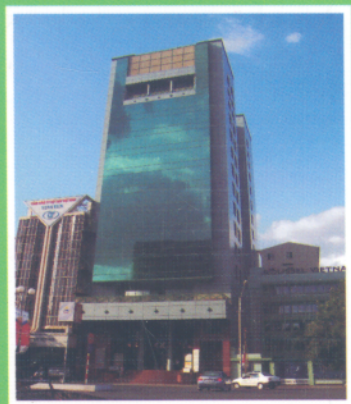


ThS. NGÔ VĂN TĂNG PHƯỚC

GIÁO TRÌNH PHÁP LUẬT KINH TẾ



NHÀ XUẤT BẢN THỐNG KÊ
NĂM 2006

**THẠC SĨ
NGÔ VĂN TĂNG PHƯỚC**

GIÁO TRÌNH PHÁP LUẬT KINH TẾ

**NHÀ XUẤT BẢN THỐNG KÊ
Năm 2006**

MỤC LỤC*Trang***CHƯƠNG I****HÀNH LANG PHÁP LÝ CHO HOẠT ĐỘNG
KINH TẾ VÀ NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG
VỀ DOANH NGHIỆP****BÀI 1****HÀNH LANG PHÁP LÝ CHO
HOẠT ĐỘNG KINH TẾ**

I. HÀNH LANG PHÁP LÝ CHO HOẠT ĐỘNG KINH TẾ	25
II. NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT KINH TẾ	29
1. Các văn bản luật	29
a. Hiến pháp	30
b. Bộ luật dân sự	31
c. Luật	32
2. Các văn bản dưới luật	32
a. Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội	33
b. Nghị định do Chính phủ ban hành, Thông tư do các Bộ ban hành	33
c. Thông tư của Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang Bộ	34

3. Các văn bản khác	34
a. Công văn	34
b. Các văn bản quy phạm pháp luật phụ	35
II. QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG KINH TẾ	36
1. Các cơ quan quản lý Nhà nước về kinh tế	36
a. Chính phủ	36
b. Bộ, cơ quan ngang Bộ	39
c. Ủy ban nhân dân	43
2. Nội dung quản lý Nhà nước đối với hoạt động kinh tế	47

BÀI 2

NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG VỀ DOANH NGHIỆP

I. KHÁI NIỆM CHUNG VỀ DOANH NGHIỆP	50
1. Doanh nghiệp phải có tên gọi	50
2. Doanh nghiệp phải có trụ sở	53
3. Doanh nghiệp phải có tài sản	56
4. Doanh nghiệp phải đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật	61
a. Điều kiện về nhân thân người thành lập, quản lý doanh nghiệp và góp vốn thành lập doanh nghiệp	62
a1. Về đối tượng thành lập và quản lý doanh nghiệp	63

a2. Về đối tượng góp vốn	66
b. Điều kiện về ngành nghề kinh doanh	68
c. Điều kiện về chứng chỉ hành nghề, giấy phép	69
II. NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG VỀ QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA DOANH NGHIỆP	72
1. Quyền của doanh nghiệp	72
2. Nghĩa vụ của doanh nghiệp	74
III. GIẢI THÍCH MỘT SỐ TỪ NGỮ	76
IV. TỔ CHỨC LẠI DOANH NGHIỆP	80
1. Chia doanh nghiệp	81
2. Tách doanh nghiệp	83
3. Sáp nhập doanh nghiệp	85
4. Hợp nhất doanh nghiệp	86
5. Chuyển đổi Công ty	88
6. Luật doanh nghiệp quy định hình thức tổ chức lại công ty đạt được các kết quả sau đây	90
V. GIẢI THỂ VÀ PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP	91
1. Các nguyên nhân, thủ tục giải thể doanh nghiệp	91
2. Phá sản doanh nghiệp	95
3. Phân biệt giải thể và phá sản	96
4. Tạm ngừng kinh doanh	97

VI. TRÌNH TỰ ĐĂNG KÝ KINH DOANH	
THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP VÀ HỒ SƠ	
ĐĂNG KÝ KINH DOANH CỦA TỪNG LOẠI	
DOANH NGHIỆP	98
1. Trình tự đăng ký kinh doanh thành lập doanh nghiệp	98
2. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của từng loại hình doanh nghiệp	100
a. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân	100
b. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty hợp danh	101
c. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty trách nhiệm hữu hạn	101
d. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty cổ phần	102
3. Nội dung giấy đề nghị đăng ký kinh doanh, Điều lệ công ty, Danh sách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần	103
a. Nội dung giấy đề nghị đăng ký kinh doanh	104
b. Nội dung Điều lệ công ty	104
c. Danh sách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần	106

CHƯƠNG II

CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP

BÀI 3

CÔNG TY

I. KHÁI NIỆM CHUNG VỀ CÔNG TY	108
II. PHÂN LOẠI CÔNG TY	110
1. Công ty đối vốn	110
2. Công ty đối nhân	112
III. SỰ HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CÔNG TY	113
1. Các nguyên nhân kinh tế - xã hội làm xuất hiện, phát triển công ty	113
2. Quá trình hình thành và phát triển của pháp luật về công ty	115
3. Sự hình thành, phát triển của công ty và pháp luật của công ty ở Việt Nam	116
a. Thời thuộc Pháp	116
b. Sau Cách mạng tháng 8 năm 1945	117
IV. CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN	
HAI THÀNH VIÊN TRỞ LÊN	121
1. Khái niệm	121
2. Đặc điểm của công ty	121
3. Quyền và nghĩa vụ của các thành viên công ty	123

a. Quyền của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	123
b. Nghĩa vụ của thành viên	125
4. Cơ cấu tổ chức	125
a. Hội đồng thành viên	126
a1. Cuộc họp của Hội đồng thành viên	126
a2. Quyết định của Hội đồng thành viên	127
a3. Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ sau đây	128
b. Chủ tịch hội đồng thành viên	130
c. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc	131
c1. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc	131
c2. Tiêu chuẩn và điều kiện làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc	132
c3. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc có các quyền và nhiệm vụ sau đây	132
c4. Thù lao, tiền lương và thưởng của thành viên Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc	134
d. Ban kiểm soát	135
5. Một số quy định khác	135
a. Thực hiện việc góp vốn và cấp giấy chứng nhận phần vốn góp	135
b. Phân chia lợi nhuận	137
c. Mua lại phần vốn góp và chuyển nhượng phần vốn góp	138
c1. Mua lại phần vốn góp	138
c2. Chuyển nhượng phần vốn góp	139

c3. Xử lý phần vốn góp trong các trường hợp khác	139
d. Việc lập sổ đăng ký thành viên	141
e. Tăng, giảm vốn điều lệ	141
e1. Tăng vốn điều lệ	141
e2. Giảm vốn điều lệ	142
V. CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN	
MỘT THÀNH VIÊN	144
1. Khái niệm	144
2. Đặc điểm	145
3. Cơ cấu tổ chức của công ty	147
a. Cơ cấu tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức	147
a1. Chức năng, quyền và nhiệm vụ của Hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức	148
a2. Chủ tịch công ty	149
a3. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc	149
a4. Kiểm soát viên	151
b. Cơ cấu tổ chức của công ty TNHH một thành viên là cá nhân	153
4. Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty, những hạn chế đối với chủ sở hữu công ty	153
a. Quyền của chủ sở hữu công ty	153
b. Nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty	156

c. Những hạn chế đối với quyền của chủ sở hữu công ty	156
---	-----

VI. CÔNG TY HỢP DANH **157**

1. Khái niệm	157
2. Đặc điểm	158
3. Quyền và nghĩa vụ của các thành viên hợp danh, thành viên góp vốn	159
a. Quyền và nghĩa vụ của thành viên hợp danh	159
a1. Quyền của thành viên hợp danh	159
a2. Nghĩa vụ của các thành viên hợp danh	161
b. Quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn	162
b1. Quyền của thành viên góp vốn	162
b2. Nghĩa vụ của thành viên góp vốn	164
c. Hạn chế đối với quyền của thành viên hợp danh	164
4. Cơ cấu tổ chức	165
a. Hội đồng thành viên	165
b. Nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc	166
c. Điều hành kinh doanh của công ty hợp danh	167
5. Một số vấn đề khác về công ty hợp danh	168
a. Tài sản của công ty hợp danh	168
b. Thực hiện góp vốn và cấp giấy chứng nhận phần vốn góp	169
c. Tiếp nhận thành viên mới	170
d. Chấm dứt tư cách thành viên hợp danh	171

VII. CÔNG TY CỔ PHẦN	172
1. Khái niệm công ty cổ phần	172
2. Đặc điểm công ty cổ phần	173
3. Các loại cổ phần, quyền và nghĩa vụ của các loại cổ đông	174
a. Những quy định chung về cổ phần, cổ đông	175
b. Các loại cổ phần, quyền và nghĩa vụ của các loại cổ đông	178
b1. Cổ phần phổ thông, quyền và nghĩa vụ của cổ đông phổ thông	178
b1.1. Quyền của cổ đông phổ thông	178
b1.2. Nghĩa vụ của cổ đông phổ thông	182
b2. Cổ phần ưu đãi biểu quyết, quyền và nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi biểu quyết	183
b3. Cổ phần ưu đãi cổ tức, quyền và nghĩa vụ của cổ phần ưu đãi cổ tức	184
b4. Cổ phần ưu đãi hoàn lại, quyền và nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi hoàn lại	184
4. Cổ phiếu	185
a. Cổ phiếu	185
b. Cổ phiếu phải có các nội dung chủ yếu sau đây	185
c. Cổ phiếu bị mất, bị rách	186
5. Cơ cấu tổ chức	187
a. Đại hội đồng cổ đông	187
a1. Quyền và nhiệm vụ của Đại hội cổ đông	187
a2. Cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông	189

a3. Thể thức tiến hành họp và biểu quyết tại Đại hội đồng cổ đông	192
a4. Quyết định của Đại hội đồng cổ đông	195
a5. Yêu cầu hủy bỏ quyết định của Đại hội đồng cổ đông	197
b. Hội đồng quản trị	197
b1. Hội đồng quản trị, Quyền và nhiệm vụ của Hội đồng quản trị	197
b2. Cuộc họp Hội đồng quản trị	200
b3. Quyết định của Hội đồng quản trị	202
b4. Chủ tịch Hội đồng quản trị	202
c. Giám đốc (Tổng giám đốc)	203
d. Ban kiểm soát	205
d1. Những quy định chung về Ban kiểm soát	205
d2. Tiêu chuẩn và điều kiện làm thành viên Ban kiểm soát	206
d3. Quyền và nhiệm vụ của Ban kiểm soát	207
d4. Quyền được cung cấp thông tin của Ban kiểm soát	209
5. Một số quy định khác	210
a. Các hợp đồng phải được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận	210
b. Mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông	211

BÀI 4**DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN**

I. KHÁI NIỆM DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN	212
II. ĐẶC ĐIỂM	212
III. CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN	213
IV. NHỮNG QUY ĐỊNH KHÁC VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN	213
1. Cho thuê doanh nghiệp tư nhân	213
2. Bán doanh nghiệp tư nhân	214
3. Tạm ngưng hoạt động của doanh nghiệp	215

BÀI 5**DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC**

I. KHÁI NIỆM	216
II. ĐẶC ĐIỂM CỦA DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC	216
III. PHÂN LOẠI DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC	216
IV. CÁCH THÀNH LẬP DN NHÀ NƯỚC	218
1. Đề nghị thành lập	218
2. Lập hội đồng thẩm định	220
3. Quyết định thành lập mới công ty Nhà nước	221
4. Đăng ký kinh doanh	222
5. Đăng báo	222

V. CƠ CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ CỦA DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC	222
1. Cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp Nhà nước có Hội đồng quản trị	222
a. Hội đồng quản trị	223
b. Giám đốc (Tổng giám đốc), các Phó Giám đốc, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc	230
c. Ban kiểm soát	231
2. Cơ cấu tổ chức đối với doanh nghiệp Nhà nước không có Hội đồng quản trị	232

BÀI 6

HỢP TÁC XÃ

I. KHÁI NIỆM	236
II. ĐẶC ĐIỂM CỦA HỢP TÁC XÃ	236
III. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA XÃ VIÊN	237
1. Quyền của hợp tác xã	237
2. Nghĩa vụ của hợp tác xã	239
IV. XÃ VIÊN	240
1. Quyền và nghĩa vụ của xã viên	240
a. Quyền của xã viên	240
b. Nghĩa vụ của xã viên	242

2. Điều kiện trở thành xã viên	243
3. Chấm dứt tư cách xã viên	243
III. CÁCH THÀNH LẬP HỢP TÁC XÃ	244
1. Khởi xướng thành lập hợp tác xã	244
2. Hội nghị thành lập hợp tác xã	244
3. Đăng ký kinh doanh	245
IV. CƠ CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ CỦA HTX	246
1. Đại hội xã viên	246
2. Ban quản trị hợp tác xã	248
3. Chủ nhiệm hợp tác xã	251
4. Ban kiểm soát	254

CHƯƠNG 3
HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH
THƯƠNG MẠI

BÀI 7

HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH THƯƠNG MẠI

I. MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG	256
1. Định nghĩa hợp đồng	256
2. Bản chất của hợp đồng	256
3. Hiệu lực của hợp đồng	260
a. Chủ thể ký kết hợp đồng phải hợp pháp	260

b. Chủ thể ký kết hợp đồng phải tự nguyện	261
c. Nội dung của hợp đồng không được trái với pháp luật, đạo đức	262
d. Hình thức của hợp đồng phải hợp pháp	262
4. Hợp đồng vô hiệu	262
5. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng	265
6. Phân loại hợp đồng	266

II. NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ HỢP ĐỒNG DÂN SỰ

1. Giao kết hợp đồng dân sự	275
2. Thực hiện hợp đồng dân sự	279
3. Sửa đổi, hủy bỏ, chấm dứt hợp đồng dân sự	283
a. Sửa đổi hợp đồng dân sự	283
b. Hủy bỏ hợp đồng dân sự	284
c. Chấm dứt hợp đồng dân sự	284
4. Những nội dung khác về hợp đồng dân sự	285
a. Nội dung hợp đồng dân sự	285
b. Phụ lục hợp đồng dân sự	288
c. Giải thích hợp đồng dân sự	288
d. Hợp đồng theo mẫu	289
e. Thời hiệu khởi kiện về hợp đồng dân sự	290
5. Các biện pháp nhằm bảo đảm việc thực hiện hợp đồng	290
a. Những quy định chung về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng	291
b. Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng	292

b1. Cầm cố tài sản	292
b2. Thế chấp tài sản	293
b3. Đặt cọc	294
b4. Ký cược	295
b5. Ký quỹ	295
b6. Bảo lãnh	296
b7. Tín chấp	297
6. Trách nhiệm pháp lý khi vi phạm hợp đồng dân sự	298
a. Khái niệm và đặc điểm của trách nhiệm pháp lý khi vi phạm hợp đồng	298
b. Vai trò của trách nhiệm hợp đồng	299
c. Các nguyên tắc của trách nhiệm hợp đồng	299
d. Các hình thức của trách nhiệm hợp đồng	300
d1. Bồi thường thiệt hại	300
d2. Buộc phải thực hiện đúng hợp đồng	302
III. HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI	303
1. Khái niệm hợp đồng thương mại	303
2. Đặc điểm	303
3. Các loại hợp đồng trong hoạt động thương mại theo quy định của luật thương mại	305
4. Những vấn đề pháp lý về hợp đồng mua bán hàng hóa và hợp đồng dịch vụ trong hoạt động thương mại	305
a. Hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại	306

a1. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại	306
a2. Quyền và nghĩa vụ các bên của hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại	308
a.2.1. Quyền và nghĩa vụ của bên bán	309
a.2.2. Quyền và nghĩa vụ của bên mua	312
b. Mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa	315
b1. Chức năng của Sở giao dịch hàng hóa	315
b2. Các loại hợp đồng mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa	316
b2.1. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng kỳ hạn	316
b2.2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng quyền chọn	317
c. Hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại	318
c1. Các loại hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại	318
c2. Nội dung của hợp đồng cung ứng dịch vụ	323
c2.1. Quyền và nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ	324
c2.2. Quyền và nghĩa vụ của khách hàng (bên tiếp nhận dịch vụ)	326
5. Chế tài thương mại và giải quyết tranh chấp trong thương mại	328
a. Chế tài trong thương mại	328
a1. Buộc thực hiện đúng hợp đồng	328

a2. Phạt vi phạm	330
a3. Bồi thường thiệt hại	331
a4. Tạm ngừng thực hiện hợp đồng	332
a5. Đình chỉ thực hiện hợp đồng	332
a6. Hủy bỏ hợp đồng	333
a7. Các trường hợp miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm	335
b. Hình thức giải quyết tranh chấp	336
c. Thời hiệu khởi kiện	336

CHƯƠNG 4

PHÁP SỬ DOANH NGHIỆP

BÀI 8

PHÁP SỬ DOANH NGHIỆP

I. KHÁI NIỆM DOANH NGHIỆP LÂM VÀO TÌNH TRẠNG PHÁP SỬ	337
II. PHÂN LOẠI PHÁP SỬ	338
III. MỤC ĐÍCH CỦA LUẬT PHÁP SỬ	339
1. Bảo vệ lợi ích chính đáng của chủ nợ và của chủ doanh nghiệp mắc nợ	339
2. Bảo vệ quyền lợi của người lao động	340
3. Góp phần bảo đảm trật tự xã hội, tạo môi trường kinh doanh an toàn, văn minh	341

IV. THẨM QUYỀN CỦA TÒA ÁN TRONG GIẢI QUYẾT TUYÊN BỐ PHÁ SẢN	341
V. NHIỆM VỤ VÀ QUYỀN HẠN CỦA THẨM PHÁN TIẾN HÀNH THỦ TỤC PHÁ SẢN	342
VI. TỔ QUẢN LÝ TÀI SẢN	343
VII. NHỮNG ĐỐI TƯỢNG ĐƯỢC QUYỀN NỘP ĐƠN YÊU CẦU TUYÊN BỐ PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ	345
1. Chủ nợ	345
2. Người lao động	345
3. Cổ đông công ty cổ phần	346
4. Thành viên hợp danh	346
5. Chủ sở hữu doanh nghiệp Nhà nước	347
6. Doanh nghiệp, hợp tác xã	347
VIII. CÁC HOẠT ĐỘNG CỦA DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ BỊ CẤM HOẶC BỊ HẠN CHẾ	348
IX. HỘI NGHỊ CHỦ NỢ	349
X. THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ	353
1. Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản	354
2. Thủ tục phục hồi kinh doanh	356
3. Thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ	360

a. Tòa án ra quyết định Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong các trường hợp sau đây	361
b. Nội dung quyết định Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản	363
c. Đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản	364
d. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã	364
4. Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản	367
5. Xử lý hành vi vi phạm pháp luật trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản	372

CHƯƠNG 5

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ

BÀI 10

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ

I. CÁC PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRONG KINH DOANH	373
II. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ BẰNG CON ĐƯỜNG TÒA ÁN	374
1. Hệ thống Tòa án ở nước ta	374
a. Tòa án nhân dân tối cao	374
b. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp Tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương	376

c. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp quận, huyện	377
d. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án quân sự quân khu và tương đương	377
e. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án quân sự khu vực	378
2. Thẩm quyền giải quyết các vụ việc về kinh doanh, thương mại của Tòa án nhân dân	378
a. Thẩm quyền theo vụ việc	379
b. Thẩm quyền xét xử theo cấp của Tòa án	381
c. Thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ của Tòa án	382
3. Các trường hợp nguyên đơn được lựa chọn Tòa án	383
4. Những nguyên tắc tố tụng cơ bản trong việc giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án	384
a. Nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự	384
b. Nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh	385
c. Nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật	386
d. Nguyên tắc hòa giải	386
5. Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại bằng con đường Tòa án	387
a. Thủ lý vụ án	387
b. Chuẩn bị xét xử sơ thẩm	388
c. Phiên Tòa sơ thẩm	390
- Thủ tục bắt đầu phiên Tòa	390

- Thủ tục xét hỏi tại Tòa	390
- Thủ tục tranh luận tại phiên Tòa	391
- Thủ tục nghị án	391
- Thủ tục tuyên án	392
d. Thủ tục phúc thẩm	393
e. Xem xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật	396
e1. Giám đốc thẩm	397
e2. Tái thẩm	399

III. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ BẰNG CON ĐƯỜNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI 400

1. Khái niệm trọng tài và các trung tâm trọng tài, ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp bằng con đường trọng tài	400
a. Khái niệm trọng tài	401
b. Trung tâm trọng tài	401
c. Ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp bằng con đường trọng tài	402
2. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp của trọng tài thương mại	402
3. Nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng con đường trọng tài thương mại	404
a. Nguyên tắc tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài, nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận trọng tài	404

b. Nguyên tắc khi giải quyết tranh chấp, trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư, phải căn cứ vào pháp luật và tôn trọng thỏa thuận giữa các bên	405
c. Nguyên tắc áp dụng pháp luật để giải quyết tranh chấp	405
4. Tổ tụng trọng tài thương mại	406
a. Thỏa thuận trọng tài	406
b. Nộp đơn kiện	408
c. Hội đồng trọng tài	409

CHƯƠNG 1
HÀNH LANG PHÁP LÝ CHO
HOẠT ĐỘNG KINH TẾ VÀ
NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG
VỀ DOANH NGHIỆP

BÀI 1
HÀNH LANG PHÁP LÝ CHO
HOẠT ĐỘNG KINH TẾ

I. HÀNH LANG PHÁP LÝ CHO HOẠT ĐỘNG KINH TẾ

1. Khái niệm về pháp luật kinh tế

Ở các nước tư bản, hệ thống pháp luật thường được chia thành luật công và luật tư :

- Luật công là luật điều chỉnh mối quan hệ giữa cơ quan Nhà nước với cơ quan Nhà nước và giữa cơ quan Nhà nước với công dân.

- Luật tư là luật điều chỉnh mối quan hệ giữa công dân với công dân.

Như vậy, theo cách phân chia này, luật kinh tế không phải là luật công cũng không phải là luật tư, vì luật kinh tế mà vừa mang các đặc điểm về luật tư và luật công. Luật kinh tế vừa mang tính chất dân sự (tự nguyện, bình đẳng) lại vừa mang tính chất hành chính, quản lý Nhà nước (quyền uy, phục tùng). Như vậy có thể nói luật kinh tế là một ngành luật nằm ở chỗ giáp ranh giữa luật công và luật tư.

Ở các nước xã hội chủ nghĩa trong đó có nước ta, hệ thống pháp luật được chia thành các ngành luật khác nhau trong đó có ngành luật kinh tế. Theo nghĩa truyền thống thì Luật kinh tế là tập hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh giữa doanh nghiệp với doanh nghiệp và giữa doanh nghiệp với các cơ quan Nhà nước quản lý về kinh tế.

Trong khoa học pháp lý khái niệm trên được hiểu là khái niệm luật kinh tế theo nghĩa hẹp. Theo khái niệm này thì luật kinh tế là một ngành luật độc lập có đối tượng điều chỉnh và phương pháp điều chỉnh riêng. Ngành luật kinh tế theo nghĩa hẹp bao gồm bốn chế định pháp luật sau đây :

- Chế định pháp luật về các hình thức doanh nghiệp.
- Chế định pháp luật về hợp đồng kinh tế.
- Chế định pháp luật về phá sản doanh nghiệp.
- Chế định pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế.

Từ khi Pháp lệnh hợp đồng kinh tế hết hiệu lực và hợp đồng kinh tế (hợp đồng kinh doanh, thương mại) được điều chỉnh bằng nhiều văn bản quy phạm pháp luật thuộc nhiều ngành luật khác nhau như luật dân sự, luật thương mại, luật đầu tư... Do đó, ngành luật kinh tế cần được hiểu theo nghĩa rộng hơn là pháp luật kinh tế. Nếu xem xét luật kinh tế theo nghĩa rộng thì luật kinh tế được hiểu là pháp luật kinh tế. Theo nghĩa này thì luật kinh tế bao gồm tất cả các ngành luật không những điều chỉnh mối quan hệ giữa doanh nghiệp với doanh nghiệp, doanh nghiệp với cơ quan Nhà nước mà còn điều chỉnh các quan hệ xã hội khác liên quan mật thiết với kinh doanh, thương mại như luật dân sự, luật thương mại, luật đầu tư, luật phá sản, tố tụng dân sự, luật lao động, luật đất đai, luật thuế, luật kế toán...

Mặc khác, trong thời gian gần đây, để phù hợp với việc Việt Nam gia nhập Tổ chức thương mại thế giới (WTO) thì pháp luật cho hoạt động kinh doanh, thương mại phải tiếp tục thay đổi để phù hợp với pháp luật và thông lệ quốc tế. Với tinh thần trên thì khái niệm kinh doanh và hoạt động thương mại được quy định trong Luật doanh nghiệp và Luật thương mại được hiểu theo nghĩa rất rộng :

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

Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư,

xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác.

Từ lập luận trên, chúng ta có thể đưa ra khái niệm về pháp luật kinh tế như sau :

Pháp luật kinh tế là tập hợp các quy phạm pháp luật, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình hoạt động kinh doanh giữa doanh nghiệp với nhau và các quan hệ xã hội có quan hệ mật thiết với quan hệ kinh doanh, trong đó có các quan hệ quản lý Nhà nước đối với hoạt động kinh doanh của các cơ quan Nhà nước.

Trên thực tế hiện nay, pháp luật kinh tế còn có thể gọi bằng các tên gọi khác như : Luật kinh tế, luật kinh doanh, luật thương mại. Ở một phương diện nào đó, các tên gọi trên được hiểu như nhau, đó là ngành luật điều chỉnh các quan hệ xã hội trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại của một quốc gia nào đó trong một giai đoạn nhất định. Tùy thuộc vào sự can thiệp của Nhà nước nhiều hay ít mà yếu tố công pháp hay tư pháp nhiều hơn. Nếu sự can thiệp của Nhà nước ít thì tính dân sự (tư pháp) trong các quan hệ kinh tế được đề cao, môi trường kinh doanh, thương mại thông thoáng. Trên thế giới, xã hội càng phát triển bao nhiêu thì Nhà nước càng ít can thiệp vào đời sống xã hội bấy nhiêu, xã hội chuyển sang xã hội dân sự; Nhà nước chuyển từ chức năng cai trị sang chức năng phục vụ.

II. NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT KINH TẾ

Về mặt lý luận, pháp luật ở nước ta không thừa nhận tập quán, án lệ, bản án, quyết định hành chính, quyết định của trọng tài thương mại là nguồn của pháp luật. Chúng ta chỉ thừa nhận chỉ có văn bản quy phạm pháp luật là nguồn của pháp luật. Nguồn của pháp luật nói chung là tất cả các văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ban hành. Nguồn của luật điều chỉnh các hoạt động kinh doanh, thương mại cũng là các văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ban hành nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại. Tuy nhiên, trên thực tế, do những đặc thù trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại nên nguồn của Pháp luật kinh tế không chỉ là các văn bản quy phạm pháp luật mà còn có các văn bản khác. Nguồn của pháp luật kinh tế cụ thể như sau :

1. Các văn bản luật

Là văn bản do Quốc hội, cơ quan quyền lực cao nhất ở nước ta ban hành theo quy định của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật và Hiến pháp.

Văn bản luật có giá trị pháp lý cao nhất, được ban hành theo một trình tự, thủ tục phức tạp, là cơ sở cho việc ban hành các văn bản dưới luật.

Văn bản luật gồm :

a. Hiến pháp

Là đạo luật có giá trị pháp lý cao nhất trong hệ thống pháp luật ở nước ta, quy định một cách chung nhất về các vấn đề cơ bản như : Chế độ chính trị, hình thức và bản chất của Nhà nước, kinh tế, văn hóa, xã hội, bầu cử, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, quyền và nghĩa vụ cơ bản của các cơ quan cá nhân quan trọng trong bộ máy Nhà nước...

Hiến pháp ở nước ta có nhiệm vụ luật hóa một cách chung nhất đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng trong một giai đoạn nhất định, là sự tập trung ý chí và nguyện vọng của nhân dân lao động, các văn bản khác không được trái với hiến pháp. Vì vậy khi đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng có sự thay đổi lớn thì Hiến pháp là văn bản đầu tiên phải thay đổi sau đó các văn bản quy phạm pháp luật khác phải thay đổi theo.

Trên thế giới hiến pháp ra đời gắn liền với sự xuất hiện của chế độ tư bản. Trong chế độ phong kiến mặc dù có Luật nhưng không có Hiến pháp. Hiến pháp ra đời đánh dấu một sự chuyển giao quyền lực từ tay nhà vua sang nhiều người, đồng thời làm chấm dứt sự tồn tại của chế độ phong kiến.

Ở nước ta, từ năm 1945 đến đã trải qua năm lần ban hành, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp :

Hiến pháp lần thứ nhất được ban hành vào năm 1946;

Hiến pháp lần thứ hai được ban hành vào năm 1959;

Hiến pháp lần thứ ba được ban hành vào năm 1980;

Hiến pháp lần thứ tư được ban hành vào năm 1992, và vào năm 2001 có sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992;

Hiện nay, Hiến pháp năm 1992 vẫn còn có hiệu lực mặc dù được sửa đổi, bổ sung vào năm 2001. Hiến pháp năm 1992 ghi các vấn đề về kinh tế sau đây :

- Công nhận sự tồn tại của các thành phần kinh tế (Điều 19, 21, 29).

- Ghi nhận sự bình đẳng giữa các thành phần kinh tế (Điều 22).

- Ghi nhận quyền tự do kinh doanh của công dân (Điều 57).

- Ghi nhận các biện pháp khuyến khích vào bảo hộ đầu tư (Điều 22, 23, 25).

b. Bộ luật dân sự

Trong lĩnh vực kinh tế thì Bộ luật dân sự có một vai trò rất quan trọng đối với hệ thống pháp luật ở nước ta. Có thể nói rằng, Bộ luật dân sự có hiệu lực pháp lý sau Hiến pháp. Bộ luật dân sự điều chỉnh các quan hệ xã hội xảy ra trong đời sống hằng ngày, trong đó có lĩnh vực kinh tế. Thông qua các chế định được quy định trong bộ luật dân sự như : chế định về quyền sở hữu, chế định về hợp đồng dân sự, chế định về sở hữu trí tuệ... là các chuẩn mực pháp lý trong lĩnh vực kinh tế, là cơ sở cho các văn bản pháp luật

khác quy định những vấn đề chuyên ngành. Ngoài ra còn phải kể đến Bộ luật tố tụng dân sự quy định về trình tự, thủ tục giải quyết các tranh chấp dân sự (theo nghĩa rộng) trong đó có các tranh chấp về kinh tế.

c. Luật

Trong thời gian gần đây, Quốc hội đã ban hành rất nhiều các văn bản luật điều chỉnh các quan hệ xã hội trong lĩnh vực kinh tế như : Luật doanh nghiệp năm 2005, Luật phá sản năm 2004, Luật hợp tác xã năm 2003, Luật đầu tư năm 2005, Luật thương mại năm 2005, Luật doanh nghiệp Nhà nước năm 2003. Các văn bản trên quy định về địa vị pháp lý của các thương nhân và các hành vi kinh doanh, thương mại, phá sản...

2. Các văn bản dưới luật

Văn bản dưới luật cũng là những văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ban hành chứa đựng các quy tắc xử sự nhằm điều chỉnh các quan hệ xã và được Nhà nước bảo đảm thực hiện.

Văn bản dưới luật có giá trị pháp lý thấp hơn văn bản luật, cụ thể hóa văn bản luật.

Văn bản dưới luật có giá trị pháp lý khác nhau tùy thuộc vào thẩm quyền của cơ quan ban hành. Các văn bản dưới luật cũng là nguồn quan trọng của luật kinh tế như :

a. Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội

Ủy ban Thường vụ Quốc hội là cơ quan thường trực của Quốc hội do Quốc hội bầu ra, thay mặt Quốc hội giải quyết những vấn đề trong lúc Quốc hội không họp.

Pháp lệnh và Nghị quyết là những văn bản quy phạm pháp luật do Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành có giá trị pháp lý thấp hơn văn bản luật nhưng lại cao nhất trong tất cả các loại văn bản dưới luật.

Pháp lệnh là văn bản quy phạm pháp luật được ban hành do Quốc hội giao cho, sau một thời gian thực hiện có thể được Quốc hội đưa lên thành văn bản luật.

Trong thực tiễn ở nước ta, Pháp lệnh được dùng để điều chỉnh các quan hệ xã hội quan trọng khi chưa có điều kiện để làm luật điều chỉnh.

Các Pháp lệnh do Quốc hội ban hành điều chỉnh các quan hệ xã hội trong lĩnh vực kinh tế như : Pháp lệnh về trọng tài thương mại năm 2003, Pháp lệnh giá năm 2002, Pháp lệnh về việc chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt nam.

b. Nghị định do Chính phủ ban hành, thông tư do các Bộ ban hành

Nghị định là văn bản được ban hành để hướng dẫn thi hành Bộ luật, Đạo luật của Quốc hội, Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Lệnh, quyết định của Chủ tịch nước; quy định về cơ cấu tổ chức, quyền và nghĩa vụ của các Bộ,

các cơ quan ngang Bộ; quy định các vấn đề khác thuộc thẩm quyền của Chính phủ.

Nghị định của Chính phủ còn đưa ra các quy phạm pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội trong những lĩnh vực hẹp, chưa có sự điều chỉnh của văn bản luật, pháp lệnh, trong trường hợp này thì phải có sự cho phép của Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

c. Thông tư của Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang Bộ

Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang Bộ là những người đứng đầu các lĩnh vực, ngành nghề, quản lý các lĩnh vực, ngành nghề đó theo sự phân công của Thủ tướng Chính phủ.

Thông tư do Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành có nhiệm vụ cụ thể hóa Nghị định của Chính phủ, Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Luật của Quốc hội trong lĩnh vực kinh tế.

3. Các văn bản khác

a. Công văn

Công văn của các Bộ quản lý về kinh tế như Bộ Thương mại, Bộ Tài chính. Các công văn không phải là văn bản quy phạm pháp luật mà là văn bản hành chính thông thường như cũng có một vai trò trong việc điều chỉnh hoạt động kinh tế.

Công văn là văn bản hành chính thông thường được dùng để trao đổi công việc, giao dịch, giải quyết công việc giữa các cơ quan Nhà nước với nhau.

Văn bản này được dùng rất phổ biến và trở thành thói quen của các cơ quan Nhà nước trong hoạt động quản lý nói chung và hoạt động quản lý kinh tế nói riêng. Việc sử dụng công văn để trong hoạt động quản lý kinh tế làm cho mọi trường kinh doanh ở nước ta không minh bạch, rõ ràng, thiếu tính ổn định vì công văn rất dễ thay đổi, mang tính thông tin nội bộ giữa các cơ quan Nhà nước với nhau. Việc gia nhập tổ chức thương mại thế giới chắc chắn việc sử dụng công văn để quản lý trong lĩnh vực kinh tế cần phải được hạn chế và tiến tới loại bỏ hoặc không có tính bắt buộc trong mọi trường kinh doanh.

b. Các văn bản quy phạm pháp luật phụ

Các văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta nói chung đủ để điều chỉnh các quan hệ xã hội, ngoài các văn bản luật còn có các văn bản dưới luật quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành. Tuy nhiên, các quan hệ xã hội là đối tượng điều chỉnh của pháp luật ở nước ta chưa ổn định, chưa mang tính bản chất, đặc biệt là các quan hệ xã hội trong lĩnh vực kinh tế là đối tượng điều chỉnh của pháp luật kinh tế lại càng không ổn định. Vì vậy, việc quy định chi tiết của các văn bản quy phạm pháp luật sẽ là giảm tính năng động, sáng tạo trong quản lý, điều hành của Chính phủ, các Bộ trong lĩnh vực kinh tế. Do đó, các văn quy phạm pháp luật phụ như điều lệ, nội quy, quy chế, chế độ, chính sách sẽ lấp được khoảng trống mà văn bản quy phạm pháp luật còn thiếu. Các văn bản như điều lệ, nội quy, quy chế, chế độ, chính

sách quy định cụ thể hơn, linh hoạt hơn nhằm phù hợp với đặc điểm, hoàn cảnh của từng doanh nghiệp.

II. QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG KINH TẾ

1. Các cơ quan quản lý Nhà nước về kinh tế

Cơ quan quản lý Nhà nước là cơ quan hành pháp có nhiệm vụ áp dụng pháp luật do cơ quan lập pháp ban hành để quản lý xã hội. Cơ quan quản lý Nhà nước bao gồm : Chính phủ (bao gồm Thủ tướng, các Phó Thủ tướng và các Bộ trưởng) và Ủy ban nhân dân các cấp. Quản lý kinh tế là một trong những nội dung quản lý thuộc thẩm quyền quản lý của các cơ quan quản lý Nhà nước. Các cơ quan quản lý Nhà nước và công chức Nhà nước phải có nhiệm vụ giúp đỡ các doanh nghiệp theo quy định của pháp luật để họ hoạt động sản xuất kinh doanh có hiệu quả, đóng thuế nuôi bộ máy Nhà nước.

a. Chính phủ

Chính phủ là cơ quan chấp hành cao nhất của Quốc hội, thực hiện văn bản luật do Quốc hội ban hành. Để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình Chính phủ có thẩm quyền ban hành hai loại văn bản là Nghị quyết và Nghị định.

Chính phủ là cơ quan quản lý hành chính Nhà nước cao nhất ở nước ta. Do đó, Chính phủ thống nhất quản lý việc thực hiện nhiệm vụ chính trị, kinh tế - xã hội, quốc phòng,

an ninh và đối ngoại của Nhà nước, bảo đảm hiệu lực của bộ máy Nhà nước từ Trung ương đến địa phương; bảo đảm việc tôn trọng và chấp hành Hiến pháp, pháp luật; phát huy quyền làm chủ của nhân dân trong sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc, bảo đảm ổn định và nâng cao đời sống vật chất và tin thần của nhân dân (Điều 1 Luật tổ chức Chính phủ).

Theo Điều 9 của Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001 thì nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ trong lĩnh vực kinh tế như sau :

- Thống nhất quản lý nền kinh tế quốc dân, phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; củng cố và phát triển nền kinh tế Nhà nước, chú trọng các ngành và lĩnh vực then chốt để bảo đảm vai trò chủ đạo, cùng với kinh tế tập thể tạo thành nền tảng vững chắc của nền kinh tế quốc dân.

Quyết định chính sách cụ thể để phát huy tiềm năng của các thành phần kinh tế, thúc đẩy sự hình thành, phát triển và từng bước hoàn thiện các loại thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa.

- Quyết định chính sách cụ thể thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, chú trọng công nghiệp hóa, hiện đại hóa nông nghiệp và nông thôn;

- Xây dựng dự án chiến lược, quy hoạch, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội dài hạn, năm năm, hàng năm trình

Quốc hội; chỉ đạo thực hiện chiến lược, quy hoạch, kế hoạch đó;

- Trình Quốc hội dự toán ngân sách Nhà nước, dự kiến phân bổ ngân sách Trung ương và mức bổ sung từ ngân sách Trung ương cho ngân sách địa phương, tổng quyết toán ngân sách Nhà nước hàng năm; tổ chức và điều hành thực hiện ngân sách Nhà nước được Quốc hội quyết định;

- Quyết định chính sách cụ thể, các biện pháp về tài chính, tiền tệ, tiền lương, giá cả;

- Thống nhất quản lý và sử dụng có hiệu quả tài sản thuộc sở hữu toàn dân, tài nguyên Quốc gia, thi hành chính sách tiết kiệm; thực hiện chức năng chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp có vốn của Nhà nước theo quy định của pháp luật;

- Thi hành chính sách bảo vệ, cải tạo tái sinh và sử dụng hợp lý các nguồn tài nguyên thiên nhiên;

- Thống nhất quản lý hoạt động kinh tế đối ngoại, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế trên cơ sở phát huy nội lực của đất nước, phát triển các hình thức quan hệ kinh tế với các quốc gia, tổ chức quốc tế trên nguyên tắc tôn trọng độc lập, chủ quyền và cùng có lợi, hỗ trợ và thúc đẩy sản xuất trong nước;

Quyết định chính sách cụ thể khuyến khích doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế tham gia hoạt động kinh tế đối ngoại; khuyến khích đầu tư nước ngoài và tạo điều kiện

thuận lợi để người Việt Nam định cư ở nước ngoài đầu tư về nước;

– Tổ chức và lãnh đạo công tác kiểm kê và thống kê của Nhà nước.

Mặc khác, khoản 1 Điều 162 quy định trách nhiệm quản lý Nhà nước của Chính phủ đối với doanh nghiệp "Chính phủ thống nhất quản lý Nhà nước đối với doanh nghiệp; chỉ định một cơ quan chịu trách nhiệm trước Chính phủ chủ trì phối hợp với các bộ, ngành khác thực hiện quản lý Nhà nước đối với doanh nghiệp".

b. Bộ, cơ quan ngang Bộ

Điều 22 Luật Tổ chức Chính phủ thì Bộ, cơ quan ngang Bộ là cơ quan của Chính phủ, thực hiện chức năng quản lý Nhà nước đối với ngành hoặc lĩnh vực công tác trong phạm vi cả nước; quản lý Nhà nước các dịch vụ công thuộc ngành, lĩnh vực; thực hiện đại diện chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp có vốn Nhà nước theo quy định của pháp luật.

Theo Điều 22 Luật Tổ chức Chính phủ thì Bộ, cơ quan ngang Bộ có những quyền và nhiệm vụ sau đây :

– Trình Chính phủ chiến lược, quy hoạch phát triển, kế hoạch dài hạn, năm năm và hàng năm, các công trình quan trọng của ngành, lĩnh vực; tổ chức và chỉ đạo thực hiện khi được phê duyệt;

- Chuẩn bị các dự án luật, pháp lệnh và các dự án khác theo sự phân công của Chính phủ;

- Tổ chức và chỉ đạo thực hiện kế hoạch nghiên cứu khoa học, ứng dụng tiến bộ khoa học, công nghệ.

Quyết định các tiêu chuẩn, quy trình, quy phạm và các định mức kinh tế - kỹ thuật của ngành thuộc thẩm quyền;

- Trình Chính phủ việc ký kết, gia nhập, phê duyệt các điều ước quốc tế thuộc ngành, lĩnh vực, tổ chức và chỉ đạo thực hiện kế hoạch hợp tác quốc tế, điều ước quốc tế theo quy định của Chính phủ;

- Tổ chức bộ máy quản lý ngành, lĩnh vực theo quy định của Chính phủ, trình Chính phủ quyết định phân cấp nhiệm vụ quản lý Nhà nước cho Ủy ban nhân dân địa phương về nội dung quản lý ngành, lĩnh vực.

Đề nghị Thủ tướng bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức thứ trưởng và chức vụ tương đương.

Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Vụ trưởng, Phó Vụ trưởng và chức vụ tương đương, tổ chức hiện thực công tác đào tạo, tuyển dụng, sử dụng, chế độ tiền lương, khen thưởng, kỷ luật, nghỉ hưu và các chế độ khác đối cán bộ, công chức, viên chức thuộc phạm vi quản lý của mình;

- Quản lý Nhà nước các tổ chức sự nghiệp, doanh nghiệp Nhà nước thuộc ngành, lĩnh vực, bảo đảm quyền tự chủ trong hoạt động sản xuất, kinh doanh của các cơ sở theo quy định của pháp luật; bảo đảm sử dụng có hiệu quả tài sản thuộc

sở hữu toàn dân do ngành, lĩnh vực mình phụ trách; thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể thuộc quyền đại diện chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp có vốn Nhà nước theo quy định của pháp luật;

- Quản lý Nhà nước các tổ chức kinh tế, sự nghiệp và hoạt động của các Hội, tổ chức phi Chính phủ thuộc ngành, lĩnh vực;

- Quản lý và tổ chức thực hiện ngân sách được phân bổ;

- Trình bày trước Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội báo cáo của Bộ, cơ quan ngang Bộ theo yêu cầu của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội; trả lời chất vấn các đại biểu Quốc hội và kiến nghị của cử tri; gửi các văn bản quy phạm pháp luật do mình ban hành đến Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội theo lĩnh vực mà Hội đồng dân tộc, Ủy ban phụ trách;

- Tổ chức và chỉ đạo việc thực hiện chống tham nhũng, lãng phí và mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền trong ngành, lĩnh vực mình phụ trách;

- Thực hiện các nhiệm vụ khác do Thủ tướng ủy nhiệm.

Nhiệm vụ và quyền hạn của Bộ trưởng phụ trách một số công tác do Chính phủ quy định.

Mặc khác, khoản 2 Điều 162 Luật doanh nghiệp quy định trách nhiệm quản lý Nhà nước của Bộ, cơ quan ngang Bộ đối với doanh nghiệp như sau :

Các bộ, cơ quan ngang Bộ chịu trách nhiệm trước Chính phủ về việc thực hiện nhiệm vụ được phân công trong quản lý Nhà nước đối với doanh nghiệp; trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn được phân công có trách nhiệm :

- Đánh giá lại theo định kỳ hoặc theo yêu cầu của hiệp hội doanh nghiệp các điều kiện kinh doanh thuộc quyền quản lý Nhà nước; kiến nghị bãi bỏ các điều kiện kinh doanh không còn cần thiết; sửa đổi các điều kiện kinh doanh bất hợp lý; trình Chính phủ ban hành điều kiện kinh doanh mới bảo đảm yêu cầu thực hiện nhiệm vụ quản lý Nhà nước được phân công;

- Hướng dẫn thực hiện pháp luật về điều kiện kinh doanh; kiểm tra, thanh tra, xử lý vi phạm việc chấp hành các điều kiện kinh doanh thuộc thẩm quyền quản lý Nhà nước;

- Tuyên truyền, phổ biến các văn bản pháp luật;

- Tổ chức quản lý hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện; kiểm tra, kiểm soát và xử lý ô nhiễm môi trường, bảo vệ môi trường; bảo đảm an toàn vệ sinh thực phẩm, an toàn vệ sinh lao động;

- Xây dựng hệ thống Tiêu chuẩn Việt Nam; kiểm tra, thanh tra, xử lý vi phạm việc thực hiện tiêu chuẩn chất lượng hàng hóa và dịch vụ theo hệ thống Tiêu chuẩn chất lượng Việt Nam;

- Thực hiện các quyền và trách nhiệm khác theo quy định của pháp luật.

c. Ủy ban nhân dân

Ủy ban nhân dân các cấp là cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân các cấp do hội đồng nhân dân các cấp bầu ra.

Đứng đầu Ủy ban nhân dân các cấp là Chủ tịch Ủy ban nhân dân quyết định, chỉ thị của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp là những văn bản dùng để quy định những chủ trương, biện pháp, chỉ đạo cụ thể nhằm thực hiện văn bản của các cơ quan Nhà nước cấp trên và nghị quyết của hội đồng nhân dân cấp mình. Hiện nay Ủy ban nhân dân các cấp có quyền đặt ra các quy định về quản lý hành chính ở địa phương. Đồng thời pháp luật cũng cho phép Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thẩm quyền quyết định các vấn đề thuộc về nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban nhân dân cấp mình, trừ những vấn đề quan trọng phải do Ủy ban nhân dân quyết định tập thể.

Ủy ban nhân dân cấp trên chỉ đạo hoạt động của Ủy ban nhân dân cấp dưới trực tiếp.

Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp trên có quyền đề nghị với Hội đồng nhân dân cấp mình bãi bỏ những văn bản sai trái của Hội đồng nhân dân cấp dưới.

Theo Điều 82 Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân thì trong lĩnh vực kinh tế, Ủy ban nhân dân tỉnh thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn sau đây :

– Xây dựng quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế – xã hội, phát triển ngành, phát triển đô thị và nông thôn trong

phạm vi quản lý; xây dựng kế hoạch dài hạn và hàng năm về phát triển kinh tế – xã hội của tỉnh trình Hội đồng nhân dân thông qua để trình Chính phủ phê duyệt;

- Tham gia với các bộ, ngành Trung ương trong việc phân vùng kinh tế; xây dựng các chương trình, dự án của bộ, ngành Trung ương trên địa bàn tỉnh; tổ chức và kiểm tra việc thực hiện các nhiệm vụ thuộc chương trình, dự án được giao;

- Lập dự toán thu ngân sách Nhà nước trên địa bàn; lập dự toán thu, chi ngân sách địa phương; lập phương án phân bổ dự toán ngân sách của cấp mình trình Hội đồng nhân dân cùng cấp quyết định; lập dự toán điều chỉnh ngân sách địa phương trong trường hợp cần thiết; quyết toán ngân sách địa phương trình Hội đồng nhân dân cùng cấp xem xét theo quy định của pháp luật;

- Chỉ đạo, kiểm tra cơ quan thuế và cơ quan được Nhà nước giao nhiệm vụ thu ngân sách tại địa phương theo quy định của pháp luật;

- Xây dựng đề án thu phí, lệ phí, các khoản đóng góp của nhân dân và mức huy động vốn trình Hội đồng nhân dân quyết định;

- Xây dựng đề án phân cấp chi đầu tư xây dựng các công trình kết cấu hạ tầng kinh tế – xã hội của địa phương theo quy định của pháp luật để trình Hội đồng nhân dân quyết định; tổ chức, chỉ đạo thực hiện đề án sau khi được Hội đồng nhân dân thông qua;

- Lập quỹ dự trữ tài chính theo quy định của pháp luật trình Hội đồng nhân dân cùng cấp và báo cáo cơ quan tài chính cấp trên;

- Thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp và quyền đại diện chủ sở hữu về đất đai tại địa phương theo quy định của pháp luật.

Khoản 3 Điều 162 Luật doanh nghiệp quy định trách nhiệm quản lý Nhà nước của Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thực hiện quản lý Nhà nước đối với doanh nghiệp trong phạm vi địa phương; trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn được phân công có trách nhiệm :

- Chỉ đạo các cơ quan chuyên môn trực thuộc và Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh cung cấp thông tin doanh nghiệp; giải quyết khó khăn, cản trở trong đầu tư và hỗ trợ phát triển doanh nghiệp trong phạm vi thẩm quyền; tổ chức kiểm tra, thanh tra doanh nghiệp và xử lý vi phạm theo quy định của pháp luật;

Tổ chức đăng ký kinh doanh và thực hiện quản lý doanh nghiệp, hộ kinh doanh theo các nội dung đăng ký kinh doanh; xử lý hành chính các hành vi vi phạm Luật doanh nghiệp và pháp luật có liên quan;

- Chỉ đạo các cơ quan chuyên môn trực thuộc và Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh thực hiện các quy định của pháp luật về thuế, các điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật và hướng dẫn tương ứng của các bộ, cơ quan ngang Bộ; trực tiếp xử lý hoặc kiến nghị

cơ quan có thẩm quyền xử lý các vi phạm quy định về quản lý Nhà nước trong lĩnh vực này;

– Tổ chức cơ quan đăng ký kinh doanh, quyết định biên chế cơ quan đăng ký kinh doanh tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; chỉ đạo và hướng dẫn Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh và Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn xử lý vi phạm hành chính trong đăng ký kinh doanh.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 163 thì Cơ quan đăng ký kinh doanh thuộc Ủy ban nhân dân Tỉnh có nhiệm vụ và quyền hạn sau đây :

– Giải quyết việc đăng ký kinh doanh và cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật;

– Xây dựng, quản lý hệ thống thông tin doanh nghiệp; cung cấp thông tin cho cơ quan Nhà nước, tổ chức và cá nhân có yêu cầu theo quy định của pháp luật;

– Yêu cầu doanh nghiệp báo cáo về tình hình kinh doanh của doanh nghiệp khi xét thấy cần thiết cho việc thực hiện các quy định của pháp luật; đôn đốc việc thực hiện chế độ báo cáo của doanh nghiệp;

– Trực tiếp hoặc đề nghị cơ quan Nhà nước có thẩm quyền kiểm tra doanh nghiệp theo những nội dung trong hồ sơ đăng ký kinh doanh;

– Xử lý vi phạm các quy định về đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật; thu hồi Giấy chứng nhận đăng

ký kinh doanh và yêu cầu doanh nghiệp làm thủ tục giải thể theo quy định của pháp luật;

2. Nội dung quản lý Nhà nước đối với hoạt động kinh tế

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

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

c. Tổ chức các hoạt động đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ, nâng cao đạo đức kinh doanh cho người quản lý doanh nghiệp; phẩm chất chính trị, đạo đức, nghiệp vụ cho cán bộ quản lý Nhà nước đối với doanh nghiệp; đào tạo và xây dựng đội ngũ công nhân lành nghề.

d. Thực hiện chính sách ưu đãi đối với doanh nghiệp theo định hướng và mục tiêu của chiến lược, quy hoạch và kế hoạch phát triển kinh tế – xã hội.

e. Kiểm tra, thanh tra hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp; xử lý các hành vi vi phạm pháp luật của doanh nghiệp, của cá nhân và tổ chức có liên quan theo quy định của pháp luật. Việc xử lý vi phạm phải tuân theo các quy định sau đây :

– Người có hành vi vi phạm các quy định của pháp Luật thì tùy theo tính chất và mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ

luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật; trường hợp gây thiệt hại đến lợi ích của doanh nghiệp, chủ sở hữu, thành viên, cổ đông, chủ nợ của doanh nghiệp hoặc người khác thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

- Doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và bị xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh trong các trường hợp sau đây :

- + Nội dung kê khai trong hồ sơ đăng ký kinh doanh là giả mạo;
- + Doanh nghiệp do những người bị cấm thành lập doanh nghiệp;
- + Không đăng ký mã số thuế trong thời hạn một năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;
- + Không hoạt động tại trụ sở đăng ký trong thời hạn sáu tháng liên tục, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc chứng nhận thay đổi trụ sở chính;
- + Không báo cáo về hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh trong mười hai tháng liên tục;
- + Ngừng hoạt động kinh doanh một năm liên tục mà không thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh;

- + Doanh nghiệp không gửi báo cáo về tình hình kinh doanh của doanh nghiệp đến cơ quan đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật trong thời hạn ba tháng, kể từ ngày có yêu cầu bằng văn bản;
- + Kinh doanh ngành, nghề bị cấm.

BÀI 2**NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG
VỀ DOANH NGHIỆP****I. KHÁI NIỆM CHUNG VỀ DOANH NGHIỆP**

Theo quy định tại Điều 4 Luật doanh nghiệp thì doanh nghiệp được định nghĩa như sau : Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch ổn định, được đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh.

Như vậy, theo định nghĩa trên thì doanh nghiệp phải có các đặc điểm sau đây :

1. Doanh nghiệp phải có tên gọi

Tên của doanh nghiệp do các nhà đầu tư đặt. Tuy nhiên việc đặt tên cho doanh nghiệp phải tuân theo các quy định sau đây :

– Tên doanh nghiệp phải viết được bằng tiếng Việt, có thể kèm theo chữ số và ký hiệu, phải phát âm được và có ít nhất hai thành tố sau đây :

- + Loại hình doanh nghiệp;
- + Tên riêng.

- Tên doanh nghiệp phải được viết hoặc gắn tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp. Tên doanh nghiệp phải được in hoặc viết trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do doanh nghiệp phát hành.

- Những điều cấm trong đặt tên doanh nghiệp.

+ Đặt tên trùng hoặc tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký :

Tên trùng là tên của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký được viết và đọc bằng tiếng Việt hoàn toàn giống với tên của doanh nghiệp đã đăng ký.

Các trường hợp sau đây được coi là tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký :

Tên bằng tiếng Việt của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký được đọc giống như tên doanh nghiệp đã đăng ký;

Tên bằng tiếng Việt của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký chỉ khác tên doanh nghiệp đã đăng ký bởi ký hiệu "&";

Tên viết tắt của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký trùng với tên viết tắt của doanh nghiệp đã đăng ký;

Tên bằng tiếng nước ngoài của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký trùng với tên bằng tiếng nước ngoài của doanh nghiệp đã đăng ký;

Tên riêng của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký khác với tên riêng của doanh nghiệp đã đăng ký bởi số tự nhiên, số

thứ tự hoặc các chữ cái tiếng Việt ngay sau tên riêng của doanh nghiệp đó, trừ trường hợp doanh nghiệp yêu cầu đăng ký là công ty con của doanh nghiệp đã đăng ký;

Tên riêng của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký khác với tên riêng của doanh nghiệp đã đăng ký bởi từ "tân" ngay trước hoặc "mới" ngay sau tên riêng của doanh nghiệp đã đăng ký;

Tên riêng của doanh nghiệp yêu cầu đăng ký chỉ khác tên riêng của doanh nghiệp đã đăng ký bằng các từ "miền bắc", "miền nam", "miền trung", "miền tây", "miền đông" hoặc các từ có ý nghĩa tương tự, trừ trường hợp doanh nghiệp yêu cầu đăng ký là công ty con của doanh nghiệp đã đăng ký.

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

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

– Ngoài ra khi dịch tên từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài và viết tắt tên doanh nghiệp cần phải chú ý :

+ Tên doanh nghiệp viết bằng tiếng nước ngoài là tên được dịch từ tên bằng tiếng Việt sang tiếng nước ngoài tương

ứng. Khi dịch sang tiếng nước ngoài, tên riêng của doanh nghiệp có thể giữ nguyên hoặc dịch theo nghĩa tương ứng sang tiếng nước ngoài.

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

+ Tên viết tắt của doanh nghiệp được viết tắt từ tên bằng tiếng Việt hoặc tên viết bằng tiếng nước ngoài.

Căn cứ vào quy định trên, cơ quan đăng ký kinh doanh có quyền từ chối chấp thuận tên dự kiến đăng ký của doanh nghiệp. Quyết định của cơ quan đăng ký kinh doanh là quyết định cuối cùng.

2. Doanh nghiệp phải có trụ sở

Trụ sở giao dịch là một địa điểm quan trọng để khách hàng giao dịch với doanh nghiệp. Trụ sở của doanh nghiệp có nhiều người biết thì càng tốt vì khách hàng hoặc các đối tác khác có thể giao dịch với doanh nghiệp tạo ra nhiều khoản lợi cho doanh nghiệp. Vì vậy một nhà đầu tư đúng đắn không bao giờ khai mang trụ sở. Trong trường hợp một người có ý định thành lập doanh nghiệp để lừa đảo thì việc xác nhận bằng giấy về trụ sở của doanh nghiệp vẫn chưa đủ cơ sở để chứng minh là trụ sở có thực về lâu về dài. Vì vậy, kiểm tra tính trung thực của trụ sở doanh nghiệp tốt hơn hết là trách nhiệm của đối tác doanh nghiệp. Sở kế hoạch

đầu tư có trách nhiệm cung cấp địa chỉ của doanh nghiệp cho những khách hàng muốn giao dịch với. Việc địa chỉ của doanh nghiệp có thực hay không là trách nhiệm tìm hiểu của đối tác. Nếu Sở Kế hoạch đầu tư phát hiện trụ sở doanh nghiệp không đúng như doanh nghiệp đã khai báo thì Sở Kế hoạch đầu tư xử lý theo thẩm quyền.

Điều 35 của Luật doanh nghiệp quy định về trụ sở của doanh nghiệp như sau :

– Trụ sở chính của doanh nghiệp là địa điểm liên lạc, giao dịch của doanh nghiệp; phải ở trên lãnh thổ Việt Nam, có địa chỉ được xác định gồm số nhà, tên phố (ngõ phố) hoặc tên xã, phường, thị trấn, huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; số điện thoại, số fax và thư điện tử (nếu có).

– Doanh nghiệp phải thông báo thời gian mở cửa tại trụ sở chính với cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Gắn liền với trụ sở của doanh nghiệp là con dấu của doanh nghiệp. Mỗi doanh nghiệp đều có con dấu riêng. Con dấu của doanh nghiệp phải được lưu giữ và bảo quản tại trụ sở chính của doanh nghiệp. Con dấu là tài sản của doanh nghiệp. Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm quản lý sử dụng con dấu theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp cần thiết, được sự đồng

ý của cơ quan cấp dấu, doanh nghiệp có thể có con dấu thứ hai.

Ngoài trụ sở của doanh nghiệp thì doanh nghiệp còn được quyền thành lập văn phòng đại diện, chi nhánh và địa điểm kinh doanh của doanh nghiệp :

+ Văn phòng đại diện là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp, có nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền cho lợi ích của doanh nghiệp và bảo vệ các lợi ích đó. Tổ chức và hoạt động của văn phòng đại diện theo quy định của pháp luật.

+ Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp, có nhiệm vụ thực hiện toàn bộ hoặc một phần chức năng của doanh nghiệp kể cả chức năng đại diện theo ủy quyền. Ngành, nghề kinh doanh của chi nhánh phải phù hợp với ngành, nghề kinh doanh của doanh nghiệp.

+ Địa điểm kinh doanh là nơi hoạt động kinh doanh cụ thể của doanh nghiệp được tổ chức thực hiện. Địa điểm kinh doanh có thể ở ngoài địa chỉ đăng ký trụ sở chính.

+ Chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh phải mang tên của doanh nghiệp, kèm theo phần bổ sung tương ứng xác định chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh đó.

+ Doanh nghiệp có quyền lập chi nhánh, văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài. Doanh nghiệp có thể đặt một hoặc nhiều văn phòng đại diện, chi nhánh tại một địa phương theo địa giới hành chính. Trình tự và thủ tục lập chi nhánh, văn phòng đại diện do Chính phủ quy định.

3. Doanh nghiệp phải có tài sản

Tài sản góp vốn vào doanh nghiệp có thể là tiền Việt Nam, ngoại tệ chuyển đổi, vàng, nhà xưởng, may móc, thiết bị, nguyên, nhiên vật liệu, quyền sử dụng đất, công nghệ, bản quyền sở hữu công nghệ, bí quyết kinh tế, các quyền về tài sản.

Hiện nay Luật doanh nghiệp bãi bỏ vốn pháp định, trừ bốn ngành nghề khi thành lập hoạt động phải có vốn pháp định như : ngân hàng, bảo hiểm, vàng bạc, thị trường chứng khoán.

Theo Điều 4 khoản 7 của Luật doanh nghiệp thì vốn Pháp định là mức vốn tối thiểu phải có để thành lập doanh nghiệp do pháp luật quy định đối với từng ngành, nghề.

Những người ủng hộ vốn pháp định như là một điều kiện thành lập doanh nghiệp thì cho rằng vốn pháp định là một công cụ để bảo vệ lợi ích của chủ nợ. Vì vậy vốn pháp định cao thì việc bảo vệ được lợi ích của các chủ nợ càng hiệu quả và ngược lại. Do đó vốn pháp định càng cao thì càng tốt. Việc dựa vào mục đích bảo vệ các chủ nợ để đặt ra vốn pháp định với tính cách là một điều kiện để thành lập doanh nghiệp xem ra không ổn vì các lý do sau :

- Lấy căn cứ vào đâu để xác định mức vốn pháp định, Nghị định 221-HĐBT ngày 23/12/1991 quy định về vốn pháp định không đưa ra căn cứ để xác định mức vốn pháp định cho từng ngành nghề. Chẳng hạn một doanh nghiệp tư nhân kinh doanh vận tải hành khách, mức vốn pháp định được

quy định là 80 triệu đồng Việt Nam. Cũng vẫn là ngành nghề này nếu thành lập Công ty trách nhiệm hữu hạn thì vốn pháp định là 200 triệu, nếu thành lập Công ty cổ phần là 500 triệu.

Như vậy việc xác định mức vốn pháp định cho từng ngành nghề chỉ mang ý nghĩa tượng trưng, cảm tính.

- Nhà đầu tư có thể "Lách" được điều kiện vốn pháp định này khi thành lập doanh nghiệp. Để có được giấy chứng nhận về vốn của ngân hàng có những trường hợp nhà đầu tư mượn tiền của người khác gửi vào tài khoản của ngân hàng để có được giấy xác nhận. Sau khi có được giấy xác nhận theo yêu cầu của pháp luật và việc thành lập doanh nghiệp được hoàn tất, họ rút tiền trả lại người cho vay. Như vậy trong trường hợp này cơ quan Nhà nước cũng như ngân hàng không thể kiểm soát được sở hữu thực của tiền gửi vào tài khoản ngân hàng. Điều này tạo ra niềm tin ảo cho các đối tác khi nhìn vào vốn pháp định của doanh nghiệp, trên thực tế doanh nghiệp không có vốn. Rất có thể doanh nghiệp lợi dụng điều này để lừa đảo.

- Trong trường hợp vốn pháp định được bảo đảm chính xác theo luật định cũng không phải là công cụ có hiệu quả bảo vệ lợi ích của chủ nợ. Vốn pháp định hoàn toàn không phản ánh giá trị vốn thực có của doanh nghiệp. Trong nền kinh tế trường giá trị thực của doanh nghiệp biến động hàng ngày, có thể cao hơn cũng có thể thấp hơn mức vốn pháp định. Việc bảo đảm nghĩa vụ trả nợ cho các chủ nợ không

phụ thuộc vào vốn pháp định mà phụ thuộc vào tình trạng tài chính và năng lực quản lý doanh nghiệp.

Từ phân tích trên cho thấy vốn pháp định không đạt được mục tiêu đề ra mà còn gây ra một số tai hại sau đây :

- + Tăng chi phí và thời gian cho việc thành lập Công ty.
- + Tạo sự tin tưởng ảo cho những nhà đầu tư thiếu kinh nghiệm, có thể gây thiệt hại cho họ.
- + Tạo điều kiện cho những người có ý định lừa đảo khi thành lập Công ty.

Chính vì vậy mà Luật doanh nghiệp đã bỏ điều kiện vốn pháp định khi thành lập Công ty cho hầu hết tất cả các ngành nghề kinh doanh, chỉ có một số ngành nghề đòi hỏi phải có vốn pháp định. Nghị định số 03/2000/NĐ-CP ngày 03/02/2000 đã quy định : "Ngành nghề kinh doanh phải có vốn pháp định thì mức vốn đó do cơ quan có thẩm quyền xác nhận và cách thức xác nhận được xác định theo quy định của Luật, Pháp lệnh và Nghị định về vốn pháp định". Như vậy Nghị định 03/2000/NĐ-CP cũng không quy định rõ ngành nghề nào phải có vốn pháp định, song theo các văn bản hiện hành thì có 04 ngành nghề phải có vốn pháp định là : kinh doanh tín dụng, vàng bạc, bảo hiểm và chứng khoán. Theo Điều 22 Nghị định số 100/CP ngày 18/12/1993 của Chính phủ về mức vốn pháp định của doanh nghiệp bảo hiểm Việt Nam. Công ty liên doanh môi giới bảo hiểm là 1 tỷ đồng Việt Nam hoặc 100 ngàn đôla Mỹ; của chi nhánh tổ chức

môi giới bảo hiểm nước ngoài, Công ty môi giới bảo hiểm 100% vốn nước ngoài là 300 ngàn đôla Mỹ. Mức vốn pháp định của Công ty chứng khoán theo từng loại hình kinh doanh : môi giới là 3 tỷ đồng, bảo lãnh phát hành là 22 tỷ đồng, tư vấn đầu tư chứng khoán là 3 tỷ đồng (khoản 3 Điều 20 Nghị định số 48/1998/NĐ-CP ngày 11/7/1998). Vốn pháp định của doanh nghiệp hoạt động kinh doanh vàng tại Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh là 5 tỷ đồng Việt Nam, của doanh nghiệp hoạt động kinh doanh vàng tại các tỉnh và thành phố khác là 1 tỷ đồng Việt Nam (khoản 2 Điều 8 Nghị định số 174/1999/NĐ-CP ngày 09/12/1999). Danh mục vốn pháp định của tổ chức tín dụng theo quy định của Nghị định số 82/1998/NĐ-CP ngày 03/10/1998.

Bỏ vốn pháp định không phải chỉ thực hiện ở Việt Nam mà trên thế giới pháp luật kinh tế của các nước đã bỏ quy định về vốn pháp định. Những nước còn duy trì vốn pháp định là điều kiện thành lập Công ty thì mức vốn quy định chỉ là tượng trưng, không còn là công cụ bảo vệ chủ nợ nữa.

Như vậy để bảo vệ chủ nợ cách tốt nhất là tạo lập được hệ thống thông tin đáng tin cậy về thông tin, đặc biệt là bảng cân đối tài sản mới nhất của Công ty.

Các nhà đầu tư khi góp vốn vào doanh nghiệp để trở thành thành viên của doanh nghiệp, tạo nên vốn điều lệ của doanh nghiệp thì phải chú ý các nội dung sau đây :

- Đối với tài sản có đăng ký hoặc giá trị quyền sử dụng đất thì người góp vốn phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu

tài sản đó hoặc quyền sử dụng đất cho công ty tại cơ quan Nhà nước có thẩm quyền. Việc chuyển quyền sở hữu đối với tài sản góp vốn không phải chịu lệ phí trước bạ;

- Đối với tài sản không đăng ký quyền sở hữu, việc góp vốn phải được thực hiện bằng việc giao nhận tài sản góp vốn có xác nhận bằng biên bản. Biên bản giao nhận phải ghi rõ tên và địa chỉ trụ sở chính của công ty; họ, tên, địa chỉ thường trú, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác, số quyết định thành lập hoặc đăng ký của người góp vốn; loại tài sản và số đơn vị tài sản góp vốn; tổng giá trị tài sản góp vốn và tỷ lệ của tổng giá trị tài sản đó trong vốn điều lệ của công ty; ngày giao nhận; chữ ký của người góp vốn hoặc đại diện theo ủy quyền của người góp vốn và người đại diện theo pháp luật của công ty;

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

- 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.

- Tài sản góp vốn không phải là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng phải được các thành viên, cổ đông sáng lập hoặc tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá.

- Tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp phải được các thành viên, cổ đông sáng lập định giá theo nguyên tắc nhất trí; nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn so với giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì các thành viên, cổ đông sáng lập liên đới chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng số chênh lệch giữa giá trị được định và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá.

- Tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động do doanh nghiệp và người góp vốn thỏa thuận định giá hoặc do một tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được người góp vốn và doanh nghiệp chấp thuận; nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì người góp vốn hoặc tổ chức định giá và người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp cùng liên đới chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng số chênh lệch giữa giá trị được định và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá.

4. Doanh nghiệp phải đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật

Doanh nghiệp chỉ được coi là hoạt động hợp pháp khi các nhà đầu tư đăng ký kinh doanh và được cơ quan đăng ký kinh doanh cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Để được cơ quan đăng ký kinh doanh cấp giấy chứng nhận

dăng ký kinh doanh thành lập doanh nghiệp thì các nhà đầu tư ngoài điều kiện về nhân thân, vốn, tên doanh nghiệp thì còn phải chú ý đến ngành, nghề và điều kiện kinh doanh :

- Đối với ngành, nghề mà pháp luật về đầu tư và pháp luật có liên quan 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 khác.

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

a. Điều kiện về nhân thân người thành lập, quản lý doanh nghiệp và góp vốn thành lập doanh nghiệp

Luật doanh nghiệp được coi là một đạo luật cơ bản, quan trọng trong hệ thống pháp luật về kinh tế ở nước ta. Nó là một khuôn khổ để thiết lập các quan hệ Thương mại, đồng thời tạo ra công cụ để các nhà đầu tư yên tâm góp vốn vào doanh nghiệp. Luật doanh nghiệp mở rộng thêm đối tượng được quyền thành lập, quản lý và góp vốn vào doanh nghiệp,

qua đó tạo thêm cơ hội cho những người có ý định kinh doanh đầu tư vốn vào sản xuất kinh doanh.

Luật công ty năm 1990 quy định đối tượng được quyền góp vốn thành lập Công ty theo hướng liệt kê làm giới hạn đối tượng góp vốn, không huy động tối đa mọi nguồn lực đầu tư kinh doanh.

Với mục đích mở rộng quyền tự do kinh doanh và huy động tối đa mọi nguồn lực kinh tế trong xã hội vào đầu tư kinh doanh. Luật doanh nghiệp mở rộng đối tượng thành lập, quản lý doanh nghiệp và góp vốn vào doanh nghiệp. Bằng phương pháp loại trừ, Luật doanh nghiệp chỉ quy định những đối tượng bị cấm thành lập, quản lý và góp vốn vào doanh nghiệp. Điều này khác với cách quy định liệt kê về đối tượng thành lập, quản lý về góp vốn thành lập Công ty trong Điều 1 của Luật công ty. Thay đổi cách tư duy này trong việc quy định cũng phù hợp với nguyên tắc : "Người dân chỉ làm những gì mà luật không cấm".

a.1. Về đối tượng thành lập và quản lý doanh nghiệp

Được Luật doanh nghiệp quy định trong Điều 13, theo đó tất cả các tổ chức, cá nhân có quyền thành lập, quản lý Công ty trừ những trường hợp sau đây :

– Cơ quan Nhà nước, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang không được thành lập Công ty bằng cách sử dụng tài sản của Nhà nước và công quỹ. Quy định như vậy là nhằm khắc phục tình trạng các cơ quan Nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang lạm dụng quyền lực để bảo vệ lợi ích của Công ty thuộc

sở hữu của chính họ làm tổn hại đến lợi ích của Công ty khác.

- Cán bộ, công chức, sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng, cán bộ lãnh đạo doanh nghiệp Nhà nước. Quy định như vậy nhằm tránh việc xao nhãng công việc chung. Những người trên phải làm việc cho Nhà nước, phục vụ cho dân. Nếu cho họ được quyền thành lập quản lý Công ty, họ khó có thể hoàn thành được nhiệm vụ do Nhà nước và nhân dân giao phó. Đồng thời rất có khả năng họ lạm dụng quyền lực chung để phục vụ cho lợi ích riêng tư.

- Người chưa thành niên, người thành niên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự. Công việc kinh doanh rất phức tạp, khó khăn. Hành vi kinh doanh có thể gây ra những hậu quả ảnh hưởng đến nền kinh tế, xã hội do đó pháp luật yêu cầu người kinh doanh phải là người thành niên và không mắc bệnh tâm thần.

+ Người chưa thành niên là người dưới mười tám tuổi.

+ Mất năng lực hành vi dân sự là trường hợp người bị bệnh tâm thần hoặc các bệnh khác mà không thể nhận thức và làm chủ được hành vi của mình thì theo yêu cầu của người có quyền, lợi ích liên quan Tòa án có thể tuyên bố một người bị mất năng lực hành vi dân sự trên cơ sở kết luận của tổ chức giám định.

+ Người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự là người bị nghiện ma túy hoặc các chất kích thích khác làm phá tán

tài sản của gia đình thì những người có quyền và nghĩa vụ liên quan có thể yêu cầu Tòa án ra quyết định tuyên bố một người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự.

– Người đang phải chấp hành hình phạt tù hoặc bị tòa án tước quyền hành nghề vì phạm các tội buôn lậu, làm hàng giả, buôn bán hàng giả, kinh doanh trái phép, trốn thuế, lừa dối khách hàng.

– Chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của Công ty hợp danh, Giám đốc, Chủ tịch và các thành viên trong Hội đồng quản trị, thành viên của Hội đồng thành viên của doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản không được quyền thành lập, quản lý doanh nghiệp từ một đến ba năm kể từ ngày doanh nghiệp tuyên bố phá sản. Trước đây người ta xem những người thành lập doanh nghiệp bị tuyên bố là tội phạm. Trong quá trình phát triển của xã hội, pháp luật về phá sản đối xử nhân đạo với người thành lập, quản lý doanh nghiệp bị phá sản, coi người bị phá sản như là kẻ sa cơ thất thế. Vì hoạt động kinh doanh có sự cạnh tranh rất lớn, rủi ro thường xảy ra. Việc pháp luật quy định người thành lập, quản lý doanh nghiệp bị phá sản không được thành lập, quản lý doanh nghiệp từ một đến ba năm là có sự cân nhắc, họ đã có lỗi trong việc để cho doanh nghiệp bị phá sản. Nếu người thành lập, quản lý doanh nghiệp bị phá sản có những hành vi gian dối nhằm chiếm đoạt tài sản của Nhà nước, người khác thì có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo tội lừa đảo hoặc lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản.

a.2. Về đối tượng góp vốn

Góp vốn tức là việc đem tài sản của mình cùng với chủ thể khác tạo thành một khối tài sản chung, tài sản góp vốn có thể là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, công nghệ, quyền sở hữu trí tuệ... Quan hệ góp vốn chỉ xuất hiện khi quan hệ này có ít nhất hai chủ thể trở lên. Theo Điều 13 Luật doanh nghiệp thì mọi tổ chức, cá nhân đều có quyền góp vốn vào ba loại hình doanh nghiệp như : Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty Hợp danh. Các tổ chức, cá nhân sau đây không có quyền góp vốn vào công ty :

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

- Các đối tượng không được quyền góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định của pháp lệnh về cán bộ ngành công chức. Theo quy định của pháp lệnh công chức thì cán bộ, công chức có quyền góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh nhằm mục đích thu lợi nhuận hoặc cổ tức. Khái niệm góp vốn của cán bộ, công chức được hiểu là hành vi bỏ tiền mua cổ phần hoặc phần vốn góp của công ty. Cán bộ, công chức khi góp vốn không được điều hành quản lý công ty, không bị hạn chế về phạm vi nghề nghiệp, lĩnh vực. Tuy nhiên nhằm tránh tham nhũng, đồng thời xung đột giữa một bên là việc thực hiện quản lý Nhà nước và một bên là hoạt động kinh doanh thu lợi nhuận thì Thủ trưởng, phó thủ trưởng, vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con

của người đó không được góp vốn vào doanh nghiệp đang hoạt động phạm vi hành nghề mà người đó trực tiếp quản lý.

Như vậy Luật doanh nghiệp đã mở rộng tối đa đối tượng tham gia thành lập, quản lý và góp vốn vào công ty. Luật doanh nghiệp đã phân chia rõ hai đối tượng : góp vốn, thành lập và quản lý công ty. Có những đối tượng được quyền góp vốn vào công ty nhưng không có quyền thành lập và quản lý công ty như người chưa thành niên, người thành niên bị hạn chế mất hành vi dân sự. Luật công ty không phân định rõ đối tượng được quyền tham gia góp vốn, thành lập và quản lý công ty như Luật doanh nghiệp. Cũng như không phân định rõ ba hành vi góp vốn, thành lập và quản lý công ty. Dẫn đến tình trạng là cán bộ, công chức không biết được làm gì và không được làm gì trong việc tham gia thành lập công ty.

Tuy nhiên trong Luật doanh nghiệp hai hành vi thành lập và quản lý công ty chưa được phân biệt rõ. Có những người chỉ quản lý công ty mà không phải thành lập công ty. Ví dụ ông A là người được thuê làm Giám đốc công ty trách nhiệm hữu hạn. Như vậy ông A chỉ có quyền điều hành hoạt động sản xuất kinh doanh của công ty mà không phải là người thành lập công ty. Thực chất một người liên kết với người khác thành lập công ty theo quy định Luật doanh nghiệp rất đơn giản, có thể các thành viên sáng lập thực hiện hoặc nhờ các dịch vụ pháp lý. Nhưng để làm Giám đốc thì không phải ai cũng có thể làm được.

b. Điều kiện về ngành nghề kinh doanh

Các nhà đầu tư được quyền kinh doanh bất cứ ngành nghề gì mà pháp luật không cấm. Các ngành nghề sau đây pháp luật cấm kinh doanh :

- Vũ khí, đạn dược, quân trang, quân dụng và các phương tiện kỹ thuật chuyên dùng của các lực lượng vũ trang.
- Chất nổ, chất độc, chất phóng xạ.
- Chất ma túy.
- Mại dâm, dịch vụ tổ chức mại dâm, buôn bán phụ nữ, trẻ em.
- Tổ chức đánh bạc, gá bạc.
- Hóa chất có tính độc hại mạnh.
- Hiện vật thuộc di tích lịch sử, văn hóa, bảo tàng.
- Sản phẩm văn hóa phản động, đồi trụy, mê tín, dị đoan hoặc có hại đến giáo dục nhân cách.
- Các loại pháo.
- Động vật, thực vật hoang dã, quý hiếm.
- Địa chơi có hại cho giáo dục nhân cách, sức khỏe trẻ em hoặc ảnh hưởng tới an ninh, trật tự, an toàn xã hội.
- Kinh doanh dịch vụ môi giới hôn nhân có yếu tố nước ngoài.

c. Điều kiện về chứng chỉ hành nghề, giấy phép

Luật doanh nghiệp muốn đi vào cuộc sống cần phải có các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành. Các văn bản hướng dẫn thi hành luật doanh nghiệp trên đã thể hiện được tinh thần của Luật doanh nghiệp : tự do kinh doanh, hạn chế các thủ tục trong đầu vào, hạn chế cơ chế xin cho, tiết kiệm được thời gian tiền bạc, chuyển trách nhiệm từ nhà đầu tư sang cơ quan đăng ký kinh doanh...

Trước đây theo Luật công ty, muốn thành lập công ty, ngoài các giấy tờ trong Hồ sơ thành lập và đăng ký kinh doanh ra, nhà đầu tư còn phải xin phép các loại giấy tờ khác như : chứng chỉ hành nghề, giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, giấy phép kinh doanh... do các Bộ, Ngành hoặc các Sở thuộc Tỉnh, Thành phố cấp. Những loại giấy phép hành nghề này nó được dùng như là một công cụ để các cơ quan Nhà nước quản lý xã hội. Nếu nó được thực hiện ở một mức độ vừa phải, sao cho không kiềm hãm sự phát triển của xã hội thì sự tồn tại của nó là hoàn toàn hợp lý. Nhưng trên thực tế các loại giấy phép trên đã gây phiền hà cho doanh nghiệp, làm hạn chế việc phát huy nội lực, kiềm hãm sự phát triển xã hội. Nó ảnh hưởng trực tiếp đến doanh nghiệp bằng cách can thiệp trực tiếp trong hoạt động doanh nghiệp, vi phạm quy tắc tự do kinh doanh. Biểu hiện sự vi phạm này thể hiện dưới các hình thức : Cấm không được kinh doanh một số ngành nghề, được kinh doanh nhưng có giấy phép, được kinh doanh nhưng có điều kiện.

Việc áp dụng giấy phép tràn lan đã gây ra một số hậu quả không tốt sau đây :

– Tạo ra một môi trường kinh doanh không bình đẳng giữa doanh nghiệp này với các loại hình doanh nghiệp khác, đặc biệt là doanh nghiệp Nhà nước. Bình đẳng giữa các loại hình doanh nghiệp được thể hiện : Trong một môi trường, điều kiện như nhau, các doanh nghiệp phải gánh vác quyền và nghĩa vụ giống nhau. Thế mà một số doanh nghiệp Nhà nước có cơ quan chủ quản có thẩm quyền cấp giấy phép. Dẫn đến tình trạng độc quyền, bảo hộ cho một số doanh nghiệp Nhà nước. Với cơ chế cấp giấy phép tràn lan và không tính đến hiệu quả như thế tạo ra tình trạng một số doanh nghiệp Nhà nước biến mình thành một cấp trung gian để trục lợi. Sau đây là một ví dụ điển hình về tình trạng bán pháp nhân của doanh nghiệp Nhà nước :

Công ty khoáng sản Bà Rịa – Vũng Tàu được độc quyền giấy phép khai thác mỏ đá do Bộ Công nghiệp cấp. Công ty khoáng sản Bà Rịa – Vũng Tàu đã ký hợp đồng hợp tác với doanh nghiệp tư nhân ở Tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu và TP. Hồ Chí Minh. Theo hợp đồng hợp tác này thì Công ty khoáng sản Bà Rịa – Vũng Tàu được hưởng từ 10% đến 17% doanh thu sản phẩm do các doanh nghiệp tư nhân làm ra. Công ty khoáng sản Bà Rịa– Vũng Tàu không phải bỏ ra bất cứ đồng vốn nào và đương nhiên cũng không phải chịu bất cứ rủi ro nào (Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, số ra ngày 29/4/2000).

– Hiện tượng giấy phép này là tiền đề của giấy phép kia và ngược lại dẫn đến hiện tượng không biết giấy phép

nào có trước giấy phép nào có sau và nhà đầu tư không biết thực hiện từ đâu. Ví dụ : Trong lĩnh vực xây dựng, nhà đầu tư muốn có giấy phép xây dựng công trình xây dựng để làm cơ sở sản xuất kinh doanh thì trước tiên phải có giấy phép hành nghề trong lĩnh vực xây dựng. Ngược lại để có giấy phép hành nghề trong lĩnh vực xây dựng thì doanh nghiệp phải có công trình xây dựng. Điều này giống với hiện tượng về việc hợp thức hóa nhà ở Tp. Hồ Chí Minh trước đây : Muốn hợp thức hóa nhà phải có hộ khẩu và muốn nhập hộ khẩu thì phải có nhà.

– Khi nhà đầu tư muốn thành lập doanh nghiệp và đăng ký thành lập doanh nghiệp thì Ủy ban Nhân dân cấp Tỉnh và Sở kế hoạch – đầu tư đã xem xét là doanh nghiệp đủ điều kiện hoạt động sản xuất kinh doanh trong ngành nghề đã đăng ký. Thế mà muốn hoạt động sản xuất kinh doanh trong ngành nghề đã cho phép, các doanh nghiệp phải xin cấp giấy phép hành nghề. Điều này tạo ra hiện tượng nhiều cơ quan cùng cấp giấy phép cho một doanh nghiệp về một lĩnh vực nào đó nhưng không có cơ quan nào chịu trách nhiệm.

Từ các cơ sở trên cần phải quy định rõ những ngành nghề nào cần phải có giấy phép, chứng chỉ hành nghề... Các ngành nghề sau đây phải có chứng chỉ hành nghề khi thành lập doanh nghiệp hoạt động trong các lĩnh vực sau đây :

- Kinh doanh dịch vụ pháp lý.
- Kinh doanh dịch vụ khám chữa bệnh, dược phẩm.
- Kinh doanh dịch vụ thú y, thuốc thú y.

- Kinh doanh dịch vụ thiết kế công trình.
- Kinh doanh dịch vụ kiểm toán.
- Kinh doanh dịch vụ môi giới chứng khoán.

Tóm lại, doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh khi có đủ các điều kiện sau đây :

- Ngành, nghề đăng ký kinh doanh không thuộc lĩnh vực cấm kinh doanh;

- Tên của doanh nghiệp được đặt theo đúng quy định của pháp luật;

- Có trụ sở;

- 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. Lệ phí đăng ký kinh doanh được xác định căn cứ vào số lượng ngành, nghề đăng ký kinh doanh.

II. NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG VỀ QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA DOANH NGHIỆP

1. Quyền của doanh nghiệp

Theo Điều 8 LDN thì doanh nghiệp có các quyền sau đây :

- Tự chủ kinh doanh; chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh, đầu tư; chủ động mở rộng

quy mô và ngành, nghề kinh doanh; được Nhà nước khuyến khích, ưu đãi và tạo điều kiện thuận lợi tham gia sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích.

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

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

- Kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu.

- Tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh.

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

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

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

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

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

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

- Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

2. Nghĩa vụ của doanh nghiệp

Theo Điều 9 LDN thì doanh nghiệp có các nghĩa vụ sau đây :

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

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

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

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

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

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

chưa đầy đủ thì phải kịp thời sửa đổi, bổ sung các thông tin đó.

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

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

Ngoài ra đối với doanh nghiệp có sản xuất, cung ứng các sản phẩm, dịch vụ công ích thì còn phải tuân thủ thêm các quyền và nghĩa vụ sau đây :

- Được hạch toán và bù đắp chi phí theo giá thực hiện thầu hoặc thu phí sử dụng dịch vụ theo quy định của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền.

- Được bảo đảm thời hạn sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ thích hợp để thu hồi vốn đầu tư và có lãi hợp lý.

- Sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ đủ số lượng, đúng chất lượng và thời hạn đã cam kết theo giá hoặc phí do cơ quan Nhà nước có thẩm quyền quy định.

- Bảo đảm các điều kiện công bằng và thuận lợi như nhau cho mọi đối tượng khách hàng.

- Chịu trách nhiệm trước pháp luật và khách hàng về số lượng, chất lượng, điều kiện cung ứng và giá, phí sản phẩm, dịch vụ cung ứng.

III. GIẢI THÍCH MỘT SỐ TỪ NGỮ

Nhằm tạo điều thuận lợi cho việc nghiên cứu, học tập, tại Điều 4 của Luật doanh nghiệp có giải thích một số từ ngữ sau đây :

1. Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch ổn định, được đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh.

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

3. Hồ sơ hợp lệ là hồ sơ có đầy đủ giấy tờ theo quy định của Luật này, có nội dung được kê khai đầy đủ theo quy định của pháp luật.

4. Góp vốn là việc đưa tài sản vào công ty để trở thành chủ sở hữu hoặc các chủ sở hữu chung của công ty. Tài sản góp vốn có thể là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác ghi trong Điều lệ công ty do thành viên góp để tạo thành vốn của công ty.

5. Phần vốn góp là tỷ lệ vốn mà chủ sở hữu hoặc chủ sở hữu chung của công ty góp vào vốn điều lệ.

6. Vốn điều lệ là số vốn do các thành viên, cổ đông góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn nhất định và được ghi vào Điều lệ công ty.

7. Vốn pháp định là mức vốn tối thiểu phải có theo quy định của pháp luật để thành lập doanh nghiệp.

8. Vốn có quyền biểu quyết là phần vốn góp hoặc cổ phần, theo đó người sở hữu có quyền biểu quyết về những vấn đề thuộc thẩm quyền quyết định của Hội đồng thành viên hoặc Đại hội đồng cổ đông.

9. Cổ tức là khoản lợi nhuận ròng được trả cho mỗi cổ phần bằng tiền mặt hoặc bằng tài sản khác từ nguồn lợi nhuận còn lại của công ty sau khi đã thực hiện nghĩa vụ về tài chính.

10. Thành viên sáng lập là người góp vốn, tham gia xây dựng, thông qua và ký tên vào bản Điều lệ đầu tiên của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh.

11. Cổ đông là người sở hữu ít nhất một cổ phần đã phát hành của công ty cổ phần.

Cổ đông sáng lập là cổ đông tham gia xây dựng, thông qua và ký tên vào bản Điều lệ đầu tiên của công ty cổ phần.

12. Thành viên hợp danh là thành viên chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty hợp danh.

13. Người quản lý doanh nghiệp là chủ sở hữu, giám đốc doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh công ty hợp

danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và các chức danh quản lý khác do Điều lệ công ty quy định.

14. Người đại diện theo ủy quyền là cá nhân được thành viên, cổ đông là tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần ủy quyền bằng văn bản thực hiện các quyền của mình tại công ty theo quy định của Luật này.

15. Một công ty được coi là công ty mẹ của công ty khác nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây :

a) Sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông đã phát hành của công ty đó;

b) Có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc của công ty đó;

c) Có quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ của công ty đó.

16. Tổ chức lại doanh nghiệp là việc chia, tách, hợp nhất, sáp nhập hoặc chuyển đổi doanh nghiệp.

17. Người có liên quan là tổ chức, cá nhân có quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với doanh nghiệp trong các trường hợp sau đây :

a) Công ty mẹ, người quản lý công ty mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý đó đối với công ty con;

b) Công ty con đối với công ty mẹ;

c) Người hoặc nhóm người có khả năng chi phối việc ra quyết định, hoạt động của doanh nghiệp đó thông qua các cơ quan quản lý doanh nghiệp;

d) Người quản lý doanh nghiệp;

đ) Vợ, chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của người quản lý doanh nghiệp hoặc của thành viên, cổ đông sở hữu phần vốn góp hay cổ phần chi phối;

e) Cá nhân được ủy quyền đại diện cho những người quy định tại các điểm a, b, c, d và đ khoản này;

g) Doanh nghiệp trong đó những người quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e và h khoản này có sở hữu đến mức chi phối việc ra quyết định của các cơ quan quản lý ở doanh nghiệp đó;

h) Nhóm người thỏa thuận cùng phối hợp để thu tóm phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích ở công ty hoặc để chi phối việc ra quyết định của công ty.

18. Phần vốn góp sở hữu Nhà nước là phần vốn góp được đầu tư từ nguồn vốn ngân sách Nhà nước và nguồn vốn khác của Nhà nước do một cơ quan Nhà nước hoặc tổ chức kinh tế làm đại diện chủ sở hữu.

Cổ phần sở hữu Nhà nước là cổ phần được thanh toán bằng vốn ngân sách Nhà nước và nguồn vốn khác của Nhà nước do một cơ quan Nhà nước hoặc tổ chức kinh tế làm đại diện chủ sở hữu.

19. Giá thị trường của phần vốn góp hoặc cổ phần là giá giao dịch trên thị trường chứng khoán hoặc giá do một tổ chức định giá chuyên nghiệp xác định.

20. Quốc tịch của doanh nghiệp là quốc tịch của nước, vùng lãnh thổ nơi doanh nghiệp thành lập, đăng ký kinh doanh.

21. Địa chỉ thường trú là địa chỉ đăng ký trụ sở chính đối với tổ chức; địa chỉ đăng ký hộ khẩu thường trú hoặc địa chỉ nơi làm việc hoặc địa chỉ khác của cá nhân mà người đó đăng ký với doanh nghiệp để làm địa chỉ liên hệ.

22. Doanh nghiệp Nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ.

IV. TỔ CHỨC LẠI DOANH NGHIỆP

Một loại hình doanh nghiệp được thành lập và phù hợp trong giai đoạn này nhưng chưa chắc đã phù hợp trong giai đoạn khác. Do đó Luật doanh nghiệp quy định về các biện pháp tổ chức lại doanh nghiệp là nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà đầu tư thay đổi mô hình kinh doanh cho phù hợp với từng giai đoạn. Đây là một nội dung hoàn toàn mới mà Luật doanh nghiệp quy định so với Luật công ty. Các biện pháp tổ chức lại doanh nghiệp được quy định trong Luật doanh nghiệp rất phong phú bao gồm : chia, tách, sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp và chuyển đổi hình thức doanh nghiệp này sang hình thức doanh nghiệp khác.

1. Chia doanh nghiệp

– Công thức của chia doanh nghiệp :

$$DN\ A = DN\ B + DN\ C + \dots$$

– Theo Luật doanh nghiệp việc tổ chức lại doanh nghiệp được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Theo Điều 150 Luật doanh nghiệp thì công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có thể được chia thành một số công ty cùng loại.

– Thủ tục chia công ty.

+ Trong công ty trách nhiệm hữu hạn Hội đồng thành viên là cơ quan có quyền quyết định chia công ty. Quyết định này được thông qua trong cuộc họp của Hội đồng thành viên.

+ Trong công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thì chủ sở hữu công ty có quyền quyết định chia công ty.

+ Trong công ty cổ phần Đại Hội đồng cổ đông là cơ quan có quyền quyết định chia công ty. Quyết định này được thông qua trong cuộc họp của Đại Hội đồng cổ đông.

+ Quyết định chia công ty phải có các nội dung chủ yếu về tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty bị chia; tên các công ty sẽ thành lập; nguyên tắc và thủ tục chia tài sản công ty; phương án sử dụng lao động; thời hạn và thủ tục chuyển đổi phần vốn góp, cổ phần, trái phiếu của công ty bị chia sang các công ty mới thành lập; nguyên tắc giải quyết các nghĩa vụ của công ty bị chia; thời hạn thực hiện chia công ty.

+ Quyết định chia công ty phải được gửi đến tất cả các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thông qua quyết định.

+ Quyết định chia công ty cổ phần được thông qua khi được số cổ đông đại diện cho ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông họp chấp thuận; tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định.

+ Quyết định chia công ty trách nhiệm hữu hạn được thông qua khi số phiếu đại diện cho ít nhất 75% số vốn của các thành viên họp chấp thuận; tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định.

+ Các thành viên, chủ sở hữu công ty hoặc các cổ đông của các công ty mới được thành lập thông qua Điều lệ, bầu hoặc bổ nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và tiến hành đăng ký kinh doanh theo quy định của Luật doanh nghiệp. Trong trường hợp này, hồ sơ đăng ký kinh doanh phải kèm theo quyết định chia công ty.

+ Công ty bị chia chấm dứt tồn tại sau khi các công ty mới được đăng ký kinh doanh. Các công ty mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị chia hoặc thỏa thuận với chủ nợ, khách hàng và người lao động để một trong số các công ty đó thực hiện các nghĩa vụ này.

- Việc chia, tách công ty theo quy định của Luật doanh nghiệp không áp dụng cho công ty hợp danh. Vì công ty hợp danh là loại hình đặc trưng của công ty đối nhân, các thành viên chỉ quan tâm đến nhân thân. Việc chia công ty hợp danh đồng nghĩa với việc chia các quan hệ về nhân thân mà các thành viên đã sáng lập trước đó. Điều này phá vỡ mối liên kết cơ bản làm cơ sở để tồn tại công ty, nghĩa là làm chấm dứt sự tồn tại của nó.

2. Tách doanh nghiệp :

- Công thức của tách doanh nghiệp :

$$DN A = DN A + DN B + ...$$

- Hình thức tách công ty cũng giống với chia công ty chỗ chỉ được áp dụng đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần.

- Công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có thể được tách bằng cách chuyển một phần tài sản, quyền và nghĩa vụ của công ty hiện có (gọi là công ty bị tách) để thành lập một hoặc một số công ty mới cùng loại.

- Một trong những điểm khác nhau giữa chia và tách công ty là : khi chia công ty, công ty bị chia chấm dứt sự tồn tại. Còn khi tách công ty, công ty bị tách không chấm dứt sự tồn tại.

- Thủ tục chia công ty.

+ Hội đồng thành viên, chủ sở hữu, Đại Hội đồng cổ đông là những cơ quan có quyền thông qua quyết định tách công ty. Quyết định tách công ty được thông qua khi tỷ lệ số phiếu chấp thuận tách công ty tương tự như trường hợp chia công ty đã nêu ở phần chia công ty.

+ Quyết định tách công ty phải có các nội dung chủ yếu về tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty bị tách; tên công ty được tách sẽ thành lập; phương án sử dụng lao động; giá trị tài sản, các quyền và nghĩa vụ được chuyển từ công ty bị tách sang công ty được tách; thời hạn thực hiện tách công ty.

+ Quyết định tách công ty phải được gửi đến tất cả các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thông qua quyết định.

+ Các thành viên, chủ sở hữu công ty hoặc các cổ đông của công ty được tách thông qua Điều lệ, bầu hoặc bổ nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và tiến hành đăng ký kinh doanh theo quy định của Luật doanh nghiệp. Trong trường hợp này, hồ sơ đăng ký kinh doanh phải kèm theo quyết định tách công ty.

+ 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 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.

3. Sáp nhập doanh nghiệp :

- Công thức của sáp nhập doanh nghiệp :

$$DN A + DN B + ... = DN A \text{ hoặc } = DN B = ...$$

- Sáp nhập công ty là hình thức tổ chức lại công ty áp dụng cho tất cả các loại hình công ty trong đó một hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty bị sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và các lợi ích hợp khác 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 quy định như sau :

+ Các công ty liên quan chuẩn bị hợp đồng sáp nhập và dự thảo Điều lệ công ty nhận sáp nhập. Hợp đồng sáp nhập phải có các nội dung chủ yếu về tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty nhận sáp nhập; tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty bị sáp nhập; thủ tục và điều kiện sáp nhập; phương án sử dụng lao động; thủ tục, thời hạn và điều kiện chuyển đổi tài sản, chuyển đổi phần vốn góp, cổ phần, trái phiếu của công ty bị sáp nhập thành phần vốn góp, cổ phần, trái phiếu của công ty nhận sáp nhập; thời hạn thực hiện sáp nhập;

+ Các thành viên, chủ sở hữu công ty hoặc các cổ đông của các công ty liên quan thông qua hợp đồng sáp nhập, Điều lệ công ty nhận sáp nhập và tiến hành đăng ký kinh doanh công ty nhận sáp nhập theo quy định của Luật doanh nghiệp. Trong trường hợp này, hồ sơ đăng ký kinh doanh

phải kèm theo hợp đồng sáp nhập. Hợp đồng sáp nhập phải được gửi đến tất cả các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thông qua;

+ Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty bị sáp nhập chấm dứt tồn tại; 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 nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị sáp nhập.

- Trường hợp sáp nhập mà theo đó công ty nhận sáp nhập có thị phần từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của công ty thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành sáp nhập, trừ trường hợp pháp luật về cạnh tranh có quy định khác.

Cấm các trường hợp sáp nhập các công ty mà theo đó công ty nhận sáp nhập có thị phần trên 50% trên thị trường có liên quan, trừ trường hợp pháp luật về cạnh tranh có quy định khác.

4. Hợp nhất doanh nghiệp :

- Công thức của hợp nhất doanh nghiệp :

$$DN A + DN B + ... = DN C$$

- Hợp nhất công ty là hình thức tổ chức lại công ty trong đó một hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty bị hợp nhất) có thể hợp nhất vào 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 công ty bị hợp nhất.

– Điểm giống nhau giữa sáp nhập công ty và hợp nhất công ty là công ty bị sáp nhập và công ty bị hợp nhất chấm dứt sự tồn tại của nó, đồng thời tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp được chuyển sang công ty nhận sáp nhập hoặc công ty hợp nhất; sáp nhập công ty và hợp nhất công ty áp dụng cho tất cả các loại hình công ty.

– Thủ tục hợp nhất công ty được quy định như sau :

+ Các công ty bị hợp nhất chuẩn bị hợp đồng hợp nhất. Hợp đồng hợp nhất phải có các nội dung chủ yếu về tên, địa chỉ trụ sở chính của các công ty bị hợp nhất; tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty hợp nhất; thủ tục và điều kiện hợp nhất; phương án sử dụng lao động; thời hạn, thủ tục và điều kiện chuyển đổi tài sản, chuyển đổi phần vốn góp, cổ phần, trái phiếu của công ty bị hợp nhất thành phần vốn góp, cổ phần, trái phiếu của công ty hợp nhất; thời hạn thực hiện hợp nhất; dự thảo Điều lệ công ty hợp nhất;

+ Các thành viên, chủ sở hữu công ty hoặc các cổ đông của các công ty bị hợp nhất thông qua hợp đồng hợp nhất, Điều lệ công ty hợp nhất, bầu hoặc bổ nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty hợp nhất và tiến hành đăng ký kinh doanh công ty hợp nhất theo quy định của Luật doanh nghiệp. Trong trường hợp này, hồ sơ đăng ký kinh

doanh phải kèm theo hợp đồng hợp nhất. Hợp đồng hợp nhất phải được gửi đến các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thông qua.

- Trường hợp hợp nhất mà theo đó công ty hợp nhất có thị phần từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của công ty bị hợp nhất phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành hợp nhất, trừ trường hợp pháp luật về cạnh tranh có quy định khác.

Cấm các trường hợp hợp nhất mà theo đó công ty hợp nhất có thị phần trên 50% trên thị trường có liên quan, trừ trường hợp pháp luật về cạnh tranh có quy định khác.

- 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. Chuyển đổi Công ty

Có hai hình thức chuyển đổi Công ty :

Trường hợp thứ nhất :

- Công ty trách nhiệm hữu hạn có thể chuyển đổi thành công ty cổ phần và ngược lại công ty cổ phần có thể chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn.

- Thủ tục chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần (sau đây gọi là công ty được chuyển đổi) thành

công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (sau đây gọi là công ty chuyển đổi) được quy định như sau :

+ Hội đồng thành viên, chủ sở hữu công ty hoặc Đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định chuyển đổi và Điều lệ công ty chuyển đổi. Quyết định chuyển đổi phải có các nội dung chủ yếu về tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty được chuyển đổi; tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty chuyển đổi; thời hạn và điều kiện chuyển tài sản, phần vốn góp, cổ phần, trái phiếu của công ty được chuyển đổi thành tài sản, cổ phần, trái phiếu, phần vốn góp của công ty chuyển đổi; phương án sử dụng lao động; thời hạn thực hiện chuyển đổi;

+ Quyết định chuyển đổi phải được gửi đến tất cả các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thông qua quyết định;

+ Việc đăng ký kinh doanh của công ty chuyển đổi được tiến hành theo quy định của Luật doanh nghiệp. Trong trường hợp này, hồ sơ đăng ký kinh doanh phải kèm theo quyết định chuyển đổi.

+ 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 nghĩa vụ tài sản khác của công ty được chuyển đổi.

Trường hợp thứ hai :

Chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai

thành viên trở lên hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân.

Trường hợp chủ sở hữu công ty chuyển nhượng một phần vốn điều lệ cho tổ chức, cá nhân khác thì trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày chuyển nhượng, chủ sở hữu công ty và người nhận chuyển nhượng phải đăng ký việc thay đổi số lượng thành viên với cơ quan đăng ký kinh doanh. Kể từ ngày đăng ký thay đổi quy định tại khoản này, công ty được quản lý và hoạt động theo quy định về công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

Trường hợp chủ sở hữu công ty chuyển nhượng toàn bộ vốn điều lệ cho một cá nhân thì trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày hoàn thành thủ tục chuyển nhượng, người nhận chuyển nhượng phải đăng ký thay đổi chủ sở hữu công ty và tổ chức quản lý, hoạt động theo quy định về công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân.

6. Luật doanh nghiệp quy định hình thức tổ chức lại Công ty đạt được các kết quả sau đây :

- Làm xuất hiện đa dạng các mô hình kinh doanh. Một loại mô hình kinh doanh này có thể trở thành một loại mô hình kinh doanh khác một cách linh động tùy thuộc vào khả năng và điều kiện của từng nhà đầu tư. Điều này góp phần khuyến khích công dân bỏ vốn nhàn rỗi vào hoạt động kinh doanh kiếm lời.

- Việc sáp nhập công ty, hợp nhất công ty tiến tới thành lập các mô hình kinh doanh có quy mô lớn như Tập đoàn

kinh doanh, Tổng công ty đủ sức cạnh tranh với các doanh nghiệp khác trong nền kinh tế thị trường.

– Tổ chức lại công ty quy định trong Luật doanh nghiệp đã chú ý việc bảo vệ quyền lợi của chủ nợ có liên quan. Cụ thể trong quy định về quyết định hoặc hợp đồng tổ chức lại công ty phải gửi đến tất cả các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày thông qua quyết định hoặc hợp đồng. Bảo vệ các chủ nợ còn thể hiện qua cách thức xử lý các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác trong quá trình tổ chức lại công ty.

V. GIẢI THỂ VÀ PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP

Giải thể doanh nghiệp và phá sản doanh nghiệp là hai khái niệm khác nhau. Tuy nhiên nguyên nhân dẫn đến việc giải thể doanh nghiệp khác với nguyên nhân dẫn đến phá sản.

1. Các nguyên nhân, thủ tục giải thể doanh nghiệp

– Doanh nghiệp bị giải thể trong các trường hợp sau đây :

+ 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.

Doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác.

- Thủ tục giải thể doanh nghiệp

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

+ Thông qua quyết định giải thể doanh nghiệp. Quyết định giải thể doanh nghiệp phải có các nội dung chủ yếu sau đây :

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

+ Chủ doanh nghiệp tư nhân, Hội đồng thành viên hoặc chủ sở hữu công ty, Hội đồng quản trị trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định thành lập tổ chức thanh lý riêng.

+ Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thông qua, quyết định giải thể phải được gửi đến cơ quan đăng ký kinh doanh, tất cả các chủ nợ, người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan, người lao động trong doanh nghiệp và phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính và chi nhánh của doanh nghiệp.

+ Quyết định giải thể doanh nghiệp phải được đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp.

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

+ Các khoản nợ của doanh nghiệp được thanh toán theo thứ tự sau đây :

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

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

+ Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải gửi hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan đăng ký kinh doanh xóatên doanh nghiệp trong sổ 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 sáu tháng quy định tại khoản này mà cơ quan đăng ký kinh doanh không nhận được hồ sơ giải thể doanh nghiệp thì doanh nghiệp đó coi như đã được giải thể và cơ quan đăng ký kinh doanh xóatên 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.

- Các hoạt động bị cấm kể từ khi có quyết định giải thể

Kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp, nghiêm cấm doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp thực hiện các hoạt động sau đây :

- + Cất giấu, tẩu tán tài sản;
- + Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
- + Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp;
- + Ký kết hợp đồng mới không phải là hợp đồng nhằm thực hiện giải thể doanh nghiệp;
- + Cầm cố, thế chấp, tặng cho, cho thuê tài sản;

2. Phá sản doanh nghiệp

Tòa án muốn mở thủ tục tuyên bố phá sản doanh nghiệp thì phải xác định cho được khi nào doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

Luật doanh nghiệp không đưa ra khái niệm phá sản doanh nghiệp mà chỉ đưa ra khái niệm doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Điều 3 Luật phá sản 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 lâm vào tình trạng phá sản.

Như vậy dấu hiệu để Tòa án dựa vào để tuyên bố phá sản doanh nghiệp là doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

3. Phân biệt giải thể và phá sản

– Phá sản doanh nghiệp chỉ có một nguyên nhân duy nhất là doanh nghiệp hoạt động sản xuất kinh doanh bị thua lỗ không thanh toán được các khoản nợ đến hạn mặc dù đã áp dụng tất cả các biện pháp có thể. Giải thể doanh nghiệp có nhiều nguyên nhân. Tuy nhiên, giải thể và phá sản doanh nghiệp đều dẫn đến sự chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp. Giải thể và phá sản doanh nghiệp có những điểm khác nhau như sau :

– Giải thể là thủ tục hành chính do cơ quan đăng ký kinh doanh ra quyết định theo yêu cầu của doanh nghiệp hoặc theo quy định của pháp luật buộc phải giải thể. Phá sản là thủ tục tư pháp do Tòa án tiến hành thủ tục tuyên bố phá sản (có trường hợp do Ủy ban nhân dân quận, huyện tiến hành thủ tục tuyên bố phá sản đối với hợp tác xã do Ủy ban nhân dân quận, huyện cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh).

– Lý do dẫn đến giải thể đa dạng hơn lý do dẫn đến phá sản.

– Giải thể làm chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp, xoátên trong sổ đăng ký kinh doanh, phá sản không nhất thiết phải như vậy mà vẫn có thể tiếp tục hoạt động nếu có một người nào đó bị mua lại toàn bộ doanh nghiệp.

– Người quản lý doanh nghiệp trong trường hợp phá sản bị Nhà nước đối xử khác so với người quản lý doanh nghiệp bị giải thể. Người quản lý, điều hành doanh nghiệp trong

trường hợp phá sản bị Luật phá sản cấm thành lập doanh nghiệp trong một thời gian nhất định, đối với trường hợp phá sản thì không.

– Thời gian để giải quyết một vụ phá sản thường dài hơn thời gian giải quyết một vụ giải quyết giải thể. Việc giải quyết phá sản có trình tự, thủ tục phức tạp hơn phá sản.

4. Tạm ngừng kinh doanh

Ngoài việc quy định giải thể và phá sản doanh nghiệp thì Luật doanh nghiệp còn quy định về tạm ngừng hoạt động. Đây là quyền của doanh nghiệp. Tuy nhiên, khi tạm ngừng hoạt động của doanh nghiệp thì doanh nghiệp phải tuân theo các quy định sau đây :

– Doanh nghiệp có quyền tạm ngừng kinh doanh nhưng phải thông báo bằng văn bản về thời điểm và thời hạn tạm ngừng hoặc tiếp tục kinh doanh cho cơ quan đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế chậm nhất mười lăm ngày trước ngày tạm ngừng hoặc tiếp tục kinh doanh.

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

– Trong thời gian tạm ngừng kinh doanh, doanh nghiệp phải nộp đủ số thuế còn nợ, tiếp tục thanh toán các khoản nợ, hoàn thành việc thực hiện hợp đồng đã ký với khách

hàng và người lao động, trừ trường hợp doanh nghiệp chủ nợ, khách hàng và người lao động có thỏa thuận khác.

VI. TRÌNH TỰ ĐĂNG KÝ KINH DOANH THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP VÀ HỒ SƠ ĐĂNG KÝ KINH DOANH CỦA TỪNG LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP

1. Trình tự đăng ký kinh doanh thành lập doanh nghiệp

Người thành lập doanh nghiệp nộp đủ hồ sơ đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền và phải chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh. Hồ sơ thành lập từng loại hình doanh nghiệp có sự khác nhau theo quy định của Luật doanh nghiệp.

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 tại Luật này.

Thời hạn cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh gắn với dự án đầu tư cụ thể thực hiện theo quy định của pháp luật về đầu tư.

Trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc chứng nhận thay đổi đăng ký kinh doanh, cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo nội dung giấy chứng nhận đó cho cơ quan thuế, cơ quan thống kê, cơ quan Nhà nước có thẩm quyền khác cùng cấp, Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh và Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính.

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

- Tên 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.

Trong trường hợp thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp phải công bố nội dung những thay đổi đó trong thời hạn và theo phương thức như trên.

2. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của từng loại hình doanh nghiệp

a. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân

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

– Bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác.

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

– Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc và cá nhân khác đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

b. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty hợp danh

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

– Dự thảo Điều lệ công ty.

– Danh sách thành viên, bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của mỗi thành viên.

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

– Chứng chỉ hành nghề của thành viên hợp danh và cá nhân khác đối với công ty hợp danh kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

c. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty trách nhiệm hữu hạn

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

– Dự thảo Điều lệ công ty.

– Danh sách thành viên và các giấy tờ kèm theo sau đây :

+ Đối với thành viên là cá nhân : bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác;

+ Đối với thành viên là tổ chức : bản sao quyết định thành lập, Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc tài liệu tương đương khác của tổ chức; văn bản ủy quyền, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo ủy quyền

+ Đối với thành viên là tổ chức nước ngoài thì bản sao Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh phải có chứng thực của cơ quan nơi tổ chức đó đã đăng ký không quá ba tháng trước ngày nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh.

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

– Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và cá nhân khác đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

d. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty cổ phần

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

– Dự thảo Điều lệ công ty.

– Danh sách cổ đông sáng lập và các giấy tờ kèm theo sau đây :

+ Đối với cổ đông là cá nhân : bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác;

+ Đối với cổ đông là tổ chức : bản sao quyết định thành lập, Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc tài liệu tương đương khác của tổ chức; văn bản ủy quyền, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo ủy quyền.

+ Đối với cổ đông là tổ chức nước ngoài thì bản sao Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh phải có chứng thực của cơ quan nơi tổ chức đó đã đăng ký không quá ba tháng trước ngày nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh.

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

– Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và cá nhân khác đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

3. Nội dung giấy đề nghị đăng ký kinh doanh, Điều lệ công ty, Danh sách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần

a. Nội dung giấy đề nghị đăng ký kinh doanh

- Tên doanh nghiệp.
- Địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp; số điện thoại, số fax, địa chỉ giao dịch thư điện tử (nếu có).
- Ngành, nghề kinh doanh.
- Vốn điều lệ đối với công ty, vốn đầu tư ban đầu của chủ doanh nghiệp đối với doanh nghiệp tư nhân.
- Phần vốn góp của mỗi thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh; số cổ phần của cổ đông sáng lập, loại cổ phần, mệnh giá cổ phần và tổng số cổ phần được quyền chào bán của từng loại đối với công ty cổ phần.
- Họ, tên, chữ ký, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của chủ doanh nghiệp đối với doanh nghiệp tư nhân; của chủ sở hữu công ty hoặc người đại diện theo ủy quyền của chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên; của thành viên hoặc người đại diện theo ủy quyền của thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên; của cổ đông sáng lập hoặc người đại diện theo ủy quyền của cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần; của thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh.

b. Nội dung Điều lệ công ty

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

- Ngành, nghề kinh doanh.

- Vốn điều lệ; cách thức tăng và giảm vốn điều lệ.

- Họ, tên, địa chỉ, quốc tịch và các đặc điểm cơ bản khác của các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; của chủ sở hữu công ty, thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn; của cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần.

- Phần vốn góp và giá trị vốn góp của mỗi thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh; số cổ phần của cổ đông sáng lập, loại cổ phần, mệnh giá cổ phần và tổng số cổ phần được quyền chào bán của từng loại đối với công ty cổ phần.

- Quyền và nghĩa vụ của thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh; của cổ đông đối với công ty cổ phần.

- Cơ cấu tổ chức quản lý.

- Người đại diện theo pháp luật đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần.

- Thể thức thông qua quyết định của công ty; nguyên tắc giải quyết tranh chấp nội bộ.

- Căn cứ và phương pháp xác định thù lao, tiền lương và thưởng cho người quản lý và thành viên Ban kiểm soát hoặc Kiểm soát viên.

- Những trường hợp thành viên có thể yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc cổ phần đối với công ty cổ phần.

- Nguyên tắc phân chia lợi nhuận sau thuế và xử lý lỗ trong kinh doanh.

- Các trường hợp giải thể, trình tự giải thể và thủ tục thanh lý tài sản công ty.

- Thể thức sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty.

- Họ, tên, chữ ký của các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; của người đại diện theo pháp luật, của chủ sở hữu công ty, của các thành viên hoặc người đại diện theo ủy quyền đối với công ty trách nhiệm hữu hạn; của người đại diện theo pháp luật, của các cổ đông sáng lập, người đại diện theo ủy quyền của cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần.

- Các nội dung khác do thành viên, cổ đông thỏa thuận nhưng không được trái với quy định của pháp luật.

c. Danh sách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần

Danh sách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần được lập theo mẫu thống nhất do cơ quan đăng ký kinh doanh quy định và phải có các nội dung chủ yếu sau đây :

- Họ, tên, địa chỉ, quốc tịch, địa chỉ thường trú và các đặc điểm cơ bản khác của thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh; của cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần.

- Phần vốn góp, giá trị vốn góp, loại tài sản, số lượng, giá trị của từng loại tài sản góp vốn, thời hạn góp vốn của từng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh; số lượng cổ phần, loại cổ phần, loại tài sản, số lượng tài sản, giá trị của từng loại tài sản góp vốn cổ phần của từng cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần.

- Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của thành viên, cổ đông sáng lập hoặc của đại diện theo ủy quyền của họ đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần; của thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh.

CHƯƠNG 2

CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP

BÀI 3

CÔNG TY

I. KHÁI NIỆM CHUNG VỀ CÔNG TY

Trên thực tế nhiều người có thể liên kết với nhau nhằm tiến hành một công việc nào đó. Đối với công ty cũng vậy, việc liên kết của các thành viên trong công ty không phải là sự liên kết thông thường mà thông qua một sự kiện pháp lý.

Sự liên kết của các thành viên có nhiều mục đích khác nhau. Trong công ty thì việc liên kết của các thành viên nhằm mục đích kinh doanh (đối với công ty kinh doanh) hay mục đích không kinh doanh (đối với công ty dân sự). Ở đây chúng tôi chỉ đề cập đến công ty kinh doanh được điều chỉnh trong Luật doanh nghiệp Việt Nam.

Trong lịch sử xã hội loài người, ý niệm về công ty có rất sớm từ thời La Mã cổ đại và được quy định trong Luật La Mã.

Trong bộ Luật dân sự của nước Cộng hòa Pháp định nghĩa : "Công ty là một hợp đồng, thông qua đó hai hay nhiều người thỏa thuận với nhau sử dụng tài sản hay khả năng của mình vào một hoạt động chung nhằm chia lợi nhuận thu được từ hoạt động đó".

Bộ Luật thương mại Thái Lan định nghĩa : "Hợp đồng thành lập công ty hoặc công ty là hợp đồng, theo đó hai hay nhiều cá nhân thỏa thuận cùng nhau thực hiện công việc chung, trên nguyên tắc cùng chia sẻ lợi nhuận có được từ công việc đó".

Luật công ty năm 1990 của Việt Nam định nghĩa : "Công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần gọi chung là công ty, là doanh nghiệp trong đó các thành viên cùng góp vốn, cùng chia sẻ lợi nhuận, cùng chịu lỗ tương ứng với phần vốn góp của mình vào công ty".

Các định nghĩa về công ty ở các nước có sự khác nhau. Nhưng điều có chung dấu hiệu đó là sự liên kết của hai thành viên trở lên (có thể là cá nhân hoặc pháp nhân) trên cơ sở một sự kiện pháp lý (hợp đồng hay điều lệ) nhằm thỏa thuận nhất định về việc tiến hành các hoạt động kinh doanh kiếm lời cũng như chịu rủi ro.

Như vậy, công ty là sự liên kết giữa các thành viên với nhau thông qua một sự kiện pháp lý nhằm mục đích kinh doanh.

II. PHÂN LOẠI CÔNG TY

Nói đến công ty là phải nói đến sự liên kết của các thành viên. Tuy nhiên, không phải mọi sự liên kết nào cũng nhằm mục đích thành lập công ty, mà chỉ có sự liên kết nhằm mục đích kinh doanh. Dựa vào sự liên kết này, chúng tôi phân chia công ty làm hai loại : Công ty đối nhân và công ty đối vốn.

Tất nhiên dựa vào tiêu chí khác nhau, thì có thể phân chia thành các loại công ty khác nhau nữa. Ví dụ : Dựa vào cơ cấu tổ chức, dựa vào chế độ trách nhiệm... song dựa vào mối quan hệ bằng vốn hoặc bằng nhân thân giữa các thành viên công ty thì việc phân chia công ty tổng quát hơn.

1. Công ty đối vốn

Là công ty mà các thành viên liên kết với nhau chỉ quan tâm đến vốn, vấn đề nhân thân của các thành viên góp vốn là vấn đề thứ yếu.

So với công ty đối nhân thì công ty đối vốn ra đời muộn hơn. Nhưng hiện nay công ty đối vốn được các nhà đầu tư ưa chuộng hơn và chiếm đa số trong các loại hình công ty, đặc biệt là công ty trách nhiệm hữu hạn. Vì sao như vậy? Vì công ty đối vốn có nhiều ưu điểm hơn so với công ty đối nhân.

Thứ nhất : Nhà đầu tư đầu tư vào công ty đối vốn chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong phần vốn góp của mình với các khoản nợ. Điều này làm cho các nhà đầu tư sẵn sàng

đầu tư vào các lĩnh vực rủi ro cao nhưng có khả năng mang lại lợi nhuận lớn.

Thứ hai : Do không quan tâm đến nhân thân của các thành viên thành lập công ty. Vì vậy, khi có một thành viên chết, mất năng lực hành vi dân sự, bị phá sản ở nơi công ty khác hoặc bị tù thì cũng không ảnh hưởng lớn đến sự hoạt động và tồn tại của công ty. Ở đây có sự độc lập của thành viên công ty với công ty.

Thứ ba : Thành viên công ty đối vốn có quyền chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho người ngoài công ty một cách dễ dàng. Điều này làm cho các nhà đầu tư không bị ràng buộc vào công ty khi không muốn đầu tư nữa hoặc rút vốn về để đầu tư vào một ngành nghề, mặt hàng khác mà nó có khả năng mang lại nhiều lợi nhuận hơn.

Thứ tư : Việc tổ chức lại công ty đối vốn bằng các hình thức : chia công ty, tách công ty, chuyển đổi công ty chỉ áp dụng cho công ty đối vốn. Điều này làm cho công ty đối vốn thích nghi được với môi trường kinh doanh khi môi trường kinh doanh thay đổi.

Đó là một số lý do chủ yếu làm cho nhà đầu tư thích đầu tư vào công ty đối vốn hơn là công ty đối nhân.

Thông thường công ty đối vốn được chia thành hai loại : Công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Trong Luật doanh nghiệp có quy định các hình thức doanh nghiệp sau đây là công ty đối vốn : Công ty trách nhiệm hữu hạn

hai thành viên trở lên, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty cổ phần.

2. Công ty đối nhân

Công ty đối nhân là loại công ty mà việc thành lập của các thành viên dựa trên sự liên kết về nhân thân (niềm tin, uy tín, đạo đức, nghề nghiệp...) yếu tố vốn cũng là yếu tố các thành viên quan tâm nhưng chỉ là thứ yếu.

Sự liên kết dựa vào nhân thân là sự liên kết bền vững. Không có sự tin cậy, hiểu biết đầy đủ giữa các thành viên thì công ty sẽ không được thành lập. Tài sản của công ty và tài sản của các thành viên không có sự tách bạch. Tất cả các thành viên hoặc ít nhất phải có một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ công ty. Công ty muốn huy động vốn bằng cách vay ngân hàng, người thân ở trong nước hoặc ngoài nước.

Đặc điểm chung về công ty đối nhân là các thành viên hợp danh phải chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ trong quá trình hoạt động. Chính vì đặc điểm này làm cho các nhà đầu tư không ưa chuộng việc thành lập công ty hoạt động trong các lĩnh vực có tính rủi ro cao. Mô hình công ty đối nhân lại phù hợp các lĩnh vực đòi hỏi những người hoạt động phải có trình độ chuyên môn, chúng chỉ hành nghề như : Tư vấn kế toán, tư vấn kiểm toán, tư vấn bảo hiểm, tư vấn pháp luật...

Trong Luật doanh nghiệp ở nước ta có quy định về một công ty đối nhân là công ty hợp danh.

III. SỰ HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CÔNG TY

1. Các nguyên nhân kinh tế – xã hội làm xuất hiện, phát triển công ty

Bất kỳ một sự vật, hiện tượng nào, thì sự xuất hiện và phát triển của nó cũng gắn liền với các điều kiện nhất định. Sự ra đời tồn tại phát triển của công ty với tính cách là một hiện tượng kinh tế cũng gắn liền với các điều kiện nhất định đó là :

– Chủ nghĩa duy vật biện chứng đã khẳng định : Bất kỳ sự vật hiện tượng nào cũng ra đời và biến đổi theo hướng phát triển (nguyên lý về sự phát triển phổ biến của các sự vật hiện tượng – Chủ nghĩa duy vật biện chứng của Chủ nghĩa Mác – Lênin). Sự ra đời và phát triển của nền kinh tế thị trường kéo theo sự cạnh tranh khốc liệt trong việc trao đổi hàng hóa mang lại lợi nhuận và dịch vụ. Điều này sẽ rất khó khăn cho những nhà đầu tư ít vốn hoặc họ không đủ uy tín, trình độ chuyên môn trên thương trường. Họ rơi vào vị trí bất lợi trong quá trình cạnh tranh. Để đáp ứng nhu cầu về vốn cho kinh doanh, buộc các nhà đầu tư phải chọn giải pháp liên kết với nhau. Sự liên kết này được thể hiện trước hết là sự liên kết về nhân thân (uy tín, niềm tin, trình độ chuyên môn, đạo đức...). Bằng chứng là các công ty đổi nhân ra đời trước các công ty đổi vốn. Sau đó các thành viên liên kết với nhau để thành lập công ty bằng vốn (tài sản). Sự liên kết bằng vốn của các thành viên ngày càng chiếm ưu thế.

– Một quy luật đơn giản là việc kinh doanh mang lại nhiều lợi nhuận cho nhà đầu tư thì cũng tạo cho họ nhiều rủi ro. Trong nền kinh tế thị trường sự chi phối của quy luật cạnh tranh rất lớn. Vì vậy các nhà đầu tư có thể bị rủi ro lớn. Để phân tán rủi ro, hạn chế phá sản thì các nhà đầu tư phải liên kết với nhau một cách hiệu quả và tinh vi.

– Các nhà đầu tư liên kết với nhau không những tạo ra vốn lớn đủ sức cạnh tranh mà còn phát huy được trí tuệ tập thể, góp phần quản lý điều hành kinh doanh được tốt hơn. Đồng thời tập trung được kinh nghiệm kinh doanh của nhiều người, cũng như tạo ra được uy tín đủ mạnh (trong công ty hợp danh) trong hoạt động sản xuất kinh doanh.

– Trong quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh, các nhà đầu tư là những người có khả năng quan sát tốt hơn tất cả. Bằng hình thức công ty các nhà đầu tư có thể chuyển nhượng phần vốn của mình cho người khác hoặc rút vốn từ công ty này để đầu tư vào những lĩnh vực, ngành nghề sao cho mang lại nhiều lợi nhuận nhất.

Như vậy, dù các nhà đầu tư liên kết với nhau bằng việc góp vốn hay uy tín, niềm tin, trình độ chuyên môn...chính là nhu cầu khách quan của đời sống kinh tế – xã hội. Do đó sự xuất hiện công ty là điều tất yếu. Vì vậy pháp luật về công ty cũng ra đời để điều chỉnh các quan hệ xã hội xuất hiện từ việc ra đời của công ty.

2. Quá trình hình thành và phát triển của pháp luật về công ty

Hoạt động lập pháp luôn gắn liền với việc phải chứng minh tính cấp thiết phải ban hành pháp luật. Nghĩa là xã hội xuất hiện những quan hệ xã hội mới, cần thiết phải có sự điều chỉnh của pháp luật. Nếu pháp luật không điều chỉnh, điều chỉnh không kịp thời hoặc điều chỉnh không đúng thì các quan hệ xã hội đó phát triển một cách không bình thường. Sự liên kết của các nhà đầu tư trong quá trình thành lập công ty xuất hiện nhiều quan hệ xã hội mới. Nếu các quan hệ xã hội này phát triển một cách tự phát thì sẽ gây thiệt hại cho công chúng, ảnh hưởng đến trật tự kinh doanh. Vì vậy pháp luật về công ty ra đời là kết quả tất yếu của sự xuất hiện công ty. Pháp luật về công ty với tính cách là thượng tầng kiến trúc tác động trở lại đối với các quan hệ xã hội phát sinh từ sự xuất hiện của công ty với tính cách là cơ sở hạ tầng. Lúc đầu các quan hệ về hợp đồng, nợ nần, từ sự liên kết về vốn, trao đổi hàng hóa xuất hiện trong luật La Mã. Vào thế kỷ thứ XIII ở các thành phố lớn đã xuất hiện những trao đổi hàng hóa, xuất hiện các công ty đối nhân đầu tiên vào đầu thế kỷ thứ XVIII. Năm 1807, Pháp đã ban hành Bộ Luật Thương mại thể chế hóa quan điểm tự do kinh doanh. Năm 1811 Luật Công ty chung của Mỹ được ban hành tại NewYork. Ở Anh Luật công ty năm 1844 quy định về đăng ký kinh doanh, đến năm 1862 Luật công ty ở Anh mới quy định về chế độ trách nhiệm hữu hạn. Năm 1870, Đức ban hành Luật công ty cổ phần vào năm 1982 có luật về công ty trách nhiệm hữu hạn.

Đến năm 1870, hầu hết các nước đều bãi bỏ thủ tục cấp giấy phép thành lập. Công dân có quyền tự do thành lập công ty và Nhà nước chỉ quy định các công ty có nghĩa vụ đăng ký theo quy định của pháp luật. Tòa án là nơi mà các nhà đầu tư muốn thành lập công ty phải đăng ký, căn cứ vào kết quả thẩm định của các chuyên gia kiểm toán độc lập. Pháp luật về công ty ngày càng được hoàn thiện.

Đến nay các nước đang thực hiện nguyên tắc tự do kinh doanh, xóa bỏ những rào cản làm ảnh hưởng đến quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư, hạn chế tiêu cực, lừa đảo.

Nếu căn cứ vào đặc điểm để phân định công pháp và tư pháp trong hệ thống pháp luật Anh – Mỹ thì luật công ty phần nào nghiêng về tư pháp. Hầu hết các nước trên thế giới đều quy định Luật công ty thuộc về ngành Luật tư pháp. Vì vậy Công ty ít chịu sự giám sát của Nhà nước.

3. Sự hình thành, phát triển của Công ty và pháp luật của Công ty ở Việt Nam

a. Thời thuộc Pháp

Mặc dù hoạt động thương mại đã có từ lâu, được điều chỉnh bằng thông lệ thương mại. Nhưng luật công ty ra đời muộn và chậm phát triển so với thế giới. Do Việt Nam là thuộc địa của Pháp nên có thời kỳ Luật Thương mại của Pháp được áp dụng vào từng vùng lãnh thổ khác nhau. Năm 1931, luật lệ về công ty được quy định lần đầu tiên tại Việt Nam trong : "Dân luật thi hành tại các tòa Nam án Bắc kỳ",

trong đó có nói về "Hội buôn". Đạo luật này chia các công ty (Hội buôn) thành hai loại : Hội người và hội vốn. Trong hội người chia thành hội hợp danh (công ty hợp danh) và hội hợp tư (công ty hợp vốn đơn giản). Trong hội vốn chia thành Hội vô danh (công ty cổ phần) và Hội hợp cổ (công ty hợp vốn đơn giản cổ phần). Trong luật này không có công ty trách nhiệm hữu hạn. Năm 1944, chính quyền Bảo Đại xây dựng Bộ luật Thương Mại Trung phần thời Pháp thuộc. Như vậy ở Việt Nam thời thuộc Pháp xuất hiện nhiều loại công ty dưới hình thức Hội buôn.

b. Sau Cách mạng tháng 8 năm 1945

Từ sau năm 1945, chính quyền mới dành được còn non trẻ phải đối phó với cuộc xâm lăng lần thứ hai của thực dân Pháp. Vì vậy Nhà nước chưa ban hành đầy đủ các văn bản pháp luật trong hệ thống pháp luật ở thời kỳ này, các tranh chấp về kinh tế dân sự vẫn áp dụng luật lệ cũ mà không được trái với tinh thần Sắc lệnh 97-52 ngày 22/5/1950 đó là : "Những quyền dân sự được bảo vệ khi người ta sử dụng nó đúng với quyền lợi của nhân dân", "khi lập ước mà có sự tổn thất do sự bóc lột của một bên vì điều kiện kinh tế của hai bên chênh lệch nhau thì khế ước coi như vô hiệu". Nguyên tắc trên được Bộ luật dân sự năm 2005 kế thừa (Nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước; lợi ích của cộng đồng; quyền, lợi ích hợp pháp của người khác trong giao dịch dân sự).

Sau năm 1954, đất nước chia làm hai miền, trong đó miền Bắc xây dựng nền kinh tế kế hoạch tập trung với hai thành phần kinh tế chủ yếu là quốc doanh và tập thể.

Sau năm 1975 đất nước thống nhất hai miền Nam Bắc. Nước ta tiến lên xã hội chủ nghĩa. Nhà nước với tư cách là chủ sở hữu mọi tư liệu sản xuất, vốn đã đề ra hệ thống chỉ tiêu pháp lệnh bắt buộc từ sản xuất, lưu thông đến phân phối. Trong nền kinh tế kế hoạch, quan hệ liên kết bằng vốn không có điều kiện phát triển. Vì vậy trong hệ thống pháp luật không có điều chỉnh về công ty.

Đến Đại hội Đảng lần thứ VI khẳng định một nguyên tắc hết sức quan trọng mà cơ chế quản lý kinh tế trước đây chưa bao giờ đề cập đó là : nguyên tắc tự do kinh doanh. Mở đầu cho sự đổi mới nền kinh tế quan liêu bao cấp sang nền kinh tế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa.

Đại hội Đảng lần thứ VII tiếp tục đổi mới trên cơ sở tổng kết quá trình đổi mới của Đại hội Đảng lần thứ VI "Phải tiếp tục xóa bỏ cơ chế tập trung, quan liêu, bao cấp, chuyển sang cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước bằng pháp luật, chính sách, kế hoạch và các công cụ khác".

Báo cáo chính trị của Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa VII tại Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VIII : " Thực hiện nhất quán, lâu dài chính sách phát triển nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần...

Ngày 21/12/1990 Quốc hội đã thông qua Luật công ty, quy định về Công ty trách nhiệm hữu hạn và Công ty cổ phần : Sự ra đời của Luật công ty làm xuất hiện các văn bản pháp luật có liên quan đến việc thi hành Luật công ty. Đó là :

+ Nghị định 222/HĐBT ngày 23/7/1991 của Hội đồng Bộ trưởng cụ thể hóa một số điều trong Luật công ty.

+ Thông tư số 141.PLDS/KT ngày 03/02/1992 của Bộ Tư pháp hướng dẫn thi hành 03 Điều của Nghị định 221/ HĐBT và Điều 4-HĐBT của Hội đồng Bộ trưởng.

+ Thông tư số 120-TT/CC ngày 26/02/1992 của Bộ tư pháp hướng dẫn việc chứng nhận giá trị tài sản bằng hiện vật thuộc sở hữu của doanh nghiệp tư nhân và công ty cổ phần.

+ Nghị định số 66-HĐBT ngày 02/3/1992 của Hội đồng Bộ trưởng về cá nhân và nhóm kinh doanh có vốn thấp hơn vốn pháp định trong Nghị định 221-HĐBT của Hội đồng Bộ trưởng.

+ Nghị định 361- HĐBT ngày 01/01/1992 của Hội Đồng Bộ trưởng về việc sửa đổi, bổ sung một số điểm trong các quy định ban hành kèm theo Nghị định 221-HĐBT và Nghị định HĐBT.

+ Luật sửa đổi, bổ sung một điều của Luật công ty ngày 22/6/1994.

+ Nghị định số 26/1998/ ND-CP ngày 07/5/1998 về việc điều chỉnh mức vốn pháp định đối với doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần.

+ Thông tư số 472-BLKT ngày 20/5/1993 của Bộ Tư pháp hướng dẫn thủ tục và thời hạn cấp giấy phép thành lập doanh nghiệp tư nhân và công ty.

+ Thông tư số 07-TT/ĐKKD ngày 29/7/1991 của Trọng tài kinh tế Nhà nước hướng dẫn thực hiện đăng ký kinh doanh.

Từ ngày Luật công ty có hiệu lực đến nay đã khơi dậy nguồn phấn khởi và hiểu biết kinh doanh trong giới đầu tư và từng bước thực hiện nguyên tắc tự do kinh doanh và công cuộc đổi mới của Đảng. Tạo cơ sở pháp lý cho sự phát triển kinh tế tư nhân ở Việt Nam trong quá trình thực hiện nền kinh tế nhiều thành phần. Tuy nhiên đến nay, gần 10 năm thực hiện Luật công ty bộc lộ nhiều hạn chế cần khắc phục. Nhiều quy định trong Luật công ty không còn phù hợp trước tình hình kinh tế và xu hướng phát triển của Thế giới. Cũng như không phù hợp với các ngành luật khác trong hệ thống Pháp luật Việt nam. Mặt khác xã hội xuất hiện nhiều quan hệ xã hội về kinh tế cần phải có sự điều chỉnh.

Chính những nguyên nhân nói trên là lý do Quốc hội Khóa X kỳ họp thứ 5 đã thông qua Luật doanh nghiệp ngày 12/6/1999 và có hiệu lực ngày 01/01/2000. Luật doanh nghiệp ban hành xem như là một bước hoàn thiện quan trọng trong Pháp luật về công ty ở Việt Nam. Đồng thời Luật doanh nghiệp còn làm chuyển biến một xã hội hành chính sang xã hội dân sự ở nước ta.

Đến năm 2005 do những thay đổi về kinh tế, xã hội vì vậy ngày 29/11/2005 Quốc hội thông qua Luật doanh nghiệp và có hiệu lực ngày 01/7/2006. Luật doanh nghiệp mới về cơ bản dựa trên những quy định của Luật Doanh nghiệp 2005

và quy định chi tiết, cụ thể hơn đáp ứng được sự điều chỉnh các quan hệ kinh tế ngày càng phong phú, đa dạng.

IV. CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN HAI THÀNH VIÊN TRỞ LÊN

1. Khái niệm

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là một dạng của công ty đối vốn, các thành viên của công ty phải góp vốn vào công ty và chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ trong phạm vi số vốn góp vào công ty

2. Đặc điểm của công ty

- Thành viên công ty phải góp vốn vào công ty.
- Số lượng thành viên công ty không vượt quá năm mươi.
Thành viên công ty có thể là cá nhân cũng có thể là tổ chức.
- Thành viên chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào doanh nghiệp
- Thành viên của công ty có quyền chuyển nhượng số vốn đã góp vào công ty nhưng phải ưu tiên mua phần góp vốn đó cho các thành viên còn lại trong công ty, nếu các thành viên còn lại trong công ty không mua hoặc mua không hết thì được quyền chuyển nhượng cho người ngoài công ty.
- Công ty không được quyền phát hành cổ phiếu.

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

Công ty trách nhiệm hữu hạn khác với loại hình Công ty cổ phần ở chỗ nó là sản phẩm của hoạt động lập pháp, do các nhà làm luật sáng tạo ra.

Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình công ty đối vốn, vì vậy ngoài các đặc điểm đã trình bày trong phần ưu điểm của công ty đối vốn và các đặc điểm trên, chúng ta phải chú ý các ưu điểm và riêng biệt khác của công ty trách nhiệm hữu hạn sau :

– Công ty trách nhiệm hữu hạn phù hợp với loại hình kinh doanh vừa và nhỏ. Điều này phù hợp với mô hình kinh doanh trong xã hội và chiếm đại đa số. Dẫn đến việc tổ chức, điều hành ở công ty trách nhiệm hữu hạn đơn giản. Ít chịu sự điều chỉnh chặt chẽ của Pháp luật hơn công ty cổ phần.

– Công ty trách nhiệm hữu hạn kết hợp được ưu điểm về chế độ trách nhiệm hữu hạn (đặc trưng cho công ty đối vốn) và ưu điểm của công ty đối nhân là các thành viên bắt buộc phải quen biết nhau. Khắc phục được nhược điểm về sự phức tạp khi thành lập và quản lý của công ty cổ phần và nhược điểm không phân chia được rủi ro cũng như lợi nhuận của công ty đối nhân.

– Cách thức huy động vốn của công ty trách nhiệm hữu hạn giống như cách thức huy động vốn của công ty đối nhân bằng hình thức vay hoặc tự tăng vốn của các thành viên.

Trong khi đó công ty cổ phần được quyền huy động vốn trong công chúng bằng cách phát hành cổ phiếu hoặc trái phiếu.

– Vốn điều lệ trong công ty trách nhiệm hữu hạn được chia thành từng phần, mỗi thành viên có thể góp nhiều hay ít khác nhau và bắt buộc góp đủ khi thành lập công ty cũng như phải chịu trách nhiệm khi không góp đủ vốn như đã cam kết. Nguyên tắc này không những thể hiện trong việc góp mà còn thể hiện trong việc phân chia lợi nhuận.

3. Quyền và nghĩa vụ của các thành viên

a. Quyền của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có các quyền sau đây :

– Tham dự họp Hội đồng thành viên, thảo luận, kiến nghị, biểu quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền của Hội đồng thành viên;

– Có số phiếu biểu quyết tương ứng với phần vốn góp;

– Kiểm tra, xem xét, tra cứu, sao chép hoặc trích lục sổ đăng ký thành viên, sổ ghi chép và theo dõi các giao dịch, sổ kế toán, báo cáo tài chính hàng năm, sổ biên bản họp Hội đồng thành viên, các giấy tờ và tài liệu khác của công ty;

– Được chia lợi nhuận tương ứng với phần vốn góp sau khi công ty đã nộp đủ thuế và hoàn thành các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;

- Được chia giá trị tài sản còn lại của công ty tương ứng với phần vốn góp khi công ty giải thể hoặc phá sản;

- Được ưu tiên góp thêm vốn vào công ty khi công ty tăng vốn điều lệ; được quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp theo quy định của Luật doanh nghiệp;

- Khiếu nại hoặc khởi kiện Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc khi không thực hiện đúng nghĩa vụ, gây thiệt hại đến lợi ích của thành viên hoặc công ty theo quy định của pháp luật;

- Định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách chuyển nhượng, để thừa kế, tặng cho và cách khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty;

- Các quyền khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

b. Thành viên hoặc nhóm thành viên sở hữu trên 25% vốn điều lệ hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định có quyền yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên để giải quyết những vấn đề thuộc thẩm quyền.

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

b. Nghĩa vụ của thành viên

Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có các nghĩa vụ sau đây :

– Góp đủ, đúng hạn số vốn đã cam kết và chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào công ty;

– Tuân thủ Điều lệ công ty.

– Chấp hành quyết định của Hội đồng thành viên.

– Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp.

– Chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ty để thực hiện các hành vi sau đây :

+ Vi phạm pháp luật;

+ Tiến hành kinh doanh hoặc giao dịch khác không nhằm phục vụ lợi ích của công ty và gây thiệt hại cho người khác;

+ Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn trước nguy cơ tài chính có thể xảy ra đối với công ty.

4. Cơ cấu tổ chức

Cơ cấu tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên gồm : Hội đồng thành viên, Chủ tịch hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng Giám đốc) và có thể có Ban kiểm soát.

a. Hội đồng thành viên

Là cơ quan bao gồm tất cả các thành viên, có quyền quyết định cao nhất của công ty.

Trong trường hợp thành viên công ty là tổ chức, thì thành viên đó phải chỉ định người đại diện theo ủy quyền tham gia Hội đồng thành viên. Việc chỉ định người đại diện theo ủy quyền phải bằng văn bản, được thông báo đến công ty và cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày chỉ định.

a.1. Cuộc họp của Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên họp ít nhất mỗi năm một lần theo sự triệu tập của Chủ tịch hội đồng thành viên hoặc theo yêu cầu của thành viên hoặc nhóm thành viên sở hữu trên 25% vốn điều lệ hoặc tỉ lệ khác nhỏ hơn do điều lệ công ty quy định. Cuộc họp của Hội đồng thành viên phải được tổ chức tại trụ sở chính của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác.

Thông báo mời họp Hội đồng thành viên có thể bằng giấy mời, điện thoại, fax, telex hoặc các phương tiện điện tử khác do Điều lệ công ty quy định và được gửi trực tiếp đến từng thành viên Hội đồng thành viên. Nội dung thông báo mời họp phải xác định rõ thời gian, địa điểm và chương trình họp. Chương trình và tài liệu họp phải được gửi cho thành viên công ty trước khi họp.

Cuộc họp Hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty và thông qua ngay khi kết thúc cuộc họp.

Cuộc họp của hội đồng thành viên được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 75% vốn điều lệ, tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Trong trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ tỉ lệ nói trên, thì được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày cuộc họp lần thứ nhất dự định khai mạc. Cuộc họp lần thứ hai được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 50% vốn điều lệ, tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Trong trường hợp cuộc họp lần thứ hai cũng không tiến hành được vì không đủ tỉ lệ nói trên thì phải tiến hành cuộc họp lần thứ ba trong thời hạn mười ngày kể từ ngày cuộc họp lần thứ hai được khai mạc. Cuộc họp lần thứ ba được tiến hành không phụ thuộc vào số thành viên dự họp.

a.2. Quyết định của Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản. Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua tại cuộc họp khi có sự chấp thuận của số thành viên dự họp đại diện ít nhất 65% số vốn của các thành viên dự họp, tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Trong trường hợp Hội đồng thành viên quyết định những vấn đề quan trọng như : quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, tổ chức lại, giải thể công ty thì phải có sự chấp thuận

của số thành viên đại diện ít nhất 75% số vốn của các thành viên dự họp; tỉ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản khi có sự chấp thuận của số thành viên đại diện ít nhất 75% vốn điều lệ, tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định.

a.3. Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- Quyết định chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hàng năm của công ty;
- Quyết định tăng hoặc giảm vốn điều lệ, quyết định thời điểm và phương thức huy động thêm vốn;
- Quyết định phương thức đầu tư và dự án đầu tư có giá trị trên 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Quyết định giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và chuyển giao công nghệ; thông qua hợp đồng vay, cho vay, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên; quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, ký và chấm dứt hợp đồng đối với Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc,

Kế toán trưởng và người quản lý khác quy định tại Điều lệ công ty;

– Quyết định mức lương, thưởng và lợi ích khác đối với Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng và người quản lý khác quy định tại Điều lệ công ty;

– Thông qua báo cáo tài chính hàng năm, phương án sử dụng và phân chia lợi nhuận hoặc phương án xử lý lỗ của công ty;

– Quyết định cơ cấu tổ chức quản lý công ty;

– Quyết định thành lập công ty con, chi nhánh, văn phòng đại diện;

– Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;

– Quyết định tổ chức lại công ty;

– Quyết định giải thể hoặc yêu cầu phá sản công ty;

– Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

Ngoài các quyền và nghĩa vụ trên thì những hợp đồng, giao dịch phải được Hội đồng thành viên chấp thuận.

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng sau đây phải được Hội đồng thành viên chấp thuận :

– Thành viên, người đại diện theo ủy quyền của thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, người đại diện theo pháp luật của công ty;

- Người có liên quan của những người trên.
- Người quản lý công ty mẹ, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ hoặc người có liên quan của những người này;

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.

b. Chủ tịch hội đồng thành viên

Chủ tịch hội đồng thành viên do hội đồng thành viên bầu ra với nhiệm kỳ không quá năm năm và có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Chủ tịch hội đồng thành viên có thể kiêm giám đốc (Tổng Giám đốc) công ty. Trong trường hợp Chủ tịch hội đồng quản trị là người đại diện cho công ty trước pháp luật thì trong các giấy tờ giao dịch phải ghi rõ điều này. Trường hợp Chủ tịch Hội đồng thành viên vắng mặt thì ủy quyền bằng văn bản cho một thành viên khác thực hiện quyền và nhiệm vụ của mình.

Trường hợp không có thành viên được ủy quyền hoặc Chủ tịch Hội đồng thành viên không làm việc được thì các thành viên còn lại bầu một người trong số các thành viên tạm thời thực hiện quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên theo nguyên tắc đa số quá bán.

Chủ tịch Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- Chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, kế hoạch hoạt động của Hội đồng thành viên;

- Chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu họp Hội đồng thành viên hoặc để lấy ý kiến các thành viên;

- Triệu tập và chủ trì cuộc họp Hội đồng thành viên hoặc tổ chức việc lấy ý kiến các thành viên;

- Giám sát hoặc tổ chức giám sát việc thực hiện các quyết định của Hội đồng thành viên;

- Thay mặt Hội đồng thành viên ký các quyết định của Hội đồng thành viên;

- Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

c. Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc

c.1. Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc

Là người điều hành hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty, chịu trách nhiệm trước Hội đồng thành viên về

việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình. Trong trường hợp điều lệ công ty không quy định Chủ tịch hội đồng thành viên là người đại diện cho công ty trước pháp luật thì giám đốc là người đại diện cho công ty theo pháp luật.

c.2. Tiêu chuẩn và điều kiện làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây :

- Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp;

- Là cá nhân sở hữu ít nhất 10% vốn điều lệ của công ty hoặc người không phải là thành viên, có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh hoặc trong các ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty.

- Đối với công ty con của công ty có phần vốn góp, cổ phần của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ thì ngoài các tiêu chuẩn và điều kiện trên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc không được là vợ hoặc chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của người quản lý và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý của công ty mẹ.

c.3. Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- Tổ chức thực hiện các quyết định của Hội đồng thành viên;

- Quyết định các vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty;
- Tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh và phương án đầu tư của công ty;
- Ban hành quy chế quản lý nội bộ công ty;
- Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của Hội đồng thành viên;
- Ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng thành viên;
- Kiến nghị phương án cơ cấu tổ chức công ty;
- Trình báo cáo quyết toán tài chính hàng năm lên Hội đồng thành viên;
- Kiến nghị phương án sử dụng lợi nhuận hoặc xử lý lỗ trong kinh doanh;
- Tuyển dụng lao động;
- Các quyền và nhiệm vụ khác được quy định tại Điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc ký với công ty theo quyết định của Hội đồng thành viên.

Ngoài ra Giám đốc (Tổng Giám đốc), thành viên Hội đồng thành viên còn có các nghĩa vụ sau đây :

- Thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất vì lợi ích hợp pháp của công ty;

- Không được lạm dụng địa vị, quyền hạn, sử dụng tài sản của công ty để thu lợi riêng cho bản thân, cho người khác; không được tiết lộ bí mật công ty, trừ trường hợp được Hội đồng thành viên chấp thuận;

- Khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác đến hạn phải trả thì phải thông báo tình hình tài chính của công ty cho tất cả thành viên công ty và chủ nợ biết; không được tăng tiền lương, không được trả tiền thưởng cho công nhân viên của công ty, kể cả cho người quản lý; phải chịu trách nhiệm cá nhân về thiệt hại xảy ra đối với chủ nợ do không thực hiện quy định nói trên; kiến nghị biện pháp khắc phục khó khăn về tài chính của công ty.

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

c.4. Thù lao, tiền lương và thưởng của thành viên Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc

- Công ty có quyền trả thù lao, tiền lương và thưởng cho thành viên Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý khác theo kết quả và hiệu quả kinh doanh.

- Thù lao, tiền lương của thành viên Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý khác được tính vào chi phí kinh doanh theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp, pháp luật có liên quan

và phải được thể hiện thành mục riêng trong báo cáo tài chính hàng năm của công ty.

d. Ban kiểm soát

Ban kiểm soát trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên được thành lập khi công ty có trên mười một thành viên trở lên; trường hợp có ít hơn mười một thành viên, có thể thành lập ban kiểm soát phù hợp với yêu cầu quản trị công ty. Quyền và nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của Ban kiểm soát, trưởng ban kiểm soát do điều lệ công ty quy định.

5. Một số các quy định khác

a. Thực hiện việc góp vốn và cấp giấy chứng nhận phần vốn góp

Thành viên công ty phải cam kết góp vốn đầy đủ và đúng hạn bằng loại tài sản góp vốn như đã cam kết. Trong trường hợp có thành viên không góp vốn đầy đủ và đúng hạn như đã cam kết, thì số vốn chưa góp được coi là nợ của thành viên đó đối với công ty; thành viên đó phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Người đại diện hợp pháp của công ty phải thông báo bằng văn bản về trường hợp này cho cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày cam kết góp vốn; sau thời hạn này nếu không thông báo bằng văn bản đến cơ quan đăng ký kinh doanh, thì thành viên chưa góp vốn đầy đủ và người đại diện theo

pháp luật của công ty phải chịu trách nhiệm các thiệt hại phát sinh do không góp vốn đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết.

Trường hợp thành viên thay đổi loại tài sản góp vốn đã cam kết thì phải được sự nhất trí của các thành viên còn lại; công ty phải thông báo bằng văn bản về nội dung thay đổi đó đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày chấp thuận sự thay đổi.

Sau thời hạn cam kết lần cuối mà vẫn có thành viên chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được xử lý theo một trong hai cách sau đây :

- Một hoặc một số thành viên nhận góp đủ số vốn chưa góp.

- Huy động người khác cùng góp vốn vào công ty.

- Các thành viên còn lại góp đủ số vốn chưa góp theo tỉ lệ phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty.

- Sau khi số vốn còn lại được góp đầy đủ theo quy định tại khoản này, thành viên chưa góp vốn theo cam kết đương nhiên không còn là thành viên của công ty và công ty phải đăng ký thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh theo quy định tại Luật doanh nghiệp.

Các thành viên đã góp vốn đầy đủ và đúng hạn như đã cam kết được công ty cấp giấy chứng nhận phần vốn góp. Giấy chứng nhận phần vốn góp có các nội dung sau đây :

- Tên, trụ sở công ty.
- Số và ngày cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.
- Vốn điều lệ công ty.

- Họ tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số giấy chứng minh nhân dân, hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với thành viên là tổ chức.

- Phần vốn góp, giá trị vốn góp của thành viên.
- Số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp.
- Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của công ty.

Trong trường hợp giấy chứng nhận phần vốn góp bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới bất kỳ hình thức nào thì thành viên được công ty cấp lại giấy chứng nhận phần vốn góp.

b. Phân chia lợi nhuận

Các thành viên công ty có quyền phân chia lợi nhuận công ty khi công ty hoạt động có lãi. Ngay sau khi phân chia lợi nhuận cho các thành viên công ty vẫn phải bảo đảm thanh toán các khoản nợ đến hạn cho các chủ nợ và các nghĩa vụ tài chính khác. Nếu ngay sau khi phân chia lợi nhuận công ty không thanh toán được các khoản nợ đến hạn

thì các thành viên công ty phải hoàn trả lại khoản lợi nhuận mà các thành viên đã phân chia.

c. Mua lại phần vốn góp và chuyển nhượng phần vốn góp

c.1. Mua lại phần vốn góp

Thành viên công ty có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của mình, nếu thành viên đó bỏ phiếu không tán thành với quyết định của Hội đồng thành viên về các vấn đề :

- Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty liên quan đến quyền và nghĩa vụ của thành viên, quyền và nghĩa vụ của Hội đồng thành viên.

- Tổ chức lại công ty.

- Các trường hợp khác quy định tại Điều lệ công ty.

Yêu cầu mua lại phần vốn góp phải bằng văn bản và được gửi đến công ty trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thông qua quyết định các vấn đề nói trên. Khi nhận được yêu cầu, nếu không thỏa thuận được về giá, thì công ty phải mua lại phần vốn góp đó theo giá thị trường hoặc theo giá được quy định tại Điều lệ công ty trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu.

Việc mua lại phần vốn góp chỉ được thực hiện, nếu sau khi mua công ty vẫn phải bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác.

Nếu công ty không mua lại phần vốn góp nói trên thì thành viên đó có quyền chuyển nhượng cho người ngoài công ty.

c.2. Chuyển nhượng phần vốn góp

Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác theo quy định sau đây :

- Phải chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện;

- Chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày chào bán.

c.3. Xử lý phần vốn góp trong các trường hợp khác

- Trong trường hợp thành viên là cá nhân chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết thì người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của thành viên đó là thành viên của công ty.

- Trong trường hợp có thành viên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự thì quyền và nghĩa vụ của thành viên đó trong công ty được thực hiện thông qua người giám hộ.

- Phần vốn góp của thành viên được công ty mua lại hoặc chuyển nhượng trong các trường hợp sau đây :

+ Người thừa kế không muốn trở thành thành viên;

+ Người được tặng cho theo quy định tại khoản 5 Điều này không được Hội đồng thành viên chấp thuận làm thành viên;

+ Thành viên là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản.

Trường hợp phần vốn góp của thành viên là cá nhân chết mà không có người thừa kế, người thừa kế từ chối nhận thừa kế hoặc bị truất quyền thừa kế thì phần vốn góp đó được giải quyết theo quy định của pháp luật về dân sự.

– Thành viên có quyền tặng cho một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác.

Trường hợp người được tặng cho là người có cùng huyết thống đến thế hệ thứ ba thì họ đương nhiên là thành viên của công ty. Trường hợp người được tặng cho là người khác thì họ chỉ trở thành thành viên của công ty khi được Hội đồng thành viên chấp thuận.

– Trường hợp thành viên sử dụng phần vốn góp để trả nợ thì người nhận thanh toán có quyền sử dụng phần vốn góp đó theo một trong hai cách sau đây :

+ Trở thành thành viên của công ty nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận;

+ Chào bán và chuyển nhượng phần vốn góp đó theo quy định như đã trình bày trên.

d. Việc lập sổ đăng ký thành viên

Công ty phải lập sổ đăng ký thành viên ngay sau khi đăng ký kinh doanh, sổ đăng ký thành viên phải có các nội dung sau đây :

- Tên, trụ sở của công ty.
- Họ tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số giấy chứng minh nhân dân, hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với thành viên là tổ chức
- Giá trị vốn góp tại thời điểm góp vốn và phần vốn góp của từng thành viên; thời điểm góp vốn; loại tài sản góp vốn, số lượng, giá trị của từng loại tài sản góp vốn
- Chữ ký của thành viên là cá nhân hoặc của người đại diện theo pháp luật của thành viên là tổ chức.
- Số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của từng thành viên.
- Sổ đăng ký thành viên được lưu lại tại trụ sở chính của công ty.

e. Tăng, giảm vốn điều lệ***e.1. Tăng vốn điều lệ***

Theo quyết định của Hội đồng thành viên, công ty có thể tăng vốn điều lệ bằng các hình thức sau đây :

- 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.

Trường hợp tăng vốn góp của thành viên thì vốn góp thêm được phân chia cho các thành viên theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty. Thành viên phản đối quyết định tăng thêm vốn điều lệ có thể không góp thêm vốn. Trong trường hợp này, số vốn góp thêm đó được chia cho các thành viên khác theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty nếu các thành viên không có thỏa thuận khác.

Trường hợp tăng vốn điều lệ bằng việc tiếp nhận thêm thành viên phải được sự nhất trí của các thành viên, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác.

e.2. Giảm vốn điều lệ

Theo quyết định của Hội đồng thành viên, công ty có thể giảm vốn điều lệ bằng các hình thức sau đây :

- Hoàn trả một phần vốn góp cho thành viên theo tỷ lệ vốn góp của họ trong vốn điều lệ của công ty nếu đã hoạt động kinh doanh liên tục trong hơn hai năm, kể từ ngày đăng ký kinh doanh; đồng thời vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác sau khi đã hoàn trả cho thành viên;

– Mua lại phần vốn góp khi có thành viên chuyển nhượng phần vốn góp;

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

Trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày quyết định tăng hoặc giảm vốn điều lệ, công ty phải thông báo bằng văn bản đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Thông báo phải có các nội dung chủ yếu sau đây :

– Tên, địa chỉ trụ sở chính, số và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, nơi đăng ký kinh doanh;

– Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với thành viên là tổ chức; phần vốn góp của mỗi thành viên;

– Vốn điều lệ; số vốn dự định tăng hoặc giảm;

– Thời điểm, hình thức tăng hoặc giảm vốn;

– Họ, tên, chữ ký của Chủ tịch Hội đồng thành viên, người đại diện theo pháp luật của công ty.

Đối với trường hợp tăng vốn điều lệ, kèm theo thông báo phải có quyết định của Hội đồng thành viên. Đối với trường hợp giảm vốn điều lệ, kèm theo thông báo phải có quyết định của Hội đồng thành viên và báo cáo tài chính gần nhất; đối với công ty có phần vốn sở hữu nước ngoài

chiếm trên 50% thì báo cáo tài Chính phải được xác nhận của kiểm toán độc lập.

Cơ quan đăng ký kinh doanh đăng ký việc tăng hoặc giảm vốn điều lệ trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo.

V. CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN MỘT THÀNH VIÊN

1. Khái niệm

Ngoài công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên pháp luật một số nước còn thừa nhận một loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn khác là : Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Khác với quan điểm truyền thống về công ty cho rằng phải có ít nhất hai thành viên trở lên. Công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ là kết quả pháp lý đặc biệt trong quá trình phát triển của công ty trách nhiệm hữu hạn. Công ty trách nhiệm hữu hạn vẫn có khả năng tồn tại và phát triển khi toàn bộ tài sản của công ty chuyển vào tay một thành viên duy nhất và trở thành công ty một người vì những lý do nhất định như : Có một thành viên chết mà không có người thừa kế hoặc đại diện; hay ra khỏi công ty. Trong những trường hợp này công ty vẫn phải hoạt động dưới hình thức cũ mà không phải giải thể hoặc chuyển đổi thành doanh nghiệp tư nhân.

Như vậy sự ra đời của công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ là yêu cầu thực tế khách quan.

Nếu xét về bản chất thì công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ là cá nhân không phải là một công ty thực sự, bản chất của nó là doanh nghiệp tư nhân, vì công ty phải có sự liên kết. Tuy nhiên mục đích tồn tại của công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ vẫn mang tính thiết thực, có lợi cho xã hội. Vì một người thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ thì họ chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn, làm cho họ mạnh dạn đầu tư vào bất kỳ lĩnh vực nào có lãi. Điều này huy động được nguồn vốn trong xã hội tạo công ăn việc làm trong xã hội và động lực phát triển của xã hội. Luật doanh nghiệp ở nước ta quy định về công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên dưới hai hình thức : Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức.

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là một dạng công ty đối vốn, thành viên bỏ vốn ra thành lập công ty là một tổ chức hoặc một cá nhân, tổ chức hoặc cá nhân bỏ vốn ra thành lập công ty gọi là chủ sở hữu công ty có toàn quyền quyết định về mọi vấn đề liên quan đến hoạt động của công ty và chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ trong phạm vi vốn điều lệ.

2. Đặc điểm

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có các đặc điểm sau đây :

– Thành viên bỏ vốn ra thành lập công ty có thể là một tổ chức hoặc cá nhân;

– Tổ chức hoặc cá nhân bỏ vốn ra thành lập công ty gọi là chủ sở hữu công ty có toàn quyền quyết định về mọi vấn đề liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp;

– Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;

– Chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty trong phạm vi vốn điều lệ của công ty;

– Chủ sở hữu công ty có quyền chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác;

– Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được quyền phát hành cổ phiếu trong quá trình huy động vốn

Chú ý rằng tổ chức bỏ vốn ra thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có thể là :

– Cơ quan Nhà nước, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang.

– Cơ quan Đảng cấp Trung ương và cấp tỉnh.

– Tổ chức chính trị xã hội như : Mặt trận Tổ quốc, Liên đoàn lao động, Đoàn Thanh niên Cộng sản HCM, Hội Cựu chính binh, Hội Nông dân, Hội Phụ nữ (cấp Trung ương hoặc cấp tỉnh).

– Các doanh nghiệp như : Doanh nghiệp Nhà nước, doanh nghiệp của Đảng, của tổ chức chính trị xã hội, hợp tác xã, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần;

– Các tổ chức xã hội, tổ chức xã hội nghề nghiệp.

3. Cơ cấu tổ chức của công ty

a. Cơ cấu tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức

Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một hoặc một số người đại diện theo ủy quyền với nhiệm kỳ không qua năm năm. Chủ sở hữu công ty có quyền thay thế người đại diện theo ủy quyền bất kỳ lúc nào. Trường hợp có ít nhất hai người được bổ nhiệm làm đại diện theo ủy quyền thì cơ cấu tổ chức của công ty gồm : Hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng Giám đốc) và kiểm soát viên, Hội đồng thành viên là tất cả những người đại diện theo ủy quyền. Trường hợp một người được bổ nhiệm làm người đại diện theo ủy quyền thì người đó làm chủ tịch công ty; trường hợp này cơ cấu tổ chức của công ty bao gồm Chủ tịch công ty, Giám đốc (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 (Tổng Giám đốc) là người đại diện cho công ty trước pháp luật. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú tại Việt Nam; nếu vắng mặt quá ba mươi ngày ở Việt Nam thì phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác làm người đại diện theo

pháp luật của công ty theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ công ty.

a.1 Chức năng, quyền và nhiệm vụ của Hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức

– Hội đồng thành viên nhân danh chủ sở hữu công ty tổ chức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty; có quyền nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty; chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao giống như công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

– Chủ sở hữu công ty chỉ định Chủ tịch Hội đồng thành viên. Nhiệm kỳ, quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên áp dụng giống như công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

– Cuộc họp của Hội đồng thành viên được tiến hành khi có ít nhất hai phần ba số thành viên dự họp. Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì mỗi thành viên có một phiếu biểu quyết có giá trị như nhau. Hội đồng thành viên có thể thông qua quyết định theo hình thức lấy ý kiến bằng văn bản.

– Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua khi có hơn một nửa số thành viên dự họp chấp thuận. Việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, tổ chức lại công ty, chuyển

nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty phải được ít nhất ba phần tư số thành viên dự họp chấp thuận.

Quyết định của Hội đồng thành viên có giá trị pháp lý kể từ ngày được thông qua, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định phải được chủ sở hữu công ty chấp thuận.

– Các cuộc họp của Hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản.

a.2 Chủ tịch công ty

– Chủ tịch công ty nhân danh chủ sở hữu tổ chức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty; có quyền nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty; chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao gaoáng như công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

– Quyết định của Chủ tịch công ty về thực hiện quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty có giá trị pháp lý kể từ ngày được chủ sở hữu công ty phê duyệt, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác.

a.3 Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc

– Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty bổ nhiệm hoặc thuê Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc với nhiệm kỳ không quá năm năm để điều hành hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty. Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc chịu trách nhiệm trước pháp luật và Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ của mình.

- Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc có các quyền sau đây :
 - + Tổ chức thực hiện quyết định của Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty;
 - + Quyết định các vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty;
 - + Tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh và phương án đầu tư của công ty;
 - + Ban hành quy chế quản lý nội bộ công ty;
 - + Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty;
 - + Ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty;
 - + Kiến nghị phương án cơ cấu tổ chức công ty;
 - + Trình báo cáo quyết toán tài chính hàng năm lên Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty;
 - + Kiến nghị phương án sử dụng lợi nhuận hoặc xử lý lỗ trong kinh doanh;
 - + Tuyển dụng lao động;
 - + Các quyền khác được quy định tại Điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc ký với Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty.

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây :

- + Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật doanh nghiệp;

- + Không phải là người có liên quan của thành viên Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty, người có thẩm quyền trực tiếp bổ nhiệm người đại diện theo ủy quyền hoặc Chủ tịch công ty;

- + Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế tương ứng trong quản trị kinh doanh hoặc trong các ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty.

a.4 Kiểm soát viên

- Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một đến ba Kiểm soát viên với nhiệm kỳ không quá ba năm. Kiểm soát viên chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ của mình.

- Kiểm soát viên có các nhiệm vụ sau đây :

- + Kiểm tra tính hợp pháp, trung thực, cẩn trọng của Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc trong tổ chức thực hiện quyền chủ sở hữu, trong quản lý điều hành công việc kinh doanh của công ty;

- + Thẩm định báo cáo tài chính, báo cáo tình hình kinh doanh, báo cáo đánh giá công tác quản lý và các báo cáo

khác trước khi trình chủ sở hữu công ty hoặc cơ quan Nhà nước có liên quan; trình chủ sở hữu công ty báo cáo thẩm định;

- + Kiến nghị chủ sở hữu công ty các giải pháp sửa đổi, bổ sung, cơ cấu tổ chức quản lý, điều hành công việc kinh doanh của công ty;

- + Các nhiệm vụ khác quy định tại Điều lệ công ty hoặc theo yêu cầu, quyết định của chủ sở hữu công ty.

- Kiểm soát viên có các quyền sau đây :

Kiểm soát viên có quyền xem xét bất kỳ hồ sơ, tài liệu nào của công ty tại trụ sở chính hoặc chi nhánh, văn phòng đại diện của công ty. Thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý khác có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ, kịp thời các thông tin về thực hiện quyền chủ sở hữu, về quản lý, điều hành và hoạt động kinh doanh của công ty theo yêu cầu của Kiểm soát viên.

- Kiểm soát viên phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây :

- + Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật này;

- + Không phải là người có liên quan của thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng

Giám đốc, người có thẩm quyền trực tiếp bổ nhiệm Kiểm soát viên;

+ Có trình độ chuyên môn hoặc kinh nghiệm nghề nghiệp về kế toán, kiểm toán hoặc trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty.

b. 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 cho công ty trước pháp luật 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 và nghĩa vụ cụ thể của Giám đốc (Tổng Giám đốc) được quy định tại Điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc (Tổng Giám đốc) ký với Chủ tịch công ty.

4. Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty, những hạn chế đối với chủ sở hữu công ty

a. Quyền của chủ sở hữu công ty

– Chủ sở hữu công ty là tổ chức có các quyền sau đây :

+ Quyết định nội dung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;

+ Quyết định chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hàng năm của công ty;

+ Quyết định cơ cấu tổ chức quản lý công ty, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý công ty;

+ Quyết định các dự án đầu tư có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;

+ Quyết định các giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ;

+ Thông qua hợp đồng vay, cho vay và các hợp đồng khác do Điều lệ công ty quy định có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;

+ Quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;

+ Quyết định tăng vốn điều lệ của công ty; chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác;

+ Quyết định thành lập công ty con, góp vốn vào công ty khác;

+ Tổ chức giám sát và đánh giá hoạt động kinh doanh của công ty;

+ Quyết định việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty;

+ Quyết định tổ chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản công ty;

+ Thu hồi toàn bộ giá trị tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản;

+ Các quyền khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

- Chủ sở hữu công ty là cá nhân có các quyền sau đây :

+ Quyết định nội dung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;

+ Quyết định đầu tư, kinh doanh và quản trị nội bộ doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác;

+ Chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác;

+ Quyết định việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty;

+ Quyết định tổ chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản công ty;

+ Thu hồi toàn bộ giá trị tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản;

+ Các quyền khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

b. Nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty

– Góp vốn đầy đủ và đúng hạn như đã cam kết; trường hợp không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty.

– Tuân thủ Điều lệ công ty.

– Phải xác định và tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty và tài sản của công ty.

– Chủ sở hữu công ty là cá nhân phải tách biệt các chi tiêu của cá nhân và gia đình mình với các chi tiêu trên cương vị là Chủ tịch công ty và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc.

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

– Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

c. Những hạn chế đối với quyền của chủ sở hữu công ty

Chủ sở hữu công ty có quyền rất lớn. Vì vậy nhằm bảo vệ lợi ích của khách hàng, đối tác khi giao dịch với công ty, Luật doanh nghiệp đưa ra quy định sau đây :

– Chủ sở hữu công ty chỉ được quyền rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ số vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác; trường hợp rút một phần hoặc toàn bộ vốn đã góp ra khỏi công ty dưới hình thức khác thì phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty.

Trường hợp chuyển nhượng một phần vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác, công ty phải đăng ký chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày chuyển nhượng.

– Chủ sở hữu công ty không được rút lợi nhuận khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác đến hạn.

VI. CÔNG TY HỢP DANH

1. Khái niệm

Theo các Nhà nghiên cứu thì công ty hợp danh là loại hình công ty hình thành sớm nhất trên thế giới. Đó là loại hình công ty đặc trưng của công ty đối nhân.

Trên thế giới công ty hợp danh có thể có tư cách pháp nhân hoặc không tùy theo pháp luật quy định của mỗi nước. Ở nước ta quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân.

Người ta chia công ty hợp danh thành hai loại công ty hợp danh phổ thông và công ty hợp danh hữu hạn :

– Công ty hợp danh phổ thông là doanh nghiệp có tất cả các thành viên đều là thành viên hợp danh cùng kinh doanh dưới một tên chung và cùng chịu trách nhiệm cá nhân bằng toàn bộ tài sản của họ đối với các nghĩa vụ của doanh nghiệp.

– Công ty hợp danh hữu hạn là doanh nghiệp có cả thành viên hợp danh và thành viên góp vốn : thành viên hợp danh chịu trách nhiệm vô hạn và thành viên góp vốn chịu trách nhiệm hữu hạn trong phần góp vốn vào công ty.

Cách phân chia công ty hợp danh như trên phù hợp với cách phân chia công ty hợp danh theo Luật doanh nghiệp : Công ty hợp danh có thể có thành viên hợp danh và thành viên góp vốn nhưng ít nhất phải có hai thành viên hợp danh. Tuy nhiên, ở nước ta trong một số lĩnh vực pháp luật chỉ cho phép thành lập công ty hợp danh chỉ có thành viên hợp danh, không có thành viên góp vốn. Ví dụ như : Công ty hợp danh luật.

Như vậy, công ty hợp danh là một dạng của công ty đối nhân có ít nhất hai thành viên hợp danh, ngoài ra có thể có thành viên góp vốn.

2. Đặc điểm :

Công ty hợp danh có các đặc điểm sau đây :

– Số lượng thành viên công ty tối thiểu là hai thành viên hợp danh cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung, ngoài ra có thể có thành viên góp vốn;

– Thành viên hợp danh phải là cá nhân có trình độ chuyên môn, chứng chỉ hành nghề và phải chịu trách nhiệm vô hạn bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty. Việc lựa chọn thành viên hợp danh nếu không được cân nhắc một cách thận trọng thì sẽ dẫn đến việc chấp thuận những người kém năng lực sẽ đẩy tất cả các thành viên hợp danh còn lại phải chịu rủi ro cao.

– Thành viên góp vốn không cần phải có trình độ chuyên môn, chứng chỉ hành nghề nhưng phải góp vốn vào công ty và chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi vốn góp về các nghĩa vụ của công ty;

– Trong công ty hợp danh phổ thông cũng như trong công ty hợp danh hữu hạn, việc thay đổi thành viên hợp danh là rất khó khăn. Chỉ cần một trong số các thành viên hợp danh chết, mất năng lực hành vi dân sự, hay có sự bất đồng giữa các thành viên hợp danh thì công ty có thể bị giải thể.

– Công ty hợp danh không được phát hành cổ phiếu, trái phiếu trong quá trình huy động vốn;

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

3. Quyền và nghĩa vụ của các thành viên hợp danh, thành viên góp vốn

a. Quyền và nghĩa vụ của thành viên hợp danh

a.1 Quyền của thành viên hợp danh

Thành viên hợp danh có các quyền sau đây :

- Tham gia họp, thảo luận và biểu quyết về các vấn đề của công ty; mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết hoặc có số phiếu biểu quyết khác quy định tại Điều lệ công ty;

- Nhân danh công ty tiến hành các hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký; đàm phán và ký kết hợp đồng, thỏa thuận hoặc giao ước với những điều kiện mà thành viên hợp danh đó cho là có lợi nhất cho công ty;

- Sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký; nếu ứng trước tiền của mình để thực hiện công việc kinh doanh của công ty thì có quyền yêu cầu công ty hoàn trả lại cả số tiền gốc và lãi theo lãi suất thị trường trên số tiền gốc đã ứng trước;

- Yêu cầu công ty bù đắp thiệt hại từ hoạt động kinh doanh trong thẩm quyền nếu thiệt hại đó xảy ra không phải do sai sót cá nhân của chính thành viên đó;

- Yêu cầu công ty, thành viên hợp danh khác cung cấp thông tin về tình hình kinh doanh của công ty; kiểm tra tài sản, sổ kế toán và các tài liệu khác của công ty bất cứ khi nào nếu xét thấy cần thiết;

- Được chia lợi nhuận tương ứng với tỷ lệ vốn góp hoặc theo thỏa thuận quy định tại Điều lệ công ty;

– Khi công ty giải thể hoặc phá sản, được chia một phần giá trị tài sản còn lại theo tỷ lệ góp vốn vào công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác;

– Trường hợp thành viên hợp danh chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết thì người thừa kế của thành viên được hưởng phần giá trị tài sản tại công ty sau khi đã trừ đi phần nợ thuộc trách nhiệm của thành viên đó. Người thừa kế có thể trở thành thành viên hợp danh nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận;

– Các quyền khác theo quy định của Luật doanh nghiệp này và Điều lệ công ty.

a.2 Nghĩa vụ của các thành viên hợp danh

Thành viên hợp danh có các nghĩa vụ sau đây :

– Tiến hành quản lý và thực hiện công việc kinh doanh một cách trung thực, cẩn trọng và tốt nhất bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa cho công ty và tất cả thành viên;

– Tiến hành quản lý và hoạt động kinh doanh của công ty theo đúng quy định của pháp luật, Điều lệ công ty và quyết định của Hội đồng thành viên; nếu làm trái quy định tại điểm này, gây thiệt hại cho công ty thì phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại;

– Không được sử dụng tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác;

– Hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản đã nhận và bồi thường thiệt hại gây ra đối với công ty trong trường hợp

nhân danh công ty, nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để nhận tiền hoặc tài sản khác từ hoạt động kinh doanh các ngành, nghề đã đăng ký của công ty mà không đem nộp cho công ty;

– Liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ của công ty;

– Chịu lỗ tương ứng với phần vốn góp vào công ty hoặc theo thỏa thuận quy định tại Điều lệ công ty trong trường hợp công ty kinh doanh bị lỗ;

– Định kỳ hàng tháng báo cáo trung thực, chính xác bằng văn bản tình hình và kết quả kinh doanh của mình với công ty; cung cấp thông tin về tình hình và kết quả kinh doanh của mình cho thành viên có yêu cầu;

– Các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp này và Điều lệ công ty.

b. Quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn

b.1 Quyền của thành viên góp vốn

Thành viên góp vốn có các quyền sau đây :

– Tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng thành viên về việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn, về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của Điều lệ công ty có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ;

– Được chia lợi nhuận hàng năm tương ứng với tỷ lệ vốn góp trong vốn điều lệ công ty;

– Được cung cấp báo cáo tài chính hàng năm của công ty; có quyền yêu cầu Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên hợp danh cung cấp đầy đủ và trung thực các thông tin về tình hình và kết quả kinh doanh của công ty; xem xét sổ kế toán, sổ biên bản, hợp đồng, giao dịch, hồ sơ và tài liệu khác của công ty;

– Chuyển nhượng phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác;

– Nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác tiến hành kinh doanh các ngành, nghề đã đăng ký của công ty;

– Định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách để thừa kế, tặng cho, thế chấp, cầm cố và các hình thức khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty; trường hợp chết hoặc bị Tòa tuyên bố là đã chết thì người thừa kế thay thế thành viên đã chết trở thành thành viên góp vốn của công ty;

– Được chia một phần giá trị tài sản còn lại của công ty tương ứng với tỷ lệ vốn góp trong vốn điều lệ công ty khi công ty giải thể hoặc phá sản;

– Các quyền khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

b.2 Nghĩa vụ của thành viên góp vốn

Thành viên góp vốn có các nghĩa vụ sau đây :

- Chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp;
- Không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty;
- Tuân thủ Điều lệ, nội quy công ty và quyết định của Hội đồng thành viên;
- Các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

c. Hạn chế đối với quyền của thành viên hợp danh

- Thành viên hợp danh không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác, trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại.
- Thành viên hợp danh không được quyền nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác thực hiện kinh doanh cùng ngành, nghề kinh doanh của công ty đó để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác.
- Thành viên hợp danh không được quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại.

4. Cơ cấu tổ chức

Gồm : Hội đồng thành viên, Chủ tịch hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc.

a. Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên là tất cả các thành viên của công ty, có quyền quyết định tất cả công việc kinh doanh của công ty.

Hội đồng thành viên phải bầu một thành viên hợp danh làm chủ tịch hội đồng thành viên; Chủ tịch hội đồng thành viên đồng thời kiêm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua khi có ít nhất 2/3 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Trường hợp quyết định những vấn đề quan trọng như : Phương hướng phát triển công ty; sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; tiếp nhận thêm thành viên hợp danh mới; chấp thuận thành viên hợp danh rút khỏi công ty hoặc khai trừ thành viên; quyết định dự án đầu tư; quyết định cho vay và huy động vốn dưới hình thức khác, cho vay với giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp điều lệ của công ty quy định một tỷ lệ cao hơn; quyết định mua bán tài sản của công ty có giá trị bằng hoặc lớn hơn vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp điều lệ của công ty quy định một tỷ lệ cao hơn; quyết định thông qua báo cáo tài chính hàng năm; tổng số lợi nhuận được chia và số lợi nhuận chia cho từng thành

viên; quyết định giải thể công ty thì phải có sự chấp thuận của ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác.

– Chủ tịch hội đồng thành viên có thể triệu tập họp Hội đồng thành viên khi xét thấy cần thiết hoặc theo yêu cầu của thành viên hợp danh. Trường hợp Chủ tịch hội đồng thành viên không triệu tập họp theo yêu cầu của thành viên hợp danh thì thành đó triệu tập họp Hội đồng thành viên. Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc thành viên yêu cầu triệu tập họp chủ trì cuộc họp. Thông báo mời họp có thể bằng giấy mời, điện thoại, fax, telex hoặc các phương tiện điện tử khác. Thông báo mời họp phải nêu rõ mục đích, yêu cầu và nội dung họp, chương trình và địa điểm họp, tên thành viên yêu cầu triệu tập họp. Cuộc họp của Hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty.

b. Nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc

– Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc có các nhiệm vụ sau đây :

+ Quản lý và điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty với tư cách là thành viên hợp danh;

+ Triệu tập và tổ chức họp Hội đồng thành viên; ký các quyết định hoặc nghị quyết của Hội đồng thành viên;

+ Phân công, phối hợp công việc kinh doanh giữa các thành viên hợp danh; ký các quyết định về quy chế, nội quy và các công việc tổ chức nội bộ khác của công ty;

+ Tổ chức sắp xếp, lưu giữ đầy đủ và trung thực sổ kế toán, hóa đơn, chứng từ và các tài liệu khác của công ty theo quy định của pháp luật;

+ Đại diện cho công ty trong quan hệ với cơ quan Nhà nước; đại diện cho công ty với tư cách là bị đơn hoặc nguyên đơn trong các vụ kiện, tranh chấp thương mại hoặc các tranh chấp khác;

+ Các nhiệm vụ khác do Điều lệ công ty quy định.

c. Điều hành kinh doanh của công ty hợp danh

– Tất cả các thành viên hợp danh đều có quyền đại diện cho công ty trước pháp luật và tổ chức điều hành 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.

– Trong điều hành hoạt động kinh doanh của công ty, thành viên hợp danh phân công nhau đảm nhiệm các chức danh quản lý và kiểm soát công ty. Khi một hoặc tất cả các thành viên hợp danh cùng thực hiện một số công việc kinh doanh thì quyết định thông qua theo nguyên tắc đa số.

– Hoạt động do thành viên hợp danh thực hiện ngoài phạm vi hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký của công ty đều không thuộc trách nhiệm của công ty, trừ trường hợp hoạt động đó đã được các thành viên còn lại chấp thuận.

– Công ty có thể mở một hoặc một số tài khoản tại ngân hàng. Hội đồng thành viên chỉ định thành viên được ủy quyền gửi và rút tiền từ các tài khoản đó.

– Hạn chế của thành viên hợp danh :

+ Thành viên hợp danh không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác;

+ Thành viên hợp danh không được chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không có sự chấp thuận của các thành viên hợp danh khác;

+ Không được quyền nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác thực hiện kinh doanh cùng ngành nghề kinh doanh của công ty để tư lợi hoặc phục vụ cho lợi ích của tổ chức, cá nhân khác.

5. Một số vấn đề khác về công ty hợp danh

a. Tài sản của công ty hợp danh

Tài sản của công ty hợp danh được hình thành từ các nguồn sau đây :

– Tài sản góp vốn của các thành viên đã được chuyển quyền sở hữu cho công ty.

– Tài sản tạo lập được mang tên công ty.

– Tài sản thu được từ hoạt động kinh doanh do các thành viên hợp danh thực hiện nhân danh công ty và từ các hoạt

động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký của công ty do các thành viên hợp danh nhân danh cá nhân thực hiện.

- Các tài sản khác theo quy định của pháp luật.

b. Thực hiện góp vốn và cấp giấy chứng nhận phần vốn góp

– Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn phải góp đủ và đúng hạn số vốn như đã cam kết. Trường hợp thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết gây thiệt hại cho công ty phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho công ty. Trường hợp có thành viên góp vốn không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp đủ được coi là khoản nợ của thành viên đó đối với công ty; trong trường hợp này, thành viên góp vốn có liên quan có thể bị khai trừ khỏi công ty theo quyết định của Hội đồng thành viên.

– Tại thời điểm góp đủ vốn như đã cam kết, thành viên được cấp giấy chứng nhận phần vốn góp. Giấy chứng nhận phần vốn góp phải có các nội dung chủ yếu sau đây :

- + Tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty;
- + Số và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;
- + Vốn điều lệ của công ty;

+ Tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của thành viên; loại thành viên;

- + Giá trị phần vốn góp và loại tài sản góp vốn của thành viên;
 - + Số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp;
 - + Quyền và nghĩa vụ của người sở hữu giấy chứng nhận phần vốn góp;
 - + Họ, tên, chữ ký của người sở hữu giấy chứng nhận phần vốn góp và của các thành viên hợp danh của công ty.
- Trường hợp giấy chứng nhận phần vốn góp bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác, thành viên được công ty cấp lại giấy chứng nhận phần vốn góp.

c. Tiếp nhận thành viên mới

- Công ty có thể tiếp nhận thêm thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn; việc tiếp nhận thành viên mới của công ty phải được Hội đồng thành viên chấp thuận.
- Thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn phải nộp đủ số vốn cam kết góp vào công ty trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày được chấp thuận, trừ trường hợp Hội đồng thành viên quyết định thời hạn khác.
- Thành viên hợp danh mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty, trừ trường hợp thành viên đó và các thành viên còn lại có thỏa thuận khác.

d. Chấm dứt tư cách thành viên hợp danh

– Tư cách thành viên hợp danh chấm dứt trong các trường hợp sau đây :

- + Tự nguyện rút vốn khỏi công ty;
- + Chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết;
- + Bị Tòa án tuyên bố là mất tích, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc mất năng lực hành vi dân sự;
- + Bị khai trừ khỏi công ty;
- + Các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định.

– Thành viên hợp danh có quyền rút vốn khỏi công ty nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận. Trong trường hợp này, thành viên muốn rút vốn khỏi công ty phải thông báo bằng văn bản yêu cầu rút vốn chậm nhất sáu tháng trước ngày rút vốn; chỉ được rút vốn vào thời điểm kết thúc năm tài chính và báo cáo tài chính của năm tài chính đó đã được thông qua.

– Thành viên hợp danh bị khai trừ khỏi công ty trong các trường hợp sau đây :

- + Không có khả năng góp vốn hoặc không góp vốn như đã cam kết sau khi công ty đã có yêu cầu lần thứ hai;
- + Vi phạm quy định những hạn chế đối với quyền của thành viên hợp danh;
- + Tiến hành công việc kinh doanh không trung thực, không cẩn trọng hoặc có hành vi không thích hợp khác gây

thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của công ty và các thành viên khác;

- + Không thực hiện đúng các nghĩa vụ của thành viên hợp danh.

- Trong trường hợp chấm dứt tư cách thành viên của thành viên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự thì phần vốn góp của thành viên đó được hoàn trả công bằng và thỏa đáng.

- Trong thời hạn hai năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên hợp danh do tự nguyện rút vốn khỏi công ty hoặc bị khai trừ khỏi công ty thì người đó vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước ngày chấm dứt tư cách thành viên.

- Sau khi chấm dứt tư cách thành viên, nếu tên của thành viên bị chấm dứt đã được sử dụng làm thành một phần hoặc toàn bộ tên công ty thì người đó hoặc người thừa kế, người đại diện theo pháp luật của họ có quyền yêu cầu công ty chấm dứt việc sử dụng tên đó.

VII. CÔNG TY CỔ PHẦN

1. Khái niệm công ty cổ phần

Các công ty cổ phần đầu tiên trên thế giới ra đời vào khoảng thế kỷ thứ XVII sang thế kỷ thứ XIX công ty cổ

phần phát triển mạnh. Công ty cổ phần ra đời là một phát minh của nhân loại trong nền sản xuất hàng hóa.

Công ty cổ phần là một dạng đặc trưng nhất về công ty đối vốn, vốn điều lệ của công ty được chia thành các phần bằng nhau gọi là cổ phần; người sở hữu cổ phần gọi là cổ đông, cổ đông chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ trong phạm vi số vốn bỏ ra để mua cổ phần.

2. Đặc điểm công ty

Công ty cổ phần có các đặc điểm sau đây :

- Số lượng thành viên trong công ty tối thiểu là ba và không giới hạn tối đa, thành viên công ty có thể là cá nhân cũng có thể là tổ chức. Đặc điểm này làm cho công ty cổ phần có số lượng thành viên rất đông, có công ty lên đến hàng vạn cổ đông ở hầu khắp thế giới. Vì vậy nó có khả năng huy động vốn rộng rãi nhất trong công chúng để đầu tư vào nhiều lĩnh vực khác nhau, đặc biệt trong công nghiệp.

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

- Người sở hữu cổ phần gọi là cổ đông, cổ đông chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi số vốn bỏ ra để mua cổ phần;

- Trong quá trình hoạt động công ty cổ phần được phát hành các loại chứng khoán ra thị trường để công khai huy động vốn trong công chúng. Do đó sự ra đời của công ty cổ

phần gắn liền với sự ra đời của thị trường chứng khoán. Việc chuyển nhượng phần vốn góp vào công ty cổ phần được thực hiện dễ dàng thông qua hành vi bán cổ phiếu trên thị trường chứng;

- Cổ đông được quyền chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác, trừ cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập và cổ phần ưu đãi biểu quyết bỏ giới hạn hoặc không được chuyển nhượng trong thời hạn ba năm kể từ ngày thành lập công ty;

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

- Công ty cổ phần có tổ chức cao, hoàn thiện về vốn, hoạt động mang tính xã hội cao.

Như vậy có thể nói ưu điểm lớn nhất của công ty cổ phần so với công ty trách nhiệm hữu hạn là tính hoàn thiện về vốn, trình độ tổ chức và hoạt động mang tính xã hội hóa cao, khả năng phát triển và mở rộng các quan hệ liên kết tư bản. Chế độ trách nhiệm hữu hạn là lợi thế so với công ty đối vốn và nhà đầu tư nhưng có thể gây ra nguy hiểm cho các chủ nợ cũng như sự phân chia quyền lợi trong các nhóm cổ đông... vì vậy pháp luật cần phải quy định chặt chẽ để bảo đảm an toàn chặt chẽ về mặt pháp lý cho người góp vốn vào công ty.

3. Các loại cổ phần, quyền và nghĩa vụ của các loại cổ đông

a. Những quy định chung về cổ phần, cổ đông

– Công ty cổ phần phải có cổ phần phổ thông và có thể có cổ phần ưu đãi. Người sở hữu cổ phần phổ thông gọi là cổ đông phổ thông. Người sở hữu cổ phần ưu đãi gọi là cổ đông ưu đãi.

– Cổ phần ưu đãi gồm các loại : Cổ phần ưu đãi biểu quyết, Cổ phần ưu đãi cổ tức, Cổ phần ưu đãi hoàn lại và các loại cổ phần khác do điều lệ công ty quy định.

+ Người sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết gọi là cổ đông ưu đãi biểu quyết.

+ Người sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức gọi là cổ đông ưu đãi cổ tức.

+ Người sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại gọi là cổ đông ưu đãi hoàn lại.

– Đối với cổ phần ưu đãi biểu quyết phải do các cổ đông sáng lập hoặc tổ chức được Chính phủ ủy quyền nắm giữ và không được chuyển nhượng trong thời hạn ba năm kể từ ngày thành lập công ty. Sau thời hạn này, cổ phần ưu đãi biểu quyết chuyển đổi thành cổ phần phổ thông.

– Đối với cổ phần phổ thông các cổ đông sáng lập phải nắm giữ tối thiểu 20% số cổ phần và phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, cổ đông sáng lập có

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

Trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty phải thông báo việc góp vốn cổ phần đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Thông báo phải có các nội dung chủ yếu sau đây :

- + Tên, địa chỉ trụ sở chính, số và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, nơi đăng ký kinh doanh;

- + Tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán, số cổ phần các cổ đông sáng lập đăng ký mua;

- + Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với cổ đông sáng lập là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với cổ đông là tổ chức; số cổ phần đăng ký mua, số cổ phần và trị giá cổ phần đã thanh toán, loại tài sản góp vốn cổ phần của từng cổ đông sáng lập;

+ Tổng số cổ phần và giá trị cổ phần đã thanh toán của các cổ đông sáng lập;

+ Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của công ty.

Người đại diện theo pháp luật của công ty phải chịu trách nhiệm cá nhân về các thiệt hại đối với công ty và người khác do thông báo chậm trễ hoặc thông báo không trung thực, không chính xác, không đầy đủ.

– Trường hợp có cổ đông sáng lập không thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua thì số cổ phần chưa góp đủ đó của cổ đông sáng lập được xử lý theo một trong các cách sau đây :

+ Các cổ đông sáng lập còn lại góp đủ số cổ phần đó theo tỷ lệ sở hữu cổ phần của họ trong công ty;

+ Một hoặc một số cổ đông sáng lập nhận góp đủ số cổ phần đó;

+ Huy động người khác không phải là cổ đông sáng lập nhận góp đủ số cổ phần đó; người nhận góp vốn đó đương nhiên trở thành cổ đông sáng lập của công ty. Trong trường hợp này, cổ đông sáng lập chưa góp cổ phần theo đăng ký đương nhiên không còn là cổ đông của công ty.

Khi số cổ phần đăng ký góp của các cổ đông sáng lập chưa được góp đủ thì các cổ đông sáng lập cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi giá trị số cổ phần chưa góp đủ đó.

– Trường hợp các cổ đông sáng lập không đăng ký mua hết số cổ phần được quyền chào bán thì số cổ phần còn lại phải được chào bán và bán hết trong thời hạn ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

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

– Mỗi cổ phần của cùng một loại đều tạo cho người sở hữu nó các quyền, nghĩa vụ và lợi ích ngang nhau.

– Cổ phần phổ thông không thể chuyển đổi thành cổ phần ưu đãi. Cổ phần ưu đãi có thể chuyển đổi thành cổ phần phổ thông theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông.

b. Các loại cổ phần, quyền và nghĩa vụ của các loại cổ đông

b.1. Cổ phần phổ thông, quyền và nghĩa vụ của cổ đông phổ thông

Cổ phần phổ thông là cổ phần chỉ có một phiếu biểu quyết để tham gia biểu quyết tất cả các vấn đề thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông

b.1.1 Quyền của cổ đông phổ thông

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

– Được nhận cổ tức với mức theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông;

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

– Được tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông khác và cho người không phải là cổ đông, trừ cổ phần phổ thông của các cổ đông sáng lập và cổ phần ưu đãi biểu quyết bị giới hạn chuyển nhượng;

– Xem xét, tra cứu và trích lục các thông tin trong Danh sách cổ đông có quyền biểu quyết và yêu cầu sửa đổi các thông tin không chính xác;

– Xem xét, tra cứu, trích lục hoặc sao chụp Điều lệ công ty, sổ biên bản họp Đại hội đồng cổ đông và các nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông;

– Khi công ty giải thể hoặc phá sản, được nhận một phần tài sản còn lại tương ứng với số cổ phần góp vốn vào công ty;

– Các quyền khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

– Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty có các quyền sau đây :

+ Đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát (nếu có);

+ Xem xét và trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của Hội đồng quản trị, báo cáo tài chính giữa năm và hàng năm theo mẫu của hệ thống kế toán Việt Nam và các báo cáo của Ban kiểm soát;

+ Yêu cầu triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông;

+ Yêu cầu Ban kiểm soát kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết. Yêu cầu phải bằng văn bản; phải có họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với cổ đông là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với cổ đông là tổ chức; số lượng cổ phần và thời điểm đăng ký cổ phần của từng cổ đông, tổng số cổ phần của cả nhóm cổ đông và tỷ lệ sở hữu trong tổng số cổ phần của công ty; vấn đề cần kiểm tra, mục đích kiểm tra;

+ Các quyền khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

- Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty có quyền yêu cầu triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông trong các trường hợp sau đây :

+ Hội đồng quản trị vi phạm nghiêm trọng quyền của cổ đông, nghĩa vụ của người quản lý hoặc ra quyết định vượt quá thẩm quyền được giao;

+ Nhiệm kỳ của Hội đồng quản trị đã vượt quá sáu tháng mà Hội đồng quản trị mới chưa được bầu thay thế;

+ Các trường hợp khác theo quy định của Điều lệ công ty.

Yêu cầu triệu tập họp Hội đồng cổ đông phải được lập bằng văn bản và phải có họ, tên, địa chỉ thường trú, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với cổ đông là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với cổ đông là tổ chức; số cổ phần và thời điểm đăng ký cổ phần của từng cổ đông, tổng số cổ phần của cả nhóm cổ đông và tỷ lệ sở hữu trong tổng số cổ phần của công ty, căn cứ và lý do yêu cầu triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông. Kèm theo yêu cầu phải có các tài liệu, chứng cứ về các vi phạm của Hội đồng quản trị, mức độ vi phạm hoặc về quyết định vượt quá thẩm quyền.

– Trong trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác thì việc đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát được thực hiện như sau :

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

+ Căn cứ số lượng thành viên Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát, cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng

số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty được quyền đề cử một hoặc một số người theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông làm ứng cử viên Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát. Trường hợp số ứng cử viên được cổ đông hoặc nhóm cổ đông đề cử thấp hơn số ứng cử viên mà họ được quyền đề cử theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông thì số ứng cử viên còn lại do Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và các cổ đông khác đề cử.

b.1.2. Nghĩa vụ của cổ đông phổ thông

– Thanh toán đủ số cổ phần cam kết mua trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty.

Không được rút vốn đã góp bằng cổ phần phổ thông ra khỏi công ty dưới mọi hình thức, trừ trường hợp được công ty hoặc người khác mua lại cổ phần. Trường hợp có cổ đông rút một phần hoặc toàn bộ vốn cổ phần đã góp trái với quy định tại khoản này thì thành viên Hội đồng quản trị và người đại diện theo pháp luật của công ty phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi giá trị cổ phần đã bị rút.

– Tuân thủ Điều lệ và Quy chế quản lý nội bộ công ty.

– Chấp hành quyết định của Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị.

- Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

- Cổ đông phổ thông phải chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ty dưới mọi hình thức để thực hiện một trong các hành vi sau đây :

+ Vi phạm pháp luật;

+ Tiến hành kinh doanh và các giao dịch khác để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác;

+ Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn trước nguy cơ tài chính có thể xảy ra đối với công ty.

b.2. Cổ phần ưu đãi biểu quyết, quyền và nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi biểu quyết

- 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.

- Quyền và nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi biểu quyết giống như quyền và nghĩa vụ của cổ phần phổ thông. Tuy nhiên, cổ đông ưu đãi biểu quyết được biểu quyết về các vấn đề thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông với 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, Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác.

b.3. Cổ phần ưu đãi cổ tức, quyền và nghĩa vụ của cổ phần ưu đãi cổ tức

– Cổ phần ưu đãi cổ tức là cổ phần được trả cổ tức với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông hoặc mức ổn định hàng năm. Cổ tức được chia 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 của cổ phần ưu đãi cổ tức.

Quyền và nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi cổ tức giống như quyền và nghĩa vụ của cổ đông phổ thông. Tuy nhiên cổ đông ưu đãi cổ tức không được quyền dự họp và biểu quyết tại Đại hội đồng cổ đông, đề cử người của mình vào Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, được trả cổ tức với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông hoặc mức ổn định hàng năm.

b.4. Cổ phần ưu đãi hoàn lại, quyền và nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi hoàn lại

– Cổ phần ưu đãi hoàn lại là cổ phần 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 đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại có các quyền khác như cổ đông phổ thông. Tuy nhiên, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại không có quyền biểu quyết, dự họp Đại

hội đồng cổ đông, đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát.

4. Cổ phiếu

a. Cổ phiếu

Cổ phiếu là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành hoặc bút toán ghi sổ xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty đó. Cổ phiếu có thể ghi tên hoặc không ghi tên.

b. Cổ phiếu phải có các nội dung chủ yếu sau đây

- Tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty;
- Số và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;
- Số lượng cổ phần và loại cổ phần;
- Mệnh giá mỗi cổ phần và tổng mệnh giá số cổ phần ghi trên cổ phiếu;
- 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 cổ đông là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh của cổ đông là tổ chức đối với cổ phiếu có ghi tên;
- Tóm tắt về thủ tục chuyển nhượng cổ phần;
- Chữ ký mẫu của người đại diện theo pháp luật và dấu của công ty;

- Số đăng ký tại sổ đăng ký cổ đông của công ty và ngày phát hành cổ phiếu;
- Các nội dung khác đối với cổ phiếu của cổ phần ưu đãi.

Trường hợp có sai sót trong nội dung và hình thức cổ phiếu do công ty phát hành thì quyền và lợi ích của người sở hữu nó không bị ảnh hưởng. Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty phải liên đới chịu trách nhiệm về thiệt hại do những sai sót đó gây ra đối với công ty.

c. Cổ phiếu bị mất, bị rách

- Trường hợp cổ phiếu bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác thì cổ đông được công ty cấp lại cổ phiếu theo đề nghị của cổ đông đó.

Đề nghị của cổ đông phải có cam đoan về các nội dung sau đây :

+ Cổ phiếu thực sự đã bị mất, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác; trường hợp bị mất thì cam đoan thêm rằng đã tiến hành tìm kiếm hết mức và nếu tìm lại được sẽ đem trả công ty để tiêu hủy;

+ Chịu trách nhiệm về những tranh chấp phát sinh từ việc cấp lại cổ phiếu mới.

- Đối với cổ phiếu có giá trị danh nghĩa trên mười triệu đồng Việt Nam, trước khi tiếp nhận đề nghị cấp cổ phiếu

mới, người đại diện theo pháp luật của công ty có thể yêu cầu chủ sở hữu cổ phiếu đăng thông báo về việc cổ phiếu bị mất, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác và sau mười lăm ngày, kể từ ngày đăng thông báo sẽ đề nghị công ty cấp cổ phiếu mới.

5. Cơ cấu tổ chức

Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty : Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng Giám đốc); đối với công ty cổ phần có trên mười một cổ đông là cá nhân hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty phải có ban kiểm soát.

a. Đại hội đồng cổ đông

a.1. Quyền và nhiệm vụ của Đại hội cổ đông

– Là cơ quan bao gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết, có quyền quyết định cao nhất trong công ty.

– Đại hội đồng cổ đông có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- + Thông qua định hướng phát triển của công ty;
- + Quyết định loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán; quyết định mức cổ tức hàng năm của từng loại cổ phần, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác;
- + Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Ban kiểm soát;

+ Quyết định đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác;

+ Quyết định sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, trừ trường hợp điều chỉnh vốn điều lệ do bán thêm cổ phần mới trong phạm vi số lượng cổ phần được quyền chào bán quy định tại Điều lệ công ty;

+ Thông qua báo cáo tài chính hàng năm;

+ Quyết định mua lại trên 10% tổng số cổ phần đã bán của mỗi loại;

+ Xem xét và xử lý các vi phạm của Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát gây thiệt hại cho công ty và cổ đông công ty;

+ Quyết định tổ chức lại, giải thể công ty;

+ Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

- Cổ đông là tổ chức có quyền cử một hoặc một số người, đại diện theo ủy quyền thực hiện các quyền cổ đông của mình theo quy định của pháp luật; trường hợp có nhiều hơn một người đại diện theo ủy quyền được cử thì phải xác định cụ thể số cổ phần và số phiếu bầu của mỗi người đại diện. Việc cử, chấm dứt hoặc thay đổi người đại diện theo ủy quyền phải được thông báo bằng văn bản đến công ty trong thời hạn sớm nhất. Thông báo phải có các nội dung chủ yếu sau đây :

+ Tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số và ngày quyết định thành lập hoặc đăng ký kinh doanh của cổ đông;

+ Số lượng cổ phần, loại cổ phần và ngày đăng ký cổ đông tại công ty;

+ 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 ủy quyền;

+ Số cổ phần được ủy quyền đại diện;

+ Thời hạn đại diện theo ủy quyền;

+ Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo ủy quyền và người đại diện theo pháp luật của cổ đông.

Công ty phải gửi thông báo về người đại diện theo ủy quyền quy định tại khoản này đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo.

a.2. Cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông

- Đại hội đồng cổ đông họp thường niên hoặc bất thường; ít nhất mỗi năm một lần theo sự triệu tập của Hội đồng quản trị hoặc theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên lục sáu tháng hoặc của ban kiểm soát trong trường hợp hội đồng quản trị vi phạm nghĩa vụ của người quản lý. Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông phải được ghi vào sổ biên bản của công ty. Biên bản phải lập bằng tiếng Việt, có thể cả bằng

tiếng nước ngoài. Địa điểm họp Đại hội đồng cổ đông phải trên lãnh thổ Việt Nam. Người triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông phải lập danh sách cổ đông có quyền dự họp và biểu quyết; chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu cuộc họp và dự thảo nghị quyết đối với từng vấn đề trong chương trình họp; xác định thời gian, địa điểm họp và gửi thông báo mời họp đến các cổ đông có quyền dự họp.

- Người triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông phải gửi thông báo mời họp đến tất cả cổ đông có quyền dự họp chậm nhất bảy ngày làm việc trước ngày khai mạc nếu Điều lệ công ty không quy định thời hạn. Thông báo được gửi bằng phương thức bảo đảm đến được địa chỉ thường trú của cổ đông. Thông báo mời họp phải có tên, địa chỉ trụ sở chính, số và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, nơi đăng ký kinh doanh của công ty; tên, địa chỉ thường trú của cổ đông hoặc người đại diện theo ủy quyền của cổ đông; thời gian và địa điểm họp.

- Đại hội đồng cổ đông phải họp thường niên trong thời hạn bốn tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính. Theo đề nghị của Hội đồng quản trị, cơ quan đăng ký kinh doanh có thể gia hạn, nhưng không quá sáu tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính.

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

- + Báo cáo tài chính hàng năm;
- + Báo cáo của Hội đồng quản trị đánh giá thực trạng

công tác quản lý kinh doanh ở công ty;

+ Báo cáo của Ban kiểm soát về quản lý công ty của Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc;

+ Mức cổ tức đối với mỗi cổ phần của từng loại;

+ Các vấn đề khác thuộc thẩm quyền.

Hội đồng quản trị phải triệu tập họp bất thường Đại hội đồng cổ đông 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 sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;

+ Theo yêu cầu của Ban kiểm soát;

+ Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 65% số cổ phần có quyền biểu quyết, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Trong trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện nói trên thì phải triệu tập cuộc họp lần thứ hai trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày cuộc họp lần thứ nhất dự định

tiến hành. Cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông lần thứ hai được coi là hợp lệ khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 51% số cổ phần có quyền biểu quyết, tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Trong trường hợp cuộc họp lần thứ hai không tiến hành được vì không đủ tỉ lệ nói trên thì phải triệu tập cuộc họp lần thứ ba trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày cuộc họp lần thứ hai dự định tiến hành. Cuộc họp lần thứ ba được tiến hành không phụ thuộc vào số cổ đông dự họp.

a.3. Thể thức tiến hành họp và biểu quyết tại Đại hội đồng cổ đông

Trong trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác thì thể thức tiến hành họp và biểu quyết tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được tiến hành theo quy định sau đây :

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

- Chủ tọa, thư ký và ban kiểm phiếu của cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được quy định như sau :

- + Chủ tịch Hội đồng quản trị làm chủ tọa các cuộc họp do Hội đồng quản trị triệu tập; trường hợp Chủ tịch vắng mặt hoặc tạm thời mất khả năng làm việc thì các thành viên còn lại bầu một người trong số họ làm chủ tọa cuộc họp; trường hợp không có người có thể làm chủ tọa thì thành

viên Hội đồng quản trị có chức vụ cao nhất điều khiển để Đại hội đồng cổ đông bầu chủ tọa cuộc họp trong số những người dự họp và người có số phiếu bầu cao nhất làm chủ tọa cuộc họp;

+ Trong các trường hợp khác, người ký tên triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông điều khiển để Đại hội đồng cổ đông bầu chủ tọa cuộc họp và người có số phiếu bầu cao nhất làm chủ tọa cuộc họp;

+ Chủ tọa cử một người làm thư ký lập biên bản họp Đại hội đồng cổ đông;

+ Đại hội đồng cổ đông bầu ban kiểm phiếu không quá ba người theo đề nghị của chủ tọa cuộc họp;

- Chương trình và nội dung họp phải được Đại hội đồng cổ đông thông qua ngay trong phiên khai mạc. Chương trình phải xác định rõ và chi tiết thời gian đối với từng vấn đề trong nội dung chương trình họp;

- Chủ tọa và thư ký họp Đại hội đồng cổ đông có quyền thực hiện các biện pháp cần thiết để điều khiển cuộc họp một cách hợp lý, có trật tự, đúng theo chương trình đã được thông qua và phản ánh được mong muốn của đa số người dự họp;

- Đại hội đồng cổ đông thảo luận và biểu quyết theo từng vấn đề trong nội dung chương trình. Việc biểu quyết được tiến hành bằng cách thu thẻ biểu quyết tán thành nghị quyết, sau đó thu thẻ biểu quyết không tán thành, cuối cùng

kiểm phiếu tập hợp số phiếu biểu quyết tán thành, không tán thành, không có ý kiến. Kết quả kiểm phiếu được chủ tọa công bố ngay trước khi bế mạc cuộc họp;

– Cổ đông hoặc người được ủy quyền dự họp đến sau khi cuộc họp đã khai mạc được đăng ký và có quyền tham gia biểu quyết ngay sau khi đăng ký. Chủ tọa không được dừng cuộc họp để những người đến muộn đăng ký; trong trường hợp này, hiệu lực của những biểu quyết đã tiến hành không bị ảnh hưởng;

– Người triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông có quyền :

+ Yêu cầu tất cả người dự họp chịu sự kiểm tra hoặc các biện pháp an ninh khác;

+ Yêu cầu cơ quan có thẩm quyền duy trì trật tự cuộc họp; trục xuất những người không tuân thủ quyền điều hành của chủ tọa, cố ý gây rối trật tự, ngăn cản tiến triển bình thường của cuộc họp hoặc không tuân thủ các yêu cầu về kiểm tra an ninh ra khỏi cuộc họp Đại hội đồng cổ đông;

– Chủ tọa có quyền hoãn cuộc họp Đại hội đồng cổ đông đã có đủ số người đăng ký dự họp theo quy định đến một thời điểm khác hoặc thay đổi địa điểm họp trong trường các trường hợp sau đây :

+ Địa điểm họp không có đủ chỗ ngồi thuận tiện cho tất cả người dự họp;

+ Có người dự họp có hành vi cản trở, gây rối trật tự, có nguy cơ làm cho cuộc họp không được tiến hành một cách công bằng và hợp pháp.

Thời gian hoãn tối đa không quá ba ngày, kể từ ngày cuộc họp dự định khai mạc;

– Trường hợp chủ tọa hoãn hoặc tạm dừng họp Đại hội đồng cổ đông trái với các trường hợp trên thì Đại hội đồng cổ đông bầu một người khác trong số những người dự họp để thay thế chủ tọa điều hành cuộc họp cho đến lúc kết thúc và hiệu lực các biểu quyết tại cuộc họp đó không bị ảnh hưởng.

a.4. Quyết định của Đại hội đồng cổ đông

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

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

- + Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;
- + Thông qua định hướng phát triển công ty;
- + Quyết định loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán;
- + Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát;
- + Quyết định đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% Tổng giá trị tài sản được ghi trong báo

cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác;

- + Thông qua báo cáo tài chính hàng năm;

- + Tổ chức lại, giải thể công ty.

- Quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua tại cuộc họp khi được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Đối với quyết định về loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán; sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; tổ chức lại, giải thể công ty; đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% Tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác thì phải được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định;

- Trong trường hợp quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản, thì quyết định được thông qua nếu được sự chấp thuận của số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết, tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định.

- Các quyết định được thông qua tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông với số cổ đông trực tiếp và ủy quyền tham dự đại diện 100% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết là hợp pháp và có hiệu lực ngay cả khi trình tự và thủ tục triệu

tập, nội dung chương trình họp và thể thức tiến hành họp không được thực hiện đúng như quy định.

– Quyết định của Đại hội đồng cổ đông phải được thông báo đến cổ đông có quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày quyết định được thông qua.

a.5. Yêu cầu hủy bỏ quyết định của Đại hội đồng cổ đông

Trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày nhận được biên bản họp Đại hội đồng cổ đông hoặc biên bản kết quả kiểm phiếu lấy ý kiến Đại hội đồng cổ đông, cổ đông, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, Ban kiểm soát có quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, hủy bỏ quyết định của Đại hội đồng cổ đông trong các trường hợp sau đây :

– Trình tự và thủ tục triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông không thực hiện đúng theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty;

– Trình tự, thủ tục ra quyết định và nội dung quyết định vi phạm pháp luật hoặc Điều lệ công ty.

b. Hội đồng quản trị

b.1. Hội đồng quản trị, Quyền và nhiệm vụ của Hội đồng quản trị

– Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty, có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định, thực hiện các quyền

và nghĩa vụ của công ty không thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông.

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

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

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

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

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

+ Quyết định mua lại không quá 30% tổng số cổ phần phổ thông đã bán, một phần hoặc toàn bộ cổ phần ưu đãi cổ tức đã bán;

+ Quyết định phương án đầu tư và dự án đầu tư trong thẩm quyền và giới hạn theo quy định của Luật doanh nghiệp hoặc Điều lệ công ty;

+ Quyết định giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ; thông qua hợp đồng mua, bán, vay, cho vay và hợp đồng khác có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% Tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty, trừ hợp đồng và giao dịch phải được Đại hội đồng cổ đông chấp thuận;

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

+ Giám sát, chỉ đạo Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý khác trong điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty;

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

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

+ Trình báo cáo quyết toán tài chính hàng năm lên Đại hội đồng cổ đông;

+ Kiến nghị mức cổ tức được trả; quyết định thời hạn và thủ tục trả cổ tức hoặc xử lý lỗ phát sinh trong quá trình kinh doanh;

+ Kiến nghị việc tổ chức lại, giải thể hoặc yêu cầu phá sản công ty;

+ Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

– Hội đồng quản trị có không ít hơn 3 thành viên, không quá 11 thành viên, nếu điều lệ công ty không có quy định khác. Nhiệm kỳ của Hội đồng quản trị là năm năm. Nhiệm kỳ của các thành viên Hội đồng quản trị không quá năm năm và có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Số thành viên Hội đồng quản trị phải thường trú ở Việt Nam do Điều lệ công ty quy định. Thành viên Hội đồng quản trị không nhất thiết phải là cổ đông của công ty.

– Thành viên Hội đồng quản trị phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây :

+ Có đủ năng lực hành vi dân sự, không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật này;

+ Là cổ đông cá nhân sở hữu ít nhất 5% tổng số cổ phần phổ thông hoặc người khác có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh hoặc trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty;

+ Đối với công ty con là công ty mà Nhà nước sở hữu số cổ phần trên 50% vốn điều lệ thì thành viên Hội đồng quản trị không được là người liên quan của người quản lý, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ.

b.2. Cuộc họp Hội đồng quản trị

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. Hội đồng quản trị họp định kỳ ít nhất mỗi quý một lần theo sự triệu tập của Chủ tịch hội đồng quản trị và có thể họp bất thường theo đề nghị của ban kiểm soát hoặc Giám đốc (Tổng Giám đốc) hoặc ít nhất năm người quản lý khác hoặc ít nhất hai thành viên Hội đồng quản trị hoặc những người khác được quy định tại điều lệ công ty.

Thành viên Ban kiểm soát, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc không phải là thành viên Hội đồng quản trị, có quyền dự các cuộc họp của Hội đồng quản trị; có quyền thảo luận nhưng không được biểu quyết.

Các cuộc họp của Hội đồng quản trị phải được ghi vào sổ biên bản. Biên bản phải lập bằng tiếng Việt và có thể cả bằng tiếng nước ngoài. Chủ tọa và thư ký phải chịu trách nhiệm về tính trung thực và chính xác của nội dung biên bản họp Hội đồng quản trị. Biên bản họp Hội đồng quản trị và tài liệu sử dụng trong cuộc họp phải được lưu giữ tại trụ chính của công ty. Biên bản lập bằng tiếng Việt và tiếng nước ngoài có giá trị pháp lý ngang nhau.

Thành viên phải tham dự đầy đủ các cuộc họp của Hội đồng quản trị; Thành viên được ủy quyền cho người khác dự họp nếu được đa số thành viên Hội đồng quản trị chấp thuận. Thành viên không trực tiếp dự họp có quyền biểu quyết thông qua bỏ phiếu bằng văn bản. Phiếu biểu quyết phải đựng trong phong bì kín và phải được chuyển đến Chủ tịch Hội đồng quản trị chậm nhất một giờ trước giờ khai mạc. Phiếu biểu quyết chỉ được mở trước sự chứng kiến của tất cả những người dự họp.

Cuộc họp hội đồng quản trị được tiến hành khi có ít nhất 3/4 tổng số thành viên tham dự.

b.3. Quyết định của Hội đồng quản trị

Quyết định của Hội đồng quản trị được thông qua bằng cách biểu quyết tại cuộc họp lấy ý kiến bằng văn bản hoặc hình thức khác do điều lệ công ty quy định. Mỗi thành viên Hội đồng quản trị có một phiếu biểu quyết. Quyết định của Hội đồng quản trị được thông qua nếu được đa số thành viên dự họp chấp thuận. Trong trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định cuối cùng thuộc về bên có ý kiến của Chủ tịch Hội đồng quản trị.

b.4. Chủ tịch Hội đồng quản trị

– Hội đồng quản trị bầu chủ tịch Hội đồng quản trị trong số thành viên Hội đồng quản trị. Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm Giám đốc (Tổng Giám đốc) của công ty, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác. Chủ tịch Hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật của công ty nếu tại Điều lệ công ty có quy định. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú ở Việt Nam; trường hợp vắng mặt trên ba mươi ngày ở Việt Nam thì phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại Điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nhiệm vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty.

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

+ Lập chương trình, kế hoạch hoạt động của Hội đồng quản trị;

+ Chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu phục vụ cuộc họp; triệu tập và chủ tọa cuộc họp Hội đồng quản trị;

+ Tổ chức việc thông qua quyết định của Hội đồng quản trị;

+ Giám sát quá trình tổ chức thực hiện các quyết định của Hội đồng quản trị;

+ Chủ tọa họp Đại hội đồng cổ đông;

+ Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

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

c. Giám đốc (Tổng Giám đốc)

– Hội đồng quản trị bổ nhiệm một người trong số họ hoặc thuê người khác làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Trường hợp Điều lệ công ty không quy định Chủ tịch Hội

đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật thì Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty.

- Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc là người điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty; chịu sự giám sát của Hội đồng quản trị và chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao.

- Nhiệm kỳ của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc không quá năm năm; có thể được bổ nhiệm lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

- Tiêu chuẩn và điều kiện của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc áp dụng giống như tiêu chuẩn và điều kiện của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

- Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty không được đồng thời làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc của doanh nghiệp khác.

- Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- + Quyết định các vấn đề liên quan đến công việc kinh doanh hàng ngày của công ty mà không cần phải có quyết định của Hội đồng quản trị;

- + Tổ chức thực hiện các quyết định của Hội đồng quản trị;

+ Tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh và phương án đầu tư của công ty;

+ Kiến nghị phương án cơ cấu tổ chức, quy chế quản lý nội bộ công ty;

+ Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của Hội đồng quản trị;

+ Quyết định lương và phụ cấp (nếu có) đối với người lao động trong công ty kể cả người quản lý thuộc thẩm quyền bổ nhiệm của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc;

+ Tuyển dụng lao động;

+ Kiến nghị phương án trả cổ tức hoặc xử lý lỗ trong kinh doanh;

+ Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật, Điều lệ công ty và quyết định của Hội đồng quản trị.

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

d. Ban kiểm soát

d.1. Những quy định chung về Ban kiểm soát.

-- Trường hợp công ty có trên mười một thành viên phải có ban kiểm soát. Số lượng thành viên trong ban kiểm soát 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. Ban kiểm soát bầu một thành viên làm trưởng ban. Quyền và nhiệm vụ của trưởng ban kiểm soát do điều lệ công ty quy định. Ban kiểm soát phải có hơn một nửa số thành viên thường trú ở Việt Nam và phải có ít nhất một thành viên là kế toán viên hoặc kiểm toán viên.

-- Trong trường hợp vào thời điểm kết thúc nhiệm kỳ mà Ban kiểm soát nhiệm kỳ mới chưa được bầu thì Ban kiểm soát đã hết nhiệm kỳ vẫn tiếp tục thực hiện quyền và nhiệm vụ cho đến khi Ban kiểm soát nhiệm kỳ mới được bầu và nhận nhiệm vụ.

d.2. Tiêu chuẩn và điều kiện làm thành viên Ban kiểm soát

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;

+ Không phải là vợ hoặc chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý khác.

+ Thành viên Ban kiểm soát không được giữ các chức vụ quản lý công ty. Thành viên Ban kiểm soát không nhất thiết phải là cổ đông hoặc người lao động của công ty.

d.3. Quyền và nhiệm vụ của Ban kiểm soát

– Ban kiểm soát thực hiện giám sát Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty; chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông trong thực hiện các nhiệm vụ được giao.

– Kiểm tra tính hợp lý, hợp pháp, tính trung thực và mức độ 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.

– Thẩm định báo cáo tình hình kinh doanh, báo cáo tài chính hàng năm và sáu tháng của công ty, báo cáo đánh giá công tác quản lý của Hội đồng quản trị.

Trình báo cáo thẩm định báo cáo tài chính, báo cáo tình hình kinh doanh hàng năm của công ty và báo cáo đánh giá công tác quản lý của Hội đồng quản trị lên Đại hội đồng cổ đông tại cuộc họp thường niên.

– Xem xét sổ kế toán và các tài liệu khác của công ty, các công việc quản lý, điều hành hoạt động của công ty bất cứ khi nào nếu xét thấy cần thiết hoặc theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông hoặc theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty.

– Khi có yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty, Ban kiểm soát thực hiện kiểm tra trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu. Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày kết thúc kiểm tra, Ban kiểm soát phải báo cáo giải trình về những vấn đề được yêu cầu kiểm tra đến Hội đồng quản trị và cổ đông hoặc nhóm cổ đông có yêu cầu.

Việc kiểm tra của Ban kiểm soát quy định tại khoản này không được cản trở hoạt động bình thường của Hội đồng quản trị, không gây gián đoạn điều hành hoạt động kinh doanh của công ty.

– Kiến nghị Hội đồng quản trị hoặc Đại hội đồng cổ đông các biện pháp sửa đổi, bổ sung, cải tiến cơ cấu tổ chức quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của công ty.

– Khi phát hiện có thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc vi phạm nghĩa vụ của người quản lý công ty thì phải thông báo ngay bằng văn bản với Hội đồng quản trị, yêu cầu người có hành vi vi phạm chấm dứt hành vi vi phạm và có giải pháp khắc phục hậu quả.

– Thực hiện các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này, Điều lệ công ty và quyết định của Đại hội đồng cổ đông.

– Ban kiểm soát có quyền sử dụng tư vấn độc lập để thực hiện các nhiệm vụ được giao.

- Ban kiểm soát có thể tham khảo ý kiến của Hội đồng quản trị trước khi trình báo cáo, kết luận và kiến nghị lên Đại hội đồng cổ đông.

d.4. Quyền được cung cấp thông tin của Ban kiểm soát

Để thực hiện các quyền và nhiệm vụ nói trên thì Ban kiểm soát phải có đầy đủ các thông tin. Vì vậy, pháp luật quy định Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, người quản lý khác phải cung cấp đầy đủ, chính xác và kịp thời thông tin, tài liệu về công tác quản lý, điều hành và hoạt động kinh doanh của công ty theo yêu cầu của Ban kiểm soát. Cụ thể như sau :

- Thông báo mời họp, phiếu lấy ý kiến thành viên Hội đồng quản trị và các tài liệu kèm theo phải được gửi đến thành viên Ban kiểm soát cùng thời điểm và theo phương thức như đối với thành viên Hội đồng quản trị.

- Báo cáo của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc trình Hội đồng quản trị hoặc tài liệu khác do công ty phát hành được gửi đến thành viên Ban kiểm soát cùng thời điểm và theo phương thức như đối với thành viên Hội đồng quản trị.

- Thành viên Ban kiểm soát có quyền tiếp cận các hồ sơ, tài liệu của công ty lưu giữ tại trụ sở chính, chi nhánh và địa điểm khác; có quyền đến các địa điểm nơi người quản lý và nhân viên của công ty làm việc.

5. Một số các quy định khác

a. Các hợp đồng phải được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận

Các hợp đồng kinh tế, dân sự của công ty đối với thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng Giám đốc), thành viên ban kiểm soát, cổ đông sở hữu trên 10% số cổ phần có quyền biểu quyết và đối với người có liên quan của họ chỉ được ký hợp đồng theo quy định sau đây :

– Đối với các hợp đồng có giá trị lớn hơn 20% Tổng giá trị tài sản được ghi trong sổ kế toán của công ty thì phải được Đại hội đồng cổ đông chấp thuận trước khi ký. Cổ đông hoặc cổ đông có người có liên quan là bên ký hợp đồng không có quyền biểu quyết.

– Đối với các hợp đồng có giá trị bằng hoặc lớn hơn 20% Tổng giá trị tài sản được ghi trong sổ kế toán của công ty thì phải được Hội đồng quản trị chấp thuận trước khi ký. Thành viên Hội đồng quản trị hoặc thành viên Hội đồng quản trị có người có liên quan là bên ký hợp đồng không có quyền biểu quyết.

Trường hợp hợp đồng được quy định tại các nội dung nói trên được ký mà chưa được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận thì hợp đồng đó vô hiệu và được xử lý theo quy định của pháp luật. Những người gây thiệt hại cho công ty phải bồi thường.

b. Mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông

Cổ đông biểu quyết phản đối quyết định về việc tổ chức lại công ty hoặc thay đổi quyền, nghĩa vụ của cổ đông quy định tại điều lệ công ty có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần của mình. Yêu cầu phải bằng văn bản, trong đó nêu rõ tên, địa chỉ của cổ đông, số lượng cổ phần từng loại, giá dự định bán, lý do yêu cầu công ty mua lại. Yêu cầu phải được gửi đến công ty trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày Đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định về vấn đề nói trên. Công ty phải mua lại cổ phần nói trên theo giá thị trường hoặc giá được quy định tại Điều lệ công ty trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu. Trường hợp không thỏa thuận được về giá, thì các bên có quyền yêu cầu trọng tài hoặc Tòa án giải quyết theo quy định của pháp luật.

BÀI 4**DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN****I. KHÁI NIỆM DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN**

Là doanh nghiệp do một cá nhân bỏ vốn ra thành lập có toàn quyền quyết định về mọi vấn đề liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp và chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ trong quá trình hoạt động bằng toàn bộ tài sản của mình.

II. ĐẶC ĐIỂM

Doanh nghiệp tư nhân có các đặc điểm sau đây :

- Vốn của doanh nghiệp tư nhân do một cá nhân bỏ ra thành lập
- Cá nhân bỏ vốn ra thành lập doanh nghiệp tư nhân gọi là chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định về mọi vấn đề liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp.
- Chủ doanh nghiệp tư nhân chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ trong quá trình hoạt động bằng toàn bộ tài sản của mình.
- Doanh nghiệp tư nhân không được quyền phát hành cổ phiếu, trái phiếu trong quá trình hoạt động.

- Doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh

III. CƠ CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

Chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định về mọi vấn đề trong doanh nghiệp, trong đó có cơ cấu tổ chức.

Cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp tư nhân gồm : Giám đốc và các bộ phận giúp việc.

Chủ doanh nghiệp tư nhân có thể tự mình làm giám đốc hoặc thuê người khác làm giám đốc để điều hành, quản lý hoạt động doanh nghiệp. Trường hợp thuê người khác làm giám đốc, thì chủ doanh nghiệp tư nhân phải báo với cơ quan đăng ký kinh doanh (Sở Kế hoạch đầu tư).

Trong trường hợp thuê người khác làm giám đốc thì chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, vẫn là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan trước Trọng tài hoặc tòa án trong các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp; vẫn là người đại diện cho doanh nghiệp tư nhân trước pháp luật.

IV. NHỮNG QUY ĐỊNH KHÁC VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

1. 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 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 về hoạt động của doanh nghiệp với tư cách là chủ sở hữu doanh nghiệp. Quyền và nghĩa vụ chủ sở hữu và người thuê doanh nghiệp đối với hoạt động kinh doanh được quy định trong hợp đồng cho thuê.

2. Bán doanh nghiệp tư nhân

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Trước ngày chuyển giao doanh nghiệp cho người mua chậm nhất mười lăm ngày, chủ doanh nghiệp tư nhân phải thông báo bằng văn bản cho Sở Kế hoạch đầu tư. 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 tất cả các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác mà doanh nghiệp chưa thực hiện, trừ trường hợp người mua, người bán và chủ nợ của doanh nghiệp có thỏa thuận khác.

Người bán, người mua doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định của pháp luật về lao động.

Người mua doanh nghiệp phải đăng ký kinh doanh lại theo quy định của pháp luật.

3. Tạm ngưng hoạt động của doanh nghiệp

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền tạm ngưng hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, nhưng phải báo cáo bằng văn bản về thời hạn tạm ngưng cho cơ quan đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế chậm nhất mười lăm ngày trước ngày doanh nghiệp tạm ngưng hoạt động kinh doanh. Trong thời hạn tạm ngưng hoạt động, chủ doanh nghiệp phải nộp đủ số thuế còn nợ, vẫn phải thanh toán các khoản nợ và phải thực hiện các hợp đồng đã ký với khách hàng với người lao động, trừ trường giữa doanh nghiệp, khách hàng, người lao động có sự thỏa thuận khác.

BÀI 5**DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC****I. KHÁI NIỆM**

Doanh nghiệp Nhà nước là một tổ chức kinh tế do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối, được tổ chức dưới hình thức công ty Nhà nước, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn.

II. ĐẶC ĐIỂM CỦA DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Doanh nghiệp Nhà nước có các đặc điểm sau đây :

- Là doanh nghiệp do Nhà nước bỏ vốn ra đầu tư và thành lập.
- Doanh nghiệp Nhà nước là đối tượng quản lý của Nhà nước.
- Doanh nghiệp Nhà nước phải thực hiện các mục tiêu kinh tế xã hội do Nhà nước giao cho.
- Doanh nghiệp Nhà nước có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

III. PHÂN LOẠI DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

- Dựa vào mục đích hoạt động chia doanh nghiệp Nhà nước thành : Doanh nghiệp Nhà nước hoạt động kinh doanh và doanh nghiệp Nhà nước hoạt động công ích.

- Dựa vào cơ cấu tổ chức quản lý chia doanh nghiệp Nhà nước thành : Công ty Nhà nước có hội đồng quản trị và công ty Nhà nước không có hội đồng quản trị.

- Dựa vào tỷ lệ vốn Nhà nước trong doanh nghiệp chia doanh nghiệp Nhà nước thành : Công ty Nhà nước, công ty cổ phần Nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn Nhà nước có hai thành viên trở lên, doanh nghiệp mà Nhà nước có cổ phần, vốn góp chi phối, doanh nghiệp có một phần vốn góp của Nhà nước.

+ Công ty Nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, thành lập, tổ chức quản lý, đăng ký hoạt động theo quy định của Luật này. Công ty Nhà nước được tổ chức dưới hình thức công ty Nhà nước độc lập, Tổng công ty Nhà nước.

+ Công ty cổ phần Nhà nước là công ty cổ phần mà toàn bộ cổ đông là các công ty Nhà nước hoặc tổ chức được Nhà nước ủy quyền góp vốn, được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật doanh nghiệp.

+ Công ty trách nhiệm hữu hạn Nhà nước một thành viên là công ty trách nhiệm hữu hạn do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, được tổ chức quản lý và đăng ký hoạt động theo quy định của Luật doanh nghiệp.

+ Công ty trách nhiệm hữu hạn Nhà nước có hai thành viên trở lên là công ty trách nhiệm hữu hạn trong đó tất cả các thành viên đều là công ty Nhà nước hoặc có thành viên

là công ty Nhà nước và thành viên khác là tổ chức được Nhà nước ủy quyền góp vốn, được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật doanh nghiệp.

+ Doanh nghiệp có cổ phần, vốn góp chi phối của Nhà nước là doanh nghiệp mà cổ phần hoặc vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ, Nhà nước giữ quyền chi phối đối với doanh nghiệp đó.

Quyền chi phối đối với doanh nghiệp là quyền định đoạt đối với điều lệ hoạt động, việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý chủ chốt, việc tổ chức quản lý và các quyết định quản lý quan trọng khác của doanh nghiệp đó.

+ Doanh nghiệp có một phần vốn của Nhà nước là doanh nghiệp mà phần vốn góp của Nhà nước trong vốn điều lệ chiếm từ 50% trở xuống.

- Công ty Nhà nước độc lập là công ty Nhà nước không thuộc cơ cấu tổ chức của tổng công ty Nhà nước.

IV. CÁCH THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Việc thành lập doanh nghiệp Nhà nước có thể được chia thành các bước sau đây :

1. Đề nghị thành lập

Công ty Nhà nước được thành lập mới ở những ngành, lĩnh vực, địa bàn sau đây :

+ Ngành, lĩnh vực cung cấp sản phẩm, dịch vụ thiết yếu cho xã hội;

+ Ngành, lĩnh vực ứng dụng công nghệ cao, tạo động lực phát triển nhanh cho các ngành, lĩnh vực khác và toàn bộ nền kinh tế, đòi hỏi đầu tư lớn;

+ Ngành, lĩnh vực có lợi thế cạnh tranh cao;

+ Địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội đặc biệt khó khăn mà các thành phần kinh tế khác không đầu tư.

Người đề nghị thành lập công ty Nhà nước phải là Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Hồ sơ thành lập công ty Nhà nước gồm các loại giấy tờ sau :

- Tờ trình đề nghị thành lập công ty Nhà nước.
- Đề án thành lập công ty Nhà nước.
- Dự thảo điều lệ công ty.
- Đơn xin giao đất, thuê đất.
- Đơn đề nghị ưu đãi đầu tư theo quy định của pháp luật về khuyến khích đầu tư (nếu có).

Các đối tượng sau đây là sáng lập viên thành lập mới công ty cổ phần Nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn Nhà nước một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn Nhà nước có hai thành viên trở lên :

- Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập.
- Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn Nhà nước.
- Công ty Nhà nước giữ quyền chi phối doanh nghiệp khác.
- Công ty thành viên hạch toán độc lập của tổng công ty Nhà nước.
- Công ty Nhà nước độc lập.
- Các tổ chức kinh tế có quyền sử dụng vốn Nhà nước đầu tư vào kinh doanh theo quy định của pháp luật.

2. Lập hội đồng thẩm định

Người quyết định thành lập mới công ty Nhà nước phải lập Hội đồng thẩm định để thẩm định đề án thành lập mới công ty Nhà nước. Hội đồng thẩm định đề án là cơ quan tư vấn cho người quyết định thành lập công ty; người quyết định thành lập chịu trách nhiệm về quyết định thành lập mới công ty Nhà nước. Hội đồng thẩm định phải xem xét các nội dung sau :

- Có hồ sơ hợp lệ;
- Bảo đảm đủ điều kiện về vốn; mức vốn điều lệ phù hợp với ngành, nghề kinh doanh đòi hỏi phải có vốn pháp định;
- Dự thảo Điều lệ của công ty không được trái với quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật;

– Đề án thành lập mới công ty phải bảo đảm tính khả thi, hiệu quả, đáp ứng yêu cầu về trình độ công nghệ tiên tiến do Nhà nước quy định, thuộc ngành, lĩnh vực, địa bàn được thành lập mới, phù hợp với chiến lược và quy hoạch phát triển kinh tế – xã hội của Nhà nước, quy định của Nhà nước về bảo vệ môi trường và các quy định khác của pháp luật.

3. Quyết định thành lập mới công ty Nhà nước

Sau khi nhận được sự đồng ý bằng văn bản của Hội đồng thẩm định thì những người sau đây có quyền ký quyết định thành lập Doanh nghiệp.

– Đối với doanh nghiệp Nhà nước có quy mô lớn thì người ký quyết định thành lập phải là Thủ tướng chính phủ hoặc Thủ tướng Chính phủ phải ủy quyền cho Bộ trưởng phụ trách ngành hoặc Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương.

– Đối với doanh nghiệp Nhà nước có quy mô nhỏ thì người ký quyết định thành lập phải là Bộ trưởng phụ trách ngành hoặc Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh thành phố trực thuộc Trung ương.

Cùng với việc ký quyết định thành lập công ty Nhà nước thì người ký quyết định thành lập công ty Nhà nước còn phải ký quyết định bổ nhiệm các thành viên Hội đồng quản trị, bổ nhiệm hoặc thuê Tổng Giám đốc.

4. Đăng ký kinh doanh

Doanh nghiệp Nhà nước phải có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh tại sở kế hoạch đầu tư nơi doanh nghiệp đặt trụ sở trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày có quyết định thành lập. Công ty Nhà nước có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty mới được tiếp nhận vốn đầu tư từ ngân sách Nhà nước hoặc huy động vốn để đầu tư, xây dựng doanh nghiệp và hoạt động kinh doanh; công ty được kinh doanh những ngành, nghề có điều kiện khi được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép kinh doanh ngành, nghề có điều kiện hoặc có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật.

5. Đăng báo

Việc công bố nội dung đăng ký kinh doanh, thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh, cung cấp thông tin về nội dung đăng ký kinh doanh được thực hiện theo quy định của Luật doanh nghiệp.

V. CƠ CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ CỦA DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

1. Cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp Nhà nước có Hội đồng quản trị

Gồm : Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Tổng Giám đốc, các Phó Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

a. Hội đồng quản trị :

Là cơ quan đại diện trực tiếp chủ sở hữu Nhà nước tại doanh nghiệp Nhà nước, có quyền nhân danh công ty để quyết định mọi vấn đề liên quan đến việc xác định và thực hiện mục tiêu, nhiệm vụ và quyền hạn của công ty, trừ những vấn đề thuộc thẩm quyền của chủ sở hữu phân cấp cho các cơ quan, tổ chức khác là đại diện chủ sở hữu thực hiện.

Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm trước người ra quyết định thành lập doanh nghiệp Nhà nước và trước pháp luật về mọi hoạt động của doanh nghiệp.

Hội đồng quản trị gồm : Chủ tịch Hội đồng quản trị và các thành viên Hội đồng quản trị. Hội đồng quản trị có thành viên chuyên trách và có thể có thành viên không chuyên trách. Chủ tịch hội đồng quản trị và trưởng ban kiểm soát phải là thành viên chuyên trách. Tổng Giám đốc có thể là thành viên Hội đồng quản trị. Số lượng thành viên Hội đồng quản trị không quá 7 người, do người ra quyết định thành lập doanh nghiệp Nhà nước ra quyết định.

Chủ tịch hội đồng quản trị và các thành viên hội đồng quản trị do người quyết định thành lập doanh nghiệp bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc thay thế, khen thưởng, kỷ luật. Nhiệm kỳ của các thành viên Hội đồng quản trị không quá năm năm. Thành viên Hội đồng quản trị có thể được bổ nhiệm lại.

Các thành viên chuyên trách của Hội đồng quản trị hưởng chế độ lương theo năm và tiền thưởng tương ứng với kết quả và hiệu quả sản xuất, kinh doanh của công ty.

Chủ tịch hội đồng quản trị không được kiêm Tổng Giám đốc và phải có kinh nghiệm ít nhất ba năm quản lý, điều hành doanh nghiệp thuộc ngành, nghề kinh doanh chính của công ty.

Chủ tịch Hội đồng quản trị có quyền hạn và nhiệm vụ sau đây :

- Thay mặt Hội đồng quản trị ký nhận vốn, đất đai, tài nguyên và các nguồn lực khác do chủ sở hữu Nhà nước đầu tư cho công ty; quản lý công ty theo quyết định của Hội đồng quản trị;

- Tổ chức nghiên cứu chiến lược phát triển, kế hoạch dài hạn, dự án đầu tư quy mô lớn, phương án đổi mới tổ chức, nhân sự chủ chốt của công ty để trình Hội đồng quản trị;

- Lập chương trình, kế hoạch hoạt động của Hội đồng quản trị; quyết định chương trình, nội dung họp và tài liệu phục vụ cuộc họp; triệu tập và chủ trì các cuộc họp của Hội đồng quản trị;

- Thay mặt Hội đồng quản trị ký các nghị quyết, quyết định của Hội đồng quản trị;

- Tổ chức theo dõi và giám sát việc thực hiện các nghị quyết, quyết định của Hội đồng quản trị; có quyền đình chỉ các quyết định của Tổng Giám đốc trái với nghị quyết, quyết định của Hội đồng quản trị;

- Các quyền khác theo phân cấp, ủy quyền của Hội đồng quản trị, người quyết định thành lập công ty.

Hội đồng quản trị làm việc theo chế độ tập thể, họp ít nhất mỗi quý một lần và cũng có thể họp bất thường để giải quyết những vấn đề cấp bách của doanh nghiệp theo sự yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng quản trị, Tổng Giám đốc hoặc trên 50% tổng số thành viên Hội đồng quản trị.

Khi bàn về nội dung công việc của công ty có liên quan đến các vấn đề quan trọng của địa phương nào thì Hội đồng quản trị phải mời đại diện của cấp chính quyền địa phương có liên quan đó dự họp; trường hợp có liên quan tới quyền lợi và nghĩa vụ của người lao động trong công ty phải mời đại diện Công đoàn công ty dự họp. Đại diện các cơ quan, tổ chức được mời dự họp có quyền phát biểu ý kiến nhưng không tham gia biểu quyết.

Các cuộc họp của Hội đồng quản trị được coi là hợp lệ khi có sự tham dự ít nhất hai phần ba tổng số thành viên hội đồng quản trị tham dự. Chủ tịch Hội đồng quản trị hoặc thành viên Hội đồng quản trị được Chủ tịch Hội đồng quản trị ủy quyền triệu tập và chủ trì cuộc họp của Hội đồng quản trị.

Nội dung các vấn đề thảo luận, các ý kiến phát biểu, kết quả biểu quyết, các quyết định được Hội đồng quản trị thông qua và kết luận của các cuộc họp của Hội đồng quản trị phải được ghi thành biên bản. Chủ tọa và thư ký cuộc họp phải liên đới chịu trách nhiệm về tính chính xác và tính trung thực của biên bản họp Hội đồng quản trị. Nghị quyết, quyết định của Hội đồng quản trị có tính bắt buộc thi hành đối với toàn bộ công ty.

Thành viên Hội đồng quản trị có quyền yêu cầu Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng, cán bộ quản lý trong công ty cung cấp các thông tin, tài liệu về tình hình tài chính, hoạt động của công ty theo quy chế thông tin do Hội đồng quản trị quy định hoặc theo nghị quyết của Hội đồng quản trị. Người được yêu cầu cung cấp thông tin phải cung cấp kịp thời, đầy đủ và chính xác các thông tin, tài liệu theo yêu cầu của thành viên Hội đồng quản trị, trừ trường hợp Hội đồng quản trị có quyết định khác.

Chi phí hoạt động của Hội đồng quản trị, kể cả tiền lương, phụ cấp và thù lao, được tính vào chi phí quản lý doanh nghiệp của công ty.

Quyết định của hội đồng quản trị được thông qua theo nguyên tắc đa số. Trường hợp bên tán thành và bên không tán thành ngang nhau thì quyết định sẽ thuộc về bên có ý kiến của Chủ tịch Hội đồng quản trị.

Nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng quản trị :

- Nhận, quản lý và sử dụng có hiệu quả vốn, đất đai, tài nguyên và các nguồn lực khác do chủ sở hữu Nhà nước đầu tư cho công ty.

- Quyết định các vấn đề sau đây :

- + Chiến lược, kế hoạch dài hạn, kế hoạch kinh doanh hàng năm, ngành, nghề kinh doanh của công ty và của doanh nghiệp do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ;

+ Quyết định hoặc phân cấp cho Tổng Giám đốc quyết định các dự án đầu tư, góp vốn, mua cổ phần của các công ty khác, bán tài sản của công ty có giá trị đến 50% tổng giá trị tài sản còn lại trên sổ kế toán của công ty hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn được quy định tại Điều lệ công ty; các hợp đồng vay, cho vay, thuê, cho thuê và hợp đồng kinh tế khác vượt quá mức vốn điều lệ của công ty;

+ Phương án tổ chức quản lý, tổ chức kinh doanh, biên chế và sử dụng Bộ máy quản lý, quy chế quản lý công ty, quy hoạch, đào tạo lao động; quyết định lập chi nhánh, văn phòng đại diện của công ty; phê duyệt Điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn Nhà nước một thành viên do công ty là chủ sở hữu;

+ Tuyển chọn, ký hợp đồng hoặc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với Tổng Giám đốc sau khi được sự chấp thuận của người quyết định thành lập công ty; tuyển chọn, ký hợp đồng hoặc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với Phó Tổng Giám đốc và Kế toán trưởng theo đề nghị của Tổng Giám đốc; thông qua việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với Giám đốc và Kế toán trưởng các công ty thành viên và các đơn vị sự nghiệp do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ để Tổng Giám đốc quyết định; tuyển chọn, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị công ty trách nhiệm hữu hạn Nhà nước một thành viên do công ty nắm giữ toàn bộ vốn điều lệ; quyết

định cử người đại diện phần vốn góp của công ty ở doanh nghiệp khác;

+ Thực hiện quyền hạn, nghĩa vụ của chủ sở hữu các công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần mà công ty là chủ sở hữu hoặc cùng với công ty khác là đồng chủ sở hữu; quyết định tiếp nhận doanh nghiệp tự nguyện tham gia công ty thành viên của tổng công ty;

+ Đầu tư và điều chỉnh vốn và các nguồn lực khác do công ty đầu tư giữa các đơn vị thành viên và công ty do mình sở hữu toàn bộ vốn điều lệ theo Điều lệ của công ty đó;

+ Quyết định hoặc phân cấp cho Tổng Giám đốc quyết định phương án huy động vốn để hoạt động kinh doanh nhưng không làm thay đổi hình thức sở hữu;

+ Thông qua báo cáo tài chính hàng năm của công ty; phương án sử dụng lợi nhuận sau thuế hoặc xử lý các khoản lỗ trong quá trình kinh doanh do Tổng Giám đốc đề nghị; thông qua báo cáo tài chính hàng năm của công ty thành viên hạch toán độc lập thuộc tổng công ty;

+ Kiểm tra, giám sát Tổng Giám đốc, Giám đốc đơn vị thành viên trong việc thực hiện các chức năng, nhiệm vụ theo quy định của Luật này;

+ Quyết định sử dụng vốn của công ty để đầu tư thành lập đơn vị thành viên do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ nhưng không vượt quá mức vốn đầu tư thuộc thẩm quyền

quyết định của Hội đồng quản trị quy định tại điểm b khoản 2 Điều này; quyết định giải thể, chuyển đổi sở hữu đối với các đơn vị này.

- Kiến nghị người quyết định thành lập công ty :

- + Phê duyệt Điều lệ và sửa đổi Điều lệ công ty;

- + Quyết định dự án đầu tư vượt quá mức phân cấp cho Hội đồng quản trị và phương án huy động vốn dẫn đến thay đổi sở hữu công ty;

- + Bổ sung, thay thế, miễn nhiệm, khen thưởng, kỷ luật các thành viên Hội đồng quản trị công ty;

- + Quyết định các dự án đầu tư, góp vốn, mua cổ phần của các công ty khác, bán tài sản của công ty có giá trị trên 50% Tổng giá trị tài sản còn lại trên sổ kế toán của công ty hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn được quy định tại Điều lệ công ty;

- + Quyết định sử dụng vốn của công ty để đầu tư thành lập đơn vị thành viên do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ vượt quá mức vốn đầu tư thuộc thẩm quyền quyết định của Hội đồng quản trị quy định tại điểm b khoản 2 Điều này; kiến nghị người thành lập công ty quyết định việc giải thể, chuyển đổi sở hữu đối với các đơn vị này

- Yêu cầu Tổng Giám đốc nộp đơn yêu cầu phá sản khi công ty lâm vào tình trạng phá sản.

- Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

b. Giám đốc (Tổng Giám đốc), các phó giám đốc, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc

Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người đại diện theo pháp luật cho doanh nghiệp, điều hành hoạt động hàng ngày của doanh nghiệp theo mục tiêu, kế hoạch, phù hợp với điều lệ công ty và các nghị quyết, quyết định của hội đồng quản trị; chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị về việc thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn của mình.

Khi tổ chức thực hiện các nghị quyết, quyết định của Hội đồng quản trị, nếu phát hiện vấn đề không có lợi cho công ty thì Tổng Giám đốc báo cáo với Hội đồng quản trị để xem xét điều chỉnh lại nghị quyết, quyết định. Hội đồng quản trị phải xem xét đề nghị của Tổng Giám đốc. Trường hợp Hội đồng quản trị không điều chỉnh lại nghị quyết, quyết định thì Tổng Giám đốc vẫn phải thực hiện nhưng có quyền bảo lưu ý kiến và kiến nghị lên người ký quyết định thành lập công ty.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày kết thúc tháng, quý và năm, Tổng Giám đốc phải gửi báo cáo bằng văn bản về tình hình hoạt động kinh doanh và phương hướng thực hiện trong kỳ tới của công ty cho Hội đồng quản trị.

Tổng Giám đốc không là thành viên Hội đồng quản trị được mời tham dự cuộc họp của Hội đồng quản trị, được quyền phát biểu nhưng không có quyền biểu quyết.

Phó giám đốc (Phó Tổng Giám đốc) giúp Giám đốc (Tổng Giám đốc) điều hành công ty theo phân công và ủy quyền

của giám đốc; chịu trách nhiệm trước Giám đốc và pháp luật về trách nhiệm được phân công hoặc ủy quyền.

Kế toán trưởng có nhiệm vụ tổ chức thực hiện công tác kế toán của công ty; giúp Giám đốc (Tổng Giám đốc) giám sát tài chính tại công ty theo pháp luật về kế toán, tài chính; chịu trách nhiệm trước Giám đốc (Tổng Giám đốc) về nhiệm vụ, quyền hạn của mình.

Văn phòng và các phòng, ban chuyên môn, nghiệp vụ có chức năng tham mưu, giúp việc Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng Giám đốc) trong việc quản lý điều hành công việc.

c. Ban kiểm soát

Ban kiểm soát do Hội đồng quản trị thành lập để giúp hội đồng quản trị kiểm tra, giám sát tính hợp pháp, chính xác và trung thực trong quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh, ghi chép sổ kế toán, báo cáo tài chính và việc chấp hành quyết định, nghị quyết của Hội đồng quản trị, quyết định của chủ tịch hội đồng Hội đồng quản trị.

Ban kiểm soát thực hiện nhiệm vụ do Hội đồng quản trị giao, báo cáo và chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị.

Ban kiểm soát gồm Trưởng ban là thành viên Hội đồng quản trị và một số thành viên khác do Hội đồng quản trị quyết định. Tổ chức công đoàn trong công ty cử một đại diện đủ tiêu chuẩn để tham gia Ban kiểm soát.

Thành viên Ban kiểm soát phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây :

- Thường trú tại Việt Nam;
- Có sức khỏe, phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, liêm khiết, có ý thức chấp hành pháp luật;
- Có trình độ về nghiệp vụ kinh tế, tài chính - kế toán, kiểm toán hoặc chuyên môn, nghiệp vụ;
- Thành viên Ban kiểm soát làm việc theo chế độ chuyên trách không đồng thời đảm nhiệm các chức vụ lãnh đạo trong Bộ máy Nhà nước;
- Vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con, anh, chị, em ruột của thành viên Ban kiểm soát không được giữ chức danh thành viên Hội đồng quản trị, Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng, thủ quỹ tại cùng công ty.

Chi phí hoạt động, kể cả tiền lương và điều kiện làm việc của Ban kiểm soát do công ty bảo đảm.

2. Cơ cấu tổ chức đối với doanh nghiệp Nhà nước không có hội đồng quản trị

Gồm Giám đốc và bộ máy giúp việc.

Mô hình tổ chức này được áp dụng đối với doanh nghiệp Nhà nước có quy mô nhỏ mà Giám đốc là người điều hành cao nhất về toàn bộ hoạt động của doanh nghiệp. Một mình giám đốc có thể điều hành được công ty không cần phải có Hội đồng quản trị. Có thể nói rằng giám đốc trong doanh

ng nghiệp không có Hội đồng quản trị có quyền hành "tự do" hơn Giám đốc trong doanh nghiệp Nhà nước có Hội đồng quản trị vì không bị ràng buộc với các nghị quyết, quyết định của Hội đồng quản trị. Vì vậy, mà trách nhiệm của Giám đốc trong doanh nghiệp Nhà nước không có Hội đồng quản trị nặng nề hơn. Một mình phải tự quyết định và tự chịu trách nhiệm.

Để giúp việc và tham mưu cho Giám đốc có Bộ máy giúp việc gồm : Phó Giám đốc, Kế toán trưởng và các phòng ban.

Giám đốc có các nhiệm vụ, quyền hạn sau đây :

- Nhận và sử dụng có hiệu quả vốn do Nhà nước đầu tư và các tài sản, đất đai, tài nguyên, các nguồn lực khác do Nhà nước giao, cho vay, cho thuê;

- Xây dựng chiến lược phát triển, kế hoạch dài hạn của công ty, dự án đầu tư, liên doanh, đề án tổ chức quản lý của công ty trình người quyết định thành lập công ty;

- Quyết định các dự án đầu tư, các hợp đồng bán tài sản có giá trị đến 30% tổng giá trị tài sản còn lại trên sổ kế toán của công ty hoặc tỷ lệ nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty; các hợp đồng vay, cho vay, thuê, cho thuê và hợp đồng kinh tế khác do Điều lệ công ty quy định nhưng không vượt quá mức vốn điều lệ của công ty;

- Điều hành hoạt động của công ty; tổ chức thực hiện chiến lược phát triển, kế hoạch kinh doanh, các dự án đầu tư, các quyết định của chủ sở hữu; đại diện công ty ký kết và chỉ đạo thực hiện các hợp đồng kinh tế, dân sự;

- Ban hành các định mức kinh tế - kỹ thuật, tiêu chuẩn sản phẩm, đơn giá tiền lương áp dụng trong nội bộ công ty phù hợp với quy định của Nhà nước;

- Trình người quyết định thành lập công ty việc tuyển chọn để bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng, khen thưởng, kỷ luật Phó giám đốc, Kế toán trưởng;

- Báo cáo người quyết định thành lập công ty và cơ quan tài chính về kết quả hoạt động, kinh doanh của công ty;

- Quyết định tuyển chọn, ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng hoặc bổ nhiệm, miễn nhiệm, khen thưởng, kỷ luật Trưởng phòng, Phó trưởng phòng và các chức danh tương đương trong công ty, người đại diện phần vốn góp của công ty ở các doanh nghiệp khác; quyết định lương và phụ cấp đối với người lao động trong công ty, kể cả cán bộ thuộc thẩm quyền bổ nhiệm của mình;

- Chịu sự kiểm tra, giám sát của các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật;

- Được hưởng chế độ lương theo năm. Mức tiền lương và tiền thưởng tương ứng với hiệu quả hoạt động của công ty, do người quyết định bổ nhiệm quyết định hoặc theo hợp đồng đã ký. Tiền lương được tạm ứng hàng tháng, quyết toán hàng năm. Tiền thưởng hàng năm được tính dựa vào kết quả kinh doanh năm của công ty, chi trả một phần vào cuối năm, phần còn lại được chi trả sau khi kết thúc nhiệm kỳ; riêng tiền thưởng năm cuối nhiệm kỳ được tính dựa trên kết quả năm đó và kết quả tăng trưởng của cả nhiệm kỳ;

– Thực hiện các nhiệm vụ và quyền hạn khác quy định tại Điều lệ công ty.

Tiêu chuẩn và điều kiện tuyển chọn Giám đốc :

– Có năng lực kinh doanh và tổ chức quản lý công ty; có trình độ đại học; có chuyên môn thuộc lĩnh vực kinh doanh chính của công ty; có ít nhất ba năm kinh nghiệm tham gia quản lý, điều hành doanh nghiệp thuộc ngành, nghề kinh doanh chính của công ty;

– Có sức khỏe, phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, liêm khiết; hiểu biết pháp luật và có ý thức chấp hành pháp luật; thường trú tại Việt Nam.

BÀI 6

HỢP TÁC XÃ

I. KHÁI NIỆM

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

II. ĐẶC ĐIỂM CỦA HỢP TÁC XÃ

Hợp tác xã có các đặc điểm sau đây :

- Số lượng xã viên trong hợp tác xã ít nhất là bảy thành viên, thành viên của hợp tác xã có thể là cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân.

- Vốn điều lệ của Hợp tác xã do các xã viên góp. Khi gia nhập hợp tác xã, xã viên phải góp vốn, xã viên có thể góp vốn một lần ngay từ đầu hoặc nhiều lần; mức, hình thức và thời hạn góp vốn do Điều lệ hợp tác xã quy định; mức vốn góp tối thiểu được điều chỉnh theo quyết định của Đại hội xã viên. Hợp tác xã được nhận và sử dụng vốn, trợ cấp

của Nhà nước, của các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước do các bên thỏa thuận và theo quy định của pháp luật.

- Hợp tác xã có tính xã hội và hợp tác cao.

Cũng giống như các tổ chức kinh tế khác, hợp tác xã được thành lập với mục đích chủ yếu là tiến hành các hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ trước hết vì lợi ích của xã viên, sau đó là xã hội. Ngoài chức năng nói trên thì hợp tác xã còn mang tính chất của một tổ chức xã hội có tính hợp tác cao. Xã viên trong hợp tác xã, đặc biệt là người lao động thực hiện công việc trên tinh thần hợp tác, hỗ trợ nhau, giúp đỡ nhau nhằm cải thiện cuộc sống. Đây là đặc điểm để phân biệt Hợp tác xã với các loại hình doanh nghiệp khác.

- Hợp tác xã không được phát hành cổ phiếu, trái phiếu trong quá trình huy động vốn.

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

III. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA XÃ VIÊN

1. Quyền của hợp tác xã

Hợp tác xã có các quyền sau đây :

- Lựa chọn ngành, nghề sản xuất, kinh doanh mà pháp luật không cấm;

- Quyết định hình thức và cơ cấu tổ chức sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã;

- Trực tiếp xuất khẩu, nhập khẩu hoặc liên doanh, liên kết với tổ chức, cá nhân trong nước và tổ chức, cá nhân nước ngoài để mở rộng sản xuất, kinh doanh theo quy định của pháp luật;

- Thuê lao động trong trường hợp xã viên không đáp ứng được yêu cầu sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã theo quy định của pháp luật;

- Quyết định kết nạp xã viên mới, giải quyết việc xã viên ra hợp tác xã, khai trừ xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

- Quyết định việc phân phối thu nhập, xử lý các khoản lỗ của hợp tác xã;

- Quyết định khen thưởng những xã viên có nhiều thành tích trong việc xây dựng và phát triển hợp tác xã; thi hành kỷ luật những xã viên vi phạm Điều lệ hợp tác xã; quyết định việc xã viên phải bồi thường các thiệt hại đã gây ra cho hợp tác xã;

- Vay vốn của tổ chức tín dụng và huy động các nguồn vốn khác; tổ chức tín dụng nội bộ theo quy định của pháp luật;

- Được bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của pháp luật;

- Từ chối yêu cầu của tổ chức, cá nhân trái với quy định của pháp luật;

- Khiếu nại các hành vi vi phạm quyền và lợi ích hợp pháp của hợp tác xã;
- Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

2. Nghĩa vụ của hợp tác xã

Hợp tác xã có các nghĩa vụ sau đây :

- Sản xuất, kinh doanh đúng ngành, nghề, mặt hàng đã đăng ký;
- Thực hiện đúng quy định của pháp luật về kế toán, thống kê và kiểm toán;
- Nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;
- Bảo toàn và phát triển vốn hoạt động của hợp tác xã; quản lý và sử dụng đất được Nhà nước giao theo quy định của pháp luật;
- Chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trong phạm vi vốn điều lệ, vốn tích lũy và các nguồn vốn khác của hợp tác xã theo quy định của pháp luật;
- Bảo vệ môi trường, môi sinh, cảnh quan, di tích lịch sử - văn hóa và các công trình quốc phòng, an ninh theo quy định của pháp luật;
- Bảo đảm các quyền của xã viên và thực hiện các cam kết kinh tế đối với xã viên;
- Thực hiện các nghĩa vụ đối với xã viên trực tiếp lao động cho hợp tác xã và người lao động do hợp tác xã thuê

theo quy định của pháp luật về lao động; khuyến khích và tạo điều kiện để người lao động trở thành xã viên;

– Đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc cho xã viên là cá nhân và người lao động làm việc thường xuyên cho hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã phù hợp với quy định của pháp luật về bảo hiểm; tổ chức cho xã viên không thuộc đối tượng trên tham gia đóng bảo hiểm xã hội tự nguyện. Chính phủ quy định cụ thể về việc đóng bảo hiểm xã hội đối với xã viên hợp tác xã;

– Chăm lo giáo dục, đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ hiểu biết của xã viên, cung cấp thông tin để mọi xã viên tích cực tham gia xây dựng hợp tác xã;

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

IV. XÃ VIÊN

1. Quyền và nghĩa vụ của xã viên

a. Quyền của xã viên

Xã viên có các quyền sau đây :

– Được ưu tiên làm việc cho hợp tác xã và được trả công lao động theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

– Hưởng lãi chia theo vốn góp, công sức đóng góp và theo mức độ sử dụng dịch vụ của hợp tác xã;

– Được hợp tác xã cung cấp các thông tin kinh tế – kỹ thuật cần thiết; được hợp tác xã tổ chức đào tạo, bồi dưỡng và nâng cao trình độ nghiệp vụ;

– Hưởng các phúc lợi của hợp tác xã; được hợp tác xã thực hiện các cam kết kinh tế;

– Được khen thưởng khi có nhiều đóng góp trong việc xây dựng và phát triển hợp tác xã;

– Dự Đại hội xã viên hoặc bầu đại biểu dự Đại hội xã viên, dự các hội nghị xã viên để bàn bạc và biểu quyết công việc của hợp tác xã;

– Ứng cử, bầu cử vào Ban quản trị, Chủ nhiệm hợp tác xã, Ban kiểm soát và những chức danh được bầu khác của hợp tác xã;

– Đề đạt ý kiến với Ban quản trị, Chủ nhiệm hợp tác xã, Ban kiểm soát của hợp tác xã và yêu cầu được trả lời; yêu cầu Ban quản trị, Chủ nhiệm hợp tác xã, Ban kiểm soát triệu tập Đại hội xã viên bất thường;

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

– Xin ra hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

Được trả lại vốn góp và các quyền lợi khác theo quy định của Điều lệ hợp tác xã và pháp luật có liên quan trong các trường hợp sau đây :

+ Ra hợp tác xã;

+ Xã viên là cá nhân chết, mất tích, mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự;

+ Xã viên là hộ gia đình không có người đại diện đủ điều kiện theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

+ Xã viên là pháp nhân bị giải thể, phá sản hoặc không có người đại diện đủ điều kiện theo quy định của Điều lệ hợp tác xã.

+ Vốn góp và các quyền lợi khác của xã viên được trả lại cho người có đủ điều kiện thừa kế hoặc giám hộ đối với các xã viên này theo quy định của pháp luật.

b. Nghĩa vụ của xã viên

Xã viên có các nghĩa vụ sau đây :

– Chấp hành Điều lệ, Nội quy hợp tác xã, các nghị quyết của Đại hội xã viên;

– Góp vốn theo quy định của Điều lệ hợp tác xã; mức vốn góp không vượt quá ba mươi phần trăm vốn điều lệ của hợp tác xã;

– Đoàn kết, hợp tác giữa các xã viên, học tập nâng cao trình độ, góp phần thúc đẩy hợp tác xã phát triển;

– Thực hiện các cam kết kinh tế với hợp tác xã;

– Trong phạm vi vốn góp của mình, cùng chịu trách nhiệm về các khoản nợ, rủi ro, thiệt hại, các khoản lỗ của hợp tác xã;

– Bồi thường thiệt hại do mình gây ra cho hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã.

2. Điều kiện trở thành xã viên

– Công dân Việt Nam từ mười tám tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, có góp vốn, góp sức, tán thành Điều lệ hợp tác xã, tự nguyện xin gia nhập hợp tác xã có thể trở thành xã viên.

Cán bộ, công chức được tham gia hợp tác xã với tư cách là xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã nhưng không được trực tiếp quản lý và điều hành hợp tác xã.

– Hộ gia đình, pháp nhân có thể trở thành xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã. Khi tham gia hợp tác xã, hộ gia đình, pháp nhân phải cử người đại diện có đủ điều kiện như đối với cá nhân tham gia.

– Cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thể là xã viên của nhiều hợp tác xã trong trường hợp Điều lệ hợp tác xã không cấm.

3. Chấm dứt tư cách xã viên

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

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

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

- Xã viên đã chuyển hết vốn góp và các quyền lợi, nghĩa vụ của mình cho người khác theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;
- Xã viên bị Đại hội xã viên khai trừ;
- Các trường hợp khác do Điều lệ hợp tác xã quy định.

III. CÁCH THÀNH LẬP HỢP TÁC XÃ

Việc thành lập hợp tác xã được chia thành ba bước sau đây :

1. Khởi xướng thành lập hợp tác xã

Sáng lập viên là các nhân, hộ gia đình hoặc pháp nhân khởi xướng việc thành lập hợp tác xã và tham gia hợp tác xã. Sáng lập viên phải báo cáo bằng văn bản với Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn (sau đây gọi chung là Ủy ban nhân dân cấp xã) nơi dự định đặt trụ sở chính của hợp tác xã về việc thành lập, địa điểm đóng trụ sở, phương hướng sản xuất, kinh doanh và kế hoạch hoạt động của hợp tác xã.

Sáng lập viên tiến hành tuyên truyền, vận động các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có nhu cầu trở thành xã viên của hợp tác xã.

2. Hội nghị thành lập hợp tác xã

Sáng lập viên phải đứng ra tổ chức hội nghị thành lập hợp tác xã. Thành phần tham gia hội nghị bao gồm sáng

lập viên và cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân khác có nguyện vọng trở thành xã viên của hợp tác xã.

Hội nghị thành lập hợp tác xã thảo luận, thống nhất, biểu quyết các vấn đề sau đây :

- Thông qua danh sách xã viên; số lượng xã viên từ 7 trở lên;

- Thông qua Điều lệ, Nội quy hợp tác xã;

- Quyết định thành lập riêng hay không thành lập riêng Bộ máy quản lý và Bộ máy điều hành hợp tác xã.

Đối với hợp tác xã thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành thì bầu Ban quản trị và Chủ nhiệm; Chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là Trưởng Ban quản trị; quyết định số lượng Phó chủ nhiệm hợp tác xã.

- Bầu Ban kiểm soát và Trưởng Ban kiểm soát trong số thành viên của Ban kiểm soát;

- Thông qua biên bản hội nghị thành lập hợp tác xã.

3. Đăng ký kinh doanh

Người đại diện trước pháp luật của hợp tác xã tiến hành đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh hoặc cấp huyện nơi hợp tác xã dự định đặt trụ sở chính, tùy theo điều kiện của hợp tác xã. Hồ sơ đăng ký kinh doanh gồm :

- Đơn đăng ký kinh doanh.

– Điều lệ hợp tác xã.

– Số lượng xã viên, danh sách ban quản trị, Ban kiểm soát của hợp tác xã.

– Biên bản hội nghị thành lập hợp tác xã.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan đăng ký kinh doanh phải xem xét hồ sơ và cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hợp tác xã; trường hợp từ chối thì phải trả lời bằng văn bản;

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

Trường hợp không đồng ý với quyết định từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của cơ quan đăng ký kinh doanh quy định tại khoản 2 Điều này, người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã sẽ thành lập có quyền khiếu nại đến cơ quan Nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại Tòa án theo quy định của pháp luật.

IV. CƠ CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ CỦA HỢP TÁC XÃ

Cơ cấu tổ chức quản lý của hợp tác xã gồm : Đại hội xã viên, Ban quản trị, Chủ nhiệm hợp tác xã, Ban kiểm soát.

1. Đại hội xã viên

Có quyền quyết định cao nhất của hợp tác xã. Nếu hợp tác xã có nhiều xã viên thì có thể tổ chức Đại hội Đại biểu xã viên

Đại hội xã viên họp thường kỳ mỗi năm một lần do ban quản trị triệu tập trong thời hạn ba tháng kể từ ngày khóa sổ quyết toán năm. Đại hội xã viên cũng có thể tổ chức bất thường do Ban quản trị hoặc Ban kiểm soát hoặc ít nhất một phần ba tổng số xã viên yêu cầu triệu tập để quyết định những vấn đề cần thiết vượt qua thẩm quyền của Ban quản trị hoặc Ban kiểm soát.

Đại hội xã viên được coi là hợp lệ khi có ít nhất hai phần ba tổng số xã viên hoặc Đại biểu xã viên tham dự; trường hợp không đủ số lượng xã viên thì phải tạm hoãn Đại hội xã viên; Ban quản trị hoặc Ban kiểm soát phải triệu tập lại Đại hội xã viên

Quyết định của Đại hội xã viên được thông khi có quá một phần hai tổng số đại biểu có mặt tại Đại hội biểu quyết tán thành. Các quyết định quan trọng của Đại hội xã viên như : Sửa đổi điều lệ; tổ chức lại hợp tác xã; giải thể hợp tác xã được thông qua khi có ít nhất ba phần tư tổng số xã viên hoặc Đại biểu xã viên tán thành.

Việc biểu quyết tại Đại hội xã viên không phụ thuộc vào số vốn góp hay chức vụ của xã viên trong hợp tác xã. Mỗi xã viên chỉ có một phiếu biểu quyết.

2. Ban quản trị hợp tác xã

Là Bộ máy quản lý hợp tác xã do đại hội xã viên trực tiếp bầu gồm Trưởng ban quản trị và các thành viên khác. Số lượng thành viên ban quản trị do hợp tác xã quy định.

Đối với hợp tác xã thành lập Bộ máy vừa quản lý vừa điều hành thì chủ nhiệm hợp tác xã chính là trưởng ban quản trị. Đối với hợp tác xã thành lập riêng Bộ máy quản và Bộ máy điều hành thì bầu Ban quản trị, trưởng ban quản trị, chủ nhiệm hợp tác xã.

Nhiệm kỳ của ban quản trị hợp tác xã do Điều lệ hợp tác xã quy định nhưng tối thiểu là hai năm và tối đa không quá năm năm.

Ban quản trị họp ít nhất mỗi tháng một lần do trưởng ban quản trị hoặc thành viên ban quản trị được ủy quyền triệu tập và chủ trì. Ban quản trị cũng có thể họp bất thường khi có một phần ba thành viên Ban quản trị hoặc trưởng ban quản trị, chủ nhiệm, trưởng ban kiểm soát yêu cầu.

Cuộc họp của Ban quản trị hợp tác xã được coi là hợp lệ khi có ít nhất hai phần ba số thành viên ban quản trị tham dự. Ban quản trị hợp tác xã hoạt động theo nguyên tắc tập thể và quyết định theo đa số. Trong trường hợp biểu quyết mà số phiếu tán thành và không tán thành ngang nhau thì quyết định sẽ thuộc về bên có ý kiến của người chủ trì cuộc họp.

Thành viên Ban quản trị phải là xã viên, có phẩm chất đạo đức tốt, có năng lực quản lý hợp tác xã. Thành viên ban

quản trị không đồng thời là thành viên Ban kiểm soát, Kế toán trưởng, thủ quỹ của hợp tác xã và không phải là cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh, chị, em ruột của họ; các tiêu chuẩn và điều kiện khác do điều lệ Hợp tác xã quy định

a. Hợp tác xã thành lập một Bộ máy vừa quản lý vừa điều hành thì Ban quản trị có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- Bổ nhiệm, miễn nhiệm Phó chủ nhiệm hợp tác xã theo đề nghị của Chủ nhiệm hợp tác xã;
- Bổ nhiệm, miễn nhiệm, thuê hoặc chấm dứt hợp đồng thuê Kế toán trưởng (nếu hợp tác xã có chức danh này);
- Quyết định cơ cấu tổ chức các Bộ phận chuyên môn, nghiệp vụ của hợp tác xã;
- Tổ chức thực hiện nghị quyết của Đại hội xã viên;
- Chuẩn bị báo cáo về kế hoạch sản xuất, kinh doanh, huy động vốn và phân phối lãi của hợp tác xã, báo cáo hoạt động của Ban quản trị trình Đại hội xã viên;
- Chuẩn bị chương trình nghị sự của Đại hội xã viên và triệu tập Đại hội xã viên;
- Đánh giá kết quả sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã; duyệt báo cáo quyết toán tài chính để trình Đại hội xã viên;
- Tổ chức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của hợp tác xã;

– Xét kết nạp xã viên mới và giải quyết việc xã viên ra hợp tác xã (trừ trường hợp khai trừ xã viên) và báo cáo để Đại hội xã viên thông qua;

– Đại diện chủ sở hữu tài sản của hợp tác xã và doanh nghiệp trực thuộc trong trường hợp hợp tác xã có doanh nghiệp;

– Kiểm tra, đánh giá công việc của Chủ nhiệm và các Phó chủ nhiệm hợp tác xã theo các quyết định của Ban quản trị;

– Chịu trách nhiệm về các quyết định của mình trước Đại hội xã viên và trước pháp luật;

– Các quyền và nhiệm vụ khác do Điều lệ hợp tác xã quy định.

b. Hợp tác xã thành lập riêng Bộ máy quản lý và Bộ máy điều hành thì Ban quản trị có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

Ngoài các quyền và nhiệm vụ trên, trừ Bổ nhiệm, miễn nhiệm Phó chủ nhiệm hợp tác xã thì còn có các quyền, nhiệm vụ sau : ;

– Bổ nhiệm, miễn nhiệm, thuê hoặc chấm dứt hợp đồng thuê Chủ nhiệm hợp tác xã theo nghị quyết của Đại hội xã viên;

– Bổ nhiệm, miễn nhiệm các Phó chủ nhiệm hợp tác xã theo đề nghị của Chủ nhiệm hợp tác xã.

3. Chủ nhiệm hợp tác xã

Chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là trưởng ban quản trị có các quyền và nghĩa vụ sau đây :

- Đại diện hợp tác xã theo pháp luật.
- Thực hiện kế hoạch sản xuất kinh doanh và điều hành công việc hàng ngày của hợp tác xã.
- Tổ chức thực hiện các quyết định của Ban quản trị Hợp tác xã.
- Bổ nhiệm, miễn nhiệm, phân công các chức danh trong ban quản trị hợp tác xã, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của Đại hội xã viên và Ban quản trị hợp tác xã.
- Ký kết các hợp đồng nhân danh hợp tác xã.
- Trình báo cáo quyết toán tài chính hàng năm lên ban quản trị Hợp tác xã.
- Đề nghị với ban quản trị về phương án bố trí cơ cấu tổ chức hợp tác xã.
- Tuyển dụng lao động, trừ các trường hợp thuộc thẩm quyền của Ban quản trị
- Các quyền khác được quy định tại Điều lệ hợp tác xã, nghị quyết Đại hội xã viên.
- Chịu trách nhiệm trước Đại hội xã viên và Ban quản trị về công việc được giao.

Khi vắng mặt, chủ nhiệm ủy quyền cho một phó chủ nhiệm hoặc một thành viên ban quản trị điều hành công việc của hợp tác xã.

Đối với Chủ nhiệm hợp tác xã không phải là Trưởng ban quản trị thì không có quyền đại diện cho hợp tác xã theo pháp luật; đại diện cho hợp tác xã trong trường hợp này là Trưởng ban quản trị. Chủ nhiệm hợp tác xã không phải là Trưởng ban quản trị có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- Thực hiện kế hoạch hoạt động sản xuất, kinh doanh và điều hành các công việc hàng ngày của hợp tác xã;
- Tổ chức thực hiện các quyết định của Ban quản trị hợp tác xã;
- Ký kết các hợp đồng nhân danh hợp tác xã do Ban quản trị hợp tác xã ủy quyền;
- Trình báo cáo quyết toán tài chính hàng năm lên Ban quản trị hợp tác xã;
- Đề nghị với Ban quản trị về phương án bố trí cơ cấu tổ chức hợp tác xã;
- Tuyển dụng lao động theo ủy quyền của Ban quản trị hợp tác xã;
- Các quyền khác được quy định tại Điều lệ hợp tác xã, nghị quyết của Đại hội xã viên hoặc theo hợp đồng ký kết với Ban quản trị hợp tác xã.

Trường hợp chủ nhiệm hợp tác xã là xã viên hoặc thành viên Ban quản trị thì ngoài việc thực hiện đầy đủ các quyền và nghĩa vụ của chủ nhiệm hợp tác xã nói trên còn phải thực hiện các quyền và nghĩa vụ của xã viên hoặc thành viên Ban quản trị.

Trường hợp Chủ nhiệm hợp tác xã được thuê thì phải thực hiện các quyền và nghĩa vụ nói trên và tại hợp đồng lao động. Chủ nhiệm hợp tác xã được tham gia các cuộc họp của Ban quản trị và Đại hội xã viên nhưng không được quyền biểu quyết và không được hưởng các quyền khác của xã viên, thành viên ban quản trị hợp tác xã.

Trường hợp Trưởng Ban quản trị hợp tác xã không đồng thời là Chủ nhiệm hợp tác xã thì có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- Đại diện hợp tác xã theo pháp luật;
- Lập chương trình, kế hoạch hoạt động của Ban quản trị;
- Triệu tập và chủ trì các cuộc họp của Ban quản trị, Đại hội xã viên; ;
- Chịu trách nhiệm trước Đại hội xã viên và Ban quản trị về công việc được giao;
- Ký các quyết định của Đại hội xã viên và Ban quản trị;
- Các quyền và nhiệm vụ khác do Điều lệ hợp tác xã quy định.

4. Ban kiểm soát

Là Bộ máy giám sát và kiểm tra mọi hoạt động của hợp tác xã theo đúng pháp luật và Điều lệ hợp tác xã.

Ban kiểm soát do Đại hội xã viên bầu trực tiếp. Số lượng thành viên Ban kiểm soát do điều lệ Hợp tác xã quy định; hợp tác xã có ít xã viên chỉ bầu một kiểm soát viên.

Tiêu chuẩn thành viên Ban kiểm soát giống như tiêu chuẩn thành viên ban quản trị. Thành viên Ban kiểm soát không được đồng thời là thành viên Ban quản trị, Kế toán trưởng, Thủ quỹ của hợp tác xã và không được đồng thời là cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh, chị, em ruột.

Nhiệm kỳ của Ban kiểm soát giống như nhiệm kỳ của Ban quản trị.

Ban kiểm soát có các quyền và nhiệm vụ sau đây :

- Kiểm tra việc chấp hành Điều lệ, Nội quy hợp tác xã và nghị quyết của Đại hội xã viên;

- Giám sát hoạt động của Ban quản trị, Chủ nhiệm hợp tác xã và xã viên theo đúng pháp luật và Điều lệ, Nội quy hợp tác xã;

- Kiểm tra về tài chính, kế toán, phân phối thu nhập, xử lý các khoản lỗ, sử dụng các quỹ của hợp tác xã, sử dụng tài sản, vốn vay và các khoản hỗ trợ của Nhà nước;

- Tiếp nhận các khiếu nại, tố cáo có liên quan đến công việc của hợp tác xã; giải quyết hoặc kiến nghị cơ quan có thẩm quyền giải quyết theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

- Dự các cuộc họp của Ban quản trị;

- Thông báo kết quả kiểm tra cho Ban quản trị hợp tác xã và báo cáo trước Đại hội xã viên; kiến nghị với Ban quản trị, Chủ nhiệm hợp tác xã khắc phục những yếu kém trong sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã và giải quyết những vi phạm Điều lệ, Nội quy hợp tác xã;

- Yêu cầu những người có liên quan trong hợp tác xã cung cấp tài liệu, sổ sách, chứng từ và những thông tin cần thiết để phục vụ công tác kiểm tra nhưng không được sử dụng các tài liệu, thông tin đó vào mục đích khác;

- Chuẩn bị chương trình nghị sự và triệu tập Đại hội xã viên bất thường khi có một trong các trường hợp sau đây :

+ Khi có hành vi vi phạm pháp luật, Điều lệ, Nội quy hợp tác xã và nghị quyết của Đại hội xã viên, Ban kiểm soát đã yêu cầu mà Ban quản trị không thực hiện hoặc thực hiện không có kết quả các biện pháp ngăn chặn;

+ Ban quản trị không triệu tập Đại hội xã viên bất thường theo yêu cầu của xã viên.

CHƯƠNG 3

HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI

BÀI 7

HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI

I. MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG

1. Định nghĩa hợp đồng :

Hợp đồng là một chế định quan trọng trong hệ thống pháp luật của bất kỳ nước nào. Tuy mỗi nước có điều kiện kinh tế, hoàn cảnh lịch sử khác nhau song về cơ bản có nhiều điểm tương đồng. Về bản chất của hợp đồng thì pháp luật các nước quy định như nhau đó là sự tự nguyện, bình đẳng của các bên khi tham gia vào quan hệ hợp đồng.

Trong hệ thống pháp luật ở nước ta tồn tại nhiều loại hợp đồng khác nhau. Vì vậy, tùy từng loại hợp đồng khác nhau mà định nghĩa hợp đồng có sự khác nhau. Do đó, để đưa ra một định nghĩa chung về hợp đồng ta cần tìm hiểu định nghĩa của các loại hợp đồng cơ bản sau đây :

Điều 388 Bộ luật dân sự định nghĩa : 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.

Từ định nghĩa trên ta rút ra các đặc trưng sau :

- Là sự thỏa thuận giữa các bên;
- Mục đích làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự;
- Hình thức thể hiện bằng văn bản hoặc bằng miệng.

Điều 26 Bộ luật lao động định nghĩa : Hợp đồng lao động là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ mỗi bên trong quan hệ lao động.

Từ định nghĩa trên ta rút ra các đặc trưng sau :

- Là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động;
- Mục đích làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ liên quan đến việc sử dụng lao động;
- Hình thức thể hiện bằng văn bản hoặc bằng miệng.

Theo quy định tại Điều 1 Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế (đã hết hiệu lực) thì hợp đồng kinh tế là sự thỏa thuận bằng văn bản, tài liệu giao dịch giữa các bên ký kết về việc thực hiện công việc sản xuất, trao đổi hàng hóa dịch vụ, nghiên cứu ứng dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật và các thỏa thuận

khác có mục đích kinh doanh với sự quy định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của mỗi bên để xây dựng và thực hiện kế hoạch của mình.

Từ định nghĩa trên ta rút ra các đặc trưng sau :

- Là sự thỏa thuận giữa các bên;
- Mục đích là kinh doanh;
- Hình thức thể hiện bằng văn bản.

Luật thương mại không có định nghĩa riêng về hợp đồng thương mại mà chỉ có đề cập đến các loại hợp đồng cụ thể trong hoạt động thương mại.

Từ các định nghĩa trên ta có thể ra một định nghĩa chung về hợp đồng như sau :

Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên tham gia hợp đồng về một vấn đề nào đó mà pháp luật không cấm làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt các quyền và nghĩa vụ của họ.

2. Bản chất của hợp đồng

Từ các đặc trưng trên của các loại hợp đồng cho thấy tất cả các loại hợp đồng đều có yếu tố chung nhất, mang tính bản chất là sự thỏa thuận. Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên. Điều này đưa đến một kết luận chính xác rằng bản chất của hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên.

Thỏa thuận là sự trùng hợp ý muốn của các bên về một điều gì đó mà các bên mong muốn đạt được. Chỉ được coi là

sự thỏa thuận khi các cam kết mà các bên đưa ra phù hợp với ý muốn đích thực của họ. Các bên tham gia ký kết hợp đồng có quyền quyết định việc ký kết hợp đồng với ai, địa điểm nào, thời gian nào, nội dung gì... việc thỏa thuận của hợp đồng nhằm đi đến việc hài hòa lợi ích của các bên.

Hợp đồng được các bên ký kết làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên. Có thể nói rằng việc ký kết hợp đồng là một sự kiện pháp lý làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên. Sự kiện pháp lý này được thể hiện dưới dạng hành vi. Do đó, hành vi ký kết hợp đồng có thể hợp pháp (hợp đồng có hiệu lực) hoặc không hợp pháp (hợp đồng không có hiệu lực).

Tham gia vào các quan hệ pháp luật là các chủ thể nhất định do pháp luật quy định. Chủ thể của các quan hệ pháp luật có thể là cá nhân, tổ chức hoặc các chủ thể khác. Vì vậy, tham gia vào quan hệ hợp đồng cũng có thể là cá nhân, tổ chức hoặc các chủ thể khác. Tuy nhiên, các chủ thể để tham gia vào việc ký kết hợp đồng phải có các điều kiện cụ thể do pháp luật quy định thì hợp đồng mới được coi là hợp pháp.

Nội dung của quan hệ hợp đồng là các điều khoản do các bên thỏa thuận. Các điều khoản do các bên thỏa thuận làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ. Bên có khả năng yêu cầu bên kia thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi nào đó theo thỏa thuận trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật gọi là bên có quyền. Bên phải thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi nào đó theo thỏa thuận

trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật để đáp ứng yêu cầu của bên có quyền gọi là bên có nghĩa vụ. Trong hợp đồng quyền và nghĩa vụ của các bên thường đan xen với nhau, quyền của bên này là nghĩa vụ của bên kia và ngược lại (hợp đồng song vụ).

3. Hiệu lực của hợp đồng

Hiệu lực của hợp đồng là một vấn đề hết sức quan trọng chế định về hợp đồng. Việc ký kết hợp đồng không có hiệu lực (vô hiệu) sẽ gây thiệt hại cho Nhà nước, các bên tham gia ký kết hợp đồng. Hợp đồng muốn có hiệu lực thì các bên ký kết hợp đồng cần phải tuân thủ các quy định của pháp luật về hợp đồng. Cụ thể các bên phải chú ý đến các nội dung sau đây :

a. Chủ thể ký kết hợp đồng phải hợp pháp

Chủ thể ký kết hợp đồng cá nhân, pháp nhân và các chủ thể khác nhưng không phải tất cả các cá nhân, pháp nhân và các chủ thể khác đều được quyền ký hợp đồng mà phải có các điều kiện nhất định.

Đối với cá nhân để tham gia ký hợp đồng phải đạt đến một độ tuổi nhất định thì theo quy định của từng loại hợp đồng trong từng lĩnh vực cụ thể. Người từ đủ mười tám tuổi trở lên được quyền ký kết các loại hợp đồng dân sự, kinh doanh, thương mại, lao động... trong những trường hợp cụ thể người từ sáu tuổi trở lên được ký hợp đồng miệng nhằm thỏa mãn nhu cầu tiêu dùng hàng ngày như mua bánh, kẹo,

nước... hoặc từ đủ mười lăm tuổi được quyền ký hợp đồng lao động với người sử dụng lao động, nếu người lao động dưới mười lăm tuổi phải có sự đồng ý bằng văn bản của cha mẹ hoặc người giám hộ hợp pháp thì mới có giá trị. Người ký hợp đồng phải nhận thức được hành vi của mình tại thời điểm ký kết hợp đồng, không bị mất năng lực hành vi dân sự (bị bệnh tâm thần hoặc các căn bệnh khác làm mất khả năng nhận thức khi ký kết hợp đồng).

Đối với pháp nhân phải được thành lập một cách hợp pháp, có tài sản, có địa vị pháp lý do pháp luật quy định. Người nhân danh pháp nhân ký kết hợp đồng phải là người đại diện hợp pháp, có thể là người đại diện cho pháp nhân trước pháp luật được quy định trong điều lệ của pháp nhân hoặc do pháp luật quy định cũng có thể là đại diện theo ủy quyền bằng văn bản.

Tóm lại, chủ thể ký kết hợp đồng phải có năng lực chủ thể(năng lực pháp luật và năng lực hành vi).

b. Chủ thể ký kết hợp đồng phải tự nguyện

Bất cứ hợp đồng nào thì việc thiết lập cũng đều dựa trên nguyên tắc tự nguyện. Hợp đồng kinh tế cũng vậy, khi thiết lập các bên phải tự do ý chí. Trong quan hệ hợp đồng không có bên nào được quyền áp đặt ý chí, buộc bên kia phải ký hợp đồng với mình. Hợp đồng được thiết lập dựa trên sự áp đặt, bắt buộc, cưỡng ép, nhằm lừa, lừa dối của một bên thì về nguyên tắc hợp đồng đó không có giá trị.

c. Nội dung của hợp đồng không được trái với pháp luật, đạo đức

Các điều khoản do hai bên ký kết hợp đồng thỏa thuận trong hợp đồng không được vi phạm pháp luật đạo đức. Có thể là đối tượng của hợp đồng do hai bên thỏa thuận trong hợp đồng pháp luật cấm giao dịch như hàng cấm, hàng giả, hàng nhập lậu, ma túy, súng, đạn... hoặc công việc pháp luật cấm thực hiện. Nội dung hai bên thỏa thuận trong hợp đồng phải cụ thể và phải thực hiện được. Thỏa thuận những nội dung không thực hiện được trong hợp đồng thì hợp đồng không thực hiện được dẫn đến hợp đồng cũng không có giá trị.

d. Hình thức của hợp đồng phải hợp pháp

Có những hợp đồng pháp luật quy định hình thức bằng văn bản (văn bản có công chứng, chứng thực hoặc không có công chứng, chứng thực) nhưng có những hợp đồng hai bên có thể thỏa thuận bằng lời nói, hành vi. Thông thường đối với những hợp đồng quan trọng, liên quan đến tài sản có giá trị lớn thì hình thức của hợp đồng bằng văn bản, những hợp đồng liên quan đến tài sản có giá trị nhỏ nhằm thỏa mãn nhu cầu tiêu dùng hàng ngày thì hình thức của hợp đồng bằng lời nói, hành vi.

4. Hợp đồng vô hiệu

Như đã trình bày trên thỏa thuận là bản chất của hợp đồng. Do đó, nếu hợp đồng không được ký kết một cách tự

nguyên, bình đẳng, trung thực thì sẽ dẫn đến không có hiệu lực và không có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý đối với các bên. Có thể nói rằng : "Tất cả các hợp đồng đều là sự thỏa thuận song không phải bất cứ sự thỏa thuận nào cũng đều là hợp đồng".

Hợp đồng vô hiệu là hợp đồng không có hiệu lực kể từ thời điểm hai bên ký kết.

Cơ sở để coi hợp đồng vô hiệu phải căn cứ vào từng hợp đồng cụ thể và các quy định của pháp luật. Các trường hợp làm hợp đồng vô hiệu có thể xem ở phần hợp đồng có hiệu lực.

Hợp đồng cũng có thể vô hiệu một phần mà không làm ảnh hưởng đến nội dung của các phần còn lại thì chỉ có phần vô hiệu không có hiệu lực, các phần còn lại vẫn có hiệu lực hoặc khi người ký hợp đồng vượt quá thẩm quyền theo giấy ủy quyền thì phần hợp đồng được ký theo giấy ủy quyền vẫn có hiệu lực, phần hợp đồng được ký vượt quá thẩm quyền theo giấy ủy quyền không có hiệu lực. Những hợp đồng bị vô hiệu từng phần thì các bên phải sửa đổi điều khoản trái pháp luật, khôi phục các quyền và lợi ích ban đầu và bị xử lý theo quy định của pháp luật.

Theo quy định tại Điều 411 Bộ luật dân sự, hợp đồng dân sự cũng vô hiệu trong trường hợp ngay từ khi ký kết, hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được vì lý do khách quan thì hợp đồng này bị vô hiệu. Trường hợp khi giao kết hợp đồng mà một bên biết hoặc phải biết về việc

hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được, nhưng không thông báo cho bên kia biết nên bên kia đã giao kết hợp đồng thì phải bồi thường thiệt hại cho bên kia, trừ trường hợp bên kia biết hoặc phải biết về việc hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được.

Sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận hợp đồng phụ được thay thế hợp đồng chính. Quy định này không áp dụng đối với các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Ngược lại sự vô hiệu của hợp đồng phụ không làm chấm dứt hợp đồng chính, trừ trường hợp các bên thỏa thuận hợp đồng phụ là một phần không thể tách rời của hợp đồng chính.

Cách xử lý hợp đồng kinh tế vô hiệu

Hợp đồng kinh tế vô hiệu không có giá trị pháp lý từ thời điểm ký kết. Do đó, sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng không có giá trị và không thực hiện được trong thực tế. Dưới góc độ pháp lý việc ký kết hợp đồng kinh tế vô hiệu được xem là một hành vi vi phạm pháp luật. Vì vậy các bên phải chịu hậu quả pháp lý. Pháp luật đưa ra nguyên tắc xử lý hợp đồng kinh tế không có hiệu lực như sau :

- Nếu hợp đồng kinh tế đã thực hiện thì phải ngưng thực hiện và khôi phục lại tình trạng ban đầu (trả lại cho nhau những gì đã nhận), thiệt hại bên nào bên đó tự gánh chịu, thu nhập bất hợp pháp phải nộp vào ngân sách Nhà nước.

– Nếu hợp đồng kinh tế đã ký mà chưa thực hiện thì không được thực hiện nữa.

5. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng

Việc xác định thời điểm hợp đồng có hiệu lực rất quan trọng đối với các bên ký kết hợp đồng vì kể từ khi hợp đồng có hiệu lực các bên phải thực hiện quyền và nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng. Về mặt nguyên tắc, hợp đồng có hiệu lực kể từ thời điểm các bên ký kết. Tuy nhiên, tùy theo hình thức của hợp đồng mà thời điểm có hiệu lực của hợp đồng có sự khác nhau. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng cũng có thể do pháp luật quy định hoặc do các bên thỏa thuận, cụ thể như sau :

– Hợp đồng bằng miệng có hiệu lực tại thời điểm các bên đã trực tiếp thỏa thuận về nội dung chủ yếu của hợp đồng;

– Hợp đồng bằng văn bản không có công chứng, chứng thực, đăng ký, xin phép thì có hiệu lực tại thời điểm hai bên cùng ký vào hợp đồng;

– Hợp đồng bằng văn bản có công chứng, chứng thực, đăng ký, xin phép thì có hiệu lực tại thời điểm hợp đồng được công chứng, chứng thực, đăng ký, cho phép;

– Hợp đồng còn có hiệu lực theo sự thỏa thuận của hai bên hoặc một thời điểm nào đó mà pháp luật quy định cụ thể. Ví dụ Điều 466 Bộ luật dân sự quy định : Hợp đồng tặng cho động sản có hiệu lực tại thời điểm bên được tặng

cho nhận tài sản, đối với động sản mà pháp luật có quy định đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký.

6. Phân loại hợp đồng

Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên trong tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội. Vì vậy, hợp đồng rất phong phú và đa dạng, dựa vào các tiêu chí khác nhau ta có thể chia hợp đồng như sau :

a. Nếu dựa vào nghĩa vụ của hợp đồng thì có thể chia hợp đồng thành **hợp đồng song vụ** và **hợp đồng đơn vụ**. Điều 406 Bộ luật dân sự định nghĩa :

– **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.

b. Nếu dựa vào hình thức của hợp đồng có thể chia hợp đồng thành hợp đồng miệng, hợp đồng bằng văn bản không có công chứng, chứng thực; hợp đồng bằng văn bản có công chứng, chứng thực, hợp đồng mẫu, hợp đồng phải đăng ký...

c. Nếu dựa vào sự phụ thuộc lẫn nhau của hợp đồng có thể chia hợp đồng thành hợp đồng chính và hợp đồng phụ. Điều 406 Bộ luật dân sự định nghĩa :

– **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.

d. Nếu dựa vào đối tượng của hợp đồng có thể chia hợp đồng thành hợp đồng có đối tượng là tài sản và hợp đồng có đối tượng là dịch vụ :

– **Hợp đồng có đối tượng là tài sản** gồm : Hợp đồng tặng cho tài sản, hợp đồng trao đổi tài sản, hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng mượn tài sản, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng vay tài sản.

– **Hợp đồng có đối tượng là dịch vụ** gồm : Hợp đồng dịch vụ, hợp đồng vận chuyển tài sản, hợp đồng vận chuyển hành khách, hợp đồng gia, hợp đồng gửi giữ tài sản, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng ủy quyền.

e. Nếu dựa vào từng lĩnh vực quan trọng của đời sống xã hội có thể chia hợp đồng thành hợp đồng dân sự, hợp đồng lao động, hợp đồng thương mại, hợp đồng liên doanh, hợp đồng hợp tác kinh tế...

– **Điều 388 Bộ luật dân sự định nghĩa** : 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.

– **Điều 26 Bộ luật lao động định nghĩa** : Hợp đồng lao động là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ mỗi bên trong quan hệ lao động.

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

- **Hợp đồng liên doanh** là văn bản ký kết giữa bên Việt Nam và bên nước ngoài để thành lập doanh nghiệp liên doanh tại Việt Nam.

- **Hợp đồng hợp tác kinh doanh** là văn bản ký kết giữa hai bên hoặc nhiều bên tiến hành đầu tư, kinh doanh ở Việt Nam, trong đó quy định trách nhiệm và phân chia kết quả kinh doanh cho mỗi bên mà không thành lập pháp nhân (khoản 16, Điều 3 Luật đầu tư).

f. Nếu dựa tính chất đặc trưng của hợp đồng có thể chia hợp đồng thành hợp đồng có điều kiện, hợp đồng chuyển giao công nghệ, hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba, hợp đồng liên quan đến việc chuyển quyền sử dụng đất, hợp đồng chuyển giao quyền tài sản thuộc quyền tác giả.

+ Điều 406 Bộ luật dân sự định nghĩa :

- **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.

+ Điều 743 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng chuyển giao quyền tài sản thuộc quyền tác giả là việc chuyển giao một phần hoặc toàn bộ quyền tài sản thuộc quyền tác giả được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng chuyển giao quyền tác giả phải được lập thành văn bản.

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

- Hợp đồng liên quan đến việc chuyển quyền sử dụng đất như hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hợp đồng thuê quyền sử dụng đất, hợp đồng thuê lại quyền sử dụng đất, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất, hợp đồng chuyển đổi quyền sử dụng đất, hợp đồng tặng cho quyền sử dụng đất, hợp đồng góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất.

+ Điều 693 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng chuyển đổi quyền sử dụng đất là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó các bên chuyển giao đất và chuyển quyền sử dụng đất cho nhau theo quy định của Bộ luật này và pháp luật về đất đai.

+ Điều 697 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên chuyển nhượng quyền sử dụng đất chuyển giao đất và quyền sử dụng đất cho bên nhận chuyển nhượng, còn bên nhận chuyển nhượng trả tiền cho bên chuyển nhượng theo quy định của Bộ luật này và pháp luật về đất đai.

+ Điều 703 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng thuê quyền sử dụng đất là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cho thuê chuyển giao đất cho bên thuê để sử dụng trong một thời hạn, còn bên thuê phải sử dụng đất đúng mục đích, trả tiền thuê và trả lại đất khi hết thời hạn thuê theo quy định của Bộ luật này và pháp luật về đất đai.

+ Điều 714 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Trong trường hợp pháp luật không có quy định khác thì các quy định về hợp đồng thuê quyền sử dụng đất cũng được áp dụng đối với hợp đồng thuê lại quyền sử dụng đất.

+ Điều 715 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên sử dụng đất (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng quyền sử dụng đất của mình để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự với bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp). Bên thế chấp được tiếp tục sử dụng đất trong thời hạn thế chấp.

+ Điều 722 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng tặng cho quyền sử dụng đất là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên tặng cho giao quyền sử dụng đất cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù, còn bên được tặng cho đồng ý nhận theo quy định của Bộ luật này và pháp luật về đất đai.

+ Điều 727 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó người sử dụng đất (sau đây gọi là bên góp vốn) góp phần vốn của mình bằng giá trị quyền sử dụng đất để hợp tác sản xuất, kinh doanh với cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình, chủ thể khác theo quy định của Bộ luật này và pháp luật về đất đai.

g. Nếu dựa vào tính thông dụng của hợp đồng có thể chia hợp đồng thành tặng cho tài sản, hợp đồng trao đổi tài sản, hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng mượn tài sản, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng vay tài sản, hợp đồng dịch vụ, hợp đồng vận chuyển tài sản, hợp đồng vận chuyển hành khách, hợp đồng gia, hợp đồng gửi giữ tài sản, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng ủy quyền, hứa thưởng và thi có giải :

+ Điều 428 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng mua bán tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao tài sản cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận tài sản và trả tiền cho bên bán.

+ Khoản 1 Điều 463 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng trao đổi tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó các bên giao tài sản và chuyển quyền sở hữu đối với tài sản cho nhau.

+ Điều 465 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng tặng cho tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên tặng cho giao tài sản của mình và chuyển quyền sở hữu cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù, còn bên được tặng cho đồng ý nhận.

+ Điều 471 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng vay tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cho vay giao tài sản cho bên vay; khi đến hạn trả, bên vay phải hoàn trả cho bên cho vay tài sản cùng loại theo đúng số lượng, chất lượng và chỉ phải trả lãi nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

+ Điều 480 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng thuê tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cho thuê giao tài sản cho bên thuê để sử dụng trong một thời hạn, còn bên thuê phải trả tiền thuê.

+ Điều 512 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng mượn tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cho mượn giao tài sản cho bên mượn để sử dụng trong một thời hạn mà không phải trả tiền, còn bên mượn

phải trả lại tài sản đó khi hết thời hạn mượn hoặc mục đích mượn đã đạt được.

+ Điều 518 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cung ứng dịch vụ thực hiện công việc cho bên thuê dịch vụ, còn bên thuê dịch vụ phải trả tiền dịch vụ cho bên cung ứng dịch vụ.

+ Điều 527 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng vận chuyển hành khách là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên vận chuyển chuyên chở hành khách, hành lý đến địa điểm đã định theo thỏa thuận, còn hành khách phải thanh toán cước phí vận chuyển.

+ Điều 535 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng vận chuyển tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên vận chuyển có nghĩa vụ chuyển tài sản đến địa điểm đã định theo thỏa thuận và giao tài sản đó cho người có quyền nhận, còn bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ trả cước phí vận chuyển.

+ Điều 547 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng gia công là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên nhận gia công thực hiện công việc để tạo ra sản phẩm theo yêu cầu của bên đặt gia công, còn bên đặt gia công nhận sản phẩm và trả tiền công.

+ Điều 559 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng gửi giữ tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên giữ nhận tài sản của bên gửi để bảo quản và trả lại chính tài sản đó cho bên gửi khi hết thời hạn hợp đồng, còn bên gửi phải trả tiền công cho bên giữ, trừ trường hợp gửi giữ không phải trả tiền công

+ Điều 567 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng bảo hiểm là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm, còn bên bảo hiểm phải trả một khoản tiền bảo hiểm cho bên được bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm.

+ Điều 581 Bộ luật dân sự định nghĩa :

Hợp đồng ủy quyền là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên được ủy quyền có nghĩa vụ thực hiện công việc nhân danh bên ủy quyền, còn bên ủy quyền chỉ phải trả thù lao, nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

+ Điều 590 quy định về **hứa thưởng** như sau :

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

Công việc được hứa thưởng phải cụ thể, có thể thực hiện được, không bị pháp luật cấm, không trái đạo đức xã hội.

+ Điều 593 quy định về **Thi có giải** như sau :

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

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

Người đoạt giải có quyền yêu cầu người tổ chức thi trao giải thưởng đúng mức đã công bố.

II. NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ HỢP ĐỒNG DÂN SỰ

1. Giao kết hợp đồng dân sự

Giao kết hợp đồng dân sự là việc các bên bày tỏ ý chí của mình theo các trình tự thủ tục nhất định để xác lập quyền và nghĩa vụ dân sự.

a. Nguyên tắc giao kết

Điều 389 Bộ luật dân sự đưa ra hai nguyên tắc sau đây là cơ sở giao kết hợp đồng dân sự cho các chủ thể :

– Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội.

Theo nguyên tắc này, mọi cá nhân, tổ chức khi có đủ năng lực chủ thể được quyết định trong việc giao kết hợp đồng mà không ai có quyền ngăn cản. Các cá nhân, tổ chức khi giao kết hợp đồng có quyền lựa chọn đối tượng giao kết,

nội dung giao kết, hình thức giao kết. Tuy nhiên, sự thỏa thuận giữa các bên về các điều khoản trong hợp đồng không được trái với quy định của pháp luật, đạo đức xã hội thì sự thỏa thuận này mới được pháp luật bảo vệ.

- Tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng.

Tự nguyện là cơ sở tồn tại lâu dài của mọi giao kết, giao kết dân sự cũng vậy, phải dựa trên sự tự nguyện. Hơn thế nữa, tự nguyện là bản chất của giao kết dân sự, nếu giao kết dân sự đi ngược với bản chất này thì nó không có hiệu lực. Các cá nhân, tổ chức khi giao kết hợp đồng đều bình đẳng trước pháp luật. Sự bình đẳng ở đây được hiểu là bình đẳng về mặt pháp lý, việc giao kết hợp đồng giữa các chủ thể không phụ thuộc vào địa vị xã hội, giới tính, tôn giáo, thành phần kinh tế... Khi hợp đồng được xác lập thì quyền và nghĩa vụ của các chủ thể phải có sự tương xứng và các bên phải thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng thì mới được hưởng quyền. Việc giao kết hợp đồng muốn được thực hiện lâu dài thì các bên phải thực hiện trên tinh thần là hợp tác, trung thực, ngay thẳng. Các bên muốn trở thành đối tác lâu dài của nhau thì phải trung thực, hợp tác, ngay thẳng. Các bên phải thường xuyên hỏi thăm, đôn đốc, giúp đỡ lẫn nhau trong việc giao kết hợp đồng.

b. Trình tự giao kết hợp đồng dân sự

Trình tự giao kết hợp đồng là cách thức mà các bên giao kết hợp đồng trao đổi, thỏa thuận để đi đến thống nhất về

các điều khoản trong hợp đồng. Trình tự giao kết hợp đồng diễn ra thông qua hai giai đoạn : đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là hai yếu tố quan trọng của quá trình giao kết một hợp đồng. Hợp đồng không thể được hoàn thành nếu không có việc đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Đề nghị giao kết hợp đồng tại Điều 390 Bộ luật dân sự.

Đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể.

Trong trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh.

Việc đưa ra lời đề nghị giao kết hợp đồng các bên có thể tiến hành bằng nhiều hình thức khác nhau. Các bên có thể trực tiếp gặp nhau và bên đề nghị giao kết hợp đồng đưa ra các điều khoản của hợp đồng để bên được đề nghị giao kết xem xét, quyết định hoặc bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể gửi các điều khoản của hợp đồng bằng đường

bưu điện, thư điện tử cho bên được đề nghị giao kết. Nếu hết thời hạn trả lời mà bên được đề nghị mới trả lời về việc chấp nhận giao kết hợp đồng thì lời trả lời đó xem như một lời đề nghị mới về giao kết hợp đồng. Nếu việc trả lời được chuyển bằng đường bưu điện thì ngày gửi theo dấu của bưu điện được coi là thời điểm trả lời.

Người được đề nghị giao kết xem xét, quyết định, có thể chấp nhận toàn bộ nội dung đề nghị hoặc một phần nội dung đề nghị. Người được đề nghị có thể sửa đổi nội dung do bên đề nghị đưa ra hoặc đưa ra lời đề nghị hoàn toàn mới, trong trường hợp này người được đề nghị trở thành người đề nghị mới và họ lại bị ràng buộc giống như người đề nghị ban đầu. Công việc này có thể lặp lại nhiều lần cho đến khi hai bên thống nhất được với nhau về các điều khoản của hợp đồng.

Địa điểm giao kết hợp đồng dân sự do các bên thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận thì địa điểm giao kết hợp đồng dân sự là nơi cư trú của cá nhân hoặc trụ sở của pháp nhân đã đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng.

Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng chết hoặc mất năng lực hành vi dân sự sau khi bên được đề nghị giao kết hợp đồng trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng vẫn có giá trị.

Trong trường hợp bên được đề nghị giao kết hợp đồng chết hoặc mất năng lực hành vi dân sự sau khi trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng thì việc trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng vẫn có giá trị.

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.

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

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

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

Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

2. Thực hiện hợp đồng dân sự

Sau khi đã giao kết hợp đồng và hợp đồng có hiệu lực các bên xác lập quyền và nghĩa vụ theo sự thỏa thuận trong hợp đồng. Các bên phải thực hiện các điều khoản về đối tượng, thời gian, địa điểm, chất lượng... mà hai bên đã thỏa thuận trong hợp đồng.

a. Nguyên tắc thực hiện hợp đồng dân sự

Việc thực hiện hợp đồng phải tuân theo các nguyên tắc được quy định tại Điều 412 Bộ luật dân sự sau đây :

- Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thỏa thuận khác.

Thực hiện nguyên tắc này, đòi hỏi các chủ thể giao kết hợp đồng phải thực hiện đúng và đầy đủ tất cả các điều khoản mà hai bên đã thỏa thuận trong hợp đồng. Việc không thực hiện hợp đồng hoặc có thực hiện nhưng thực hiện không đúng, không đầy đủ đều gọi là vi phạm hợp đồng và phải chịu trách nhiệm pháp lý do pháp luật quy định hoặc do hai bên thỏa thuận trong hợp đồng.

- Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng các bên luôn thông báo cho nhau về tiến độ thực hiện hợp đồng. Các bên không vì lợi nhuận của mình mà lừa dối, che giấu đối tượng của hợp đồng gây thiệt hại cho bên kia. Thực hiện tốt nguyên tắc này các bên sẽ trở thành đối tác lâu dài của nhau. Một doanh nghiệp, thương nhân muốn đứng vững, tồn tại lâu dài trong thương trường thì không thể làm ăn đứt đoạn, triệt hạ đối tác của mình bằng mọi cách để mang lại lợi nhuận tối đa. Khi hợp đồng không thực hiện được, các bên phải tìm mọi cách để làm giảm bớt thiệt hại của nhau.

- Không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.

Thực hiện nguyên tắc này, đòi hỏi các bên khi thực hiện hợp đồng bên cạnh lợi ích của mình còn phải tính toán đến

lợi ích của những người khác. Các bên có quyền thực hiện hợp đồng theo những thỏa thuận trong hợp đồng nhưng không được xâm phạm đến lợi ích hợp pháp của Nhà nước, công cộng và của công dân.

b. Thực hiện hợp đồng trong một số trường hợp cụ thể

b.1. Thực hiện hợp đồng đơn vụ

Thực hiện hợp đồng đơn vụ được quy định Điều 413 Bộ luật dân sự. Đối với hợp đồng đơn vụ, bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ đúng như đã thỏa thuận; chỉ được thực hiện trước hoặc sau thời hạn nếu được bên có quyền đồng ý.

b.2. Thực hiện hợp đồng song vụ

Thực hiện hợp đồng song vụ được quy định Điều 414 Bộ luật dân sự.

Trong hợp đồng song vụ, khi các bên đã thỏa thuận thời hạn thực hiện nghĩa vụ thì mỗi bên phải thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn; không được hoãn thực hiện với lý do bên kia chưa thực hiện nghĩa vụ đối với mình, trừ trường hợp các trường hợp sau đây :

– Bên phải thực hiện nghĩa vụ trước có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ, nếu tài sản của bên kia đã bị giảm sút nghiêm trọng đến mức không thể thực hiện được nghĩa vụ như đã cam kết cho đến khi bên kia có khả năng thực hiện được nghĩa vụ hoặc có người bảo lãnh.

- Bên phải thực hiện nghĩa vụ sau có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ đến hạn nếu bên thực hiện nghĩa vụ trước chưa thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn.

- Khi một bên không thực hiện được nghĩa vụ của mình do lỗi của bên kia thì có quyền yêu cầu bên kia vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đối với mình hoặc hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

- Trong trường hợp các bên không thỏa thuận bên nào thực hiện nghĩa vụ trước thì các bên phải đồng thời thực hiện nghĩa vụ đối với nhau; nếu nghĩa vụ không thể thực hiện đồng thời thì nghĩa vụ nào khi thực hiện mất nhiều thời gian hơn thì nghĩa vụ đó phải được thực hiện trước.

- Nếu một bên không thực hiện được nghĩa vụ mà các bên đều không có lỗi thì bên không thực hiện được nghĩa vụ không có quyền yêu cầu bên kia thực hiện nghĩa vụ đối với mình. Trường hợp một bên đã thực hiện được một phần nghĩa vụ thì có quyền yêu cầu bên kia thực hiện phần nghĩa vụ tương ứng đối với mình.

b.3. Thực hiện hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba

Khi thực hiện hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba thì người thứ ba có quyền trực tiếp yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ đối với mình; nếu các bên có tranh chấp về việc thực hiện hợp đồng thì người thứ ba không có quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cho đến khi tranh chấp được giải quyết.

Bên có quyền cũng có thể yêu cầu bên có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba.

Trong trường hợp người thứ ba từ chối lợi ích của mình trước khi bên có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ thì bên có nghĩa vụ không phải thực hiện nghĩa vụ, nhưng phải báo cho bên có quyền và hợp đồng được coi là bị hủy bỏ, các bên phải hoàn trả cho nhau những gì đã nhận; nếu người thứ ba từ chối lợi ích của mình sau khi bên có nghĩa vụ đã thực hiện nghĩa vụ thì nghĩa vụ được xem là đã hoàn thành và bên có quyền vẫn phải thực hiện cam kết đối với bên có nghĩa vụ.

Khi người thứ ba đã đồng ý hưởng lợi ích thì dù hợp đồng chưa được thực hiện, các bên giao kết hợp đồng cũng không được sửa đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng, trừ trường hợp được người thứ ba đồng ý.

3. Sửa đổi, hủy bỏ, chấm dứt hợp đồng dân sự

a. Sửa đổi hợp đồng dân sự

Sửa đổi hợp đồng là việc các bên ký kết hợp đồng thỏa thuận với nhau về việc hủy bỏ hoặc làm thay đổi một số điều khoản của hợp đồng.

Các bên có thể thỏa thuận sửa đổi hợp đồng và giải quyết hậu quả của việc sửa đổi, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Trong trường hợp hợp đồng được lập thành văn bản, được công chứng, chứng thực, đăng ký hoặc cho phép thì việc sửa đổi hợp đồng cũng phải tuân theo hình thức đó.

b. Hủy bỏ hợp đồng dân sự

– Một bên có quyền hủy bỏ hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại khi bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện hủy bỏ mà các bên đã thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định

– Bên hủy bỏ hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc hủy bỏ, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

– Khi hợp đồng bị hủy bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết và các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải trả bằng tiền.

– Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị hủy bỏ phải bồi thường thiệt hại.

c. Chấm dứt hợp đồng dân sự

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt trong các trường hợp sau đây :

– Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận;

– Hết thời hạn trả lời chấp nhận;

– Khi thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực;

– Khi thông báo về việc hủy bỏ đề nghị có hiệu lực;

Theo thỏa thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

Đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng.

- Một bên có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng nếu các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

- Bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc chấm dứt hợp đồng, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

- Khi hợp đồng bị đơn phương chấm dứt thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm bên kia nhận được thông báo chấm dứt. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán.

- Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị đơn phương chấm dứt phải bồi thường thiệt hại.

4. Những nội dung khác về hợp đồng dân sự

a. Nội dung hợp đồng

Tùy theo từng loại hợp đồng, các bên có thể thỏa thuận về những nội dung sau đây :

- Đối tượng của hợp đồng là tài sản phải giao, công việc phải làm hoặc không được làm;

- Số lượng, chất lượng;

- Giá, phương thức thanh toán;

- Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng;

- Quyền, nghĩa vụ của các bên;
- Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng;
- Phạt vi phạm hợp đồng;
- Các nội dung khác.

Nội dung của hợp đồng chính là những điều khoản mà các bên thỏa thuận, các điều khoản này tạo nên quyền và nghĩa vụ của các bên. Đây là phần quan trọng nhất của một hợp đồng kinh tế vì nó làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên. Nếu các điều khoản các bên thỏa thuận không rõ ràng, chung chung thì rất dễ dẫn đến tranh chấp và thiệt hại các bên không thể lường trước được. Tùy theo từng loại hợp đồng mà có những điều khoản ở hợp đồng này các bên thỏa thuận trong hợp đồng nhưng ở hợp đồng khác thì không. Ngoài những nội dung mà luật đưa ra ở trên các bên cũng có thể thỏa thuận những điều khoản khác mà nội dung của nó không trái với pháp luật, đạo đức. Trong khoa học pháp lý, điều khoản của hợp đồng được chia thành các loại sau đây :

- Điều khoản chủ yếu : là điều khoản đề cập đến nội dung chủ yếu của hợp đồng, nếu thiếu điều khoản này thì hợp đồng kinh tế không có hiệu lực. Tùy từng loại hợp đồng mà điều khoản chủ yếu có sự khác nhau. Ví dụ : Trong hợp đồng mua bán hàng hóa thì điều khoản về đối tượng, số lượng, giá cả... là những điều khoản chủ yếu.

- Điều khoản thường xuyên : là điều khoản đã được pháp luật quy định, nếu các bên không thỏa thuận ghi trong hợp

đồng thì nó vẫn đương nhiên có hiệu lực vì nó đã được pháp luật quy định, nếu các bên có thỏa thuận ghi trong hợp đồng thì phải thỏa thuận không được trái với pháp luật đã quy định. Để cho hợp đồng tránh lập lại những điều pháp luật đã quy định thì hai bên có thể không cần phải thỏa thuận trong hợp đồng về điều khoản này. Vì vậy, hai bên giao kết hợp đồng cần phải biết được những nội dung nào pháp luật đã quy định để không cần ghi nhận trong hợp đồng và ngược lại để hợp đồng được ngắn gọn những đầy đủ. Ví dụ : Trong hợp đồng mua bán hàng hóa khi bên bán đã giao hàng hóa cho bên mua trước thời hạn hợp đồng mà bên mua tiếp nhận thì bên bán được coi là hoàn thành nghĩa vụ giao hàng cho bên mua (Điều 285 Bộ luật dân sự).

– Điều khoản tùy nghi : là điều khoản chưa được pháp luật quy định hai bên có thể linh động thỏa thuận. Trong hợp đồng ngoài những điều khoản chủ yếu và điều khoản thường xuyên thì các bên có thể linh động các điều khoản khác nhằm làm cho hợp đồng được cụ thể và thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng. Ví dụ : Điều 284 Bộ luật dân sự quy định về địa điểm thực hiện nghĩa vụ dân sự : Địa điểm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong trường hợp không có sự thỏa thuận là nơi bất động sản, nếu đối tượng của nghĩa vụ dân sự là bất động sản; nơi cư trú hoặc trụ sở của bên có quyền, nếu đối tượng của nghĩa vụ dân sự không phải là bất động sản; rõ ràng đây là điều khoản thường xuyên của hợp đồng dân sự, nhưng nếu các bên quy định trong hợp đồng rằng địa điểm thực hiện hợp đồng do bên có nghĩa vụ

tự chọn thì lại là điều khoản tùy nghi. Như vậy cùng một nội dung nhưng có thể là điều khoản chủ yếu của hợp đồng, điều khoản thường xuyên của hợp đồng cũng có thể là điều khoản tùy nghi.

b. Phụ lục hợp đồng

Kèm theo hợp đồng có thể có phụ lục để quy định chi tiết một số điều khoản của hợp đồng. Phụ lục hợp đồng có hiệu lực như hợp đồng. Nội dung của phụ lục hợp đồng không được trái với nội dung của hợp đồng.

Trong trường hợp phụ lục hợp đồng có điều khoản trái với nội dung của điều khoản trong hợp đồng thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Trong trường hợp các bên chấp nhận phụ lục hợp đồng có điều khoản trái với điều khoản trong hợp đồng thì coi như điều khoản đó trong hợp đồng đã được sửa đổi.

c. Giải thích hợp đồng

Việc giải thích hợp đồng được thực hiện khi hợp đồng có những điều khoản không rõ ràng. Khi giải thích nội dung của hợp đồng phải dựa vào các cơ sở sau đây :

– Khi hợp đồng có điều khoản không rõ ràng thì không chỉ dựa vào ngôn từ của hợp đồng mà còn phải căn cứ vào ý chí chung của các bên để giải thích điều khoản đó.

– Khi một điều khoản của hợp đồng có thể được hiểu theo nhiều nghĩa thì phải chọn nghĩa nào làm cho điều khoản đó khi thực hiện có lợi nhất cho các bên.

- Khi hợp đồng có ngôn từ có thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì phải giải thích theo nghĩa phù hợp nhất với tính chất của hợp đồng.
- Khi hợp đồng có điều khoản hoặc ngôn từ khó hiểu thì phải được giải thích theo tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng.
- Khi hợp đồng thiếu một số điều khoản thì có thể bổ sung theo tập quán đối với loại hợp đồng đó tại địa điểm giao kết hợp đồng.
- Các điều khoản trong hợp đồng phải được giải thích trong mối liên hệ với nhau, sao cho ý nghĩa của các điều khoản đó phù hợp với toàn bộ nội dung hợp đồng.
- Trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa ý chí chung của các bên với ngôn từ sử dụng trong hợp đồng thì ý chí chung của các bên được dùng để giải thích hợp đồng.
- Trong trường hợp bên mạnh thế đưa vào hợp đồng nội dung bất lợi cho bên yếu thế thì khi giải thích hợp đồng phải theo hướng có lợi cho bên yếu thế.

d. Hợp đồng theo mẫu

Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra.

Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không ràng thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó.

Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

e. Thời hiệu khởi kiện về hợp đồng dân sự

Thời hiệu khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp hợp đồng dân sự là hai năm, kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân, các chủ thể khác bị xâm phạm.

5. Các biện pháp nhằm bảo đảm việc thực hiện hợp đồng

Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng bao gồm :

- Cầm cố tài sản;
- Thế chấp tài sản;
- Đặt cọc;
- Ký cược;
- Ký quỹ;
- Bảo lãnh;
- Tín chấp.

a. Những quy định chung về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng

Trong trường hợp các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định về biện pháp bảo đảm thì người có nghĩa vụ phải thực hiện biện pháp bảo đảm đó.

Nghĩa vụ hợp đồng có thể được bảo đảm một phần hoặc toàn bộ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật; nếu không có thỏa thuận và pháp luật không quy định phạm vi bảo đảm thì nghĩa vụ coi như được bảo đảm toàn bộ, kể cả nghĩa vụ trả lãi và bồi thường thiệt hại.

Vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm và được phép giao dịch.

Tiền, trái phiếu, cổ phiếu, kỳ phiếu và giấy tờ có giá khác được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Các quyền tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm bao gồm quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng, quyền đòi nợ, quyền được nhận số tiền bảo hiểm đối với vật bảo đảm, quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng và các quyền tài sản khác thuộc sở hữu của bên bảo đảm đều được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Quyền sử dụng đất được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Một tài sản có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ hợp đồng, nếu có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Trong trường hợp một tài sản được bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ thì bên bảo đảm phải thông báo cho bên nhận bảo đảm sau biết về việc tài sản bảo đảm đang được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác. Mỗi lần bảo đảm phải được lập thành văn bản.

Trong trường hợp phải xử lý tài sản để thực hiện một nghĩa vụ hợp đồng vụ đến hạn thì các nghĩa vụ hợp đồng khác tuy chưa đến hạn đều được coi là đến hạn và tất cả các bên cùng nhận bảo đảm đều được tham gia xử lý tài sản.

b. Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng

b.1. Cầm cố tài sản

Cầm cố tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Việc cầm cố tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính.

Cầm cố tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản cho bên nhận cầm cố.

Thời hạn cầm cố tài sản do các bên thỏa thuận. Trong trường hợp không có thỏa thuận thì thời hạn cầm cố được tính cho đến khi chấm dứt nghĩa vụ được bảo đảm bằng cầm cố.

Việc cầm cố tài sản có thể bị hủy bỏ, nếu được bên nhận cầm cố đồng ý.

Trường hợp đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự mà bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện nghĩa vụ không đúng thỏa thuận thì tài sản cầm cố được xử lý theo phương thức do các bên đã thỏa thuận hoặc được bán đấu giá theo quy định của pháp luật để thực hiện nghĩa vụ. Bên nhận cầm cố được ưu tiên thanh toán từ số tiền bán tài sản cầm cố.

b.2. Thế chấp tài sản

Thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp.

Trong trường hợp thế chấp toàn bộ bất động sản, động sản có vật phụ thì vật phụ của bất động sản, động sản đó cũng thuộc tài sản thế chấp. Tài sản thế chấp cũng có thể là tài sản được hình thành trong tương lai.

Tài sản thế chấp do bên thế chấp giữ. Các bên có thể thỏa thuận giao cho người thứ ba giữ tài sản thế chấp.

Việc thế chấp tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản thế chấp phải được công chứng, chứng thực hoặc đăng ký.

Các bên thỏa thuận về thời hạn thế chấp tài sản; nếu không có thỏa thuận thì việc thế chấp có thời hạn cho đến khi chấm dứt nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp.

Tài sản đang cho thuê cũng có thể được dùng để thế chấp. Hoa lợi, lợi tức thu được từ việc cho thuê tài sản thuộc tài sản thế chấp, nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

Trong trường hợp tài sản thế chấp được bảo hiểm thì khoản tiền bảo hiểm cũng thuộc tài sản thế chấp.

Trong trường hợp đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự mà bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì tài sản thế chấp được xử lý theo phương thức do các bên đã thỏa thuận hoặc được bán đấu giá theo quy định của pháp luật để thực hiện nghĩa vụ. Bên nhận cầm cố được ưu tiên thanh toán từ số tiền bán tài sản cầm cố.

b.3. Đặt cọc

Đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (sau

đây gọi là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết hoặc thực hiện hợp đồng dân sự.

Việc đặt cọc phải được lập thành văn bản.

Trong trường hợp hợp đồng dân sự được giao kết, thực hiện thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ để thực hiện nghĩa vụ trả tiền; nếu bên đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự thì tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc; nếu bên nhận đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc và một khoản tiền tương đương giá trị tài sản đặt cọc, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

b.4. Ký cược

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

Trong trường hợp tài sản thuê được trả lại thì bên thuê được nhận lại tài sản ký cược sau khi trừ tiền thuê; nếu bên thuê không trả lại tài sản thuê thì bên cho thuê có quyền đòi lại tài sản thuê; nếu tài sản thuê không còn để trả lại thì tài sản ký cược thuộc về bên cho thuê.

b.5. Ký quỹ

Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản

phong tỏa tại một ngân hàng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên có quyền được ngân hàng nơi ký quỹ thanh toán, bồi thường thiệt hại do bên có nghĩa vụ gây ra, sau khi trừ chi phí dịch vụ ngân hàng.

Thủ tục gửi và thanh toán do pháp luật về ngân hàng quy định.

b.6. Bảo lãnh

Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây 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 hoặc chứng thực.

Bên bảo lãnh có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh.

Nghĩa vụ bảo lãnh bao gồm cả tiền lãi trên nợ gốc, tiền phạt, tiền bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Bên bảo lãnh được hưởng thù lao nếu bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh có thỏa thuận.

Trong trường hợp đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh, mà bên bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên bảo lãnh phải đưa tài sản thuộc sở hữu của mình để thanh toán cho bên nhận bảo lãnh.

Khi nhiều người cùng bảo lãnh một nghĩa vụ thì họ phải liên đới thực hiện việc bảo lãnh, trừ trường hợp có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định bảo lãnh theo các phần độc lập; bên có quyền có thể yêu cầu bất cứ ai trong số những người bảo lãnh liên đới phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ.

Khi một người trong số những người bảo lãnh liên đới đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh thì có quyền yêu cầu những người bảo lãnh còn lại phải thực hiện phần nghĩa vụ của họ đối với mình.

b.7. Tín chấp

Tổ chức chính trị – xã hội tại cơ sở có thể bảo đảm bằng tín chấp cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác để sản xuất, kinh doanh, làm dịch vụ theo quy định của Chính phủ.

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.

6. Trách nhiệm pháp lý khi vi phạm hợp đồng dân sự

a. Khái niệm và đặc điểm của trách nhiệm pháp lý khi vi phạm hợp đồng

Khoản 1 Điều 302 Bộ luật dân sự quy định : "Bên có nghĩa vụ mà không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì phải chịu trách nhiệm dân sự đối với bên có quyền".

Khi hợp đồng đã giao kết và có hiệu lực thì hợp đồng giống như là "luật" của các bên và các bên phải có nghĩa vụ tuân thủ nó. Việc vi phạm các nghĩa vụ trong hợp đồng (không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ) sẽ dẫn đến bên vi phạm phải gánh chịu những hậu quả bất lợi do pháp luật quy định. Đây chính là cơ sở của trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng hay còn gọi là trách nhiệm hợp đồng.

Về lý luận, trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng là một dạng trách nhiệm dân sự. Vì vậy, trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng có các đặc trưng của trách nhiệm dân sự đồng thời có những đặc trưng đặc thù, cụ thể là :

- Trách nhiệm hợp đồng được áp dụng khi có hành vi vi phạm hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật;
- Trách nhiệm hợp đồng luôn gắn liền với tài sản;
- Trách nhiệm hợp đồng có thể do các bên thỏa thuận trong hợp đồng trên cơ sở của pháp luật hoặc do pháp luật quy định.

b. Vai trò của trách nhiệm hợp đồng

Trách nhiệm hợp đồng có vai trò rất quan trọng trong việc bảo vệ lợi ích hợp pháp của các bên giao kết hợp đồng, đồng thời bảo đảm tính nghiêm minh của pháp luật về hợp đồng. Khi tham gia vào quan hệ hợp đồng, các bên đều nhằm đạt được những mục đích nhất định. Thông thường hành vi vi phạm hợp đồng gây thiệt hại đến lợi ích của bên bị vi phạm. Vì vậy, để bảo vệ lợi ích của mình, pháp luật cho phép bên bị vi phạm có quyền tự mình hoặc yêu cầu Tòa án buộc bên vi phạm hợp đồng bồi thường thiệt hại hoặc buộc phải thực hiện hợp đồng.

Trách nhiệm hợp đồng còn bảo vệ lợi ích chính đáng của bên vi phạm hợp đồng trong trường hợp miễn trừ trách nhiệm hợp đồng, giải phóng họ thoát khỏi những ràng buộc về mặt pháp lý.

Trách nhiệm hợp đồng còn tác động vào ý thức của các bên giao kết hợp đồng, nâng cao tinh thần trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng, ngăn ngừa và hạn chế vi phạm hợp đồng xảy ra.

c. Các nguyên tắc của trách nhiệm hợp đồng

Các nguyên tắc của trách nhiệm hợp đồng được quy định tại Điều 302 Bộ luật dân sự :

– Bên có nghĩa vụ mà không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì phải chịu trách nhiệm dân sự đối với bên có quyền.

- Trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thể thực hiện được nghĩa vụ dân sự do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

- Bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh được nghĩa vụ không thực hiện được là hoàn toàn do lỗi của bên có quyền.

d. Các hình thức của trách nhiệm hợp đồng

d.1. Bồi thường thiệt hại

Bên bị vi phạm hợp đồng muốn tự mình hoặc yêu cầu Tòa án buộc bên vi phạm hợp đồng bồi thường thiệt hại cho mình thì phải chứng minh được hành vi vi phạm hợp đồng thỏa các điều kiện sau đây :

- Có hành vi vi phạm hợp đồng : là hành vi không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các điều khoản mà hai bên đã thỏa thuận trong hợp đồng.

- Có thiệt hại xảy ra cho bên bị vi phạm hợp đồng : Thiệt hại xảy ra cho bên bị vi phạm hợp đồng phải là thiệt hại tính được bằng tiền như : Tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút... chứ không phải thiệt hại do suy diễn.

- Hành vi vi phạm hợp đồng phải có lỗi : Lỗi khi vi phạm hợp đồng là lỗi suy đoán khi không thực hiện hợp

đồng hoặc có thực hiện nhưng thực hiện không đúng, không đầy đủ thì bị coi là có lỗi, trừ trường hợp bất khả kháng.

Dưới góc độ pháp lý, lỗi được chia thành hai loại : Lỗi cố ý và lỗi vô ý.

Lỗi cố ý là hành vi của bên vi phạm hợp đồng, nhận thức được hành vi của mình gây thiệt hại cho bên bị vi phạm hợp đồng nhưng vẫn thực hiện và mong muốn nó xảy ra hoặc không mong muốn nhưng để mặc cho hậu quả xảy ra.

Lỗi vô ý là hành vi của bên vi phạm hợp đồng, không nhận thức được hành vi của mình gây thiệt hại cho bên bị vi phạm hợp đồng, mặc dù phải biết hoặc có thể biết trước thiệt hại xảy ra hoặc nhận thức được hành vi của mình gây thiệt hại cho bên bị vi phạm hợp đồng nhưng cho rằng thiệt hại đó không xảy ra hoặc có thể ngăn chặn thiệt hại đó.

- Phải có mối liên hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật với thiệt hại xảy ra : Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp dẫn đến hậu quả xảy ra. Nếu có hành vi vi phạm hợp đồng nhưng không có thiệt hại xảy ra cho bên bị vi phạm thì bên bị vi phạm không có cơ sở để yêu cầu bên vi phạm hợp đồng bồi thường thiệt hại cho mình. Hoặc nếu có hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm, có thiệt hại của bên bị vi phạm xảy ra nhưng thiệt hại đó không phải do hành vi của bên vi phạm hợp đồng gây ra mà do một nguyên nhân khác thì cũng không thể buộc bên vi phạm hợp đồng bồi thường thiệt hại cho bên bị vi phạm hợp đồng.

d.2. Buộc phải thực hiện đúng hợp đồng

Buộc phải thực hiện đúng hợp đồng là hình thức trách nhiệm hợp đồng mà bên vi phạm hợp đồng phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng theo yêu cầu của bên có quyền. Cơ sở để bên bị vi phạm hợp đồng buộc bên vi phạm hợp đồng phải thực hiện hợp đồng là có hành vi vi phạm hợp đồng và hành vi vi phạm hợp đồng có lỗi, không cần phải có thiệt hại xảy ra cho bên bị vi phạm. Bên bị vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu Tòa án buộc bên vi phạm hợp đồng phải thực hiện hợp đồng và bên vi phạm hợp đồng phải chịu những chi phí phát sinh.

Theo quy định của Bộ luật dân sự thì bên bị vi phạm hợp đồng buộc bên vi phạm hợp đồng phải thực hiện hợp đồng trong các trường hợp sau đây :

- Trách nhiệm dân sự do không thực hiện nghĩa vụ giao vật (Điều 303);

- Trách nhiệm dân sự do không thực hiện nghĩa vụ phải thực hiện hoặc không được thực hiện một công việc (Điều 304);

- Trách nhiệm dân sự do chậm thực hiện nghĩa vụ dân sự (Điều 305);

- Trách nhiệm dân sự do chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ dân sự (Điều 306).

III. HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm hợp đồng thương mại

Trong Luật thương mại được Quốc hội thông qua và có hiệu lực ngày 1/1/2006 chỉ có quy định về các hợp đồng cụ thể như : Hợp đồng mua bán hàng hóa, hợp đồng dịch vụ, không có đưa ra khái niệm về hợp đồng thương mại. Tuy nhiên, Luật thương mại lại đưa ra khái niệm về hoạt động thương mại : "Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lời, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lời khác". Nếu cho rằng hợp đồng thương mại là hợp đồng trong hoạt động thương mại thì ta có thể đưa ra khái niệm về hợp đồng thương mại như sau : Hợp đồng thương mại là sự thỏa thuận giữa các thương nhân hoặc một bên là thương nhân để thực hiện các hoạt động thương mại.

2. Đặc điểm

Hợp đồng thương mại có bản chất giống như các loại hợp đồng khác đó là sự thỏa thuận giữa các bên giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, Hợp đồng thương mại có các đặc trưng sau đây :

- Chủ thể của hợp đồng thương mại là thương nhân hoặc một bên là thương nhân. Theo khoản 1, Điều 6 Luật thương mại thì thương nhân là tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh. Thương nhân

có quyền hoạt động thương mại trong các ngành nghề, tại các địa bàn, dưới các hình thức và theo các phương thức mà pháp luật không cấm.

– Mục đích của hợp đồng thương mại.

Vì hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lời, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lời khác. Do đó, mục đích của hợp đồng thương mại là lợi nhuận.

– Hình thức của hợp đồng thương mại.

Vì trong Luật thương mại không có điều khoản cụ thể quy định về hợp đồng thương mại nên cũng không có điều khoản nào quy định về hình thức của hợp đồng thương mại. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 24, 74 Luật thương mại quy định về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa và hình thức hợp đồng dịch vụ là bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Do đó, hình thức của hợp đồng thương mại là bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể.

Điều 24. Hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa.

+ Hợp đồng mua bán hàng hóa được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể

+ Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hóa mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó.

Điều 74. Hình thức hợp đồng dịch vụ.

+ Hợp đồng dịch vụ được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể.

+ Đối với các loại hợp đồng dịch vụ mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó.

+ Nội dung của hợp đồng thương mại là quyền và nghĩa vụ cụ thể mà các bên đã thỏa thuận trong từng hợp đồng cụ thể khi tiến hành các hoạt động thương mại.

3. Các loại hợp đồng trong hoạt động thương mại theo quy định của luật thương mại

Theo quy định tại Điều 24, 74 Luật thương mại thì hợp đồng thương mại có hai loại là hợp đồng mua bán hàng hóa và hợp đồng dịch vụ. Hợp đồng mua bán hàng hóa theo quy định của Luật thương mại gồm : Mua bán hàng hóa lưu thông trong nước, mua bán hàng hóa quốc tế, mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa. Các hợp đồng dịch vụ trong hoạt động thương mại : Khuyến mại, quảng cáo thương mại, trưng bày, giới thiệu hàng hóa, triển lãm, hội chợ, đại diện, môi giới, ủy thác mua bán hàng hóa, đại lý thương mại, gia công thương mại, đấu giá hàng hóa, đấu thầu hàng hóa, dịch vụ, giám định, dịch vụ logistics, cho thuê hàng hóa, nhượng quyền thương mại.

4. Những vấn đề pháp lý về hợp đồng mua bán hàng hóa và hợp đồng dịch vụ trong hoạt động thương mại

a. Hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại.

a.1. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại

Về bản chất hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại giống với hợp đồng mua bán hàng hóa trong giao dịch dân sự được quy định tại Điều 428 Bộ luật dân sự định nghĩa cũng là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao tài sản cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận tài sản và trả tiền cho bên bán. Như vậy, ta có thể định nghĩa hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại như sau : hợp đồng mua bán hàng hóa là một sự kiện pháp lý dưới dạng hành vi thương mại, theo đó hai bên thỏa thuận với nhau rằng bên bán có nghĩa vụ giao hàng hóa, chuyển quyền sở hữu hàng hóa cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận tài sản và trả tiền cho bên bán.

Hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại có một số các đặc trưng sau đây :

- Các bên thiết lập hợp đồng mua bán này phải là tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh. Nói cách khác chủ thể của hợp đồng này phải là thương nhân biểu hiện dưới hình thức tổ chức kinh tế hoặc cá nhân. Thương nhân là tổ chức kinh tế phải được thành lập hợp pháp bao gồm các loại hình công ty (công ty

trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty hợp danh, công ty cổ phần), doanh nghiệp tư nhân, doanh nghiệp Nhà nước, hợp tác xã, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Thương nhân là cá nhân phải hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh gồm các hộ kinh doanh cá thể. Thương nhân có quyền hoạt động thương mại trong các ngành nghề, tại các địa bàn, dưới các hình thức và theo các phương thức mà pháp luật không cấm.

- Hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại có đối tượng là hàng hóa. Các bên phải căn cứ vào pháp luật cụ thể để xác định hàng hóa mua bán cho phù hợp. Nếu pháp luật có quy định hàng hóa đó cấm kinh doanh thì các bên không được thực hiện mua bán; nếu hàng hóa hạn chế kinh doanh, hàng hóa kinh doanh có điều kiện và điều kiện để được kinh doanh hàng hóa đó thì các bên phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo quy định của pháp luật trước khi thực hiện việc mua bán; nếu hàng hóa đang được lưu thông một cách hợp pháp trong nước nhưng là nguồn gốc hoặc phương tiện lây truyền các loại dịch bệnh hoặc khi xảy ra tình trạng khẩn cấp cơ quan Nhà nước có thẩm quyền có quyền áp dụng một trong các biện pháp : buộc phải thu hồi, cấm lưu thông, tạm ngừng lưu thông, lưu thông có điều kiện hoặc phải có giấy phép lưu thông. Mua bán hàng hóa quốc tế được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập và chuyển khẩu hàng hóa.

- Hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại có nội dung cơ bản giống như nội dung của hợp đồng mua bán hàng hóa trong giao dịch dân sự như : đối tượng mua bán, chủng loại, chất lượng, số lượng, giá cả, địa điểm giao hàng, thời gian giao hàng, phương thức thanh toán, bảo hành (nếu có), cơ quan giải quyết tranh chấp.

Nếu các bên mua bán hàng hóa quốc tế thì hợp đồng mua bán hàng hóa càng cụ thể, rõ ràng, đầy đủ thì khả năng dẫn đến tranh chấp càng thấp. Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế còn phải có thêm điều khoản về chọn luật áp dụng, cơ quan giải quyết tranh chấp.

- Hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại là bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Tuy nhiên, vì hoạt động thương mại rất phức tạp, các bên đều nhằm đến mục tiêu lợi nhuận nên tốt nhất khi giao dịch các bên nên để lại bằng chứng của việc giao dịch để bảo vệ lợi ích của mình khi có tranh chấp xảy ra.

a.2. Quyền và nghĩa vụ các bên của hợp đồng mua bán hàng hóa trong hoạt động thương mại

Quyền và nghĩa vụ của bên bán được các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nếu các bên có thỏa thuận trong hợp đồng thì phải dựa trên cơ sở của pháp luật, nếu các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng thì phải tuân theo quy định của pháp luật mà các bên đã thỏa thuận. Luật thương mại quy định quyền và nghĩa vụ của bên bán và bên mua như sau :

a.2.1 Quyền và nghĩa vụ của bên bán :

- Bên bán phải giao hàng, chứng từ theo thỏa thuận trong hợp đồng về số lượng, chất lượng, cách thức đóng gói, bảo quản và các quy định khác trong hợp đồng. Trường hợp không có thỏa thuận cụ thể, bên bán có nghĩa vụ giao hàng và chứng từ liên quan theo quy định của Luật thương mại (Điều 34 Luật thương mại).

- Bên bán có nghĩa vụ giao hàng đúng địa điểm đã thỏa thuận. Trường hợp không có thỏa thuận về địa điểm giao hàng thì địa điểm giao hàng được xác định như sau :

- + Trường hợp hàng hóa là vật gắn liền với đất đai thì bên bán phải giao hàng tại nơi có hàng hóa đó;
- + Trường hợp trong hợp đồng có quy định về vận chuyển hàng hóa thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho người vận chuyển đầu tiên;
- + Trường hợp trong hợp đồng không có quy định về vận chuyển hàng hóa, nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng, các bên biết được địa điểm kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hóa thì bên bán phải giao hàng tại địa điểm đó;
- + Trong các trường hợp khác, bên bán phải giao hàng tại địa điểm kinh doanh của bên bán, nếu không có địa điểm kinh doanh thì phải giao hàng tại nơi cư trú của bên bán được xác định tại thời điểm giao kết hợp đồng mua bán (Điều 35 Luật thương mại).

- Bên bán phải giao hàng vào đúng thời điểm giao hàng đã thỏa thuận trong hợp đồng. Trường hợp chỉ có thỏa thuận về thời hạn giao hàng mà không xác định thời điểm giao hàng cụ thể thì bên bán có quyền giao hàng vào bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua. Trường hợp không có thỏa thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng.

Trường hợp bên bán giao hàng trước thời hạn đã thỏa thuận thì bên mua có quyền nhận hoặc không nhận hàng nếu các bên không có thỏa thuận khác (Điều 36, 37 Luật thương mại).

- Trường hợp có thỏa thuận về việc giao chứng từ thì bên bán có nghĩa vụ giao chứng từ liên quan đến hàng hóa cho bên mua trong thời hạn, tại địa điểm và bằng phương thức đã thỏa thuận. Trường hợp không có thỏa thuận về thời hạn, địa điểm giao chứng từ liên quan đến hàng hóa cho bên mua thì bên bán phải giao chứng từ liên quan đến hàng hóa cho bên mua trong thời hạn và tại địa điểm hợp lý để bên mua có thể nhận hàng. Trường hợp bên bán đã giao chứng từ liên quan đến hàng hóa trước thời hạn thỏa thuận thì bên bán vẫn có thể khắc phục những thiếu sót của các chứng từ này trong thời hạn còn lại. Khi bên bán thực hiện việc khắc phục những thiếu sót quy định tại quy định này mà gây bất lợi hoặc làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên mua thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục bất lợi hoặc chịu chi phí đó (Điều 42 Luật thương mại).

– Kiểm tra hàng hóa trước khi giao hàng :

Bên bán phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hóa mà bên mua hoặc đại diện của bên mua đã kiểm tra nếu các khiếm khuyết của hàng hóa không thể phát hiện được trong quá trình kiểm tra bằng biện pháp thông thường và bên bán đã biết hoặc phải biết về các khiếm khuyết đó nhưng không thông báo cho bên mua (Điều 44 Luật thương mại).

– Bên bán phải bảo đảm : Quyền sở hữu của bên mua đối với hàng hóa đã bán không bị tranh chấp bởi bên thứ ba, hàng hóa đó phải hợp pháp, việc chuyển giao hàng hóa là hợp pháp (Điều 45 Luật thương mại).

– Bên bán không được bán hàng hóa vi phạm quyền sở hữu trí tuệ. Bên bán phải chịu trách nhiệm trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hóa đã bán (Điều 46 Luật thương mại).

– Trường hợp hàng hóa mua bán có bảo hành thì bên bán phải chịu trách nhiệm bảo hành hàng hóa đó theo nội dung và thời hạn đã thỏa thuận. Bên bán phải thực hiện nghĩa vụ bảo hành trong thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép. Bên bán phải chịu các chi phí về việc bảo hành, trừ trường hợp có thỏa thuận khác (Điều 49 Luật thương mại).

– Trường hợp hàng hóa được bán là đối tượng của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự thì bên bán phải thông báo cho bên mua về biện pháp bảo đảm và phải được

sự đồng ý của bên nhận bảo đảm về việc bán hàng hóa đó (Điều 48 Luật thương mại).

– Trách nhiệm bên bán khi giao hàng có liên quan đến người vận chuyển :

- + Trường hợp hàng hóa được giao cho người vận chuyển nhưng không được xác định rõ bằng ký mã hiệu trên hàng hóa, chứng từ vận chuyển hoặc cách thức khác thì bên bán phải thông báo cho bên mua về việc đã giao hàng cho người vận chuyển và phải xác định rõ tên và cách thức nhận biết hàng hóa được vận chuyển.
- + Trường hợp bên bán có nghĩa vụ thu xếp việc chuyên chở hàng hóa thì bên bán phải ký kết các hợp đồng cần thiết để việc chuyên chở được thực hiện tới đích bằng các phương tiện chuyên chở thích hợp với hoàn cảnh cụ thể và theo các điều kiện thông thường đối với phương thức chuyên chở đó.
- + Trường hợp bên bán không có nghĩa vụ mua bảo hiểm cho hàng hóa trong quá trình vận chuyển, nếu bên mua có yêu cầu thì bên bán phải cung cấp cho bên mua những thông tin cần thiết liên quan đến hàng hóa và việc vận chuyển hàng hóa để tạo điều kiện cho bên mua mua bảo hiểm cho hàng hóa đó (Điều 36 Luật thương mại).

a.2.2. Quyền và nghĩa vụ của bên mua :

– Bên mua có nghĩa vụ thanh toán tiền mua hàng và nhận hàng theo thỏa thuận. Bên mua phải tuân thủ các

phương thức thanh toán, thực hiện việc thanh toán theo trình tự, thủ tục đã thỏa thuận và theo quy định của pháp luật. Bên mua vẫn phải thanh toán tiền mua hàng trong trường hợp hàng hóa mất mát, hư hỏng sau thời điểm rủi ro được chuyển từ bên bán sang bên mua, trừ trường hợp mất mát, hư hỏng do lỗi của bên bán gây ra (Điều 50 Luật thương mại).

– Bên mua có quyền ngừng thanh toán tiền mua hàng trong các trường hợp sau đây, trừ trường hợp giữa bên mua và bên bán có thỏa thuận khác :

- + Bên mua có bằng chứng về việc bên bán lừa dối thì có quyền tạm ngừng việc thanh toán;
- + Bên mua có bằng chứng về việc hàng hóa đang là đối tượng bị tranh chấp thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi việc tranh chấp đã được giải quyết;
- + Bên mua có bằng chứng về việc bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi bên bán đã khắc phục sự không phù hợp đó;

– Trường hợp tạm ngừng thanh toán mà bằng chứng do bên mua đưa ra không xác thực, gây thiệt hại cho bên bán thì bên mua phải bồi thường thiệt hại đó và chịu các chế tài khác theo quy định của Luật thương mại (Điều 51 Luật thương mại).

- Bên mua mất quyền sở hữu hàng hóa nếu bên mua không thông báo ngay cho bên bán về khiếu nại của bên thứ ba đối với hàng hóa được giao sau khi bên mua đã biết hoặc phải biết về khiếu nại đó, trừ trường hợp bên bán biết hoặc phải biết về khiếu nại của bên thứ ba (Điều 46 Luật thương mại).

- Trường hợp bên bán giao thừa hàng thì bên mua có quyền từ chối hoặc chấp nhận số hàng thừa đó. Trường hợp bên mua chấp nhận số hàng thừa thì phải thanh toán theo giá thỏa thuận trong hợp đồng nếu các bên không có thỏa thuận khác (Điều 43 Luật thương mại).

- Bên mua có quyền từ chối nhận hàng nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng. Hàng hóa được coi là không phù hợp với hợp đồng khi hàng hóa đó thuộc một trong các trường hợp sau đây :

- + Không phù hợp với mục đích sử dụng thông thường của các hàng hóa cùng chủng loại;
- + Không phù hợp với bất kỳ mục đích cụ thể nào mà bên mua đã cho bên bán biết hoặc bên bán phải biết vào thời điểm giao kết hợp đồng;
- + Không bảo đảm chất lượng như chất lượng của mẫu hàng hóa mà bên bán đã giao cho bên mua;
- + Không được bảo quản, đóng gói theo cách thức thông thường đối với loại hàng hóa đó hoặc không theo cách thức thích hợp để bảo quản hàng hóa trong trường

hợp không có cách thức bảo quản thông thường (Điều 39 Luật thương mại).

b. Mua bán hàng hóa qua Sổ giao dịch hàng hóa

Theo quy định tại Điều 63 của Luật thương mại thì mua bán hàng hóa qua Sổ giao dịch hàng hóa là hoạt động thương mại, theo đó các bên thỏa thuận thực hiện việc mua bán một lượng nhất định của một loại hàng hóa nhất định qua Sổ giao dịch hàng hóa theo những tiêu chuẩn của Sổ giao dịch hàng hóa với giá được thỏa thuận tại thời điểm giao kết hợp đồng và thời gian giao hàng được xác định tại một thời điểm trong tương lai.

Việc mua bán hàng hóa qua Sổ giao dịch hàng hóa là một hoạt động mua bán phổ biến trong hoạt động thương mại quốc tế nhằm loại bỏ các rủi ro do sự biến động của giá cả. Ở Việt Nam, mua bán hàng hóa qua Sổ giao dịch hàng hóa mới được Luật thương mại năm 2005 quy định, đây là hoạt động thương mại mới, có tính chất phức tạp nên cần phải có các văn bản hướng dẫn của Chính phủ và các Bộ. Tuy nhiên, chúng ta tìm hiểu mua bán hàng hóa qua Sổ giao dịch hàng hóa ở một số nội dung sau :

b.1. Chức năng của Sổ giao dịch hàng hóa :

- Cung cấp các điều kiện vật chất – kỹ thuật cần thiết để giao dịch mua bán hàng hóa;
- Điều hành các hoạt động giao dịch;

– Niêm yết các mức giá cụ thể hình thành trên thị trường giao dịch tại từng thời điểm.

b.2. Các loại hợp đồng mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa

Hợp đồng mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa bao gồm hợp đồng kỳ hạn và hợp đồng quyền chọn.

Hợp đồng kỳ hạn là thỏa thuận, theo đó bên bán cam kết giao và bên mua cam kết nhận hàng hóa tại một thời điểm trong tương lai theo hợp đồng.

Hợp đồng về quyền chọn mua hoặc quyền chọn bán là thỏa thuận, theo đó bên mua quyền có quyền được mua hoặc được bán một hàng hóa xác định với mức giá định trước (gọi là giá giao kết) và phải trả một khoản tiền nhất định để mua quyền này (gọi là tiền mua quyền). Bên mua quyền có quyền chọn thực hiện hoặc không thực hiện việc mua hoặc bán hàng hóa đó.

b.2.1. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng kỳ hạn

– Trường hợp người bán thực hiện việc giao hàng theo hợp đồng thì bên mua có nghĩa vụ nhận hàng và thanh toán.

– Trường hợp các bên có thỏa thuận về việc bên mua có thể thanh toán bằng tiền và không nhận hàng thì bên mua phải thanh toán cho bên bán một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thỏa thuận trong hợp đồng và giá thị trường do Sở giao dịch hàng hóa công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện.

– Trường hợp các bên có thỏa thuận về việc bên bán có thể thanh toán bằng tiền và không giao hàng thì bên bán phải thanh toán cho bên mua một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thị trường do Sở giao dịch hàng hóa công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện và giá thỏa thuận trong hợp đồng (Điều 65 Luật thương mại).

b.2.2. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng quyền chọn

– Bên mua quyền chọn mua hoặc quyền chọn bán phải trả tiền mua quyền chọn để được trở thành bên giữ quyền chọn mua hoặc giữ quyền chọn bán. Số tiền phải trả cho việc mua quyền chọn do các bên thỏa thuận.

– Bên giữ quyền chọn mua có quyền mua nhưng không có nghĩa vụ phải mua hàng hóa đã giao kết trong hợp đồng. Trường hợp bên giữ quyền chọn mua quyết định thực hiện hợp đồng thì bên bán có nghĩa vụ phải bán hàng hóa cho bên giữ quyền chọn mua. Trường hợp bên bán không có hàng hóa để giao thì phải thanh toán cho bên giữ quyền chọn mua một khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thỏa thuận trong hợp đồng và giá thị trường do Sở giao dịch hàng hóa công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện.

– Bên giữ quyền chọn bán có quyền bán nhưng không có nghĩa vụ phải bán hàng hóa đã giao kết trong hợp đồng. Trường hợp bên giữ quyền chọn bán quyết định thực hiện hợp đồng thì bên mua có nghĩa vụ phải mua hàng hóa của bên giữ quyền chọn bán. Trường hợp bên mua không mua hàng thì phải thanh toán cho bên giữ quyền chọn bán một

khoản tiền bằng mức chênh lệch giữa giá thị trường do Sở giao dịch hàng hóa công bố tại thời điểm hợp đồng được thực hiện và giá thỏa thuận trong hợp đồng.

- Trường hợp bên giữ quyền chọn mua hoặc giữ quyền chọn bán quyết định không thực hiện hợp đồng trong thời hạn hợp đồng có hiệu lực thì hợp đồng đương nhiên hết hiệu lực (Điều 66 Luật thương mại).

c. Hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại

Trong Luật thương mại năm 2005 không đưa ra khái niệm hợp đồng cung ứng dịch vụ mà chỉ đưa ra các hoạt động cung ứng dịch vụ thương mại là cơ sở của các hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại cụ thể. Theo nghĩa thông thường, dịch vụ được hiểu là việc thực hiện những công việc cụ thể mà pháp luật không cấm và được trả thù lao nhằm đáp ứng nhu cầu của người sử dụng dịch vụ. Như vậy, dịch vụ thương mại là những dịch vụ phục vụ cho hoạt động thương mại.

Trên cơ sở đó, ta có thể định nghĩa hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại là những hợp đồng cung ứng dịch vụ phục vụ cho hoạt động thương mại nhằm đáp ứng nhu cầu của người sử dụng dịch vụ và người sử dụng dịch vụ phải trả thù lao cho người cung ứng dịch vụ.

c.1. Các loại hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại

Trong thực tế, hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại rất phong phú và đa dạng nhằm phục vụ cho hoạt động

thương mại. Trong Luật thương mại năm 2005 đề cập đến các hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại sau đây :

– Hợp đồng dịch vụ khuyến mại : là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ nhằm xúc tiến việc mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ bằng cách dành cho khách hàng những lợi ích nhất định.

– Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại : là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ để giới thiệu với khách hàng về hoạt động kinh doanh hàng hóa, dịch vụ của mình.

– Hợp đồng dịch vụ trưng bày giới thiệu hàng hóa, dịch vụ : là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ để dùng hàng hóa, dịch vụ và tài liệu về hàng hóa, dịch vụ để giới thiệu với khách hàng về hàng hóa, dịch vụ đó.

– Hợp đồng dịch vụ hội chợ, triển lãm thương mại là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ nhằm thực hiện tập trung trong một thời gian và tại một địa điểm nhất định để thương nhân trưng bày, giới thiệu hàng hóa, dịch vụ nhằm mục đích thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa, hợp đồng dịch vụ.

– Hợp đồng dịch vụ đại diện cho thương nhân là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó một thương nhân nhận ủy nhiệm (gọi là bên đại diện) của thương nhân khác (gọi là bên giao đại diện) để

thực hiện các hoạt động thương mại với danh nghĩa, theo sự chỉ dẫn của thương nhân đó và được hưởng thù lao về việc đại diện.

Trong trường hợp thương nhân cử người của mình để làm đại diện cho mình thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự.

– Hợp đồng dịch vụ môi giới thương mại nhân là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó một thương nhân làm trung gian (gọi là bên môi giới) cho các bên mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ (gọi là bên được môi giới) trong việc đàm phán, giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ và được hưởng thù lao theo hợp đồng môi giới.

– Hợp đồng ủy thác là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó bên nhận ủy thác thực hiện việc mua bán hàng hóa với danh nghĩa của mình theo những điều kiện đã thỏa thuận với bên ủy thác và được nhận thù lao ủy thác.

– Hợp đồng đại lý là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó bên giao đại lý và bên đại lý thỏa thuận việc bên đại lý nhân danh chính mình mua, bán hàng hóa cho bên giao đại lý hoặc cung ứng dịch vụ của bên giao đại lý cho khách hàng để hưởng thù lao.

– Hợp đồng gia công là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó bên nhận gia

công sử dụng một phần hoặc toàn bộ nguyên liệu, vật liệu của bên đặt gia công để thực hiện một hoặc nhiều công đoạn trong quá trình sản xuất theo yêu cầu của bên đặt gia công để hưởng thù lao.

– Hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hóa là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó người bán hàng thuê người tổ chức đấu giá thực hiện việc bán hàng hóa công khai để chọn người mua trả giá cao nhất.

– Hợp đồng đấu thầu hàng hóa, dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó một bên mua hàng hóa, dịch vụ thông qua mời thầu (gọi là bên mời thầu) nhằm lựa chọn trong số các thương nhân tham gia đấu thầu (gọi là bên dự thầu) thương nhân đáp ứng tốt nhất các yêu cầu do bên mời thầu đặt ra và được lựa chọn để ký kết và thực hiện hợp đồng (gọi là bên trúng thầu).

– Hợp đồng dịch vụ logistics là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó thương nhân tổ chức thực hiện một hoặc nhiều công việc bao gồm nhận hàng, vận chuyển, lưu kho, lưu bãi, làm thủ tục hải quan, các thủ tục giấy tờ khác, tư vấn khách hàng, đóng gói bao bì, ghi ký mã hiệu, giao hàng hoặc các dịch vụ khác có liên quan đến hàng hóa theo thỏa thuận với khách hàng để hưởng thù lao. Dịch vụ logistics được phiên âm theo tiếng Việt là dịch vụ lô-gi-stíc.

– Hợp đồng dịch vụ quá cảnh là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ nhằm thực hiện việc vận chuyển hàng hóa thuộc sở hữu của tổ chức, cá nhân nước ngoài qua lãnh thổ Việt Nam, kể cả việc trung chuyển, chuyển tải, lưu kho, chia tách lô hàng, thay đổi phương thức vận tải hoặc các công việc khác được thực hiện trong thời gian quá cảnh.

– Hợp đồng dịch vụ giám định hàng hóa là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó một thương nhân thực hiện những công việc cần thiết để xác định tình trạng thực tế của hàng hóa, kết quả cung ứng dịch vụ và những nội dung khác theo yêu cầu của khách hàng.

– Hợp đồng dịch vụ cho thuê hàng hóa là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó một bên chuyển quyền chiếm hữu và sử dụng hàng hóa (gọi là bên cho thuê) cho bên khác (gọi là bên thuê) trong một thời hạn nhất định để nhận tiền cho thuê.

– Hợp đồng nhượng quyền thương mại là sự thỏa thuận giữa các bên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của họ, theo đó bên nhượng quyền cho phép và yêu cầu bên nhận quyền tự mình tiến hành việc mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ theo các điều kiện sau đây :

- + Việc mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ được tiến hành theo cách thức tổ chức kinh doanh do bên nhượng quyền quy định và được gắn với nhãn hiệu hàng hóa,

tên thương mại, bí quyết kinh doanh, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, quảng cáo của bên nhượng quyền;

- + Bên nhượng quyền có quyền kiểm soát và trợ giúp cho bên nhận quyền trong việc điều hành công việc kinh doanh.

Trong thực tế hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại còn xảy ra trong các lĩnh vực khác như : giải trí, giáo dục, bưu chính viễn thông, vận tải, du lịch, tư vấn, tài chính...

c.2. Nội dung của hợp đồng cung ứng dịch vụ

Nội dung của hợp đồng cung ứng dịch vụ chính là quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia vào việc ký kết hợp đồng cung ứng dịch vụ. Những quyền và nghĩa vụ này được quy định chung đối với tất cả các hợp đồng dịch vụ thương mại. Hợp đồng dịch vụ cũng được quy định trong các Luật chuyên ngành như Bộ luật hàng hải, Luật các tổ chức tín dụng, Luật kinh doanh bảo hiểm, Luật du lịch, Luật đầu tư, Pháp luật về chứng khoán...Tuy nhiên, việc quy định về hợp đồng dịch vụ trong các ngành luật trên chưa đưa ra được những điểm chung về các hợp đồng dịch vụ thương mại. Luật thương mại đã khắc phục nhược điểm này quy định về quyền và nghĩa vụ chung đối với tất cả các hợp đồng dịch vụ thương mại. Theo quy định tại Điều 4 của Luật thương mại về việc áp dụng Luật thương mại và pháp luật có liên quan thì hoạt động thương mại phải tuân theo Luật thương mại và pháp luật có liên quan. Trường hợp hoạt động thương mại đặc thù

được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó. Trường hợp hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự.

c.2.1 Quyền và nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ

– Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên cung ứng dịch vụ có các nghĩa vụ sau đây :

- + Cung ứng các dịch vụ và thực hiện những công việc có liên quan một cách đầy đủ, phù hợp với thỏa thuận và theo quy định của Luật này;
- + Bảo quản và giao lại cho khách hàng tài liệu và phương tiện được giao để thực hiện dịch vụ sau khi hoàn thành công việc;
- + Thông báo ngay cho khách hàng trong trường hợp thông tin, tài liệu không đầy đủ, phương tiện không bảo đảm để hoàn thành việc cung ứng dịch vụ;
- + Giữ bí mật về thông tin mà mình biết được trong quá trình cung ứng dịch vụ nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

– Nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ theo kết quả công việc : Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải đạt được một kết quả nhất định thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với các điều khoản và mục đích của hợp đồng. Trong trường

hợp hợp đồng không có quy định cụ thể về tiêu chuẩn kết quả cần đạt được, bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với tiêu chuẩn thông thường của loại dịch vụ đó (Điều 79 Luật thương mại).

- Nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ theo nỗ lực và khả năng cao nhất : Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải nỗ lực cao nhất để đạt được kết quả mong muốn thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện nghĩa vụ cung ứng dịch vụ đó với nỗ lực và khả năng cao nhất (Điều 80 Luật thương mại).

- Nghĩa vụ hợp tác giữa các bên cung ứng dịch vụ.

Trường hợp theo thỏa thuận hoặc dựa vào tình hình cụ thể, một dịch vụ do nhiều bên cung ứng dịch vụ cùng tiến hành hoặc phối hợp với bên cung ứng dịch vụ khác thì mỗi bên cung ứng dịch vụ có các nghĩa vụ sau đây :

- + Trao đổi, thông tin cho nhau về tiến độ công việc và yêu cầu của mình có liên quan đến việc cung ứng dịch vụ, đồng thời phải cung ứng dịch vụ vào thời gian và theo phương thức phù hợp để không gây cản trở đến hoạt động của bên cung ứng dịch vụ đó;
- + Tiến hành bất kỳ hoạt động hợp tác cần thiết nào với các bên cung ứng dịch vụ khác (Điều 81 Luật thương mại).
- Thời hạn hoàn thành dịch vụ.

- + Bên cung ứng dịch vụ phải hoàn thành dịch vụ đúng thời hạn đã thỏa thuận trong hợp đồng.
- + Trường hợp không có thỏa thuận về thời hạn hoàn thành dịch vụ thì bên cung ứng dịch vụ phải hoàn thành dịch vụ trong một thời hạn hợp lý trên cơ sở tính đến tất cả các điều kiện và hoàn cảnh mà bên cung ứng dịch vụ biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng, bao gồm bất kỳ nhu cầu cụ thể nào của khách hàng có liên quan đến thời gian hoàn thành dịch vụ.
- + Trường hợp một dịch vụ chỉ có thể được hoàn thành khi khách hàng hoặc bên cung ứng dịch vụ khác đáp ứng các điều kiện nhất định thì bên cung ứng dịch vụ đó không có nghĩa vụ hoàn thành dịch vụ của mình cho đến khi các điều kiện đó được đáp ứng (Điều 82 Luật thương mại).

c.2.2 *Quyền và nghĩa vụ của khách hàng (bên tiếp nhận dịch vụ)*

- Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, khách hàng có các nghĩa vụ sau đây :
 - + Thanh toán tiền cung ứng dịch vụ như đã thỏa thuận trong hợp đồng;
 - + Cung cấp kịp thời các kế hoạch, chỉ dẫn và những chi tiết khác để việc cung ứng dịch vụ được thực hiện không bị trì hoãn hay gián đoạn;

- + Hợp tác trong tất cả những vấn đề cần thiết khác để bên cung ứng có thể cung ứng dịch vụ một cách thích hợp;
- + Trường hợp một dịch vụ do nhiều bên cung ứng dịch vụ cùng tiến hành hoặc phối hợp với bên cung ứng dịch vụ khác, khách hàng có nghĩa vụ điều phối hoạt động của các bên cung ứng dịch vụ để không gây cản trở đến công việc của bất kỳ bên cung ứng dịch vụ nào (Điều 85 Luật thương mại).
- Yêu cầu của khách hàng liên quan đến những thay đổi trong quá trình cung ứng dịch vụ :
 - + Trong quá trình cung ứng dịch vụ, bên cung ứng dịch vụ phải tuân thủ những yêu cầu hợp lý của khách hàng liên quan đến những thay đổi trong quá trình cung ứng dịch vụ.
 - + Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, khách hàng phải chịu những chi phí hợp lý cho việc thực hiện những yêu cầu thay đổi của mình (Điều 83 Luật thương mại).
- Tiếp tục cung ứng dịch vụ sau khi hết thời hạn hoàn thành việc cung ứng dịch vụ : Sau khi hết thời hạn hoàn thành việc cung ứng dịch vụ mà dịch vụ vẫn chưa hoàn thành, nếu khách hàng không phản đối thì bên cung ứng dịch vụ phải tiếp tục cung ứng theo nội dung đã thỏa thuận và phải bồi thường thiệt hại, nếu có (Điều 84 Luật thương mại).

– Thời hạn thanh toán : Trường hợp không có thỏa thuận và giữa các bên không có bất kỳ thói quen nào về việc thanh toán thì thời hạn thanh toán là thời điểm việc cung ứng dịch vụ được hoàn thành (Điều 84 Luật thương mại).

5. Chế tài trong thương mại và giải quyết tranh chấp trong thương mại

a. Chế tài trong thương mại

Các loại chế tài trong thương mại :

- Buộc thực hiện đúng hợp đồng.
- Phạt vi phạm.
- Buộc bồi thường thiệt hại.
- Tạm ngừng thực hiện hợp đồng.
- Đình chỉ thực hiện hợp đồng.
- Hủy bỏ hợp đồng.

– Các biện pháp khác do các bên thỏa thuận 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.

a.1. Buộc thực hiện đúng hợp đồng :

Buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Buộc thực hiện đúng hợp

đồng không phải áp dụng trong tất cả các trường hợp vi phạm hợp đồng mà chỉ được áp dụng trong các trường hợp sau đây :

– Trường hợp bên vi phạm giao thiếu hàng hoặc cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng thì phải giao đủ hàng hoặc cung ứng dịch vụ theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng.

– Trường hợp bên vi phạm giao hàng hóa, cung ứng dịch vụ kém chất lượng thì phải loại trừ khuyết tật của hàng hóa, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng. Bên vi phạm không được dùng tiền hoặc hàng khác chủng loại, loại dịch vụ khác để thay thế nếu không được sự chấp thuận của bên bị vi phạm.

Trong trường hợp bên vi phạm không thực hiện theo các quy định trên thì bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác để thay thế theo đúng loại hàng hóa, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải trả khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan nếu có; có quyền tự sửa chữa khuyết tật của hàng hóa, thiếu sót của dịch vụ và bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

Bên bị vi phạm phải nhận hàng, nhận dịch vụ và thanh toán tiền hàng, thù lao dịch vụ, nếu bên vi phạm đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ theo quy định trên.

Trường hợp bên vi phạm là bên mua thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua trả tiền, nhận hàng hoặc thực hiện

các nghĩa vụ khác của bên mua được quy định trong hợp đồng và trong Luật thương mại.

Bên bị vi phạm có thể gia hạn một thời gian hợp lý để bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại và phạt vi phạm nhưng không được áp dụng các chế tài khác.

Trường hợp bên vi phạm không thực hiện chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng trong thời hạn mà bên bị vi phạm ấn định, bên bị vi phạm được áp dụng các chế tài khác để bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình.

a.2. Phạt vi phạm

Phạt vi phạm là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm.

Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, trừ trường hợp phạt vi phạm do kinh doanh dịch vụ giám định cung cấp thư giám định có kết quả sai do lỗi vô ý thì mức tiền phạt do hai bên thỏa thuận, nhưng không được vượt quá mười lần thù lao dịch vụ giám định (Điều 266 Luật thương mại).

a.3. Bồi thường thiệt hại

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

Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.

Căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng thương mại giống như các căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong hợp đồng dân sự đã được trình bày trong phần hợp đồng dân sự.

Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại 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.

Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn 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.

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 hại.

a.4. Tạm ngừng thực hiện hợp đồng

Tạm ngừng thực hiện hợp đồng là việc một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng thuộc một trong các trường hợp sau đây, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm

- Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng;
- Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Bên tạm ngừng thực hiện hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc tạm ngừng. Trong trường hợp không thông báo ngay mà gây thiệt hại cho bên kia thì bên tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng phải bồi thường thiệt hại.

Khi hợp đồng bị tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của Luật này.

a.5. Đình chỉ thực hiện hợp đồng

Đình chỉ thực hiện hợp đồng là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng thuộc một trong các trường hợp sau đây, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm :

- Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để đình chỉ hợp đồng.
- Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Bên đình chỉ thực hiện hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc đình chỉ hợp đồng. Trong trường hợp không thông báo ngay mà gây thiệt hại cho bên kia thì bên đình chỉ thực hiện hợp đồng phải bồi thường thiệt hại.

Khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng.

Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.

a.6. Hủy bỏ hợp đồng

Chế tài hủy bỏ hợp đồng được áp dụng trong các trường hợp sau đây, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm :

– Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để hủy bỏ hợp đồng;

– Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Bên hủy bỏ hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc hủy bỏ hợp đồng. Trong trường hợp không thông báo ngay mà gây thiệt hại cho bên kia thì bên hủy bỏ hợp đồng phải bồi thường thiệt hại.

Hủy bỏ hợp đồng bao gồm hủy bỏ toàn bộ hợp đồng và hủy bỏ một phần hợp đồng.

– Hủy bỏ toàn bộ hợp đồng là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện tất cả các nghĩa vụ hợp đồng đối với toàn bộ hợp đồng.

– Hủy bỏ một phần hợp đồng là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Hậu quả pháp lý của việc hủy bỏ hợp đồng :

– Sau khi hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết, các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng.

– Các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời; trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền.

– Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của Luật này.

Hủy bỏ hợp đồng trong trường hợp giao hàng, cung ứng dịch vụ từng phần.

– Trường hợp có thỏa thuận về giao hàng, cung ứng dịch vụ từng phần, nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ của mình trong việc giao hàng, cung ứng dịch vụ và việc này cấu thành một vi phạm cơ bản đối với lần giao hàng, cung ứng dịch vụ đó thì bên kia có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với lần giao hàng, cung ứng dịch vụ.

– Trường hợp một bên không thực hiện nghĩa vụ đối với một lần giao hàng, cung ứng dịch vụ là cơ sở để bên kia kết luận rằng vi phạm cơ bản sẽ xảy ra đối với những lần giao

hàng, cung ứng dịch vụ sau đó thì bên bị vi phạm có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ sau đó, với điều kiện là bên đó phải thực hiện quyền này trong thời gian hợp lý.

– Trường hợp một bên đã tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với một lần giao hàng, cung ứng dịch vụ thì bên đó vẫn có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ đã thực hiện hoặc sẽ thực hiện sau đó nếu mối quan hệ qua lại giữa các lần giao hàng dẫn đến việc hàng hóa đã giao, dịch vụ đã cung ứng không thể được sử dụng theo đúng mục đích mà các bên đã dự kiến vào thời điểm giao kết hợp đồng.

a.7. Các trường hợp miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm hợp đồng

Theo quy định tại Điều 294 Luật thương mại, bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong các trường hợp sau đây :

– Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thỏa thuận;

– Xảy ra sự kiện bất khả kháng;

– Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia;

– Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm.

Bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra.

b. Hình thức giải quyết tranh chấp

Thương lượng giữa các bên.

Hòa giải giữa các bên do một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân được các bên thỏa thuận chọn làm trung gian hòa giải.

Giải quyết tại Trọng tài hoặc Tòa án.

Thủ tục giải quyết tranh chấp trong thương mại tại Trọng tài, Tòa án được tiến hành theo các thủ tục tố tụng của Trọng tài, Tòa án đã được trình bày ở phần trước.

c. Thời hiệu khởi kiện

Thời hiệu khởi kiện áp dụng đối với các tranh chấp thương mại là hai năm, kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm (Điều 319 Luật thương mại).

CHƯƠNG 4

PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP

BÀI 8

PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP

I. KHÁI NIỆM DOANH NGHIỆP LÂM VÀO TÌNH TRẠNG PHÁ SẢN

Phá sản doanh nghiệp là một hiện tượng xã hội gắn liền với quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp. Tòa án muốn mở thủ tục tuyên bố phá sản doanh nghiệp thì phải xác định cho được khi nào doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Do đó việc xác định một doanh nghiệp khi nào lâm vào tình trạng phá sản có ý nghĩa rất lớn trong việc giải quyết tuyên bố phá sản. Việc chuẩn đoán sớm bệnh tình của doanh nghiệp càng làm tăng khả năng chữa chạy, phục hồi hoạt động kinh doanh, cũng như bảo vệ lợi ích cho các chủ nợ, người lao động trong việc thu hồi các khoản nợ.

Điều 3 Luật phá sản 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 dấu hiệu để Tòa án dựa vào để tuyên bố phá sản doanh nghiệp là doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

II. PHÂN LOẠI PHÁ SẢN

Mặc dù tiêu chí để Tòa án tuyên bố phá sản của các doanh nghiệp như nhau nhưng mục đích của việc phá sản có thể khác nhau.

– Nếu dựa vào tính xác thực của việc phá sản ta có thể chia phá sản thành **phá sản trung thực** và **phá sản gian trá**. Phá sản trung thực là trường hợp phá sản đúng theo quy định của Luật phá sản, nguyên nhân dẫn đến phá sản không phụ thuộc vào ý chí của người quản lý doanh nghiệp. Phá sản gian trá là phá sản phụ thuộc vào ý chí của người quản lý doanh nghiệp, thực hiện thủ đoạn nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác.

Trong quá trình giải quyết việc tuyên bố phá sản, nếu Tòa án phát hiện phá sản gian trá thì chuyển hồ sơ vụ việc cho cơ quan công an để điều tra, truy tố, xét xử theo quy định của pháp luật hình sự.

– Nếu dựa vào ý chí của doanh nghiệp ta chia phá sản thành **phá sản tự nguyện** và **phá sản bắt buộc**. Phá sản tự nguyện là phá sản mà người nộp đơn là doanh nghiệp tự nguyện nộp đơn sinh phá chính doanh nghiệp của mình.

Còn phá sản bắt buộc là phá sản mà người nộp đơn yêu cầu mở thực tục tuyên bố phá sản là chủ nợ.

– Phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân.

Ở các nước theo hệ thống pháp luật Anh – Mỹ thừa nhận phá sản cá nhân. Ở nước ta pháp luật không thừa nhận phá sản cá nhân mà chỉ quy định phá sản doanh nghiệp. Ở nước ta tất cả các loại hình doanh nghiệp khi lâm vào tình trạng phá sản đều có thể bị Tòa án tuyên bố phá sản.

III. MỤC ĐÍCH CỦA LUẬT PHÁ SẢN

1. Bảo vệ lợi ích chính đáng của chủ nợ và của chủ doanh nghiệp mắc nợ

+ Khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản, tất cả các khoản nợ của doanh nghiệp sẽ được thanh toán theo tỉ lệ tương ứng với số tài sản còn lại của doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản. Như vậy, mang lại sự công bằng cho các chủ nợ, tránh việc đòi nợ theo kiểu xã hội đen, người đến trước thì được người đến sau thì mất, làm mất trật tự, an ninh. Việc đòi nợ của các chủ nợ theo quy định của luật phá sản đảm bảo tất cả các tài sản của doanh nghiệp đều được thu hồi và được định giá với mức cao nhất.

+ Thực hiện việc tuyên bố phá sản không những trả nợ một cách công bằng cho các chủ nợ mà còn giải phóng con nợ khỏi những gánh nợ nần mà bản thân họ không thể trả

hết được, tạo điều kiện cho họ làm lại từ đầu. Luật doanh nghiệp có hiệu lực ngày 1/7/2006 quy định chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn cho các loại hình doanh nghiệp cũng như cho các nhà đầu tư thành, làm cho các nhà đầu tư dám đầu tư vào các lĩnh vực có tính rủi ro cao nhưng mang lại nhiều lợi nhuận. Tuy nhiên Luật doanh nghiệp cũng quy định chế độ chịu trách nhiệm vô hạn đối với chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh của công ty hợp danh mặc dù đã bị Tòa án tuyên bố phá sản. Khi bị phá sản chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh không được miễn trách nhiệm trả nợ, mà xem như là một món nợ và họ phải trả cho đến khi nào hết thì thôi. Quy định như vậy sẽ tạo ra một sân chơi không bình đẳng ở các doanh nghiệp, làm mô hình doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh không phát triển vì các nhà đầu tư không đầu tư vào loại hình doanh nghiệp này để tránh chế độ chịu trách nhiệm vô hạn.

2. Bảo vệ quyền lợi của người lao động

Luật phá sản quy định người lao động là đối tượng được ưu tiên thanh toán tiền công lao động, bảo hiểm xã hội, trợ cấp thất nghiệp theo quy định của pháp luật lao động trước các chủ nợ khác nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi cho họ. Người lao động không chỉ là người chịu thiệt thòi khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản mà còn chịu thiệt thòi khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản. Khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản họ lo sợ mất việc làm, đến khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản họ phải tìm kiếm công

việc mới. Vì vậy có thể nói người lao động là đối tượng chịu thiệt thòi nhiều nhất trong mọi sự thay đổi của doanh nghiệp. Do đó, pháp luật nói chung và luật phá sản nói riêng có các quy định để làm giảm bớt các thiệt hại đó trong đó có thiệt hại do phá sản của doanh nghiệp.

3. Góp phần bảo đảm trật tự xã hội, tạo môi trường kinh doanh an toàn, văn minh.

IV. THẨM QUYỀN CỦA TÒA ÁN TRONG GIẢI QUYẾT TUYÊN BỐ PHÁ SẢN

Tòa án nhân dân cấp quận, huyện có thẩm quyền tiến hành thủ tục giải quyết phá sản đối với hợp tác xã đã đăng ký kinh doanh tại cấp quận, huyện đó.

Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có thẩm quyền giải quyết việc tuyên bố phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh đó.

Trong trường hợp cần thiết Tòa án nhân dân cấp tỉnh có quyền lấy để giải quyết các vụ tuyên bố phá sản thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện.

Tòa án nhân dân cấp tỉnh nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thẩm quyền giải quyết việc tuyên bố phá sản đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đó.

Việc quy định ngay trong Luật phá sản thẩm quyền của Tòa án cấp quận, huyện, tỉnh tạo điều kiện thuận lợi trong việc giải quyết tuyên bố phá sản.

V. NHIỆM VỤ VÀ QUYỀN HẠN CỦA THẨM PHÁN TIẾN HÀNH THỦ TỤC PHÁ SẢN

Việc tiến hành giải quyết tuyên bố phá sản tại Tòa án nhân dân cấp huyện do một thẩm phán phụ trách, tại Tòa án nhân dân cấp tỉnh do một thẩm phán hoặc một tổ thẩm phán gồm có 3 thẩm phán phụ trách.

Trong trường hợp tổ thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản, thì một thẩm phán được giao làm tổ trưởng.

Thẩm phán hoặc tổ thẩm phán có nhiệm vụ, quyền hạn, giám sát, tiến hành thủ tục phá sản. Trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản nếu phát hiện có dấu hiệu phạm tội, thì thẩm phán cung cấp tài liệu cho viện kiểm sát nhân dân cùng cấp để xem xét việc khởi tố về hình sự, và vẫn tiến hành thủ tục phá sản theo quy định của pháp luật.

Nhiệm vụ và quyền hạn của thẩm phán hoặc tổ thẩm phán :

- Thu thập tài liệu, chứng cứ để lập hồ sơ giải quyết.
- Giám sát kiểm tra hoạt động của tổ quản lý tài sản.
- Ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản của doanh nghiệp mắc nợ, nếu cần.

- Tổ chức và chủ trì hội nghị chủ nợ.
- Ra quyết định tạm đình chỉ hoặc đình chỉ việc giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp.
- Tuyên bố phá sản doanh nghiệp.

VI. TỔ QUẢN LÝ TÀI SẢN

Thẩm phán ra quyết định thành lập tổ quản lý tài sản.
Thành phần tổ quản lý tài sản gồm :

- Một chấp hành viên của cơ quan thi hành án cùng cấp làm tổ trưởng.
- Một cán bộ của Tòa án.
- Một đại diện chủ nợ.
- Đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản.

Trong trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động, đại diện các cơ quan chuyên môn tham gia tổ quản lý tài sản thì thẩm phán xem xét quyết định.

Nhiệm vụ quyền hạn của tổ quản lý tài sản :

- Lập bảng kê toàn bộ tài sản hiện có của doanh nghiệp, hợp tác xã.
- Giám sát kiểm tra việc sử dụng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Đề nghị thẩm phán quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp cần thiết.

- Lập danh sách các chủ nợ và số nợ phải trả cho từng chủ nợ, những người mắc nợ và số nợ phải đòi của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Thu hồi và quản lý tài sản, tài liệu, sổ sách kế toán và con dấu của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý.

- Thực hiện phương án phân chia tài sản theo quyết định của thẩm phán.

- Phát hiện và đề nghị thẩm phán ra quyết định thu hồi lại tài sản, giá trị tài sản hay phần chênh lệch giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý đã bán hoặc chuyển giao bất hợp pháp.

- Thi hành quyết định của thẩm phán về việc bán đấu giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Gửi các khoản tiền thu được từ những người mắc nợ và từ việc bán đấu giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã vào tài khoản mở tại ngân hàng.

- Thi hành các quyết định khác của thẩm phán trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản.

VII. NHỮNG ĐỐI TƯỢNG ĐƯỢC QUYỀN NỘP ĐƠN YÊU CẦU TUYÊN BỐ PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP HỢP TÁC XÃ

1. Chủ nợ

Chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ không có bảo đảm : khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản đều có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp hợp tác xã đó.

Chủ nợ có bảo đảm bao gồm :

Chủ nợ có bảo đảm là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba.

Chủ nợ có bảo đảm một phần là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba mà giá trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó.

Chủ nợ không có bảo đảm là chủ nợ có khoản nợ không được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba

2. Người lao động

Trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được lương, các khoản nợ khác cho người lao động và nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì người lao động cử đại diện hoặc thông qua đại diện công

đoàn nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Đại diện của người lao động được coi là hợp pháp sau khi được hơn 1/2 số người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã taùn thành bằng cách bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ ký. Đối với những doanh nghiệp, hợp tác xã có quy mô lớn, có nhiều đơn vị trực thuộc thì người đại diện cho người lao động được coi là hợp pháp khi được quá nửa số người cử làm đại diện từ các đơn vị đồng ý.

3. Cổ đông công ty cổ phần

Khi nhận thấy công ty cổ phần lâm vào tình trạng phá sản thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục theo quy định của điều lệ công ty. Nếu điều lệ công ty không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội cổ đông. Trường hợp điều lệ công ty không quy định mà không tiến hành được đại hội cổ đông thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất 6 tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty cổ phần đó.

4. Thành viên hợp danh

Thành viên hợp danh của công ty hợp danh có quyền nộp đơn yêu cầu Tòa án mở thủ tục tuyên bố phá sản khi nhận thấy công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản.

5. Chủ sở hữu doanh nghiệp Nhà nước

Người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp Nhà nước phải có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu Tòa án mở thủ tục giải quyết tuyên bố phá sản khi doanh nghiệp Nhà nước lâm vào tình trạng phá sản. Tuy nhiên, trường hợp mà người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp Nhà nước không thực hiện quyền này thì đại diện chủ doanh nghiệp Nhà nước có quyền nộp đơn yêu cầu Tòa án mở thủ tục giải quyết việc tuyên bố phá sản.

6. Doanh nghiệp, hợp tác xã

Như đã trình bày trên doanh nghiệp, hợp tác xã tự nguyện nộp đơn yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản trong trường hợp khách quan, bất khả kháng thì yêu cầu đó mới được Tòa án chấp nhận. Người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp hơn ai hết là người hiểu rõ nhất tình trạng phá sản của doanh nghiệp của mình. Do đó Luật phá sản năm 2004 quy định Chủ doanh nghiệp, người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp phải có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu Tòa án giải quyết việc tuyên bố phá sản khi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Trong thời hạn 3 tháng kể từ ngày nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

VIII. CÁC HOẠT ĐỘNG CỦA DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ BỊ CẤM HOẶC BỊ HẠN CHẾ

– Kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, nghiêm cấm doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện các hoạt động sau đây :

- Cất giấu tẩu tán tài sản.
- Thanh lý nợ không có bảo đảm.
- Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ.

– Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp.

– Sau khi nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, các hoạt động sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã phải được sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán trước khi thực hiện.

– Cần cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng cho, cho thuê tài sản.

- Nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng.
- Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực.
- Vay tiền.

– Bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản.

– Thanh toán các khoản nợ mới phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và trả lương cho người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã.

IX. HỘI NGHỊ CHỦ NỢ

Luật phá sản ở nước ta rất coi trọng vai trò của chủ nợ trong quá trình giải. Các chủ nợ là thành phần quan trọng nhất tạo nên Hội nghị chủ nợ. Hội nghị chủ nợ có quyền quyết định sự tồn tại hay không tồn tại của doanh nghiệp, hợp tác xã đang lâm vào tình trạng phá sản. Nói khác đi, Hội nghị chủ nợ có quyền cho doanh nghiệp, hợp tác xã đang lâm vào tình trạng phá sản xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh hay yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản. Tất nhiên, các quyết định trên của Hội nghị chủ nợ phải căn cứ vào tình hình, thực trạng cụ thể của doanh nghiệp, hợp tác xã đang lâm vào tình trạng phá sản cũng như căn cứ vào các quy định của Luật phá sản về phục hồi hoạt động kinh doanh. Tuyên bố phá sản là giải pháp cuối cùng khi không thể vực dậy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Trường hợp việc kê biên tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản kết thúc trước ngày lập xong danh sách chủ nợ thì trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ, thẩm phán phải triệu tập hội nghị chủ nợ; nếu việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã kết thúc sau ngày lập xong danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản

của doanh nghiệp, hợp tác xã. Giấy triệu tập Hội nghị chủ nợ phải được gửi cho người có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ và nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ chậm nhất là 15 ngày trước ngày khai mạc Hội nghị. Kèm theo giấy triệu tập phải có chương trình, nội dung của Hội nghị và các tài liệu khác, nếu có.

Các Hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được Thẩm phán triệu tập vào bất kỳ ngày làm việc nào trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản theo đề nghị của Tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất một phần ba tổng số nợ không có bảo đảm.

Những người sau đây có quyền tham gia hội nghị chủ nợ :

- Các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ.
- Đại diện cho người lao động.
- Người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.
- Đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã, người lao động đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp Nhà nước; cổ đông công ty cổ phần; thành viên hợp danh của công ty hợp danh phải có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ.

Hội nghị chủ nợ chỉ được coi là hợp lệ khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia.

Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất bao gồm những nội dung sau đây :

- 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 thấy cần thiết;

- Chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã trình bày ý kiến về các nội dung do Tổ trưởng quản lý, thanh lý tài sản báo cho Hội nghị, đề xuất phương án, giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, khả năng và thời hạn thanh toán nợ;

- Hội nghị chủ nợ thảo luận về các nội dung do Tổ trưởng quản lý, thanh lý tài sản đã được thông báo và các ý kiến chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã;

- Hội nghị chủ nợ thông qua nghị quyết. Nghị quyết phải được lập thành văn bản và phải được quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại Hội nghị đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên thông qua. Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ có hiệu lực ràng buộc đối với tất cả các chủ nợ;

- Trường hợp Hội nghị chủ nợ xét thấy phải thay người đại diện cho các chủ nợ trong thành phần Tổ quản lý, thanh lý tài sản thì Hội nghị bầu người thay thế;

- Đề nghị Thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

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

- Không đủ quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia;

- Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại Hội nghị chủ nợ biểu quyết đề nghị hoãn Hội nghị chủ nợ;

- Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục tuyên bố phá sản vắng mặt có lý do chính đáng;

- Trường hợp Thẩm phán ra quyết định hoãn Hội nghị chủ nợ thì trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày ra quyết định hoãn Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập lại Hội nghị chủ nợ.

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản trong những trường hợp sau đây :

- Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần, nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ nợ, người lao động, (chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp,

hợp tác xã, người lao động đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp Nhà nước; cổ đông công ty cổ phần; thành viên hợp danh của công ty hợp danh) không tham gia Hội nghị chủ nợ được triệu tập;

– Trường hợp chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã, đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp Nhà nước; cổ đông công ty cổ phần; thành viên hợp danh của công ty hợp danh nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ không đến gia Hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng;

– Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút lại đơn yêu cầu; nếu nhiều người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà chỉ có một hoặc một số người rút lại đơn thì Tòa án vẫn tiến hành thủ tục phá sản.

X. THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ

Theo quy định của Điều 5 Luật phá sản doanh nghiệp thì thủ tục phá sản bao gồm :

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

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

Đối tượng được quyền nộp đơn yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản doanh nghiệp đã được trình bày ở trên. Đây là thủ tục bắt buộc để Tòa án thụ lý giải quyết tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Người nộp đơn phải nộp đơn tại Tòa án có thẩm quyền giải quyết việc tuyên bố phá sản, kèm theo đơn phải có các tài liệu, giấy tờ để chứng minh nội dung của đơn. Người nộp đơn phải nộp tiền tạm ứng án phí theo quy định của pháp luật. Trường hợp người nộp đơn là đại diện người lao động hoặc đại diện công đoàn thì không phải nộp tiền tạm ứng án phí. Tòa án được coi là thụ lý đơn kể từ khi người nộp đơn nộp cho Tòa án biên lai nộp tiền tạm ứng án phí.

Trường hợp người nộp đơn không phải là chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì trong thời hạn 5 ngày kể từ ngày, kể từ ngày thụ lý đơn, Tòa án phải thông báo cho doanh nghiệp, hợp tác xã đó biết. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của Tòa án, doanh nghiệp, hợp tác xã phải xuất trình cho Tòa án các giấy tờ, tài liệu liên quan đến nội dung của đơn kiện.

Tòa án cũng ra quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục tuyên bố phá sản trong các trường hợp sau đây :

– Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng án phí trong thời hạn 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 cho rằng việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là không khách quan gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản;
- Doanh nghiệp, hợp tác xã đã chứng minh mình không còn lâm vào tình trạng phá sản.

Người bị Tòa án trả lại đơn có quyền khiếu nại trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày có quyết định trả đơn của Tòa án.

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.

Trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày Tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản thì quyết định phải được gửi đến doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, Viện kiểm sát cùng cấp, các chủ nợ, con nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và đồng thời đăng báo địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã đang lâm vào tình trạng phá sản có trụ sở.

Sau khi đã có quyết định mở thủ tục phá sản mọi hoạt động của doanh nghiệp hợp tác xã vẫn được tiến hành bình thường dưới sự giám sát của Thẩm phán và Tổ quản lý tài

sản. Trường hợp xét thấy người quản lý của doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng điều hành doanh nghiệp 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 thì 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, hợp tác xã.

Trong giai đoạn mở thủ tục phá sản việc doanh nghiệp thường có những hành vi cất giấu, tẩu tán tài sản, thanh toán nợ không có bảo đảm hoặc từ bỏ, giảm bớt quyền đòi nợ. Do đó Luật phá sản ở nước ta quy định khi Thẩm phán ra quyết định tuyên bố phá sản thì đồng ra quyết định thành lập tổ quản lý tài để làm nhiệm vụ quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Thành phần tham gia tổ quản lý tài sản và nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Tổ quản lý, thanh lý tài sản đã được trình bày ở trên.

2. Thủ tục phục hồi kinh doanh

Thủ tục phục hồi kinh doanh là một hành động mang tính nhân bản nhằm giúp doanh nghiệp, hợp tác xã đang lâm vào tình trạng phá sản vực dậy việc hoạt động sản xuất kinh doanh để trả nợ cho các chủ nợ. Một doanh nghiệp, hợp tác xã bị Tòa án tuyên bố phá sản sẽ gây ra những hậu quả tiêu cực khác nhau, trước hết đối với người lao động bị mất việc, chủ nợ không lấy được hết nợ, Nhà nước thất thu thuế. Do đó, làm thế nào làm thế nào để có thể phục

hồi hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp, thoát ra khỏi tình trạng phá sản.

Ở nước ta, Luật phá sản cũng quy định phục hồi kinh doanh là nội dung bắt buộc phải có, phải bàn đến tại Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất. Theo quy định tại Điều 68 thì Thẩm phán phải ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết đồng ý các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày, kể từ ngày Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết, doanh nghiệp, hợp tác xã, hoặc bất kỳ chủ nợ, người nào có quyền xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và nộp cho Tòa án. Trường hợp cần phải có thời gian dài hơn để xây dựng phương án phục hồi hoạt động thì những người nói trên phải có văn bản đề nghị Thẩm phán gia hạn, thời gian gia hạn không quá 30 ngày.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh; các điều kiện, thời hạn và kế hoạch thanh toán các khoản nợ. Các biện pháp cần thiết để phục hồi kinh doanh bao gồm :

- Huy động vốn mới;
- Thay đổi mặt hàng sản xuất, kinh doanh;

- Đổi mới công nghệ sản xuất;
- Tổ chức lại Bộ máy quản lý, sáp nhập hoặc chia tách Bộ phận sản xuất nhằm nâng cao năng suất, chất lượng sản xuất;
- Bán lại cổ phần cho chủ nợ;
- Bán hoặc cho thuê tài sản không cần thiết;
- Các biện pháp khác không trái pháp luật;

Trước khi bắt đầu hoặc tại Hội nghị chủ nợ lần thứ 2, phương án phục hồi hoạt động kinh doanh có thể được sửa đổi bổ sung theo sự thỏa thuận của các bên.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, Thẩm phán phải xem xét phương án phục hồi hoạt động kinh doanh để ra một trong các quyết định sau đây :

- Đưa phương án ra Hội nghị chủ nợ để xem xét, quyết định.

- Đề nghị sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh nếu thấy phương án đó chưa bảo đảm các nội dung đã được trình bày ở trên.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản ra Hội nghị chủ nợ để xem xét thông qua phương án phục hồi.

Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được thông qua khi có hơn 1/2 số chủ nợ không có bảo đảm có mặt đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành.

Nghị quyết này sau khi Thẩm phán ra quyết định công nhận và có hiệu lực đối với các bên có liên quan và Tổ quản lý tài sản bị giải thể.

Thời gian tối đa để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là ba năm, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của Tòa án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Sáu tháng một lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi cho Tòa án báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ở doanh nghiệp, hợp tác xã. Chủ nợ có nghĩa vụ giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ở doanh nghiệp, hợp tác xã.

Trong quá trình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, các chủ nợ và doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền thỏa thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Việc thỏa thuận khi có hơn 1/2 số chủ nợ không có bảo đảm đại diện ít nhất từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên đồng ý.

Thẩm phán có quyền ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác

xã lâm vào tình trạng phá sản nếu có một trong các trường hợp sau đây :

- Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện song phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;

- Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ

Khi doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện song phương án phục hồi hoạt động kinh doanh thì doanh nghiệp, hợp tác xã đó coi như không còn lâm vào tình trạng phá sản.

3. Thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ

Như đã trình bày trên khi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì phải ưu tiên, tạo điều kiện cho doanh nghiệp, hợp tác xã xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, khi đã có phương án khắc phục hoạt động kinh doanh doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn không tồn tại được thì Luật phá sản đưa ra các quy định giải quyết một cách nhanh chóng để tiết kiệm thời gian, tiền bạc của các bên. Khi đó, Tòa án phải ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Tuy nhiên, trong quá trình thi hành quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản, theo đề nghị của Tổ quản lý, thanh lý tài sản, Phẩm phán có thể ra quyết định cho phép doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện một số hoạt động cần thiết cho việc thanh lý tài sản hoặc làm tăng khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

a. Các trường hợp để Tòa án ra quyết định thanh lý tài sản, các khoản nợ

Tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi có một trong các trường hợp sau đây :

– Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản trong trường hợp đặc biệt.

Trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ đã được Nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì Tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần triệu tập Hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi.

– Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi Hội nghị chủ nợ không thành.

Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi Hội nghị chủ nợ không thành trong các trường hợp sau đây :

+ Chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không tham gia Hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng hoặc sau Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần mà vẫn không tham gia Hội nghị chủ nợ được triệu tập lại nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ nợ (chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần) hoặc người lao động.

+ Không đủ số chủ nợ tham gia Hội nghị chủ nợ sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp chủ chủ doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ sở hữu doanh nghiệp Nhà nước, cổ đông trong công ty cổ phần, thành viên hợp danh của công ty hợp danh.

- Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản sau khi có Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất.

Sau khi Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, nêu có một trong các trường hợp sau đây thì Tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã :

+ Doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết. Trường hợp cần phải có thời gian dài hơn để xây dựng phương án phục hồi hoạt động thì những người nói trên phải có văn bản đề nghị Thẩm phán gia hạn, thời gian gia hạn không quá 30 ngày nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;

+ Hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;

+ Doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên có liên quan có sự thỏa thuận khác.

b. Nội dung quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án phải có các nội dung sau đây :

+ Ngày, tháng, năm ra quyết định;

+ Tên của Tòa án, họ và tên Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản;

+ Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý tài sản;

+ Căn cứ của việc áp dụng thủ tục thanh lý tài sản;

+ Phương án phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã theo thứ tự ưu tiên;

+ Quyền khiếu nại, kháng nghị và thời hạn khiếu nại kháng nghị.

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải được Tòa án gửi và thông báo công khai như khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

c. Đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản trong những trường hợp sau đây :

- + Doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản để thực hiện việc phân chia tài sản;
- + Phương án phân chia tài sản đã được thực hiện xong.

d. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

– Khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản :

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phản quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã liên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình.

Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá

sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Tòa án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

+ Giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản :

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây :

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và gửi nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;

- Sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;

- Hủy quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án cấp dưới trực tiếp thủ tục phục hồi theo quy định của Luật phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Tòa án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

e. Phân chia tài sản

Tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã được phân chia theo thứ tự sau đây khi thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý :

– Phí phá sản (án phí).

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

– 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 thanh toán mà vẫn còn thì phần còn lại 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.

4. Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản

a. Tòa án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản trong các trường hợp sau đây :

- 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.

- Theo quy định tại Điều 87 Luật phá sản trong hai trường hợp đặc biệt sau đây thì Tòa án có thể ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản mà không cần phải đồng thời ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản :

+ Trong thời hạn ba mươi ngày kể từ ngày hết thời hạn nộp tiền tạm ứng án phí phá sản do Tòa án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của chủ 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 án 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.

Quy định trên của Luật phá sản để rút ngắn thời gian giải quyết việc phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Căn cứ vào tình hình tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã mà Tòa án sẽ quyết định cách giải quyết phá sản nhằm tiết kiệm thời gian, tiền bạc của các bên theo quy định của pháp luật.

b. Nội dung của quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản

Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải có các nội dung sau :

- + Ngày, tháng, năm ra quyết định;
- + Tên của Tòa án, họ và tên Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản;
- + Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản;
- + Căn cứ của việc tuyên bố phá sản.
- + Quyền khiếu nại, kháng nghị và thời hạn khiếu nại kháng nghị;
- + Cấm đảm nhận chức vụ sau khi doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản đối với những người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã, trừ trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản vì lý do bất khả kháng. Việc cấm đảm nhận chức vụ sau khi doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản đối với những người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã được quy định như sau :

Người gửi 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, người được giao đại diện phần vốn góp của Nhà nước ở doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản không được đảm đương các chức vụ đó ở bất kỳ doanh nghiệp Nhà nước, doanh nghiệp có vốn của Nhà nước nào, kể từ ngày công ty, tổng công ty Nhà nước, doanh nghiệp có vốn của Nhà nước bị tuyên bố phá sản;

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 trong Ban quản trị hợp tác xã bị tuyên bố phá sản thì 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.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, Tòa án phải gửi và thông báo công khai quyết định tuyên bố phá sản giống như khi ra quyết định mở thủ tục phá sản. Trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật, Tòa án phải gửi quyết định cho cơ quan đăng ký kinh doanh để xóa tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh; trong trường hợp Tòa án nhân dân tối cao ra quyết định giải

quyết khiếu nại, kháng cáo và gửi nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Tòa án cấp dưới thì thời hạn có thể dài hơn, nhưng không quá hai mươi lăm ngày.

c. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã

+ Khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản :

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Tòa án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Tòa án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản mà những người có quyền khiếu nại, kháng nghị nói trên không khiếu nại, kháng nghị thì quyết định tuyên

bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật.

+ Giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản :

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây :

Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và gửi nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Tòa án cấp dưới;

Hủy quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Tòa án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

5. Xử lý hành vi vi phạm pháp luật trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản

Người có hành vi vi phạm pháp luật trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

CHƯƠNG 5

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ

BÀI 9

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ

I. CÁC PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRONG KINH DOANH

Trong khoa học pháp lý khái niệm tranh chấp kinh tế và tranh chấp kinh doanh là hai khái niệm khác nhau.

Tranh chấp kinh tế được hiểu là sự mâu thuẫn về quyền và lợi ích kinh tế giữa các chủ thể tham gia vào các quan hệ pháp luật kinh tế. Tranh chấp kinh doanh là một dạng của tranh chấp kinh tế. Trong các dạng tranh chấp kinh tế thì tranh chấp kinh doanh là tranh chấp phổ biến nhất.

Trong nội dung của cuốn sách này để người đọc dễ nhận thức có thể gọi tranh chấp kinh doanh, thương mại và tranh chấp kinh tế tương đồng nhau.

Theo Điều 317 của Bộ luật thương mại năm 2005 có các hình thức giải quyết tranh chấp kinh doanh sau đây :

- Thương lượng giữa các bên.
- Hòa giải giữa các bên do một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân được các bên thỏa thuận chọn làm trung gian hòa giải.
- Giải quyết tại trọng tài.
- Giải quyết tại Tòa án.

II. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ BẰNG CON ĐƯỜNG TÒA ÁN

1. Hệ thống Tòa án ở nước ta

Hệ thống Tòa án ở nước ta được quy định tại Điều 1 của Luật Tổ chức Tòa án nhân dân ngày 2/4/2002 như sau : Tòa án nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân địa phương, các Tòa án quân sự và các Tòa án khác do luật quy định. Đây là các cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt nam xét xử tất cả các vụ án về dân sự, hình sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh tế, hành chính và các tranh chấp khác theo quy định của pháp luật.

a. Tòa án nhân dân tối cao : là cơ quan có quyền xét xử cao nhất ở nước ta.

- Về cơ cấu tổ chức và thẩm quyền xét xử :

+ Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao là cơ quan ban hành nghị quyết hướng dẫn xét xử cho Tòa án nhân dân cấp dưới đối với những vụ án mà Tòa án cấp dưới

gặp khó khăn, lúng túng vì pháp luật chưa quy định hoặc có quy định nhưng chưa rõ ràng, cụ thể; xét xử cao nhất theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Thành phần của Hội đồng thẩm phán gồm : Chánh án, các Phó Chánh án Tòa án nhân dân tối cao và một số thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

+ Tòa án quân sự Trung ương có thẩm quyền xét xử phúc thẩm những vụ án hình sự mà bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật vì bị kháng cáo, kháng nghị của Tòa án quân sự cấp quân khu và xem xét lại các bản án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm. Tòa án quân sự Trung ương gồm : Chánh án, các Phó Chánh án, thẩm phán, Thư ký Tòa án.

+ Tòa dân sự, Tòa hình sự, Tòa kinh tế, Tòa lao động, Tòa hành chính, Tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền xem xét các vụ án theo thủ tục Giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao hoặc Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kháng nghị.

+ Các Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền xét xử phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật vì bị kháng nghị, kháng cáo của Tòa án nhân dân Tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương.

+ Bộ máy giúp việc : Các văn phòng, các vụ, viện... nhằm phục vụ cho hoạt động xét xử.

Như vậy thẩm quyền xét xử của Tòa án nhân dân tối cao như sau :

- + Xem xét lại các vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị theo thủ tục Giám đốc thẩm, tái thẩm.

- + Phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định của Tòa cấp tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương chưa có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng cáo, kháng nghị.

b. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp Tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương

- Cơ cấu tổ chức của Tòa án nhân dân cấp Tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương gồm : Ủy ban thẩm phán, Tòa dân sự, Tòa hình sự, Tòa kinh tế, Tòa hành chính, Tòa lao động và Bộ máy giúp việc.

- Thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp Tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương.

- + Xét xử sơ thẩm những vụ án mà theo quy định của pháp luật không thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp quận, huyện hoặc những vụ án thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án nhân dân cấp quận, huyện nhưng Tòa án nhân dân cấp Tỉnh, Thành phố lấy lên để xét xử sơ thẩm...

- + Xét xử phúc thẩm những vụ án của Tòa án cấp quận, huyện đã xét xử sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị, kháng cáo.

+ Xem xét lại các vụ án theo thủ tục Giám đốc thẩm, tái thẩm của Tòa cấp quận, huyện đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì có vi phạm pháp luật trong quá trình xét xử sơ thẩm hoặc phát hiện ra tình tiết mới làm thay đổi nội dung của bản án sơ thẩm.

+ Giải quyết các vụ việc khác theo quy định của pháp luật.

c. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp quận, huyện

- Cơ cấu tổ chức của Tòa án nhân dân cấp quận huyện gồm : Chánh án, một hoặc hai Phó chánh án, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký Tòa án và bộ máy giúp việc.

- Tòa án nhân dân cấp quận, huyện có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ án và các vụ việc khác theo quy định của pháp luật

d. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án quân sự quân khu và tương đương

- Thẩm quyền của Tòa án quân sự quân khu và tương đương :

+ Xét xử sơ thẩm những vụ án hình sự mà theo quy định của pháp luật không thuộc thẩm quyền của Tòa án quân sự khu vực hoặc những vụ án hình sự thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án quân sự khu vực nhưng Tòa án quân sự quân khu lấy lên để xét xử.

+ Xét xử phúc thẩm những vụ án hình sự của Tòa án quân sự khu vực đã xét xử sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị, kháng cáo.

+ Xem xét lại các vụ án hình sự theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm của Tòa án quân sự khu vực đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì có vi phạm pháp luật trong quá trình xét xử sơ thẩm hoặc phát hiện ra tình tiết mới làm thay đổi nội dung của bản án sơ thẩm.

+ Giải quyết các vụ việc khác theo quy định của pháp luật.

- Cơ cấu tổ chức gồm Chánh án, các Phó Chánh án, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký.

e. Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của Tòa án quân sự khu vực

- Cơ cấu tổ chức của Tòa án quân khu : Chánh án, các Phó Chánh án, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký.

- Tòa án quân khu có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự và các vụ việc khác theo quy định của pháp luật.

2. Thẩm quyền giải quyết các vụ việc về kinh doanh, thương mại của Tòa án nhân dân

Việc giải quyết các vụ án ở nước ta không những tuân thủ theo luật nội dung mà còn tuân thủ theo luật hình thức

hay còn gọi là luật tố tụng. Theo quy định của pháp luật ở nước ta, pháp luật về tố tụng có thể chia thành : Tố tụng dân sự, tố tụng hình sự, tố tụng hành chính. Việc giải quyết các vụ án kinh tế thuộc về tố tụng dân sự.

Thẩm quyền giải quyết các vụ án về kinh tế được quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự ngày 15/6/2004 gồm : Thẩm quyền theo vụ việc, thẩm quyền theo cấp, thẩm quyền theo lãnh thổ, thẩm quyền theo sự lựa chọn của nguyên đơn.

a. Thẩm quyền theo vụ việc

Hoạt động của con người rất phức tạp, hoạt động kinh doanh, thương mại trong nền kinh tế hàng hóa lại càng phức tạp hơn. Vì vậy, khó tránh khỏi việc tranh chấp giữa các bên. Khi một bên bị xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp thì có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết. Việc giải quyết của Tòa án trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại phát sinh khi có đơn khởi kiện của bên mà họ cho rằng mình bị xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp. Tòa án sẽ thụ lý đơn và sẽ tiến hành giải quyết theo quy định của pháp luật.

Những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án.

- Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận bao gồm :

+ Mua bán hàng 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 bộ.
 - + Vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển.
 - + Mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá trị khác.
 - + Đầu tư tài chính, ngân hàng.
 - + Bảo hiểm.
 - + Thăm dò, khai thác.
- Tranh chấp về sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận.
- Tranh chấp giữa công ty với thành viên công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty.

– Các tranh chấp về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

b. Thẩm quyền xét xử theo cấp của Tòa án

Khi phát sinh tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án thì các bên phải xác định rằng tranh chấp này do Tòa án cấp quận, huyện hay cấp Tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương giải quyết để nộp đơn khởi kiện cho đúng. Nếu nguyên đơn nộp đơn không đúng cấp Tòa án giải quyết thì Tòa án sẽ hướng dẫn để nộp cho đúng. Theo quy định tại Điều 33, 34 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004, thẩm quyền xét xử sơ thẩm theo cấp của Tòa án được quy định như sau :

Tòa án nhân dân cấp quận, huyện có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại giữa các cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh, 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, trừ những tranh chấp có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài, cho Tòa án nước ngoài.

Tòa án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm tất cả các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền

của Tòa án, trừ các tranh chấp thuộc thẩm quyền của Tòa án cấp quận, huyện. Tòa án cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có thể lấy những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền của Tòa án cấp quận, huyện để xét xử sơ thẩm.

c. Thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ của Tòa án

Nguyên đơn không những xác định được Tòa án cấp nào để nộp đơn mà còn phải xác định Tòa án nhân dân ở địa phương nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Điều 35 Bộ luật Tố tụng dân sự quy định :

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

– Các bên có quyền thể hiện sự định đoạt bằng cách tự thỏa thuận bằng văn bản yêu cầu Tòa án nơi nguyên đơn có trụ sở nếu nguyên đơn là tổ chức hoặc nơi cư trú, làm việc giải quyết nếu nguyên đơn là cá nhân.

– Nếu tranh chấp về bất động sản thì Tòa án nơi có bất động sản giải quyết.

– Tòa án phải thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài nơi bị đơn cư trú, có trụ sở hoặc nơi có tài sản liên quan đến việc thi hành quyết định trọng tài.

3. Các trường hợp nguyên đơn được lựa chọn Tòa án

Nếu chỉ áp dụng thẩm quyền của Tòa án của theo cấp và theo lãnh thổ thì có những vụ việc tranh chấp phát sinh không biết Tòa án nào sẽ giải quyết hoặc có nhiều Tòa án cùng có thẩm quyền giải quyết một vụ án. Vì vậy để bảo đảm nguyên tắc Tòa án phải giải quyết tất cả các tranh chấp phát sinh mà pháp luật quy định, đồng thời bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người khởi kiện, Bộ luật tố tụng dân sự còn quy định về việc nguyên đơn được quyền lựa chọn Tòa án để yêu cầu giải quyết vụ án :

– Nếu không biết rõ trụ sở hoặc nơi cư trú, là việc 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 vụ án.

– Nếu vụ án phát sinh từ hoạt động của chi nhánh doanh nghiệp, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu Tòa án nơi doanh nghiệp có trụ sở hoặc nơi có chi nhánh giải quyết.

– Nếu vụ án phát sinh do vi phạm hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi thực hiện hợp đồng giải quyết vụ án.

– Nếu các bị đơn có trụ sở hoặc nơi cư trú khác nhau, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu Tòa án nơi có trụ sở hoặc nơi cư trú của 1 trong các bị đơn giải quyết.

– Nếu vụ án liên quan đến bất động sản ở nhiều nơi khác nhau, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án ở một trong các nơi đó giải quyết.

4. Những nguyên tắc tổ tụng cơ bản trong việc giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án

Nguyên tắc pháp luật là những tư tưởng có tính chất chỉ đạo, định hướng bắt nguồn từ bản chất của chế độ làm cơ sở cho sự tồn tại và phát triển của một ngành luật hoặc một hệ thống pháp luật.

Nguyên tắc trong việc giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại nói riêng và vụ án dân sự nói chung cũng là những tư tưởng có tính chất chỉ đạo hoạt động giải quyết các vụ án dân sự, trong đó có các vụ án về kinh doanh, thương mại. Trong Bộ luật tố tụng dân sự có đưa ra các nguyên tắc làm cơ sở cho việc giải quyết các tranh chấp dân sự, trong đó có các nguyên tắc chung như : Nguyên tắc bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa, nguyên tắc thực hiện chế độ hai cấp xét xử, nguyên tắc hội thẩm nhân dân tham gia xét, nguyên tắc xét xử tập thể, nguyên tắc xét xử công khai...; ngoài ra còn quy định các nguyên tắc riêng, thể hiện tính đặc thù của tố tụng dân sự như : Nguyên tắc tự định đoạt, nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh, nguyên tắc bình đẳng, nguyên tắc hòa giải.

a. Nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự

Nguyên tắc này thể hiện xuyên suốt trong quá trình hoạt động kinh doanh, thương mại, khi xác lập quan hệ kinh doanh, thương mại cũng như khi phát sinh tranh chấp yêu

cầu Tòa án giải quyết. Khi hai bên ký hợp đồng phải dựa trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng; không có bên nào được cưỡng ép, đe dọa, lừa dối đối với bên kia. Khi có tranh chấp xảy ra các bên có quyền tự giải quyết hoặc yêu cầu Tòa án giải quyết. Khi Tòa án đã thụ lý vụ án, trong quá trình hòa giải, xét xử sơ thẩm, phúc thẩm các bên vẫn có thể thương lượng, thỏa thuận với nhau. Tại Điều 5 Bộ luật tố tụng dân sự quy định :

+ Chỉ có đương sự mới có quyền quyết định khởi kiện hoặc không khởi kiện yêu cầu Tòa án có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại.

+ Tòa án chỉ thụ lý giải quyết khi có yêu cầu của đương sự.

+ Tòa án chỉ giải quyết trong phạm vi yêu cầu của đương sự.

+ Trong quá trình giải quyết tại Tòa án các đương sự có quyền chấm dứt, thay đổi yêu cầu của mình hoặc tự thỏa thuận với nhau một cách tự nguyện mà không trái pháp luật, đạo đức, xã hội.

b. Nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh

Khi các bên yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp thì các bên có quyền và nghĩa vụ cung cấp tài liệu, giấy tờ, chứng cứ để chứng minh yêu cầu của mình, căn cứ vào đó mà Tòa án đưa phán quyết giải quyết tranh chấp. Bên nào không đưa ra được chứng cứ hoặc chứng cứ yếu thì bên đó sẽ thắng

kiện. Trong tố tụng dân sự, Tòa án không có nghĩa vụ điều tra, tìm kiếm chứng cứ cho các bên. Tuy nhiên, trong trường hợp cần thiết Tòa án có quyền yêu cầu các cơ quan, tổ chức, cá nhân có trách nhiệm cung cấp chứng cứ mà họ đang lưu giữ, quản lý.

c. Nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật

Bình đẳng trước pháp luật không những là quyền cơ bản của công dân mà còn là nguyên tắc quan trọng của pháp luật tố tụng dân sự. Nguyên tắc này được quy định tại Điều 52 của Hiến pháp 1992 và Điều 8 của Bộ luật Tố tụng dân sự 2004. Nguyên tắc này được hiểu là các bên khi tham gia tố tụng phải tuân thủ theo các quy định của pháp luật không phân biệt tuổi tác, địa vị xã hội, giới tính, tín ngưỡng... Mặc dù địa vị pháp lý giống nhau hay khác nhau thì Tòa án cũng phải tạo mọi điều kiện cho họ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình. Thực hiện tốt nguyên tắc này có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo ra một sân chơi bình đẳng cho các doanh nghiệp, một hành lang pháp lý tốt làm phát triển hoạt động kinh doanh, thương mại.

d. Nguyên tắc hòa giải

Khi các đương sự tranh chấp là lúc lợi ích của các bên không hòa hợp với nhau. Vì vậy, trong quá trình giải quyết tranh chấp Tòa án phải hòa giải để tìm kiếm biện pháp nhằm hàn gắn mâu thuẫn. Nguyên tắc này được quy định tại Điều 10 của Bộ luật Tố tụng dân sự : Tòa án có trách

nhiệm tiến hành hòa giải và tạo điều kiện thuận lợi cho các đương sự thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự theo quy định của Bộ luật này. Nguyên tắc này không những áp dụng trong việc giải quyết các vụ án về kinh doanh, thương mại mà còn áp dụng giải quyết các vụ án trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, lao động, đất đai... Việc hòa giải thành làm tiết kiệm thời gian, tiền bạc của các bên, Nhà nước... Phát huy truyền thống đoàn kết, sức mạnh tập thể, tương thân, tương ái trong công đồng dân cư.

5. Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại bằng con đường Tòa án

a. Thủ lý vụ án

Để Tòa án thụ lý vụ án, nguyên đơn phải làm đơn gửi đến Tòa án có thẩm quyền yêu cầu giải quyết, kèm theo đơn là các tài liệu, chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình. Nguyên đơn phải nộp đơn khởi kiện trong thời hiệu mà pháp luật cho phép. Thời hiệu khởi kiện được hiểu là thời hạn được sự được quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự thì thời hiệu khởi kiện đối với các tranh chấp về kinh doanh, thương mại là hai năm kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm (kể từ ngày phát sinh tranh chấp).

Nguyên đơn có thể nộp trực tiếp đơn khởi kiện cùng các tài liệu, chứng cứ có liên quan cho Tòa án hoặc gửi qua đường

bưu điện. Tòa án xem xét nếu thấy đơn thuộc thẩm quyền giải quyết của mình thì thụ lý đơn và ghi vào sổ thụ lý để giải quyết. Tòa án phải thông báo cho nguyên đơn nộp tiền tạm ứng án phí. Tòa án chỉ chính thức thụ lý đơn khi nguyên đơn xuất trình hóa đơn nộp tiền tạm ứng án phí cho Tòa. Trong thời hạn 30 ngày làm việc kể từ ngày thụ lý đơn Chánh án Tòa án phải phân công một thẩm phán giải quyết vụ án.

b. Chuẩn bị xét xử sơ thẩm

Thời hạn để chuẩn bị xét xử vụ án về kinh doanh, thương mại là hai tháng kể từ ngày thụ lý vụ án. Nếu vụ án có tính chất phức tạp hoặc do trở ngại khách quan thì Chánh án Tòa án có thể gia hạn thêm nhưng không được quá hai tháng. Trong thời gian này Tòa án phải làm các công việc sau đây :

Tòa án thông báo bằng văn bản cho bị đơn, người có quyền và nghĩa vụ liên quan, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp về việc Tòa án thụ lý vụ án.

Yêu cầu bị đơn, người có quyền và nghĩa vụ liên quan cung cấp chứng cứ, tài liệu để phục vụ cho việc giải quyết vụ án. đương sự cũng có thể yêu cầu Tòa án thu thập những chứng cứ mà mình không thể thu thập được.

Trường hợp cần phải giám định để xác định trách nhiệm của các bên, hoặc để xác định mức án phí phải đóng Tòa án có thể yêu cầu tổ chức có thẩm quyền giám định.

Tòa án phải thông báo cho nguyên đơn, bị đơn, người đại diện hợp pháp cho nguyên đơn, bị đơn (nếu có), người có quyền và nghĩa vụ liên quan (nếu có) về nội dung, thời gian, địa điểm phiên hòa giải, Thẩm phán chủ trì hòa giải.

Việc hòa giải phải được lập thành biên bản.

Trong quá trình tiến hành hòa giải Thẩm phán phải giải thích cho đơn sự biết quyền và nghĩa vụ của mình cũng như phân tích hậu quả pháp lý mà đơn sự phải gánh chịu khi hòa giải thành hoặc không thành.

Trường hợp hòa giải thành thì Tòa án sẽ lập biên bản hòa giải thành và sau bảy ngày mà không có đơn sự nào thay đổi ý kiến thì Thẩm phán sẽ ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đơn sự. Quyết định của Thẩm phán sẽ có hiệu lực ngay sau khi ban hành và không được kháng cáo kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm, nếu có thì phải xem xét lại quyết định theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm khi có sự kháng nghị của người có thẩm quyền.

Trường hợp hòa giải không thành thì Tòa án sẽ lập biên bản hòa giải không thành và ra quyết định đưa vụ án ra xét xử.

Trong giai đoạn này Tòa án cũng có thể tạm đình chỉ hoặc đình chỉ vụ án nếu xảy ra các trường hợp được quy định tại Điều 189, 192 Bộ luật Tố tụng dân sự.

c. Phiên Tòa sơ thẩm

Phiên Tòa sơ thẩm phải được tiến hành trong thời hạn một tháng kể từ có quyết định đưa vụ án ra xét xử, nếu có lý do chính đáng thì thời hạn này là hai tháng.

Thành phần tham dự phiên Tòa sơ thẩm gồm :

Nguyên đơn, bị đơn, người có quyền và nghĩa vụ liên quan hoặc người đại diện hợp pháp của những người này, đại diện Viện kiểm sát, người làm chứng, người phiên dịch, người giám định (nếu có).

Hội đồng xét xử làm nhiệm vụ điều khiển phiên Tòa gồm : một Thẩm phán và hai Hội thẩm nhân dân, trường hợp đặc biệt thì Hội đồng xét xử có thể gồm hai thẩm phán và ba Hội thẩm nhân dân.

Trình tự, thủ tục tiến hành phiên Tòa sơ thẩm :

– Thủ tục bắt đầu phiên Tòa.

Chủ tọa phiên Tòa đọc quyết định đưa vụ án ra xét xử, thư ký phiên Tòa báo cáo sự có mặt hoặc vắng mặt của những người được triệu tập đến phiên tòa, Chủ tọa phiên Tòa kiểm tra sự có mặt của những người triệu tập và phổ biến cho họ biết về quyền và nghĩa vụ.

– Thủ tục xét hỏi tại Tòa.

Khi xét hỏi thì phải theo thứ tự : Chủ tọa phiên Tòa hỏi trước, sau đó đến Hội thẩm nhân dân, người bảo vệ quyền

và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn, bị đơn, người có quyền và nghĩa vụ liên quan, kiểm sát viên và những người tham gia tố tụng khác.

Mục đích của việc xét hỏi là để Hội đồng xét xử lắng nghe ý kiến của những người tham gia tố tụng về các vấn đề của vụ việc tranh chấp, đánh giá chứng cứ để đưa ra một phán quyết đúng luật.

– Thủ tục tranh luận tại phiên tòa.

Phần này rất quan trọng vì thông qua việc tranh luận làm sáng tỏ nội dung của vụ án. Nguyên đơn, bị đơn, người có quyền và nghĩa vụ liên quan, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, những người tham gia tố tụng khác dựa vào các quy định của pháp luật, tài liệu, chứng cứ có liên quan để đối đáp lại ý kiến của người có quyền và lợi ích đối lập, bảo vệ ý kiến của mình, chứng minh là mình đúng. Luật không quy định thời gian tranh luận, Hội đồng xét xử phải tạo điều kiện cho các bên trình bày và bảo vệ ý kiến của mình.

– Thủ tục nghị án.

Nghị án là việc biểu quyết của Hội đồng xét xử để thông qua phán quyết của mình trong phòng nghị án. Chỉ có Hội đồng xét xử mới được quyền nghị án. Phán quyết của Hội đồng xét xử được thông qua theo nguyên tắc đa số và phải căn cứ vào các quy định của pháp luật và chứng cứ có liên quan đã được kiểm tra xem xét tại phiên tòa. Trước khi biểu

quyết để thông qua quyết định của Hội đồng xét xử thì các thành viên phải thảo luận với nhau, Hội thẩm nhân dân phát biểu trước, thẩm phán phát biểu sau. Việc nghị án phải được lập thành biên bản. Qua nghị án nếu Hội đồng xét xử có nội dung nào của vụ án chưa được làm rõ thì có thể trở lại phiên Tòa để tiếp tục xét hỏi. Thời hạn để Hội đồng xét xử nghị án không được quá 5 ngày.

– Thủ tục tuyên án.

Sau khi đã nghị án, Hội đồng xét xử trở ra để tuyên án. Tuyên án là việc Chủ tọa phiên Tòa hoặc một trong các thành viên của Hội đồng xét xử đọc bản án. Khi tuyên án mọi người trong phòng xử án phải đứng dậy để thể hiện sự tôn trọng, uy nghiêm của bản án, trừ trường hợp đặc biệt được sự đồng ý của Chủ tọa. Sau khi tuyên án, Hội đồng xét xử có thể giải thích thêm về việc thi hành bản án và quyền kháng cáo của những đương sự, những người tham gia tố tụng khác.

Trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày tuyên án, Tòa án phải gửi hoặc giao bản án cho đương sự, người có quyền và nghĩa vụ liên quan, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp. Về nguyên tắc sau thời hạn 15 ngày, kể từ ngày tuyên án hoặc kể từ ngày bản án được giao cho đương sự hoặc được niêm yết (nếu đơn sự vắng mặt tại tòa) thì bản án sẽ có hiệu lực pháp luật, các đương sự không còn quyền kháng cáo, Viện kiểm sát không còn quyền kháng nghị và bản án sơ thẩm sẽ được thi hành theo quy định của pháp luật.

Phiên Tòa sơ thẩm có thể bị hoãn khi xảy ra một trong các trường hợp sau đây :

+ Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, thư ký phiên Tòa, kiểm sát viên phải thay đổi mà không có người thay thế.

+ Tại phiên Tòa Hội đồng xét xử quyết định thay đổi người giám định, người phiên dịch mà không có người thay thế.

+ Nguyên đơn, bị đơn, người có quyền và nghĩa vụ liên quan, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đơn sự vắng mặt lần thứ nhất mà có lý do chính đáng.

+ Khi có người tham gia tố tụng vắng mặt tại phiên Tòa mà không thuộc trường hợp phải hoãn phiên Tòa nhưng có người đề nghị hoãn phiên Tòa thì Hội đồng xét xử có thể quyết định hoãn hoặc không hoãn phiên Tòa.

d. Thủ tục phúc thẩm

Pháp luật ở nước ta quy định tất cả các vụ án đều phải bảo đảm nguyên tắc xét xử hai lần là sơ thẩm và phúc thẩm.

Xét xử phúc thẩm là việc Tòa án cấp trên xem xét lại bản án, quyết định chưa có hiệu lực của Tòa cấp dưới nhưng bị kháng cáo, kháng nghị.

Mục đích của việc xét xử phúc thẩm là nhằm sửa chữa những sai lầm của Tòa án cấp sơ thẩm trong việc ban hành bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật, đồng thời để Tòa cấp trên kiểm tra chất lượng xét xử của Tòa cấp dưới,

tránh thiệt hại đến mức đối đa lợi ích hợp pháp của công dân, qua đó rút kinh nghiệm, tổng kết, chỉ đạo cho hoạt động xét xử được đúng đắn.

Kháng cáo là việc nguyên đơn, bị đơn, người có quyền và nghĩa vụ liên quan hoặc người đại diện hợp pháp của họ làm đơn gửi đến Tòa án cấp trên hoặc cấp đã xét xử yêu cầu xem xét lại bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật.

Thời hạn để những người có quyền kháng cáo là 15 ngày kể từ ngày Tòa án cấp sơ thẩm tuyên án, nếu đơn sự vắng mặt tại Tòa thì thời hạn 15 ngày được tính kể từ ngày bản án được giao cho họ hoặc được niêm yết.

Kháng nghị là việc Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp với cấp Tòa án đã xét xử hoặc Viện kiểm sát cấp trên yêu cầu Tòa án cấp trên xem xét lại bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật.

Thời hạn kháng nghị được xác định như sau : 15 ngày đối với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, 30 ngày đối với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp trên trực tiếp kể từ ngày Tòa tuyên án. Nếu kiểm sát viên không tham gia phiên Tòa thì thời hạn được tính khi Viện kiểm sát nhận được bản án.

Việc kháng cáo, kháng nghị phải được thực hiện bằng văn bản, ghi rõ nội dung của phần bản án bị kháng cáo, kháng nghị; lý do kháng cáo, kháng nghị; yêu cầu của người kháng cáo, kháng nghị.

Trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu kháng cáo, kháng nghị. Tòa án xét xử sơ thẩm phải gửi hồ sơ của vụ án lên Tòa án cấp phúc thẩm.

Trong thời hạn hai tháng kể từ ngày nhận được hồ sơ do Tòa án cấp sơ thẩm gửi lên thì Tòa án cấp phúc thẩm phải ban hành một trong các quyết định sau : Đưa vụ án ra xét xử, tạm đình chỉ xét xử phúc thẩm, đình chỉ xét xử phúc thẩm. Nếu vụ án phức tạp thì có thể kéo dài thêm nhưng không được qua 1 tháng. Trong thời hạn hai tháng kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử thì Tòa án phải mở phiên Tòa phúc thẩm, nếu vụ án phức tạp thì có thể kéo dài nhưng không được quá hai tháng.

Việc kháng cáo, kháng nghị dẫn đến hậu quả pháp lý là phần bản án, quyết định bị kháng cáo, kháng nghị chưa có hiệu lực pháp luật; phần bản án, quyết định không bị kháng nghị, kháng cáo có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị đã trình bày trên.

Thủ tục của phiên Tòa phúc thẩm được tiến hành giống như thủ tục của phiên Tòa sơ thẩm.

Hội đồng xét xử ở Tòa phúc thẩm gồm 3 thẩm phán. Tại phiên Tòa phúc thẩm Hội đồng xét xử phải ban hành một trong các quyết định sau đây :

+ Bác kháng cáo, kháng nghị gửi nguyên quyết định của bản án, quyết định sơ thẩm.

+ Sửa một phần hoặc toàn bộ bản án, quyết định sơ thẩm.

+ Hủy bản án, quyết định sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm xét xử lại từ đầu trong trường hợp Tòa sơ thẩm có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng hoặc việc xác minh, thu thập chứng cứ của Tòa sơ thẩm không đầy đủ mà Tòa án cấp phúc thẩm không thể bổ sung được.

+ Hủy bản án, quyết định sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật.

Bản án, quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm có hiệu lực pháp luật ngay sau khi Tòa phúc thẩm ban hành.

e. Xem xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật.

Mặc dù pháp luật chúng ta quy định việc xét xử phải tuân theo hai cấp sơ thẩm và phúc thẩm. Quy định như vậy để tránh việc xét xử dẫn đến sai lầm, oan sai, gây thiệt hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của công dân. Tuy nhiên, việc tuân thủ xét xử qua hai cấp như trên cũng không thể không tránh khỏi sai sót. Có những bản án, những quyết định đã có hiệu lực pháp luật sau đó mới phát hiện ra có vi phạm pháp luật trong qua trình xét xử hoặc phát hiện ra tình tiết mới làm thay đổi hoàn toàn nội dung bản án, quyết định. Pháp luật quy định thủ tục đặc biệt để xem xét lại những trường hợp trên là giám đốc thẩm, tái thẩm.

e1. Giám đốc thẩm

Là xét lại bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong qua trình giải quyết.

Bản án quyết định bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm có thể là : Bản án, quyết định đã được xét xử sơ thẩm và đã có hiệu lực pháp luật hoặc những bản án, quyết định đã được xét xử phúc thẩm hoặc những bản án, quyết định đã được xem xét theo thủ tục giám đốc thẩm.

Những người sau đây có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm :

– Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng viện kiểm sát nhân dân tối cao có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định của các Tòa án nhân dân các cấp, trừ quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao;

– Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Viện trưởng viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực của Tòa án nhân dân cấp huyện.

Thời hạn để thực hiện quyền kháng nghị là 3 năm kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật.

Những bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật mà phát hiện vi phạm pháp luật trong các trường hợp sau đây thì có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm :

Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với 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.

Trong thời hạn 4 tháng kể từ ngày nhận được đơn kháng nghị kèm theo hồ sơ vụ án, Tòa án có thẩm quyền phải mở phiên Tòa để xem xét theo thủ tục giám đốc thẩm.

Phiên Tòa giám đốc thẩm không cần thiết phải có sự có mặt của đương sự và bắt buộc phải có sự tham sự của đại diện viện kiểm sát cùng cấp.

Hội đồng giám đốc thẩm có thẩm quyền như sau :

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

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

+ Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại.

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

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

e2. Tái thẩm

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

Những người sau đây có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục tái thẩm :

- Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định của các Tòa án nhân dân các cấp, trừ quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao;

- Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực của Tòa án nhân dân cấp huyện.

Thời hạn để thực hiện quyền kháng nghị theo thủ tục tái thẩm là 1 năm kể từ ngày người có thẩm quyền biết được căn cứ kháng nghị theo thủ tục tái thẩm.

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 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 hủy bỏ.

Hội đồng tái thẩm có thẩm quyền như sau :

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

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

+ Hủy bản án, quyết định 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 Hội đồng giám đốc thẩm ra quyết định.

III. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH TẾ BẰNG CON ĐƯỜNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm trọng tài và các trung tâm trọng tài, ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài

a. Khái niệm trọng tài

Tại khoản 1 Điều 2 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại thì trọng tài được hiểu là phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại được các bên thỏa thuận và được tiến hành theo trình tự, thủ tục tổ tụng do pháp lệnh này quy định.

Tại Điều 4, 19 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại quy định trọng tài thể hiện dưới hai dạng : Trọng tài thường trực và Trọng tài theo vụ việc.

Trọng tài thường trực hoạt động dưới hình thức trung tâm trọng tài có cơ cấu tổ chức, có trụ sở, có con dấu, điều lệ hoạt động, có số trọng tài viên tối thiểu là 5, có bản xây dựng quy tắc tố tụng. Đây là hình thức hoạt động chủ yếu của trọng tài ở nước ta cũng như trên thế giới.

Trọng tài vụ việc được thành lập theo từng vụ việc không có Bộ máy thường trực, cơ cấu tổ chức, trụ sở, con dấu, điều lệ hoạt động, số trọng tài viên cố định, bản xây dựng quy tắc tố tụng. Đây là hình thức hoạt động của trọng tài ít phổ biến ở nước ta cũng như trên thế giới.

b. Trung tâm trọng tài

Theo quy định tại Điều 14 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại thì việc thành lập Trung tâm trọng tài phải căn cứ tình hình phát triển kinh tế – xã hội của các địa phương. Phải có ít nhất năm sáng lập viên có đủ điều kiện làm trọng

tài viên và được Hội Luật gia Việt Nam giới thiệu, Bộ trưởng Bộ Tư pháp xem xét, quyết định cấp giấy phép thành lập Trung tâm Trọng tài.

Trên thực tế các Trung tâm trọng tài thương mại được thành lập tại các thành phố lớn như : Thành phố Hà Nội, Thành phố Hồ Chí Minh, Thành phố Đà Nẵng. Trường hợp các trung tâm trọng tài đã được thành lập trước khi Pháp lệnh Trọng tài thương mại có hiệu lực pháp luật thì 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 và Nghị định 25/2004NĐ-CP của Chính phủ ban hành quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

c. Ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp bằng con đường trọng tài

- Đảm bảo thực thi đầy đủ quyền tự do kinh doanh.
- Đảm bảo tính bí mật của hoạt động sản xuất kinh doanh.
- Thể hiện tính dân chủ.
- Hòa nhập với thông lệ trên thế giới.
- Xã hội hóa hoạt động giải quyết tranh chấp.

2. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp của trọng tài thương mại

Theo sự giải thích tại khoản 1 Điều 2 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại thì trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại được các bên thỏa thuận và được tiến hành theo trình tự, thủ tục của Pháp lệnh này quy định.

Tại khoản 3 Điều 2 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại thì hoạt động thương mại được hiểu là việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh bao gồm mua hàng hóa, cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý thương mại; ký gửi; thuê, cho thuê; thuê mua; xây dựng; tư vấn; kỹ thuật; li-xăng; đầu tư; tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật.

Như vậy trọng tài thương mại có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp thương mại nói trên. Nghị định số 25/2004/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 15/1/2004 quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh Trọng tài thương mại quy định thẩm quyền của Trọng tài thương mại là Trọng tài thương mại có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại mà các bên là cá nhân kinh doanh hoặc tổ chức kinh doanh.

Trường hợp tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài mà trọng tài đã giải quyết thì một trong

các bên có quyền yêu cầu Tòa án hủy quyết định của trọng tài.

3. Nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng con đường trọng tài thương mại

Tại Điều 3 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại đưa ra hai nguyên tắc khi giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài thương mại :

a. Nguyên tắc tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài, nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận trọng tài

Theo nguyên tắc này trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại khi các bên có thỏa thuận bằng văn bản rằng tranh chấp này được giải quyết bằng trọng tài. Nếu không có thỏa thuận này thì trọng tài thương mại không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp mà tranh chấp này lại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Ngược lại nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận tranh chấp này được giải quyết bằng trọng tài thương mại thì Tòa án không có thẩm quyền thụ lý vụ án, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu. Tự do kinh doanh không những là quyền cơ bản của công dân mà còn là nguyên tắc của các nguyên tắc trong hoạt động sản xuất kinh doanh. Việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp là một trong những biểu hiện việc thực hiện quyền tự do kinh doanh.

Điều 19 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại quy định các bên có quyền lựa chọn Hội đồng trọng tài được thành lập tại Trung tâm trọng tài hoặc Hội đồng trọng tài do các bên thành lập để giải quyết tranh chấp.

b. Nguyên tắc khi giải quyết tranh chấp, trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư, phải căn cứ vào pháp luật và tôn trọng thỏa thuận giữa các bên.

Khi các trọng tài viên giải quyết tranh chấp không có cá nhân, tổ chức nào có quyền can thiệp. Trường hợp Hội đồng trọng tài có ba trọng tài viên thì các trọng tài viên đều bình đẳng với nhau trong việc đưa ra đánh giá, kết luận của mình trong quá trình giải quyết tranh chấp. Nguyên tắc này cũng được áp dụng trong tố tụng Tòa án, thẩm phán và Hội thẩm nhân dân trong Hội đồng xét xử tại Tòa phải độc lập, khách quan, vô tư, độc lập tuân thủ pháp luật. Nếu trọng tài viên của Hội đồng trọng tài đưa ra quyết định không khách quan, vô tư thì một trong các bên tranh chấp có quyền yêu cầu Tòa án hủy quyết định của Hội đồng trọng tài. Các trọng tài viên khi giải quyết tranh chấp phải độc lập tuân thủ pháp luật và sự thỏa thuận của các bên.

c. Nguyên tắc áp dụng pháp luật để giải quyết tranh chấp

Nguyên tắc này được quy định tại Điều 7 của Pháp lệnh trọng tài thương mại :

Đối với vụ việc tranh chấp giữa các bên Việt nam, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật của Việt Nam để giải quyết tranh chấp.

Đối với vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn. Việc lựa chọn pháp luật nước ngoài và việc áp dụng pháp luật nước ngoài không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Tranh chấp có yếu tố nước ngoài là tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại mà một bên hoặc các bên là người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài tham gia hoặc căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ có tranh chấp phát sinh ở nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến tranh chấp đó ở nước ngoài.

4. Tổ tụng trọng tài

Là tổng thể các quy định của pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại trọng tài.

Có thể chia tổ tụng trọng tài thành các bước sau đây :

a. Thỏa thuận trọng tài

Là sự thỏa thuận bằng văn bản giữa các bên tranh chấp rằng tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại nay được giải quyết bằng trọng tài.

Theo khoản 1, Điều 3 của Pháp lệnh trọng tài thương mại : Tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài, nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp hai bên có thỏa thuận rằng tranh chấp này được giải quyết bằng trọng tài. Đây là điều

kiện bắt buộc làm phát sinh mối quan hệ giữa các bên tranh chấp với trọng tài thương mại. Trung tâm trọng tài chỉ được thụ lý đơn kiện của nguyên đơn khi giữa nguyên đơn và bị đơn có thỏa thuận trọng tài.

Thỏa thuận trọng tài phải được lập thành văn bản như trong hợp đồng, thư, điện báo, fax, thư điện tử hoặc hình thức văn bản khác thể hiện rõ ý chí của các bên giải quyết tranh chấp bằng trọng tài.

Theo Điều 11 Pháp lệnh Trọng tài thương mại : Thỏa thuận trọng tài có thể là một điều khoản trọng tài nằm trong hợp đồng hoặc là một sự thỏa thuận riêng độc lập với hợp đồng. Nếu điều khoản trọng tài độc lập với hợp đồng thì việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, sự vô hiệu của hợp đồng không làm mất hiệu lực của điều khoản trọng tài.

Tòa án phải từ chối thụ lý vụ án trong trường hợp đương sự khởi kiện ra Tòa mà tranh chấp này các bên đã thỏa thuận giải quyết bằng trọng tài thương mại, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài bị vô hiệu trong các trường hợp sau đây :

- + Tranh chấp phát sinh không thuộc hoạt động thương mại theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại;

- + Người ký thỏa thuận trọng tài thương mại không có thẩm quyền ký;

- + Một bên ký thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự;

+ Thỏa thuận trọng tài không quy định hoặc quy định không rõ đối tượng tranh chấp, tổ chức trọng tài có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp mà sau đó các bên không có thỏa thuận bổ sung;

+ Thỏa thuận trọng tài không được lập theo quy định của Pháp lệnh trọng tài thương mại;

+ Có một bên khi ký kết thỏa thuận trọng tài bị lừa dối, bị đe dọa và có yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài vô hiệu; thời hiệu yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài vô hiệu là sáu tháng kể từ ngày ký kết thỏa thuận trọng tài, nhưng phải trước ngày Hội đồng trọng tài mở phiên họp đầu tiên giải quyết vụ tranh chấp theo quy định của pháp lệnh trọng tài thương mại.

b. Nộp đơn kiện

Nguyên đơn phải nộp đơn kiện cùng các tài liệu, chứng cứ có liên quan, bản sao thỏa thuận trọng tài đến trung tâm trọng tài thương mại hoặc bị đơn.

Trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận đơn, trung tâm phải gửi cho bị đơn bản sao đơn khởi kiện và những tài liệu chứng cứ kèm theo.

Trường hợp nguyên đơn kiện tại bị đơn thì trong thời hạn 30 ngày làm việc bị đơn phải có trách nhiệm gửi đơn kiện cho trung tâm và bản bị bảo vệ.

c. Hội đồng trọng tài được thành lập tại Trung tâm trọng tài thương mại hoặc hội đồng trọng tài do các bên thành lập

– Hội đồng trọng tài được thành lập tại trung tâm trọng tài thương mại.

Sau khi nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn, trong thời hạn 5 ngày, Trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện, các tài liệu liên quan, tên trọng tài viên mà nguyên đơn đã chọn, danh sách trọng tài viên thuộc trung tâm trọng tài thương mại. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nguyên đơn nhận được đơn khởi kiện và các tài liệu, danh sách các trọng tài viên thuộc trung tâm trọng tài thì nguyên đơn phải chọn cho mình một trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài do trung tâm chuyển sang. Trường hợp bị đơn không chọn được trọng tài viên cho mình thì có thể nhờ Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chọn giúp. Nếu vụ việc tranh chấp có nhiều bị đơn thì các bị đơn phải thỏa thuận chọn một trọng tài viên trong số các trọng tài thuộc trung tâm trọng tài thương mại. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu chọn trọng tài các bị đơn nếu không thỏa thuận được với nhau về việc chọn trọng tài thì có thể yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài chọn giúp.

Trong thời hạn 15 ngày hai trọng tài viên đại diện cho nguyên đơn và bị đơn phải chọn một trọng tài viên thứ ba trong số các trọng tài thuộc trung tâm trọng tài là Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Nếu không chọn được Chủ tịch Hội đồng Trọng tài thì hai trọng tài viên có thể yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chọn giúp.

Trường hợp nguyên đơn và bị đơn có thỏa thuận rằng tranh chấp này do một trọng tài viên duy nhất thuộc trung tâm trọng tài giải quyết, nhưng không chọn được Trọng tài viên duy nhất này thì một trong hai bên có thể yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chọn giúp trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu.

– Hội đồng trọng tài do các bên thành lập.

Nguyên đơn gửi đơn kiện cho bị đơn và các tài liệu có liên quan. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được đơn của nguyên đơn, bị đơn phải chọn cho mình một trọng tài viên và báo cho nguyên đơn biết. Nếu bị đơn không chọn được trọng tài viên trong thời hạn nói trên thì nguyên đơn có quyền yêu cầu Tòa án cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi bị đơn cư trú hoặc nơi bị đơn có trụ sở chọn cho bị đơn một trọng tài viên. Chánh án Tòa án nhân dân giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên chọn một trọng tài viên cho bị đơn trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của nguyên đơn.

Nếu vụ việc tranh chấp có nhiều bị đơn thì các bị đơn phải thỏa thuận chọn một trọng tài viên. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu chọn trọng tài của nguyên đơn các bị đơn nếu không thỏa thuận được với nhau về việc chọn trọng tài thì theo yêu cầu của nguyên đơn Tòa án cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi bị đơn cư trú hoặc nơi có trụ sở của một trong các bị đơn chọn một trọng tài viên cho các bị đơn. Chánh án Tòa án nhân dân

giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên chọn một trọng tài viên cho các bị đơn trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của nguyên đơn.

Trong thời hạn 15 ngày hai trọng tài viên đại diện cho nguyên đơn và bị đơn phải chọn một trọng tài viên thứ ba làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Nếu không chọn được thì yêu cầu Tòa án cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi bị đơn cư trú hoặc nơi bị đơn có trụ sở chọn một trọng tài viên thứ ba làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Chánh án Tòa án nhân dân giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên chọn một trọng tài viên thứ ba làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của nguyên đơn.

Chủ tịch Hội đồng Trọng tài thì hai trọng tài viên có thể yêu cầu Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chọn giúp.

Trường hợp nguyên đơn và bị đơn có thỏa thuận rằng tranh chấp này do một trọng tài viên duy nhất giải quyết, nhưng không chọn được Trọng tài duy nhất này thì một trong hai bên có thể yêu cầu Chánh án Tòa án tỉnh nơi bị đơn cư trú hoặc nơi bị đơn có trụ sở giao cho một thẩm phán chỉ định một trọng tài viên duy nhất giải quyết trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của một trong các bên.

- Phiên họp của Hội đồng trọng tài và quyết định của Hội đồng trọng tài.

Hội đồng trọng tài phải mở phiên họp để giải quyết tranh chấp. Tham gia phiên họp là các bên tranh chấp, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên, nhân chứng. Phiên họp giải quyết tranh chấp không được mở công khai giống như phiên Tòa của Tòa án. Hội đồng trọng tài cũng có thể xem xét giải quyết tranh chấp mà không cần có mặt của các bên nếu các bên có yêu cầu. Tại phiên họp để giải quyết tranh chấp các bên có quyền đưa ra những lập luận, chứng cứ để bảo vệ ý kiến của mình, Hội đồng trọng tài có thể đặt một số câu hỏi để làm rõ một số vấn đề chưa rõ. Phiên họp của Hội đồng trọng tài phải được lập thành biên bản.

Hội đồng căn cứ vào pháp luật có liên quan, hợp đồng tranh chấp, tài liệu, chứng cứ để đưa ra một quyết định giải quyết tranh chấp. Trường hợp Hội đồng trọng tài có ba trọng tài viên thì quyết định của Hội đồng trọng tài được thông qua theo nguyên tắc đa số, ý kiến của thiểu số được bảo lưu vào biên bản. Trường hợp Hội đồng trọng tài có một trọng tài viên thì quyết định của Hội đồng trọng tài là quyết định của trọng tài viên đó.

Quyết định của Hội đồng trọng tài là quyết định chung thẩm và có thể được công bố khi kết thúc phiên họp hoặc chậm nhất là 60 ngày kể từ ngày kết thúc phiên họp. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hết thời hạn thi hành quyết định của trọng tài, nếu bên bị thi hành quyết định không tự nguyện thi hành thì bên được thi hành quyết định trọng

tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi có trụ sở, nơi cư trú, nơi có tài sản của bên thi hành quyết định thi hành quyết định trọng tài.

Theo Điều 50 Pháp lệnh Trọng tài thương mại : trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định trọng tài, nếu có một bên không đồng ý với quyết định trọng tài thì có quyền làm đơn gửi lên Tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng trọng tài ra quyết định, yêu cầu hủy quyết định trọng tài. Trong trường hợp quyết định của Hội đồng trọng tài được thi hành kể từ ngày Tòa án cấp tỉnh ra quyết định không hủy quyết định của Hội đồng trọng tài.

Tòa án ra quyết định hủy quyết định của Hội đồng trọng tài nếu bên nộp đơn yêu cầu Tòa án hủy quyết định chứng minh được Hội đồng trọng tài ban hành quyết định rơi vào một trong các trường hợp được quy định tại Điều 54 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại sau đây :

- + Không có thỏa thuận trọng tài;
- + Thỏa thuận trọng tài vô hiệu;
- + Thành phần Hội đồng trọng tài, tổ tụng trọng tài không phù hợp với sự thỏa thuận khác của các bên theo quy định của Pháp lệnh này;
- + Vụ việc tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng trọng tài; trong trường hợp quyết định của Hội

đồng trọng tài có một phần không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài thì phần quyết định này bị hủy;

+ Bên có đơn yêu cầu chứng minh được trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp có trọng tài viên vi phạm nghĩa vụ của trọng tài viên.

+ Quyết định của trọng tài trái với lợi ích công cộng của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

THẠC SĨ
NGÔ VĂN TĂNG PHƯỚC

GIÁO TRÌNH PHÁP LUẬT KINH TẾ

Chịu trách nhiệm xuất bản : CÁT VĂN THÀNH
Biên tập : NGÔ VĂN TĂNG PHƯỚC
Sửa bài : NXB THỐNG KÊ
Bìa : TẤN THÀNH

NHÀ XUẤT BẢN THỐNG KÊ

Số ĐKKHXB : 18 – 2006/CXB/ 65 – 59/TK

Địa chỉ phát hành :

NHÀ SÁCH KINH TẾ TUẤN MINH

(Nhà sách 15 Đào Duy Từ cũ)

Địa chỉ mới : 23 Đào Duy Từ , P.5, Q.10, TP. HCM

ĐT : 08.8531424 - Mobile : 0918976920

In 1.000 cuốn, khổ 14,3 x 20,3 cm, tại Công ty XNK Ngành In TP. HCM.
Giấy xác nhận đăng ký kế hoạch xuất bản số 2412/2005/CXB do Cục
Xuất bản cấp ngày 27/12/2005 và giấy trích ngang kế hoạch xuất bản
số 342/QĐ-TK do Nhà Xuất bản Thống kê cấp ngày 13/9/2006. In xong
và nộp lưu chiểu tháng 11/2006.

* TÌM ĐỌC

ThS. NGÔ VĂN TĂNG PHƯỚC

GIÁO TRÌNH

PHÁP LUẬT

ĐẠI CƯỜNG

NHÀ XUẤT BẢN THỐNG KÊ
NĂM 2006

NHÀ SÁCH KINH TẾ TUẦN MINH
(NHÀ SÁCH 15 ĐÀO DUY TỬ CŨ)
ĐỊA CHỈ MỚI: 23 ĐÀO DUY TỬ
F.5, Q.10 TP. HỒ CHÍ MINH
ĐIỆN THOẠI: 08.8531424
MOBILE: 0918976920

pháp luật kinh tế



006120

400606

44.500 VNĐ

Giá : 44.500 đ