

PGS.TS. NGUYỄN THỊ THANH THỦY (Chủ biên)  
ThS. LÊ HỒNG ANH - ThS. NGUYỄN THU BA - ThS. ĐÀO THU HÀ  
TS. NGUYỄN VŨ HOÀNG - ThS. TRẦN THỊ HỒNG NHUNG

# GIÁO TRÌNH PHÁP LUẬT KINH TẾ

(DÀNH CHO SINH VIÊN CÁC TRƯỜNG ĐẠI HỌC, CAO ĐẲNG KHỐI KINH TẾ)



NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC VIỆT NAM

PGS.TS. NGUYỄN THỊ THANH THỦY (Chủ biên)  
ThS. LÊ HỒNG ANH – ThS. NGUYỄN THU BA – ThS. ĐÀO THU HÀ  
TS. NGUYỄN VŨ HOÀNG – ThS. TRẦN THỊ HỒNG NHUNG

*Giáo trình*

# PHÁP LUẬT KINH TẾ

(DÀNH CHO SINH VIÊN CÁC TRƯỜNG ĐẠI HỌC,  
CAO ĐẲNG KHỞI KINH TẾ)

*(Tái bản lần thứ nhất)*

NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC VIỆT NAM



## LỜI NÓI ĐẦU

Cuốn *Giáo trình Pháp luật kinh tế* này được biên soạn phù hợp với nội dung môn học Pháp luật kinh tế trong Chương trình khung giáo dục đại học khối ngành Kinh tế – Quản trị kinh doanh do Bộ Giáo dục và Đào tạo ban hành. Nội dung Giáo trình nhằm trang bị cho người học những kiến thức và hiểu biết cơ bản về những quy định pháp luật hiện hành ở Việt Nam liên quan đến hoạt động kinh doanh, thương mại, đồng thời rèn luyện cho người học các kỹ năng xử lý tình huống xảy ra trong thực tế.

Trên cơ sở những kiến thức đã học ở phần Pháp luật đại cương, Bài mở đầu của cuốn Giáo trình sẽ chỉ rõ sự cần thiết của việc học tập, giảng dạy môn Pháp luật kinh tế đối với hệ đào tạo đại học.

Trong bảy chương tiếp theo của Giáo trình sẽ đề cập đến các kiến thức pháp lý để thành lập doanh nghiệp, những quy định pháp luật về địa vị pháp lý của các doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân hoạt động kinh doanh, về mối quan hệ giữa các chủ thể kinh doanh được thực hiện thông qua việc giao kết và thực hiện hợp đồng, về quan hệ lao động trong doanh nghiệp, những quy định pháp luật về cạnh tranh, quy định về giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại và pháp luật phá sản doanh nghiệp.

Tập thể tác giả biên soạn giáo trình gồm:

ThS. Đào Thu Hà – Chương I

ThS. Trần Thị Hồng Nhung – Chương II

PGS. TS. Nguyễn Thị Thanh Thủy – Chương III

ThS. Nguyễn Thu Ba – Chương IV

TS. Nguyễn Vũ Hoàng – Chương V và Chương VI

ThS. Lê Hồng Anh – Chương VII

Chủ biên: PGS. TS. Nguyễn Thị Thanh Thủy

Giáo trình Pháp luật kinh tế dùng cho đào tạo Đại học đã quán triệt những quan điểm của Đảng và Nhà nước về quản lý hoạt động kinh doanh, thương mại trong giai đoạn hiện nay, bảo đảm cập nhật các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành.

Trong quá trình biên soạn và biên tập Giáo trình khó có thể tránh khỏi những khiếm khuyết. Tập thể tác giả mong nhận được ý kiến đóng góp từ phía bạn đọc để cuốn sách được hoàn thiện hơn trong lần tái bản sau.

Mọi ý kiến góp ý xin gửi về: Ban biên tập Sách Dạy nghề, Công ty Cổ phần sách Đại học – Dạy nghề, 25 Hàn Thuyên, Hà Nội.

**Tập thể tác giả**

# BÀI MỞ ĐẦU

## I. Khái quát về môn học Pháp luật kinh tế

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

Pháp luật kinh tế điều chỉnh các quan hệ kinh tế phát sinh gắn liền với quá trình sản xuất kinh doanh của các chủ thể kinh doanh, cụ thể gồm các quan hệ cơ bản sau:

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

- ...

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

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

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

Trong cuốn Giáo trình Pháp luật kinh tế này chúng tôi đề cập đến các vấn đề sau đây:

- Khái quát về chủ thể kinh doanh và nguồn luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh;
- Chế độ pháp lý về thành lập, tổ chức quản lý doanh nghiệp;
- Chế độ pháp lý về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại;
- Các quy định pháp luật về quan hệ lao động trong doanh nghiệp;

- Các quy định pháp luật về cạnh tranh;
- Chế độ pháp lý về giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại.
- Pháp luật về phá sản.

## **2. Đối tượng, nội dung và phương pháp nghiên cứu môn học Pháp luật kinh tế**

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

Nội dung môn học Pháp luật kinh tế được thiết kế phù hợp với đối tượng nghiên cứu của môn học. Cụ thể nội dung môn học được thiết kế thành 7 chương:

Chương 1: Chủ thể kinh doanh và nguồn luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh

Chương 2: Pháp luật về thành lập, tổ chức quản lý doanh nghiệp

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

Chương 4: Quan hệ pháp luật lao động trong doanh nghiệp

Chương 5: Pháp luật về cạnh tranh và giải quyết các vụ việc cạnh tranh

Chương 6: Pháp luật về giải quyết tranh chấp trong kinh doanh

Chương 7: Pháp luật về phá sản

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

## **3. Sự cần thiết phải học tập và giảng dạy môn Pháp luật kinh tế ở hệ đại học**

Để đáp ứng yêu cầu của hội nhập kinh tế quốc tế, việc trang bị cho người học các kiến thức và hiểu biết pháp lý cơ bản trong hoạt động kinh doanh, thương mại là điều cần thiết. Việc học tập, nghiên cứu môn học này sẽ giúp các sinh viên có thể vận dụng các kiến thức đã học để giải quyết các tình huống cụ thể diễn ra trong thực tế hoạt động kinh doanh, hướng các hoạt động kinh doanh đó theo đúng định hướng của Đảng và Nhà nước đã xác định.

Trong thực tế hiện nay, các hoạt động kinh doanh diễn ra rất sinh động, ngày càng phức tạp, đòi hỏi các chủ thể tiến hành hoạt động kinh doanh phải có những hiểu biết về pháp luật kinh tế.

## Chương 1

# CHỦ THỂ KINH DOANH VÀ NGUỒN LUẬT ĐIỀU CHỈNH HOẠT ĐỘNG KINH DOANH

---

## I. HOẠT ĐỘNG KINH DOANH VÀ CÁC LOẠI CHỦ THỂ KINH DOANH

### 1. Hoạt động kinh doanh và quyền tự do kinh doanh

#### 1.1. Khái niệm kinh doanh

Ngày nay, kinh doanh là một trong những hoạt động cơ bản và quan trọng trong xã hội. Từ góc độ kinh tế, kinh doanh là một phạm trù gắn liền với sản xuất hàng hóa, là tổng thể các hình thức, biện pháp để tổ chức, thực hiện các mối quan hệ xã hội trong quá trình sản xuất, phân phối, trao đổi và tiêu dùng của cải vật chất xã hội nhằm thu về một giá trị tài sản lớn hơn giá trị tài sản đã bỏ ra ban đầu. Vì vậy, kinh doanh được hiểu 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”* (Khoản 2, Điều 4, Luật Doanh nghiệp 2005).

Khái niệm về hoạt động kinh doanh bao gồm hai đặc điểm cơ bản phân biệt kinh doanh với các hoạt động khác. Thứ nhất, để có thể tiến hành kinh doanh, các chủ thể *phải đầu tư tài sản*. Thứ hai, mục đích của các chủ thể khi tiến hành hoạt động kinh doanh là *lợi nhuận*. Mục đích thu lợi nhuận là dấu hiệu rất quan trọng của hoạt động kinh doanh, tuy nhiên khi tiến hành kinh doanh, chủ thể luôn có ý định thu lợi nhuận, nhưng việc có đạt được lợi nhuận hay không cũng như sử dụng số lợi nhuận đó vào việc gì không phải là yếu tố thể hiện mục đích của kinh doanh. Hai đặc điểm trên của hoạt động kinh doanh còn cho thấy hoạt động kinh doanh luôn gắn liền với tài sản, không có tài sản không thể tiến hành kinh doanh và kết quả cuối cùng của kinh doanh cũng là tài sản.

Trong khái niệm kinh doanh tại Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005, hoạt động kinh doanh còn được coi là một hoạt động mang tính nghề nghiệp, nó được thực hiện thường xuyên, liên tục, ổn định và lâu dài. Ở Việt Nam hiện nay ngày càng có nhiều người, nhóm người, tổ chức tiến hành hoạt động kinh doanh như là nghề nghiệp chính của họ, họ sống bằng nghề kinh doanh. Mặt khác, hoạt động kinh



doanh là hoạt động diễn ra trên thị trường, trong nhiều lĩnh vực khác nhau như sản xuất, mua bán hàng hóa và cung ứng dịch vụ, tuy nhiên hoạt động này luôn phản ánh mối quan hệ hàng hóa – tiền tệ.

Có thể thấy, khái niệm hoạt động kinh doanh trong pháp luật Việt Nam có nội dung trùng hợp với khái niệm hoạt động *thương mại* trong pháp luật thương mại quốc tế, trong các Hiệp định của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO).

### *1.2. Quyền tự do kinh doanh*

Quyền tự do kinh doanh là một trong những quyền tự do của con người, nó tồn tại như một nhu cầu tất yếu đối với sự phát triển kinh tế, xã hội. Quyền tự do kinh doanh ngày càng có giá trị to lớn bởi hoạt động kinh tế ngày càng giữ vị trí trung tâm trong đời sống xã hội, quyết định các hoạt động xã hội khác.

Cũng như các quyền tự do khác của con người, quyền tự do kinh doanh luôn luôn có hai mặt: một mặt, quyền tự do kinh doanh bao gồm những quyền mà các chủ thể kinh doanh được hưởng; mặt khác, nó là trách nhiệm của Nhà nước phải ghi nhận, tôn trọng và bảo đảm cho công dân của mình trong khi thực hiện chức năng quản lý nhà nước.

Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam 1992 khẳng định tại Điều 57: "*Công dân có quyền tự do kinh doanh theo quy định của pháp luật*". Quy định có tính chất nguyên tắc này đã được thể hiện cụ thể trong các văn bản luật do Quốc hội ban hành như Luật Doanh nghiệp 2005, Luật Đầu tư 2005, Luật Thương mại 2005, Luật Cạnh tranh 2004... với tinh thần tôn vinh và khuyến khích các doanh nhân. Thông qua đó, có thể nhận thấy nội dung của quyền tự do kinh doanh được thể hiện ở nhiều khía cạnh, cụ thể là: quyền tự do thành lập và quản lý, điều hành doanh nghiệp, quyền tự do cạnh tranh lành mạnh, quyền tự do xác lập và thực hiện hợp đồng, quyền tự định đoạt trong việc giải quyết tranh chấp.

*Quyền tự do thành lập và quản lý, điều hành doanh nghiệp* là nội dung cơ bản, quan trọng trong hệ thống các quyền tự do kinh doanh. Với quyền này, các nhà đầu tư có khả năng tự quyết định lựa chọn loại hình kinh doanh, quy mô, lĩnh vực, ngành nghề kinh doanh, địa điểm kinh doanh phù hợp với điều kiện của mình. Trong quá trình hoạt động, chủ doanh nghiệp có quyền thay đổi các nội dung này. Mặt khác, khi thực hiện quyền tự do này, các nhà đầu tư phải thực hiện trong khuôn khổ các quy định của pháp luật, như: các quy định về điều kiện để thành lập; quy định về các ngành nghề kinh doanh, đặc biệt là đối với các ngành nghề kinh doanh bị cấm; về cơ sở vật chất cho mỗi ngành nghề kinh doanh; về mô hình tổ chức, quản lý hoạt động của mỗi loại hình doanh nghiệp. Những quy định này được Nhà nước ban hành phù hợp với những điều

kiện, đặc điểm của nền kinh tế thị trường ở nước ta trong từng thời kỳ. Về nguyên tắc, Nhà nước luôn tôn trọng và không can thiệp làm hạn chế quyền quản lý, điều hành hoạt động của doanh nghiệp, tuy nhiên Nhà nước vẫn phải ban hành những quy định cơ bản và ở một mức độ nhất định về quản lý, điều hành hoạt động doanh nghiệp mà các chủ thể sở hữu doanh nghiệp phải tuân thủ. Điều này là cần thiết, đặc biệt với các công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn có sự góp vốn của nhiều nhà đầu tư khác nhau. Mục đích của những quy định này là nhằm tạo sự ổn định trong quản lý, điều hành doanh nghiệp, bảo đảm tư cách hợp pháp của doanh nghiệp và bảo vệ quyền lợi chính đáng của những người góp vốn, nhất là những nhà đầu tư nhỏ. Hơn nữa, những quy định này còn có ý nghĩa gợi ý cho các nhà đầu tư về quyền lợi của mình khi mà chính bản thân họ chưa nhận thức rõ và đầy đủ về quyền lợi và nghĩa vụ của mình. Quyền tự do kinh doanh trong việc thành lập doanh nghiệp có xu hướng ngày càng được mở rộng về nội dung đối với nhà đầu tư là cá nhân và tổ chức Việt Nam cũng như nước ngoài đầu tư vào Việt Nam, thể hiện ở quá trình cải cách hành chính về đăng ký kinh doanh, tăng cường cung cấp các dịch vụ công. Nhưng ngược lại, do yêu cầu điều tiết và quản lý nền kinh tế, trong một số trường hợp nhất định Nhà nước ta vẫn phải ban hành một số quy định có tính hạn chế quyền tự do thành lập doanh nghiệp, đó là những quy định về giới hạn phạm vi hoạt động của một số ngành nghề, lĩnh vực kinh doanh hoặc quy định bắt buộc phải hoạt động dưới hình thức doanh nghiệp nào đó khi kinh doanh một ngành nghề cụ thể (ví dụ như muốn kinh doanh ngành tín dụng ngân hàng thì bắt buộc phải thành lập doanh nghiệp dưới hình thức công ty cổ phần).

*Quyền tự do cạnh tranh lành mạnh* cũng là một khía cạnh của quyền tự do kinh doanh. Cạnh tranh là một trong những quy luật của nền kinh tế thị trường, nó là động lực của sự phát triển, đồng thời là yếu tố quan trọng làm lành mạnh các quan hệ kinh doanh. Trong nền kinh tế thị trường, nếu lợi nhuận thúc đẩy các chủ thể kinh doanh thì quy luật cạnh tranh đòi hỏi họ phải quản lý và sử dụng các nguồn lực một cách hiệu quả nhất để duy trì và phát triển hoạt động kinh doanh của mình. Với ý nghĩa đó, cạnh tranh là thuộc tính tự nhiên của hoạt động kinh doanh, cạnh tranh lành mạnh là nội dung không thể thiếu của quyền tự do kinh doanh được pháp luật bảo hộ.

*Quyền tự do xác lập và thực hiện hợp đồng* có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với các chủ thể kinh doanh. Hợp đồng là hình thức pháp lý chủ yếu của các quan hệ kinh doanh, mọi hành vi kinh doanh như góp vốn, mua sắm máy móc thiết bị, xây dựng, liên doanh, liên kết, vay vốn, trao đổi hàng hóa, thực hiện dịch vụ và cả

việc sử dụng lao động... đều phải thực hiện thông qua hợp đồng. Về lý thuyết, quyền tự do xác lập và thực hiện hợp đồng bao gồm: quyền tự do giao kết hợp đồng, tự do lựa chọn đối tác, tự do lựa chọn hình thức giao kết, tự do thỏa thuận các nội dung của hợp đồng, tự do thỏa thuận thay đổi, đình chỉ hay hủy bỏ hợp đồng trong quá trình thực hiện hợp đồng.

*Quyền tự định đoạt trong việc giải quyết tranh chấp* thể hiện ở chỗ: khi có tranh chấp xảy ra, các bên có quyền quyết định đưa vụ tranh chấp ra giải quyết tại các cơ quan tài phán hay tự giải quyết với nhau thông qua thương lượng hoặc hòa giải. Trong trường hợp đã yêu cầu một cơ quan tài phán giải quyết tranh chấp cho mình thì các bên vẫn có thể tự thỏa thuận để giải quyết với nhau và cơ quan tài phán sẽ công nhận sự thỏa thuận đó và chấm dứt tố tụng tại thời điểm đó. Việc đảm bảo quyền tự do định đoạt trong việc giải quyết tranh chấp có ý nghĩa rất quan trọng đối với hoạt động kinh doanh, bởi điều đó sẽ giúp các chủ thể kinh doanh có thể nhanh chóng giải quyết tranh chấp của mình bằng những hình thức phù hợp, đảm bảo quyền lợi chính đáng của mình.

Các quyền tự do nói trên hợp thành thể thống nhất của nội dung quyền tự do kinh doanh. Quá trình phát triển của nền kinh tế sẽ ngày càng làm phong phú thêm nội dung của quyền tự do kinh doanh.

## **2. Các loại chủ thể kinh doanh**

Điều 15, Hiến pháp 1992 đã ghi nhận đặc điểm nền kinh tế của Việt Nam là nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất, kinh doanh đa dạng. Căn cứ vào điều này, nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác đã ghi nhận sự tồn tại của nhiều chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế Việt Nam, bao gồm: doanh nghiệp, hợp tác xã, hộ kinh doanh và tổ hợp tác, ngoài ra còn có các cá nhân hoạt động thương mại.

### **2.1. Doanh nghiệp**

Doanh nghiệp là nhóm chủ thể kinh doanh quan trọng nhất và là đối tượng điều chỉnh chủ yếu của pháp luật kinh tế, các quy định trong hệ thống pháp luật kinh tế hiện nay mang tính khuyến khích đối với chủ thể kinh doanh này. Số lượng các doanh nghiệp được thành lập và hoạt động hiện nay tại Việt Nam là trên 500.000 doanh nghiệp. Các doanh nghiệp Việt Nam có địa điểm kinh doanh chính và có thể mở chi nhánh, văn phòng đại diện trong và ngoài nước để thực hiện các hoạt động theo đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp.

Nhà đầu tư nước ngoài được tiến hành hoạt động kinh doanh tại Việt Nam với các hiện diện như doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoặc chi nhánh, văn

phòng đại diện tại Việt Nam. Đặc biệt, trong một số lĩnh vực thương mại, nhà đầu tư nước ngoài có thể thực hiện các hoạt động kinh doanh mà không cần có hiện diện tại Việt Nam.

## **2.2. Hợp tác xã**

Hợp tác xã là hình thức hoạt động của thành phần kinh tế tập thể. Ở nước ta, hợp tác xã đã được hình thành từ thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung, tuy có nhiều sự thay đổi về hình thức, về quy chế pháp lý đối với hoạt động nhưng trong điều kiện nền kinh tế thị trường hiện nay, hợp tác xã vẫn có một vị thế quan trọng, góp phần thúc đẩy sự tăng trưởng kinh tế và tạo công ăn việc làm cho nhiều lao động.

Điều 1, Luật Hợp tác xã 2003 đã nêu ra định nghĩa về hợp tác xã như sau: *“Hợp tác xã là doanh nghiệp tập thể do các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân (gọi chung là xã viên) có nhu cầu, lợi ích chung, tự nguyện góp vốn, góp sức lập ra theo quy định của Luật này để phát huy sức mạnh tập thể của từng xã viên tham gia hợp tác xã, cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động sản xuất, kinh doanh và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần, góp phần phát triển kinh tế – xã hội của đất nước. Hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp, có tư cách pháp nhân, tự chủ tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trong phạm vi vốn điều lệ, vốn tích lũy và các nguồn vốn khác của hợp tác xã theo quy định của pháp luật”*. Như vậy, hợp tác xã không phải là doanh nghiệp nhưng lại có cơ chế hoạt động giống như một loại hình doanh nghiệp với tính chất là tổ chức kinh tế – xã hội, nghĩa là, hoạt động của tổ chức này đồng thời có hai mục đích là mục đích kinh tế và mục đích xã hội. Với mục đích kinh tế, hợp tác xã sẽ phải tiến hành hoạt động kinh doanh, thực hiện chế độ hạch toán độc lập, lấy thu bù chi, đảm bảo có lãi để phục vụ lợi ích của các xã viên, đồng thời duy trì sự tồn tại và phát triển của mình. Với mục đích xã hội, hợp tác xã được hình thành nhằm phát huy sức mạnh tập thể của các xã viên tham gia hợp tác xã, cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động sản xuất, kinh doanh, trên cơ sở đó nâng cao đời sống vật chất, tinh thần xã viên, góp phần phát triển kinh tế – xã hội ở từng địa phương cũng như toàn quốc. Có thể nói, hợp tác xã là một cộng đồng xã hội, một hình thức tổ chức kinh doanh của các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thu nhập thấp, vốn ít, tạo điều kiện cho các đối tượng này tham gia làm kinh tế, nâng cao khả năng cạnh tranh của những người sản xuất nhỏ trên thị trường.

### **\* Xã viên**

Đối tượng tham gia hợp tác xã là các xã viên, các xã viên có thể là cá nhân, có thể là hộ gia đình hoặc một pháp nhân có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật và Điều lệ hợp tác xã.

việc sử dụng lao động... đều phải thực hiện thông qua hợp đồng. Về lý thuyết, quyền tự do xác lập và thực hiện hợp đồng bao gồm: quyền tự do giao kết hợp đồng, tự do lựa chọn đối tác, tự do lựa chọn hình thức giao kết, tự do thỏa thuận các nội dung của hợp đồng, tự do thỏa thuận thay đổi, đình chỉ hay hủy bỏ hợp đồng trong quá trình thực hiện hợp đồng.

*Quyền tự định đoạt trong việc giải quyết tranh chấp* thể hiện ở chỗ: khi có tranh chấp xảy ra, các bên có quyền quyết định đưa vụ tranh chấp ra giải quyết tại các cơ quan tài phán hay tự giải quyết với nhau thông qua thương lượng hoặc hòa giải. Trong trường hợp đã yêu cầu một cơ quan tài phán giải quyết tranh chấp cho mình thì các bên vẫn có thể tự thỏa thuận để giải quyết với nhau và cơ quan tài phán sẽ công nhận sự thỏa thuận đó và chấm dứt tố tụng tại thời điểm đó. Việc đảm bảo quyền tự do định đoạt trong việc giải quyết tranh chấp có ý nghĩa rất quan trọng đối với hoạt động kinh doanh, bởi điều đó sẽ giúp các chủ thể kinh doanh có thể nhanh chóng giải quyết tranh chấp của mình bằng những hình thức phù hợp, đảm bảo quyền lợi chính đáng của mình.

Các quyền tự do nói trên hợp thành thể thống nhất của nội dung quyền tự do kinh doanh. Quá trình phát triển của nền kinh tế sẽ ngày càng làm phong phú thêm nội dung của quyền tự do kinh doanh.

## **2. Các loại chủ thể kinh doanh**

Điều 15, Hiến pháp 1992 đã ghi nhận đặc điểm nền kinh tế của Việt Nam là nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất, kinh doanh đa dạng. Căn cứ vào điều này, nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác đã ghi nhận sự tồn tại của nhiều chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế Việt Nam, bao gồm: doanh nghiệp, hợp tác xã, hộ kinh doanh và tổ hợp tác, ngoài ra còn có các cá nhân hoạt động thương mại.

### **2.1. Doanh nghiệp**

Doanh nghiệp là nhóm chủ thể kinh doanh quan trọng nhất và là đối tượng điều chỉnh chủ yếu của pháp luật kinh tế, các quy định trong hệ thống pháp luật kinh tế hiện nay mang tính khuyến khích đối với chủ thể kinh doanh này. Số lượng các doanh nghiệp được thành lập và hoạt động hiện nay tại Việt Nam là trên 500.000 doanh nghiệp. Các doanh nghiệp Việt Nam có địa điểm kinh doanh chính và có thể mở chi nhánh, văn phòng đại diện trong và ngoài nước để thực hiện các hoạt động theo đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp.

Nhà đầu tư nước ngoài được tiến hành hoạt động kinh doanh tại Việt Nam với các hiện diện như doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoặc chi nhánh, văn

phòng đại diện tại Việt Nam. Đặc biệt, trong một số lĩnh vực thương mại, nhà đầu tư nước ngoài có thể thực hiện các hoạt động kinh doanh mà không cần có hiện diện tại Việt Nam.

## 2.2. Hợp tác xã

Hợp tác xã là hình thức hoạt động của thành phần kinh tế tập thể. Ở nước ta, hợp tác xã đã được hình thành từ thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung, tuy có nhiều sự thay đổi về hình thức, về quy chế pháp lý đối với hoạt động nhưng trong điều kiện nền kinh tế thị trường hiện nay, hợp tác xã vẫn có một vị thế quan trọng, góp phần thúc đẩy sự tăng trưởng kinh tế và tạo công ăn việc làm cho nhiều lao động.

Điều 1, Luật Hợp tác xã 2003 đã nêu ra định nghĩa về hợp tác xã như sau: *“Hợp tác xã là doanh nghiệp tập thể do các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân (gọi chung là xã viên) có nhu cầu, lợi ích chung, tự nguyện góp vốn, góp sức lập ra theo quy định của Luật này để phát huy sức mạnh tập thể của từng xã viên tham gia hợp tác xã, cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động sản xuất, kinh doanh và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần, góp phần phát triển kinh tế – xã hội của đất nước. Hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp, có tư cách pháp nhân, tự chủ tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trong phạm vi vốn điều lệ, vốn tích lũy và các nguồn vốn khác của hợp tác xã theo quy định của pháp luật”*. Như vậy, hợp tác xã không phải là doanh nghiệp nhưng lại có cơ chế hoạt động giống như một loại hình doanh nghiệp với tính chất là tổ chức kinh tế – xã hội, nghĩa là, hoạt động của tổ chức này đồng thời có hai mục đích là mục đích kinh tế và mục đích xã hội. Với mục đích kinh tế, hợp tác xã sẽ phải tiến hành hoạt động kinh doanh, thực hiện chế độ hạch toán độc lập, lấy thu bù chi, đảm bảo có lãi để phục vụ lợi ích của các xã viên, đồng thời duy trì sự tồn tại và phát triển của mình. Với mục đích xã hội, hợp tác xã được hình thành nhằm phát huy sức mạnh tập thể của các xã viên tham gia hợp tác xã, cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động sản xuất, kinh doanh, trên cơ sở đó nâng cao đời sống vật chất, tinh thần xã viên, góp phần phát triển kinh tế – xã hội ở từng địa phương cũng như toàn quốc. Có thể nói, hợp tác xã là một cộng đồng xã hội, một hình thức tổ chức kinh doanh của các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thu nhập thấp, vốn ít, tạo điều kiện cho các đối tượng này tham gia làm kinh tế, nâng cao khả năng cạnh tranh của những người sản xuất nhỏ trên thị trường.

### \* Xã viên

Đối tượng tham gia hợp tác xã là các xã viên, các xã viên có thể là cá nhân, có thể là hộ gia đình hoặc một pháp nhân có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật và Điều lệ hợp tác xã.

Đặc điểm quan trọng của các đối tượng này là phải vừa góp vốn, vừa góp sức lao động phục vụ cho quá trình sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã, nghĩa là xã viên vừa là người chủ sở hữu, vừa là người lao động của hợp tác xã. Do đó, xã viên có các quyền và nghĩa vụ như sau:

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

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

Xã viên có nghĩa vụ góp vốn khi gia nhập hợp tác xã, mức vốn góp của mỗi xã viên không thấp hơn mức vốn tối thiểu do Điều lệ quy định và không được vượt quá 30% vốn điều lệ của hợp tác xã.

#### *\* Tài sản của hợp tác xã*

Tài sản của hợp tác xã gồm: nguồn vốn góp của các xã viên; nguồn vốn tích lũy qua các hoạt động sản xuất, kinh doanh và các nguồn vốn hợp pháp khác.

Việc quản lý, sử dụng tài sản của hợp tác xã phải tuân theo quy định của Điều lệ hoặc quy chế quản lý tài chính của hợp tác xã, tuân theo nghị quyết của Đại hội xã viên và các quy định của pháp luật liên quan. Trong trường hợp hợp tác xã có bộ phận tài sản chung (như các công trình kết cấu hạ tầng phục vụ sản xuất, công trình văn hóa, xã hội phúc lợi) phục vụ cộng đồng dân cư trên địa bàn được hình thành từ quỹ phát triển sản xuất, quỹ phúc lợi hoặc các nguồn vốn do nhà nước, tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước trợ cấp không hoàn lại, quà biếu, tặng là những tài sản không chia của hợp tác xã thì khi hợp tác xã giải thể những tài sản này phải được chuyển giao cho chính quyền địa phương quản lý, sử dụng vào mục đích phục vụ cộng đồng theo quy định của pháp luật.

#### *\* Nguyên tắc hoạt động của hợp tác xã*

Hợp tác xã được tổ chức và hoạt động dựa trên các nguyên tắc cơ bản là: nguyên tắc tự nguyện; nguyên tắc dân chủ, bình đẳng, công khai; nguyên tắc tự chủ, tự chịu trách nhiệm và cùng có lợi; và nguyên tắc hợp tác và phát triển cộng

đồng. Trong đó, nguyên tắc tự nguyện là nguyên tắc rất quan trọng, việc gia nhập hay ra khỏi hợp tác xã hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự nguyện của xã viên. Ở nước ta trong thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung trước đây, chủ yếu các hợp tác xã đã ra đời mà không dựa trên nguyên tắc tự nguyện, sự vi phạm nguyên tắc này đã dẫn đến hậu quả là hiệu quả hoạt động của hợp tác xã thấp kém và kết thúc là sự tan rã của hàng loạt hợp tác xã vào thời kỳ cuối của cơ chế kế hoạch hóa tập trung.

#### **\* Thành lập hợp tác xã**

Việc thành lập hợp tác xã bao gồm các giai đoạn là: *khởi xướng việc thành lập hợp tác xã, vận động thành lập hợp tác xã, tổ chức Hội nghị thành lập hợp tác xã và đăng ký kinh doanh.*

– Giai đoạn khởi xướng việc thành lập hợp tác xã: Đây là giai đoạn đầu tiên để thành lập hợp tác xã, ở giai đoạn này các sáng lập viên phải báo cáo bằng văn bản với Ủy ban nhân dân cấp xã nơi dự định đặt trụ sở chính của hợp tác xã về nguyện vọng, nhu cầu thành lập hợp tác xã, phải giải trình cụ thể về các vấn đề có liên quan đến việc thành lập, hoạt động của hợp tác xã.

– Giai đoạn vận động thành lập hợp tác xã: Giai đoạn này tiến hành ngay sau giai đoạn khởi xướng và thậm chí có thể tiến hành đồng thời với giai đoạn khởi xướng. Trong giai đoạn này, các sáng lập viên phải tiến hành tuyên truyền, vận động các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân khác có nhu cầu tham gia hợp tác xã, xây dựng phương hướng sản xuất kinh doanh, dự thảo Điều lệ và xúc tiến các công việc cần thiết để tổ chức Hội nghị thành lập hợp tác xã, mức độ thành công của công việc này phụ thuộc rất nhiều vào uy tín và khả năng của các sáng lập viên.

– Tổ chức Hội nghị thành lập hợp tác xã: Các sáng lập viên sẽ là người tổ chức và chủ trì Hội nghị thành lập hợp tác xã, trong Hội nghị này sẽ có sự tham gia của tất cả các cá nhân, hộ gia đình và pháp nhân có nguyện vọng trở thành xã viên. Hội nghị sẽ tiến hành thảo luận và thống nhất về phương hướng sản xuất, kinh doanh, kế hoạch hoạt động, dự thảo Điều lệ, tên, biểu tượng, danh sách xã viên (số lượng xã viên tối thiểu phải là 7 xã viên), quyết định mô hình tổ chức, quản lý điều hành và bầu các chức danh quản lý, điều hành, kiểm soát của hợp tác xã.

– Đăng ký kinh doanh: Đây là giai đoạn cuối cùng, sau khi Hội nghị thành lập hợp tác xã thành công, hợp tác xã phải tiến hành đăng ký kinh doanh, việc đăng ký kinh doanh của hợp tác xã có thể được thực hiện tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh hoặc cấp huyện nơi hợp tác xã dự định đặt trụ sở chính, tùy theo điều kiện cụ thể của hợp tác xã. Việc đăng ký kinh doanh của hợp tác xã được thực hiện theo Nghị định số 87/2005/NĐ-CP ngày 11/7/2005 về đăng ký kinh doanh của hợp tác xã.



### **\* Tổ chức, quản lý hoạt động của hợp tác xã**

Tổ chức, quản lý hợp tác xã được quy định trong Luật Hợp tác xã 2003 và Nghị định số 177/2004/NĐ-CP ngày 12/10/2004 quy định chi tiết thi hành Luật Hợp tác xã. Theo đó cơ cấu tổ chức của hợp tác xã bao gồm: Đại hội xã viên, Ban quản trị hợp tác xã và Ban kiểm soát.

– *Đại hội xã viên* là cơ quan có quyền quyết định cao nhất của hợp tác xã, bao gồm tất cả xã viên, các xã viên đều có quyền và nhiệm vụ như nhau (không phụ thuộc vào số vốn góp). Hợp tác xã nào có nhiều xã viên thì có thể tổ chức Đại hội đại biểu xã viên. Đại hội xã viên phải họp mỗi năm ít nhất một lần, ngoài ra có thể tổ chức các kỳ họp bất thường khác. Điều kiện tiến hành họp Đại hội xã viên là phải có ít nhất 2/3 tổng số xã viên hoặc đại biểu xã viên tham dự. Việc triệu tập Đại hội xã viên, số lượng đại biểu, vấn đề biểu quyết thông qua các nghị quyết, quyết định của Đại hội xã viên theo quy định của Luật Hợp tác xã 2003 và Điều lệ của hợp tác xã.

– *Ban quản trị hợp tác xã*, cơ quan này được Đại hội xã viên bầu trực tiếp gồm: Trưởng ban và các thành viên khác, số lượng cụ thể do Điều lệ của hợp tác xã quy định. Nhiệm kỳ của Ban quản trị tối thiểu là 2 năm và tối đa không quá 5 năm. Ban quản trị họp ít nhất mỗi tháng một lần. Theo quy định trong Luật Hợp tác xã 2003, hợp tác xã có thể tổ chức quản lý và điều hành theo một trong hai mô hình là: mô hình Ban quản trị đồng thời thực hiện chức năng quản lý và chức năng điều hành hợp tác xã và mô hình ngoài Ban quản trị có chức năng quản lý thì hợp tác xã còn có một bộ máy điều hành hoạt động mà đứng đầu là Chủ nhiệm hợp tác xã. Nếu Ban quản trị đồng thời thực hiện cả chức năng quản lý và điều hành hoạt động của hợp tác xã thì Trưởng ban quản trị đồng thời là Chủ nhiệm hợp tác xã, là người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã, khi vắng mặt, có thể ủy quyền cho một Phó chủ nhiệm hoặc một thành viên Ban quản trị điều hành công việc của hợp tác xã. Trưởng hợp bên cạnh Ban quản trị còn có một bộ máy điều hành hoạt động của hợp tác xã thì Trưởng ban quản trị là người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã. Còn chủ nhiệm hợp tác xã là một người được bầu hoặc thuê theo quyết định của Đại hội xã viên. Chủ nhiệm hợp tác xã có bộ máy giúp việc bao gồm các phó chủ nhiệm, kế toán trưởng và các chức danh khác theo quy định tại Điều lệ hợp tác xã.

– *Ban kiểm soát* là bộ máy giám sát và kiểm tra mọi hoạt động của hợp tác xã. Ban kiểm soát do Đại hội xã viên bầu trực tiếp, số lượng thành viên Ban kiểm soát do Điều lệ hợp tác xã quy định, hợp tác xã có ít xã viên có thể chỉ bầu một kiểm soát viên. Thành viên Ban kiểm soát không được đồng thời là thành viên

Ban quản trị, Chủ nhiệm hợp tác xã, kế toán trưởng, thủ quỹ của hợp tác xã, đồng thời không phải là cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh chị, em ruột của những người kể trên. Nhiệm kỳ của Ban kiểm soát tương đương với nhiệm kỳ của Ban quản trị.

Luật Hợp tác xã 2003 còn có quy định về việc thành lập Liên hiệp hợp tác xã, Liên minh hợp tác xã trên cơ sở nguyên tắc hợp tác và phát triển cộng đồng, nhằm phát huy tinh thần hợp tác, nâng cao hiệu quả hoạt động của các hợp tác xã trong cùng ngành nghề hoặc trong cùng địa phương, cũng như các hợp tác xã trong và ngoài nước. Liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế được thành lập do sự tự nguyện của các hợp tác xã, được tiến hành đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh theo quy định của pháp luật. Liên hiệp hợp tác xã có nguyên tắc tổ chức và hoạt động như của hợp tác xã nhằm mục đích nâng cao hiệu quả hoạt động sản xuất, kinh doanh của các hợp tác xã thành viên, hỗ trợ nhau trong hoạt động và đáp ứng các nhu cầu khác của các thành viên. Liên hiệp hợp tác xã có cơ cấu tổ chức bao gồm Hội đồng quản trị và Ban giám đốc. Liên minh hợp tác xã là tổ chức kinh tế – xã hội do các hợp tác xã, liên minh hợp tác xã tự nguyện cùng nhau thành lập. Liên minh hợp tác xã được tổ chức theo một ngành hoặc nhiều ngành kinh tế và được thành lập ở Trung ương và các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Liên minh hợp tác xã có chức năng đại diện và bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các hợp tác xã và Liên hiệp hợp tác xã thành viên; tuyên truyền, vận động phát triển hợp tác xã; hỗ trợ và cung cấp các dịch vụ cần thiết cho sự hình thành và phát triển của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; thực hiện các chương trình đào tạo, bồi dưỡng cán bộ hợp tác xã theo quy định của Chính phủ.

### **2.3. Hộ kinh doanh**

Hộ kinh doanh là một chủ thể kinh doanh do một cá nhân là công dân Việt Nam hoặc một nhóm người hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá mười lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh (Điều 49, Nghị định số 43/2010/NĐ-CP). Như vậy, hộ kinh doanh là khái niệm để chỉ một chủ thể kinh doanh có quy mô nhỏ, có một địa điểm kinh doanh. Tuy nhiên, chủ thể kinh doanh này trong nền kinh tế Việt Nam lại có một lượng rất đông đảo, hiện nay có khoảng 5 triệu hộ kinh doanh được đăng ký và hoạt động.

Các quy định đối với hộ kinh doanh nằm trong Nghị định số 43/2010/NĐ-CP ngày 15/4/2010 về đăng ký doanh nghiệp, từ Điều 49 đến Điều 56. Theo những quy định này có thể tổng hợp một số đặc điểm của hộ kinh doanh như sau:

Chủ thể đăng ký kinh doanh dưới hình thức hộ kinh doanh là cá nhân, một thóm người hoặc hộ gia đình. Trong đó, mỗi cá nhân và hộ gia đình chỉ được đăng ký một hộ kinh doanh trong phạm vi toàn quốc. Công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự đầy đủ có quyền thành lập hộ kinh doanh và có nghĩa vụ đăng ký hộ kinh doanh theo quy định pháp luật. Hộ gia đình cũng có quyền đăng ký kinh doanh dưới hình thức hộ kinh doanh, tuy nhiên những hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối và những người bán hàng rong, quà vặt, buôn chuyến, kinh doanh lưu động, làm dịch vụ có thu nhập thấp thì không phải đăng ký kinh doanh (trừ trường hợp kinh doanh các ngành nghề kinh doanh có điều kiện).

Về quy mô lao động, địa điểm kinh doanh và con dấu: Hộ kinh doanh chỉ được sử dụng không quá mười lao động, ở đây là lao động thường xuyên, nếu sử dụng quá mười lao động thường xuyên thì bắt buộc phải chuyển đổi sang kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp. Hộ kinh doanh chỉ được phép có một địa điểm kinh doanh trong phạm vi toàn quốc và hộ kinh doanh không có con dấu (con dấu ở đây là con dấu tròn được cơ quan có thẩm quyền cấp).

Về mức độ chịu trách nhiệm đối với hoạt động kinh doanh, hộ kinh doanh phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh.

Việc đăng ký kinh doanh của hộ kinh doanh được thực hiện theo quy định tại Điều 52, Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Hộ kinh doanh phải đăng ký kinh doanh tại phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi dự định đặt địa điểm kinh doanh. Cá nhân, nhóm cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình phải gửi hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ đến cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện, trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ sẽ được cấp Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh, nếu có đủ các điều kiện quy định tại Khoản 2 Điều 52. Nếu sau 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ đăng ký hộ kinh doanh mà không nhận được Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh hoặc không nhận được thông báo yêu cầu sửa đổi, bổ sung hồ sơ đăng ký hộ kinh doanh thì người đăng ký hộ kinh doanh có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của hộ kinh doanh bao gồm: Giấy đề nghị đăng ký hộ kinh doanh (theo mẫu); bản sao Giấy chứng minh nhân dân của các cá nhân tham gia hộ kinh doanh hoặc người đại diện hộ gia đình; Biên bản họp nhóm cá nhân về việc thành lập hộ kinh doanh đối với trường hợp hộ kinh doanh do một nhóm cá nhân thành lập; Bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của cá nhân hoặc đại diện hộ gia đình nếu hộ kinh doanh dự định kinh doanh ngành, nghề phải có chứng chỉ hành nghề; Bản sao hợp lệ văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền nếu hộ kinh doanh dự định kinh doanh ngành, nghề phải có vốn pháp định.

Pháp luật không có quy định cụ thể về việc quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của hộ kinh doanh mà để cho hộ kinh doanh tự quyết định cách quản lý của mình. Trường hợp hộ kinh doanh do hộ gia đình hoặc nhóm người thành lập thì những người này phải cử ra một người làm đại diện để tham gia vào các giao dịch của hộ kinh doanh.

#### 2.4. Tổ hợp tác

Theo quy định tại Điều 111 của Bộ luật dân sự 2005, tổ hợp tác “*được hình thành trên cơ sở hợp đồng hợp tác có chứng thực của Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn của từ ba cá nhân trở lên, cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện những công việc nhất định, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm là chủ thể trong các quan hệ dân sự*”. Như vậy, tổ hợp tác cũng là một chủ thể kinh doanh ở Việt Nam hiện nay.

Cơ sở pháp lý để thành lập tổ hợp tác là một hợp đồng hợp tác được ký kết giữa ít nhất ba (3) người có đủ năng lực hành vi dân sự. Nội dung hợp đồng này là những cam kết giữa các thành viên cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện hoạt động kinh doanh và đồng thời cùng nhau hưởng lợi và chịu trách nhiệm về những hoạt động của tổ hợp tác. Hợp đồng thành lập tổ hợp tác phải được Ủy ban nhân dân cấp xã nơi các tổ viên cư trú chứng thực.

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

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

Tổ hợp tác được tổ chức và hoạt động theo quy định của Nghị định 151/2007/NĐ-CP ngày 10/10/2007. Tổ viên có quyền quản lý và sử dụng tài sản

của tổ hợp tác theo phương thức thoả thuận, có quyền tham gia vào các cuộc họp và biểu quyết để quyết định những vấn đề của tổ. Khi tham gia biểu quyết, ý kiến của tổ viên có giá trị ngang nhau, không phụ thuộc vào vị trí và vốn góp.

Các tổ viên thoả thuận bầu ra một người làm *tổ trưởng* đại diện cho tổ hợp tác tham gia vào các giao dịch. Tổ trưởng điều hành hoạt động của tổ hợp tác. Khi vắng mặt tổ trưởng tổ hợp tác có thể uỷ quyền cho tổ viên thực hiện một số công việc nhất định cần thiết cho tổ. Mọi tổ viên có nghĩa vụ thực hiện các giao dịch mà tổ trưởng hoặc người đại diện xác lập vì mục đích hoạt động của tổ hợp tác theo quyết định của đa số tổ viên.

Trong hợp đồng hợp tác, các tổ viên có thể thoả thuận về những vấn đề mà tổ trưởng có thể tự quyết định, những vấn đề phải được sự đồng ý của đa số tổ viên, những vấn đề phải được sự đồng ý của tất cả tổ viên mới có giá trị thực hiện. Riêng việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất của tổ hợp tác phải được toàn thể tổ viên đồng ý.

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

Tổ hợp tác chấm dứt hoạt động trong các trường hợp như: thời hạn ghi trong hợp đồng hợp tác đã hết; mục đích của việc hợp tác đã đạt được; hay các tổ viên thoả thuận chấm dứt tổ hợp tác; hoặc khi có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong những trường hợp do pháp luật quy định. Khi chấm dứt hoạt động, tổ hợp tác phải báo cáo cho Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn đã chứng thực hợp đồng hợp tác. Tổ hợp tác phải thanh toán các khoản nợ của tổ; nếu tài sản của tổ không đủ để trả nợ thì phải lấy tài sản riêng của các tổ viên để thanh toán theo phân tương ứng với phần đóng góp bằng tài sản riêng khi tham gia tổ hợp tác. Tài sản còn lại sau khi thanh toán xong các khoản nợ và nghĩa vụ được chia cho các tổ viên theo tỷ lệ tương ứng với phần đóng góp của mỗi người. Các tổ viên cũng có thể thoả thuận một phương án chia tài sản và ghi vào hợp đồng.

### **2.5. Cá nhân hoạt động thương mại**

Cá nhân hoạt động thương mại là cá nhân thực hiện thường xuyên, liên tục một, một số hoặc toàn bộ các hoạt động được pháp luật cho phép về mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác để kiếm sống. Đây cũng là một chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế nước ta hiện nay mà chủ thể này có quy mô vốn rất nhỏ, doanh thu rất thấp, đồng thời với đặc điểm về ngành nghề kinh doanh mà họ thực hiện thường là những ngành nghề mà pháp

luật không quy định các điều kiện kinh doanh nên chủ thể này không phải là đối tượng phải đăng ký kinh doanh. Những cá nhân hoạt động thương mại này có thể có hoặc không có địa điểm cố định. Cá nhân hoạt động thương mại không phải là thương nhân.

Cá nhân hoạt động thương mại thường thực hiện các hoạt động thương mại như: bán hàng rong (buôn bán dạo), bán hàng quà vật, đánh giày, bán vé số, chữa khóa, sửa chữa xe, trông giữ xe, cắt tóc, chụp ảnh và các dịch vụ khác. Phạm vi địa điểm kinh doanh, các loại hàng hóa, dịch vụ kinh doanh của cá nhân hoạt động thương mại được quy định tại Nghị định số 39/2007/NĐ-CP ngày 16/3/2007.

Sau hơn 20 năm đổi mới, nền kinh tế nước ta đã có sự phát triển nhất định với những thành tựu lớn, cơ chế thị trường đã hoạt động với quy mô và cường độ ngày càng lớn hơn, mức độ mở cửa của nền kinh tế nước ta với các nền kinh tế khu vực và thế giới ngày càng rộng, cùng với đó là sự tăng lên nhanh chóng về mặt số lượng cũng như quy mô của các chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế. Trong số các chủ thể kinh doanh tồn tại và phát triển ở nước ta thì chủ thể kinh doanh là doanh nghiệp đã và đang có những đóng góp rất lớn đối với sự phát triển kinh tế – xã hội, hơn nữa đây cũng là đối tượng chủ yếu được điều chỉnh bởi hệ thống pháp luật kinh tế ở Việt Nam, do đó, phần tiếp theo của chương sẽ phân tích chuyên sâu hơn một số vấn đề pháp luật về doanh nghiệp và hoạt động doanh nghiệp.

## **II. KHÁI QUÁT VỀ DOANH NGHIỆP**

### **1. Khái niệm, đặc trưng của doanh nghiệp và giới hạn trách nhiệm trong kinh doanh**

#### ***1.1. Khái niệm doanh nghiệp***

Doanh nghiệp là một chủ thể kinh doanh quan trọng trong nền kinh tế thị trường ở Việt Nam hiện nay. Có nhiều khái niệm về doanh nghiệp được đưa ra dựa trên nhiều cách tiếp cận. Nếu tiếp cận theo khái niệm tổ chức thì doanh nghiệp được hiểu là *tổ chức của một nhóm có tối thiểu hai người, cùng hoạt động với nhau theo những nguyên tắc, thể chế và các tiêu chuẩn nhất định, nhằm đạt ra và thực hiện các mục tiêu kinh doanh.* Nếu tiếp cận khái niệm doanh nghiệp thông qua khái niệm xí nghiệp thì doanh nghiệp là *một xí nghiệp hoạt động trong cơ chế thị trường.* Mà xí nghiệp là một đơn vị kinh tế được tổ chức một cách có kế hoạch nhằm sản xuất và tiêu thụ sản phẩm, có thể phụ thuộc hoặc không phụ thuộc vào cơ chế kinh tế. Như vậy, những xí nghiệp không phụ thuộc vào cơ chế kinh tế thì không phải là doanh nghiệp.

Nếu tiếp cận trên góc độ pháp lý thì 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*. Đây là khái niệm được đưa ra tại Điều 4.1, Luật Doanh nghiệp 2005. Theo khái niệm này, thuật ngữ “doanh nghiệp” được dùng để chỉ một chủ thể kinh doanh độc lập, được thành lập và hoạt động dưới nhiều mô hình cụ thể với tên gọi khác nhau, nhưng các chủ thể này luôn phải thỏa mãn những điều kiện do pháp luật quy định trong việc thành lập và hoạt động.

Như vậy, dù tiếp cận dưới góc độ nào thì doanh nghiệp cũng được hiểu là một tổ chức thực hiện hoạt động kinh doanh trong nền kinh tế thị trường. Trong thực tiễn pháp luật Việt Nam, còn có thuật ngữ “doanh nghiệp nhỏ và vừa”, thuật ngữ này được dùng để chỉ các chủ thể kinh doanh như doanh nghiệp, hợp tác xã, hộ kinh doanh có vốn đăng ký không quá 10 tỷ đồng hoặc số lao động trung bình hàng năm không quá 300 người. Doanh nghiệp nhỏ và vừa được hưởng những trợ giúp theo chính sách trợ giúp doanh nghiệp nhỏ và vừa của Nhà nước như: Chính sách khuyến khích đầu tư; Quỹ bảo lãnh tín dụng; Mặt bằng sản xuất; Thị trường và tăng khả năng cạnh tranh; Xúc tiến xuất khẩu; Thông tin tư vấn và đào tạo nguồn nhân lực...

Để phân biệt doanh nghiệp với tổ chức xã hội khác và với các loại chủ thể kinh doanh khác, phần tiếp theo sẽ phân tích những đặc trưng pháp lý của doanh nghiệp theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005.

### *1.2. Các đặc trưng pháp lý của doanh nghiệp*

Theo khái niệm tại Điều 4.1, Luật Doanh nghiệp 2005, có thể nhận thấy doanh nghiệp có 5 đặc trưng pháp lý như sau:

*Một là, doanh nghiệp phải có tên riêng.* Tên riêng là dấu hiệu đầu tiên để xác định tư cách chủ thể độc lập của doanh nghiệp khi tham gia hoạt động kinh doanh. Với tên riêng của mình, doanh nghiệp có thể tự nhân danh mình tham gia vào các giao dịch một cách độc lập. Mặt khác, tên doanh nghiệp còn là cơ sở để Nhà nước thực hiện quản lý đối với doanh nghiệp và cũng là cơ sở để phân biệt các doanh nghiệp với nhau. Pháp luật có một số quy định về tên doanh nghiệp mà những người thành lập doanh nghiệp phải tuân thủ khi đặt tên cho doanh nghiệp của mình.

*Hai là, doanh nghiệp phải có tài sản.* Mọi doanh nghiệp được thành lập đều để thực hiện hoạt động kinh doanh, mà điều kiện để thực hiện hoạt động kinh doanh là phải có tài sản, nếu không có tài sản thì không thể tiến hành kinh doanh

bởi theo định nghĩa kinh doanh là hoạt động đầu tư tài sản nhằm thu lợi về tài sản. Có thể nói, tài sản vừa là điều kiện hoạt động, vừa là mục đích hoạt động của doanh nghiệp.

*Ba là, doanh nghiệp phải có trụ sở giao dịch ổn định.* Trụ sở giao dịch ổn định ở đây là trụ sở chính, và bất kỳ doanh nghiệp nào thành lập ở Việt Nam đều phải có trụ sở chính trên lãnh thổ Việt Nam. Trụ sở chính tại Việt Nam là yếu tố xác định quốc tịch Việt Nam của doanh nghiệp. Khi đăng ký thành lập doanh nghiệp, những người thành lập doanh nghiệp phải đăng ký địa chỉ của trụ sở chính theo đúng quy định của pháp luật.

*Bốn là, doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục thành lập theo quy định pháp luật.* Thủ tục thành lập doanh nghiệp gồm hai bước cơ bản là đăng ký doanh nghiệp và công bố nội dung đăng ký doanh nghiệp. Thủ tục đăng ký doanh nghiệp là nhằm đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (có trường hợp văn bản này được gọi với tên khác nhưng phải được quy định là có giá trị đăng ký kinh doanh), đây chính là điều kiện để doanh nghiệp được coi là “được thành lập hợp pháp”. Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp thể hiện những thông tin về tư cách chủ thể của doanh nghiệp, phạm vi, lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp, căn cứ theo những thông tin trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp do người thành lập doanh nghiệp khai và tự chịu trách nhiệm. Tóm lại, đăng ký doanh nghiệp là cơ sở cho hoạt động của mỗi doanh nghiệp, đồng thời cũng là cơ sở cho việc quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp.

*Năm là, doanh nghiệp phải thực hiện hoạt động kinh doanh.* Nói cách khác, doanh nghiệp luôn luôn là một tổ chức kinh tế hoạt động vì mục đích lợi nhuận. Trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp có thể có những hoạt động khác nhằm các mục tiêu xã hội khác như hoạt động từ thiện, tự nguyện, không nhằm tìm kiếm lợi nhuận, nhưng những hoạt động này không phải là mục tiêu, bản chất của doanh nghiệp. Nếu doanh nghiệp không lấy kinh doanh là hoạt động cơ bản thì tất yếu không thể tồn tại và không có khả năng tồn tại.

Một tổ chức có đủ năm đặc trưng pháp lý này được coi là doanh nghiệp, ngược lại nếu thiếu một trong năm đặc trưng pháp lý này thì đó không thể là doanh nghiệp.

### *1.3. Giới hạn trách nhiệm trong kinh doanh*

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



trách nhiệm trong kinh doanh là chủ yếu bản về giới hạn trách nhiệm của người đầu tư vốn vào doanh nghiệp đối với những nghĩa vụ tài sản phát sinh trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Có hai loại giới hạn trách nhiệm trong kinh doanh đối với người đầu tư là trách nhiệm vô hạn và trách nhiệm hữu hạn. *Chịu trách nhiệm vô hạn* trong kinh doanh nghĩa là những nhà đầu tư phải chịu trách nhiệm thanh toán những khoản nợ phát sinh trong kinh doanh của doanh nghiệp mà họ đầu tư vốn bằng toàn bộ tài sản thuộc quyền sở hữu hợp pháp của mình, bao gồm những tài sản đăng ký đưa vào kinh doanh và cả những tài sản không trực tiếp đưa vào kinh doanh. Theo quy định hiện hành, chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh của công ty hợp danh là những người phải chịu trách nhiệm vô hạn. *Chịu trách nhiệm hữu hạn* nghĩa là nhà đầu tư chỉ phải chịu trách nhiệm thanh toán các khoản nợ phát sinh trong kinh doanh của doanh nghiệp bằng số tài sản mà họ đầu tư vào doanh nghiệp. Hiện nay, loại trách nhiệm hữu hạn trong kinh doanh được áp dụng đối với các cổ đông của công ty cổ phần, thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn và thành viên góp vốn của công ty hợp danh.

Còn đối với các doanh nghiệp, về nguyên tắc các doanh nghiệp có tư cách pháp nhân thì phải chịu trách nhiệm về hoạt động của mình bằng toàn bộ tài sản của chính doanh nghiệp, có nghĩa là doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm vô hạn về hoạt động của chính mình. Doanh nghiệp tư nhân là loại hình doanh nghiệp không có sự phân biệt giữa tư cách của chủ doanh nghiệp với doanh nghiệp, nói cách khác, doanh nghiệp tư nhân và chủ doanh nghiệp tư nhân là một nên giới hạn trách nhiệm của doanh nghiệp tư nhân cũng chính là loại giới hạn trách nhiệm của chủ doanh nghiệp tư nhân, nghĩa là doanh nghiệp tư nhân cũng có giới hạn trách nhiệm là vô hạn. Tóm lại, khi bàn về giới hạn trách nhiệm của doanh nghiệp đối với các nghĩa vụ trong kinh doanh của chính doanh nghiệp đó thì các doanh nghiệp luôn phải chịu trách nhiệm vô hạn.

## **2. Các loại hình doanh nghiệp**

### ***2.1. Các loại hình doanh nghiệp theo hình thức pháp lý***

Luật Doanh nghiệp 2005 quy định về hai loại hình doanh nghiệp cơ bản đó là công ty và doanh nghiệp tư nhân.

- *Công ty* là loại hình doanh nghiệp được hình thành bởi sự góp vốn của một hoặc nhiều nhà đầu tư. Ở đây có sự phân định và tách biệt tài sản của công ty và tài sản của người đầu tư, người đầu tư chỉ phải chịu trách nhiệm hữu hạn đối với các nghĩa vụ tài sản của công ty trong phạm vi tài sản đã đầu tư, và do đó rủi ro trong kinh doanh đã được hạn chế. Ngoài ra, sự góp vốn của nhiều người đầu tư vào một công ty có ưu điểm là tăng năng lực về vốn của công ty,

và giữa những người đầu tư có sự chia sẻ rủi ro cũng như ràng buộc nhau để cùng kinh doanh có hiệu quả hơn.

Các loại hình công ty hiện nay theo pháp luật Việt Nam bao gồm các loại sau:

+ Công ty trách nhiệm hữu hạn: Công ty trách nhiệm hữu hạn lại được chia thành hai dạng cơ bản là Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Đối với Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên lại có hai trường hợp là Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do một cá nhân là chủ sở hữu và Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do một tổ chức là chủ sở hữu;

+ Công ty cổ phần;

+ Công ty hợp danh.

– *Doanh nghiệp tư nhân* là loại hình doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ, ở loại hình doanh nghiệp này không có sự tách biệt giữa tài sản của doanh nghiệp với tài sản của chủ doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp không phải thực hiện việc góp vốn, vì thế chủ doanh nghiệp tư nhân phải chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp tư nhân bằng toàn bộ tài sản thuộc quyền sở hữu của mình, không phân biệt tài sản đã đầu tư vào doanh nghiệp hay tài sản để ngoài hoạt động kinh doanh.

## **2.2. Các loại hình doanh nghiệp theo nguồn gốc tài sản đầu tư vào doanh nghiệp**

Việc phân loại doanh nghiệp theo tiêu chí này tại thời điểm hiện nay không còn mang nhiều ý nghĩa thực tiễn. Vì hiện nay về nguyên tắc, mọi doanh nghiệp đều phải thành lập, tổ chức, quản lý hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005, nghĩa là phải được thành lập, tổ chức, quản lý hoạt động dưới một trong những loại hình doanh nghiệp được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005, dù cho doanh nghiệp đó có nguồn gốc tài sản đầu tư từ bất kỳ nguồn nào. Các văn bản pháp luật quy định việc thành lập, tổ chức, quản lý hoạt động doanh nghiệp như: Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2000) đều hết hiệu lực và được thay thế bởi Luật Doanh nghiệp 2005. Tuy vậy, ở đây chúng ta vẫn tìm hiểu về các loại hình doanh nghiệp được phân loại theo tiêu chí này với ý nghĩa nghiên cứu, giúp người học hiểu rõ hơn sự phát triển, thay đổi của chủ thể kinh doanh là doanh nghiệp.

Theo tiêu chí nguồn gốc tài sản đầu tư vào doanh nghiệp ở Việt Nam có bốn loại hình doanh nghiệp là: doanh nghiệp ngoài nhà nước; doanh nghiệp nhà nước; doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp đoàn thể.

### 2.2.1. Doanh nghiệp ngoài nhà nước

Đây là những doanh nghiệp được thành lập bởi người đầu tư là công dân, tổ chức Việt Nam thuộc thành phần kinh tế tư nhân, tư bản tư nhân. Loại doanh nghiệp này bắt đầu xuất hiện và phát triển ở Việt Nam từ năm 1990, với sự ra đời của Luật Công ty 1990 và Luật Doanh nghiệp tư nhân 1990. Trên cơ sở đúc rút kinh nghiệm của 9 năm thực hiện hai đạo luật trên, Quốc hội đã ban hành Luật Doanh nghiệp 1999 thay thế cho hai đạo luật trong việc điều chỉnh các doanh nghiệp này. Và hiện nay, Luật Doanh nghiệp 1999 đã hết hiệu lực và được thay thế bằng Luật Doanh nghiệp 2005 kể từ ngày 1/7/2006. Như vậy, những doanh nghiệp có nguồn gốc vốn từ khu vực kinh tế tư nhân hiện nay là những doanh nghiệp được thành lập và hoạt động dưới một trong các loại hình pháp lý được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005 như *công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân*.

### 2.2.2. Doanh nghiệp nhà nước

*Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ.* Đây là loại hình doanh nghiệp thuộc thành phần kinh tế nhà nước. Tư cách pháp lý của loại hình doanh nghiệp này chính thức được xác định từ năm 1995, với việc Quốc hội thông qua Luật Doanh nghiệp nhà nước 1995, còn trong thực tiễn, loại hình doanh nghiệp này đã xuất hiện và phát triển từ lâu, tiền thân của chúng chính là các xí nghiệp quốc doanh được hình thành và phát triển từ thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung. Luật Doanh nghiệp nhà nước 1995 đã tạo cơ sở pháp lý cho việc tiếp tục và tăng cường quá trình sắp xếp, tổ chức lại các doanh nghiệp này. Luật Doanh nghiệp nhà nước 1995 được thay thế bằng Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, do đó quan điểm “doanh nghiệp nhà nước là những doanh nghiệp do Nhà nước thành lập và sở hữu 100% vốn điều lệ” trong Luật năm 1995 cũng được thay thế bằng quan điểm có tính phù hợp hơn trong tình hình mới tại Luật năm 2003 là “doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ”. Và theo đó thì doanh nghiệp nhà nước (theo Luật Doanh nghiệp 2003) gồm 3 loại là:

– *Công ty nhà nước*: là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, được thành lập, tổ chức quản lý, đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003. Có thể nói, công ty nhà nước là một công cụ để Nhà nước thực hiện những nhiệm vụ chính trị, kinh tế của mình. Nhà nước chỉ thành lập mới loại hình doanh nghiệp này: những ngành, những địa bàn và những lĩnh vực quan trọng, then chốt như ở những ngành cung cấp sản phẩm, dịch vụ thiết yếu cho xã hội, những ngành ứng dụng công nghệ cao, tạo động lực phát triển nhanh cho

ngành, lĩnh vực kinh tế khác cũng như cho toàn bộ nền kinh tế; những ngành đòi hỏi vốn đầu tư lớn, hoặc thành lập ở những địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội đặc biệt khó khăn mà các thành phần kinh tế khác không đầu tư.

Công ty nhà nước được tổ chức dưới hai hình thức là: công ty nhà nước độc lập và Tổng công ty nhà nước. Theo Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003, có ba loại Tổng công ty nhà nước là: Tổng công ty do Nhà nước quyết định thành lập và đầu tư; Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập; và Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước.

Các công ty nhà nước phải thực hiện chuyển đổi theo lộ trình chuyển đổi hàng năm sang hoạt động theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần được quy định trong Luật Doanh nghiệp. Thời hạn chuyển đổi công ty nhà nước chậm nhất là ngày 1/7/2010 (tức là trong thời hạn 4 năm kể từ ngày Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực). Và thực tế đến thời điểm 1/7/2010, những công ty nhà nước nào chậm thực hiện chuyển đổi thì đều bị buộc phải chuyển sang hoạt động dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên. Kể từ ngày 1/7/2010, Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 chính thức hết hiệu lực và được thay thế hoàn toàn bởi Luật Doanh nghiệp 2005. Những doanh nghiệp do nhà nước thành lập kể từ ngày Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực đều phải được đăng ký, tổ chức quản lý và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 và pháp luật có liên quan.

– *Công ty cổ phần*: Doanh nghiệp nhà nước dưới hình thức công ty cổ phần gồm hai dạng là: công ty cổ phần nhà nước và công ty cổ phần có cổ phần chi phối của Nhà nước. Trong đó, 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 đầu tư vốn. Còn công ty cổ phần có cổ phần chi phối của Nhà nước là công ty cổ phần mà cổ phần do Nhà nước nắm giữ chiếm trên 50% vốn điều lệ, do đó, Nhà nước giữ quyền chi phối doanh nghiệp. Loại hình doanh nghiệp này được thành lập, tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 1999 trước đây và hiện nay là Luật Doanh nghiệp 2005.

– *Công ty trách nhiệm hữu hạn*: Doanh nghiệp nhà nước dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn cũng có hai dạng là: công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn có phần vốn góp chi phối của Nhà nước. Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có đặc điểm là thành viên hoặc các thành viên của nó đều là công ty nhà nước hoặc tổ chức được Nhà nước ủy quyền đầu tư vốn kinh doanh, loại này bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên và công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước hai thành viên trở lên. Còn công ty trách

nhiệm hữu hạn có phần vốn góp chỉ phối của Nhà nước là công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên mà vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ và do đó Nhà nước giữ quyền chỉ phối. Loại doanh nghiệp nhà nước này cũng được thành lập, tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 1999 trước đây và hiện nay là Luật Doanh nghiệp 2005.

Như vậy, hiện nay mọi doanh nghiệp nhà nước đều được thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động với những hình thức pháp lý được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005.

### 2.2.3. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là doanh nghiệp có sự tham gia vốn của nhà đầu tư nước ngoài. Loại doanh nghiệp này đã xuất hiện ở Việt Nam từ cuối những năm 1980 với việc Quốc hội ban hành Luật khuyến khích đầu tư nước ngoài ở Việt Nam 1987. Năm 1996, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam đã xác định hình thức pháp lý của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn, thành lập và hoạt động theo quy định của Luật này. Theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam (Luật này đã được sửa đổi, bổ sung năm 2000), doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài có hai dạng là: doanh nghiệp liên doanh và doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài. Tiếp đó, Nghị định số 38/2003/NĐ-CP ngày 15/4/2003 của Chính phủ đã cho phép một số doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chuyển đổi sang hoạt động theo hình thức công ty cổ phần.

Hiện nay, việc đầu tư, thành lập, tổ chức và hoạt động của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được quy định tại hai đạo luật thống nhất là Luật Doanh nghiệp 2005 và Luật Đầu tư 2005. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005, nhà đầu tư nước ngoài có thể thành lập hoặc tham gia thành lập tất cả những loại hình doanh nghiệp được quy định trong Luật Doanh nghiệp. Và các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài này có thể được hình thành từ nhiều phương thức khác nhau như: liên doanh giữa các nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài; liên doanh giữa tổ chức kinh tế liên doanh với các nhà đầu tư trong nước hoặc các nhà đầu tư nước ngoài; hoặc nhà đầu tư nước ngoài có thể đầu tư toàn bộ vốn để thành lập doanh nghiệp (doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài).

Đối với những doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã được thành lập theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam trước đây thì trong thời hạn 2 năm kể từ ngày Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực (tức là từ 1/7/2006 đến 1/7/2008) có thể lựa chọn một trong hai cách sau: một là, đăng ký lại và tổ chức quản lý, hoạt động theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan; hai là, không đăng ký lại,

trong trường hợp này, doanh nghiệp chỉ được quyền hoạt động kinh doanh trong phạm vi ngành, nghề và thời hạn được ghi trong Giấy phép đầu tư và tiếp tục được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định của Chính phủ.

#### *2.2.4. Doanh nghiệp đoàn thể*

Doanh nghiệp đoàn thể là doanh nghiệp do các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội thành lập. Những doanh nghiệp này ra đời ở Việt Nam từ đầu những năm 1990, quy chế quản lý của doanh nghiệp nhà nước cũng được áp dụng cho loại doanh nghiệp này. Tuy nhiên, từ năm 2001 các doanh nghiệp này phải thực hiện chuyển đổi sang hoạt động theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần được quy định trong Luật Doanh nghiệp.

Ngoài những tiêu chí phân loại trên, doanh nghiệp còn có thể được phân loại theo tiêu chí giới hạn trách nhiệm, theo tiêu chí này có hai loại doanh nghiệp là doanh nghiệp chịu trách nhiệm vô hạn (gồm doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh) và doanh nghiệp chịu trách nhiệm hữu hạn (công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn). Hoặc căn cứ vào tư cách pháp lý của chủ thể thì doanh nghiệp được chia thành: doanh nghiệp có tư cách pháp nhân (công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh) và doanh nghiệp có tư cách thể nhân (doanh nghiệp tư nhân).

### **3. Các quyền, nghĩa vụ cơ bản của doanh nghiệp trong kinh doanh**

Quyền và nghĩa vụ là nội dung cơ bản cấu thành nên địa vị pháp lý, xác định năng lực pháp luật cho doanh nghiệp. Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp thể hiện mối quan hệ giữa quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp với vai trò quản lý nhà nước. Luật Doanh nghiệp 2005 đã ghi nhận các quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp trên tinh thần giảm tối đa khả năng can thiệp của Nhà nước vào hoạt động kinh doanh và quản trị nội bộ của doanh nghiệp, đồng thời với việc mở rộng chủ quyền của các doanh nghiệp, pháp luật còn có những quy định tạo dựng cơ chế bảo hộ cho các chủ quyền đó. Các cơ quan đăng ký kinh doanh phối hợp với các cơ quan nhà nước khác có trách nhiệm tạo điều kiện để các doanh nghiệp thực hiện quyền, đồng thời cũng thực hiện sự kiểm soát, quản lý và đôn đốc các doanh nghiệp thực hiện nghĩa vụ.

Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp được ghi nhận trong Điều 8 và Điều 9 của Luật Doanh nghiệp, ngoài ra còn được quy định cụ thể trong các văn bản pháp luật chung và chuyên ngành như Bộ luật Dân sự 2005, Luật Đầu tư 2005, Luật Thương mại 2005, Luật Cạnh tranh 2004, Bộ luật lao động, Luật Kế toán, các luật thuế và nhiều văn bản khác.

### **3.1. Quyền của doanh nghiệp trong kinh doanh**

– *Doanh nghiệp được tự chủ trong hoạt động kinh doanh và phát triển thị trường.* Cụ thể, doanh nghiệp được tự chủ kinh doanh, chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh, đầu tư; được 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 (Điều 8.1). Doanh nghiệp có quyền tự do lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn (Điều 8.2). Như vậy, doanh nghiệp có quyền tự chủ lựa chọn hình thức đầu tư, bao gồm việc liên doanh, góp vốn vào doanh nghiệp khác; có quyền chủ động mở rộng quy mô và ngành nghề kinh doanh, mở rộng địa bàn hoạt động, không chỉ kinh doanh tại một địa điểm mà có thể ở nhiều địa điểm trong phạm vi toàn quốc, thậm chí cả ở nước ngoài.

Doanh nghiệp có quyền tự do phát triển thị trường, tự do cạnh tranh lành mạnh, thể hiện ở việc doanh nghiệp được chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng (Điều 8.3); doanh nghiệp còn được kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu (Điều 8.4).

– *Doanh nghiệp được quyền chủ động trong việc quản lý, điều hành nội bộ doanh nghiệp.* Điều 8.7 ghi nhận doanh nghiệp có quyền tự chủ quyết định các công việc kinh doanh và quan hệ nội bộ. Như vậy, doanh nghiệp có quyền chủ động thực hiện các hoạt động quản lý doanh nghiệp, chủ động áp dụng phương thức quản lý khoa học, hiện đại để nâng cao hiệu quả và khả năng cạnh tranh.

– *Doanh nghiệp được tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động.* Theo yêu cầu kinh doanh, doanh nghiệp có quyền tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động trên cơ sở tuân thủ những quy định của pháp luật về lao động. Quyền này được ghi nhận tại Điều 8.5.

– *Doanh nghiệp được ứng dụng khoa học công nghệ hiện đại vào hoạt động kinh doanh.* Quyền này của doanh nghiệp được ghi nhận tại Điều 8.6, theo đó doanh nghiệp có quyền tổ chức nghiên cứu, phát triển khoa học công nghệ, có quyền chuyển giao, nhận chuyển giao khoa học công nghệ, trên cơ sở đó triển khai, ứng dụng những tiến bộ khoa học công nghệ phục vụ hoạt động kinh doanh.

– *Doanh nghiệp có quyền được đảm bảo quyền sở hữu đối với tài sản.* Doanh nghiệp có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp (Điều 8.8). Đối với quyền tự do kinh doanh thì quyền sở hữu tài sản có vị trí rất quan trọng, sở hữu tài sản được coi là nền tảng, tiền đề cho việc hình thành và thực hiện các quyền tự do kinh doanh. Vì chỉ khi được sở hữu tài sản, người ta mới có thể dùng tài sản đó đầu tư vào hoạt động sản xuất kinh doanh, và chỉ khi được sở hữu

tài sản thì kết quả của hoạt động sản xuất kinh doanh là lợi nhuận mới trở nên có ý nghĩa. Doanh nghiệp có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt đối với tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của mình phục vụ cho hoạt động kinh doanh; được quyền huy động vốn và sử dụng vốn huy động được; được quyền sử dụng lợi nhuận hợp pháp thu được từ hoạt động kinh doanh. Quyền sở hữu tài sản của doanh nghiệp còn bao gồm quyền sử dụng đất của doanh nghiệp. Hiện nay, pháp luật về đất đai của Việt Nam đang có nhiều thay đổi theo hướng tạo sự bình đẳng giữa các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác nhau trong việc sử dụng đất.

– *Doanh nghiệp được quyền đảm bảo môi trường kinh doanh lành mạnh, bình đẳng và ổn định.* Quyền này thể hiện ở việc doanh nghiệp có quyền từ chối mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định (Điều 8.10); có quyền khiếu nại, tố cáo theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo (Điều 8.11); có quyền tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình; ngoài ra doanh nghiệp còn có các quyền khác theo quy định của pháp luật.

### **3.2. Nghĩa vụ của doanh nghiệp trong kinh doanh**

Địa vị pháp lý của doanh nghiệp luôn được xác định trong mối quan hệ với các chủ thể kinh doanh khác trên thị trường và trong đời sống xã hội, do đó, pháp luật phải giải quyết một cách hài hòa, hợp lý các lợi ích giữa các chủ thể tham gia thị trường sao cho không ai có thể vì lợi ích của mình mà xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của người khác. Vì vậy, bên cạnh việc quy định các quyền của doanh nghiệp thì pháp luật còn có những quy định về nghĩa vụ của doanh nghiệp trong kinh doanh dưới góc độ là những trách nhiệm và giới hạn quyền của doanh nghiệp trong những mối quan hệ giữa doanh nghiệp với nhà nước, với người lao động, với các chủ thể kinh doanh khác và với người tiêu dùng. Cụ thể là:

#### **3.2.1. Những nghĩa vụ của doanh nghiệp đối với Nhà nước**

– Doanh nghiệp phải 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 (Điều 9.1). Nghĩa là, nếu muốn kinh doanh những ngành, nghề không có trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp phải thực hiện đăng ký bổ sung những ngành, nghề đó, và khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới thì có thể thực hiện kinh doanh ngành, nghề đó.

– Doanh nghiệp phải 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 (Điều 9.3). Kê khai và nộp thuế là một nghĩa vụ không thể thiếu của bất cứ chủ thể kinh doanh nào, thực hiện



nghĩa vụ này là sự thể hiện trách nhiệm vật chất của doanh nghiệp đối với hoạt động quản lý nhà nước, cũng như trách nhiệm đối với cộng đồng. Việc thu nộp thuế của doanh nghiệp được thực hiện theo Luật quản lý thuế 2006 và các sắc thuế khác liên quan.

– Doanh nghiệp phải thực hiện các nghĩa vụ về kế toán và thống kê, cụ thể là: doanh nghiệp phải 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 (Điều 9.2); phải 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 (Điều 9.6). Việc thực hiện các nghĩa vụ này nhằm đáp ứng yêu cầu của quản lý nhà nước, tạo cơ chế giám sát xã hội hiệu quả, minh bạch hóa thông tin, cung cấp thông tin thị trường cho các doanh nghiệp.

Bên cạnh đó, đối với một số ngành, nghề kinh doanh như: tin dụng, ngân hàng, bảo hiểm, chứng khoán, pháp luật có quy định chế độ tài chính doanh nghiệp để duy trì nền tài chính lành mạnh, tránh cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, gây ảnh hưởng dây chuyền xấu cho nền kinh tế. Trong những trường hợp này, doanh nghiệp phải thực hiện quy định về chế độ tài chính đó, như phải đảm bảo số vốn pháp định khi thành lập cũng như khi có sự bổ sung ngành, nghề kinh doanh hoặc trường hợp tăng, giảm vốn. Ngoài ra, pháp luật còn quy định về việc doanh nghiệp phải tham gia một số loại bảo hiểm (như bảo hiểm bắt buộc, bảo hiểm tiền gửi, bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp) nếu doanh nghiệp thực hiện kinh doanh một số ngành, nghề kinh doanh đặc biệt.

### *3.2.2. Những nghĩa vụ của doanh nghiệp đối với người lao động, với người tiêu dùng và cộng đồng*

– Doanh nghiệp phải 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 (Điều 9.4). Sử dụng lao động là quyền của các doanh nghiệp, nhưng khi thực hiện quyền đó doanh nghiệp cũng có nghĩa vụ phải bảo đảm các quyền lợi chính đáng của người lao động theo quy định của pháp luật như phải thực hiện chế độ bảo hiểm xã hội, đảm bảo thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, đảm bảo vệ sinh, an toàn lao động, tôn trọng quyền tổ chức công đoàn theo pháp luật về công đoàn.

– Doanh nghiệp phải bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hóa, dịch vụ theo tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố (Điều 9.5). Đây là những nghĩa

vụ của doanh nghiệp đối với người tiêu dùng, cũng như các đối tác của doanh nghiệp, bởi vì bên cạnh việc bảo hộ quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp thì đồng thời Nhà nước còn bảo hộ quyền lợi hợp pháp của người tiêu dùng. Doanh nghiệp phải thực hiện các tiêu chuẩn chất lượng hàng hóa, công bố, bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng của hàng hóa, dịch vụ mà mình cung cấp; doanh nghiệp phải thực hiện quy chế về nhãn hàng hóa, phải sử dụng đơn vị đo lường hợp pháp, bảo đảm vệ sinh an toàn thực phẩm, tuân thủ pháp luật về quảng cáo, giới thiệu hàng hóa, khuyến mại, bảo hành, bảo trì.

– Doanh nghiệp phải 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 (Điều 9.7). Muốn xây dựng một nền kinh tế phát triển và ổn định, đòi hỏi phải giữ vững ổn định chính trị, quốc phòng, an ninh, đồng thời phải bảo vệ môi trường, cũng như bảo tồn những nét văn hóa truyền thống. Do đó, mọi doanh nghiệp đều phải thực hiện những nghĩa vụ này.

### III. NGUỒN LUẬT ĐIỀU CHỈNH HOẠT ĐỘNG KINH DOANH

#### 1. Khái quát pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh

Pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh được hiểu là *tổng thể những quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ quá trình thực hiện các hoạt động sản xuất, kinh doanh của các chủ thể kinh doanh nhằm mục đích tìm kiếm lợi nhuận*. Có thể chia hệ thống pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh thành hai nhóm, một là nhóm những quy định pháp luật điều chỉnh trực tiếp, liên quan đến quyền tự do kinh doanh – những quy định này dành riêng cho các chủ thể kinh doanh, hai là nhóm những quy định pháp luật điều chỉnh chung cho cả chủ thể kinh doanh và các chủ thể không kinh doanh, nhằm đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể – các chủ thể kinh doanh cũng phải áp dụng những quy định này trong những trường hợp có liên quan. Tuy nhiên, trong phạm vi nghiên cứu của môn học này, chúng ta chỉ nghiên cứu những quy định pháp luật liên quan chặt chẽ đến quyền tự do kinh doanh của chủ thể kinh doanh là doanh nghiệp. Như vậy, hệ thống pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh sẽ được nghiên cứu bao gồm những vấn đề pháp luật của doanh nghiệp từ khi nó được hình thành (thành lập doanh nghiệp, đăng ký doanh nghiệp, tổ chức quản lý và hoạt động), tiến hành các hoạt động sản xuất kinh doanh (cạnh tranh, giao kết, thực hiện hợp đồng kinh doanh, thương mại, thuê lao động, giải quyết tranh chấp) và cho đến khi nó chấm dứt kinh doanh (giải thể, phá sản).

Hệ thống pháp luật kinh doanh hiện hành của Việt Nam đã có những quy định chung cho tất cả các chủ thể kinh doanh thuộc các thành phần kinh tế khác nhau, nhằm tạo môi trường pháp lý bình đẳng giữa các chủ thể, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các nhà đầu tư, đồng thời trong hệ thống pháp luật hiện hành còn có những quy định ngăn ngừa sự can thiệp không hợp pháp của các cơ quan quản lý nhà nước vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Bên cạnh đó, pháp luật kinh doanh ở Việt Nam còn đưa ra các yêu cầu, nghĩa vụ mà doanh nghiệp phải thực hiện để đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng, người lao động, của Nhà nước và toàn xã hội.

Hệ thống pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh hiện hành của Việt Nam được hình thành từ những nguồn sau:

– Hiến pháp 1992: Đây là văn bản có giá trị pháp lý cao nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam, trong đó chương II của Hiến pháp đã đưa ra những quy định về chế độ kinh tế của Việt Nam, thể hiện những điểm cơ bản nhất về nội dung và tính chất của pháp luật kinh doanh trong nền kinh tế thị trường.

– Các đạo luật là nguồn luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh bao gồm các luật như: Luật Doanh nghiệp 2005, Luật Thương mại 2005, Luật Đầu tư 2005, Bộ luật Dân sự 2005, Luật Phá sản 2004, Luật Cạnh tranh 2004, Bộ luật tố tụng dân sự 2004, Luật Trọng tài thương mại 2010... Đây là các văn bản cũng do Quốc hội ban hành để cụ thể hóa những quy định trong chương II của Hiến pháp 1992, về quyền tự do thành lập doanh nghiệp, tự do cạnh tranh, giao kết hợp đồng, giải quyết tranh chấp trong kinh doanh và cả việc chấm dứt hoạt động kinh doanh...

– Để quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành các quy định trong Hiến pháp 1992 và trong các đạo luật trên về hoạt động kinh doanh của các chủ thể kinh doanh, các cơ quan nhà nước cấp dưới còn ban hành các văn bản dưới luật như các Pháp lệnh do Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành; Nghị định của Chính phủ; Quyết định của Thủ tướng Chính phủ; Thông tư của các Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ. Đây cũng là nguồn quan trọng của hệ thống pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh ở Việt Nam. Trong số các văn bản dưới luật, Pháp lệnh là loại văn bản giữ vai trò quan trọng, có một số lĩnh vực quan hệ xã hội chưa ổn định hoặc Quốc hội chưa đủ điều kiện ban hành thành Luật thì Quốc hội giao cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành thành Pháp lệnh để điều chỉnh, sau một thời gian thực hiện nó có thể được Quốc hội xem xét để ban hành thành Luật, và do đó, trên thực tế các Pháp lệnh có vai trò và giá trị như văn bản luật. Vì nhiều lý do khác nhau mà có rất ít đạo luật ở Việt Nam có đủ tính cụ thể để có thể áp dụng ngay mà không cần Nghị định, Thông tư hướng dẫn thi hành. Như vậy, nguồn văn bản chính yếu

điều chỉnh hoạt động kinh doanh ở Việt Nam hiện nay vẫn là hệ thống các văn bản dưới luật, điều này đã làm giảm tính minh bạch và độ tin cậy, cũng như tính dự báo trước của pháp luật kinh doanh Việt Nam, đây là một trong những vấn đề cần được giải quyết trong quá trình hoàn thiện pháp luật kinh doanh ở Việt Nam.

– Bên cạnh những văn bản luật và văn bản dưới luật do Nhà nước Việt Nam ban hành, thì hiện nay các Điều ước quốc tế cũng là một nguồn luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh ở Việt Nam. Nếu như trước đây, một Điều ước quốc tế muốn có hiệu lực trên lãnh thổ Việt Nam thì phải được nội luật hóa để áp dụng, tuy nhiên, theo cam kết của Việt Nam khi gia nhập Tổ chức thương mại thế giới (WTO), thì các cam kết của Việt Nam với Tổ chức này sẽ được áp dụng trực tiếp mà không cần phải chờ các cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam ban hành văn bản pháp luật để nội luật hóa. Hơn nữa, trong nhiều văn bản luật do Quốc hội ban hành hiện nay cũng có đưa ra quy định có tính chất dẫn chiếu đến việc áp dụng trực tiếp Điều ước quốc tế để điều chỉnh hoạt động kinh doanh như quy định: *“trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Luật này thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế”*. Điều này có nghĩa là các doanh nghiệp có trách nhiệm nắm bắt và áp dụng các điều ước quốc tế trong quá trình hoạt động kinh doanh.

Ngoài ra, các tập quán thương mại cũng là một nguồn luật bổ sung của pháp luật trong việc điều chỉnh hoạt động kinh doanh.

## **2. Nguyên tắc áp dụng pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh**

Các quy định pháp luật điều chỉnh hoạt động của các chủ thể kinh doanh nằm trong rất nhiều văn bản khác nhau, do nhiều cơ quan nhà nước khác nhau ban hành, trong đó có những trường hợp, có nhiều văn bản cùng quy định về một nội dung nhưng lại khác nhau hoặc không thống nhất, trái ngược với nhau. Trong những trường hợp như vậy, cần phải áp dụng các nguyên tắc áp dụng pháp luật để xác định quy định pháp luật kinh doanh phù hợp nhằm giải quyết các tình huống thực tiễn. Có nhiều nguyên tắc áp dụng pháp luật như: áp dụng từ thời điểm văn bản bắt đầu có hiệu lực; áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn; áp dụng quy định của văn bản được ban hành sau; và ưu tiên áp dụng luật riêng trước luật chung. Khi xác định quy định pháp luật để áp dụng, cần phải xem xét nguyên tắc *áp dụng từ thời điểm văn bản bắt đầu có hiệu lực* trước hết, vì văn bản pháp luật chỉ áp dụng với những hành vi xảy ra tại thời điểm mà văn bản đó đang có hiệu lực (trừ trường hợp văn bản có hiệu lực trở về trước thì áp dụng theo quy định đó). Tiếp đó, trong trường hợp có nhiều văn bản pháp luật quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì *áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao*

*hơn*; hoặc trường hợp văn bản do cùng một cơ quan ban hành mà quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì *áp dụng quy định của văn bản được ban hành sau*. Tuy vậy, hai nguyên tắc này không thể giải quyết được mối quan hệ giữa luật chung và luật riêng, do đó, trong trường hợp giữa luật chung và luật riêng quy định về cùng một vấn đề có sự khác nhau thì sau khi áp dụng nguyên tắc *áp dụng từ thời điểm văn bản bắt đầu có hiệu lực*, thì tiếp theo phải áp dụng nguyên tắc *ưu tiên áp dụng luật riêng trước luật chung*.

Nội dung của nguyên tắc ưu tiên áp dụng luật riêng trước luật chung là: trong trường hợp có sự khác nhau giữa luật chung và luật riêng khi quy định về cùng một vấn đề thì những quy định của luật riêng được áp dụng trước luật chung; mặt khác, nếu luật riêng không có quy định mà luật chung có quy định thì áp dụng theo quy định của luật chung. Nguyên tắc này chưa được ghi nhận trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật mà nó mới chỉ được ghi nhận trong một số văn bản pháp luật như Luật Doanh nghiệp 2005, Luật Thương mại 2005..., việc ghi nhận nguyên tắc này rất quan trọng trong thực tiễn vì nếu không sẽ rất khó khăn cho việc giải thích và áp dụng pháp luật.

Vấn đề khi áp dụng nguyên tắc này là phải phân định được văn bản nào là luật chung và văn bản nào là luật riêng. Ở Việt Nam, khoa học pháp lý chưa đưa ra khái niệm và sự phân định rõ ràng giữa luật chung và luật riêng, tuy nhiên có thể hiểu về luật chung và luật riêng như sau:

– Luật chung: là luật điều chỉnh chung cho nhiều lĩnh vực quan hệ xã hội, như Bộ luật Dân sự 2005, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004, Luật Doanh nghiệp 2005... đây là những văn bản luật dùng làm cơ sở để ban hành các luật riêng.

– Luật riêng (luật chuyên ngành): là luật điều chỉnh một hoặc một nhóm các quan hệ xã hội, trong lĩnh vực kinh doanh đó là những luật điều chỉnh từng ngành kinh tế cụ thể, như Luật Kinh doanh Bảo hiểm 2000, Luật các Tổ chức Tín dụng 1997, Luật Hàng không dân dụng 2006, Luật Dược 2005, Luật Xây dựng 2003, Luật Du lịch 2005, Luật Chứng khoán 2006, Luật Bưu chính, Luật Viễn thông. Khi ban hành những văn bản luật riêng, người ta không đưa vào đó những quy định đã có trong văn bản thuộc luật chung, mà chỉ quy định những vấn đề cụ thể xuất phát từ tính chất đặc thù của ngành, lĩnh vực đó.

Việc xem xét một văn bản là luật chung hay luật riêng chỉ mang tính chất tương đối, vì có những văn bản trong mối quan hệ này thì nó là luật chung, nhưng ở mối quan hệ khác thì nó lại là luật riêng.

Trong lĩnh vực kinh doanh nói riêng và các lĩnh vực dân sự nói chung, Bộ luật Dân sự 2005 được xem là luật chung (vì nó quy định địa vị pháp lý, chuẩn mực

pháp lý cho cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác; quyền và nghĩa vụ của các chủ thể về nhân thân và tài sản trong các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động), còn các văn bản như Bộ luật Lao động, Luật Hôn nhân và gia đình, Luật Doanh nghiệp, Luật Thương mại là những luật riêng – điều chỉnh các quan hệ dân sự trong từng lĩnh vực.

Đối với việc thành lập, tổ chức, quản lý và hoạt động của doanh nghiệp thì Luật Doanh nghiệp 2005 được coi là luật chung, còn các luật như Luật các Tổ chức Tín dụng, Luật Kinh doanh Bảo hiểm, Luật Kinh doanh Bất động sản, Luật Chứng khoán... là các luật riêng.

Đối với quan hệ hợp đồng, Bộ luật Dân sự 2005 là luật chung, trong đó có các quy định chung nhất về giao kết hợp đồng, điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, giải thích hợp đồng, thực hiện hợp đồng, sửa đổi, chấm dứt hợp đồng, các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng. So với Bộ luật Dân sự 2005, Luật Thương mại 2005 được coi là luật riêng điều chỉnh quan hệ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại. Tuy nhiên, so với những văn bản luật điều chỉnh từng lĩnh vực kinh doanh cụ thể khác như Luật Kinh doanh Bảo hiểm, Luật Kinh doanh Bất động sản, Luật Chứng khoán... thì Luật Thương mại lại được coi là luật chung để điều chỉnh hoạt động kinh doanh, thương mại cũng như điều chỉnh quan hệ hợp đồng kinh doanh, thương mại. Các văn bản luật chuyên ngành trên quy định các vấn đề riêng, đặc thù của từng loại hợp đồng tương ứng với các lĩnh vực, hoạt động đó.

### **3. Nguồn luật điều chỉnh các lĩnh vực hoạt động kinh doanh**

Phần này đề cập đến những văn bản chủ yếu điều chỉnh các lĩnh vực hoạt động kinh doanh hiện hành ở Việt Nam.

#### ***3.1. Nguồn luật điều chỉnh việc thành lập, tổ chức và quản lý doanh nghiệp***

Nguồn luật điều chỉnh việc thành lập, tổ chức và quản lý doanh nghiệp hiện nay bao gồm các văn bản: Luật Doanh nghiệp 2005, Luật Đầu tư 2005, Nghị định số 43/2010/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp, Nghị định số 102/2010/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp, Nghị định 101/2006/NĐ-CP quy định việc đăng ký lại giấy chứng nhận đầu tư của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư, Nghị định số 108/2006/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư, ngoài ra còn có các văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành như: Luật Kinh doanh Bảo hiểm, Luật Kinh doanh Bất động sản, Luật Chứng khoán, Luật các Tổ chức Tín dụng...

Luật Doanh nghiệp 2005, có hiệu lực từ ngày 1/7/2006, thay thế cho Luật Doanh nghiệp 1999, trong đó có các quy định về việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của các loại hình doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế như: công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân. Ngoài ra, trong Luật Doanh nghiệp còn có một số quy định về nhóm công ty với mô hình Công ty mẹ - công ty con và Tập đoàn kinh tế. Khi Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực, một phần của Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003 bị mất hiệu lực trừ một số quy định (mà Luật Doanh nghiệp không có quy định) được áp dụng cho doanh nghiệp nhà nước trong thời gian chưa chuyển đổi. Và thời hạn chuyển đổi của các doanh nghiệp nhà nước (thành công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn) chậm nhất là bốn năm kể từ ngày Luật Doanh nghiệp có hiệu lực. Như vậy, đến ngày 1/7/2010, Luật Doanh nghiệp nhà nước đã được thay thế hoàn toàn bởi Luật Doanh nghiệp 2005. Luật Doanh nghiệp 2005 cũng thay thế cho những quy định về tổ chức, quản lý và hoạt động của doanh nghiệp tại Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2000).

Luật Đầu tư 2005, có hiệu lực từ ngày 1/7/2006, thay thế cho Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2000), nội dung của Luật này có những quy định về hình thức đầu tư, bảo đảm, ưu đãi, hỗ trợ và thủ tục đầu tư liên quan đến việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế.

Nghị định số 43/2010/NĐ-CP ngày 15/4/2010 về đăng ký doanh nghiệp, có hiệu lực từ ngày 1/6/2010 là văn bản thay thế cho Nghị định số 88/2006/NĐ-CP về đăng ký kinh doanh. Mục tiêu của Nghị định số 43/2010/NĐ-CP là nhằm Nghị định hóa cơ chế phối hợp “một cửa liên thông” trong đăng ký kinh doanh và đăng ký thuế cho doanh nghiệp được thành lập; tạo lập khung pháp lý cho việc xây dựng hạ tầng kỹ thuật cho hệ thống đăng ký kinh doanh; bổ sung những quy định mà Luật Doanh nghiệp hoặc các Luật có liên quan đã có quy định hoặc đã phát sinh trong thực tiễn nhưng chưa được quy định tại Nghị định số 88/2006/NĐ-CP; bổ sung một số quy định liên quan đến nghiệp vụ đăng ký doanh nghiệp được thực hiện sau khi đã hoàn thành việc xây dựng hệ thống đăng ký kinh doanh được tin học hóa.

Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngày 5/10/2010 là văn bản thay thế cho Nghị định số 139/2007/NĐ-CP về hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp. Trong Nghị định này có quy định cụ thể một số điều của Luật Doanh nghiệp về thành lập, tổ chức quản lý, hoạt động, tổ chức lại và giải thể doanh nghiệp.

### ***3.2. Nguồn luật điều chỉnh hợp đồng trong kinh doanh, thương mại***

Nguồn luật điều chỉnh việc giao kết, thực hiện hợp đồng trong kinh doanh thương mại bao gồm Bộ luật Dân sự 2005, Luật Thương mại 2005, và các văn bản pháp luật chuyên ngành như Luật Dầu khí 1993 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2008), Luật Kinh doanh Bảo hiểm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010), Luật Xây dựng 2003 (sửa đổi năm 2009), Luật Điện lực 2004, Bộ luật Hàng hải 2005; Luật Đấu thầu 2005 (sửa đổi năm 2009); Luật Kinh doanh Bất động sản 2006; Luật Chứng khoán 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2010); Luật Viễn thông 2009; Luật Bưu chính 2010...

Bộ luật Dân sự do Quốc hội thông qua ngày 14/6/2005, có hiệu lực ngày 1/1/2006 là nguồn luật điều chỉnh tất cả các loại hợp đồng nói chung và hợp đồng kinh doanh, thương mại nói riêng. Trong đó, Bộ luật Dân sự đưa ra những quy định có tính chất nguyên tắc về các chủ thể, giao dịch dân sự, nghĩa vụ dân sự, hợp đồng dân sự để áp dụng cho việc giao kết và thực hiện các hợp đồng dân sự (theo nghĩa hẹp), hợp đồng kinh doanh, thương mại và hợp đồng lao động.

Luật Thương mại do Quốc hội thông qua ngày 14/6/2005, có hiệu lực từ ngày 1/1/2006 là căn cứ cho việc xác lập và giải quyết các quan hệ hợp đồng trong kinh doanh thương mại giữa các thương nhân. So với Bộ luật Dân sự thì Luật Thương mại được coi là luật riêng điều chỉnh lĩnh vực hợp đồng kinh doanh, thương mại. Những quy định liên quan đến hoạt động thương mại mà không được quy định trong Luật Thương mại thì áp dụng theo quy định của Bộ luật Dân sự, trong trường hợp có sự khác nhau trong việc quy định cùng một vấn đề giữa Luật Thương mại và Bộ luật Dân sự thì áp dụng quy định của Luật Thương mại.

Đối với những hợp đồng kinh doanh, thương mại trong từng lĩnh vực kinh doanh đặc thù thì việc giao kết và thực hiện các hợp đồng này còn phải căn cứ vào những quy định trong các văn bản chuyên ngành (như nêu trên) trong trường hợp giữa Luật Thương mại 2005 và các văn bản chuyên ngành này có quy định khác nhau về cùng một vấn đề.

### ***3.3. Nguồn luật điều chỉnh quan hệ lao động trong doanh nghiệp***

Bộ luật Lao động là nguồn cơ bản của ngành luật lao động. Bộ luật Lao động được Quốc hội thông qua ngày 23/6/1994, có hiệu lực từ ngày 1/1/1995 đã được sửa đổi, bổ sung vào các năm 2002, 2006 và 2007. Nội dung của Bộ luật Lao động gồm 17 chương, 198 điều chứa đựng các chế định chủ yếu của ngành luật lao động như hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể, kỷ luật lao động và trách nhiệm vật chất, tiền lương, bảo hiểm xã hội, tranh chấp lao động và giải quyết tranh chấp lao động, đình công và giải quyết cuộc đình công. Với những quy định đó, Bộ luật



Lao động đã tạo cơ sở pháp lý tương đối đồng bộ, bình đẳng để điều chỉnh các quan hệ lao động, và nó được đánh giá là một trong những đạo luật tiến bộ trong khu vực và trên thế giới.

Ngoài ra, trong hệ thống pháp luật Việt Nam còn có các đạo luật như Bộ luật Dân sự 2005, Bộ luật Tố tụng dân sự 2004, Luật Công đoàn, Luật Bảo hiểm xã hội, Luật Bảo hiểm y tế, Luật Việc làm... và các văn bản pháp luật do Chính phủ, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội ban hành để quy định các vấn đề liên quan đến quan hệ lao động.

Bên cạnh đó, khi nói đến nguồn luật lao động còn phải kể đến các văn bản nội bộ của doanh nghiệp như Nội quy lao động, Điều lệ doanh nghiệp, Thỏa ước lao động tập thể, đây được coi là nguồn đặc biệt, bổ sung của Luật Lao động. Các văn bản này khi được xây dựng phải theo đúng thủ tục quy định, sau khi được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê chuẩn hoặc được đăng ký thì sẽ có hiệu lực bắt buộc đối với người lao động và người sử dụng lao động tại doanh nghiệp.

Hiện nay, Việt Nam đã là thành viên của Tổ chức Lao động Quốc tế (ILO), nên các công ước, khuyến nghị của Tổ chức này mà Việt Nam đã phê chuẩn, cũng như các điều ước quốc tế đa phương, song phương khác mà Việt Nam là thành viên là nguồn rất quan trọng của ngành luật lao động.

#### ***3.4. Nguồn luật điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại***

Nguồn luật chủ yếu để điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại hiện hành là Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 và Luật Trọng tài thương mại 2010.

Bộ luật Tố tụng dân sự được Quốc hội thông qua ngày 15/6/2004, có hiệu lực kể từ ngày 01/1/2005, là nguồn luật điều chỉnh việc giải quyết các tranh chấp dân sự nói chung, trong đó có những tranh chấp trong kinh doanh, thương mại. Ngoài ra, các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại còn có thể được giải quyết bằng Trọng tài thương mại, việc giải quyết bằng Trọng tài thương mại phải tuân theo quy định tại Luật Trọng tài thương mại do Quốc hội thông qua ngày 17/6/2010, có hiệu lực từ ngày 1/1/2011. Hai đạo luật này đều có các quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp, nguyên tắc giải quyết tranh chấp và thủ tục giải quyết tranh chấp.

#### ***3.5. Nguồn luật phá sản, giải thể doanh nghiệp***

Nguồn luật phá sản hiện hành ở Việt Nam là Luật Phá sản do Quốc hội thông qua ngày 15/6/2004. Mục tiêu của những quy định trong Luật Phá sản là bảo vệ một cách có hiệu quả lợi ích của các chủ nợ và của chính bản thân con nợ, bảo vệ

lợi ích chính đáng của người lao động tại các doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản và góp phần vào việc tổ chức lại nền kinh tế, đảm bảo trật tự, kỷ cương của xã hội. Luật Phá sản 2004 quy định các nội dung cơ bản như việc xác định tình trạng phá sản, địa vị pháp lý của các chủ thể tiến hành thủ tục phá sản, thủ tục phá sản...

Trong việc giải thể doanh nghiệp, nguồn luật chủ yếu để điều chỉnh là những quy định về giải thể doanh nghiệp tại Luật Doanh nghiệp 2005 và Nghị định 43/2010/NĐ-CP.

## **CÂU HỎI ÔN TẬP CHƯƠNG 1**

1. Phân tích khái niệm kinh doanh và các khía cạnh của quyền tự do kinh doanh trong pháp luật Việt Nam.
2. Trình bày khái niệm và các đặc điểm của doanh nghiệp.
3. Nêu các loại hình doanh nghiệp theo pháp luật hiện hành của Việt Nam.
4. Phân tích những quy định pháp luật hiện hành quy định giới hạn trách nhiệm trong kinh doanh.
5. Phân tích các quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp.
6. Phân tích những đặc điểm khác biệt giữa doanh nghiệp với hợp tác xã.
7. Phân tích những đặc điểm khác biệt giữa doanh nghiệp với hộ kinh doanh.
8. Khái quát về quá trình phát triển của pháp luật điều chỉnh việc thành lập, tổ chức, quản lý hoạt động của doanh nghiệp tại Việt Nam.
9. Trình bày khái quát pháp luật hiện hành điều chỉnh hoạt động kinh doanh, thương mại tại Việt Nam.
10. Các nguyên tắc áp dụng pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh, thương mại tại Việt Nam.

## Chương 2

# PHÁP LUẬT VỀ THÀNH LẬP, TỔ CHỨC QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP

---

### I. ĐIỀU KIỆN VÀ THỦ TỤC THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP

Một yêu cầu bắt buộc đối với các nhà đầu tư khi bắt đầu tiến hành hoạt động kinh doanh dưới một trong các hình thức doanh nghiệp là phải nắm bắt được các điều kiện và thủ tục thành lập doanh nghiệp. Để tạo hành lang pháp lý bình đẳng cho tất cả các nhà đầu tư, pháp luật đã có một hệ thống các quy định về điều kiện và thủ tục thành lập doanh nghiệp. Cùng với sự phát triển chung của nền kinh tế, các quy định về điều kiện và thủ tục thành lập doanh nghiệp ngày càng được hoàn thiện đầy đủ, rõ ràng hơn và đặc biệt đảm bảo tối đa quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư trong khuôn khổ của pháp luật.

#### 1. Điều kiện thành lập doanh nghiệp

##### 1.1. Điều kiện về chủ thể thành lập, quản lý doanh nghiệp

Quyền tự do kinh doanh là một trong những quyền hiến định của công dân, theo tinh thần đó Luật Doanh nghiệp 2005 quy định tại Khoản 1 Điều 13 các chủ thể có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp bao gồm: tổ chức, cá nhân Việt Nam; tổ chức, cá nhân nước ngoài trừ những đối tượng được quy định tại Khoản 2 Điều 13:

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

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

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

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

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

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

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

Như vậy theo quy định trên, ngoài những trường hợp bị cấm thì các cá nhân, tổ chức trong nước và cá nhân, tổ chức nước ngoài đều có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp.

Nhà đầu tư khi thành lập doanh nghiệp sẽ trở thành chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên sáng lập hoặc cổ đông sáng lập.

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 (Khoản 10, Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005).

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 (Đoạn 2, Khoản 11, Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005).

Tham gia quản lý doanh nghiệp nhà đầu tư sẽ trở thành người quản lý, theo quy định Khoản 13 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005: “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”.

Muốn trở thành người thành lập hoặc người quản lý doanh nghiệp, các tổ chức cá nhân cần phải kiểm tra xem mình có bị rơi vào một trong các trường hợp cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp hay không. Ngoài ra, Khoản 2, Điều 12 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp quy định: “Mỗi cá nhân chỉ được quyền đăng ký thành lập một doanh nghiệp tư nhân hoặc một hộ kinh doanh hoặc làm thành viên hợp danh của một công ty hợp danh, trừ trường hợp các thành viên hợp danh còn lại thỏa thuận khác. Cá nhân chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân hoặc hộ kinh doanh hoặc cá nhân thành viên hợp danh có quyền thành lập, tham gia thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần”.

Đối với nhà đầu tư là tổ chức, cá nhân nước ngoài lần đầu thành lập doanh nghiệp tại Việt Nam thực hiện đăng ký đầu tư gắn với thành lập tổ chức kinh tế theo quy định của pháp luật về đầu tư. Trong trường hợp này doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đầu tư đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã thành lập tại Việt Nam dự định thành lập doanh nghiệp mới tại Việt Nam thực hiện theo quy định sau:

– Trường hợp doanh nghiệp mới do doanh nghiệp có trên 49% vốn điều lệ là sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài thành lập hoặc tham gia thành lập thì phải có dự án đầu tư và thực hiện đăng ký đầu tư gắn với thành lập tổ chức kinh tế theo quy định của pháp luật về đầu tư. Trong trường hợp này, doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đầu tư đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

– Trường hợp doanh nghiệp mới do doanh nghiệp không có quá 49% vốn điều lệ là sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài thành lập, tham gia thành lập thì việc thành lập doanh nghiệp thực hiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Việc đăng ký đầu tư trong trường hợp này áp dụng theo quy định tương ứng đối với dự án đầu tư trong nước.

Cần phân biệt quyền tham gia thành lập và quản lý doanh nghiệp với quyền góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư. Luật Doanh nghiệp 2005 quy định tổ chức, cá nhân có quyền mua cổ phần của công ty cổ phần, góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh trừ trường hợp cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân Việt Nam sử dụng tài sản nhà nước góp vốn vào doanh nghiệp để thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình; Các đối tượng không được góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức. Cụ thể hóa quy định này, Điều 13 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định “1. Tất cả các tổ chức là pháp nhân, bao gồm cả doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, không phân biệt nơi đăng ký trụ sở chính và mọi cá nhân không phân biệt quốc tịch và nơi cư trú, nếu không thuộc đối tượng quy định tại Khoản 4 Điều 13 Luật Doanh nghiệp đều có quyền góp vốn, mua cổ phần với mức không hạn chế tại doanh nghiệp theo quy định tương ứng của Luật Doanh nghiệp”. Như vậy, bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp không đồng nghĩa với việc không có quyền góp vốn, mua cổ phần.

## *1.2. Điều kiện về tài sản*

Để thành lập doanh nghiệp, người thành lập doanh nghiệp phải đầu tư tài sản, Khoản 1 Điều 3 Luật Đầu tư 2005 quy định “Đầu tư là việc nhà đầu tư bỏ vốn bằng các loại tài sản hữu hình hoặc vô hình để hình thành tài sản tiến hành các hoạt động đầu tư theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan”. Tài sản là tiền đề để tiến hành hoạt động kinh doanh, chính vì lẽ đó một trong những đặc điểm quan trọng của doanh nghiệp là phải có tài sản.

Luật Doanh nghiệp 2005 không quy định cụ thể nhà đầu tư được hay không được đưa những tài sản nào để góp vốn khi thành lập doanh nghiệp. Khoản 4 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “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 vốn để tạo thành vốn của công ty”. Khoản 9, Điều 3 Luật Đầu tư 2005 quy định “Vốn đầu tư là tiền và các tài sản hợp pháp khác để thực hiện các hoạt động đầu tư theo hình thức đầu tư trực tiếp hoặc đầu tư gián tiếp”. Theo những quy định trên, nhà đầu tư sẽ có thể sử dụng nhiều loại tài sản khác nhau thuộc quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng hợp pháp của họ để góp vào công ty khi thành lập công ty. Tài sản để nhà đầu tư đưa vào doanh nghiệp là tài sản theo quy định tại Điều 163 Bộ luật Dân sự 2005: “Tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản”. Tài sản bao gồm cả tài sản hữu hình và tài sản vô hình. Tài sản vô hình là các quyền tài sản, quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự (Điều 181 Bộ luật Dân sự 2005). Quyền tài sản bao gồm quyền sử dụng đất, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền sở hữu trí tuệ.... Điều 5 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định: “Quyền sở hữu trí tuệ được sử dụng để góp vốn bao gồm quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng và các quyền sở hữu trí tuệ khác theo quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ. Chỉ cá nhân, tổ chức là chủ sở hữu đối với các quyền nói trên mới có quyền sử dụng các tài sản đó để góp vốn...”. Trong thời gian gần đây, việc góp vốn bằng giá trị quyền sở hữu trí tuệ đã được sử dụng nhiều ở Việt Nam, các doanh nghiệp đã dần ý thức được giá trị của loại tài sản vô hình này và phổ biến góp bằng giá trị quyền sở hữu đối với nhãn hiệu hàng hóa.

Khoản 1, Điều 2 Nghị định số 108/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư như sau: “Vốn đầu tư là đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi và các tài sản hợp pháp khác để thực hiện các hoạt động đầu tư theo hình thức đầu tư trực tiếp hoặc đầu tư gián tiếp. Tài sản hợp pháp gồm:

- a) Cổ phần, cổ phiếu hoặc các giấy tờ có giá khác của nhà đầu tư;
- b) Trái phiếu, khoản nợ và các hình thức vay nợ khác;
- c) Các quyền theo hợp đồng, bao gồm hợp đồng chia khóa trao tay, hợp đồng xây dựng, hợp đồng quản lý, hợp đồng phân chia sản phẩm hoặc doanh thu;
- d) Các quyền đòi nợ và quyền có giá trị kinh tế theo hợp đồng;
- e) Công nghệ và quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm nhãn hiệu thương mại, kiểu dáng công nghiệp, sáng chế, tên thương mại, nguồn gốc hoặc tên gọi xuất xứ;
- f) Các quyền chuyển nhượng, bao gồm các quyền đối với thăm dò và khai thác tài nguyên;
- g) Bất động sản, quyền đối với bất động sản, bao gồm quyền cho thuê, chuyển nhượng, góp vốn, thế chấp hoặc bảo lãnh;

h) Các khoản lợi tức phát sinh từ hoạt động đầu tư, bao gồm lợi nhuận, lãi cổ phần, cổ tức, tiền bán quyền và các loại phí;

i) Các tài sản và quyền có giá trị kinh tế khác theo quy định của pháp luật và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên”.

Tổng tài sản mà nhà đầu tư đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền được gọi là vốn đầu tư trong doanh nghiệp tư nhân, vốn điều lệ trong công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh. Tùy thuộc điều kiện và nhằm đáp ứng yêu cầu của hoạt động kinh doanh, nhà đầu tư có thể đưa lượng tài sản khác nhau vào hoạt động kinh doanh trừ một số ngành nghề đòi hỏi phải có một số vốn tối thiểu khi thành lập doanh nghiệp (gọi là vốn pháp định). Khoản 7 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định: “Vốn pháp định là mức vốn tối thiểu phải có theo quy định của pháp luật để thành lập doanh nghiệp”. Có nghĩa là số vốn đăng ký phải lớn hơn hoặc tối thiểu là bằng vốn pháp định. Trong trường hợp này, nhà đầu tư không chỉ dừng lại ở việc đăng ký lượng tài sản đưa vào hoạt động kinh doanh mà phải chứng minh sự tồn tại của những tài sản đó trong thực tế và được chứng nhận bởi giấy xác nhận vốn pháp định:

“1. Ngành, nghề kinh doanh phải có vốn pháp định, mức vốn pháp định cụ thể, cơ quan có thẩm quyền quản lý nhà nước về vốn pháp định, cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xác nhận vốn pháp định, hồ sơ, điều kiện và cách thức xác nhận vốn pháp định áp dụng theo các quy định của pháp luật chuyên ngành.

2. Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty và Giám đốc (Tổng giám đốc) đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc (Tổng giám đốc) đối với công ty cổ phần, tất cả các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh và chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân đối với doanh nghiệp tư nhân phải chịu trách nhiệm về tính trung thực và chính xác của số vốn được xác nhận là vốn pháp định khi thành lập doanh nghiệp. Doanh nghiệp có nghĩa vụ bảo đảm mức vốn điều lệ thực tế không thấp hơn mức vốn pháp định đã được xác nhận trong cả quá trình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

3. Đối với đăng ký kinh doanh thành lập doanh nghiệp kinh doanh ngành nghề phải có vốn pháp định, trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp phải có thêm xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xác nhận vốn pháp định. Người trực tiếp xác nhận vốn pháp định cùng liên đới chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của số vốn tại thời điểm xác nhận.

4. Đối với doanh nghiệp đăng ký bổ sung ngành, nghề phải có vốn pháp định thì không yêu cầu phải có thêm xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xác nhận vốn pháp định nếu vốn chủ sở hữu được ghi trong bảng tổng kết tài sản của

doanh nghiệp tại thời điểm không quá 03 tháng kể từ ngày nộp hồ sơ, lớn hơn hoặc bằng mức vốn pháp định theo quy định”.

Quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng tài sản mà nhà đầu tư mang góp vào doanh nghiệp sẽ không tự động chuyển dịch từ nhà đầu tư sang doanh nghiệp. Do đó, khi góp vốn vào doanh nghiệp, phải thực hiện việc chuyển quyền sở hữu tài sản. Tuy nhiên, quan hệ sở hữu ở trong từng loại hình doanh nghiệp khác nhau và tài sản dùng để góp vốn vào doanh nghiệp rất đa dạng, có tính chất khác nhau nên việc chuyển quyền sở hữu tài sản không giống nhau trong mọi trường hợp.

Điều 29 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh và cổ đông công ty cổ phần phải chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn cho công ty.

Việc chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn trên chỉ áp dụng đối với các loại hình công ty, còn đối với doanh nghiệp tư nhân do không có sự tách bạch giữa tài sản của chủ doanh nghiệp và doanh nghiệp nên tài sản được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của chủ doanh nghiệp tư nhân không phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu cho doanh nghiệp.

Riêng 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 chỉ được định giá bằng các thành viên, cổ đông sáng lập theo nguyên tắc nhất trí. Còn 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.

### ***1.3. Điều kiện về ngành nghề kinh doanh***

Khoản 1 Điều 7 Luật Doanh nghiệp 2005 khẳng định: “Doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế có quyền kinh doanh các ngành, nghề mà pháp luật không cấm”.

Quy định trên thể hiện rất rõ một khía cạnh quan trọng của quyền tự do kinh doanh là tự lựa chọn ngành nghề kinh doanh, nhà đầu tư có quyền tự do lựa chọn ngành nghề kinh doanh phù hợp với điều kiện và mong muốn trừ những ngành nghề bị pháp luật cấm.

Khoản 1, Điều 7 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP đưa ra danh mục các ngành, nghề cấm kinh doanh:

a) Kinh doanh vũ khí quân dụng, trang thiết bị, kỹ thuật, khí tài, phương tiện chuyên dùng quân sự, công an; quân trang (bao gồm cả phù hiệu, cấp hiệu, quân hiệu của quân đội, công an), quân dụng cho lực lượng vũ trang; linh kiện, bộ phận, phụ tùng, vật tư và trang thiết bị đặc chủng, công nghệ chuyên dùng chế tạo chúng;



- b) Kinh doanh chất ma túy các loại;
- c) Kinh doanh hóa chất bảng 1 (theo Công ước quốc tế);
- d) Kinh doanh các sản phẩm văn hóa phân động, đồi trụy, mê tín dị đoan hoặc có hại tới giáo dục thẩm mỹ, nhân cách;
- e) Kinh doanh các loại đồ chơi, trò chơi nguy hiểm, đồ chơi, trò chơi có hại tới giáo dục nhân cách và sức khỏe của trẻ em hoặc tới an ninh, trật tự an toàn xã hội;
- f) Kinh doanh các loại thực vật, động vật hoang dã, gồm cả vật sống và các bộ phận của chúng đã được chế biến, thuộc Danh mục Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên quy định và các loại thực vật, động vật quý hiếm thuộc danh mục cấm khai thác, sử dụng;
- g) Kinh doanh mại dâm, tổ chức mại dâm, mua bán người;
- h) Kinh doanh dịch vụ đánh bạc, gá bạc trái phép dưới mọi hình thức;
- i) Kinh doanh dịch vụ điều tra bí mật xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân;
- j) Kinh doanh dịch vụ môi giới kết hôn có yếu tố nước ngoài;
- k) Kinh doanh dịch vụ môi giới nhận cha, mẹ, con nuôi, nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài;
- l) Kinh doanh các loại phế liệu nhập khẩu gây ô nhiễm môi trường;
- m) Kinh doanh các loại sản phẩm, hàng hóa và thiết bị cấm lưu hành, cấm sử dụng hoặc chưa được phép lưu hành và/hoặc sử dụng tại Việt Nam;
- n) Các ngành nghề cấm kinh doanh khác quy định tại các luật, pháp lệnh và nghị định chuyên ngành”.

Những ngành nghề trên có thể 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... nên Nhà nước không cho phép các nhà đầu tư tiến hành hoạt động kinh doanh trong các lĩnh vực, ngành nghề đó.

Bên cạnh việc quy định những ngành nghề cấm kinh doanh mà nhà đầu tư không thể đầu tư, pháp luật doanh nghiệp còn xác định danh mục các ngành nghề kinh doanh mà khi tiến hành phải đáp ứng những điều kiện nhất định, gọi là ngành, nghề kinh doanh có điều kiện. Điều 11 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định: “1. Doanh nghiệp có quyền chủ động đăng ký kinh doanh và hoạt động kinh doanh, không cần phải xin phép, xin chấp thuận, hỏi ý kiến cơ quan quản lý nhà nước nếu ngành, nghề kinh doanh đó: a) Không thuộc ngành, nghề cấm kinh doanh; b) Không thuộc ngành, nghề kinh doanh có điều kiện theo quy định của pháp luật

chuyên ngành. 2. Đối với ngành, nghề kinh doanh có điều kiện thì doanh nghiệp được quyền kinh doanh ngành, nghề đó kể từ khi có đủ điều kiện theo quy định”.

Đối với ngành, nghề kinh doanh 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 của pháp luật. 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, xác nhận vốn pháp định, chấp thuận khác của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các yêu cầu khác mà doanh nghiệp phải thực hiện hoặc phải có mới được quyền kinh doanh ngành nghề đó.

Doanh nghiệp chỉ được tiến hành kinh doanh những ngành nghề kinh doanh có điều kiện khi đáp ứng những điều kiện đặt ra. Trong những điều kiện trên, có những điều kiện bắt buộc nhà đầu tư phải đáp ứng khi thành lập doanh nghiệp, phải được thể hiện trong hồ sơ thành lập doanh nghiệp và nếu như không đáp ứng thì là một trong những cơ sở để cơ quan đăng ký kinh doanh từ chối cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Bên cạnh đó có những điều kiện mà chỉ đòi hỏi doanh nghiệp phải đáp ứng khi bắt đầu tiến hành hoạt động kinh doanh chứ không phải từ khâu thành lập doanh nghiệp.

Quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư sẽ rất dễ bị xâm phạm, bị hạn chế khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền tùy tiện đưa ra những ngành nghề kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh. Do đó, pháp luật quy định rõ chỉ có luật, pháp lệnh, nghị định chuyên ngành hoặc quyết định có liên quan của Thủ tướng Chính phủ mới được quy định ngành nghề kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh. Bộ, cơ quan ngang Bộ, Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân các cấp không được quy định về ngành, nghề kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh.

Chứng chỉ hành nghề, một trong những điều kiện kinh doanh, là văn bản mà cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam hoặc hiệp hội nghề nghiệp được Nhà nước ủy quyền cấp cho cá nhân có đủ trình độ chuyên môn và kinh nghiệm nghề nghiệp về một ngành, nghề nhất định. Chứng chỉ hành nghề được cấp ở nước ngoài không có hiệu lực thi hành tại Việt Nam, trừ trường hợp pháp luật chuyên ngành hoặc Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác. Ngành, nghề kinh doanh phải có chứng chỉ hành nghề và điều kiện cấp chứng chỉ hành nghề tương ứng áp dụng quy định của pháp luật chuyên ngành có liên quan.

Ngoài ngành, nghề cấm kinh doanh và ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, pháp luật còn quy định các ngành nghề kinh doanh được khuyến khích đầu tư.

Ngành, nghề kinh doanh được khuyến khích đầu tư là những ngành nghề thuộc lĩnh vực được ưu đãi đầu tư. Có những lĩnh vực Nhà nước cần khuyến khích các nhà đầu tư nên dành những ưu đãi đặc biệt về nhiều mặt như thuế, tín dụng... và nhiều ưu đãi khác. Danh mục lĩnh vực đặc biệt ưu đãi đầu tư, ưu đãi đầu tư, địa bàn ưu đãi đầu tư và thủ tục thực hiện ưu đãi đầu tư được quy định tại Luật Đầu tư 2005, Nghị định số 108/2006/NĐ-CP và các văn bản pháp luật có liên quan.

#### **1.5. Điều kiện về tên, địa chỉ doanh nghiệp**

Doanh nghiệp là một chủ thể kinh doanh tồn tại độc lập trong nền kinh tế, do đó khi thành lập doanh nghiệp nhà đầu tư phải xây dựng tên riêng cho doanh nghiệp của mình. Tên doanh nghiệp có rất nhiều ý nghĩa không chỉ riêng đối với chính doanh nghiệp mà còn có ý nghĩa với cơ quan quản lý nhà nước, doanh nghiệp khác và nhiều chủ thể khác trong nền kinh tế. Pháp luật đặt ra yêu cầu bắt buộc là doanh nghiệp phải có tên, tên doanh nghiệp được pháp luật công nhận và bảo vệ. Tên doanh nghiệp sẽ do doanh nghiệp đặt ra nhưng việc đó không thể tùy tiện, pháp luật không chỉ yêu cầu doanh nghiệp có tên mà toàn bộ việc đặt tên, đăng ký tên và quá trình sử dụng tên như thế nào doanh nghiệp đều phải tuân thủ theo những quy định chặt chẽ của pháp luật.

Luật Doanh nghiệp 2005 dành ra bốn Điều (từ Điều 31 đến Điều 34) quy định về tên doanh nghiệp. Hiện nay, các quy định trên đã được cụ thể trong Chương 3 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định về đăng ký tên doanh nghiệp.

Khoản 1 Điều 31 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “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:

- a) Loại hình doanh nghiệp;
- b) Tên riêng.”

Khoản 1 Điều 13 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định tên doanh nghiệp phải viết được bằng các chữ cái trong Bảng chữ cái tiếng Việt, có thể kèm theo các chữ cái F, J, Z, W, chữ số và ký hiệu, phát âm được và cũng bao gồm hai thành tố là loại hình doanh nghiệp và tên riêng. Quy định này của Nghị định cho phép tên doanh nghiệp không bắt buộc phải viết được bằng tiếng Việt mà có thể viết được bằng tiếng Anh. Loại hình doanh nghiệp bao gồm: Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân, trong đó cụm từ trách nhiệm hữu hạn có thể viết tắt là TNHH, cổ phần có thể viết tắt là CP, hợp danh có thể viết tắt là HD, tư nhân có thể viết tắt là TN. Doanh nghiệp chỉ được sử dụng ngành, nghề kinh doanh, hình thức đầu tư để cấu thành tên riêng của doanh nghiệp có đăng ký ngành nghề đó hoặc thực hiện đầu tư theo hình thức đó.

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

Với cả ba loại tên trên khi đăng ký doanh nghiệp đều phải tuân thủ không phạm những điều cấm trong đặt tên doanh nghiệp, không sử dụng các tên trùng và tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp khác, không sử dụng tên vi phạm quyền sở hữu công nghiệp. Kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2011, doanh nghiệp không được đặt tên trùng hoặc tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp khác đã đăng ký trong phạm vi toàn quốc (trước đây trong phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương) trừ những doanh nghiệp đã bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, các doanh nghiệp đã giải thể.

Về địa chỉ của doanh nghiệp, bên cạnh việc đăng ký tên, doanh nghiệp bắt buộc phải đăng ký một địa chỉ trụ sở chính. Trụ sở chính của doanh nghiệp là địa điểm liên lạc, giao dịch của doanh nghiệp. Địa chỉ trụ sở chính phải ở trên lãnh thổ Việt Nam, 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.

### ***1.5. Điều kiện về số lượng thành viên***

Để đảm bảo cho sự tồn tại và phát triển của doanh nghiệp, cũng như phù hợp với đặc điểm, bản chất của từng loại hình doanh nghiệp. Đối với một số loại hình doanh nghiệp, pháp luật đặt ra yêu cầu về số lượng thành viên. Yêu cầu đó có thể chỉ là số thành viên tối thiểu hoặc tối đa hoặc cả tối thiểu và tối đa. Khi nhà đầu tư muốn thành lập doanh nghiệp dưới loại hình doanh nghiệp mà pháp luật có yêu cầu về số lượng thành viên thì phải đáp ứng điều đó. Ví dụ: đối với công ty TNHH hai thành viên trở lên, Luật Doanh nghiệp yêu cầu bắt buộc phải có tối thiểu 2 thành viên, tối đa 50 thành viên; đối với Công ty cổ phần phải có tối thiểu 3 cổ đông... Đối với những doanh nghiệp có yêu cầu số lượng thành viên tối thiểu thì doanh nghiệp còn phải đáp ứng trong suốt quá trình hoạt động của mình. Trong trường hợp không đảm bảo số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 trong sáu tháng liên tục doanh nghiệp bị bắt buộc giải thể.

## **2. Thủ tục đăng ký doanh nghiệp**

Thủ tục thành lập doanh nghiệp là thủ tục nhằm khai sinh ra một chủ thể kinh doanh để hoạt động trong nền kinh tế. Thành lập doanh nghiệp được coi là quyền của nhà đầu tư, những người muốn tiến hành hoạt động kinh doanh, nhưng đồng

thời lại là nghĩa vụ và trách nhiệm của cơ quan nhà nước. Xét trên phương diện quản lý nhà nước, cơ quan nhà nước có nghĩa vụ tạo những điều kiện tốt nhất trong phạm vi có thể cho các chủ đầu tư thực hiện hoạt động thành lập doanh nghiệp của mình, đồng thời có quyền yêu cầu các chủ thể phải đáp ứng các điều kiện mà pháp luật đã đặt ra. Thành lập doanh nghiệp là một thủ tục hành chính bao hàm nhiều thủ tục được tiến hành theo quy trình chặt chẽ do pháp luật quy định.

Như vậy, cơ sở pháp lý để nghiên cứu thủ tục thành lập doanh nghiệp hiện nay là Luật Doanh nghiệp 2005 và Nghị định số 43/2010/NĐ-CP, Thông tư số 14/2010/TT-BKH ngày 04 tháng 6 năm 2010 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn một số nội dung về hồ sơ, trình tự, thủ tục đăng ký doanh nghiệp theo quy định tại Nghị định số 43/2010/NĐ-CP ngày 15 tháng 4 năm 2010 của Chính Phủ về đăng ký doanh nghiệp.

Luật Doanh nghiệp 2005 sử dụng cụm từ “đăng ký kinh doanh” để chỉ các quy định về thủ tục thành lập doanh nghiệp nhưng Nghị định số 43/2010/NĐ-CP sử dụng cụm từ “đăng ký doanh nghiệp”. Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP quy định “Đăng ký doanh nghiệp quy định tại Nghị định này bao gồm nội dung về đăng ký kinh doanh và đăng ký thuế đối với các loại hình doanh nghiệp thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Đăng ký doanh nghiệp bao gồm đăng ký thành lập mới doanh nghiệp và đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp”. Như vậy, nội hàm của khái niệm đăng ký doanh nghiệp bao hàm cả khái niệm đăng ký kinh doanh. Nghiên cứu toàn bộ các quy định về thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp sẽ bao gồm hai nhóm thủ tục: Một là, thủ tục đăng ký doanh nghiệp (trong đó bao gồm thủ tục đăng ký thành lập mới doanh nghiệp và thủ tục đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp); Hai là, các thủ tục khác – những thủ tục này được thực hiện nhằm giúp cho doanh nghiệp có đủ điều kiện tiến hành hoạt động kinh doanh trên thực tế.

## ***2.1. Thủ tục đăng ký thành lập mới doanh nghiệp***

### **a) Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp**

Mỗi loại hình doanh nghiệp có những đặc trưng riêng nhất định, do vậy hồ sơ đăng ký doanh nghiệp của các loại hình doanh nghiệp khác nhau cũng có những điểm khác nhau nhất định. Luật Doanh nghiệp 2005 gọi là hồ sơ đăng ký kinh doanh, còn Nghị định số 43/2010/NĐ-CP gọi là hồ sơ đăng ký doanh nghiệp (dưới đây gọi chung là hồ sơ đăng ký doanh nghiệp). Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp của từng loại hình doanh nghiệp được quy định như sau:

– Đối với doanh nghiệp tư nhân: Hồ sơ được quy định tại Điều 16 Luật Doanh nghiệp 2005, Điều 19 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP.

– Đối với công ty hợp danh, công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty cổ phần: Hồ sơ được quy định tương ứng tại Điều 17, 18, 19 Luật Doanh nghiệp 2005 và được quy định cụ thể tại Điều 20 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP.

– Đối với công ty TNHH một thành viên: Hồ sơ được quy định tại Điều 18 Luật Doanh nghiệp 2005, Điều 21 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP.

Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp đối với tất cả loại hình doanh nghiệp đều có giấy đề nghị đăng ký doanh nghiệp, bản sao hợp lệ của một trong các giấy tờ chứng thực cá nhân hợp pháp của chủ doanh nghiệp, thành viên sáng lập, cổ đông sáng lập hoặc người đại diện theo ủy quyền. Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP quy định rõ các giấy tờ chứng thực cá nhân trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp trong đó không chỉ quy định giấy chứng minh nhân dân còn hiệu lực hoặc hộ chiếu còn hiệu lực đối với công dân Việt Nam mà còn quy định đối với cả trường hợp người Việt Nam định cư ở nước ngoài và người nước ngoài thường trú ở Việt Nam, người nước ngoài không thường trú ở Việt Nam. Bên cạnh đó, còn có dự thảo Điều lệ (trừ đối với doanh nghiệp tư nhân không có dự thảo điều lệ trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp) với đầy đủ chữ ký của các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; của người đại diện theo pháp luật, của các thành viên hoặc người đại diện theo ủy quyền đối với công ty TNHH hai thành viên trở lên; của người đại diện theo pháp luật, của các cổ đông sáng lập hoặc người đại diện theo ủy quyền của cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần; của chủ sở hữu công ty, người đại diện theo pháp luật đối với trường hợp chủ sở hữu là cá nhân; người đại diện theo ủy quyền, người đại diện theo pháp luật đối với chủ sở hữu công ty là tổ chức. Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp có thể bao gồm văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định; Bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của một hoặc một số cá nhân theo quy định đối với doanh nghiệp kinh doanh các ngành nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề. Hồ sơ đăng ký của công ty bao gồm cả danh sách thành viên, cổ đông sáng lập hoặc người đại diện theo ủy quyền đối với công ty trách nhiệm một thành viên là tổ chức...

Ngoài ra, Nghị định số 43/2010/NĐ-CP quy định bổ sung hồ sơ đăng ký doanh nghiệp đối với các công ty được thành lập trên cơ sở chia, tách, hợp nhất và đối với công ty nhận sáp nhập và trong các trường hợp chuyển đổi doanh nghiệp.

Toàn bộ thông tin trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp do người thành lập doanh nghiệp tự kê khai và phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về tính đầy đủ, hợp pháp, trung thực và chính xác của các thông tin đã kê khai. Cơ quan đăng ký kinh

doanh chỉ chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký doanh nghiệp, không chịu trách nhiệm về những vi phạm pháp luật của doanh nghiệp xảy ra trước và sau đăng ký doanh nghiệp.

#### **b) Cơ quan đăng ký kinh doanh**

Cơ quan đăng ký kinh doanh nước ta được tổ chức ở hai cấp hành chính là cấp tỉnh (bao gồm tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương) và cấp huyện (bao gồm huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh).

*Ở cấp tỉnh:* Cơ quan đăng ký kinh doanh là Phòng đăng ký kinh doanh thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư (gọi là Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh). Riêng thành phố Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh có thể thành lập thêm một hoặc hai cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh và được đánh theo số thứ tự. Việc thành lập thêm cơ quan đăng ký kinh doanh do Ủy ban nhân dân thành phố quyết định.

Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh trực tiếp nhận hồ sơ đăng ký doanh nghiệp; xem xét tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký doanh nghiệp và cấp hoặc từ chối cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Ngoài ra, còn có những quyền và nghĩa vụ khác được quy định tại Điều 10 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP.

*Ở cấp huyện:* Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện chỉ được thành lập tại các quận, huyện, thị xã, thành phố trực thuộc tỉnh có số lượng hộ kinh doanh và hợp tác xã đăng ký thành lập mới hàng năm trung bình từ 500 trở lên trong hai năm gần nhất. Trường hợp không thành lập Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện thì Ủy ban nhân dân cấp huyện giao cho Phòng Tài chính – Kế hoạch thực hiện nhiệm vụ đăng ký hộ kinh doanh.

Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện có nhiệm vụ trực tiếp nhận hồ sơ đăng ký hộ kinh doanh; xem xét tính hợp lệ của hồ sơ và cấp hoặc từ chối cấp Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh. Nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện được quy định tại Điều 11 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP.

Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh và phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện có tài khoản và con dấu riêng.

#### **c) Trình tự đăng ký doanh nghiệp**

Trình tự đăng ký doanh nghiệp được khẳng định trước hết trong Luật Doanh nghiệp 2005, cụ thể hóa tại Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Nghị định này đã quy định chi tiết về quy trình đăng ký doanh nghiệp khi người thành lập doanh nghiệp trực tiếp đăng ký doanh nghiệp tại cơ quan đăng ký kinh doanh và đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử. Trình tự đăng ký doanh nghiệp gồm các bước sau:

*Bước một*, người thành lập doanh nghiệp nộp đủ hồ sơ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật tại cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền – cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền đăng ký doanh nghiệp là Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Người thành lập doanh nghiệp có thể tự mình hoặc ủy quyền cho người khác nộp hồ sơ tại cơ quan đăng ký kinh doanh.

Người thành lập doanh nghiệp còn có thể thực hiện đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử. Đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử là việc người thành lập doanh nghiệp thực hiện việc đăng ký doanh nghiệp thông qua Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia. Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp nộp qua Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia có giá trị pháp lý như hồ sơ nộp bằng bản giấy.

*Bước hai*, tiếp nhận và xem xét hồ sơ đăng ký doanh nghiệp: Sau khi nhận được hồ sơ đăng ký doanh nghiệp hợp lệ nộp bằng bản giấy hoặc hồ sơ bằng dữ liệu điện tử (đăng ký qua mạng điện tử), Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh sẽ tiếp nhận hồ sơ (trường hợp nộp hồ sơ bằng bản giấy thì thông tin trong hồ sơ sẽ được nhập vào Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia (khi hồ sơ đáp ứng yêu cầu quy định tại Khoản 2 Điều 25 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP)). Trường hợp hồ sơ chưa hợp lệ hoặc tên doanh nghiệp không đúng quy định, cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo rõ nội dung cần sửa đổi, bổ sung bằng văn bản cho người thành lập doanh nghiệp trong *thời hạn năm ngày làm việc*, kể từ ngày tiếp nhận hồ sơ. Trường hợp đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử, cơ quan đăng ký kinh doanh tiếp nhận hồ sơ, xem xét hồ sơ, hướng dẫn sửa đổi, bổ sung hồ sơ và thông báo kết quả giải quyết thủ tục đăng ký doanh nghiệp qua Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia (qua mạng điện tử).

*Bước ba*, ra quyết định cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp: Để bảo đảm quyền của người thành lập doanh nghiệp, cũng như xác định trách nhiệm của cơ quan đăng ký kinh doanh, Luật Doanh nghiệp 2005 và Nghị định số 43/2010/NĐ-CP đều quy định rõ thời hạn cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Tuy nhiên, theo Điều 15 Luật Doanh nghiệp 2005 thì thời hạn này là “10 ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ”, thời hạn này được rút ngắn “Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ...” (Khoản 1, Điều 28 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP). Sự khác nhau này có thể được lý giải bằng mục tiêu của Nhà nước là cải cách thủ tục đăng ký doanh nghiệp, càng rút ngắn thời gian đăng ký doanh nghiệp càng tốt và đương nhiên khi có quy định của Nghị định số 43/2010/NĐ-CP thì cơ quan đăng ký kinh doanh sẽ áp dụng thời hạn mới có lợi hơn cho người thành lập doanh nghiệp.



Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp là văn bản hoặc bản điện tử mà cơ quan đăng ký kinh doanh cấp cho doanh nghiệp ghi lại những thông tin về đăng ký kinh doanh và đăng ký thuế do doanh nghiệp đăng ký. Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký thuế của doanh nghiệp.

Nội dung của Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được quy định tại Điều 25 Luật Doanh nghiệp 2005 và Điều 26 Luật Quản lý thuế 2006 và được ghi trên cơ sở những thông tin trong Giấy đề nghị đăng ký doanh nghiệp.

Doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp khi có đủ các điều kiện quy định tại Điều 24 Luật Doanh nghiệp 2005 bao gồm:

- Ngành, nghề đăng ký kinh doanh không thuộc lĩnh vực cấm kinh doanh;
- Tên của doanh nghiệp được đặt theo đúng quy định tại các Điều 31, 32, 33 và 34 của Luật Doanh nghiệp 2005;
- Có trụ sở chính theo quy định tại Khoản 1 Điều 35 của Luật này;
- 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.

Doanh nghiệp có thể nhận Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp trực tiếp tại Cơ quan đăng ký kinh doanh hoặc đăng ký và trả phí để nhận Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp qua dịch vụ bưu điện, chuyển phát.

Trên giấy đăng ký chứng nhận doanh nghiệp có ghi mã số doanh nghiệp, đồng thời mã số này được lưu trên Hệ thống đăng ký thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia. Khác với trước đây doanh nghiệp được cấp hai loại mã số là mã số đăng ký kinh doanh ghi nhận trên giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và mã số thuế ghi nhận trên giấy chứng nhận đăng ký thuế thì hiện nay mỗi doanh nghiệp chỉ được cấp một mã số duy nhất. Mã số doanh nghiệp tồn tại trong suốt quá trình hoạt động của doanh nghiệp và không được cấp lại cho tổ chức, cá nhân khác. Khi chấm dứt hoạt động thì mã số doanh nghiệp chấm dứt hiệu lực và không được sử dụng lại. Mã số doanh nghiệp được dùng để kê khai nộp thuế cho tất cả các loại thuế phải nộp, kê cả trường hợp doanh nghiệp kinh doanh nhiều ngành, nghề khác nhau hoặc hoạt động sản xuất, kinh doanh tại các địa bàn khác nhau.

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

Bên cạnh việc yêu cầu doanh nghiệp công bố nội dung đăng ký kinh doanh như trên, về phía cơ quan nhà nước cũng phải thực hiện hoạt động này. Định kỳ vào tuần thứ hai hàng tháng, Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh gửi danh sách kèm thông tin về các doanh nghiệp đã đăng ký trong tháng trước đó đến cơ quan quản lý ngành kinh tế kỹ thuật cùng cấp, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện. Ở những nơi có điều kiện về cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin thì có thể thực hiện việc trao đổi thông tin về đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử.

Theo quy định tại Nghị định số 43/2010/NĐ-CP, hiện nay Nhà nước ta đã xây dựng hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia bao gồm công thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia và cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp. Trong đó cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp là tập hợp dữ liệu về đăng ký doanh nghiệp trên phạm vi toàn quốc. Thông tin trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp lưu giữ tại cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp có giá trị pháp lý là thông tin gốc về doanh nghiệp. Như vậy, hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp trên sẽ khắc phục và đáp ứng nhu cầu tạo ra một kênh thông tin về doanh nghiệp đồng bộ, thông suốt, mang tính thường xuyên và đảm bảo sự chính xác, độ tin cậy cao. Điều đó sẽ đáp ứng nhu cầu thông tin của doanh nghiệp, nhà đầu tư, người tiêu dùng và cơ quan quản lý nhà nước, góp phần tạo môi trường cạnh tranh lành mạnh cho các doanh nghiệp.

Thủ tục đăng ký kinh doanh nêu trên được áp dụng chung cho mọi loại hình doanh nghiệp. Trong trường hợp đặc biệt như đăng ký doanh nghiệp đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoặc các doanh nghiệp hoạt động kinh doanh trong những lĩnh vực đặc thù mà pháp luật có quy định khác thì phải tuân thủ các quy định đó.

## ***2.2. Thủ tục đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp***

Khi đăng ký thành lập mới doanh nghiệp, người thành lập doanh nghiệp đã tự mình kê khai những thông tin về doanh nghiệp và đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền thông qua hồ sơ đăng ký kinh doanh. Những thông tin đó được cập nhật vào hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia và Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (bằng văn bản hoặc bản điện tử) mà cơ quan đăng ký kinh

doanh cấp cho doanh nghiệp sẽ ghi lại những thông tin về đăng ký kinh doanh và đăng ký thuế do doanh nghiệp đăng ký. Thực tế cho thấy rằng, những thông tin mà người thành lập đã đăng ký không bất biến, nó sẽ được thay đổi do nhu cầu của chính doanh nghiệp hoặc do yêu cầu đòi hỏi của thị trường, cơ quan quản lý nhà nước hoặc các yếu tố khác... Nhưng do thông tin đã được đăng ký và ghi nhận nên khi thay đổi doanh nghiệp phải đăng ký sự thay đổi đó với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Đăng ký sự thay đổi là một yêu cầu bắt buộc đối với doanh nghiệp, nếu không đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì sự thay đổi đó chưa có hiệu lực pháp lý. Thời hạn doanh nghiệp phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh là 10 ngày, kể từ ngày quyết định thay đổi. Có rất nhiều nội dung mà doanh nghiệp đã đăng ký phải thực hiện đăng ký khi thay đổi. Tuy nhiên chỉ những nội dung mà doanh nghiệp đã đăng ký thì khi thay đổi mới phải làm thủ tục đăng ký thay đổi theo trình tự, thủ tục được pháp luật quy định. Trình tự, thủ tục thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp hiện nay được quy định tại Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. So với Nghị định số 88/2006/NĐ-CP, Nghị định này đã bổ sung một loạt các trường hợp thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp như: thực hiện thủ tục về thuế trước khi chuyển trụ sở chính của doanh nghiệp; Đăng ký thay đổi chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên; Đăng ký thay đổi cổ đông sáng lập, thành viên công ty TNHH, chủ doanh nghiệp tư nhân do tặng cho, thừa kế; Đăng ký thay đổi nội dung đăng ký thuế. Bên cạnh đó còn sửa đổi một số quy định tại Nghị định số 88/2006/NĐ-CP cho phù hợp với thực tế nhu cầu của doanh nghiệp như lược bớt thông tin trong thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, quy định rõ người ký trong thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp; quy định trách nhiệm của doanh nghiệp trong việc thực hiện nghĩa vụ thuế khi thực hiện thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp; Quy trình phối hợp giữa cơ quan đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế khi doanh nghiệp thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp. Cụ thể như sau:

***– Đăng ký bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh***

Trường hợp thay đổi ngành, nghề kinh doanh, doanh nghiệp thực hiện thủ tục quy định tại Điều 34 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Doanh nghiệp phải gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký. Trường hợp bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh phải có vốn pháp định thì phải có thêm văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan có thẩm quyền. Trường hợp bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh phải có chứng chỉ hành nghề thì phải có thêm bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của một hoặc một số cá nhân theo quy định của pháp luật chuyên ngành.

Kèm theo Thông báo phải có thêm các văn bản khác theo quy định như: quyết định bằng văn bản và bản sao biên bản họp của Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần và của các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; quyết định của chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên về việc bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh. Quyết định, biên bản họp phải ghi rõ những nội dung được thay đổi trong Điều lệ công ty.

Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh cho doanh nghiệp.

**– Đăng ký thay đổi địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp**

Trước khi đăng ký thay đổi địa chỉ trụ sở chính, doanh nghiệp phải thực hiện các thủ tục với cơ quan thuế liên quan đến việc chuyển địa điểm theo quy định của pháp luật về thuế. Thay đổi địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp được thực hiện theo quy định tại Điều 35 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP, có hai trường hợp:

+ Trường hợp chuyển địa chỉ trụ sở chính đến nơi khác *trong phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương* nơi doanh nghiệp đã đăng ký, doanh nghiệp gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký. Kèm theo Thông báo phải có thêm các văn bản khác theo quy định. Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi địa chỉ trụ sở chính cho doanh nghiệp.

+ Trường hợp chuyển địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp *sang tỉnh, thành phố khác*, doanh nghiệp gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi dự định đặt trụ sở mới. Kèm theo Thông báo này phải có thêm các văn bản khác theo quy định pháp luật. Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp dự định đặt trụ sở mới trao giấy biên nhận, đăng ký việc chuyển đổi địa chỉ trụ sở chính và cấp lại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cho doanh nghiệp. Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày cấp lại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cho doanh nghiệp, Phòng Đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở mới phải gửi bản sao Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp mới đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi trước đây doanh nghiệp đã đăng ký. Việc thay đổi địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp không làm thay đổi quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp.

**– Đăng ký đổi tên doanh nghiệp**

Doanh nghiệp thực hiện việc đăng ký đổi tên doanh nghiệp theo quy định tại Điều 36 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP.

Doanh nghiệp phải gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi đã cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cho doanh nghiệp. Kèm theo Thông báo phải có quyết định bằng văn bản và bản sao biên bản họp của Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần và của các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; quyết định của chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Quyết định, biên bản họp phải ghi rõ những nội dung được sửa đổi trong Điều lệ công ty.

Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký đổi tên doanh nghiệp nếu tên dự kiến của doanh nghiệp không trái với quy định về đặt tên doanh nghiệp. Việc thay đổi tên của doanh nghiệp không làm thay đổi quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp.

***- Đăng ký thay đổi thành viên hợp danh; thay đổi cổ đông sáng lập công ty cổ phần; thay đổi thành viên công ty TNHH hai thành viên trở lên; thay đổi người đại diện theo pháp luật của công ty TNHH, công ty cổ phần***

+ Thủ tục đăng ký thay đổi thành viên hợp danh (do tiếp nhận thành viên hợp danh mới, chấm dứt tư cách thành viên hợp danh) quy định tại Điều 37 Nghị định 43/2010/NĐ-CP. Công ty hợp danh phải gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi công ty đã đăng ký. Kèm theo Thông báo phải có bản sao giấy chứng minh nhân dân hoặc hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác quy định tại Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP của thành viên hợp danh mới. Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi thành viên hợp danh cho công ty.

+ Thủ tục đăng ký thay đổi cổ đông sáng lập công ty cổ phần quy định tại Điều 41 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Trong đó quy định hai trường hợp: Nếu thay đổi cổ đông sáng lập do cổ đông sáng lập không thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua thì thủ tục thực hiện theo quy định tại Khoản 1; nếu thay đổi cổ đông sáng lập trong trường hợp cổ đông sáng lập chuyển nhượng cổ phần cho người không phải là cổ đông sáng lập (trong thời hạn 3 năm kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh) thì thủ tục thực hiện theo quy định tại Khoản 2.

Nhìn chung, thủ tục đăng ký thay đổi cổ đông sáng lập là: Công ty phải gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi công ty đã đăng ký. Kèm theo Thông báo phải có thêm các văn bản theo quy định. Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi cổ đông sáng lập cho công ty.

Việc đăng ký thay đổi cổ đông sáng lập trong trường hợp tặng cho cổ phần được thực hiện như quy định đối với trường hợp đăng ký cổ đông sáng lập do chuyển nhượng cổ phần, trong đó, hợp đồng chuyển nhượng và các giấy tờ chứng thực hoàn tất việc chuyển nhượng được thay bằng hợp đồng tặng cho cổ phần.

+ Thủ tục đăng ký thay đổi thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên được quy định tại Điều 42 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Đăng ký thay đổi thành viên trong trường hợp tiếp nhận thành viên mới được quy định tại khoản 1; thay đổi thành viên do chuyển nhượng phần vốn góp được quy định tại khoản 2; thay đổi thành viên do thừa kế được quy định tại Khoản 3; thay đổi thành viên do có thành viên không thực hiện cam kết góp vốn theo quy định pháp luật được quy định tại Khoản 4; thay đổi thành viên do tặng, cho phần vốn góp được quy định tại Khoản 5.

Để đăng ký thay đổi thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên công ty phải gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi công ty đã đăng ký. Kèm theo Thông báo phải có thêm các văn bản theo quy định. Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi thành viên cho công ty.

+ Thủ tục đăng ký thay đổi người đại diện theo pháp luật của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần được quy định tại Điều 38 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Theo đó, công ty gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi công ty đã đăng ký. Kèm theo Thông báo phải có thêm các văn bản theo quy định. Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi người đại diện theo pháp luật của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần.

***– Đăng ký thay đổi vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp tư nhân; thay đổi vốn điều lệ, thay đổi tỷ lệ vốn góp***

+ Trường hợp tăng, giảm vốn đầu tư đã đăng ký của doanh nghiệp tư nhân, thực hiện theo thủ tục quy định tại Điều 39 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Chủ doanh nghiệp tư nhân phải gửi Thông báo về việc thay đổi vốn tới Phòng Đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký. Nội dung Thông báo gồm: Tên, mã số doanh nghiệp, mã số thuế hoặc số Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (trường hợp doanh nghiệp chưa có mã số doanh nghiệp và mã số thuế); Mức vốn đầu tư đã đăng ký, mức vốn đăng ký thay đổi và thời điểm thay đổi vốn đầu tư; Họ, tên, chữ ký của chủ doanh nghiệp tư nhân. Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi vốn đầu tư cho doanh nghiệp.

+ Trường hợp công ty tăng, giảm vốn điều lệ hoặc thay đổi tỷ lệ vốn góp, thủ

tục đăng ký thay đổi quy định tại Điều 40 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP. Công ty gửi Thông báo có nội dung theo quy định pháp luật đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi công ty đã đăng ký. Kèm theo thông báo phải có thêm các văn bản theo quy định.

Đối với trường hợp giảm vốn điều lệ, doanh nghiệp phải cam kết bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác sau khi giảm vốn, kèm theo thông báo phải có thêm báo cáo tài chính của công ty tại kỳ gần nhất với thời điểm quyết định giảm vốn điều lệ. Đối với công ty có phần vốn sở hữu nước ngoài chiếm trên 50%, báo cáo tài chính phải được xác nhận của kiểm toán độc lập.

Khi nhận Thông báo, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký tăng, giảm vốn cho công ty.

Không thực hiện việc đăng ký giảm vốn điều lệ đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Trường hợp giảm vốn điều lệ đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề phải có vốn pháp định, doanh nghiệp chỉ được đăng ký giảm vốn điều lệ, nếu mức vốn đăng ký sau khi giảm không thấp hơn mức vốn pháp định áp dụng đối với ngành, nghề đó. Vốn điều lệ của công ty cổ phần không bao gồm giá trị của số cổ phần được quyền chào bán.

#### ***– Đăng ký thay đổi chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên***

Trường hợp chủ sở hữu công ty chuyển nhượng toàn bộ vốn điều lệ cho một cá nhân hoặc một tổ chức thì người nhận chuyển nhượng phải đăng ký thay đổi chủ sở hữu công ty. Hồ sơ đăng ký thay đổi bao gồm: Thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp do chủ sở hữu hoặc đại diện theo pháp luật của chủ sở hữu cũ và chủ sở hữu mới hoặc đại diện theo pháp luật của chủ sở hữu mới ký; Bản sao hợp lệ một trong những giấy tờ chứng thực cá nhân quy định tại Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP của người nhận chuyển nhượng trong trường hợp người nhận chuyển nhượng là cá nhân hoặc bản sao hợp lệ Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc quyết định thành lập trong trường hợp người nhận chuyển nhượng là tổ chức; bản sao hợp lệ một trong những giấy tờ chứng thực cá nhân quy định tại Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP của người đại diện theo ủy quyền; Điều lệ sửa đổi, bổ sung của công ty; Hợp đồng chuyển nhượng vốn và các giấy tờ chứng minh hoàn tất việc chuyển nhượng vốn.

Khi nhận hồ sơ đăng ký thay đổi của doanh nghiệp, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi chủ sở hữu công ty.

***– Đăng ký thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân trong trường hợp bán, tặng cho doanh nghiệp; chủ doanh nghiệp chết, mất tích***

Trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân bán, tặng cho doanh nghiệp hoặc chủ

doanh nghiệp tư nhân chết, mất tích thì người mua, người được tặng cho, người được thừa kế phải đăng ký thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân. Hồ sơ đăng ký thay đổi bao gồm: Thông báo thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân có chữ ký của người bán, người tặng cho và người mua, người được tặng cho doanh nghiệp tư nhân đối với trường hợp bán, tặng cho doanh nghiệp tư nhân; chữ ký của người được thừa kế đối với trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân chết, mất tích; Bản sao hợp lệ một trong những giấy tờ chứng thực cá nhân quy định tại Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP của người mua, người được tặng cho doanh nghiệp tư nhân, người thừa kế; Hợp đồng mua bán, hợp đồng tặng cho doanh nghiệp và các giấy tờ chứng minh hoàn tất việc chuyển nhượng, tặng cho đối với trường hợp bán, tặng cho doanh nghiệp tư nhân; Giấy chứng từ, Tuyên bố mất tích của Tòa án đối với chủ doanh nghiệp tư nhân trong trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân chết, mất tích, văn bản xác nhận quyền thừa kế hợp pháp của người được thừa kế.

Khi nhận được hồ sơ đăng ký thay đổi của doanh nghiệp, Phòng Đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân.

**– Đăng ký thay đổi nội dung đăng ký thuế**

Trường hợp doanh nghiệp thay đổi nội dung đăng ký thuế mà không thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh thì doanh nghiệp gửi Thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Nội dung thông báo gồm: Tên, địa chỉ trụ sở chính, mã số doanh nghiệp và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, Giấy chứng nhận đăng ký thuế hoặc Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp; Nội dung thay đổi thông tin đăng ký thuế.

Cơ quan đăng ký kinh doanh nhận Thông báo, nhập dữ liệu vào Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia để chuyển thông tin sang cơ sở dữ liệu của Tổng cục Thuế đồng thời lưu Thông báo vào hồ sơ đăng ký doanh nghiệp.

**– Đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, đăng ký hoạt động theo quyết định của Tòa án**

Trường hợp có thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, đăng ký hoạt động theo quyết định của Tòa án thì doanh nghiệp phải đăng ký thay đổi. Hồ sơ đăng ký phải có bản sao hợp lệ bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

**2.3. Các thủ tục khác**

Sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, doanh nghiệp sẽ tiến hành một số thủ tục sau:

**– Đăng ký sử dụng con dấu**

Đây là một thủ tục bắt buộc mà doanh nghiệp phải thực hiện sau khi được cấp



giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Điều 36 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “1. Doanh nghiệp có con dấu riêng. Con dấu của doanh nghiệp phải được lưu giữ và bảo quản tại trụ sở chính của doanh nghiệp. Hình thức và nội dung của con dấu, điều kiện làm con dấu và chế độ sử dụng con dấu thực hiện theo quy định của Chính phủ.

2. 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”.

Con dấu là tài sản đặc biệt của doanh nghiệp thể hiện tư cách chủ thể độc lập của doanh nghiệp. Con dấu được doanh nghiệp sử dụng để khẳng định giá trị các văn bản, giấy tờ giao dịch của mình trong nội bộ đơn vị cũng như với bên ngoài.

Chính vì vậy, ngay sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, doanh nghiệp phải tiến hành đăng ký sử dụng con dấu tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Cụ thể hóa quy định trên của Luật Doanh nghiệp 2005, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 58/2001/NĐ-CP ngày 24 tháng 8 năm 2001 về quản lý và sử dụng con dấu quy định cụ thể về hình thức và nội dung của con dấu, điều kiện làm con dấu và chế độ sử dụng con dấu.

#### ***– Đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện, thông báo lập địa điểm kinh doanh***

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.

Cùng là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp nhưng chức năng của văn phòng đại diện và chi nhánh là hoàn toàn khác nhau. Trong khi văn phòng đại diện chỉ có nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền cho lợi ích của doanh nghiệp và bảo vệ các lợi ích đó thì chi nhánh ngoài chức năng có thể đại diện theo ủy quyền nó còn có thể độc lập tiến hành các hoạt động kinh doanh dựa trên ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp.

Thành lập văn phòng đại diện, chi nhánh là quyền của doanh nghiệp. Doanh nghiệp có quyền lập văn phòng đại diện ở cả 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.

Để đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện, doanh nghiệp phải gửi

thông báo lập chi nhánh, văn phòng đại diện tới Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi đặt chi nhánh, văn phòng đại diện. Nội dung thông báo bao gồm: Mã số doanh nghiệp; Tên và địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp; Tên chi nhánh, văn phòng đại diện dự định thành lập; Địa chỉ trụ sở chi nhánh, văn phòng đại diện; Nội dung, phạm vi hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện; Họ, tên, nơi cư trú, số Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác quy định tại Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP của người đứng đầu chi nhánh, văn phòng đại diện; Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

Kèm theo thông báo trên, phải có:

– Quyết định bằng văn bản và bản sao biên bản họp của Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, của chủ sở hữu công ty hoặc Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, của Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần, của các thành viên họp danh đối với công ty họp danh về việc thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện;

– Bản sao hợp lệ quyết định bổ nhiệm người đứng đầu chi nhánh, văn phòng đại diện;

– Bản sao hợp lệ một trong các giấy tờ chứng thực cá nhân quy định tại Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP của người đứng đầu chi nhánh, văn phòng đại diện.

Đối với chi nhánh kinh doanh các ngành, nghề phải có chứng chỉ hành nghề thì phải có thêm bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của người đứng đầu chi nhánh hoặc của cá nhân khác theo quy định của pháp luật chuyên ngành.

Sau khi nhận được hồ sơ hợp lệ của doanh nghiệp, Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nhập thông tin vào Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia để yêu cầu mã số chi nhánh, văn phòng đại diện, sau đó cấp Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện.

Trường hợp doanh nghiệp lập chi nhánh, văn phòng đại diện tại tỉnh, thành phố khác nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính thì trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện, doanh nghiệp phải thông báo bằng văn bản tới Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính để bổ sung vào hồ sơ đăng ký doanh nghiệp và được cấp lại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Việc lập chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp ở nước ngoài thực hiện theo quy định của pháp luật nước đó. Trong thời hạn ba mươi ngày làm việc, kể từ ngày chính thức mở chi nhánh, văn phòng đại diện ở nước ngoài, doanh nghiệp phải thông báo bằng văn bản cho Phòng Đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã

đăng ký. Kèm theo thông báo phải có bản sao hợp lệ Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện hoặc giấy tờ tương đương để bổ sung vào hồ sơ đăng ký doanh nghiệp và được cấp lại Giấy chứng nhận đăng ký 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. Tuy nhiên chỉ được đặt địa điểm kinh doanh tại tỉnh, thành phố trực thuộc địa phương nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính hoặc chi nhánh. Nội dung thông báo gồm: Mã số doanh nghiệp; Tên và địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp hoặc tên và địa chỉ chi nhánh (trường hợp địa điểm kinh doanh trực thuộc chi nhánh); Tên, địa chỉ địa điểm kinh doanh; Lĩnh vực hoạt động của địa điểm kinh doanh; Họ, tên, nơi cư trú, số Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu chứng thực cá nhân hợp pháp khác quy định tại Điều 24 Nghị định số 43/2010/NĐ-CP của người đứng đầu địa điểm kinh doanh; Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Sau khi nhận được hồ sơ hợp lệ của doanh nghiệp, phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh sẽ ghi bổ sung địa điểm kinh doanh vào giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động chi nhánh của doanh nghiệp.

#### *– Chuyển quyền sở hữu tài sản*

Tài sản thuộc quyền sở hữu hoặc sử dụng hợp pháp mà thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh và cổ đông công ty cổ phần góp vào công ty không tự nhiên chuyển dịch sang công ty. Do đó, chuyển quyền sở hữu tài sản từ những người thành lập doanh nghiệp sang công ty là thủ tục phải được tiến hành khi doanh nghiệp đã ra đời. Thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản chỉ được áp dụng đối với các loại hình công ty mà không phải áp dụng đối với doanh nghiệp tư nhân. Sở dĩ doanh nghiệp tư nhân không cần phải chuyển quyền sở hữu tài sản vì trong doanh nghiệp tư nhân không cần tách bạch giữa tài sản của doanh nghiệp và tài sản của chủ doanh nghiệp. Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp thì công ty phải tiến hành các thủ tục để chuyển quyền sở hữu tài sản từ các thành viên, cổ đông công ty sang công ty. Thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản tuân theo quy định tại Điều 29 Luật Doanh nghiệp 2005.

## **II. PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY**

Trong đời sống kinh tế, công ty là khái niệm phổ biến có quá trình phát triển lâu dài. Gắn liền với sự phát triển của nền kinh tế, mô hình tổ chức kinh doanh này dần dần được điều chỉnh phù hợp với trình độ phát triển kinh tế xã hội nói chung và nhu cầu của các nhà kinh doanh nói riêng. Hiện nay, công ty tồn tại dưới nhiều loại hình khác nhau, phổ biến như công ty cổ phần, công ty hợp danh, công ty

trách nhiệm hữu hạn... Dựa trên cơ sở pháp lý, những loại hình công ty trên được chia thành hai loại cơ bản là công ty đối nhân và công ty đối vốn. Cùng với sự ra đời của công ty thì cũng có pháp luật điều chỉnh hoạt động của công ty, những quy định đó tập hợp lại thành luật công ty.

Việt Nam là nước có nền kinh tế hàng hóa phát triển chậm, do đó công ty và pháp luật điều chỉnh về công ty cũng ra đời rất muộn và chậm phát triển so với lịch sử phát triển công ty và luật công ty trên thế giới. Ở Nhà nước Cộng hòa xã hội Việt Nam, công ty và pháp luật điều chỉnh về công ty chỉ chính thức tồn tại từ ngày 21/12/1990 khi Quốc hội ban hành Luật Công ty, sau đó là Luật Doanh nghiệp 1999 và những văn bản quy phạm pháp luật khác như Luật Doanh nghiệp nhà nước, Luật đầu tư trực tiếp nước ngoài... và hiện hành là Luật Doanh nghiệp 2005 – Luật Doanh nghiệp thống nhất áp dụng cho mọi loại hình doanh nghiệp ở Việt Nam trong đó có các loại hình công ty. Theo Luật Doanh nghiệp 2005, công ty bao gồm ba loại hình: Công ty trách nhiệm hữu hạn (bao gồm: công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên), công ty cổ phần, công ty hợp danh. Việc ghi nhận những loại hình công ty trên trong pháp luật Việt Nam hiện hành là tương thích với pháp luật công ty ở các quốc gia phát triển. Phần trên chúng ta đã nghiên cứu những vấn đề mà Luật Doanh nghiệp 2005 quy định chung cho tất cả các loại hình công ty. Dưới đây tập trung nghiên cứu các quy định riêng về đặc điểm, tổ chức và quản lý của từng loại hình công ty theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005.

## **I. Công ty trách nhiệm hữu hạn**

Trong lịch sử phát triển công ty trên thế giới, công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình ra đời muộn nhất và nó được coi là sản phẩm của hoạt động lập pháp, không phải do các nhà kinh doanh lập ra rồi pháp luật thừa nhận. Loại hình công ty này dành cho ít thành viên, những nhà đầu tư nhỏ, có quen biết lẫn nhau, không cần phải vận hành theo cơ chế của mô hình công ty có tính chất đại chúng như công ty cổ phần nhưng lại phân tán được rủi ro chứ không như công ty hợp danh. Luật Doanh nghiệp 2005 có quy định về hai loại Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

### ***1.1. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên***

Công ty TNHH hai thành viên trở lên được quy định từ Điều 38 đến Điều 62 Luật Doanh nghiệp 2005.

#### ***a) Khái niệm, đặc điểm***

Từ những quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 và các văn bản hướng dẫn thi

hành cho thấy loại hình công ty này có những đặc điểm đặc trưng sau:

– *Đặc điểm về thành viên*

Thành viên công ty TNHH có thể là cá nhân hoặc tổ chức Việt Nam hoặc nước ngoài. Số lượng thành viên công ty bị giới hạn, ít nhất là hai thành viên tối đa là năm mươi thành viên. Khi số lượng thành viên không nằm trong giới hạn trên thì công ty phải thực hiện các chuyển đổi loại hình công ty, ví dụ như khi không đủ tối thiểu hai thành viên thì công ty phải chuyển đổi sang loại hình công ty TNHH một thành viên (Điều 32 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP) hoặc nếu trong trường hợp số lượng thành viên vượt quá 50 thành viên thì bắt buộc phải chuyển sang loại hình công ty cổ phần (Điều 33 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP).

Thành viên công ty TNHH chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn cam kết góp vào doanh nghiệp. Số vốn cam kết góp thể hiện giới hạn chịu trách nhiệm của các thành viên công ty nên Luật Doanh nghiệp 2005 và các văn bản hướng dẫn đã quy định rất chặt chẽ về thời hạn và việc thực hiện cam kết góp vốn.

Thành viên công ty là những người mang tài sản góp vào công ty để trở thành đồng chủ sở hữu công ty do đó họ có những quyền và nghĩa vụ pháp lý riêng biệt. Dựa trên những quy định của pháp luật trong quá trình thực hiện hoạt động quản lý, các nhà quản lý công ty có thể yêu cầu các thành viên thực hiện nghĩa vụ của mình nhưng đồng thời họ phải đảm bảo quyền của thành viên, thành viên sẽ sử dụng các quyền được pháp luật ghi nhận để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Quyền của thành viên được quy định tại Điều 41 Luật Doanh nghiệp 2005, bao gồm các quyền như: 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; 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... Ngoài ra, Luật Doanh nghiệp 2005 ghi nhận một quyền rất đặc biệt cho 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 trừ trường hợp công ty có một thành viên sở hữu trên 75% vốn điều lệ và Điều lệ công ty không quy định tỷ lệ khác nhỏ hơn thì các thành viên thiểu số họp nhau lại, có quyền yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên để giải quyết những vấn đề thuộc thẩm quyền (Khoản 2, Khoản 3 Điều 41 Luật Doanh nghiệp 2005). Đây là một trong những quy định nhằm bảo vệ quyền của thành viên thiểu số trong công ty. Mức độ ảnh hưởng của các thành viên trong công ty phụ thuộc vào số vốn mà thành viên

sở hữu. Do đó, đối với các thành viên có số vốn sở hữu nhỏ so với tổng vốn điều lệ của công ty có thể bị chi phối hoàn toàn bởi các thành viên có số vốn lớn.

Nhằm tăng cường khả năng thực thi quyền khởi kiện của thành viên đối với Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng giám đốc), tại Khoản 1 Điều 19 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP đã quy định rõ các trường hợp thành viên tự mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện trách nhiệm dân sự đối với Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng Giám đốc).

Bên cạnh những quyền trên, Luật Doanh nghiệp 2005 cũng ghi nhận các nghĩa vụ của thành viên trong Điều 42. Trong đó, nghĩa vụ quan trọng hàng đầu của thành viên là góp đủ, đúng hạn số vốn đã cam kết và chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào công ty; Không được rút vốn đã góp ra khỏi công ty dưới mọi hình thức; trừ trường hợp quy định tại các Điều 43, 44, 45 và 60 của Luật Doanh nghiệp 2005.

#### *– Đặc điểm về vốn*

Vốn điều lệ của công ty TNHH hai thành viên trở lên là tổng giá trị các phần vốn góp do các thành viên đã góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn cụ thể và đã được ghi vào Điều lệ công ty. Phần vốn góp của mỗi thành viên được quy thành tỷ lệ phần trăm (%) trên vốn điều lệ và ghi trong Điều lệ công ty.

Thành viên công ty có thể góp bằng tiền mặt hoặc các loại tài sản hợp pháp khác. Nếu 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 nội dung thay đổi này đến cơ quan đăng ký kinh doanh.

Phần vốn góp của các thành viên trong công ty có thể bằng hoặc không bằng nhau và không bắt buộc phải góp ngay một lần, phụ thuộc vào thỏa thuận của các thành viên. Nếu thành viên không thực hiện góp vốn trong một lần thì thời hạn góp vốn lần cuối của mỗi thành viên không vượt quá 36 tháng kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc Giấy chứng nhận đăng ký bổ sung, thay đổi thành viên và mỗi lần góp vốn thành viên được cấp một giấy xác nhận số vốn đã góp của lần góp vốn đó.

Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thông báo bằng văn bản tiến độ góp vốn đăng ký và báo cáo kết quả tiến độ góp vốn đến cơ quan đăng ký kinh doanh.

Trong trường hợp có thành viên không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được coi như 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. Đồng thời, trong thời hạn chưa góp đủ số vốn theo cam kết, thành viên có số phiếu biểu quyết và được chia lợi tức tương ứng với tỷ lệ

số vốn thực góp, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác.

Sau thời hạn cam kết góp lần cuối mà vẫn có thành viên chưa góp vốn đã cam kết góp, thành viên chưa góp vốn vào công ty theo cam kết đương nhiên không còn là thành viên của công ty và không có quyền chuyển nhượng quyền góp vốn đó cho người khác. Trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày cam kết góp vốn lần cuối, số vốn chưa được góp đủ được xử lý theo thứ tự ưu tiên như sau:

- + Các thành viên còn lại nhận góp một phần hoặc toàn bộ số vốn chưa góp theo tỷ lệ số vốn đã góp vào công ty;

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

- + Huy động thêm người khác góp đủ số vốn chưa góp.

**Hạn chế chuyển nhượng vốn góp:** Thành viên công ty không được tự do chuyển nhượng phần vốn góp, chỉ được chuyển nhượng theo điều kiện được quy định tại các Điều 43, 44, 45 của Luật Doanh nghiệp 2005.

**Huy động vốn:** Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên không được quyền phát hành cổ phần để huy động vốn từ công chúng nhưng được phát hành các loại chứng khoán khác như trái phiếu...

**Tăng giảm vốn điều lệ:** Công ty được tăng, giảm vốn điều lệ (Điều 60 Luật Doanh nghiệp 2005).

*– Đặc điểm về tư cách pháp lý*

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp).

Như vậy, kể từ thời điểm Công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, Công ty sẽ trở thành một pháp nhân, nhân danh mình tham gia vào các mối quan hệ pháp luật một cách độc lập.

*b) Cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động*

Điều 46 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định: “Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ mười một thành viên trở lên phải thành lập Ban kiểm soát, trường hợp có ít hơn mười một thành viên, có thể thành lập Ban kiểm soát phù hợp với yêu cầu quản trị công ty. Quyền, nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của Ban kiểm soát, Trưởng Ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định”.

Các cơ quan trong Công ty TNHH hai thành viên trở lên bao gồm: Hội đồng thành viên, chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng giám đốc), Ban kiểm

soát (bắt buộc phải có khi công ty có từ 11 thành viên trở lên).

#### \* Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên gồm tất cả các thành viên, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty. Đây là cơ quan thể hiện tập trung toàn diện nhất tri tuệ tập thể của các đồng chủ sở hữu công ty.

Thành viên công ty có thể là cá nhân hoặc tổ chức, nếu là tổ chức thì 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 thông báo đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày chỉ định. Người đại diện theo ủy quyền nhân danh thành viên thực hiện các quyền và nghĩa vụ của thành viên Hội đồng thành viên. Một thành viên là tổ chức có thể ủy quyền cho một người duy nhất hoặc nhiều hơn. Do vậy, người đại diện theo ủy quyền có số phiếu biểu quyết tương ứng với phần vốn góp được ủy quyền. Tuy nhiên, pháp luật khống chế số lượng người được ủy quyền của mỗi thành viên, số lượng đó phụ thuộc vào số vốn mà thành viên đó sở hữu, nếu Điều lệ công ty không quy định khác. Điểm a Khoản 1 Điều 22 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định "1. Nếu Điều lệ công ty không quy định khác thì: a) Tổ chức là thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn có sở hữu ít nhất 35% vốn điều lệ được quyền cử không quá ba người đại diện theo ủy quyền tham gia Hội đồng thành viên".

Quyền quyết định cao nhất được thể hiện thông qua quyền và nhiệm vụ của Hội đồng thành viên như: Quyết định chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty; Quyết định tăng hoặc giảm vốn điều lệ, quyết định thời điểm và phương thức huy động thêm vốn; Quyết định phương thức đầu tư và dự án đầu tư có giá trị trên 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty; 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 cơ cấu tổ chức quản lý công ty; Quyết định tổ chức lại công ty... (quy định tại Khoản 2 Điều 47 Luật Doanh nghiệp 2005). Đây là những vấn đề quan trọng, mang tính quyết định và có thể còn liên quan tới sự sống còn của Công ty.

Hội đồng thành viên là cơ quan tập thể của các thành viên, nên sẽ không làm việc thường xuyên mà sẽ tổ chức các cuộc họp để quyết định các vấn đề của Công ty.

Cuộc họp Hội đồng thành viên có thể là cuộc họp định kỳ hoặc cuộc họp bất thường. Cuộc họp định kỳ do Điều lệ công ty quy định nhưng ít nhất mỗi năm phải



hợp một lần. Cuộc họp bất thường được triệu tập bất cứ khi nào theo yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc theo yêu cầu của thành viên, nhóm thành viên được quy định tại Khoản 2, Khoản 3 Điều 41 Luật Doanh nghiệp 2005. Trường hợp Chủ tịch Hội đồng thành viên không triệu tập họp Hội đồng thành viên theo yêu cầu của thành viên, nhóm thành viên được quy định tại Khoản 2, Khoản 3 Điều 41 Luật Doanh nghiệp 2005 trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu thì thành viên, nhóm thành viên đó triệu tập họp Hội đồng thành viên; trong trường hợp này, nếu xét thấy cần thiết, yêu cầu cơ quan đăng ký kinh doanh giám sát việc tổ chức và tiến hành họp hội đồng thành viên. Đồng thời có quyền nhân danh mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện Chủ tịch Hội đồng thành viên về việc không thực hiện đúng nghĩa vụ quản lý, gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của họ.

Cuộc họp Hội đồng thành viên phải được tổ chức tại trụ sở chính của Công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định khác. Điều kiện tiến hành họp Hội đồng thành viên được quy định tại Điều 51 Luật Doanh nghiệp 2005.

Thể thức tiến hành họp, hình thức biểu quyết do Điều lệ công ty quy định. Để thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền, Hội đồng thành viên có thể lựa chọn hình thức biểu quyết tại cuộc họp, lấy ý kiến bằng văn bản hoặc hình thức khác do Điều lệ công ty quy định. Tuy nhiên, đối với một số vấn đề quan trọng, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác thì bắt buộc phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp bao gồm: Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; Quyết định phương hướng phát triển công ty; Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên; Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; Thông qua báo cáo tài chính hằng năm; Tổ chức lại hoặc giải thể công ty. Đối với hình thức biểu quyết tại cuộc họp, quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua khi được số phiếu đại diện ít nhất 65% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Riêng đối với các quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty; sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; tổ chức lại, giải thể công ty; tỷ lệ biểu quyết cụ thể do Điều lệ Công ty quy định. Đối với hình thức lấy ý kiến bằng văn bản thì quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua khi được số thành viên đại diện ít nhất 75% vốn điều lệ chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ Công ty quy định (Điều 52 Luật Doanh nghiệp 2005).

Ngoài ra, Nghị quyết số 71/2006/QH11 ngày 29 tháng 11 năm 2006 phê chuẩn nghị định thư gia nhập hiệp định thành lập tổ chức thương mại thế giới

WTO của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định tại mục 2 “Áp dụng trực tiếp các cam kết của Việt Nam được ghi tại Phụ lục đính kèm Nghị quyết ngày và các cam kết khác của Việt Nam với Tổ chức thương mại thế giới được quy định đủ rõ, chi tiết trong Nghị định thư, các Phụ lục đính kèm và Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập Hiệp định thành lập Tổ chức thương mại thế giới. Trong trường hợp quy định của pháp luật Việt Nam không phù hợp với quy định của Hiệp định thành lập Tổ chức thương mại thế giới, Nghị định thư và các tài liệu đính kèm thì áp dụng quy định của Hiệp định thành lập tổ chức thương mại thế giới, nghị định thư và các tài liệu đính kèm”. Theo cam kết trên, đối với các công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần là doanh nghiệp liên doanh tức là không phải doanh nghiệp 100% vốn trong nước, các doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài, các doanh nghiệp mà nhà đầu tư nước ngoài chỉ góp vốn dưới dạng đầu tư gián tiếp qua thị trường chứng khoán, tức là không có “hiện diện thương mại” ở Việt Nam dưới hình thức liên doanh; doanh nghiệp trong lĩnh vực thương mại dịch vụ (thuộc các nhóm ngành Việt Nam có cam kết (riêng doanh nghiệp liên doanh thành lập trước khi gia nhập WTO thì phải sửa đổi Điều lệ về những vấn đề này trước ngày 1 tháng 7 năm 2008) thì được tự do quy định về loại quyết định thuộc thẩm quyền quyết định của Hội đồng thành viên, Đại hội đồng cổ đông; số đại biểu cần thiết trong quy trình bỏ phiếu và tỷ lệ đa số phiếu chính xác để ra quyết định mà không áp dụng các quyết định của Luật Doanh nghiệp 2005.

Hiệu lực quyết định của Hội đồng thành viên: Nếu Điều lệ công ty không quy định khác quyết định của Hội đồng thành viên có hiệu lực thì hành kể từ ngày thông qua hoặc từ ngày có hiệu lực được ghi rõ trong quyết định đó.

#### **\* Chủ tịch Hội đồng thành viên**

Chủ tịch Hội đồng thành viên là người đứng đầu Hội đồng thành viên. Hội đồng thành viên bầu một thành viên làm Chủ tịch Hội đồng thành viên với nhiệm kỳ không quá 5 năm. Như vậy, chủ tịch Hội đồng thành viên bắt buộc phải là thành viên công ty, là người đại diện cho tập thể thành viên công ty trong Hội đồng thành viên. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty.

Chủ tịch Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ sau: 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 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. Ngoài ra, có các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể là người đại diện theo pháp luật của công ty nhưng phải được quy định trong Điều lệ công ty và các giấy tờ giao dịch phải ghi rõ điều đó.

Ngoài một số quy định như trên, Luật Doanh nghiệp 2005 không đặt ra một tiêu chuẩn hay điều kiện gì để thành viên công ty trở thành chủ tịch Hội đồng thành viên. Trong thực tế, các doanh nghiệp thường quy định thêm tiêu chuẩn về sở hữu vốn của chủ tịch Hội đồng thành viên. Ví dụ như muốn trở thành Chủ tịch Hội đồng thành viên thì ít nhất phải sở hữu bao nhiêu phần trăm trong vốn điều lệ.

#### \* Giám đốc (Tổng giám đốc)

Khoản 1 Điều 55 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định: “1. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty là người điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty, chịu trách nhiệm trước Hội đồng thành viên về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ của mình”.

Trong công ty, Giám đốc (Tổng giám đốc) là cơ quan cấp dưới của Hội đồng thành viên, hoạt động dựa trên cơ sở các quyết định của Hội đồng thành viên và phải báo cáo, chịu trách nhiệm trước Hội đồng thành viên. Có hai phương thức chọn Giám đốc (Tổng giám đốc) do Hội đồng thành viên bổ nhiệm hoặc thuê Giám đốc (Tổng Giám đốc).

Tiêu chuẩn và điều kiện làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc (Điều 57 Luật Doanh nghiệp 2005) như sau:

– Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp. Đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp được quy định tại Khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp.

– Là cá nhân sở hữu ít nhất 10% vốn điều lệ của công ty hoặc người không phải 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 theo tiêu chuẩn và điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty.

Riêng đối với công ty con của công ty có phần vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ, ngoài các tiêu chuẩn và điều kiện như trên, Giám đốc (Tổng giám đốc) của công ty con không được là vợ hoặc chồng, cha mẹ, cha nuôi, mẹ nuôi, con, con nuôi hoặc anh, chị, em ruột của người quản lý công ty mẹ và người đại diện phần vốn nhà nước tại công ty con đó.

Giám đốc (Tổng giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty nếu như Điều lệ công ty không quy định người đại diện theo pháp luật của công ty là chủ tịch Hội đồng thành viên.

Quyền và nhiệm vụ của Giám đốc (Tổng giám đốc) quy định tại Khoản 2 Điều 55 Luật Doanh nghiệp và những quyền và nhiệm vụ khác do Điều lệ công ty, hợp đồng lao động (nếu là giám đốc thuê) quy định.

#### **\* Ban Kiểm soát**

Ban Kiểm soát của công ty TNHH hai thành viên bắt buộc phải được thành lập trong trường hợp công ty có từ 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, nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của Ban kiểm soát, trường Ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định.

### **2.2. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên**

Công ty TNHH một thành viên là một dạng của loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn, ra đời khi lịch sử phát triển công ty đã trải qua một quá trình phát triển nhất định. Như đã biết đặc điểm cơ bản của Công ty là sự liên kết của nhiều cá nhân hoặc pháp nhân cùng nhau góp vốn tạo ra một doanh nghiệp mà ở đó các cá nhân, tổ chức này vừa liên kết với nhau để tiến hành hoạt động kinh doanh vừa có thể chia sẻ những rủi ro phát sinh trong quá trình tiến hành hoạt động kinh doanh.

#### **a) Khái niệm, đặc điểm**

Công ty TNHH một thành viên được quy định từ Điều 63 đến Điều 76 Luật Doanh nghiệp 2005. Mô hình công ty này có những đặc điểm sau:

##### **- Đặc điểm về chủ sở hữu công ty**

Chủ sở hữu công ty là một tổ chức hoặc một cá nhân. Mọi tổ chức hoặc cá nhân Việt Nam hoặc nước ngoài đều có thể thành lập Công ty TNHH một thành viên trừ khi rơi vào các trường hợp bị cấm thành lập doanh nghiệp quy định tại khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005. Chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty.

Không giống như trong công ty TNHH hai thành viên trở lên sẽ bao gồm ít nhất hai thành viên là đồng chủ sở hữu công ty, công ty TNHH một thành viên chỉ có một chủ sở hữu, chủ sở hữu duy nhất là thành viên duy nhất của công ty. Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty được quy định tại Điều 64, Điều 65 Luật Doanh nghiệp 2005.

Do có một chủ sở hữu nên Luật Doanh nghiệp 2005 quy định hạn chế đối với quyền của chủ sở hữu công ty. Điều 66 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định: Chủ sở hữu công ty chỉ được quyền rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ số vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác; trường hợp rút một phần hoặc toàn bộ vốn đã góp ra khỏi công ty dưới hình thức khác thì phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của Công ty. Trường hợp chuyển nhượng một phần vốn điều lệ cho tổ chức, 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.

– *Đặc điểm về tư cách pháp lý*

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

– *Đặc điểm về vốn*

Vốn điều lệ của Công ty TNHH một thành viên là tổng giá trị số vốn do chủ sở hữu đã góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn cụ thể và đã được ghi vào Điều lệ công ty.

Cơ chế huy động vốn: Công ty TNHH một thành viên không được quyền phát hành cổ phần.

Công ty TNHH một thành viên không được giảm vốn điều lệ quy định tại Điều 76 Luật Doanh nghiệp 2005. Không giống như công ty TNHH hai thành viên trở lên được tăng, giảm vốn điều lệ, công ty TNHH một thành viên chỉ được tăng vốn điều lệ.

#### **b) Cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động**

Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty TNHH một thành viên là tổ chức và một thành viên là cá nhân được Luật Doanh nghiệp 2005 quy định khác nhau.

#### **\* Công ty TNHH một thành viên là tổ chức**

Trong trường hợp chủ sở hữu công ty là tổ chức thì chủ sở hữu phải bổ nhiệm một hoặc một số người đại diện theo ủy quyền với nhiệm kỳ không quá năm năm để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty theo quy định tại Luật Doanh nghiệp 2005 và các văn bản pháp luật có liên quan. Chủ sở hữu công ty có quyền thay thế người đại diện theo ủy quyền bất cứ khi nào. Số lượng người đại diện theo ủy quyền được chủ sở hữu công ty bổ nhiệm sẽ quyết định cơ cấu tổ chức quản lý công ty. Chia làm hai trường hợp:

– Trường hợp có ít nhất hai người được bổ nhiệm làm người đại diện theo ủy quyền: Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm: Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên.

– Trường hợp có một người được bổ nhiệm làm người đại diện theo ủy quyền: Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm: Chủ tịch công ty; Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; Kiểm soát viên.

Cơ cấu cụ thể như sau:

– *Hội đồng thành viên* bao gồm tất cả người đại diện theo ủy quyền của công ty. 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. Là cơ quan quản lý công ty, Hội đồng thành viên chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao theo quy định của pháp luật.

Hội đồng thành viên bao gồm ít nhất là từ hai người đại diện theo ủy quyền nên làm việc theo chế độ tập thể. Hội đồng thành viên quyết định các vấn đề thuộc thẩm quyền tại cuộc họp Hội đồng thành viên. Nếu Điều lệ công ty không quy định thì mỗi thành viên có một phiếu biểu quyết có giá trị như nhau. Luật Doanh nghiệp 2005 quy định thẩm quyền, cách thức triệu tập họp Hội đồng thành viên áp dụng tương tự như đối với Hội đồng thành viên của Công ty TNHH hai thành viên trở lên.

Điều kiện tiến hành họp Hội đồng thành viên: Cuộc họp của Hội đồng thành viên được tiến hành khi có ít nhất hai phần ba số thành viên dự họp.

Quyết định của Hội đồng thành viên có thể được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản.

Điều kiện thông qua quyết định của Hội đồng thành viên: Khi có hơn một nửa số thành viên dự họp chấp thuận. Riêng 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.

Chủ tịch Hội đồng thành viên do chủ sở hữu công ty chỉ định. Chủ tịch Hội đồng thành viên là người đại diện theo pháp luật của công ty nếu Điều lệ công ty quy định. Nhiệm kỳ của chủ tịch Hội đồng thành viên không quá 5 năm. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên trong công ty TNHH một thành viên là tổ chức áp dụng theo quy định về quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên trong công ty TNHH hai thành viên trở lên quy định tại Điều 49 Luật Doanh nghiệp 2005 và các quy định khác có liên quan.

– *Chủ tịch công ty*: Trong trường hợp chủ sở hữu công ty chỉ bổ nhiệm một người làm người đại diện theo ủy quyền thì người đó làm Chủ tịch công ty. Vị trí của Chủ tịch công ty giống như vị trí của Hội đồng thành viên trong trường hợp Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm ít nhất từ hai người đại diện theo ủy quyền. 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. Chủ tịch công ty chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao theo quy định của pháp luật.

Quyền, nghĩa vụ, nhiệm vụ cụ thể và chế độ làm việc của Chủ tịch công ty đối với chủ sở hữu công ty được thực hiện theo quy định tại Điều lệ công ty và pháp luật có liên quan.

– *Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc*

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người điều hành hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc được Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty bổ nhiệm hoặc thuê.

Để trở thành Giám đốc hoặc Tổng giám đốc phải đáp ứng các tiêu chuẩn và điều kiện sau: có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định tại Khoản 2, Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005; 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 người đại diện theo ủy quyền hoặc Chủ tịch công ty; có trình độ chuyên môn hoặc kinh nghiệm thực tế tương ứng trong quản trị 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.

Vị trí của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc được thể hiện thông qua các quyền của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc được quy định tại Khoản 2 Điều 70 Luật Doanh nghiệp 2005.

– *Kiểm soát viên*

Kiểm soát viên là người thay mặt Chủ sở hữu công ty kiểm soát hoạt động quản lý điều hành công việc kinh doanh của Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty.

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

Để đảm bảo sự đúng đắn, chính xác, khách quan trong hoạt động kiểm soát, Kiểm soát viên phải đáp ứng các tiêu chuẩn, điều kiện do pháp luật quy định. Kiểm soát viên trước hết phải là người có đủ năng lực hành vi dân sự và không

thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định tại Khoản 2, Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005. Ngoài ra, kiểm soát viên 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; Phải 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.

**\* Công ty TNHH một thành viên là cá nhân**

Công ty TNHH một thành viên là cá nhân có: Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Chủ sở hữu công ty đồng thời là Chủ tịch công ty. Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty. Chủ tịch công ty có thể kiêm nhiệm hoặc thuê người khác làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

Quyền, nghĩa vụ, nhiệm vụ cụ thể của Giám đốc được quy định tại Điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc Tổng giám đốc ký với Chủ tịch công ty.

## **2. Công ty cổ phần**

### **a) Khái niệm, đặc điểm**

Công ty cổ phần được quy định từ Điều 77 đến Điều 129 Luật Doanh nghiệp 2005. Loại hình công ty này có những đặc điểm cơ bản sau:

**\* Đặc điểm về vốn**

Vốn điều lệ của Công ty cổ phần được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Tại thời điểm đăng ký kinh doanh thành lập doanh nghiệp, vốn điều lệ của công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá các cổ phần do các cổ đông sáng lập và các cổ đông phổ thông khác đăng ký mua và được ghi trong Điều lệ công ty. Sau thời điểm đăng ký kinh doanh, vốn điều lệ của công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá cổ phần đã phát hành. Số cổ phần đã phát hành là số cổ phần mà các cổ đông đã thanh toán đủ cho công ty.

Vốn điều lệ được chia làm nhiều cổ phần bằng nhau là đặc trưng khác biệt nhất giữa công ty cổ phần và công ty TNHH hai thành viên trở lên. Cổ phần là đơn vị vốn nhỏ nhất của công ty cổ phần.

Giá trị của mỗi cổ phần gọi là mệnh giá cổ phần. Mệnh giá cổ phần của các công ty cổ phần có thể bằng nhau nhưng cũng có thể khác nhau tùy thuộc vào quy định của Công ty theo từng thời kỳ và được ghi tại Điều lệ công ty.

Cổ phần có thể được tự do chuyển nhượng, khi sở hữu cổ phần sẽ trở thành đồng chủ sở hữu công ty cổ phần. Muốn sở hữu cổ phần thì phải bằng cách mua cổ



phiếu bán trên thị trường chứng khoán. Một cổ phiếu có thể phản ánh mệnh giá của một hoặc nhiều cổ phần. Điều này thể hiện khả năng huy động vốn lớn từ ngoài công chúng của Công ty cổ phần, tạo ra sự ưu việt của loại hình công ty này so với các loại hình công ty khác.

Công ty cổ phần có quyền phát hành các loại chứng khoán như cổ phiếu, trái phiếu trên thị trường chứng khoán.

Công ty cổ phần có nhiều loại cổ phần khác nhau. Khoản 1 Điều 78 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định công ty cổ phần bắt buộc phải có cổ phần phổ thông, có thể có hoặc không có cổ phần ưu đãi. Công ty cổ phần có cổ phần ưu đãi hay không hoàn toàn phụ thuộc vào sự thỏa thuận của các cổ đông và được ghi vào Điều lệ công ty. Cổ phần ưu đãi có nhiều loại khác nhau gồm: Cổ phần ưu đãi biểu quyết, cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ phần ưu đãi hoàn lại và loại cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định.

*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 cơ quan quản lý cao nhất trong công ty – Đại hội đồng cổ đông. Người được quyền mua cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ phần ưu đãi hoàn lại và cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định.

*Cổ phần ưu đãi biểu quyết* là cổ phần có số phiếu biểu quyết nhiều hơn so với cổ phần phổ thông. Số lượng phiếu biểu quyết của một cổ phần ưu đãi biểu quyết do Điều lệ công ty quy định. Chỉ tổ chức được Chính phủ ủy quyền và cổ đông sáng lập được quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác. Tuy nhiên, ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chỉ có hiệu lực trong ba năm, kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau thời hạn đó, cổ phần ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chuyển đổi thành cổ phần phổ thông.

*Cổ phần ưu đãi cổ tức*: là cổ phần được trả cổ tức với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông hoặc mức ổn định hằng năm. Khoản 9 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “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”. Cổ tức của cổ phần ưu đãi 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.

Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức không có quyền biểu quyết, dự họp Đại hội đồng cổ đông, đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát.

*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 phần ưu đãi hoàn lại bao gồm hai loại: cổ phần ưu đãi hoàn lại vô điều kiện và cổ phần ưu đãi hoàn lại khi đáp ứng những điều kiện được ghi trên cổ phiếu đó. Giống như cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại cũng không có quyền biểu quyết, dự họp Đại hội đồng cổ đông, đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát.

*Các loại cổ phần ưu đãi khác:* Tùy thuộc vào điều kiện và nhu cầu cụ thể, từng công ty có thể quy định về các loại cổ phần ưu đãi khác trong Điều lệ công ty. Điều lệ công ty sẽ quy định cụ thể loại cổ phần ưu đãi, đối tượng được sở hữu loại cổ phần đó, quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu... Trong thực tế nhiều người nhầm lẫn giữa cổ phần ưu đãi với việc được mua cổ phần với giá ưu đãi. Cổ phần được bán với giá ưu đãi là cổ phần phổ thông hoặc loại cổ phần khác được phép chuyển nhượng được bán cho một đối tượng nào đó như người lao động trong doanh nghiệp với giá thấp hơn (giá ưu đãi) so với giá bán ra bên ngoài.

*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. Cổ phiếu bắt buộc 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 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 sở 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 cổ phiếu bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác thì cổ đông được công ty cấp lại theo đề nghị của cổ đông đó.

*\* Đặc điểm về chủ sở hữu*

Khác với công ty TNHH, các chủ sở hữu – người góp vốn vào công ty cổ phần được gọi là cổ đông. Cổ đông có thể là tổ chức hoặc cá nhân Việt Nam hoặc nước ngoài. Số lượng cổ đông tối thiểu của công ty là 3 và không hạn chế số lượng tối đa. Luật Doanh nghiệp 2005 quy định số lượng cổ đông tối thiểu là phù hợp với thông lệ chung của pháp luật doanh nghiệp nhiều quốc gia trên thế giới. Công ty cổ phần là sự liên kết của nhiều thành viên để cùng chia sẻ rủi ro,

chia sẻ công việc kinh doanh – đặc trưng cơ bản của công ty đối vốn. Tuy nhiên hiện nay, đã và đang xuất hiện mô hình công ty cổ phần một thành viên làm thay đổi quan niệm phải có nhiều thành viên trong công ty cổ phần đã được một số nước triển khai.

Cổ đông là chủ sở hữu của công ty cổ phần, sở hữu một số lượng cổ phần nhất định. Luật Doanh nghiệp 2005 quy định số cổ phần tối thiểu mà một cổ đông phải sở hữu là một cổ phần, không quy định số lượng tối đa. Một cổ đông có thể sở hữu nhiều cổ phần, số lượng cổ phần sở hữu quyết định quyền và nghĩa vụ tương ứng. Sự khác nhau về số lượng cổ phần sở hữu thể hiện sự cách biệt về quyền và nghĩa vụ của các cổ đông trong công ty. Mặc dù, Luật Doanh nghiệp 2005 không quy định số lượng cổ phần tối đa mà một cổ đông được sở hữu, nhưng các cổ đông hoàn toàn có thể thỏa thuận ghi vào Điều lệ công ty để tránh tình trạng một cổ đông nắm giữ quá nhiều cổ phần chi phối, kiểm soát toàn bộ hoạt động của công ty. Trong công ty TNHH, Điều lệ công ty ghi rõ phần trăm (%) vốn góp của mỗi thành viên trên vốn điều lệ, đối với công ty cổ phần Điều lệ công ty sẽ ghi số cổ phần của mỗi cổ đông sở hữu chiếm bao nhiêu phần trăm (%) tổng số cổ phần của công ty.

Theo Khoản 4, Điều 86 Luật Doanh nghiệp 2005, nếu một cổ đông sở hữu đến 5% tổng số cổ phần trở lên của công ty thì phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền.

Khoản 11 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “Cổ đông là người sở hữu ít nhất một cổ phần đã phát hành của công ty cổ phần”.

Cổ phần đã phát hành là số cổ phần mà các cổ đông đã thanh toán đủ cho công ty.

Trong công ty cổ phần có thể có một số loại cổ đông sau: Cổ đông sáng lập, cổ đông phổ thông, cổ đông ưu đãi biểu quyết, cổ đông ưu đãi cổ tức, cổ đông ưu đãi hoàn lại... Ngoài cổ đông sáng lập, các loại cổ đông khác có tên gọi tương ứng với loại cổ phần mà cổ đông đó nắm giữ và loại cổ phần mà cổ đông nắm giữ sẽ quyết định địa vị pháp lý của cổ đông trong công ty.

*Cổ đông sáng lập* là cổ đông tham gia xây dựng, thông qua và ký vào bản Điều lệ đầu tiên của công ty cổ phần. Công ty cổ phần phải có tối thiểu 3 cổ đông, do vậy khi thành lập công ty cổ phần phải có ít nhất ba cổ đông sáng lập. Tuy nhiên không phải mọi trường hợp công ty cổ phần đều có cổ đông sáng lập, công ty cổ phần được chuyển đổi từ doanh nghiệp 100% vốn nhà nước hoặc từ công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc được chia, tách, hợp nhất, sáp nhập từ công ty cổ phần khác không nhất thiết phải có cổ đông sáng lập. Cũng có trường hợp cổ đông sáng lập không phải là cổ đông tham gia xây dựng, thông qua và ký vào bản Điều lệ đầu tiên của công ty cổ phần quy định tại Điểm c Khoản 3, Khoản 5 Điều 84 Luật Doanh nghiệp 2005.

Cổ đông sáng lập có một số quyền và nghĩa vụ khác biệt so với những cổ đông khác. Chỉ có cổ đông sáng lập mới có thể được sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết, các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền phát hành (chào bán) 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 cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Quy định này nhằm hạn chế hoạt động chuyển nhượng cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập. 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.

*Cổ đông phổ thông* là chủ sở hữu cổ phần phổ thông. Quyền của cổ đông phổ thông được quy định tại Điều 79 Luật Doanh nghiệp 2005, đó là những quyền rất cơ bản và quan trọng của cổ đông như: Được tham dự và phát biểu trong các Đại hội đồng cổ đông và thực hiện quyền biểu quyết trực tiếp hoặc thông qua đại diện được ủy quyền; Mỗi cổ phần phổ thông có một phiếu biểu quyết; Được nhận cổ tức với mức theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông; Được ưu tiên mua cổ phần mới chào bán tương ứng với tỷ lệ cổ phần phổ thông của từng cổ đông trong công ty; Được tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông khác và cho người không phải là cổ đông, trừ trường hợp hạn chế chuyển nhượng cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập... Mặc dù, đây là những quyền cơ bản nhưng thực tế trong thời gian qua rất nhiều công ty cổ phần đã vi phạm các quyền của cổ đông, không tạo điều kiện cho cổ đông thực hiện những quyền cơ bản của họ. Đặc biệt, tại Khoản 2 Điều 79 Luật Doanh nghiệp 2005 có quy định về quyền của cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất 6 tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty (cổ đông và nhóm cổ đông này còn được gọi là cổ đông, nhóm cổ đông lớn trong công ty). Điều này cho phép các cổ đông nhỏ được tập hợp thành nhóm cổ đông lớn và theo đó các cổ đông nhỏ sẽ có điều kiện tham gia hiệu quả hơn vào hoạt động quản lý của công ty.

Bên cạnh việc ghi nhận quyền của cổ đông phổ thông, Điều 80 Luật Doanh nghiệp 2005 còn quy định các nghĩa vụ cơ bản của cổ đông phổ thông như: nghĩa vụ thanh toán đủ số cổ phần cam kết mua; 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...

Các loại cổ đông khác trong công ty đều có những quyền và nghĩa vụ nhất định. Quyền của cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết, ưu đãi cổ tức, ưu đãi hoàn lại được quy định tương ứng tại Khoản 2 Điều 81, Khoản 2 Điều 82, Khoản 2 Điều 83 Luật Doanh nghiệp 2005.

*\* Đặc điểm về tư cách pháp lý*

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

*b) Cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động*

Là loại hình công ty mà vốn chia thành các cổ phần và được tự do chuyển nhượng để huy động vốn từ công chúng nên công ty cổ phần có rất nhiều thành viên, giữa các thành viên thường không có mối quan hệ liên kết ràng buộc lẫn nhau, quy mô của công ty lớn do đó việc tổ chức quản lý công ty sẽ phức tạp và chặt chẽ hơn rất nhiều so với các loại hình công ty có ít thành viên như công ty TNHH. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005, cơ cấu tổ chức quản lý công ty cổ phần bao gồm: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Ban kiểm soát (bắt buộc phải có 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). Để hoạt động quản lý công ty có hiệu quả, Luật Doanh nghiệp 2005 phân định thẩm quyền quản lý rõ ràng cho từng cơ quan trên.

*\* Đại hội đồng cổ đông*

Được quy định từ Điều 96 đến Điều 107 Luật Doanh nghiệp 2005.

Đại hội đồng cổ đông là cơ quan quyết định cao nhất của công ty cổ phần bao gồm tất cả cổ đông có quyền biểu quyết. Như vậy, Đại hội đồng cổ đông sẽ bao gồm các cổ đông phổ thông và cổ đông ưu đãi biểu quyết. Còn cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức, ưu đãi hoàn lại hoặc loại khác theo quy định tại Điều lệ công ty sẽ không được tham gia Đại hội đồng cổ đông.

Vị trí là cơ quan quyết định cao nhất trong công ty của Đại hội đồng cổ đông thể hiện ở quyền và nhiệm vụ được quy định tại Khoản 2 Điều 96 Luật Doanh nghiệp 2005. Đại hội đồng cổ đông quyết định một loạt các vấn đề quan trọng hàng đầu của công ty như: 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; 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 hằng năm; Quyết định mua lại trên 10% tổng số cổ phần đã bán của mỗi loại; Xem xét và xử lý các vi phạm của Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát gây thiệt hại cho công ty và cổ đông công ty; Quyết định tổ chức lại, giải thể công ty; Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty. Trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến hành thì cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ lệ công ty.

Những vấn đề thuộc thẩm quyền trên sẽ được Đại hội đồng cổ đông thảo luận và thông qua tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông. Đại hội đồng cổ đông họp thường niên hoặc bất thường, ít nhất mỗi năm họp một lần. Địa điểm họp Đại hội đồng cổ đông phải ở trên lãnh thổ Việt Nam. Đại hội đồng cổ đông thường niên phải họp 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.

Thẩm quyền triệu tập Đại hội đồng cổ đông: Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, cổ đông hoặc nhóm cổ đông quy định tại Khoản 2 Điều 79 Luật Doanh nghiệp 2005.

Danh sách cổ đông có quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông; Chương trình và nội dung họp Đại hội đồng cổ đông, mời họp và quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông được quy định cụ thể từ Điều 98 đến Điều 101 Luật Doanh nghiệp 2005.

Điều kiện tiến hành họp Đại hội đồng cổ đông: Đại hội đồng cổ đông có thể được triệu tập tới lần thứ ba: Lần thứ nhất cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 65% ngày dự định họp lần thứ nhất. Cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông triệu tập lần thứ hai được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 51% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Trường hợp cuộc họp triệu tập lần thứ hai không đủ điều kiện tiến hành thì được triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai. Trong trường hợp này cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông được tiến hành không phụ thuộc vào số cổ đông dự họp và tỷ lệ số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ đông dự họp.

Thế thức tiến hành họp và biểu quyết tại Đại hội đồng cổ đông quy định tại Điều 103 Luật Doanh nghiệp 2005.

### *Thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông:*

– Quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua dưới một trong hai hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản. Riêng đối với một số vấn đề sau đây phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông (trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định): Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; Thông qua định hướng phát triển công ty; Quyết định loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán; Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát; Quyết định đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác; Thông qua báo cáo tài chính hằng năm; Tổ chức lại, giải thể công ty.

– Điều kiện thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông :

+ Thông qua dưới hình thức biểu quyết tại cuộc họp: 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. Riêng đối với các quyết định về loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán; sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; tổ chức lại, giải thể công ty; đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác thì phải được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Việc biểu quyết bầu thành viên Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát được thực hiện theo phương thức bầu dồn phiếu, theo đó mỗi cổ đông có tổng số phiếu biểu quyết tương ứng với tổng số cổ phần sở hữu nhân với số thành viên được bầu của Hội đồng quản trị hoặc Ban kiểm soát và cổ đông có quyền dồn hết tổng số phiếu bầu của mình cho một hoặc một số ứng cử viên.

Phương thức bầu dồn phiếu sẽ cho phép tất cả các nhóm cổ đông sở hữu số lượng cổ phần từ ít tới nhiều trong công ty đều có cơ hội cử người đại diện cho mình tham gia vào Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát. Cụ thể Điều 29 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định: Phương thức dồn phiếu bầu được áp dụng đối với tất cả các công ty cổ phần, gồm tất cả các công ty niêm yết, trừ trường hợp pháp luật về chứng khoán có quy định khác. Trước và trong cuộc họp Đại hội đồng cổ đông, các cổ đông có quyền cùng nhau lập nhóm đề cử và dồn phiếu bầu cho người do họ đề cử. Số lượng ứng viên mà mỗi nhóm có quyền đề cử phụ thuộc vào số lượng ứng cử viên do Đại hội quyết định và tỷ lệ sở hữu cổ phần của mỗi

nhóm. Nếu Điều lệ công ty không quy định khác hoặc Đại hội đồng cổ đông không quyết định khác thì số lượng ứng cử viên mà các nhóm có quyền đề cử thực hiện như sau:

(1) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 10% đến dưới 20% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa một ứng cử viên;

(2) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 20% đến dưới 30% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa hai ứng cử viên;

(3) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 30% đến dưới 40% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa ba ứng cử viên;

(4) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 40% đến dưới 50% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa bốn ứng cử viên;

(5) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 50% đến dưới 60% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa năm ứng cử viên;

(6) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 60% đến dưới 70% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa sáu ứng cử viên;

(7) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 70% đến dưới 80% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa bảy ứng cử viên;

(8) Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu từ 80% đến dưới 90% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử tối đa tám ứng cử viên.

Người trúng cử thành viên Hội đồng quản trị hoặc thành viên Ban kiểm soát được xác định theo số phiếu bầu tính từ cao xuống thấp, bắt đầu từ ứng cử viên có số phiếu bầu cao nhất cho đến khi đủ số thành viên quy định tại Điều lệ công ty. Trường hợp có từ hai ứng cử viên trở lên đạt cùng số phiếu bầu như nhau cho thành viên cuối cùng của Hội đồng quản trị hoặc Ban kiểm soát thì sẽ tiến hành bầu lại trong số các ứng cử viên có số phiếu bầu ngang nhau hoặc lựa chọn theo quy chế bầu cử hoặc Điều lệ công ty.

Ngoài ra, Khoản 4, Điều 104 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định trường hợp đặc biệt khi mà quyết định của Đại hội đồng 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.

+ Thông qua dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản: Quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết chấp thuận, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Cũng tương tự như công ty trách nhiệm hữu hạn, trong công ty cổ phần cần lưu



ý các trường hợp ngoại lệ khi áp dụng trực tiếp các cam kết của Việt Nam khi gia nhập tổ chức thương mại thế giới (đã được trình bày trong phần công ty trách nhiệm hữu hạn) về những loại quyết định thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông, số đại biểu cần thiết trong quy trình bỏ phiếu và tỷ lệ đa số phiếu chính xác để ra quyết định của Đại hội đồng cổ đông.

*\* Hội đồng quản trị*

Được quy định từ Điều 108 đến Điều 115 Luật Doanh nghiệp 2005.

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. Như vậy, xét cấp quản lý thì Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý cấp dưới trực tiếp của Đại hội đồng cổ đông.

Hội đồng quản trị do Đại hội đồng cổ đông lập ra. Quyền và nhiệm vụ của Hội đồng quản trị theo quy định tại Khoản 2 Điều 108 Luật Doanh nghiệp 2005.

Đại hội đồng cổ đông lập ra Hội đồng quản trị với nhiệm kỳ là năm năm. Hội đồng quản trị có không ít hơn ba thành viên, không quá mười một thành viên, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác. Số thành viên Hội đồng quản trị phải thường trú ở Việt Nam do Điều lệ công ty quy định. Nhiệm kỳ của thành viên Hội đồng quản trị không quá năm năm và có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

Thành viên Hội đồng quản trị do Đại hội đồng cổ đông bầu ra. Để trở thành thành viên của Hội đồng quản trị phải đáp ứng các tiêu chuẩn và điều kiện quy định tại Điều 110 Luật Doanh nghiệp 2005.

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 của công ty mẹ.

Khoản 3 Điều 15 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP bổ sung trường hợp thành viên Hội đồng quản trị có thể là cổ đông sở hữu ít hơn 5% tổng số cổ phần thì giống với người không phải cổ đông phải có trình độ chuyên môn hoặc kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh hoặc trong ngành nghề kinh doanh chính của công ty.

Thành viên Hội đồng quản trị không nhất thiết phải là cổ đông của công ty: Việc miễn nhiệm, bãi nhiệm, và bổ sung thành viên Hội đồng quản trị do Đại hội đồng cổ đông tiến hành. Việc miễn nhiệm, bãi nhiệm phải được tiến hành dựa trên những căn cứ quy định tại Khoản 1, 2 Điều 115 Luật Doanh nghiệp 2005.

Người đứng đầu Hội đồng quản trị là Chủ tịch Hội đồng quản trị. Chủ tịch Hội đồng quản trị do Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị bầu Chủ tịch Hội đồng quản trị theo quy định tại Điều lệ công ty. Trường hợp Hội đồng quản trị bầu

Chủ tịch Hội đồng quản trị thì Chủ tịch được bầu trong số thành viên Hội đồng quản trị. Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng quản trị quy định tại Khoản 2, Điều 111 Luật Doanh nghiệp 2005.

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

Chủ tịch Hội đồng quản trị phải triệu tập họp Hội đồng quản trị khi có một trong các trường hợp: Có đề nghị của Ban kiểm soát; Có đề nghị của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc hoặc ít nhất năm người quản lý khác; Có đề nghị của ít nhất hai thành viên Hội đồng quản trị; Các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định.

Cuộc họp Hội đồng quản trị theo giấy triệu tập lần thứ nhất được tiến hành khi có từ ba phần tư tổng số thành viên trở lên dự họp. Trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ số thành viên dự họp theo quy định thì được triệu tập lần thứ hai trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất. Trong trường hợp này, cuộc họp được tiến hành nếu có hơn một nửa số thành viên Hội đồng quản trị dự họp.

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.

Hình thức thông qua: Các quyết định của Hội đồng quản trị có thể được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp, lấy ý kiến bằng văn bản hoặc hình thức khác do Điều lệ công ty quy định.

Điều kiện thông qua: Mỗi thành viên Hội đồng quản trị có một phiếu biểu quyết. Quyết định của Hội đồng quản trị được thông qua nếu được đa số thành viên dự họp chấp thuận; trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định cuối cùng thuộc về phía có ý kiến của Chủ tịch Hội đồng quản trị.

*\* Giám đốc hoặc Tổng giám đốc*

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

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc do Hội đồng quản trị bổ nhiệm một trong số thành viên Hội đồng quản trị hoặc thuê người khác làm Giám đốc.

Quyền và nhiệm vụ của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc quy định tại Khoản 3 Điều 116 Luật Doanh nghiệp 2005.

Nhiệm kỳ của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc không quá năm năm và có thể được bổ nhiệm lại với nhiệm kỳ không hạn chế.

Để trở thành Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc phải đáp ứng các tiêu chuẩn và điều kiện do pháp luật quy định. Luật Doanh nghiệp 2005 quy định Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty cổ phần sẽ phải đáp ứng các tiêu chuẩn và điều kiện giống như Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty TNHH hai thành viên trở lên được quy định tại Điều 57 Luật Doanh nghiệp 2005. Ngoài ra, khác với Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty TNHH, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty cổ phần không được đồng thời làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc của doanh nghiệp khác. Điều này có nghĩa là Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty cổ phần sẽ không được đồng thời làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc Công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty TNHH một thành viên, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân và công ty cổ phần khác.

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định Chủ tịch Hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật của công ty.

#### *\* Ban kiểm soát*

Được quy định từ Điều 121 đến Điều 127 Luật Doanh nghiệp 2005

Ban kiểm soát là cơ quan giúp cho Đại hội đồng cổ đông – các cổ đông công ty kiểm soát các hoạt động của Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty. Điều 95 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định Công ty cổ phần bắt buộc phải có Ban kiểm soát trong trường hợp 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.

Ban kiểm soát có từ ba đến năm thành viên nếu Điều lệ công ty không có quy định khác; Nhiệm kỳ của Ban kiểm soát không quá năm năm; thành viên Ban

kiểm soát có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Các thành viên Ban kiểm soát bầu một người trong số họ làm Trưởng Ban kiểm soát. Quyền và nhiệm vụ của 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.

Việc bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên Ban kiểm soát do Đại hội đồng cổ đông quyết định. Riêng việc miễn nhiệm, bãi nhiệm Ban kiểm soát phải dựa trên các căn cứ được quy định tại Điều 127 Luật Doanh nghiệp 2005.

Với chức năng kiểm soát các hoạt động của công ty, nên để đảm bảo sự chính xác, khách quan trong hoạt động kiểm soát của Ban Kiểm soát, đòi hỏi các thành viên Ban kiểm soát phải đáp ứng những tiêu chuẩn và điều kiện nhất định được quy định tại Điều 122 Luật Doanh nghiệp 2005.

Thành viên Ban kiểm soát được hưởng thù lao và các lợi ích theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty. Đồng thời, các thành viên này cũng phải đảm bảo thực hiện các nghĩa vụ được pháp luật và Điều lệ công ty quy định.

### **3. Công ty hợp danh**

Là loại hình công ty đối nhân duy nhất được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005. Công ty hợp danh theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 mang những đặc trưng của một công ty đối nhân như việc thành lập công ty dựa trên sự liên kết chặt chẽ về nhân thân, việc góp vốn không phải là yếu tố chi phối khi các thành viên lập công ty, các thành viên công ty phải chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty... Tuy nhiên loại hình công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp 2005 có những đặc điểm đặc thù riêng mặc dù Luật này mới chỉ dành một số điều khoản khiêm tốn điều chỉnh loại hình doanh nghiệp này.

#### ***a) Khái niệm, đặc điểm***

Công ty hợp danh được quy định từ Điều 130 đến Điều 140 Luật Doanh nghiệp 2005. Loại hình công ty này có những đặc điểm đặc trưng sau:

#### ***\* Đặc điểm về thành viên***

Thành viên là đặc điểm khác biệt lớn nhất giữa công ty hợp danh và các loại hình công ty khác. Trong công ty hợp danh có thể có hai loại thành viên: Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn. Công ty hợp danh bắt buộc phải có ít nhất hai thành viên hợp danh, có thể có hoặc không có thành viên góp vốn.

Thành viên hợp danh là chủ sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung. Thành viên này bắt buộc phải là cá nhân không thể là tổ chức, chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty. Khác

với thành viên hợp danh, thành viên góp vốn có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Mặc dù, đều là thành viên của công ty nhưng thành viên hợp danh và thành viên góp vốn có địa vị pháp lý rất khác nhau.

Thành viên hợp danh là thành viên không chỉ góp vốn vào công ty mà họ còn tham gia công ty bằng các yếu tố nhân thân. Thành viên hợp danh là những người có vai trò quyết định trong công ty, vai trò đó được thể hiện bằng quyền và nghĩa vụ của thành viên hợp danh quy định tại Điều 134 Luật Doanh nghiệp 2005 như: Có quyền 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; Sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký; 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; Được chia lợi nhuận tương ứng với tỷ lệ vốn góp hoặc theo thỏa thuận quy định tại Điều lệ công ty... Bên cạnh đó, thành viên hợp danh còn có các nghĩa vụ như: Phải 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; 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...

Với vị trí, vai trò quyết định và chế độ chịu trách nhiệm vô hạn trong công ty nên để bảo vệ quyền lợi ích của các thành viên trong công ty, pháp luật quy định những hạn chế đối với thành viên hợp danh là thành viên hợp danh không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác, trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại. Thành viên hợp danh không được quyền nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác thực hiện kinh doanh cùng ngành, nghề kinh doanh của công ty đó để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác. Thành viên hợp danh không được quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại.

Đồng thời, pháp luật quy định các trường hợp chấm dứt tư cách thành viên hợp danh trong công ty (Điều 138 Luật Doanh nghiệp 2005).

Với chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn bằng những tài sản góp vào công ty, đối ngược với chế độ trách nhiệm vô hạn của thành viên hợp danh, quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn trong công ty hợp danh bị hạn chế so với thành viên hợp danh mà điển hình là thành viên góp vốn không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty. Quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn được quy định tại Điều 140 Luật Doanh nghiệp 2005.

*\* Đặc điểm về tư cách pháp lý*

Công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Quy định này của Luật Doanh nghiệp 2005 khác hoàn toàn với quy định trong Luật Doanh nghiệp 1999, theo đó ghi nhận công ty hợp danh không có tư cách pháp nhân. Việc ghi nhận tư cách pháp nhân của công ty hợp danh là quy định rất riêng của Luật Doanh nghiệp 2005 bởi vì về bản chất trong công ty đối nhân nói chung, công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp 2005 nói riêng đều không có sự tách bạch tài sản giữa tài sản của thành viên hợp danh và tài sản của công ty. Nếu không có sự độc lập về tài sản như vậy thì công ty hợp danh không thể có tư cách pháp nhân.

*\* Đặc điểm về người đại diện theo pháp luật của công ty*

Trong công ty TNHH hay công ty cổ phần, người đại diện theo pháp luật của công ty là một người cụ thể nào đó giữ chức vụ giám đốc hoặc chủ tịch Hội đồng thành viên trong công ty TNHH, Giám đốc hoặc chủ tịch Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần... Nhưng trong công ty hợp danh không chỉ có một người đại diện theo pháp luật mà tất cả các thành viên hợp danh đều có tư cách đại diện cho công ty, đều có quyền nhân danh công ty.

*\* Đặc điểm về khả năng huy động vốn*

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

*b) Cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động*

Tổ chức quản lý và hoạt động của Công ty hợp danh được trao cho hệ thống cơ quan trong công ty bao gồm: Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty, thành viên hợp danh.

*\* Hội đồng thành viên*

Hội đồng thành viên là cơ quan quyết định cao nhất trong công ty hợp danh bao gồm tất cả thành viên công ty hợp lại (thành viên hợp danh và thành viên góp vốn). Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả công việc kinh doanh của công ty.

Mặc dù Hội đồng thành viên bao gồm cả thành viên hợp danh và thành viên góp vốn và Luật Doanh nghiệp 2005 cũng ghi nhận thành viên góp vốn có quyền 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 thành viên góp vốn nhưng sự tham gia và biểu quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền của Hội đồng thành viên của thành viên hợp danh mới có vai trò quyết định.

Thành viên hợp danh có quyền yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên để thảo luận và quyết định công việc kinh doanh của công ty. Thành viên yêu cầu triệu tập họp phải chuẩn bị nội dung, chương trình và tài liệu họp. Nếu Điều lệ công ty không quy định thì quyết định các vấn đề sau đây phải được ít nhất *ba phần tư* tổng số thành viên hợp danh chấp thuận: Phương hướng phát triển công ty; Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; Tiếp nhận thêm thành viên hợp danh mới; Chấp nhận thành viên hợp danh rút khỏi công ty hoặc quyết định khai trừ thành viên; Quyết định dự án đầu tư; Quyết định việc vay và huy động vốn dưới hình thức khác, cho vay với giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định một tỷ lệ khác cao hơn; Quyết định mua, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định một tỷ lệ khác cao hơn; Quyết định thông qua báo cáo tài chính hằng năm, tổng số lợi nhuận được chia và số lợi nhuận chia cho từng thành viên; Quyết định giải thể công ty. Ngoài các vấn đề này, quyết định của Hội đồng thành viên sẽ được thông qua nếu được ít nhất hai phần ba tổng số thành viên hợp danh chấp thuận, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

*\* Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty*

Hội đồng thành viên bầu một thành viên hợp danh làm Chủ tịch Hội đồng thành viên, đồng thời kiêm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc có các nhiệm vụ: Quản lý và điều hành công việc kinh doanh hằng 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; 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 số 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.

*\* Thành viên hợp danh*

Trong quản lý, điều hành của từng loại hình công ty, các thành viên công ty TNHH, cổ đông công ty cổ phần có thể tham gia vào hoạt động quản lý công ty hoặc không. Đối với công ty hợp danh, tất cả thành viên hợp danh đều có quyền đại diện cho 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. Các thành viên đều được sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký. Trong khi đó các thành viên góp vốn không được tham gia quản lý công ty, không được nhân danh công ty, chỉ được nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác tiến hành kinh doanh các ngành, nghề đã đăng ký của công ty.

### **III. PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN**

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005, doanh nghiệp tư nhân tồn tại trong nền kinh tế với tư cách một loại hình doanh nghiệp có địa vị pháp lý độc lập bên cạnh các loại hình doanh nghiệp khác được điều chỉnh bởi Luật này.

#### **1. Khái niệm, đặc điểm**

Doanh nghiệp tư nhân được quy định từ Điều 141 đến Điều 145 Luật Doanh nghiệp 2005. So với các loại hình doanh nghiệp khác doanh nghiệp tư nhân có những đặc điểm đặc trưng sau:

*Thứ nhất*, đặc điểm về chủ sở hữu. Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ. Chủ doanh nghiệp tư nhân chỉ có thể là cá nhân chứ không thể là tổ chức như công ty TNHH một thành viên. Cá nhân muốn làm chủ doanh nghiệp tư nhân phải thỏa mãn điều kiện do pháp luật quy định mà trước hết phải không thuộc trường hợp cấm thành lập doanh nghiệp quy định tại Khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005. Ngoài ra, theo quy định tại khoản 3 Điều 141 Luật Doanh nghiệp 2005, Khoản 2 Điều 12 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định mỗi cá nhân chỉ được quyền thành lập một doanh nghiệp tư nhân và không được đồng thời làm thành viên hợp danh của công ty hợp danh, chủ hộ kinh doanh. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 chủ doanh nghiệp tư nhân có thể là cá nhân Việt Nam hoặc người nước ngoài (việc thành lập doanh nghiệp tư nhân của người nước ngoài do Chính phủ quy định cụ thể theo Luật Đầu tư 2005).

*Thứ hai*, đặc điểm về vốn. Toàn bộ vốn ban đầu khi thành lập doanh nghiệp tư nhân là tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân. Chủ doanh nghiệp tư nhân dùng tài sản thuộc quyền sở hữu hoặc sử dụng hợp pháp của mình để đầu tư thành lập doanh nghiệp.



Vốn chủ doanh nghiệp đăng ký khi thành lập doanh nghiệp được gọi là vốn đầu tư. Vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp sẽ phải lớn hơn hoặc tối thiểu bằng vốn pháp định đối với những ngành nghề kinh doanh đòi hỏi phải có vốn pháp định.

Chủ doanh nghiệp có nghĩa vụ đăng ký chính xác tổng số vốn đầu tư, trong đó nêu rõ số vốn bằng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng và các tài sản khác; Đối với vốn bằng tài sản khác còn phải ghi rõ loại tài sản, số lượng và giá trị còn lại của mỗi loại tài sản. 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.

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

*Thứ ba*, đặc điểm về giới hạn trách nhiệm của chủ doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp (chịu trách nhiệm vô hạn). Đây là điểm khác biệt giữa chủ doanh nghiệp tư nhân và chủ sở hữu trong công ty TNHH một thành viên, thành viên công ty TNHH hai thành viên trở lên, thành viên góp vốn công ty hợp danh, cổ đông công ty cổ phần. Chủ doanh nghiệp tư nhân không chỉ chịu trách nhiệm về hoạt động của doanh nghiệp trong phạm vi phần vốn đã đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh mà phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình kể cả tài sản không đưa vào hoạt động kinh doanh. Với chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân đã quyết định tư cách pháp lý của doanh nghiệp và đồng thời Luật cũng không cho phép doanh nghiệp tư nhân được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

*Thứ tư*, đặc điểm về tư cách pháp lý và mối quan hệ giữa sở hữu và quản lý trong doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005, đây là loại hình doanh nghiệp duy nhất không có tư cách pháp nhân. Sở dĩ, doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân vì nó không đáp ứng tiêu chuẩn có sự độc lập về tài sản. Trong doanh nghiệp tư nhân tài sản của chủ doanh nghiệp và tài sản doanh nghiệp là không tách bạch như đã phân tích ở trên.

Trong doanh nghiệp tư nhân, chủ doanh nghiệp là cá nhân duy nhất đầu tư tài sản vào doanh nghiệp và chủ sở hữu duy nhất của doanh nghiệp. Do đó ở doanh nghiệp tư nhân không có sự phân biệt giữa doanh nghiệp và chủ doanh nghiệp, không có sự tách bạch giữa sở hữu và quản lý. Chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định đối với tất cả hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp

tư nhân có thể trực tiếp hoặc thuê người khác quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh. Ngay cả trong trường hợp thuê người khác làm Giám đốc quản lý doanh nghiệp thì chủ doanh nghiệp tư nhân phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh và vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp

## **2. Cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động**

Trong doanh nghiệp tư nhân chủ doanh nghiệp có toàn quyền quyết định đối với tất cả hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp cho nên chủ doanh nghiệp sẽ có quyền quyết định toàn bộ cơ cấu tổ chức quản lý của công ty sao cho phù hợp và đáp ứng yêu cầu hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Trong thực tế, chủ doanh nghiệp tư nhân thường đồng thời là Giám đốc doanh nghiệp. Tuy nhiên, trường hợp cần thiết chủ doanh nghiệp sẽ thuê người khác làm Giám đốc quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh doanh nghiệp. Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp trong mọi trường hợp kể cả trường hợp thuê Giám đốc luôn là chủ doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài hoặc Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp.

Vừa là chủ sở hữu doanh nghiệp lại vừa là người đứng ra quản lý, đại diện theo pháp luật cho doanh nghiệp, pháp luật còn ghi nhận cho chủ doanh nghiệp tư nhân những quyền rất đặc thù mà chỉ có ở loại hình doanh nghiệp này. Đó là quyền cho thuê doanh nghiệp và bán doanh nghiệp.

– *Cho thuê doanh nghiệp*: Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp của mình. Cho thuê doanh nghiệp ở đây có nghĩa là chủ doanh nghiệp tư nhân đã chuyển quyền sử dụng doanh nghiệp cho người khác sử dụng. Tuy nhiên, việc chuyển quyền sử dụng không làm chấm dứt tư cách pháp lý của doanh nghiệp tư nhân. Trong thời hạn cho thuê, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm trước pháp luật với tư cách là chủ sở hữu doanh nghiệp. Để tránh những rủi ro có thể mang lại trong quá trình cho thuê thì chủ doanh nghiệp có thể thỏa thuận toàn bộ quyền và trách nhiệm của chủ doanh nghiệp và người thuê đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp trong hợp đồng thuê. Người thuê sẽ phải tuân thủ những thỏa thuận đó trong quá trình sử dụng doanh nghiệp. Vì không làm chấm dứt hay chuyển giao tư cách pháp lý của doanh nghiệp cho thuê nên chủ doanh nghiệp tư nhân phải báo cáo bằng văn bản kèm theo bản sao hợp đồng cho thuê có công chứng đến cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế.

– *Bán doanh nghiệp*: Cùng với cho thuê doanh nghiệp thì chủ doanh nghiệp tư nhân còn có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Bán doanh nghiệp đồng nghĩa với việc chủ doanh nghiệp chuyển quyền sở hữu doanh nghiệp của mình cho người khác. Việc chuyển quyền sở hữu này sẽ không bao gồm việc

chuyển cả tư cách pháp lý của doanh nghiệp từ chủ doanh nghiệp sang người khác vì Khoản 4 Điều 145 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định sau khi mua doanh nghiệp người mua phải đăng ký kinh doanh lại theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005. Như vậy, sau khi bán doanh nghiệp tư nhân được bán sẽ chấm dứt tư cách pháp lý trên thực tế, người mua sẽ sử dụng cơ sở vật chất của doanh nghiệp được bán để đăng ký doanh nghiệp mới. Do doanh nghiệp tư nhân bị bán sẽ chấm dứt hoạt động nên sau khi bán doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác mà doanh nghiệp chưa thực hiện, trừ trường hợp người mua, người bán và chủ nợ của doanh nghiệp có thỏa thuận khác. Chậm nhất mười lăm ngày trước ngày chuyển giao doanh nghiệp cho người mua, chủ doanh nghiệp phải thông báo bằng văn bản cho cơ quan đăng ký kinh doanh. Thông báo phải nêu rõ tên, trụ sở của doanh nghiệp; tên, địa chỉ của người mua; tổng số nợ chưa thanh toán của doanh nghiệp; tên, địa chỉ, số nợ và thời hạn thanh toán cho từng chủ nợ; hợp đồng lao động và các hợp đồng khác đã ký mà chưa thực hiện xong và cách thức giải quyết các hợp đồng đó.

#### **IV. PHÁP LUẬT VỀ NHÓM CÔNG TY**

Điều 1 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “Luật này quy định về việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân thuộc mọi thành phần kinh tế (sau đây gọi chung là doanh nghiệp); quy định về nhóm công ty”. Lần đầu tiên, khái niệm về nhóm công ty được ghi nhận trong Luật Doanh nghiệp 2005. Khoản 1 Điều 146 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “Nhóm công ty là tập hợp các công ty có mối quan hệ gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác”. Nhóm công ty bao gồm hình thức công ty mẹ – công ty con, tập đoàn kinh tế và các hình thức khác nếu có. Dưới đây, tập trung nghiên cứu hai loại hình nhóm công ty là công ty mẹ – công ty con và tập đoàn kinh tế.

##### **1. Công ty mẹ – công ty con**

Khái niệm công ty mẹ – công ty con không phải là khái niệm mới, nhắc đến công ty mẹ – công ty con có thể liên tưởng ngay tới mức độ sở hữu vốn giữa các công ty với nhau. Thực chất, một công ty được coi là công ty mẹ của công ty khác không chỉ dừng lại ở yếu tố sở hữu vốn mà còn có thể có những yếu tố khác. Khoản 15 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định một công ty được coi là công ty mẹ của công ty khác nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

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

– 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;

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

Như vậy, không dừng lại ở yếu tố vốn, một công ty có thể được coi là công ty mẹ của công ty khác cả trong trường hợp nó có quyền chi phối tới cơ cấu tổ chức và hoạt động của công ty đó. Mô hình công ty mẹ – công ty con có một số đặc trưng sau:

*Thứ nhất*, công ty mẹ, công ty con là hai thực thể pháp lý độc lập, có sản nghiệp riêng. Khoản 3 Điều 38 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định công ty mẹ, công ty con có thể được tổ chức dưới hình thức công ty cổ phần hoặc công ty TNHH theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp và pháp luật có liên quan.

*Thứ hai*, công ty mẹ chi phối đối với các quyết định liên quan đến hoạt động của công ty con thông qua một số hình thức như quyền bỏ phiếu chi phối đối với các quyết định của công ty con, quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm thành viên hội đồng quản trị hoặc các vị trí khác trong công ty hoặc có quyền tham gia quản lý, điều hành công ty.

*Thứ ba*, vị trí công ty mẹ, công ty con chỉ xét trong mối quan hệ giữa hai công ty với nhau và mang tính chất tương đối. Một công ty có thể là công ty mẹ của công ty khác nhưng lại có thể là công ty con của một công ty khác.

*Thứ tư*, trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con là trách nhiệm hữu hạn. Nếu công ty con là công ty TNHH thì công ty mẹ chỉ chịu trách nhiệm đối với phần vốn góp hay cổ phần của mình, nhưng do mối quan hệ có tính chất chi phối các quyết định của công ty con nên pháp luật nhiều nước bắt buộc công ty mẹ phải chịu trách nhiệm liên đới về những ảnh hưởng của công ty mẹ đối với công ty con. Điều 147 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định quyền và trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con: Tùy thuộc vào loại hình pháp lý của công ty con, công ty mẹ thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình với tư cách là thành viên, chủ sở hữu hoặc cổ đông trong quan hệ với công ty con theo quy định tương ứng của Luật Doanh nghiệp 2005 và pháp luật có liên quan. Trường hợp công ty mẹ can thiệp ngoài thẩm quyền của chủ sở hữu, thành viên hoặc cổ đông và buộc công ty con phải thực hiện hoạt động kinh doanh trái với thông lệ kinh doanh bình thường hoặc thực hiện hoạt động không sinh lợi mà không đền bù hợp lý trong năm tài chính có liên quan, gây thiệt hại cho công ty con thì công ty mẹ phải chịu trách nhiệm về thiệt hại đó. Ngoài ra, theo thông lệ của pháp luật nhiều nước trên thế giới và theo Chuẩn mực Kế toán Quốc tế, Luật Doanh nghiệp 2005 cũng yêu cầu vào thời điểm kết thúc năm tài chính, công ty mẹ phải lập báo cáo, tài liệu theo quy định của pháp luật và một số báo cáo sau: Báo cáo tài chính hợp nhất của nhóm công ty theo quy định của pháp luật về kế toán; Báo cáo tổng hợp

kết quả kinh doanh hằng năm của nhóm công ty; Báo cáo tổng hợp công tác quản lý, điều hành của nhóm công ty.

*Thứ năm*, mô hình công ty mẹ – công ty con sẽ tạo ra các nhóm công ty có quy mô lớn, có chiều sâu không hạn chế, bởi công ty con có thể là công ty mẹ của một hay một số công ty con khác, hình thành lên cơ cấu nhóm công ty có dạng công ty mẹ, công ty con, công ty cháu (công ty con của công ty con)...

Với những đặc điểm trên mô hình công ty mẹ – công ty con thể hiện rất nhiều ưu điểm và có ý nghĩa trong thực tế hoạt động kinh doanh. Áp dụng mô hình này doanh nghiệp có cơ hội xác lập một cơ chế phân cấp triệt để, doanh nghiệp có thể tách các đơn vị kinh doanh phụ thuộc thành các thực thể pháp lý độc lập – công ty con, giúp cho hoạt động của công ty con độc lập và hiệu quả hơn, tạo sự tự chủ, năng động, sáng tạo. Hơn nữa, với mô hình này doanh nghiệp có thể thực hiện sự liên kết với các doanh nghiệp khác nhằm chia sẻ các năng lực, tác dụng các thế mạnh của các cổ đông, thành viên... bằng cách cùng nhau đầu tư lập các công ty con. Đồng thời còn cho phép các doanh nghiệp chủ động hơn trong việc bố trí và tái bố trí lại cơ cấu đầu tư vào các lĩnh vực khác nhau theo chiến lược phát triển của doanh nghiệp bằng việc mua, bán cổ phần của mình trong các công ty con; cho phép doanh nghiệp huy động vốn để mở rộng sản xuất kinh doanh bằng cách thành lập công ty con mới trong điều kiện vừa có thể kiểm soát được doanh nghiệp mới thành lập một cách hiệu quả, vừa không bị nhả đầu tư chi phối đối với doanh nghiệp cũ.

Trong thời gian qua, mô hình công ty mẹ – công ty con đã được nghiên cứu và áp dụng nhiều trong thực tế, đặc biệt đối với khu vực kinh tế nhà nước. Tuy nhiên, cần phải nhận thấy một thực trạng là hiện nay chúng ta chưa có một cơ sở pháp lý đầy đủ để điều chỉnh hoạt động của mô hình này.

## **2. Tập đoàn kinh tế**

Điều 149 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “Tập đoàn kinh tế là nhóm công ty có quy mô lớn...”.

Hướng dẫn bổ sung khái niệm trên Điều 38 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP quy định: “1. Tập đoàn kinh tế bao gồm nhóm các công ty có quy mô lớn, có tư cách pháp nhân, được hình thành trên cơ sở tập hợp, liên kết thông qua đầu tư, góp vốn, sáp nhập, mua lại, tổ chức lại hoặc các hình thức liên kết khác; gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác tạo thành tổ hợp kinh doanh có từ hai cấp doanh nghiệp trở lên dưới hình thức công ty mẹ – công ty con.

2. Tập đoàn kinh tế không có tư cách pháp nhân, không phải đăng ký kinh doanh theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Việc tổ chức hoạt động của tập đoàn do các công ty lập thành tập đoàn tự thỏa thuận quyết định”.

Từ những quy định trên có thể thấy, mô hình tập đoàn kinh tế theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 có một số đặc trưng sau:

*Thứ nhất:* Tập đoàn kinh tế không có tư cách pháp nhân, không phải đăng ký kinh doanh.

*Thứ hai:* Tập đoàn kinh tế tồn tại dưới hình thức chủ yếu là theo mô hình công ty mẹ – công ty con.

*Thứ ba:* Việc tổ chức hoạt động của tập đoàn do các công ty thành lập tự thỏa thuận quyết định.

Hiện nay, ở nước ta tập đoàn kinh tế bao gồm hai loại là tập đoàn kinh tế nhà nước và tập đoàn kinh tế tư nhân.

## CÂU HỎI ÔN TẬP CHƯƠNG 2

1. Nếu nội dung cơ bản của các quy định pháp luật hiện hành về điều kiện thành lập doanh nghiệp.

2. Nếu những cá nhân và tổ chức bị cấm tham gia thành lập và quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật hiện hành.

3. Dựa trên cơ sở các quy định của pháp luật hiện hành, hãy nêu những ngành nghề kinh doanh bị cấm, ngành nghề kinh doanh có điều kiện và các loại điều kiện kinh doanh.

4. Nêu những quy định cơ bản của pháp luật hiện hành đối với việc đặt, đăng ký và sử dụng tên; địa chỉ doanh nghiệp.

5. Phân tích các thủ tục cơ bản trong đăng ký thành lập mới doanh nghiệp.

6. Nêu trình tự đăng ký doanh nghiệp theo quy định của pháp luật hiện hành.

7. Bằng những quy định của pháp luật về điều kiện và thủ tục thành lập doanh nghiệp hiện hành, chứng minh sự bảo đảm quyền tự do kinh doanh cho nhà đầu tư ở Việt Nam hiện nay.

8. Phân biệt vốn điều lệ, vốn đầu tư, vốn pháp định theo quy định của pháp luật doanh nghiệp hiện hành.

9. Phân tích khái niệm, đặc điểm, cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động của doanh nghiệp tư nhân theo quy định của pháp luật hiện hành.

10. Phân tích khái niệm, đặc điểm, cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động của công ty có phần theo quy định của pháp luật hiện hành.

11. Phân tích khái niệm, đặc điểm, cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động của công ty TNHH một thành viên theo quy định của pháp luật hiện hành.

12. Phân tích khái niệm, đặc điểm, cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động của công ty TNHH hai thành viên trở lên theo quy định của pháp luật hiện hành.

13. Phân tích khái niệm, đặc điểm, cơ cấu tổ chức quản lý và hoạt động của công ty TNHH hợp danh theo quy định của pháp luật hiện hành.

14. Phân tích những điểm giống và khác nhau giữa mô hình công ty TNHH một thành viên và doanh nghiệp tư nhân theo quy định của pháp luật hiện hành.

15. Phân tích những điểm giống và khác nhau giữa mô hình công ty TNHH hai thành viên và công ty TNHH một thành viên theo quy định hiện hành

## Chương 3

# PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG KINH DOANH, THƯƠNG MẠI

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

### **I. KHÁI QUÁT PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG VÀ HỢP ĐỒNG DÂN SỰ Ở VIỆT NAM**

#### **1. Khái niệm hợp đồng và hợp đồng dân sự**

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

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

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

Để được coi là sự thoả thuận thì hợp đồng phải thể hiện ý chí tự nguyện của các

bên tham gia quan hệ hợp đồng. Đó là nguyên tắc tự do hợp đồng, nguyên tắc này cho phép các cá nhân, tổ chức được tự do quyết định việc giao kết hợp đồng với ai, như thế nào, về cái gì, vào thời điểm nào. Quan hệ hợp đồng này phải diễn ra trong một quan hệ xã hội nhất định và xuất phát từ lợi ích của mỗi bên, nhằm hướng tới các đối tượng, nghĩa vụ của hợp đồng. Tuy nhiên, hợp đồng sẽ không có hiệu lực pháp lý nếu những nghĩa vụ được thoả thuận trong hợp đồng trái pháp luật hay trái với đạo đức xã hội.

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

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

Hợp đồng dân sự là những giao dịch dân sự phổ biến, là căn cứ chủ yếu làm phát sinh nghĩa vụ dân sự.

## 2. Phân loại hợp đồng

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

### 2.1. Theo lĩnh vực áp dụng của hợp đồng

– *Hợp đồng thương mại*: Hợp đồng giữa các thương nhân để thực hiện các hoạt động thương mại như mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ.

– *Hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất*: Hợp đồng giữa các bên liên quan đến việc chuyển quyền sử dụng đất như chuyển nhượng, chuyển đổi, cho thuê, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất theo quy định của Bộ luật Dân sự và pháp luật về đất đai.

– *Hợp đồng chuyển giao quyền tài sản của quyền tác giả*: “Việc chuyển giao một phần hoặc toàn bộ quyền tài sản thuộc quyền tác giả được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng chuyển giao quyền tác giả phải được lập thành văn bản.”



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

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

– *Hợp đồng giao thầu*: Những hợp đồng ký kết giữa chủ đầu tư và nhà thầu được lựa chọn trên cơ sở thoả thuận giữa các bên phù hợp với quyết định phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu.

Và những hợp đồng cụ thể trong các lĩnh vực kinh doanh đặc thù khác.

## **2.2. Theo hình thức đầu tư**

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

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

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

– *Hợp đồng hợp tác kinh doanh* (sau đây gọi tắt là Hợp đồng BCC): là hình thức đầu tư được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh phân chia lợi

nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập pháp nhân.

Ngoài các tiêu chí phân loại trên, hợp đồng còn có thể được phân loại theo các tiêu chí khác như theo nội dung của hợp đồng (gồm hợp đồng kinh doanh, thương mại, hợp đồng lao động, hợp đồng dân sự theo nghĩa hẹp), theo sự tương xứng của quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong hợp đồng (gồm hợp đồng song vụ, hợp đồng đơn vụ), theo hình thức của hợp đồng (gồm hợp đồng bằng văn bản, hợp đồng bằng miệng, hợp đồng bằng hành vi cụ thể)... Nhưng trong phạm vi nghiên cứu của chương này là Pháp luật về hợp đồng kinh doanh, thương mại nên tiếp theo đây sẽ là cách phân loại hợp đồng theo tính thông dụng của hợp đồng với ý nghĩa hợp đồng dân sự bao hàm cả hợp đồng kinh doanh, thương mại cũng như hợp đồng lao động.

### ***2.3. Theo tính thông dụng của hợp đồng***

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

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

– *Hợp đồng tặng cho tài sản*: “Hợp đồng tặng cho tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên tặng cho giao tài sản của mình và chuyển quyền sở hữu cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù, còn bên được tặng cho đồng ý nhận.” (Điều 465 Bộ luật Dân sự)

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

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

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

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

– *Hợp đồng vận chuyển:*

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

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

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

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

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

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

– *Hứa thưởng và thi có giải:*

+ *Hứa thưởng:*

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

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

+ *Thi có giải:*

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

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

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

### **3. Hệ thống văn bản pháp luật hiện hành về hợp đồng kinh doanh, thương mại**

Xuất phát từ phạm vi nghiên cứu của chương này là những hợp đồng có mục đích lợi nhuận, chủ thể là những tổ chức kinh tế, cá nhân kinh doanh có đăng ký kinh doanh, cho nên ở đây tập trung đề cập nguồn pháp luật hiện hành về hợp đồng trong kinh doanh thương mại.

Tháng 12-1986, Đại hội toàn quốc lần thứ VI Đảng Cộng sản Việt Nam đã quyết định đổi mới cơ chế quản lý kinh tế theo hướng xoá bỏ tập trung quan liêu bao cấp, xây dựng cơ chế mới phù hợp với quy luật khách quan và với trình độ phát triển cơ sở kinh tế. Theo đó, nền kinh tế Việt Nam được xác định là có các đặc trưng quan trọng như: có nhiều thành phần kinh tế; coi trọng việc sử dụng đúng đắn các quan hệ hàng hoá – tiền tệ; bảo đảm quyền tự chủ kinh doanh của doanh nghiệp trong việc tiếp cận với nhu cầu thị trường; khai thác mọi khả năng để phát triển sản xuất kinh doanh nhằm thực hiện các mục tiêu, kế hoạch của doanh nghiệp. Cơ chế quản lý kinh tế mới đòi hỏi phải rà soát lại tất cả các chính sách, chế độ, trong đó có pháp luật về hợp đồng kinh tế. Vì vậy, ngày 25-9-1989, Hội đồng Nhà nước đã thông qua Pháp lệnh hợp đồng kinh tế và sau đó một loạt các văn bản như Nghị định 17/HĐBT, Quyết định số 18/HĐBT ngày 16-1-1990 và nhiều văn bản hướng dẫn khác đã được ban hành. Bộ luật Dân sự do Quốc hội thông qua ngày 28-10-1995 có nhiều quy định về hợp đồng dân sự. Luật Thương mại do Quốc hội thông qua ngày 10-5-1997 cũng có những quy định mới về hợp đồng cho một số hành vi thương mại nhưng thực tế các quan hệ hợp đồng trong kinh doanh thương mại vẫn lấy Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế là căn cứ áp dụng chủ yếu. Nội dung cụ thể của chế độ pháp lý về hợp đồng quy định trong các văn bản pháp luật nêu trên có nhiều điểm không thống nhất.

Theo quy luật kinh tế khách quan, khi cơ sở kinh tế thay đổi, tạo ra những thành tựu to lớn của các thành phần kinh tế, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế được ban hành từ năm 1989 đã lộ rõ nhiều bất cập. Trong điều kiện đó, việc hoàn thiện, đổi mới các quy định của pháp luật về hợp đồng là vấn đề được đặt ra hết sức cấp thiết, có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo cơ sở pháp lý thúc đẩy hơn nữa giao lưu kinh tế cũng như trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế. Do thực tiễn pháp luật hợp đồng không thống nhất, các quy định còn nằm rải rác trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau, chồng chéo, loại trừ nhau, và tạo ra lỗ hổng pháp lý khiến

cho người áp dụng và các cơ quan tài phán gặp nhiều khó khăn, lúng túng khi áp dụng văn bản pháp luật về hợp đồng. Ngày 14-6-2005, Bộ luật Dân sự đã được Quốc hội Khoá 11 thông qua, trong đó chế định về hợp đồng là nền tảng thống nhất và đồng bộ để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng. Bên cạnh Bộ luật Dân sự 2005 còn có các văn bản pháp luật riêng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong các lĩnh vực cụ thể.

### **3.1. Bộ luật dân sự 2005**

Văn bản pháp luật chung điều chỉnh tất cả các loại hợp đồng nói chung và hợp đồng trong kinh doanh, thương mại nói riêng là Bộ luật Dân sự được Quốc hội khoá 11 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2006. Những quy định có tính chất nguyên tắc của Bộ luật Dân sự về các chủ thể, giao dịch dân sự, nghĩa vụ dân sự, hợp đồng dân sự (nghĩa chung) được áp dụng cho các quan hệ hợp đồng dân sự (nghĩa hẹp), quan hệ hợp đồng kinh doanh, thương mại cũng như quan hệ hợp đồng lao động. Trên cơ sở chế độ pháp lý của hợp đồng dân sự (nghĩa chung), có các văn bản cho riêng từng loại hợp đồng như Luật Thương mại cho hợp đồng kinh doanh, thương mại, Bộ luật Lao động cho hợp đồng lao động.

Khi Bộ luật Dân sự 2005 có hiệu lực pháp luật cũng là thời điểm chấm dứt hiệu lực của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989.

### **3.2. Luật Thương mại 2005**

Luật Thương mại được Quốc hội thông qua cùng ngày với Bộ luật Dân sự và cùng có hiệu lực kể từ 1-1-2006, thay thế cho Luật Thương mại 1997. Việc xác lập và giải quyết các quan hệ hợp đồng trong các hoạt động kinh doanh, cụ thể là hoạt động thương mại giữa các thương nhân trước hết phải căn cứ vào Luật Thương mại 2005. Trong lĩnh vực hợp đồng, Luật Thương mại là luật riêng, Bộ luật Dân sự là luật chung. Những nội dung liên quan đến 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. Đối với quy định khác nhau giữa Luật Thương mại và Bộ luật Dân sự thì áp dụng quy định của Luật Thương mại.

### **3.3. Các văn bản pháp luật chuyên ngành**

Trong những lĩnh vực kinh doanh, thương mại đặc thù, lại có các văn bản pháp luật chuyên ngành để quy định những nội dung cụ thể của quan hệ hợp đồng trong từng lĩnh vực đó như: Luật Dầu khí 1993 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2008); Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 (sửa đổi năm 2010); Luật Xây dựng 2003 (sửa đổi năm 2009 – theo Luật số 38/2009/QH12, và phần quy hoạch xây dựng các đô thị

và khu vực trong đô thị được thay thế bằng Luật Quy hoạch đô thị số 30/2009/QH12); Luật Điện lực 2004; Bộ luật Hàng hải Việt Nam 2005; Luật Đầu thầu 2005 (sửa đổi năm 2009); Luật Kinh doanh bất động sản 2006; Luật Chứng khoán 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2010); Luật Viễn thông năm 2009, Luật Bưu chính năm 2010...

Tuy nhiên, Điều 4 Khoản 2 Luật Thương mại 2005 đã xác định: hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó, như vậy Luật Thương mại 2005 được hiểu là luật chung so với các luật kể trên.

### ***3.4. Áp dụng điều ước quốc tế, pháp luật nước ngoài và tập quán thương mại quốc tế***

Đối với các quan hệ hợp đồng kinh doanh, thương mại có yếu tố quốc tế, bên cạnh việc áp dụng pháp luật quốc gia còn phải áp dụng điều ước quốc tế, pháp luật nước ngoài và tập quán thương mại quốc tế. Điều 5 Luật Thương mại quy định:

“1. Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế hoặc có quy định khác với quy định của Luật này thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó.

2. Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thoả thuận áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế nếu pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”.

## **4. Giao kết hợp đồng dân sự**

Giao kết hợp đồng dân sự là quá trình thương lượng giữa các bên theo những nguyên tắc và trình tự nhất định để đạt được sự thoả thuận của các bên, từ đó xác lập các quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên với nhau. Tuy nhiên, hợp đồng dân sự chỉ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ nếu là hợp đồng được giao kết tuân theo các điều kiện mà pháp luật quy định đối với loại hợp đồng đó.

### ***4.1. Nguyên tắc giao kết hợp đồng dân sự***

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

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

Nguyên tắc tự do hợp đồng cho phép các cá nhân, tổ chức được tự do quyết định trong việc giao kết hợp đồng, thể hiện ở việc ký kết hợp đồng với ai, như thế nào, với nội dung, hình thức nào. Hợp đồng phải xuất phát từ ý muốn chủ quan và lợi ích của các chủ thể. Tuy nhiên, sự tự do thoả thuận muốn được pháp luật bảo vệ khi có sự vi phạm quyền và nghĩa vụ, dẫn đến tranh chấp thì phải nằm trong

khuôn khổ của pháp luật, không trái pháp luật và đạo đức xã hội. Vì lợi ích của mình, các chủ thể phải hướng tới việc không làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của người khác cũng như lợi ích của cộng đồng, của toàn xã hội.

Lợi ích hợp pháp của người khác, lợi ích của cộng đồng, của toàn xã hội được coi là sự giới hạn ý chí tự do của mỗi một chủ thể tham gia giao kết hợp đồng dân sự nói riêng cũng như đối với mọi hành vi của họ khi tham gia quan hệ dân sự.

*- Tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác trung thực và ngay thẳng*

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

Thêm vào đó trong giao kết hợp đồng các bên phải thể hiện sự trung thực, ngay thẳng thì mới có thể trở thành đối tác lâu dài của nhau trong các quan hệ dân sự.

Như vậy, tất cả các hợp đồng được giao kết do bị nhầm lẫn, bị lừa dối hoặc bị đe dọa đều là những hợp đồng không đáp ứng được nguyên tắc tự nguyện khi giao kết và bị coi là vô hiệu.

#### **4.2. Chủ thể của hợp đồng dân sự**

Chủ thể của hợp đồng dân sự là các chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự được quy định trong Bộ luật Dân sự 2005. Thông thường, trong quan hệ pháp luật dân sự, mỗi bên chủ thể vừa là người có quyền, vừa là người có nghĩa vụ. Vì vậy, điều quan trọng và cần thiết là phải xem xét để xác định tương ứng với mỗi chủ thể có những quyền nào và phải thực hiện hành vi gì trong hợp đồng dân sự đã giao kết.

Các bên tham gia vào các quan hệ hợp đồng dân sự bao gồm: Cá nhân (công dân Việt Nam, người nước ngoài, người không quốc tịch), pháp nhân, hộ gia đình,

tổ hợp tác. Muốn tham gia giao kết hợp đồng và trở thành chủ thể hợp pháp của hợp đồng dân sự thì các bên phải có đủ tư cách của chủ thể.

#### *\* Cá nhân*

Cá nhân có đủ tư cách chủ thể có thể tự mình giao kết hợp đồng. Quyền độc lập trong giao kết hợp đồng được quy định với các cá nhân từ 18 tuổi trở lên (người thành niên) có đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự.

Người không có năng lực hành vi dân sự (là người chưa đủ 6 tuổi), người mất năng lực hành vi dân sự (là người từ đủ 18 tuổi bị mắc bệnh tâm thần hoặc những bệnh khác làm mất khả năng nhận thức, điều khiển hành vi thì theo yêu cầu của những người có quyền và lợi ích liên quan, toà án sẽ tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự) không được tham gia giao kết hợp đồng dân sự. Giao dịch dân sự của những người này phải do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện.

Người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự (người nghiện ma tuý hoặc các chất kích thích khác dẫn đến phát tán tài sản của gia đình, theo yêu cầu của những người có quyền và lợi ích liên quan, Toà án tuyên bố người đó bị hạn chế năng lực hành vi dân sự) và người có năng lực hành vi dân sự không đầy đủ (người chưa thành niên từ đủ 6 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi) khi xác lập, thực hiện giao dịch dân sự thì phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý, trừ giao dịch nhằm phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi hoặc pháp luật có quy định khác. Nếu người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi có tài sản riêng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thì có thể tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự mà không cần có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

#### *\* Pháp nhân*

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

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

*Thứ nhất*, được thành lập hợp pháp. Tổ chức đó phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền ra quyết định thành lập, cho phép thành lập, đăng ký hoặc công nhận;

*Thứ hai*, có cơ cấu tổ chức chặt chẽ. Quy định này làm cho tổ chức của nhiều người trở thành một thực thể thống nhất. Tổ chức có cơ cấu chặt chẽ phải là tổ



chức có nguyên tắc tổ chức, chức năng, lĩnh vực hoạt động được quy định trong điều lệ của tổ chức;

*Thứ ba*, có tài sản độc lập với cá nhân, tổ chức khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó. Tài sản của tổ chức là tách biệt với tài sản của cá nhân, tổ chức khác có liên quan, mặc dù tài sản đó do cá nhân, tổ chức đó góp vào. Tổ chức sẽ chịu trách nhiệm cho những nghĩa vụ của mình bằng chính tài sản của tổ chức và chỉ trong phạm vi khối tài sản đó (trách nhiệm hữu hạn);

*Thứ tư*, nhân danh mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập. Nghĩa là tổ chức này không phải thông qua hay dưới danh nghĩa của chủ thể khác để tham gia quan hệ pháp luật độc lập. Và khi tổ chức này xác lập một quan hệ pháp luật thì cũng không phải là xác lập quan hệ pháp luật cho các thành viên trong tổ chức mà là xác lập cho chính nó. Vì vậy, mỗi pháp nhân phải có tên gọi riêng và phải sử dụng tên gọi đó khi tham gia quan hệ pháp luật.

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

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

Pháp nhân tham gia vào các giao dịch thông qua người đại diện của mình. Có hai loại đại diện là đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền.

Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân được qui định trong quyết định thành lập hoặc trong Điều lệ của pháp nhân. Chế độ đại diện được quy định từ Điều 139 đến Điều 148 Bộ luật Dân sự.

Đại diện theo ủy quyền là việc người có thẩm quyền giao kết hợp đồng có thể ủy quyền bằng văn bản cho người khác (có đủ năng lực chủ thể) thực hiện việc giao kết, người được ủy quyền được gọi là người đại diện theo ủy quyền. Ủy quyền có thể là ủy quyền thường xuyên hoặc ủy quyền theo vụ việc.

Giao kết hợp đồng do người không có quyền đại diện xác lập hoặc người đại diện xác lập vượt quá phạm vi đại diện không bị coi là vô hiệu toàn bộ nếu trong quá trình thực hiện hợp đồng được người có thẩm quyền ký kết hợp đồng đó chấp thuận hoặc đã biết hợp đồng đã được ký kết mà không phản đối (Điều 145, 146 Bộ luật Dân sự 2005).

### *\* Các chủ thể khác*

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

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

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

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

### *4.3. Nội dung của hợp đồng dân sự*

Nội dung của hợp đồng dân sự là những điều khoản mà các bên tham gia giao kết hợp đồng thoả thuận xác lập nên sau khi đã tự do bàn bạc, thương lượng. Nội dung của hợp đồng dân sự xác định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của các bên, quyết định tính khả thi của hợp đồng cũng như hiệu lực pháp lý của hợp đồng. Các bên

khi thoả thuận về nội dung của hợp đồng phải bảo đảm là những nội dung hợp pháp với các điều khoản rõ ràng, cụ thể, có tính khả thi cao.

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

– Đối tượng của hợp đồng là tài sản phải giao, công việc phải làm hoặc không được làm;

– Số lượng, chất lượng;

– Giá, phương thức thanh toán;

– Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng;

– Quyền, nghĩa vụ của các bên;

– Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng;

– Phạt vi phạm hợp đồng;

– Các nội dung khác”.

#### **4.4. Hình thức của hợp đồng dân sự**

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

Hình thức của hợp đồng dân sự là đa dạng. Theo Khoản 1 Điều 401 Bộ luật Dân sự: “Hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không qui định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định”.

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

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

*Hình thức bằng văn bản (viết)*: Các bên giao kết hợp đồng cam kết thoả thuận về quyền và nghĩa vụ hợp đồng bằng văn bản. Trong văn bản đó, các bên phải ghi

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

“Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó” (Khoản 2 Điều 401 Bộ luật Dân sự). Trong trường hợp này, hình thức của hợp đồng là một trong những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Đối với những quan hệ giao kết hợp đồng có giá trị lớn, phức tạp, để dẫn đến tranh chấp trong quan hệ giao kết hợp đồng hoặc các hợp đồng mà đối tượng là tài sản chịu sự quản lý, kiểm soát của Nhà nước thì các bên phải lập thành văn bản có chứng nhận của cơ quan công chứng Nhà nước, hoặc của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền nếu nơi đó không có cơ quan công chứng. Một số hợp đồng chuyển giao công nghệ phải thực hiện đăng ký tại Cục Sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật. Hợp đồng dân sự khi giao kết bằng hình thức này có giá trị chứng cứ cao nhất. Vì vậy, có những quan hệ hợp đồng mà pháp luật không yêu cầu phải giao kết hợp đồng bằng hình thức này nhưng để có căn cứ chắc chắn, các bên có thể chọn hình thức văn bản để giao kết hợp đồng.

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

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

#### **4.5. Trình tự giao kết hợp đồng dân sự**

Quá trình giao kết hợp đồng phải được tiến hành theo một trình tự nhất định. Theo trình tự đó, các bên sẽ đưa ra cách thức, các bước để đi đến thoả thuận xác lập được quyền và nghĩa vụ dân sự trong nội dung của hợp đồng đối với nhau.

Trình tự này có thể khái quát thành hai giai đoạn: Đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

*– Đề nghị giao kết hợp đồng*

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

*– Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng*

Sự trả lời của bên được đề nghị chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị do bên đề nghị giao kết hợp đồng đưa ra được hiểu là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Tuỳ theo từng quan hệ hợp đồng và phương thức giao kết hợp đồng, bên được đề nghị có thể trả lời ngay việc có chấp nhận giao kết hợp đồng hay không hoặc có thể bên được đề nghị cần phải có một thời gian nhất định để cân nhắc, tính toán việc giao kết hợp đồng. Sau thời gian mà bên đưa ra đề nghị ấn định, bên được đề nghị mới trả lời về việc chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như đó là lời đề nghị mới của bên chậm trả lời. Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến chậm vì lý do khách quan (được xác định qua dấu ngày gửi trên phong bì của bưu điện, qua ngày, tháng trên thư điện tử...) thì thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng vẫn có hiệu lực pháp lý trừ trường hợp bên đề nghị trả lời ngay không đồng ý với chấp nhận đó của bên được đề nghị.

Khi bên được đề nghị chấp nhận toàn bộ nội dung các điều khoản được bên đề nghị đưa ra thì coi như chấp nhận đề nghị. Nếu bên được đề nghị chỉ chấp nhận một phần trong nội dung đó thì coi như bên được đề nghị muốn thay đổi, bổ sung

nội dung mà bên đề nghị đã đưa ra. Vì thế, bên được đề nghị trở thành bên đề nghị giao kết hợp đồng mới, bên đề nghị trước đó lại trở thành bên được đề nghị. Quá trình đưa ra đề nghị và chấp nhận đề nghị lại lặp lại đến khi nào các bên có thể thoả thuận toàn bộ nội dung các điều khoản trong hợp đồng thì tiến đến việc chính thức giao kết hợp đồng.

#### **4.6. Thời điểm giao kết hợp đồng**

Thời điểm giao kết hợp đồng được xác định tùy theo phương thức giao kết và hình thức hợp đồng mà các bên đã lựa chọn. Theo Điều 404 Bộ luật Dân sự, thời điểm giao kết hợp đồng dân sự được quy định như sau:

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

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

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

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

#### **4.7. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng dân sự**

Các bên phải thực hiện các nghĩa vụ của mình khi hợp đồng đã có hiệu lực. Hiệu lực của hợp đồng được xác định theo từng thời điểm khác nhau tùy thuộc phương thức và hình thức giao kết. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng dân sự còn được xác định theo sự thoả thuận của các bên hoặc theo qui định của pháp luật. Về mặt nguyên tắc, hợp đồng dân sự có hiệu lực từ thời điểm giao kết trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

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

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

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

Ngoài ra, nếu các bên đã tự thoả thuận để xác định hoặc trong trường hợp pháp luật đã có quy định cụ thể thì hợp đồng có hiệu lực ở các thời điểm đó. Chẳng hạn, hợp đồng tặng cho bất động sản có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký; nếu bất động

sản không phải đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản (Điều 467 Bộ luật Dân sự).

#### **4.8. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng dân sự**

Hợp đồng dân sự là những giao dịch dân sự phổ biến. Vì vậy, một quan hệ hợp đồng dân sự có hiệu lực pháp lý cần phải thoả mãn những điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự được quy định trong Điều 122 Bộ luật Dân sự.

*Thứ nhất*, các chủ thể giao kết hợp đồng phải hợp pháp. Thông thường, các bên phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự.

*Thứ hai*, mục đích và nội dung của hợp đồng không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội. Đối tượng của hợp đồng không thuộc hàng hoá cấm giao dịch, công việc cấm thực hiện. Nội dung của hợp đồng phải cụ thể để qua đó các bên xác lập nghĩa vụ hợp đồng một cách rõ ràng, để thực hiện. Những nghĩa vụ trong hợp đồng mà không thể thực hiện thì hợp đồng cũng không được coi là có hiệu lực pháp luật làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên.

*Thứ ba*, các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng phải hoàn toàn tự nguyện, tức là nó phải xuất phát từ ý chí thực, từ sự tự do bày tỏ ý chí của các bên trong các thoả thuận hợp đồng đó. Nếu có sự lừa dối, giả tạo hay ép buộc, đe dọa trong giao kết hợp đồng thì hợp đồng đó bị coi là vô hiệu.

*Thứ tư*, hình thức của hợp đồng là điều kiện có hiệu lực trong trường hợp pháp luật có quy định về hình thức của hợp đồng.

#### **4.9. Hợp đồng dân sự vô hiệu**

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

Người ta phân biệt hai loại giao dịch vô hiệu toàn bộ và giao dịch vô hiệu từng phần. Giao dịch dân sự vô hiệu từng phần khi từng phần của giao dịch bị coi là vô hiệu nhưng nó không ảnh hưởng đến hiệu lực của các phần còn lại của hợp đồng.

Các trường hợp hợp đồng vô hiệu được quy định từ Điều 127 đến Điều 135 Bộ luật Dân sự 2005 với những trường hợp điển hình sau đây:

*Một là*, giao dịch dân sự có mục đích và nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật, đạo đức xã hội thì bị coi là vô hiệu. Vi phạm điều cấm của pháp luật là việc các bên thoả thuận với nhau để thực hiện những công việc mà pháp luật cấm thực hiện. Trái đạo đức xã hội là vi phạm những chuẩn mực ứng xử chung trong đời sống xã hội được cả cộng đồng thừa nhận và tôn trọng.

*Hai là*, các bên xác lập giao dịch dân sự một cách giả tạo nhằm che giấu một giao dịch khác thì giao dịch giả tạo bị coi là vô hiệu. Trong trường hợp xác lập giao dịch giả tạo nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba thì giao dịch đó là vô hiệu.

*Ba là*, giao dịch dân sự do người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự hoặc người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập bị coi là vô hiệu khi giao dịch này theo quy định của pháp luật phải do người đại diện của họ xác lập, thực hiện.

*Bốn là*, giao dịch dân sự vô hiệu do bị nhầm lẫn. Khi một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch dân sự mà xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó, nếu bên kia không chấp nhận thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch vô hiệu.

Trong trường hợp một bên do lỗi cố ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch thì được giải quyết theo quy định tại Điều 132 của Bộ luật này.

*Năm là*, khi một bên tham gia bị lừa dối hoặc bị đe dọa thì có quyền yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch dân sự đó là vô hiệu. Lừa dối trong giao dịch là hành vi cố ý của một bên nhằm làm cho bên kia hiểu sai lệch về chủ thể hay tính chất của đối tượng hoặc nội dung của giao dịch dân sự. Đe dọa trong giao dịch là hành vi cố ý của một bên làm cho bên kia buộc phải xác lập, thực hiện giao dịch. Vì vậy, chỉ cần một bên có hành vi này thì giao dịch đó bị coi là vô hiệu.

*Sáu là*, giao dịch dân sự vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình. Người có năng lực hành vi dân sự nhưng đã xác lập giao dịch vào đúng thời điểm không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình thì có quyền yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch dân sự đó là vô hiệu.

*Bảy là*, giao dịch dân sự bị coi là vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức. Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Toà án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác quyết định buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của giao dịch trong một thời hạn, quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch đó bị coi là vô hiệu.

Ngoài ra, sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ, trừ khi các bên có thoả thuận hợp đồng chính được thay thế bằng hợp đồng phụ. Nhưng sự vô hiệu của hợp đồng phụ không làm chấm dứt hợp đồng chính trừ khi các bên có thoả thuận với nhau.

Việc tuyên bố một hợp đồng dân sự vô hiệu thuộc thẩm quyền của Toà án. Đối với trường hợp vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội; vô



hiệu do giả tạo thì thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu là không bị hạn chế. Đối với các trường hợp khác, thời hiệu này là *hai năm*, kể từ ngày giao dịch dân sự được xác lập.

Giao dịch dân sự vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên kể từ thời điểm xác lập. Giao dịch dân sự vô hiệu được xử lý như sau: Các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền, trừ trường hợp tài sản giao dịch, hoa lợi, lợi tức thu được bị tịch thu theo quy định của pháp luật. Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường thiệt hại.

## **5. Chế độ thực hiện hợp đồng dân sự**

Tuỳ theo tính chất của từng loại hợp đồng mà các bên giao kết dưới một hình thức nhất định không trái pháp luật, đạo đức xã hội. Từ thời điểm hợp đồng có hiệu lực, các bên ký kết có các quyền và nghĩa vụ pháp lý đối với nhau. Pháp luật có những quy định cho việc thực hiện hợp đồng dân sự.

### **5.1. Nguyên tắc thực hiện hợp đồng dân sự**

Theo Điều 412 Bộ luật Dân sự, các bên phải tuân thủ những nguyên tắc trong thực hiện hợp đồng dân sự sau đây:

*Một là*, thực hiện hợp đồng đúng cam kết. Điều đó có nghĩa là các bên phải thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, đúng số lượng và chất lượng, đúng chủng loại, đúng thời hạn, đúng phương thức đã xác định trong hợp đồng hoặc do pháp luật đã qui định. Nếu không thực hiện đúng, vi phạm nghĩa vụ đã được ghi nhận trong nội dung của hợp đồng thì phải chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

Trong cơ chế thị trường, các bên có thể thoả thuận không thực hiện đúng các nội dung đã cam kết, nhưng về một mặt nào đó bên thực hiện không đúng cũng gây ra phiền toái cho bên cùng giao kết như: không thực hiện đúng tiến độ công việc, nhờ việc với bên thứ ba, mất thời gian của đối tác...

*Hai là*, thực hiện hợp đồng một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác, có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau.

Nguyên tắc này đòi hỏi ngay từ khi giao kết hợp đồng, đến khi thực hiện hợp đồng các bên phải kịp thời thông báo cho nhau về tình trạng, đặc tính của đối tượng, bao gồm cả khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện hợp đồng. Nếu một bên, vì lợi ích của mình mà che giấu khuyết tật của vật là đối tượng của hợp đồng, gây ra thiệt hại cho bên đối tác thì phải bồi thường thiệt hại. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, các bên luôn thông tin cho nhau về tiến độ thực hiện hợp đồng. Điều đó chính là biểu hiện của sự hợp tác, tương trợ, giúp đỡ lẫn nhau, luôn

quan tâm đến lợi ích của cả hai bên giao kết hợp đồng. Có như vậy mới tạo ra lòng tin đối với nhau để trở thành đối tác lâu dài của nhau. Muốn vậy, khi thực hiện hợp đồng không được ý lại, vin vào các khó khăn khách quan mà không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ hợp đồng dân sự, hoặc chỉ tính đến lợi ích của mình mà thờ ơ, không chú ý đến lợi ích của bên cùng giao kết hợp đồng. Ngoài ra, nguyên tắc này còn đòi hỏi các bên phải tìm mọi biện pháp cần thiết để ngăn chặn bất thiệt hại có thể xảy ra cho nhau trong quá trình thực hiện hợp đồng.

*Ba là*, thực hiện hợp đồng dân sự không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.

Về nguyên tắc, khi các bên ký kết, thực hiện hợp đồng vì lợi ích của mình nhưng phải hướng tới lợi ích công cộng, lợi ích của toàn xã hội, lợi ích của Nhà nước. Có như vậy thì trật tự pháp luật mới được giữ vững, thực hiện được nghĩa vụ của công dân đối với Nhà nước. Qua đó quyền lợi, lợi ích hợp pháp của các bên được bảo vệ trong khuôn khổ pháp luật, không làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của người khác.

### **5.2. Giải thích hợp đồng dân sự**

Trong quá trình thực hiện hợp đồng, có những nội dung hợp đồng được các bên chủ thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau. Việc giải thích hợp đồng (giải thích giao dịch dân sự) phải dựa trên cơ sở những quy định của pháp luật nhằm bảo đảm hợp đồng là ý chí chung, thể hiện lợi ích của tất cả các bên và được thực hiện *theo thứ tự* sau đây:

- 1) Theo ý muốn đích thực của các bên khi xác lập hợp đồng;
- 2) Theo nghĩa phù hợp với mục đích của giao dịch;
- 3) Theo tập quán nơi hợp đồng được xác lập.

Điều 409 Bộ luật Dân sự quy định những *nguyên tắc cụ thể* cho việc giải thích hợp đồng. Nguyên tắc của việc giải thích hợp đồng được quy định riêng cho từng trường hợp: Hợp đồng có điều khoản không rõ ràng; khi một điều khoản của hợp đồng có thể được hiểu theo nhiều nghĩa; hợp đồng có ngôn từ có thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau; khi có điều khoản hoặc ngôn từ khó hiểu; hợp đồng thiếu nội số điều khoản; ngôn từ sử dụng trong hợp đồng mâu thuẫn với ý chí chung và thì bên mạnh thế đưa vào hợp đồng nội dung bất lợi cho bên yếu thế.

### **5.3. Các biện pháp đảm bảo thực hiện hợp đồng**

Việc thực hiện hợp đồng dân sự là việc thực hiện các nghĩa vụ dân sự được xác lập từ hợp đồng theo sự thoả thuận tự nguyện của các bên hoặc theo qui định của pháp luật. Để ràng buộc và tăng cường trách nhiệm trong việc thực hiện các nghĩa

vụ của hợp đồng, các bên có thể thoả thuận áp dụng các biện pháp bảo đảm thực hiện các nghĩa vụ dân sự được quy định tại Điều 318 và những điều tiếp theo của Bộ luật Dân sự.

**Một là, cầm cố tài sản.** Cầm cố tài sản là việc một bên giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên kia để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ (Điều 326 Bộ luật Dân sự). Về hình thức, việc cầm cố phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính, trong đó ghi rõ đối tượng, giá trị tài sản, thời hạn cầm cố và phương thức xử lý tài sản cầm cố.

Tài sản cầm cố có thể bị khấu trừ phần nghĩa vụ chưa được thực hiện, được giao cho bên nhận cầm cố cầm trước một tài sản của bên cầm cố để bảo đảm cho quyền lợi của mình. Các bên trong quan hệ cầm cố có thể là cá nhân, pháp nhân hoặc chủ thể khác, nhưng phải thoả mãn các yêu cầu về năng lực chủ thể.

Khi người có nghĩa vụ giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho người có quyền, từ thời điểm đó họ bị hạn chế một số quyền năng đối với tài sản của mình. Phải báo cho bên nhận cầm cố về quyền của người thứ ba đối với tài sản cầm cố, đồng thời thanh toán cho bên nhận cầm cố những chi phí hợp lý để bảo quản, giữ gìn tài sản cầm cố. Nhưng chỉ được bán tài sản cầm cố, thay thế tài sản cầm cố bằng một tài sản khác nếu được bên nhận đồng ý, hoặc có thể nhận lại tài sản khi nghĩa vụ được bảo đảm bằng cầm cố chấm dứt.

Trong thời gian văn bản cầm cố có hiệu lực, người nhận cầm cố tài sản có nghĩa vụ bảo đảm nguyên giá trị của tài sản cầm cố; không được chuyển dịch sở hữu vật cầm cố cho người khác cũng như không đem tài sản cầm cố để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác hoặc không được khai thác công dụng tài sản cầm cố, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản cầm cố nếu bên cầm cố không đồng ý.

**Hai là, thế chấp tài sản.** Thế chấp tài sản là việc một bên (bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (bên nhận thế chấp). Tài sản thế chấp do bên thế chấp giữ, không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp, trừ trường hợp các bên có thoả thuận giao cho người thứ ba giữ tài sản thế chấp.

Hình thức thế chấp tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản thế chấp phải được chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền hoặc việc thế chấp phải được đăng ký nếu tài sản thế chấp có đăng ký quyền sở hữu.

Trong thời hạn văn bản thế chấp có hiệu lực, bên thế chấp tài sản phải có nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản thế chấp hoặc phải có nghĩa vụ giữ nguyên giá trị của

tài sản thế chấp cũng như không được chuyển dịch quyền sở hữu hoặc tự động giao tài sản thế chấp cho người khác. Đồng thời phải thông báo cho bên nhận thế chấp về các quyền của người thứ ba đối với tài sản thế chấp nếu có. Nếu bên nhận thế chấp giữ giấy tờ về tài sản thế chấp thì khi chấm dứt thế chấp phải hoàn trả lại cho bên thế chấp giấy tờ về tài sản thế chấp.

**Ba là, đặt cọc.** Đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự. Khi tiến hành đặt cọc phải được lập thành văn bản ghi rõ đối tượng, giá trị bằng tiền hoặc bằng tài sản đặt cọc, thời hạn đặt cọc.

Trong trường hợp hợp đồng dân sự được giao kết, thực hiện thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ để thực hiện nghĩa vụ trả tiền. Nếu bên đặt cọc không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hợp đồng thì hoặc tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc hoặc tài sản đặt cọc bị khấu trừ một khoản tiền tương đương để thực hiện nghĩa vụ đó, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

**Bốn là, ký cược.** Ký cược là việc bên thuê tài sản là động sản giao cho bên cho thuê một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (tài sản ký cược) trong thời hạn để bảo đảm việc trả lại tài sản thuê. Khi bên đi thuê đã trả lại tài sản thì họ được nhận lại tài sản ký cược, sau khi trừ tiền thuê. Nếu bên thuê không trả lại tài sản thuê, thì bên cho thuê có quyền đòi lại tài sản thuê, nếu tài sản thuê không còn thì tài sản ký cược thuộc về bên cho thuê.

**Năm là, ký quỹ.** Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản phong toả tại một ngân hàng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên có quyền được ngân hàng nơi ký quỹ thanh toán, bồi thường thiệt hại do bên có nghĩa vụ gây ra, sau khi đã trừ chi phí dịch vụ ngân hàng.

**Sáu là, bảo lãnh.** Bảo lãnh là việc người thứ ba (bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) nếu khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên cũng có thể thoả thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình.

Hình thức bảo lãnh bằng văn bản, có thể lập thành văn bản riêng, nếu trong trường hợp pháp luật qui định thì phải có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền hoặc là ghi vào hợp đồng chính.

Bên bảo lãnh có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh.

Nghĩa vụ bảo lãnh bao gồm cả tiền lãi, tiền nợ gốc, tiền phạt và tiền bồi thường thiệt hại trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác. Bên bảo lãnh phải đưa tài sản thuộc sở hữu của mình để thanh toán cho bên nhận bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Đối với một nghĩa vụ có thể có nhiều người cùng bảo lãnh thì phải liên đới thực hiện nghĩa vụ đó, trừ trường hợp có thoả thuận hoặc pháp luật quy định bảo lãnh theo các phần độc lập hoặc bên có quyền có thể yêu cầu bất cứ ai trong số những người liên đới phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ.

**Bảo đảm bằng tín chấp.** Bảo đảm bằng tín chấp chỉ áp dụng với các tổ chức chính trị – xã hội. Tổ chức chính trị – xã hội tại cơ sở có thể bảo đảm bằng tín chấp cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác, nhằm mục đích để sản xuất, kinh doanh, làm dịch vụ theo qui định của Chính phủ. Như vậy, bằng uy tín của mình các tổ chức chính trị – xã hội tại địa phương, cơ sở vay tiền cho cá nhân, hộ gia đình. Cho nên, việc cho vay có bảo đảm bằng tín chấp phải được lập thành văn bản ghi rõ số tiền vay, mục đích vay, thời hạn vay, quyền nghĩa vụ trách nhiệm của người vay, ngân hàng, tổ chức tín dụng nào cho vay và tổ chức bảo đảm vay.

#### **5.4. Chế độ sửa đổi, chấm dứt, huỷ bỏ hợp đồng**

Trong quá trình thực hiện hợp đồng dân sự, do tác động của những yếu tố khách quan cũng như điều kiện của các bên chủ thể, các bên có quyền thoả thuận với nhau về việc sửa đổi, chấm dứt, huỷ bỏ hợp đồng dân sự đã có hiệu lực nhằm làm cho việc thực hiện quan hệ hợp đồng thực sự có hiệu quả đối với các bên. Quan hệ hợp đồng cũng được chấm dứt, huỷ bỏ trong những trường hợp nhất định. Việc sửa đổi, chấm dứt và huỷ bỏ hợp đồng phải tuân theo những quy định về điều kiện, thủ tục của Bộ luật Dân sự.

##### **\* Sửa đổi hợp đồng dân sự**

Hợp đồng đã được giao kết và có hiệu lực pháp lý nhưng do điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của mỗi bên mà các bên có thể thoả thuận sửa đổi hợp đồng, trừ trường hợp pháp luật có qui định khác. Khi tiến hành sửa đổi hợp đồng dân sự phải giải quyết hậu quả của việc sửa đổi đó. Nó có thể là:

- Chi phí đã bỏ ra để thực hiện một phần công việc trước khi sửa đổi mà bên thực hiện không thu hồi lại được.
- Chi phí để chuẩn bị cho việc thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng, mặc dù đã tận dụng, thanh lý chưa đủ bù đắp giá trị ban đầu của nó.

– Tiền bồi thường thiệt hại đã phải trả do sửa đổi hợp đồng dân sự.

Hình thức ghi nhận việc sửa đổi phải phù hợp với hình thức hợp đồng đã giao kết. “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” (Điều 423 Bộ luật Dân sự). Đối với các hợp đồng khác thì việc sửa đổi hợp đồng được ghi nhận bằng hình thức nào là do các bên tự nguyện thoả thuận với nhau.

#### *\* Chấm dứt hợp đồng dân sự*

Xuất phát từ lợi ích của mình mà các bên tham gia giao kết hợp đồng, xác lập quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng. Hợp đồng đã có hiệu lực nhưng khi tiến hành thực hiện nghĩa vụ thì các bên mới nhận thức được rằng họ cần phải chấm dứt hợp đồng vì việc tiếp tục thực hiện hợp đồng không mang lại lợi ích hợp lý cho một bên hoặc cả hai bên như họ kỳ vọng khi giao kết hợp đồng. Điều 424 Bộ luật Dân sự nêu ra các trường hợp chấm dứt hợp đồng như sau:

– Hợp đồng được chấm dứt khi hợp đồng đã hoàn thành: Toàn bộ nội dung của hợp đồng được các bên thực hiện, thông qua đó các bên tham gia hợp đồng được đáp ứng quyền dân sự của mình thì hợp đồng được coi là hoàn thành và không có lý do để hợp đồng tồn tại nữa;

– Hợp đồng được chấm dứt theo thoả thuận của các bên: Trong trường hợp bên nghĩa vụ gặp khó khăn không có khả năng để thực hiện hợp đồng hoặc nếu hợp đồng đó được thực hiện sẽ gây ra tổn thất về vật chất cho một hoặc cả hai bên, thì các bên có thể thoả thuận chấm dứt hợp đồng;

– Hợp đồng chấm dứt khi cá nhân giao kết hợp đồng chết, pháp nhân hoặc chủ thể khác chấm dứt, vì việc thực hiện hợp đồng phải do chính cá nhân, pháp nhân hoặc chủ thể đó thực hiện;

– Hợp đồng chấm dứt khi bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện;

– Hợp đồng chấm dứt khi hợp đồng không thể thực hiện được do đối tượng của hợp đồng không còn và các bên có thể thoả thuận thay thế đối tượng khác hoặc bồi thường thiệt hại;

– Các trường hợp khác do pháp luật quy định.

#### *\* Huỷ bỏ hợp đồng dân sự*

Theo Điều 425 Bộ luật Dân sự, một bên có quyền huỷ bỏ hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại khi bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện huỷ bỏ mà các bên đã thoả thuận hoặc pháp luật có quy định. Bên huỷ bỏ hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc huỷ bỏ, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì

phải bồi thường. Khi hợp đồng bị huỷ 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 huỷ bỏ phải bồi thường thiệt hại.

*\* Đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng dân sự*

Một bên có thể đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng nếu có sự thoả thuận của các bên hoặc được pháp luật quy định. Bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng dân sự phải *thông báo ngay* cho bên kia biết việc chấm dứt thực hiện hợp đồng, nếu không thông báo kịp thời để xảy ra thiệt hại thì bên đơn phương chấm dứt hợp đồng phải bồi thường thiệt hại cho bên kia.

Tại thời điểm bên kia nhận được thông báo chấm dứt thực hiện hợp đồng, các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng và bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu thanh toán một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng mà họ đã thực hiện. Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị đơn phương chấm dứt phải bồi thường thiệt hại.

## **6. Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng dân sự**

### *6.1. Khái niệm, đặc điểm của trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng dân sự*

Khi hợp đồng đã có hiệu lực, các bên có nghĩa vụ thực hiện đầy đủ những cam kết của mình. Nếu một bên có hành vi vi phạm hợp đồng tức là vi phạm nghĩa vụ dân sự đã được xác lập từ hợp đồng thì phải chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Ở đây, trách nhiệm pháp lý được hiểu là trách nhiệm của bên có nghĩa vụ nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng là một loại của trách nhiệm dân sự (Trách nhiệm trong hợp đồng) và cũng là một trong những trách nhiệm pháp lý nên có những *đặc điểm chung* sau đây:

– Được áp dụng chỉ khi có hành vi vi phạm pháp luật, và chỉ đối với người có hành vi vi phạm đó.

<sup>1</sup> Là biểu hiện sự cưỡng chế của Nhà nước đối với hành vi vi phạm và do cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng.

– Bao giờ cũng là hậu quả bất lợi cho bên có hành vi vi phạm pháp luật.

Ngoài ra, trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ còn có *những đặc điểm riêng*:

– Trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ dân sự luôn liên quan trực tiếp đối với tài sản. Vì lợi ích của mình các bên tự nguyện quyết định tham gia vào các nghĩa vụ dân sự, quan hệ hợp đồng dân sự. Việc vi phạm nghĩa vụ của một bên sẽ

tác động trực tiếp đến lợi ích vật chất của bên kia. Xuất phát từ quan điểm đó mà bên vi phạm phải bù đắp toàn bộ những lợi ích vật chất cho bên bị vi phạm.

– Bên có hành vi vi phạm phải gánh chịu hậu quả bất lợi mang nội dung tài sản như bắt buộc phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hoặc phải bồi thường thiệt hại nhằm mục đích thoả mãn lợi ích chính đáng của bên kia hoặc khắc phục hậu quả cho bên bị vi phạm.

### **6.2. Nguyên tắc của trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng**

*Thứ nhất*, bên có nghĩa vụ mà không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì phải chịu trách nhiệm dân sự đối với bên có quyền. Đương nhiên, bên vi phạm chỉ phải chịu trách nhiệm khi có lỗi, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Lỗi là cơ sở của trách nhiệm dân sự thể hiện ở các mức độ lỗi cố ý và lỗi vô ý.

*Thứ hai*, trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thể thực hiện được nghĩa vụ dân sự do *sự kiện bất khả kháng* thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

*Thứ ba*, bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh được nghĩa vụ không thực hiện được là hoàn toàn do *lỗi của bên có quyền*.

### **6.3. Các hình thức trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng**

#### **\* Trách nhiệm dân sự do không thực hiện nghĩa vụ giao vật**

Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện *nghĩa vụ giao vật đặc định* thì người có quyền được quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải giao đúng vật đó; nếu vật không còn hoặc bị hư hỏng thì phải thanh toán giá trị của vật.

Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện được *nghĩa vụ giao vật cùng loại* thì phải thanh toán giá trị của vật.

Trong các trường hợp trên, nếu gây thiệt hại thì ngoài việc thanh toán giá trị của vật, bên có nghĩa vụ còn phải bồi thường thiệt hại cho bên có quyền.

**\* Trách nhiệm dân sự do không thực hiện nghĩa vụ phải thực hiện hoặc không được thực hiện một công việc**

Bên có nghĩa vụ không thực hiện một công việc mà mình phải thực hiện thì bên có quyền có thể yêu cầu bên có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện hoặc tự mình thực hiện hoặc giao cho người khác thực hiện công việc đó và yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán chi phí hợp lý và bồi thường thiệt hại.

Bên có nghĩa vụ không được thực hiện một công việc mà lại thực hiện công việc đó thì bên có quyền được quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải chấm dứt việc thực hiện, khôi phục tình trạng ban đầu và bồi thường thiệt hại.



*\* Trách nhiệm dân sự do chậm thực hiện nghĩa vụ dân sự*

Khi nghĩa vụ dân sự chậm được thực hiện thì bên có quyền có thể gia hạn để bên có nghĩa vụ hoàn thành nghĩa vụ; nếu quá thời hạn này mà nghĩa vụ vẫn chưa được hoàn thành thì theo yêu cầu của bên có quyền, bên có nghĩa vụ vẫn phải thực hiện nghĩa vụ và bồi thường thiệt hại. Nếu việc thực hiện nghĩa vụ không còn cần thiết đối với bên có quyền thì bên này có quyền từ chối tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Trong trường hợp chậm trả tiền thì bên có nghĩa vụ phải trả lãi đối với số tiền chậm trả theo lãi suất cơ bản do ngân hàng nhà nước công bố tương ứng với thời gian chậm trả tại thời điểm thanh toán, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

*\* Trách nhiệm dân sự do chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ dân sự*

Bên có quyền chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ dân sự làm phát sinh thiệt hại cho bên có nghĩa vụ thì phải bồi thường thiệt hại và phải chịu mọi rủi ro xảy ra kể từ thời điểm chậm tiếp nhận, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

*\* Trách nhiệm bồi thường thiệt hại*

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng dân sự chủ yếu là *trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất*. Ngoài ra, trong một số trường hợp còn có *trách nhiệm bồi thường bù đắp tổn thất về tinh thần*. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất là trách nhiệm bù đắp tổn thất vật chất thực tế, tính được thành tiền do bên vi phạm gây ra, bao gồm 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. Người gây thiệt hại về tinh thần cho người khác do xâm phạm đến tính mạng, sức khoẻ, danh dự, nhân phẩm, uy tín của người đó thì ngoài việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai còn phải bồi thường một khoản tiền để bù đắp tổn thất về tinh thần cho người bị thiệt hại.

Căn cứ vào những quy định, những nguyên tắc của pháp luật nói chung, trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh khi có các điều kiện sau đây:

*Một là*, có hành vi vi phạm. Hành vi vi phạm là hành vi của một bên đã xử sự không đúng với nội dung mà hai bên đã thoả thuận trong hợp đồng hoặc theo qui định của pháp luật. Những hành vi bị coi là vi phạm nghĩa vụ, vi phạm hợp đồng là những hành vi không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trong hợp đồng.

*Hai là*, có thiệt hại thực tế xảy ra. Nếu không có thiệt hại xảy ra thì không có căn cứ để đặt vấn đề bồi thường thiệt hại cho dù có đủ các điều kiện khác. Thiệt

hại là những tổn thất thực tế về tài sản có thể tính toán được, không phải do suy diễn mà có. Vì vậy, trước tiên cần xác định thiệt hại được bồi thường bao gồm: những tài sản bị mất mát, hư hỏng hoàn toàn, những hư hỏng, hao hụt về giá trị của tài sản, những chi phí để ngăn chặn, hạn chế khắc phục hậu quả do bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng gây ra, những tổn thất xảy ra do hành vi vi phạm hợp đồng phát sinh làm thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút.

*Ba là*, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật và thiệt hại xảy ra. Thiệt hại xảy ra phải là kết quả tất yếu của hành vi vi phạm, ngược lại hành vi vi phạm phải là nguyên nhân chủ yếu dẫn đến thiệt hại xảy ra. Việc xác định chính xác mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại xảy ra trong nhiều trường hợp rất khó khăn, phức tạp. Vì vậy, phải xem xét, phân tích, đánh giá tất cả các sự kiện liên quan đến thiệt hại đó một cách thận trọng, khách quan, toàn diện; từ đó rút ra được kết luận chính xác về nguyên nhân, xác định đúng trách nhiệm của bên gây ra thiệt hại, xác định đúng mức bồi thường thiệt hại đã gây ra đó.

*Bốn là*, người vi phạm nghĩa vụ dân sự có lỗi. Lỗi là thái độ chủ quan và nhận thức lý trí của bên vi phạm nghĩa vụ đối với hành vi và hậu quả gây ra. Qua đó, xác định được mức độ lỗi và hình thức lỗi của người vi phạm. Nguyên tắc bồi thường thiệt hại trong luật dân sự là có lỗi mới phải bồi thường. Lỗi thể hiện ở hai mức độ lỗi cố ý gây thiệt hại và lỗi vô ý gây thiệt hại. Việc xác định này trong một số trường hợp nhất định có ý nghĩa rất quan trọng để xem xét việc miễn, giảm mức bồi thường thiệt hại.

*Có ý gây thiệt hại* là trường hợp một người nhận thức rõ hành vi của mình sẽ gây thiệt hại cho người khác mà vẫn thực hiện và mong muốn hoặc tuy không mong muốn nhưng để mặc cho thiệt hại xảy ra.

*Vô ý gây thiệt hại* là trường hợp một người không thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại, mặc dù phải biết hoặc có thể biết trước thiệt hại sẽ xảy ra hoặc thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại, nhưng cho rằng thiệt hại sẽ không xảy ra hoặc có thể ngăn chặn được.

#### *\* Phạt vi phạm*

Phạt vi phạm là sự *thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng* (Điều 422, Bộ luật Dân sự 2005), theo đó bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm. Mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại. Nếu không có thỏa thuận trước về mức bồi thường thiệt hại thì phải bồi thường toàn bộ thiệt hại.

Trong trường hợp các bên có thoả thuận áp dụng hình thức phạt vi phạm mà không có thoả thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chi phải nộp tiền phạt vi phạm.

#### *\* Huy bỏ hợp đồng*

Các bên có thể thoả thuận với nhau để áp dụng *hủy bỏ hợp đồng* khi một bên có hành vi vi phạm hợp đồng (hành vi vi phạm hợp đồng do các bên thoả thuận được gọi là điều kiện hủy bỏ) (Điều 425, Bộ luật Dân sự 2005). Theo đó, khi xảy ra điều kiện hủy bỏ do các bên thoả thuận thì bên bị vi phạm có quyền hủy bỏ hợp đồng mà không phải bồi thường thiệt hại, nhưng đồng thời 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.

Ngoài ra, bên có lỗi trong việc hợp đồng bị hủy bỏ phải bồi thường thiệt hại, nghĩa là bên bị vi phạm có thể áp dụng đồng thời cả hủy bỏ hợp đồng theo thoả thuận và bồi thường thiệt hại nếu bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng có lỗi gây ra thiệt hại cho bên bị vi phạm.

## **II. HỢP ĐỒNG TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI**

### **1. Đặc điểm, phân loại hợp đồng trong hoạt động thương mại**

#### *1.1. Khái quát về hợp đồng trong hoạt động thương mại*

Trong Luật Thương mại được Quốc hội thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005, không nêu rõ khái niệm "Hợp đồng thương mại", mà chỉ đề cập đến các loại hợp đồng cụ thể trong hoạt động thương mại, đó là hợp đồng mua bán hàng hoá được quy định ở Chương II và hợp đồng dịch vụ được quy định ở Chương III Luật Thương mại 2005.

Tuy nhiên, có thể coi Hợp đồng thương mại là hợp đồng trong hoạt động thương mại hay hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh – thương mại. Như vậy, Hợp đồng thương mại được hiểu là *thoả thuận giữa các thương nhân (hoặc một bên là thương nhân) về việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại nhằm mục đích lợi nhuận.*

#### *1.2. Đặc điểm*

*Thứ nhất*, các bên tham gia quan hệ hợp đồng là chủ thể của hợp đồng. Chủ thể của hợp đồng thương mại là các thương nhân hoặc một bên là thương nhân. Thương nhân là tổ chức kinh tế, cá nhân có đăng ký kinh doanh và tiến hành hoạt

động thương mại thường xuyên, độc lập. Kể cả các tổ chức, cá nhân khác hoạt động có liên quan đến thương mại.

Các thương nhân nước ngoài được đặt văn phòng đại diện, chi nhánh tại Việt Nam là đơn vị phụ thuộc của thương nhân nước ngoài được thành lập và hoạt động thương mại tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam.

*Thứ hai*, hình thức của hợp đồng được quy định như quy định về hình thức hợp đồng dân sự trong Bộ luật Dân sự 2005. Trường hợp pháp luật quy định hình thức cụ thể của hợp đồng thì các bên phải tuân theo quy định đó, bởi khi đó hình thức hợp đồng là một trong những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng.

*Thứ ba*, mục đích của hợp đồng thương mại là mục đích sinh lợi do tiến hành hoạt động thương mại trên lãnh thổ Việt Nam hoặc ngoài lãnh thổ Việt Nam mà các bên thoả thuận chọn áp dụng luật này.

### **1.3. Phân loại**

Hợp đồng trong hoạt động thương mại được chia làm hai loại chủ yếu là:

*Hợp đồng mua bán hàng hoá* là sự thoả thuận của các bên trong hoạt động thương mại, căn cứ vào đó, bên bán có nghĩa vụ giao hàng chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua và nhận thanh toán; bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán, nhận hàng và quyền sở hữu hàng hoá theo thoả thuận.

*Hợp đồng cung ứng dịch vụ* là sự thoả thuận của các bên trong hoạt động thương mại, bao gồm một bên (sau đây gọi là bên cung ứng dịch vụ) và một bên khác là bên sử dụng dịch vụ (sau đây gọi là khách hàng). Căn cứ vào đó, bên cung ứng dịch vụ có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho khách hàng và nhận thanh toán. Bên khách hàng có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ theo thoả thuận và sử dụng dịch vụ theo sự thoả thuận của hai bên.

## **2. Hợp đồng mua bán hàng hoá**

Trong hoạt động kinh doanh – thương mại, việc thực hiện quá trình đầu tư từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm, cung ứng dịch vụ trên thị trường giữa những người sản xuất, người sản xuất với những người làm đại lý, phân phối sản phẩm... Việc mua bán, trao đổi hàng hoá, dịch vụ là hoạt động phổ biến, diễn ra hàng ngày trong đời sống xã hội. Thông qua việc mua bán hàng hoá, thực hiện dịch vụ con người có thể thực hiện mục đích của mình trong hoạt động kinh doanh – thương mại. Trong nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần thì hợp đồng mua bán là công cụ pháp lý tạo điều kiện cho các tổ chức kinh tế, các cá nhân có đăng ký kinh doanh thực hiện hoạt động thương mại nhằm tạo ra khung pháp lý cho các tổ chức kinh tế, cá nhân có thể hình thành, tồn tại và phát triển, bảo đảm lợi ích của các cá nhân, tổ chức trong quá trình đó.

## **2.1. Khái niệm, đặc điểm**

Hoạt động mua bán hàng hoá được thể hiện dưới hình thức pháp lý là hợp đồng mua bán hàng hoá.

**Đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá:**

- **Đối tượng** của hợp đồng là hàng hoá được phép mua bán theo quy định của nước bên mua và bên bán.

Theo quy định hiện hành trong Luật Thương mại 2005, thương nhân có thể mua bán, xuất khẩu, nhập khẩu tất cả các loại hàng hoá không phụ thuộc vào ngành nghề ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, trừ những hàng hoá thuộc danh mục hàng cấm kinh doanh. Đối với hàng hoá thuộc Danh mục hàng hoá, dịch vụ thương mại hạn chế kinh doanh, thương nhân chỉ được phép nhập khẩu những hàng hoá theo ngành nghề, ngành hàng ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Đối với hàng hoá, dịch vụ thương mại kinh doanh có điều kiện, thương nhân phải thực hiện đầy đủ các quy định hiện hành của pháp luật về kinh doanh các hàng hoá đó trước khi tiến hành xuất khẩu, nhập khẩu theo quy định tại Điều 25 Luật Thương mại 2005.

- **Chủ thể** của hợp đồng là các bên tham gia vào quan hệ hợp đồng. Các bên tham gia quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá gồm bên bán và bên mua.

+ **Bên bán:**

Bên bán là người có hàng hoá đem bán. Bên bán có thể là chủ sở hữu đối với tài sản hoặc là người đại diện theo quy định của pháp luật hoặc là người được uỷ quyền bán hàng hoá đó. Trong nội dung giao kết hợp đồng, bên bán có quyền yêu cầu bên mua phải thanh toán theo như các thoả thuận giữa hai bên. Đồng thời, bên bán phải có nghĩa vụ chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua đúng thời hạn, đúng phương thức, đúng địa điểm như các bên đã thoả thuận trong nội dung của hợp đồng hoặc do pháp luật quy định. Nếu bên bán không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc thực hiện không đầy đủ các cam kết này thì bên mua có quyền huỷ hợp đồng mua bán. Khi giao hàng hoá, bên bán có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu cho bên mua như việc giao hàng hoá phải giao kèm theo các giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu của mình cho bên mua. Bên bán không chỉ phải đảm bảo giao hàng hoá đúng đối tượng, đúng thời hạn mà còn phải bảo đảm đúng chất lượng của hàng hoá đem bán. Nếu không đảm bảo đúng chất lượng mà hai bên đã cam kết trong hợp đồng thì bên bán phải đổi hàng hoá khác cùng loại, phải sửa chữa hoặc giảm giá bán cho người mua. Nếu hàng hoá đó là vật đặc định đã nêu rõ trong hợp đồng thì bên bán có nghĩa vụ phải giao đúng hàng hoá đó, không được tự ý bớt lại một bộ phận của hàng hoá hoặc tự ý thay nó bằng hàng hoá

khác. Trường hợp bên bán biết rõ hàng hoá bán ra có khuyết tật hoặc chất lượng không tốt phải thông báo trước hoặc cho bên mua xem trước và bên mua vẫn đồng ý mua. Như vậy, hàng hoá đem bán được coi là hai bên đã thoả thuận chấp nhận chất lượng đó. Khuyết tật của hàng hoá có thể được biểu hiện một cách rõ ràng hay ẩn giấu.

+ *Bên mua:*

Bên mua là người nhận hàng hoá sau khi thực hiện nghĩa vụ trả tiền cho bên bán theo sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng. Trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao đúng vật, đúng chất lượng, đúng số lượng, chủng loại.... Nếu bên bán vi phạm các cam kết trên thì bên mua có quyền không nhận hoặc huỷ hợp đồng đã giao kết. Bên mua còn có quyền yêu cầu bên bán phải bồi thường thiệt hại cho mình nếu họ đã vi phạm các cam kết, gây ra thiệt hại cho mình. Sau khi nhận hàng, trả hết tiền, bên mua có quyền sở hữu đối với hàng hoá đã mua. Trong thời hạn bảo hành của hàng hoá, nếu bên mua phát hiện ra khuyết tật của hàng hoá hoặc hàng hoá không đảm bảo chất lượng như đã thoả thuận giữa các bên thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán phải sửa chữa, đồng thời giảm giá hoặc đổi hàng hoá khác. Nếu bên bán không đồng ý thì bên mua có quyền đòi lại tiền và trả lại hàng hoá cho bên bán. Mọi chi phí phát sinh do phải sửa chữa, vận chuyển bên bán phải gánh chịu.

Khi các bên không có chung một hệ thống pháp luật để đảm bảo quyền lợi cho các bên thì trong hợp đồng cần phải có thêm những điều khoản về chọn Luật áp dụng hay cơ quan hoặc nơi giải quyết tranh chấp. Để tránh đến mức tối đa việc xảy ra tranh chấp giữa các bên, nội dung của hợp đồng cần phải rõ ràng, đầy đủ, tránh hiểu lầm. Chẳng hạn, đối với điều khoản về tên hàng thì kèm theo tên cần có mã số và mẫu hàng; đối với điều khoản về số lượng và trọng lượng hàng cần chọn những đơn vị đo lường thống nhất, nếu không có đơn vị đo lường thống nhất thì cần có điều khoản giải thích, tránh sự mập mờ; đối với điều khoản về thanh toán cần quy định rõ đồng tiền thanh toán và phương thức thanh toán...

- *Hình thức* của hợp đồng mua bán hàng hoá: hợp đồng mua bán hàng hoá có thể bằng lời nói hoặc bằng văn bản do các bên thoả thuận, do pháp luật quy định hoặc được xác lập bằng một hành vi cụ thể.

Hình thức hợp đồng mua bán hàng hoá là căn cứ pháp lý để xác định rõ quyền và nghĩa vụ của bên bán và bên mua trong hợp đồng, qua đó xác định rõ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

## **2.2. Thời điểm xác lập hợp đồng mua bán hàng hoá**

Hợp đồng mua bán hàng hoá được coi là đã ký kết kể từ thời điểm các bên ký

vào hợp đồng. Nếu các bên không cùng có mặt để ký vào hợp đồng thì thời điểm ký hợp đồng là thời điểm bên chào hàng nhận được thông báo chấp nhận toàn bộ các điều kiện của bên được chào hàng trong thời hạn hai bên thoả thuận phải trả lời cho nhau.

Sau khi hợp đồng mua bán hàng hoá được ký kết, thì chi bán hợp đồng này có giá trị bắt buộc đối với các bên ký kết, còn tất cả các văn bản giao dịch trước đó sẽ hết hiệu lực, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

### **2.3. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa**

Các bên ký kết hợp đồng phải căn cứ vào hợp đồng để thực hiện quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đó.

#### **\* Quyền và nghĩa vụ của bên bán:**

- Bên bán phải giao hàng đúng địa điểm đã thoả thuận (Điều 35 Luật Thương mại 2005). Trường hợp không có thoả thuận về địa điểm giao hàng thì nếu hàng là vật gắn liền với đất đai thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng tại nơi có hàng hoá đó, tại kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hoá, tại địa điểm kinh doanh của bên bán hoặc giao hàng tại nơi cư trú của bên bán nếu không có địa điểm kinh doanh. Trường hợp bên bán giao hàng trước thời hạn đã thoả thuận thì bên mua có quyền nhận hoặc không nhận hàng nếu các bên không có thoả thuận gì khác (Điều 38 Luật Thương mại 2005).

- Bên bán phải giao hàng đúng thời điểm giao hàng đã thoả thuận trong hợp đồng. Trường hợp chỉ có thoả thuận về thời hạn giao hàng mà không xác định thời điểm giao hàng cụ thể thì bên bán có quyền giao hàng vào bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua. Trường hợp không có thoả thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng (Điều 37 Luật Thương mại).

- Bên bán phải giao hàng đúng đối tượng và chất lượng đã thoả thuận trong hợp đồng. Trường hợp các bên không có thoả thuận cụ thể về hàng hóa thì bên bán phải giao hàng 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; Trường hợp không có thoả thuận về chất lượng hàng hóa thì bên bán phải giao hàng hóa phù hợp với mục đích sử dụng thông thường của các hàng hóa cùng chủng loại; hoặc phải giao hàng hóa có chất lượng như chất lượng của mẫu hàng mà bên bán đã giao cho bên mua. Hàng hóa giao phải được bảo quản, đóng gói theo cách thức thông thường đối với loại hàng hóa đó hoặc theo cách thức thích hợp để bảo quản hàng hóa trong trường hợp không có cách thức bảo quản thông thường;

Bên bán phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá phát sinh sau thời điểm chuyển rủi ro nếu khiếm khuyết đó do bên bán vi phạm hợp đồng (giao hàng không phù hợp với hợp đồng) (Điều 40.3 Luật Thương mại). Bên bán phải giảm giá bán để nó tương ứng với chất lượng thực tế của hàng hóa giao nhận hoặc đổi hàng khác cho bên mua phù hợp với hợp đồng. Nếu bên bán có hành vi che giấu khuyết tật của hàng hóa để lừa dối bên mua thì đây là một căn cứ để tuyên bố hợp đồng đó vô hiệu (Điều 132 Bộ luật Dân sự 2005). Bên bán sẽ không phải chịu trách nhiệm về những khuyết tật bên ngoài của hàng hóa mà bên mua hoặc đại diện của bên mua đã biết hoặc phải biết nhưng không thông báo cho bên bán trong thời hạn hợp lý sau khi kiểm tra hàng hóa (Điều 44.4 Luật Thương mại).

– Bên bán phải giao hàng đúng số lượng đã thỏa thuận. Nếu trong hợp đồng chỉ quy định thời hạn giao hàng và không xác định thời điểm giao hàng cụ thể mà bên bán giao hàng trước khi hết thời hạn giao hàng và giao thiếu hàng hoặc giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì bên bán vẫn có thể giao phần hàng còn thiếu hoặc thay thế hàng hóa cho phù hợp với hợp đồng hoặc khắc phục sự không phù hợp của hàng hóa trong thời hạn còn lại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác (Điều 41 Luật Thương mại). Trường hợp bên bán giao thừa hàng thì bên bán phải nhận lại phần hàng giao thừa nếu bên mua từ chối (Điều 43 Luật Thương mại).

– Bên bán phải bảo đảm cho bên mua hoặc đại diện của bên mua có điều kiện tiến hành việc kiểm tra trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc bên mua hoặc đại diện của bên mua tiến hành kiểm tra hàng hóa trước khi giao hàng; Trường hợp bên mua hoặc đại diện của bên mua không thực hiện việc kiểm tra hàng như thỏa thuận thì bên bán có quyền giao hàng theo hợp đồng (Điều 44.1 Luật Thương mại).

– Trường hợp hàng hoá mua bán có bảo hành thì bên bán phải có trách nhiệm bảo hành hàng hoá đó theo nội dung, thời hạn đã thỏa thuận kể cả các chi phí phát sinh từ việc bảo hành, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác (Điều 49 Luật Thương mại).

– Khi giao hàng, bên bán phải giao chứng từ liên quan đến hàng hoá (Điều 34 Luật Thương mại) cho bên mua vào thời hạn, tại địa điểm và bằng hình thức mà hai bên đã thỏa thuận.

– Bên bán có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu đối với hàng hoá. Theo đó, bên bán phải bảo đảm: Quyền sở hữu của bên mua đối với hàng hoá đã bán không bị tranh chấp bởi bên thứ ba; Hàng hoá đó phải hợp pháp; Việc chuyển giao hàng hoá là hợp pháp (Điều 45 Luật Thương mại). Đồng thời, bên bán cũng phải có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá bán (Điều 46 Luật Thương mại).



– Bên bán cũng phải có nghĩa vụ thông báo ngay cho bên mua về khiếu nại của bên thứ ba đối với hàng hóa được giao sau khi bên bán đã biết hoặc phải biết về khiếu nại đó (trừ trường hợp bên mua đã biết hoặc phải biết về khiếu nại của bên thứ ba). Nếu không thông báo theo quy định thì bên bán sẽ mất quyền yêu cầu bên mua chịu trách nhiệm về các khiếu nại liên quan đến những vi phạm quyền sở hữu trí tuệ phát sinh từ việc bên bán đã tuân thủ những yêu cầu của bên mua (như các yêu cầu theo bản vẽ kỹ thuật, thiết kế, công thức hoặc những số liệu chi tiết) (Điều 47 Luật Thương mại).

– Bên bán phải thông báo cho bên mua về biện pháp bảo đảm trong trường hợp hàng hóa là đối tượng của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Và việc bán tài sản dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự phải được sự đồng ý của bên nhận bảo đảm (Điều 48 Luật Thương mại).

*\* Quyền và nghĩa vụ của bên mua:*

Bên mua phải nhận hàng theo thỏa thuận và thanh toán tiền mua hàng đúng thời hạn.

– Về việc giao nhận hàng, nếu bên bán giao thiếu hàng, gây bất lợi hoặc làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên mua thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục bất lợi hoặc phải chịu các chi phí phát sinh đó (Điều 41 Luật Thương mại 2005); Trường hợp bên bán giao thừa hàng thì bên mua có quyền từ chối không nhận hoặc chấp nhận số hàng thừa đó. Nếu chấp nhận thì bên mua phải thanh toán theo giá trong hợp đồng nếu các bên không có thỏa thuận khác (Điều 43 Luật Thương mại).

– Bên bán phải thanh toán tiền mua hàng theo giá đã thỏa thuận trong hợp đồng. Trường hợp không có thỏa thuận về giá hàng hóa, không có thỏa thuận về phương pháp xác định giá và cũng không có bất kỳ chỉ dẫn nào khác về giá thì giá của hàng hóa được xác định theo giá của loại hàng hóa đó trong các điều kiện tương tự về phương thức giao hàng, thời điểm mua bán hàng hóa, thị trường địa lý, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá (Điều 52 Luật Thương mại).

– Bên mua phải tuân thủ các phương thức thanh toán, thực hiện việc thanh toán theo đúng thủ tục, trình tự đã thỏa thuận hoặc 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).

– Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên mua phải thanh toán cho bên bán vào thời điểm bên bán giao hàng hoặc giao chứng từ liên quan đến hàng hóa; Bên mua

không có nghĩa vụ thanh toán cho đến khi có thể kiểm tra xong hàng hóa trong trường hợp có thỏa thuận bên mua hoặc đại diện của bên mua kiểm tra hàng trước khi giao hàng (Điều 55 Luật Thương mại).

– Bên mua có quyền ngừng thanh toán tiền mua hàng trong các trường hợp sau: Bên mua có bằng chứng về việc bị bên bán lừa dối; hoặc bên mua có bằng chứng về việc hàng hoá đang là đối tượng bị tranh chấp; hoặc bên mua có bằng chứng về việc giao hàng không đúng thoả thuận trong hợp đồng (Điều 51 Luật Thương mại).

– Bên mua phải kiểm tra hàng hoá khi giao nhận hàng. Bên mua phải xem xét thận trọng, kỹ lưỡng hàng hoá trước khi giao tiền, nhận hàng. Nếu do không xem xét kỹ lưỡng mà để xảy ra thiệt hại thì tự gánh chịu thiệt hại, không được lấy lý do hàng hoá bị khuyết tật mà không thực hiện cam kết trong hợp đồng hoặc huỷ bỏ hợp đồng. Trong trường hợp khuyết tật của hàng hoá là khuyết tật ẩn giấu, khó phát hiện ra, mà hàng hoá đó có giá trị lớn thì các bên tham gia hợp đồng phải nhờ chuyên gia, nhân viên giám định để phát hiện khuyết tật. Khi phát hiện ra hàng có khuyết tật ẩn giấu không đúng như chất lượng hàng hoá mà hai bên cam kết thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán phải giảm giá bán để nó tương ứng với chất lượng thực tế của hàng hoá hoặc đổi hàng khác. Trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc bên mua hoặc đại diện của bên mua tiến hành kiểm tra hàng hóa trước khi giao hàng thì bên mua hoặc đại diện của bên mua phải kiểm tra hàng hóa trong một thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép; trường hợp hợp đồng có quy định về việc vận chuyển hàng hóa thì việc kiểm tra hàng hóa có thể được hoãn lại cho tới khi hàng hóa được chuyển tới địa điểm đến (Điều 44 Luật Thương mại).

– Bên mua phải thông báo ngay sau khi bên mua biết hoặc phải biết về khiếu nại của bên thứ ba đối với hàng hóa được giao cho bên bán, nếu không sẽ mất quyền viện dẫn để yêu cầu bên bán chịu trách nhiệm trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu và quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hóa (Điều 47.2 Luật Thương mại 2005).

#### *2.4. Thời điểm chuyển rủi ro*

Đối với hợp đồng mua bán hàng hóa cần phải xác định thời điểm chuyển rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa từ bên bán sang bên mua, việc xác định thời điểm chuyển rủi ro tùy thuộc vào từng trường hợp mua bán khác nhau. Cụ thể là:

– *Chuyển rủi ro trong trường hợp có địa điểm giao hàng xác định* (Điều 57 Luật Thương mại). Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho bên mua tại một địa điểm nhất định thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa được chuyển cho bên mua khi hàng hóa đã được giao cho bên mua hoặc người

được bên mua ủy quyền đã nhận hàng tại địa điểm đó, kể cả trong trường hợp bên bán được ủy quyền giữ lại các chứng từ xác lập quyền sở hữu đối với hàng hóa.

– *Chuyển rủi ro trong trường hợp không có địa điểm giao hàng xác định* (Điều 58 Luật Thương mại). Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu hợp đồng có quy định về việc vận chuyển hàng hóa và bên bán không có nghĩa vụ giao hàng tại một địa điểm nhất định thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa được chuyển cho bên mua khi hàng hóa đã được giao cho người vận chuyển đầu tiên.

– *Chuyển rủi ro trong trường hợp giao hàng cho người nhận hàng để giao mà không phải là người vận chuyển* (Điều 59 Luật Thương mại). Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu hàng hóa đang được người nhận hàng để giao nắm giữ mà không phải là người vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa được chuyển cho bên mua thuộc một trong các trường hợp sau:

+ Khi bên mua nhận được chứng từ sở hữu hàng hóa;

+ Khi người nhận hàng để giao xác nhận quyền chiếm hữu hàng hóa của bên mua.

– *Chuyển rủi ro trong trường hợp mua bán hàng hóa đang trên đường vận chuyển* (Điều 60 Luật Thương mại). Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu đối tượng của hợp đồng là hàng hóa đang trên đường vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm giao kết hợp đồng.

– *Chuyển rủi ro trong các trường hợp khác* (Điều 61 Luật Thương mại). Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, việc chuyển rủi ro trong các trường hợp khác được quy định như sau:

+ Trong trường hợp không được quy định tại các Điều 57, 58, 59 và 60 của Luật Thương mại thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa được chuyển cho bên mua, kể từ thời điểm hàng hóa thuộc quyền định đoạt của bên mua và bên mua vi phạm hợp đồng do không nhận hàng;

+ Rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa không được chuyển cho bên mua, nếu hàng hóa không được xác định rõ ràng bằng ký mã hiệu, chứng từ vận tải, không được thông báo cho bên mua hoặc không được xác định bằng bất kỳ cách thức nào khác.

### **3. Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế**

#### **3.1. Khái niệm**

Theo cách hiểu chung nhất thì hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là hợp đồng mua bán hàng hóa có yếu tố nước ngoài (hay có tính chất quốc tế). Và ở các quốc gia khác nhau, yếu tố nước ngoài của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế lại được hiểu không giống nhau.

Theo Công ước Lahaye năm 1964 về mua bán quốc tế các động sản hữu hình (Công ước Lahaye 1964) thì yếu tố nước ngoài được xác định qua các tiêu chí như: các bên giao kết có trụ sở thương mại ở các nước khác nhau (nếu không có trụ sở thương mại thì sẽ dựa vào nơi cư trú thường xuyên, và cũng không quan tâm đến quốc tịch của các bên giao kết); và tiêu chí hàng hóa là đối tượng của hợp đồng phải được chuyển qua biên giới một nước; hoặc việc trao đổi ý chí giao kết hợp đồng giữa các bên được lập ở những nước khác nhau.

Theo Công ước Viên năm 1980 của Liên Hiệp Quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (gọi tắt là Công ước Viên 1980) thì yếu tố nước ngoài được xác định bởi yếu tố trụ sở thương mại của các bên giao kết hợp đồng – phải ở các nước khác nhau (ở đây Công ước Viên 1980 không quan tâm đến vấn đề quốc tịch của các bên khi xác định tính chất quốc tế của hợp đồng, nhưng Công ước Viên 1980 cũng không áp dụng cho việc mua bán của cá nhân, gia đình, mua bán đấu giá...).

Hoặc theo quan điểm trong pháp luật của Pháp thì yếu tố nước ngoài được xác định bởi hai tiêu chuẩn kinh tế và pháp lý. Theo các tiêu chuẩn kinh tế, được coi là hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế nếu hợp đồng tạo nên sự chuyển dịch qua lại biên giới của các giá trị trao đổi tương ứng giữa hai nước. Theo tiêu chuẩn pháp lý thì hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là hợp đồng bị chi phối bởi các tiêu chuẩn pháp lý của nhiều quốc gia như vấn đề quốc tịch, nơi cư trú của các bên, nơi thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, nguồn vốn thanh toán.

Và theo pháp luật Việt Nam, khái niệm hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được đề cập đến trong Luật Thương mại 2005 tại Điều 27, theo đó hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được hiểu là *hợp đồng mua bán hàng hóa để thực hiện hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập và chuyển khẩu*. Và theo những quy định tại Điều 28, 29 và 30 của Luật Thương mại 2005 thì có thể thấy tiêu chí để xác định yếu tố nước ngoài theo pháp luật Việt Nam là sự chuyển dịch hàng hóa qua biên giới lãnh thổ quốc gia hoặc qua khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật.

Như vậy, theo hầu hết các quan điểm pháp luật quốc tế và Việt Nam thì đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là động sản. Còn hợp đồng mua bán bất động sản không thể là hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế dù bất động sản được bán cho người nước ngoài (việc mua bán bất động sản với người nước ngoài phải theo quy định pháp luật riêng).

### **3.2. Đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế**

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có những đặc điểm sau:

- Chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là các bên gồm người bán và người mua mà có trụ sở thương mại ở các nước khác nhau.

- Đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải là động sản vì là động sản thì mới có thể chuyển dịch qua biên giới lãnh thổ quốc gia.

- Đồng tiền dùng để thanh toán thường là nội tệ của một bên và là ngoại tệ với bên còn lại, nhưng có trường hợp đồng tiền thanh toán là ngoại tệ với cả hai bên (do các bên thỏa thuận), và cũng có trường hợp đồng tiền thanh toán là nội tệ của cả hai bên (như trường hợp các bên đều thuộc các nước sử dụng đồng tiền chung châu Âu).

- Ngôn ngữ của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế thường được ký kết bằng tiếng nước ngoài nhưng thông dụng với cả hai bên như tiếng Anh. Cũng có trường hợp được ký kết bằng cả hai thứ tiếng của hai bên giao kết, hoặc các bên có thể thỏa thuận lấy ngôn ngữ của một trong hai bên làm ngôn ngữ chuẩn.

- Luật điều chỉnh hợp đồng: do các bên giao kết hợp đồng có trụ sở thương mại ở quốc gia khác nhau, nên các bên có thỏa thuận hợp đồng chi tiết thì cũng không thể dự liệu được tất cả những tình huống có thể phát sinh trong thực tế, do đó cần phải bổ sung cho hợp đồng với những quy tắc pháp lý bằng cách lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng. Theo nguyên tắc chung của tư pháp quốc tế, các bên có quyền tự do thỏa thuận lựa chọn nguồn luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của mình. Nguồn luật áp dụng, điều chỉnh hợp đồng có thể là luật quốc gia (luật của nước người bán hoặc luật của nước người mua), điều ước quốc tế về thương mại hoặc tập quán thương mại quốc tế... Tuy nhiên điều quan trọng là nên chọn nguồn luật nào có thể bảo vệ được quyền lợi của mình. Muốn vậy cả người bán và người mua đều phải hiểu biết về luật pháp của quốc gia mình và của bên đối tác, hoặc hiểu biết về điều ước quốc tế về thương mại, tập quán thương mại quốc tế... để áp dụng. Các bên có thể thỏa thuận về luật điều chỉnh hợp đồng khi giao kết hợp đồng hoặc sau khi giao kết hợp đồng, thậm chí thỏa thuận về luật điều chỉnh hợp đồng khi tranh chấp xảy ra. Luật điều chỉnh hợp đồng sẽ là căn cứ để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng. Trường hợp các bên không thỏa thuận hoặc không thể thỏa thuận nguồn luật áp dụng thì cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ quyết định luật áp dụng điều chỉnh hợp đồng. Trường hợp áp dụng tập quán thương mại quốc tế thì các bên không bắt buộc phải áp dụng hoàn toàn các quy tắc của tập quán được thỏa thuận lựa chọn, vì tập quán thương mại quốc tế chỉ có giá trị bổ sung cho hợp đồng, nghĩa là những vấn đề mà hợp đồng đã quy định thì tập quán quốc tế không có giá trị. Và lưu ý khi thỏa thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế thì phải thỏa thuận cụ thể, rõ ràng loại tập quán thương

mại nào để tránh sự nhầm lẫn, không thống nhất, vì có rất nhiều loại tập quán thương mại quốc tế. Trong số các tập quán thương mại quốc tế thì phổ biến nhất là Incoterms – bản quy tắc của ICC về các điều kiện thương mại quốc tế, và Incoterms cũng có nhiều bản sửa đổi (như Incoterms năm 1980, 1990, 2000).

– Cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể là tòa án hoặc trọng tài nước ngoài theo sự thỏa thuận của các bên và theo quy định của pháp luật mà các bên đã lựa chọn.

– Về hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế: Trong Luật Thương mại 2005 của Việt Nam quy định, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được ký bằng văn bản hoặc các hình thức có giá trị tương đương văn bản (như điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu điện tử và các hình thức khác). Nhưng pháp luật của một số quốc gia có nền kinh tế phát triển như Anh, Mỹ thì lại cho phép hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể được ký kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, hoặc bằng bất kỳ hình thức nào khác do các bên tự thỏa thuận. Dù như thế nào thì khi giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, các bên cũng nên giao kết bằng hình thức văn bản, điều này sẽ giúp các bên có được bằng chứng đầy đủ trong trường hợp có tranh chấp phát sinh. Văn bản hợp đồng cũng tạo điều kiện cho việc kiểm tra, giám sát việc thực hiện hợp đồng hiệu quả hơn.

#### **4. Hợp đồng cung ứng dịch vụ**

##### **4.1. Khái niệm, đặc điểm**

Nền kinh tế phát triển kéo theo sự phát triển của mạng lưới dịch vụ rộng khắp. Hợp đồng dịch vụ là một loại hợp đồng có những đặc điểm riêng biệt được quy định trong Bộ luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005.

Có thể nêu ra một số khái niệm về hợp đồng dịch vụ như sau:

– "Hợp đồng dịch vụ là sự 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 518 Bộ luật Dân sự 2005).

– Hoặc tại Điều 3.9 Luật Thương mại 2005 có quy định: "Cung ứng dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho một bên khác và nhận thanh toán, bên sử dụng dịch vụ có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận."

Trong Luật Thương mại 2005 có nêu ra những nguyên tắc chung để điều chỉnh hai nhóm dịch vụ thương mại là:

(1) – Các dịch vụ hỗ trợ trực tiếp cho hoạt động sản xuất kinh doanh, như: Đại lý, quảng cáo, dịch vụ kỹ thuật...

(2) – Các dịch vụ kinh doanh không gắn liền với mua bán hàng hoá, như: dịch vụ tài chính, du lịch, giải trí, liên lạc, y tế, giáo dục, dịch vụ xây dựng, ...

Đối tượng của hợp đồng dịch vụ là một công việc cụ thể có thể thực hiện được. Việc thực hiện hợp đồng dịch vụ được người làm dịch vụ tiến hành bằng chính công sức, trí tuệ của họ để thoả mãn cho người thuê dịch vụ. Trong quá trình đó, người làm dịch vụ có thể sử dụng thêm những người khác giúp việc cho mình để hoàn thành dịch vụ đó nhưng phải chịu trách nhiệm về những sự việc xảy ra do lỗi của người giúp việc.

Khi giao kết hợp đồng dịch vụ phải lưu ý đến đặc điểm của loại hợp đồng này là:

– Đối tượng của hợp đồng dịch vụ rất đa dạng: là các công việc có thể thực hiện được, không bị pháp luật cấm và không trái với đạo đức xã hội.

– Bên làm dịch vụ không tạo ra sản phẩm mới cho xã hội mà chỉ làm tăng giá trị hoặc kéo dài giá trị sử dụng của công việc hay sản phẩm nhằm mang lại lợi ích cho bên thuê dịch vụ.

Khi giao kết hợp đồng, các bên phải đưa ra các yêu cầu của mình về chất lượng, kỹ thuật... để các bên thoả thuận thống nhất. Các bên có thể thoả thuận các điều kiện làm dịch vụ cho phù hợp với thời gian, địa điểm mà bên thuê dịch vụ yêu cầu.

#### **4.2. Phân loại hợp đồng cung ứng dịch vụ**

*\* Căn cứ vào dạng cung ứng dịch vụ thương mại cụ thể được quy định trong Luật Thương mại 2005, có các loại hợp đồng cung ứng dịch vụ sau:*

- Hợp đồng dịch vụ khuyến mại;
- Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại;
- Hợp đồng dịch vụ trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ;
- Hợp đồng đại diện cho thương nhân;
- Hợp đồng uỷ thác;
- Hợp đồng đại lý;
- Hợp đồng gia công;
- Hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá;
- Hợp đồng dịch vụ quá cảnh;
- Hợp đồng nhượng quyền thương mại.

*\* Căn cứ vào ngành nghề, lĩnh vực kinh doanh, có thể có các loại hợp đồng sau:*

– Hợp đồng dịch vụ kinh doanh (như: dịch vụ pháp lý, dịch vụ kế toán, kiểm toán, kiến trúc...);

– Hợp đồng dịch vụ liên lạc (như: dịch vụ bưu chính viễn thông, dịch vụ nghe nhìn...);

– Hợp đồng dịch vụ xây dựng;

– Hợp đồng dịch vụ phân phối, đại lý;

– Hợp đồng dịch vụ tài chính;

– Hợp đồng dịch vụ môi trường;

– Hợp đồng dịch vụ giáo dục;

– Hợp đồng dịch vụ vận tải;

– Hợp đồng dịch vụ du lịch;

– Hợp đồng dịch vụ giải trí; ...

### **4.3. Quyền và nghĩa vụ của các bên**

#### **\* Quyền và nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ:**

Bên cung ứng dịch vụ có thể là cá nhân, tổ chức dùng công sức của mình để hoàn thành, thực hiện một công việc do bên thuê dịch vụ yêu cầu. Bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện hợp đồng dịch vụ theo đúng chất lượng, số lượng, thời hạn, địa điểm và các thoả thuận khác. Hết thời hạn thực hiện hợp đồng phải bảo quản và giao lại kết quả công việc của mình cho bên thuê dịch vụ, bao gồm cả thông tin, tài liệu, phương tiện.... Trong trường hợp thông tin, tài liệu không đầy đủ, phương tiện không đảm bảo chất lượng để hoàn thành công việc thì bên cung ứng dịch vụ phải báo ngay cho bên thuê dịch vụ biết. Trong thời gian thực hiện công việc phải giữ bí mật thông tin. Trong trường hợp làm mất mát, hư hỏng tài liệu, phương tiện được giao hoặc tiết lộ bí mật, thông tin thì bên cung ứng dịch vụ phải bồi thường thiệt hại cho bên thuê dịch vụ (Điều 78 Luật Thương mại 2005).

Bên cung ứng dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ phải trả tiền dịch vụ theo sự thoả thuận và giao kết quả công việc mà họ đã hoàn thành cho bên thuê dịch vụ. Để hoàn thành công việc, bên cung ứng dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ cung cấp thông tin, tài liệu và phương tiện. Trong thời hạn thực hiện dịch vụ, bên cung ứng dịch vụ có thể thay đổi những điều kiện dịch vụ vì lợi ích của bên thuê dịch vụ, không nhất thiết phải chờ ý kiến của bên thuê dịch vụ. Nếu việc chờ ý kiến sẽ gây thiệt hại cho bên thuê dịch vụ, thì bên cung ứng dịch vụ phải báo ngay cho bên thuê dịch vụ biết (Điều 79, 80, 81 Luật Thương mại 2005).



*\* Quyền và nghĩa vụ của bên tiếp nhận dịch vụ (khách hàng):*

Bên tiếp nhận dịch vụ phải có nghĩa vụ trả đầy đủ thù lao (tiền) cho công việc mà người làm dịch vụ đã hoàn thành. Bên tiếp nhận dịch vụ phải cung cấp mọi thông tin cần thiết có liên quan đến công việc để người cung ứng dịch vụ biết được và trên cơ sở đó hoàn thành công việc làm thoả mãn cao nhất khách hàng thuê dịch vụ. Đối với những công việc, dịch vụ yêu cầu phải có phương tiện để thực hiện, bên tiếp nhận dịch vụ phải cung cấp phương tiện để việc cung ứng dịch vụ đúng tiến độ, không gián đoạn, phù hợp với yêu cầu của bên tiếp nhận dịch vụ (Điều 85 Luật Thương mại 2005).

Bên tiếp nhận dịch vụ có quyền yêu cầu sửa chữa sai sót khi sai sót phát sinh do bên cung ứng dịch vụ. Nếu sai sót đó đòi hỏi phải chi phí thêm để thực hiện dịch vụ, bên tiếp nhận dịch vụ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Cũng như bên thuê dịch vụ có quyền huỷ hợp đồng khi bên cung ứng dịch vụ đã hoàn thành công việc không như thoả thuận hoặc công việc đó không được hoàn thành đúng thời hạn đã thoả thuận vì nó không còn ý nghĩa gì đối với bên tiếp nhận dịch vụ. Nhưng nếu vì sự chậm trễ đó mà bên tiếp nhận dịch vụ phải chi phí để thực hiện công việc thì bên cung ứng dịch vụ phải bồi thường. Trong trường hợp bên cung ứng dịch vụ vi phạm nghĩa vụ thì bên tiếp nhận dịch vụ có quyền huỷ hoặc đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng dịch vụ (Điều 82, 83, 84 Luật Thương mại 2005).

**5. Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại**

Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại là hậu quả pháp lý bất lợi mà bên có hành vi vi phạm phải gánh chịu.

Các hình thức trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại (Điều 292 Luật Thương mại 2005), bao gồm:

- Buộc thực hiện đúng hợp đồng;
- Phạt vi phạm;
- Bồi thường thiệt hại;
- Tạm ngừng thực hiện hợp đồng;
- Đình chỉ thực hiện hợp đồng;
- Huỷ bỏ hợp đồng.

Các trường hợp miễn trách nhiệm (Điều 294 Luật Thương mại 2005) bao gồm:

- Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận;
- Xảy ra sự kiện bất khả kháng;
- Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia;

– Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp mình được miễn trách.

Nội dung của các hình thức trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại được quy định cụ thể như sau:

– *Buộc thực hiện đúng hợp đồng* (Điều 297 Luật Thương mại 2005): Được áp dụng khi một bên không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ quy định trong hợp đồng. Biện pháp này được ưu tiên áp dụng trước khi áp dụng các biện pháp khác.

– *Phạt vi phạm*: Hình thức trách nhiệm pháp lý này tương tự phạt vi phạm do vi phạm hợp đồng dân sự. Tức là, hình thức trách nhiệm pháp lý này được áp dụng khi có hành vi vi phạm hợp đồng, đồng thời có lỗi của bên vi phạm và các bên có thỏa thuận trước về phạt vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, trong Luật Thương mại 2005 quy định mức phạt tối đa là không quá 8% giá trị nghĩa vụ bị vi phạm.

– *Bồi thường thiệt hại*: Hình thức trách nhiệm pháp lý này cũng tương tự như bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng dân sự. Căn cứ áp dụng hình thức trách nhiệm pháp lý này (Điều 303 Luật Thương mại 2005) là: có hành vi vi phạm hợp đồng; có thiệt hại thực tế xảy ra, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại xảy ra; và bên vi phạm có lỗi. Tại Điều 305 Luật Thương mại 2005 còn quy định: "Bên bị vi phạm có nghĩa vụ hạn chế tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra". Quy định về việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại trong Luật Thương mại khác với quy định trong Bộ luật Dân sự. Theo Bộ luật Dân sự, khi các bên có thỏa thuận về phạt vi phạm mà muốn áp dụng cả hình thức bồi thường thiệt hại thì các bên phải thỏa thuận áp dụng cả hai hình thức trách nhiệm này. Nhưng đối với hợp đồng thương mại thì theo Luật Thương mại nếu có đủ căn cứ để yêu cầu bồi thường thiệt hại theo Điều 303 Luật Thương mại, bên bị vi phạm sẽ được áp dụng chế tài này mặc dù không có thỏa thuận trong hợp đồng (Điều 307 Luật Thương mại).

– *Tạm ngừng thực hiện hợp đồng* (Điều 308 Luật Thương mại 2005): là tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Các trường hợp cụ thể được áp dụng biện pháp này là: Có xảy ra hành vi vi phạm do các bên thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng; hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng. Hậu quả pháp lý do áp dụng biện pháp này là hợp đồng vẫn còn hiệu

lực, trong thời hạn tạm ngừng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo luật định.

– *Đình chỉ thực hiện hợp đồng* (Điều 310 Luật Thương mại 2005): là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Các trường hợp được áp dụng biện pháp này là: Xây ra các hành vi vi phạm do các bên thoả thuận là điều kiện để đình chỉ thực hiện hợp đồng; hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng. Hậu quả pháp lý là hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ, khi đó các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng nữa, bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo luật định.

– *Hủy hợp đồng* (Điều 312 Luật Thương mại 2005): Điều kiện áp dụng biện pháp này là khi trong hợp đồng có điều khoản “điều kiện hủy hợp đồng” hoặc khi một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Hủy hợp đồng bao gồm hủy bỏ toàn bộ và hủy bỏ một phần hợp đồng. Hậu quả của việc hủy hợp đồng là hợp đồng bị hủy bỏ không còn hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận và có quyền đòi lại lợi ích cho việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình. Bên bị vi phạm có quyền đòi bồi thường thiệt hại theo luật định.

### CÂU HỎI ÔN TẬP CHƯƠNG 3

1. Trình bày khái niệm và các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng dân sự.
2. Phân tích các nguyên tắc giao kết và thực hiện hợp đồng dân sự.
3. Nêu các quy định pháp luật về chủ thể hợp đồng dân sự và chủ thể giao kết hợp đồng dân sự.
4. Phân tích nội dung và hình thức hợp đồng dân sự.
5. Trình bày phương thức giao kết hợp đồng dân sự.
6. Phân tích các trường hợp hợp đồng dân sự bị vô hiệu.
7. Trình bày các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng dân sự.
8. Khái niệm, đặc điểm của hợp đồng kinh doanh, thương mại.
9. So sánh hợp đồng dân sự theo nghĩa hẹp và hợp đồng kinh doanh, thương mại.
10. So sánh hợp đồng mua bán hàng hóa và hợp đồng cung ứng dịch vụ.
11. Các đặc trưng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế?
12. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa theo quy định của Luật Thương mại 2005.
13. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng cung ứng dịch vụ theo quy định của Luật Thương mại 2005.
14. Các loại trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng dân sự theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005.
15. Chế tài thương mại theo quy định của Luật Thương mại 2005.

# QUAN HỆ PHÁP LUẬT LAO ĐỘNG TRONG DOANH NGHIỆP

---

## I. QUAN HỆ LAO ĐỘNG TRONG DOANH NGHIỆP VÀ PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH

### 1. Khái niệm, đặc điểm của quan hệ lao động trong doanh nghiệp và pháp luật điều chỉnh

Lao động là hoạt động có ý chí, có mục đích của con người tác động vào thế giới xung quanh để tạo ra những giá trị vật chất, tinh thần. Trong quá trình lao động con người tạo ra cho mình những mối quan hệ với tự nhiên và với con người. Quan hệ xã hội giữa con người với con người trong lao động gọi là những quan hệ lao động. Quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động đã làm phát sinh những quan hệ pháp luật lao động.

Nền kinh tế thị trường tồn tại nhiều mối quan hệ lao động rất đa dạng và có sự đan xen với nhau (trong hợp tác xã, trong doanh nghiệp, trong cơ quan nhà nước, trong tổ chức xã hội, đơn vị quân đội, lao động tự do...). Căn cứ vào tính chất, đặc điểm của quan hệ lao động mà mỗi loại quan hệ lao động do một ngành luật khác nhau điều chỉnh.

Quan hệ lao động giữa cán bộ, công chức, viên chức với cơ quan nhà nước mang tính chất quản lý. Những người làm việc trong các cơ quan nhà nước được gọi là những công chức, viên chức. Họ vừa là người lao động vừa là người đại diện cho quyền lực nhà nước, thừa hành quyền lực nhà nước. Việc xác lập, thực hiện quan hệ lao động do nhà nước trực tiếp quy định bằng văn bản pháp lý riêng và do ngành luật Hành chính điều chỉnh.

Quan hệ lao động giữa xã viên và hợp tác xã cũng có đặc điểm riêng. Hợp tác xã là loại hình kinh tế tập thể do các xã viên lập ra. Xã viên lao động dưới sự điều hành của chủ nhiệm hợp tác xã nhưng xã viên lao động cho chính mình chứ không phải là người làm thuê vì tài sản của hợp tác xã chính là tài sản của xã viên. Quan hệ lao động hình thành bằng đơn xin gia nhập hợp tác xã, xã viên vừa là người chủ sở hữu vừa là người lao động. Quan hệ lao động trong hợp tác xã do Luật Hợp tác xã, Điều lệ hợp tác xã điều chỉnh.

Quan hệ lao động giữa người “lao động làm công ăn lương” với “người sử dụng lao động” trong các đơn vị có thuê mướn, sử dụng lao động chính là quan hệ lao động cơ bản trong mọi loại hình doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Người lao động làm việc để có thu nhập còn người sử dụng lao động vừa là chủ sở hữu vừa là chủ quản lý. Căn cứ pháp lý để người lao động và người sử dụng lao động hình thành quan hệ pháp luật lao động chính là hợp đồng lao động. *Quan hệ lao động giữa “Người lao động làm công ăn lương” với “Người sử dụng lao động” thuộc đối tượng điều chỉnh của ngành luật Lao động.* Quan hệ lao động này có đặc điểm là người lao động không phải lao động cho mình mà là lao động cho người khác. Người lao động tự nguyện đưa hoạt động lao động của mình phục vụ cho một yêu cầu nhất định của người sử dụng lao động để được hưởng lương. Còn người sử dụng lao động được quyền điều hành hoạt động lao động của người lao động nhằm đạt được những mục đích của mình. Người lao động phải tự mình thực hiện những công việc được giao và không được chuyển cho người khác nếu không có sự đồng ý của người sử dụng lao động. Người lao động phụ thuộc vào người sử dụng lao động, chịu sự điều hành của người sử dụng lao động và quyền, lợi ích của người lao động thể hiện ở lương. Căn cứ đặc điểm này để thấy sự khác biệt của quan hệ lao động thuộc đối tượng điều chỉnh của ngành luật lao động với những quan hệ xã hội có yếu tố lao động hoặc những hoạt động lao động khác.

Hiểu theo nghĩa hẹp, quan hệ lao động là quan hệ giữa người lao động làm công ăn lương với người sử dụng lao động còn hiểu theo nghĩa rộng thì quan hệ lao động còn bao gồm cả những quan hệ xã hội liên quan trực tiếp tới quan hệ lao động giữa người lao động làm công ăn lương với người sử dụng lao động. Điều 1 Bộ luật Lao động 1994 quy định: “Bộ luật Lao động điều chỉnh quan hệ lao động giữa người lao động làm công ăn lương với người sử dụng lao động và các quan hệ xã hội liên quan trực tiếp với quan hệ lao động”. “Những quan hệ xã hội liên quan trực tiếp” là những quan hệ phát sinh từ quan hệ lao động, hoặc tạo tiền đề cho quan hệ lao động hoặc bảo đảm sự ổn định cho quan hệ lao động và đều thuộc sự điều chỉnh của ngành luật Lao động Việt Nam.

## **2. Nguồn luật lao động**

Nguồn của ngành luật Lao động gồm các văn bản pháp luật; điều ước quốc tế và các văn bản mang tính chất quy phạm nội bộ của đơn vị. Nguồn luật Lao động được tổng hợp theo một hệ thống thống nhất, tạo thành các chế định cụ thể.

– Văn bản pháp luật: Hiến pháp 1992, các bộ luật, các đạo luật và các văn bản pháp luật khác. Hiến pháp năm 1992 quy định những nguyên tắc cơ bản, nền tảng làm cơ sở xây dựng hệ thống luật lao động. Bộ luật Lao động (được Quốc hội

thông qua ngày 23/6/1994 có hiệu lực từ ngày 1/1/1995 và được sửa đổi bổ sung năm 2002, 2006, 2007) là nguồn cơ bản của ngành luật Lao động (sau đây viết tắt là Bộ luật Lao động 1994). Bộ luật Lao động 1994 gồm 17 chương, 198 điều chứa đựng các quy phạm chủ yếu của ngành luật Lao động. Bộ luật Lao động đã thể chế hoá đường lối của Đảng và nhà nước trong lĩnh vực lao động – việc làm. Bộ luật Lao động về cơ bản được đánh giá là một trong những đạo luật tiến bộ trong khu vực và trên thế giới. Luật Lao động có rất nhiều các văn bản luật và dưới luật quy định mọi vấn đề liên quan đến quan hệ pháp luật lao động: Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, Luật Công đoàn, Luật Bảo hiểm xã hội, Luật Bảo hiểm y tế, Luật Việc làm, Luật Doanh nghiệp, các Nghị định của Chính phủ; các Thông tư của Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội; Thông tư liên bộ...

– Văn bản nội bộ của doanh nghiệp: Là nguồn đặc biệt, bổ sung của luật Lao động (Nội quy lao động, Điều lệ doanh nghiệp, Thỏa ước lao động tập thể...).

– Điều ước quốc tế: Các văn bản pháp luật quốc tế mà nhà nước Việt Nam ký kết hoặc gia nhập có nội dung liên quan đến các lĩnh vực mà ngành luật Lao động điều chỉnh. Các công ước, khuyến nghị của Tổ chức lao động quốc tế, Điều ước quốc tế đa phương, song phương... Việt Nam đang là thành viên của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) nên các công ước mà Việt Nam đã phê chuẩn là nguồn rất quan trọng của luật lao động.

### **3. Nội dung của quan hệ pháp luật lao động**

Quan hệ pháp luật lao động là các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình tuyển chọn, sử dụng sức lao động của người lao động và quan hệ về quản lý lao động của nhà nước được các quy phạm pháp luật điều chỉnh. Nội dung của quan hệ pháp luật lao động bao gồm:

– Quan hệ pháp luật giữa người lao động làm công ăn lương với người sử dụng lao động (quan hệ pháp luật lao động theo nghĩa hẹp). Người lao động khi tham gia quan hệ pháp luật lao động phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi. Người sử dụng lao động là tổ chức hoặc cá nhân phải có đủ tư cách pháp lý và đủ điều kiện để thuê mướn và sử dụng lao động. Quyền và nghĩa vụ được quy định trong hợp đồng lao động và theo quy định của pháp luật<sup>1</sup>.

– Quan hệ pháp luật về giải quyết việc làm và học nghề. Quan hệ pháp luật về giải quyết việc làm bao gồm cả những yếu tố của quan hệ pháp luật hành chính.

---

<sup>1</sup> Quyền và nghĩa vụ của người lao động, người sử dụng lao động được quy định tại Điều 7, 8 Bộ luật Lao động 1994.

**Chủ thể:** Người lao động, người sử dụng lao động, tổ chức giới thiệu việc làm, nhà nước. Quan hệ pháp luật về học nghề là quan hệ giữa người có nhu cầu học nghề và người có khả năng và điều kiện dạy nghề.

- Quan hệ pháp luật giữa tập thể người lao động mà đại diện là tổ chức công đoàn với người sử dụng lao động. Quan hệ pháp luật lao động tập thể là một đặc thù của quan hệ pháp luật lao động, Thỏa ước lao động tập thể là một trong những cơ sở pháp lý của quan hệ pháp luật lao động tập thể. Nội dung: Quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan đến lao động, sản xuất và đời sống của người lao động. Nhà nước quy định quyền của công đoàn cũng như các nghĩa vụ tương ứng của người sử dụng lao động.

- Quan hệ pháp luật về bảo hiểm xã hội: Có nội dung bảo đảm vật chất cho người lao động trong trường hợp mất hoàn toàn hoặc một phần sức lao động. Quan hệ pháp luật về bảo hiểm xã hội có hai nhóm. Nhóm thứ nhất là Quan hệ pháp luật trong việc tạo lập và quản lý quỹ bảo hiểm xã hội. Chủ thể của mối quan hệ gồm một bên là người lao động, người sử dụng lao động (là người đóng góp) và một bên là cơ quan bảo hiểm xã hội (người nhận, người quản lý), Nhà nước là chủ thể đặc biệt (quy định chính sách bảo hiểm đồng thời là người đóng góp cho quỹ Bảo hiểm). Nhóm thứ hai là quan hệ trong việc thực hiện bảo hiểm xã hội: là quan hệ giữa cơ quan bảo hiểm xã hội và người lao động đã hoặc đang tham gia lao động và có đóng góp bảo hiểm xã hội (một số trường hợp là thành viên của gia đình họ).

- Quan hệ pháp luật về bồi thường thiệt hại: Trong quan hệ pháp luật lao động nếu một bên chủ thể không thực hiện đầy đủ những nghĩa vụ của mình dẫn đến gây thiệt hại về tài sản, sức khỏe, tính mạng... cho phía bên kia thì phải có trách nhiệm bồi thường. Nội dung: Bồi thường về vật chất, sức khỏe và tính mạng khi chủ thể không thực hiện những nghĩa vụ của mình. Quan hệ pháp luật về bồi thường thiệt hại gồm ba quan hệ chính: Quan hệ bồi thường thiệt hại về tài sản; Quan hệ bồi thường do chấm dứt hợp đồng và Quan hệ bồi thường thiệt hại về sức khỏe, tính mạng cho người bị thiệt hại.

- Quan hệ pháp luật về giải quyết tranh chấp lao động: Là quan hệ giữa các chủ thể của quan hệ lao động đang có tranh chấp và cơ quan tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Chủ thể: Các bên có tranh chấp (người lao động, tập thể người lao động, người sử dụng lao động) với các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động theo quy định của pháp luật. Nội dung: Giải quyết tranh chấp lao động cá nhân và giải quyết tranh chấp lao động tập thể.

- Quan hệ pháp luật trong việc quản lý nhà nước về lao động: Là quan hệ giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền với những tổ chức, cá nhân sử dụng lao động

trong lĩnh vực chấp hành những quy định của nhà nước về lao động. Các cơ quan quản lý nhà nước và thanh tra nhà nước tùy từng cấp và từng lĩnh vực hoạt động có những quyền và nghĩa vụ tương ứng trên cơ sở quy định của pháp luật.

## II. HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG

### 1. Khái niệm và đặc điểm của Hợp đồng lao động

Hợp đồng lao động là một chế định trung tâm của ngành luật Lao động. Quan hệ pháp luật lao động giữa người lao động và người sử dụng lao động được hình thành dựa trên cơ sở pháp lý là Hợp đồng lao động. Yêu cầu đối với giao kết hợp đồng lao động là cần phải đáp ứng các điều kiện cơ bản mà pháp luật quy định, đồng thời thể hiện được cam kết và nội dung thỏa thuận riêng, đặc thù về công việc giữa người lao động và người sử dụng lao động. Hợp đồng lao động có giá trị ràng buộc các bên, là căn cứ để bảo vệ quyền lợi của các chủ thể vì vậy đối với các cơ quan tài phán và các quy định của pháp luật lao động, hợp đồng lao động còn được coi là “luật riêng” của các bên giao kết hợp đồng.

Trong cơ chế thị trường, hợp đồng lao động là căn cứ pháp lý cơ bản để hình thành nên quan hệ lao động trong các doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, các đơn vị thuộc mọi thành phần kinh tế. Tuy nhiên, trước khi tiến hành ký kết hợp đồng lao động thì người sử dụng lao động phải thực hiện việc tuyển dụng lao động. *Tuyển dụng lao động* là hành vi tuyển chọn các ứng viên đáp ứng đúng yêu cầu nhân lực cho quá trình sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp, tổ chức. Các hình thức tuyển dụng lao động chủ yếu là tuyển dụng vào biên chế, bầu cử và tuyển dụng bằng hợp đồng lao động. Tuyển dụng lao động là một vấn đề pháp lý được các ngành luật khác nhau điều chỉnh và ngành luật lao động cũng xác định đây là một nội dung của chế định hợp đồng lao động. Dù việc “cung”, “cầu” sức lao động trên thị trường có ở mức độ nào thì “quyền” tuyển chọn của “người sử dụng lao động” vẫn được tôn trọng. Việc tuyển dụng lao động là để phân phối nguồn nhân lực và cũng góp phần ổn định, sắp xếp lao động theo đúng năng lực, trình độ.

Quan hệ hợp đồng lao động trước hết là một loại quan hệ hợp đồng vì vậy mà các yếu tố hợp đồng luôn luôn thể hiện trong các giao kết về công việc và sự trả công giữa người lao động và người sử dụng lao động. Có sự tương đồng giữa hợp đồng lao động với những hợp đồng dân sự khác<sup>2</sup>. Khái niệm về hợp đồng lao động được quy định tại Điều 26 Bộ luật Lao động 1994: “*Hợp đồng lao động là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công,*

<sup>2</sup> Điều 388 Bộ luật Dân sự năm 2005: “*Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự.*”



*điều kiện lao động về quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động*".  
Như vậy, hợp đồng lao động có những đặc điểm như sau:

– Hợp đồng lao động phải được thiết lập trên cơ sở sự bình đẳng, thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động. Việc tuyển dụng lao động phát sinh từ ý chí của người sử dụng lao động nhưng khi đã giao kết phải được cả hai bên chủ thể đồng ý, tự nguyện, không bên nào được có hành vi lừa dối, không trung thực.

– Mục đích của hợp đồng phải hợp pháp. Nội dung của Hợp đồng lao động phải phù hợp với các quy định của pháp luật lao động và xác định rõ quyền và nghĩa vụ lao động của hai bên. Thỏa thuận quan trọng nhất của hợp đồng đó là công việc (đây là yếu tố đầu tiên của hợp đồng), sự trả công (tiền lương, tiền công, giá trả cho sức lao động), điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ khác. Ngoài những quy định về quyền và nghĩa vụ cơ bản được ghi nhận trong hợp đồng, trong quá trình thực hiện hợp đồng giữa các bên chủ thể còn có thể phát sinh những quyền và nghĩa vụ chưa thỏa thuận trước trong hợp đồng.

– Hợp đồng lao động thể hiện sự phụ thuộc pháp lý nhất định của người lao động vào người sử dụng lao động. Trong quan hệ lao động, người sử dụng lao động có quyền chủ động điều hành hoạt động của người lao động, có quyền quản lý trực tiếp công việc của người lao động, phân công, kiểm tra, giám sát công việc... Đây cũng là một đặc điểm khác biệt giữa hợp đồng lao động và các loại hợp đồng có nội dung về những thỏa thuận công việc nhưng không mang tính lệ thuộc khác (Hợp đồng gia công, hợp đồng ủy quyền, hợp đồng phụ thầu...).

– Hợp đồng lao động phải do người lao động trực tiếp ký kết và thực hiện trừ những trường hợp theo quy định của pháp luật. Người lao động phải trực tiếp thực hiện công việc thỏa thuận, không được chuyển giao công việc và nghĩa vụ của mình cho người khác nếu chưa được sự đồng ý của người sử dụng lao động. Ngoài ra, yêu cầu về việc trực tiếp phải thực hiện công việc này còn do tính chất công việc. Người lao động phải làm một công việc nhất định thể hiện một trình độ chuyên môn nhất định mang tính liên tục, đều đặn nên rất khó có thể thay thế và việc thay thế gắn liền với việc thay đổi các yếu tố của hợp đồng.

Hợp đồng lao động đã đáp ứng được những nguyên tắc tự do khế ước của nền kinh tế thị trường với đối tượng "hàng hóa" đặc biệt là sức lao động. Hợp đồng lao động là cơ sở pháp lý quan trọng trong việc giải quyết tranh chấp lao động đặc biệt là tranh chấp lao động cá nhân. Hợp đồng lao động là thỏa thuận riêng, tuy nhiên vấn đề lao động lại là một vấn đề xã hội cần có sự quản lý của nhà nước. Vì vậy nhà nước phải có các quy định phù hợp để tạo điều kiện thuận lợi cho việc ký kết hợp đồng đồng thời đảm bảo để việc ký kết, thực hiện được đúng pháp luật.

## 2. Phạm vi, đối tượng áp dụng của hợp đồng lao động

Theo quy định của pháp luật hiện hành, hợp đồng lao động được áp dụng cho mọi quan hệ lao động có yếu tố thuê mướn, sử dụng lao động và có trả công. Có nghĩa là đối tượng áp dụng của hợp đồng lao động là tất cả những người lao động làm công ăn lương thuộc mọi thành phần kinh tế. Pháp luật lao động quy định các tổ chức, cá nhân sau đây khi sử dụng lao động phải thực hiện giao kết hợp đồng lao động<sup>3</sup>:

– Các doanh nghiệp thành lập và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước, Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam<sup>4</sup>.

– Doanh nghiệp của các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị – xã hội.

– Các cơ quan hành chính, sự nghiệp có sử dụng lao động không phải là công chức, viên chức nhà nước.

– Các tổ chức kinh tế thuộc lực lượng quân đội nhân dân, công an nhân dân sử dụng lao động không phải là sĩ quan, hạ sĩ quan, chiến sĩ.

– Hợp tác xã (với người lao động không phải là xã viên); hộ gia đình và cá nhân có sử dụng lao động.

– Các cơ sở giáo dục y tế, văn hóa, thể thao ngoài công lập theo Nghị định 73/1999/NĐ-CP ngày 19/8/1999 của Chính phủ về chính sách khuyến khích xã hội hóa đối với các hoạt động trong lĩnh vực giáo dục, y tế, văn hóa, thể thao.

– Cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài hoặc quốc tế đóng trên lãnh thổ Việt Nam có sử dụng lao động là người Việt Nam trừ trường hợp Điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác.

– Doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, cá nhân Việt Nam sử dụng lao động nước ngoài trừ trường hợp Điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác.

Pháp luật cũng quy định các trường hợp không áp dụng hợp đồng lao động<sup>5</sup>, tuy nhiên những đối tượng đó vẫn có quyền giao kết hợp đồng lao động với những chủ sử dụng lao động khác ngoài tư cách được quy định.

## 3. Các loại hợp đồng lao động

Có nhiều tiêu chí và cơ sở khác nhau để phân loại hợp đồng lao động. Việc ký

<sup>3</sup> Khoản 1 Điều 2 Nghị định số 44/2003/NĐ-CP ngày 9/5/2003 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về Hợp đồng lao động.

<sup>4</sup> Hiện nay việc thành lập và hoạt động của doanh nghiệp được điều chỉnh bằng các văn bản mới là Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Đầu tư năm 2005 và các văn bản pháp luật liên quan khác.

<sup>5</sup> Điều 2 Nghị định số 44/2003/NĐ-CP.

kết các loại hợp đồng khác nhau cũng có liên quan đến quyền lợi của người lao động vì vậy cần cứ vào thời hạn hợp đồng, pháp luật lao động quy định các loại hợp đồng lao động với các quyền và nghĩa vụ liên quan như sau<sup>6</sup>:

- Hợp đồng lao động không xác định thời hạn: là hợp đồng lao động mà khi giao kết hai bên chỉ ấn định thời điểm bắt đầu mà không cần ấn định thời điểm kết thúc hay chấm dứt công việc hợp đồng. Loại hợp đồng này đảm bảo điều kiện cho người lao động được hưởng đầy đủ các chính sách về lao động được áp dụng cho những doanh nghiệp, tổ chức tuyển dụng lao động làm những công việc không xác định được thời điểm kết thúc, có tính ổn định, thường xuyên từ đủ 36 tháng trở lên.

- Hợp đồng lao động xác định thời hạn: là loại hợp đồng mà hai bên xác định cụ thể thời điểm bắt đầu và thời điểm chấm dứt hiệu lực của Hợp đồng trong khoảng thời gian từ đủ 12 tháng đến đủ 36 tháng. Hợp đồng được áp dụng với những công việc có tính chất biến động, ngắn hạn. Đây là hình thức hợp đồng chủ yếu trong các đơn vị sản xuất kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế hoặc áp dụng cho những doanh nghiệp, tổ chức mà sự tồn tại, giấy phép hoạt động hoặc công việc có thể xác định thời hạn.

- Hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng: là loại hợp đồng được sử dụng để tuyển dụng lao động làm những công việc theo mùa vụ hoặc có thời gian giao kết dưới 12 tháng. Áp dụng với những công việc tạm thời, ngắn ngày hoặc trong những doanh nghiệp, cơ sở sản xuất nông nghiệp, hoặc tạm thay thế người lao động bị kỷ luật chuyển làm công việc khác có thời hạn, người lao động nghỉ thai sản, nghỉ việc để thực hiện nghĩa vụ quân sự, nghỉ việc để thực hiện nghĩa vụ công dân khác, người lao động bị tạm giữ, tạm giam hoặc tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động theo thỏa thuận của hai bên, ký hợp đồng với người đã nghỉ hưu... Do tính chất "ngắn hạn" của loại hợp đồng này nên người lao động được hưởng ít quyền lợi nhất.

Người sử dụng lao động có quyền quyết định trong việc tuyển dụng lao động và xác định loại hợp đồng ký kết nhưng đảm bảo tính xã hội và bảo vệ lợi ích của người lao động, pháp luật lao động cũng quy định những hạn chế đối với quyền này của người sử dụng lao động. Không được áp dụng hợp đồng lao động ngắn hạn cho những doanh nghiệp có công việc làm thường xuyên, ổn định. Trường hợp hợp đồng lao động ngắn hạn kết thúc mà người lao động vẫn tiếp tục làm việc, không ký hợp đồng mới thì coi như chuyển sang hợp đồng không xác định thời hạn. Trường hợp hợp đồng ngắn hạn kết thúc mà người lao động vẫn tiếp tục làm việc thì trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hợp đồng hết hạn, hai bên phải ký kết

<sup>6</sup> Điều 27 Bộ luật Lao động 1994.

hợp đồng lao động mới. Trong thời gian chưa ký được hợp đồng lao động mới hai bên phải tuân theo hợp đồng đã giao kết. Khi hết thời hạn 30 ngày mà không ký hợp đồng lao động mới, hợp đồng đã giao kết đương nhiên trở thành hợp đồng không xác định thời hạn. Trường hợp ký hợp đồng mới là hợp đồng xác định thời hạn thì cũng chỉ được ký thêm một thời hạn không quá 36 tháng sau đó nếu người lao động tiếp tục làm việc thì ký hợp đồng không xác định thời hạn; nếu không ký thì cũng đương nhiên trở thành hợp đồng không xác định thời hạn.

#### **4. Chế độ giao kết hợp đồng lao động**

Giao kết hợp đồng lao động là việc các bên bày tỏ ý chí, nguyện vọng của mình theo những nguyên tắc và cách thức nhất định nhằm xác lập các quyền và nghĩa vụ lao động với nhau. Hợp đồng được giao kết trực tiếp giữa người lao động và người sử dụng lao động. Hợp đồng lao động cũng có thể được ký kết giữa người sử dụng lao động với người được ủy quyền hợp pháp thay mặt cho nhóm người lao động<sup>7</sup>.

##### **4.1. Điều kiện về chủ thể của hợp đồng lao động**

Các chủ thể tham gia vào quan hệ hợp đồng lao động gồm một bên là người lao động và một bên là người sử dụng lao động. Các chủ thể phải có đầy đủ những điều kiện về năng lực pháp luật và năng lực hành vi.

Người lao động là cá nhân có đủ năng lực pháp luật lao động và năng lực hành vi lao động. Pháp luật lao động quy định độ tuổi để được tham gia vào quan hệ hợp đồng lao động là 15 tuổi. Người đủ 15 tuổi, phát triển bình thường có khả năng lao động thì có thể giao kết và thực hiện hợp đồng lao động. Người dưới 15 tuổi trong một số trường hợp nhất định cũng được quyền giao kết hợp đồng đối với một số công việc nhất định nhưng phải được sự đồng ý bằng văn bản và phải được sự giám sát của cha mẹ, người giám hộ hợp pháp và chỉ giao kết những công việc mà pháp luật không cấm những người dưới 15 tuổi thực hiện. Một số người bị tước hoặc bị hạn chế năng lực pháp luật lao động (ví dụ như đang bị tạm giữ, tạm giam). Tuy nhiên điều kiện về năng lực chủ thể không đồng nghĩa với điều kiện tuyển dụng, người lao động còn phải đáp ứng những yêu cầu riêng của người sử dụng lao động. Nếu người lao động là người nước ngoài làm việc tại các doanh

---

<sup>7</sup> Trường hợp do người ủy quyền hợp pháp ký kết phải kèm theo danh sách ghi rõ tên tuổi, địa chỉ thường trú, nghề nghiệp và chữ ký của từng người lao động. Về mặt pháp lý hợp đồng ký theo hình thức ủy quyền cũng có giá trị hiệu lực như ký kết với từng người lao động và chỉ áp dụng trong trường hợp người sử dụng lao động cần lao động để giải quyết một công việc nhất định, theo mùa vụ mà thời hạn kết thúc dưới 12 tháng hoặc công việc xác định được thời gian kết thúc từ đủ 12 tháng đến 36 tháng.

ngiệp Việt Nam thì phải có giấy phép lao động do cơ quan lao động có thẩm quyền cấp<sup>8</sup>. Nếu người lao động Việt Nam làm việc cho tổ chức, cá nhân tại nước ngoài thì phải đủ 18 tuổi trở lên, có khả năng lao động, tự nguyện và có đủ các tiêu chuẩn, điều kiện khác theo pháp luật Việt Nam, phù hợp với pháp luật và yêu cầu của bên nước ngoài<sup>9</sup>.

Người sử dụng lao động là những tổ chức hoặc cá nhân có sử dụng lao động. Người sử dụng lao động là tổ chức thì phải có đầy đủ tư cách pháp lý và đủ điều kiện cần thiết đảm bảo cho việc sử dụng lao động như khả năng trả lương, bảo đảm điều kiện lao động, an toàn lao động, vệ sinh lao động, bảo hiểm xã hội ... Tổ chức tuyển dụng lao động thì khi ký kết hợp đồng lao động phải thông qua người đại diện. Nếu tổ chức có tư cách pháp nhân thì sẽ do người đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền ký kết hợp đồng. Việc ủy quyền phải bằng văn bản trừ trường hợp đã phân cấp quản lý nhân sự. Nếu tổ chức không có tư cách pháp nhân thì bắt buộc người đại diện hợp pháp phải trực tiếp ký kết không được ủy quyền. Người sử dụng lao động là cá nhân thì phải đủ 18 tuổi trở lên, có trí tuệ phát triển bình thường, có đủ năng lực và tài sản để tổ chức quá trình lao động và đảm bảo quyền lợi cho người lao động. Việc giao kết hợp đồng lao động với người sử dụng lao động là cá nhân, hộ gia đình phải là với người trực tiếp sử dụng lao động và không được ủy quyền cho người khác ký kết.

#### **4.2. Nội dung của hợp đồng lao động**

Nội dung của hợp đồng là toàn bộ các vấn đề mà hai bên thỏa thuận và đưa vào hợp đồng, trong đó có chứa đựng quyền và nghĩa vụ của các bên. Hợp đồng phải đảm bảo các nội dung chủ yếu được quy định tại Điều 29 Bộ luật Lao động 1994. Các bên thỏa thuận những nội dung của điều khoản nhưng không được trái pháp luật, trái thỏa ước lao động tập thể. Ngoài các nội dung chủ yếu các bên còn có thể đề xuất thêm những điều khoản khác căn cứ vào những yêu cầu đặc thù, tuy nhiên những thỏa thuận riêng này cũng không được trái pháp luật và thỏa ước lao động tập thể. Căn cứ vào tính chất nội dung, hợp đồng lao động có các loại điều khoản sau:

*Điều khoản thường lệ:* Là những điều khoản thông thường mà nội dung đã được quy định theo pháp luật và hai bên có thể thỏa thuận đưa vào hoặc không đưa vào nội dung của hợp đồng.

<sup>8</sup> Khoản 1 Điều 133, khoản 3 Điều 184 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>9</sup> Khoản 2 Điều 132 Bộ luật Lao động 1994.

*Điều khoản chủ yếu:* Những điều khoản cơ bản, bắt buộc phải có trong mỗi bản hợp đồng lao động, nếu thiếu thì hợp đồng không thể giao kết được: Công việc phải làm; Tiền lương; Điều kiện về an toàn, vệ sinh lao động; Địa điểm làm việc; Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; Thời hạn hợp đồng; Chế độ bảo hiểm xã hội đối với người lao động.

*Điều khoản tự nguyện:* Căn cứ vào khả năng, nhu cầu của các bên. Pháp luật khuyến khích các bên thỏa thuận về những điều kiện khác nhằm bảo đảm cho quan hệ pháp luật lao động được duy trì ổn định và chấm dứt mà không xảy ra tranh chấp.

#### **4.3. Hình thức của hợp đồng lao động**

Hợp đồng lao động được thiết lập theo hình thức bằng văn bản hoặc lời nói. Hình thức bằng văn bản là hình thức phổ biến nhất của hợp đồng lao động. Do tính chất của quan hệ lao động là lâu dài và phức tạp do vậy pháp luật lao động quy định hình thức của hợp đồng phải làm bằng văn bản. Hợp đồng được làm thành 02 bản mỗi bên giữ một bản. Hợp đồng được soạn thảo trên khổ giấy A4 theo Mẫu do Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội quy định và đóng dấu giáp lai giữa các trang. Hợp đồng lao động phải được soạn thảo bằng tiếng Việt, nếu như một trong hai bên ký kết là cá nhân, tổ chức nước ngoài thì có thể soạn thảo, thỏa thuận thêm bằng tiếng nước ngoài nhưng trong trường hợp có mâu thuẫn về ngôn ngữ thì chi bản tiếng Việt mới có giá trị pháp lý. Bản hợp đồng lao động có thể viết bằng bút mực các màu (trừ màu đỏ) hoặc đánh máy.

Hình thức hợp đồng bằng “miệng” (lời nói) là việc giao kết hợp đồng chỉ thông qua quá trình thỏa thuận, đàm phán bằng lời nói mà không lập thành văn bản. Trong trường hợp giao kết hợp đồng đối với công việc có tính chất tạm thời có thời hạn dưới 3 tháng hoặc đối với lao động giúp việc trong gia đình thì các bên có thể chọn hình thức hợp đồng này tuy nhiên nếu giao kết theo hình thức “lời nói” thì các bên vẫn phải tuân theo những quy định của pháp luật. Khi giao kết hợp đồng bằng lời nói nếu cần có người thứ ba chứng kiến thì hai bên có thể thỏa thuận.

Hợp đồng lao động còn có thể được tạo lập thông qua hành vi (Ví dụ: chủ thể của hợp đồng là người tàn tật) – hình thức này khá đặc biệt và ít được thực hiện nhưng sẽ là chưa đầy đủ nếu pháp luật không đề cập tới. Hiện nay, còn có những hình thức giao kết hợp đồng khác tương đương văn bản như qua Fax, Internet, thư điện tử (email), các phương tiện truyền thông... nếu đảm bảo được các yếu tố của hợp đồng thì pháp luật cũng có thể coi đó là căn cứ xác lập thỏa thuận bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Tuy nhiên, hình thức bằng văn bản là hình thức bảo đảm nhất cho quyền lợi của người lao động đặc biệt đối với những vấn đề liên quan đến chức năng quản lý nhà nước hoặc chức năng xét xử của các cơ quan tư pháp.

## 5. Hiệu lực của Hợp đồng lao động

Các thời điểm có thể xác định làm căn cứ phát sinh hiệu lực của hợp đồng là kể từ ngày các bên tiến hành giao kết hợp đồng; kể từ ngày các bên thỏa thuận hoặc kể từ ngày người lao động bắt đầu làm việc<sup>10</sup>.

Khi ký kết hợp đồng lao động hai bên có thể thỏa thuận về việc làm thử (thời gian thử việc). Trong thời gian thử việc người lao động được hưởng lương thấp hơn với chế độ không được đầy đủ nên pháp luật quy định thời gian thử việc căn cứ từng loại công việc không được quá kéo dài<sup>11</sup>.

Hợp đồng lao động trái với pháp luật lao động, thỏa ước lao động tập thể thì vô hiệu<sup>12</sup>. Căn cứ điều kiện giao kết hợp đồng lao động thì khi hợp đồng có một phần hoặc toàn bộ nội dung không đảm bảo các quy định pháp luật, hoặc chủ thể của hợp đồng không đáp ứng đầy đủ những điều kiện pháp luật hoặc hình thức của hợp đồng không đúng quy định hoặc hợp đồng vi phạm các nguyên tắc ký kết thì đều bị coi là vô hiệu<sup>13</sup>. Việc kết luận hợp đồng lao động vô hiệu thuộc thẩm quyền của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Hậu quả của hợp đồng lao động vô hiệu toàn bộ là hợp đồng sẽ phải bị hủy bỏ. Nếu hợp đồng vô hiệu từng phần thì chỉ phần vô hiệu đó không có hiệu lực, các bên giao kết phải hủy bỏ phần hợp đồng vô hiệu và sửa đổi bổ sung lại phần nội dung đó cho phù hợp với quy định của pháp luật. Nội dung hợp đồng vô hiệu được giải quyết theo nội dung tương ứng được quy định trong pháp luật hiện hành và theo thỏa thuận trong thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động. Việc giải quyết hợp đồng lao động vô hiệu cũng phải chú ý yếu tố đặc thù là “sức lao động” không thể thu hồi được. Thời điểm hợp đồng vô hiệu được tính từ thời điểm hợp đồng được giao kết.

## 6. Chế độ thực hiện, thay đổi, tạm hoãn, chấm dứt hợp đồng lao động

Thực hiện hợp đồng là việc các bên thực hiện các quyền và nghĩa vụ đã cam kết trong hợp đồng. Trong quá trình thực hiện hợp đồng các bên không được vi phạm những nội dung mà mình đã cam kết, không xâm phạm quyền và lợi ích của bên kia và cũng không được làm trái những quy định của pháp luật.

### 6.1. Chế độ pháp lý về thay đổi hợp đồng lao động

Về nguyên tắc, công việc của hợp đồng phải do chính người lao động thực hiện

<sup>10</sup> Theo quy định tại Điều 33 Bộ luật Lao động 1994 và Điều 8 Nghị định 44/2003/NĐ-CP.

<sup>11</sup> Điều 32 Bộ luật Lao động 1994 và Điều 7 Nghị định 44/2003/NĐ-CP.

<sup>12</sup> Điều 166 Bộ luật Lao động.

<sup>13</sup> Pháp luật lao động chưa có những quy định cụ thể về tiêu chí để xác định hợp đồng lao động vô hiệu và tiêu chí xác định hợp đồng lao động vô hiệu toàn bộ hoặc từng phần vì vậy có thể căn cứ những quy định chung của Bộ luật Dân sự về Hợp đồng dân sự vô hiệu để áp dụng cho Hợp đồng lao động.

vì vậy không được phép thay đổi chủ thể của hợp đồng. Khi có sự thay đổi người lao động có nghĩa là giữa hai bên phải giao kết một hợp đồng lao động mới. Trường hợp thay đổi người sử dụng lao động đó là khi doanh nghiệp sáp nhập, chia tách, chuyển quyền quản lý hoặc quyền sử dụng tài sản. Doanh nghiệp mới phải tiếp tục thực hiện hợp đồng lao động, nếu không sử dụng hết số lao động hiện có thì cũng phải lập phương án sử dụng lao động. Người sử dụng lao động cũ và người sử dụng lao động kế tiếp phải có trách nhiệm giải quyết các quyền lợi của người lao động.

Thay đổi nội dung hợp đồng là thay đổi quyền và nghĩa vụ của cả hai bên. Trong quá trình thực hiện hợp đồng nếu bên nào có yêu cầu thay đổi nội dung của hợp đồng thì nêu nội dung cần thay đổi và thông báo cho bên kia bằng văn bản biết trước ít nhất 03 ngày. Bên nhận được văn bản yêu cầu phải chủ động gặp bên đề xuất để thỏa thuận về nội dung cần thay đổi chậm nhất là 03 ngày kể từ ngày nhận được văn bản yêu cầu. Việc thay đổi nội dung hợp đồng lao động được tiến hành bằng cách sửa đổi, bổ sung hợp đồng lao động đã giao kết hoặc giao kết hợp đồng lao động mới. Trường hợp hai bên thỏa thuận sửa đổi bổ sung hợp đồng lao động thì có thể tiến hành ký kết phụ lục hợp đồng<sup>14</sup>. Trường hợp hai bên không thỏa thuận được việc sửa đổi, bổ sung hoặc giao kết hợp đồng mới thì tiếp tục thực hiện hợp đồng lao động đã giao kết hoặc chấm dứt hợp đồng theo quy định của pháp luật.

Trường hợp gặp khó khăn đột xuất (khắc phục hậu quả thiên tai, hỏa hoạn, sự cố điện, nước...) hoặc do nhu cầu sản xuất kinh doanh thì người sử dụng lao động có quyền tạm thời chuyển người lao động làm công việc khác trái nghề nhưng không quá 60 ngày (cộng dồn) trong một năm<sup>15</sup>.

### **6.2. Tạm hoãn hợp đồng lao động**

Tạm hoãn hợp đồng lao động là việc tạm ngừng việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ đã được hai bên thỏa thuận trong hợp đồng trong một thời gian nhất định mà không làm mất hiệu lực của hợp đồng. Các trường hợp tạm hoãn hợp đồng đó là tạm hoãn do thực hiện các nghĩa vụ mà pháp luật quy định (Người lao động đi làm nghĩa vụ quân sự, các nghĩa vụ công dân khác; hoặc người lao động bị tạm giữ, tạm giam...) và tạm hoãn do thỏa thuận của các bên (Người lao động xin đi học; Người lao động xin nghỉ không hưởng lương vì lý do của bản thân...). Khi hết thời hạn tạm hoãn hợp đồng lao động, tùy từng trường hợp mà người lao động có

<sup>14</sup> Mẫu phụ lục hợp đồng ban hành kèm theo Thông tư 21/2003/TT- Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội.

<sup>15</sup> Điều 34 Bộ luật Lao động 1994.



quyền tiếp tục thực hiện hợp đồng lao động đã giao kết và người sử dụng lao động có trách nhiệm sắp xếp việc làm cho người lao động<sup>16</sup>.

### 6.3. Chấm dứt hợp đồng lao động

Chấm dứt hợp đồng lao động là một trong những sự kiện pháp lý làm chấm dứt quan hệ pháp luật lao động và đây cũng là một vấn đề pháp lý phức tạp có ảnh hưởng trực tiếp tới quyền lợi của người lao động và người sử dụng lao động. Chấm dứt hợp đồng nếu được các bên thỏa thuận và giải quyết đầy đủ các quyền lợi cho người lao động thì sẽ không gây ra hậu quả xấu, ngược lại nếu việc chấm dứt hợp đồng mà không giải quyết thỏa đáng những thỏa thuận và trách nhiệm giữa hai bên thì sẽ tác động tiêu cực không chỉ đối với các bên trực tiếp tham gia quan hệ hợp đồng mà còn gây ra những tác động tâm lý, xã hội và pháp lý. Việc chấm dứt hợp đồng có thể do cả hai bên cùng đồng ý chấm dứt hoặc có thể phát sinh do ý chí từ phía một bên.

Chấm dứt hợp đồng lao động cần chú ý tới các căn cứ chấm dứt hợp đồng để giải quyết quyền lợi cho các bên theo thỏa thuận hoặc theo quy định pháp luật. Sự chấm dứt hợp đồng có thể có nhiều lý do và nguyên nhân nhưng cần phải được xác định là hợp pháp hay không hợp pháp để từ đó xác định vấn đề trách nhiệm pháp lý, trách nhiệm bồi thường. Các bên khi chấm dứt hợp đồng trong tình huống hợp cũng phải thực hiện đầy đủ các thủ tục về nghĩa vụ báo trước, trình tự chấm dứt. Mỗi bên có thể từ bỏ việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trước khi hết thời hạn báo trước. Khi hết thời hạn báo trước, mỗi bên đều có quyền chấm dứt hợp đồng lao động.

Các bên có thể đương nhiên chấm dứt Hợp đồng lao động trong những trường hợp: Hết hạn hợp đồng; Công việc của hợp đồng đã hoàn thành; Hai bên cùng đồng ý chấm dứt hợp đồng<sup>17</sup>.

Chấm dứt hợp đồng lao động do ý chí của bên thứ ba hoặc sự kiện pháp lý khác là những trường hợp đặc biệt có liên quan đến quy định của các ngành luật khác (Người lao động bị kết án tù giam hoặc bị cấm làm công việc cũ; Người lao động chết, mất tích...) và trong những trường hợp này, ý chí của nhà nước sẽ quyết định sự tồn tại của quan hệ hợp đồng lao động.

Việc chấm dứt hợp đồng do một bên đơn phương chủ động được Bộ luật Lao động 1994 quy định khá đầy đủ ngoài ra còn được giải thích trong các văn bản hướng dẫn. Đây là nội dung pháp lý gắn liền với chế định kỳ luật lao động, trách

<sup>16</sup> Điều 35 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>17</sup> Điều 36 Bộ luật Lao động 1994.

nhệm vật chất, giải quyết tranh chấp lao động. Việc đơn phương thể hiện ý chí bao giờ cũng phát sinh từ lợi ích của một bên chủ thể, không xem xét đến quyền lợi của bên kia vì vậy khó đạt tới sự nhất trí và nếu không được giải quyết hợp tình hợp lý sẽ rất dễ xảy ra tranh chấp. Có hai trường hợp đơn phương chấm dứt Hợp đồng lao động:

- Chấm dứt hợp đồng do người lao động chủ động<sup>18</sup>;
- Chấm dứt hợp đồng lao động do người sử dụng lao động chủ động<sup>19</sup>.

Luật Lao động Việt Nam mang ý nghĩa nhân đạo vì vậy, để bảo vệ quyền lợi của người lao động, pháp luật lao động cũng quy định những trường hợp người sử dụng lao động không được đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động kể cả khi có căn cứ pháp luật<sup>20</sup>. Trong trường hợp sáp nhập, hợp nhất, chia tách, chuyển quyền sở hữu, quyền quản lý hoặc quyền sử dụng tài sản doanh nghiệp mà không sử dụng hết số lao động hiện có thì phải lập phương án sử dụng đối với lao động tiếp tục được sử dụng, lao động được đưa đi đào tạo lại, lao động nghỉ hưu và lao động phải chấm dứt hợp đồng lao động. Người sử dụng lao động cũ và người sử dụng lao động kế tiếp phải có trách nhiệm giải quyết quyền lợi cho người lao động, xác định rõ trách nhiệm về khoản kinh phí đào tạo, kinh phí khác. Trường hợp người sử dụng lao động không sử dụng hết lao động thì căn cứ vào phương án sử dụng lao động giải quyết cho lao động dôi dư thôi việc và người lao động sẽ được trợ cấp mất việc.

Trong những trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng mà vi phạm thời hạn báo trước thì bên vi phạm phải bồi thường cho bên kia một khoản tiền tương ứng với tiền lương của người lao động trong những ngày không báo trước.

### III. THỎA ƯỚC LAO ĐỘNG TẬP THỂ

#### 1. Vị trí và vai trò của Tổ chức Công đoàn trong quan hệ lao động

Khi tham gia vào quan hệ pháp luật lao động thì người lao động cũng như người sử dụng lao động đều nhằm nhu cầu mưu cầu lợi ích. Tuy nhiên, do quan hệ có tính đối trọng về quyền lợi nên mâu thuẫn giữa hai bên sẽ khó tránh khỏi. Tổ chức công đoàn ra đời với tư cách là đại diện của tập thể người lao động để giải quyết mối quan hệ trên. Công đoàn là một tổ chức nghề nghiệp của giai cấp công nhân và người lao động. Mục đích hoạt động của tổ chức công đoàn kết hợp cả mục đích kinh tế (đảm bảo đời sống, điều kiện lao động, phúc lợi xã hội) và mục

<sup>18</sup> Điều 37 (Khoản 2, 3) Bộ luật Lao động 1994.

<sup>19</sup> Điều 38 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>20</sup> Điều 39 Bộ luật Lao động 1994.

dịch xã hội (bảo vệ các quyền gắn liền với nhân phẩm và nâng cao địa vị của người lao động).

Trong hệ thống chính trị của nước ta: Công đoàn là một trong tám tổ chức chính trị xã hội và là một tổ chức chính trị xã hội có vị trí chức năng đặc biệt. “Công đoàn là tổ chức chính trị – xã hội của giai cấp công nhân và của người lao động cùng với cơ quan nhà nước, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội chăm lo và bảo vệ quyền lợi của cán bộ, công nhân viên chức và của những người lao động khác; tham gia quản lý nhà nước và xã hội; tham gia kiểm tra, giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước, tổ chức kinh tế, giáo dục cán bộ, công nhân viên chức và những người lao động khác, xây dựng và bảo vệ tổ quốc”<sup>21</sup>. Công đoàn là đại diện cho tập thể lao động trong mối quan hệ giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động về những vấn đề có liên quan đến lao động sản xuất và đời sống của người lao động.

Quyền và nghĩa vụ của công đoàn đan xen nhau được quy định trong các điều khoản của Bộ luật Lao động năm 1994 và Luật Công đoàn năm 1990<sup>22</sup>. Các quyền của công đoàn cơ sở là nội dung mối quan hệ pháp lý giữa tổ chức công đoàn cơ sở với người sử dụng lao động. Công đoàn cơ sở là công đoàn của các doanh nghiệp, tổ chức, đơn vị, là nền tảng của tổ chức và hoạt động công đoàn, nơi trực tiếp bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động, là nơi công đoàn trực tiếp tham gia vào việc quản lý sản xuất, kinh doanh cùng với người sử dụng lao động.

## 2. Thỏa ước lao động tập thể

### 2.1. Khái niệm, nội dung Thỏa ước lao động tập thể

Thỏa ước lao động tập thể là những quy định nội bộ của doanh nghiệp, trong đó bao gồm những thỏa thuận giữa tập thể người lao động và người sử dụng về những vấn đề có liên quan đến quan hệ lao động. Điều 44 Bộ luật Lao động 1994 quy định: “Thỏa ước lao động tập thể (gọi tắt là thỏa ước tập thể) là văn bản thỏa thuận giữa tập thể lao động và người sử dụng lao động về các điều kiện lao động và sử dụng lao động, quyền lợi và nghĩa vụ của hai bên trong quan hệ lao động; Thỏa ước tập thể do đại diện của tập thể lao động và người sử dụng lao động ký kết theo nguyên tắc tự nguyện bình đẳng và công khai”. Bản chất của thỏa ước lao động tập thể là vừa mang tính chất hợp đồng vừa mang tính chất pháp quy. Một bên chủ thể của thỏa ước tập thể bao giờ cũng là một tập thể người lao động (một doanh nghiệp hoặc bộ phận doanh nghiệp, một ngành kinh tế hoặc một vùng kinh tế) mà

<sup>21</sup> Điều 10 Hiến pháp 1992, Điều 1 Luật Tổ chức Công đoàn 1990, Điều 12 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>22</sup> Điều 2 và chương II Luật Tổ chức Công đoàn 1990.

người đại diện là tổ chức công đoàn (Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành công đoàn lâm thời). Những nội dung mà hai bên đã thỏa thuận trong thỏa ước thường liên quan đến quyền, nghĩa vụ hoặc lợi ích của cả một tập thể người. Thỏa ước tập thể không chỉ bao gồm những thỏa ước không trái với quy định của pháp luật mà còn bao gồm cả những thỏa thuận có lợi hơn cho người lao động.

Giữa thỏa ước lao động tập thể và Hợp đồng lao động cá nhân có sự khác biệt về nội dung, trình tự giao kết, chủ thể... tuy nhiên lại có mối liên hệ chặt chẽ. Hợp đồng lao động cá nhân là cơ sở, xuất phát điểm để có thỏa ước lao động tập thể. Về mặt mục đích thỏa ước tập thể nhằm bổ sung và nâng cao thêm những thỏa thuận trong hợp đồng lao động, gắn cá nhân người lao động với cộng đồng doanh nghiệp. Do vậy có thể coi thỏa ước lao động tập thể là một hình thức hợp đồng lao động phát triển ở mức độ cao, là hợp đồng lao động tập thể. Thỏa ước lao động tập thể tạo nên cộng đồng trách nhiệm của cả hai bên trong việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh trên cơ sở pháp luật lao động. Thỏa ước lao động tập thể góp phần điều hòa lợi ích, hạn chế, ngăn ngừa mâu thuẫn, xung đột, là cơ sở pháp lý quan trọng để xem xét giải quyết tranh chấp lao động tập thể. Nội dung của thỏa ước lao động tập thể bao gồm những cam kết chủ yếu được quy định trong Điều 46 Khoản 2 Bộ luật Lao động: Việc làm và bảo đảm việc làm; Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; Tiền lương, tiền thưởng, phụ cấp lương; Định mức lao động; An toàn lao động, vệ sinh lao động; Bảo hiểm xã hội.

Thỏa ước lao động tập thể không bắt buộc phải có đầy đủ các cam kết trên mà nội dung phụ thuộc vào nhu cầu, khả năng của hai bên và đương nhiên các bên thỏa thuận được càng nhiều nhóm vấn đề thì càng được khuyến khích. Phạm vi, đối tượng áp dụng của thỏa ước lao động bao gồm doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp ngoài quốc doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các khu công nghiệp, khu chế xuất... Thỏa ước lao động tập thể không áp dụng đối với công nhân viên chức nhà nước, người làm việc trong các tổ chức chính trị xã hội, đoàn thể nhân dân, lực lượng vũ trang...

## **2.2. Thương lượng, ký kết và đăng ký thỏa ước lao động tập thể**

Thủ tục thương lượng, ký kết và đăng ký Thỏa ước lao động tập thể gồm các bước:

– Bước một là đề xuất yêu cầu và nội dung cần thương lượng. Các bên đều có quyền đề xuất yêu cầu và nội dung thương lượng (thông báo bằng hình thức văn bản).

– Bước hai là tiến hành thương lượng. Thời gian thương lượng là chậm nhất 20 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu. Người sử dụng lao động chịu trách nhiệm tổ chức để hai bên tiến hành thương lượng. Kết quả thương lượng là căn cứ để xây dựng thỏa ước lao động tập thể.

– Bước ba là lấy ý kiến của tập thể về dự thảo thỏa ước. Ban chấp hành công đoàn cơ sở tiến hành bằng cách lấy chữ ký hoặc biểu quyết.

– Bước bốn là hoàn thiện dự thảo thỏa ước và tiến hành ký kết. Sau khi lấy ý kiến và hoàn thiện bản dự thảo thỏa ước nếu có trên 50% số lao động trong tập thể lao động tán thành thì hai bên tiến hành ký kết thỏa ước lao động tập thể. Đại diện ký kết của tập thể lao động là chủ tịch Ban chấp hành công đoàn cơ sở. Đại diện ký kết của người sử dụng lao động là Giám đốc doanh nghiệp hoặc người có giấy ủy quyền của giám đốc doanh nghiệp. Thỏa ước lao động tập thể phải được lập thành 04 bản theo mẫu thống nhất do nhà nước quy định (01 bản do người sử dụng lao động giữ; 01 bản do Ban chấp hành công đoàn cơ sở giữ; 01 bản do Ban chấp hành công đoàn cơ sở gửi Ban chấp hành công đoàn cấp trên; 01 bản do người sử dụng lao động gửi đăng ký).

– Bước năm là đăng ký Thỏa ước lao động tập thể. Chậm nhất là 10 ngày kể từ ngày ký kết, doanh nghiệp phải gửi thỏa ước đến cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh (Sở Lao động – Thương binh và Xã hội) nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp để đăng ký. Doanh nghiệp trong khu công nghiệp đăng ký tại Ban quản lý khu công nghiệp theo ủy quyền của Sở Lao động – Thương binh và Xã hội, nơi có trụ sở chính của Ban quản lý đó.

### **2.3. Hiệu lực, thời hạn và việc thực hiện thỏa ước lao động tập thể**

Thỏa ước tập thể có hiệu lực từ ngày hai bên thỏa thuận ghi trong điều ước, trường hợp hai bên không thỏa thuận thì thỏa ước có hiệu lực kể từ ngày ký. Điều 48 Bộ luật Lao động 1994 cũng quy định những trường hợp thỏa ước lao động tập thể vô hiệu từng phần và vô hiệu toàn bộ và việc xử lý. Sau khi thỏa ước có hiệu lực thì người sử dụng lao động phải thông báo cho mọi người lao động trong doanh nghiệp biết và mọi người trong doanh nghiệp đều phải thi hành kể cả người vào làm việc sau khi thỏa ước đã được ký hoặc người lao động không phải thành viên công đoàn. Mọi quy định về lao động trong doanh nghiệp phải được sửa đổi phù hợp với thỏa ước. Thỏa ước lao động tập thể được ký kết với thời hạn từ 01 đến 03 năm. Doanh nghiệp lần đầu ký kết thì thời hạn có thể dưới 01 năm.

## **IV. THỜI GIỜ LÀM VIỆC, THỜI GIỜ NGHỈ NGƠI**

### **1. Khái niệm, ý nghĩa của thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi**

Dưới góc độ pháp luật lao động, “Thời giờ làm việc” là thời gian do pháp luật quy định mà theo đó người lao động phải có mặt tại nơi làm việc và thực hiện những công việc đã được thỏa thuận trong hợp đồng lao động và thỏa ước lao động tập thể với những giới hạn theo quy định của pháp luật. “Thời giờ nghỉ ngơi”

là thời gian do pháp luật quy định mà theo đó người lao động không phải thực hiện những nghĩa vụ lao động của mình và được quyền tự do sử dụng thời gian ấy. Căn cứ xác định thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi là quy định khung của nhà nước, quy định trong nội bộ doanh nghiệp và những quy định do các bên trực tiếp thỏa thuận với nhau. Mục đích của những quy định về thời giờ làm việc và thời giờ nghỉ ngơi là điều chỉnh những quan hệ về phân công và hiệp tác lao động, nhằm bảo hộ lao động. Trong cơ chế thị trường nguyên tắc điều chỉnh thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi phải đạt hai mục đích của nhà nước và xã hội là: bảo hộ người lao động; hạn chế sự lạm dụng sức lao động đồng thời vẫn phải đáp ứng sự tự do thỏa thuận của hai bên. Thời giờ làm việc được ấn định ở mức tối đa còn thời giờ nghỉ ngơi ở mức tối thiểu.

## **2. Chế độ thời giờ làm việc**

### ***2.1. Các loại thời giờ làm việc***

Thời giờ làm việc tiêu chuẩn là độ dài của thời gian lao động theo quy định của pháp luật mà theo đó người lao động phải có mặt tại nơi làm việc và phải thực hiện những nghĩa vụ lao động do người sử dụng lao động giao cho. Có hai loại thời giờ làm việc tiêu chuẩn là thời giờ làm việc bình thường (không quá 8 giờ/ngày hoặc 48 giờ/tuần áp dụng cho đại bộ phận những người lao động làm việc trong điều kiện, môi trường lao động bình thường) và thời giờ làm việc rút ngắn (có độ dài ngắn hơn so với thời giờ làm việc bình thường mà vẫn được hưởng đủ lương áp dụng cho một số loại lao động đặc biệt)<sup>23</sup>. Thời giờ làm việc không theo tiêu chuẩn là không có đủ yếu tố như thời giờ làm việc tiêu chuẩn, nó thường được tính trên cơ sở khối lượng công việc và không buộc người lao động phải có mặt tại nơi làm việc (áp dụng đối với người lao động làm công việc đặc biệt, người lao động cao tuổi, cơ quan nghiên cứu, trường học).

### ***2.2. Chế độ làm thêm giờ***

Thời giờ làm thêm giờ là thời giờ vượt quá thời giờ làm việc tiêu chuẩn, được hưởng thêm lương theo sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động trong những trường hợp và có giới hạn quy định của pháp luật<sup>24</sup>. Việc làm thêm giờ đòi hỏi người lao động phải làm việc với cường độ vượt quá khả năng thông thường, vì vậy mà pháp luật lao động quy định thời giờ làm thêm không quá 50% thời giờ làm việc mà pháp luật cho phép. Thời gian làm việc thêm không quá 4 giờ/ngày; 16 giờ/tuần; 200 giờ/năm. Đối với công việc nặng nhọc độc hại thì

<sup>23</sup> Điều 68 Bộ Luật Lao động 1994.

<sup>24</sup> Điều 5 Nghị định 195-CP năm 1994.

không quá 3 giờ/ngày; 14 giờ/tuần. Trường hợp đặc biệt không quá 300 giờ/năm do Chính phủ quy định. Ngoài ra, doanh nghiệp khi áp dụng chế độ làm thêm giờ phải thỏa thuận với người lao động (trường hợp trên 200 giờ phải thỏa thuận với Ban chấp hành công đoàn cơ sở). Các doanh nghiệp phải được sự chấp nhận cho phép của bộ quản lý, hoặc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

### **2.3. Chế độ làm đêm**

Thời giờ làm việc ban đêm là thời giờ làm việc được tính từ 22 giờ đến 6 giờ hoặc từ 21 giờ đến 5 giờ căn cứ theo khu vực, đặc điểm thời tiết, khí hậu và được hưởng phụ cấp làm đêm. Người lao động làm việc ban đêm được trả thêm ít nhất bằng 30% tiền lương tính theo đơn giá tiền lương hoặc tiền lương của công việc làm vào ban ngày.

## **3. Chế độ thời giờ nghỉ ngơi**

### **3.1. Nghỉ giữa ca, nghỉ chuyển ca**

Việc quy định thời gian tối thiểu nghỉ giữa ca và nghỉ chuyển ca nhằm để người lao động thư giãn, đỡ mệt mỏi, tái sản xuất sức lao động. Người lao động làm việc liên tục 8 giờ thì được nghỉ ít nhất 1/2 giờ tính vào giờ làm việc và được nghỉ 45 phút nếu làm việc liên tục vào ca đêm. Người lao động làm việc theo ca được nghỉ ít nhất 12 giờ trước khi chuyển sang ca khác<sup>25</sup>.

### **3.2. Chế độ nghỉ hàng tuần**

Chế độ nghỉ hàng tuần là số ngày cố định nhưng không bắt buộc phải nghỉ ngày nào trong tuần. Mỗi tuần người lao động được nghỉ ít nhất 01 ngày (24 giờ liên tục) thông thường là chủ nhật nhưng nếu do yêu cầu công việc thì có thể nghỉ vào ngày khác trong tuần. Trong trường hợp đặc biệt do chu kỳ lao động không thể nghỉ hàng tuần thì người sử dụng lao động phải bảo đảm cho người lao động được nghỉ tính bình quân một tháng ít nhất 04 ngày<sup>26</sup>.

### **3.3. Chế độ nghỉ lễ trong năm**

Nếu ngày lễ, tết trùng với ngày nghỉ hàng tuần thì người lao động được nghỉ bù vào ngày tiếp theo, trường hợp làm việc trong ngày lễ, tết thì được hưởng tiền chênh lệch<sup>27</sup>. Người nước ngoài còn được nghỉ thêm một ngày tết cổ truyền của dân tộc và một ngày quốc khánh của nước họ.

### **3.4. Chế độ nghỉ hàng năm**

Người lao động đã có 12 tháng làm việc thì được nghỉ hàng năm được hưởng

<sup>25</sup> Điều 71 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>26</sup> Điều 72 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>27</sup> Điều 73 Bộ luật Lao động 1994.

nguyên lương; Người lao động chưa đủ 12 tháng làm việc thì mỗi tháng được tính là một ngày nghỉ. Số ngày nghỉ hàng năm căn cứ vào điều kiện lao động, theo thâm niên. Hàng năm người lao động được nghỉ đột xuất để giải quyết việc riêng. Cưới vợ hoặc cưới chồng: nghỉ 03 ngày; Cưới vợ, chồng cho con: nghỉ 01 ngày; Cha, mẹ (cả hai bên) vợ, chồng hoặc con chết: nghỉ 03 ngày. Người lao động có thể nghỉ thêm một số ngày nhất định nhưng không được hưởng lương.

#### **4. Thời giờ làm việc, nghỉ ngơi đối với lao động đặc biệt**

Thời giờ làm việc và thời giờ nghỉ ngơi, làm thêm giờ đối với người làm công việc có tính chất đặc biệt như vận tải đường bộ, đường sắt, đường thủy, hàng không, lĩnh vực nghệ thuật, công việc của thợ lặn, thợ mỏ hầm lò... thì theo quy định riêng của Chính phủ và quy định cụ thể của các Bộ, ngành quản lý trực tiếp (có sự thỏa thuận với Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội)<sup>28</sup>.

### **V. KỶ LUẬT LAO ĐỘNG VÀ TRÁCH NHIỆM VẬT CHẤT**

#### **1. Kỷ luật lao động và nội quy lao động**

Kỷ luật lao động với tính chất là một yếu tố của quan hệ lao động là tổng hợp tất cả các quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ lao động về vấn đề kỷ luật và việc chấp hành kỷ luật. Quyền của người sử dụng lao động là ban hành những quy định về kỷ luật lao động trên cơ sở những quy phạm pháp luật và nghĩa vụ của người lao động trong việc chấp hành những quy định về kỷ luật lao động. Hiểu như vậy không phải là quan hệ lao động không còn tính chất bình đẳng mà thực sự đây là yêu cầu pháp lý quan trọng để đảm bảo duy trì quan hệ lao động. Kỷ luật lao động hiểu theo nghĩa là một chế định của ngành Luật Lao động là tập hợp những quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành, điều chỉnh và duy trì trật tự kỷ luật trong doanh nghiệp. Kỷ luật lao động là cơ sở pháp lý để đảm bảo sự phân công và hợp tác lao động. Nội dung của kỷ luật lao động dưới khía cạnh pháp lý bao gồm các vấn đề về chấp hành thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; chấp hành sự điều hành của người sử dụng lao động; chấp hành quy định công nghệ về an toàn lao động, vệ sinh lao động; bảo vệ tài sản doanh nghiệp, bảo vệ bí mật công nghệ, bí mật kinh doanh thuộc phạm vi trách nhiệm được giao. Người sử dụng lao động là các doanh nghiệp, tổ chức, cơ sở sản xuất... căn cứ những quy định của pháp luật về kỷ luật lao động để cụ thể hóa thành quy định về kỷ luật lao động áp dụng trong phạm vi nội bộ đơn vị mình.

Nội quy lao động của doanh nghiệp là một loại văn bản pháp lý đặc biệt mang

<sup>28</sup> Điều 80 Bộ luật Lao động 1995 và Điều 12 Nghị định 109/2002/NĐ-CP.



tính chất là quy phạm nội bộ do người sử dụng lao động ban hành. Nội quy lao động chứa đựng các nghĩa vụ cụ thể của người lao động trong quá trình lao động và là cơ sở để xử lý vi phạm kỷ luật lao động. Nội dung của nội quy lao động chính là những quy định về kỷ luật lao động. Các doanh nghiệp sử dụng thường xuyên từ 10 lao động trở lên bắt buộc phải có nội quy lao động bằng văn bản.

Nội dung chủ yếu của Nội quy lao động<sup>29</sup>: Thời giờ làm việc và thời giờ nghỉ ngơi; Trật tự trong doanh nghiệp; An toàn lao động, vệ sinh lao động tại nơi làm việc; Việc bảo vệ tài sản và bí mật công nghệ, kinh doanh của đơn vị; Những hành vi vi phạm kỷ luật lao động, cách thức xử lý kỷ luật lao động và trách nhiệm vật chất.

Nội quy lao động có hiệu lực sau khi đã được đăng ký. Để đảm bảo hiệu lực pháp lý thì nội quy lao động phải có đủ điều kiện:

- Phải bao gồm những nội dung chủ yếu về kỷ luật lao động theo quy định của pháp luật, không trái pháp luật và thoả ước lao động tập thể.

- Trước khi ban hành Nội quy lao động người sử dụng lao động phải tham khảo ý kiến của Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành công đoàn lâm thời và phải được sự đồng thuận của người lao động.

- Nội quy lao động phải được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý về lao động<sup>30</sup>.

- Nội quy lao động phải được thông báo đến từng người và những điểm chính phải được niêm yết ở những nơi cần thiết, công khai có tính chất công cộng trong doanh nghiệp.

## 2. Trách nhiệm kỷ luật

### 2.1. Khái niệm trách nhiệm kỷ luật

Khi tham gia quan hệ lao động, người lao động phải tuân thủ kỷ luật lao động đã được quy định trong nội quy lao động của đơn vị. Có nhiều biện pháp để đảm bảo kỷ luật lao động như khen thưởng, thuyết phục, động viên, khuyến khích... nhưng quan trọng nhất và thể hiện tính pháp lý cao nhất là áp dụng trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm vật chất. Người lao động không thực hiện đúng những quy định về kỷ luật thì sẽ phải chịu trách nhiệm kỷ luật. Trách nhiệm kỷ luật là một loại trách nhiệm pháp lý do người sử dụng lao động áp dụng với người lao động có quan hệ lao động với mình trong trường hợp người lao động vi phạm kỷ luật được thể hiện ở việc buộc họ phải chịu những hình thức kỷ luật lao động do pháp luật quy định.

<sup>29</sup> Điều 83 Bộ luật Lao động 1994 và Điều 4 Nghị định số 41-CP ngày 6/7/1995.

<sup>30</sup> Thủ tục đăng ký theo quy định của Nghị định số 41-CP ngày 6/7/1995

- Chủ thể áp dụng trách nhiệm kỷ luật là người sử dụng lao động.
- Chủ thể chịu trách nhiệm kỷ luật là người lao động.
- Căn cứ để áp dụng trách nhiệm kỷ luật là hành vi vi phạm kỷ luật lao động và lỗi của người vi phạm.
- Hình thức trách nhiệm kỷ luật được khoa học pháp lý gọi là hình thức kỷ luật và hình thức đó phải được cụ thể hóa trong nội quy lao động của doanh nghiệp.

## **2.2. Các hình thức trách nhiệm kỷ luật và căn cứ áp dụng**

Hình thức kỷ luật lao động là chế tài của trách nhiệm kỷ luật do pháp luật quy định để người sử dụng lao động áp dụng với người lao động có hành vi vi phạm. Điều 84 Bộ luật Lao động 1994 quy định 03 hình thức kỷ luật với mức chế tài từ thấp đến cao:

- *Khiển trách*: là hình thức có tính chất cảnh cáo đối với người lao động, áp dụng đối với người lao động phạm lỗi lần đầu, ở mức độ nhẹ. Hình thức khiển trách có thể bằng lời nói hoặc văn bản. Thời gian chịu kỷ luật của hình thức kỷ luật khiển trách là 03 tháng.

- *Kéo dài thời hạn nâng lương, chuyển làm công việc khác với mức lương thấp hơn, cách chức*. Thời gian kéo dài thời hạn nâng lương hoặc chuyển làm công việc khác với mức lương thấp hơn không quá 06 tháng. “Thời hạn” không áp dụng đối với hình thức kỷ luật cách chức. Quyết định xử lý kỷ luật phải được lập thành văn bản. Có hai căn cứ để áp dụng đó là:

+ Người lao động đang chịu hình thức khiển trách chưa được xóa kỷ luật thì tái phạm trong thời gian 03 tháng kể từ ngày bị khiển trách (Căn cứ do pháp luật quy định).

+ Người lao động vi phạm quy định trong nội quy lao động của đơn vị mà theo đó phải chịu hình thức kỷ luật thứ hai (Căn cứ do người sử dụng lao động quy định).

- *Sa thải*: là hình thức kỷ luật nặng nhất áp dụng cho người lao động. Người lao động bị hình thức kỷ luật sa thải khi có một trong các căn cứ sau:

+ Người lao động có hành vi trộm cắp, tham ô tài sản, tiết lộ bí mật công nghệ, bí mật kinh doanh hoặc có hành vi khác gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản, lợi ích của doanh nghiệp.

+ Người lao động bị xử lý kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương, chuyển làm công việc khác mà tái phạm trong thời gian chưa xóa kỷ luật hoặc bị xử phạt cách chức mà tái phạm.

+ Người lao động tự ý bỏ việc 05 ngày cộng dồn trong một tháng; 20 ngày cộng dồn trong một năm mà không có lý do chính đáng.

Trừ hình thức kỷ luật sa thải, pháp luật không xác định cụ thể các hành vi vi

phạm kỷ luật lao động vì vậy các đơn vị sử dụng lao động phải quy định cụ thể các hành vi vi phạm kỷ luật và mức độ xử lý để đảm bảo tính chính xác, công bằng. Trường hợp việc vi phạm có những tình tiết phức tạp, nếu xét thấy để người lao động làm việc có thể gây khó khăn cho việc xác minh kỷ luật thì người sử dụng lao động có thể tạm đình chỉ công việc của người lao động. Tuy nhiên để đảm bảo quyền lợi cho người lao động, người sử dụng lao động chỉ có quyền tạm đình chỉ công việc của người lao động sau khi tham thảo ý kiến của Ban chấp hành Công đoàn cơ sở<sup>31</sup>.

### **2.3. Nguyên tắc và thủ tục xử lý kỷ luật lao động**

Việc xử lý kỷ luật lao động phải bảo đảm thời hiệu theo quy định của pháp luật. Mỗi hành vi vi phạm chỉ bị áp dụng một hình thức kỷ luật lao động. Trường hợp một người đồng thời vi phạm nhiều hành vi thì chỉ áp dụng hình thức cao nhất đối với vi phạm nặng nhất. Không kỷ luật trong trường hợp người lao động bị mắc bệnh tâm thần, hoặc bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi. Cấm mọi hành vi xâm phạm thân thể hoặc nhân phẩm của người lao động khi xử lý kỷ luật lao động. Cấm dùng hình thức cúp lương hoặc phạt tiền thay việc xử lý kỷ luật lao động. Khi xử lý kỷ luật cần xem xét cả điều kiện, hoàn cảnh nhân thân của người lao động.

Trừ hình thức kỷ luật khiển trách bằng lời nói, các hình thức kỷ luật khác đều phải thông qua phiên họp kỷ luật.

Thành phần về nhân sự của phiên họp xử lý kỷ luật lao động: Người sử dụng lao động hoặc người được người sử dụng lao động ủy quyền (giữ vai trò người chủ trì); Đại diện Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành công đoàn lâm thời; Đương sự – Người lao động có hành vi vi phạm kỷ luật lao động. Trường hợp người lao động dưới 15 tuổi thì phải có cha, mẹ, người giám hộ, người đỡ đầu hợp pháp. Người làm chứng (nếu có), người bào chữa cho đương sự (nếu có) và những người khác do người sử dụng lao động quyết định.

Trình tự phiên họp:

– Đương sự trình bày bản tường trình diễn biến sự việc xảy ra (hoặc người chủ trì trình bày biên bản xảy ra hoặc phát hiện ra).

– Người chủ trì trình bày hồ sơ xử lý kỷ luật.

– Người làm chứng trình bày (nếu có).

– Người chủ trì chứng minh lỗi của người lao động, xác định hành vi vi phạm và xác định hình thức kỷ luật.

---

<sup>31</sup> Điều 92 Bộ Luật Lao động 1995.

– Đại diện Ban chấp hành công đoàn cơ sở, đương sự, người bảo chữa nhận xét các nội dung trình bày và xem xét hành vi vi phạm.

– Kết thúc phiên họp người chủ trì kết luận, lập, thông qua và ký biên bản xử lý kỷ luật lao động.

– Người sử dụng lao động ký quyết định xử lý kỷ luật lao động.

Trừ trường hợp kỷ luật khiển trách bằng lời nói, các trường hợp còn lại phải có quyết định xử lý kỷ luật bằng văn bản và quyết định đó phải được gửi cho đương sự và Ban chấp hành công đoàn cơ sở. Trường hợp sa thải thì phải gửi quyết định kèm theo biên bản xử lý kỷ luật lên Sở Lao động – Thương binh và Xã hội trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày ra quyết định. Việc quyết định hình thức kỷ luật sa thải đòi hỏi phải có sự nhất trí của Ban chấp hành công đoàn cơ sở. Trường hợp không nhất trí thì Ban chấp hành công đoàn cơ sở báo cáo lên Công đoàn cấp trên trực tiếp (Liên đoàn lao động cấp tỉnh), người sử dụng lao động báo cáo với Sở Lao động – Thương binh và Xã hội. Sau 20 ngày kể từ ngày báo cáo, nếu Sở Lao động – Thương binh và xã hội không can thiệp thì người sử dụng lao động mới có quyền ra quyết định kỷ luật sa thải và chịu trách nhiệm về quyết định sa thải của mình. Đối với những hình thức kỷ luật khác, người sử dụng lao động không nhất thiết phải có sự nhất trí của Ban chấp hành công đoàn cơ sở. Người lao động bị xử lý kỷ luật nếu thấy không thỏa đáng với hình thức kỷ luật thì có thể đề nghị với người sử dụng lao động hoặc yêu cầu giải quyết theo thủ tục giải quyết tranh chấp lao động.

#### **2.4. Giảm và xóa kỷ luật**

Ý nghĩa của việc giảm kỷ luật là muốn người lao động nhanh chóng sửa chữa khuyết điểm. Ý nghĩa của việc xóa kỷ luật là muốn phục hồi tư cách của người lao động xác nhận người lao động đã hết thời gian kỷ luật và là người bình thường. Người lao động bị khiển trách hoặc bị áp dụng hình thức kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương, chuyển làm công việc khác với mức lương thấp hơn sau khi chấp hành 1/2 thời gian kỷ luật, nếu sửa chữa tiến bộ thì sẽ được xem xét để giảm mức kỷ luật còn lại. Người bị khiển trách sau 03 tháng, người bị hình thức kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương, chuyển làm công việc khác với mức lương thấp hơn sau 6 tháng thì đương nhiên được xóa kỷ luật. Việc xóa kỷ luật không áp dụng với người bị cách chức. Khi giảm thời hạn hoặc xóa kỷ luật đối với người lao động bị xử lý kỷ luật lao động theo hình thức kéo dài thời hạn nâng lương, chuyển làm công việc khác với mức lương thấp hơn thì người sử dụng lao động ra quyết định bằng văn bản và bố trí cho đương sự được trở lại làm công việc cũ theo hợp đồng lao động đã giao kết hoặc nâng lương cho người lao động nếu họ đã đủ điều kiện.

### 3. Trách nhiệm vật chất

Trách nhiệm vật chất là loại trách nhiệm pháp lý do người sử dụng lao động áp dụng đối với người lao động có quan hệ lao động với mình, theo đó người lao động phải bồi thường những thiệt hại về vật chất cho người sử dụng lao động trong trường hợp hành vi vi phạm kỷ luật lao động của người lao động gây ra thiệt hại vật chất cho người sử dụng lao động. Trách nhiệm vật chất nhằm bù đắp những thiệt hại về tài sản cho doanh nghiệp và góp phần tăng cường kỷ luật lao động và có những đặc điểm riêng như sau:

– Trách nhiệm vật chất liên quan trực tiếp tới quan hệ lao động. Chủ thể áp dụng trách nhiệm vật chất là người sử dụng lao động. Đối tượng áp dụng: người lao động có hành vi vi phạm kỷ luật lao động gây ra thiệt hại về vật chất.

– Trách nhiệm vật chất là trách nhiệm bồi thường thiệt hại (những thiệt hại về tài sản thuộc quyền quản lý, sử dụng, bảo quản hoặc lưu trữ của người lao động).

– Nguyên nhân là do hành vi vi phạm kỷ luật lao động. Lưu ý khi xác định yếu tố lỗi của hành vi (không phải hành vi cố tình phá hoại mà chủ yếu do vô ý, cầu thả, quá tự tin).

– Có tính chất bồi thường hạn chế (trừ một số trường hợp). Mức bồi thường không vượt quá mức thiệt hại thực tế; mức bồi thường như thế nào phụ thuộc vào từng trường hợp vi phạm, theo nội quy đơn vị và nếu như đã có thỏa thuận trước thì sẽ theo thỏa thuận<sup>32</sup>.

Thủ tục xem xét, xử lý việc bồi thường khi áp dụng trách nhiệm vật chất được tiến hành theo quy định pháp luật như đối với thủ tục xem xét kỷ luật lao động.

## VI. TIỀN LƯƠNG

### 1. Khái niệm pháp lý về tiền lương

Dưới góc độ pháp lý, tiền lương là số tiền mà người sử dụng lao động trả cho người lao động theo sự thỏa thuận giữa hai bên trong hợp đồng lao động căn cứ trên cơ sở năng suất lao động, chất lượng và hiệu quả công việc mà người lao động hoàn thành nhưng không được thấp hơn mức lương tối thiểu do pháp luật quy định<sup>33</sup>.

Định nghĩa này đã xác định tính chất của tiền lương và qua đó có thể phân biệt tiền lương với các khoản thu nhập, sinh lợi khác. Tiền lương gồm lương cơ bản, phụ cấp lương và tiền thưởng. Lương cơ bản là phần trả công tính đủ số lượng, chất lượng lao động đạt được trong điều kiện lao động trung bình. Phụ cấp lương

<sup>32</sup> Điều 89 Bộ Luật Lao động 1995 và Điều 14 Nghị định 41-CP ngày 6/7/1995.

<sup>33</sup> Điều 55 Bộ luật Lao động 1994.

là khoản bù đắp cho người lao động do phải làm việc trong điều kiện lao động không bình thường hoặc phải thực hiện những công việc yêu cầu trách nhiệm cao hơn mức bình thường. Tiền thưởng là phần trả cho những yếu tố mới nảy sinh trong quá trình lao động như tăng năng suất lao động, nâng cao chất lượng sản phẩm, sáng kiến... Tiền lương được đánh giá và biểu hiện ở hai khái niệm cơ bản là “Tiền lương danh nghĩa” và “Tiền lương thực tế”. Tiền lương danh nghĩa chỉ số lượng tiền tệ mà người sử dụng lao động trả cho người lao động căn cứ vào thỏa thuận trong Hợp đồng lao động, Thỏa ước lao động tập thể. Tiền lương thực tế là số lượng tư liệu sinh hoạt, tiêu dùng mà người lao động có thể mua được từ tiền lương của mình sau khi đã đóng các loại thuế theo quy định của nhà nước. Nước ta có 4 hệ thống tiền lương: (1) Hệ thống tiền lương cán bộ, công chức nhà nước; (2) Hệ thống tiền lương của các cơ quan Đảng, đoàn thể; (3) Hệ thống tiền lương lực lượng vũ trang; (4) Hệ thống tiền lương doanh nghiệp. Trong đó chỉ có hệ thống tiền lương doanh nghiệp là được áp dụng chủ yếu cho người lao động làm việc theo hợp đồng lao động và đây chính là đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động.

## **2. Nội dung cơ bản của chế độ tiền lương**

Chế độ tiền lương là tổng hợp các quy định của nhà nước nhằm xác định các mức lương, hình thức và cách thức trả lương để người lao động và người sử dụng lao động làm căn cứ thỏa thuận và tiến hành việc trả lương. Các quy định của nhà nước là những tiêu chuẩn tối thiểu hoặc những quy tắc cơ bản, cần thiết cho các đơn vị sử dụng lao động tiếp tục cụ thể hóa cho phù hợp với khả năng và điều kiện thực tế của đơn vị. Mỗi doanh nghiệp khi hoạt động cũng phải xây dựng Quy chế lương áp dụng trong nội bộ doanh nghiệp sau khi đã đăng ký với cơ quan quản lý nhà nước về lao động.

### **2.1. Mức lương tối thiểu**

Mức lương tối thiểu là mức lương thấp nhất do Chính phủ quy định để trả cho người lao động làm công việc giản đơn nhất trong điều kiện lao động bình thường nhằm bù đắp sức lao động giản đơn và một phần để tái sản xuất sức lao động mở rộng và được dùng làm căn cứ để tính các mức lương cho các loại lao động khác<sup>34</sup>.

### **2.2. Thang lương, bảng lương**

Thang lương là tương quan tỷ lệ về tiền lương (theo trình độ) giữa người lao động trong cùng một nghề hoặc một nhóm nghề (tính chất nghề nghiệp tương đồng) có tiêu chuẩn về cấp bậc kỹ thuật. Chế độ về thang lương là hệ thống các quy phạm phân định những mức lương tương ứng với từng bậc nghề nhất định

<sup>34</sup> Điều 56 Bộ luật Lao động 1994.

thuộc từng ngành nghề, công việc tạo thành tỷ lệ trả công lao động khác nhau theo từng trình độ chuyên môn khác nhau giữa các nhóm người lao động. Bảng lương là tương quan tỷ lệ tiền lương giữa các lao động trong cùng ngành nghề theo trình độ, kinh nghiệm làm việc, hoặc công việc thực tế mà người lao động đảm nhiệm. Doanh nghiệp dân doanh tùy theo điều kiện lao động của mình mà tự quy định hệ thống thang lương, bảng lương. Nhà nước chỉ khống chế là không được thấp hơn mức lương tối thiểu.

### **2.3. Phụ cấp lương**

Phụ cấp lương là số tiền được trả thêm cho người lao động được tính trên cơ sở tiền lương nhằm bổ sung cho chế độ tiền lương cấp bậc. Phụ cấp là để tính đến những yếu tố không ổn định thường xuyên trong sinh hoạt, lao động mà trong khi xây dựng thang bảng lương đã chưa thể tính đến<sup>35</sup>. Các doanh nghiệp có thể áp dụng tương tự như cơ quan nhà nước về chế độ phụ cấp hoặc khi thỏa thuận, quy định mức trả lương có thể tính toán yếu tố phụ cấp trong tổng mức lương trả cho người lao động.

### **2.4. Hình thức trả lương**

– Trả lương theo thời gian: Là hình thức trả lương căn cứ vào thời gian làm việc thực tế của người lao động.

– Trả lương theo sản phẩm: Là hình thức trả lương căn cứ vào số lượng và chất lượng sản phẩm người lao động làm ra.

– Lương khoán: Là hình thức trả lương căn cứ vào khối lượng, chất lượng công việc khoán mà người lao động phải hoàn thành.

### **2.5. Trả lương cho người lao động học nghề, tập nghề, thử việc**

Mức lương học nghề do hai bên thỏa thuận nhưng không quá 70% đơn giá tiền lương hoặc tiền lương của người lao động cùng làm công việc đó. Trong thời gian thử việc người lao động cũng được hưởng ít nhất 70% mức lương cấp bậc của công việc cùng loại.

### **2.6. Trả lương khi làm thêm giờ**

Làm việc ngoài giờ thì sự hao phí lao động cao hơn so với làm việc tiêu chuẩn, vì vậy ngoài mức lương bình thường trả cho người lao động, người sử dụng lao động phải bù đắp một khoản nhất định. Nhà nước quy định cụ thể mức trả lương khi làm thêm giờ trong ngày bình thường, ngày nghỉ, ngày lễ tết, làm đêm<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Các loại phụ cấp lương được quy định tại Điều 4 Nghị định 205/2004/NĐ-CP ngày 14/12/2004.

<sup>36</sup> Điều 61 Bộ luật Lao động 1994, Khoản 4 Điều 10 Nghị định 114/2002/NĐ-CP ngày 31/12/2002.

## **2.7. Trả lương khi ngừng việc**

Trong trường hợp người lao động phải ngừng việc, mức lương ngừng việc được trả tùy vào từng trường hợp cụ thể<sup>37</sup>.

## **2.8. Chế độ tiền thưởng**

Tiền thưởng là một khoản thù lao lao động bổ sung cho chế độ tiền lương nhằm khuyến khích người lao động tích cực làm việc với năng suất, hiệu quả cao. Tiền thưởng trả cho những yếu tố tích cực trong quá trình lao động (tăng năng suất, sáng kiến, tiết kiệm nguyên vật liệu...) chưa được tính đến trong lương cơ bản. Các doanh nghiệp phải căn cứ vào kết quả sản xuất kinh doanh và mức độ hoàn thành kế hoạch công việc của người lao động để quy định chế độ thưởng và mức tiền thưởng sau khi đã tham khảo ý kiến của Ban chấp hành công đoàn cơ sở<sup>38</sup>.

## **2.9. Chế độ tạm ứng tiền lương**

Người lao động vì lý do nào đó bị tạm hoãn, đình chỉ công việc thì người lao động được tạm ứng. Quy định này mang tính chất bảo hộ người lao động vì họ chỉ có sức lao động<sup>39</sup>.

## **2.10. Khấu trừ lương**

Trong một số trường hợp, người sử dụng lao động được phép khấu trừ tiền lương của người lao động nhưng mức khấu trừ cao nhất không vượt quá 30% tiền lương cộng phụ cấp lương (nếu có)<sup>40</sup>.

# **VII. BẢO HIỂM XÃ HỘI**

## **1. Khái niệm Bảo hiểm xã hội**

Bảo hiểm xã hội là một nội dung của an sinh xã hội. Bảo hiểm xã hội là “Sự thay thế hoặc bù đắp một phần thu nhập của người lao động khi họ bị giảm hoặc mất thu nhập do ốm đau, thai sản, tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, hết tuổi lao động hoặc chết trên cơ sở đóng vào quỹ bảo hiểm xã hội” (Khoản 1 Điều 3 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2006).

– Nội dung bảo hiểm xã hội: Có sự bảo đảm vật chất, phục hồi sức khoẻ và chăm sóc y tế.

– Đối tượng được bảo hiểm: Là người lao động.

– Các chế độ bảo hiểm: Người lao động làm công ăn lương được áp dụng hai

<sup>37</sup> Điều 62 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>38</sup> Khoản 3 Điều 11 Nghị định 114/2002/NĐ-CP ngày 31/12/2002.

<sup>39</sup> Điều 67 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>40</sup> Điều 89 Bộ luật Lao động 1994.



loại hình bảo hiểm là bảo hiểm xã hội bắt buộc (5 chế độ: Ốm đau, Thai sản, Tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, Hưu trí, Tử tuất) và loại hình bảo hiểm thất nghiệp (3 chế độ: Trợ cấp thất nghiệp, Hỗ trợ học nghề, Hỗ trợ tìm việc làm). Người lao động tự do được tham gia loại hình bảo hiểm tự nguyện (2 chế độ: hưu trí và tử tuất).

– Nguồn trợ cấp: Do người lao động, người sử dụng lao động đóng góp vào quỹ bảo hiểm xã hội và có sự hỗ trợ của nhà nước.

## **2. Đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội**

Trong cơ chế thị trường, người lao động có thể làm việc ở nhiều nơi với thời gian khác nhau và Nhà nước cần bảo đảm để người lao động tham gia bất cứ loại quan hệ lao động nào cũng đều có cơ hội để hưởng bảo hiểm xã hội. Chính vì vậy mà pháp luật phải đặt ra các loại hình bảo hiểm xã hội cho phù hợp với loại quan hệ xã hội đó. Pháp luật về bảo hiểm xã hội còn có chế định riêng về bảo hiểm y tế. Bảo hiểm y tế là hình thức bảo hiểm được áp dụng trong lĩnh vực chăm sóc sức khỏe, không vì mục đích lợi nhuận do Nhà nước tổ chức thực hiện và các đối tượng có trách nhiệm tham gia theo quy định của Luật Bảo hiểm y tế và các văn bản hướng dẫn.

Người lao động làm công ăn lương nếu đủ điều kiện theo quy định sẽ là chủ thể của loại hình bảo hiểm xã hội bắt buộc và bảo hiểm thất nghiệp<sup>41</sup>. Ngoài ra đối tượng tham gia còn có người sử dụng lao động, các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến bảo hiểm xã hội (cơ quan bảo hiểm xã hội, cơ quan lý nhà nước về lao động, cơ quan y tế, cơ quan tài chính, cơ quan giải quyết tranh chấp...).

## **3. Các chế độ bảo hiểm xã hội bắt buộc**

Đối với từng chế độ bảo hiểm xã hội bắt buộc, pháp luật quy định rõ điều kiện hưởng bảo hiểm (tuổi đời, mức độ suy giảm sức khỏe, khả năng lao động, thời gian tham gia bảo hiểm), mức trợ cấp bảo hiểm và thời hạn hưởng bảo hiểm<sup>42</sup>.

*a) Chế độ bảo hiểm ốm đau* gồm chế độ nghỉ ốm đau, chế độ trợ cấp ốm đau và chế độ dưỡng sức phục hồi sức khỏe sau khi ốm đau.

*b) Chế độ bảo hiểm về thai sản* gồm chế độ khám thai, chế độ khi sảy thai, nạo hút thai hoặc thai chết lưu; chế độ khi sinh con; chế độ khi nhận con nuôi; chế độ khi thực hiện các biện pháp tránh thai và dưỡng sức, phục hồi sức khỏe sau thai sản. Chế độ này đảm bảo hai chức năng cho người lao động là lao động xã hội và lao động gia đình.

<sup>41</sup> Người lao động tham gia bảo hiểm bắt buộc được quy định tại Điều 2 Nghị định 152/2006/NĐ-CP. Người lao động tham gia bảo hiểm thất nghiệp được quy định tại Điều 2 Nghị định 127/2008/NĐ-CP.

<sup>42</sup> Chương III Luật Bảo hiểm xã hội 2006 và Nghị định số 152/2006/NĐ-CP, Thông tư số 03/2007/TT-BĐTBH.

c) *Chế độ tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp* có hai nội dung là chế độ tai nạn và chế độ bệnh nghề nghiệp. Khi người lao động bị tai nạn lao động dẫn đến bị suy giảm sức khỏe, khả năng làm việc thì họ sẽ được hưởng chế độ bảo hiểm tai nạn. Người lao động được hưởng chế độ bệnh nghề nghiệp khi mắc các bệnh thuộc danh mục bệnh nghề nghiệp theo quy định. Bảo hiểm tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp vừa do quỹ bảo hiểm trả vừa do người sử dụng lao động trả vì tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp có liên quan đến việc sử dụng lao động.

#### ***d) Chế độ hưu trí***

Chế độ hưu trí là chế độ bảo hiểm nhằm bảo đảm những yêu cầu thiết yếu cho người lao động khi họ hết tuổi lao động. Chế độ bảo hiểm hưu trí áp dụng đối với những người lao động hết tuổi lao động hoặc hết khả năng lao động theo những điều kiện mà pháp luật quy định. Pháp luật quy định hai chế độ hưu trí là chế độ hưu trí hàng tháng và chế độ trợ cấp một lần.

#### ***đ) Chế độ tử tuất***

Chế độ tử tuất là chế độ bảo hiểm xã hội áp dụng cho thân nhân người lao động có tham gia bảo hiểm xã hội khi người lao động chết. Chế độ tử tuất gồm hai chế độ là chế độ trợ cấp mai táng và chế độ tiền tuất.

### **4. Bảo hiểm thất nghiệp**

Mục đích của bảo hiểm thất nghiệp là ngăn ngừa sự bất ổn định về kinh tế xã hội, hỗ trợ và đào tạo để giúp người lao động có cơ hội trở lại thị trường lao động, tìm kiếm việc làm mới. Một ý nghĩa quan trọng nữa là thay thế một phần thu nhập bị mất mà không phải do lỗi của người lao động. Nhà nước cần kiểm soát, quản lý được người thất nghiệp và việc chi trả bảo hiểm thất nghiệp. Những quy định của Nhà nước về thất nghiệp cần phải bảo đảm đầy đủ ý nghĩa xã hội, ý nghĩa nhân đạo và phải có tác động hỗ trợ tích cực đối với người lao động. Chế độ bảo hiểm thất nghiệp quy định việc đóng góp và sử dụng quỹ bảo hiểm thất nghiệp, chi trả trợ cấp thất nghiệp để bù đắp cho người lao động bị mất việc làm và việc thực hiện các biện pháp đưa người thất nghiệp trở lại làm việc.

#### ***4.1. Điều kiện hưởng chế độ bảo hiểm thất nghiệp***

Người lao động được hưởng bảo hiểm thất nghiệp khi có đủ các điều kiện:

- Đã đóng bảo hiểm thất nghiệp đủ 12 tháng trở lên trong thời gian 24 tháng trước khi bị mất việc làm hoặc chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định của pháp luật lao động hoặc chấm dứt hợp đồng làm việc theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức.

- Đã đăng ký với cơ quan lao động khi bị mất việc làm, chấm dứt hợp đồng lao động hoặc hợp đồng làm việc.

- Chưa tìm được việc làm sau 15 ngày kể từ ngày đăng ký thất nghiệp theo quy định.

#### **4.2. Trợ cấp thất nghiệp**

Trợ cấp thất nghiệp là khoản tiền hàng tháng được trả cho người lao động tham gia bảo hiểm thất nghiệp khi bị thất nghiệp có đủ điều kiện hưởng bảo hiểm thất nghiệp theo quy định. Mức trợ cấp thất nghiệp hàng tháng bằng 60% mức bình quân tiền lương, tiền công tháng đóng bảo hiểm thất nghiệp của 6 tháng liền kề trước khi bị mất việc làm hoặc chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định của pháp luật lao động hoặc chấm dứt hợp đồng làm việc theo quy định của pháp luật cán bộ công chức. Thời gian hưởng trợ cấp thất nghiệp hàng tháng phụ thuộc vào thời gian làm việc có đóng bảo hiểm thất nghiệp của người lao động. Thời điểm hưởng bảo hiểm thất nghiệp tính từ ngày thứ 16 kể từ ngày đăng ký với cơ quan lao động khi bị mất việc làm, chấm dứt hợp đồng lao động hoặc hợp đồng làm việc. Người đang hưởng trợ cấp thất nghiệp được hưởng chế độ bảo hiểm y tế. Tổ chức bảo hiểm xã hội đóng bảo hiểm y tế cho người đang hưởng trợ cấp thất nghiệp. Sau khi chấm dứt hưởng trợ cấp thất nghiệp thì thời gian đóng bảo hiểm trước đó không được tính để hưởng trợ cấp lần sau.

#### **4.3. Hỗ trợ học nghề**

Người đang hưởng trợ cấp thất nghiệp được hỗ trợ học nghề với thời gian không quá 06 tháng kể từ ngày người lao động được hưởng trợ cấp thất nghiệp hàng tháng. Mức hỗ trợ bằng mức chi phí học nghề ngắn hạn theo quy định của pháp luật về dạy nghề. Việc tổ chức thực hiện hỗ trợ học nghề cho người lao động đang hưởng trợ cấp thất nghiệp do cơ quan lao động thực hiện thông qua các cơ sở dạy nghề.

#### **4.4. Hỗ trợ tìm việc làm**

Người đang hưởng trợ cấp thất nghiệp được tư vấn giới thiệu việc làm miễn phí. Việc tổ chức thực hiện hỗ trợ tư vấn, giới thiệu việc làm miễn phí cho người lao động được hưởng trợ cấp thất nghiệp do cơ quan lao động thực hiện thông qua các trung tâm giới thiệu việc làm. Thời gian được hỗ trợ tư vấn, giới thiệu việc làm tính từ ngày người lao động được hưởng trợ cấp thất nghiệp hàng tháng và không quá tổng thời gian mà người lao động đó được hưởng trợ cấp theo quy định.

### **5. Quỹ Bảo hiểm xã hội và quản lý Quỹ Bảo hiểm xã hội**

Quỹ Bảo hiểm xã hội là một loại quỹ tiền tệ tập trung được hình thành từ sự đóng góp của các bên tham gia quan hệ bảo hiểm xã hội và dùng để chi trả các chế

độ bảo hiểm và được quản lý thống nhất theo quy định của pháp luật. Quỹ Bảo hiểm xã hội được nhà nước quản lý theo chế độ tài chính của Nhà nước, hạch toán độc lập và được nhà nước bảo hộ. Quỹ Bảo hiểm xã hội được quản lý thống nhất trong hệ thống Bảo hiểm xã hội Việt Nam, được thực hiện cân đối thu – chi theo từng Quỹ thành phần. Nguồn thu và việc chi trả các Quỹ thành phần được thực hiện theo quy định pháp luật<sup>43</sup>. Quản lý Bảo hiểm bao gồm hai nội dung là quản lý nhà nước về bảo hiểm xã hội và quản lý sự nghiệp bảo hiểm xã hội.

Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về bảo hiểm xã hội và Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý nhà nước về Bảo hiểm xã hội<sup>44</sup>. Ngoài ra các Bộ, cơ quan ngang Bộ trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình thực hiện quản lý nhà nước về Bảo hiểm xã hội. Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện quản lý nhà nước về bảo hiểm xã hội trong phạm vi địa phương theo phân cấp của Chính phủ.

Quản lý sự nghiệp về bảo hiểm xã hội do Cơ quan bảo hiểm xã hội Việt Nam thực hiện. Bảo hiểm xã hội Việt Nam là cơ quan sự nghiệp thuộc chính phủ có chức năng tổ chức thực hiện chế độ, chính sách bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế; tổ chức thu chi chế độ bảo hiểm; quản lý và sử dụng các loại quỹ bảo hiểm theo quy định của pháp luật. Bảo hiểm xã hội Việt Nam được tổ chức và quản lý theo hệ thống dọc, tập trung thống nhất từ Trung ương đến địa phương. Khi có tranh chấp bảo hiểm xã hội phát sinh thì việc giải quyết các tranh chấp về bảo hiểm xã hội sẽ được xác định thành hai loại với thủ tục giải quyết khác nhau. Tranh chấp giữa người lao động và người sử dụng lao động với cơ quan bảo hiểm xã hội thì giải quyết theo Điều lệ Bảo hiểm xã hội. Tranh chấp giữa người lao động với người sử dụng lao động về bảo hiểm xã hội thực hiện theo quy định về giải quyết các tranh chấp lao động.

## **VIII. TRANH CHẤP LAO ĐỘNG, ĐÌNH CÔNG VÀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP LAO ĐỘNG, ĐÌNH CÔNG**

### **1. Khái niệm tranh chấp lao động và phân loại tranh chấp lao động**

Tranh chấp lao động phức tạp và có nhiều mức độ. Các tranh chấp nhỏ, lẻ có thể dẫn đến những tranh chấp quy mô lớn và có thể đi xa hơn thành đình công, biểu tình... Về bản chất, quan hệ lao động là quan hệ hợp tác cùng có lợi, nhưng nếu hai bên đều có mục tiêu là đạt lợi ích tối đa thì khó dung hòa được quyền lợi

<sup>43</sup> Xem phần I, II Thông tư số 58/2007/TT-BTC ngày 12/6/2007 hướng dẫn quản lý tài chính đối với Bảo hiểm xã hội Việt Nam.

<sup>44</sup> Xem Điều 2 Nghị định 186/2007/NĐ-CP về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Lao động – thương binh và xã hội.

và sẽ làm nảy sinh những bất đồng, xung đột. “Tranh chấp lao động là những tranh chấp về quyền và lợi ích phát sinh trong quan hệ lao động giữa người lao động, tập thể lao động với người sử dụng lao động” (Khoản 1 Điều 157 Bộ luật Lao động 1994).

– Nguyên nhân của tranh chấp lao động là những vấn đề phát sinh từ quan hệ lao động và luôn gắn liền với quan hệ lao động. Chủ thể của tranh chấp lao động cũng là chủ thể của quan hệ lao động. Nội dung của tranh chấp lao động là nội dung của quan hệ lao động.

– Tính chất và mức độ của tranh chấp lao động luôn phụ thuộc vào quy mô và số lượng tham gia của một bên tranh chấp là người lao động.

– Tranh chấp lao động không chỉ là tranh chấp về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng lao động hoặc thỏa ước lao động tranh chấp đã được pháp luật quy định hoặc do các bên tự thỏa thuận mà còn bao gồm cả những tranh chấp về những nội dung không được đưa ra trong hợp đồng lao động (tranh chấp lao động có thể phát sinh trong trường hợp không có vi phạm pháp luật hoặc không có thỏa thuận).

Căn cứ vào chủ thể tham gia tranh chấp có hai loại tranh chấp lao động là tranh chấp lao động cá nhân và tranh chấp lao động tập thể. “Tranh chấp lao động bao gồm tranh chấp lao động cá nhân giữa người lao động với người sử dụng lao động và tranh chấp tập thể giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động” (Khoản 1, Điều 157, Bộ luật Lao động 1994).

Tranh chấp lao động cá nhân là tranh chấp liên quan đến cá nhân (một người lao động) có trường hợp là tranh chấp của nhóm người lao động nhưng quyền, lợi ích của từng người riêng rẽ và mỗi người chỉ quan tâm đến lợi ích riêng đó.

Tranh chấp lao động tập thể là tranh chấp giữa tập thể lao động là những người lao động cùng làm việc trong một doanh nghiệp hoặc một bộ phận của doanh nghiệp với người sử dụng lao động. Lợi ích của tranh chấp liên quan đến cả tập thể lao động. Tranh chấp lao động tập thể lại phân biệt thành tranh chấp lao động tập thể về quyền và tranh chấp lao động tập thể về lợi ích. Tranh chấp lao động tập thể về quyền là tranh chấp về việc thực hiện các quy định của pháp luật lao động, thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động đã được đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc các quy chế, thỏa thuận hợp pháp khác ở doanh nghiệp mà tập thể lao động cho rằng người sử dụng lao động vi phạm. Tranh chấp lao động tập thể về lợi ích là tranh chấp về việc tập thể lao động yêu cầu xác lập các điều kiện lao động mới so với quy định của pháp luật lao động, thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động đã được đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc các quy chế, thỏa thuận hợp pháp khác ở doanh nghiệp trong quá trình thương lượng giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động.

## **2. Các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động**

– Hội đồng hòa giải cơ sở: Được thành lập ở những doanh nghiệp có Công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành công đoàn lâm thời. Số lượng theo thỏa thuận nhưng tối thiểu là 04 người, có số đại diện ngang nhau của hai bên thỏa thuận. Hội đồng hòa giải cơ sở có Chủ tịch hội đồng và Thư ký hội đồng. Mỗi năm một lần, đại diện mỗi bên luân phiên nhau làm Chủ tịch và Thư ký hội đồng. Hội đồng hòa giải lao động cơ sở hòa giải các tranh chấp lao động cá nhân và tranh chấp lao động tập thể xảy ra tại doanh nghiệp khi có đơn yêu cầu của một hoặc hai bên tranh chấp.

– Hòa giải viên của Cơ quan lao động cấp huyện: Hòa giải viên lao động là người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, phẩm chất đạo đức tốt, hiểu biết tốt về pháp luật lao động, kỹ năng hòa giải hoặc kinh nghiệm trong tổ chức hòa giải, tự nguyện tham gia tổ chức hòa giải. Hòa giải viên lao động được cơ quan lao động cấp huyện đề xuất giới thiệu và được Chủ tịch ủy ban nhân dân cấp huyện ra quyết định công nhận hòa giải viên lao động. Hòa giải viên lao động có nhiệm vụ hòa giải những tranh chấp lao động cá nhân tại doanh nghiệp chưa có Hội đồng hòa giải, tranh chấp về thực hiện hợp đồng học nghề và chi phí dạy nghề; các tranh chấp lao động cá nhân không bắt buộc phải qua hòa giải nhưng đương sự có yêu cầu và các vụ tranh chấp lao động tập thể khi có yêu cầu.

– Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh: Chủ tịch ủy ban nhân dân cấp tỉnh ra quyết định thành lập Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh trên cơ sở danh sách thành viên do Giám đốc Sở Lao động – Thương binh và Xã hội trình. Thành viên Hội đồng trọng tài lao động gồm các thành viên chuyên trách và kiêm chức đại diện cho những cơ quan, tổ chức liên quan. Nhiệm kỳ của Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh là 03 năm, hoạt động theo nguyên tắc tập thể, quyết định theo đa số và bỏ phiếu kín. Thẩm quyền của Trọng tài lao động cấp tỉnh là giải quyết các tranh chấp lao động về lợi ích và các vụ tranh chấp lao động tập thể tại các doanh nghiệp không được đình công trên địa bàn quản lý.

– Chủ tịch ủy ban nhân dân cấp huyện: Có nhiệm vụ giải quyết các tranh chấp lao động tập thể về quyền xảy ra trên địa bàn quản lý trong các trường hợp đã được Hội đồng hòa giải hoặc hòa giải viên lao động hòa giải nhưng không thành hoặc đã hết thời hạn mà Hội đồng hòa giải hoặc Hòa giải viên lao động không giải quyết.

– Tòa án nhân dân: Tòa án Lao động được thành lập trong hệ thống tòa án nhân dân với tư cách là tòa chuyên trách, phân cấp từ cấp tỉnh trở lên (ở tòa án cấp huyện có các thẩm phán lao động). Hệ thống Tòa án Lao động được tổ chức, hoạt động theo quy định của Luật Tổ chức Tòa án nhân dân 2001. Thẩm quyền giải quyết vụ, việc lao động của Tòa án được quy định trong Bộ luật Lao động 1994 và Bộ luật Tố tụng dân sự 2004.

### **3. Thủ tục giải quyết tranh chấp lao động**

Yêu cầu của việc giải quyết tranh chấp lao động là phải giải tòa được bất đồng, xung đột đồng thời vẫn bảo đảm được quyền và lợi ích hợp pháp của các bên, qua đó góp phần ổn định được quan hệ lao động. Nguyên tắc giải quyết quan trọng là thương lượng trực tiếp và tự dàn xếp giữa các bên tại nơi phát sinh tranh chấp; thông qua hòa giải để giải quyết tranh chấp trên cơ sở tôn trọng quyền và lợi ích của hai bên, tôn trọng lợi ích chung của xã hội; giải quyết tranh chấp lao động công khai, khách quan, nhanh chóng, kịp thời, đúng pháp luật.

#### **3.1. Giải quyết tranh chấp lao động cá nhân**

– Bước 1: Gửi đơn và thụ lý đơn yêu cầu. Khi có tranh chấp lao động xảy ra các bên có quyền gửi đơn yêu cầu đến Hội đồng hòa giải cơ sở hoặc Hòa giải viên cấp huyện yêu cầu giải quyết. Hội đồng hòa giải cơ sở thụ lý đơn yêu cầu và làm các thủ tục cần thiết để chuẩn bị cho việc giải quyết tranh chấp. Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận đơn yêu cầu, Chủ tịch hội đồng hòa giải hoặc hòa giải viên được phân công phải thông báo bằng văn bản về việc triệu tập các bên tranh chấp, người làm chứng (nếu cần) và tổ chức phiên họp hòa giải giải quyết tranh chấp lao động.

– Bước 2: Tổ chức phiên họp hòa giải. Phiên họp phải có mặt hai bên tranh chấp hoặc đại diện được ủy quyền của họ. Hội đồng tiến hành hòa giải nghe hai bên trình bày sau đó đánh giá, phân tích vụ, việc trên cơ sở chất vấn... Hội đồng tiến hành hòa giải: hướng dẫn để hai bên tự hòa giải hoặc đưa ra phương án hòa giải để hai bên xem xét. Nếu nguyên đơn rút đơn yêu cầu; hoặc hai bên tự hòa giải được hoặc hai bên chấp thuận phương án hòa giải thì Hội đồng hòa giải cơ sở lập Biên bản hòa giải thành. Các bên có nghĩa vụ chấp hành những thỏa thuận ghi trong Biên bản hòa giải thành.

Trường hợp các bên không chấp nhận phương án hòa giải hoặc trường hợp một bên tranh chấp vắng mặt (vắng lần thứ hai theo giấy triệu tập hợp lệ mà không có lý do chính đáng) thì Hội đồng hòa giải cơ sở sẽ lập biên bản hòa giải không thành. Bản sao biên bản hòa giải thành hoặc hòa giải không thành phải được gửi đến cho hai bên tranh chấp trong thời hạn 01 ngày làm việc kể từ ngày lập biên bản. Trường hợp hòa giải không thành hoặc hết thời hạn giải quyết mà Hội đồng hòa giải lao động cơ sở hoặc Hòa giải viên lao động không hòa giải thì mỗi bên đều có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp.

Thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động cá nhân được quy định tại Điều 167 Bộ luật Lao động 1994.

#### **3.2. Giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích**

– Bước 1: Hòa giải. Việc hòa giải tranh chấp lao động tập thể về lợi ích do Hội

đồng hòa giải cơ sở hoặc Hòa giải viên lao động tiến hành với thủ tục tương tự như hòa giải đối với tranh chấp lao động cá nhân. Trường hợp hòa giải không thành hoặc hết thời hạn giải quyết mà Hội đồng hòa giải lao động cơ sở hoặc Hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải thì mỗi bên tranh chấp có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh giải quyết.

– Bước 2: Thụ lý đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp. Thư ký của Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh thụ lý đơn yêu cầu và chuẩn bị tiến hành hòa giải (nghiên cứu, thu thập chứng cứ, tài liệu liên quan, đề xuất phương án hòa giải giải quyết với Hội đồng trọng tài). Chậm nhất 02 ngày sau khi nhận đơn Thư ký hội đồng phải gửi đến các thành viên của hội đồng trọng tài lao động các giấy tờ, tài liệu theo quy định. Thời hạn hòa giải là không quá 07 ngày làm việc kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu hòa giải.

– Bước 3: Phiên họp giải quyết tranh chấp. Phiên họp giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích gồm đại diện có thẩm quyền của hai bên tranh chấp. Trường hợp cần thiết mời Công đoàn cấp trên của công đoàn cơ sở, cơ quan, tổ chức hữu quan. Trường hợp các bên tranh chấp tự hòa giải được hoặc nhất trí với phương án hòa giải do Hội đồng trọng tài đưa ra thì lập Biên bản hòa giải thành và gửi cho các bên tranh chấp. Các bên có nghĩa vụ chấp hành các thỏa thuận ghi trong biên bản hòa giải thành.

Trường hợp các bên không chấp nhận phương án hòa giải hoặc trường hợp một bên tranh chấp vắng mặt (vắng lần thứ hai theo giấy triệu tập hợp lệ mà không có lý do chính đáng) thì Hội đồng trọng tài lập biên bản hòa giải không thành. Bản sao biên bản hòa giải thành hoặc hòa giải không thành gửi đến cho hai bên tranh chấp trong thời hạn 01 ngày làm việc kể từ ngày lập biên bản. Trường hợp hòa giải không thành hoặc hết thời hạn giải quyết mà Hội đồng trọng tài lao động không hòa giải thì tập thể lao động có quyền tiến hành các thủ tục để đình công.

### ***3.3. Giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền***

– Bước 1: Hòa giải. Việc hòa giải tranh chấp lao động tập thể về quyền tiến hành với thủ tục tương tự như hòa giải đối với tranh chấp lao động cá nhân. Trường hợp hòa giải không thành hoặc hết thời hạn giải quyết mà Hội đồng hòa giải lao động cơ sở hoặc Hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải thì mỗi bên tranh chấp có quyền yêu cầu Chủ tịch ủy ban nhân dân cấp huyện giải quyết.

– Bước 2: Thụ lý đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp. Chủ tịch ủy ban nhân dân cấp huyện thụ lý đơn yêu cầu và chuẩn bị tiến hành hòa giải trong vòng 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu giải quyết.

– Bước 3: Phiên họp giải quyết tranh chấp. Phiên họp giải quyết tranh chấp lao



động tập thể về quyền gồm đại diện có thẩm quyền của hai bên tranh chấp. Trường hợp cần thiết mời Công đoàn cấp trên của công đoàn cơ sở, cơ quan, tổ chức hữu quan. Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện căn cứ vào pháp luật lao động, thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động đã được đăng ký và các quy chế, thỏa thuận hợp pháp khác để xem xét, xử lý đối với hành vi vi phạm pháp luật của các bên.

Sau khi Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện đã giải quyết mà hai bên vẫn còn tranh chấp hoặc hết thời hạn giải quyết mà Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện không giải quyết thì mỗi bên có quyền yêu cầu Tòa án nhân dân giải quyết hoặc tập thể lao động có quyền tiến hành các thủ tục lao động để đình công. Thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động tập thể là một (01) năm kể từ ngày xảy ra hành vi mà mỗi bên tranh chấp cho rằng quyền và lợi ích của mình bị vi phạm.

#### **4. Đình công và giải quyết đình công**

##### ***4.1. Khái niệm đình công***

Đình công là biện pháp đấu tranh kinh tế của tập thể người lao động, thông qua việc ngừng việc, gây sức ép với người sử dụng lao động buộc họ phải có những nhượng bộ nhất định để đáp ứng yêu cầu của người lao động. Dưới góc độ pháp lý, đình công được hiểu là một quyền cơ bản của người lao động được pháp luật quy định. Người lao động có quyền ngừng việc tập thể có tổ chức để buộc người sử dụng lao động phải thỏa mãn những yêu sách của tập thể lao động trong quan hệ lao động. Đình công là quyền của mỗi cá nhân người lao động nhưng được thực hiện tập thể. Điều 172 Bộ luật Lao động 1994 quy định: “Đình công là sự ngừng việc, tạm thời, tự nguyện, có tổ chức của tập thể lao động để giải quyết tranh chấp lao động”. Khái niệm này giúp chúng ta phân biệt đình công với những hiện tượng khác như lãn công, biểu tình...:

– Đình công luôn liên quan đến tranh chấp lao động và xuất phát từ quan hệ lao động. Đình công là một hình thức của tranh chấp lao động tập thể vừa là hậu quả của quá trình giải quyết tranh chấp lao động tập thể.

– Đình công là sự ngừng việc tạm thời của tập thể người lao động mà không được người sử dụng lao động cho phép. Người lao động cũng không muốn chấm dứt công việc, hợp đồng lao động mà chỉ muốn ngừng việc tạm thời để gây sức ép với người sử dụng lao động. Sự ngừng việc này hợp pháp hay bất hợp pháp phụ thuộc vào quy định của pháp luật.

– Đình công là sự ngừng việc có tổ chức của tập thể lao động: không phải ngẫu nhiên mà có chủ định từ trước (có tổ chức, có sự lãnh đạo), trước khi đình công phải có sự chuẩn bị (người sử dụng lao động cũng phải được biết).

– Mục đích của đình công là về kinh tế, xã hội và không có nội dung về chính trị.

– Đình công phải được thực hiện đúng theo quy định pháp luật. Đình công thuộc một trong các trường hợp quy định tại Điều 173 Bộ luật Lao động 1994 sẽ bị coi là bất hợp pháp.

#### **4.2. Thủ tục tiến hành đình công**

– Bước 1: Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc đại diện tập thể lao động lấy ý kiến của tập thể lao động để đình công<sup>45</sup>. Thời gian và hình thức tổ chức lấy ý kiến để đình công do Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc đại diện tập thể lao động quyết định và phải báo trước cho người sử dụng lao động biết trước ít nhất là một ngày.

– Bước 2: Quyết định đình công. Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc đại diện tập thể lao động ra Quyết định đình công bằng văn bản và lập Bản yêu cầu khi có ý kiến đồng ý của tập thể lao động<sup>46</sup>.

– Bước 3: Thông báo Quyết định đình công và Yêu cầu của đình công. Tối thiểu là 05 ngày trước ngày bắt đầu đình công, Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc đại diện tập thể lao động phải cử đại diện (tối đa là 03 người) để trao quyết định đình công và bản yêu cầu cho người sử dụng lao động, đồng thời gửi một bản cho cơ quan lao động cấp tỉnh và một bản cho Liên đoàn lao động cấp tỉnh.

– Bước 4: Tiến hành đình công. Đến thời điểm bắt đầu đình công đã được báo trước nếu người sử dụng lao động không chấp nhận giải quyết yêu cầu thì Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc đại diện tập thể lao động tổ chức và lãnh đạo đình công.

Quyền của ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc đại diện tập thể lao động, người sử dụng lao động, người lao động trong thời gian đình công được quy định tại Điều 174c, 174d Bộ luật Lao động 1994. Trong trường hợp có quyết định của Thủ tướng Chính phủ về hoãn hoặc ngừng đình công thì cuộc đình công sẽ bị coi là bất hợp pháp về mặt thủ tục nếu không tuân thủ việc ngừng hoặc hoãn đình công.

#### **4.3. Giải quyết đình công**

Cơ quan có thẩm quyền giải quyết đình công là Tòa án nhân dân. Tòa án không giải quyết nội dung của cuộc đình công mà chỉ xem xét tính hợp pháp của cuộc đình công. Tòa án có thẩm quyền xem xét tính hợp pháp của cuộc đình công là Tòa án nhân dân cấp tỉnh nơi xảy ra đình công. Tòa phúc thẩm tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định về tính hợp pháp của cuộc đình công. Hội đồng xét tính hợp pháp của cuộc đình công và Hội đồng giải quyết khiếu

<sup>45</sup> Xem Điều 174a Bộ luật lao động 1994.

<sup>46</sup> Xem Điều 174b Bộ luật lao động 1994.

nại đối với quyết định về tính hợp pháp của cuộc đình công đều gồm 03 thẩm phán.

Tòa án xem xét tính hợp pháp của cuộc đình công khi nhận được đơn của một trong hai bên tranh chấp. Thủ tục gửi đơn, nhận đơn theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự. Ngay sau khi nhận đơn yêu cầu, Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh phân công 01 thẩm phán chịu trách nhiệm giải quyết Đơn yêu cầu. Trong vòng 05 ngày kể từ ngày nhận đơn Tòa án phải ra quyết định đưa việc xét tính hợp pháp của cuộc đình công ra xem xét hoặc đình chỉ việc xét tính hợp pháp của cuộc đình công<sup>47</sup>. Trong vòng 05 ngày kể từ ngày ra quyết định xét tính hợp pháp của cuộc đình công Tòa án phải mở phiên họp xét tính hợp pháp của cuộc đình công<sup>48</sup>. Tòa án ra quyết định về việc xét tính hợp pháp của cuộc đình công, trong quyết định nêu rõ cuộc đình công là hợp pháp hoặc không hợp pháp<sup>49</sup>.

Trong vòng 03 ngày kể từ ngày Tòa án công bố quyết định về việc xét tính hợp pháp của cuộc đình công hai bên có quyền gửi đơn khiếu nại lên Tòa án phúc thẩm<sup>50</sup>.

## **5. Giải quyết vụ, việc lao động tại Tòa án**

### ***5.1. Khái niệm “Vụ”, “Việc” lao động***

Vụ án lao động là những tranh chấp lao động cá nhân hoặc những tranh chấp lao động tập thể được một hoặc các bên đưa ra yêu cầu giải quyết ở Tòa án. Yêu cầu (việc) về lao động là việc cá nhân, cơ quan, tổ chức không có tranh chấp nhưng có yêu cầu Tòa án công nhận hoặc không công nhận một sự kiện pháp lý làm căn cứ phát sinh quyền, nghĩa vụ của mình hoặc cá nhân, cơ quan, tổ chức khác. Điều 31 và Điều 32 Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 quy định những tranh chấp lao động và yêu cầu lao động thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án.

### ***5.2. Cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng***

Cơ quan có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp lao động và yêu cầu về lao động là Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân.

Người tham gia tố tụng:

– Đương sự (cá nhân, cơ quan, tổ chức): Người lao động, tập thể người lao động, người sử dụng lao động và người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Những người này tham gia tố tụng với tư cách là: nguyên đơn; bị đơn và người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Đương sự là cá nhân có thể tự mình hoặc ủy quyền cho người khác tham gia tố tụng. Người lao động có thể đồng thời là nguyên đơn và

<sup>47</sup> Xem Điều 177c Bộ luật Lao động 1994.

<sup>48</sup> Xem Điều 177d, 177e, 177g Bộ luật Lao động 1994.

<sup>49</sup> Xem Điều 178 Bộ luật Lao động 1994.

<sup>50</sup> Điều 179a Bộ luật Lao động 1994.

người khởi kiện. Nếu dưới 15 tuổi thì phải do người khác khởi kiện. Nếu từ đủ 15 đến dưới 18 có quyền tự mình tham gia tố tụng nhưng Tòa án có quyền triệu tập người đại diện hợp pháp. Đương sự là tập thể lao động thực hiện quyền và nghĩa vụ tố tụng thông qua Ban chấp hành công đoàn cơ sở. Trường hợp Công đoàn cấp trên của công đoàn cơ sở khởi kiện vụ án lao động vì lợi ích của công đoàn cơ sở thì Ban chấp hành công đoàn cơ sở cấp trên sẽ tham gia với tư cách người khởi kiện còn Ban chấp hành công đoàn cơ sở mà có lợi ích cần được bảo vệ thì phải tham gia tố tụng với tư cách là nguyên đơn – Trong đa số trường hợp thì người khởi kiện là nguyên đơn nhưng trong trường hợp này thì nguyên đơn khác người khởi kiện.

– Người đại diện do đương sự uỷ quyền: Người bảo vệ quyền và lợi ích của đương sự.

– Người làm chứng, người giám định hoặc phiên dịch.

– Người kế thừa quyền và nghĩa vụ tố tụng.

### **5.3. Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp và yêu cầu lao động**

– Thẩm quyền của Tòa án theo cấp<sup>51</sup>.

– Thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ<sup>52</sup>.

– Thẩm quyền của Tòa án theo sự lựa chọn của nguyên đơn, người yêu cầu<sup>53</sup>.

### **5.4. Thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tại Tòa án**

Khởi kiện vụ án là yêu cầu Tòa án giải quyết những tranh chấp lao động. Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án tại Tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Công đoàn cấp trên của công đoàn cơ sở có quyền khởi kiện vụ án lao động trong trường hợp cần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể người lao động theo quy định của pháp luật. Thời hiệu khởi kiện áp dụng chung cho các vụ án dân sự là 02 năm kể từ ngày quyền và lợi ích bị xâm phạm<sup>54</sup>. Tố tụng lao động (Thụ lý vụ án, Hòa giải và chuẩn bị xét xử, Mở phiên tòa xét xử sơ thẩm và các thủ tục Phúc thẩm, Giám đốc thẩm, Tái thẩm vụ án lao động) được thực hiện theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự 2004. Thủ tục thi hành án được thực hiện theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 và Luật thi hành án Dân sự.

<sup>51</sup> Quy định tại Luật tổ chức Tòa án nhân dân và Điều 33, 34 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004.

<sup>52</sup> Điều 35 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004.

<sup>53</sup> Điều 36 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004.

<sup>54</sup> Quy định này khó thực hiện với tranh chấp lao động vì các bên không có quyền kiện thẳng ra Tòa án và không thống nhất với Điều 167 Bộ luật Lao động 1994, nhưng theo nguyên tắc áp dụng các văn bản quy phạm pháp luật thì các cơ quan tố tụng vẫn áp dụng quy định về thời hiệu của Bộ luật Tố tụng dân sự 2004.

### ***e) Thủ tục giải quyết yêu cầu về lao động***

Giải quyết yêu cầu về lao động nhanh hơn, đơn giản hơn so với vụ án lao động vì không có tranh chấp, không có nguyên đơn, bị đơn. Thời hiệu giải quyết yêu cầu về lao động là 01 năm kể từ ngày phát sinh yêu cầu. So với thủ tục giải quyết vụ án lao động thì thời hạn xét đơn, mở phiên họp ngắn hơn, thủ tục đơn giản hơn, thời hiệu kháng cáo, kháng nghị ngắn hơn. Thủ tục giải quyết các yêu cầu về lao động cũng theo quy định chung của tố tụng dân sự.

## **CÂU HỎI ÔN TẬP CHƯƠNG 4**

1. Trình bày các quan hệ pháp luật lao động được điều chỉnh bởi pháp luật lao động Việt Nam.
2. Khái niệm, đặc điểm, phân loại hợp đồng lao động.
3. Trình bày những quy định chủ yếu trong việc giao kết, thực hiện và chấm dứt hợp đồng lao động.
4. Khái niệm, đặc điểm và căn cứ áp dụng trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm vật chất.
5. Nêu các hình thức trách nhiệm kỷ luật, thủ tục xử lý kỷ luật lao động.
6. Khái niệm, đặc điểm của Bảo hiểm xã hội? trình bày tổng quát các quy định pháp lý trong các chế độ bảo hiểm xã hội.
7. Thế nào là tranh chấp lao động cá nhân? Tranh chấp lao động tập thể? Thẩm quyền và thủ tục giải quyết tranh chấp lao động cá nhân, tranh chấp lao động tập thể?
8. Khái niệm, đặc điểm các điều kiện hợp pháp của đình công? Thủ tục tiến hành đình công? Thủ tục giải quyết các cuộc đình công?

## Chương 5

# PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH VÀ GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC CẠNH TRANH

---

### I. KHÁI NIỆM CẠNH TRANH VÀ PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH

Cạnh tranh là một hiện tượng xã hội gắn liền với kinh tế thị trường, là động lực thúc đẩy sự phát triển kinh tế, là cơ sở quan trọng bảo đảm cho tự do hoá thương mại, tự do kinh doanh hợp pháp, bảo đảm quyền tự định đoạt của các chủ thể kinh doanh và mang lại lợi ích thiết thực cho người tiêu dùng.

Cạnh tranh được nhìn nhận ở nhiều góc độ khác nhau tùy thuộc vào ý định và hướng tiếp cận.

Theo Từ điển Luật học Black, cạnh tranh là: “sự nỗ lực hoặc hành vi của hai hay nhiều thương nhân nhằm tranh giành những lợi ích giống nhau từ chủ thể thứ ba”. Từ điển Kinh doanh của Anh xuất bản năm 1992 xác định cạnh tranh là: “sự ganh đua, sự kinh địch giữa các nhà kinh doanh nhằm tranh giành cùng một loại tài nguyên hoặc cùng một loại khách hàng về phía mình”. Theo Từ điển Cornu của Pháp, cạnh tranh được hiểu là hành vi của doanh nghiệp độc lập với nhau và là đối thủ của nhau cung ứng hàng hoá, dịch vụ nhằm làm thoả mãn nhu cầu giống nhau với sự may rủi của mỗi bên, thể hiện qua việc lôi kéo được hoặc để bị mất đi một lượng khách hàng thường xuyên. Từ điển tiếng Việt Bách khoa tri thức phổ thông cũng có cách tiếp cận tương tự, theo đó cạnh tranh là sự ganh đua giữa các nhà sản xuất hàng hóa, giữa các thương nhân, các nhà kinh doanh trong nền kinh tế nhằm giành các điều kiện sản xuất, tiêu thụ và thị trường có lợi nhất.

Các nhà Kinh tế học Mỹ, P.A Samuelson và W.D.Nordhaus, trong cuốn Kinh tế học (lần xuất bản thứ 12) cho rằng cạnh tranh là sự kinh địch giữa các doanh nghiệp cạnh tranh với nhau để dành khách hàng hoặc thị trường.

Khái niệm cạnh tranh cũng được ghi nhận trong pháp luật một số nước. Ví dụ, theo Luật Cạnh tranh Thổ Nhĩ Kỳ (Luật số 4054), cạnh tranh là sự đấu tranh giữa các doanh nghiệp trên thị trường hàng hoá và dịch vụ để quyết định các vấn đề kinh tế một cách độc lập.

### **Cạnh tranh có các đặc trưng cơ bản sau:**

*- Là hiện tượng xã hội diễn ra giữa các chủ thể kinh doanh với nhau.*

+ Trong cạnh tranh có sự tồn tại của nhiều chủ thể kinh doanh thuộc các thành phần kinh tế và các hình thức sở hữu khác nhau. Cạnh tranh chỉ thực sự trở thành động lực thúc đẩy các chủ thể kinh doanh hoạt động tốt hơn nếu có càng nhiều các chủ thể kinh doanh thuộc các thành phần kinh tế khác nhau với những lợi ích và tính toán khác nhau.

+ Cạnh tranh chỉ có thể tồn tại nếu như các chủ thể có quyền tự do hành xử trên thị trường. Tự do khế ước, tự do lập hội và tự chịu trách nhiệm sẽ đảm bảo cho các chủ thể kinh doanh có thể chủ động tiến hành các cuộc tranh giành để tìm cơ hội phát triển trên thương trường.

*- Là sự ganh đua, sự cạnh tranh giữa các doanh nghiệp.*

Trong kinh doanh, lợi nhuận là động lực cho sự gia nhập thị trường, là thước đo sự thành đạt và là mục đích hướng đến của các doanh nghiệp. Khách hàng và người tiêu dùng có vai trò là đại diện cho thị trường, quyết định giá trị thặng dư của xã hội sẽ thuộc về ai. Hình ảnh của cạnh tranh được minh họa bằng quan hệ tay ba giữa các doanh nghiệp với nhau và với khách hàng. Các doanh nghiệp đua nhau lấy lòng khách hàng. Khách hàng là người có quyền lựa chọn doanh nghiệp sẽ cung ứng sản phẩm cho mình.

*- Mục đích của các doanh nghiệp tham gia cạnh tranh là cùng tranh giành thị trường mua hoặc bán sản phẩm.*

Người kinh doanh khi tham gia vào thị trường luôn ganh đua để có thể tranh giành các cơ hội tốt nhất nhằm mở rộng thị trường. Với sự giúp đỡ của người tiêu dùng, thị trường sẽ chọn ra người thắng cuộc và trao cho họ lợi ích mà họ mong muốn. Trên thị trường, cạnh tranh chỉ xảy ra giữa các doanh nghiệp có chung lợi ích tiềm năng về nguồn nguyên liệu đầu vào; hoặc về thị trường đầu ra của sản phẩm của quá trình sản xuất. Việc có cùng chung lợi ích để tranh giành làm cho các doanh nghiệp trở thành đối thủ của nhau.

Cạnh tranh lành mạnh là cạnh tranh bằng các cách thức phù hợp với các quy định pháp luật và các chuẩn mực, đạo đức kinh doanh thông thường. Theo Từ điển Luật học của Black, cạnh tranh lành mạnh được định nghĩa "là hình thức cạnh tranh công khai, công bằng và ngay thẳng giữa các đối thủ cạnh tranh trong kinh doanh".

Cạnh tranh lành mạnh trên thực tế là khái niệm mang tính lý thuyết, không phải là khái niệm luật định mặc dù bất cứ đạo luật cạnh tranh nào cũng đều hướng đến xây dựng và hoàn thiện một thị trường cạnh tranh lành mạnh. Trong khoa học

pháp lý, cũng chưa có một khái niệm cạnh tranh lành mạnh nào được đa số chấp nhận. Tuy nhiên, các nhà khoa học cũng đã có một sự thống nhất khi đưa ra những đặc trưng của cạnh tranh lành mạnh như sau:

- Cạnh tranh bằng tiềm năng vốn có của doanh nghiệp;
- Có mục đích thu hút khách hàng;
- Không trái pháp luật và tập quán kinh doanh lành mạnh.

Cạnh tranh lành mạnh đem lại cho người tiêu dùng chất lượng sản phẩm ngày càng cao, sự đa dạng sản phẩm theo nhu cầu, giá cả hợp lý; đem lại cho đời sống kinh tế - xã hội những thành tựu phát triển của khoa học kỹ thuật, sự hợp lý trong việc sử dụng các nguồn lực kinh tế như: vốn, lao động, nguyên liệu. Đối với doanh nghiệp, cạnh tranh lành mạnh sẽ giúp lựa chọn những nhà kinh doanh có đủ năng lực, bản lĩnh để tồn tại và kinh doanh hiệu quả.

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

Nhìn chung, cạnh tranh không lành mạnh là hành vi:

- Cạnh tranh trong hoạt động kinh doanh bằng các biện pháp không bình đẳng, công khai;
- Cạnh tranh trái với pháp luật cạnh tranh hoặc tập quán kinh doanh thông thường;
- Có mục đích gây thiệt hại cho đối thủ hoặc cho khách hàng.

Tuy nhiên, nhìn chung vẫn chưa có một quan niệm thống nhất và rõ ràng về hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Sự không rõ ràng trong khái niệm về cạnh tranh không lành mạnh được thể hiện ngay tại một trong những định nghĩa pháp lý phổ biến nhất và lâu đời nhất của nó, nằm tại Điều 10 bis Công ước Paris về Bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp. Điều khoản này được bổ sung vào Công ước năm 1900 và được sửa đổi lần cuối theo Văn bản Stockholm năm 1967, theo đó bất kỳ hành vi cạnh tranh nào đi ngược lại các thông lệ trung thực, thiện chí trong công nghiệp hoặc trong thương mại đều là hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Định nghĩa này đưa ra tiêu chí đánh giá quan trọng nhất về tính lành mạnh hoặc không lành mạnh của một hành vi cạnh tranh là “các thông lệ trung thực và thiện chí”.

Sự không rõ ràng trong việc xác định phạm vi cạnh tranh không lành mạnh còn được thể hiện trong pháp luật nhiều nước, tại Bỉ và Luxembourg các tiêu chí này được gọi là “thông lệ thương mại trung thực”, tại Tây Ban Nha và Thụy Sĩ là



“nguyên tắc ngay tình”, tại Italia là “tính chuyên nghiệp đúng đắn”, tại Đức, Hy Lạp và Ba Lan là “đạo đức kinh doanh”. Tại Hoa Kỳ, các toà án đã xác định từ nguồn án lệ là “các nguyên tắc giải quyết trung thực và công bằng” hoặc “đạo đức thị trường”. Luật Cạnh tranh Việt Nam năm 2004 sử dụng thuật ngữ “trái với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh”.

Xuất phát từ quan niệm về hành vi cạnh tranh không lành mạnh nêu trên, có thể thấy hành vi cạnh tranh không lành mạnh có các đặc điểm cơ bản như sau:

– Hành vi cạnh tranh không lành mạnh trước hết là một hành vi cạnh tranh do các chủ thể kinh doanh trên thị trường thực hiện. Điều này thể hiện dưới hai góc độ. Thứ nhất, trên thị trường cạnh tranh, mỗi hành vi kinh doanh của một doanh nghiệp cũng chính là hành vi cạnh tranh trong tương quan với các doanh nghiệp khác, do đó mọi hoạt động của doanh nghiệp đều có thể bị xem xét về tính chính đáng, phù hợp với thông lệ hay đạo đức kinh doanh và pháp luật về cạnh tranh không lành mạnh có thể can thiệp vào nhiều hoạt động khác nhau của đời sống kinh tế. Thứ hai, chủ thể thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh là các doanh nghiệp, các nhóm doanh nghiệp hoạt động có tổ chức, các cá nhân hành nghề tự do. Một số quốc gia còn mở rộng phạm vi đối tượng này đến các cá nhân là lãnh đạo doanh nghiệp.

– Hành vi cạnh tranh không lành mạnh có tính đối lập, đi ngược lại các thông lệ tốt, các chuẩn mực, các nguyên tắc đạo đức kinh doanh, có thể hiểu là những quy tắc xử sự chung đã được chấp nhận rộng rãi và lâu dài trong hoạt động kinh doanh trên thị trường.

Theo quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam, hành vi cạnh tranh không lành mạnh bao gồm 9 nhóm hành vi sau:

- (1) Chi dẫn gây nhầm lẫn;
- (2) Xâm phạm bí mật kinh doanh;
- (3) Ép buộc trong kinh doanh;
- (4) Gièm pha doanh nghiệp khác;
- (5) Gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác;
- (6) Quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh;
- (7) Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh;
- (8) Phân biệt đối xử của hiệp hội;
- (9) Bán hàng đa cấp bất chính.

### **Ví dụ về hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn**

Doanh nghiệp A kinh doanh mặt hàng thực phẩm ăn liền trên thị trường. Trải qua quá trình kinh doanh, xây dựng uy tín và quảng bá thương hiệu trong nhiều năm, sản phẩm của doanh nghiệp A được người tiêu dùng ưa chuộng và mẫu bao bì sản phẩm được nhận biết rộng rãi trên thị trường. Sau đó, doanh nghiệp B đưa ra sản phẩm cạnh tranh trên thị trường với mẫu bao bì tương tự. Mặc dù sản phẩm của doanh nghiệp B không bị coi là hàng giả, nhưng việc sử dụng bao bì tương tự sẽ gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng, họ cho rằng đây là mẫu bao bì mới của doanh nghiệp A hoặc giữa doanh nghiệp A và doanh nghiệp B có mối liên hệ trong kinh doanh, từ đó sẽ dẫn đến quyết định chọn mua sản phẩm của doanh nghiệp B.

### **Hành vi cạnh tranh không lành mạnh của doanh nghiệp B như trên sẽ:**

- Gây thiệt hại cho người tiêu dùng khi mua nhầm sản phẩm mà mình không thực sự biết rõ.
- Gây thiệt hại trực tiếp cho doanh nghiệp A do mất khách hàng, giảm doanh thu.
- Gây thiệt hại gián tiếp cho doanh nghiệp A do quá trình đầu tư xây dựng thương hiệu bị ảnh hưởng, người tiêu dùng không còn khả năng nhận biết và phân biệt sản phẩm của doanh nghiệp so với các sản phẩm cùng loại khác.

### **Ví dụ về hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh**

Một doanh nghiệp tư nhân có bí quyết về bảo chế được liệu, nhờ đó sản phẩm bán chạy trên thị trường.

Đối thủ cạnh tranh tìm cách lôi kéo nhân viên chủ chốt của doanh nghiệp này về làm việc cho mình bằng cách hứa hẹn trả lương cao. Khi tuyển dụng được người nhân viên, đối thủ cạnh tranh đã thông qua người này nắm được bí quyết và ứng dụng vào sản xuất sản phẩm cạnh tranh trên thị trường, gây thiệt hại cho chủ sở hữu bí mật kinh doanh. Trong vụ việc này, mặc dù hành động tiết lộ thông tin là của cá nhân người nhân viên chuyển việc, nhưng việc làm của đối thủ cạnh tranh vẫn cấu thành một hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Hành vi cạnh tranh không lành mạnh còn được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác. Ví dụ: Nghị định số 54/2000/NĐ-CP ngày 3/10/2000 về bảo hộ quyền chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu công nghiệp, các hành vi cạnh tranh không lành mạnh được liệt kê như sau:

“1. Sử dụng các chỉ dẫn thương mại để làm sai lệch nhận thức và thông tin về chủ thể kinh doanh, cơ sở kinh doanh, hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích:

a) *Lợi dụng uy tín, danh tiếng của người sản xuất, kinh doanh khác trong sản xuất, kinh doanh của mình;*

b) *Làm thiệt hại đến uy tín, danh tiếng của người sản xuất, kinh doanh khác trong sản xuất, kinh doanh khác của mình;*

c) *Gây nhầm lẫn về xuất xứ, cách sản xuất, tính năng, chất lượng, số lượng hoặc đặc điểm khác của hàng hoá, dịch vụ; về điều kiện cung cấp hàng hoá, dịch vụ... cho người tiêu dùng trong quá trình nhận biết, lựa chọn hàng hoá, dịch vụ hoặc hoạt động kinh doanh.*

2. Chiếm đoạt, sử dụng thành quả đầu tư của người khác mà không được người đó cho phép”.

Cần phân biệt giữa hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hành vi hạn chế cạnh tranh. Mặc dù cả hai loại hành vi này cùng được thực hiện từ các doanh nghiệp đều mang bản chất bất chính và có khả năng gây thiệt hại cho thị trường hoặc cho chủ thể khác, hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh vẫn có những điểm khác biệt cơ bản, theo đó, hành vi hạn chế cạnh tranh luôn hướng đến việc hình thành một sức mạnh thị trường hoặc tận dụng sức mạnh thị trường để làm cho tình trạng cạnh tranh trên thị trường bị biến dạng. Hành vi hạn chế cạnh tranh là hành vi của doanh nghiệp làm giảm, sai lệch hoặc cản trở cạnh tranh trên thị trường, bao gồm thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường hoặc vị trí độc quyền và tập trung kinh tế.

Có hai nội dung cần phải xác định đối với hành vi hạn chế cạnh tranh là:

*Thứ nhất*, chủ thể thực hiện hành vi có thể là một hoặc một nhóm doanh nghiệp, các doanh nghiệp này hoặc đã có sức mạnh thị trường, hoặc hướng đến việc hình thành sức mạnh thị trường bằng cách thoả thuận hoặc tập trung kinh tế;

*Thứ hai*, các hành vi được thực hiện nhằm mục tiêu làm biến dạng cạnh tranh. Sự biến dạng của cạnh tranh có thể là làm thay đổi cấu trúc thị trường, thay đổi tương quan cạnh tranh giữa các doanh nghiệp, loại bỏ đối thủ, ngăn cản đối thủ tiềm năng để làm giảm sức ép cạnh tranh hiện có hoặc sẽ có, bóc lột khách hàng.... Thông thường, hành vi hạn chế cạnh tranh bao gồm ba dạng hành vi là thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền để hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế.

Như vậy, so với hành vi cạnh tranh không lành mạnh, các hành vi hạn chế cạnh tranh có khả năng gây thiệt hại cao hơn.

Pháp luật cạnh tranh ra đời cùng với sự thừa nhận và đảm bảo quyền tự do kinh doanh. Theo nghĩa kinh điển, pháp luật cạnh tranh chỉ bao hàm các quy định ngăn cấm những hành vi cạnh tranh không lành mạnh theo cách hiểu của ngày nay. Điều này là do trong lịch sử đã có lúc người ta chưa biết đến hiện tượng độc quyền và tác hại của nó, đó là thời kỳ của chủ nghĩa tư bản tự do. Trong Bộ luật Dân sự của Pháp năm 1804 đã có quy định về trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng, từ đó, những trách nhiệm phát sinh cho các thương nhân trong cạnh tranh được áp dụng của nước Pháp coi là một loại hình mới của trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trên cơ sở đó, những hành vi cạnh tranh mà ở đó người thực hiện chúng phải chịu trách nhiệm về hậu quả gây ra cho người khác được gọi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Hiện nay, những quy định mang tính nguyên tắc của Bộ luật Dân sự 1804 cùng với một số văn bản pháp luật đơn hành tạo thành một chế định pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh của Cộng hòa Pháp. Ở Italia, Bộ Luật Dân sự năm 1865 đã quy định các nguyên tắc cơ bản liên quan đến trách nhiệm của người thực hiện hành vi không lành mạnh. Tuy nhiên, cho đến năm 1872 với sự ra đời của Bộ luật Dân sự mới thì những quy định về cạnh tranh không lành mạnh mới được quy định cụ thể.

Đến cuối thế kỷ XIX, pháp luật cạnh tranh đã được mở rộng và có những thay đổi rất cơ bản về nội dung cũng như phương pháp điều chỉnh. Pháp luật chống độc quyền ra đời. Quê hương của pháp luật chống độc quyền là Hoa Kỳ. Các bang của Hoa Kỳ đã liên tục ban hành các đạo luật chống Tờ-rót (Trust), đầu tiên là bang Alabama vào năm 1883. Sau đó, vào năm 1890, Luật Sherman đã ra đời. Sự ra đời của Luật Sherman đánh dấu một bước phát triển mạnh về pháp luật cạnh tranh. Từ việc coi Luật Cạnh tranh là lĩnh vực pháp luật dân sự mà chỉ khi có yêu cầu thì Nhà nước mới giải quyết, Luật Sherman và sau này là sự phát triển mạnh mẽ của pháp luật về kiểm soát độc quyền trên thế giới đã cho phép Nhà nước chủ động ngăn chặn và kiểm soát mọi nguy cơ có thể làm hạn chế cạnh tranh bằng các thiết chế quyền lực của mình, kể cả bằng các biện pháp trừng phạt nặng như chế tài hình sự cho các hành vi vi phạm.

Pháp luật cạnh tranh của các nước khác cũng được hình thành và ngày càng phát triển. Theo thống kê của Hội nghị Liên hợp quốc về Thương mại và Phát triển (UNCTAD), trên thế giới tính tới năm 2007, đã có tới 113 nước và vùng lãnh thổ có luật điều tiết hoạt động cạnh tranh và kiểm soát độc quyền.

Một khái niệm quan trọng khác cần làm rõ là khái niệm vụ việc cạnh tranh. Vụ việc cạnh tranh là vụ việc có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh về hành vi hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh. Vụ việc cạnh tranh

được phát sinh từ việc tổ chức, cá nhân khiếu nại đến cơ quan quản lý cạnh tranh khi cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại do hành vi vi phạm Luật Cạnh tranh.

Theo pháp luật cạnh tranh, các vụ việc hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh đều phải được điều tra thông qua một thủ tục chặt chẽ bao gồm: *điều tra sơ bộ* và *điều tra chính thức*. Đối với các vụ việc hạn chế cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, *Hội đồng cạnh tranh* (do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, gồm từ 11 đến 15 thành viên) có nhiệm vụ tổ chức xử lý, giải quyết thông qua *Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh*; đối với các vụ việc cạnh tranh không lành mạnh, *Cục Quản lý cạnh tranh* (là cơ quan thuộc Bộ Công thương) sẽ quyết định xử lý trên cơ sở quyết định điều tra.

Hiến pháp năm 1992 của nước ta (được sửa đổi, bổ sung năm 2001) đã thừa nhận quyền tự do kinh doanh và phát triển của kinh tế nhiều thành phần ở Việt Nam, đặt cơ sở cho cạnh tranh giữa các loại hình doanh nghiệp thuộc các hình thức sở hữu khác nhau. Cùng với Hiến pháp năm 1992, nhiều văn bản pháp luật khác của Việt Nam như Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại, Luật Doanh nghiệp, Luật các Tổ chức Tín dụng, Luật Kinh doanh Bảo hiểm, Luật Du lịch, Luật Viễn thông... đã góp phần tạo dựng khung pháp lý cần thiết cho việc thực hiện các quyền đó của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, kể từ khi cạnh tranh được thừa nhận, các hành vi hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh giữa các doanh nghiệp đã xuất hiện, làm ảnh hưởng tới quyền kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp, tác động tiêu cực tới môi trường kinh doanh, ảnh hưởng tới quyền và lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng. Sự ra đời của Luật Cạnh tranh năm 2004 đã tạo cơ sở pháp lý cần thiết cho việc xử lý các hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh, kiểm soát hiện tượng độc quyền trong kinh doanh.

## II. HÀNH VI THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

Dưới góc độ kinh tế học, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (Cartel) là sự thống nhất hành động của nhiều doanh nghiệp nhằm giảm bớt hoặc loại bỏ sức ép của cạnh tranh hoặc hạn chế khả năng hành động một cách độc lập giữa các đối thủ cạnh tranh. Từ điển Chính sách thương mại quốc tế định nghĩa Cartel là một thỏa thuận chính thức hoặc không chính thức để đạt được kết quả có lợi cho các hãng có liên quan, nhưng có thể có hại cho các bên khác.

Khoản 1 Điều 81 Hiệp ước Rome nghiêm cấm mọi thỏa thuận giữa các doanh nghiệp, mọi quyết định của hiệp hội doanh nghiệp và mọi hành động phối hợp có

khả năng ảnh hưởng đến trao đổi thương mại giữa các quốc gia thành viên và có mục đích hoặc hệ quả phân cạnh tranh.

Ở Hoa Kỳ, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo Luật Sherman là nghiêm cấm mọi hành vi ngăn cản thương mại theo chiều ngang và chiều dọc. Theo chiều ngang, các thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh về những khía cạnh cạnh tranh quan trọng như giá cả và sản lượng có thể được coi là phạm pháp và phải chịu chế tài rất nặng về tiền hoặc phạt tù. Ngoài ra, người ta có thể áp dụng các chế tài nhẹ hơn như chấm dứt hoặc đình chỉ thỏa thuận. Các thỏa thuận theo chiều ngang khác cũng coi như là vi phạm pháp luật nhưng tính pháp lý của chúng lại phụ thuộc vào kết quả kiểm tra, tức là phụ thuộc vào tác động thực tế của cạnh tranh đối với thỏa thuận.

Luật Cạnh tranh Việt Nam không đưa ra khái niệm mà sử dụng phương pháp liệt kê các thỏa thuận bị coi là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bao gồm: thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ; thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán, hàng hóa, dịch vụ; thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; thỏa thuận áp đặt cho các doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận; thông đồng để một hoặc các bên của thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ. Chỉ những thỏa thuận được liệt kê tại Điều 8 Luật Cạnh tranh mới bị coi là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có thể diễn ra giữa các doanh nghiệp thuộc những khâu khác nhau của quá trình kinh doanh.

*Thỏa thuận theo chiều ngang* là những thỏa thuận giữa các chủ thể kinh doanh trong cùng ngành hàng và cùng khâu của quá trình kinh doanh (ví dụ giữa những người bán buôn với nhau, giữa những người bán lẻ với nhau).

Trong số các thỏa thuận ngang hạn chế cạnh tranh, hardcore cartel là những thỏa thuận nguy hiểm nhất cho cạnh tranh. Về cơ bản, hardcore cartel là “một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, hành vi phối hợp giữa các đối thủ cạnh tranh làm hạn chế cạnh tranh như ấn định giá, gian lận thầu, hạn chế sản lượng hoặc hạn ngạch hoặc chia sẻ và phân chia thị trường bằng cách phân bổ khách hàng, nhà cung cấp, lãnh thổ hoặc lĩnh vực thương mại”. Gây ảnh hưởng trực tiếp đến các mức giá,

hardcore cartel tác động tiêu cực đến chức năng của thị trường, hủy hoại tính hiệu quả, sự sáng tạo và sự lựa chọn. Khi ấn định mức giá cao hơn mức giá thị trường (mức giá của một thị trường cạnh tranh), một cartel đã trực tiếp thu lợi nhuận cho mình từ túi tiền của người tiêu dùng. Hậu quả của việc nâng giá cao hơn này là hoạt động tiêu dùng sẽ bị thu hẹp trừ khi độ co giãn cho các sản phẩm của cartel gần bằng 0 (mua sản phẩm với bất kỳ giá nào) và, trong mọi trường hợp, sản lượng và phúc lợi toàn cầu sẽ bị giảm sút.

Các ví dụ về hardcore cartel gồm:

- Ấn định giá;
- Gian lận thầu;
- Hạn chế sản lượng hoặc hạn ngạch;
- Phân chia thị trường.

Tuy nhiên, có những thỏa thuận ngang không phải là hardcore cartel. Các thỏa thuận ngang hạn chế cạnh tranh không phải là hardcore cartel là các thỏa thuận thông qua các điều khoản gắn kết tạo ra các rào cản gia nhập, với rất nhiều điều kiện và khiến các đối thủ cạnh tranh khó tham gia vào thị trường. Việc xác định các hành vi hạn chế cạnh tranh phụ thuộc rất nhiều vào thị phần do các doanh nghiệp liên quan sở hữu. Ngoài ra, có rất nhiều thỏa thuận ngang thúc đẩy cạnh tranh. Thông thường, hợp tác ngang giữa các doanh nghiệp có thể tạo ra những lợi ích kinh tế đáng kể khi phương thức hợp tác là chia sẻ rủi ro, tiết kiệm chi phí, chia sẻ bí quyết kỹ thuật và thúc đẩy đổi mới nhanh hơn. Hay những loại hình hợp tác có khả năng tạo ra năng suất như các thỏa thuận về nghiên cứu và phát triển (R&D), sản xuất, thương mại hóa, tiêu chuẩn hóa và môi trường.

*Thỏa thuận theo chiều dọc* là các thỏa thuận hay các hành vi phối hợp giữa hai doanh nghiệp trở lên mà từng doanh nghiệp hoạt động, cho mục đích của thỏa thuận, tại các cấp độ khác nhau của mạng lưới sản xuất hoặc mạng lưới phân phối, và liên quan đến các điều kiện ràng buộc việc các bên mua, bán hoặc bán lại các sản phẩm hoặc dịch vụ nhất định.

Trong hầu hết các trường hợp, các thỏa thuận dọc không gây ảnh hưởng tiêu cực đến cạnh tranh, ngoại trừ:

- Trường hợp nhà sản xuất áp đặt:
- Giá bán lại các sản phẩm;
- Các hạn chế về lãnh thổ hoặc khách hàng;
- Các hạn chế bán hàng thông qua hệ thống phân phối lựa chọn;

• Các hạn chế về nhà cung cấp phụ tùng của nhà sản xuất đối với giao dịch bán hàng của nhà sản xuất cho người sử dụng đầu cuối hoặc tổ chức, cá nhân sửa chữa độc lập.

– Trường hợp một trong các nhà thầu có “khả năng khống chế thị trường”:

Hầu hết Luật Cạnh tranh các nước cấm các thỏa thuận dọc quy định nếu thị trường liên quan không vượt mức 30% thì thỏa thuận dọc này không phải là thỏa thuận dọc hạn chế cạnh tranh. Đối với những thỏa thuận dọc, cả pháp luật châu Âu lẫn pháp luật Việt Nam đều dẫn chiếu đến mức 30% như là một chỉ số báo hiệu về các hành vi hạn chế cạnh tranh tiềm năng.

Các thỏa thuận dọc phổ biến nhất có khả năng hạn chế cạnh tranh là Thương hiệu duy nhất, Phân phối độc quyền, Nhượng quyền thương mại, Phân chia khách hàng độc quyền, Phân phối lựa chọn, Độc quyền cung cấp, Giá bán lại đề xuất và cao nhất.

#### *\* Thương hiệu duy nhất*

Thương hiệu duy nhất phát sinh từ một nghĩa vụ hay ưu đãi mà theo đó người mua thực tế phải mua sắm cho toàn bộ nhu cầu của mình, trực tiếp hoặc gián tiếp, từ một nhà cung cấp.

#### *\* Phân phối độc quyền*

Trong một thỏa thuận phân phối độc quyền, nhà cung cấp đồng ý bán sản phẩm của mình cho duy nhất một nhà phân phối để bán lại trong một địa bàn nhất định. Đồng thời, nhà phân phối luôn luôn bị hạn chế việc bán chủ động sang các địa bàn độc quyền khác.

#### *\* Nhượng quyền thương mại*

Các thỏa thuận nhượng quyền thương mại bao gồm li-xăng các quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến nhãn hiệu hay các dấu hiệu và bí quyết kỹ thuật cho việc sử dụng và phân phối hàng hóa hoặc dịch vụ có liên quan và luôn luôn mang lại cho bên nhận nhượng quyền các hỗ trợ kỹ thuật và thương mại. Li-xăng và hỗ trợ là các bộ phận thống nhất của phương thức kinh doanh được nhượng quyền.

#### *\* Phân chia khách hàng độc quyền*

Trong thỏa thuận phân chia khách hàng độc quyền, nhà cung cấp đồng ý bán các sản phẩm của mình cho một nhà phân phối để bán lại cho một nhóm khách hàng cụ thể. Đồng thời, nhà phân phối luôn luôn bị hạn chế việc bán chủ động sang các nhóm khách hàng được phân chia độc quyền khác.



### *\* Phân phối lựa chọn*

Các thỏa thuận phân phối lựa chọn không chỉ hạn chế số lượng các nhà phân phối được phép mà còn hạn chế khả năng bán lại sản phẩm. Hạn chế về số lượng các nhà cung cấp không phụ thuộc vào số lượng các địa bàn mà là các điều kiện lựa chọn, trước hết, liên quan đến bản chất của sản phẩm.

### *\* Độc quyền cung cấp*

Độc quyền cung cấp có nghĩa là chỉ có duy nhất một người mua được nhà cung cấp bán cho một sản phẩm hoàn thiện cụ thể. Đối với các hàng hóa hoặc dịch vụ trung gian, độc quyền cung cấp có nghĩa là chỉ có duy nhất một người mua hoặc chỉ có duy nhất một người mua cho mục đích sử dụng nhất định.

### *\* Giá bán lại đề xuất hoặc tối đa*

Hành vi này gồm hành vi khuyến nghị giá bán lại đối với bên bán lại hoặc yêu cầu bên bán lại phải tuân thủ mức giá bán lại tối đa. Giá bán lại đề xuất hoặc tối đa có thể sau đó sẽ khuyến khích các nhà phân phối thông đồng với nhau.

*Về cơ bản, những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có các đặc điểm sau:*

– Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh diễn ra giữa các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh của nhau.

– Hình thức của thỏa thuận là sự thống nhất cùng hành động giữa các doanh nghiệp có thể công khai hoặc không công khai.

– Nội dung của các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thường tập trung vào các yếu tố cơ bản của quan hệ thị trường mà các doanh nghiệp đang cạnh tranh nhau như giá, thị trường, trình độ kỹ thuật, công nghệ, điều kiện ký kết hợp đồng và nội dung của hợp đồng.

– Hậu quả của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là làm giảm, sai lệch và cản trở cạnh tranh trên thị trường.

Các loại thỏa thuận hạn chế cạnh tranh:

### *\* Thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp*

Thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ là việc các doanh nghiệp thống nhất áp dụng một mức giá hoặc một cách thức tính giá chung khi mua, bán hàng hóa, dịch vụ với các khách hàng hoặc trao đổi thông tin về giá để tạo nên những phản ứng thống nhất về giá hàng hóa, dịch vụ khi đàm phán với khách hàng.

**Vụ việc:**

Tháng 5 năm 2010, 9 nhà sản xuất DRAM bị Ủy ban Châu Âu phạt vì hành vi thỏa thuận giá. Theo Ủy ban Châu Âu, Cartel này được duy trì từ năm 1998 đến năm 2002, 9 công ty này đã tạo lập một mạng lưới chung nhằm trao đổi thông tin về khách hàng cũng như giá bán của mình từ đó thống nhất mức giá chào hàng DRAM cho các nhà sản xuất máy tính.

Tổng số tiền phạt lên đến 331 triệu euro trong đó Ủy ban Châu Âu đã đề nghị mức phạt 145 triệu euro đối với công ty Samsung, 2 công ty Infineon và Hynix lần lượt là 56 triệu euro và 51 triệu euro. 6 công ty khác: NEC, Hitachi, Mitsubishi, Toshiba, Elpida và Nanya bị phạt với mức phạt thấp hơn.

*\* Thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ (gọi tắt là thỏa thuận phân chia thị trường)*

Theo Điều 15 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, thỏa thuận phân chia thị trường bao gồm các hành vi sau đây:

*Một*, thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ là việc thống nhất về số lượng hàng hoá, dịch vụ; địa điểm mua, bán hàng hoá, dịch vụ; nhóm khách hàng đối với mỗi bên tham gia thỏa thuận.

*Hai*, thỏa thuận phân chia nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ là việc thống nhất mỗi bên tham gia thỏa thuận chỉ được mua hàng hoá, dịch vụ từ một hoặc một số nguồn cung cấp nhất định.

**Vụ việc:**

Năm 2005, Cơ quan cạnh tranh Pháp đã tuyên phạt ba nhà cung cấp mạng di động lớn nhất của Pháp là SFR, Orange và Bouygues Télécom vì hai hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh:

- (1) Trong suốt 6 năm từ 1997 – 2003 ba công ty này đã trao đổi thông tin cho nhau về các thuê bao mới và các thuê bao đã thôi không sử dụng mạng của mình;
- (2) Từ năm 2000 – 2002, ba công ty này đã thỏa thuận giữ nguyên thị phần (thực chất là phân chia thị trường, hạn chế cạnh tranh lẫn nhau).

**Cơ quan cạnh tranh Pháp đã tuyên phạt:**

- Orange France : 256 triệu euro
- SFR : 220 triệu euro
- Bouygues Télécom : 58 triệu euro

*\* Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, dịch vụ*

Điều 16 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP phân chia thỏa thuận này thành hai loại:

*Một*, thỏa thuận hạn chế số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, dịch vụ là việc thống nhất cắt giảm số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ so với trước đó.

*Hai*, thỏa thuận kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ là việc thống nhất ấn định số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ ở mức đủ để tạo khan hiếm trên thị trường.

*\* Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật công nghệ, hạn chế đầu tư*

Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ là việc thống nhất mua phát minh, sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghệ để tiêu hủy hoặc không sử dụng. Thỏa thuận hạn chế đầu tư là việc thống nhất không đưa thêm vốn để mở rộng sản xuất, cải tiến chất lượng hàng hoá, dịch vụ hoặc để nghiên cứu phát triển khác.

*\* Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng*

Điều 18 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP đã chia thỏa thuận này thành hai thỏa thuận cụ thể:

Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ là việc các doanh nghiệp thống nhất đặt ra một hoặc một số điều kiện tiên quyết buộc khách hàng phải chấp nhận trước khi ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ với họ.

Buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng là việc thống nhất ràng buộc doanh nghiệp khác khi mua, bán hàng hoá, dịch vụ với bất kỳ doanh nghiệp nào tham gia thỏa thuận phải thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ nằm ngoài phạm vi cần thiết để thực hiện hợp đồng.

*\* Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh*

Khoản 6 Điều 8 Luật Cạnh tranh và Điều 19 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định hai loại thỏa thuận sau:

Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường là việc thống nhất thực hiện những hành vi nhằm tạo nên các rào cản ngăn trở việc gia nhập thị trường bằng cách gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác, làm giảm tính hấp dẫn của thị trường.

Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh là việc thống nhất thực hiện những hành vi nhằm gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh hoặc cho việc tiêu thụ sản phẩm hoặc cản trở việc mở rộng quy mô của các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận.

*\* Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận*

Thỏa thuận này là việc thống nhất thực hiện những hành vi nhằm gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận để buộc các doanh nghiệp này phải rời khỏi thị trường liên quan.

*\* Thông đồng để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ*

Luật Cạnh tranh năm 2004 cấm đoán mọi thông đồng để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ. Với cách gọi tên như trên, hành vi thông đồng trong đấu thầu là hành vi hạn chế cạnh tranh khi có các dấu hiệu sau đây:

*Thứ nhất*, chủ thể tham gia thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu là các doanh nghiệp dự thầu.

*Thứ hai*, nội dung của thỏa thuận là các doanh nghiệp tham gia đấu thầu thống nhất để một, một số doanh nghiệp tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ.

*Thứ ba*, bản chất hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu là các bên tham gia đã loại bỏ cạnh tranh giữa họ hoặc với những doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận để dành quyền trúng thầu cho người mà họ chỉ định.

**Vụ việc: Thông đồng đấu thầu hệ thống thông gió đường hầm tại Nhật Bản**

Năm 2004, bảy công ty Ebara, Hitachi, Công nghiệp nặng Mitsubishi, Công nghiệp nặng Ishikawajima Harima, Công nghiệp nặng Kawasaki, Tập đoàn DMW và Công ty chế tạo máy Mitsui Miike đã tham gia dàn xếp trước người thắng thầu đối với từng gói thầu trong số 5 gói thầu xây dựng hệ thống thông gió của đường hầm do Tập đoàn công về đường cao tốc trung tâm (MEPC) tổ chức đấu thầu trong thời gian từ ngày 24 tháng 06 năm 2004 đến ngày 26 tháng 10 năm 2004.

Ngày 08 tháng 09 năm 2006, Ủy ban thương mại lãnh mệnh của Nhật Bản đã đưa ra quyết định xử phạt bốn Công ty Ebara, Hitachi, IHI, Công nghiệp nặng Kawasaki về hành vi thông đồng đấu thầu với tổng mức phạt lên đến hơn 1 tỉ yên.

### III. HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THÔNG LĨNH THỊ TRƯỜNG VÀ ĐỘC QUYỀN NHẪM HẠN CHẾ CẠNH TRANH

Kiểm soát và xử lý các hành vi lạm dụng vị trí thông lĩnh thị trường, vị trí độc quyền (gọi tắt là hành vi lạm dụng) là một trong những nhiệm vụ quan trọng của pháp luật cạnh tranh nhằm bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, không phân biệt đối xử. Đặc trưng cơ bản của chế định pháp luật này là đối tượng áp dụng là những doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp đang có vị trí thông lĩnh, doanh nghiệp có vị trí độc quyền trên thị trường. Luật Cạnh tranh năm 2004 không đưa ra định nghĩa mà liệt kê cụ thể các hành vi lạm dụng vị trí thông lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh. Theo đó, chi khi doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thông lĩnh thị trường, doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện những hành vi được quy định tại Điều 13 và Điều 14 Luật Cạnh tranh mới bị coi là lạm dụng vị trí thông lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh.

Pháp luật một số nước đã đưa ra khái niệm vị trí thông lĩnh. Ví dụ, theo Luật Cạnh tranh Thổ Nhĩ Kỳ (Luật số 4054), vị trí thông lĩnh có nghĩa là vị trí mà một hoặc nhiều doanh nghiệp có được trên một thị trường nhất định mà nhờ vị trí đó, các doanh nghiệp này có thể hành động một cách độc lập với các đối thủ cạnh tranh và với người mua trong việc quyết định các thông số kinh tế như khối lượng sản xuất hoặc phân phối, giá cả và sản lượng cung cấp.

Theo Luật Cạnh tranh thương mại của Vương quốc Thái Lan năm 1999, "Thương nhân chi phối thị trường" là một hoặc một số thương nhân ở thị trường hàng hoá và dịch vụ nhất định có thị phần và tổng doanh số bán ra vượt quá mức mà Ủy ban đã ấn định với sự thông qua của Hội đồng Bộ trưởng và đã được công bố trên công báo, tuy nhiên, cũng cần phải tính đến điều kiện cạnh tranh trên thị trường.

Pháp luật của một số nước cũng có cách tiếp cận như pháp luật Việt Nam là không đưa ra khái niệm chung mà liệt kê các hành vi bị coi là vi phạm pháp luật chống lạm dụng vị trí thông lĩnh thị trường, vị trí độc quyền.

Theo Luật Cạnh tranh Thổ Nhĩ Kỳ (Luật số 4054), các hành vi lạm dụng vị trí thông lĩnh bao gồm:

a. Ngăn cản một cách trực tiếp hoặc gián tiếp các doanh nghiệp khác hoạt động trong cùng lĩnh vực thương mại nhằm mục đích cản trở hoạt động của các đối thủ cạnh tranh trên thị trường.

b. Tạo ra sự phân biệt một cách trực tiếp hoặc gián tiếp bằng cách áp đặt các điều kiện khác nhau đối với quyền và nghĩa vụ như nhau cho những người mua có vị trí như nhau.

c. Áp đặt việc thực hiện hợp đồng phụ thuộc vào việc chấp nhận những hạn chế về điều kiện bán lại, chẳng hạn như việc mua các hàng hoá và dịch vụ khác, sự chấp nhận của các đại lý về trưng bày các hàng hoá và dịch vụ khác, hoặc duy trì giá bán lại tối thiểu.

d. Lợi dụng lợi thế về tài chính, công nghệ và thương mại do vị trí thống lĩnh trên một thị trường khác tạo ra để thực hiện các hoạt động nhằm bóp méo cạnh tranh trên thị trường hàng hoá và dịch vụ.

e. Hạn chế sản xuất, hạn chế tìm kiếm thị trường hoặc hạn chế phát triển kỹ thuật, do đó gây thiệt hại cho người tiêu dùng.

Luật Thương mại lành mạnh và những quy định về độc quyền của Hàn Quốc (Điều 3.2) quy định cấm doanh nghiệp thống lĩnh thị trường tham gia vào những hành vi được liệt kê sau đây (gọi là hành vi lạm dụng):

1. Ấn định, duy trì hoặc thay đổi một cách bất hợp lý giá cả hàng hoá hay phí dịch vụ (gọi chung là "Giá cả");

2. Kiểm soát một cách bất hợp lý việc bán hàng hoá, cung cấp dịch vụ;

3. Can thiệp một cách bất hợp lý vào những hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp khác;

4. Ngăn cản một cách bất hợp lý việc thâm nhập thị trường của những đối thủ cạnh tranh mới; hoặc

5. Tham gia vào hoạt động thương mại bất hợp lý nhằm loại trừ các đối thủ cạnh tranh hoặc hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể hoặc xâm hại quyền lợi của người tiêu dùng.

Theo Luật Thương mại lành mạnh và những quy định về độc quyền của Hàn Quốc (Điều 5), nếu doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường phạm phải một trong những hành vi liệt kê tại Điều 3.2 (Cấm lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường), Ủy ban Thương mại lành mạnh có thể ra lệnh cho doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường đang có hành vi vi phạm phải hạ giá, đình chỉ hành vi đó, công bố công khai việc vi phạm luật hoặc tiến hành các biện pháp điều chỉnh cần thiết khác đối với hành vi nói trên. Theo Điều 6, nếu một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường có hành vi lạm dụng vị trí của mình, Ủy ban Thương mại lành mạnh có thể phạt tiền doanh nghiệp nói trên không quá 3% doanh thu theo Nghị định của Tổng thống; tuy nhiên, nếu một khoản doanh thu như vậy không tồn tại hoặc có khó khăn trong việc tính toán doanh thu của doanh nghiệp chịu sự điều chỉnh của Nghị định của Tổng thống (gọi chung là "trong trường hợp không có doanh thu"), Ủy ban Thương mại lành mạnh có thể phạt tiền không quá 1 tỷ won.

Điều 78 Luật Cạnh tranh Canada liệt kê 11 hành vi bị coi là lạm dụng (ngoài ra còn cho phép cơ quan có thẩm quyền xử lý những hành vi chưa được pháp luật liệt kê nhưng thỏa mãn cấu thành pháp lý của hành vi lạm dụng theo Điều 79). Điều 79 quy định Tòa Cạnh tranh chỉ đưa ra phán quyết xử lý doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp khi chứng minh đủ ba nội dung sau đây:

*Thứ nhất*, một hoặc nhiều doanh nghiệp về cơ bản hoặc hoàn toàn kiểm soát một loại hình, một phân đoạn kinh doanh, trên toàn lãnh thổ Canada hay tại bất kỳ khu vực nào của nó;

*Thứ hai*, đã hoặc đang thực hiện hành vi phản cạnh tranh được quy định trong luật cạnh tranh;

*Thứ ba*, hành vi đó đã, đang hoặc có thể làm cản trở, làm giảm cạnh tranh trên thị trường một cách đáng kể.

Theo Bộ quy tắc về cạnh tranh của Liên hợp quốc được thông qua ngày 22/4/1980 và Luật mẫu về cạnh tranh của Hội nghị Liên hợp quốc về Thương mại và phát triển (UNCTAD), "hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh là hành vi hạn chế cạnh tranh mà doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền sử dụng để duy trì hay tăng cường vị trí của nó trên thị trường bằng cách hạn chế khả năng gia nhập thị trường hoặc hạn chế quá mức cạnh tranh". Bên cạnh khái niệm, hai văn bản này cũng liệt kê cụ thể các hành vi bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh.

Trong vụ *United Brands v Commission* Tòa án châu Âu đã quy định vị trí thống lĩnh thị trường được đề cập trong Điều 82 Hiệp ước châu Âu (Điều khoản về lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường) liên quan đến vị thế sức mạnh kinh tế của một doanh nghiệp có khả năng ngăn chặn hữu hiệu cạnh tranh hiện có trên thị trường thông qua việc doanh nghiệp này có khả năng hành xử trong phạm vi độc lập với đối thủ cạnh tranh, khách hàng và cuối cùng là người tiêu dùng của doanh nghiệp.

Định nghĩa này hiện vẫn được sử dụng trong các vụ việc cạnh tranh tại Liên minh Châu Âu (EU) khi một doanh nghiệp có "khả năng khống chế thị trường". Tuy nhiên, định nghĩa này hầu như không đưa ra những yếu tố cần thiết để xác định khả năng khống chế thị trường.

Thị phần là một phần liên quan để xác định vị trí thống lĩnh thị trường, mặc dù thị phần tự nó không thể xác định được vị trí thống lĩnh thị trường vì thị phần có thể biến động qua các năm, thậm chí thị phần của doanh nghiệp trong một vài năm rất cao. Trong vụ *Akzo Chemie v Commission*, Tòa án châu Âu thấy rằng có một giá định pháp lý về vị trí thống lĩnh thị trường nếu như thị phần của một doanh nghiệp vượt quá 50%. Trong một số vụ việc gần đây, mức này đã được giảm xuống còn 40%.

Với những hành vi được liệt kê trong Luật Cạnh tranh, có thể khái quát thành khái niệm sau: hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền là những hành vi do doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện nhằm củng cố vị trí thống lĩnh, duy trì vị trí độc quyền bằng cách loại bỏ doanh nghiệp khác ra khỏi thị trường; ngăn cản, kìm hãm doanh nghiệp khác không cho gia nhập thị trường, phát triển kinh doanh hoặc nhằm thu lợi nhuận độc quyền bằng cách bóc lột khách hàng.

**Vụ việc:**

**Tóm tắt:** Quyết định của Ủy ban châu Âu giải quyết tranh chấp giữa một bên là EU và một bên là doanh nghiệp Coca-Cola và ba doanh nghiệp sản xuất nước giải khát đóng chai lớn nhất của doanh nghiệp Coca-Cola tại châu Âu (Coke) liên quan đến một số hành vi thương mại mà Coke thực hiện với các nhà phân phối của Coke trong một số thị trường các nước thành viên của EU đối với mặt hàng đồ uống có ga (CSDs). Các hành vi tranh chấp liên quan bao gồm thỏa thuận độc quyền, ưu đãi đối tượng và bán kèm khiến cho các khách hàng của Coke không thể hoặc có rất ít điều kiện thuận lợi để mua các sản phẩm cạnh tranh với sản phẩm của Coke. Những hạn chế này cũng làm cho các đối thủ của Coke gặp khó khăn khi tăng sản lượng của mình tại thị trường và cạnh tranh với Coke. Coke cam kết gỡ bỏ tất cả các hạn chế gây tranh chấp nêu trên và thực hiện các cam kết đó nhằm tránh việc Ủy ban ra quyết định phạt các hành vi lạm dụng của Coke.

**Sự việc:** Theo một số khiếu nại được đưa ra từ năm 1996 đến năm 1999 và sau gần mười năm điều tra, Ủy ban châu Âu nhận thấy rằng, doanh nghiệp Coca-Cola và ba doanh nghiệp sản xuất nước giải khát đóng chai lớn nhất của doanh nghiệp Coca-Cola tại châu Âu (Coke) tập hợp lại có vị trí thống lĩnh thị trường đồ uống có ga (CSDs) ở một số nước thành viên của EU và đã thực hiện một số hành vi liên quan đến hoạt động phân phối sản phẩm của Coke làm cho các doanh nghiệp đối thủ khó cạnh tranh hơn. Những hành vi này bao gồm: (i) thỏa thuận độc quyền nhằm ngăn khách hàng của Coke mua sản phẩm của các doanh nghiệp cạnh tranh; (ii) ưu đãi đối tượng và tăng trưởng làm cho khách hàng của Coke có ít thuận lợi tài chính để mua các sản phẩm cạnh tranh; (iii) giao dịch bán kèm các thương hiệu nổi tiếng của Coke với các thương hiệu ít phổ biến hơn đã khuyến khích khách hàng của Coke mua một lượng lớn nhu cầu CSDs của mình từ Coke.

**Xác định thị trường sản phẩm:** Ủy ban Châu Âu xác định đồ uống có ga là thị trường sản phẩm liên quan để đánh giá các tác động do các hành vi của Coke gây ra đối với cạnh tranh. Đồ uống có ga bao gồm: vị cola (Coca-Cola); vị cam (Fanta); vị chanh (Sprite) và các vị hoa quả khác và các đồ uống có vị đắng.



Nước tinh khiết, nước hoa quả, đồ uống không có ga, trà đá và nước uống tăng lực được xem nằm ngoài thị trường liên quan.

Theo Ủy ban, CSDs được phân biệt với các đồ uống khác bởi vì chúng có ga và vị ngọt đặc biệt hấp dẫn người tiêu dùng trẻ tuổi. Hơn nữa, sự tồn tại của thị trường đồ uống có ga riêng biệt được minh chứng bằng sự khác biệt về giá, khối lượng, sự ưa thích và các ưu tiên thay đổi của người tiêu dùng.

Đối với việc phân phối đồ uống có ga, Ủy ban phân biệt: (i) kênh phân phối cho tiêu dùng tại gia đình ("kênh tiêu thụ tại gia đình": cơ sở bán lẻ, siêu thị, các trung tâm cash&carry) và (ii) kênh phân phối cho tiêu dùng tại chính cơ sở kinh doanh ("kênh tiêu thụ tại chỗ": khách sạn, nhà hàng, quán bar), bởi vì kênh tiêu thụ tại chỗ thường liên kết với các dịch vụ bổ sung (tài trợ và sử dụng các thiết bị như thiết bị rót và tủ lạnh). Hơn nữa, quan điểm của Ủy ban cần được hỗ trợ bởi các bằng chứng về sự khác biệt lớn về giá, sử dụng cách thức đóng gói và trang bị khác biệt,...

**Xác định thị trường địa lý:** Thị trường địa lý liên quan được cân nhắc là lãnh thổ quốc gia (so sánh với thị trường toàn bộ EU), do có sự khác biệt về mô hình tiêu thụ, thị phần, giá và cách thức đóng gói các sản phẩm liên quan tại các nước thành viên EU liên quan.

**Vị trí thống lĩnh thị trường:** Ủy ban châu Âu nhận thấy Coke có vị trí thống lĩnh tại các thị trường nơi mà thị phần CSDs của Coke dựa trên doanh số bán hàng trên 40% và nhiều hơn gấp đôi thị phần của đối thủ cạnh tranh kế tiếp. Ngoài yếu tố thị phần, Ủy ban xác định được bằng chứng về khả năng khống chế thị trường của Coke, đó là sự nhận biết thương hiệu độc nhất của Coke và bản chất được ưa chuộng của những thương hiệu mạnh nhất của Coke như Coca-Cola và Fanta và sự tồn tại của các rào cản gia nhập thị trường lớn liên quan đến các chi phí quảng cáo.

**Sự lạm dụng vị trí thống lĩnh:** Ủy ban đã đưa ra kết luận sơ bộ rằng các hành vi sau đây có thể được xem như hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của Coke trên thị trường CSDs:

- Thỏa thuận độc quyền: Đó là những thỏa thuận bao gồm các điều khoản, rõ ràng hay ngụ ý, theo đó khách hàng của Coke phải mua toàn bộ nhu cầu CSDs của mình từ Coke, đặc biệt đối với kênh tiêu thụ tại chỗ.

- Thỏa thuận tài trợ: Đó là những thỏa thuận trên kênh tiêu thụ tại chỗ theo đó Coke cấp một khoản vay cho khách hàng để đổi lại việc khách hàng thanh toán khoản vay bằng cách mua các sản phẩm của Coke.

- Tủ lạnh và thiết bị rót: Coke cung cấp miễn phí tủ lạnh (cả ở kênh tiêu thụ tại gia đình và kênh tiêu thụ tại chỗ) và thiết bị rót (ở kênh tiêu thụ tại chỗ) cho khách hàng nếu khách hàng đồng ý chứa CSDs của Coke trong tủ lạnh và sử dụng thiết bị rót cho CSDs của Coke.

- Ưu đãi đối tượng và tăng trưởng: Coke đưa ra các ưu đãi tài chính nếu khách hàng mua đến một ngưỡng nhất định hoặc vượt qua doanh số bán hàng trước đó dựa trên cơ sở hàng quý. Những nước đó là: Áo, Bỉ, Đan Mạch, Estonia, Pháp, Đức, Hy Lạp, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Hà Lan, Na Uy, Ba Lan (chỉ trên kênh tiêu thụ tại gia đình), Tây Ban Nha, Thụy Điển và Vương quốc Anh.

- Bán kèm: Coke khiến cho khách hàng không thể hoặc thấy kém hấp dẫn khi chỉ mua Coca-Cola hoặc Fanta. Thay vào đó, Coke kèm việc bán Coca-Cola hoặc Fanta với các đồ uống có ga, đồ uống không có ga và đồ uống không chứa cồn khác, vốn ít được biết đến của mình. Khách hàng mua nhiều loại đồ uống của Coke được đề nghị giảm giá tới 2% tổng giá trị mua hàng tính phân biệt cho từng loại đồ uống. Coke đưa ra những hỗ trợ tài chính hấp dẫn trên kênh tiêu thụ tại gia đình để bảo đảm chỗ đứng của một số thương hiệu CSDs ít được biết đến của mình bằng cách sử dụng các thương hiệu CSDs nổi tiếng của mình.

**Thỏa thuận xử lý:** Ủy ban châu Âu và Coke đã đạt được thỏa thuận để giải quyết vấn đề tranh chấp. Thỏa thuận xử lý này được đánh giá là một thành công của Coke vì nó giúp Coke không bị Ủy ban đưa ra quyết định trừng phạt cho các hành vi hạn chế cạnh tranh của Coke. Thỏa thuận xử lý có hiệu lực tới ngày 31/12/2010 và chỉ liên quan đến thị trường tại các nước mà thị phần CSDs của Coke trên 40% và nhiều hơn gấp hai lần thị phần của đối thủ cạnh tranh kế tiếp. Theo thỏa thuận xử lý này, Coke đồng ý chấm dứt các thỏa thuận độc quyền. Cụ thể là, các khách hàng của Coke sẽ được tự do mua và bán các sản phẩm đồ uống có ga khác từ các nhà cung cấp theo lựa chọn của khách hàng. Coke sẽ không đưa ra các ưu đãi để thưởng cho khách hàng do họ mua bằng hoặc nhiều hơn số lượng các sản phẩm của Coke so với giai đoạn trước đó. Coke đồng ý không yêu cầu khách hàng mua các thương hiệu ít được biết đến đi kèm với một trong các thương hiệu nổi tiếng của Coke. Tương tự, Coke sẽ không đưa ra các ưu đãi nếu khách hàng đồng ý dành chỗ cho toàn bộ các loại sản phẩm. Cuối cùng, khi Coke cung cấp tủ lạnh miễn phí và khách hàng không có thiết bị làm lạnh nào khác để lưu trữ trực tiếp, thì khách hàng được tự do sử dụng ít nhất 20% dung tích của tủ lạnh do Coke cung cấp để bán bất kỳ sản phẩm nào khác theo lựa chọn của khách hàng<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Nguồn: Sổ tay "Hành vi hạn chế cạnh tranh: Một số vụ việc điển hình của châu Âu". Dự án Hỗ trợ Thương mại Đa biên (EU-Việt Nam MUTRAP III).

Dù có những khác biệt nhất định trong các quy định về hành vi lạm dụng, pháp luật các nước đều thống nhất rằng nhóm hành vi này có ba đặc trưng sau đây:

a) *Chủ thể thực hiện hành vi là doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc doanh nghiệp có vị trí độc quyền trên thị trường liên quan*

Vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có thể được hình thành từ sự tích tụ trong quá trình cạnh tranh; từ những điều kiện tự nhiên của thị trường như: yêu cầu về quy mô hiệu quả tối thiểu, sự biến dị của sản phẩm, sự tồn tại của các rào cản gia nhập thị trường; hoặc sự bảo hộ của Nhà nước.... Vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền đem lại cho doanh nghiệp quyền lực thị trường và khả năng chi phối các quan hệ trên thị trường. Theo Từ điển Kinh tế học hiện đại “quyền lực thị trường là khả năng của một doanh nghiệp hoặc một nhóm các doanh nghiệp trong việc tác động đến giá cả thị trường của một loại hàng hoá hoặc dịch vụ mà họ bán hoặc mua”.

Pháp luật của Canada coi “quyền lực thị trường là khả năng giữ giá cao hơn mức giá cạnh tranh mà vẫn có lợi nhuận trong một khoảng thời gian đáng kể, thông thường là một năm”. Trong khi đó, pháp luật của Cộng hòa Pháp sử dụng đồng thời hai cách tiếp cận về quyền lực thị trường là cách tiếp cận mang tính học thuyết và cách tiếp cận mang tính thực tiễn. Cách tiếp cận mang tính học thuyết áp dụng định nghĩa trừu tượng mà các án lệ đã đưa ra: “doanh nghiệp chiếm vị trí thống lĩnh là doanh nghiệp có khả năng thoát khỏi cạnh tranh thực chất, không chịu ràng buộc của thị trường và đóng vai trò chủ đạo trên thị trường đó”. Thay vì tuân theo quy luật của thị trường, doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền có thể tự làm luật trên thị trường đó. Cách tiếp cận thực tiễn được hình thành từ triết lý cho rằng “người lạm dụng không hẳn là người muốn lạm dụng, nhưng người lạm dụng chắc chắn phải là người có khả năng lạm dụng”. Sự khác biệt nêu trên đã đưa đến những khác biệt về căn cứ pháp lý được sử dụng để xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp trong pháp luật của các nước.

Pháp luật của Canada chủ yếu sử dụng thị phần và các rào cản gia nhập thị trường, trong khi pháp luật của Pháp lại sử dụng nhiều tiêu chí để xác định vị trí thống lĩnh, bao gồm: thị phần của doanh nghiệp, sự mất cân đối giữa các lực lượng thị trường như quy mô của doanh nghiệp, doanh nghiệp có trực thuộc hay không trực thuộc vào một tập đoàn, khả năng tài chính, sự yếu kém của đối thủ cạnh tranh..., diễn biến về sự thay đổi thị phần của doanh nghiệp, việc nắm giữ một số lợi thế về công nghệ, hiệu quả quản lý, ưu thế nhãn hiệu và các yếu tố bên ngoài có thể cho phép doanh nghiệp tránh được sự cạnh tranh thực chất. Pháp luật của Hàn Quốc cũng xác định khi xét đoán các doanh nghiệp thống lĩnh thị trường, cần phải tính

đến các yếu tố như thị phần, sự tồn tại và quy mô của các hàng rào đối với việc thâm nhập thị trường và quy mô tương đối của các doanh nghiệp cạnh tranh.

Dù có sự khác nhau trong quan niệm về quyền lực thị trường, song pháp luật của các nước đều thống nhất rằng vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền đem lại cho doanh nghiệp lợi thế cạnh tranh so với các doanh nghiệp khác và đem lại khả năng chi phối các quan hệ với khách hàng. Những lợi thế cạnh tranh có thể là khả năng kiểm soát các yếu tố của thị trường và các yếu tố tạo ra địa vị không ngang bằng trong cạnh tranh giữa doanh nghiệp thống lĩnh trên thị trường và các đối thủ của nó (bao gồm cả đối thủ tiềm năng).

*b) Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, doanh nghiệp độc quyền đã hoặc đang thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh được quy định trong Luật Cạnh tranh*

Về bản chất, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh là việc các doanh nghiệp đã khai thác lợi thế mà quyền lực thị trường đem lại trong quan hệ với khách hàng để áp đặt những điều kiện giao dịch bất lợi cho khách hàng như áp đặt giá bán cao, áp đặt giá mua thấp, áp đặt các điều kiện mua bán bất hợp lý.... Trong quan hệ cạnh tranh với đối thủ, các doanh nghiệp đã sử dụng lợi thế mà quyền lực thị trường đem lại để thực hiện các chiến lược cạnh tranh nhằm chèn ép; ngăn cản việc gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh tiềm năng.

Điều 13 Luật Cạnh tranh nghiêm cấm doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thực hiện những hành vi hạn chế cạnh tranh sau:

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

Với các doanh nghiệp độc quyền, ngoài những hành vi trên, Điều 14 Luật Cạnh tranh còn cấm thực hiện hai hành vi sau:

- Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng;

– Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng.

Với các quy định tại Điều 13 và Điều 14 Luật Cạnh tranh, có thể kết luận rằng cơ quan có thẩm quyền chỉ có thể xử lý doanh nghiệp về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh khi chứng minh đủ hai điều kiện sau:

*Một*, doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp bị điều tra có vị trí thống lĩnh thị trường hoặc doanh nghiệp có vị trí độc quyền;

*Hai*, doanh nghiệp đó đã, đang thực hiện một trong những hành vi hạn chế cạnh tranh kể trên.

Do đó, nếu hành vi trên do doanh nghiệp bình thường thực hiện thì không thể kết luận đó là hành vi lạm dụng. Tương tự, doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền thực hiện những chiến lược, những hành vi cạnh tranh không thuộc các trường hợp trên cũng không làm xuất hiện hành vi lạm dụng. Như vậy, các quy định về lạm dụng đã đưa ra một ranh giới ứng xử về cạnh tranh cho các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hoặc độc quyền. Các cơ quan có thẩm quyền không thể áp dụng các biện pháp xử lý nếu các doanh nghiệp chưa vượt quá giới hạn cho phép và ngược lại.

Căn cứ vào các quy định hiện hành, doanh nghiệp thống lĩnh hoặc độc quyền không thể bị quy kết là đã có hành vi lạm dụng nếu thực hiện những hành vi không thuộc những trường hợp được liệt kê tại Điều 13 và Điều 14 Luật Cạnh tranh.

Về vấn đề này, pháp luật của các nước có những cách tiếp cận rộng hơn. Điều 78 Luật Cạnh tranh Canada liệt kê những hành vi lạm dụng, song thực tiễn áp dụng lại cho thấy, Cục Cạnh tranh và Tòa Cạnh tranh Canada còn chấp nhận một số hành vi không được liệt kê trong Điều 78 là hành vi phản cạnh tranh nếu thỏa mãn ba điều kiện theo quy định tại Điều 79. Tương tự, Hội đồng Cạnh tranh của Cộng hòa Pháp đã thừa nhận rằng một số hành vi dù không thuộc diện bị cấm nhưng vẫn có thể bị coi là cản trở đối với sự vận hành bình thường của thị trường vì những hành vi đó do một doanh nghiệp chiếm vị trí thống lĩnh thực hiện với động cơ phản cạnh tranh rõ rệt. Như vậy, với cách giải quyết này, chế định về hành vi lạm dụng trong pháp luật của các nước có thể được mở rộng bằng quyền của cơ quan cạnh tranh trong việc đánh giá mục đích và khả năng phản cạnh tranh của những hành vi không được pháp luật liệt kê.

*c) Hậu quả của hành vi lạm dụng là làm sai lệch, cản trở hoặc giảm cạnh tranh trên thị trường liên quan*

Đặc trưng này cho thấy tác hại của hành vi lạm dụng đối với thị trường. Doanh

nghiệp thực hiện hành vi lạm dụng nhằm duy trì, củng cố vị trí hiện có hoặc nhằm thu lợi ích độc quyền từ việc bóc lột khách hàng. Do đó, việc thực hiện hành vi có thể gây ra những thiệt hại cho một số đối tượng cụ thể, song nghiêm trọng hơn là làm suy giảm, cản trở tình trạng cạnh tranh của thị trường. Vì vậy, pháp luật của các nước đều buộc cơ quan có thẩm quyền phải chứng minh hành vi lạm dụng đã, đang hoặc có thể ngăn cản hay hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường.

Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) cũng đưa ra khuyến nghị về việc xác định hành vi lạm dụng, trong đó họ cảnh báo rằng chỉ có thể chống lại có kết quả sự lạm dụng quyền lực thị trường, khi pháp luật và người thi hành nó xác định được "những hành vi cụ thể có thể gây hại cho cạnh tranh và đánh giá được những tác động toàn diện của chúng trên thị trường có liên quan". Điều 79 Luật Cạnh tranh Canada quy định một trong những điều kiện để xử lý doanh nghiệp có quyền lực thị trường đã thực hiện hành vi lạm dụng là hành vi đã, đang hoặc có thể gây ra hậu quả ngăn cản hay hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường. Pháp luật của Cộng hòa Pháp cũng có những quy định tương tự. Theo pháp luật của những quốc gia trên thì hậu quả không phải là yếu tố cấu thành của hành vi lạm dụng mà là điều kiện để xử lý doanh nghiệp có hành vi lạm dụng. Với cách tiếp cận này, trong vụ việc về hành vi lạm dụng, cơ quan có thẩm quyền của các nước sẽ xác định ba nội dung sau đây:

*Một*, doanh nghiệp bị điều tra có hay không vị trí thống lĩnh thị trường hoặc vị trí độc quyền?

*Hai*, doanh nghiệp bị điều tra có thực hiện hành vi lạm dụng không?

*Ba*, hành vi lạm dụng có gây ra hoặc có thể gây ra hậu quả phản cạnh tranh hay không?

Khi có đủ bằng chứng chứng minh cả ba nội dung trên đều tồn tại, cơ quan có thẩm quyền sẽ áp dụng các biện pháp xử lý đối với doanh nghiệp bị điều tra.

Luật Cạnh tranh của Việt Nam không đi theo xu hướng này. Theo đó, Luật Cạnh tranh coi hậu quả hạn chế cạnh tranh là một trong những yếu tố cấu thành nên hành vi lạm dụng. Do đó, khi điều tra vụ việc về hành vi lạm dụng, cơ quan có thẩm quyền chỉ cần chứng minh hai nội dung là:

*Một*, doanh nghiệp bị điều tra có vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền không?

*Hai*, doanh nghiệp bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi lạm dụng được quy định tại Điều 13, Điều 14 Luật Cạnh tranh. Hậu quả hạn chế cạnh tranh đã được chuyển hóa trong những dấu hiệu pháp lý của từng hành vi lạm dụng.

Dấu hiệu về hậu quả của hành vi là căn cứ để phân biệt hành vi lạm dụng với hiện tượng tập trung kinh tế (cũng là một dạng hạn chế cạnh tranh). Tập trung kinh

tế được Luật Cạnh tranh quy định bao gồm bốn hành vi (sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh). Thực chất, bốn hành vi này tạo thành những chiến lược để các doanh nghiệp tập trung các nguồn lực hiện có bằng cách tập trung hoặc liên kết những yếu tố về vốn, thị trường, lao động... từ các doanh nghiệp tham gia nhằm nâng cao khả năng kinh doanh và cạnh tranh, hình thành nên các thế lực độc quyền mà không thông qua sự tích tụ tự bản (tích tụ dần từ hiệu quả kinh tế). Từ đó, khả năng làm giảm, sai lệch hoặc hạn chế cạnh tranh của tập trung kinh tế được chứng minh trên cơ sở những suy đoán về việc các doanh nghiệp sáp nhập, hợp nhất, mua lại hay liên doanh có thể tạo ra doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có quyền lực thị trường làm thay đổi cấu trúc và tương quan cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên thị trường. Trong khi đó, hành vi lạm dụng gây ra hậu quả là những thiệt hại về lợi ích mà các doanh nghiệp khác, hoặc khách hàng phải gánh chịu.

#### IV. TẬP TRUNG KINH TẾ

Về tổng thể, tập trung kinh tế có thể hiểu là:

– Việc chuyển quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng toàn bộ tài sản, quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp khác.

– Việc chuyển quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng một phần tài sản, quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát hoặc chi phối có tính quyết định đến doanh nghiệp đó.

Tập trung kinh tế có các dạng sau đây:

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

Có thể phân chia tập trung kinh tế theo các dạng thức khác nhau tùy thuộc vào tiêu chí tiếp cận.

Dựa vào mức độ liên kết, hành vi tập trung kinh tế được chia thành hai loại là tập trung kinh tế chặt chẽ (tổ hợp) và tập trung kinh tế không chặt chẽ.

Dựa vào vị trí của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong các cấp độ kinh doanh của ngành kinh tế – kỹ thuật, tập trung kinh tế thường được phân chia thành tập trung theo chiều ngang, tập trung theo chiều dọc hoặc tập trung dạng hỗn hợp (conglomerate).

(i) Tập trung kinh tế theo chiều ngang: là sự sáp nhập, hợp nhất, mua lại hoặc liên doanh của các doanh nghiệp trong cùng một thị trường liên quan (sản phẩm và

địa lý). Sự gia tăng tập trung theo chiều ngang đến một mức độ nhất định sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc phối hợp hành động giữa các doanh nghiệp và từ đó dẫn đến hạn chế cạnh tranh theo giá và giảm động lực sáng tạo, gây bất lợi cho các đối thủ cạnh tranh và tiềm ẩn nguy cơ gây thiệt hại cho người tiêu dùng.

(ii) Tập trung kinh tế theo chiều dọc: là sự hợp nhất, sáp nhập, mua lại hoặc liên doanh giữa các doanh nghiệp có quan hệ người mua – người bán với nhau.

(iii) Tập trung kinh tế dạng hỗn hợp: là sự hợp nhất, sáp nhập, mua lại, liên doanh của các doanh nghiệp không cùng hoạt động trên một thị trường sản phẩm đồng thời cũng không có mối quan hệ khách hàng với nhau. Mục tiêu của việc hợp nhất này thường là nhằm phân tán rủi ro vào những thị trường khác nhau hoặc từ những lý do chiến lược thị trường của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế.

Các quy định về tập trung kinh tế trong pháp luật Việt Nam nằm trong khá nhiều văn bản như Luật Doanh nghiệp 2005 (các quy định về hợp nhất, sáp nhập), Luật Đầu tư 2005 (các quy định về đầu tư trực tiếp và góp vốn, mua cổ phần, hợp nhất, sáp nhập), Luật Chứng khoán 2006 (các quy định về chia, tách, hợp nhất, sáp nhập... công ty chứng khoán), Luật Cạnh tranh 2004...

Luật Cạnh tranh nghiêm cấm tập trung kinh tế nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế chiếm trên 50% trên thị trường liên quan, trừ trường hợp quy định tại Điều 19 của Luật Cạnh tranh hoặc trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật. Những trường hợp tập trung kinh tế rơi vào ngưỡng bị cấm thường là những trường hợp mà hậu quả của nó có nguy cơ gây hạn chế cạnh tranh cao. Tuy nhiên không phải trường hợp nào sau khi tập trung kinh tế doanh nghiệp cũng gây hại cho xã hội mà trái lại, một số trường hợp tập trung kinh tế lại đem lại hiệu quả tích cực cho xã hội. Bên cạnh đó, nếu một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản thì hành vi tập trung kinh tế đó cũng có thể có tác động tốt tới sự ổn định hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp và việc làm cho người lao động. Do vậy, pháp luật có quy định một số trường hợp tập trung kinh tế được hưởng miễn trừ và trình tự thủ tục xin hưởng miễn trừ.

Việc cho phép các ngoại lệ đối với tập trung kinh tế là nhằm mục tiêu mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế – xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ, hoặc nhằm duy trì việc làm cho người lao động theo Điều 19 của Luật. Quyết định cho phép tập trung kinh tế trong những trường hợp này sẽ thuộc thẩm quyền của Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công thương) hoặc của Thủ tướng Chính phủ.



**Vụ việc:**

Năm 2008 Cục Quản lý cạnh tranh nhận được thông báo tập trung kinh tế của hai công ty là Công ty Cổ phần giấy Đồng Nai và Công ty Cổ phần giấy Tân Mai. Hai công ty nói trên có cùng ngành nghề chính là sản xuất và kinh doanh giấy và có kế hoạch hợp nhất thành một. Trong các sản phẩm giấy của hai công ty có sản phẩm giấy in báo có thị phần kết hợp là 46,53% (năm 2007) và 41,23% năm 2008. Sau khi nghiên cứu và đánh giá hồ sơ cũng như phương án hợp nhất của các bên, Cục Quản lý cạnh tranh nhận thấy việc tập trung kinh tế của các bên không thuộc diện bị cấm và do đó đã có công văn trả lời đồng ý.

Tập trung kinh tế thuộc diện bị cấm được miễn trừ trong các trường hợp sau đây:

- Một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản;
- Việc tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ.

**Vụ việc:** Vào ngày 14/6/2000, Interbrew, một doanh nghiệp sản xuất bia của Bỉ, thông báo rằng họ đã đạt được thỏa thuận mua phần vốn của Bass Brewers (Bass), một doanh nghiệp sản xuất bia của Vương quốc Anh. Giao dịch này được hoàn tất vào tháng 8 năm 2000. Sau khi mua Bass, Interbrew trở thành nhà sản xuất bia lớn nhất Vương quốc Anh với thị phần khoảng 38% trên thị trường cung cấp bia và 33% trên thị trường phân phối bán buôn bia, tiếp theo là Scottish & Newcastle plc (S&N) chiếm 26% trên cả hai thị trường, và Carlsberg - Tetley, với thị phần tương ứng là khoảng 12% và 11%. Tuy nhiên, vụ sáp nhập không tạo ra vị trí thống lĩnh thị trường.

**Xác định thị trường:** Ủy ban Cạnh tranh Vương quốc Anh xác định có ba thị trường riêng biệt: (i) thị trường cung cấp bia bởi các nhà sản xuất bia; (ii) thị trường bán buôn và phân phối; (iii) thị trường bán lẻ. Ủy ban cũng phân biệt các cấp độ bán buôn giữa bán cho các cơ sở phục vụ bia tại chỗ ("on-trade") (nghĩa là bán cho các quán bia rượu, khách sạn và câu lạc bộ) và bán cho các cơ sở kinh doanh thương mại ("off-trade") (nghĩa là bán cho các cửa hàng). Sự khác biệt này xuất phát từ sự khác nhau trong phương thức đóng gói và các yêu cầu phân phối đặc biệt. Cụ thể, bia tươi chiếm hơn 90% trong phương thức bán hàng on-trade và yêu cầu phân phối đặc biệt. Mặt khác, bia bán theo kênh off-trade thường là bia được đóng gói thông thường và bán cho các nhà bán lẻ kinh doanh đa dạng (người bán lẻ bán nhiều thương hiệu bia khác nhau) hoặc những nhà bán buôn độc lập và các trung tâm cash&carry (đó là những nhà bán lẻ lớn với diện tích

mặt bằng dưới 2500 m<sup>3</sup>). Ủy ban tập trung các đánh giá của mình đối với vụ sáp nhập trên góc độ thị trường phân phối và cung cấp dạng on-trade, bởi vì kênh off-trade không chỉ ra vấn đề cụ thể nào.

**Cấu trúc thị trường:** Trước khi giao dịch sáp nhập đề xuất, cấu trúc thị trường bia Vương quốc Anh nằm trong tay bốn doanh nghiệp (thị phần được tính theo đơn vị trăm triệu lít bia được bán trên thị trường):

– Đối với hoạt động cung cấp bia: S&N với 26%, Bass với 22%, Interbrew với 14% và Carlsberg – Tetley với 11%;

– Đối với hoạt động phân phối bia: S&N với 26,4%, Bass với 23,7%, Carlsberg – Tetley với 12% và Interbrew với 9%.

Ủy ban thấy rằng, thị trường cung cấp bia được định hình bởi rào cản gia nhập thị trường cao do chi phí quảng cáo và chi phí phân phối. Ủy ban không thấy bằng chứng nào về các doanh nghiệp mới, cụ thể, bảy trong số mười thương hiệu hàng đầu bán trên thị trường Vương quốc Anh năm 1999 xuất hiện trong danh mục mười thương hiệu hàng đầu năm 1989 và ba thương hiệu khác có vào năm 1989. Ủy ban cũng thấy rằng tập trung kinh tế diễn ra trong bối cảnh suy giảm mức tiêu thụ, nhu cầu ổn định và giá bia không có độ co giãn. Ủy ban xác định năm phân khúc bia khác nhau và kết luận rằng sau khi tập trung kinh tế Interbrew và S&N sẽ là hai nhà sản xuất bia sở hữu một phạm vi rộng các thương hiệu, sở hữu 5 trong số 10 thương hiệu hàng đầu tại Vương quốc Anh và 14 trong số 20 thương hiệu hàng đầu tại Vương quốc Anh. Liên quan đến thị trường phân phối bia, trước khi vụ sáp nhập được đề xuất, bốn nhà sản xuất bia lớn nhất chiếm thị phần lớn nhất trên kênh phân phối on-trade, nếu được sáp nhập, Interbrew và S&N sẽ chiếm 59% thị trường on-trade.

**Vị trí thống lĩnh thị trường và tác động tiêu cực đối với cạnh tranh:** Ủy ban Cạnh tranh Vương quốc Anh đã không cho phép vụ sáp nhập, lập luận rằng vụ sáp nhập sẽ củng cố danh mục các thương hiệu bia dẫn đầu của Interbrew và dẫn tới sự hình thành tình trạng hai doanh nghiệp độc quyền giữa Interbrew và S&N gây tác động tiêu cực cho cạnh tranh trên thị trường. Những doanh nghiệp này sẽ là hai nhà sản xuất bia duy nhất ở Vương quốc Anh sở hữu một phạm vi rộng các thương hiệu hàng đầu tại bốn trong số năm phân khúc thị trường bia. Ngoài ra, theo một cuộc khảo sát tại các quán bia rượu, khách sạn và câu lạc bộ thì sáu trên bảy thương hiệu S&N là sự thay thế phổ biến nhất cho bảy thương hiệu hàng đầu của Interbrew. Xem xét các đặc điểm của thị trường bia Vương quốc Anh, đặc biệt là sự rõ ràng trong chính sách giá mà các nhà sản xuất đưa ra cho các nhà phân phối, Ủy ban đã kết luận rằng do kết quả của tập trung kinh tế, Interbrew và

S&N sẽ có cùng lợi ích chung để tăng biên lợi nhuận đối với các giao dịch bán hàng cho các quán bia rượu, khách sạn và câu lạc bộ và có thể theo đó tăng giá tại cấp độ phân phối. Hơn thế nữa, họ sẽ tăng cường cạnh tranh vào các chiến dịch quảng cáo và tăng mức chi phí dành cho quảng cáo, gây khó khăn cho các đối thủ tiềm năng gia nhập thị trường. Đối với các nhà phân phối (chủ các quán bia rượu, khách sạn và câu lạc bộ), Ủy ban kết luận rằng, họ sẽ chuyển các khoản tăng giá sang khách hàng của mình, vì nhu cầu về bia không có độ co giãn giá (tức là người tiêu dùng vẫn tiếp tục uống bia kể cả sau khi giá tăng, mà không chuyển sang loại đồ uống khác). Quyết định của Ủy ban là buộc Interbrew chuyển nhượng toàn bộ vốn tại Bass cho một bên mua phù hợp<sup>56</sup>.

Pháp luật cạnh tranh của các nước trên thế giới đều có các quy định về tập trung kinh tế và kiểm soát tập trung kinh tế.

Kiểm soát tập trung kinh tế được thực hiện khi tập trung kinh tế có khả năng gây ra độc quyền hoặc lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường gây hạn chế cạnh tranh. Để kiểm soát được tập trung kinh tế, các nước hoặc dựa vào thị phần của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế hoặc dựa vào việc đánh giá từng vụ việc cụ thể. Đối với những tập trung kinh tế có nguy cơ cao gây ra tác động hạn chế cạnh tranh hoặc có thị phần kết hợp vượt ngưỡng cho phép, các tập trung kinh tế này có thể bị cấm thực hiện. Tuy nhiên, nếu tập trung kinh tế này là có lợi cho doanh nghiệp, cho nền kinh tế cũng như xã hội, nó sẽ được chấp nhận với điều kiện là các tác động hạn chế cạnh tranh của nó có thể khắc phục được. Các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế sẽ phải chấp nhận áp dụng các biện pháp nhằm khắc phục các tác động hạn chế cạnh tranh này, những biện pháp này gọi là những biện pháp khắc phục.

## V. CƠ QUAN GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC CẠNH TRANH

### 1. Cơ quan giải quyết vụ việc cạnh tranh trên thế giới

Trên thế giới, nhìn chung cơ quan quản lý cạnh tranh của các nước đều mang tính bán tư pháp, vừa là cơ quan hành chính lại vừa là cơ quan tư pháp. Cơ quan quản lý cạnh tranh luôn là công cụ của các Chính phủ trong việc thực thi các chính sách, pháp luật về cạnh tranh, do đó nó có đáng đáp của cơ quan hành chính. Song, hoạt động của nó lại mang tính tài phán tư pháp vì nó có quyền ra các quyết định để phán xử đúng sai và áp dụng các biện pháp chế tài đối với các bên có hành vi vi

<sup>56</sup> Nguồn: Sổ tay "Hành vi hạn chế cạnh tranh: Một số vụ việc điển hình của châu Âu". Dự án Hỗ trợ Thương mại Đa biên (EU-Việt Nam MUTRAP III).

phạm pháp luật. Sự kết hợp hai đặc tính "hành chính" và "tư pháp" là yếu tố đảm bảo cho cơ quan này thực hiện các chức năng nhiệm vụ của mình.

Ví dụ rõ nét nhất về tính bán tư pháp của cơ quan cạnh tranh được thể hiện ở chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của Ủy ban Thương mại công bằng Nhật Bản. Căn cứ Luật của Nhật Bản, có thể chia thẩm quyền của Ủy ban này làm hai loại: thẩm quyền hành chính và thẩm quyền tư pháp. Thẩm quyền hành chính bao gồm: (i) tiếp nhận các thông báo từ phía các doanh nghiệp theo luật chống độc quyền; (ii) điều tra khảo sát về tình hình hoạt động của doanh nghiệp, tình trạng độc quyền trong nền kinh tế; (iii) ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành Luật chống độc quyền; (iv) cho ý kiến tư vấn về việc ban hành mới, sửa đổi, bổ sung các đạo luật, văn bản về kinh tế liên quan đến cạnh tranh, chống độc quyền do cơ quan khác soạn thảo; (v) hợp tác quốc tế về cạnh tranh và chống độc quyền. Về thẩm quyền tư pháp, trong một số trường hợp nhất định, khi xử lý vụ việc vi phạm Luật Chống độc quyền, Ủy ban có thể tổ chức phiên họp tương tự như việc xét xử của tòa án và ra phán quyết.

Trên thế giới, việc giải quyết các vụ việc cạnh tranh thuộc thẩm quyền của các cơ quan khác nhau. Ở Hoa Kỳ, việc giải quyết các tranh chấp đối với các vụ việc về cạnh tranh thuộc thẩm quyền của Ủy ban Thương mại Liên bang. Ngoài ra, cơ quan này cũng có thẩm quyền chung với Bộ Tư pháp xử lý các vụ việc vi phạm đạo luật Clayton năm 1914. Ở Anh, có bốn cơ quan thực hiện chính sách cạnh tranh và pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh, bao gồm: Cục Cạnh tranh thuộc Bộ Thương mại và Công nghiệp, Phòng Thương mại lành mạnh, Ủy ban về độc quyền và hợp nhất và Tòa án. Ở Cộng hòa Liên bang Đức, việc thực hiện pháp luật chống hạn chế cạnh tranh do Cục Cạnh tranh liên bang và Tòa án đảm nhiệm. Ở Pháp, Thụy điển và Litva, cơ quan quản lý cạnh tranh có tên là Hội đồng cạnh tranh. Ở Nhật Bản, cơ quan quản lý cạnh tranh là Ủy ban Thương mại công bằng Nhật Bản.

Để tạo lập sự độc lập về mặt tổ chức và tài chính, một số nước như Italia, Hoa Kỳ đã thành lập cơ quan cạnh tranh của mình trực thuộc Quốc hội, độc lập với tư pháp và Chính phủ. Một số cơ quan cạnh tranh khác lại được tổ chức như một Bộ hay ngành Bộ, độc lập với các bộ ngành khác (như Nhật Bản, Hàn Quốc, Úc). Một số trường hợp khác mặc dù đặt trong một bộ ngành nào đó nhưng lại duy trì một chế độ độc lập rất cao trong hoạt động (như Pháp). Các cơ quan này chỉ bị phụ thuộc cơ quan chủ quản về mặt hành chính.

Bên cạnh vị trí của cơ quan cạnh tranh, tính độc lập còn được thể hiện thông qua việc bổ nhiệm những nhân sự của các cơ quan cạnh tranh này. Các thành viên thường được bổ nhiệm bởi những người đứng đầu Chính phủ hoặc Quốc hội. Điều

này đã làm tăng tính chất quan trọng cũng như tính độc lập của cơ quan cạnh tranh trong quá trình hoạt động. Tiêu chuẩn để được bổ nhiệm là thành viên của cơ quan cạnh tranh là các thành viên này thường được yêu cầu đạt được một trình độ chuyên môn nhất định, có học vấn cao, có kinh nghiệm và kiến thức thuộc nhiều lĩnh vực khác nhau.

Cơ quan chống độc quyền Italia có một Chủ tịch và bốn thành viên được chỉ định bởi Chủ tịch Hạ viện và Chủ tịch Thượng viện. Chủ tịch được chọn trong số những người nổi tiếng về tính độc lập, những người giữ vị trí cao trong bộ máy công quyền; bốn thành viên là những người nổi tiếng trên những vị trí độc lập, là thẩm phán của Toà hành chính tối cao, Toà Kiểm toán, Toà Phúc thẩm Tối cao, giáo sư đại học, hay đại diện cho cộng đồng doanh nghiệp, những người đã được công nhận về tiêu chuẩn nghiệp vụ. Mỗi thành viên của cơ quan này có nhiệm kỳ 7 năm và không được tái bổ nhiệm. Cơ quan chống độc quyền có thể thuê tới 220 người, cả nhân viên trong biên chế và hợp đồng có thời hạn.

Ủy ban Thương mại lãnh mạnh Hoa kỳ hoạt động dưới sự chỉ đạo của 5 Ủy viên có nhiệm kỳ 7 năm, được bổ nhiệm bởi Tổng thống và được phê chuẩn bởi Thượng nghị viện. Tổng thống chỉ định một Ủy viên đảm trách chức vụ Chủ tịch. Không quá 3 Ủy viên là thành viên của một Đảng.

Theo thống kê của Hội nghị Liên hợp quốc về Thương mại và Phát triển (UNCTAD) tính đến năm 2003, đã có tới 82 nước và vùng lãnh thổ có luật điều tiết hoạt động cạnh tranh và kiểm soát độc quyền với bốn mô hình khác nhau. Theo thống kê của Bộ Công thương, trong tổng số 48 cơ quan quản lý cạnh tranh của 48 nước và vùng lãnh thổ thì: có 3 nước, cơ quan quản lý cạnh tranh là một cơ quan thuộc Quốc hội; có 5 nước mà tại đó cơ quan quản lý cạnh tranh là một cơ quan ngang bộ; có 8 nước, cơ quan quản lý cạnh tranh là một cơ quan thuộc Chính phủ; và có 32 nước, cơ quan quản lý cạnh tranh là một cơ quan thuộc Bộ.

Nhiệm vụ chính của cơ quan quản lý cạnh tranh là bảo đảm thực thi pháp luật và chính sách nhằm tăng cường cạnh tranh trên thị trường. Có thể nói, pháp luật cạnh tranh được thực thi nghiêm chỉnh đến đâu phụ thuộc vào hiệu quả hoạt động của chính cơ quan này. Qua nghiên cứu mô hình cơ quan cạnh tranh của một số nước, chúng ta có thể rút ra một số chức năng, nhiệm vụ chính của cơ quan cạnh tranh như sau:

- Điều tra, xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trên thị trường;
- Chống độc quyền, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường;
- Kiểm soát quá trình sát nhập hợp nhất doanh nghiệp;
- Điều tra, xử lý các thoả thuận hạn chế cạnh tranh trên thị trường;

– Thực hiện các hoạt động khác nhằm đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh.

Bên cạnh đó, do chính sách cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng có quan hệ mật thiết với nhau nên theo mô hình của nhiều nước trên thế giới như Hoa Kỳ, Cộng hòa Liên bang Nga, Úc, Colombia, Phần Lan, Pháp, Hungary, New Zealand, Na Uy, Peru, Ba Lan, Vương quốc Anh và Italia... cơ quan cạnh tranh vừa có thẩm quyền thực thi chính sách cạnh tranh vừa có thẩm quyền thực thi chính sách bảo vệ người tiêu dùng.

Theo thống kê của Bộ Công thương, trong số 90 cơ quan cạnh tranh hiện nay trên thế giới, chỉ còn Pháp tồn tại mô hình hai cơ quan, một chịu trách nhiệm về điều tra, một chịu trách nhiệm về xử lý như Việt Nam. Tuy nhiên, điểm khác biệt lớn nhất giữa Hội đồng cạnh tranh của Pháp và của Việt Nam là ở Hội đồng cạnh tranh Pháp, ngoài các thành viên Hội đồng còn có các báo cáo viên. Báo cáo viên đóng vai trò như các điều tra viên của Cục Quản lý cạnh tranh. Trong một số trường hợp, thông qua các báo cáo viên Hội đồng có thể tự tiến hành điều tra hoặc tự điều tra bổ sung trên cơ sở những chứng cứ sơ bộ mà Tổng Vụ cạnh tranh và trấn áp gian lận Pháp gửi lên.

Những nước có mô hình hai cơ quan cạnh tranh khác như Hoa Kỳ, Úc, Canada, Brazil ... cũng không phân chia trách nhiệm giữa điều tra và xử lý như theo mô hình của Pháp. Họ chia theo hai loại như sau:

– Phân theo trách nhiệm xử lý các nhóm hành vi, cụ thể là đối với nhóm hành vi này thì sẽ do một cơ quan điều tra và xử lý, các hành vi khác do cơ quan khác độc lập điều tra và xử lý. Ví dụ: Các cơ quan tham gia xử lý vụ việc cạnh tranh ở Hoa Kỳ bao gồm Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ (viết tắt là US-FTC) và Vụ Chống độc quyền thuộc Bộ Tư pháp Hoa Kỳ (viết tắt là US-DOJ). DOJ chỉ chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc mang tính hình sự, quản lý các hành vi tập trung kinh tế và sau khi điều tra xong, DOJ có quyền tự đưa ra quyết định của mình. Cũng giống như DOJ, FTC cũng có trách nhiệm điều tra và có quyền đưa ra quyết định xử lý nhưng chỉ đối với các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, các hành vi vi phạm quyền và lợi ích của người tiêu dùng.

– Phân theo thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Điển hình của mô hình này là tại Canada và Anh. Canada cũng có hai cơ quan tham gia vào việc xử lý vụ việc cạnh tranh là Cục Cạnh tranh và Tòa Cạnh tranh Canada. Tuy nhiên, Tòa Cạnh tranh Canada chỉ tham gia với vai trò giải quyết các khiếu nại, kháng nghị Quyết định của Cơ quan cạnh tranh như Tòa phúc thẩm về cạnh tranh ở Anh.

Ngoài các nhiệm vụ, quyền hạn trên, hầu hết các cơ quan cạnh tranh đều có hai thẩm quyền cơ bản:

– Phát hiện và kiến nghị các cơ quan liên quan bãi bỏ các chính sách làm cản trở đến môi trường cạnh tranh.

– Yêu cầu các tổ chức, cá nhân có liên quan cung cấp thông tin, chứng cứ trong quá trình điều tra xử lý vụ việc cạnh tranh.

Ở Việt Nam, cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc cạnh tranh nhìn chung được xác định theo hai loại việc: khiếu nại về hành vi hạn chế cạnh tranh và khiếu nại các hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

## **2. Cơ quan giải quyết vụ việc cạnh tranh ở Việt Nam**

### **2.1. Cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh**

#### **a) Cục quản lý cạnh tranh**

Năm 2003, Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) đã cho thành lập Ban Quản lý cạnh tranh trực thuộc Vụ Pháp chế của Bộ Công Thương với nhiệm vụ chủ yếu là:

– Tham gia soạn thảo Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn.

– Hỗ trợ các doanh nghiệp Việt Nam đối phó với các vụ kiện chống bán phá giá của nước ngoài kiện các doanh nghiệp xuất khẩu của Việt Nam.

Ngày 26/2/2004, để triển khai Nghị định số 29/2004/NĐ-CP của Chính phủ quy định chức năng nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Thương mại, Bộ trưởng Bộ Thương mại đã ban hành Quyết định số 0235/2004/QĐ-BTM thành lập Cục Quản lý cạnh tranh trên cơ sở Ban Quản lý cạnh tranh.

Ngày 03/12/2004, tại kỳ họp thứ 6 khoá XI, Luật Cạnh tranh đã được Quốc hội thông qua và chính thức có hiệu lực vào ngày 01/07/2005. Theo quy định tại Điều 49 và Điều 53 của Luật Cạnh tranh, Cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ do Chính phủ quyết định thành lập và quy định tổ chức, bộ máy. Vì lý do đó, ngày 09/1/2006, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 06/2006/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục Quản lý cạnh tranh.

Theo Nghị định số 06/2006/NĐ-CP ngày 09/01/2006, Cục Quản lý cạnh tranh là cơ quan thuộc Bộ Công Thương có chức năng giúp Bộ trưởng Bộ Công Thương thực hiện quản lý nhà nước về cạnh tranh, bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và một số chức năng khác theo quy định của pháp luật.

Cục Quản lý cạnh tranh chỉ có thẩm quyền điều tra vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, không có quyền giải quyết và xử lý vụ việc. Kết quả điều tra vụ việc phải được gửi lên Hội đồng Cạnh tranh để giải quyết.

Ngoài thẩm quyền điều tra và xử lý một số vụ việc cạnh tranh theo quy định của Luật Cạnh tranh, Cục Quản lý cạnh tranh có nhiệm vụ:

– Kiểm soát quá trình tập trung kinh tế (bao gồm: sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh giữa các doanh nghiệp);

– Thu lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ đối với các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế; đề xuất ý kiến với Bộ trưởng Bộ Công Thương quyết định hoặc trình Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định.

Cơ cấu tổ chức của Cục Quản lý cạnh tranh gồm:

– Ban Điều tra vụ việc hạn chế cạnh tranh.

– Ban Giám sát và quản lý cạnh tranh.

– Ban Điều tra và xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

– Ban Bảo vệ người tiêu dùng.

– Ban Xử lý chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ.

– Ban Hợp tác quốc tế.

– Văn phòng.

– Trung tâm thông tin.

– Trung tâm đào tạo điều tra viên.

– Văn phòng đại diện của Cục Quản lý cạnh tranh tại Đà Nẵng.

– Văn phòng đại diện của Cục Quản lý cạnh tranh tại thành phố Hồ Chí Minh.

#### *b) Hội đồng cạnh tranh*

Nghị định số 06/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 9/1/2006 về việc thành lập và quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Hội đồng cạnh tranh quy định Hội đồng cạnh tranh là cơ quan thực thi quyền lực nhà nước độc lập, có nhiệm vụ tổ chức xử lý, giải quyết khiếu nại đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, chức năng xử lý các hành vi hạn chế cạnh tranh. Hội đồng cạnh tranh không có thẩm quyền giải quyết vụ việc về cạnh tranh không lành mạnh. Hội đồng cạnh tranh có từ 11 đến 15 thành viên do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Công Thương. Thành viên Hội đồng cạnh tranh phải đáp ứng đủ các tiêu chuẩn theo quy định tại Điều 55 Luật Cạnh tranh. Nhiệm kỳ của các thành viên Hội đồng cạnh tranh là 5 năm và có thể được bổ nhiệm lại. Giúp việc cho Hội đồng cạnh tranh có Ban Thư ký Hội đồng cạnh tranh.

Vụ việc liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh thuộc thẩm quyền của Hội đồng cạnh tranh được giải quyết thông qua Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh:



– *Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh* là Hội đồng ad-hoc, gồm ít nhất là 5 thành viên của Hội đồng cạnh tranh và do Chủ tịch Hội đồng cạnh tranh lựa chọn. Có thể nói rằng Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh là cơ quan có thẩm quyền “xét xử” sơ thẩm vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh.

– *Hội đồng cạnh tranh* là cơ quan tổ tụng cấp trên có thẩm quyền giải quyết khiếu nại quyết định của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh. Có thể nói rằng đây là cơ quan có thẩm quyền “xét xử” phúc thẩm vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh.

### *c) Toà án nhân dân*

Toà án nhân dân, cụ thể là Toà hành chính Toà án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, có thẩm quyền giải quyết sơ thẩm khiếu kiện đối với quyết định của Hội đồng cạnh tranh. Toà phúc thẩm Toà án nhân dân tối cao, Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền giải quyết vụ việc cạnh tranh theo thủ tục phúc thẩm/giám đốc thẩm theo quy định của pháp luật về thủ tục giải quyết vụ án hành chính.

## **2.2. Cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh**

### *a) Cục Quản lý cạnh tranh*

Khác với vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, đối với các khiếu nại về hành vi cạnh tranh không lành mạnh thì Cục Quản lý cạnh tranh vừa có thẩm quyền điều tra và thẩm quyền xử lý vụ việc, bao gồm cả việc xử phạt hành chính, như là cơ quan giải quyết cấp “sơ thẩm”. Khiếu nại quyết định của Cục Quản lý cạnh tranh về việc xử lý vụ việc liên quan đến cạnh tranh không lành mạnh sẽ do Bộ trưởng Bộ Công thương giải quyết.

### *b) Thẩm quyền giải quyết của Bộ trưởng Bộ Công thương*

Theo quy định của Điều 107 Luật Cạnh tranh, Bộ trưởng Bộ Công thương có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định xử lý vụ việc liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh của Cơ quan quản lý cạnh tranh. Khi giải quyết khiếu nại, Bộ trưởng Bộ Công thương có các quyền tương tự như quyền của Hội đồng cạnh tranh, bao gồm: Giữ nguyên quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh không lành mạnh trong trường hợp xét thấy việc khiếu nại không đủ căn cứ; sửa đổi một phần hoặc toàn bộ quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh không lành mạnh nếu quyết định này được ban hành không đúng pháp luật; hủy quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh không lành mạnh và chuyển hồ sơ cho Cục Quản lý cạnh tranh trong trường hợp chứng cứ chưa được thu thập và xác minh đầy đủ. Khi giải quyết khiếu

nại, Bộ trưởng Bộ Công thương áp dụng các quy định của Luật Cạnh tranh và pháp luật về xử lý vi phạm hành chính. Nếu đương sự không nhất trí với quyết định của Bộ trưởng Bộ Công thương thì có quyền khởi kiện ra Tòa hành chính giải quyết.

*c) Tòa án nhân dân*

Tòa án nhân dân có thẩm quyền giải quyết khiếu kiện đối với quyết định của Bộ trưởng Bộ Công thương về việc giải quyết khiếu nại quyết định của Cơ quan quản lý cạnh tranh trong vụ việc liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh, theo thủ tục giải quyết các vụ án hành chính.

## **VI. TỔ TỤNG CẠNH TRANH**

Tổ tụng cạnh tranh là hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân theo trình tự, thủ tục giải quyết, xử lý vụ việc cạnh tranh theo quy định của pháp luật. Tổ tụng cạnh tranh tiến hành theo thủ tục hành chính có những điểm khác với thủ tục tư pháp tại Tòa án, hiện nay thủ tục tổ tụng cạnh tranh được quy định trong Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh.

Các chủ thể tham gia tổ tụng cạnh tranh bao gồm:

– Cơ quan tiến hành tổ tụng cạnh tranh: Cơ quan quản lý cạnh tranh và Hội đồng cạnh tranh.

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

– Người tham gia tổ tụng cạnh tranh: Bên khiếu nại, bên bị điều tra, luật sư, người làm chứng, người giám định, người phiên dịch, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Việc giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh thực hiện theo quy định của pháp luật cạnh tranh và pháp luật về xử lý vi phạm hành chính (Pháp lệnh xử lý vi phạm hành chính năm 2002 và Nghị định 120/2005/NĐ-CP ngày 30/9/2005 quy định về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh).

Trong trường hợp tổ chức, cá nhân cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại do hành vi vi phạm Luật Cạnh tranh, tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại đến cơ quan quản lý cạnh tranh. Thời hiệu khiếu nại là hai năm, kể từ ngày hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh được thực hiện. Để thực hiện quyền khiếu nại, cá nhân, tổ chức phải lập bộ hồ sơ khiếu nại (Điều 58 Luật Cạnh tranh). Cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thụ lý hồ sơ khiếu nại. Nghị định 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 quy định chi tiết một số điều của Luật

Cạnh tranh đã quy định cụ thể về nội dung đơn khiếu nại trong hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh, theo đó đơn khiếu nại trong hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh quy định tại Điều 58 của Luật Cạnh tranh phải có các nội dung chính sau đây:

- a) Ngày, tháng, năm làm đơn khiếu nại;
- b) Tên, địa chỉ của bên khiếu nại;
- c) Tên, địa chỉ của bên bị khiếu nại;
- d) Tên, địa chỉ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (nếu có);
- đ) Những vấn đề cụ thể yêu cầu cơ quan quản lý cạnh tranh giải quyết;
- e) Họ, tên, địa chỉ của người làm chứng (nếu có);
- g) Chứng cứ để chứng minh đơn khiếu nại là có căn cứ và hợp pháp;
- h) Các thông tin khác mà bên khiếu nại xét thấy cần thiết cho việc giải quyết vụ việc cạnh tranh;
- i) Chữ ký hoặc điểm chỉ của bên khiếu nại trong trường hợp bên khiếu nại là cá nhân; chữ ký và dấu của đại diện hợp pháp của bên khiếu nại trong trường hợp bên khiếu nại là tổ chức.

Trong trường hợp bị khiếu nại theo quy định tại Điều 58 của Luật Cạnh tranh hoặc bị cơ quan quản lý cạnh tranh phát hiện là đang hoặc đã thực hiện hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh trong thời hạn hai năm, kể từ ngày hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh được thực hiện, cơ quan quản lý cạnh tranh có quyền quyết định điều tra (Điều 65 Luật Cạnh tranh).

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

Vụ việc liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh thuộc thẩm quyền của Hội đồng cạnh tranh được giải quyết thông qua Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh.

Người tiến hành tố tụng cạnh tranh bao gồm: thành viên Hội đồng cạnh tranh, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh, điều tra viên và thư ký phiên điều trần (Điều 75, Luật Cạnh tranh). Khi giải quyết vụ việc cạnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh được Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh thông qua bằng cách biểu quyết theo đa số, trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định theo phía có ý kiến của Chủ tọa phiên điều trần (Điều 80, Luật Cạnh tranh). Nội dung của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh bao gồm phần mở đầu, phần tóm tắt nội dung vụ việc và nhận định của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh và phần kết luận.

Phần mở đầu của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh phải bao gồm các nội dung sau:

- a) Số, ngày thụ lý hồ sơ vụ việc cạnh tranh;

- b) Số, ngày tuyên bố quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh;
- c) Tên của các thành viên Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, thư ký phiên điều trần;
- d) Tên của người giám định, người phiên dịch (nếu có);
- đ) Tên, địa chỉ của bên khiếu nại (nếu có), bên bị điều tra, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (nếu có); người đại diện hợp pháp, luật sư của bên khiếu nại, bên bị điều tra, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (nếu có);
- e) Điều, khoản của Luật Cạnh tranh bị vi phạm (nếu có);
- g) Số, ngày, tháng, năm của quyết định mở phiên điều trần;
- h) Thời gian, địa điểm và hình thức tổ chức phiên điều trần.

Phần tóm tắt nội dung vụ việc và nhận định của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh phải bao gồm các nội dung sau đây:

- a) Khiếu nại của bên khiếu nại hoặc của cơ quan quản lý cạnh tranh trong trường hợp vụ việc cạnh tranh do cơ quan quản lý cạnh tranh tự mình phát hiện và điều tra;
- b) Đề nghị của bên bị điều tra (nếu có);
- c) Đề nghị, yêu cầu độc lập của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (nếu có);
- d) Phân tích chứng cứ và nhận định của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh về hành vi vi phạm;
- đ) Phân tích những căn cứ để chấp nhận hoặc không chấp nhận khiếu nại, đề nghị của các bên, luật sư của các bên;
- e) Điều, khoản của Luật Cạnh tranh bị vi phạm (nếu có);
- g) Tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng (nếu có).

Nếu bên bị điều tra không vi phạm Luật Cạnh tranh thì quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh phải ghi rõ những căn cứ xác định bên bị điều tra không vi phạm Luật Cạnh tranh và phải giải quyết việc khôi phục danh dự, quyền và lợi ích hợp pháp của họ.

Phần kết luận của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh phải bao gồm các nội dung sau đây:

- a) Quyết định về từng vấn đề trong vụ việc cạnh tranh;
- b) Quyết định về phí xử lý vụ việc cạnh tranh;
- c) Quyền khiếu nại đối với quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

Trình tự tố tụng cạnh tranh bao gồm các nội dung chủ yếu sau:

#### **\* Điều tra sơ bộ**

Mỗi vụ việc cạnh tranh đều được bắt đầu bằng thủ tục điều tra sơ bộ. Điều tra sơ bộ được thực hiện theo quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh và được tiến hành bởi các điều tra viên. Thời hạn điều tra sơ bộ là 30 ngày kể từ

ngày có Quyết định điều tra sơ bộ. Căn cứ vào kết quả điều tra sơ bộ và kiến nghị của điều tra viên, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh ra một trong các quyết định sau đây:

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

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

#### **\* Điều tra chính thức**

– Trong trường hợp vụ việc cạnh tranh được điều tra chính thức thì sẽ được giải quyết theo hai hướng khác nhau, tùy thuộc vào loại hành vi vi phạm Luật Cạnh tranh:

(i) Đối với vụ việc liên quan đến cạnh tranh không lành mạnh thì trong thời hạn điều tra là 90 ngày kể từ ngày có quyết định (trong trường hợp cần thiết Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có thể gia hạn nhưng không quá 60 ngày), điều tra viên phải xác định có hay không có căn cứ cho rằng bên bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Sau khi kết thúc điều tra, Thủ trưởng Cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ ban hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh;

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

Hiện nay, pháp luật đã giao cho cơ quan hành chính nhà nước thẩm quyền xử lý một vụ việc vi phạm pháp luật thông qua phiên điều trần, trong đó các bên liên quan sẽ có cơ hội được trình bày quan điểm và trao đổi trực tiếp với các bên tham gia tố tụng và người tiến hành tố tụng khác.

Về phạm vi các vụ việc cạnh tranh được xử lý qua phiên điều trần, Điều 98 của Luật Cạnh tranh đã quy định tất cả các vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh đều phải được xử lý thông qua phiên điều trần. Nói cách khác, các vụ việc vi phạm Luật Cạnh tranh liên quan đến các hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, lạm dụng vị trí độc quyền, tập trung kinh tế đều phải được xử lý thông qua phiên điều trần.

Ngay sau khi Hội đồng Cạnh tranh thụ lý hồ sơ vụ việc cạnh tranh, Chủ tịch Hội đồng sẽ thành lập Hội đồng xử lý vụ việc để trực tiếp giải quyết hồ sơ này. Hội đồng xử lý này sẽ có thời gian 30 ngày để nghiên cứu hồ sơ.

Trường hợp nhận thấy các chứng cứ thu thập được chưa đủ để xác định hành vi

vi phạm quy định của Luật Cảnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc sẽ trả hồ sơ để điều tra bổ sung.

Trường hợp xảy ra một trong ba sự kiện pháp lý sau đây, Hội đồng xử lý sẽ đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh:

*Thứ nhất*, Thủ trưởng Cơ quan quản lý cạnh tranh đề nghị đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh trong trường hợp không đủ chứng cứ chứng minh hành vi vi phạm quy định của Luật Cảnh tranh và Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh xét thấy đề nghị đó là xác đáng;

*Thứ hai*, bên bị điều tra đã tự nguyện chấm dứt hành vi vi phạm, khắc phục hậu quả gây ra và bên khiếu nại tự nguyện rút đơn khiếu nại;

*Thứ ba*, bên bị điều tra đã tự nguyện chấm dứt hành vi vi phạm, khắc phục hậu quả gây ra và Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh đề nghị đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh.

Trường hợp thấy có đủ cơ sở để mở phiên điều trần, Hội đồng xử lý phải ra quyết định mở phiên điều trần.

Phiên điều trần được tổ chức công khai. Trường hợp nội dung điều trần có liên quan đến bí mật quốc gia, bí mật kinh doanh thì phiên điều trần được tổ chức kín. Sau khi nghe những người tham gia phiên điều trần trình bày ý kiến và tranh luận, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tiến hành thảo luận, bỏ phiếu kín và quyết định theo đa số. Phiên điều trần phải được tiến hành đúng thời gian, địa điểm đã được ghi trong quyết định mở phiên điều trần hoặc trong giấy báo mở lại phiên điều trần trong trường hợp phải hoãn phiên điều trần. Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải trực tiếp xác định những tình tiết của vụ việc cạnh tranh bằng cách hỏi và nghe lời trình bày của các bên khiếu nại, bên bị điều tra, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan và những người tham gia tố tụng khác; xem xét, kiểm tra tài liệu, chứng cứ đã thu thập được; nghe điều tra viên đã điều tra vụ việc cạnh tranh tóm tắt kết luận điều tra. Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh chỉ được căn cứ vào kết quả của việc hỏi tại phiên điều trần, tranh luận và các chứng cứ đã được xem xét, kiểm tra tại phiên điều trần. Mỗi phiên điều trần phải có ít nhất một thành viên Hội đồng cạnh tranh không phải là thành viên Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tham dự.

Trong lĩnh vực cạnh tranh, Luật Cảnh tranh quy định trước khi ra quyết định xử lý vụ việc gây hạn chế cạnh tranh, Hội đồng xử lý phải tổ chức phiên điều trần với sự tham gia của thành viên Hội đồng xử lý, thư ký phiên điều trần; điều tra viên đã điều tra vụ việc cạnh tranh; bên bị điều tra; bên khiếu nại; luật sư và những người khác được ghi trong quyết định mở phiên điều trần. Cơ chế này đã đảm bảo cho người vi phạm trong lĩnh vực hạn chế cạnh tranh có cơ hội trao đổi lại các vấn đề

có liên quan đến vụ việc hạn chế cạnh tranh, tránh việc áp đặt ý chí đơn phương của cơ quan Nhà nước trên cơ sở áp dụng chưa thấu đáo pháp luật cạnh tranh.

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

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

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

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

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

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

#### **\* Điều tra bổ sung**

Điều tra bổ sung là giai đoạn sau khi kết thúc điều tra chính thức, Cơ quan quản lý cạnh tranh chuyển toàn bộ báo cáo và hồ sơ vụ việc đến Hội đồng cạnh tranh. Tuy nhiên, Hội đồng xử lý thấy rằng hồ sơ chưa đủ cơ sở pháp lý để xử lý và yêu cầu Cơ quan quản lý cạnh tranh phải điều tra bổ sung. Trong trường hợp này, Cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ có thêm 60 ngày để điều tra bổ sung.

Trường hợp trong quá trình điều tra vụ việc cạnh tranh, điều tra viên phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì phải kiến nghị ngay với Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh chuyển hồ sơ đến cơ quan có thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự.

Dấu hiệu tội phạm theo pháp luật Việt Nam bao gồm: tính nguy hiểm cho xã hội, tính có lỗi, tính trái pháp luật hình sự và tính phải chịu hình phạt. Như vậy,

trong quá trình điều tra một vụ việc cạnh tranh, nếu điều tra viên thấy vụ việc có đầy đủ cả bốn dấu hiệu trên đây thì cần làm các thủ tục cần thiết để chuyển hồ sơ đến các cơ quan như cơ quan điều tra của Bộ Công an, cơ quan điều tra của Viện Kiểm sát... để khởi tố vụ án hình sự.

Tuy nhiên, nếu cơ quan tiếp nhận hồ sơ trong trường hợp trên đây thấy không đủ căn cứ để khởi tố vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự thì phải trả lại hồ sơ cho Cơ quan quản lý cạnh tranh để tiếp tục điều tra. Trong trường hợp này, thời hạn điều tra chính thức được tính lại kể từ ngày nhận lại hồ sơ.

## VII. XỬ LÝ VỤ VIỆC CẠNH TRANH

Các hình thức xử lý có thể áp dụng trong tố tụng cạnh tranh theo quy định tại Luật Cạnh tranh là xử phạt chính, xử phạt bổ sung và các biện pháp khắc phục hậu quả. Ngoài Luật Cạnh tranh, căn cứ để xử lý vụ việc cạnh tranh còn có các văn bản pháp luật về xử lý vi phạm hành chính và pháp luật có liên quan.

Trong trường hợp bị xác định là có hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh, tổ chức, cá nhân vi phạm phải chịu một trong các hình thức xử phạt chính là cảnh cáo hoặc phạt tiền. Đối với hành vi vi phạm quy định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế có thể bị phạt tiền tối đa đến 10% tổng doanh thu của tổ chức, cá nhân vi phạm trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm.

Tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về cạnh tranh còn có thể bị áp dụng một hoặc các hình thức xử phạt bổ sung bao gồm: thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề; tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để vi phạm pháp luật về cạnh tranh.

Ngoài các hình thức xử phạt nêu trên, tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về cạnh tranh còn có thể bị áp dụng một hoặc các biện pháp khắc phục hậu quả bao gồm: Buộc cơ cấu lại doanh nghiệp lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường; Buộc chia, tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất; buộc bán lại phần doanh nghiệp đã mua; Buộc cải chính công khai; Buộc loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng hoặc giao dịch kinh doanh; Buộc sử dụng hoặc bán lại các sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp đã mua nhưng không sử dụng; Buộc loại bỏ những biện pháp ngăn cản, kim hãm doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; Buộc khôi phục các điều kiện phát triển kỹ thuật, công nghệ mà doanh nghiệp đã cản trở; Buộc loại bỏ các điều kiện bất lợi đã áp đặt cho khách hàng; Buộc khôi phục lại các điều khoản hợp đồng đã thay đổi mà không có lý do chính đáng; Buộc khôi phục lại hợp đồng đã hủy bỏ mà không có lý do chính đáng.



Tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

Khi xử lý vụ việc cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền có quyền căn cứ vào một hoặc một số yếu tố sau đây:

- Mức độ gây hạn chế cạnh tranh do hành vi vi phạm gây ra.
- Mức độ thiệt hại do hành vi vi phạm gây ra.
- Khả năng gây hạn chế cạnh tranh của các đối tượng vi phạm.
- Thời gian thực hiện hành vi vi phạm.
- Khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm.
- Các tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng.

### CÂU HỎI ÔN TẬP CHƯƠNG 5

1. Thị trường liên quan là gì? Ý nghĩa của việc xác định thị trường liên quan trong quá trình xử lý các vụ việc cạnh tranh.

2. Các hành vi vi phạm quy định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị xử lý như thế nào?

3. Những thỏa thuận nào được coi là thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh?

4. Hãy cho biết có sự khác biệt nào giữa việc xử lý hành vi cạnh tranh không lành mạnh và việc xử lý hành vi hạn chế cạnh tranh không? Nêu rõ lập luận.

5. Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp nào bị coi là doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường?

6. Những nhận định sau đây đúng hay sai? Giải thích:

a) Khi nhận thấy có hành vi vi phạm luật cạnh tranh gây thiệt hại cho mình, các tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại lên Cục quản lý cạnh tranh hoặc Hội đồng cạnh tranh.

b) Khi doanh nghiệp đe dọa hoặc ép buộc người khác phải giao dịch với mình thì sẽ bị xử lý về hành vi ép buộc trong kinh doanh theo Điều 42 Luật Cạnh tranh.

c) Sau khi có kết luận điều tra về hành vi hạn chế cạnh tranh, Hội đồng cạnh tranh phải mở phiên điều trần để xử lý vụ việc.

7. Những nhận định sau đây đúng hay sai? Giải thích:

a) Hành vi quảng cáo so sánh bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh khi thông tin được sử dụng để so sánh là không trung thực.

b) Khi nhận được kết quả điều tra từ cục quản lý cạnh tranh, hội đồng cạnh tranh phải tổ chức phiên điều trần để xem xét kết quả điều tra và ra quyết định xử lý vụ việc

c) Cục quản lý cạnh tranh sẽ chỉ tiến hành điều tra vụ việc cạnh tranh khi có đơn yêu cầu của ít nhất một doanh nghiệp có liên quan.

d) Hội đồng cạnh tranh chỉ điều tra và xử lý các hành vi hạn chế cạnh tranh

e) Nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường không được tham gia vào các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh quy định tại điều 8 Luật cạnh tranh.

## Chương 6

# PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH

---

### I. TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH VÀ VIỆC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH

#### 1. Khái niệm về tranh chấp trong kinh doanh

Tranh chấp, xung đột, mâu thuẫn về lợi ích là những điều không thể tránh khỏi trong điều kiện nền kinh tế thị trường với sự tham gia của các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế, các hình thức sở hữu khác nhau, luôn theo đuổi mục đích tìm kiếm lợi nhuận. Việc áp dụng các phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp, hiệu quả sẽ góp phần đảm bảo cho nền kinh tế phát triển ổn định, bảo đảm trật tự, kỷ cương trong kinh doanh, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tranh chấp, tạo lập môi trường pháp lý lành mạnh để thúc đẩy quá trình phát triển kinh tế – xã hội.

Tranh chấp kinh tế và tranh chấp trong kinh doanh, thương mại là những khái niệm có nội hàm khác nhau. Hiện tại vẫn còn nhiều quan niệm khác nhau về tranh chấp kinh tế và tranh chấp kinh doanh, thương mại. Có quan điểm cho rằng, “tranh chấp kinh doanh, thương mại là những bất đồng, xung đột chủ yếu về lợi ích kinh tế giữa các chủ thể có liên quan đến lĩnh vực hợp đồng thương mại hoặc các hoạt động kinh tế khác được pháp luật quy định là tranh chấp kinh tế, thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan tài phán kinh tế”. Có quan điểm cho rằng, “tranh chấp kinh tế được hiểu là sự bất đồng chính kiến về một sự kiện pháp lý, là sự mâu thuẫn hay xung đột về mặt lợi ích, về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể tham gia vào các quan hệ kinh tế ở các cấp độ khác nhau”. Quan điểm khác cho rằng, “tranh chấp kinh tế là những mâu thuẫn hay bất đồng liên quan đến quyền và lợi ích kinh tế của các tổ chức, cá nhân khi tham gia các quan hệ kinh tế”... Có người lại chỉ định nghĩa đơn giản: “tranh chấp kinh tế là tranh chấp giữa các chủ thể kinh doanh từ các quan hệ kinh tế phát sinh trong hợp đồng kinh doanh...”.

Dù quan niệm dưới góc độ nào thì về cơ bản tranh chấp kinh tế được hiểu là sự bất đồng, mâu thuẫn hay xung đột về quyền và lợi ích kinh tế giữa các chủ thể tham gia vào các quan hệ kinh tế ở các cấp độ khác nhau. Tranh chấp trong kinh doanh là loại hình tranh chấp phổ biến nhất trong các loại hình tranh chấp kinh tế.

Ngày nay, tranh chấp trong kinh doanh không chỉ giới hạn ở các tranh chấp về hợp đồng kinh doanh, thương mại mà còn mở rộng sang nhiều loại tranh chấp khác như tranh chấp bảo hiểm, tư vấn, kiểm toán, giám định; tranh chấp giữa thành viên công ty với công ty, tranh chấp giữa thành viên công ty với nhau trong quá trình thành lập, hoạt động và giải thể công ty; mua bán chứng khoán; bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến thương mại...

## **2. Phương thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh**

Trên thế giới, xuất phát từ tính chất, đặc điểm của các tranh chấp trong kinh doanh, việc giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh được thực hiện theo nhiều phương thức khác nhau:

- Thương lượng (Negotiation).
- Trung gian (Mediation).
- Hòa giải (Conciliation).
- Trọng tài (Arbitration).
- Thương lượng/Trọng tài (Negotiation/Arbitration).
- Hòa giải/Trọng tài (Med/Arb – Arb/Med).
- Đánh giá của chuyên gia (Expert Determination).
- Thuê thẩm phán (Rent a Judge).
- Phiên toà rút gọn (Mini – trial).
- Giải quyết tại Toà án.

Tuy nhiên, ở Việt Nam, tranh chấp thường được giải quyết thông qua các phương thức: Thương lượng, Hòa giải, Trọng tài hoặc Tòa án.

Vấn đề lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại phải được các bên cân nhắc, lựa chọn phù hợp dựa trên các yếu tố như mục tiêu đạt được, bản chất của tranh chấp, mối quan hệ kinh doanh giữa các bên, thời gian và chi phí dành cho việc giải quyết tranh chấp. Chính vì vậy, khi lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp, các bên cần hiểu rõ bản chất và cân nhắc các ưu điểm, nhược điểm của một phương thức để có quyết định hợp lý.

*Thương lượng* là hình thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh được tiến hành chỉ giữa các bên với nhau, không cần đến vai trò của người thứ ba. Thương lượng có đặc điểm cơ bản là các bên cùng nhau trình bày quan điểm, tìm ra các biện pháp thích hợp, trên cơ sở đó đi đến thống nhất để giải quyết các bất đồng. Để thương lượng đạt kết quả, các bên phải có thiện chí, trung thực, hợp tác, đồng thời phải có kiến thức cần thiết về chuyên môn và pháp luật. Kết quả của thương lượng thường là những cam kết, thoả thuận về những giải pháp cụ thể nhằm tháo gỡ

những vướng mắc, bất đồng, mâu thuẫn, xung đột phát sinh mà các bên thường không nhận thức được trước đó. Đây là phương thức thường được các bên sử dụng trước tiên khi phát sinh tranh chấp. Phương thức này có nhiều ưu điểm như tiết kiệm được chi phí thời gian, tiền bạc, giữ được bí mật hoạt động kinh doanh và uy tín cho các bên, đáp ứng cơ hội của các hoạt động kinh doanh. Nhà nước khuyến khích áp dụng phương thức tự thương lượng để giải quyết tranh chấp trên tinh thần hoàn toàn tôn trọng quyền thỏa thuận của các bên. Các bên có toàn quyền thỏa thuận mọi vấn đề về địa điểm, thời gian, nội dung và cách thức cụ thể giải quyết tranh chấp. Pháp luật không có quy định cụ thể cho phương thức này.

Nếu thương lượng là hình thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh được tiến hành chỉ giữa các bên với nhau, không cần đến vai trò của người thứ ba thì *Hoà giải* là hình thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh có sự tham gia của bên thứ ba độc lập do hai bên cùng chấp nhận hay chỉ định đóng vai trò trung gian để hỗ trợ các bên nhằm tìm kiếm những giải pháp thích hợp cho việc giải quyết xung đột. Hoà giải viên thông thường là những cá nhân, tổ chức có trình độ chuyên môn cao và có kinh nghiệm về những vụ việc có liên quan đến các tranh chấp phát sinh. Kết quả hoà giải phụ thuộc vào thiện chí của các bên tranh chấp và uy tín, kinh nghiệm, kỹ năng của trung gian hoà giải, quyết định cuối cùng của việc giải quyết tranh chấp không phải của trung gian hoà giải mà hoàn toàn phụ thuộc các bên tranh chấp.

Thủ tục hoà giải nhằm đưa các bên cùng tới người thứ ba được chính các bên lựa chọn để giải quyết tranh chấp. Nếu hoà giải thành công, thoả thuận giải quyết được ghi thành biên bản hoà giải có chữ ký của các bên và hoà giải viên.

Có hai loại quy trình hoà giải cơ bản: hoà giải vụ việc và hoà giải thường trực.

Hoà giải vụ việc đơn giản là một phương thức trong đó việc tổ chức và giám sát do các bên tự quy định, không có sự trợ giúp của một tổ chức nào. Quy tắc hoà giải của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế thông qua năm 1980, bổ sung cho Quy tắc tổ tụng trọng tài mẫu của UNCITRAL năm 1976, là một ví dụ điển hình về quy tắc hoà giải vụ việc. Khác với hoà giải vụ việc, hoà giải thường trực được tiến hành bởi một tổ chức, hoặc một trung tâm chuyên nghiệp, thường giám sát tổ tụng trọng tài.

Cũng giống như trọng tài, hoà giải không thể tiến hành nếu không có thoả thuận giữa hai bên. Thoả thuận này có thể dưới dạng một điều khoản hợp đồng hoặc một thoả thuận hoà giải ngầm hoặc bằng văn bản. :

Trường hợp hoà giải không thành, các bên có thể đưa vụ việc ra toà án quốc gia hoặc phổ biến hơn là ra Hội đồng trọng tài nếu các bên đã có thoả thuận trọng tài.

Các đề nghị hoặc khuyến nghị của hoà giải viên không có giá trị ràng buộc, các bên có thể tự do áp dụng hoặc khước từ chúng. Tuy nhiên, các bên có thể đưa các đề nghị này vào một hợp đồng hoặc một phán quyết trọng tài có giá trị ràng buộc mà được các bên chấp thuận.

Tuy nhiên, giải quyết tranh chấp bằng phương pháp hòa giải vẫn còn tồn tại những nhược điểm nhất định: Việc hòa giải có được tiến hành hay không phụ thuộc vào sự nhất trí của các bên, hòa giải viên không có quyền đưa ra một quyết định ràng buộc hay áp đặt bất cứ vấn đề gì đối với các bên tranh chấp thỏa thuận hòa giải không có tính bắt buộc thi hành như phán quyết của trọng tài hay của tòa án. Thủ tục này ít được sử dụng nếu các bên không có sự tin tưởng với nhau.

Có hai hình thức hoà giải chủ yếu là hoà giải trong thủ tục tố tụng và hoà giải ngoài thủ tục tố tụng. Trong khi ở nhiều nước như Anh hay Singapore, hòa giải là phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh rất phát triển, hình thức này mới xuất hiện trong pháp luật Việt Nam. Phương thức này hiện nay ở Việt Nam chỉ thường được áp dụng trong các quan hệ kinh doanh có yếu tố quốc tế.

*Trọng tài* là hình thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh do các bên tự nguyện lựa chọn, trong đó bên thứ ba trung gian (trọng tài viên) sau khi nghe các bên trình bày sẽ ra quyết định, phán quyết có tính bắt buộc đối với các bên tranh chấp.

Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bằng *Tòa án* là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của cơ quan tài phán nhà nước, nhân danh quyền lực nhà nước để đưa ra phán quyết buộc các bên có nghĩa vụ thi hành.

Giải quyết tranh chấp bằng Tòa án có nhiều ưu điểm nhưng cũng có những nhược điểm nhất định. Ưu điểm cơ bản của giải quyết tranh chấp bằng Tòa án là: Do là cơ quan xét xử của Nhà nước nên phán quyết của tòa án có tính cưỡng chế cao. Nếu không chấp hành sẽ bị cưỡng chế, do đó khi đã đưa ra Tòa án thì quyền lợi của người thắng kiện sẽ được đảm bảo nếu như bên thua kiện có tài sản để thi hành án. Tuy nhiên, việc lựa chọn phương thức này cũng có những nhược điểm nhất định vì thủ tục tại tòa án thiếu linh hoạt do đã được pháp luật quy định trước đó. Bên cạnh đó, nguyên tắc xét xử công khai của tòa án tuy là nguyên tắc được xem là tiến bộ, mang tính răn đe nhưng đôi khi lại là cản trở đối với doanh nhân khi những bí mật kinh doanh bị tiết lộ. Chính vì những nhược điểm này mà hình thức giải quyết tranh chấp bằng tòa án ít khi được các thương nhân lựa chọn và các thương nhân thường xem đây là phương thức lựa chọn cuối cùng của mình khi các phương thức thương lượng, hòa giải, trọng tài không mang lại hiệu quả.

Như vậy, khác với trọng tài, giải quyết tranh chấp theo thủ tục tư pháp tại tòa án gắn liền với quyền lực nhà nước, nhân danh quyền lực nhà nước. Và khác với

các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn khác như thương lượng hay hòa giải, trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp mang tính tài phán. Về đặc điểm này, trọng tài có nhiều nét tương đồng với Tòa án.

Một điều khoản trọng tài loại trừ sự can thiệp của toà án quốc gia vào vụ kiện. Tuy nhiên, thương lượng hay hoà giải không loại trừ trọng tài, và ngược lại, trọng tài không loại trừ thương lượng hoặc hoà giải.

## **II. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH BẰNG TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI**

### **1. Khái niệm trọng tài**

Trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp được lựa chọn, theo đó các bên đưa vụ tranh chấp của mình tới một hay nhiều người (trọng tài viên) và quyết định trọng tài có tính chất bắt buộc đối với các bên. Trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp riêng tư và bí mật, dựa trên thoả thuận của các bên. Ngày nay, trọng tài là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp phổ biến nhất, với nhiều ưu điểm nổi bật, trong đó điểm mạnh lớn nhất của trọng tài là thời gian xử lý nhanh, không công khai, trọng tài viên có trách nhiệm giữ bí mật nội dung vụ tranh chấp, phán quyết của trọng tài là chung thẩm, không kháng cáo. Trong việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, các bên có nhiều quyền định đoạt và bình đẳng với nhau về việc được tự do lựa chọn trọng tài, quy tắc tố tụng, luật áp dụng, địa điểm, ngôn ngữ, thời gian tiến hành tố tụng trọng tài, quốc tịch của trọng tài viên... Một ưu thế khác của trọng tài là phán quyết trọng tài đạt được sự công nhận quốc tế thông qua các điều ước quốc tế, đặc biệt là Công ước New York năm 1958 về Công nhận và Thi hành Quyết định của trọng tài nước ngoài.

Không giống như toà án quốc gia, không tồn tại Hội đồng trọng tài thường trực giải quyết tranh chấp. Nguyên tắc chung của việc giải quyết bằng trọng tài là "không có thoả thuận giải quyết bằng phương thức trọng tài, không có tố tụng trọng tài". Trừ một số ngoại lệ, các bên phải thoả thuận trong hợp đồng là sử dụng phương thức này, và xác định chi tiết các quy tắc điều chỉnh tố tụng hoặc dựa vào các quy tắc tố tụng trọng tài của một tổ chức trọng tài thường trực. Trong trọng tài vụ việc, các bên tự quyết định trọng tài sẽ được tiến hành như thế nào mà không có sự trợ giúp của một tổ chức trọng tài thường trực. Trọng tài vụ việc chỉ được thành lập theo từng vụ việc, không có bộ máy thường trực, không có một đội ngũ trọng tài viên cố định, không có quy tắc tố tụng riêng. Loại hình trọng tài này sẽ giải thể ngay sau khi giải quyết xong một vụ tranh chấp. Đây là loại hình trọng tài linh hoạt, thích ứng với việc giải quyết các tranh chấp không phức tạp và cần giải quyết nhanh chóng. Trong trọng tài

thường trực, tổ tụng trọng tài được thực hiện với sự trợ giúp của một tổ chức trọng tài thường trực. Đây là loại hình trọng tài có một bộ máy tổ chức ổn định, có trụ sở, có điều lệ tổ chức và hoạt động, có một đội ngũ trọng tài viên xác định, có bộ quy tắc tổ tụng xác định, chặt chẽ và thống nhất. Về cơ bản, các tổ chức trọng tài trên thế giới được thành lập theo mô hình trọng tài thường trực.

Trên thế giới có rất nhiều tổ chức trọng tài thường trực. Dưới đây chỉ nêu tên những tổ chức trọng tài thường trực quốc tế nổi tiếng.

- Toà án trọng tài quốc tế của Phòng thương mại quốc tế.
- Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế.
- Hội đồng trọng tài kinh tế và thương mại quốc tế Trung Quốc.
- Trung tâm giải quyết tranh chấp quốc tế của Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ.
- Viện trọng tài của Phòng thương mại Stoc-khôm.
- Toà án trọng tài quốc tế Luân-đôn.
- Trung tâm trọng tài khu vực Kuala Lämpua.
- Trung tâm trọng tài thương mại quốc tế khu vực Cairô.
- Toà án trọng tài thương mại quốc tế bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Liên bang Nga.
- Trung tâm trung gian và trọng tài của Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới.
- Toà án tư pháp và trọng tài thường trực OHADA.

## **2. Quá trình hình thành và phát triển của trọng tài ở Việt Nam**

Trọng tài với tư cách là một thiết chế giải quyết tranh chấp xuất hiện khá muộn ở Việt Nam vào thế kỷ XX. Trong một quyết định của Toà Phúc thẩm Sài Gòn vào ngày 8/7/1989, Tòa án đã công nhận một thoả thuận về việc lựa chọn một người nước ngoài làm trọng tài trong một vụ tranh chấp đất đai trong vụ Dương Thị Lành kiện Võ Văn Thụ. Tuy nhiên, nhìn nhận một cách tương đối chính thức thì từ những năm 60, Trọng tài kinh tế đã ra đời trên cơ sở Nghị định số 20/TTg của Chính phủ ban hành ngày 14-1-1960. Theo quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật của thời kỳ đó từ Nghị định số 20/TTg ngày 14-1-1960 đến Pháp lệnh Trọng tài kinh tế ngày 10-1-1990, Trọng tài kinh tế là cơ quan nằm trong hệ thống cơ quan hành chính nhà nước, có chức năng quản lý nhà nước đối với công tác hợp đồng kinh tế và giải quyết các tranh chấp hợp đồng kinh tế, xử lý vi phạm pháp luật về hợp đồng kinh tế. Trên thực tế, trọng tài kinh tế không thực sự là trọng tài mà là một loại cơ quan hành chính nhà nước để giải quyết các tranh chấp kinh tế giữa các doanh nghiệp nhà nước. Tổ chức, chức năng và nhiệm vụ của

Trọng tài kinh tế đã từng bước được hoàn thiện, đặc biệt là trong Pháp lệnh Trọng tài kinh tế do Hội đồng Nhà nước thông qua ngày 10/1/1990.

Bên cạnh đó, Hội đồng Trọng tài Ngoại thương đã được thành lập và hoạt động theo Nghị định số 59/CP ngày 30/4/1963 và Hội đồng Trọng tài Hàng hải đã được thành lập và hoạt động theo Nghị định số 153/CP ngày 5/10/1964, có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán ngoại thương, hợp đồng vận tải hàng hoá quốc tế, hợp đồng bảo hiểm... khi có một bên hoặc các bên chủ thể là cá nhân hoặc pháp nhân nước ngoài.

Từ ngày 1/7/1994, hệ thống trọng tài kinh tế của Nhà nước chấm dứt hoạt động. Để đáp ứng yêu cầu của việc giải quyết các tranh chấp kinh tế trong điều kiện của nền kinh tế thị trường, Chính phủ đã ra Nghị định số 116/CP ngày 5/9/1994, quy định tổ chức và hoạt động của Trọng tài kinh tế, một tổ chức xã hội - nghề nghiệp được thành lập ở các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp kinh tế theo quy định của pháp luật. Trước đó, Thủ tướng Chính phủ đã ra Quyết định số 204/TTg ngày 28/4/1993 thành lập Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam trên cơ sở hợp nhất Hội đồng Trọng tài Ngoại thương và Hội đồng Trọng tài Hàng hải, có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ kinh tế quốc tế (sau đó được mở rộng thẩm quyền giải quyết các tranh chấp kinh doanh trong nước theo Quyết định số 114/TTg ngày 16/2/1996 của Thủ tướng Chính phủ).

Từ hình thức tổ chức trọng tài kinh tế nhà nước đến các hình thức tổ chức trọng tài phi chính phủ, các tổ chức trọng tài về kinh tế ở nước ta đã thực hiện chức năng giải quyết các tranh chấp kinh tế và kinh doanh, góp phần ổn định các quan hệ kinh tế, thúc đẩy sự phát triển kinh tế của đất nước qua các thời kỳ.

Ngày 23-2-2003, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã thông qua Pháp lệnh Trọng tài thương mại. Pháp lệnh quy định về tổ chức và tổ tụng trọng tài để giải quyết các tranh chấp trong hoạt động kinh doanh. Pháp lệnh đã kế thừa và phát triển các quy định hiện hành về trọng tài, tham khảo có chọn lọc pháp luật về trọng tài của nhiều nước trên thế giới, đặc biệt là Luật mẫu về Trọng tài Thương mại Quốc tế được Ủy ban của Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL) thông qua ngày 21-6-1985 và đã được áp dụng tại các nước có nền kinh tế thị trường.

Tuy nhiên, bên cạnh những nét ưu việt nói trên, qua 7 năm áp dụng một số quy định của Pháp lệnh đã bộc lộ bất cập và không còn phù hợp với tình hình mới. Để khắc phục những nhược điểm và đưa pháp luật trọng tài Việt Nam tiệm cận hơn nữa với pháp luật và thông lệ quốc tế, Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật Trọng tài thương mại năm 2010.



### **3. Khái niệm tranh chấp trong hoạt động thương mại và thẩm quyền của trọng tài thương mại**

Thẩm quyền của trọng tài được xác định khá đa dạng theo pháp luật các nước. Nhìn chung, ở các nước trọng tài có thẩm quyền khá rộng, bao trùm các tranh chấp tư. Theo thống kê sơ bộ, có khoảng 90% các nước đặt tên Luật là Luật Trọng tài. Một số nước lấy tên là Luật Trọng tài thương mại hoặc Luật trọng tài thương mại quốc tế. Singapore tiếp cận theo hướng quy định riêng về Luật Trọng tài quốc tế và Luật trọng tài trong nước. Ở Việt Nam, luật về trọng tài được lấy tên là Luật Trọng tài thương mại.

Theo pháp luật thương mại của nhiều nước trên thế giới, hành vi thương mại bao gồm các hoạt động như sản xuất, chế tạo ra sản phẩm, mua bán hàng hoá, thuê mướn, chuyên chở hành khách, hàng hoá, môi giới, đại diện, đại lý thương mại, bảo hiểm, chứng khoán, ngân hàng, xây dựng, xuất bản. Khái niệm thương mại ngày nay được sử dụng trong thương mại quốc tế có nội hàm đã được mở rộng ra rất nhiều, không chỉ bao gồm thương mại hàng hoá mà còn liên quan đến các loại hình dịch vụ như vận tải, du lịch, tư vấn, đầu tư, bảo hiểm, ngân hàng, tài chính, bản quyền, sở hữu trí tuệ.

Ở Việt Nam, khái niệm tranh chấp thương mại lần đầu tiên đã được ghi nhận trong Luật Thương mại năm 1997, theo Điều 238 quy định: “Tranh chấp thương mại là tranh chấp phát sinh do việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng trong hoạt động thương mại”.

Luật Trọng tài thương mại Việt Nam năm 2010 tại Điều 2 đã ghi nhận thẩm quyền của Trọng tài bao gồm:

- Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại.
- Tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại.
- Tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng trọng tài.

Các bên có thể thỏa thuận về việc xác định phạm vi những tranh chấp có thể giải quyết bằng trọng tài trong thỏa thuận trọng tài. Tuy nhiên, việc xác định phạm vi giải quyết bằng trọng tài cần phải dựa trên quy định của pháp luật.

Pháp luật trọng tài các nước đều có quy định về các loại hình tranh chấp có thể giải quyết bằng trọng tài. Ví dụ, theo Luật Trọng tài Thụy Sĩ, mọi quyền lợi của các bên đều có thể giải quyết bằng trọng tài trừ trường hợp quyền xét xử bắt buộc dành riêng cho cơ quan Nhà nước nhất định có thẩm quyền. Luật Trọng tài Trung

Quốc quy định có thể giải quyết bằng trọng tài đối với mọi tranh chấp phát sinh từ hợp đồng hoặc quyền sở hữu.

#### 4. Các trung tâm trọng tài của Việt Nam

Theo quy định của Luật Trọng tài thương mại, trung tâm trọng tài là tổ chức có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng. Trung tâm trọng tài có chức năng tổ chức, điều phối hoạt động giải quyết tranh chấp bằng trọng tài có quy chế và hỗ trợ Trọng tài viên về các mặt hành chính, văn phòng và các trợ giúp khác trong quá trình tố tụng trọng tài. Trung tâm trọng tài được lập chi nhánh, văn phòng đại diện của Trung tâm ở trong nước và nước ngoài, có Ban điều hành và Ban Thư ký. Ban điều hành Trung tâm trọng tài gồm có Chủ tịch, một hoặc các Phó Chủ tịch, có thể có Tổng thư ký do Chủ tịch Trung tâm trọng tài cử. Chủ tịch Trung tâm trọng tài là Trọng tài viên.

Trung tâm trọng tài được thành lập khi có ít nhất năm sáng lập viên là công dân Việt Nam có đủ điều kiện là Trọng tài viên quy định tại Điều 20 của Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đề nghị thành lập và được Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp Giấy phép thành lập.

Hồ sơ đề nghị thành lập Trung tâm trọng tài gồm:

- a) Đơn đề nghị thành lập;
- b) Dự thảo điều lệ của Trung tâm trọng tài theo mẫu do Bộ Tư pháp ban hành;
- c) Danh sách các sáng lập viên và các giấy tờ kèm theo chứng minh những người này có đủ điều kiện quy định tại Điều 20 của Luật Trọng tài thương mại.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ đầy đủ và hợp lệ, Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp Giấy phép thành lập Trung tâm trọng tài và phê chuẩn điều lệ của Trung tâm trọng tài; trường hợp từ chối phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được Giấy phép thành lập, Trung tâm trọng tài phải đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Hết thời hạn này nếu Trung tâm trọng tài không đăng ký thì giấy phép không còn giá trị.

Sở Tư pháp cấp Giấy đăng ký hoạt động cho Trung tâm trọng tài chậm nhất 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu đăng ký.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy đăng ký hoạt động, Trung tâm trọng tài phải đăng báo hằng ngày của Trung ương hoặc báo địa phương

nơi đăng ký hoạt động trong ba số liên tiếp về những nội dung chủ yếu sau đây:

- a) Tên, địa chỉ trụ sở của Trung tâm trọng tài;
- b) Lĩnh vực hoạt động của Trung tâm trọng tài;
- c) Số Giấy đăng ký hoạt động, cơ quan cấp, ngày, tháng, năm cấp;
- d) Thời điểm bắt đầu hoạt động của Trung tâm trọng tài.

Trung tâm trọng tài phải niêm yết tại trụ sở những nội dung quy định nêu trên và danh sách Trọng tài viên của Trung tâm trọng tài.

Hiện tại, các Trung tâm trọng tài ở Việt Nam bao gồm:

- Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam ;
- Trung tâm trọng tài quốc tế Thái Bình Dương;
- Trung tâm Trọng tài thương mại Hà Nội;
- Trung tâm Trọng tài thương mại thành phố Hồ Chí Minh;
- Trung tâm Trọng tài thương mại Cần Thơ;
- Trung tâm trọng tài thương mại Á Châu;
- Trung tâm trọng tài Viễn Đông.

## **5. Các nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại**

Nguyên tắc chung của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là "không có thoả thuận giải quyết bằng trọng tài, không có tổ tụng trọng tài". Luật Trọng tài thương mại cũng khẳng định: "Tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài nếu các bên có thoả thuận trọng tài. Thoả thuận trọng tài có thể được lập trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp".

Trừ một số ngoại lệ, các bên phải thoả thuận trong hợp đồng là sử dụng phương thức trọng tài, và xác định chi tiết các quy tắc tổ tụng hoặc dựa vào các quy tắc tổ tụng trọng tài của một tổ chức trọng tài thường trực. Trong trọng tài vụ việc, các bên tự quyết định trọng tài sẽ được tiến hành như thế nào mà không có sự trợ giúp của một tổ chức trọng tài thường trực. Trong trọng tài thường trực, tổ tụng trọng tài được thực hiện với sự trợ giúp của một tổ chức trọng tài thường trực. Tuy thuộc vào thoả thuận giữa các bên, cách tiến hành tổ tụng trọng tài có thể khác hoặc không khác cách tiến hành tổ tụng tại một toà án quốc gia. Tuy nhiên, chính các bên (hoặc tổ chức trọng tài thường trực, hoặc bất kỳ bên thứ ba nào khác được các bên chỉ định) thành lập Hội đồng trọng tài. Hơn nữa, các quy tắc tổ tụng trọng tài thường linh hoạt hơn và ít thủ tục hơn các quy tắc của pháp luật quốc gia.

Do tính chất đặc thù của trọng tài (giải quyết nhanh, linh hoạt, không công khai...) nên việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài phải tuân theo những nguyên tắc riêng biệt, khác với nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng Tòa án. Luật Trọng tài thương mại kế thừa các nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài đã được quy định trong Nghị định số 116/CP năm 1996 và Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, theo đó việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài phải dựa trên thoả thuận trọng tài, việc giải quyết bằng trọng tài không công khai, phán quyết trọng tài là chung thẩm.

Điều 4 của Luật Trọng tài thương mại ghi nhận các nguyên tắc của việc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài như sau:

*1. Nguyên tắc Trọng tài viên phải tôn trọng thoả thuận của các bên nếu thoả thuận đó không vi phạm điều cấm và trái đạo đức xã hội.*

Nguyên tắc này thể hiện rõ nét quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp. Đây là nguyên tắc cốt lõi của toàn bộ quá trình tổ tụng trọng tài vì thực chất sự hình thành trọng tài là do ý chí tự nguyện của các bên đương sự. Điều 5 Luật Trọng tài thương mại khẳng định, tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài nếu các bên có thoả thuận trọng tài. Thoả thuận trọng tài có thể được lập trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp. Không có thoả thuận trọng tài thì không thể có việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Thoả thuận trọng tài về cơ bản là cơ sở cho việc phân biệt thẩm quyền giữa trọng tài và toà án và cũng là cơ sở để xác định thẩm quyền của trọng tài. Theo đó, trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp khi các bên có thoả thuận trọng tài, đồng thời tòa án phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp khi các bên đã có thoả thuận trọng tài. Đây là một nguyên tắc quan trọng của trọng tài, đảm bảo tối đa quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp, đồng thời cũng chỉ rõ thêm tính chất tài phán tư của hình thức giải quyết tranh chấp này.

Nguyên tắc này cũng chỉ rõ các bên có toàn quyền lựa chọn hay không lựa chọn phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp; chọn các Trung tâm trọng tài; chọn Trọng tài viên; chọn địa điểm tiến hành trọng tài; và cao hơn nữa họ còn có quyền thoả thuận các quy tắc tổ tụng của trọng tài. Thậm chí trong quá trình tổ tụng các bên có quyền thoả thuận giải quyết tranh chấp và quyết định việc chấm dứt tổ tụng trọng tài.

Luật Trọng tài thương mại đã đi theo tinh thần tôn trọng tối đa ý chí tự do thoả thuận của các bên. Với ưu điểm đó là thủ tục giải quyết tranh chấp linh hoạt, đơn giản, nhanh gọn và dựa trên thoả thuận của các bên. Luật Trọng tài thương mại

đưa ra nguyên tắc ưu tiên sự thoả thuận của các bên trong tổ tụng trọng tài, trong trường hợp các bên không có thoả thuận thì Luật mới đưa ra các quy định về trình tự, thủ tục cần thiết. Theo Luật Trọng tài thương mại, các bên được tự do lựa chọn hình thức trọng tài, tự do thoả thuận về cách thức chỉ định trọng tài viên, thay đổi trọng tài viên, địa điểm trọng tài, ngôn ngữ trọng tài, tự do lựa chọn quy tắc tổ tụng trọng tài...

*2. Nguyên tắc Trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư và tuân theo quy định của pháp luật.*

Sự độc lập là yêu cầu vô cùng quan trọng, mang tính quyết định đến việc giải quyết và đưa ra một phán quyết khách quan cho vụ tranh chấp. Hơn thế nữa sự vô tư khách quan của trọng tài viên còn góp phần khẳng định uy tín của Trọng tài với các bên. Trong quá trình tổ tụng không được có bất kỳ một sự can thiệp của bất kỳ ai đối với Trọng tài viên. Khi giải quyết vụ việc, các Trọng tài viên trong Hội đồng Trọng tài độc lập với nhau, chỉ lấy pháp luật và sự thoả thuận của các bên làm cơ sở cho quyết định của mình. Bất kỳ Trọng tài viên nào không bảo đảm được sự khách quan trong quá trình giải quyết tranh chấp, các bên tranh chấp đều có quyền thay đổi. Yêu cầu về sự độc lập, vô tư, khách quan của Trọng tài viên được ghi nhận trong pháp luật và quy tắc tổ tụng trọng tài nhiều nước như trong Bộ luật Tổ tụng dân sự Pháp năm 1981, Luật Trọng tài thương mại quốc tế của Liên bang Nga năm 1993, Luật Trọng tài Anh năm 1996...

Luật Trọng tài thương mại Việt Nam đã ghi nhận về sự độc lập, vô tư, khách quan của Trọng tài viên. Thậm chí điều này còn được ghi nhận là một nguyên tắc của việc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài, theo đó Trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư và tuân theo quy định của pháp luật. Ngoài ra, tại Điều 21 về quyền và nghĩa vụ của Trọng tài viên, Trọng tài viên có quyền và nghĩa vụ độc lập trong việc giải quyết tranh chấp, cũng như bảo đảm giải quyết tranh chấp vô tư, nhanh chóng, kịp thời. Điều 42 cũng xác định quyền của các bên được thay đổi Trọng tài viên trong trường hợp có căn cứ rõ ràng cho thấy Trọng tài viên không vô tư, khách quan. Kể từ khi được chọn hoặc được chỉ định, Trọng tài viên phải thông báo bằng văn bản cho Trung tâm trọng tài hoặc Hội đồng trọng tài và các bên về những tình tiết có thể ảnh hưởng đến tính khách quan, vô tư của mình.

*3. Nguyên tắc các bên tranh chấp đều bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Hội đồng trọng tài có trách nhiệm tạo điều kiện để họ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình.*

Đây là nguyên tắc quan trọng của tổ tụng trọng tài, theo đó quyền và nghĩa vụ của các bên phải được tôn trọng và bảo vệ, các bên được bình đẳng về quyền và

nghĩa vụ. Sự bình đẳng này thể hiện trong nhiều điều khoản của Luật Trọng tài thương mại như bình đẳng về thỏa thuận luật áp dụng, địa điểm giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, ngôn ngữ trong tố tụng trọng tài, số lượng Trọng tài viên...

Nhiều điều khoản của Luật đã đề cập tới trách nhiệm của Hội đồng trọng tài tạo điều kiện để các bên tranh chấp thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình. Ví dụ, tại Điều 43, trước khi xem xét nội dung vụ tranh chấp, Hội đồng trọng tài phải xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài; thỏa thuận trọng tài có thể thực hiện được hay không và xem xét thẩm quyền của mình. Trong trường hợp vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của mình thì Hội đồng trọng tài tiến hành giải quyết tranh chấp theo quy định của Luật này. Trường hợp không thuộc thẩm quyền giải quyết của mình, thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc xác định rõ thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được thì Hội đồng trọng tài quyết định đình chỉ việc giải quyết và thông báo ngay cho các bên biết. Trong quá trình giải quyết tranh chấp, nếu phát hiện Hội đồng trọng tài vượt quá thẩm quyền, các bên có thể khiếu nại với Hội đồng trọng tài. Hội đồng trọng tài có trách nhiệm xem xét, quyết định. Tại Điều 54 về chuẩn bị phiên họp giải quyết tranh chấp, trường hợp các bên không có thỏa thuận khác hoặc quy tắc tố tụng của Trung tâm trọng tài không có quy định khác, giấy triệu tập tham dự phiên họp phải được gửi cho các bên chậm nhất 30 ngày trước ngày mở phiên họp. Trường hợp có sự vắng mặt của các bên, theo yêu cầu của các bên, Hội đồng trọng tài có thể căn cứ vào hồ sơ để tiến hành phiên họp giải quyết tranh chấp mà không cần sự có mặt của các bên (Điều 56).

Trong trường hợp có yêu cầu của các bên về việc tiến hành hòa giải, Hội đồng trọng tài tiến hành hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp. Khi các bên thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết trong vụ tranh chấp thì Hội đồng trọng tài lập biên bản hoà giải thành có chữ ký của các bên và xác nhận của các Trọng tài viên. Hội đồng trọng tài ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên. Quyết định này là chung thẩm và có giá trị như phán quyết trọng tài (Điều 58).

*4. Nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.*

Các phiên giải quyết của trọng tài không được tổ chức công khai và chỉ có các bên nhận được phán quyết. Đây là một ưu điểm lớn của phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài khi vụ kiện liên quan tới các bí mật kinh doanh. Các điều khoản về tính bí mật trong hợp đồng phải được tuân thủ trong thủ tục trọng tài.

Nguyên tắc này xuất phát từ đặc thù của hoạt động kinh doanh, thương mại là nhanh nhạy, bí mật và uy tín. Trong cơ chế thị trường, những yếu tố này quyết định sức mạnh thậm chí sự thành bại, sống còn của các nhà kinh doanh trên thương trường cạnh tranh. Chính vì vậy, trong quá trình giải quyết tranh chấp các bên luôn muốn việc giải quyết tranh chấp của mình được giữ kín, các bí mật, bí quyết trong kinh doanh không bị tiết lộ, uy tín của mình không bị ảnh hưởng. Nguyên tắc này được thể hiện thông qua nhiều cách thức như các phiên họp trọng tài không công khai, ngoài Trọng tài viên và các bên tranh chấp không ai được tham dự trừ khi có sự đồng ý của các bên, Trọng tài viên phải đảm bảo giữ bí mật những vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh của các bên mà mình biết được trong quá trình giải quyết tranh chấp, phán quyết của trọng tài không được công bố công khai trừ khi được các bên cho phép...

Nhiều điều khoản trong Luật Trọng tài thương mại Việt Nam đã ghi nhận việc bảo đảm tính bí mật và không công khai trong tổ tụng trọng tài, ví dụ giải quyết tranh chấp bằng trọng tài được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác (Điều 4), giữ bí mật nội dung vụ tranh chấp mà mình giải quyết trừ trường hợp phải cung cấp thông tin cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật (Điều 21), phiên họp giải quyết tranh chấp được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có sự thỏa thuận khác...

##### *5. Nguyên tắc phán quyết trọng tài là chung thẩm.*

Tính chung thẩm được hiểu là khi Hội đồng trọng tài đã ra phán quyết, phán quyết này không thể bị xét lại trừ một số trường hợp đặc biệt. Đây là nguyên tắc đặc trưng của tổ tụng trọng tài. Nguyên tắc này bắt nguồn từ bản chất của hoạt động Trọng tài là nhân danh ý chí tối cao và quyền lực các bên trao cho để giải quyết tranh chấp. Nguyên tắc này chỉ được thể hiện bằng quy định: Tổ tụng trọng tài là tổ tụng một cấp, phán quyết là chung thẩm, các bên không có quyền kháng cáo. Các bên chỉ có quyền yêu cầu Toà án huỷ quyết định trọng tài trong những trường hợp rất hạn chế và Toà án trong trường hợp này không được quyền xét xử lại vụ tranh chấp mà chỉ kiểm tra tính hợp pháp của quyết định Trọng tài. Luật Trọng tài thương mại Việt Nam tại Điều 4 đã xác định các nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài, trong đó nêu rõ phán quyết trọng tài là chung thẩm. Điều 61 của Luật này cũng khẳng định, phán quyết trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày ban hành.

##### **6. Những giai đoạn cơ bản của tổ tụng trọng tài**

Tổ tụng trọng tài được hiểu là tổng thể các quy định pháp luật về việc đưa tranh chấp giải quyết tại trọng tài và trình tự, thủ tục giải quyết bằng trọng tài đối với

tranh chấp đó. Giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài nhanh hơn tranh tụng tại toà án quốc gia. Luật Trọng tài thương mại cũng đưa ra nhiều quy định đầy nhanh thời gian giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, ví dụ quy định về rút đơn khởi kiện, đơn kiện lại; sửa đổi, bổ sung đơn khởi kiện, đơn kiện lại hoặc bản tự bảo vệ; về việc vắng mặt của các bên...

Trình tự tố tụng trọng tài về cơ bản bao gồm các giai đoạn sau đây:

### **6.1. Thoả thuận trọng tài**

Thoả thuận trọng tài về cơ bản là cơ sở cho việc phân biệt thẩm quyền giữa trọng tài và toà án và cũng là cơ sở để xác định thẩm quyền của trọng tài. Theo đó, trọng tài chỉ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp khi các bên có thoả thuận trọng tài, đồng thời toà án phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp khi các bên đã có thoả thuận trọng tài. Do tính chất đặc biệt của thoả thuận trọng tài nên pháp luật đưa ra một loạt yêu cầu đối với việc ký kết thoả thuận trọng tài, ví dụ, trường hợp nào thì thoả thuận trọng tài có giá trị pháp lý, trường hợp nào thoả thuận trọng tài bị coi là vô hiệu, hậu quả pháp lý của thoả thuận trọng tài vô hiệu...

Một nguyên tắc quan trọng của các chế định về trọng tài là hiệu lực của thoả thuận trọng tài không gắn liền với hiệu lực của hợp đồng chính. Vì thế, việc hợp đồng chính bị tuyên vô hiệu không có nghĩa là thoả thuận trọng tài trong hợp đồng đó cũng bị vô hiệu. Quy định này giúp cho các tranh chấp vẫn được giải quyết bằng con đường trọng tài kể cả khi hợp đồng bị chính hội đồng trọng tài tuyên là vô hiệu, ví dụ do có nội dung vi phạm pháp luật. Theo Luật Trọng tài thương mại (Điều 19), thoả thuận trọng tài hoàn toàn độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng vô hiệu hoặc không thể thực hiện được không làm mất hiệu lực của thoả thuận trọng tài.

Luật Trọng tài thương mại Việt Nam đã xác định những trường hợp thoả thuận trọng tài vô hiệu tại Điều 18, bao gồm:

1. Tranh chấp phát sinh trong các lĩnh vực không thuộc thẩm quyền của Trọng tài.
2. Người xác lập thoả thuận trọng tài không có thẩm quyền theo quy định của pháp luật.
3. Người xác lập thoả thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật Dân sự.
4. Hình thức của thoả thuận trọng tài không phù hợp với quy định của Luật Trọng tài thương mại.
5. Một trong các bên bị lừa dối, bị đe dọa, bị cưỡng ép trong quá trình xác lập thoả thuận trọng tài và có yêu cầu tuyên bố thoả thuận trọng tài đó là vô hiệu.
6. Thoả thuận trọng tài vi phạm điều cấm của pháp luật.



## **6.2. Nộp đơn kiện**

Nhìn chung, đơn kiện bao gồm ngày, tháng; tên và địa chỉ của các bên; tóm tắt nội dung vụ tranh chấp; căn cứ pháp lý để khởi kiện; trị giá của vụ tranh chấp và các yêu cầu khác của nguyên đơn; tên trọng tài viên mà nguyên đơn chọn. Số lượng đơn kiện nhìn chung được xác định theo quy tắc tổ tụng của các tổ chức trọng tài.

Thời điểm bắt đầu tổ tụng trọng tài được phân biệt giữa trọng tài quy chế và trọng tài vụ việc. Theo quy định tại Điều 31 Luật Trọng tài thương mại, trong trường hợp tranh chấp được giải quyết tại Trung tâm trọng tài, nếu các bên không có thỏa thuận khác, thì thời điểm bắt đầu tổ tụng trọng tài được tính từ khi Trung tâm trọng tài nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn. Trường hợp tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài vụ việc, nếu các bên không có thỏa thuận khác, thì thời điểm bắt đầu tổ tụng trọng tài được tính từ khi bị đơn nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn.

Luật Trọng tài thương mại năm 2010 phân biệt hai trường hợp nộp đơn khởi kiện của nguyên đơn. Trong trường hợp giải quyết tranh chấp tại Trung tâm trọng tài, nguyên đơn phải làm đơn khởi kiện gửi đến Trung tâm trọng tài. Trường hợp vụ tranh chấp được giải quyết bằng Trọng tài vụ việc, nguyên đơn phải làm đơn khởi kiện và gửi cho bị đơn.

## **6.3. Thành lập Hội đồng Trọng tài tại Trung tâm trọng tài hoặc Hội đồng Trọng tài vụ việc**

### **\* Trường hợp thành lập Hội đồng Trọng tài tại Trung tâm trọng tài**

Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác hoặc quy tắc tổ tụng của Trung tâm trọng tài không quy định khác, việc thành lập Hội đồng trọng tài được quy định là trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện và yêu cầu chọn Trọng tài viên do Trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải chọn Trọng tài viên cho mình và báo cho Trung tâm trọng tài biết hoặc đề nghị Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định Trọng tài viên. Nếu bị đơn không chọn Trọng tài viên hoặc không đề nghị Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định Trọng tài viên, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định tại khoản này, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định Trọng tài viên cho bị đơn;

Trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện do Trung tâm trọng tài gửi đến, các bị đơn phải thống nhất chọn Trọng tài viên hoặc thống nhất yêu cầu chỉ định Trọng tài viên cho mình. Nếu các bị đơn không chọn được Trọng tài viên, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định tại khoản này, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định Trọng tài viên cho các bị đơn;

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày các Trọng tài viên được các bên chọn hoặc được Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định, các Trọng tài viên này bầu một Trọng tài viên khác làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Hết thời hạn này mà việc bầu không thực hiện được, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định tại khoản này, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định Chủ tịch Hội đồng trọng tài;

Trường hợp các bên thỏa thuận vụ tranh chấp do một Trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không chọn được Trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện, thì theo yêu cầu của một hoặc các bên và trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu, Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chỉ định Trọng tài viên duy nhất.

*\* Trường hợp Hội đồng Trọng tài vụ việc*

Trường hợp các bên không có thỏa thuận khác, việc thành lập Hội đồng trọng tài vụ việc được quy định là trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn, bị đơn phải chọn Trọng tài viên và thông báo cho nguyên đơn biết Trọng tài viên mà mình chọn. Hết thời hạn này, nếu bị đơn không thông báo cho nguyên đơn tên Trọng tài viên mà mình chọn và các bên không có thỏa thuận khác về việc chỉ định Trọng tài viên, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu Tòa án có thẩm quyền chỉ định Trọng tài viên cho bị đơn;

Trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn, các bị đơn phải thống nhất chọn Trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn và các tài liệu kèm theo. Hết thời hạn này, nếu các bị đơn không chọn được Trọng tài viên và nếu các bên không có thỏa thuận khác về việc chỉ định Trọng tài viên, thì một hoặc các bên có quyền yêu cầu Tòa án có thẩm quyền chỉ định Trọng tài viên cho các bị đơn;

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày được các bên chọn hoặc được Tòa án chỉ định, các Trọng tài viên bầu một Trọng tài viên khác làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Trong trường hợp không bầu được Chủ tịch Hội đồng trọng tài và các bên không có thỏa thuận khác thì các bên có quyền yêu cầu Tòa án có thẩm quyền chỉ định Chủ tịch Hội đồng trọng tài;

Trong trường hợp các bên thỏa thuận vụ tranh chấp do một Trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không chọn được Trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện, nếu các bên không có thỏa thuận yêu cầu một Trung tâm trọng tài chỉ định Trọng tài viên, thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, Tòa án có thẩm quyền chỉ định Trọng tài viên duy nhất;

Trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu của các bên quy định tại các trường hợp nêu trên, Chánh án Tòa án có thẩm quyền phải phân công một Thẩm phán chỉ định Trọng tài viên và thông báo cho các bên.

#### **6.4. Phiên họp giải quyết tranh chấp**

Phiên họp giải quyết tranh chấp là hình thức hoạt động chủ yếu của trọng tài. Tại đây diễn ra quá trình tranh tụng, theo đó các bên tranh chấp phải phát biểu và trả lời các câu hỏi của Hội đồng trọng tài. Phiên họp giải quyết tranh chấp được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Trình tự, thủ tục tiến hành phiên họp giải quyết tranh chấp do quy tắc tố tụng trọng tài của Trung tâm trọng tài quy định; đối với Trọng tài vụ việc do các bên thỏa thuận.

Trường hợp các bên không có thỏa thuận khác hoặc quy tắc tố tụng của Trung tâm trọng tài không có quy định khác, thời gian và địa điểm mở phiên họp do Hội đồng trọng tài quyết định.

Theo yêu cầu của các bên, Hội đồng trọng tài có thể căn cứ vào hồ sơ để tiến hành phiên họp giải quyết tranh chấp mà không cần sự có mặt của các bên.

Khi có lý do chính đáng, một hoặc các bên có thể yêu cầu Hội đồng trọng tài hoãn phiên họp giải quyết tranh chấp.

Trong trường hợp các bên có nhu cầu hòa giải, theo yêu cầu của các bên, Hội đồng trọng tài tiến hành hòa giải để các bên thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp. Khi các bên thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết trong vụ tranh chấp thì Hội đồng trọng tài lập biên bản hoà giải thành có chữ ký của các bên và xác nhận của các Trọng tài viên. Hội đồng trọng tài ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên. Quyết định này là chung thẩm và có giá trị như phán quyết trọng tài.

Vụ tranh chấp có thể được đình chỉ giải quyết trong một số trường hợp. Hội đồng trọng tài ra quyết định đình chỉ giải quyết tranh chấp. Trường hợp Hội đồng trọng tài chưa được thành lập thì Chủ tịch Trung tâm trọng tài ra quyết định đình chỉ giải quyết tranh chấp. Khi có quyết định đình chỉ giải quyết tranh chấp, các bên không có quyền khởi kiện yêu cầu Trọng tài giải quyết lại vụ tranh chấp đó nếu việc khởi kiện vụ tranh chấp sau không có gì khác với vụ tranh chấp trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp, trừ các trường hợp khác do pháp luật quy định.

### **6.5. Quyết định trọng tài và vấn đề huỷ quyết định trọng tài**

Luật Trọng tài thương mại đã đưa ra các định nghĩa về quyết định trọng tài và phán quyết trọng tài.

Quyết định trọng tài là quyết định của Hội đồng trọng tài trong quá trình giải quyết tranh chấp. Phán quyết trọng tài là quyết định của Hội đồng trọng tài giải quyết toàn bộ nội dung vụ tranh chấp và chấm dứt tố tụng trọng tài. Phán quyết của trọng tài nước ngoài là phán quyết do Trọng tài nước ngoài tuyên ở ngoài lãnh thổ Việt Nam hoặc ở trong lãnh thổ Việt Nam để giải quyết tranh chấp do các bên thỏa thuận lựa chọn.

Hội đồng trọng tài ra phán quyết trọng tài bằng cách biểu quyết theo nguyên tắc đa số. Trường hợp biểu quyết không đạt được đa số thì phán quyết trọng tài được lập theo ý kiến của Chủ tịch Hội đồng trọng tài.

Phán quyết trọng tài phải được lập bằng văn bản và có các nội dung chủ yếu sau đây:

- a) Ngày, tháng, năm và địa điểm ra phán quyết;
- b) Tên, địa chỉ của nguyên đơn và bị đơn;
- c) Họ, tên, địa chỉ của Trọng tài viên;
- d) Tóm tắt đơn khởi kiện và các vấn đề tranh chấp;
- đ) Căn cứ để ra phán quyết, trừ khi các bên có thỏa thuận không cần nêu căn cứ trong phán quyết;
- e) Kết quả giải quyết tranh chấp;
- g) Thời hạn thi hành phán quyết;
- h) Phân bổ chi phí trọng tài và các chi phí khác có liên quan;
- i) Chữ ký của Trọng tài viên.

Khi có Trọng tài viên không ký tên vào phán quyết trọng tài, Chủ tịch Hội đồng trọng tài phải ghi việc này trong phán quyết trọng tài và nêu rõ lý do. Trong trường hợp này, phán quyết trọng tài vẫn có hiệu lực.

Phán quyết trọng tài là chung thẩm và có hiệu lực kể từ ngày ban hành.

Riêng đối với trọng tài vụ việc, theo yêu cầu của một hoặc các bên tranh chấp, phán quyết của Trọng tài vụ việc được đăng ký tại Tòa án nơi Hội đồng trọng tài đã ra phán quyết trước khi yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền tổ chức thi hành phán quyết trọng tài đó. Việc đăng ký hoặc không đăng ký phán quyết trọng tài không ảnh hưởng đến nội dung và giá trị pháp lý của phán quyết trọng tài.

Một vấn đề quan trọng khác của phán quyết trọng tài là vấn đề hủy phán quyết trọng tài. Luật Trọng tài thương mại đã quy định rõ các căn cứ hủy phán quyết trọng tài:

- a) Không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu;
- b) Thành phần Hội đồng trọng tài, thủ tục tổ tụng trọng tài không phù hợp với thoả thuận của các bên hoặc trái với các quy định của Luật này;
- c) Vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài; trường hợp phán quyết trọng tài có nội dung không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài thì nội dung đó bị hủy;
- d) Chứng cứ do các bên cung cấp mà Hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo; Trọng tài viên nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác của một bên tranh chấp làm ảnh hưởng đến tính khách quan, công bằng của phán quyết trọng tài;
- đ) Phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Khi Tòa án xem xét đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, nghĩa vụ chứng minh được xác định như sau:

- a) Bên yêu cầu hủy phán quyết trọng tài có nghĩa vụ chứng minh Hội đồng trọng tài đã ra phán quyết thuộc một trong các trường hợp đó;
- b) Đối với yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, Tòa án có trách nhiệm chủ động xác minh thu thập chứng cứ để quyết định hủy hay không hủy phán quyết trọng tài.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được phán quyết trọng tài, nếu một bên có đủ căn cứ để chứng minh được rằng Hội đồng trọng tài đã ra phán quyết thuộc một trong những trường hợp có thể hủy phán quyết trọng tài thì có quyền làm đơn gửi Tòa án có thẩm quyền yêu cầu hủy phán quyết trọng tài. Đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài phải kèm theo các tài liệu, chứng cứ chứng minh cho yêu cầu hủy phán quyết trọng tài là có căn cứ và hợp pháp.

#### **6.6. Thi hành quyết định trọng tài**

Nhà nước khuyến khích các bên tự nguyện thi hành phán quyết trọng tài. Nếu hết thời hạn thi hành phán quyết trọng tài mà bên phải thi hành phán quyết không tự nguyện thi hành và cũng không yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, bên được thi hành phán quyết trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài. Đối với phán quyết của Trọng tài vụ việc, bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi

hành án dân sự có thẩm quyền thì hành phán quyết trọng tài sau khi phán quyết được đăng ký. Phán quyết trọng tài được thi hành theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự.

### **III. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH – THƯƠNG MẠI TẠI TOÀ ÁN NHÂN DÂN**

#### **1. Khái quát chung về hệ thống Tòa án ở Việt Nam**

Theo điều 127 của Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QH10 ngày 25/12/2001 của Quốc hội khóa X, kỳ họp thứ 10; Điều 2 của Luật tổ chức Tòa án nhân dân được Quốc hội khóa X, kỳ họp thứ 11 thông qua ngày 01/04/2002 và Điều 2 của Pháp lệnh tổ chức Tòa án quân sự năm 2002 thì ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có các Tòa án sau đây:

1. Tòa án nhân dân tối cao;
2. Các Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương;
3. Các Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh;
4. Các Tòa án quân sự (bao gồm Tòa án quân sự trung ương; các Tòa án quân sự quân khu và tương đương; các Tòa án quân sự khu vực);
5. Các Tòa án khác do luật định.

Trong tình hình đặc biệt, Quốc hội có thể quyết định thành lập Tòa án đặc biệt.

Ngoài ra theo Điều 24 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân, hệ thống Tòa án còn có toà phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại các khu vực như:

– Toà phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Thành phố Hà Nội xử phúc thẩm các vụ án do Tòa án tỉnh/Thành phố trực thuộc Trung ương xử sơ thẩm khu vực phía Bắc.

– Toà phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Đà Nẵng xử phúc thẩm các vụ án do Tòa án tỉnh/Thành phố trực thuộc Trung ương xử sơ thẩm khu vực miền Trung.

– Toà phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại thành phố Hồ Chí Minh xử phúc thẩm các vụ án do Tòa án tỉnh/Thành phố trực thuộc Trung ương xử sơ thẩm khu vực phía Nam.

Theo Điều 1 của Luật Tổ chức Tòa án nhân dân ngày 2- 4-2002, “Tòa án nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân địa phương, các Tòa án quân sự và các Tòa án khác do luật định là các cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Tòa án xét xử những vụ án hình sự, dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh tế, hành chính và giải quyết những việc khác theo quy định của pháp luật.”

Toà án Việt Nam áp dụng một hệ thống xét xử gồm hai cấp. Trong trường hợp một bên đương sự không chấp nhận phán xét của toà sơ thẩm thì có thể xin xét xử phúc thẩm. Bản án của tòa án xử sơ thẩm gọi là Bản án sơ thẩm. Bản án sơ thẩm có thể bị kháng cáo bởi các đương sự trong vòng 15 ngày kể từ ngày tuyên án. Bản án sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật ngay và nếu không bị kháng cáo thì sau 15 ngày được xem là có hiệu lực pháp luật. Bản án sơ thẩm bị kháng cáo sẽ được xét xử phúc thẩm. Bản án của tòa phúc thẩm gọi là Bản án phúc thẩm, có hiệu lực pháp luật ngay và không ai được kháng cáo nữa. Nếu sau phiên toà phúc thẩm, bằng chứng mới lại được tìm ra thì một bên đương sự có thể đề nghị Chánh án Toà án nhân dân hoặc Viện trưởng Viện Kiểm sát nhân dân cấp tỉnh trở lên theo thẩm quyền phù hợp xem xét theo thủ tục tái thẩm hoặc nếu phát hiện ra có những vi phạm nghiêm trọng về thủ tục tố tụng thì một bên đương sự có thể đề nghị xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm.

### *1.1. Toà án nhân dân tối cao*

Tòa án nhân dân tối cao là cơ quan xét xử cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Lãnh đạo cao nhất của tòa gọi là Chánh án.

*\* Thẩm quyền xét xử của Toà án nhân dân tối cao:*

– Giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo, kháng nghị.

– Phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của Tòa án cấp tỉnh bị kháng cáo, kháng nghị.

Chánh án Tòa án nhân dân tối cao có những nhiệm vụ và quyền hạn sau đây:

– Kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của các tòa án cấp dưới.

– Trình Chủ tịch nước ý kiến của mình về những trường hợp người bị kết án xin ân giảm án tử hình.

– Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các thẩm phán ở tất cả các Tòa án trên cả nước.

*\* Về cơ cấu, Toà án nhân dân tối cao bao gồm:*

– Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao là cơ quan xét xử cao nhất theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm và hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất pháp luật. Thành phần của Hội đồng Thẩm phán gồm: Chánh án, các phó chánh án Tòa án nhân dân tối cao và một số Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

– Tòa án quân sự Trung ương có thẩm quyền xét xử phúc thẩm những vụ án hình sự mà bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật của Tòa án quân sự cấp

quân khu khi có kháng cáo hoặc kháng nghị và giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án hình sự mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án quân sự cấp quân khu khi có kháng nghị.

– Toà hình sự, Toà dân sự, Toà kinh tế, Toà lao động, Toà hành chính Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền: Giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

– Các Toà phúc thẩm Toà án nhân dân tối cao có thẩm quyền: Xét xử theo thủ tục phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của Toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương bị kháng cáo, kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng và giải quyết các việc khác.

– Bộ máy giúp việc: Bộ máy giúp việc của Toà án nhân dân tối cao bao gồm văn phòng, các vụ, viện... nhằm phục vụ cho hoạt động của Toà án nhân dân tối cao.

### ***1.2. Toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương***

Toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có thẩm quyền:

– Sơ thẩm những vụ án theo quy định của pháp luật tố tụng.

– Phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của Toà án huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh bị kháng cáo, kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

– Giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Toà án cấp huyện bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

– Giải quyết những việc khác theo quy định của pháp luật.

Toà án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương bao gồm: Ủy ban thẩm phán; Toà hình sự, Toà dân sự, Toà kinh tế, Toà lao động, Toà hành chính; Bộ máy giúp việc.

### ***1.3. Toà án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh***

Toà án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ án theo quy định của pháp luật tố tụng, giải quyết các việc khác theo quy định của pháp luật.

Toà án cấp huyện có Chánh án, một hoặc hai Phó Chánh án, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký Toà án và bộ máy giúp việc.

### ***1.4. Toà án quân sự quân khu và tương đương***

Toà án quân sự quân khu có thẩm quyền xét xử các vụ án hình sự và giải quyết các việc khác theo quy định của pháp luật bao gồm:

– Sơ thẩm những vụ án hình sự không thuộc thẩm quyền của Toà án quân sự



khu vực hoặc vụ án hình sự thuộc thẩm quyền của Toà án khu vực nhưng Toà án quân sự quân khu lấy lên để xét xử.

– Phúc thẩm những vụ án hình sự mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của Toà án quân sự cấp dưới bị kháng cáo kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

– Giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án hình sự mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án quân sự khu vực bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

– Giải quyết các việc khác theo quy định của pháp luật.

### ***1.5. Toà án quân sự khu vực***

Toà án quân sự khu vực có thẩm quyền xét xử sơ thẩm những vụ án hình sự theo quy định của pháp luật tố tụng và giải quyết các việc khác theo quy định của pháp luật.

Theo văn bản pháp luật, pháp luật về tố tụng hiện hành ở Việt Nam có thể chia thành tố tụng hình sự, tố tụng hành chính và tố tụng dân sự. Giải quyết những tranh chấp trong kinh doanh, thương mại thuộc về tố tụng dân sự.

## **2. Thẩm quyền giải quyết các vụ việc về kinh doanh, thương mại của toà án nhân dân**

Thẩm quyền giải quyết đối với các vụ, việc về kinh doanh, thương mại được quy định trong Bộ luật Tố tụng dân sự ngày 15-6-2004, bao gồm: Thẩm quyền theo vụ việc, thẩm quyền theo cấp, thẩm quyền theo lãnh thổ và thẩm quyền theo sự lựa chọn của nguyên đơn.

### ***2.1. Thẩm quyền xét xử theo vụ việc***

Những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án bao gồm:

– Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận: Mua bán hàng hoá; Cung ứng dịch vụ; Phân phối; Đại diện, đại lý; Ký gửi; Thuê, cho thuê, thuê mua; Xây dựng; Tư vấn, kỹ thuật; Vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường sắt, đường 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 quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận;

– Tranh chấp giữa công ty với các thành viên công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty;

– Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Ngoài những tranh chấp về kinh doanh, thương mại còn có những việc khác phát sinh từ hoạt động kinh doanh, thương mại và có thể yêu cầu Toà án giải quyết. Theo Điều 30 Bộ luật Tố tụng dân sự thì Toà án có thẩm quyền giải quyết các yêu cầu về kinh doanh thương mại sau:

1. Yêu cầu liên quan đến việc Trọng tài thương mại Việt Nam giải quyết các vụ tranh chấp theo quy định của pháp luật về Trọng tài thương mại.

2. Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của Toà án nước ngoài hoặc không công nhận bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của Toà án nước ngoài mà không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam.

3. Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định kinh doanh, thương mại của Trọng tài nước ngoài.

4. Các yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

### ***2.2. Thẩm quyền xét xử theo các cấp toà án***

Khi phát sinh tranh chấp các bên tranh chấp phải xác định toà án cấp nào có quyền giải quyết lần đầu để yêu cầu giải quyết. Theo Điều 33, 34 của Bộ luật Tố tụng dân sự 2004, thẩm quyền xét xử sơ thẩm theo cấp toà án được xác định như sau:

Toà án nhân dân cấp huyện có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại giữa các cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau đều có mục đích lợi nhuận, bao gồm: Mua bán hàng hoá; cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý; ký gửi; thuê, cho thuê, thuê mua; xây dựng; tư vấn, kỹ thuật; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường 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 Toà án nước ngoài.

Toà án nhân dân cấp tỉnh giải quyết theo thủ tục sơ thẩm tất cả các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án, trừ các tranh chấp thuộc thẩm quyền của cấp huyện. Toà án cấp tỉnh có thể lấy lên để giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền của Toà án cấp huyện.

### ***2.3. Thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ***

Khi đã xác định được Toà án cấp nào có thẩm quyền giải quyết, phải xác định Toà án nhân dân ở địa phương nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Đề tạo

điều kiện thuận lợi cho việc xác minh, thu thập tài liệu, chứng cứ và thi hành án, Điều 35 Bộ luật Tố tụng dân sự ngày 15/6/2004 quy định:

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

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

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

#### ***2.4. Thẩm quyền xét xử theo sự lựa chọn của nguyên đơn***

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

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

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

– Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết;

– Nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi một trong các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết.

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

### **3. Nguyên tắc cơ bản trong việc giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại toà án**

Các nguyên tắc cơ bản của thủ tục giải quyết vụ án kinh tế nói riêng và vụ án dân sự nói chung là tư tưởng chỉ đạo hoạt động giải quyết vụ án dân sự nói chung

và được ghi nhận trong văn bản quy phạm pháp luật. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 đã dành chương 2 quy định những nguyên tắc cơ bản của hoạt động tố tụng dân sự. Chương 2 của Bộ luật Tố tụng dân sự bao gồm 22 Điều, trong đó nêu lên những nguyên tắc chung quy định hoạt động của Tòa án 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 xử; nguyên tắc xét xử tập thể; nguyên tắc xét xử công khai... Ngoài ra, còn có những nguyên tắc riêng, đặc thù của tố tụng dân sự nói chung như: Nguyên tắc tự định đoạt; nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh; nguyên tắc bình đẳng; nguyên tắc hoà giải.

### ***3.1. Nguyên tắc tự định đoạt***

Khi giải quyết tranh chấp Tòa án phải tôn trọng quyền tự quyết định của các bên. Trong điều kiện nền kinh tế thị trường, đây là nguyên tắc rất quan trọng góp phần bảo đảm quyền tự do kinh doanh của các chủ thể kinh doanh. Khi phát sinh tranh chấp từ hoạt động kinh doanh, thương mại, các chủ thể có quyền quyết định cách thức giải quyết tranh chấp, các cơ quan được giao giải quyết tranh chấp chỉ giải quyết nếu được yêu cầu. Các đương sự được quyền khởi kiện, quyền yêu cầu tòa án bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp, quyền tự do lựa chọn tòa án giải quyết tranh chấp trong những trường hợp nhất định. Nguyên đơn được quyền thay đổi nội dung đơn kiện, quyền rút đơn khởi kiện, cũng như các bên đương sự có quyền hòa giải, thương lượng trong quá trình giải quyết vụ án.

Theo Điều 5 Bộ luật Tố tụng dân sự quyền tự định đoạt được thể hiện:

- 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 được giải quyết trong phạm vi yêu cầu;
- Trong quá trình giải quyết tại Tòa án các đương sự có quyền chấm dứt, thay đổi yêu cầu của mình hoặc tự thoả thuận với nhau một cách tự nguyện mà không trái pháp luật và đạo đức xã hội.

### ***3.2. Nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh***

Trong tố tụng dân sự, các đương sự có nghĩa vụ cung cấp những tài liệu, chứng cứ cho Tòa án để bảo vệ quyền lợi của mình và là căn cứ để Tòa án đưa ra phán quyết. Tòa án không có trách nhiệm điều tra nhưng khi thấy cần thiết, Tòa án có thể tiến hành xác minh, thu thập chứng cứ để bảo đảm cho việc giải quyết vụ án được chính xác.

Các cơ quan, tổ chức, cá nhân khi có yêu cầu của Toà án có trách nhiệm cung cấp những chứng cứ đang lưu giữ, quản lý.

### *3.3. Nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật*

Quyền bình đẳng trước pháp luật là một trong các quyền cơ bản của công dân đã được ghi nhận trong Điều 52 Hiến pháp năm 1992 và Điều 8 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004: “Các đương sự đều có quyền bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự, Toà án có trách nhiệm tạo điều kiện để họ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình”. Khi tham gia tố tụng dân sự, các đương sự bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong việc thực hiện các hành vi tố tụng. Trước toà án không có sự phân biệt đối xử giữa các bên tranh chấp theo hình thức tổ chức, hình thức sở hữu hay thành phần kinh tế. Các chủ thể có quyền ngang nhau trong việc đưa ra yêu cầu và phản đối yêu cầu của bên kia đều có nghĩa vụ thu thập, cung cấp chứng cứ nhằm bảo vệ quyền lợi của mình. Nguyên tắc này có ý nghĩa rất quan trọng trong việc tạo nên một môi trường pháp lý bình đẳng cho tất cả các chủ thể kinh doanh, bất kể địa vị pháp lý của họ, đồng thời khuyến khích sự phát triển, đa dạng hoá các quan hệ kinh tế trong điều kiện kinh tế thị trường.

### *3.4. Nguyên tắc hoà giải*

Trong quá trình giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại, Tòa kinh tế thuộc Tòa án nhân dân có nhiệm vụ phải hòa giải giữa các bên đương sự. Hòa giải là thủ tục bắt buộc trong tố tụng kinh tế, nếu không thực hiện xem như vi phạm tố tụng. Hòa giải có ý nghĩa quan trọng đối với cả hai bên đương sự và với cả Tòa án vì giúp vụ án được giải quyết nhanh chóng, đạt được yêu cầu của cả hai bên và tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện những thỏa thuận đó sau này. Tòa án chỉ đưa vụ án ra xét xử khi hòa giải không thành. Điều 10 Bộ luật Tố tụng dân sự đã ghi nhận rõ: “Toà án có trách nhiệm tiến hành hoà giải và tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự thoả thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự theo quy định của Bộ luật này”.

Về bản chất, quan hệ kinh doanh, thương mại được thiết lập trên cơ sở tự nguyện và quyền tự định đoạt của đương sự, phản ánh những vấn đề về lợi ích kinh tế của chủ thể kinh doanh do đó việc giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ này được thực hiện theo những biện pháp nhất định, khác với tố tụng hình sự hay tố tụng hành chính. Trong đó, hoà giải là một biện pháp quan trọng và là nguyên tắc bắt buộc trong tố tụng dân sự nhằm phát huy tinh đoàn kết, tương thân, tương ái trong cộng đồng dân cư, nâng cao kết quả giải quyết tranh chấp trong nhân dân, hạn chế sự tổn kém về tiền bạc, thời gian của Nhà nước, doanh nghiệp, công dân, hạn chế được khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực tư pháp...

## **4. Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án**

### **4.1. Khởi kiện và thụ lý vụ án**

Khởi kiện vụ án kinh tế được hiểu là việc cá nhân, pháp nhân làm đơn yêu cầu Tòa án giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình đang bị tranh chấp hay vi phạm. Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền khởi kiện các tranh chấp kinh doanh, thương mại để yêu cầu Tòa án giải quyết trong thời hiệu là 2 năm kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm trừ trường hợp pháp luật có qui định khác. Đối với các yêu cầu giải quyết về kinh doanh, thương mại thì thời hiệu là một năm kể từ ngày phát sinh quyền yêu cầu. Việc khởi kiện được thể hiện bằng đơn khởi kiện (nộp trực tiếp hoặc gửi qua bưu điện) kèm theo các tài liệu, chứng từ để chứng minh và bảo vệ quyền lợi của mình gửi đến Tòa án nhân dân có thẩm quyền để yêu cầu giải quyết trong thời hiệu khởi kiện. Nguyên đơn phải gửi kèm theo đơn kiện các tài liệu, chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình.

Thời hiệu khởi kiện được hiểu là thời hạn mà chủ thể được quyền khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết vụ án dân sự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Thời hiệu khởi kiện được quy định đối với tranh chấp kinh doanh, thương mại là hai năm kể từ ngày quyền và lợi ích bị xâm phạm, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Thụ lý vụ án là một thủ tục pháp lý thể hiện việc Tòa án có thẩm quyền chấp nhận đơn của người khởi kiện và ghi vào sổ thụ lý vụ án để giải quyết. Sau khi nghiên cứu đơn khởi kiện và các tài liệu có liên quan toà án sẽ tiến hành thụ lý vụ án nếu thấy vụ án thuộc thẩm quyền giải quyết của mình. Để tiến hành thụ lý vụ án, Tòa án sẽ dự định số tiền tạm ứng án phí và thông báo cho người khởi kiện yêu cầu nộp tiền tạm ứng án phí. Tòa án nhân dân khi nhận được đơn khởi kiện phải xem xét nếu vụ án thuộc thẩm quyền và nếu thấy đơn kiện không rơi vào các trường hợp bị trả lại đơn kiện thì sẽ thông báo đề nguyên đơn nộp tiền tạm ứng án phí.

Trong trường hợp phải trả lại đơn kiện theo quy định của pháp luật thì Tòa án trả lại đơn khởi kiện cho người khởi kiện và phải có văn bản kèm theo ghi rõ lý do trả lại đơn kiện. Người khởi kiện nếu không đồng ý với quyết định trả lại đơn của Tòa án có thể tiến hành khiếu nại.

### **4.2. Chuẩn bị xét xử**

Sau khi thụ lý vụ án, Tòa án phải thông báo bằng văn bản cho bị đơn, cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp về việc Tòa án thụ lý vụ án. Dương sự có nghĩa vụ cung cấp những tài liệu, chứng cứ cho Tòa án, Tòa án chỉ thu thập chứng cứ trong những trường hợp

đương sự không thể tự mình thu thập được chứng cứ và có yêu cầu. Thời hạn chuẩn bị xét xử vụ án kinh tế được pháp luật quy định hai tháng kể từ ngày Toà án thụ lý vụ án, nếu vụ án có tính chất phức tạp hoặc do trở ngại khách quan thì Chánh án Toà án có thể gia hạn thêm nhưng không quá hai tháng.

Toà án phải tiến hành hoà giải để các đương sự thoả thuận với nhau về việc giải quyết vụ án, trừ những vụ án không được hoà giải hoặc không tiến hành hoà giải được. Tất nhiên về nguyên tắc, các bên có quyền tự tiến hành hoà giải trong suốt quá trình tố tụng. Trước khi tiến hành phiên hoà giải, Toà án phải thông báo cho các đương sự, người đại diện hợp pháp của đương sự biết về thời gian, địa điểm tiến hành phiên hoà giải, nội dung các vấn đề hoà giải. Phiên hoà giải do Thẩm phán chủ trì và có Thư ký Toà án ghi biên bản hoà giải.

Trong trường hợp hoà giải thành Toà án sẽ lập biên bản hoà giải thành. Nếu sau 7 ngày không có đương sự nào thay đổi ý kiến, Thẩm phán sẽ ra quyết định công nhận sự thoả thuận của các đương sự. Quyết định này có hiệu lực pháp luật ngay sau khi ban hành và không được kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Trường hợp hoà giải không thành, Toà án sẽ lập biên bản hoà giải không thành và ra quyết định đưa vụ án ra xét xử.

Trong thời gian chuẩn bị xét xử nếu xảy ra một số sự kiện đặc biệt khiến việc giải quyết vụ án không còn tiếp tục được, Thẩm phán có thể ra quyết định tạm đình chỉ việc giải quyết vụ án hoặc đình chỉ việc giải quyết vụ án. Các trường hợp tạm đình chỉ vụ án được quy định tại Điều 189 Bộ luật Tố tụng dân sự 2004. Các trường hợp đình chỉ giải quyết vụ án được quy định tại Điều 192 Bộ luật Tố tụng dân sự 2004.

Trong trường hợp vụ án hoà giải không thành hoặc không thể tiến hành hoà giải được, không bị tạm đình chỉ, đình chỉ việc giải quyết vụ án, thì sau khi chuẩn bị xong Toà án phải ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm.

#### **4.3. Phiên toà sơ thẩm**

Sau khi có quyết định đưa vụ án ra xét xử, Toà án phải mở phiên toà xét xử sơ thẩm theo đúng thời gian, địa điểm đã được ghi trong quyết định đưa vụ án ra xét xử hoặc trong Giấy báo mở lại phiên toà trong trường hợp phải hoãn phiên toà. Toà án phải mở phiên toà trong thời hạn 1 tháng kể từ ngày ra quyết định đưa vụ án ra xét xử. Trường hợp có lý do chính đáng thì thời hạn này là hai tháng.

Phiên toà sơ thẩm được tiến hành dưới sự điều khiển của một Hội đồng xét xử gồm một Thẩm phán và hai Hội thẩm nhân dân, trường hợp đặc biệt thì Hội đồng xét xử sơ thẩm có thể gồm hai Thẩm phán và ba Hội thẩm nhân dân.

Phiên toà sơ thẩm được tiến hành với sự có mặt của: Nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan hoặc đại diện của những người này; Kiểm sát viên; người làm chứng, người phiên dịch, người giám định (nếu cần).

Thủ tục tiến hành phiên toà sơ thẩm bao gồm các bước sau:

*Thứ nhất*, thủ tục bắt đầu phiên toà;

*Thứ hai*, thủ tục hỏi tại phiên toà;

*Thứ ba*, tranh luận tại phiên toà;

*Thứ tư*, nghị án;

*Thứ năm*, tuyên án.

Trong thời hạn 10 ngày kể từ khi tuyên án, Toà án phải giao hoặc gửi bản án cho các đương sự và Viện kiểm sát cùng cấp. Bản án, quyết định của Toà án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật mà trong thời hạn pháp luật quy định có thể bị kháng cáo, kháng nghị để xét xử lại theo thủ tục phúc thẩm.

#### **4.4. Thủ tục phúc thẩm**

Xét xử phúc thẩm là việc Toà án cấp trên trực tiếp xét xử lại vụ án mà bản án, quyết định của Toà án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật và có kháng cáo, kháng nghị một cách hợp lệ. Thủ tục phúc thẩm nhằm mục đích sửa chữa những sai lầm của Toà án cấp sơ thẩm trong bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật và cũng để Toà án cấp trên kiểm tra chất lượng xét xử của Toà án cấp dưới, qua đó rút kinh nghiệm, chỉ đạo hoạt động xét xử đúng pháp luật. Bản án, quyết định phúc thẩm có hiệu lực thi hành ngay sau khi tuyên án, hoặc ngày ra quyết định.

Thời hạn kháng cáo là 15 ngày kể từ ngày Toà tuyên án hoặc bản án được giao cho họ hoặc được niêm yết (nếu đương sự vắng mặt tại phiên toà); 7 ngày kể từ ngày nhận được quyết định tạm đình chỉ hoặc đình chỉ việc giải quyết vụ án. Thời hạn kháng nghị là 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 Toà tuyên án. Trường hợp Kiểm sát viên không tham gia phiên toà thì thời hạn được tính từ khi Viện kiểm sát nhận được bản án; 7 ngày đối với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp; 10 ngày đối với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp trên trực tiếp kể từ ngày nhận được quyết định tạm đình chỉ hoặc quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án.

Người kháng cáo phải làm đơn kháng cáo; Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân kháng nghị phải bằng văn bản. Nội dung kháng cáo, kháng nghị phải nêu rõ nội dung phần quyết định của bản án, quyết định bị kháng cáo, kháng nghị; lý do kháng cáo, kháng nghị; yêu cầu của người kháng cáo, kháng nghị.



Kháng cáo, kháng nghị được gửi đến Toà án nhân dân cấp sơ thẩm đã xét xử vụ án đó. Trong thời hạn 15 ngày, Toà án cấp sơ thẩm phải gửi kháng cáo, kháng nghị kèm theo toàn bộ hồ sơ vụ án cho Toà án cấp phúc thẩm.

Hội đồng xét xử phúc thẩm bao gồm ba Thẩm phán và quyết định theo đa số. Thủ tục tại phiên toà phúc thẩm được tiến hành tương tự như phiên toà sơ thẩm. Kết thúc phiên toà phúc thẩm, Hội đồng xét xử phúc thẩm có quyền ra một trong các quyết định sau:

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

#### ***4.5. Thủ tục xem xét lại đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật***

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

Giám đốc thẩm là xét lại bản án, quyết định của Toà án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì phát hiện có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án. Quyết định giám đốc thẩm có hiệu lực kể từ ngày Hội đồng giám đốc thẩm ra quyết định.

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

### **5. Thi hành bản án, quyết định giải quyết các vụ việc kinh doanh, thương mại của Toà án, phán quyết của Trọng tài**

Thi hành bản án, quyết định của Toà án và phán quyết của Trọng tài là giai

đoạn thực hiện các bản án, quyết định của Toà án đã có hiệu lực pháp luật và các phán quyết của Trọng tài. Đây là giai đoạn quan trọng thể hiện kết quả hiện thực của bản án, quyết định của Toà án và Trọng tài. Việc thi hành bản án, quyết định của Toà án về kinh doanh – thương mại nói riêng, về dân sự nói chung và phán quyết của Trọng tài được quy định trong Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 và Luật Thi hành án dân sự năm 2008.

Ở một số nước, thi hành án dân sự được quan niệm khá rộng. Ví dụ ở Thụy Điển, thi hành án dân sự gồm cả thi hành dân sự, thi hành quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp và thi hành về thuế. Việc thi hành án dân sự ở Việt Nam do cơ quan thi hành án dân sự thuộc Bộ Tư pháp tiến hành, tuy nhiên ở nhiều nước, việc này được giao cho Tòa án, ví dụ Cộng hòa Liên bang Nga, Singapore, Trung Quốc... Theo Bộ luật tố tụng Cộng hòa Liên bang Nga, Toà án đảm nhiệm việc thi hành án dân sự. Chấp hành viên là người thi hành các bản án, quyết định của Toà án. Bản án được Chấp hành viên của Toà án nơi cư trú hoặc nơi làm việc của con nợ hoặc nơi người đó có tài sản thi hành. Ở Singapore, các nhân viên thi hành án thuộc Bộ phận thi hành án của Toà án vừa có nhiệm vụ thi hành án, vừa có nhiệm vụ tổng đạt giấy tờ, thực hiện các lệnh bắt giữ...

### *5.1. Về yêu cầu thi hành án dân sự*

Đương sự có quyền yêu cầu thi hành án trong thời hiệu yêu cầu thi hành án. Thời hiệu thi hành án là 5 năm kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật.

Đơn yêu cầu thi hành án có các nội dung chính sau đây:

- Họ, tên, địa chỉ của người yêu cầu;
- Tên cơ quan thi hành án dân sự nơi yêu cầu;
- Họ, tên, địa chỉ của người được thi hành án; người phải thi hành án;
- Nội dung yêu cầu thi hành án;
- Thông tin về tài sản hoặc điều kiện thi hành án của người phải thi hành án.

Trường hợp do sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan dẫn đến việc không thể gửi đơn yêu cầu thi hành án đúng hạn thì đương sự có quyền gửi đơn đề nghị thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành án xem xét. Thời gian xảy ra sự kiện bất khả kháng hoặc xảy ra trở ngại khách quan nên không thể yêu cầu thi hành án đúng hạn không tính vào thời hiệu yêu cầu thi hành án.

Sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- Sự kiện bất khả kháng là trường hợp thiên tai, hỏa hoạn, dịch họa;
- Trở ngại khách quan là trường hợp đương sự không nhận được bản án, quyết

định mà không phải do lỗi của họ; đương sự đi công tác ở vùng biên giới, hải đảo mà không thể gửi đơn yêu cầu thi hành án đúng hạn; tai nạn, ốm nặng đến mức mất khả năng nhận thức, phải điều trị nội trú hoặc do lỗi của cơ quan xét xử, cơ quan thi hành án dân sự hoặc cơ quan, cá nhân khác dẫn đến việc đương sự không thể yêu cầu thi hành án đúng hạn hoặc đương sự chết mà chưa xác định được người thừa kế; tổ chức hợp nhất, sáp nhập, chia, tách, giải thể, cổ phần hóa mà chưa xác định được tổ chức, cá nhân mới có quyền yêu cầu thi hành án theo quy định của pháp luật.

### **5.2. Những bản án, quyết định được thi hành**

*\* Bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật:*

a) Bản án, quyết định hoặc phần bản án, quyết định của Toà án cấp sơ thẩm không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm;

b) Bản án, quyết định của Toà án cấp phúc thẩm;

c) Quyết định giám đốc thẩm hoặc tái thẩm của Toà án;

d) Bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài đã được Toà án Việt Nam công nhận và cho thi hành tại Việt Nam;

đ) Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh mà sau 30 ngày kể từ ngày có hiệu lực pháp luật đương sự không tự nguyện thi hành, không khởi kiện tại Toà án;

e) Quyết định của Trọng tài thương mại.

*\* Những bản án, quyết định sau đây của Toà án cấp sơ thẩm được thi hành ngay, mặc dù có thể bị kháng cáo, kháng nghị:*

a) Bản án, quyết định về cấp dưỡng, trả lương, trả công lao động, trợ cấp thôi việc, trợ cấp mất việc làm, trợ cấp mất sức lao động hoặc bồi thường thiệt hại về tính mạng, sức khoẻ, tổn thất về tinh thần, nhận người lao động trở lại làm việc;

b) Quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời.

### **5.3. Hệ thống tổ chức thi hành án dân sự theo quy định của Luật Thi hành án dân sự**

*\* Cơ quan quản lý thi hành án dân sự bao gồm:*

a) Cơ quan quản lý thi hành án dân sự thuộc Bộ Tư pháp;

b) Cơ quan quản lý thi hành án thuộc Bộ Quốc phòng.

*\* Cơ quan thi hành án dân sự bao gồm:*

a) Cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương;

b) Cơ quan thi hành án dân sự huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh;

c) Cơ quan thi hành án quân khu và tương đương.

#### **5.4. Thẩm quyền thi hành án**

*\* Cơ quan thi hành án dân sự cấp huyện có thẩm quyền thi hành các bản án, quyết định sau đây:*

a) Bản án, quyết định sơ thẩm của Tòa án cấp huyện nơi cơ quan thi hành án dân sự có trụ sở;

b) Bản án, quyết định phúc thẩm của Tòa án cấp tỉnh đối với bản án, quyết định sơ thẩm của Tòa án cấp huyện nơi cơ quan thi hành án dân sự cấp huyện có trụ sở;

c) Quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm của Tòa án cấp tỉnh đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án cấp huyện nơi cơ quan thi hành án dân sự cấp huyện có trụ sở;

d) Bản án, quyết định do cơ quan thi hành án dân sự cấp huyện nơi khác, cơ quan thi hành án dân sự cấp tỉnh hoặc cơ quan thi hành án cấp quân khu ủy thác.

*\* Cơ quan thi hành án dân sự cấp tỉnh có thẩm quyền thi hành các bản án, quyết định sau đây:*

a) Bản án, quyết định sơ thẩm của Tòa án cấp tỉnh trên cùng địa bàn;

b) Bản án, quyết định của Tòa án nhân dân tối cao chuyển giao cho cơ quan thi hành án dân sự cấp tỉnh;

c) Bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài được Tòa án công nhận và cho thi hành tại Việt Nam;

d) Quyết định của Trọng tài thương mại;

đ) Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh;

e) Bản án, quyết định do cơ quan thi hành án dân sự nơi khác hoặc cơ quan thi hành án cấp quân khu ủy thác;

g) Bản án, quyết định thuộc thẩm quyền thi hành của cơ quan thi hành án dân sự cấp huyện mà thấy cần thiết lấy lên để thi hành;

h) Bản án, quyết định mà có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp về thi hành án.

*\* Cơ quan thi hành án cấp quân khu có thẩm quyền thi hành các bản án, quyết định sau đây:*

a) Quyết định về hình phạt tiền, tịch thu tài sản, truy thu tiền, tài sản thu lợi bất chính, xử lý vật chứng, tài sản, án phí và quyết định dân sự trong bản án, quyết định hình sự của Tòa án quân sự quân khu và tương đương trên địa bàn;

b) Quyết định về hình phạt tiền, tịch thu tài sản, truy thu tiền, tài sản thu lợi bất

chính, xử lý vật chứng, tài sản, án phí và quyết định dân sự trong bản án, quyết định hình sự của Toà án quân sự khu vực trên địa bàn;

c) Quyết định về hình phạt tiền, tịch thu tài sản, xử lý vật chứng, tài sản, truy thu tiền, tài sản thu lợi bất chính, án phí và quyết định dân sự trong bản án, quyết định hình sự của Toà án quân sự Trung ương chuyển giao cho cơ quan thi hành án cấp quân khu;

d) Bản án, quyết định dân sự của Toà án nhân dân tối cao chuyển giao cho cơ quan thi hành án cấp quân khu;

đ) Bản án, quyết định do cơ quan thi hành án dân sự cấp tỉnh, cơ quan thi hành án dân sự cấp huyện, cơ quan thi hành án cấp quân khu khác ủy thác.

### **5.5. Thủ tục thi hành bản án, quyết định của Toà án và Trọng tài**

Quá trình thi hành các bản án quyết định của Toà án và Trọng tài được khái quát thành các bước cơ bản sau:

– *Cấp bản án, quyết định của Toà án, Trọng tài:*

Toà án, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, Trọng tài thương mại đã ra bản án, quyết định được quy định trong Luật Thi hành án dân sự phải cấp cho đương sự bản án, quyết định có ghi “Đề thi hành”.

– *Ra quyết định thi hành án:*

Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự chủ động ra quyết định thi hành đối với phần bản án, quyết định sau đây:

- a) Hình phạt tiền, truy thu tiền, tài sản thu lợi bất chính, án phí;
- b) Trả lại tiền, tài sản cho đương sự;
- c) Tịch thu sung quỹ nhà nước, tịch thu tiêu huỷ vật chứng, tài sản;
- d) Thu hồi quyền sử dụng đất và tài sản khác thuộc diện sung quỹ nhà nước;
- đ) Quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời.

Ngoài các trường hợp trên, Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự chỉ ra quyết định thi hành án khi có đơn yêu cầu thi hành án.

– *Chuyển giao bản án, quyết định*

Việc chuyển giao bản án, quyết định được quy định như sau:

+ Đối với bản án, quyết định thuộc phạm vi thi hành của Luật Thi hành án dân sự, Toà án đã ra bản án, quyết định phải chuyển giao cho cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật.

+ Đối với bản án, quyết định thuộc phạm vi thi hành của Luật Thi hành án dân

sự, Toà án đã ra bản án, quyết định phải chuyển giao cho cơ quan thi hành án dân sự trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày ra bản án, quyết định.

+ Đối với quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì Toà án đã ra quyết định phải chuyển giao cho cơ quan thi hành án dân sự ngay sau khi ra quyết định.

+ Trường hợp cơ quan có thẩm quyền đã kê biên tài sản, tạm giữ tài sản, thu giữ vật chứng hoặc thu giữ các tài liệu khác có liên quan đến việc thi hành án thì khi chuyển giao bản án, quyết định cho cơ quan thi hành án dân sự, Toà án phải gửi kèm theo bản sao biên bản về việc kê biên, tạm giữ tài sản, thu giữ vật chứng hoặc tài liệu khác có liên quan.

#### *– Thủ tục nhận bản án, quyết định*

Khi nhận bản án, quyết định do Toà án chuyển giao, cơ quan thi hành án dân sự phải kiểm tra, vào sổ nhận bản án, quyết định. Sổ nhận bản án, quyết định phải ghi rõ số thứ tự; ngày, tháng, năm nhận bản án, quyết định; số, ngày, tháng, năm của bản án, quyết định và tên Toà án đã ra bản án, quyết định; họ, tên, địa chỉ của đương sự và tài liệu khác có liên quan.

Việc giao, nhận trực tiếp bản án, quyết định phải có chữ ký của hai bên. Trường hợp nhận được bản án, quyết định và tài liệu có liên quan bằng đường bưu điện, cơ quan thi hành án dân sự phải thông báo bằng văn bản cho Toà án đã chuyển giao biết.

#### *– Cường chế thi hành án*

Luật Thi hành án dân sự năm 2008 quy định Nhà nước khuyến khích đương sự tự nguyện thi hành án. Tuy nhiên, người phải thi hành án có điều kiện thi hành án mà không tự nguyện thi hành thì bị cưỡng chế thi hành án theo quy định của Luật Thi hành án dân sự năm 2008. Thời hạn tự nguyện thi hành án là 15 ngày, kể từ ngày người phải thi hành án nhận được hoặc được thông báo hợp lệ quyết định thi hành án. Trong trường hợp cần ngăn chặn người phải thi hành án có hành vi tẩu tán, huỷ hoại tài sản hoặc trốn tránh việc thi hành án thì Chấp hành viên có quyền áp dụng ngay các biện pháp cưỡng chế theo quy định của pháp Luật Thi hành án dân sự năm 2008.

Để đảm bảo thi hành án trong trường hợp đương sự không tự nguyện thi hành, Luật Thi hành án dân sự năm 2008 dành nhiều điều quy định về điều kiện, thủ tục áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành án dân sự.

Điều 70 Luật Thi hành án dân sự năm 2008 quy định ba căn cứ để cưỡng chế thi hành án bao gồm:

a) Bản án, quyết định: Đây là những bản án, quyết định được thi hành theo thủ tục thi hành án dân sự, gồm có: Bản án, quyết định dân sự, hình phạt tiền, tịch thu

tài sản, truy thu tiền, tài sản thu lợi bất chính, xử lý vật chứng, tài sản, án phí và quyết định dân sự trong bản án, quyết định hình sự, phần tài sản trong bản án, quyết định hành chính của Tòa án. Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có liên quan đến tài sản của bên phải thi hành án của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh và quyết định của Trọng tài thương mại.

b) Quyết định thi hành án: Là quyết định do Thủ trưởng cơ quan thi hành án ban hành, đó có thể là quyết định thi hành án được ban hành theo thủ tục chủ động ra quyết định thi hành án hoặc quyết định thi hành án được ban hành theo thủ tục thi hành án theo đơn yêu cầu.

c) Quyết định cưỡng chế thi hành án: Là quyết định do Chấp hành viên ban hành.

Tuy nhiên, trong trường hợp bản án, quyết định đã tuyên kê biên, phong toà tài sản, tài khoản và trường hợp thi hành quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án, thì không phải có quyết định cưỡng chế thi hành án.

Các biện pháp cưỡng chế thi hành án theo Điều 71 Luật Thi hành án dân sự năm 2008 bao gồm sáu loại biện pháp sau đây:

a) Khấu trừ tiền trong tài khoản; thu hồi, xử lý tiền, giấy tờ có giá của người phải thi hành án.

b) Trừ vào thu nhập của người phải thi hành án.

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

d) Khai thác tài sản của người phải thi hành án.

đ) Buộc chuyển giao vật, chuyển giao quyền tài sản, giấy tờ.

e) Buộc người phải thi hành án thực hiện hoặc không được thực hiện công việc nhất định.

#### **IV. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI**

##### **1. Nguyên tắc xác định pháp luật trong giải quyết tranh chấp kinh doanh có yếu tố nước ngoài**

Theo Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004, vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài là vụ việc dân sự có ít nhất một trong các đương sự là người nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài hoặc các quan hệ dân sự giữa các đương sự là công dân, cơ quan, tổ chức Việt Nam nhưng căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó theo pháp luật nước ngoài, phát sinh tại nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài.

Qua cách xác định của Bộ luật Tố tụng dân sự, có thể thấy tranh chấp trong kinh doanh có yếu tố nước ngoài có các đặc trưng sau:

- Chủ thể của tranh chấp một bên là người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài.
- Căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ có tranh chấp phát sinh ở nước ngoài.
- Tài sản liên quan đến tranh chấp nằm ở nước ngoài.
- Nguồn luật để giải quyết tranh chấp là Điều ước quốc tế, luật quốc gia và tập quán thương mại quốc tế...

Như vậy, có thể hiểu tranh chấp trong kinh doanh có yếu tố nước ngoài là tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại chịu sự điều chỉnh không chỉ của luật quốc gia mà còn của các nguồn luật quốc tế, trong đó một bên hoặc các bên chủ thể tham gia là người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài 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.

Để xác định luật áp dụng trong giải quyết tranh chấp kinh doanh quốc tế, các nước trên thế giới đã xây dựng những quy định về xung đột pháp luật để xác định luật áp dụng với giao dịch trong nhiều trường hợp khác nhau và sử dụng những cách tiếp cận sau đây để xác định luật áp dụng đối với giao dịch kinh doanh quốc tế:

- Luật nơi cư trú/nơi thường trú/nơi có quốc tịch;
- Luật nơi có trụ sở kinh doanh chính và nơi thành lập;
- Ngôn ngữ để soạn thảo hợp đồng;
- Nơi tiến hành các quá trình trọng tài trong trường hợp có tranh chấp;
- Việc thanh toán được tiến hành bằng đồng tiền nào;
- Cờ của tàu biển có liên quan đến giao dịch;
- Luật nơi giao kết hợp đồng;
- Luật nơi thực hiện hợp đồng;
- Các hành vi nhất định được thực hiện trong các giao dịch trước đó;
- Nơi công ty bảo hiểm hoặc người thứ ba có liên quan có trụ sở hoặc cư trú...

## **2. Giải quyết tranh chấp bằng Tòa án quốc tế và Trọng tài quốc tế**

Hiện nay, các cơ quan tài phán quốc tế tồn tại chủ yếu dưới hai dạng chủ yếu là Tòa án và Trọng tài quốc tế. Tính chất của mỗi loại hình tài phán này phụ thuộc vào quy chế, điều lệ và chức năng đặc thù của từng loại.

### **2.1. Thiết chế của Tòa án quốc tế**

#### **2.1.1. Tòa án Công lý quốc tế của Liên hợp quốc**

Toà án Công lý quốc tế là một trong sáu cơ quan chính của Liên hợp quốc,



được thành lập năm 1945 và có các nhiệm vụ chính sau đây:

1) Giải quyết các tranh chấp giữa các quốc gia và giữa các tổ chức quốc tế trên cơ sở luật pháp quốc tế. Các thể nhân và pháp nhân không có quyền đưa các tranh chấp ra giải quyết trước Tòa án Công lý quốc tế.

2) Lâm chức năng tư vấn pháp lý cho Hội đồng Bảo an, Hội đồng Thường trực và cho các tổ chức khác của Liên hợp quốc.

Ngoài các nhiệm vụ trên, Tòa án Công lý quốc tế còn có nhiệm vụ chung cùng với các cơ quan khác của Liên hợp quốc bảo vệ hoà bình, kiểm tra giám sát các nước thành viên Liên hợp quốc thực hiện nghĩa vụ của mình theo đúng Hiến chương Liên hợp quốc và theo quyết định của các cơ quan của Liên hợp quốc.

### *2.1.2. Tòa án liên minh châu Âu*

Tòa án có thẩm quyền ghi nhận trong chức năng giải thích luật của Liên minh châu Âu, đảm bảo cho pháp luật của Liên minh được các thiết chế trong Liên minh châu Âu, các quốc gia thành viên, công dân của nước thành viên tuân thủ. Tòa án liên minh châu Âu còn có chức năng giải thích luật của cộng đồng theo yêu cầu của Tòa án các nước thành viên. Bên cạnh cơ quan tài phán này còn có Tòa án sơ thẩm cộng đồng châu Âu.

### *2.1.3. Tòa án quốc tế về Luật biển*

Tòa án quốc tế về Luật biển là cơ quan xét xử được thành lập theo công ước của Liên hợp quốc về Luật biển năm 1982. Tòa án quốc tế về Luật biển giải quyết các tranh chấp về Luật biển liên quan đến việc giải thích hay thực hiện Công ước năm 1982. Ngoài ra, toà án còn có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về Luật biển phát sinh từ các điều ước quốc tế khác, nếu trong các điều ước này có quy định như vậy. Trong trường hợp này, toà án chỉ được phép xét xử sau khi có sự nhất trí của tất cả các bên tham gia điều ước.

## *2.2. Thiết chế Trọng tài quốc tế*

### *2.2.1. Tòa Trọng tài thường trực La Hay (PCA)*

Là Tòa có thẩm quyền giải quyết tất cả các tranh chấp phát sinh giữa các quốc gia thành viên, trừ khi các quốc gia thỏa thuận lựa chọn một phương hướng giải quyết khác.

### *2.2.2. Tòa trọng tài quốc tế về Luật Biển*

Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay áp dụng công ước về thi hành các quyền chủ quyền hay quyền tài phán của quốc gia ven biển; các tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay áp dụng các quy định của công ước về nghiên cứu khoa học biển; các tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay áp dụng các quy định của công ước về đánh bắt hải sản.

### 2.2.3. Toà án trọng tài quốc tế của Phòng thương mại quốc tế

Toà án trọng tài quốc tế ICC, tổ chức trọng tài quốc tế hàng đầu thế giới, được thành lập năm 1923 và có trụ sở chính ở Paris. Hàng năm, tổ tụng trọng tài ICC diễn ra ở 35 quốc gia khác nhau. Toà án ICC không thực sự là một toà án. Các trọng tài viên được các bên chỉ định giải quyết tranh chấp được chuyển cho trọng tài ICC. Vai trò của hơn 80 thành viên của Toà án trọng tài ICC đến từ 70 quốc gia khác nhau là giám sát tổ tụng trọng tài. Đặc trưng quan trọng và duy nhất của Toà án trọng tài ICC là được quyền xem xét kỹ lưỡng và chấp thuận phán quyết trọng tài do các trọng tài viên soạn thảo.

### 2.2.4. Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế

Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID) được Ngân hàng thế giới thành lập theo Công ước năm 1965 về Giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và công dân của các quốc gia khác nhau. Mục đích chính của Trung tâm là tạo điều kiện thuận lợi cho việc giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các chính phủ và nhà đầu tư nước ngoài. Từ năm 1978, Trung tâm đã đặt ra bộ quy tắc tạo điều kiện thuận lợi bổ sung, cho phép Ban thư ký ICSID giám sát một số vụ tranh chấp giữa các quốc gia và công dân nước ngoài mà không thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước.

### 2.2.5. Trung tâm trung gian và trọng tài của Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới

Trung tâm trung gian và trọng tài WIPO thành lập năm 1994 tại Ginevơ, Thụy Sĩ nhằm cung cấp dịch vụ trung gian và trọng tài giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế. Thủ tục tổ tụng của Trung tâm được quy định đặc biệt cho tranh chấp về công nghệ, giải trí và các tranh chấp khác liên quan tới sở hữu trí tuệ. Đặc biệt, Trung tâm tập trung thiết lập khuôn khổ hoạt động cho việc giám sát các tranh chấp liên quan tới Internet và thương mại điện tử. Kể từ năm 1999, Trung tâm là nhà cung cấp dịch vụ giải quyết tranh chấp phát sinh từ việc đăng ký tên miền Internet hàng đầu.

### 2.2.6. Toà án tư pháp và trọng tài thường trực OHADA

Năm 1993, 16 nước Trung và Tây Phi đã phê chuẩn Hiệp ước OHADA qui định một khung pháp lý thống nhất duy nhất cho luật kinh doanh ở khu vực. Một tổ chức của Hiệp ước là Toà án tư pháp và trọng tài thường trực ở Abidjan, Bờ biển Ngà đã được thành lập. Năm 1998, Đạo luật trọng tài OHADA và Quy tắc tổ tụng trọng tài của Toà án thường trực có hiệu lực. Trong thẩm quyền hành chính của mình, Toà án giám sát tổ tụng trọng tài tranh chấp do các bên chuyển tới. Toà án cũng xem xét kỹ bản thảo phán quyết trọng tài.

Ngoài các cơ quan tài phán cơ bản trên, thì hiện nay trên thế giới còn tồn tại những cơ quan tài phán quốc tế khác như tài phán của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO), Tài phán của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN)...

### **3. Vấn đề công nhận và thi hành tại Việt Nam các phán quyết của Tòa án và Trọng tài nước ngoài**

Hiện nay trên thế giới việc công nhận và thi hành các phán quyết của Tòa án và Trọng tài quốc tế được thực hiện theo Công ước La Hay về công nhận và thi hành bản án của Tòa án nước ngoài trong các lĩnh vực dân sự và thương mại năm 1971 và Công ước New York về công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài nước ngoài ngày 10/6/1958. Việt Nam đã là thành viên của Công ước New York về công nhận và thi hành các phán quyết của Trọng tài nước ngoài. Do đó, nếu việc công nhận phán quyết của Trọng tài nước ngoài được thực hiện theo Công ước New York thì việc công nhận phán quyết của Tòa án nước ngoài được thực hiện theo các điều ước quốc tế về tương trợ tư pháp và pháp lý hoặc theo nguyên tắc có đi có lại.

#### **3.1. Pháp luật Việt Nam về công nhận và thi hành tại Việt Nam các phán quyết của Tòa án nước ngoài**

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 cũng quy định cụ thể về trình tự, thủ tục công nhận và thi hành tại Việt Nam các phán quyết của Tòa án nước ngoài.

Toà án Việt Nam xem xét công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài trong các trường hợp sau:

- Bản án, quyết định dân sự của Tòa án của nước mà Việt Nam và nước đó đã ký kết hoặc gia nhập điều ước quốc tế về vấn đề này;
- Bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài được pháp luật Việt Nam quy định công nhận và cho thi hành.

- Bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài cũng có thể được Tòa án Việt Nam xem xét công nhận và cho thi hành tại Việt Nam trên cơ sở có đi có lại mà không đòi hỏi Việt Nam và nước đó phải ký kết hoặc gia nhập điều ước quốc tế về vấn đề đó.

Đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài phải được gửi đến Bộ Tư pháp Việt Nam. Trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu, các giấy tờ, tài liệu kèm theo, Bộ Tư pháp phải chuyển hồ sơ đến Tòa án có thẩm quyền.

Bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài không được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam trong các trường hợp:

- 1) Bản án, quyết định dân sự chưa có hiệu lực pháp luật theo quy định của pháp luật của nước có Tòa án đã ra bản án, quyết định đó;
- 2) Người phải thi hành hoặc người đại diện hợp pháp của người đó đã vắng mặt tại phiên toà của Tòa án nước ngoài do không được triệu tập hợp lệ;
- 3) Vụ án thuộc thẩm quyền xét xử riêng biệt của Tòa án Việt Nam;
- 4) Về cùng vụ án này đã có bản án, quyết định dân sự đã có hiệu lực pháp luật

của Toà án Việt Nam hoặc của Toà án nước ngoài đã được Toà án Việt Nam công nhận hoặc trước khi cơ quan xét xử của nước ngoài thụ lý vụ án, Toà án Việt Nam đã thụ lý và đang giải quyết vụ án đó;

5) Đã hết thời hiệu thi hành án theo pháp luật của nước có Toà án đã ra bản án, quyết định dân sự đó hoặc theo pháp luật Việt Nam;

6) Việc công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài tại Việt Nam trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

### **3.2. Công ước New York về công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài nước ngoài ngày 10-6-1958**

Công ước New York về công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài nước ngoài đã được thông qua ngày 10/6/1958. Theo quy định của Công ước, mỗi quốc gia thành viên có nghĩa vụ công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài theo quy tắc tổ tụng của quốc gia mình, nhưng không được đặt ra những điều kiện và mức phí cao hơn so với việc thi hành các phán quyết của trọng tài nội tài.

Điều kiện để được công nhận và thi hành là:

1) Phán quyết trọng tài phải trở thành cơ sở thoả thuận bằng văn bản và các bên ký thoả thuận trọng tài phải có năng lực pháp lý theo quy định của luật áp dụng;

2) Bên yêu cầu công nhận và cho thi hành phải thực hiện đúng những thủ tục pháp lý theo quy định.

Việc công nhận và thi hành phán quyết trọng tài có thể bị khước từ trong các trường hợp:

1) Thoả thuận trọng tài không có giá trị theo luật dẫn chiếu.

2) Việc thành lập trọng tài và chỉ định trọng tài viên không đúng nguyên tắc trọng tài và không phù hợp với thoả thuận giữa các bên tham gia vụ tranh chấp;

3) Không tuân thủ đúng thủ tục tố tụng;

4) Xét xử sai thẩm quyền;

5) Phán quyết chưa có hiệu lực bắt buộc đối với các bên hoặc bị đình chỉ bởi một cơ quan có thẩm quyền tại quốc gia phán quyết được thông qua.

Ngoài ra, theo Công ước thì việc công nhận và thi hành phán quyết còn có thể bị từ chối nếu theo quy định của pháp luật tại quốc gia nơi được yêu cầu công nhận và thi hành thì đối tượng vụ tranh chấp không thể được giải quyết bằng trọng tài cũng như việc công nhận và thi hành sẽ trái với trật tự pháp luật của quốc gia đó.

### **3.3. Pháp luật Việt Nam về công nhận và thi hành tại Việt Nam các phán quyết trọng tài nước ngoài**

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 đã quy định cụ thể việc công nhận và thi

hành tại Việt Nam quyết định của Trọng tài nước ngoài. Theo đó, Toà án Việt Nam xem xét công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của Trọng tài nước ngoài trong trường hợp quyết định được tuyên tại nước hoặc của Trọng tài của nước mà Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập điều ước quốc tế về vấn đề này. Quyết định của Trọng tài nước ngoài cũng có thể được Toà án Việt Nam xem xét công nhận và cho thi hành tại Việt Nam trên cơ sở có đi có lại mà không đòi hỏi Việt Nam và nước đó phải ký kết hoặc gia nhập điều ước quốc tế về vấn đề đó.

Để được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam, người yêu cầu thi hành phải làm Đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của Trọng tài nước ngoài và gửi Đơn đến Bộ Tư pháp Việt Nam. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu, các giấy tờ, tài liệu kèm theo, Bộ Tư pháp chuyển hồ sơ cho Toà án có thẩm quyền.

## CÂU HỎI ÔN TẬP CHƯƠNG 6

1. Đặc điểm của trọng tài là gì? Cho biết những điểm khác biệt của trọng tài với các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn?

2. Cho biết thẩm quyền của trọng tài theo quy định của Luật Trọng tài thương mại? Quy định của Luật Trọng tài thương mại về thẩm quyền của trọng tài có điểm gì khác biệt so với các nước?

3. Thỏa thuận trọng tài là gì? Thỏa thuận trọng tài có làm quan trọng như thế nào đối với việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài?

4. Trọng tài viên là ai? Trọng tài viên có đặc điểm gì khác biệt so với thẩm phán?

5. Có quan điểm cho rằng, trọng tài viên là người có thẩm quyền phán xử vụ tranh chấp nên người này cần phải có bằng cử nhân luật. Bạn hãy bình luận quan điểm này.

6. Việc xác định quốc tịch Trọng tài viên có ý nghĩa như thế nào? Pháp luật trọng tài và quy tắc tố tụng trọng tài có giới hạn nào đối với các bên tranh chấp trong việc lựa chọn Trọng tài viên có cùng quốc tịch với bên tranh chấp không?

7. Có quan điểm cho rằng, tranh chấp giữa các bên chỉ có thể được giải quyết tại Hội đồng Trọng tài do Trung tâm Trọng tài tổ chức. Hãy cho biết quan điểm của bạn và nêu rõ lập luận.

8. Có quan điểm cho rằng, cũng giống như việc giải quyết tranh chấp tại toà án, nguyên đơn có quyền lựa chọn trọng tài để giải quyết vụ tranh chấp. Hãy cho biết quan điểm của bạn và nêu rõ lập luận.

9. Có quan điểm cho rằng, trong trường hợp vụ tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài có hiệu lực, nếu một bên khởi kiện tại toà án thì toà án có quyền thụ lý và xét xử vụ tranh chấp. Hãy cho biết quan điểm của bạn và nêu rõ lập luận.

10. Hãy cho biết tư cách pháp lý và cơ cấu tổ chức của Trung tâm trọng tài? Tư cách pháp lý của Trung tâm trọng tài có điểm gì đặc thù so với các tổ chức khác?

11. Trong quá trình giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài, các bên có quyền thỏa thuận áp dụng luật hay không? Những luật nào có liên quan đến quá trình giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài.

## Chương 7

# PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

---

Sự cạnh tranh giữa các nhà kinh doanh trong nền kinh tế thị trường đã dẫn đến việc bên cạnh những doanh nghiệp đứng vững và không ngừng phát triển thì một bộ phận không nhỏ các doanh nghiệp do nhiều nguyên nhân khác nhau đã lâm vào tình trạng không thanh toán được nợ một cách bình thường. Dấu hiệu đó đã dẫn đến tình trạng phá sản. Cũng như nhiều hiện tượng xảy ra trong đời sống kinh tế, việc điều chỉnh bằng pháp luật hiện tượng phá sản là một yêu cầu tất yếu khách quan. Và như vậy, tham gia vào quá trình điều chỉnh các quan hệ diễn ra trong hoạt động kinh doanh, người ta không chỉ nói tới bộ phận pháp luật xác định địa vị pháp lý cho các doanh nghiệp, pháp luật về giao dịch giữa các chủ thể kinh doanh hay pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh doanh. Các qui định pháp luật này tồn tại cùng với pháp luật phá sản hợp thành một hệ thống có mối liên hệ với nhau rất mật thiết, điều chỉnh toàn bộ quá trình kinh doanh của các chủ thể kinh doanh.

### I. KHÁI NIỆM CHUNG VỀ PHÁ SẢN

#### 1. Khái niệm phá sản

Phá sản có nghĩa là mất khả năng thanh toán. Danh từ này bắt nguồn từ chữ "ruin" trong tiếng La tinh có nghĩa là sự khánh tận. Theo từ điển tiếng Việt của nhà xuất bản Đà Nẵng và Trung tâm từ điển học được xuất bản năm 1998 phá sản được hiểu là "lâm vào tình trạng tài sản chẳng còn gì và thường là vỡ nợ, do kinh doanh bị thua lỗ, thất bại".

Trong quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh mà một chủ thể lâm vào tình trạng tài sản không còn để có thể thực hiện việc trả nợ bình thường thì có nghĩa là chủ thể đó đang đứng trước nguy cơ phá sản. Nói khác đi, chủ thể đó đang lâm vào tình trạng phá sản chứ không phải đã bị phá sản. Một con nợ chỉ bị phá sản sau khi đã có quyết định tuyên bố phá sản của Tòa án. Con nợ lâm vào tình trạng phá sản là căn cứ để Tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản đối với nó. Khi thủ tục phá sản được mở ra đối với con nợ cũng có nghĩa là giải quyết tình trạng khó khăn cho chính bản thân con nợ đó. Trong quá trình giải quyết phá sản, con nợ có thể được phục hồi hoặc bị phá sản. Như vậy, nếu bị phá sản, con nợ đã mất khả năng thanh toán, còn việc mất khả năng thanh toán thì không phải bao giờ cũng dẫn đến một kết cục là con nợ sẽ bị phá sản.

Dưới góc độ của luật pháp, đề cập đến phá sản là nói tới tình trạng phá sản, các cách thức và thủ tục giải quyết con nợ ở vào tình trạng phá sản. Phá sản có thể hiểu là hiện tượng con nợ lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn, không thể phục hồi hoạt động kinh doanh và bị Tòa án có thẩm quyền tuyên bố phá sản theo thủ tục pháp luật quy định. Tùy thuộc vào điều kiện, hoàn cảnh của từng quốc gia mà các nhà làm luật ở đó có những cách thức khác nhau để xác định tình trạng phá sản cũng như các quy định về thủ tục để tiến hành giải quyết phá sản. Tuy có những quy định mang tính riêng biệt nhưng phá sản bao giờ cũng có đặc điểm chung nhất định.

## 2. Đặc điểm của phá sản

*Thứ nhất*, chỉ có Tòa án là cơ quan có thẩm quyền tuyên bố phá sản đối với con nợ. Để bảo đảm quyền và lợi ích của các bên liên quan trong các vụ phá sản, luật pháp các nước đều trao quyền cho Tòa án phụ trách việc giải quyết phá sản. Để có được một quyết định tuyên bố phá sản đối với một con nợ, Tòa án phải tiến hành một thủ tục tư pháp với những quy định chặt chẽ của luật pháp sản.

*Thứ hai*, trong quá trình giải quyết phá sản, con nợ phải chịu sự kiểm tra, giám sát của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền, bị hạn chế quyền quản lý, định đoạt tài sản của mình. Vì thế, dù có thể vẫn tiến hành các hoạt động kinh doanh nhưng quyền tự do kinh doanh bị hạn chế.

*Thứ ba*, phá sản là thủ tục đòi nợ mang tính tập thể. Mỗi chủ nợ không có quyền yêu cầu con nợ thực hiện việc trả nợ riêng lẻ mà buộc phải cùng với các chủ nợ khác tham gia vào quá trình đòi nợ chung của thủ tục phá sản. Mọi vụ kiện riêng lẻ đối với con nợ bị đình chỉ để giải quyết chung trong thủ tục phá sản. Thủ tục phá sản giải quyết một cách bình đẳng toàn bộ số nợ của các chủ nợ.

*Thứ tư*, toàn bộ tài sản của con nợ được đưa vào một quỹ chung để thực hiện việc yêu cầu thanh toán cho các chủ nợ theo một ưu tiên nhất định. Nếu tài sản còn lại của con nợ không còn đủ để thanh toán tất cả các khoản nợ thì mỗi chủ nợ chỉ được thanh toán một phần khoản nợ của mình theo tỷ lệ tương ứng.

*Thứ năm*, sau khi bị tuyên bố phá sản, con nợ bị xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh và chấm dứt hoạt động. Mọi khoản nợ còn chưa thanh toán đầy đủ cũng được coi là đã thanh toán xong do đó, con nợ là chủ thể kinh doanh được thoát khỏi nợ nần sau khi được tiến hành thủ tục phá sản.

## 3. Phân loại phá sản

Phá sản có thể được phân chia theo những tiêu thức khác nhau. Sự phân chia đó có ý nghĩa nhất định trong việc giải quyết phá sản.

Căn cứ vào *tính chất của phá sản*, có thể phân biệt phá sản trung thực và phá sản gian trá. Phá sản trung thực là hậu quả của việc mất khả năng thanh toán do những nguyên nhân khách quan, chủ quan hay vì lý do bất khả kháng gây ra. Mất khả năng thanh toán có thể là do năng lực quản lý kinh doanh yếu kém, khó khăn trong tìm kiếm thị trường tiêu thụ sản phẩm, sự thay đổi trong các chính sách của Nhà nước, do chiến tranh, thiên tai gây ra... Phá sản gian trá lại là hậu quả mất khả năng thanh toán do có những thủ đoạn gian dối nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác, trốn tránh các nghĩa vụ tài chính phải thực hiện.

Căn cứ vào *chủ thể nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*, phá sản bao gồm phá sản tự nguyện và phá sản bắt buộc. Nếu con nợ là người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với mình khi thấy không còn khả năng thanh toán nợ thì phá sản đối với con nợ là phá sản tự nguyện. Nếu chủ nợ (hiểu theo nghĩa rộng bao gồm tất cả các loại nợ) là người nộp đơn thì sự phá sản đối với con nợ lại là bắt buộc.

Căn cứ vào *đối tượng áp dụng luật phá sản*, phá sản được chia thành phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân. Xuất phát từ quan điểm thừa nhận sự tương đồng giữa phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân, có nước có quy định thủ tục áp dụng phá sản đối với cả chủ thể kinh doanh lẫn tiêu dùng (Chẳng hạn pháp luật phá sản của Nhật Bản). Tuy nhiên, việc giải quyết phá sản của các chủ thể này có sự phân biệt vì việc xác định tình trạng tài chính của cá nhân ít bị chi phối bởi các yếu tố thương mại hơn nhiều so với một doanh nghiệp và sau khi tiến hành xong thủ tục phá sản, một cá nhân vẫn tiếp tục tồn tại và có năng lực hành vi dân sự nhưng doanh nghiệp không còn tồn tại về mặt pháp lý cũng như trên thực tế.

## II. PHÁP LUẬT PHÁ SẢN TRONG NỀN KINH TẾ THỊ TRƯỜNG

### 1. Sự hình thành và phát triển của pháp luật phá sản

Pháp luật phá sản có lịch sử ra đời từ thời kỳ La Mã cổ đại. Trong các giao lưu thương mại thời kỳ này, khi các thương nhân không trả được nợ thường bị bắt làm nô lệ đem bán lấy tiền để trừ vào nợ như những hàng hoá thông thường khác. Tình trạng này dẫn đến việc một con nợ khi có nguy cơ không trả được nợ phải bỏ trốn, gây ra sự mất ổn định trong xã hội. Để giải quyết tình trạng bất ổn đó, Nhà nước La Mã đã phải đứng ra can thiệp để cưỡng chế tài sản của con nợ để trả nợ cho chủ nợ. Tuy nhiên, cách thức đó chỉ thích hợp trong trường hợp con nợ chỉ mắc nợ một người và tài sản còn lại của con nợ đủ để trả nợ cho chủ nợ đó. Nếu có nhiều chủ nợ và nhất là, nếu tài sản còn lại của con nợ không đủ để trả nợ thì tranh chấp thường xuyên xảy ra. Để tạo ra sự công bằng, Tòa án địa phương nơi con nợ cư trú thường được yêu cầu đứng ra quản lý số tài sản của con nợ rồi phân chia số tài sản



này cho các chủ nợ tùy theo vốn, lãi của từng người. Cách làm này đã tỏ ra có hiệu quả và sau này dần dần được hoàn chỉnh, quy định thành luật phá sản của thời La Mã cổ đại.

Đến thời kỳ trung cổ, các quốc gia châu Âu cũng đã ban hành Luật Phá sản. Lúc đầu, luật này được áp dụng trong lĩnh vực thương mại, về sau được mở rộng tới mọi hoạt động kinh doanh trong xã hội. Luật phá sản thời kỳ này thể hiện rất rõ thái độ trừng trị của Nhà nước đối với con nợ bị phá sản. Phá sản bị coi là một tội danh, vì thế, con nợ bị xử phạt rất nặng. Có những quốc gia (như ở Anh) đã cho phép bỏ tù con nợ.

Trong mỗi giai đoạn phát triển của xã hội, luật phá sản đã có sự phát triển và được cải tiến phù hợp hơn. Cách nhìn nhận của xã hội, của Nhà nước về con nợ cũng khác đi. Nhà nước với tư cách đại diện cho xã hội đã tìm cách giải quyết hài hòa các quan hệ lợi ích trong phá sản. Vì thế, luật phá sản hiện đại đã có các quy định theo hướng giải quyết tốt nhất hậu quả xảy ra do một con nợ đang đứng trước nguy cơ phá sản. Nó tạo điều kiện tiếp tục tồn tại cho các con nợ còn có khả năng phục hồi hoạt động kinh doanh với mục tiêu cứu giúp con nợ thoát khỏi tình trạng phá sản. Nhà nước chỉ tuyên bố phá sản đối với những con nợ đã thực sự không còn phương thức cứu chữa.

Quá trình hội nhập kinh tế thế giới đã làm cho việc giải quyết các quan hệ kinh doanh không còn chỉ bó hẹp trong phạm vi một quốc gia. Cũng như nhiều vấn đề khác của pháp luật trong thương mại quốc tế, sự khác biệt về pháp luật phá sản của các quốc gia đã gây ra những khó khăn nhất định cho các nhà kinh doanh. Trong bối cảnh đó, các quốc gia cần phải bàn bạc những nguyên tắc chung của luật phá sản. Các Điều ước quốc tế về phá sản doanh nghiệp đã có từ lâu như Điều ước Vêrona và Trent năm 1204, Hiệp ước Vêrona và Venice năm 1306, Công ước của Pháp – Thụy Điển năm 1869, Công ước của Pháp – Bỉ năm 1899,... Tuy nhiên, vấn đề này mới chỉ dừng lại ở việc công nhận chuyển giao tài sản của các con nợ phá sản ở nước ngoài. Hiện nay, các nguyên tắc chung của luật phá sản cũng được đặt ra tại những nước có nền kinh tế phát triển như Mỹ, Canada, Hội đồng châu Âu. Do chịu ảnh hưởng của các yếu tố kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội... nên việc đi đến thống nhất về ý chí để có được các hiệp định song phương hay đa phương về vấn đề này cũng không phải dễ, tuy đó vẫn là điều mà các bên hy vọng thành công.

Tại Việt Nam, pháp luật phá sản đã có từ thời kỳ thực dân Pháp do hộ nên chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật thực dân. Luật này trên thực tế cũng chỉ được áp dụng rất ít tại miền Nam. Sau này, trong Bộ luật Thương mại Sài Gòn năm 1972 cũng đã có những quy định về "khánh tận", "thanh toán tư pháp".

Khi đất nước thống nhất, Nhà nước Việt Nam đã chủ trương xây dựng nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, thực hiện chế độ bao cấp đối với các doanh nghiệp, vì thế, vấn đề phá sản không được đặt ra khi xuất hiện tình trạng nợ nần của các doanh nghiệp. Nhà nước dường như bị coi là con nợ, là người gánh chịu mọi hậu quả kinh tế khi xuất hiện nợ không thanh toán được của các doanh nghiệp. Thời kỳ này chỉ có các quy định về giải thể để áp dụng đối với các doanh nghiệp kinh doanh thua lỗ.

Được xem xét là một trong những hiện tượng kinh tế – xã hội tồn tại tất yếu trong nền kinh tế thị trường, việc điều chỉnh bằng pháp luật hiện tượng phá sản do đó là một yêu cầu khách quan. Luật Phá sản doanh nghiệp được Quốc hội thông qua ngày 30 tháng 12 năm 1993 là đạo Luật phá sản đầu tiên của nước ta đã phản ánh yêu cầu đó. Tuy nhiên, do hoàn cảnh ra đời của đạo luật này là vào thời kỳ của những năm đầu đổi mới cơ chế quản lý kinh tế nên nó còn có nhiều hạn chế trong việc giải quyết phá sản. Thêm vào đó, cơ chế thị trường được xác lập ngày càng hoàn thiện đã đặt ra yêu cầu phải sửa đổi, bổ sung pháp luật hiện hành, trong đó có Luật Phá sản doanh nghiệp. Ngày 15 tháng 6 năm 2004, tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội khóa XI, Luật Phá sản đã được thông qua và thay thế Luật Phá sản doanh nghiệp năm 1993.

## **2. Vai trò của pháp luật phá sản trong nền kinh tế thị trường**

Trong nền kinh tế thị trường, phá sản là một hiện tượng khách quan và là một thuộc tính tất yếu, vốn có, luôn luôn tiềm ẩn. Về thực chất, phá sản là quá trình chọn lọc, đào thải tự nhiên nhằm tạo ra những nhân tố mới phù hợp với quan hệ kinh tế mới, thúc đẩy sự phát triển đời sống kinh tế – xã hội.

Có thể thấy, các quan hệ kinh tế trong nền kinh tế thị trường diễn ra ngày càng đa dạng, phức tạp. Chính vì lẽ đó, pháp luật điều chỉnh những quan hệ đó cũng ngày càng phong phú và có phạm vi điều chỉnh ngày càng rộng lớn. Nếu như pháp luật về thành lập doanh nghiệp cũng như các chủ thể kinh doanh khác được gọi là pháp luật “đầu vào” của doanh nghiệp thì pháp luật giải thể, phá sản doanh nghiệp lại được gọi là pháp luật “đầu ra” cho doanh nghiệp. Và như thế, pháp luật phá sản chỉ là một bộ phận trong toàn bộ hệ thống pháp luật kinh tế. Bộ phận pháp luật này đóng vai trò hết sức quan trọng trong nền kinh tế quốc dân. Có thể nêu ra một số vai trò chủ yếu của pháp luật phá sản như sau:

### **2.1. Pháp luật phá sản bảo vệ một cách có hiệu quả lợi ích của các chủ nợ và của chính bản thân con nợ**

Không riêng gì pháp luật phá sản, mà có rất nhiều các quy định pháp luật khác tham gia vào việc bảo vệ lợi ích của các chủ nợ nói chung. Sự phá sản của một cơ

sở kinh doanh có thể là một phản ứng mang tính dây chuyền. Bởi lẽ, trong kinh doanh, các chủ thể có quan hệ mật thiết với nhau nên đó có thể cũng là nguy cơ phá sản ở các đối tác của con nợ. Do vậy, khi một nhà kinh doanh phá sản thì vẫn đề cần quan tâm trước hết là bảo vệ lợi ích của chủ nợ. Đó cũng là mục tiêu bảo vệ hàng đầu của pháp luật phá sản các nước, mặc dù sau này, pháp luật phá sản đã có cái nhìn thiện cảm và đưa ra phương thức đối xử nhân đạo hơn đối với con nợ. Luật phá sản là một giải pháp giúp cho các chủ nợ thu hồi nợ bằng việc chia nhau số tài sản còn lại của con nợ một cách có trật tự. Bên cạnh đó, pháp luật phá sản còn cung cấp một thủ tục đòi nợ đặc biệt, khác với việc đòi nợ thông thường. Các chủ nợ đều được tham gia một cách tập thể vào việc đòi nợ một cách công khai, bình đẳng. Đồng thời, các chủ nợ đều được Tòa án thanh toán bình đẳng phần nợ của mình trong phạm vi tài sản còn lại của con nợ. Không có chủ nợ nào có quyền khởi kiện để lấy nợ cho riêng mình. Một chủ nợ không thể yêu cầu để con nợ thanh toán riêng cho mình trong khi những chủ nợ khác không được thanh toán. Chính vì điều đó, vai trò của Luật Phá sản là phải tạo ra được một thủ tục pháp lý mà ở đó các chủ nợ có khả năng kiểm soát được các doanh nghiệp đang lâm vào tình trạng phá sản, tránh việc sử dụng sai mục đích hoặc tẩu tán tài sản của doanh nghiệp dưới mọi hình thức. Thủ tục đó còn phải giúp cho các chủ nợ có khả năng thu hồi nợ một cách tối đa, bởi vì, suy cho cùng, ngay cả việc quy định thủ tục phục hồi khả năng kinh doanh của con nợ cũng là nhằm mục đích tối đa hóa khả năng thu hồi nợ cho các chủ nợ.

Tại Việt Nam, theo qui định của Luật Phá sản, việc bảo vệ lợi ích của chủ nợ được thể hiện qua rất nhiều quyền cụ thể. Đó là quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, quyền khiếu nại các quyết định của Tòa án trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản, quyền tham gia Hội nghị chủ nợ và thảo luận, biểu quyết các vấn đề tại Hội nghị, thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, quyền có đại diện trong tổ quản lý, thanh lý tài sản, quyền được thanh toán các khoản nợ của mình khi Tòa án tiến hành thủ tục phục hồi hay thủ tục thanh lý tài sản,...

Đối với con nợ, pháp luật phá sản tạo điều kiện cho họ có thể phục hồi hoặc rút khỏi thương trường. Mặc dù kinh doanh thua lỗ, không thanh toán được nợ là điều nằm ngoài mong muốn của các nhà kinh doanh song điều đó lại hoàn toàn có thể xảy ra bởi sự rủi ro chứa đựng ngay trong công việc kinh doanh của họ. Một doanh nghiệp không thanh toán được nợ, bị phá sản sẽ gây ra hậu quả về nhiều mặt đối với xã hội, trước hết là đối với chủ nợ, người lao động, đối với nguồn thu của Nhà nước và ngay cả đối với con nợ đó. Vì thế, vấn đề ưu tiên đối với doanh nghiệp mắc nợ là phải làm sao để doanh nghiệp có thể được phục hồi, thoát khỏi tình trạng phá sản. Pháp luật đa số các nước đều qui định nhiều cách thức phục hồi

khác nhau để doanh nghiệp có thể lựa chọn. Toà án không tuyên bố phá sản doanh nghiệp ngay khi có đơn của người có quyền yêu cầu tuyên bố phá sản mà tạo mọi điều kiện cho doanh nghiệp mắc nợ khắc phục các khó khăn về tài chính. Nếu không có khả năng phục hồi, doanh nghiệp phá sản được thực hiện việc thanh lý tài sản dùng để trả nợ theo thứ tự ưu tiên nhất định. Nếu sau khi thanh toán tài sản của doanh nghiệp vẫn không đủ để trang trải nợ nần thì những khoản nợ đó vẫn được coi là thanh toán xong. Pháp luật phá sản có vai trò giúp cho doanh nghiệp phá sản thoát khỏi nợ nần để rút khỏi thương trường.

Việc bảo vệ lợi ích của con nợ theo quy định của Luật Phá sản thể hiện ở quyền của họ trong việc trình bày ý kiến đề xuất phương án, giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, khả năng và thời hạn thanh toán nợ tại Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất. Thông qua Hội nghị chủ nợ, doanh nghiệp được quyết định thời gian để phục hồi, bàn bạc các biện pháp tháo gỡ các khoản nợ. Luật Phá sản ưu tiên việc hoà giải tự nguyện giữa chủ nợ và con nợ. Con nợ có quyền tham gia vào Tổ quản lý, thanh lý tài sản, có quyền được tiến hành các hoạt động kinh doanh bình thường sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản nhưng phải chịu sự kiểm tra, giám sát của Thẩm phán và Tổ quản lý, thanh lý tài sản, được thực hiện một số hoạt động cần thiết cho việc thanh lý tài sản hoặc làm tăng thêm khối tài sản của mình khi được cho phép, có quyền khiếu nại các quyết định của Tòa án trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản,...

## ***2.2. Pháp luật phá sản góp phần bảo vệ lợi ích chính đáng của người lao động trong các cơ sở kinh doanh bị phá sản***

Việc làm, tiền công, tiền lương là vấn đề quan tâm trước hết của người lao động. Khi một cơ sở kinh doanh lâm vào tình trạng phá sản cũng có nghĩa là sự đe dọa đối với người lao động đang làm việc tại đó về nguy cơ mất việc làm và thu nhập. Mặt khác, một người lao động bình thường trong cơ chế thị trường không thể nhanh chóng để có thể tìm kiếm chỗ làm việc mới. Chính vì thế, phá sản là một trong những nguyên nhân đã gây ra tình trạng thất nghiệp ở nhiều nước có nền kinh tế thị trường. Người lao động làm việc trong một cơ sở kinh doanh đang gặp khó khăn về tài chính thì rõ ràng thu nhập từ việc làm, tiền lương của họ sẽ thấp hoặc thậm chí không có vì phải nghỉ việc. Vai trò của pháp luật phá sản thể hiện ở việc tham gia tạo điều kiện cho người lao động có được một cuộc sống ổn định tạm thời khi cơ sở kinh doanh bị phá sản, có khả năng đòi lại tiền lương, tiền công, các khoản trợ cấp mà doanh nghiệp đang nợ họ cũng như các quyền lợi khác của người lao động tại cơ sở kinh doanh đó.

Luật Phá sản bảo vệ lợi ích của người lao động bằng việc quy định một số

quyền cho họ trong quá trình giải quyết phá sản. Họ được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thông qua đại diện công đoàn hoặc đại diện người lao động nơi chưa có tổ chức công đoàn có quyền tham gia vào Hội nghị chủ nợ để thảo luận, bàn bạc những vấn đề có liên quan; có quyền tham gia Tổ quản lý, thanh lý tài sản; có quyền được ưu tiên thanh toán nợ trước các khoản nợ của các chủ nợ khác. Suy cho cùng thì việc áp dụng thủ tục phục hồi cũng là vì lợi ích của người lao động vì khi đó họ sẽ tiếp tục có việc làm ổn định.

### ***2.3. Pháp luật phá sản góp phần vào việc tổ chức lại nền kinh tế***

Việc tiến hành thủ tục phá sản không chỉ nhằm tuyên bố phá sản, thanh lý tài sản của con nợ mà nó còn nhằm mục tiêu giúp các con nợ thoát ra khỏi tình trạng khó khăn về tài chính, tiếp tục hoạt động thông qua việc hoà giải. Tổ chức lại cơ sở kinh doanh có nguy cơ bị phá sản không hoàn toàn đã là hiện tượng tiêu cực; bởi vì, nó góp phần vào việc cơ cấu lại nền kinh tế. Pháp luật phá sản đã tạo ra cơ sở pháp lý để loại bỏ đi các cơ sở kinh doanh yếu kém, xảy ra tình trạng thua lỗ, nợ nần liên tục, kéo dài. Đồng thời, pháp luật phá sản cũng góp phần hình thành và duy trì những cơ sở kinh doanh có hiệu quả. Ở đây, vai trò của pháp luật phá sản lại góp phần nâng cao ý thức trong kinh doanh của các nhà đầu tư, buộc họ phải có óc tính toán thận trọng trong định hướng đầu tư, lựa chọn qui mô, ngành nghề, hình thức kinh doanh, địa bàn hoạt động, và đặc biệt là sự trung thực, tôn trọng các qui luật kinh tế cơ bản trong hoạt động của mình.

### ***2.4. Pháp luật phá sản góp phần vào việc bảo đảm trật tự, kỷ cương của xã hội***

Để có được môi trường kinh doanh lành mạnh, ổn định và phát triển, Nhà nước phải thực hiện bằng nhiều biện pháp tác động khác nhau, trong đó pháp luật kinh tế đóng vai trò quan trọng nhất. Với tư cách là một bộ phận pháp luật trong hệ thống pháp luật kinh tế, pháp luật phá sản cũng thể hiện vai trò của mình trong việc bảo vệ trật tự, kỷ cương xã hội. Phá sản là một hiện tượng gây ra tác động rất lớn đến nhiều quan hệ lợi ích khác nhau trong đời sống kinh tế, nó có thể gây ra những tranh chấp, tình trạng đảo lộn, bất ổn trong xã hội thể hiện qua việc đòi lại các khoản nợ của chủ nợ, nguy cơ của sự biểu tình ở đồng đảo người lao động trong các cơ sở sản xuất kinh doanh đang trên bờ vực phá sản. Pháp luật phá sản chính là "lá chắn" để góp phần ngăn chặn tình trạng đó. Vai trò của Nhà nước là làm sao có được một hệ thống pháp luật phá sản tốt để giải quyết một cách công bằng những mối quan hệ lợi ích của các bên liên quan. Theo quy định của Luật Phá sản các nước, Toà án sẽ là người thay mặt Nhà nước để tiến hành thủ tục phá sản, quyết định trách nhiệm, quyền lợi của các bên, tránh đến mức thấp nhất sự mất trật tự ổn định trong xã hội. Nhìn một cách tổng thể, các quy định của pháp

luật phá sản đã góp phần bảo đảm trật tự, kỷ cương của xã hội, tạo ra môi trường kinh doanh lành mạnh, ổn định và phát triển.

### **3. Những nội dung cơ bản của pháp luật phá sản**

#### **3.1. Đối tượng áp dụng của Luật Phá sản**

Nhìn một cách tổng thể pháp luật phá sản các nước, có thể thấy những quan điểm khác nhau về đối tượng áp dụng của Luật Phá sản. Có những quốc gia, Luật phá sản chỉ được áp dụng cho các chủ thể kinh doanh. Chẳng hạn, Luật Phá sản của Cộng hòa liên bang Nga được áp dụng cho mọi chủ thể kinh doanh là pháp nhân và các chủ thể kinh doanh là cá nhân. Trong khi đó, có những nước quy định thủ tục phá sản được áp dụng cho cả chủ thể kinh doanh và chủ thể tiêu dùng. Chẳng hạn, Luật Phá sản của Nhật Bản được áp dụng cho cả doanh nghiệp kinh doanh và các cá nhân.

Tại Việt Nam, đối tượng áp dụng Luật Phá sản được xác định tại Điều 2, Luật Phá sản năm 2004. Theo đó, Luật này được áp dụng đối với *doanh nghiệp, hợp tác xã* được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật. Như vậy, những cơ sở kinh doanh không phải là doanh nghiệp hay hợp tác xã như hộ kinh doanh cá thể không phải là đối tượng điều chỉnh của Luật Phá sản. Cụ thể, tại Nghị quyết số 03/2005/NQ – HĐTP của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ngày 28 tháng 4 năm 2005 hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật Phá sản, các đối tượng này bao gồm: công ty nhà nước; công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên; công ty cổ phần; công ty hợp danh; doanh nghiệp tư nhân; doanh nghiệp của các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị – xã hội; hợp tác xã; Liên hiệp hợp tác xã; doanh nghiệp liên doanh; doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài và các loại hình doanh nghiệp, hợp tác xã khác theo quy định của pháp luật.

Do tầm quan trọng của một số doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực đặc thù đối với đời sống kinh tế cũng như sự tác động của việc phá sản mà chúng có thể gây ra cho xã hội nên vấn đề phá sản đối với các doanh nghiệp này được điều chỉnh bằng những quy định riêng. Điều đó xuất phát từ sự cần thiết phải duy trì lòng tin của công chúng và việc bảo vệ lợi ích công cộng. Chính phủ quy định cụ thể danh mục và việc áp dụng Luật Phá sản đối với các doanh nghiệp trực tiếp phục vụ quốc phòng, an ninh; doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong lĩnh vực khác thường xuyên, trực tiếp cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu.

#### **3.2. Xác định tình trạng phá sản**

Việc xác định tình trạng phá sản là một nội dung quan trọng của luật phá sản ở

tất cả các nước bởi nó là căn cứ pháp lý để Tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản đối với một con nợ và tiến hành những hành vi pháp lý tiếp theo trong thủ tục phá sản. Luật pháp các nước cũng có những quan điểm khác nhau về vấn đề này. Tiêu chuẩn định lượng được đặt ra để xác định tình trạng phá sản ở một số quốc gia như Malaixia, Singapore, Thailand,... Theo đó, số nợ đến hạn được chỉ rõ cụ thể để xác định tình trạng phá sản. Ví dụ, Luật phá sản Singapore năm 1995 quy định con nợ không thanh toán được khoản nợ có giá trị từ 2.000 đôla trở lên là lâm vào tình trạng phá sản. Trong khi đó, phần đông các quốc gia khác, trong đó có Việt Nam lại xác định tình trạng phá sản căn cứ vào bảng cân đối tài sản và các khoản nợ. Luật Phá sản của hầu hết các nước đều xác định tình trạng phá sản xảy ra nếu tổng số nợ vượt quá tổng giá trị tài sản còn lại của con nợ. Tình trạng phá sản được Luật Phá sản 2004 quy định như sau: "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" (Điều 3). Những điều kiện để xác định tình trạng này là:

– Con nợ có các khoản nợ đến hạn. Các khoản nợ này bao gồm nợ không có bảo đảm và có bảo đảm một phần (chỉ tính phần không có bảo đảm). Các khoản nợ này phải rõ ràng, được các bên xác nhận, có đầy đủ các giấy tờ, tài liệu để chứng minh và không có tranh chấp;

– Chủ nợ đã có yêu cầu thanh toán nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán. Chủ nợ phải chứng minh là đã có yêu cầu thanh toán các khoản nợ đến hạn nhưng không được doanh nghiệp, hợp tác xã thanh toán thông qua văn bản đòi nợ của chủ nợ, văn bản khất nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã,...

### ***3.3. Địa vị pháp lý của các chủ thể tiến hành thủ tục phá sản***

Trong quá trình giải quyết phá sản, các chủ thể tiến hành thủ tục phá sản có địa vị pháp lý không giống nhau. Địa vị pháp lý của từng chủ thể giải quyết phá sản trong quá trình tố tụng phá sản được Luật Phá sản quy định cụ thể như sau:

#### ***\* Tòa án***

Tham gia vào quá trình giải quyết phá sản có sự xuất hiện của nhiều chủ thể khác nhau, trong đó Tòa án là cơ quan được Nhà nước trao quyền quyết định để tiến hành thủ tục phá sản.

Sở dĩ luật pháp trao thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản cho Tòa án bởi vì, Tòa án là cơ quan đại diện cho quyền tư pháp của Nhà nước, có đủ quyền tài phán tuyên bố một con nợ phá sản, quyết định các quyền liên quan đến tài sản, nhân thân của các cá nhân, pháp nhân trong vụ phá sản đó. Các quyết định áp dụng pháp luật của Tòa án cũng được bảo đảm bằng sự cưỡng chế của Nhà nước, đảm bảo được các mối quan hệ lợi ích của các chủ thể khác nhau trong các vụ phá sản. Ở

các nước như Mỹ, Úc, Nam Tư có Toà phá sản được thành lập riêng để giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản. Trong khi đó, với quan niệm việc giải quyết phá sản thuộc phạm vi các vụ kiện dân sự nên thẩm quyền giải quyết phá sản ở Trung Quốc thuộc về Toà dân sự. Tại Cộng hoà liên bang Nga, Tòa án Trọng tài được thành lập để giải quyết phá sản.

Tại Việt Nam, Luật Phá sản quy định thẩm quyền của Tòa án trong việc tiến hành thủ tục phá sản như sau: Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là Tòa án nhân dân cấp huyện) có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện đó.

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

Trong trường hợp cần thiết, Tòa án nhân dân cấp tỉnh lấy lên để tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện. Cụ thể, đó là các trường hợp: hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản có chi nhánh, văn phòng đại diện, có bất động sản, có nhiều chủ nợ tại nhiều huyện khác nhau hoặc có chi nhánh, văn phòng đại diện, có bất động sản, có chủ nợ hoặc người mắc nợ ở nước ngoài; hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản có khoản nợ còn có tranh chấp phải giải quyết hoặc hợp tác xã là đương sự trong vụ án bị đình chỉ do tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản đối với hợp tác xã đó hoặc trong trường hợp phức tạp khác.

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 tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đó.

Toà án là cơ quan áp dụng Luật Phá sản, có vai trò quyết định trong quá trình giải quyết phá sản ở Việt Nam. Có thể thấy vai trò đó của Toà án qua xem xét những quan hệ với các chủ thể khác trong quá trình giải quyết phá sản. Đó là quan hệ của Toà án với Hội nghị chủ nợ, con nợ, với Tổ quản lý, thanh lý tài sản và trong những vấn đề khác của quá trình giải quyết phá sản.

Trong mối quan hệ của Toà án với Hội nghị chủ nợ, vai trò quyết định của Toà án mà đại diện là Thẩm phán phụ trách việc giải quyết phá sản biểu hiện ở việc Thẩm phán là người triệu tập và chủ trì Hội nghị chủ nợ (Điều 61), ra quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã theo đề nghị của Hội nghị chủ nợ (Điều 30).



Trong quan hệ với Tổ quản lý, thanh lý tài sản, Thẩm phán là người ra quyết định thành lập Tổ quản lý, thanh lý tài sản (Điều 9). Một cán bộ của Toà án là thành viên của Tổ quản lý, thanh lý tài sản (Điều 15). Tổ quản lý, thanh lý tài sản phải chịu trách nhiệm tổ chức thi hành các quyết định của Thẩm phán trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản (Điều 10, Điều 11).

Đối với con nợ, Thẩm phán có quyền quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản (Điều 22, Điều 28). Khi đã nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, nếu doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn có các hoạt động kinh doanh phải có sự đồng ý bằng văn bản của Thẩm phán trước khi thực hiện (Điều 31). Thẩm phán có quyền quyết định áp dụng thủ tục phục hồi (Điều 68), thủ tục thanh lý (Điều 78, Điều 79, Điều 80) hoặc tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 86, Điều 87).

*\* Tổ quản lý, thanh lý tài sản*

Trong nhiều trường hợp, dưới sức ép từ phía các chủ nợ, con nợ khi lâm vào tình trạng phá sản 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. Vì vậy, nếu để con nợ tiếp tục quản lý tài sản của mình mà không đặt dưới một sự kiểm tra, giám sát nào thì tài sản đó khó có thể bảo toàn, gây khó khăn cho việc giải quyết phá sản, ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ nợ. Điều đó đặt ra vấn đề quản lý tài sản của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Tại Luật Phá sản của tất cả các nước, nhân viên quản lý tài sản đóng một vai trò quan trọng và là chủ thể không thể thiếu được trong quá trình giải quyết phá sản.

Tại hầu hết các nước, nhân viên quản lý tài sản được Toà án cử ra vào thời điểm có quyết định mở thủ tục phá sản doanh nghiệp. Người này có thể là luật sư, thương gia hay một chuyên gia kiểm toán có kinh nghiệm trong lĩnh vực phá sản. Tuy nhiên, theo Luật Phá sản Anh, Mỹ thì chủ nợ lại có quyền cử người quản lý tài sản.

Sau khi có quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của con nợ, vấn đề mà các chủ nợ quan tâm là việc thanh toán các tài sản còn lại của con nợ sẽ được tiến hành ra sao, họ có còn được thanh toán hay không và ai là người đứng ra thanh toán... Để đảm bảo sự chính xác, công bằng trong việc phân chia số tài sản còn lại của con nợ cho các đối tượng theo thứ tự ưu tiên của Luật Phá sản, cần thiết phải có một chủ thể có thể đảm đương được công việc đó. Đây là một vấn đề mà Luật Phá sản của các nước đều đề cập tới. Do xuất phát từ những điều kiện khác nhau mà qui định về vấn đề thanh lý của pháp luật các nước cũng có những điểm khác biệt nhất định. Theo Luật Phá sản của Trung Quốc và Cộng hoà liên bang Nga, Toà án là cơ quan thực hiện cả nhiệm vụ tổ chức phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp bị áp dụng thủ tục thanh lý trong phá sản. Luật Phá sản của Việt Nam lại có qui định khác.

Trong điều kiện thực tế ở Việt Nam hiện nay, không thể thiết kế mô hình quản lý và thanh lý tài sản của doanh nghiệp và hợp tác xã mắc nợ như Luật Phá sản các nước vì vấn đề quản lý và thanh lý tài sản của doanh nghiệp trong trường hợp này, đặc biệt là việc tiếp tục hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp có thể sẽ phát sinh nhiều công việc đòi hỏi về chuyên môn, nghiệp vụ mà một người không thể đáp ứng được. Trong điều kiện đó, chúng ta đã thiết kế mô hình quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã là một tập thể với sự hiện diện của nhiều lợi ích khác nhau: Đại diện cho phía Nhà nước, đại diện cho các chủ nợ, đại diện của con nợ.

Thành phần Tổ quản lý, thanh lý tài sản cụ thể gồm có: một chấp hành viên của cơ quan thi hành án cùng cấp làm Tổ trưởng, một cán bộ của Tòa án, một đại diện chủ nợ, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản. Trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động, đại diện các cơ quan chuyên môn tham gia theo sự quyết định của Thẩm phán. Trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động là trường hợp họ đã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản hoặc trường hợp công đoàn có yêu cầu tham gia. Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu tuyên bố phá sản hoạt động trong lĩnh vực đặc thù như bảo hiểm, kiểm toán, ngân hàng,... thì có thể có đại diện cơ quan chuyên môn tham gia Tổ quản lý, thanh lý tài sản.

Tổ quản lý, thanh lý tài sản có các nhiệm vụ, quyền hạn theo quy định tại Điều 10 Luật Phá sản, cụ thể như sau:

- Lập bảng kê toàn bộ tài sản hiện có của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Giám sát, kiểm tra việc sử dụng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Đề nghị Thẩm phán quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp cần thiết;
- Lập danh sách các chủ nợ và số nợ phải trả cho từng chủ nợ; những người mắc nợ và số nợ phải đòi của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Thu hồi và quản lý tài sản, tài liệu, sổ kế toán và con dấu của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý;
- Thực hiện phương án phân chia tài sản theo quyết định của Thẩm phán;
- Phát hiện và đề nghị Thẩm phán ra quyết định thu hồi 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 bị áp dụng thủ tục thanh lý theo đúng quy định của pháp luật về bán đấu giá;

- Gửi các khoản tiền thu được từ những người mắc nợ và từ việc bán đầu 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.

*\* Hội nghị chủ nợ*

Hội nghị chủ nợ là cơ quan duy nhất của các chủ nợ được thành lập để giải quyết một cách công bằng các vấn đề liên quan đến lợi ích của các chủ nợ. Doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ có tiếp tục tồn tại, có hoạt động kinh doanh nữa hay không tùy thuộc vào ý chí của các chủ nợ. Sự biểu hiện ý chí đó của các chủ nợ được thông qua ở Hội nghị chủ nợ. Nói khác đi, số phận của doanh nghiệp, hợp tác xã khi đã lâm vào tình trạng phá sản được Hội nghị chủ nợ quyết định. Dĩ nhiên, sự quyết định đó của Hội nghị chủ nợ phải căn cứ vào thực trạng tồn tại của doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ. Giải quyết phá sản có mục tiêu là giải quyết mối quan hệ nợ nần của doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ với các chủ nợ. Các chủ nợ là những người có quyền lợi thiết thân nhất trong việc giải quyết phá sản; vì vậy, việc đề cao vai trò của các chủ nợ sẽ tăng cường tính tích cực, chủ động của các chủ nợ trong giải quyết phá sản, tạo điều kiện cho việc giải quyết phá sản được tiến hành nhanh gọn, có hiệu quả.

Luật Phá sản của Cộng hòa Liên bang Nga rất coi trọng vai trò của các chủ nợ cũng như Hội nghị chủ nợ trong quá trình giải quyết phá sản. Theo đó, Hội nghị chủ nợ có rất nhiều quyền hạn cụ thể cả trong tổ chức lại hoạt động cũng như trong việc thanh lý tài sản của người mắc nợ. Chẳng hạn, quyền lập ra Ủy ban chủ nợ và quyết định chức năng của nó, phê duyệt kế hoạch quản lý tài sản, thay đổi kế hoạch quản lý tài sản của người mắc nợ và đưa ra đề nghị về việc thực hiện kế hoạch đó, ấn định mức thù lao cho quản tài viên; đề xuất ứng cử viên chức nhân viên thanh lý tài sản, cho phép nhân viên thanh lý tài sản ký các giao kèo liên quan đến việc định đoạt tài sản của người mắc nợ, quyết định về việc bắt đầu bán, hình thức bán và giá bán tài sản ban đầu của người mắc nợ,...

Theo quy định của Luật Phá sản năm 2004, Hội nghị chủ nợ cũng là chủ thể quan trọng tham gia vào quá trình giải quyết phá sản. Thẩm phán được phân công phụ trách thủ tục phá sản là người có thẩm quyền triệu tập Hội nghị chủ nợ.

Thành phần của Hội nghị chủ nợ bao gồm người có quyền và nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ. Người có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ gồm các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ, đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn được người lao động ủy quyền. Người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ và trò

thành chủ nợ không có bảo đảm. Người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ là người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (nếu người nộp đơn là 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 công ty hợp danh). Hội nghị chủ nợ do Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chủ trì.

Điều kiện để Hội nghị chủ nợ hợp lệ là: phải có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên và có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ.

Việc triệu tập Hội nghị chủ nợ có thể được tiến hành một lần hoặc phải tiến hành hai lần phụ thuộc vào điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ hoặc theo ý kiến của đa số chủ nợ có mặt ở Hội nghị biểu quyết hoãn Hội nghị chủ nợ. Hội nghị chủ nợ được triệu tập lại chậm nhất sau 30 ngày kể từ ngày hoãn Hội nghị chủ nợ.

Thủ tục phá sản cũng là một nội dung quan trọng của Luật Phá sản. Tuy nhiên, để tiện theo dõi các công việc được tiến hành trong một vụ phá sản, phần này được trình bày riêng trong mục dưới đây.

### **III. THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ**

Phá sản là một hiện tượng xảy ra có ảnh hưởng rất lớn đến đời sống kinh tế – xã hội, nó có thể gây ra những mâu thuẫn, tình trạng hỗn loạn, mất trật tự xã hội bằng sự tranh giành tài sản của con nợ từ phía các chủ nợ, bằng sự biểu tình đòi việc làm, tiền lương, thu nhập ở người lao động... Nếu như không có một thủ tục phá sản chặt chẽ để điều chỉnh ôn hoà, công bằng những mối quan hệ đó chắc chắn sẽ gây ra tình trạng lộn xộn, vô tổ chức trong xã hội. Tuy nhiên, đây lại là một thủ tục đòi nợ đặc biệt. Đó là việc các chủ nợ đòi nợ công khai, bình đẳng và mang tính tập thể. Có thể coi thủ tục phá sản là một giải pháp để các chủ nợ thu hồi nợ bằng cách chia nhau tài sản của con nợ một cách có trật tự, tránh tình trạng "mạnh ai nấy đòi" cũng như tránh việc tẩu tán tài sản của con nợ.

Thủ tục giải quyết phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã là một trong những đối tượng rất quan trọng được Luật Phá sản quy định. Thủ tục này bao gồm các bước chủ yếu sau:

#### **I. Nộp đơn và thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản**

##### *1.1. Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*

Hầu hết Luật Phá sản của các nước đều quy định doanh nghiệp mắc nợ có nghĩa vụ phải nộp đơn đến tòa án xin mở thủ tục xử lý phá sản khi bị rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán. Ngoài ra, các chủ nợ cũng có quyền yêu cầu mở thủ tục phá sản nếu như không được doanh nghiệp thanh toán nợ.

Luật Phá sản của nước ta quy định những người có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu tòa án mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã tại các Điều 13, Điều 14, Điều 15, Điều 16, Điều 17, Điều 18. Theo đó, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trước hết được quy định cho chủ nợ, bởi thực chất, thủ tục phá sản nhằm mục đích giải quyết mối quan hệ nợ giữa chủ nợ và con nợ của họ. Quyền này được dành cho *Chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần*. 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. 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.

Trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được lương, các khoản nợ khác cho người lao động và nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, người lao động thông qua đại diện công đoàn hoặc đại diện người lao động nơi chưa có tổ chức công đoàn có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã đó. Đại diện cho người lao động được cử hợp pháp sau khi được quá nửa số người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã tán thành bằng cách bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ ký; đối với doanh nghiệp, hợp tác xã có quy mô lớn, có nhiều đơn vị trực thuộc thì đại diện cho người lao động được cử hợp pháp phải được quá nửa số người được cử làm đại diện từ các đơn vị trực thuộc tán thành. Sau khi nộp đơn, đại diện người lao động hoặc đại diện công đoàn được coi là chủ nợ.

Ngăn ngừa tình trạng đại diện hợp pháp của doanh nghiệp nhà nước không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Luật Phá sản năm 2004 còn quy định quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc về chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước. Khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản mà doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì đại diện chủ sở hữu của doanh nghiệp có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp đó.

Khi công ty cổ phần lâm vào tình trạng phá sản, quyền nộp đơn còn thuộc về các cổ đông. Cổ đông hoặc nhóm cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản 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. Nếu 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 đối với công ty cổ phần đó.

Thành viên hợp danh có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty hợp danh đó lâm vào tình trạng phá sản.

Mỗi chủ thể kinh doanh luôn là người hiểu rõ hơn ai hết tình trạng tài chính cũng như khả năng thanh toán của chủ thể đó. Chính vì vậy, Luật Phá sản các nước đều quy định họ là người nộp đơn để yêu cầu Tòa án mở thủ tục phá sản đối với bản thân mình. Luật phá sản của Việt Nam quy định đây là một nghĩa vụ đối với doanh nghiệp, hợp tác xã. Khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Người yêu cầu mở thủ tục phá sản phải làm đơn và gửi kèm theo các giấy tờ, tài liệu theo quy định của pháp luật cho Tòa án có thẩm quyền. Đồng thời, họ phải nộp tiền tạm ứng phí phá sản theo quyết định của Tòa án trừ trường hợp người nộp đơn là người lao động. Ngoài các đối tượng trên thì không có một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân nào có quyền yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình, nếu nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì Tòa án, Viện kiểm sát, cơ quan thanh tra, cơ quan quản lý vốn, tổ chức kiểm toán hoặc cơ quan quyết định thành lập doanh nghiệp mà không phải là chủ sở hữu nhà nước của doanh nghiệp có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn.

### **1.2. Thủ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản**

Luật pháp các nước đều quy định, chỉ có Tòa án là cơ quan có thẩm quyền thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Luật Phá sản của Việt Nam phân cấp cho Tòa án nhân dân cấp huyện và Tòa án nhân dân cấp tỉnh thụ lý đơn tùy thuộc vào loại hình doanh nghiệp và nơi đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Tòa án có thẩm quyền nhận đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, thụ lý đơn được xác định là Tòa án có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản như đã trình bày ở trên.

Việc tiến hành thủ tục phá sản tại toà án nhân dân cấp huyện do một thẩm phán phụ trách, tại Toà án nhân dân cấp tỉnh do một hám phán hoặc tổ thẩm phán gồm có ba 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.

Sau khi nhận đơn, Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn xuất trình biên lai nộp tiền tạm ứng phí phá sản và phải cấp cho người nộp đơn giấy báo đã thụ lý đơn. Trường hợp người nộp đơn không phải là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã thì trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày thụ lý đơn, Toà án phải thông báo cho doanh nghiệp, hợp tác xã đó biết về việc Tòa án đã thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Tòa án cũng có thể trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản nếu người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản hoặc không có quyền nộp đơn hoặc có Tòa án khác đã mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản hoặc có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn là không khách quan, gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

## 2. Quyết định mở thủ tục phá sản

Quyết định mở thủ tục phá sản được áp dụng với một doanh nghiệp sẽ gây ra những hậu quả xấu về nhiều mặt cho nhiều đối tượng khác nhau, đặc biệt đối với các chủ doanh nghiệp. Quyết định này có ảnh hưởng đến danh dự, uy tín của các nhà kinh doanh, đến các mối quan hệ với bạn hàng của doanh nghiệp; đồng thời cũng làm hạn chế quyền quản lý, định đoạt tài sản cũng như quyền tự chủ trong hoạt động sản xuất – kinh doanh của họ. Các hệ quả pháp lý của quyết định mở thủ tục phá sản cho thấy, nếu Tòa án đưa ra một quyết định không đúng đắn về thực trạng của con nợ thì nhất định sẽ gây ra rất nhiều thiệt hại cho các nhà kinh doanh và ảnh hưởng xấu đến sự phát triển của cả nền kinh tế. Vì vậy, Tòa án phải xem xét, nghiên cứu tình trạng mất khả năng thanh toán của con nợ trước khi ra quyết định.

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

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn được tiến hành bình thường nhưng phải chịu sự kiểm tra, giám sát của Thẩm phán và Tổ quản lý, thanh lý tài sản. Hoạt động kinh doanh vẫn đặt dưới sự lãnh đạo, quản lý, điều hành của người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã. Tuy nhiên, nếu xét thấy họ không có khả năng điều hành hoặc nếu tiếp tục điều hành hoạt động kinh doanh sẽ không có lợi cho việc bảo toàn tài sản thì theo đề nghị của Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán ra quyết định cử người quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Cũng nhằm mục đích bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã và tạo điều kiện hỗ trợ doanh nghiệp, hợp tác xã có thể phục hồi hoạt động kinh doanh, kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp, hợp tác xã đó bị cấm hoặc hạn chế thực hiện các hoạt động nhất định. Các hoạt động bị cấm bao gồm: cất giấu, tẩu tán tài sản; thanh toán nợ không có bảo đảm; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp. Một số hoạt động chỉ được thực hiện khi được sự đồng ý bằng văn bản của Thẩm phán, đó là: cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng cho, cho thuê tài sản; nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng; chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực; vay tiền; bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản; thanh toán các khoản nợ mới phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và trả lương cho người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã.

Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của Tòa án mở thủ tục phá sản, các chủ nợ phải gửi giấy đòi nợ cho Tòa án, trong đó phải nêu cụ thể các khoản nợ, số nợ đến hạn và chưa đến hạn và phân định rõ các loại nợ. Kèm theo giấy đòi nợ phải có các tài liệu về các khoản nợ đó. Hết thời hạn này, các chủ nợ không gửi giấy đòi nợ đến Tòa án thì được coi là từ bỏ quyền đòi nợ. Giấy đòi nợ là cơ sở để Tổ quản lý, thanh lý tài sản lập danh sách chủ nợ. Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hết hạn gửi giấy đòi nợ, Tổ quản lý, thanh lý tài sản phải lập xong danh sách chủ nợ, trong đó phân định rõ số nợ của mỗi loại, nợ đến hạn, nợ chưa đến hạn.

### **3. Tổ chức Hội nghị chủ nợ**

Để có được quyết định đúng đắn về "số phận" của doanh nghiệp, hợp tác xã đã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ cần biết chính xác về thực trạng tài chính, khả năng tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã đó. Vì thế, Thẩm phán phải triệu tập Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ. Nếu việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã kết thúc sau ngày lập danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Giấy triệu tập Hội nghị chủ nợ phải được gửi cho người có quyền 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 Hội nghị phải có chương trình, nội dung của Hội nghị và các tài liệu khác, nếu có.

Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thực hiện những công việc cụ thể như sau:

– Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản thông báo cho Hội nghị chủ nợ về tình hình kinh doanh, thực trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình



trạng phá sản; kết quả kiểm kê tài sản, danh sách chủ nợ, danh sách người mắc nợ và các nội dung khác nếu thấy cần thiết;

– Chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã trình bày ý kiến về các nội dung do tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo cho Hội nghị, đề xuất phương án, giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, khả năng và thời hạn thanh toán nợ;

– Hội nghị chủ nợ thảo luận về các nội dung do Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo và các ý kiến của chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã;

– Hội nghị chủ nợ thông qua Nghị quyết. Nghị quyết được lập thành văn bản và phải được quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại Hội nghị đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên thông qua. Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ có hiệu lực ràng buộc đối với tất cả các chủ nợ;

– Trường hợp Hội nghị chủ nợ xét thấy cần phải thay thế người đại diện cho các chủ nợ trong thành phần Tổ quản lý, thanh lý tài sản thì Hội nghị bầu người thay thế;

– Đề nghị Thẩm phán ra quyết định cử người quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Trong quá trình giải quyết phá sản, các Hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được Thẩm phán triệu tập vào bất kỳ ngày làm việc nào của quá trình tiến hành thủ tục phá sản nếu có đề nghị của Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất 1/3 tổng số nợ không có bảo đảm. Như vậy, Hội nghị chủ nợ sẽ được tổ chức một cách linh hoạt trong thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc trong thủ tục thanh lý tài sản với các chương trình, nội dung do Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản quyết định. Các Hội nghị này được tổ chức khi cần thiết tùy thuộc vào từng vụ phá sản trong thực tiễn và đều nhằm mục đích tối đa hóa việc thu hồi nợ cho các chủ nợ.

#### **4. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh**

Pháp luật phá sản hiện đại đều tạo ra các giải pháp cho con nợ có thể phục hồi hoặc rút khỏi thương trường. Khi không thanh toán được nợ, một con nợ bị phá sản sẽ là sự tác động mạnh về nhiều mặt đối với đời sống kinh tế – xã hội. Vì thế, vấn đề ưu tiên đối với doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ là tạo ra khả năng để được phục hồi khi còn có thể. Pháp luật phá sản nhiều nước đều qui định nhiều cách thức phục hồi khác nhau để các bên có thể thỏa thuận lựa chọn. Tòa án không thanh lý tài sản của con nợ và tuyên bố phá sản ngay khi có đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà tạo mọi điều kiện cho doanh nghiệp mắc nợ khắc phục các khó khăn về tài chính bằng thủ tục phục hồi.

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

Theo quy định tại Điều 68, Luật Phá sản năm 2004, Thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản do doanh nghiệp hoặc hợp tác xã đó xây dựng hoặc có thể do bất cứ chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã xây dựng và được nộp cho Tòa án. Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã 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 hoạt động kinh doanh được quy định tại Khoản 2, Điều 69 Luật Phá sản.

Thời hạn xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh là 30 ngày, kể từ ngày Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết. Trường hợp cần phải có thời gian dài hơn để xây dựng phương án phục hồi thì phải có văn bản đề nghị Thẩm phán gia hạn. Thời hạn gia hạn không quá 30 ngày.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, Thẩm phán phải xem xét phương án phục hồi đó để có thể ra quyết định đưa phương án ra Hội nghị chủ nợ xem xét, quyết định hoặc đề nghị sửa đổi, bổ sung phương án đó nếu thấy chưa bảo đảm các nội dung của một phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được xem xét, thông qua bằng Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ lần thứ hai. Hội nghị chủ nợ lần này được tổ chức trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày Thẩm phán quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ra Hội nghị chủ nợ.

Sau khi có Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, Thẩm phán phải ra quyết định công nhận Nghị quyết đó. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan.

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

Lúc này, doanh nghiệp, hợp tác xã tiếp tục hoạt động kinh doanh theo phương án phục hồi và cứ 6 tháng một lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi cho Tòa án báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi của mình. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh là một trong những cách thức để giải quyết quan hệ nợ giữa doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản với tập thể chủ nợ, do vậy,

chủ nợ có nghĩa vụ giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là 3 năm, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của Tòa án công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cũng có thể được các chủ nợ, doanh nghiệp, hợp tác xã thỏa thuận để sửa đổi, bổ sung trong quá trình thực hiện và được Thẩm phán ra quyết định công nhận. Các bên có quyền thỏa thuận thay đổi phương án phục hồi bởi lẽ, thủ tục giải quyết phá sản nói chung và thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nói riêng có mục đích cứu giúp con nợ khi còn có thể và tối đa việc thanh toán nợ.

#### **4.3. Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh**

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản nếu có một trong các trường hợp sau đây:

– Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;

– Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ.

Toà án phải gửi và thông báo công khai quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã như khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

Khi có quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì doanh nghiệp, hợp tác xã đó được coi là không còn lâm vào tình trạng phá sản.

Ngay sau khi ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án đã bị đình chỉ khi có quyết định mở thủ tục phá sản của Tòa án sẽ được tiếp tục tiến hành. Tòa án ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi phải gửi trả lại hồ sơ vụ án cho Tòa án có thẩm quyền để giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật.

#### **5. Thủ tục thanh lý tài sản và việc thanh toán nợ**

Luật Phá sản trước hết ưu tiên, tạo điều kiện cho việc tổ chức lại hoạt động sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp, hợp tác xã khó khăn về tài chính, mất khả

năng thanh toán nợ thông qua thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, nếu không có khả năng để có thể tiếp tục tồn tại, doanh nghiệp, hợp tác xã đó cũng cần phải được xử lý một cách nhanh chóng để bảo đảm lợi ích của các bên có liên quan. Điều đó có nghĩa là, Tòa án có thể áp dụng một cách linh hoạt các thủ tục để xử lý phá sản căn cứ vào thực trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã. Bằng thủ tục thanh lý tài sản và thanh toán nợ, Luật Phá sản giúp cho doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản thoát khỏi nợ nần để rút khỏi thương trường.

### **5.1. Các trường hợp Tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản**

#### **\* Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản trong trường hợp đặc biệt**

Trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ đã được Nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì Tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần phải triệu tập Hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi.

#### **\* Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi Hội nghị chủ nợ không thành**

Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi Hội nghị chủ nợ không thành trong những trường hợp sau đây:

– Chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không tham gia Hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng hoặc sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần mà vẫn không tham gia Hội nghị chủ nợ được triệu tập lại nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần hoặc người lao động;

– Không đủ số chủ nợ tham gia Hội nghị chủ nợ sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước; cổ đông 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, nếu 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 được phương án phục hồi hoạt

động kinh doanh trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết. Nếu cần thời hạn dài hơn để xây dựng phương án phục hồi thì có thể được Thẩm phán gia hạn thêm không quá 30 ngày nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn không xây dựng được phương án phục hồi đó.

– Hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;

– Doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên liên quan có thoả thuận khác.

### ***5.2. Nội dung của quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản***

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án phải có các nội dung chính sau:

- Ngày, tháng, năm ra quyết định;
- Tên của Tòa án, họ và tên Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý tài sản;
- Căn cứ của việc áp dụng thủ tục thanh lý tài sản;
- Phương án phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Quyền khiếu nại, kháng nghị và thời hạn khiếu nại, kháng nghị.

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã làm vào tình trạng phá sản phải được Toà án gửi và thông báo công khai như khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

### ***5.3. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản***

\* Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản; những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phản quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã liên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Toà án đã ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Toà án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Toà án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán

xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, Tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định hoặc không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Toà án cấp dưới; hoặc sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Toà án cấp dưới; hoặc huỷ quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Toà án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Toà án cấp dưới tiếp tục thủ tục phục hồi theo quy định của Luật này.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

#### **5.4. Phân chia tài sản**

Vấn đề mà các chủ nợ quan tâm là việc thanh toán các tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ được tiến hành ra sao, họ có còn được thanh toán hay không và ai là người đứng ra thanh toán... Để đảm bảo sự chính xác, công bằng trong việc phân chia số tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã cho các đối tượng theo thứ tự ưu tiên của Luật Phá sản, cần thiết phải có một chủ thể có thể đảm đương được công việc đó. Đây là một vấn đề mà Luật Phá sản của các nước đều đề cập tới.

Luật Phá sản của Việt Nam trao quyền phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã cho Tổ quản lý, thanh lý tài sản. Phương án phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã do Thẩm phán quyết định. Điều đó được thể hiện trong nội dung của quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Việc thực hiện phương án phân chia tài sản là một trong những nhiệm vụ quan trọng của Tổ quản lý, thanh lý tài sản.

Trong quá trình thực hiện phương án phân chia tài sản, theo đề nghị của Tổ quản lý, thanh lý tài sản, Thẩm phán có thể ra quyết định cho phép doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện một số hoạt động cần thiết cho việc thanh lý tài sản hoặc làm tăng thêm khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã đó nhằm mục đích tối đa hóa khả năng thanh toán nợ. Cũng theo quyết định của Thẩm phán, Tổ quản lý, thanh lý tài sản thực hiện việc bán đấu giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý theo đúng quy định của pháp luật về bán đấu giá. Vào thời điểm mở thủ tục thanh lý, các khoản nợ chưa đến hạn được xử lý như các khoản nợ đến hạn nhưng không được tính lãi đối với thời gian chưa đến hạn.

Thứ tự phân chia tài sản của một doanh nghiệp, hợp tác xã được thực hiện như sau:

1) Các khoản nợ có bảo đảm và có bảo đảm một phần được ưu tiên thanh toán so với các khoản nợ được xác định trong phương án phân chia tài sản. Khi có

quyết định mở thủ tục thanh lý đối với doanh nghiệp, hợp tác xã thì các khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản thế chấp hoặc cầm cố xác lập trước khi Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được ưu tiên thanh toán bằng tài sản đó; nếu giá trị tài sản thế chấp hoặc cầm cố không đủ thanh toán nợ thì phần nợ còn lại sẽ được thanh toán trong quá trình thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã; nếu giá trị của tài sản thế chấp hoặc cầm cố lớn hơn số nợ thì phần chênh lệch được nhập vào giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã.

2) Trước khi thực hiện việc phân chia tài sản, nếu doanh nghiệp đã được Nhà nước áp dụng các biện pháp đặc biệt về tài sản (như đầu tư vốn, máy móc, trang thiết bị, điều hòa nợ...) để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được mà phải áp dụng thủ tục thanh lý thì Tòa án phải quyết định hoàn trả giá trị tài sản đã được áp dụng biện pháp đặc biệt cho Nhà nước. Cụ thể là, nếu áp dụng biện pháp đặc biệt về tài sản là tiền, thì Tòa án phải ra quyết định hoàn trả đúng số tiền được Nhà nước đầu tư mà không tính lãi. Nếu áp dụng biện pháp đặc biệt về tài sản là động sản, bất động sản mà không phải là tiền (như quyền sử dụng đất, nhà xưởng, máy móc, thiết bị,...) thì Tòa án phải quyết định hoàn trả cho Nhà nước giá trị tài sản đó theo giá tại thời điểm áp dụng biện pháp đặc biệt, trừ trường hợp Nhà nước có quy định khác hoặc giữa Nhà nước và doanh nghiệp, hợp tác xã có thoả thuận khác về việc hoàn trả này.

Việc phân chia giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được thực hiện theo thứ tự ưu tiên đã được Thẩm phán quyết định trong phương án phân chia tài sản, cụ thể như sau:

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

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

Một doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản cũng có nghĩa là người lao động đang làm việc tại doanh nghiệp hay hợp tác xã đó sẽ mất việc làm và thu nhập. Cuộc sống của họ có thể bị đảo lộn từ đó. Trong khi cơ chế thị trường lại không dễ dàng tạo ra ngay một cơ hội để tìm kiếm nơi làm việc mới cho người lao động nói chung. Chính vì thế, khi doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, Luật Phá sản đã tạo điều kiện cho người lao động có khả năng đòi lại tiền lương mà doanh nghiệp, hợp tác xã đang nợ họ cũng như các khoản trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội và các quyền lợi khác để góp phần ổn định lại cuộc sống. Vì thế, người lao động được ưu tiên thanh toán trước so với các chủ nợ.

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

Đối với các khoản nợ chưa đến hạn vào thời điểm mở thủ tục thanh lý được xử lý như các khoản nợ đến hạn, nhưng không được tính lãi đối với thời gian chưa đến hạn.

Các khoản nợ thuế đối với nhà nước cũng được hiểu là các khoản nợ không có bảo đảm và cũng được thanh toán ở thứ tự ưu tiên này.

Trường hợp giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi đã thanh toán đủ các khoản trên mà vẫn còn thì phần còn lại này thuộc về xã viên hợp tác xã; chủ doanh nghiệp tư nhân; các thành viên của công ty; các cổ đông của công ty cổ phần; chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước.

#### **5.5. Đình chỉ thủ tục thanh lý**

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

### **6. Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản**

#### **6.1. Các trường hợp ra quyết định tuyên bố phá sản**

Thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản. Trong một số trường hợp đặc biệt, Tòa án có thể ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản mà không cần triệu tập Hội nghị chủ nợ, không cần áp dụng thủ tục phục hồi hay thủ tục thanh lý tài sản. Cụ thể, đó là các trường hợp sau:

– Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn nộp tiền tạm ứng phí phá sản do Tòa án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không còn tiền và tài sản khác để nộp tiền tạm ứng phí phá sản thì Tòa án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

– Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và nhận các tài liệu, giấy tờ do các bên có liên quan gửi đến, Tòa án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản.



Như vậy, có thể thấy, căn cứ vào thực trạng tài chính vô cùng khó khăn của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản, Tòa án có quyền giải quyết tình trạng đó bằng việc áp dụng một thủ tục phá sản nhanh gọn ngay sau khi có đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản hoặc sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, Tòa án phải gửi và thông báo công khai quyết định đó như khi ra quyết định mở thủ tục phá sản.

#### **6.2. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản**

Doanh nghiệp, hợp tác xã, các chủ nợ có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố 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.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Tòa án đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Tòa 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.

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: hoặc không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Tòa án cấp dưới; hoặc hủy quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Tòa án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không bị khiếu nại, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị.

Trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật, Tòa án phải gửi quyết định cho cơ quan

đăng ký kinh doanh để xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh; trong trường hợp Tòa án nhân dân tối cao ra quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị thì thời hạn có thể dài hơn, nhưng không quá hai mươi lăm ngày.

Khác với trường hợp giải thể, khi doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản, người quản lý, điều hành doanh nghiệp, hợp tác xã đó còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã. Vì vậy, trong quyết định của Tòa án tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, nội dung này được thể hiện cụ thể đối với các cá nhân trong doanh nghiệp, hợp tác xã đó. Cụ thể là, trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản nếu không vì lý do bất khả kháng thì người giữ chức vụ Giám đốc, Tổng Giám đốc, Chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị của công ty, tổng công ty 100% vốn nhà nước bị tuyên bố phá sản không được đảm đương các chức vụ đó ở bất kỳ doanh nghiệp nhà nước nào, kể từ ngày công ty, tổng công ty nhà nước bị tuyên bố phá sản.

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

Chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh, Giám đốc (Tổng Giám đốc), Chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên của doanh nghiệp, Chủ nhiệm, các thành viên Ban quản trị hợp tác xã bị tuyên bố phá sản không được quyền thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã, không được làm người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời hạn từ một đến ba năm, kể từ ngày doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản.

Tòa án đã ra quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã gửi trích lục quyết định tuyên bố phá sản trong đó có nội dung cấm cá nhân đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã cho Sở Tư pháp địa phương nơi Tòa án đó có trụ sở trong thời hạn mười ngày kể từ ngày quyết định tuyên bố phá sản có hiệu lực pháp luật. Sở Tư pháp có trách nhiệm gửi thông tin cho Sở Tư pháp nơi người đó thường trú hoặc tạm trú (khi không xác định được nơi thường trú). Thông tin này được đưa vào lý lịch tư pháp của cá nhân. Hết thời hạn Tòa án xác định trong quyết định tuyên bố phá sản, thông tin này được xóa bỏ đối với cá nhân đó. Thông qua việc quản lý lý lịch tư pháp của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, cơ quan đăng ký kinh doanh có thể biết được tình trạng bị cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã của một cá nhân trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản.

## CÂU HỎI ÔN TẬP CHƯƠNG 7

1. Trình bày khái niệm doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Phân biệt doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản với doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.
2. Phân biệt khái quát hai hiện tượng phá sản và giải thể đối với một chủ thể kinh doanh về các mặt: nguyên nhân, thẩm quyền, thủ tục tiến hành và về hậu quả pháp lý của chủ thể đó.
  3. Vai trò của pháp luật phá sản trong nền kinh tế thị trường?
  4. Hãy xác định thẩm quyền của Tòa án trong việc tiến hành thủ tục phá sản.
  5. Những ai có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của Luật Phá sản năm 2004?
  6. Ai có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của Luật Phá sản năm 2004? Tại sao việc nộp đơn của chủ thể này lại được quy định là một nghĩa vụ?
  7. Nêu các chủ thể tham gia giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản.
  8. Ý nghĩa của việc tổ chức Hội nghị chủ nợ trong thủ tục phá sản? Thành phần và điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ?
  9. Phân tích khái quát thủ tục giải quyết phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.
  10. Trình bày hậu quả pháp lý đối với người quản lý và chủ sở hữu của các doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

- 1) Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003.
- 2) Luật Hợp tác xã năm 2003.
- 3) Luật Cạnh tranh năm 2004.
- 4) Luật Phá sản năm 2004.
- 5) Luật Đầu tư năm 2005.
- 6) Luật Doanh nghiệp năm 2005.
- 7) Bộ luật Dân sự năm 2005.
- 8) Luật Thi hành án dân sự năm 2009.
- 9) Luật Lý lịch tư pháp năm 2009.
- 10) Luật Trọng tài thương mại năm 2010.
- 11) Nghị định số 37/2003/NĐ-CP ngày 10/4/2003 của Chính phủ Quy định xử phạt vi phạm hành chính về đăng ký kinh doanh.
- 12) Nghị định số 180/2004/NĐ-CP ngày 28/10/2004 của Chính phủ về thành lập mới, tổ chức lại và giải thể công ty nhà nước.
- 13) Nghị định số 187/2004/NĐ-CP ngày 16/11/2004 của Chính phủ về việc chuyển công ty nhà nước thành công ty cổ phần.
- 14) Nghị định số 199/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004 của Chính phủ ban hành quy chế quản lý tài chính của công ty nhà nước và quản lý vốn Nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp khác.
- 15) Nghị định số 177/2004/NĐ-CP ngày 12/10/2004 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hợp tác xã.
- 16) Nghị quyết số 03/2005/NQ-HĐTP ngày 28/4/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật Phá sản.
- 17) Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29/8/2006 của Chính phủ về đăng ký kinh doanh.
- 18) Nghị định số 101/2006/NĐ-CP ngày 21/9/2006 của Chính phủ quy định việc đăng ký lại, chuyển đổi và đăng ký đổi Giấy chứng nhận đầu tư của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư.
- 19) Nghị định 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.
- 20) Nghị định 139/2007/NĐ-CP ngày 5/9/2007 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp.
- 21) Nghị định số 39/2007/NĐ-CP ngày 16/3/2007 về cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh.
- 22) Nguyễn Hợp Toàn, Giáo trình Pháp luật kinh tế, Nhà xuất bản Đại học Kinh tế Quốc dân, 2008.
- 23) Thông tư số 03/2006/TT-BKH ngày 19/10/2006 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn một số nội dung về hồ sơ, trình tự, thủ tục đăng ký kinh doanh theo quy định tại Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29/8/2006 của Chính phủ về đăng ký kinh doanh.

# MỤC LỤC

	Trang
Lời nói đầu .....	3
Bài mở đầu .....	5

## **Chương 1. CHỦ THỂ KINH DOANH VÀ NGUỒN LUẬT ĐIỀU CHỈNH HOẠT ĐỘNG KINH DOANH**

I. Hoạt động kinh doanh và các loại chủ thể kinh doanh .....	7
II. Khái quát về doanh nghiệp .....	19
III. Nguồn luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh .....	31
Câu hỏi ôn tập chương 1 .....	39

## **Chương 2. PHÁP LUẬT VỀ THÀNH LẬP, TỔ CHỨC QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP**

I. Điều kiện và thủ tục thành lập doanh nghiệp .....	40
II. Pháp luật về công ty .....	64
III. Pháp luật về doanh nghiệp tư nhân .....	93
IV. Pháp luật về nhóm công ty .....	96
Câu hỏi ôn tập chương 2 .....	99

## **Chương 3. PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG KINH DOANH, THƯƠNG MẠI**

I. Khái quát pháp luật hợp đồng và hợp đồng dân sự ở Việt Nam .....	100
II. Hợp đồng trong hoạt động thương mại .....	128
Câu hỏi ôn tập chương 3 .....	144

## **Chương 4. QUAN HỆ PHÁP LUẬT LAO ĐỘNG TRONG DOANH NGHIỆP**

I. Quan hệ lao động trong doanh nghiệp và pháp luật điều chỉnh .....	145
II. Hợp đồng lao động .....	149
III. Thỏa ước lao động tập thể .....	159
IV. Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi .....	162
V. Kỷ luật lao động và trách nhiệm vật chất .....	165
VI. Tiền lương .....	170
VII. Bảo hiểm xã hội .....	173
VIII. Tranh chấp lao động, đình công và giải quyết tranh chấp lao động, đình công .....	177
Câu hỏi ôn tập chương 4 .....	186

## **Chương 5. PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH VÀ GIẢI QUYẾT CÁC VỤ VIỆC CẠNH TRANH**

I. Khái niệm cạnh tranh và pháp luật về cạnh tranh .....	187
II. Hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh .....	194
III. Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường và độc quyền nhằm hạn chế cạnh tranh .....	202
IV. Tập trung kinh tế .....	212
V. Cơ quan giải quyết các vụ việc cạnh tranh .....	216
VI. Tổ tụng cạnh tranh .....	223
VII. Xử lý vụ việc cạnh tranh .....	229
Câu hỏi ôn tập chương 5 .....	230

## **Chương 6. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH**

I. Tranh chấp trong kinh doanh và việc giải quyết tranh chấp trong kinh doanh .....	231
II. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh bằng trọng tài thương mại .....	235
III. Giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại tại tòa án nhân dân .....	251
IV. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh có yếu tố nước ngoài .....	268
Câu hỏi ôn tập chương 6 .....	274

## **Chương 7. PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN**

I. Khái niệm chung về phá sản .....	275
II. Pháp luật phá sản trong nền kinh tế thị trường .....	277
III. Thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã .....	289
Câu hỏi ôn tập chương 7 .....	304
Tài liệu tham khảo .....	305
Mục lục .....	306

*Chịu trách nhiệm xuất bản :*

Chủ tịch Hội đồng Thành viên kiêm Tổng Giám đốc NGÔ TRẦN ÁI  
Tổng biên tập kiêm Phó Tổng Giám đốc NGUYỄN QUÝ THAO

*Tổ chức bản thảo và chịu trách nhiệm nội dung:*

Phó Tổng biên tập NGÔ ÁNH TUYẾT  
Giám đốc Công ty CP Sách Đại học – Dạy nghề NGÔ THỊ THANH BÌNH

*Biên tập nội dung và sửa bản in:*

ĐẶNG MAI THANH

*Biên tập mỹ thuật và trình bày bìa :*

BÍCH LA

*Thiết kế sách và chế bản :*

THANH VÂN

---

Công ty CP Sách Đại học – Dạy nghề, Nhà xuất bản Giáo dục Việt Nam  
giữ quyền công bố tác phẩm.

---

**GIÁO TRÌNH PHÁP LUẬT KINH TẾ**  
**(Dành cho sinh viên các trường Đại học, Cao đẳng khối kinh tế)**

---

**Mã số: 7L260y3-DAI**

Số đăng kí KHXB : 54 - 2014/CXB/ 216- 51/GD

In 800 cuốn (QĐ in số : 06), khổ 16 x 24 cm.

In tại Công ty CP in và thương mại Hà Tây.

In xong và nộp lưu chiểu tháng 02 năm 2014

