêu cầu của Ban kiểm soát;
- Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Chủ tịch Hội đồng quản trị chủ tọa cuộc họp Đại hội đồng cổ đông. Thủ tục triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông, điều kiện, thể thức tiến hành họp và ra quyết định của Đại hội cổ đông được thực hiện theo quy định tại các điều từ Điều 97 đến Điều 106 Luật Doanh nghiệp.

b) Hội đồng quản trị

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty có không ít hơn 3 thành viên, không quá 11 thành viên nếu Điều lệ công ty không có quy định khác. Số lượng thành viên phải thường trú ở Việt Nam do điều lệ công ty quy định. Hội đồng quản trị 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. Các quyền và nhiệm vụ

cụ thể của Hội đồng quản trị được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

Hội đồng quản trị có thể họp định kỳ hoặc bất thường. Hội đồng quản trị có thể họp 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 một trong các trường hợp sau đây:

- Có đề nghị của Ban kiểm soát;
- Có đề nghị của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc hoặc ít nhất năm người quản lý khác;
- Có đề nghị của ít nhất hai thành viên Hội đồng quản trị;
- Các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định.

Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông về những sai phạm trong quản lý, vi phạm điều lệ, vi phạm pháp luật gây thiệt hại cho công ty.

c) Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty

Giám đốc (Tổng giám đốc) là người điều hành công việc kinh doanh hằng 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. Nhiệm kỳ của Giám đốc (Tổng giám đốc) không quá năm năm; có thể được bổ nhiệm lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

Giám đốc (Tổng giám đốc) do hội đồng quản trị bổ nhiệm và có thể là thành viên hội đồng quản trị hoặc không phải là thành viên hội đồng quản trị. Giám đốc (Tổng giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định Chủ tịch hội đồng quản trị của công ty có tư cách này. Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty cổ phần không được đồng thời làm Giám đốc (Tổng giám đốc) của doanh nghiệp khác.

Giám đốc (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 (Tổng giám đốc) phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và phải bồi thường thiệt hại cho công ty.

Các quyền và nhiệm vụ cụ thể của Giám đốc (Tổng giám đốc) được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

d) Ban kiểm soát

Công ty cổ phần có trên 11 cổ đông hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty phải có Ban kiểm soát.

Đại hội đồng cổ đông bầu Ban kiểm soát. Ban kiểm soát có từ ba đến năm thành viên nếu Điều lệ công ty không có quy định khác; 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. 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.

Ban kiểm soát thực hiện giám sát Hội đồng quản trị, Giám đốc (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 cần 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. Quyền và nhiệm vụ của Ban kiểm soát được quy định tại Điều 123 Luật Doanh nghiệp.

Để đảm bảo tính độc lập, khách quan trong hoạt động, thành viên Ban kiểm soát phải có tiêu chuẩn và điều kiện sau đây:

- 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 này;

- 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 (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.

3.4. Hợp đồng, giao dịch phải được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận

Điều 120 Luật Doanh nghiệp quy định những hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng nhất định phải được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận.

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. Trong trường hợp này, người đại diện theo pháp luật phải gửi đến các thành viên Hội đồng quản trị; niêm yết tại trụ sở chính, chi nhánh của công ty dự thảo hợp đồng hoặc thông báo nội dung chủ yếu của giao dịch. Hội đồng quản trị quyết định việc chấp thuận hợp đồng hoặc giao dịch trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày niêm yết; thành viên có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết.

Đại hội đồng cổ đông chấp thuận các hợp đồng và giao dịch khác trừ những trường hợp do Hội đồng quản trị chấp thuận. 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.

Trường hợp những hợp đồng, giao dịch trên đây được giao kết hoặc thực hiện nhưng chưa được sự chấp thuận của Hội đồng quản trị hoặc Đại hội đồng cổ đông thì bị coi là hợp đồng, giao dịch vô hiệu và bị xử lý theo quy định của pháp luật. 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.

4. Công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH)

4.1. Công ty TNHH hai thành viên trở lên

a) Bản chất pháp lý

Theo Điều 38 Luật Doanh nghiệp, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có những đặc điểm cơ bản sau:

- Thành viên công ty có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng thành viên không vượt quá năm mươi. Công ty phải lập Sổ đăng ký thành viên ngay sau khi đăng ký kinh doanh. 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 (trách nhiệm hữu hạn).

- Việc chuyển nhượng vốn góp bị hạn chế hơn so với công ty cổ phần. Phần vốn góp của thành viên chỉ được chuyển nhượng theo quy định của pháp luật (Các điều 43, 44 và 45 Luật Doanh nghiệp).

- Công ty có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác bằng tài sản của công ty (trách nhiệm hữu hạn).

- Công ty không được quyền phát hành cổ phần. Như vậy, công ty TNHH hai thành viên trở lên được huy động vốn trên thị trường chứng khoán, kể cả việc chào bán chứng khoán ra công chúng bằng các hình thức chứng khoán không phải là cổ phần.

b) Chế độ pháp lý về tài sản

Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình công ty đối vốn không được phát hành cổ phiếu ra thị trường. Khi thành lập công ty, các thành viên phải cam kết góp vốn vào công ty với giá trị vốn góp và thời hạn góp vốn cụ thể. Thành viên phải góp vốn đầy đủ và đúng hạn như đã cam kết. Khi góp đủ giá trị phần vốn góp, thành viên được công ty cấp giấy chứng nhận phần vốn góp. Giấy chứng nhận phần vốn góp có các nội dung được quy định tại Khoản 4 Điều 39 Luật Doanh nghiệp. Trường hợp có thành viên không góp đầy đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết, thì số vốn chưa góp được coi là nợ của thành viên đó đối với công ty và thành viên đó phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Người đại diện theo pháp luật của công ty, nếu không thực hiện đúng nghĩa vụ thông báo cho cơ quan đăng ký kinh doanh (xem Khoản 1 Điều 39 Luật Doanh nghiệp), thì phải cùng với thành viên chưa góp đủ vốn liên đới chịu trách nhiệm đối với công ty về phần vốn chưa góp và các thiệt hại phát sinh do không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết.

Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của mình trong những trường hợp nhất định (quy định tại Điều 43 Luật Doanh nghiệp).

Trong quá trình hoạt động của công ty, thành viên có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác (Xem Điều 44 Luật Doanh nghiệp). Luật Doanh nghiệp còn quy định việc xử lý phần vốn góp trong trường hợp khác (Xem Điều 45 Luật Doanh nghiệp).

Theo quyết định của hội đồng thành viên công ty có thể tăng vốn điều lệ bằng các hình thức như: 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; tiếp nhận vốn góp của thành viên mới. Công ty có thể giảm vốn điều lệ theo quyết định của Hội đồng thành viên bằng các hình thức và thủ tục được quy định tại Điều 60 Luật Doanh nghiệp.

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

c) Quản trị nội bộ

Bộ máy quản lý của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên bao gồm: Hội đồng thành viên, chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng giám đốc). Khi công ty có trên 11 thành viên thì phải có Ban kiểm soát; tuy nhiên, trường hợp có ít hơn 11 thành viên, công ty có thể thành lập Ban kiểm soát để phù hợp với yêu cầu quản trị doanh nghiệp.

- Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên là tổ chức có quyền quyết định cao nhất của công ty bao gồm tất cả các thành viên công ty. Nếu thành viên là tổ chức thì phải chỉ định đại diện của mình vào Hội đồng thành viên. Thành viên có thể trực tiếp hoặc ủy quyền bằng văn bản cho thành viên khác dự họp Hội đồng thành viên.

Hội đồng thành viên không làm việc thường xuyên mà chỉ tồn tại trong thời gian họp và ra quyết định trên cơ sở biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến của các thành viên bằng văn bản.

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 thể được triệu tập họp bất cứ khi nào theo yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc của thành viên (hoặc nhóm thành viên) sở hữu trên 25% vốn điều lệ của công ty (hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn do điều lệ công ty quy định). Thủ tục triệu tập họp hội đồng thành viên, điều kiện, thể thức tiến hành họp và ra quyết định của hội đồng thành viên được thực hiện theo quy định tại các điều từ Điều 50 đến Điều 54 Luật Doanh nghiệp.

Với tư cách là cơ quan quyết định cao nhất của công ty, Hội đồng thành viên có quyền xem xét và quyết định những vấn đề chủ yếu, quan trọng nhất của công ty như: Phương hướng phát triển công ty; tăng, giảm vốn điều lệ, cơ cấu tổ chức quản lý công ty, tổ chức lại, giải thể công ty... Các quyền và nhiệm vụ cụ thể của hội đồng thành viên được quy định trong luật doanh nghiệp và điều lệ công ty (Xem Điều 47 Luật Doanh nghiệp).

- Chủ tịch Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên bầu một thành viên làm Chủ tịch. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể kiêm Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty. Chủ tịch Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Chủ tịch hội đồng thành viên có thể là người đại diện theo pháp luật của công ty nếu Điều lệ công ty quy định như vậy. Trong trường hợp này các giấy tờ giao dịch của công ty phải ghi rõ tư cách đại diện theo pháp luật cho công ty của Chủ tịch Hội đồng thành viên.

- Giám đốc (Tổng giám đốc)

Giám đốc (Tổng giám đốc) là người điều hành hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty, do Hội đồng thành viên bổ nhiệm hoặc ký hợp đồng và chịu trách nhiệm trước Hội đồng thành viên về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình. Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Giám đốc (Tổng giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú tại Việt Nam; trường hợp vắng mặt ở Việt Nam trên ba mươi ngày thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại Điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty.

Giám đốc (Tổng giám đốc) có các quyền và nghĩa vụ được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

- Ban kiểm soát

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. Khác với công ty cổ phần, trong công ty TNHH, những vấn đề như: Quyền, nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của Ban kiểm soát, Trường ban kiểm soát hoàn toàn do Điều lệ công ty quy định.

d) Hợp đồng, giao dịch phải được Hội đồng thành viên chấp thuận

Điều 59 Luật Doanh nghiệp quy định những hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng nhất định 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.

Trường hợp những hợp đồng, giao dịch trên đây được giao kết hoặc thực hiện nhưng chưa được sự chấp thuận của Hội đồng thành viên thì bị coi là hợp đồng, giao dịch vô hiệu và bị xử lý theo quy định của pháp luật. 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.

4.2. Công ty TNHH một thành viên

a) Bản chất pháp lý

Trong quá trình phát triển, pháp luật công ty đã có những quan niệm mới về công ty đó là thừa nhận mô hình công ty TNHH một thành viên. Thực tiễn kinh doanh ở nước ta các doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp của các tổ chức chính trị, chính trị-xã hội, doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài do một cá nhân, tổ chức đầu tư về bản chất cũng được tổ chức và hoạt động giống như công ty TNHH một thành viên (một chủ sở hữu). Luật Doanh nghiệp (1999) chỉ quy định công ty TNHH một thành viên là tổ chức; Luật Doanh nghiệp (2005) đã phát triển và mở rộng cả cá nhân cũng có quyền thành lập công ty TNHH một thành viên. Theo đó công ty TNHH một thành viên là doanh nghiệp do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu (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.

Công ty TNHH một thành viên có những đặc điểm sau đây:

- Do một thành viên là tổ chức hoặc cá nhân làm chủ sở hữu, 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 (trách nhiệm hữu hạn).

- 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.

- 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 và cũng như người chủ sở hữu, công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác trong kinh doanh trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty (trách nhiệm hữu hạn).

- Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được quyền phát hành cổ phần. Tuy nhiên, giống như công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty này được huy động vốn trên thị trường chứng khoán, kể cả việc chào bán chứng khoán ra công chúng bằng các hình thức chứng khoán không phải là cổ phần.

b) Chế độ pháp lý về tài sản

Các quy định về tài sản và chế độ tài chính của công ty trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên được quy định cụ thể như sau:

- Phải tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty với tài sản của công ty. Đối với chủ sở hữu công ty là cá nhân còn phải tách biệt các chi tiêu tài sản của cá nhân và gia đình với các chi tiêu tài sản trên cương vị là Chủ tịch công ty và Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty;

- 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;

- Không được rút lợi nhuận khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác.

c) Quản trị nội bộ

** Đối với công ty TNHH một thành viên là tổ chức*

Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một hoặc một số người đại diện theo uỷ quyền với nhiệm kỳ không quá 5 năm để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình theo quy định của pháp luật. Chủ sở hữu công ty có quyền thay thế người đại diện theo uỷ quyền bất cứ lúc nào.

- Trường hợp có ít nhất 2 người được bổ nhiệm làm đại diện theo uỷ quyền thì cơ cấu tổ chức của công ty gồm: Hội đồng thành viên; Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên. Hội đồng thành viên gồm tất cả những người đại diện theo uỷ quyền.

- Trường hợp một người được bổ nhiệm là đại diện theo uỷ quyền thì cơ cấu tổ chức của công ty 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 uỷ quyền bằng văn bản cho người khác làm người đại diện theo pháp luật của công ty theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ công ty.

Chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc (Tổng giám đốc) và Kiểm soát viên do Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty quy định (xem từ Điều 68 đến Điều 71 Luật Doanh nghiệp).

** Đối với công ty TNHH một thành viên là cá nhân*

Cơ cấu tổ chức của công ty TNHH một thành viên là cá nhân gồm: Chủ tịch công ty; Giám đốc (Tổng giám đốc). Chủ sở hữu công ty đồng thời là Chủ tịch công ty. Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc (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 (Tổng giám đốc). Quyền, nghĩa vụ cụ thể của Giám đốc (Tổng giám đốc) do Điều lệ công ty quy định hoặc hợp đồng lao động mà Giám đốc (Tổng giám đốc) đã ký với Chủ tịch công ty.

5. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

5.1. Doanh nghiệp liên doanh

a) Bản chất pháp lý

Doanh nghiệp liên doanh là doanh nghiệp do hai bên hoặc nhiều bên hợp tác thành lập tại Việt Nam trên cơ sở hợp đồng liên doanh hoặc hiệp định ký giữa chính phủ Việt Nam và Chính phủ nước ngoài, hoặc là doanh nghiệp do doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hợp tác với doanh nghiệp Việt Nam, hoặc là doanh nghiệp do doanh nghiệp liên doanh hợp tác với nhà đầu tư nước ngoài trên cơ sở hợp đồng liên doanh. Doanh nghiệp liên doanh còn bao gồm cả doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài đã thành lập tại Việt Nam liên doanh với các doanh nghiệp Việt Nam, cơ sở khám chữa bệnh, giáo dục đào tạo, nghiên cứu khoa học ở trong nước đáp ứng các điều kiện do Chính phủ Việt Nam quy định.

Doanh nghiệp liên doanh có các đặc điểm sau:

- Trong doanh nghiệp liên doanh luôn có sự tham gia của nhà đầu tư nước ngoài và bên hoặc các bên Việt Nam;

- Để thành lập doanh nghiệp liên doanh các bên Việt Nam sẽ góp một phần vốn pháp định, phần còn lại do các nhà đầu tư nước ngoài góp. Theo Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, khi quy định về vốn của doanh nghiệp liên doanh, các nhà đầu tư nước ngoài luôn phải đảm bảo tỷ lệ vốn góp ít nhất bằng 30% vốn pháp định của công ty liên doanh, một số trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 14 Nghị định 24/2000/NĐ-CP ngày 31/7/2000 tỷ lệ này có thể thấp hơn nhưng không dưới 20% vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh;

- Doanh nghiệp liên doanh được thành lập theo hình thức công ty TNHH. Theo đó,

- + Các bên liên doanh, hay các thành viên của doanh nghiệp liên doanh chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn cam kết góp vào vốn pháp định (vốn điều lệ);

+ Doanh nghiệp liên doanh không được phát hành cổ phiếu để huy động vốn phục vụ cho hoạt động kinh doanh.

- Doanh nghiệp liên doanh là tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam, chịu trách nhiệm trong kinh doanh trong phạm vi vốn điều lệ của liên doanh (vốn pháp định).

b) Chế độ pháp lý về vốn

Theo quy định của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 (sửa đổi năm 2000) thì chế độ pháp lý về vốn của doanh nghiệp liên doanh được quy định như sau:

- Vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh là mức vốn phải có để thành lập doanh nghiệp và được ghi trong điều lệ doanh nghiệp. Như vậy có thể hiểu khái niệm vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh tương ứng với khái niệm vốn điều lệ của doanh nghiệp trong nước.

- Vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh ít nhất phải bằng 30% vốn đầu tư. Đối với các dự án xây dựng công trình kết cấu hạ tầng, dự án đầu tư vào địa bàn khuyến khích đầu tư, dự án trồng rừng, dự án có quy mô lớn, tỷ lệ này có thể thấp hơn, nhưng không dưới 20% vốn đầu tư và phải được cơ quan cấp giấy phép đầu tư chấp thuận.

- Tỷ lệ góp vốn của Bên hoặc các bên liên doanh nước ngoài do các bên liên doanh thỏa thuận, nhưng không được thấp hơn 30% vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh. Căn cứ vào lĩnh vực kinh doanh, công nghệ, thị trường, hiệu quả kinh doanh và các lợi ích kinh tế - xã hội khác của dự án, cơ quan cấp giấy phép đầu tư có thể xem xét cho phép bên liên doanh nước ngoài có tỷ lệ góp vốn thấp hơn, nhưng không dưới 20% vốn pháp định.

- Trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp liên doanh có thể cơ cấu lại vốn đầu tư, vốn pháp định khi có những thay đổi về mục tiêu, quy mô dự án, đối tác, phương thức góp vốn và các trường hợp khác nhưng không được làm giảm tỷ lệ vốn pháp định xuống dưới mức quy định trên và phải được cơ quan cấp Giấy phép đầu tư chuẩn y.

- Các bên có thể góp vốn theo nhiều hình thức khác nhau và thỏa thuận xác định giá trị vốn góp (Điều 7, Điều 9 Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam).

- Các bên trong doanh nghiệp liên doanh có quyền chuyển nhượng giá trị phần vốn góp của mình nhưng phải ưu tiên chuyển nhượng cho các bên trong doanh nghiệp liên doanh. Trong trường hợp chuyển nhượng cho doanh nghiệp ngoài liên doanh thì điều kiện chuyển nhượng không được thuận lợi hơn so với điều kiện đã đặt ra cho các bên trong doanh nghiệp liên doanh.

c) Quản trị nội bộ

Theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 (sửa đổi năm 2000) thì mô hình tổ chức quản lý doanh nghiệp liên doanh sẽ bao gồm:

- Hội đồng quản trị (HĐQT)

Hội đồng quản trị là cơ quan lãnh đạo của công ty liên doanh, gồm đại diện của các bên tham gia công ty liên doanh. Các bên chỉ định người của mình tham gia Hội đồng quản trị theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp vào vốn pháp định của doanh nghiệp liên doanh. Trong trường hợp liên doanh hai bên thì mỗi bên có ít nhất hai thành

viên trong Hội đồng quản trị. Trong trường hợp liên doanh nhiều bên thì mỗi bên có ít nhất một thành viên trong Hội đồng quản trị.

Nếu doanh nghiệp liên doanh có một bên Việt Nam và nhiều bên nước ngoài hoặc một bên nước ngoài và nhiều bên Việt Nam thì bên Việt Nam hoặc bên nước ngoài đó có quyền cử ít nhất hai thành viên trong Hội đồng quản trị.

Chủ tịch Hội đồng quản trị của doanh nghiệp liên doanh do các bên liên doanh thỏa thuận cử ra. Chủ tịch Hội đồng quản trị có trách nhiệm triệu tập, chủ trì các cuộc họp của Hội đồng quản trị, giám sát việc thực hiện các nghị quyết của Hội đồng quản trị.

Hội đồng quản trị họp thường kỳ hoặc họp bất thường nhưng các cuộc họp của Hội đồng quản trị phải có ít nhất 2/3 thành viên Hội đồng quản trị đại diện của các bên liên doanh tham gia. Những vấn đề quan trọng nhất trong doanh nghiệp liên doanh như: Bổ nhiệm, miễn nhiệm Tổng giám đốc, Phó tổng giám đốc thứ nhất; sửa đổi, bổ sung điều lệ doanh nghiệp và các vấn đề khác do các bên liên doanh thỏa thuận sẽ quyết định theo nguyên tắc nhất trí giữa các thành viên Hội đồng quản trị có mặt tại cuộc họp. Các vấn đề khác còn lại quyết định theo nguyên tắc biểu quyết quá bán số thành viên Hội đồng quản trị có mặt tại cuộc họp.

- Tổng giám đốc

Tổng giám đốc và các Phó tổng giám đốc do Hội đồng quản trị bổ nhiệm, miễn nhiệm, chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị và trước pháp luật Việt Nam về việc quản lý, điều hành doanh nghiệp. Tổng giám đốc hoặc Phó tổng giám đốc thứ nhất phải là công dân Việt Nam và thường trú tại Việt Nam.

Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp trừ trường hợp điều lệ doanh nghiệp có quy định khác.

5.2. Doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài

a) Bản chất pháp lý

Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài là doanh nghiệp thuộc sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài, do nhà đầu tư nước ngoài thành lập tại Việt Nam tự quản lý và tự chịu trách nhiệm về kết quả kinh doanh.

Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài có các đặc điểm cơ bản sau:

Thứ nhất, chủ thể thành lập doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài chỉ bao gồm một hoặc nhiều nhà đầu tư nước ngoài mà không có sự tham gia của bên Việt Nam. Đây là điểm khác biệt cơ bản so với doanh nghiệp liên doanh;

Thứ hai, nhà đầu tư nước ngoài đầu tư toàn bộ vốn, tài sản để thành lập doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài;

Thứ ba, doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài được thành lập theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn. Theo đó các nhà đầu tư nước ngoài chỉ chịu trách nhiệm về hoạt động của doanh nghiệp trong phạm vi phần vốn góp vào vốn pháp định của doanh nghiệp kể cả khi doanh nghiệp đó do một cá nhân nước ngoài đầu tư vốn, thành lập và làm chủ;

Thứ tư, doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam, chịu trách nhiệm trong kinh doanh trong phạm vi vốn điều lệ của doanh nghiệp (vốn pháp định)

b) Chế độ pháp lý về vốn

Theo quy định của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 (sửa đổi năm 2000), vốn pháp định của doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài ít nhất phải bằng 30% vốn đầu tư. Đối với các dự án xây dựng công trình kết cấu hạ tầng, dự án đầu tư vào địa bàn khuyến khích đầu tư, dự án trồng rừng, dự án có quy mô lớn, tỷ lệ này có thể thấp hơn nhưng không dưới 20% vốn đầu tư và phải được cơ quan cấp giấy phép đầu tư chấp thuận. Trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không được giảm vốn pháp định.

c) Quản trị nội bộ

Theo quy định của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 (sửa đổi năm 2000), việc thành lập bộ máy quản lý và cử nhân sự của doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài do nhà đầu tư nước ngoài quyết định. Pháp luật chỉ quy định người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là Tổng giám đốc trừ trường hợp Điều lệ doanh nghiệp có quy định khác.

6. Doanh nghiệp nhà nước

6.1. Khái niệm và phân loại doanh nghiệp nhà nước

a) Khái niệm doanh nghiệp nhà nước

Doanh nghiệp nhà nước có lịch sử tồn tại khá lâu đời và hiện đang giữ vai trò chủ đạo trong điều kiện kinh tế thị trường ở Việt Nam hiện nay. Trong từng giai đoạn khác nhau, quan điểm pháp lý về doanh nghiệp nhà nước cũng có những đặc thù và thay đổi nhất định phù hợp với thực tiễn kinh doanh. Trong thời gian đầu của quá trình đổi mới nền kinh tế ở Việt Nam, doanh nghiệp nhà nước được quan niệm là những tổ chức kinh doanh do Nhà nước đầu tư 100% vốn điều lệ (Điều 1 NĐ 388/HĐBT ngày 20 tháng 11 năm 1991). Doanh nghiệp nhà nước còn bao gồm cả những tổ chức kinh tế hoạt động công ích của Nhà nước (Điều 1 Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995). Doanh nghiệp nhà nước theo cách hiểu này đã được tiếp cận điều chỉnh bởi pháp luật có sự khác biệt rõ rệt với các loại hình doanh nghiệp khác về vấn đề chủ sở hữu cũng như tổ chức và quản lý hoạt động của doanh nghiệp.

Từ những thay đổi về tư duy quản lý kinh tế và điều chỉnh pháp luật đối với các doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 đã có định nghĩa mới về doanh nghiệp nhà nước. Theo Luật này, doanh nghiệp nhà nước được hiểu 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 hạn⁷. Cũng có thể hiểu “Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ” (Khoản 22 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005).

Theo quy định này, phạm vi doanh nghiệp nhà nước đã được mở rộng đáng kể, theo đó doanh nghiệp nhà nước bao gồm ba hình thức là: công ty nhà nước, công ty cổ phần nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước 1 thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước 2 thành viên trở lên.

b) Phân loại doanh nghiệp nhà nước

Căn cứ vào cơ cấu chủ sở hữu trong doanh nghiệp, doanh nghiệp nhà nước có các loại:

⁷ Điều 1 Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2005.

- Công ty nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, thành lập, tổ chức quản lý, đăng ký hoạt động theo quy định của Luật doanh nghiệp nhà nước. Công ty nhà nước được tổ chức dưới hình thức công ty nhà nước độc lập, tổng công ty nhà nước. Có 3 loại tổng công ty nhà nước là: Tổng công ty do Nhà nước quyết định thành lập và đầu tư; Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập; Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước.

- Công ty cổ phần: Doanh nghiệp nhà nước dưới hình thức công ty cổ phần có 2 loại: Công ty cổ phần nhà nước là công ty cổ phần mà toàn bộ cổ đông là các công ty nhà nước hoặc tổ chức được Nhà nước uỷ quyền góp vốn và công ty cổ phần mà Nhà nước có cổ phần chi phối, được tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp.

- Công ty trách nhiệm hữu hạn: Doanh nghiệp nhà nước dưới hình thức công ty TNHH có 3 loại: 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; Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước hai thành viên trở lên cũng do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ; Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên mà Nhà nước có vốn góp chi phối, được tổ chức quản lý và đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

Các công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn là doanh nghiệp nhà nước, được thành lập, tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp năm 2005. Việc xác định những công ty này thuộc phạm vi doanh nghiệp nhà nước có mục đích chủ yếu là đặt ra một số quy định riêng (trong Luật Doanh nghiệp nhà nước) để điều chỉnh mối quan hệ giữa chủ sở hữu nhà nước với người đại diện vốn Nhà nước tại doanh nghiệp.

6.2. Tổ chức và hoạt động của công ty nhà nước

a) Tổ chức quản lý công ty nhà nước

- Công ty nhà nước được tổ chức quản lý theo 2 mô hình: Không có Hội đồng quản trị và có Hội đồng quản trị.

- Công ty nhà nước không có Hội đồng quản trị có cơ cấu quản lý gồm Giám đốc, các Phó giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc. Cơ cấu quản lý này được áp dụng đối với các công ty nhà nước độc lập có quy mô vừa và nhỏ.

- Công ty nhà nước có Hội đồng quản trị được áp dụng ở các tổng công ty nhà nước và các công ty nhà nước độc lập có quy mô lớn giữ quyền chi phối doanh nghiệp khác. Cơ cấu tổ chức quản lý ở những công ty nhà nước này gồm: Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc, các Phó tổng giám đốc, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

b) Quyền và nghĩa vụ cơ bản của công ty nhà nước⁸

Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 quy định quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước theo hướng gắn doanh nghiệp với thị trường, xoá bỏ cấp của Nhà nước đối với doanh nghiệp. Doanh nghiệp được cạnh tranh bình đẳng trên thị trường, tự chịu trách

⁸ Kể từ ngày 01/7/2006, Luật Doanh nghiệp (2005) có hiệu lực thi hành và thay thế cho Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003. Theo lộ trình chuyển đổi hàng năm, nhưng chậm nhất trong thời hạn bốn năm kể từ ngày 01/7/2006, các công ty nhà nước thành lập theo quy định của Luật doanh nghiệp nhà nước năm 2003 phải chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Trong thời hạn chuyển đổi, những quy định của Luật doanh nghiệp nhà nước năm 2003 được tiếp tục áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước nếu Luật doanh nghiệp không có quy định.

nhiệm trong kinh doanh. Quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước được Luật Doanh nghiệp nhà nước quy định theo 3 lĩnh vực chủ yếu là: (i) Quản lý vốn và tài sản; (ii) Tổ chức kinh doanh; (iii) Tài chính.

c) Thành lập, tổ chức lại, giải thể công ty nhà nước

Quy chế thành lập, tổ chức lại, giải thể công ty nhà nước được ghi nhận trong Chương 2 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và được hướng dẫn cụ thể trong Nghị định 180/2004/NĐ-CP ngày 28 tháng 10 năm 2004. Nội dung cơ bản của các quy định về thành lập công ty nhà nước bao gồm:

(i) Ngành, lĩnh vực, địa bàn được thành lập mới công ty nhà nước;

(ii) Thủ tục thành lập mới công ty nhà nước:

Bước 1: Đề nghị thành lập công ty nhà nước;

Bước 2: Lập Hội đồng thẩm định đề án thành lập mới công ty nhà nước;

Bước 3: Quyết định thành lập công ty nhà nước;

Bước 4: Đăng ký kinh doanh.

d) Tổ chức lại công ty nhà nước

Trong quá trình tồn tại, để hoạt động có hiệu quả hơn, doanh nghiệp nhà nước có thể được sắp xếp, tổ chức lại. Các hình thức tổ chức lại công ty nhà nước không làm thay đổi sở hữu của công ty bao gồm: Sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển công ty nhà nước thành công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước hai thành viên trở lên; chuyển tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập thành tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập; giao, khoán, cho thuê công ty nhà nước và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

đ) Giải thể công ty nhà nước

Giải thể công ty nhà nước là để chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp, chấm dứt hoạt động kinh doanh của công ty và xóa tên công ty trong sổ đăng ký kinh doanh. Theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và Nghị định 180/2004/NĐ-CP ngày 28/10/2004, công ty nhà nước bị xem xét giải thể trong các trường hợp sau đây:

- Hết thời hạn hoạt động ghi trong quyết định thành lập mà công ty không xin gia hạn;

- Công ty kinh doanh thua lỗ 3 năm liên tiếp và có số lỗ lũy kế bằng 3/4 vốn nhà nước tại công ty trở lên, nhưng chưa lâm vào tình trạng phá sản;

- Công ty không thực hiện được các nhiệm vụ do Nhà nước giao trong thời gian 02 năm liên tiếp sau khi đã áp dụng các biện pháp cần thiết;

- Việc tiếp tục duy trì công ty là không cần thiết;

Người quyết định thành lập công ty nhà nước có thẩm quyền quyết định giải thể công ty nhà nước. Người quyết định giải thể doanh nghiệp nhà nước phải thành lập một hội đồng giải thể. Hội đồng giải thể làm tham mưu cho người quyết định giải thể và tổ chức thực hiện giải thể công ty. Trình tự và thủ tục giải thể doanh nghiệp nhà nước được quy định cụ thể trong Nghị định 180/2004/NĐ-CP của Chính phủ ngày 28/10/2004.

e) Chuyển đổi sở hữu công ty nhà nước

Luật doanh nghiệp nhà nước 2003 quy định một số biện pháp chuyển đổi sở hữu công ty nhà nước nhằm tạo điều kiện cho doanh nghiệp hoạt động có hiệu quả hơn. Các hình thức chuyển đổi sở hữu công ty nhà nước bao gồm:

- Cổ phần hoá công ty nhà nước

Cổ phần hoá công ty nhà nước là biện pháp chuyển công ty nhà nước từ chỗ chỉ thuộc sở hữu của Nhà nước thành công ty cổ phần thuộc sở hữu của nhiều cổ đông. Cổ phần hoá công ty nhà nước thực chất là giữ nguyên vốn nhà nước hiện có tại doanh nghiệp và phát hành thêm cổ phiếu để tăng vốn điều lệ, hay bán một phần hoặc toàn bộ công ty nhà nước thông qua hình thức bán cổ phần của doanh nghiệp. Việc cổ phần hoá công ty nhà nước được quy định cụ thể tại Nghị định số 109/2007/NĐ-CP ngày 26/6/2007 của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần

- Bán toàn bộ công ty nhà nước

Bán công ty nhà nước là việc chuyển đổi sở hữu có thu tiền toàn bộ công ty, bộ phận của công ty của công ty nhà nước sang sở hữu tập thể, cá nhân hoặc pháp nhân khác. Việc bán công ty nhà nước được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng bán công ty nhà nước được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền (bên bán) với một tổ chức hoặc cá nhân (bên mua) trên cơ sở thuận mua vừa bán. Bên bán có quyền đưa ra những điều kiện nhất định. Bên mua có quyền chấp nhận hoặc không chấp nhận các điều kiện đó. Các bên có quyền thỏa thuận với nhau để đi đến thống nhất các điều khoản của hợp đồng. Trình tự, thủ tục bán công ty nhà nước được quy định tại NĐ số 80/2005/NĐ-CP ngày 22/6/2005 về giao, bán, khoán kinh doanh, cho thuê công ty nhà nước.

- Bán một phần công ty nhà nước

Bán một phần công ty nhà nước để thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn có 2 thành viên trở lên, trong đó có 1 thành viên là đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước.

- Giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động trong công ty để chuyển sở hữu thành công ty cổ phần hoặc hợp tác xã.

Giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động trong công ty là việc chuyển công ty nhà nước và tài sản nhà nước tại công ty thành sở hữu của tập thể người lao động trong công ty có phân định rõ sở hữu của từng người, từng thành viên với các điều kiện ràng buộc. Khác với việc bán công ty, khi bán công ty, Nhà nước có thu tiền, đối tượng mua công ty có thể là cá nhân, tổ chức kinh tế khác không phải của Nhà nước, còn khi giao công ty, Nhà nước không thu bất kỳ một khoản tiền nào. Do đó mà đối tượng được giao công ty chỉ có thể là tập thể người lao động trong công ty. Trình tự, thủ tục giao công ty nhà nước do Chính phủ quy định (Nghị định số 80/2005/NĐ-CP ngày 22 tháng 6 năm 2005). Sau khi giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động, công ty nhà nước sẽ chuyển thành Hợp tác xã (hoạt động theo Luật Hợp tác xã) hoặc Công ty cổ phần (hoạt động theo Luật Doanh nghiệp).

Phần 2

PHÁP LUẬT VỀ ĐẦU TƯ

1. Khái niệm về đầu tư

Trước khi ban hành Luật Đầu tư năm 2005, khái niệm đầu tư kinh doanh chưa được định nghĩa thống nhất trong các văn bản pháp luật. Luật Đầu tư, với phạm vi điều chỉnh là hoạt động đầu tư nhằm mục đích kinh doanh, đã định nghĩa: "Đầu tư 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"⁹. Đặc biệt Luật Đầu tư còn đưa ra định nghĩa về hoạt động đầu tư làm cơ sở để phân biệt giữa đầu tư và hoạt động đầu tư, theo đó hoạt động đầu tư được hiểu là hoạt động của nhà đầu tư trong quá trình đầu tư bao gồm các khâu chuẩn bị đầu tư, thực hiện và quản lý dự án đầu tư¹⁰.

Cần phân biệt khái niệm đầu tư kinh doanh với khái niệm kinh doanh (thương mại). Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, kinh doanh được định nghĩa là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi. Bên cạnh khái niệm kinh doanh, pháp luật hiện hành còn đưa ra định nghĩa pháp lý về hoạt động thương mại. Theo nghĩa kinh điển thì hoạt động thương mại là hoạt động mua bán, là cầu nối giữa sản xuất với tiêu thụ và tiêu dùng. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của kinh tế thị trường, khái niệm thương mại đã được mở rộng đến các lĩnh vực sản xuất, phân phối, dịch vụ, đầu tư...với mục đích tìm kiếm lợi nhuận. Vì lẽ đó, việc xác định ranh giới giữa hoạt động thương mại và hoạt động kinh doanh ngày càng khó khăn và ít có ý nghĩa. Có thể đồng nhất giữa khái niệm kinh doanh và khái niệm thương mại ở chỗ, chúng đều là hoạt động của các chủ thể kinh doanh, thương mại nhằm mục đích lợi nhuận. Luật Thương mại năm 2005 đã định nghĩa hoạt động thương mại thuộc phạm vi điều chỉnh của luật này là mọi hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, trong đó có hoạt động đầu tư. Với cách hiểu về thương mại như vậy, hoạt động đầu tư kinh doanh được coi là một bộ phận của hoạt động thương mại.

2. Hình thức đầu tư

Hình thức đầu tư là cách thức tiến hành các hoạt động đầu tư của nhà đầu tư theo quy định của pháp luật. Trong điều kiện kinh tế thị trường, hình thức đầu tư kinh doanh ngày càng phong phú, đa dạng; mỗi hình thức đầu tư có những đặc điểm riêng nhất định về cách thức đầu tư vốn, tính chất liên kết và phân chia kết quả kinh doanh giữa các nhà đầu tư. Căn cứ vào nhu cầu và điều kiện cụ thể của mình, các nhà đầu tư có quyền lựa chọn các hình thức đầu tư thích hợp theo quy định của pháp luật. Luật Đầu tư quy định có hai hình thức đầu tư: đầu tư trực tiếp và đầu tư gián tiếp.

2.1. Các hình thức đầu tư trực tiếp

Đầu tư trực tiếp là hình thức đầu tư do nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư và tham gia quản lý các hoạt động đầu tư

⁹ Khoản 1 Điều 3 Luật Đầu tư (2005)

¹⁰ Khoản 7 Điều 3 Luật Đầu tư (2005)

Theo pháp luật đầu tư hiện hành, các hình thức đầu tư trực tiếp ở Việt Nam bao gồm:

a) Đầu tư vào tổ chức kinh tế (thành lập hoặc góp vốn)

Đầu tư vào các tổ chức kinh tế là việc nhà đầu tư bỏ vốn thành lập mới các cơ sở kinh doanh hoặc góp vốn vào vốn điều lệ để nắm quyền quản trị của đơn vị kinh doanh đang hoạt động. Đầu tư vào tổ chức kinh tế bao gồm các nhóm hình thức đầu tư chủ yếu sau:

- Thành lập tổ chức kinh tế 100% vốn của nhà đầu tư trong nước hoặc 100% vốn của nhà đầu tư nước ngoài. Thuộc nhóm hình thức đầu tư này có các hình thức chủ yếu là: doanh nghiệp tư nhân, công ty TNHH một thành viên (do một cá nhân hoặc một tổ chức làm chủ sở hữu), hộ kinh doanh.

- Thành lập, góp vốn vào tổ chức kinh tế có sự hợp tác giữa nhiều nhà đầu tư. Ở nhóm hình thức đầu tư này, nhà đầu tư có thể thành lập hoặc góp vốn vào công ty hợp danh, công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty cổ phần, tổ hợp tác, hợp tác xã và liên hiệp hợp tác xã.

Trong nhóm hình thức đầu tư vào tổ chức kinh tế, hoạt động kinh doanh của các nhà đầu tư được tiến hành thông qua tư cách pháp lý của các tổ chức kinh tế. Ngoài việc tuân thủ các quy định của Luật Đầu tư, việc thành lập, tổ chức hoạt động của các tổ chức kinh tế còn chịu sự điều chỉnh của các quy định trong các văn bản pháp luật về hình thức tổ chức kinh doanh (Luật Doanh nghiệp năm 2005).

b) Đầu tư theo hợp đồng

Khác với hình thức đầu tư vào tổ chức kinh tế, nhóm hình thức đầu tư theo hợp đồng, đầu tư vốn để kinh doanh của nhà đầu tư được tiến hành trên cơ sở hợp đồng được giao kết giữa các nhà đầu tư hoặc giữa nhà đầu tư với nhà nước (các cơ quan nhà nước có thẩm quyền). Nhà đầu tư trực tiếp tiến hành hoạt động kinh doanh với tư cách pháp lý của mình phù hợp với nội dung thỏa thuận trong hợp đồng. Khi nhà đầu tư lựa chọn đầu tư theo hợp đồng, ngoài việc phải tuân thủ Luật đầu tư, việc giao kết, thực hiện hợp đồng còn phải phù hợp với các quy định chung về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại. Đầu tư theo hợp đồng bao gồm các hình thức sau:

- Hợp đồng hợp tác kinh doanh (gọi tắt là hợp đồng BCC) là hình thức đầu tư được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập pháp nhân. Đặc điểm quan trọng nhất của hợp đồng hợp tác kinh doanh là trong hợp đồng, các bên có thỏa thuận phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm.

Các hợp đồng thương mại và hợp đồng giao nguyên liệu lấy sản phẩm, hợp đồng mua bán hàng hóa trả chậm và các hợp đồng khác mà không thực hiện phân chia lợi nhuận hoặc kết quả kinh doanh không phải là hợp đồng hợp tác kinh doanh. Trong quá trình kinh doanh, các bên của hợp đồng có thể thỏa thuận thành lập Ban điều phối (điều hành) để theo dõi, giám sát việc thực hiện hợp đồng hợp tác kinh doanh. Ban điều phối hợp đồng hợp tác kinh doanh không phải là đại diện pháp lý cho các bên.

- Đầu tư theo hình thức hợp đồng 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): BOT, BTO và BT là những hình thức đầu tư thông qua hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư. Thời gian trước

đây, nhà đầu tư của các loại hợp đồng BOT, BTO và BT chủ yếu là các nhà đầu tư nước ngoài. Hiện nay, các nhà đầu tư Việt Nam đã bước đầu tham gia các hợp đồng này. Theo đó, nhà đầu tư bỏ vốn để xây dựng, kinh doanh các công trình kết cấu hạ tầng trong thời hạn nhất định và chuyển giao cho nhà nước theo những phương thức thanh toán, đền bù khác nhau.

Các hình thức BOT, BTO và BT có ý nghĩa quan trọng trong việc thu hút vốn đầu tư vào xây dựng cơ sở hạ tầng (giao thông, sản xuất và kinh doanh điện, cấp thoát nước, xử lý chất thải...). Thay vì phải đầu tư vốn xây dựng các công trình kết cấu hạ tầng quan trọng, Nhà nước áp dụng những chính sách ưu đãi cho nhà đầu tư để có được hệ thống cơ sở hạ tầng thông qua việc nhận chuyển giao quyền sở hữu các công trình từ nhà đầu tư, bằng những phương thức chuyển giao khác nhau.

Về mặt pháp lý, sự khác nhau chủ yếu giữa các hình thức đầu tư BOT, BTO và BT thể hiện ở thời điểm chuyển giao quyền sở hữu công trình gắn với quyền quản lý, vận hành, khai thác công trình của nhà đầu tư cho nhà nước và phương thức thanh toán, đền bù của nhà nước cho nhà đầu tư. Trong hình thức BOT, sau khi xây dựng xong công trình, nhà đầu tư quản lý và kinh doanh công trình trong một thời hạn nhất định để thu hồi vốn đầu tư và có lợi nhuận hợp lý, hết thời hạn kinh doanh, nhà đầu tư chuyển giao không bồi hoàn công trình cho nhà nước. Với hình thức BTO, sau khi xây dựng xong công trình, nhà đầu tư chuyển giao quyền sở hữu công trình cho nhà nước; nhà đầu tư được nhà nước dành cho quyền kinh doanh công trình trong thời hạn nhất định để thu hồi vốn đầu tư và có lợi nhuận hợp lý. Ở hình thức BT, sau khi xây dựng xong công trình, nhà đầu tư chuyển giao quyền sở hữu công trình cho Nhà nước; nhà đầu tư được nhà nước tạo điều kiện thực hiện dự án khác để thu hồi vốn đầu tư và có lợi nhuận hợp lý hoặc thanh toán cho nhà đầu tư theo thỏa thuận trong hợp đồng BT.

c) Đầu tư phát triển kinh doanh

Đầu tư phát triển kinh doanh là hình thức đầu tư theo đó, nhà đầu tư bỏ vốn để mở rộng quy mô, nâng cao năng lực hoạt động của cơ sở kinh doanh. Đầu tư phát triển kinh doanh có vai trò quan trọng trong việc phát huy hiệu quả sử dụng vốn đầu tư hiện có, đồng thời bổ sung vốn đầu tư mới, tạo nền tảng cho sự tăng trưởng và phát triển bền vững của cơ sở kinh doanh. Đầu tư phát triển kinh doanh bao gồm các hình thức cụ thể là: mở rộng quy mô, nâng cao công suất, năng lực kinh doanh (thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện, các đơn vị trực thuộc...); đổi mới công nghệ, nâng cao chất lượng sản phẩm, giảm ô nhiễm môi trường.

d) Đầu tư thực hiện việc sáp nhập và mua lại doanh nghiệp, chi nhánh doanh nghiệp

- Sáp nhập doanh nghiệp là hình thức đầu tư được thực hiện thông qua việc chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của một hoặc một số công ty cùng loại (công ty bị sáp nhập) vào một công ty khác (công ty nhận sáp nhập), đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập.

- Mua lại doanh nghiệp, chi nhánh doanh nghiệp là hình thức đầu tư theo đó nhà đầu tư nhận chuyển giao quyền sở hữu doanh nghiệp, chi nhánh doanh nghiệp có thanh toán. Từ phương diện luật cạnh tranh, sáp nhập và mua lại doanh nghiệp là hành vi của doanh nghiệp thuộc nhóm hành vi tập trung kinh tế.

Việc đầu tư thông qua thực hiện sáp nhập và mua lại doanh nghiệp tiềm ẩn khả năng tạo lập vị trí thống lĩnh, và cao nhất là vị trí độc quyền của doanh nghiệp trên thị trường hàng hóa, dịch vụ; làm giảm chỉ số cạnh tranh, thậm chí triệt tiêu cạnh tranh của thị trường. Vì lẽ đó, khi sáp nhập và mua lại doanh nghiệp, ngoài việc phải đáp ứng các điều kiện quy định bởi Luật Đầu tư, các nhà đầu tư còn phải tuân thủ các quy định của pháp luật cạnh tranh và các quy định pháp luật có liên quan.

2.2. Các hình thức đầu tư gián tiếp

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 trung gian khác mà nhà đầu tư không trực tiếp tham gia quản lý các hoạt động đầu tư.

Sự khác nhau cơ bản giữa các hình thức đầu tư trực tiếp và các hình thức đầu tư gián tiếp là mức độ, phạm vi quản lý và kiểm soát của chủ đầu tư đối với hoạt động kinh doanh. Trong các hình thức đầu tư gián tiếp, nhà đầu tư không trực tiếp tham gia quản lý, điều hành quá trình thực hiện và sử dụng các nguồn lực đầu tư. Nhà đầu tư gián tiếp về cơ bản chỉ được hưởng các lợi ích kinh tế từ hoạt động đầu tư. Đầu tư gián tiếp bao gồm những hình thức phổ biến như: đầu tư thông qua mua chứng khoán (cổ phần, cổ phiếu, trái phiếu và các giấy tờ có giá khác); đầu tư thông qua quỹ đầu tư chứng khoán; đầu tư thông qua ngân hàng, doanh nghiệp bảo hiểm...

3. Lĩnh vực và địa bàn đầu tư

Lĩnh vực, địa bàn đầu tư liên quan mật thiết tới chính sách của nhà nước về bảo đảm và khuyến khích đầu tư. Trong mỗi thời kì, việc ngăn cấm hay khuyến khích đầu tư vào các địa bàn, lĩnh vực của nền kinh tế được pháp luật quy định cụ thể phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội trong nước cũng như bối cảnh quốc tế. Thông thường, lĩnh vực, địa bàn đầu tư được pháp luật quy định theo ba nhóm cơ bản là: lĩnh vực cấm đầu tư, lĩnh vực đầu tư có điều kiện và lĩnh vực, địa bàn khuyến khích đầu tư.

Trong giai đoạn hiện nay, nhằm bảo vệ lợi ích quốc gia, phù hợp với thông lệ quốc tế, Nhà nước Việt Nam cấm các dự án đầu tư gây phương hại đến quốc phòng, an ninh quốc gia, lợi ích công cộng; gây phương hại đến di tích lịch sử, văn hoá, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam; gây tổn hại đến sức khỏe nhân dân, làm hủy hoại tài nguyên, phá hủy môi trường; 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.

Trong một số lĩnh vực đầu tư có ảnh hưởng tới quốc phòng, an ninh quốc gia và các lợi ích kinh tế, xã hội quan trọng (tài chính, ngân hàng, văn hóa, báo chí, xuất bản, giải trí...), nhà đầu tư chỉ được thực hiện đầu tư với các điều kiện cụ thể do pháp luật quy định.

Bên cạnh đó, nhằm thúc đẩy sự phát triển cân đối trong các lĩnh vực, địa bàn của nền kinh tế quốc dân, thực hiện có hiệu quả mục đích của Luật đầu tư, Nhà nước khuyến khích đầu tư vào các lĩnh vực và địa bàn nhất định. Việc xác định các dự án được ưu đãi dựa trên nhiều yếu tố khác nhau (sản xuất sản phẩm công nghệ cao, sử dụng nhiều lao động, xây dựng kết cấu hạ tầng, phát triển giáo dục đào tạo...).

Danh mục lĩnh vực ưu đãi đầu tư, địa bàn ưu đãi đầu tư, lĩnh vực đầu tư có điều kiện áp dụng cho nhà đầu tư nước ngoài, lĩnh vực cấm đầu tư quy định trong các Phụ lục số I, II, III và IV ban hành kèm theo Nghị định số 108/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

Các địa bàn khuyến khích đầu tư, các dự án khuyến khích, đặc biệt khuyến khích đầu tư, các lĩnh vực đầu tư có điều kiện được quy định bằng danh mục cụ thể, căn cứ vào quy hoạch, định hướng phát triển trong từng thời kì và cam kết quốc tế về đầu tư.

4. Nhà đầu tư và quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư

Trước khi ban hành Luật Đầu tư năm 2005, chủ thể của quan hệ đầu tư được quy định không giống nhau giữa đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài. Đối với các quan hệ đầu tư trong nước, chủ thể của quan hệ đầu tư được quy định trong nhiều văn bản pháp luật (Luật Khuyến khích đầu tư trong nước (sửa đổi) năm 1998, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, Luật Hợp tác xã năm 2003, Luật Doanh nghiệp năm 1999 và các văn bản hướng dẫn thi hành). Theo đó, chủ thể của các quan hệ đầu tư trong nước có phạm vi rất rộng, bao gồm các tổ chức, cá nhân không bị cấm đầu tư vốn để kinh doanh và các cơ quan quản lí nhà nước có thẩm quyền. Đối với đầu tư nước ngoài, chủ thể của quan hệ đầu tư trực tiếp nước ngoài được quy định trong Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 sửa đổi bổ sung năm 2000 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Chủ thể của quan hệ đầu tư trực tiếp nước ngoài do Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có phạm vi hẹp chỉ quy định các doanh nghiệp Việt Nam thuộc mọi thành phần kinh tế; bệnh viện, trường học, viện nghiên cứu trong lĩnh vực công nghệ, khoa học kĩ thuật, khoa học tự nhiên. Nhà đầu tư nước ngoài (gồm tổ chức kinh tế nước ngoài và cá nhân nước ngoài; Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (gồm doanh nghiệp liên doanh và doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài)). Các cơ quan nhà nước Việt Nam có thẩm quyền kí kết BOT, BTO và BT (là các Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương).

Theo Luật Đầu tư, chủ thể trong quan hệ pháp luật đầu tư được mở rộng và được quy định thống nhất giữa đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài. Nhà đầu tư được hiểu là tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động đầu tư theo quy định của pháp luật Việt Nam, bao gồm:

- Doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế thành lập theo Luật Doanh nghiệp;
- Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thành lập theo Luật Hợp tác xã;
- Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập trước khi Luật này có hiệu lực;
- 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 khác theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Quy định về nhà đầu tư theo Luật Đầu tư so với Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam đã được mở rộng thể hiện quan điểm không phân biệt đối xử giữa các nhà đầu tư thuộc các hình thức sở hữu, các thành phần kinh tế khác nhau, không phân biệt

quốc tịch của nhà đầu tư. Đây là cơ sở quan trọng đảm bảo quyền tự do và sự bình đẳng giữa các nhà đầu tư, đáp ứng yêu cầu bảo đảm và khuyến khích đầu tư trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế.

Quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư là nội dung cơ bản của quan hệ pháp luật đầu tư. Quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư được ghi nhận bởi pháp luật. Trong quá trình thực hiện hoạt động đầu tư, trên cơ sở pháp luật, nhà đầu tư còn có thể ấn định các quyền và nghĩa vụ cho mình, gắn với những quan hệ đầu tư cụ thể.

Luật Đầu tư quy định (ở mức độ nguyên tắc) những quyền và nghĩa vụ cơ bản của nhà đầu tư¹¹. Ngoài ra, gắn với từng dự án đầu tư, các quyền và nghĩa vụ cụ thể của nhà đầu tư được quy định trong các văn bản pháp luật thuộc các lĩnh vực khác nhau như: pháp luật về tổ chức doanh nghiệp, lao động, pháp luật về đất đai, tài nguyên, pháp luật về thuế, pháp luật về quản lý ngoại hối, pháp luật về bảo vệ môi trường...

5. Bảo đảm đầu tư

Luật Đầu tư quy định về các biện pháp bảo đảm đầu tư tại Chương II (từ Điều 6 đến Điều 12). Các biện pháp bảo đảm đầu tư thể hiện tính nhất quán trong việc thực hiện cam kết đảm bảo của Nhà nước đối với lợi ích của nhà đầu tư, phù hợp với nội dung cam kết trong các điều ước quốc tế về khuyến khích và bảo hộ đầu tư. Nội dung bảo đảm đầu tư theo Luật Đầu tư bao gồm:

a) Bảo đảm về vốn và tài sản

Điều 6 Luật Đầu tư quy định:

- 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.

- 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. Việc thanh toán hoặc bồi thường phải bảo đảm lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư và không phân biệt đối xử giữa các nhà đầu tư.

- Đối với nhà đầu tư nước ngoài, việc thanh toán hoặc bồi thường tài sản quy định tại khoản 2 Điều này được thực hiện bằng đồng tiền tự do chuyển đổi và được quyền chuyển ra nước ngoài.

- Thể thức, điều kiện trưng mua, trưng dụng theo quy định của pháp luật.

b) Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ

Theo Điều 7 Luật Đầu tư, Nhà nước 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. Cùng với các quy định trong Luật đầu tư, quyền sở hữu trí tuệ của nhà đầu tư còn được bảo hộ theo các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Theo các quy định này, các chủ thể quyền sở hữu trí tuệ có thể được bảo vệ bằng các biện pháp dân sự, hành chính hoặc hình sự.

c) Mở cửa thị trường, đầu tư liên quan đến thương mại

¹¹ Xem các điều từ Điều 13 đến Điều 20 Luật Đầu tư (2005)

Phù hợp với các cam kết quốc tế về đầu tư, Luật Đầu tư đã quy định việc mở cửa thị trường cho nhà đầu tư nước ngoài theo hướng không hạn chế lĩnh vực, quy mô đầu tư, ngoại trừ một số lĩnh vực đầu tư đặc biệt (ảnh hưởng lớn đến an ninh, quốc phòng, truyền thống văn hóa...). Điều 8 Luật Đầu tư quy định, để phù hợp với các quy định trong các điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên, Nhà nước bảo đảm thực hiện đối với nhà đầu tư nước ngoài các quy định sau đây:

- Mở cửa thị trường đầu tư phù hợp với lộ trình đã cam kết;
- Không bắt buộc nhà đầu tư phải thực hiện các yêu cầu sau đây:
 - + 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.

d) Chuyển vốn, tài sản ra nước ngoài

Biện pháp bảo đảm đầu tư này được áp dụng với các nhà đầu tư nước ngoài có hoạt động đầu tư tại Việt Nam. Theo Luật Đầu tư, sau khi thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài được chuyển ra nước ngoài các khoản sau đây:

- Lợi nhuận thu được từ hoạt động kinh doanh;
- Những khoản tiền trả cho việc cung cấp kỹ thuật, dịch vụ, sở hữu trí tuệ;
- Tiền gốc và lãi các khoản vay nước ngoài;
- Vốn đầu tư, các khoản thanh lý đầu tư;
- Các khoản tiền và tài sản khác thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư.

Việc chuyển ra nước ngoài các khoản trên được thực hiện bằng đồng tiền tự do chuyển đổi theo tỷ giá giao dịch tại ngân hàng thương mại do nhà đầu tư lựa chọn. Thủ tục chuyển ra nước ngoài các khoản tiền liên quan đến hoạt động đầu tư theo quy định của pháp luật về quản lý ngoại hối.

đ) Áp dụng giá, phí, lệ phí thống nhất

Theo Điều 10 Luật Đầu tư, trong quá trình hoạt động đầu tư tại Việt Nam, nhà đầu tư được áp dụng thống nhất giá, phí, lệ phí đối với hàng hóa, dịch vụ do Nhà nước kiểm soát.

e) Bảo đảm đầu tư trong trường hợp thay đổi pháp luật, chính sách

Theo Điều 11 Luật Đầu tư, trường hợp pháp luật, chính sách mới được ban hành có các quyền lợi và ưu đãi cao hơn so với quyền lợi, ưu đãi mà nhà đầu tư đã được hưởng trước đó thì nhà đầu tư được hưởng các quyền lợi, ưu đãi theo quy định mới kể từ ngày pháp luật, chính sách mới đó có hiệu lực. Trường hợp pháp luật, chính sách 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 đó có 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, một số hoặc các biện pháp sau đây:

- Tiếp tục hưởng các quyền lợi, ưu đãi;
- Được trừ thiệt hại vào thu nhập chịu thuế;
- Được điều chỉnh mục tiêu hoạt động của dự án;
- Được xem xét bồi thường trong một số trường hợp cần thiết.

Căn cứ vào quy định của pháp luật và cam kết trong điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên, Chính phủ quy định cụ thể về việc bảo đảm lợi ích của nhà đầu tư do việc thay đổi pháp luật, chính sách ảnh hưởng bất lợi đến lợi ích của nhà đầu tư.

g) Giải quyết tranh chấp

Theo Điều 12 Luật Đầu tư, cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư được quy định thống nhất như sau:

- Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải, Trọng tài Thương mại hoặc Tòa án theo quy định của pháp luật.

- 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 được giải quyết thông qua Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam.

- 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 được giải quyết thông qua một trong những cơ quan, tổ chức sau đây:

- + 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.

- 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 Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

6. Ưu đãi và hỗ trợ đầu tư

Theo Luật Đầu tư, các quy định về ưu đãi, hỗ trợ đầu tư thể hiện quan điểm không phân biệt đối xử giữa các nhà đầu tư. Nội dung cụ thể của các ưu đãi đầu tư liên quan đến đất đai, thuế, khấu hao nhanh, chuyển lỗ... và hỗ trợ đầu tư liên quan đến đào tạo, phát triển dịch vụ, chuyển giao công nghệ, phát triển hạ tầng khu công nghiệp được dẫn chiếu sang các văn bản pháp luật có liên quan. Luật Đầu tư chỉ quy định một số vấn đề có tính nguyên tắc sau đây:

6.1. Ưu đãi đầu tư

a) Đối tượng và điều kiện ưu đãi đầu tư

Nhà đầu tư có dự án đầu tư thuộc lĩnh vực và địa bàn ưu đãi đầu tư được hưởng các ưu đãi theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Việc ưu đãi đầu tư cũng được áp dụng đối với dự án đầu tư mới và dự án đầu tư mở rộng quy mô, nâng cao công suất, năng lực kinh doanh, đổi mới công nghệ, nâng cao chất lượng sản phẩm, giảm ô nhiễm môi trường.

b) Các hình thức ưu đãi

Thứ nhất, ưu đãi về thuế:

- Nhà đầu tư có dự án thuộc đối tượng quy định tại Điều 32 của Luật Đầu tư được hưởng thuế suất ưu đãi.

- 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, phụng tiện vận tải và hàng hoá khác để thực hiện dự án đầu tư tại Việt Nam theo quy định của Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu.

- Thu nhập từ hoạt động chuyển giao công nghệ đối với các dự án thuộc diện ưu đãi đầu tư được miễn thuế thu nhập theo quy định của pháp luật về thuế.

Thứ hai, chuyển lỗ: Nhà đầu tư sau khi đã quyết toán thuế 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. Thời gian được chuyển lỗ không quá 5 năm.

Thứ ba, khấu hao tài sản cố định: Dự án đầu tư trong lĩnh vực, địa bàn ưu đãi đầu tư và dự án kinh doanh có hiệu quả 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.

Thứ tư, ưu đãi về sử dụng đất:

- Thời hạn sử dụng đất của dự án 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 và đặc biệt khó khăn mà cần thời hạn dài hơn thì thời hạn giao đất, thuê đất không quá 70 năm.

- 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 và pháp luật về thuế.

Thứ năm, ưu đãi đối với nhà đầu tư đầu tư vào khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế.

c) Thủ tục 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, nhà đầu tư căn cứ vào các ưu đãi và điều kiện ưu đãi đầu tư theo quy định 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 đáp ứng điều kiện được hưởng ưu đãi, cơ quan nhà nước quản lý đầu tư ghi ưu đãi đầu tư vào Giấy chứng nhận đầu tư.

Đối với dự án có vốn đầu tư nước ngoài đáp ứng điều kiện được hưởng ưu đãi, cơ quan nhà nước quản lý đầu tư ghi ưu đãi đầu tư vào Giấy chứng nhận đầu tư.

6.2. Hỗ trợ đầu tư

a) Hỗ trợ chuyển giao công nghệ

- Nhà nước tạo điều kiện thuận lợi và bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các bên 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 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.

b) Hỗ trợ đào tạo

Nhà nước khuyến khích lập quỹ hỗ trợ đào tạo nguồn nhân lực từ nguồn vốn góp và tài trợ của các tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài; Chi phí đào tạo của 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.

c) 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 bao gồm: 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 các thông tin kinh tế, xã hội khác mà nhà đầu tư yêu cầu; Tiếp thị, xúc tiến đầu tư và thương mại; 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.

d) Đầu tư hệ thống kết cấu hạ tầng khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao; khu kinh tế

Căn cứ quy hoạch, các bộ, cơ quan ngang bộ và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh lập kế hoạch đầu tư và tổ chức xây dựng hệ thống kết cấu hạ tầng kỹ thuật và hệ tầng xã hội ngoài hàng rào. Đối với một số địa phương có địa bàn kinh tế - xã hội khó khăn

và địa bàn kinh tế xã hội đặc biệt khó khăn, Nhà nước hỗ trợ một phần vốn cho địa phương để cùng với nhà đầu tư đầu tư phát triển hệ thống kết cấu hạ tầng trong hàng rào khu công nghiệp, khu chế xuất theo quy định của Chính phủ.

7. Hoạt động đầu tư trực tiếp

a) Thủ tục đầu tư trực tiếp

Luật Đầu tư quy định về thủ tục đầu tư theo hướng phân biệt đối với các dự án khác nhau, dựa vào các tiêu chí là quy mô dự án và quốc tịch của nhà đầu tư (nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài). Thủ tục đầu tư có sự khác nhau giữa 3 nhóm dự án đầu tư là: Dự án đầu tư không phải làm thủ tục đăng ký đầu tư, Dự án đầu tư phải làm thủ tục đăng ký đầu tư và Dự án đầu tư phải thực hiện thủ tục thẩm tra đầu tư (xem các điều từ Điều 45 đến Điều 54 Luật Đầu tư).

b) Triển khai thực hiện dự án đầu tư

Luật Đầu tư quy định thống nhất các vấn đề có tính nguyên tắc trong triển khai thực hiện dự án đầu tư, bao gồm: Thuê, giao nhận đất thực hiện dự án; Chuẩn bị mặt bằng xây dựng; Thực hiện dự án đầu tư có khai thác, sử dụng tài nguyên, khoáng sản; Thực hiện dự án đầu tư có xây dựng; Giám định máy móc, thiết bị; Tiêu thụ sản phẩm tại thị trường Việt Nam; Tài khoản ngoại tệ, tài khoản tiền đồng Việt Nam; Bảo hiểm; Thuê tổ chức quản lý; Tạm ngừng dự án, thu hồi Giấy chứng nhận đầu tư; Chấm dứt hoạt động của dự án đầu tư; Bảo lãnh của Nhà nước cho một số công trình và dự án quan trọng.

8. Đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước

Trong điều kiện kinh tế thị trường, Nhà nước có thể bỏ vốn đầu tư kinh doanh với tư cách một nhà đầu tư. Những quy định trong Luật Đầu tư có tính chất là những quy định nguyên tắc chung về đầu tư kinh doanh vốn nhà nước. Bên cạnh đó, hoạt động đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước còn chịu sự điều chỉnh của Luật Ngân sách nhà nước, các văn bản hướng dẫn thi hành và các văn bản pháp luật có liên quan. Những quy định cơ bản trong Luật Đầu tư năm 2005 về đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước bao gồm:

a) Những yêu cầu của hoạt động đầu tư kinh doanh vốn nhà nước

Theo Điều 67 Luật Đầu tư, đầu tư, kinh doanh vốn Nhà nước phải đáp ứng những yêu cầu sau:

- Đầu tư, kinh doanh vốn Nhà nước phải phù hợp với chiến lược, quy hoạch, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội trong từng thời kỳ.

- Đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước phải đúng mục tiêu và có hiệu quả, bảo đảm có phương thức quản lý phù hợp đối với từng nguồn vốn, từng loại dự án đầu tư, quá trình đầu tư được thực hiện công khai, minh bạch.

- Việc sử dụng vốn nhà nước để đầu tư hoặc liên doanh, liên kết với các thành phần kinh tế khác theo quy định của pháp luật phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định đầu tư thẩm định và chấp thuận.

- Phân định rõ trách nhiệm, quyền của các cơ quan, tổ chức và cá nhân trong từng khâu của quá trình đầu tư; thực hiện phân công, phân cấp quản lý nhà nước về đầu tư, kinh doanh sử dụng vốn nhà nước.

- Thực hiện đầu tư đúng pháp luật, đúng tiến độ, bảo đảm chất lượng, chống dàn tri, lãng phí, thất thoát, khép kín.

b) Các phương thức đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước

Theo các điều 68, 69 và 70 Luật Đầu tư, hoạt động đầu tư kinh doanh vốn được thực hiện thông qua các phương thức sau:

- Đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước vào tổ chức kinh tế: Vốn đầu tư từ ngân sách nhà nước vào tổ chức kinh tế chủ yếu được thực hiện thông qua Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước. Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước hoạt động theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp nhà nước và các quy định khác của pháp luật có liên quan; thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần được chuyển đổi từ công ty nhà nước độc lập hoặc thành lập mới.

- Đầu tư của Nhà nước vào hoạt động công ích: Nhà nước đầu tư vào sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thông qua hình thức giao kế hoạch, đặt hàng hoặc đấu thầu. Cần lưu ý, các tổ chức, cá nhân thuộc mọi thành phần kinh tế được bình đẳng tham gia sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, trừ trường hợp đặc biệt do Chính phủ quy định.

- Đầu tư bằng vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước: Đối tượng sử dụng vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước là dự án đầu tư thuộc một số ngành, lĩnh vực quan trọng, chương trình kinh tế lớn có hiệu quả kinh tế - xã hội, có khả năng hoàn trả vốn vay. Dự án vay vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước phải được tổ chức cho vay thẩm định và chấp thuận phương án tài chính, phương án trả nợ vốn vay trước khi quyết định đầu tư. Chính sách hỗ trợ đầu tư từ nguồn vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước, danh mục các đối tượng được vay vốn và các điều kiện tín dụng trong từng thời kỳ do Chính phủ quy định.

c) Thay đổi, hoãn, đình chỉ, hủy bỏ dự án đầu tư

- Trường hợp thay đổi nội dung dự án đầu tư, chủ đầu tư phải giải trình rõ lý do, nội dung thay đổi trình cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định đầu tư xem xét, quyết định; nếu dự án đang triển khai thực hiện thì chủ đầu tư phải có báo cáo đánh giá về dự án. Sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp thuận thay đổi nội dung dự án bằng văn bản thì chủ đầu tư mới được lập, tổ chức thẩm tra và trình duyệt dự án theo đúng quy định.

Dự án đầu tư bị hoãn, đình chỉ hoặc hủy bỏ trong các trường hợp sau đây:

- Sau mười hai tháng kể từ ngày có quyết định đầu tư, chủ đầu tư không triển khai dự án mà không có sự chấp thuận bằng văn bản của cơ quan có thẩm quyền;

- Thay đổi mục tiêu của dự án mà không được cơ quan có thẩm quyền cho phép bằng văn bản.

Cơ quan có thẩm quyền quyết định hoãn, đình chỉ hoặc hủy bỏ dự án đầu tư phải xác định rõ lý do và chịu trách nhiệm trước pháp luật về quyết định của mình.

9. Đầu tư ra nước ngoài

a) Chủ thể của hoạt động đầu tư ra nước ngoài

Theo Luật Đầu tư và Nghị định số 78/2006/NĐ-CP ngày 9 tháng 8 năm 2006 của Chính phủ quy định về đầu tư trực tiếp ra nước ngoài, chủ thể của quan hệ đầu tư ra nước ngoài bao gồm tất cả các nhà đầu tư thuộc mọi thành phần kinh tế, cụ thể là:

- Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh theo Luật Doanh nghiệp.

- Doanh nghiệp được thành lập theo Luật Doanh nghiệp Nhà nước chưa đăng ký lại theo Luật Doanh nghiệp.

- Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập theo Luật Đầu tư nước ngoài chưa đăng ký lại theo Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư.

- Doanh nghiệp thuộc tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội chưa đăng ký lại theo Luật Doanh nghiệp.

- Hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã được thành lập theo Luật Hợp tác xã.

- Cơ sở dịch vụ y tế, giáo dục, khoa học, văn hóa, thể thao và các cơ sở dịch vụ khác có hoạt động đầu tư sinh lợi.

- Hộ kinh doanh, cá nhân Việt Nam.

b) Hình thức đầu tư ra nước ngoài

Theo Luật Đầu tư, các nhà đầu tư được đầu tư ra nước ngoài không chỉ dưới hình thức trực tiếp mà còn có hình thức đầu tư gián tiếp nhằm mục đích thu lợi nhuận theo pháp luật Việt Nam và pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư. Nhà đầu tư có thể đầu tư theo hình thức đầu tư trực tiếp chủ yếu là:

- Đầu tư thành lập một tổ chức kinh tế mới dưới dạng thành lập một doanh nghiệp một chủ (độc doanh) hoặc thành lập công ty (liên doanh);

- Đầu tư thông qua hợp đồng hợp tác kinh doanh với các đối tác của nước tiếp nhận đầu tư (hợp doanh);

- Mua cổ phần, góp vốn để trực tiếp tham gia quản lý và điều hành các doanh nghiệp tại nước tiếp nhận đầu tư;

- Thực hiện các hoạt động sáp nhập, mua lại các doanh nghiệp của nước sở tại.

Nhà đầu tư cũng có thể đầu tư theo hình thức đầu tư gián tiếp. Các hình thức đầu tư gián tiếp chủ yếu là: đầu tư thông qua các thị trường tài chính hoặc chứng khoán để mua cổ phiếu, trái phiếu của các doanh nghiệp của nước tiếp nhận đầu tư để hưởng cổ tức hoặc lãi suất mà không tham gia quản lý điều hành doanh nghiệp.

c) Lĩnh vực đầu tư ra nước ngoài

Theo Điều 75 Luật Đầu tư, nhà đầu tư tại Việt Nam được khuyến khích đầu tư ra nước ngoài trong các lĩnh vực:

- 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, để bảo đảm lợi ích của quốc gia, Nhà nước không cho phép đầu tư ra nước ngoài đối với các dự án gây phương hại đến bí mật, an ninh quốc gia, quốc phòng, lịch sử, văn hoá, thuần phong mỹ tục của Việt Nam.

d) Điều kiện để đầu tư ra nước ngoài

Điều kiện đầu tư ra nước ngoài được Luật đầu tư quy định tương ứng với hình thức đầu tư mà nhà đầu tư lựa chọn. Nếu đầu tư ra nước ngoài theo hình thức đầu tư trực tiếp, nhà đầu tư phải đáp ứng các điều kiện sau:

- 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.

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

Trường hợp đầu tư ra nước ngoài sử dụng vốn nhà nước thì bên cạnh việc đáp ứng các điều kiện chung ở trên, nhà đầu tư còn phải tuân thủ các quy định của pháp luật về quản lý và sử dụng vốn nhà nước.

Phần 3

PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

TRONG LĨNH VỰC KINH DOANH, THƯƠNG MẠI

I. MỘT SỐ VẤN ĐỀ CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG

1. Khái niệm, đặc điểm của hợp đồng

1.1. Khái niệm hợp đồng

Hợp đồng là một trong những hình thức pháp lý cơ bản của các quan hệ xã hội. Hiện hành ở Việt Nam, trên giác độ pháp lý, khái niệm hợp đồng đồng nghĩa với hợp đồng dân sự. Theo Bộ luật Dân sự (2005), Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự.¹²

1.2. Đặc điểm của hợp đồng

Hợp đồng có những đặc điểm cơ bản sau:

- Hợp đồng là sự thỏa thuận trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng giữa các chủ thể (cá nhân, tổ chức) tham gia giao kết.
- Sự thỏa thuận của các bên là căn cứ phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ pháp lý của các bên trong quan hệ hợp đồng.
- Các quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng chủ yếu gắn liền với lợi ích vật chất của các bên.

2. Nguyên tắc giao kết hợp đồng

Việc giao kết hợp đồng phải tuân theo các nguyên tắc sau đây¹³:

- **Thứ nhất**, tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội;
- **Thứ hai**, tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng.

3. Phân loại hợp đồng:

Có nhiều cách phân loại hợp đồng

3.1. Căn cứ vào tính chất của nghĩa vụ trong hợp đồng, hợp đồng bao gồm :

- **Hợp đồng song vụ** là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau;
- **Hợp đồng đơn vụ** là hợp đồng mà chỉ một bên có nghĩa vụ;
- **Hợp đồng chính** là hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ;
- **Hợp đồng phụ** là hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính;
- **Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba** là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ đó;
- **Hợp đồng có điều kiện** là hợp đồng mà việc thực hiện phụ thuộc vào việc phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt một sự kiện nhất định.

¹² Điều 388 BLDS 2005

¹³ Điều 389 BLDS 2005

3.2 Căn cứ vào nội dung hợp đồng bao gồm :

- Hợp đồng dân sự thông dụng: Hợp đồng mua bán tài sản; hợp đồng mua bán nhà; hợp đồng vay tài sản; hợp đồng tặng cho tài sản; hợp đồng bảo hiểm; hợp đồng gửi giữ tài sản; hợp đồng vận chuyển...

- Hợp đồng lao động;

- Hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất;

- Hợp đồng trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ.

3.3. Căn cứ vào mục đích của hợp đồng

- Hợp đồng không có mục đích kinh doanh (hợp đồng dân sự theo nghĩa hẹp).

- Hợp đồng kinh doanh, thương mại

4. Nguồn văn bản về hợp đồng và nguyên tắc áp dụng

Bộ luật Dân sự (2005) là văn bản pháp luật chung điều chỉnh tất cả các loại hợp đồng. Đối với những hợp đồng không có mục đích kinh doanh (hợp đồng dân sự theo nghĩa hẹp), Bộ luật Dân sự là nguồn văn bản chủ yếu.

Đối với hợp đồng kinh doanh, thương mại, vấn đề nguồn văn bản và nguyên tắc áp dụng có một số điểm khác. Hợp đồng kinh doanh, thương mại trước hết phải áp dụng những quy định của Luật Thương mại (2005). Những quy định nào không có trong Luật Thương mại thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự. Đối với những lĩnh vực kinh doanh thương mại đặc thù, còn có những văn bản pháp luật chuyên ngành (đặc thù). Vì vậy, khi xác lập và giải quyết các quan hệ hợp đồng trong những lĩnh vực kinh doanh đặc thù, phải ưu tiên áp dụng quy định của văn bản pháp luật chuyên ngành. Trong quan hệ hợp đồng kinh doanh, thương mại có yếu tố quốc tế, ngoài việc áp dụng quy định của pháp luật Việt Nam còn phải áp dụng những Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Trường hợp đối với cùng một nội dung, có sự khác nhau trong quy định của pháp luật Việt Nam và Điều ước quốc tế thì ưu tiên áp dụng quy định của những Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

II. HỢP ĐỒNG TRONG LĨNH VỰC KINH DOANH, THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và phân loại hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

Quan hệ kinh doanh thương mại được xác lập và thực hiện thông qua hình thức pháp lý chủ yếu là hợp đồng. Hợp đồng kinh doanh, thương mại có bản chất của hợp đồng nói chung, là sự thỏa thuận nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong quan hệ thương mại. Luật Thương mại không đưa ra định nghĩa về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, song có thể xác định bản chất pháp lý của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại trên cơ sở quy định của Bộ luật Dân sự về hợp đồng¹⁴. Từ đó cho thấy, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là một dạng cụ thể của hợp đồng dân sự.

Có thể xem xét hợp đồng kinh doanh, thương mại trong mối liên hệ với hợp đồng dân sự theo nguyên lý của mối quan hệ giữa cái chung và cái riêng. Nhiều vấn đề về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được điều chỉnh bởi pháp luật không có sự khác biệt với các hợp đồng dân sự, như: Giao kết hợp đồng, hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu... Bên cạnh đó, xuất phát từ yêu cầu của hoạt động

¹⁴ Xem Điều 428 Bộ luật Dân sự

thương mại, một số vấn đề về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được quy định trong pháp luật thương mại có tính chất là sự phát triển tiếp tục những quy định của dân luật truyền thống về hợp đồng (như chủ thể, hình thức, quyền và nghĩa vụ của các bên, chế tài và giải quyết tranh chấp hợp đồng...). Với tư cách là hình thức pháp lý của quan hệ thương mại, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có những đặc điểm nhất định để nhận biết và phân biệt với các loại hợp đồng khác.

Thứ nhất, về chủ thể: hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được thiết lập giữa các chủ thể là thương nhân. Theo quy định của Luật Thương mại, thương nhân gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp hoặc cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh¹⁵. Điểm mấu chốt là tất cả chủ thể của quan hệ hợp đồng kinh doanh, thương mại (thương nhân) đều phải có đăng ký kinh doanh. Thương nhân là chủ thể của hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài. Luật Thương mại quy định về thương nhân nói chung và thương nhân nước ngoài hoạt động thương mại tại Việt Nam.

Thứ hai, về hình thức: hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể được thiết lập dưới hình thức văn bản, lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong những trường hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải thiết lập hợp đồng kinh doanh, thương mại bằng hình thức văn bản (Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, hợp đồng dịch vụ khuyến mại, quảng cáo, hội chợ, triển lãm thương mại...). Luật Thương mại cho phép các bên hợp đồng có thể thay thế hình thức thức văn bản bằng các hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương. Các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu¹⁶.

Thứ ba, về nội dung và mục đích của hợp đồng kinh doanh thương mại: mục đích của các bên trong hợp đồng kinh doanh, thương mại là lợi nhuận. Trường hợp có chủ thể hợp đồng không nhằm mục đích lợi nhuận giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hoà xã hội Chủ nghĩa Việt Nam, thì hợp đồng được áp dụng Luật Thương mại khi bên không nhằm mục đích lợi nhuận lựa chọn áp dụng Luật Thương mại¹⁷.

Hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có thể chia thành những nhóm chủ yếu như sau:

Một là, hợp đồng mua bán hàng hóa: Hợp đồng mua bán hàng hóa không có yếu tố quốc tế; hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (Xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập tái xuất, tạm xuất tái nhập, chuyển khẩu) và hợp đồng mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa (hợp đồng kỳ hạn, hợp đồng quyền chọn).

Hai là, hợp đồng dịch vụ: Hợp đồng cung ứng dịch vụ liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa (hợp đồng trong các hoạt động xúc tiến thương mại, trung gian thương mại, các hoạt động thương mại cụ thể khác); các hợp đồng cung ứng dịch vụ chuyên ngành (hợp đồng dịch vụ tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, đào tạo, du lịch...).

Ba là, những hợp đồng trong các hoạt động đầu tư thương mại đặc thù khác (hợp đồng giao nhận thầu xây lắp, hợp đồng chuyển nhượng dự án khu đô thị mới, khu nhà ở, dự án hạ tầng kỹ thuật khu công nghiệp...).

¹⁵ Khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại

¹⁶ Khoản 15 Điều 3 Luật Thương mại

¹⁷ Xem Khoản 3 Điều 1 Luật Thương mại.

2. Giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

2.1. Nguyên tắc giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

Hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được giao kết theo các nguyên tắc quy định cho hợp đồng nói chung¹⁸.

2.2. Nội dung của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

Nội dung của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là các điều khoản do các bên thỏa thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng. Trong thực tiễn, các bên thỏa thuận nội dung hợp đồng càng chi tiết thì càng thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng.

Việc pháp luật quy định nội dung của hợp đồng kinh doanh, thương mại có ý nghĩa hướng các bên tập trung vào thỏa thuận những nội dung quan trọng của hợp đồng, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện, đồng thời phòng ngừa những tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. Luật Thương mại không quy định bắt buộc các bên phải thỏa thuận những nội dung cụ thể nào trong hợp đồng kinh doanh, thương mại. Mặc dù các nội dung chủ yếu của hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể xác định được dựa trên những quy định mang tính "khuyến nghị", "định hướng" của pháp luật¹⁹, thói quen và tập quán thương mại, nhưng trong điều kiện nhận thức của nhà kinh doanh còn nhiều hạn chế, thì điều này tiềm ẩn nguy cơ dẫn đến những rủi ro pháp lý, những tranh chấp trong hoạt động kinh doanh, thương mại.

Trên cơ sở các quy định của Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại, xuất phát từ tính chất của quan hệ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, có thể thấy những điều khoản quan trọng của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bao gồm: đối tượng, chất lượng, giá cả, phương thức thanh toán, thời hạn và địa điểm thực hiện hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của các bên, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng... Cũng cần lưu ý rằng, đối với từng loại hợp đồng cụ thể, pháp luật có thể có quy định về những nội dung bắt buộc phải có (điều khoản chủ yếu) của hợp đồng.

2.3. Thủ tục giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

Một hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể được hình thành theo bất cứ cách thức nào, theo đó chứng tỏ giữa các bên đã đạt được sự thỏa thuận. Thời điểm giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là thời điểm mà các bên đã đạt được sự thỏa thuận. Trong quá trình xác lập hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, các vấn đề pháp lý cơ bản cần được làm rõ là: (i) Đề nghị giao kết hợp đồng; (ii) Chấp nhận đề nghị hợp đồng; (iii) Thời điểm giao kết và hiệu lực của hợp đồng. Những vấn đề này không được Luật Thương mại quy định cụ thể, vì vậy các quy định của Bộ luật Dân sự sẽ được áp dụng đối với việc giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại.

a) Đề nghị giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

Đề nghị giao kết hợp đồng nói chung có bản chất là hành vi pháp lý đơn phương của một chủ thể, có nội dung bày tỏ ý định giao kết hợp đồng với chủ thể khác theo những điều kiện xác định. Từ quy định của Điều 390 Bộ luật Dân sự, có thể định nghĩa đề nghị giao kết hợp đồng kinh doanh, thương mại là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với

¹⁸ Xem mục 2, phần I

¹⁹ Xem Điều 402 Bộ luật Dân sự

bên đã được xác định cụ thể.

Bộ luật Dân sự cũng như Luật Thương mại không quy định về hình thức của đề nghị giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, song có thể dựa vào quy định về hình thức của hợp đồng (Điều 24 Luật Thương mại) để xác định hình thức của đề nghị giao kết hợp đồng, theo đó đề nghị giao kết hợp đồng có thể được thể hiện bằng văn bản, lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc kết hợp giữa các hình thức này.

Đề nghị giao kết hợp đồng được gửi đến cho một hay nhiều chủ thể đã xác định. Hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng thông thường được bên đề nghị ấn định. Trường hợp bên đề nghị không ấn định thời điểm có hiệu lực của đề nghị hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó. Căn cứ xác định bên được đề nghị đã nhận được đề nghị giao kết hợp đồng là: (i) Đề nghị được chuyển đến nơi cư trú (bên được đề nghị là cá nhân) hoặc trụ sở của bên được đề nghị (trường hợp bên được đề nghị là pháp nhân); (ii) Đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của bên được đề nghị; (iii) Bên được đề nghị biết được đề nghị giao kết hợp đồng thông qua các phương thức khác.

Bên đề nghị phải chịu trách nhiệm về đề nghị của mình. Trong thời hạn đề nghị hợp đồng có hiệu lực, nếu bên được đề nghị thông báo chấp nhận vô điều kiện đề nghị hợp đồng thì hợp đồng trong kinh doanh, thương mại hình thành và ràng buộc các bên. Nếu các bên không thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng thì phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng.

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi hoặc rút lại đề nghị giao kết hợp đồng trong các trường hợp: (i) Bên được đề nghị nhận được thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị trước hoặc cùng với thời điểm nhận được đề nghị; (ii) Điều kiện thay đổi hoặc rút lại đề nghị phát sinh trong trường hợp bên đề nghị có nêu rõ về việc được thay đổi hoặc rút lại đề nghị khi điều kiện đó phát sinh.

Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng thực hiện quyền huỷ bỏ đề nghị do đã nêu rõ quyền này trong đề nghị thì phải thông báo cho bên được đề nghị và thông báo này chỉ có hiệu lực khi bên được đề nghị nhận được thông báo trước khi bên được đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực trong các trường hợp: (i) Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận; (ii) Hết thời hạn trả lời chấp nhận; (iii) Thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực; (iv) Thông báo về việc huỷ bỏ đề nghị có hiệu lực; (v) Theo thỏa thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

b) Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị đối với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị. Thời hạn trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng được xác định khác nhau trong các trường hợp sau:

- Khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; Nếu bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề nghị mới của bên chậm trả lời. Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến chậm vì lý do khách quan mà bên đề nghị biết hoặc phải biết về lý do khách quan này thì thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp bên

để nghị trả lời ngay không đồng ý với chấp nhận đó của bên được đề nghị.

- Khi các bên trực tiếp giao tiếp với nhau, kể cả trong trường hợp qua điện thoại hoặc qua các phương tiện khác thì bên được đề nghị phải trả lời ngay có chấp nhận hoặc không chấp nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận về thời hạn trả lời.

Bên được đề nghị giao kết hợp đồng có thể rút lại thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng, nếu thông báo này đến trước hoặc cùng với thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

c) Thời điểm giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

Về nguyên tắc chung, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được giao kết vào thời điểm các bên đạt được sự thỏa thuận. Thời điểm giao kết hợp đồng được quy định khác nhau phụ thuộc vào cách thức giao kết và hình thức của hợp đồng. Theo Điều 404 Bộ luật Dân sự, có thể xác định thời điểm giao kết hợp đồng kinh doanh, thương mại theo các trường hợp sau:

- Hợp đồng được giao kết trực tiếp bằng văn bản: Thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản;

- Hợp đồng được giao kết gián tiếp bằng văn bản (thông qua các tài liệu giao dịch): Thời điểm đạt được sự thỏa thuận được xác định theo thuyết "tiếp nhận", theo đó, hợp đồng được giao kết khi bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng;

- Hợp đồng được giao kết hợp đồng bằng lời nói: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm các bên đã thỏa thuận về nội dung của hợp đồng. Các bên có thể sử dụng những biện pháp, chứng cứ hợp pháp để chứng minh việc "các bên đã thỏa thuận" về nội dung của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bằng lời nói.

Ngoài ra, sự im lặng của bên được đề nghị cho đến khi hết thời hạn trả lời cũng có thể là căn xác định hợp đồng kinh doanh, thương mại đã được giao kết, nếu có thỏa thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng²⁰.

Hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác²¹.

3. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại²²

Những biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại áp dụng theo quy định của Bộ luật Dân sự

3.1. Cầm cố tài sản là việc một bên (gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (gọi là bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Việc cầm cố tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính.

3.2. Thế chấp tài sản là việc một bên (gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng đối với bên kia (gọi là bên nhận thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp. Việc thế chấp tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi

²⁰ Điều 404 BLDS 2005

²¹ Điều 405 BLDS 2005

²² Xem BLDS 2005 (từ Điều 318 đến Điều 373)

trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản thay thế phải được công chứng, chứng thực hoặc đăng ký.

3.3. Đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (gọi là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết hoặc thực hiện hợp đồng. Việc đặt cọc phải được lập thành văn bản.

3.4. Ký cược là việc bên thuê tài sản là động sản giao cho bên cho thuê một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (gọi là tài sản ký cược) trong một thời hạn để bảo đảm việc trả lại tài sản thuê.

3.5. Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản phong tỏa tại một ngân hàng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

3.6. Bảo lãnh là việc người thứ ba (gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên cũng có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình. Việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản bảo lãnh phải được công chứng, chứng thực.

3.7. Tín chấp là việc Tổ chức chính trị - xã hội được pháp luật cho phép bảo đảm (bằng tín chấp) cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác để sản xuất, kinh doanh, làm dịch vụ. Việc cho vay có bảo đảm bằng tín chấp phải được lập thành văn bản có ghi rõ số tiền vay, mục đích vay, thời hạn vay, lãi suất, quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của người vay, ngân hàng, tổ chức tín dụng cho vay và tổ chức bảo đảm.

4. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và hợp đồng vô hiệu

4.1. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

Luật Thương mại không quy định cụ thể các điều kiện để hợp đồng có hiệu lực. Vì vậy, khi xem xét hiệu lực của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, cần dựa trên các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự quy định trong Bộ luật Dân sự. Căn cứ vào quy định của Bộ luật Dân sự (Điều 122) và các quy định có liên quan, có thể xác định một hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

Thứ nhất, người tham gia giao kết hợp đồng kinh doanh thương mại phải có năng lực giao kết (năng lực hành vi dân sự).

Hành vi giao kết hợp đồng sẽ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ pháp lý cho các bên, do vậy để hợp đồng có hiệu lực pháp lý và có khả năng thực hiện, người giao kết hợp đồng phải có khả năng nhận thức hành vi giao kết hợp đồng cũng như hậu quả của việc giao kết hợp đồng. Đối với cá nhân, tổ chức giao kết hợp đồng phải đúng thẩm quyền.

Thứ hai, mục đích và nội dung của hợp đồng kinh doanh, thương mại không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội

Mục đích của hợp đồng là những lợi ích hợp pháp mà các bên mong muốn đạt

được khi giao kết hợp đồng. Nội dung của hợp đồng bao gồm các điều khoản mà các bên đã thỏa thuận, thống nhất. Để hợp đồng có hiệu lực và có khả năng thực hiện, pháp luật quy định mục đích, nội dung của hợp đồng không được trái pháp luật và đạo đức xã hội.

Ví dụ: Hàng hóa, dịch vụ là đối tượng của hợp đồng không bị cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tùy thuộc vào từng giai đoạn của nền kinh tế, xuất phát từ yêu cầu quản lý nhà nước mà những hàng hóa, dịch vụ bị cấm kinh doanh được pháp luật quy định một cách phù hợp. Hiện hành, hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh và kinh doanh có điều kiện được quy định tại Nghị định số 59/2006/NĐ-CP ngày 12 tháng 6 năm 2006 quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại.

Thứ ba, Hợp đồng kinh doanh, thương mại được giao kết đảm bảo các nguyên tắc của hợp đồng theo quy định của pháp luật. Việc quy định nguyên tắc giao kết hợp đồng nhằm đảm bảo sự thỏa thuận của các bên phù hợp với ý chí thực của họ, hướng đến những lợi ích chính đáng của các bên, đồng thời không xâm hại đến những lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ. Theo quy định của Bộ luật Dân sự, việc giao kết hợp đồng nói chung và hợp đồng kinh doanh thương mại nói riêng phải tuân theo các nguyên tắc: tự do giao kết những không trái pháp luật và đạo đức xã hội: Tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng²³. Những hành vi cưỡng ép, đe dọa, lừa dối để giao kết hợp đồng... là lý do dẫn đến hợp đồng bị coi là vô hiệu.

Thứ tư, nếu pháp luật có quy định về hình thức của hợp đồng thì phải tuân theo quy định này. Thông thường đó là quy định hợp đồng phải được lập thành văn bản và /hoặc văn bản hợp đồng phải được đăng ký, chứng thực. Trong trường hợp này, hình thức của hợp đồng là điều kiện có hiệu lực, khi giao kết các bên phải tuân theo hình thức được pháp luật quy định. Để hợp đồng kinh doanh, thương mại có hiệu lực, hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức được pháp luật thừa nhận. Theo Điều 24 Luật Thương mại, hợp đồng kinh doanh, thương mại được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp các bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải thỏa thuận bằng văn bản (ví dụ: hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, hợp đồng mua bán nhà ở nhằm mục đích kinh doanh..., sẽ là lý do dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu).

4.2. Hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu

a) Các trường hợp vô hiệu

Thứ nhất, hợp đồng vô hiệu là hợp đồng không thỏa mãn một trong các điều kiện có hiệu lực theo quy định của pháp luật.

- Nội dung của hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật hoặc trái đạo đức xã hội;
- Hợp đồng vô hiệu do giả tạo;
- Vô hiệu do nhầm lẫn;
- Vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa;
- Vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình;

²³ Điều 389 Bộ luật Dân sự

- Vô hiệu do vi phạm quy định về hình thức.

Thứ hai, tùy thuộc vào tính chất và mức độ của sự vô hiệu hợp đồng, hợp đồng vô hiệu có thể được chia thành:

- Hợp đồng vô hiệu toàn bộ (Hợp đồng vô hiệu tuyệt đối);
- Hợp đồng vô hiệu từng phần (Hợp đồng vô hiệu tương đối);

b) Xử lý hợp đồng vô hiệu

Hợp đồng vô hiệu không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên từ thời điểm giao kết. Các bên phải khôi phục lại tình trạng ban đầu. Việc khôi phục lại tình trạng ban đầu được thực hiện theo quy định sau:

- Các bên hoàn trả cho nhau những gì đã nhận. Nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì hoàn trả bằng tiền (trừ trường hợp tài sản bị tịch thu theo quy định của pháp luật);

- Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường cho bên kia.

5. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

5.1. Các hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong kinh doanh, thương mại

a) Buộc thực hiện đúng hợp đồng

Buộc thực hiện đúng hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là hình thức chế tài, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ theo yêu cầu của bên bị vi phạm. Căn cứ để áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là: có hành vi vi phạm hợp đồng và có lỗi của bên vi phạm. Biểu hiện cụ thể của việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm thực hiện đúng các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ, mua hàng hóa, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng...) và bên vi phạm phải chịu phí tổn phát sinh. Những trường hợp bên bị vi phạm và bên vi phạm thoả thuận gia hạn thực hiện nghĩa vụ hoặc thoả thuận thay thế nghĩa vụ này bằng nghĩa vụ khác, không được coi là áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng.

Theo Điều 297 Luật Thương mại, khi áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có thể lựa chọn hoặc yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc lựa chọn các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo Luật Thương mại được đặt ra khi có vi phạm các điều khoản về số lượng, chất lượng hàng hóa, yêu cầu kỹ thuật của công việc. Khi bên vi phạm giao hàng thiếu, cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải giao đủ hàng, cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận trong hợp đồng. Nếu bên vi phạm giao hàng kém chất lượng, cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng. Trường hợp bên vi phạm không thực hiện yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải bù chênh lệch giá. Bên bị vi phạm cũng có thể tự

sửa chữa khuyết tật của hàng hóa, thiếu sót của dịch vụ và yêu cầu bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

b) Phạt vi phạm hợp đồng

Phạt vi phạm hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là hình thức chế tài áp dụng đối với hành vi vi phạm hợp đồng, theo đó bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận.

Chế tài phạt vi phạm hợp đồng có mục đích chủ yếu là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng. Với mục đích như vậy, phạt vi phạm hợp đồng được áp dụng một cách phổ biến đối với các vi phạm hợp đồng.

Theo Luật Thương mại, chế tài phạt vi phạm được áp dụng khi có các căn cứ:

- Các bên có thỏa thuận về việc áp dụng chế tài này²⁴;
- Có hành vi vi phạm hợp đồng.

Mức tiền phạt vi phạm hợp đồng bị giới hạn bởi pháp luật (các bên có quyền thỏa thuận về mức phạt nhưng không được vượt quá mức phạt do pháp luật quy định). Theo Luật Thương mại, mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm²⁵.

c) Bồi thường thiệt hại

Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm.

Khác với phạt vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại là hình thức chế tài được áp dụng nhằm khôi phục, bù đắp những lợi ích vật chất bị mất của bên bị vi phạm hợp đồng trong kinh doanh, thương mại. Với mục đích này, bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra. Theo Luật Thương mại, để áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại phải có các căn cứ:

- Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- Có thiệt hại thực tế;
- Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại²⁶. Về nguyên tắc, bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ những thiệt hại vật chất cho bên bị vi phạm bao gồm:
 - Giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra
 - Khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.

Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại có nghĩa vụ phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm hợp đồng. Khi xảy ra vi phạm hợp đồng, bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn

²⁴ Điều 300 Luật Thương mại

²⁵ Điều 301 Luật Thương mại

²⁶ Điều 303 Luật Thương mại

thất kể cả tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra; nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được.

Khi áp dụng trách nhiệm bồi thường, cần lưu ý mối quan hệ giữa phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Với bản chất của hợp đồng, các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận về các hình thức chế tài phù hợp với quy định của pháp luật. Các bên có quyền thỏa thuận về việc bên vi phạm chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng và vừa phải bồi thường thiệt hại. Theo Luật thương mại, trong trường hợp các bên của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại không có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại; trường hợp các bên có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại²⁷.

d) Tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng

- Tạm ngừng thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại: là việc một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng kinh doanh, thương mại. Khi hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bị tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

- Đình chỉ thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại: là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng trong kinh doanh, thương mại. Khi hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt hiệu lực 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.

- Hủy bỏ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại: là sự kiện pháp lý mà hậu quả của nó làm cho nội dung hợp đồng bị hủy bỏ không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Hủy bỏ hợp đồng có thể là hủy bỏ một phần hợp đồng hoặc toàn bộ hợp đồng. Hủy bỏ một phần hợp đồng là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực. Hủy bỏ toàn bộ hợp đồng là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện tất cả các nghĩa vụ hợp đồng đối với toàn bộ hợp đồng. Khi một hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bị hủy bỏ toàn bộ, hợp đồng được coi là 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 giải quyết tranh chấp. Các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời; trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền.

Điểm giống nhau giữa các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng thể hiện ở hai khía cạnh cơ bản là:

Một là, về căn cứ áp dụng: Trừ trường hợp được miễn trách nhiệm, hợp đồng, tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng với tính chất là các hình thức chế tài, được áp dụng khi có các điều kiện: (i) Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là

²⁷ Điều 307 Luật Thương mại

điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng; (ii) Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng²⁸.

Từ quy định trên cho thấy, Luật Thương mại giành quyền chủ động cho các bên, vì vậy đòi hỏi các bên khi giao kết hợp đồng phải hết sức thận trọng trong việc thỏa thuận vấn đề áp dụng các chế tài này. Trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại, việc tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng có ảnh hưởng rất lớn đến lợi ích của các bên, đặc biệt là bên vi phạm hợp đồng. Về nguyên tắc, bên bị vi phạm không đương nhiên có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng, trừ khi pháp luật có quy định khác²⁹; bên bị vi phạm chỉ có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng, nếu trong hợp đồng đã có thỏa thuận vi phạm của bên kia là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng. Mặt khác, để đảm bảo quyền lợi của bên vi phạm hợp đồng, Luật Thương mại còn quy định hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng phải là những vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng 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 đồng³⁰.

Hai là, về nội dung: Khác với các hình thức chế tài khác, tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng là các hình thức chế tài hợp đồng mà theo đó bên bị vi phạm hợp đồng áp dụng chế tài bằng cách không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Việc áp dụng các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng được xem như sự "tự vệ" của bên vi phạm trước hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia. Khi bị áp dụng các chế tài này, sự bất lợi mà bên vi phạm phải gánh chịu cơ bản thể hiện ở chỗ, bên vi phạm không được đáp ứng các quyền theo thỏa thuận trong hợp đồng, do bên bị vi phạm không phải thực hiện các nghĩa vụ tương xứng. Mặt khác, bên bị vi phạm khi áp dụng các chế tài này vẫn có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên bị vi phạm không được áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng đối với vi phạm không cơ bản.

Ngoài những chế tài nêu trên, các bên còn có thể thỏa thuận các biện pháp khác không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế.

5.3. Miễn trách nhiệm hợp đồng

Miễn trách nhiệm hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là việc bên vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng trong kinh doanh, thương mại không phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Các bên trong hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có quyền thỏa thuận về giới hạn trách nhiệm và miễn trách nhiệm hợp đồng trong những trường hợp cụ thể do các bên dự liệu khi giao kết hợp đồng. Ngoài ra, việc miễn trách nhiệm hợp đồng còn được áp dụng theo các trường hợp khác do pháp luật quy định. Theo Điều 294 Luật Thương mại, bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trong kinh doanh,

²⁸ Điều 308, Điều 310, Điều Khoản 4 Điều 312 Luật Thương mại.

²⁹ Ví dụ: bên mua hàng trong hợp đồng mua bán hàng hóa có quyền ngừng thanh toán tiền hàng trong các trường hợp được quy định tại Điều 51 Luật Thương mại.

³⁰ Khoản 13 Điều 3 Luật Thương mại

thương mại còn được miễn trách nhiệm khi: (i) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (ii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iii) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Sự kiện bất khả kháng để miễn trách nhiệm hợp đồng được quy định trong Bộ luật Dân sự³¹. Theo Khoản 1 Điều 161 Bộ luật Dân sự, sự kiện bất khả kháng được định nghĩa là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép. Từ quy định này cho thấy, một sự kiện được coi là bất khả kháng với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm hợp đồng phải thỏa mãn các dấu hiệu: (i) Xảy ra sau khi các bên đã giao kết hợp đồng; (ii) Có tính chất bất thường mà các bên không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép; (iii) Là nguyên nhân dẫn đến sự vi phạm hợp đồng. Với cách hiểu như vậy, các trường hợp bất khả kháng có thể bao gồm: Thiên tai, hoả hoạn, chiến tranh, đình công, sự thay đổi chính sách, pháp luật của Nhà nước.

Khi xảy ra sự kiện bất khả kháng, đối với những hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có thời hạn cố định về giao hàng, các bên đều có quyền không thực hiện hợp đồng và không bị áp dụng các biện pháp chế tài. Trường hợp hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có nội dung thỏa thuận giao hàng trong một thời hạn, các bên trong hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể thỏa thuận kéo dài thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Nếu các bên không có thỏa thuận hoặc không thỏa thuận được thì thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng được tính thêm một thời gian bằng thời gian xảy ra trường hợp bất khả kháng cộng với thời gian hợp lý để khắc phục hậu quả, nhưng không được kéo dài quá các thời hạn sau đây:

- Năm tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được thỏa thuận không quá mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng;

- Tám tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được thỏa thuận trên mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng³².

Khi áp dụng quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng, việc chứng minh các trường hợp được miễn trách nhiệm thuộc nghĩa vụ của bên có hành vi vi phạm hợp đồng. Bên vi phạm nếu muốn được miễn trách nhiệm hợp đồng thì phải có đầy đủ chứng cứ để chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng theo quy định của pháp luật.

Ngoài ra, khi xảy ra trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, bên vi phạm hợp đồng còn 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. Nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

Tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng kinh doanh, thương mại là những tranh chấp kinh doanh, thương mại nên được giải quyết theo quy định tại Phần thứ 6 của Chuyên đề này.

³¹ Luật Thương mại (2005) không quy định cụ thể về sự kiện bất khả kháng với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

³² Điều 296 Luật Thương mại

Phần 4

PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH

1. Khái quát cạnh tranh và pháp luật cạnh tranh

1.1. Khái quát về cạnh tranh

a) Khái niệm cạnh tranh

- Cạnh tranh có thể được xem xét từ nhiều góc độ khác nhau. Từ góc độ kinh tế - pháp lý, cạnh tranh được hiểu là sự chạy đua (ganh đua) giữa các thành viên cùng một thị trường nhằm mục đích lôi kéo khách hàng, gia tăng thị phần của một thị trường hàng hóa, dịch vụ cụ thể.

- Cạnh tranh với tính chất là động lực nội tại thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế chỉ tồn tại trong điều kiện kinh tế thị trường. Cạnh tranh không những là môi trường và động lực thúc đẩy hoạt động kinh doanh phát triển, tăng năng suất lao động, tăng hiệu quả của các doanh nghiệp, mà còn là yếu tố quan trọng làm lành mạnh hoá các quan hệ kinh tế - xã hội.

b) Nhận dạng cạnh tranh

- Căn cứ vào tính chất và mức độ can thiệp của công quyền vào hoạt động kinh doanh, thị trường được chia thành hai hình thái: Cạnh tranh tự do và cạnh tranh có sự điều tiết.

- Căn cứ vào cơ cấu thành viên thị trường và mức độ tập trung trong một lĩnh vực kinh doanh, thị trường được phân chia thành các hình thái: Cạnh tranh hoàn hảo và cạnh tranh không hoàn hảo (mức độ cao nhất là độc quyền).

- Căn cứ vào mục đích, tính chất của các phương thức cạnh tranh, các hành vi cạnh tranh trên các hình thái, thị trường được phân chia thành: Cạnh tranh lành mạnh và cạnh tranh không lành mạnh.

1.2. Pháp luật cạnh tranh

a) Để tạo lập môi trường cạnh tranh lành mạnh, pháp luật cạnh tranh được nhấn mạnh như một công cụ quan trọng hàng đầu. Chính sách cạnh tranh là bộ phận không thể thiếu của nền tảng pháp lý đảm bảo cho một nền kinh tế thị trường vận hành trôi chảy. Pháp luật cạnh tranh có nhiệm vụ ngăn ngừa và xử lý những hành vi cạnh tranh trái pháp luật, trái đạo đức và tập quán kinh doanh của các doanh nghiệp.

b) Cơ cấu nội dung của pháp luật cạnh tranh

Pháp luật cạnh tranh có những nội dung chính là:

- Pháp luật kiểm soát các hành vi hạn chế cạnh tranh
- Pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh;
- Pháp luật về tố tụng cạnh tranh.

c) Sau gần 20 năm tiến hành công cuộc đổi mới, quan điểm về cạnh tranh ở Việt Nam đã có những thay đổi cơ bản từ cả khía cạnh kinh tế, xã hội và pháp lý, đặc biệt Luật Cạnh tranh được thông qua ngày 3/12/2004 tại kỳ họp thứ 6, Quốc hội khóa XI và có hiệu lực từ ngày 1/7/2005.

d) Luật Cạnh tranh năm 2004 là đạo luật đầu tiên về cạnh tranh của Việt Nam, được ban hành trong điều kiện nền kinh tế thị trường đang dần dần được hình thành và hoàn thiện. Để thi hành Luật Cạnh tranh, Chính phủ cũng đã có nhiều nỗ lực trong việc hướng dẫn thi hành luật³³. Cùng với Bộ luật Dân sự, Pháp lệnh bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và các văn bản pháp luật có liên quan, Luật Cạnh tranh góp phần quan trọng vào việc điều tiết cạnh tranh ở Việt Nam.

2. Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh

2.1. Khái niệm:

Hạn chế cạnh tranh là hành vi của doanh nghiệp làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường³⁴.

Đối với những hành vi hạn chế cạnh tranh, pháp luật quy định về các hành vi như thế nào là hạn chế cạnh tranh, những hành vi nào bị cấm tuyệt đối và những hành vi bị cấm nhưng có những trường hợp được miễn trừ (có thời hạn và không có thời hạn) khi đạt những điều kiện nhất định.

2.2. Các hành vi hạn chế cạnh tranh

a) Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Cơ chế kinh tế thị trường luôn tiềm ẩn nguy cơ các doanh nghiệp lạm dụng quyền tự do hợp đồng để xác lập những thỏa thuận hạn chế khả năng tham gia thị trường của các đối thủ cạnh tranh tiềm năng, tìm cách loại bỏ một số đối thủ nào đó trên thương trường, hạn chế hay thủ tiêu sự cạnh tranh giữa những đối thủ cạnh tranh. Theo Luật Cạnh tranh, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bao gồm:

- Thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp;
- Thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ;
- Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, dịch vụ;
- Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư;
- Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng;
- Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh;
- Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận;
- Thông đồng để một hoặc các bên của thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ.

³³ Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh; Nghị định của chính phủ Số 110/2005/NĐ-CP ngày 24 tháng 8 năm 2005 về quản lý hoạt động bán hàng đa cấp; Nghị định 120/2005/NĐ-CP ngày 30/9/2005 về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh; Nghị định số 05/2006/NĐ-CP ngày 09/01/2006 về việc thành lập và quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Hội đồng cạnh tranh; Nghị định số 05/2006/NĐ-CP ngày 09/01/2006 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục quản lý cạnh tranh.

³⁴ Khoản 3 Điều 3 Luật Cạnh tranh 2004.

Tuy nhiên, không phải mọi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đều bị cấm một cách tuyệt đối. Việc cấm tuyệt đối (không có miễn trừ, không có ngoại lệ) chỉ áp dụng đối với những loại thỏa thuận về ngăn cản, kìm hãm, không cho đối thủ tiềm năng tham gia thương trường, không được phát triển, mở rộng kinh doanh; thỏa thuận loại bỏ các doanh nghiệp nằm ngoài thỏa thuận (tẩy chay) hoặc thông đồng để một hoặc các bên thắng thầu trong cung cấp hàng hóa, cung cấp dịch vụ. Những loại thỏa thuận hạn chế cạnh tranh còn lại chỉ bị cấm khi các bên tham gia thỏa thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên³⁵. Những thỏa thuận liên quan đến thị phần liên quan dưới 30% là hợp pháp.

b) Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường

Khi một doanh nghiệp tồn tại trên thị trường liên quan với một thị phần và phạm vi ảnh hưởng lớn nhất định sẽ dẫn đến nguy cơ doanh nghiệp này lạm dụng thế mạnh của mình để thực hiện các hành vi cạnh tranh gây bất lợi cho các đối thủ cạnh tranh, khách hàng và có tác động tiêu cực đến thị trường. Theo Luật Cạnh tranh, doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu cùng hành động nhằm gây hạn chế cạnh tranh và thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;
- Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;
- Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan.

Khi được coi là doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp sẽ bị cấm lạm dụng vị trí này để hạn chế cạnh tranh. Theo Điều 13 Luật Cạnh tranh, những hành vi bị cấm đối với doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường (bao gồm doanh nghiệp độc lập và nhóm doanh nghiệp) là:

- Bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh;
- Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng;
- Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hoá, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng;
- Áp đặt điều kiện thương mại khác nhau trong giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh;
- Áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng;
- Ngăn cản việc tham gia thị trường của những đối thủ cạnh tranh mới.

c) Lạm dụng vị trí độc quyền

Mức độ cao nhất của thống lĩnh thị trường là vị trí độc quyền. Theo Luật Cạnh tranh, doanh nghiệp được coi là có vị trí độc quyền nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hoá, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh trên thị trường liên

³⁵ Các bên tham gia loại thỏa thuận này có thể làm thủ tục để được hưởng miễn trừ có thời hạn.

quan³⁶. Khi doanh nghiệp có vị trí độc quyền thì ngoài các hành vi bị cấm như đối với trường hợp doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, doanh nghiệp (có vị trí độc quyền) còn bị cấm thực hiện các hành vi sau:

- Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng;
- Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc huỷ bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng.

d) Tập trung kinh tế

Theo Luật Cạnh tranh (Điều 16), tập trung kinh tế là hành vi của doanh nghiệp, bao gồm:

- Sáp nhập doanh nghiệp;
- Hợp nhất doanh nghiệp;
- Mua lại doanh nghiệp;
- Liên doanh giữa các doanh nghiệp;
- Các hành vi tập trung kinh tế khác theo quy định của pháp luật.

Tập trung kinh tế là hiện tượng tất yếu trong kinh tế thị trường. Tuy nhiên, tập trung kinh tế tiềm ẩn khả năng hình thành các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh và độc quyền. Việc hợp nhất hay sáp nhập giữa các doanh nghiệp là con đường nhanh nhất để tạo khả năng độc quyền của một doanh nghiệp mới. Vì vậy, pháp luật cạnh tranh luôn có nhiệm vụ kiểm soát tập trung kinh tế.

Theo quy định của Luật Cạnh tranh, không phải mọi trường hợp tập trung kinh tế đều bị pháp luật ngăn cản. Tùy thuộc vào mức độ tập trung kinh tế và khả năng phá vỡ sự cân bằng của cơ cấu thị trường mà sự giám sát này có thể được thực hiện ở nhiều mức độ khác nhau. Tập trung kinh tế được chia thành nhiều nhóm với cách thức và mức độ kiểm soát có sự khác nhau, cụ thể là:

- Các trường hợp tập trung kinh tế được tự do thực hiện;
- Các trường hợp tập trung kinh tế được thực hiện sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét chấp nhận;
- Cho hưởng miễn trừ đối với một số trường hợp tập trung kinh tế thuộc diện bị cấm;
- Các trường hợp tập trung kinh tế bị cấm tuyệt đối (không có ngoại lệ)³⁷.

3. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh

3.1. Khái niệm hành vi cạnh tranh không lành mạnh

Hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh trái với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh, gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng³⁸.

Hành vi cạnh tranh không lành mạnh có các dấu hiệu cơ bản sau:

- Là hành vi của doanh nghiệp nhằm mục đích cạnh tranh;

³⁶ Điều 12 Luật Cạnh tranh 2004

³⁷ Xem các điều 18, 19, 20 Luật Cạnh tranh.

³⁸ Khoản 4 Điều 3 Luật Cạnh tranh 2004

- Nhằm vào đối thủ cạnh tranh cụ thể, xác định được;
- Trái với các chuẩn mực đạo đức kinh doanh hoặc trái với pháp luật (cũng là trái đạo đức);
- Gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại cho đối thủ cạnh tranh hoặc cho người tiêu dùng.

Pháp luật quy định nội dung của các hành vi cạnh tranh không lành mạnh cụ thể. Mọi hành vi cạnh tranh không lành mạnh đều bị cấm tuyệt đối, không có sự miễn trừ. Chống lại sự cạnh tranh không lành mạnh là một quyền pháp lý của người kinh doanh.

3.2. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh

a) Chỉ dẫn gây nhầm lẫn

Là hành vi sử dụng chỉ dẫn chứa đựng thông tin gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì, chỉ dẫn địa lý và các yếu tố khác theo quy định của pháp luật để làm sai lệch nhận thức của khách hàng về hàng hóa, dịch vụ nhằm mục đích cạnh tranh

b) Xâm phạm bí mật kinh doanh

Theo Luật Cạnh tranh (Khoản 3 Điều 10) bí mật kinh doanh là thông tin có đầy đủ các điều kiện: (i) Không phải là hiểu biết thông thường; (ii) Có khả năng áp dụng trong kinh doanh và khi được sử dụng sẽ tạo cho người nắm giữ thông tin đó có lợi thế hơn so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng thông tin đó; (iii) Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để thông tin đó không bị tiết lộ và không dễ dàng tiếp cận được.

Doanh nghiệp bị cấm thực hiện các hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh sau đây:

- Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của người sở hữu hợp pháp bí mật kinh doanh đó;
- Tiết lộ, sử dụng thông tin thuộc bí mật kinh doanh mà không được phép của chủ sở hữu bí mật kinh doanh;
- Vi phạm hợp đồng bảo mật hoặc lừa gạt, lợi dụng lòng tin của người có nghĩa vụ bảo mật nhằm tiếp cận, thu thập và làm lộ thông tin thuộc bí mật kinh doanh của chủ sở hữu bí mật kinh doanh đó;
- Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh của người khác khi người này làm thủ tục theo quy định của pháp luật liên quan đến kinh doanh, làm thủ tục lưu hành sản phẩm hoặc bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của cơ quan nhà nước hoặc sử dụng những thông tin đó nhằm mục đích kinh doanh, xin cấp giấy phép liên quan đến kinh doanh hoặc lưu hành sản phẩm.

c) Ép buộc trong kinh doanh

Các hành vi ép buộc, đe dọa khách hàng và đối tác kinh doanh của đối thủ cạnh tranh để bắt họ không được giao dịch hoặc ngừng giao dịch với đối thủ cạnh tranh được coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh và bị pháp luật nghiêm cấm. Luật Cạnh tranh (Điều 42) quy định: "Cấm doanh nghiệp ép buộc khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác bằng hành vi đe dọa hoặc cưỡng ép để buộc họ không giao dịch hoặc ngừng giao dịch với doanh nghiệp đó".

d) Gièm pha doanh nghiệp khác

Theo Luật Cạnh tranh (Điều 43), các doanh nghiệp bị cấm gièm pha doanh nghiệp khác bằng hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp đưa ra thông tin không trung thực, gây ảnh hưởng xấu đến uy tín, tình trạng tài chính và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó.

đ) Gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác

Theo Luật Cạnh tranh (Điều 44), các doanh nghiệp bị cấm gây rối hoạt động kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp khác bằng hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp cản trở, làm gián đoạn hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó

e) Quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh

Với bản chất là một hoạt động xúc tiến thương mại (là quá trình thông tin nhằm định hướng hành vi mua, bán hàng hóa và sử dụng dịch vụ của khách hàng), quảng cáo là phương pháp quan trọng giúp doanh nghiệp cạnh tranh, giành thị phần cho mình trên thị trường hàng hoá, dịch vụ. Nhằm đạt được mục tiêu xúc tiến thương mại ở mức độ tối ưu, doanh nghiệp dễ có thể thực hiện quảng cáo không trung thực về giá trị và chất lượng thật của hàng hóa, sản phẩm với tính chất cạnh tranh không lành mạnh. Theo Luật Cạnh tranh (Điều 45), các doanh nghiệp bị cấm thực hiện các hoạt động quảng cáo sau đây:

- So sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác;

- Bắt chước một sản phẩm quảng cáo khác để gây nhầm lẫn cho khách hàng;

- Đưa thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng về một trong các nội dung sau đây:

- + Giá, số lượng, chất lượng, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, ngày sản xuất, thời hạn sử dụng, xuất xứ hàng hoá, người sản xuất, nơi sản xuất, người gia công, nơi gia công; cách thức sử dụng, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành;

- + Cách thức sử dụng, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành;

- + Các thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn khác.

- Các hoạt động quảng cáo khác mà pháp luật có quy định cấm.

g) Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh

Theo Luật Cạnh tranh (Điều 46), các doanh nghiệp bị cấm thực hiện các hoạt động khuyến mại sau đây:

- Tổ chức khuyến mại mà gian dối về giải thưởng;

- Khuyến mại không trung thực hoặc gây nhầm lẫn về hàng hoá, dịch vụ để lừa dối khách hàng;

- Phân biệt đối xử đối với các khách hàng như nhau tại các địa bàn tổ chức khuyến mại khác nhau trong cùng một chương trình khuyến mại;

- Tặng hàng hoá cho khách hàng dùng thử nhưng lại yêu cầu khách hàng đổi hàng hoá cùng loại do doanh nghiệp khác sản xuất mà khách hàng đó đang sử dụng để dùng hàng hóa của mình;

- Các hoạt động khuyến mại khác mà pháp luật có quy định cấm.

h) Phân biệt đối xử của hiệp hội

Hiệp hội ngành nghề bao gồm hiệp hội ngành hàng và hiệp hội nghề nghiệp, gọi chung là hiệp hội, được thành lập trên cơ sở sự tự nguyện của các doanh nghiệp thành viên có chung lợi ích, là nơi cung cấp các thông tin đã được xử lý về các lĩnh vực trên thị trường trong nước và quốc tế, nơi học hỏi, trao đổi kinh nghiệm giữa các doanh nghiệp. Với vai trò của mình, thông qua những hành động nhất định, hiệp hội có thể tạo ra tình trạng cạnh tranh không lành mạnh giữa các doanh nghiệp. Theo Luật Cạnh tranh (Điều 47), hiệp hội ngành nghề bị cấm thực hiện các hành vi sau đây:

- Từ chối doanh nghiệp có đủ điều kiện gia nhập hoặc rút khỏi hiệp hội nếu việc từ chối đó mang tính phân biệt đối xử và làm cho doanh nghiệp đó bị bất lợi trong cạnh tranh;

- Hạn chế bất hợp lý hoạt động kinh doanh hoặc các hoạt động khác có liên quan tới mục đích kinh doanh của các doanh nghiệp thành viên.

i) Bán hàng đa cấp bất chính

Bán hàng đa cấp là phương thức tiếp thị để bán lẻ hàng hóa đáp ứng các điều kiện sau đây:

- Việc tiếp thị để bán lẻ hàng hóa được thực hiện thông qua mạng lưới người tham gia bán hàng đa cấp gồm nhiều cấp, nhiều nhánh khác nhau;

- Hàng hóa được người tham gia bán hàng đa cấp tiếp thị trực tiếp cho người tiêu dùng tại nơi ở, nơi làm việc của người tiêu dùng hoặc địa điểm khác không phải là địa điểm bán lẻ thường xuyên của doanh nghiệp hoặc của người tham gia;

- Người tham gia bán hàng đa cấp được hưởng tiền hoa hồng, tiền thưởng hoặc lợi ích kinh tế khác từ kết quả tiếp thị, bán hàng của mình và của người tham gia bán hàng đa cấp cấp dưới trong mạng lưới do mình tổ chức và mạng lưới đó được doanh nghiệp bán hàng đa cấp chấp thuận.

Bán hàng đa cấp chỉ bị cấm trong trường hợp được thực hiện một cách không lành mạnh. Theo Luật Cạnh tranh (Điều 48), doanh nghiệp bị cấm thực hiện các hành vi sau đây nhằm thu lợi bất chính từ việc tuyển dụng người tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp:

- Yêu cầu người muốn tham gia phải đặt cọc, phải mua một số lượng hàng hoá ban đầu hoặc phải trả một khoản tiền để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;

- Không cam kết mua lại với mức giá ít nhất là 90% giá hàng hóa đã bán cho người tham gia để bán lại;

- Cho người tham gia nhận tiền hoa hồng, tiền thưởng, lợi ích kinh tế khác chủ yếu từ việc dụ dỗ người khác tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;

- Cung cấp thông tin gian dối về lợi ích của việc tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp, thông tin sai lệch về tính chất, công dụng của hàng hóa để dụ dỗ người khác tham gia.

4. Tổ tụng cạnh tranh

4.1. Khái niệm tổ tụng cạnh tranh

Tổ tụng cạnh tranh là hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân theo trình tự, thủ tục giải quyết, xử lý vụ việc cạnh tranh theo quy định của pháp luật.

Tổ tụng cạnh tranh tiến hành theo thủ tục hành chính có những điểm khác với thủ tục tư pháp tại Tòa án và hiện hành được quy định trong Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15 tháng 9 năm 2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh.

Việc giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh thực hiện theo quy định của pháp luật cạnh tranh và pháp luật về xử lý vi phạm hành chính (Pháp lệnh xử lý vi phạm hành chính năm 2002 và Nghị định 120/2005/NĐ-CP ngày 30 tháng 09 năm 2005 quy định về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh).

Tổ tụng cạnh tranh bao gồm những nội dung cơ bản sau³⁹:

4.2. Các chủ thể tham gia tố tụng cạnh tranh

- Cơ quan tiến hành tố tụng cạnh tranh, bao gồm: Cơ quan quản lý cạnh tranh và Hội đồng cạnh tranh.

- Người tiến hành tố tụng cạnh tranh, bao gồm: Thành viên hội đồng cạnh tranh, thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh, điều tra viên và thư ký phiên điều trần.

- Người tham gia tố tụng cạnh tranh bao gồm: Bên khiếu nại, bên bị điều tra, Luật sư; người làm chứng, người giám định, người phiên dịch, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

4.3. Trình tự tố tụng cạnh tranh

a) Điều tra sơ bộ

Mỗi vụ việc cạnh tranh đều được bắt đầu bằng thủ tục điều tra sơ bộ. Điều tra sơ bộ được thực hiện theo quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh và được tiến hành bởi các điều tra viên. Thời hạn điều tra sơ bộ là 30 ngày kể từ ngày có Quyết định điều tra sơ bộ. Căn cứ vào kết quả điều tra sơ bộ và kiến nghị của điều tra viên, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh ra một trong các quyết định sau đây:

- Đình chỉ điều tra nếu kết quả điều tra sơ bộ cho thấy không có hành vi vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh;

- Điều tra chính thức nếu kết quả điều tra sơ bộ cho thấy có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật cạnh tranh.

b) Điều tra chính thức

- Trong trường hợp vụ việc cạnh tranh được điều tra chính thức thì sẽ được giải quyết theo hai hướng khác nhau, tùy thuộc vào loại hành vi vi phạm Luật cạnh tranh: (i) Đối với vụ việc liên quan đến cạnh tranh không lành mạnh thì trong thời hạn điều tra là 90 ngày kể từ ngày có quyết định (trong trường hợp cần thiết Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có thể gia hạn nhưng không quá 60 ngày), điều tra viên phải xác định (có hay không) căn cứ cho rằng bên bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Sau khi kết thúc điều tra, Thủ trưởng Cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ ban hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh; (ii) Đối với vụ việc liên quan đến hạn chế cạnh

³⁹ Xem Chương V (từ Điều 56 đến Điều 116) Luật Cạnh tranh 2004

tranh mà có nguy cơ gây ảnh hưởng đến phát triển chung của cấu trúc thị trường thì Thủ trưởng Cơ quan quản lý cạnh tranh phải chuyển báo cáo điều tra đến Hội đồng cạnh tranh để giải quyết. Vụ việc cạnh tranh thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng cạnh tranh phải được xem xét, xử lý thông qua phiên điều trần.

- Trường hợp qua điều tra phát hiện vụ việc cạnh tranh có dấu hiệu tội phạm, điều tra viên phải kiến nghị với Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh xem xét chuyển hồ sơ đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự.

- Trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự thấy có căn cứ không được khởi tố vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự thì phải trả lại hồ sơ cho cơ quan quản lý cạnh tranh để tiếp tục điều tra theo thủ tục quy định tại Luật Cạnh tranh.

- Các quyết định của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh và của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh đều có thể bị xem xét lại thông qua thủ tục khiếu nại hành chính. Chủ tịch Hội đồng cạnh tranh có thẩm quyền giải quyết khiếu nại quyết định của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh; Bộ trưởng Bộ Thương mại có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định của thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh.

- Thời hạn điều tra chính thức: Đối với vụ việc cạnh tranh không lành mạnh thời hạn là 90 ngày kể từ ngày có quyết định, trường hợp cần thiết, thời hạn có thể được thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh gia hạn nhưng không quá 60 ngày.

- Đối với vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế, thời hạn điều tra chính thức thời hạn là 180 ngày, kể từ ngày có quyết định điều tra, trường hợp cần thiết, thời hạn này có thể được thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh gia hạn nhưng không quá hai lần, mỗi lần không quá 60 ngày.

- Việc gia hạn thời hạn điều tra, phải được điều tra viên thông báo đến tất cả các bên có liên quan trong thời hạn chậm nhất là 7 ngày làm việc trước ngày hết hạn điều tra.

Phần 5

PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và đặc điểm của tranh chấp kinh doanh, thương mại

Tranh chấp kinh doanh, thương mại là những xung đột, bất đồng về quyền, lợi ích kinh tế giữa các chủ thể trong quá trình xác lập và giải quyết các quan hệ kinh doanh, thương mại. Trong điều kiện của nền kinh tế thị trường ở nước ta, hoạt động kinh doanh thương mại ngày càng đa dạng, không ngừng phát triển trong tất cả mọi lĩnh vực kinh doanh sản xuất, thương mại hàng hóa, thương mại dịch vụ, đầu tư... Vì vậy, tranh chấp kinh doanh thương mại có những biểu hiện đa dạng về nội dung, hình thức và mức độ khác nhau. Đó có thể là những bất đồng giữa những nhà đầu tư trong việc góp vốn để thành lập và điều hành doanh nghiệp hoặc có thể là mâu thuẫn giữa các bên trong quan hệ hợp đồng hoặc bất đồng, mâu thuẫn giữa các thành viên trong nội bộ công ty về thành lập, hoạt động, giải thể công ty... Với cách hiểu như vậy, những vi phạm pháp luật cạnh tranh được quy định là những vụ việc cạnh tranh trong Luật Cạnh tranh năm 2004 cũng được coi là những tranh chấp kinh doanh, thương mại. Tuy nhiên, những vụ việc cạnh tranh được giải quyết theo tố tụng cạnh tranh không thuộc phạm vi đề cập trong phần này.

So với những tranh chấp trong các lĩnh vực xã hội khác như lao động, hành chính, hôn nhân và gia đình, tranh chấp kinh doanh, thương mại có những đặc điểm khác biệt.

Thứ nhất, nội dung của tranh chấp kinh doanh thương mại chủ yếu là mâu thuẫn về lợi ích kinh tế. Bởi lẽ, mục đích cơ bản mà các chủ thể mong muốn đạt tới khi tham gia hoạt động kinh doanh thương mại là lợi nhuận hoặc đối tượng đầu tư. Do vậy, trong quá trình thực hiện xung đột về lợi ích kinh tế là nội dung cơ bản của mọi tranh chấp kinh doanh thương mại.

Thứ hai, chủ thể của các quan hệ tranh chấp phát sinh giữa các thương nhân. Những chủ thể này có tâm lý mong muốn xác định quan hệ ổn định, lâu dài trên cơ sở hợp tác, tin cậy lẫn nhau khi tham gia hoạt động kinh doanh thương mại. Trong quan hệ kinh doanh thương mại quyền và nghĩa vụ của các chủ thể luôn tương xứng với nhau trên cơ sở thỏa thuận, bình đẳng với mục đích tối đa là lợi ích kinh tế. Vì vậy, các tranh chấp phát sinh sẽ có nguy cơ đe dọa và ảnh hưởng xấu đến quyền, lợi ích của các bên trong điều kiện lợi ích kinh tế của các bên phụ thuộc và ảnh hưởng lẫn nhau.

Thứ ba, tranh chấp kinh doanh thương mại phát sinh, phát triển gắn liền với các hoạt động kinh doanh thương mại. Hoạt động kinh doanh thương mại vốn rất đa dạng, chịu sự tác động, điều tiết của các quy luật và yếu tố riêng của thị trường, chẳng hạn như quy luật cung cầu, sự biến đổi không ngừng của giá cả... Những tranh chấp phát sinh trong các hoạt động kinh doanh thương mại cũng vì thế mà có những biến đổi linh hoạt về hình thức biểu hiện, về tính chất mức độ và đòi hỏi, cách thức giải quyết của các bên.

2. Yêu cầu và những phương thức giải quyết tranh chấp

2.1. Yêu cầu giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Xuất phát từ những tính chất, đặc điểm của các tranh chấp kinh doanh thương mại, việc giải quyết những tranh chấp kinh doanh, thương mại cần phải đạt được những yêu cầu nhất định.

Một là, Tranh chấp phải được giải quyết một cách kịp thời, khẩn trương để có thể tận dụng được những cơ hội kinh doanh, loại trừ những rủi ro từ tác động của thị trường.

Hai là, Phải bảo đảm giữ được bí mật của hoạt động kinh doanh cũng như uy tín của các bên trong quan hệ tranh chấp. Cho dù có tranh chấp, nhưng đây là những tranh chấp về lợi ích kinh tế nên các bên có xu hướng tự thương lượng để giải quyết. Các phương thức giải quyết tranh chấp có sự xuất hiện, can thiệp của bên thứ ba chỉ được sử dụng khi không thể giải quyết bằng tự thương lượng.

Ba là, Việc giải quyết tranh chấp phải có chi phí hợp lý về thời gian, cơ hội và chi phí tiền bạc. Mỗi bên đều có quyền cân nhắc, so sánh giữa cái được và những chi phí phải bỏ ra để giải quyết tranh chấp, lợi ích kinh tế và sự ổn định quan hệ kinh doanh để từ đó lựa chọn phương thức và đưa ra yêu cầu giải quyết tranh chấp. Tranh chấp trong kinh doanh chỉ được giải quyết thỏa đáng khi các bên đã tìm ra phương án dung hòa được các lợi ích, lợi ích kinh tế của các bên và lợi ích các mặt của cùng một bên.

2.2. Phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp nói riêng cũng như mọi vấn đề liên quan đến quá trình giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh thương mại nói chung dựa trên nguyên tắc quan trọng là quyền tự định đoạt của các bên. Cơ quan nhà nước và trọng tài thương mại chỉ can thiệp theo yêu cầu của các bên tranh chấp. Kể cả khi Toà án hoặc trọng tài đã can thiệp thì trong quá trình tố tụng, quyền tự định đoạt biểu hiện bằng những hành vi đơn phương hoặc thỏa thuận của các bên vẫn luôn được ghi nhận và tôn trọng. Quyền tự định đoạt của các bên được coi là một nội dung của quyền tự do kinh doanh và được pháp luật bảo hộ. Pháp luật hiện hành của Việt Nam, trong các văn bản pháp luật quốc gia cũng như trong các Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên đều đã ghi nhận nguyên tắc này.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, các phương thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại bao gồm:

- Thương lượng
- Hòa giải
- Trọng tài thương mại
- Tòa án nhân dân

Thương lượng là phương thức tốt nhất để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh vì nó đáp ứng được những yêu cầu như đã nêu trên. Thương lượng là phương thức được các bên tranh chấp tự nguyện lựa chọn trước tiên và trong thực tiễn, phần lớn tranh chấp trong kinh doanh được giải quyết bằng phương thức này. Nhà nước khuyến khích áp dụng phương thức tự thương lượng để giải quyết tranh chấp trên tinh thần hoàn toàn tôn trọng quyền thỏa thuận của các bên. Chính vì vậy, pháp luật không đưa ra bất cứ quy định nào cho phương thức tự thương lượng.

Hòa giải là phương thức giải quyết tranh chấp có sự tham gia của bên thứ ba là cá nhân hoặc tổ chức đóng vai trò là trung gian hòa giải để hỗ trợ các bên giải quyết tranh chấp. Kết quả hòa giải phụ thuộc vào thiện chí của các bên tranh chấp và uy tín, kinh nghiệm, kỹ năng của trung gian hòa giải. Quyết định cuối cùng của việc giải quyết tranh chấp không phải của trung gian hòa giải mà hoàn toàn phụ thuộc các bên tranh chấp. Trung gian hòa giải có những lợi thế nhất định đối với việc giải quyết các tranh chấp kinh doanh thương mại có nội dung phức tạp, các bên ít hiểu biết đối với nhau. Ở Việt Nam, thực tiễn phương thức này ít được áp dụng.

Khác với hai phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại: thương lượng và hòa giải chủ yếu do các bên tự định đoạt không thông qua cơ quan tài phán có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Hai phương thức giải quyết tranh chấp: trọng tài thương mại và tòa án nhân dân phải thông qua cơ quan tài phán có thẩm quyền giải quyết tranh chấp và phải tuân theo trình tự, thủ tục tố tụng theo quy định của pháp luật.

Việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại có một số ưu điểm như tính chung thẩm và hiệu lực của quyết định trọng tài đối với việc giải quyết tranh chấp; tính bí mật; tính liên tục; tính linh hoạt; tiết kiệm thời gian; không bị ràng buộc bởi nguyên tắc lãnh thổ, các bên có quyền lựa chọn mô hình trọng tài, lựa chọn trọng tài viên để giải quyết vụ tranh chấp, duy trì được quan hệ đối tác; trọng tài cho phép các bên sử dụng được kinh nghiệm của các chuyên gia.

Việc giải quyết tranh chấp qua Tòa án cũng có nhiều lợi thế, như (i) Tòa án là cơ quan đại diện cho quyền lực tư pháp của Nhà nước nên các quyết định, bản án của Tòa án mang tính cưỡng chế thi hành đối với các bên; (ii) với nguyên tắc hai cấp xét xử, những sai sót trong quá trình giải quyết tranh chấp có khả năng được phát hiện và khắc phục kịp thời; (iii) với điều kiện thực tế ở Việt nam, thì án phí Tòa án thấp hơn lệ phí Trọng tài. Tuy nhiên, việc giải quyết tranh chấp qua Tòa án cũng bộc lộ một số hạn chế nhất định mà đáng kể nhất là thủ tục Tòa án quá chặt chẽ làm thời gian giải quyết tranh chấp thường bị kéo dài; khả năng tác động lên quá trình tố tụng của các bên là rất hạn chế.

3. Giải quyết tranh chấp tại Trọng tài thương mại

3.1. Các tổ chức Trọng tài thương mại ở Việt Nam

Hiện tại, ở Việt Nam có các tổ chức Trọng tài thương mại sau đây:

- Các Trung tâm Trọng tài được thành lập tại thành phố Hà Nội, thành phố Đà Nẵng và thành phố Hồ Chí Minh. Căn cứ vào tình hình phát triển kinh tế - xã hội của địa phương, tại các địa phương khác có thể thành lập thêm các Trung tâm Trọng tài. Các Trung tâm Trọng tài này được thành lập và hoạt động theo Pháp lệnh Trọng tài thương mại ngày 25 tháng 2 năm 2003 và Nghị định số 25/2004/NĐ-CP ngày 15 tháng 1 năm 2004 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

- Các Trung tâm Trọng tài kinh tế thành lập tại các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương theo Nghị định số 116/CP ngày 5 tháng 9 năm 1994 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế. Trước đây, đã có 6 Trung tâm Trọng tài kinh tế được thành lập với thẩm quyền là giải quyết các tranh chấp kinh tế không có yếu tố quốc tế. Sự ra đời của các Trung tâm Trọng tài kinh tế với tính chất và tố tụng trọng tài hoàn toàn khác, đồng thời cũng để thay thế cho hệ thống Trọng tài kinh tế nhà nước đã tồn tại nhiều năm trước đó (được giải thể từ tháng 7/1994).

- Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam-VIAC (trên cơ sở hợp nhất Hội đồng Trọng tài Ngoại thương và Hội đồng Trọng tài Hàng hải), được thành lập và hoạt động theo Quyết định số 204/TTg ngày 28 tháng 4 năm 1993 của Thủ tướng Chính phủ về tổ chức Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam và Quyết định số 114/TTg ngày 16 tháng 2 năm 1996 của Thủ tướng Chính phủ về việc mở rộng thẩm quyền giải quyết các tranh chấp của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam.

Các Trung tâm Trọng tài kinh tế và Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam là các Trung tâm Trọng tài được thành lập trước ngày Pháp lệnh Trọng tài thương mại có hiệu lực (1-7-2003) không phải làm thủ tục thành lập lại nhưng phải sửa đổi, bổ sung Điều lệ, Quy tắc tố tụng trọng tài cho phù hợp với quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại trong thời hạn 12 tháng kể từ ngày 1 tháng 7 năm 2003.

Theo Pháp lệnh trọng tài thương mại năm 2003, hiện nay trọng tài thương mại ở Việt Nam được tổ chức theo hai mô hình: Trọng tài thường trực với hình thức thành lập là Trung tâm trọng tài thương mại. Tuy nhiên, thực tế ở Việt Nam hiện nay, các trung tâm trọng tài thương mại đang hoạt động chủ yếu được thành lập trước khi Pháp lệnh trọng tài thương mại được ban hành. Mô hình trọng tài thứ hai là trọng tài vụ việc, mô hình trọng tài này không có trụ sở thường trực, chỉ giải quyết các vụ việc theo yêu cầu và tự giải tán khi giải quyết xong. Thực tiễn ở Việt Nam, mô hình trọng tài này ít hoạt động.

Có một số điểm cần chú ý đối với các bên tranh chấp trong việc sử dụng dịch vụ từ các tổ chức trọng tài thương mại của Việt Nam. Một là, tất cả các tổ chức trọng tài thương mại hiện nay đều là các tổ chức phi chính phủ, là các tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tham gia giải quyết các tranh chấp theo sự thỏa thuận, yêu cầu của các bên. Trong hoạt động, các tổ chức trọng tài thương mại hiện nay không được nhân danh quyền lực nhà nước, hoàn toàn khác với hoạt động của hệ thống Trọng tài kinh tế nhà nước trước đây. Hai là, các tổ chức trọng tài thương mại này phần lớn là những tổ chức trọng tài thường trực. Các Trung tâm Trọng tài có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng, có trụ sở, có thể có chi nhánh, văn phòng đại diện, có Điều lệ, Quy tắc tố tụng trọng tài, có Ban điều hành với danh sách các Trọng tài viên, tồn tại độc lập với các tranh chấp.

3.2. Thẩm quyền của Trọng tài thương mại

Trọng tài thương mại có thẩm quyền giải quyết các vụ tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại. “Hoạt động thương mại là việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; phân phối, đại diện, đại lý thương mại; ký gửi, 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” (Điều 2 Khoản 3 Pháp lệnh Trọng tài thương mại ngày 25 tháng 2 năm 2003).

Như vậy, thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài thương mại là các vụ tranh chấp mà trong đó các bên tranh chấp là những cá nhân kinh doanh hoặc tổ chức kinh doanh (các bên tranh chấp đều có đăng ký kinh doanh) và trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận trọng tài.

Trong tố tụng trọng tài thương mại, người ta phân biệt các tranh chấp có yếu tố nước ngoài để xác định áp dụng pháp luật của Việt Nam hay của nước ngoài khi giải quyết tranh chấp. Tranh chấp có yếu tố nước ngoài là tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại có một trong các yếu tố sau đây:

- Một bên hoặc các bên là người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài tham gia.
- Căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ có tranh chấp phát sinh ở nước ngoài.
- Tài sản liên quan đến tranh chấp đó ở nước ngoài.

Nếu vụ tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án thì Tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu.

3.3. Nguyên tắc của tố tụng trọng tài thương mại

Tố tụng trọng tài khác với tố tụng Tòa án ở những nguyên tắc áp dụng trong quá trình giải quyết tranh chấp. Việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài phải thực hiện những nguyên tắc cơ bản sau đây:

a) Tranh chấp được giải quyết tại trọng tài nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận trọng tài

Thỏa thuận trọng tài là văn bản hoặc 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. Thỏa thuận trọng tài phải được lập thành văn bản, có thể là điều khoản trọng tài trong hợp đồng hoặc là một thỏa thuận riêng. Trường hợp thỏa thuận trọng tài nằm trong hợp đồng 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.

Thỏa thuận trọng tài là điều kiện tiên quyết cho việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài phải là thỏa thuận trọng tài có hiệu lực pháp lý. Thỏa thuận trọng tài bị coi là vô hiệu trong những trường hợp sau đây:

- Tranh chấp phát sinh không thuộc hoạt động thương mại;
- Người ký thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền ký kết theo quy định của pháp luật;
- Một bên ký kết thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;
- Thỏa thuận trọng tài không có 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;
- Thỏa thuận trọng tài không được lập thành văn bản.

b) Hình thức giải quyết tranh chấp bằng Hội đồng Trọng tài

Tranh chấp giữa các bên được giải quyết bằng Hội đồng Trọng tài. Tùy theo từng vụ tranh chấp mà các bên thỏa thuận Hội đồng Trọng tài có một trọng tài viên duy nhất hoặc ba Trọng tài viên. Có hai loại Hội đồng Trọng tài là Hội đồng Trọng tài do Trung tâm Trọng tài tổ chức và Hội đồng Trọng tài do các bên thành lập. Đối với Hội đồng Trọng tài do Trung tâm Trọng tài tổ chức, trọng tài viên phải được chọn trong danh sách Trọng tài viên của Trung tâm Trọng tài mà các bên đã lựa chọn và yêu cầu giải quyết vụ tranh chấp. Đối với Hội đồng trọng tài do các bên thành lập (thường gọi

là trọng tài vụ việc, tự giải thể sau khi kết thúc giải quyết vụ tranh chấp). Trọng tài viên có thể thuộc danh sách hoặc ngoài danh sách Trọng tài viên của các Trung tâm Trọng tài của Việt Nam.

Loại Hội đồng Trọng tài cụ thể sử dụng để giải quyết vụ tranh chấp do các bên lựa chọn.

c) 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 của các bên

Công dân Việt Nam được làm Trọng tài viên nếu có đủ những điều kiện sau đây:

- 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 học đã học từ năm năm trở lên.

Người đang bị quản chế hành chính, đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đã bị kết án mà chưa được xóa án tích, 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 không được làm Trọng tài viên.

Trọng tài viên phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp trong những trường hợp sự tham gia của mình không bảo đảm tính độc lập, khách quan, vô tư.

Trong quá trình tố tụng trọng tài, quyền tự định đoạt của các bên được tôn trọng thông qua những quy định các bên có thể tự hòa giải hoặc yêu cầu Hội đồng trọng tài tiến hành hòa giải. Những thỏa thuận của các bên qua hòa giải được Hội đồng Trọng tài chấp thuận, kể cả những thỏa thuận trong phiên họp giải quyết vụ tranh chấp trước khi Hội đồng Trọng tài ra Quyết định trọng tài.

d) Nguyên tắc áp dụng pháp luật để giải quyết vụ 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. Trường hợp các bên không lựa chọn được pháp luật để giải quyết vụ tranh chấp thì Hội đồng Trọng tài quyết định. Ngoài ra, có riêng một số quy định về chọn Trọng tài viên, Tòa án chỉ định Trọng tài viên và địa điểm giải quyết vụ tranh chấp tại Điều 49 Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

- Trong trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại nói riêng và của pháp luật Việt Nam nói chung thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế.

3.4. Các giai đoạn của tố tụng trọng tài thương mại

Tố tụng trọng tài có thể khái quát thành những giai đoạn cơ bản sau đây:

a) Khởi kiện

Tùy theo loại Hội đồng Trọng tài mà các bên đã lựa chọn, nguyên đơn gửi đơn kiện đến Trung tâm Trọng tài hoặc gửi cho bị đơn. Kèm theo đơn kiện phải có bản chính hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài, bản chính hoặc bản sao các tài liệu chứng cứ. Bị đơn phải gửi bản tự bảo vệ cho Trung tâm Trọng tài hoặc gửi cho nguyên đơn.

Nguyên đơn phải nộp tạm ứng phí trọng tài và bên thua kiện phải chịu phí trọng tài, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài được xác định như sau: Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật có quy định thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu khởi kiện 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.

Địa điểm giải quyết vụ tranh chấp do các bên thỏa thuận, nếu không có thỏa thuận thì Hội đồng Trọng tài quyết định nhưng phải bảo đảm thuận tiện cho các bên trong việc giải quyết.

b) Thành lập và hoạt động của Hội đồng Trọng tài

Trường hợp Hội đồng Trọng tài có ba Trọng tài viên thì nguyên đơn và bị đơn (hoặc các bị đơn) mỗi bên chọn một Trọng tài viên. Hai Trọng tài viên này sẽ chọn Trọng tài viên thứ ba làm Chủ tịch Hội đồng Trọng tài.

Hội đồng Trọng tài nghiên cứu hồ sơ, thực hiện những hoạt động cụ thể để xác minh sự việc nếu thấy cần thiết, thu thập chứng cứ.

Trong quá trình tố tụng trọng tài, các bên có thể khiếu nại để xem xét Thỏa thuận trọng tài, thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài. Các bên có thể tự hòa giải hoặc yêu cầu Hội đồng Trọng tài hòa giải, có quyền yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời sau:

- Bảo toàn chứng cứ trong trường hợp chứng cứ đang bị tiêu hủy hoặc có nguy cơ bị tiêu hủy;

- Kê biên tài sản tranh chấp;

- Cấm chuyển dịch tài sản tranh chấp;

- Cấm thay đổi hiện trạng tài sản tranh chấp;

- Kê biên và niêm phong tài sản ở nơi gửi giữ;

- Phong tỏa tài khoản tại ngân hàng.

Bị đơn có quyền kiện lại nguyên đơn về những vấn đề có liên quan đến yêu cầu của nguyên đơn.

c) Phiên họp giải quyết tranh chấp và Quyết định trọng tài

Phiên họp giải quyết vụ tranh chấp không công khai. Trường hợp có sự đồng ý của các bên, Hội đồng Trọng tài có thể cho phép những người khác tham dự phiên họp.

Quyết định trọng tài có hiệu lực kể từ ngày công bố. 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.

Bên không đồng ý với Quyết định trọng tài 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.

d) Thi hành Quyết định trọng tài

Nếu bên phải thi hành Quyết định trọng tài không tự nguyện thi hành, bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành Quyết định trọng tài. Trình tự, thủ tục và thời hạn thi hành Quyết định trọng tài theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự.

3.5. Sự hỗ trợ của cơ quan nhà nước đối với tố tụng trọng tài thương mại

Nhằm mục đích tăng cường hiệu quả của việc giải quyết các tranh chấp kinh doanh thương mại bằng Trọng tài, tố tụng trọng tài thương mại hiện hành đã có sự can thiệp hỗ trợ của cơ quan nhà nước trong nhiều công việc.

Thứ nhất, trong việc lập Hội đồng Trọng tài.

Đối với Hội đồng Trọng tài do các bên thành lập mà các bên thỏa thuận có một Trọng tài viên duy nhất nhưng lại không thống nhất chọn được Trọng tài viên này 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.

Trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn mà các bị đơn không thống nhất được việc chọn một 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.

Thứ hai, trường hợp không đồng ý với quyết định của Hội đồng Trọng tài về khiếu nại để xem xét Thỏa thuận trọng tài, thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài, các bên có quyền yêu cầu Tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng Trọng tài đã ra quyết định xem xét lại quyết định.

Thứ ba, trong việc áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời. Thẩm phán Tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng Trọng tài đã thụ lý vụ tranh chấp là người ra quyết định áp dụng hoặc hủy bỏ áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời.

Thứ tư, Tòa án 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 đây:

- Không có thỏa thuận trọng tài;
- Thỏa thuận trọng tài vô hiệu;
- Thành phần của Hội đồng Trọng tài, tố 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 quá trình giải quyết vụ tranh chấp, có Trọng tài viên vi phạm nghĩa vụ của Trọng tài viên;
- Quyết định trọng tài trái với lợi ích công cộng của Nhà nước Việt Nam.

Thứ năm, bảo đảm sự cưỡng chế nhà nước trong thi hành Quyết định trọng tài. Hiện nay, Quyết định trọng tài có hiệu lực thi hành đã được bảo đảm thực hiện bằng sự cưỡng chế nhà nước như đối với các bản án, quyết định của Tòa án.

4. Giải quyết tranh chấp tại Tòa án nhân dân

Tố tụng dân sự hiện hành được quy định trong Bộ luật tố Tụng dân sự đã được Quốc hội thông qua ngày 15/6/2004 và có hiệu lực từ 01/01/2005.

4.1. Những nguyên tắc cơ bản của tố tụng dân sự tại Tòa án

Tranh chấp kinh doanh, thương mại là một trong những vụ việc dân sự khi được giải quyết tại Tòa án phải tuân theo những nguyên tắc cơ bản sau đây:

- Bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa trong tố tụng dân sự;
- Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người khác;
- Quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự;
- Các đương sự có quyền và nghĩa vụ cung cấp chứng cứ và chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp;
- Bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự;
- Bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự;
- Tòa án có trách nhiệm tiến hành hòa giải và tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự tự hòa giải;
- Hội thẩm nhân dân tham gia xét xử vụ án dân sự;
- Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật;
- Trách nhiệm của cơ quan, người tiến hành tố tụng dân sự;
- Tòa án xét xử tập thể và quyết định theo đa số;
- Xét xử công khai;
- Bảo đảm sự vô tư của những người tiến hành hoặc tham gia tố tụng dân sự. Pháp luật quy định những người không được tiến hành hoặc tham gia tố tụng;
- Thực hiện hai cấp xét xử là sơ thẩm và phúc thẩm;
- Giám đốc việc xét xử: Tòa án cấp trên giám đốc việc xét xử của Tòa án cấp dưới;
- Bảo đảm hiệu lực của bản án, quyết định của Tòa án. Tòa án nhân dân và các cơ quan, tổ chức được giao nhiệm vụ thi hành bản án, quyết định của Tòa án phải nghiêm chỉnh thi hành và chịu trách nhiệm trước pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ này;
- Tiếng nói và chữ viết dùng trong tố tụng dân sự là tiếng Việt. Người tham gia tố tụng dân sự có quyền dùng tiếng nói và chữ viết của dân tộc mình, trong trường hợp này cần phải có người phiên dịch;
- Viện kiểm sát nhân dân kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong tố tụng dân sự;
- Trách nhiệm chuyển giao tài liệu, giấy tờ của Tòa án;
- Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng dân sự;
- Bảo đảm quyền khiếu nại, tố cáo trong tố tụng dân sự.

4.2. Thẩm quyền của Tòa án trong giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại

a) Thẩm quyền theo vụ việc

Có bốn nhóm tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án (Điều 29 Bộ luật Tố tụng dân sự 2004):

Thứ nhất, 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 hóa;
- 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 hóa, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa;
- Vận chuyển hàng hóa, 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.

Thứ hai, 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.

Thứ ba, 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.

Thứ tư, các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

b) Thẩm quyền của Tòa án các cấp

Ở Việt Nam, có hai cấp tòa án tiến hành xét xử sơ thẩm là Tòa án cấp huyện và Tòa án cấp tỉnh.

Tòa án cấp huyện có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại từ điểm a đến điểm i thuộc nhóm 1 của thẩm quyền theo vụ việc nêu trên.

Tòa án cấp tỉnh có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án còn lại, trừ những tranh chấp thuộc thẩm quyền của Tòa án cấp huyện. Khi cần thiết, Tòa án cấp tỉnh có thể lấy lên để giải quyết những tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án cấp huyện.

c) Thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ

Khi đã xác định tranh chấp được giải quyết tại Tòa án cấp nào, còn phải xác định Tòa án ở địa phương nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Để tạo điều kiện thuận lợi cho việc xác minh, thu thập tài liệu, chứng cứ và thi hành án, Điều 35 Bộ luật Tố tụng dân sự ngày 15 tháng 6 năm 2004 quy định:

- Tòa án có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ án về kinh doanh thương mại là Tòa án nơi bị đơn cư trú, làm việc của bị đơn (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi bị đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức).

- Để bảo đảm quyền tự định đoạt của các bên, pháp luật tố tụng còn quy định các bên có tranh chấp cũng có quyền tự thỏa thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu Tòa án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cá nhân) hoặc nơi nguyên đơn có trụ sở (nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức) giải quyết vụ án.

- Trường hợp vụ án liên quan đến bất động sản thì Tòa án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết.

d) Thẩm quyền xét xử theo sự lựa chọn của nguyên đơn

Trong thực tế, khi xác định thẩm quyền của Tòa án theo cấp và theo lãnh thổ sẽ có trường hợp có nhiều Tòa án cùng có thẩm quyền giải quyết một vụ án. Chính vì vậy, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn, tạo điều kiện thuận lợi cho nguyên đơn khi tiến hành khởi kiện, pháp luật còn quy định nguyên đơn có quyền lựa chọn Tòa án để yêu cầu giải quyết vụ án trong các trường hợp sau đây (Điều 36 Bộ luật Tố tụng dân sự 2004):

- Nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi có tài sản, nơi có trụ sở hoặc nơi cư trú cuối cùng của bị đơn giải quyết.

- Nếu tranh chấp phát sinh từ hoạt động của chi nhánh tổ chức, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết.

- Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa 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 Tòa án một trong các bị đơn có cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết.

- Nếu tranh chấp đến bất động sản mà bất động sản ở nhiều nơi khác nhau, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi có một trong các bất động sản giải quyết.

4.3. Các giai đoạn của tố tụng dân sự giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại thực hiện theo quy định chung của tố tụng dân sự. Có thể khái quát thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án có những giai đoạn cơ bản sau đây.

a) Khởi kiện và thụ lý vụ án

Một vụ án dân sự nói chung, một vụ án về tranh chấp kinh doanh, thương mại nói riêng chỉ được bắt đầu nếu có đơn khởi kiện. Đơn khởi kiện thể hiện ý chí đơn phương của nguyên đơn mà không cần sự thỏa thuận của các bên như đối với Thỏa thuận trọng tài trong tố tụng trọng tài. Đơn khởi kiện kèm theo tài liệu, chứng cứ được nộp trực tiếp hoặc gửi qua bưu điện đến Tòa án theo những quy định về thẩm quyền phía trên.

Trường hợp pháp luật không có quy định khác về thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu này là hai năm kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức bị xâm phạm.

Nguyên đơn phải nộp tiền tạm ứng án phí sơ thẩm, trừ trường hợp được miễn hoặc không phải nộp tiền tạm ứng án phí.

Sau khi nhận đơn khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo, nếu xét thấy vụ án thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án thì Tòa án phải thông báo ngay cho người khởi kiện biết để họ đến Tòa án làm thủ tục nộp tiền tạm ứng án phí. Tòa án thụ lý vụ án khi người khởi kiện nộp biên lai nộp tiền tạm ứng án phí. Trường hợp người khởi kiện được miễn hoặc không phải nộp tiền tạm ứng án phí thì Tòa án phải thụ lý vụ án khi nhận được đơn khởi kiện.

Sau khi thụ lý vụ án, Chánh án Tòa án phân công một Thẩm phán giải quyết vụ án, thông báo về việc thụ lý vụ án cho bị đơn, cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến việc giải quyết vụ án, cho Viện Kiểm sát cùng cấp về việc Tòa án đã thụ lý vụ án. Bị đơn phải gửi đến Tòa 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. Đồng thời, bị đơn cũng có quyền yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn trong giai đoạn này. Trong quá trình giải quyết vụ án, các đương sự có quyền yêu cầu tòa án áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời.

b) Hòa giải và chuẩn bị xét xử

Quy định rất quan trọng về trách nhiệm của Tòa án trong tố tụng dân sự là phải tiến hành hòa giải để các đương sự thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ án, trừ những vụ án không được hòa giải hoặc không tiến hành hòa giải được theo quy định của pháp luật. Nếu các đương sự thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết toàn bộ vụ án thì Tòa án lập Biên bản hòa giải thành. Sau bảy ngày kể từ ngày lập Biên bản hòa giải thành mà không có đương sự nào thay đổi ý kiến về sự thỏa thuận đó thì Tòa án ra Quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự, đồng thời ra Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án. Nếu các đương sự không thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết toàn bộ vụ án thì Tòa án ra Quyết định đưa vụ án ra xét xử.

c) Phiên tòa sơ thẩm

Phiên tòa sơ thẩm diễn biến theo trình tự các công việc: Chuẩn bị khai mạc phiên tòa, thủ tục bắt đầu phiên tòa, thủ tục hỏi tại phiên tòa, tranh luận tại phiên tòa, nghị án và tuyên án.

Bản án và quyết định của phiên tòa sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật. Đối với các bản án, trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày tuyên án, các đương sự có quyền kháng cáo. Đối với các quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết vụ án, thời hạn kháng cáo là 7 ngày kể từ ngày người có quyền kháng cáo nhận được quyết định. Đơn kháng cáo được gửi cho Tòa án đã xử sơ thẩm, kèm theo 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 hết thời hạn kháng cáo mà không có kháng cáo, kháng nghị (của Viện Kiểm sát), bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật.

d) Xét xử phúc thẩm

Xét xử phúc thẩm là việc Tòa án cấp trên trực tiếp xét xử lại vụ án mà bản án, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo hoặc kháng nghị.

Người kháng cáo phải nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm, trừ trường hợp được miễn hoặc không phải nộp tiền tạm ứng án phí.

Tòa án cấp phúc thẩm thụ lý vụ án khi nhận được hồ sơ vụ án, kháng cáo, kháng nghị và tài liệu, chứng cứ kèm theo, đồng thời thành lập Hội đồng xét xử phúc thẩm gồm ba Thẩm phán và phân công một Thẩm phán làm chủ tọa phiên tòa. Trong thời hạn *hai tháng* kể từ ngày thụ lý vụ án, Tòa án cấp phúc thẩm ra một trong các quyết định sau:

- Tạm đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án;
- Đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án;
- Đưa vụ án ra xét xử.

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.

Diễn biến của phiên tòa phúc thẩm về cơ bản là những thủ tục như tại phiên tòa sơ thẩm. Tại phiên tòa phúc thẩm, các đương sự có quyền thỏa thuận để giải quyết vụ án và Hội đồng xét xử phúc thẩm công nhận sự thỏa thuận này.

Hội đồng xét xử phúc thẩm có quyền:

- Bác kháng cáo, kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định sơ thẩm;
- Sửa đổi một phần hoặc toàn bộ quyết định của bản án, quyết định sơ thẩm;
- Huỷ bản án, quyết định sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm xét xử trong trường hợp có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng hoặc việc xác minh, thu thập chứng cứ của Tòa án cấp sơ thẩm không đầy đủ mà Tòa án cấp phúc thẩm không thể bổ sung được;
- Huỷ bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án theo các quy định của pháp luật.

Quyết định phúc thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

đ) Thủ tục xem xét lại đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật

Về nguyên tắc bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật phải được thi hành và các cá nhân, tổ chức có liên quan phải nghiêm chỉnh chấp hành. Tuy nhiên, có những trường hợp bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật có những sai sót hoặc có những tình tiết mới làm thay đổi nội dung vụ án. Cùng với việc thực hiện chế độ hai cấp xét xử là sơ thẩm và phúc thẩm, pháp luật tố tụng dân sự còn quy định thủ tục đặc biệt để xem xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, đó là thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm.

đ1) 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. Căn cứ để kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm là:

- Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án;
- Có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án;
- Có sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật.

Thời hạn để thực hiện quyền kháng nghị là ba năm kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật. Việc kháng nghị này sẽ dẫn đến hậu quả là bản án, quyết

định đã có hiệu lực bị tạm ngừng việc thi hành để giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm.

Trong thời hạn bốn tháng kể từ ngày nhận được đơn kháng nghị kèm theo hồ sơ vụ án, Tòa án có thẩm quyền phải mở phiên tòa để giám đốc thẩm vụ án. Phiên tòa này phải có sự tham gia của Viện Kiểm sát nhân dân cùng cấp, nhưng không cần thiết phải triệu tập các đương sự.

Hội đồng giám đốc thẩm có các quyền hạn sau:

- Không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật;

- Giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp dưới đã bị huỷ hoặc bị sửa;

- Huỷ bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại;

- Huỷ bản án, quyết định của Tòa án đã xét xử vụ án và đình chỉ giải quyết vụ án.

Quyết định giám đốc thẩm có hiệu lực kể từ ngày Hội đồng giám đốc thẩm ra quyết định.

đ2) Tái thẩm

Tái thẩm là xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì có những tình tiết mới được phát hiện có thể làm thay đổi cơ bản nội dung của bản án, quyết định mà Tòa án, các đương sự không thể biết được khi Tòa án ra bản án, quyết định đó.

Căn cứ để kháng nghị theo thủ tục tái thẩm là:

- Mới phát hiện được tình tiết quan trọng của vụ án mà đương sự đã không thể biết được trong quá trình giải quyết vụ án;

- Có cơ sở chứng minh kết luận của người giám định, lời dịch của người phiên dịch không đúng sự thật hoặc giả mạo chứng cứ;

- Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Kiểm sát viên cố tình làm sai lệch hồ sơ vụ án hoặc cố ý kết luận trái pháp luật;

- Bản án, quyết định của Tòa án hoặc quyết định của cơ quan Nhà nước mà Tòa án dựa vào đó để giải quyết vụ án đã bị huỷ bỏ.

Thời hạn của kháng nghị theo thủ tục tái thẩm là một năm kể từ ngày người có thẩm quyền kháng nghị biết được căn cứ kháng nghị theo thủ tục tái thẩm.

Hội đồng tái thẩm có thẩm quyền sau:

- Không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định đã có hiệu lực;

- Huỷ bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại;

- Huỷ bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đình chỉ giải quyết vụ án.

Quyết định tái thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ ngày Hội đồng tái thẩm ra quyết định.

4.4. Thi hành bản án, quyết định giải quyết các vụ việc kinh doanh, thương mại của Tòa án

Việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về kinh doanh - thương mại nói riêng, về dân sự nói chung, ngoài những quy định tại Bộ Luật Tố tụng dân sự 2004 còn được quy định trong Pháp lệnh Thi hành án dân sự được Ủy ban thường vụ Quốc hội thông qua ngày 14 tháng 1 năm 2004 và những văn bản pháp luật liên quan khác.

Khi bản án, quyết định của Tòa án được đưa ra thi hành thì các đương sự phải có nghĩa vụ thi hành, nếu không tự nguyện thi hành thì người được thi hành án, người phải thi hành án căn cứ vào bản án, quyết định của Tòa án có quyền yêu cầu cơ quan thi hành án có thẩm quyền ra quyết định thi hành án trong thời hạn ba năm kể từ ngày bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật.

a) Các cơ quan thi hành án bao gồm:

- Cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là cơ quan thi hành án cấp tỉnh);

- Cơ quan thi hành án dân sự huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là cơ quan thi hành án cấp huyện);

- Cơ quan thi hành án quân khu và tương đương (gọi chung là cơ quan thi hành án quân khu).

b) Thủ tục thi hành bản án, quyết định của Tòa án

Quá trình thi hành các bản án quyết định của Tòa án được khái quát thành 3 bước cơ bản.

- Cấp bản án, quyết định của Tòa án;

- Ra quyết định thi hành án;

- Thực hiện quyết định thi hành án.

Các biện pháp cưỡng chế thi hành án bao gồm:

- Khấu trừ tài khoản, trừ vào tiền, thu hồi giấy tờ có giá của người phải thi hành án;

- Trừ vào thu nhập của người phải thi hành án;

- Phong tỏa tài khoản, tài sản của người phải thi hành án tại ngân hàng, tổ chức tín dụng, kho bạc nhà nước;

- Kê biên, xử lý tài sản của người phải thi hành án, kể cả tài sản đang do người thứ ba giữ;

- Buộc giao nhà, chuyển quyền sử dụng đất hoặc giao vật tư, tài sản khác;

- Cấm hoặc buộc người phải thi hành án không được làm hoặc phải làm một công việc nhất định.

Phần 6

NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN CỦA PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

Phá sản là hiện tượng kinh tế xuất hiện và tồn tại trong những điều kiện kinh tế- xã hội nhất định, đó là nền kinh tế thị trường. Trong nền kinh tế kế hoạch tập trung không tồn tại khái niệm phá sản. Luật phá sản đầu tiên của Việt Nam được Quốc hội thông qua ngày 30 tháng 12 năm 1993. Sau một thời gian thực hiện, luật này đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập và tại kỳ họp thứ 5 Quốc hội khóa XI ngày 15 tháng 6 năm 2004 đã thông qua Luật Phá sản mới thay cho Luật Phá sản năm 1993.

1. Đối tượng, phạm vi điều chỉnh:

1.1. Đối tượng áp dụng

Luật Phá sản năm 2004 áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã (gọi chung là Hợp tác xã) được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật.

Đối với những doanh nghiệp đặc biệt, trực tiếp phục vụ an ninh quốc phòng, doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong các lĩnh vực công ích thiết yếu, Chính phủ sẽ có những quy định cụ thể khi áp dụng Luật Phá sản.

1.2. Phạm vi điều chỉnh

Luật Phá sản 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 và nghĩa vụ, trách nhiệm của người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu tuyên bố phá sản và của người tham gia giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản.

1.3. Hiệu lực của Luật phá sản

- Luật Phá sản và các quy định khác của pháp luật được áp dụng khi giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc gia nhập có quy định khác.

- Trong trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của Luật Phá sản và quy định của luật khác về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của Luật Phá sản.

1.4. Vai trò của Luật phá sản

- Luật Phá sản bảo vệ lợi ích chính đáng của chủ nợ, cung cấp cho các chủ nợ một công cụ để thực hiện việc đòi nợ.

- Luật Phá sản bảo vệ lợi ích của con nợ, đem lại cho các con nợ đang trong tình trạng phá sản một cơ hội phục hồi hoặc rút khỏi thị trường một cách có trật tự.

- Luật Phá sản bảo vệ lợi ích người lao động.

- Luật Phá sản góp phần tổ chức và cơ cấu lại nền kinh tế quốc dân.

- Luật Phá sản góp phần bảo đảm trật tự, kỷ cương trong kinh doanh.

2. Dấu hiệu xác định doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

2.1. Dấu hiệu

Để có căn cứ cho việc giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản, Luật Phá sản của các quốc gia phải xác định thế nào là tình trạng phá sản. Theo Điều 3 Luật Phá sản năm 2004 đã quy định: “Doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì coi là lâm vào tình trạng phá sản”. Như vậy, bản chất của tình trạng phá sản là tại một thời điểm nhất định, doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán. Khi đó, các chủ nợ cũng như chính bản thân con nợ dựa vào căn cứ pháp lý này để làm đơn đề nghị Toà án giải quyết vụ việc phá sản.

2.2. Phân loại phá sản

Tuỳ theo góc độ xem xét, phá sản được phân thành các loại sau:

- Phá sản trung thực và phá sản gian trá: Sự phân biệt này được xem xét dưới góc độ nguyên nhân gây ra tình trạng phá sản. Phá sản trung thực là hậu quả của việc mất khả năng thanh toán do những nguyên nhân khách quan. Còn phá sản gian trá là hậu quả của những thủ tục gian trá được tính toán, sắp đặt trước nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác.

- Phá sản tự nguyện và phá sản bắt buộc: Sự phân biệt này dựa trên căn cứ phát sinh quan hệ pháp lý. Cụ thể là dựa vào căn cứ ai là người nộp đơn yêu cầu phá sản. Phá sản tự nguyện là do bản thân doanh nghiệp mắc nợ tự giác đề nghị khi thấy mình mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Ngược lại, phá sản bắt buộc là do các chủ nợ yêu cầu.

- Phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân: Sự phân biệt này liên quan đến đối tượng điều chỉnh của Luật Phá sản. Ở nhiều nước không phân biệt phá sản doanh nghiệp hay phá sản cá nhân, nếu lâm vào tình trạng phá sản thì đều áp dụng Luật Phá sản để giải quyết. Luật Phá sản của Việt Nam chỉ áp dụng cho doanh nghiệp và hợp tác xã. Còn nếu cá nhân phá sản thì áp dụng theo thủ tục đòi nợ thông thường (thủ tục dân sự).

2.3. Phân biệt phá sản với giải thể

Nếu chỉ nhìn về hiện tượng thì phá sản và giải thể là giống nhau bởi vì cả hai hiện tượng này đều dẫn đến việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp và phân chia tài sản còn lại. Tuy nhiên, về bản chất pháp lý đây là hai hiện tượng khác nhau:

- Thứ nhất, lý do dẫn đến giải thể doanh nghiệp có rất nhiều lý do khác nhau như hết thời hạn hoạt động, chủ doanh nghiệp không muốn kinh doanh nữa hoặc vi phạm pháp luật bị thu hồi giấy phép kinh doanh... Trong khi đó, phá sản chỉ có một lý do duy nhất là mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu.

- Thứ hai, phá sản khác giải thể ở bản chất của hai thủ tục pháp lý giải quyết cũng như thẩm quyền của cơ quan thực hiện thủ tục đó. Thủ tục giải quyết phá sản là thủ tục tư pháp do Toà án tiến hành, còn giải thể là thủ tục hành chính do cơ quan hành chính Nhà nước có thẩm quyền tiến hành.

- Thứ ba, thái độ của Nhà nước đối với chủ sở hữu hay người quản lý, điều hành doanh nghiệp giải thể và phá sản cũng khác nhau. Nếu là phá sản thì chủ sở hữu doanh nghiệp hoặc người quản lý điều hành doanh nghiệp sẽ bị cấm hành nghề kinh doanh trong một thời gian nhất định. Còn trong trường hợp giải thể thì vấn đề hạn chế này không được đặt ra.

3. Thẩm quyền của Tòa án

a) Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là tòa án nhân dân cấp huyện) có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện đó.

b) Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là Tòa án nhân dân cấp tỉnh) có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh đó. Trường hợp cần thiết, Tòa án cấp tỉnh có thể lấy lên để tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã thuộc thẩm quyền của Tòa án huyện.

Toà án tỉnh nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đó.

4. Thủ tục phá sản

Thủ tục phá sản áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm 4 bước cơ bản:

- Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản;
- Phục hồi hoạt động kinh doanh;
- Thanh lý tài sản, các khoản nợ;
- Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

4.1. Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản

a) Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

- Chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (Chủ nợ không có bảo đảm là chủ nợ có khoản nợ không được đảm bảo bằng tài sản của con nợ. Chủ nợ có đảm bảo một phần là chủ nợ có khoản nợ đảm bảo bằng tài sản của con nợ hoặc người thứ ba mà giá trị tài sản đảm bảo ít hơn khoản nợ đó).

- Người lao động có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thông qua đại diện công đoàn hoặc cử người đại diện (nếu chưa có tổ chức công đoàn).

- Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước.

- Các cổ đông trong công ty cổ phần có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty cổ phần theo quy định của điều lệ công ty.

- Thành viên hợp danh có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty hợp danh.

b) Nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp, hợp tác xã của mình có dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản.

Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ, kịp thời các tài liệu theo quy định và theo yêu cầu của Tòa án trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản.

c) Nghĩa vụ thông báo doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

Khi thực hiện chức năng nhiệm vụ, 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 (không phải là chủ sở hữu nhà nước của doanh nghiệp) có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Cơ quan thông báo phải chịu trách nhiệm về tính chính xác của thông báo.

d) Thủ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Sau khi nhận đơn, Tòa án sẽ xem xét nếu thấy cần sửa đổi, bổ sung tài liệu thì Tòa án yêu cầu người nộp đơn thực hiện việc sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày nhận đơn. Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn đã nộp tiền tạm ứng phí phá sản hoặc là ngày Tòa án nhận được đơn trong trường hợp người nộp đơn không phải nộp tiền tạm ứng phí phá sản.

Toà án trả lại đơn yêu cầu khi:

- + Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản trong thời hạn do Tòa án ấn định;
- + Người nộp đơn không có quyền nộp đơn;
- + Có Tòa án khác đã mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- + Có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không khách quan;
- + Doanh nghiệp, hợp tác xã chứng minh được mình không lâm vào tình trạng phá sản.

đ) Quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản

Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày thụ lý đơn, Tòa án phải ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản.

Toà 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.

Toà án có thể ra quyết định không mở thủ tục phá sản nếu thấy doanh nghiệp, hợp tác xã chưa lâm vào tình trạng phá sản.

Nếu Tòa án quyết định mở thủ tục phá sản thì phải thông báo quyết định mở thủ tục phá sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã và Viện Kiểm sát cùng cấp; thông báo quyết định cho chủ nợ, những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã. Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn tiến hành bình thường nhưng phải chịu sự giám sát của thẩm phán và tổ quản lý, thanh lý tài sản. Trường hợp nếu xét thấy người quản lý của doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng điều hành hoặc nếu tiếp tục điều hành hoạt động kinh doanh sẽ không có lợi cho việc bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã theo đề nghị của Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, của hợp tác xã.

Để đảm bảo cho việc giải quyết phá sản được đúng đắn, bảo vệ quyền lợi của chủ nợ, pháp luật nghiêm cấm doanh nghiệp hợp tác xã tiến hành các hành vi như: cất giấu, tẩu tán tài sản; thanh toán nợ không có bảo đảm; từ bỏ hoặc giảm bớt

quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp. Một số hoạt động phải được sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán mới được thực hiện như: Cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng cho, cho thuê tài sản; nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng; chấm dứt hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật; vay tiền; bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển 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 doanh nghiệp, hợp tác xã.

Đồng thời với việc ra quyết định mở thủ tục phá sản, Thẩm phán ra quyết định thành lập tổ quản lý tài sản, thanh lý tài sản để làm nhiệm vụ quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản (thành phần, nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của tổ quản lý, thanh lý tài sản quy định tại điều 9, 10, 11 Luật Phá sản).

4.2. Phục hồi hoạt động kinh doanh

a) Hội nghị chủ nợ

- Thành phần tham gia hội nghị chủ nợ, gồm: các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ; đại diện người lao động, đại diện công đoàn được người lao động uỷ quyền; người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

- Nội dung hội nghị chủ nợ lần thứ nhất:

Tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản thông báo cho Hội nghị chủ nợ về tình hình kinh doanh, thực trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, kết quả kiểm kê tài sản, danh sách chủ nợ, danh sách người mắc nợ và các nội dung khác nếu xét thấy cần thiết.

+ Chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp trình bày ý kiến của mình về các nội dung mà tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo, 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 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.

+ Thông qua nghị quyết của hội nghị chủ nợ.

Trường hợp cần phải tổ chức hội nghị chủ nợ tiếp theo thì chương trình, nội dung hội nghị do thẩm phán quyết định.

- Hội nghị chủ nợ chỉ được coi là hợp lệ khi có đủ các điều kiện sau đây:

+ Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia.

+ Có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ (quy định tại Điều 63 Luật Phá sản).

- Hội nghị chủ nợ có thể được hoãn một lần nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

+ Không đủ quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia.

+ Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại hội nghị chủ nợ biểu quyết đề nghị hoãn hội nghị.

+ Người có nghĩa vụ tham gia hội nghị quy định tại Điều 63 Luật Phá sản vắng mặt có lý do chính đáng.

Trường hợp thẩm phán ra quyết định hoãn hội nghị thì trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày ra quyết định hoãn hội nghị, thẩm phán phải triệu tập lại hội nghị chủ nợ.

b) Điều kiện áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh

- Thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi hội nghị chủ nợ lần 1 thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

- Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hội nghị chủ nợ lần 1 thông qua nghị quyết, doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi kinh doanh của mình và nộp cho thẩm phán.

c) Nội dung, phương án phục hồi hoạt động kinh doanh

- Phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi kinh doanh, các điều kiện, thời hạn, kế hoạch thanh toán nợ.

- Các biện pháp huy động vốn.

- Thay đổi mặt hàng kinh doanh.

- Tổ chức lại bộ máy...

d) Xem xét, thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh (xem Điều 70, Điều 71 Luật Phá sản).

đ) Công nhận nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh (Điều 72 Luật Phá sản).

Thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh là 3 năm kể từ ngày cuối cùng công bố quyết định của Tòa án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

e) Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và hậu quả pháp lý (Điều 76, Điều 77 Luật Phá sản).

4.3. Thanh lý tài sản, các khoản nợ

a) Những trường hợp quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

Thẩm phán hoặc Tổ Thẩm phán phụ trách việc tiến hành thủ tục phá sản ra Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản trong những trường hợp sau:

- Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản trong trường hợp đặc biệt (Điều 78 Luật Phá sản).

- Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi hội nghị chủ nợ không thành (Điều 79 Luật Phá sản).

- Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản sau khi có nghị quyết của hội nghị chủ nợ lần 1 (Điều 80 Luật Phá sản).

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản có thể bị khiếu nại, kháng nghị. Việc giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản quy định tại Điều 83, Điều 84 Luật Phá sản.

b) Tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và thứ tự phân chia tài sản

Tài sản phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm: tài sản và quyền tài sản có tại thời điểm toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; các khoản lợi nhuận, các tài sản và quyền tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi Toà án thụ lý; tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; giá trị quyền sử dụng đất... (Điều 49 Luật Phá sản).

Tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi thanh toán các khoản nợ có bảo đảm được phân chia theo thứ tự ưu tiên như sau:

- Phí phá sản.
- Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội và các quyền lợi khác theo thỏa ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký.
- Các khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ theo nguyên tắc nếu giá trị tài sản đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ đều được thanh toán đủ số nợ của mình; nếu giá trị tài sản 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.

Trường hợp giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi đã thanh toán đủ các khoản quy định 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; các cổ đông của công ty cổ phần;
- Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước.

c) Đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản trong các trường hợp:

- Con nợ không còn tài sản để thực hiện phương án phân chia tài sản;
- Phương án phân chia tài sản đã thực hiện xong.

4.4. Tuyên bố phá sản

a) Các trường hợp Tòa án tuyên bố phá sản

Có 2 nhóm trường hợp Tòa án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản:

Thứ nhất, Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong trường hợp đặc biệt.

- Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn nộp tiền tạm ứng phí phá sản do Tòa án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không còn tiền và tài sản khác

để nộp tiền tạm ứng phí phá sản thì 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, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản.

Thứ hai, 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.

b) *Thông báo quyết định tuyên bố phá sản* (Điều 89 Luật Phá sản).

c) *Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản* (Điều 91, Điều 92 Luật Phá sản).

4.5. Hậu quả của việc tuyên bố phá sản

- Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không miễn trừ nghĩa vụ về tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh đối với chủ nợ chưa được thanh toán nợ, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Các nghĩa vụ về tài sản phát sinh sau khi có quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản được quyết định theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

- Trừ trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản vì lý do bất khả kháng, người quản lý, điều hành doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản sẽ bị xử lý như sau:

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

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

+ Chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh, Giám đốc (Tổng giám đốc), Chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên của doanh nghiệp, Chủ nhiệm, các thành viên Ban quản trị hợp tác xã bị tuyên bố phá sản không được quyền thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã, không được làm người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời hạn từ một đến ba năm kể từ ngày doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản.

5. Các biện pháp bảo toàn tài sản trong giải quyết phá sản

Để bảo toàn tài sản phục vụ cho việc giải quyết phá sản, Luật Phá sản có những quy định nhằm bảo toàn tài sản.

a) *Các giao dịch bị coi là vô hiệu*

Trong thời gian 3 tháng trước ngày Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giao dịch sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã bị coi là vô hiệu:

- Tặng, cho động sản và bất động sản cho người khác;

- Thanh toán hợp đồng song vụ trong đó phần nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã rõ ràng là lớn hơn phần nghĩa vụ của bên kia;
- Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn;
- Thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ;
- Các giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản.

Khi các giao dịch trên bị tuyên bố vô hiệu thì những tài sản đó phải được thu hồi và nhập vào khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản, chủ nợ không có bảo đảm có quyền yêu cầu Toà án tuyên bố các giao dịch trên của doanh nghiệp, hợp tác xã là vô hiệu.

b) Đình chỉ hợp đồng đang có hiệu lực

Trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản, nếu xét thấy việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện sẽ có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã thì hợp đồng đó bị đình chỉ thực hiện. Chủ nợ, con nợ, tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản có quyền yêu cầu Toà án ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng.

c) Áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong trường hợp cần thiết, theo đề nghị của tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản, thẩm phán có quyền ra quyết định áp dụng một trong các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản. Các biện pháp đó gồm:

- Cho, bán hàng hoá dễ hư hỏng hoặc sắp hết thời gian sử dụng;
- Kê biên, niêm phong tài sản;
- Phong toả tài khoản của doanh nghiệp, hợp tác xã tại ngân hàng;
- Niêm phong kho quỹ, thu giữ, quản lý sổ sách kế toán, tài liệu liên quan của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Cấm hoặc buộc doanh nghiệp, hợp tác xã, cá nhân, tổ chức khác có liên quan thực hiện một số hành vi nhất định.

Ngoài những biện pháp chủ yếu nêu trên, trong những trường hợp cụ thể, có thể áp dụng một số biện pháp khác như đăng ký giao dịch bảo đảm, đình chỉ thi hành án dân sự hoặc giải quyết vụ án./.

ưá”

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật Dân sự 2005 (Phần Thứ ba).
2. Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 (Chương 2, Chương 3 Phần thứ nhất).
3. Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003.
4. Luật Doanh nghiệp 2005 (có hiệu lực từ 1.7.2006).
7. Luật Đầu tư 2005 (có hiệu lực từ 1.7.2006).
9. Luật Thương mại 2005 (có hiệu lực từ 1.1.2006).
10. Luật Phá sản 2004.
11. Luật Cạnh tranh 2004.
12. Pháp lệnh xử lý vi phạm hành chính năm 2002 (có hiệu lực ngày 01 tháng 10 năm 2002).
17. Pháp lệnh Trống tài thương mại 2003.
18. Pháp lệnh thi hành án dân sự 2004.
19. Nghị định 108/2006/NĐ-CP ngày 22/09/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.
20. Nghị định số 78/2006/NĐ-CP ngày 9/8/2006 của Chính phủ quy định về đầu tư trực tiếp ra nước ngoài.
21. Nghị định số 23/2007/NĐ-CP ngày 12/2/2007 của Chính phủ quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động mua bán hàng hoá và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hoá của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.
22. Nghị định số 35/2006/NĐ-CP ngày 31/3/2006 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại về hoạt động nhượng quyền thương mại.
23. Nghị định số 12/2006/NĐ-CP ngày 23 tháng 01 tháng 2006 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại về hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế và các hoạt động đại lý mua, bán, gia công và quá cảnh hàng hoá với nước ngoài.
24. Nghị định số 09/2007/TT-BTM ngày 17/7/2007 của Bộ Thương mại hướng dẫn Nghị định số 23/2007/NĐ-CP ngày 12/2/2007 của Chính phủ.
25. Nghị định số 39/2007/NĐ-CP ngày 16/3/2007 của Chính phủ về cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh.
26. Nghị định số 158/2006/NĐ-CP ngày 28/12/2006 của Chính phủ quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động mua bán hàng hoá qua sở giao dịch hàng hoá.
27. Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29/8/2006 về đăng ký kinh doanh.
28. Nghị định số 139/2007/NĐ-CP ngày 05/9/2007 hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp.
29. Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật cạnh tranh.
30. Nghị định số 67/2006/NĐ-CP ngày 11/7/2006 của Chính phủ hướng dẫn áp dụng Luật phá sản đối với doanh nghiệp đặc biệt và tổ chức hoạt động của tổ quản lý, thanh lý tài sản.

31. Nghị định số 25/2003/NĐ-CP ngày 15/01/2004 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh Trọng tài thương mại.
32. Nghị định số 101/2006/NĐ-CP ngày 21/9/2006 của Chính phủ Đăng ký lại, chuyển đổi và đăng ký đổi giấy chứng nhận đầu tư của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư.
33. Nghị định số 109/2007/NĐ-CP ngày 26/6/2007 của Chính phủ chuyển doanh nghiệp 100% vốn Nhà nước thành công ty cổ phần.
34. Nghị định số 111/2007/NĐ-CP ngày 26/6/2007 của Chính phủ về Tổ chức, quản lý TCT Nhà nước và chuyển đổi TCT Nhà nước, công ty Nhà nước độc lập, công ty Mẹ là công ty Nhà nước hoạt động theo hình thức Công ty Mẹ - Công ty Con hoạt động theo Luật Doanh nghiệp.
35. Nghị định số 80/2005/NĐ-CP ngày 22/6/2005 của Chính phủ về giao, bán, khoán kinh doanh, cho thuê công ty nhà nước.
36. Nghị định số 66/2008/NĐ-CP ngày 28/5/2008 của Chính phủ về hỗ trợ pháp lý cho doanh nghiệp.
37. Nghị định số 109/2008/NĐ-CP ngày 10/10/2008 của Chính phủ về bán, giao doanh nghiệp 100% vốn nhà nước.
38. Nghị định số 114/2008/NĐ-CP ngày 03/11/2008 của Chính phủ hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Phá sản đối với doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh trong lĩnh vực bảo hiểm, chứng khoán và tài chính khác.
39. Nghị định số 09/2009/NĐ-CP ngày 05/02/2009 của Chính phủ ban hành Quy chế quản lý tài chính của công ty nhà nước và quản lý vốn nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp khác.