

Chuyên đề 1

Pháp luật về kinh tế và luật doanh nghiệp

PHẦN I

PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP

Thực hiện đường lối đổi mới kinh tế và xây dựng nền kinh tế nhiều thành phần định hướng xã hội chủ nghĩa, trong thời gian qua, kết quả phát triển hệ thống doanh nghiệp và vai trò của hệ thống này đối với nền kinh tế Việt Nam được đánh giá hết sức khả quan. Hiến pháp 2013 đã khẳng định nền kinh tế Việt Nam là nền kinh tế với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế; kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo; Nhà nước khuyến khích, tạo điều kiện để doanh nhân, doanh nghiệp và cá nhân, tổ chức khác đầu tư, sản xuất, kinh doanh; phát triển bền vững các ngành kinh tế, góp phần xây dựng đất nước; các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật.

Đây là những định hướng lớn cho việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về doanh nghiệp. Trên cơ sở đó, ngày 26 tháng 11 năm 2014, tại kỳ họp thứ 8, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật Doanh nghiệp 2014, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/07/2015 và thay thế cho Luật Doanh nghiệp 2005. Luật Doanh nghiệp 2014 được ban hành với mục tiêu tiếp tục hoàn thiện khuôn khổ pháp lý nhằm tạo ra những đột phá mới, góp phần cải cách thể chế kinh tế, nâng cao năng lực cạnh tranh của môi trường đầu tư, kinh doanh, nhằm phát huy nội lực trong nước và thu hút đầu tư nước ngoài; tạo thuận lợi hơn, giảm chi phí, tạo cơ chế vận hành linh hoạt, hiệu quả cho tổ chức quản trị doanh nghiệp, cơ cấu lại doanh nghiệp; bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư, cổ đông, thành viên của doanh nghiệp; Nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp.

I. NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ DOANH NGHIỆP

1. Khái niệm doanh nghiệp

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, Doanh nghiệp là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch, được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh. Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ. Doanh nghiệp Việt Nam là doanh nghiệp được thành lập hoặc đăng ký thành lập theo pháp luật Việt Nam và có trụ sở chính tại Việt Nam.

Doanh nghiệp với tư cách là tổ chức kinh tế có những đặc điểm là cơ sở để phân biệt với hộ kinh doanh hoặc với các cá nhân, tổ chức không phải là tổ

chức kinh tế như cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang nhân dân, tổ chức xã hội.

Doanh nghiệp có các đặc điểm pháp lý cơ bản như sau:

Thứ nhất, doanh nghiệp phải có tên riêng. Tên của doanh nghiệp là dấu hiệu đầu tiên xác định tư cách chủ thể độc lập của doanh nghiệp và là cơ sở để Nhà nước thực hiện quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp. Tên doanh nghiệp cũng là cơ sở phân biệt chủ thể trong quan hệ giữa các doanh nghiệp với nhau và với người tiêu dùng. Tên doanh nghiệp phải được gắn tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh của doanh nghiệp. Tên doanh nghiệp phải được in hoặc viết trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do doanh nghiệp phát hành.

Thứ hai, doanh nghiệp phải có tài sản. Mục đích thành lập của doanh nghiệp là kinh doanh, do đó tài sản là điều kiện hoạt động của doanh nghiệp.

Thứ ba, doanh nghiệp phải có trụ sở chính (trụ sở giao dịch ổn định). Doanh nghiệp thành lập và hoạt động phải đăng ký một địa chỉ giao dịch trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam. Các doanh nghiệp có trụ sở chính tại Việt Nam, được đăng ký thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam. Trụ sở chính của doanh nghiệp là địa điểm liên lạc của doanh nghiệp trên lãnh thổ Việt Nam, có địa chỉ được xác định gồm số nhà, ngách, hẻm, ngõ phố, phố, đường hoặc thôn, xóm, ấp, 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).

Thứ tư, doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục thành lập theo quy định của pháp luật và mọi doanh nghiệp, kinh doanh ở bất kỳ lĩnh vực nào cũng đều phải được một cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp phép.

Thứ năm, mục tiêu thành lập doanh nghiệp là để trực tiếp thực hiện các hoạt động kinh doanh.

2. Phân loại doanh nghiệp

Doanh nghiệp có thể được phân loại theo những tiêu chí khác nhau như sau:

- Phân loại theo tính chất sở hữu và mục đích hoạt động của doanh nghiệp, doanh nghiệp được chia thành: doanh nghiệp tư và doanh nghiệp công.

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

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

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

- Phân loại theo loại hình tổ chức và hoạt động, doanh nghiệp được chia thành: Công ty cổ phần; công ty trách nhiệm hữu hạn; công ty hợp danh; doanh nghiệp tư nhân.

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, có các loại hình doanh nghiệp sau đây:

- Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên;

- Doanh nghiệp nhà nước;

- Công ty cổ phần;

- Công ty hợp danh;

- Doanh nghiệp tư nhân.

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

Việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của doanh nghiệp áp dụng theo quy định của các văn bản pháp luật sau:

- Luật Doanh nghiệp 2014, Luật Đầu tư 2014, Luật sửa đổi, bổ sung Điều 6 và Phụ lục 4 của Luật Đầu tư.

- Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19 tháng 10 năm 2015 quy định chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp; Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 9 năm 2015 về đăng ký doanh nghiệp;

Luật Doanh nghiệp 2014 quy định nguyên tắc áp dụng Luật doanh nghiệp và Luật chuyên ngành. Theo đó, trường hợp luật chuyên ngành có quy định đặc thù về việc thành lập, tổ chức quản lý, tổ chức lại, giải thể và hoạt động có liên quan của doanh nghiệp thì áp dụng quy định của Luật đó.

4. Quyền, nghĩa vụ của doanh nghiệp

4.1. Về quyền của doanh nghiệp

Các quyền của doanh nghiệp được quy định cụ thể tại Điều 7 Luật doanh nghiệp 2014 bao gồm:

- Tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà luật không cấm.

- Tự chủ kinh doanh và lựa chọn hình thức tổ chức kinh doanh; chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh; chủ động điều chỉnh quy mô và ngành, nghề kinh doanh.

- Lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn.
- Chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng.
- Kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu.
- Tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh.
- Chủ động ứng dụng khoa học và công nghệ để nâng cao hiệu quả kinh doanh và khả năng cạnh tranh.
- Chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp.
- Từ chối yêu cầu cung cấp nguồn lực không theo quy định của pháp luật.
- Khiếu nại, tố cáo theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.
- Tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật.
- Quyền khác theo quy định của luật có liên quan.

Trong đó, quyền tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà luật không cấm thể chế Điều 33 Hiến pháp 2013, quyền từ chối yêu cầu cung cấp nguồn lực không theo quy định pháp luật và tham gia tố tụng theo quy định pháp luật là những quyền mới được quy định cụ thể tại Luật năm 2014 so với Luật năm 2005.

4.2. Nghĩa vụ của doanh nghiệp

Nghĩa vụ của Doanh nghiệp được quy định cụ thể tại Điều 8 Luật Doanh nghiệp 2014:

- Đáp ứng đủ điều kiện kinh doanh khi kinh doanh ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện theo quy định của Luật đầu tư và bảo đảm duy trì đủ điều kiện đầu tư kinh doanh đó trong suốt quá trình hoạt động kinh doanh.
- 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, thống kê.
- kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.
- Bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động; không được phân biệt đối xử và xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người lao động trong doanh nghiệp; không được sử dụng lao động cưỡng bức và lao động trẻ em; hỗ trợ và tạo điều kiện thuận lợi cho người lao động tham gia đào tạo nâng cao trình độ, kỹ năng nghề; thực hiện chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm y tế và bảo hiểm khác cho người lao động theo quy định của pháp luật.
- Bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hóa, dịch vụ theo tiêu chuẩn do pháp luật quy định hoặc tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố.

- Thực hiện đầy đủ, kịp thời các nghĩa vụ về đăng ký doanh nghiệp, đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, công khai thông tin về thành lập và hoạt động, báo cáo và các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan.

- Chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của thông tin kê khai trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp và các báo cáo; trường hợp phát hiện thông tin đã kê khai hoặc báo cáo thiếu chính xác, chưa đầy đủ thì phải kịp thời sửa đổi, bổ sung các thông tin đó.

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

- Thực hiện nghĩa vụ về đạo đức kinh doanh để bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng và người tiêu dùng.

Luật Doanh nghiệp 2014 cũng quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp cung ứng các sản phẩm, dịch vụ công ích (Điều 9); tiêu chí, quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp xã hội (Điều 10).

5. Người quản lý doanh nghiệp

Người quản lý doanh nghiệp là người quản lý công ty và người quản lý doanh nghiệp tư nhân, bao gồm chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty.

6. Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án và các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

Công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật. Điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

Doanh nghiệp phải bảo đảm luôn có ít nhất một người đại diện theo pháp luật cư trú tại Việt Nam. Trường hợp doanh nghiệp chỉ có một người đại diện theo pháp luật thì người đó phải cư trú ở Việt Nam và phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác thực hiện quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật khi xuất cảnh khỏi Việt Nam. Trường hợp này, người đại diện theo pháp luật vẫn phải chịu trách nhiệm về việc thực hiện quyền và nghĩa vụ đã ủy quyền.

Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp có trách nhiệm sau đây: Thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp; Trung thành với lợi ích của doanh nghiệp; không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của doanh nghiệp, không lạm dụng địa vị, chức vụ và sử dụng tài sản của doanh nghiệp để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác; Thông báo kịp thời, đầy đủ, chính xác cho doanh nghiệp về việc người đại diện đó và người có liên quan của họ làm chủ hoặc có cổ phần, phần vốn góp chi phối tại các doanh nghiệp khác.

Theo đó, trường hợp người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ, trách nhiệm được nêu trên phải chịu trách nhiệm cá nhân đối với những thiệt hại cho doanh nghiệp.

7. Người đại diện theo ủy quyền của chủ sở hữu, thành viên, cổ đông là tổ chức

Người đại diện theo ủy quyền của chủ sở hữu, thành viên, cổ đông công ty là tổ chức phải là cá nhân được ủy quyền bằng văn bản nhân danh chủ sở hữu, thành viên, cổ đông đó thực hiện các quyền và nghĩa vụ theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

Trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác thì việc cử người đại diện theo ủy quyền thực hiện theo quy định sau đây: Tổ chức là thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có sở hữu ít nhất 35% vốn điều lệ có thể ủy quyền tối đa 03 người đại diện; Tổ chức là cổ đông công ty cổ phần có sở hữu ít nhất 10% tổng số cổ phần phổ thông có thể ủy quyền tối đa 03 người đại diện.

Trường hợp chủ sở hữu, thành viên, cổ đông công ty là tổ chức cử nhiều người đại diện theo ủy quyền thì phải xác định cụ thể phần vốn góp, số cổ phần, cho mỗi người đại diện. Trường hợp chủ sở hữu, thành viên, cổ đông công ty không xác định phần vốn góp, số cổ phần tương ứng cho mỗi người đại diện theo ủy quyền, phần vốn góp, số cổ phần sẽ được chia đều cho số lượng người đại diện theo ủy quyền.

II. THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP VÀ ĐĂNG KÝ DOANH NGHIỆP

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

1. Đối tượng có quyền thành lập doanh nghiệp

Tổ chức, cá nhân có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp tại Việt Nam trừ trường hợp sau đây:

- Cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân sử dụng tài sản nhà nước để thành lập doanh nghiệp kinh doanh thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình;
- Cán bộ, công chức, viên chức theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức, viên chức;
- Sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân, viên chức quốc phòng trong các cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân Việt Nam, trừ những người được cử làm đại diện theo ủy quyền để quản lý phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp;
- Cán bộ lãnh đạo, quản lý nghiệp vụ trong doanh nghiệp 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; tổ chức không có tư cách pháp nhân;
- Người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, chấp hành hình phạt tù, quyết định xử lý hành chính tại cơ sở cai nghiện bắt buộc, cơ sở giáo dục bắt buộc hoặc đang bị cấm hành nghề kinh doanh, đảm nhiệm chức vụ hoặc làm công việc nhất định, liên quan đến kinh doanh theo quyết định của Tòa án; các trường hợp khác theo quy định của pháp luật về phá sản, phòng, chống tham nhũng.

Tổ chức, cá nhân có quyền góp vốn, mua cổ phần, mua phần vốn góp vào công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh theo quy định của Luật Doanh nghiệp, trừ trường hợp sau đây:

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

2. Đăng ký doanh nghiệp

Đăng ký doanh nghiệp là việc người thành lập doanh nghiệp đăng ký thông tin về doanh nghiệp dự kiến thành lập, doanh nghiệp đăng ký những thay đổi hoặc dự kiến thay đổi trong thông tin về đăng ký doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh và được lưu giữ tại Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp. Đăng ký doanh nghiệp bao gồm đăng ký thành lập doanh nghiệp, đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp và các nghĩa vụ đăng ký, thông báo khác theo quy định tại Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 9 năm 2015 về đăng ký doanh nghiệp.

Theo Luật Doanh nghiệp trình tự, thủ tục đăng ký doanh nghiệp như sau:

- Người thành lập doanh nghiệp hoặc người được ủy quyền gửi hồ sơ đăng ký doanh nghiệp theo quy định tại Luật Doanh nghiệp cho Cơ quan đăng ký kinh doanh;

- Cơ quan đăng ký kinh doanh có trách nhiệm xem xét tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký doanh nghiệp và cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ. Trường hợp từ chối cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp thì phải thông báo bằng văn bản cho người thành lập doanh nghiệp biết. Thông báo phải nêu rõ lý do và các yêu cầu sửa đổi, bổ sung hồ sơ.

Thời gian thành lập doanh nghiệp đã được rút ngắn từ 10 ngày theo Luật Doanh nghiệp 2005 xuống còn 03 ngày theo Luật mới.

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

- Ngành, nghề đăng ký kinh doanh không bị cấm đầu tư kinh doanh;
- Tên của doanh nghiệp được đặt theo đúng quy định tại các Điều 38, 39, 40 và 42 của Luật Doanh nghiệp 2014;
- Có hồ sơ đăng ký doanh nghiệp hợp lệ;
- Nộp đủ lệ phí đăng ký doanh nghiệp theo quy định pháp luật về phí và lệ phí.

Trường hợp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp bị mất, bị hủy hoại, bị hư hỏng hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác, doanh nghiệp được cấp lại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và phải trả lệ phí theo quy định của pháp luật về phí và lệ phí.

Đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử được thực hiện như sau:

- Tổ chức, cá nhân có thể lựa chọn hình thức đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử. Phòng Đăng ký kinh doanh tạo điều kiện thuận lợi cho các tổ chức, cá nhân tìm hiểu thông tin, thực hiện đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử.

- Tổ chức, cá nhân lựa chọn sử dụng chữ ký số công cộng hoặc sử dụng Tài khoản đăng ký kinh doanh để đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử.

- Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử có giá trị pháp lý như hồ sơ nộp bằng bản giấy. Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử là hợp lệ khi đảm bảo đầy đủ các yêu cầu theo quy định tại Điều 36 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP.

3. Tài sản góp vốn và định giá tài sản góp vốn

3.1. Tài sản góp vốn

Tài sản góp vốn thành lập doanh nghiệp có thể là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyên 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 có thể định giá được bằng Đồng Việt Nam.

Quyền sở hữu trí tuệ được sử dụng để góp vốn bao gồm quyền tác giả, quyền liên quan đến 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 về sở hữu trí tuệ. Chỉ cá nhân, tổ chức là chủ sở hữu hợp pháp đối với các quyền nói trên mới có quyền sử dụng các tài sản đó để góp vốn.

3.2. Định giá tài sản góp vốn

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

Định giá tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp:

- Tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp phải được các thành viên, cổ đông sáng lập định giá theo nguyên tắc nhất trí hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được đa số các thành viên, cổ đông sáng lập chấp thuận.

- Trường hợp tài sản góp vốn được định giá cao hơn so với giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì các thành viên, cổ đông sáng lập cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế.

Định giá tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động:

- Tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động do chủ sở hữu, Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần và người góp vốn thỏa thuận định giá hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được người góp vốn và doanh nghiệp chấp thuận.

- Trường hợp nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì người góp vốn, chủ sở hữu, thành viên Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, thành viên Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời, liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do việc cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế.

4. Chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn

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 như sau:

- Đối với tài sản có đăng ký quyền sở hữu hoặc giá trị quyền sử dụng đất thì người góp vốn phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản đó hoặc quyền sử dụng đất cho công ty tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Việc chuyển quyền sở hữu đối với tài sản góp vốn không phải chịu lệ phí trước bạ;

- Đối với tài sản không đăng ký quyền sở hữu, việc góp vốn phải được thực hiện bằng việc giao nhận tài sản góp vốn có xác nhận bằng biên bản.

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

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

Tài sản được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của chủ doanh nghiệp tư nhân không phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu cho doanh nghiệp.

5. Công bố nội dung đăng ký doanh nghiệp

Để thuận tiện cho việc thực hiện các giao dịch giữa các doanh nghiệp, các đối tác trong kinh doanh, Luật doanh nghiệp quy định nghĩa vụ công bố nội dung đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp, cụ thể như sau:

Doanh nghiệp sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, phải thông báo công khai trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp theo trình tự, thủ tục và phải trả phí theo quy định. Nội dung công bố bao gồm các nội dung Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và các thông tin sau đây:

- Ngành, nghề kinh doanh;
- Danh sách cổ đông sáng lập và cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài đối với công ty cổ phần.

Trường hợp thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, những thay đổi tương ứng phải được thông báo công khai trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp trong thời hạn theo quy định của pháp luật.

Thời hạn thông báo công khai các thông tin về doanh nghiệp quy định tại là 30 ngày, kể từ ngày được công khai.

III. CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP

1. Công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH)

Công ty trách nhiệm hữu hạn được chia làm hai loại, bao gồm: Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, trong đó công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được chia làm hai loại, bao gồm: công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân.

1.1. Công ty TNHH hai thành viên trở lên

a) Bản chất pháp lý

Công ty TNHH hai thành viên trở lên là một loại hình doanh nghiệp, trong đó thành viên công ty có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng thành viên ít nhất là 02 (hai) và nhiều nhất là 50 (năm mươi). Công ty TNHH hai thành viên trở lên, có một số đặc điểm cơ bản sau:

- *Thứ nhất*, thành viên chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp (trách nhiệm hữu hạn). Riêng đối với các thành viên chưa góp vốn hoặc chưa góp đủ số vốn đã cam kết phải chịu trách nhiệm tương ứng với phần vốn góp đã cam kết đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh trong thời gian trước ngày công ty đăng ký thay đổi vốn điều lệ và phần vốn góp của thành viên.

- *Thứ hai*, việc chuyển nhượng vốn góp bị hạn chế hơn so với công ty cổ phần, thành viên công ty chỉ được chuyển nhượng phần vốn góp theo quy định tại Điều 52, 53 và 54 Luật Doanh nghiệp 2014.

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

- *Thứ tư*, công ty không được quyền phát hành cổ phần.

b) Chế độ pháp lý về tài sản

Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình công ty đối vốn không được phát hành cổ phiếu ra thị trường. Kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, các thành viên phải góp vốn phần vốn góp cho công ty đủ và đúng loại tài sản như đã cam kết khi đăng ký thành lập doanh nghiệp trong thời hạn 90 ngày. Thành viên công ty chỉ được góp vốn phần vốn góp cho công ty bằng các tài sản khác với loại tài sản đã cam kết nếu được sự tán thành của đa số thành viên còn lại. Trong thời hạn này, thành viên có các quyền và nghĩa vụ tương ứng với tỷ lệ phần vốn góp như đã cam kết góp. Sau thời hạn này mà vẫn có thành viên chưa góp hoặc chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì được xử lý như sau:

- Thành viên chưa góp vốn theo cam kết đương nhiên không còn là thành viên của công ty;

- Thành viên chưa góp vốn đủ phần vốn góp như đã cam kết có các quyền tương ứng với phần vốn góp đã góp;

- Phần vốn góp chưa góp của các thành viên được chào bán theo quyết định của Hội đồng thành viên.

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

- Sửa đổi, bổ sung các nội dung trong Điều lệ công ty liên quan đến quyền và nghĩa vụ của thành viên, Hội đồng thành viên;

- Tổ chức lại công ty;

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

Khi có yêu cầu mua lại phần vốn góp của thành viên, nếu không thỏa thuận được về giá thì công ty phải mua lại phần vốn góp của thành viên đó theo giá thị trường hoặc giá được định theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ công ty trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu. Việc thanh toán chỉ được thực hiện nếu sau khi thanh toán đủ phần vốn góp được mua lại, công ty vẫn thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác. Trường hợp công ty không mua lại phần vốn góp theo quy định thì thành viên đó có quyền tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho thành viên khác hoặc người khác không phải là thành viên.

Trong quá trình hoạt động của công ty, ngoại trừ một số trường hợp hạn chế chuyển nhượng quy định tại khoản 3 Điều 52, khoản 5 và khoản 6 Điều 54 Luật Doanh nghiệp 2014, *thành viên có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác theo quy định sau đây:*

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

- Chỉ được chuyển nhượng với cùng điều kiện chào bán đối với các thành viên còn lại cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày chào bán.

Thành viên chuyển nhượng vẫn có các quyền và nghĩa vụ đối với công ty tương ứng với phần vốn góp có liên quan cho đến khi thông tin về người mua được ghi đầy đủ vào sổ đăng ký thành viên.

Trường hợp chuyển nhượng hoặc thay đổi phần vốn góp của các thành viên dẫn đến chỉ còn một thành viên trong công ty, công ty phải tổ chức hoạt động theo loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và đồng thời thực hiện đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hoàn thành việc chuyển nhượng.

Luật Doanh nghiệp 2014 còn quy định việc xử lý phần vốn góp trong một số trường hợp đặc biệt¹.

Theo quyết định của hội đồng thành viên công ty có thể tăng vốn điều lệ bằng các hình thức như: Tăng vốn góp của thành viên; tiếp nhận vốn góp của thành viên mới. Công ty có thể giảm vốn điều lệ theo quyết định của Hội đồng thành viên bằng các hình thức và thủ tục được quy định tại Điều 68 Luật Doanh nghiệp.

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

c) Quản trị nội bộ

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

- Hội đồng thành viên:

Hội đồng thành viên bao gồm tất cả các thành viên công ty, là cơ quan có quyền quyết định cao nhất của công ty bao gồm tất cả các thành viên công ty. Điều lệ công ty quy định định kỳ họp Hội đồng thành viên, nhưng ít nhất mỗi năm phải họp một lần.

Trường hợp cá nhân là thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn bị tạm giam, bị kết án tù hoặc bị Tòa án tước quyền hành nghề theo quy định của Bộ luật hình sự, thành viên đó ủy quyền cho người khác tham gia Hội đồng thành viên công ty.

Hội đồng thành viên có thể được triệu tập họp bất cứ khi nào theo yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc của thành viên (hoặc nhóm thành viên) sở hữu từ 10% số vốn điều lệ trở lên (hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn do điều lệ công ty quy định), trừ trường hợp quy định tại khoản 9 Điều 50 Luật Doanh nghiệp 2014. Thủ tục triệu tập họp hội đồng thành viên, điều kiện, thể thức tiến hành họp và ra quyết định của hội đồng thành viên được thực hiện theo quy định tại các điều từ Điều 58 đến Điều 63 Luật Doanh nghiệp 2014.

Với tư cách là cơ quan quyết định cao nhất của công ty, Hội đồng thành viên có quyền xem xét và quyết định những vấn đề chủ yếu, quan trọng nhất của công ty như: sửa đổi, bổ sung Điều lệ Công ty; phương hướng phát triển công ty; bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên; bổ nhiệm, miễn nhiệm, bãi nhiệm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; thông qua báo cáo tài chính

¹ Điều 54 Luật Doanh nghiệp 2014

hàng năm; tổ chức lại hoặc giải thể công ty. Các quyền và nhiệm vụ cụ thể của hội đồng thành viên được quy định trong luật doanh nghiệp và điều lệ công ty².

- Chủ tịch Hội đồng thành viên:

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

- Giám đốc (Tổng giám đốc):

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

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

- Ban kiểm soát

Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ mười một thành viên trở lên phải thành lập Ban kiểm soát. Trường hợp có ít hơn mười một thành viên, có thể thành lập Ban kiểm soát phù hợp với yêu cầu quản trị công ty. Khác với công ty cổ phần, trong công ty TNHH, những vấn đề như: Quyền, nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của Ban kiểm soát, Trường ban kiểm soát hoàn toàn do Điều lệ công ty quy định.

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

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng nhất định phải được Hội đồng thành viên chấp thuận, bao gồm: thành viên, người đại diện theo ủy quyền của thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, người đại diện theo pháp luật của công ty và người có liên quan của những người này; người quản lý công ty mẹ, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ và người có liên quan của những người này.

² Điều 56 Luật Doanh nghiệp 2014

Người ký kết hợp đồng, giao dịch phải thông báo cho các thành viên Hội đồng thành viên, Kiểm soát viên về các đối tượng có liên quan đối với hợp đồng, giao dịch đó; kèm theo dự thảo hợp đồng hoặc thông báo nội dung chủ yếu của giao dịch dự định tiến hành. Trường hợp Điều lệ công ty không quy định khác thì Hội đồng thành viên phải quyết định việc chấp thuận hợp đồng hoặc giao dịch trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo; trong trường hợp này, hợp đồng, giao dịch được chấp thuận nếu có sự tán thành của số thành viên đại diện ít nhất 65% tổng số vốn có quyền biểu quyết. Thành viên có liên quan trong các hợp đồng, giao dịch không được tính vào việc biểu quyết.

Hợp đồng, giao dịch bị vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật khi được ký kết không đúng nguyên tắc trên, gây thiệt hại cho công ty. Người ký kết hợp đồng, giao dịch, thành viên có liên quan và người có liên quan của thành viên đó phải bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch được ký kết không đúng hoặc gây thiệt hại cho công ty.

1.2. Công ty TNHH một thành viên

a) Bản chất pháp lý

Trong quá trình phát triển, pháp luật công ty đã có những quan niệm mới về công ty đó là thừa nhận mô hình công ty TNHH một thành viên. Thực tiễn kinh doanh ở nước ta các doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp của các tổ chức chính trị, chính trị-xã hội, doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài do một cá nhân, tổ chức đầu tư về bản chất cũng được tổ chức và hoạt động giống như công ty TNHH một thành viên (một chủ sở hữu). Luật Doanh nghiệp (1999) quy định chỉ có tổ chức được thành lập công ty TNHH một thành viên; Luật Doanh nghiệp (2005) và Luật Doanh nghiệp 2014 đã phát triển và mở rộng cả cá nhân cũng có quyền thành lập công ty TNHH một thành viên. Theo đó công ty TNHH một thành viên là doanh nghiệp do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu (gọi là chủ sở hữu công ty). Chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty.

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

- Do một thành viên là tổ chức hoặc cá nhân làm chủ sở hữu, chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty (trách nhiệm hữu hạn).

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

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

b) Chế độ pháp lý về tài sản

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

- Phải xác định và tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty và tài sản của công ty. Chủ sở hữu công ty là cá nhân phải tách biệt các chi tiêu của cá nhân và gia đình mình với các chi tiêu trên cương vị là Chủ tịch công ty và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

- 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 chủ sở hữu và tổ chức, cá nhân có liên quan phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty.

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

c) Quản trị nội bộ

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

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do tổ chức làm chủ sở hữu được tổ chức quản lý và hoạt động theo một trong hai mô hình sau đây:

- Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên;

- Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên.

Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật của công ty.

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

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

- Trường hợp một người được bổ nhiệm là đại diện theo uỷ quyền thì cơ cấu tổ chức của công ty gồm: Chủ tịch công ty; Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên.

Điều lệ công ty quy định Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc thành viên khác hoặc Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty. Người đại diện theo pháp luật phải cư trú tại Việt Nam; trường hợp công ty chỉ có một người đại diện theo pháp luật và người này vắng mặt ở Việt Nam trên ba mươi ngày thì phải uỷ quyền bằng văn

bản cho người khác theo quy định tại Điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty.

Chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc (Tổng giám đốc) và Kiểm soát viên do Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty quy định từ các Điều 79 đến Điều 82 Luật Doanh nghiệp 2014.

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

Cơ cấu tổ chức của công ty TNHH một thành viên là cá nhân gồm: Chủ tịch công ty; Giám đốc (Tổng giám đốc). Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc (Tổng giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty. Chủ tịch công ty có thể kiêm nhiệm hoặc thuê người khác làm Giám đốc (Tổng giám đốc). Quyền, nghĩa vụ cụ thể của Giám đốc (Tổng giám đốc) được quy định tại Điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc (Tổng giám đốc) đã ký với Chủ tịch công ty.

2. Doanh nghiệp nhà nước

2.1. Khái niệm doanh nghiệp nhà nước

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

Từ những thay đổi về tư duy quản lý kinh tế và điều chỉnh pháp luật đối với các doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 đã có định nghĩa mới về doanh nghiệp nhà nước. Theo Luật này, doanh nghiệp nhà nước được hiểu là tổ chức kinh tế do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối, được tổ chức dưới hình thức công ty nhà nước, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn. Sau khi Luật doanh nghiệp được ban hành năm 2005 thì doanh nghiệp nhà nước được hiểu là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ. Từ ngày 01/7/2015, (khi Luật Doanh nghiệp 2014 có hiệu lực) doanh nghiệp Nhà nước được định nghĩa là doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ, thay vì trên 50% như Luật Doanh nghiệp năm 2005, bao gồm:

- Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ là công ty mẹ của tập đoàn kinh tế nhà nước, công ty mẹ của tổng công ty nhà nước, công ty mẹ trong nhóm công ty mẹ - công ty con;

- Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên độc lập do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

2.2. Tổ chức và hoạt động của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do nhà nước làm chủ sở hữu

a) Mô hình tổ chức quản lý:

Công ty TNHH một thành viên do nhà nước làm chủ sở hữu có thể được tổ chức quản lý theo 2 mô hình: mô hình Hội đồng thành viên hoặc mô hình chủ tịch công ty.

Theo mô hình Chủ tịch công ty, cơ cấu tổ chức quản lý của Công ty gồm Chủ tịch công ty, Tổng Giám đốc, các Phó giám đốc, kiểm soát viên, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

Theo mô hình Hội đồng thành viên, cơ cấu tổ chức quản lý của Công ty bao gồm: Hội đồng thành viên, Kiểm soát viên chuyên trách, Tổng giám đốc, các Phó tổng giám đốc, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

a1) Hội đồng thành viên:

Hội đồng thành viên nhân danh công ty thực hiện các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu, cổ đông, thành viên đối với công ty do công ty làm chủ sở hữu hoặc sở hữu cổ phần, phần vốn góp. Hội đồng thành viên bao gồm Chủ tịch và các thành viên khác, số lượng không quá 07 người. Thành viên Hội đồng thành viên làm việc theo chế độ chuyên trách và do cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức hoặc khen thưởng, kỷ luật.

Chủ tịch Hội đồng thành viên do cơ quan đại diện chủ sở hữu bổ nhiệm. Chủ tịch Hội đồng thành viên không được kiêm Tổng giám đốc, Giám đốc tại tập đoàn, tổng công ty, công ty mình và các doanh nghiệp khác.

Nhiệm kỳ của Chủ tịch và thành viên khác của Hội đồng thành viên không quá 05 năm. Thành viên Hội đồng thành viên có thể được bổ nhiệm lại nhưng chỉ được bổ nhiệm làm thành viên Hội đồng thành viên của một công ty không quá 02 nhiệm kỳ.

Hội đồng thành viên có các quyền và nghĩa vụ cơ bản sau đây: quyết định các nội dung theo quy định tại Luật quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp; quyết định thành lập, tổ chức lại, giải thể chi nhánh, văn phòng đại diện và các đơn vị hạch toán phụ thuộc; quyết định kế hoạch sản xuất kinh doanh hằng năm, chủ trương phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ của công ty; tổ chức hoạt động kiểm toán nội bộ và quyết định thành lập đơn vị kiểm toán nội bộ của công ty.

Để trở thành thành viên Hội đồng thành viên phải đáp ứng các tiêu chuẩn, điều kiện sau:

- Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh hoặc trong lĩnh vực, ngành, nghề hoạt động của doanh nghiệp;

- Không phải là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan đại diện chủ sở hữu; thành viên Hội đồng thành viên; Giám đốc, Phó Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Phó Tổng giám đốc và Kế toán trưởng của công ty; Kiểm soát viên công ty.

- Không phải là cán bộ, công chức trong cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội hoặc không phải là người quản lý, điều hành tại doanh nghiệp thành viên.

- Chưa từng bị cách chức Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty, Giám đốc, Phó Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Phó Tổng giám đốc của doanh nghiệp nhà nước.

- Các tiêu chuẩn và điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty.

a2) Chủ tịch Công ty:

Chủ tịch công ty do cơ quan đại diện chủ sở hữu bổ nhiệm theo quy định của pháp luật. Chủ tịch công ty có nhiệm kỳ không quá 05 năm. Chủ tịch công ty có thể được bổ nhiệm lại nhưng không quá hai nhiệm kỳ. Tiêu chuẩn, điều kiện và các trường hợp miễn nhiệm, cách chức Chủ tịch công ty được thực hiện theo quy định tại Điều 92 và Điều 93 của Luật Doanh nghiệp.

Chủ tịch công ty thực hiện các quyền, nghĩa vụ của người đại diện chủ sở hữu trực tiếp tại công ty theo quy định của Luật quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp; các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định tại Điều 91 và Điều 96 của Luật Doanh nghiệp.

a3) Giám đốc, Tổng Giám đốc công ty:

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty do Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty bổ nhiệm hoặc thuê theo phương án nhân sự đã được cơ quan đại diện chủ sở hữu chấp thuận. Công ty có một hoặc một số Phó Tổng giám đốc hoặc Phó Giám đốc. Số lượng, thẩm quyền bổ nhiệm Phó Tổng giám đốc hoặc Phó Giám đốc quy định tại Điều lệ công ty. Quyền và nghĩa vụ của Phó Giám đốc hoặc Phó Tổng giám đốc quy định tại Điều lệ công ty hoặc hợp đồng lao động.

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc có nhiệm vụ điều hành các hoạt động hằng ngày của công ty và có một số quyền và nghĩa vụ sau đây: tổ chức thực hiện và đánh giá kết quả thực hiện kế hoạch, phương án kinh doanh, kế hoạch đầu tư của công ty; tổ chức thực hiện và đánh giá kết quả thực hiện các nghị quyết của Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty và của cơ quan đại diện chủ sở hữu công ty; quyết định các công việc hằng ngày của công ty; ban hành quy chế quản lý nội bộ

của công ty đã được Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty chấp thuận; ký hợp đồng, thỏa thuận nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty; bổ nhiệm, thuê, miễn nhiệm, cách chức, chấm dứt hợp đồng đối với các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty; tuyển dụng lao động; lập và trình Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty báo cáo định kỳ hằng quý, hằng năm về kết quả thực hiện mục tiêu kế hoạch kinh doanh và báo cáo tài chính hằng năm; kiến nghị phương án tổ chức lại công ty, khi xét thấy cần thiết; kiến nghị phân bổ và sử dụng lợi nhuận sau thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty; quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

b) Quản lý, giám sát của chủ sở hữu đối với công ty:

Chủ sở hữu Nhà nước thực hiện quản lý, giám sát đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu được quy định tại Nghị định 87/2015/NĐ-CP ngày 6/10/2015 của Chính phủ về giám sát đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp; giám sát tài chính, đánh giá hiệu quả hoạt động và xếp loại đối với doanh nghiệp nhà nước; giám sát tài chính đối với doanh nghiệp có vốn nhà nước và Thông tư 200/2015/TT-BTC ngày 15/12/2015 của Bộ Tài chính

2.3. Chuyển đổi sở hữu doanh nghiệp 100% vốn nhà nước:

- Chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần:

Chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần (cổ phần hóa) là việc chuyển đổi những doanh nghiệp mà Nhà nước không cần giữ 100% vốn sang loại hình doanh nghiệp có nhiều chủ sở hữu; huy động vốn của các nhà đầu tư trong nước và nước ngoài để nâng cao năng lực tài chính, đổi mới công nghệ, đổi mới phương thức quản lý nhằm nâng cao hiệu quả và sức cạnh tranh của nền kinh tế. Việc cổ phần hóa được thực hiện dưới các hình thức: giữ nguyên vốn nhà nước hiện có tại doanh nghiệp, phát hành thêm cổ phiếu để tăng vốn điều lệ; bán một phần vốn nhà nước hiện có tại doanh nghiệp hoặc kết hợp vừa bán bớt một phần vốn nhà nước vừa phát hành thêm cổ phiếu để tăng vốn điều lệ; bán toàn bộ vốn nhà nước hiện có tại doanh nghiệp hoặc kết hợp vừa bán toàn bộ vốn nhà nước vừa phát hành thêm cổ phiếu để tăng vốn điều lệ.

Việc cổ phần hoá doanh nghiệp 100% vốn nhà nước được quy định cụ thể tại Nghị định số 59/2011/NĐ-CP ngày 18/02/2011 của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần, Nghị định số 189/2013/NĐ-CP và Nghị định số 116/2015/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 59/2011/NĐ-CP ngày 18/7/2011 của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần.

- *Bán doanh nghiệp nhà nước*: là việc chuyển đổi sở hữu toàn bộ một doanh nghiệp hoặc đơn vị hạch toán phụ thuộc cho tập thể, cá nhân hoặc pháp nhân khác có thu tiền.

Bán công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty thành viên không phụ thuộc vào quy mô vốn nhà nước trong các trường hợp sau: thuộc diện bán doanh nghiệp đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt trong Đề án tổng thể sắp xếp doanh nghiệp 100% vốn nhà nước; thuộc diện cổ phần hóa trong Đề án tổng thể sắp xếp doanh nghiệp 100% vốn nhà nước nhưng không thực hiện cổ phần hóa được.

Bán các đơn vị hạch toán phụ thuộc của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty thành viên thuộc diện bán bộ phận doanh nghiệp đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt trong Đề án tổng thể sắp xếp doanh nghiệp 100% vốn nhà nước nhưng không ảnh hưởng đến hoạt động và khả năng thực hiện nghĩa vụ trả nợ của bộ phận doanh nghiệp còn lại.

- *Giao doanh nghiệp nhà nước*: là việc chuyển quyền sở hữu không thu tiền đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty thành viên cho tập thể người lao động trong doanh nghiệp có phân định rõ sở hữu của từng người.

Giao công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty thành viên cho tập thể người lao động khi đáp ứng các điều kiện sau: giá trị tổng tài sản ghi trên sổ kế toán dưới 15 tỷ đồng; không có lợi thế về đất đai; và thuộc diện giao doanh nghiệp trong Đề án tổng thể sắp xếp doanh nghiệp 100% vốn nhà nước đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt.

- *Chuyển giao doanh nghiệp nhà nước*: là việc chuyển quyền đại diện chủ sở hữu hoặc chủ sở hữu đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty thành viên giữa bên chuyển giao và bên nhận chuyển giao.

Chuyển giao công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty thành viên phải đáp ứng các điều kiện sau:

+ Là doanh nghiệp hoạt động trong những ngành, lĩnh vực kinh doanh chính hoặc có liên quan chặt chẽ tới ngành, lĩnh vực kinh doanh chính của tập đoàn kinh tế, tổng công ty, nhóm công ty tiếp nhận chuyển giao;

+ Không thuộc diện giải thể hoặc mất khả năng thanh toán; Thuộc diện chuyển giao doanh nghiệp trong Đề án tổng thể sắp xếp doanh nghiệp 100% vốn nhà nước đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt hoặc được Thủ tướng Chính phủ quyết định trên cơ sở thỏa thuận và đề nghị của bên chuyển giao và bên nhận chuyển giao.

Trình tự, thủ tục bán, giao, chuyển giao doanh nghiệp 100% vốn nhà nước do Chính phủ quy định tại Nghị định số 128/2014/NĐ-CP ngày 31/12/2014.

3. Công ty cổ phần

3.1. Bản chất pháp lý

Công ty cổ phần là một loại hình doanh nghiệp có vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần; cổ đông của công ty có thể là tổ chức, cá nhân với số lượng tối thiểu là 03 và không hạn chế số lượng tối đa. Theo đó, công ty cổ phần có một số đặc điểm pháp lý sau:

Thứ nhất, cổ phần là đơn vị vốn nhỏ nhất trong công ty và cơ bản được tự do chuyển nhượng. Theo đó, tổ chức, cá nhân có thể tham gia góp vốn vào công ty cổ phần bằng cách mua cổ phần dưới hình thức cổ phiếu được chào bán trên thị trường.

Thứ hai, thành viên của công ty cổ phần là các chủ sở hữu cổ phần, được gọi là cổ đông, là đồng chủ sở hữu của công ty. Công ty cổ phần phải lập và lưu giữ Sổ đăng ký cổ đông từ khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp;

Thứ ba, cổ đông có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác, trừ trường hợp áp dụng đối với cổ đông sáng lập (khoản 3 Điều 119 Luật Doanh nghiệp 2014) và Điều lệ công ty có quy định hạn chế chuyển nhượng cổ phần (khoản 1 Điều 126 của Luật Doanh nghiệp 2014).

Thứ tư, công ty cổ phần có quyền phát hành các loại chứng khoán để huy động vốn. Khả năng này tạo thành ưu thế đặc biệt của công ty cổ phần so với các loại công ty khác. Khi có đủ điều kiện theo quy định pháp luật chứng khoán, pháp luật doanh nghiệp, công ty cổ phần có thể phát hành cổ phần hoặc chứng khoán khác để tăng vốn điều lệ.

Thứ năm, công ty cổ phần có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong giới hạn phần vốn góp đã góp vào công ty.

3.2. Chế độ pháp lý về tài sản

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

a) Vốn điều lệ của công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá cổ phần đã bán các loại. Vốn điều lệ của công ty cổ phần tại thời điểm đăng ký thành lập doanh nghiệp là tổng giá trị mệnh giá cổ phần các loại đã được đăng ký mua và được ghi trong Điều lệ công ty. Cổ phần đã bán là số cổ phần được quyền chào bán đã được các cổ đông thanh toán đủ cho công ty; tại thời điểm đăng ký thành lập doanh nghiệp, cổ phần đã bán là tổng số cổ phần các loại đã được đăng ký mua.

Trong quá trình hoạt động, công ty có thể tăng vốn điều lệ theo một trong các hình thức sau đây: chào bán cho các cổ đông hiện hữu; chào bán ra công chúng; chào bán cổ phần riêng lẻ. Chào bán cổ phần ra công chúng, chào bán cổ phần của công ty niêm yết và công ty đại chúng thực hiện theo các quy định của pháp luật chứng khoán.

b) Cổ phần là phần chia nhỏ nhất vốn điều lệ của công ty và được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu. Mệnh giá mỗi cổ phần và tổng mệnh giá số cổ phần được ghi trên cổ phiếu. Cổ phần của công ty cổ phần có thể tồn tại dưới hai loại là *cổ phần phổ thông* và *cổ phần ưu đãi*. Công ty cổ phần bắt buộc phải có cổ phần phổ thông; người sở hữu cổ phần phổ thông gọi là cổ đông phổ thông.

Về cổ phần ưu đãi: Công ty có thể có cổ phần ưu đãi; người sở hữu cổ phần ưu đãi gọi là cổ đông ưu đãi. Cổ phần ưu đãi gồm các loại sau:

- *Cổ phần ưu đãi biểu quyết* là cổ phần có số phiếu biểu quyết nhiều hơn so với cổ phần phổ thông. Số phiếu biểu quyết của một cổ phần ưu đãi biểu quyết do Điều lệ công ty quy định, chỉ có tổ chức được Chính phủ ủy quyền và cổ đông sáng lập được quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết. Ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chỉ có hiệu lực trong 3 năm, kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Sau thời hạn đó, cổ phần ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chuyển đổi thành cổ phần phổ thông. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác.

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

Người được quyền mua cổ phần ưu đãi cổ tức do Điều lệ công ty quy định hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định. 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 theo yêu cầu của người sở hữu hoặc theo các điều kiện được ghi tại cổ phiếu của cổ phần ưu đãi hoàn lại.

Người được quyền mua cổ phần ưu đãi hoàn lại do Điều lệ công ty quy định hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại không có quyền biểu quyết, dự họp Đại hội đồng cổ đông, đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát.

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

Cổ phần phổ thông của công ty cổ phần không thể chuyển đổi thành cổ phần ưu đãi. Cổ phần ưu đãi có thể chuyển đổi thành cổ phần phổ thông theo nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông.

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

Cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập:

Công ty cổ phần mới thành lập phải có ít nhất 03 cổ đông sáng lập; công ty cổ phần được chuyển đổi từ doanh nghiệp 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. Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp.

Trong thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông sáng lập khác và chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Trường hợp này, cổ đông dự định chuyển nhượng cổ phần không có quyền biểu quyết về việc chuyển nhượng các cổ phần đó.

Các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập được bãi bỏ sau thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Các hạn chế của quy định này không áp dụng đối với cổ phần mà cổ đông sáng lập có thêm sau khi đăng ký thành lập doanh nghiệp và cổ phần mà cổ đông sáng lập chuyển nhượng cho người khác không phải là cổ đông sáng lập của công ty.

c) Cổ phiếu: là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty đó.

Nội dung cụ thể của cổ phiếu bao gồm: tên, mã số doanh nghiệp, địa chỉ trụ sở chính của công ty; số lượng cổ phần và loại cổ phần; mệnh giá mỗi cổ phần và tổng mệnh giá số cổ phần ghi trên cổ phiếu; họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Thẻ căn cước công dân, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của cổ đông là cá nhân; tên, mã số doanh nghiệp hoặc số quyết định thành lập, địa chỉ trụ sở chính của cổ đông là tổ chức; tóm tắt về thủ tục chuyển nhượng cổ phần; chữ ký của người đại diện theo pháp luật và dấu của công ty (nếu có); số đăng ký tại sở đăng ký cổ đông của công ty và ngày phát hành cổ phiếu và các nội dung khác đối với cổ phiếu của cổ phần ưu đãi.

d) Góp vốn:

Các cổ đông phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty hoặc hợp đồng đăng ký mua cổ phần quy định một thời hạn khác ngắn hơn. Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm giám sát, đôn đốc thanh toán đủ và đúng hạn số cổ phần các cổ đông đã đăng ký mua.

Trong thời hạn từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp đến ngày cuối cùng phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua, số phiếu biểu quyết của các cổ đông được tính theo số cổ phần phổ thông đã được đăng ký mua, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác. Nếu sau thời hạn này có cổ đông chưa thanh toán hoặc chỉ thanh toán được một phần số cổ phần đã đăng ký mua, thì thực hiện theo quy định sau đây:

- Cổ đông chưa thanh toán số cổ phần đã đăng ký mua sẽ đương nhiên không còn là cổ đông của công ty và không được chuyển nhượng quyền mua cổ phần đó cho người khác;

- Cổ đông chỉ thanh toán một phần số cổ phần đã đăng ký mua sẽ có quyền biểu quyết, nhận lợi tức và các quyền khác tương ứng với số cổ phần đã thanh toán; không được chuyển nhượng quyền mua số cổ phần chưa thanh toán cho người khác;

- Số cổ phần chưa thanh toán được coi là cổ phần chưa bán và Hội đồng quản trị được quyền bán;

- Công ty phải đăng ký điều chỉnh vốn điều lệ bằng giá trị mệnh giá số cổ phần đã được thanh toán đủ và thay đổi cổ đông sáng lập trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày kết thúc thời hạn phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua theo quy định tại khoản 1 Điều này.

Cổ đông chưa thanh toán hoặc chưa thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua phải chịu trách nhiệm tương ứng với tổng giá trị mệnh giá cổ phần đã đăng ký mua đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh trong thời hạn thanh toán theo quy định.

3.3. Quản trị nội bộ

Công ty cổ phần có quyền lựa chọn tổ chức quản lý và hoạt động theo một trong hai mô hình sau đây (trừ trường hợp pháp luật về chứng khoán có quy định khác):

Mô hình thứ nhất, gồm: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Trường hợp công ty cổ phần có dưới 11 cổ đông và các cổ đông là tổ chức sở hữu dưới 50% tổng số cổ phần của công ty thì không bắt buộc phải có Ban kiểm soát;

Mô hình thứ hai, gồm: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Trường hợp này ít nhất 20% số thành viên Hội đồng

quản trị phải là thành viên độc lập và có Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc Hội đồng quản trị. Các thành viên độc lập thực hiện chức năng giám sát và tổ chức thực hiện kiểm soát đối với việc quản lý điều hành công ty.

a) Đại hội đồng cổ đông

Đại hội đồng cổ đông là cơ quan quyết định cao nhất của công ty, gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết. Đại hội đồng cổ đông bao gồm Đại hội đồng thường niên và Đại hội đồng bất thường.

Đại hội đồng cổ đông họp thường niên mỗi năm một lần, trong thời hạn 04 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 06 tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính.

Đại hội đồng cổ đông thường niên thảo luận và thông qua các vấn đề sau đây: kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty; báo cáo tài chính hằng năm; báo cáo của Hội đồng quản trị về quản trị và kết quả hoạt động của Hội đồng quản trị và từng thành viên Hội đồng quản trị; báo cáo của Ban kiểm soát về kết quả kinh doanh của công ty, về kết quả hoạt động của Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; báo cáo tự đánh giá kết quả hoạt động của Ban kiểm soát và của từng Kiểm soát viên; mức cổ tức đối với mỗi cổ phần của từng loại và các vấn đề khác thuộc thẩm quyền.

Đại hội đồng cổ đông bất thường có thể được triệu tập bởi Hội đồng quản trị, Ban Kiểm soát và cổ đông hoặc nhóm cổ đông theo khoản 2 Điều 114 Luật Doanh nghiệp 2014.

Hội đồng quản trị quyết định triệu tập họp bất thường Đại hội đồng cổ đông trong các trường hợp sau đây: Hội đồng quản trị xét thấy cần thiết vì lợi ích của công ty; số thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát còn lại ít hơn số thành viên theo quy định của pháp luật; theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 114 của Luật Doanh nghiệp 2014; theo yêu cầu của Ban kiểm soát và các trường hợp khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Về quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông: Cổ đông có thể trực tiếp tham dự họp, ủy quyền bằng văn bản cho một người khác dự họp hoặc tham dự và biểu quyết thông qua hội nghị trực tuyến, bỏ phiếu điện tử hoặc gửi phiếu biểu quyết đến cuộc họp thông qua gửi fax, thư, thư điện tử. Trường hợp cổ đông là tổ chức chưa có người đại diện theo ủy quyền thì phải ủy quyền cho người khác dự họp Đại hội đồng cổ đông.

Về điều kiện tiến hành họp Đại hội đồng cổ đông: Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến thì được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất, nếu Điều lệ công ty không quy định khác. 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 33% tổng số phiếu 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 20 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai, nếu Điều lệ công ty không quy định khác. Trường hợp này, cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông được tiến hành không phụ thuộc vào tổng số phiếu biểu quyết của các cổ đông dự họp.

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

Trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác thì nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông về các vấn đề sau đây: sửa đổi, bổ sung các nội dung của Điều lệ công ty; định hướng phát triển công ty; loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại; 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 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty, hoặc một tỷ lệ, giá trị khác nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định; thông qua báo cáo tài chính hằng năm; tổ chức lại, giải thể công ty.

Về điều kiện để nghị quyết được thông qua:

+ *Trường hợp biểu quyết tại cuộc họp:* Nghị quyết về nội dung sau đây được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp tán thành; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định: loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại; thay đổi ngành, nghề và lĩnh vực kinh doanh; thay đổi cơ cấu tổ chức quản lý công ty; dự án đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty, hoặc tỷ lệ, giá trị khác nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định; tổ chức lại, giải thể công ty; các vấn đề khác do Điều lệ công ty quy định.

Các nghị quyết khác được thông qua khi được số cổ đông đại diện cho ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp tán thành, trừ trường hợp biểu quyết bầu thành viên Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát.

+ *Trường hợp thông qua nghị quyết dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản:* Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết tán thành; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

b) Hội đồng quản trị

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty, có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định, thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty không thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông. Hội đồng quản trị có từ 03 đến 11 thành viên; Điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng thành viên Hội đồng quản trị. Các quyền và nghĩa vụ cụ thể của Hội đồng quản trị được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

Hội đồng quản trị có thể họp định kỳ hoặc bất thường. Hội đồng quản trị có thể họp tại trụ sở chính của công ty hoặc ở nơi khác. Cuộc họp của Hội đồng quản trị do Chủ tịch triệu tập khi xét thấy cần thiết, nhưng mỗi quý phải họp ít nhất một lần.

Chủ tịch Hội đồng quản trị phải triệu tập họp Hội đồng quản trị khi có đề nghị của Ban kiểm soát hoặc thành viên độc lập hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc hoặc ít nhất 05 người quản lý không phải là Giám đốc/Tổng Giám đốc hoặc ít nhất 02 thành viên điều hành của Hội đồng quản trị hoặc một trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định.

Cuộc họp Hội đồng quản trị được tiến hành khi có từ ba phần tư tổng số thành viên trở lên dự họp. Trường hợp cuộc họp này không đủ số thành viên dự họp thì được triệu tập lần thứ hai trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất, trừ trường hợp Điều lệ quy định thời hạn khác ngắn hơn. Trường hợp này, cuộc họp được tiến hành, nếu có hơn một nửa số thành viên Hội đồng quản trị dự họp.

Nghị quyết của Hội đồng quản trị được thông qua nếu được đa số thành viên dự họp tán thành, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định tỷ lệ khác cao hơn; trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định cuối cùng thuộc về phía có ý kiến của Chủ tịch Hội đồng quản trị.

c) Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty

Giám đốc (Tổng giám đốc) là người điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty; chịu sự giám sát của Hội đồng quản trị và chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao. Giám đốc (Tổng giám đốc) do hội đồng quản trị bổ nhiệm một người trong số họ hoặc thuê một người khác. Nhiệm kỳ của Giám đốc (Tổng giám đốc) không quá năm năm; có thể được bổ nhiệm lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

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

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

d) Ban kiểm soát

Ban kiểm soát có từ 03 đến 05 thành viên, nhiệm kỳ của Kiểm soát viên không quá 05 năm và Kiểm soát viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Các Kiểm soát viên bầu một người trong số họ làm Trưởng Ban kiểm soát theo nguyên tắc đa số. Quyền và nghĩa vụ của Trưởng Ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định. Ban kiểm soát phải có hơn một nửa số thành viên thường trú ở Việt Nam. Trưởng Ban kiểm soát phải là kế toán viên hoặc kiểm toán viên chuyên nghiệp và phải làm việc chuyên trách tại công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định tiêu chuẩn khác cao hơn.

Ban kiểm soát thực hiện giám sát Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng giám đốc) trong việc quản lý và điều hành công ty; Kiểm tra tính hợp lý, hợp pháp, tính trung thực và mức độ cẩn trọng trong quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh, trong tổ chức công tác kế toán, thống kê và lập báo cáo tài chính. Quyền và nghĩa vụ của Ban kiểm soát được quy định tại Điều 165 Luật Doanh nghiệp 2014.

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

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và không thuộc đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật này;
- Không phải là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột của thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và người quản lý khác;
- Không được giữ các chức vụ quản lý công ty; không nhất thiết phải là cổ đông hoặc người lao động của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác;
- Các tiêu chuẩn và điều kiện khác theo quy định khác của pháp luật có liên quan và Điều lệ công ty.

Kiểm soát viên công ty cổ phần niêm yết, công ty do Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ phải là kiểm toán viên hoặc kế toán viên.

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

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng nhất định phải được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận, bao gồm: cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ; thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc, hoặc Tổng Giám đốc và người có liên quan của họ; và các doanh nghiệp quy định tại khoản 2 Điều 159 Luật Doanh nghiệp 2014.

Hội đồng quản trị chấp thuận các hợp đồng và giao dịch có giá trị nhỏ hơn 35% tổng giá trị tài sản doanh nghiệp ghi trong báo cáo tài chính gần nhất

hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty. Trường hợp này, người đại diện công ty ký hợp đồng phải thông báo các thành viên Hội đồng quản trị, Kiểm soát viên về các đối tượng có liên quan đối với hợp đồng, giao dịch đó; đồng thời kèm theo dự thảo hợp đồng hoặc nội dung chủ yếu của giao dịch. Hội đồng quản trị quyết định việc chấp thuận hợp đồng hoặc giao dịch trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định một thời hạn khác; thành viên có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết.

Đại hội đồng cổ đông chấp thuận các hợp đồng và giao dịch khác trừ những trường hợp do Hội đồng quản trị chấp thuận. Trường hợp này, người đại diện công ty ký hợp đồng phải thông báo Hội đồng quản trị và Kiểm soát viên về các đối tượng có liên quan đối với hợp đồng, giao dịch đó; đồng thời kèm theo dự thảo hợp đồng hoặc thông báo nội dung chủ yếu của giao dịch. Hội đồng quản trị trình dự thảo hợp đồng hoặc giải trình về nội dung chủ yếu của giao dịch tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông hoặc lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản. Trường hợp này, cổ đông có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết; hợp đồng hoặc giao dịch được chấp thuận khi có số cổ đông đại diện 65% tổng số phiếu biểu quyết còn lại tán thành, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định khác.

Hợp đồng, giao dịch bị vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật khi được ký kết hoặc thực hiện mà chưa được chấp thuận theo thẩm quyền, gây thiệt hại cho công ty; người ký kết hợp đồng, cổ đông, thành viên Hội đồng quản trị hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc có liên quan phải liên đới bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch đó.

4. Công ty hợp danh

4.1. Bản chất pháp lý

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

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty hợp danh được định nghĩa là một loại hình doanh nghiệp, trong đó có ít nhất hai thành viên là chủ sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung (gọi là thành viên hợp danh); ngoài các thành viên hợp danh, công ty có thể có thêm thành viên góp vốn. Công ty hợp danh có một số đặc điểm pháp lý cơ bản sau:

Thứ nhất, thành viên hợp danh phải là cá nhân, chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty;

Thứ hai, thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty.

Thứ ba, công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp;

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

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

4.2. Thành viên công ty hợp danh

a) Thành viên hợp danh

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

Trách nhiệm tài sản của các thành viên hợp danh đối với các nghĩa vụ của công ty là trách nhiệm vô hạn và liên đới. Chủ nợ có quyền yêu cầu bất kỳ thành viên hợp danh nào thanh toán các khoản nợ của công ty đối với chủ nợ. Mặt khác, các thành viên hợp danh phải chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty bằng toàn bộ tài sản của mình (tài sản đầu tư vào kinh doanh và tài sản không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh).

Thành viên hợp danh là những người quyết định sự tồn tại và phát triển của công ty cả về mặt pháp lý và thực tế. Trong quá trình hoạt động, thành viên hợp danh được hưởng những *quyền* cơ bản sau:

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

- Sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh của công ty; trường hợp ứng trước tiền của mình để

thực hiện công việc kinh doanh của công ty thì có quyền yêu cầu công ty hoàn trả lại cả số tiền gốc và lãi theo lãi suất thị trường trên số tiền gốc đã ứng trước;

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

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

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

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

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

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

Đồng thời, thành viên hợp danh phải thực hiện những *nghĩa vụ* tương xứng để bảo vệ quyền lợi của công ty và những người liên quan, cụ thể thành viên hợp danh có các nghĩa vụ sau:

- 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;

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

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

- Hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản đã nhận và bồi thường thiệt hại gây ra đối với công ty trong trường hợp nhân danh công ty, nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để nhận tiền hoặc tài sản khác từ hoạt động kinh doanh của công ty mà không đem nộp cho công ty;

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

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

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

- Các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

Tuy nhiên, có một số *hạn chế đối với quyền* của thành viên hợp danh như: không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác, trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại; (ii) 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; (iii) không được quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại.

Trong quá trình hoạt động, công ty hợp danh có quyền *tiếp nhận thêm* thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn. Việc tiếp nhận thành viên mới phải được Hội đồng thành viên chấp thuận. Thành viên hợp danh mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty (trừ khi có thoả thuận khác).

Tư cách thành viên công ty của thành viên hợp danh *chấm dứt* trong các trường hợp sau đây: thành viên đã chết, bị Tòa án tuyên bố là mất tích, bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự; tự nguyện rút vốn khỏi công ty hoặc bị khai trừ khỏi công ty hay các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định. Khi tự nguyện rút vốn khỏi công ty hoặc bị khai trừ khỏi công ty trong thời hạn 2 năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên, thành viên hợp danh vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước ngày chấm dứt tư cách thành viên.

b) Thành viên góp vốn

Công ty hợp danh có thể có thành viên góp vốn. Thành viên góp vốn có thể là tổ chức, hoặc cá nhân. Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp. Là thành viên của công ty đối nhân, nhưng thành viên góp vốn hưởng chế độ trách nhiệm tài sản như một thành viên của công ty đối vốn. Chính điều này là lý do cơ bản dẫn đến thành viên góp vốn có tư cách pháp lý khác với thành viên hợp danh. Bên cạnh những thuận lợi được hưởng từ chế độ trách nhiệm hữu hạn, thành viên góp vốn bị hạn chế những quyền cơ bản của một thành viên công ty.

Thành viên góp vốn không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty. Pháp luật nhiều nước còn quy định nếu thành viên góp vốn hoạt động kinh doanh nhân danh công ty thì sẽ mất quyền chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ của công ty. Các quyền và

nghĩa vụ cụ thể của thành viên góp vốn được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

4.3. Chế độ pháp lý về tài sản

Là loại hình công ty đối nhân, công ty hợp danh không được phép phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào để huy động vốn. Khi thành lập công ty, các thành viên phải góp vốn vào vốn điều lệ của công ty. Số vốn mà mỗi thành viên cam kết góp vào công ty phải được ghi rõ trong điều lệ của công ty.

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

Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn phải góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết gây thiệt hại cho công ty phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho công ty. Trường hợp có thành viên góp vốn không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp đủ được coi là khoản nợ của thành viên đó đối với công ty; trong trường hợp này, thành viên góp vốn có liên quan có thể bị khai trừ khỏi công ty theo quyết định của Hội đồng thành viên. Tại thời điểm góp đủ vốn như đã cam kết, thành viên được cấp giấy chứng nhận phần vốn góp.

4.4. Quản trị nội bộ

Việc tổ chức quản lý công ty hợp danh phải tuân thủ các quy định về một số vấn đề cơ bản sau đây:

- Các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh, trong thực hiện công việc kinh doanh hằng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó.

- Trong điều hành hoạt động kinh doanh của công ty, thành viên hợp danh phân công nhau đảm nhiệm các chức danh quản lý và kiểm soát công ty. Khi một số hoặc tất cả thành viên hợp danh cùng thực hiện một số công việc kinh doanh thì quyết định được thông qua theo nguyên tắc đa số. Hoạt động do thành viên hợp danh thực hiện ngoài phạm vi hoạt động kinh doanh của công ty đều không thuộc trách nhiệm của công ty, trừ trường hợp hoạt động đó đã được các thành viên còn lại chấp thuận.

- Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc có 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 nghị quyết của Hội đồng thành viên; phân công, phối hợp công việc kinh doanh, giữa các thành viên hợp danh; tổ chức sắp xếp, lưu giữ đầy đủ và trung thực sổ kế toán, hóa đơn, chứng từ và các tài liệu khác của công ty theo quy định của pháp luật; đồng thời là đại diện cho công ty trong quan hệ với cơ quan nhà nước; đại diện cho công ty với tư cách là bị đơn hoặc nguyên đơn trong các vụ kiện, tranh chấp thương mại hoặc các tranh chấp khác.

- Tất cả thành viên hợp lại thành Hội đồng thành viên. Hội đồng thành viên bầu một thành viên hợp danh làm Chủ tịch, đồng thời kiêm giám đốc hoặc tổng giám đốc (nếu điều lệ công ty không có quy định khác).

Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả công việc kinh doanh của công ty. Nếu Điều lệ công ty không quy định thì quyết định được thông qua khi có ít nhất ba phần tư tổng số thành viên hợp danh chấp thuận đối với các vấn đề sau: 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. Đối với các vấn đề khác, quyết định được thông qua nếu được ít nhất hai phần ba tổng số thành viên hợp danh tán thành, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

- Việc tiến hành họp hội đồng thành viên do Chủ tịch hội đồng thành viên triệu tập hoặc theo yêu cầu của thành viên hợp danh. Trường hợp chủ tịch hội đồng thành viên không triệu tập họp theo yêu cầu của thành viên hợp danh thì thành viên đó có quyền triệu tập họp hội đồng thành viên. Thành viên yêu cầu triệu tập họp phải chuẩn bị nội dung, chương trình và tài liệu họp.

- Khi tham gia họp, thảo luận 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. Quyền tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng thành viên của thành viên góp vốn bị hạn chế hơn so với thành viên hợp danh; cụ thể chỉ đối với những vấn đề về việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn, về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của Điều lệ công ty có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ.

5. Doanh nghiệp tư nhân

5.1. Bản chất pháp lý

Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân *có những đặc điểm pháp lý cơ bản sau:*

Thứ nhất, chủ doanh nghiệp tư nhân là một cá nhân, mỗi cá nhân chỉ được quyền thành lập một doanh nghiệp tư nhân. Đặc điểm này phân biệt doanh nghiệp tư nhân với các doanh nghiệp khác do (một hoặc nhiều) cá nhân hoặc tổ chức thành lập. Chủ doanh nghiệp tư nhân không được đồng thời là chủ hộ kinh doanh, thành viên công ty hợp danh.

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

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

Thứ tư, doanh nghiệp tư nhân không được quyền góp vốn thành lập hoặc mua cổ phần, phần vốn góp trong công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần.

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

5.2. Vốn đầu tư của chủ sở hữu

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

Toàn bộ vốn và tài sản kể cả vốn vay và tài sản thuê được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp phải được ghi chép đầy đủ vào sổ kế toán và báo cáo tài chính của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật.

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

5.3. Tổ chức quản lý hoạt động của doanh nghiệp tư nhân

Chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định đối với tất cả hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật. Đồng thời, chủ doanh nghiệp tư nhân là 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. Trường hợp thuê người khác làm Giám đốc quản lý doanh nghiệp thì vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

5.4. Cho thuê và bán doanh nghiệp tư nhân

a) Cho thuê doanh nghiệp tư nhân

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp của mình nhưng phải thông báo bằng văn bản kèm theo bản sao hợp đồng cho thuê có công chứng đến Cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày hợp đồng cho thuê có hiệu lực thi hành. Trong thời hạn cho thuê, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm trước pháp luật với tư cách là chủ sở hữu doanh nghiệp. Quyền và trách nhiệm của chủ sở hữu và người thuê đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp được quy định trong hợp đồng cho thuê.

b) Bán doanh nghiệp tư nhân

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. 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 của doanh nghiệp phát sinh trong thời gian trước ngày chuyển giao doanh nghiệp, trừ trường hợp người mua, người bán và chủ nợ của doanh nghiệp có thỏa thuận khác.

Người bán, người mua doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định của pháp luật về lao động. Người mua doanh nghiệp phải đăng ký thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân theo quy định của Luật này.

IV. TỔ CHỨC LẠI, GIẢI THỂ VÀ PHÁ SẴN DOANH NGHIỆP

1. Chia doanh nghiệp

Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần có thể chia các cổ đông, thành viên và tài sản công ty để thành lập hai hoặc nhiều công ty mới trong một trong các trường hợp sau đây:

- Một phần phần vốn góp, cổ phần của các thành viên, cổ đông cùng với tài sản tương ứng với giá trị phần vốn góp, cổ phần được chia sang cho các công ty mới theo tỷ lệ sở hữu trong công ty bị chia và tương ứng giá trị tài sản được chuyển cho công ty mới;

- Toàn bộ phần vốn góp, cổ phần của một hoặc một số thành viên, cổ đông cùng với tài sản tương ứng với giá trị cổ phần, phần vốn góp họ được chuyển sang cho các công ty mới;

- Kết hợp cả hai trường hợp nêu trên.

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

2. Tách doanh nghiệp

Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần có thể tách bằng cách chuyển một phần tài sản, quyền và nghĩa vụ của công ty hiện có (sau đây gọi là công ty bị tách) để thành lập một hoặc một số công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần mới (sau đây gọi là công ty được tách) mà không chấm dứt tồn tại của công ty bị tách.

Tách công ty có thể thực hiện theo một trong các phương thức sau đây:

- Một phần phần vốn góp, cổ phần của các thành viên, cổ đông cùng với tài sản tương ứng với giá trị phần vốn góp, cổ phần được chuyển sang cho các công ty mới theo tỷ lệ sở hữu trong công ty bị tách và tương ứng giá trị tài sản được chuyển cho công ty mới;

- Toàn bộ phần vốn góp, cổ phần của một hoặc một số thành viên, cổ đông cùng với tài sản tương ứng với giá trị cổ phần, phần vốn góp của họ được chuyển sang cho các công ty mới;

- Kết hợp cả hai trường hợp nêu trên.

Công ty bị tách phải đăng ký thay đổi vốn điều lệ và số lượng thành viên tương ứng với phần vốn góp, cổ phần và số lượng thành viên giảm xuống đồng thời với đăng ký doanh nghiệp các công ty mới.

Sau khi đăng ký doanh nghiệp, công ty bị tách và công ty được tách phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị tách, trừ trường hợp công ty bị tách, công ty mới thành lập, chủ nợ, khách hàng và người lao động của công ty bị tách có thỏa thuận khác.

3. Hợp nhất doanh nghiệp

Hai hoặc một số công ty (sau đây gọi là công ty bị hợp nhất) có thể hợp nhất thành một công ty mới (sau đây gọi là công ty hợp nhất), đồng thời chấm dứt tồn tại của các công ty bị hợp nhất.

Trường hợp hợp nhất mà theo đó công ty hợp nhất có thị phần từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của công ty bị hợp nhất

phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành hợp nhất, trừ trường hợp Luật cạnh tranh có quy định khác.

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

Sau khi đăng ký doanh nghiệp, các công ty bị hợp nhất chấm dứt tồn tại; công ty hợp nhất được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các công ty bị hợp nhất.

4. Sáp nhập doanh nghiệp

Một hoặc một số công ty (sau đây gọi là công ty bị sáp nhập) có thể sáp nhập vào một công ty khác (sau đây gọi là công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập.

Sau khi đăng ký doanh nghiệp, công ty bị sáp nhập chấm dứt tồn tại; công ty nhận sáp nhập được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị sáp nhập.

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

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

5. Chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn thành công ty cổ phần

Đối với doanh nghiệp nhà nước chuyển đổi thành công ty cổ phần thì thực hiện theo quy định của pháp luật về việc chuyển công ty nhà nước thành công ty cổ phần.

Công ty trách nhiệm hữu hạn có thể chuyển đổi thành công ty cổ phần theo phương thức sau đây:

- Chuyển đổi thành công ty cổ phần mà không huy động thêm tổ chức, cá nhân khác cùng góp vốn, không bán phần vốn góp cho tổ chức, cá nhân khác;
- Chuyển đổi thành công ty cổ phần bằng cách huy động thêm tổ chức, cá nhân khác góp vốn;
- Chuyển đổi thành công ty cổ phần bằng cách bán toàn bộ hoặc một phần phần vốn góp cho một hoặc một số tổ chức, cá nhân khác;
- Kết hợp các phương thức nêu trên.

Công ty chuyển đổi đương nhiên kế thừa toàn bộ các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ, gồm cả nợ thuế, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ khác của công ty được chuyển đổi.

6. Chuyển đổi công ty cổ phần thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên

Công ty cổ phần có thể chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên theo phương thức sau đây:

- Một cổ đông nhận chuyển nhượng toàn bộ cổ phần, phần vốn góp tương ứng của tất cả các cổ đông còn lại;
- Một tổ chức hoặc cá nhân không phải là cổ đông nhận chuyển nhượng toàn bộ số cổ phần của tất cả cổ đông của công ty;
- Công ty chỉ còn lại một cổ đông trong thời gian vượt quá thời hạn yêu cầu số lượng tối thiểu công ty cổ phần theo quy định tại Điều 110 của Luật Doanh nghiệp.

Công ty chuyển đổi đương nhiên kế thừa toàn bộ các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ, gồm cả nợ thuế, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ khác của công ty được chuyển đổi.

7. Chuyển đổi công ty cổ phần thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

Công ty cổ phần có thể chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn theo phương thức sau đây:

- Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn mà không huy động thêm hoặc chuyển nhượng cổ phần cho tổ chức, cá nhân khác;
- Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn đồng thời với huy động thêm tổ chức, cá nhân khác góp vốn;
- Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn đồng thời với chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần của toàn bộ hoặc một phần cổ phần cho tổ chức, cá nhân khác góp vốn;
- Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn kết hợp các phương thức nêu trên.

Công ty chuyển đổi đương nhiên kế thừa toàn bộ các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ, gồm cả nợ thuế, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ khác của công ty được chuyển đổi.

8. Chuyển đổi doanh nghiệp tư nhân thành công ty trách nhiệm hữu hạn

Doanh nghiệp tư nhân có thể chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn theo quyết định của chủ doanh nghiệp tư nhân nếu đủ các điều kiện sau đây:

- Đáp ứng các điều kiện được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp: Ngành, nghề đăng ký kinh doanh không bị cấm đầu tư kinh doanh; Tên của doanh nghiệp được đặt theo đúng quy định tại các Điều 38, 39, 40 và 42 của Luật Doanh nghiệp; Có hồ sơ đăng ký doanh nghiệp hợp lệ; Nộp đủ lệ phí đăng ký doanh nghiệp theo quy định pháp luật về phí và lệ phí.

- Chủ doanh nghiệp tư nhân phải là chủ sở hữu công ty (đối với trường hợp chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do cá nhân làm chủ sở hữu) hoặc thành viên (đối với trường hợp chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên);

- Chủ doanh nghiệp tư nhân cam kết bằng văn bản chịu trách nhiệm cá nhân bằng toàn bộ tài sản của mình đối với tất cả các khoản nợ chưa thanh toán của doanh nghiệp tư nhân và cam kết thanh toán đủ số nợ khi đến hạn;

- Chủ doanh nghiệp tư nhân có thỏa thuận bằng văn bản với các bên của hợp đồng chưa thanh lý về việc công ty trách nhiệm hữu hạn được chuyển đổi tiếp nhận và thực hiện các hợp đồng đó;

- Chủ doanh nghiệp tư nhân cam kết bằng văn bản hoặc có thỏa thuận bằng văn bản với các thành viên góp vốn khác về việc tiếp nhận và sử dụng lao động hiện có của doanh nghiệp tư nhân.

Trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ, Cơ quan đăng ký kinh doanh xem xét và cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp nếu có đủ các điều kiện nêu trên.

9. Tạm ngừng kinh doanh

Doanh nghiệp có quyền tạm ngừng kinh doanh nhưng phải thông báo bằng văn bản về thời điểm và thời hạn tạm ngừng hoặc tiếp tục kinh doanh cho Cơ quan đăng ký kinh doanh chậm nhất 15 ngày trước ngày tạm ngừng hoặc tiếp tục kinh doanh. Quy định này áp dụng trong trường hợp doanh nghiệp tiếp tục kinh doanh trước thời hạn đã thông báo.

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

Trong thời gian tạm ngừng kinh doanh, doanh nghiệp phải nộp đủ số thuế còn nợ; tiếp tục thanh toán các khoản nợ, hoàn thành việc thực hiện hợp đồng đã ký với khách hàng và người lao động, trừ trường hợp doanh nghiệp, chủ nợ, khách hàng và người lao động có thỏa thuận khác.

10. Giải thể doanh nghiệp

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

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

- Theo quyết định của chủ doanh nghiệp đối với doanh nghiệp tư nhân, của tất cả thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh, của Hội đồng thành viên, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần;

- Công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 06 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp;

- Bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

** Điều kiện doanh nghiệp được giải thể:*

Doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác và doanh nghiệp không trong quá trình giải quyết tranh chấp tại Tòa án hoặc cơ quan trọng tài. Người quản lý có liên quan và doanh nghiệp cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ của doanh nghiệp.

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

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

- Nợ thuế;

- Các khoản nợ khác.

Sau khi đã thanh toán hết các khoản nợ và chi phí giải thể doanh nghiệp, phần còn lại chia cho chủ doanh nghiệp tư nhân, các thành viên, cổ đông hoặc chủ sở hữu công ty theo tỷ lệ sở hữu phần vốn góp, cổ phần.

** Hồ sơ giải thể doanh nghiệp bao gồm giấy tờ sau đây:*

- Thông báo về giải thể doanh nghiệp;

- Báo cáo thanh lý tài sản doanh nghiệp; danh sách chủ nợ và số nợ đã thanh toán, gồm cả thanh toán hết các khoản nợ về thuế và nợ tiền đóng bảo hiểm xã hội, người lao động sau khi quyết định giải thể doanh nghiệp (nếu có);

- Con dấu và giấy chứng nhận mẫu dấu (nếu có);

- Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

** Các hành vi nghiêm cấm doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp thực hiện kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp như sau:*

- Cất giấu, tẩu tán tài sản;

- Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;

- Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp;

- Ký kết hợp đồng mới trừ trường hợp để thực hiện giải thể doanh nghiệp;

- Cầm cố, thế chấp, tặng cho, cho thuê tài sản;
- Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực;
- Huy động vốn dưới mọi hình thức.

Tùy theo tính chất và mức độ vi phạm, cá nhân có hành vi vi phạm có thể bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường.

11. Phá sản doanh nghiệp

Việc phá sản doanh nghiệp được thực hiện theo quy định của pháp luật về phá sản. Theo đó, việc phá sản doanh nghiệp tuân thủ theo các quy định của Luật Phá sản được Quốc hội thông qua ngày 19 tháng 6 năm 2014.

PHẦN 2

PHÁP LUẬT ĐẦU TƯ

Nhằm tăng cường hoạt động đầu tư phục vụ phát triển kinh tế, Nhà nước đặc biệt quan tâm đến cơ chế khuyến khích, ưu đãi, bảo hộ đầu tư và tạo môi trường đầu tư kinh doanh minh bạch, hiệu quả... Với những mục tiêu đó, Quốc hội đã ban hành Luật Đầu tư 2014 với 76 điều quy định cụ thể hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam và hoạt động đầu tư kinh doanh từ Việt Nam ra nước ngoài thay thế cho Luật Đầu tư 2005. Luật Đầu tư 2014 đã góp phần thể chế hóa quan điểm, chủ trương của Đảng về tiếp tục hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và hội nhập quốc tế, đồng thời tạo lập cơ sở pháp lý minh bạch để bảo đảm thực hiện nguyên tắc Hiến định về quyền tự do đầu tư kinh doanh của công dân trong các ngành, nghề mà Luật không cấm.

1. Khái niệm đầu tư kinh doanh

Trước đây, theo Luật Đầu tư 2005, 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.

Luật Đầu tư năm 2014 với phạm vi điều chỉnh về hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam và hoạt động đầu tư kinh doanh từ Việt Nam ra nước ngoài, đã làm rõ hơn quy định về đầu tư, kinh doanh. Theo đó, *đầu tư kinh doanh* là việc nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư để thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua việc thành lập tổ chức kinh tế; đầu tư góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế; đầu tư theo hình thức hợp đồng hoặc thực hiện dự án đầu tư. Như vậy, Luật Đầu tư 2014 đã làm rõ hơn quy định trước đây của Luật Đầu tư 2005 và nhấn mạnh hoạt động đầu tư phải được gắn chặt trong quá trình kinh doanh nhằm mục đích sinh lời của nhà đầu tư.

2. Chính sách về đầu tư kinh doanh

Trên cơ sở thể chế hóa Hiến pháp 2013, Luật Đầu tư 2014 đã quy định những chính sách của nhà nước đối với đầu tư kinh doanh nhằm bảo đảm, khuyến khích việc đầu tư kinh doanh của các cá nhân, tổ chức, cụ thể:

- Nhà đầu tư được quyền thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong các ngành, nghề mà Luật Đầu tư không cấm.

- Nhà đầu tư được tự chủ quyết định hoạt động đầu tư kinh doanh theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan; được tiếp cận, sử dụng các nguồn vốn tín dụng, quỹ hỗ trợ, sử dụng đất đai và tài nguyên khác theo quy định của pháp luật.

- Nhà nước công nhận và bảo hộ quyền sở hữu về tài sản, vốn đầu tư, thu nhập và các quyền, lợi ích hợp pháp khác của nhà đầu tư.

- Nhà nước đối xử bình đẳng giữa các nhà đầu tư; có chính sách khuyến khích và tạo điều kiện thuận lợi để nhà đầu tư thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh, phát triển bền vững các ngành kinh tế.

- Nhà nước tôn trọng và thực hiện các điều ước quốc tế liên quan đến đầu tư kinh doanh mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

4. Bảo đảm đầu tư

Để hoàn thiện cơ chế bảo đảm đầu tư phù hợp với quy định của Hiến pháp và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, Luật Đầu tư 2014 quy định về các biện pháp bảo đảm đầu tư tại Chương II (từ Điều 9 đến Điều 14). Các biện pháp bảo đảm đầu tư thể hiện tính nhất quán trong việc thực hiện cam kết đảm bảo của Nhà nước đối với lợi ích của nhà đầu tư, phù hợp với nội dung cam kết trong các điều ước quốc tế về khuyến khích và bảo hộ đầu tư. Bảo đảm đầu tư bao gồm các nội dung cơ bản sau đây:

Thứ nhất, bảo đảm quyền sở hữu tài sản

Bảo đảm quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư được thể hiện trên các phương diện:

- Tài sản hợp pháp của nhà đầu tư không bị quốc hữu hóa hoặc bị tịch thu bằng biện pháp hành chính.

- Trường hợp Nhà nước trưng mua, trưng dụng tài sản vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai thì nhà đầu tư được thanh toán, bồi thường theo quy định của pháp luật về trưng mua, trưng dụng tài sản và quy định khác của pháp luật có liên quan.

Thứ hai, bảo đảm hoạt động đầu tư kinh doanh

Để đảm bảo hoạt động đầu tư kinh doanh, Nhà nước không bắt buộc nhà đầu tư phải thực hiện những yêu cầu sau đây:

- Ưu tiên mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ trong nước hoặc phải mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ từ nhà sản xuất hoặc cung ứng dịch vụ trong nước;

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

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

- Đạt được tỷ lệ nội địa hóa đối với hàng hóa sản xuất trong nước;

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

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

- Đặt trụ sở chính tại địa điểm theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Ngoài ra, đối với dự án đầu tư thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ và những dự án đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng quan trọng khác, pháp luật có quy định Thủ tướng Chính phủ quyết định việc bảo đảm đáp ứng nhu cầu ngoại tệ căn cứ định hướng phát triển kinh tế - xã hội, chính sách quản lý ngoại hối và khả năng cân đối ngoại tệ trong từng thời kỳ. Đây cũng là một trong những quy định đảm bảo quan trọng cho hoạt động đầu tư kinh doanh của nhà đầu tư.

Thứ ba, bảo đảm chuyển tài sản của nhà đầu tư nước ngoài ra nước ngoài

Sau khi thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước Việt Nam theo quy định của pháp luật, nhà đầu tư nước ngoài được chuyển ra nước ngoài các tài sản sau đây:

- Vốn đầu tư, các khoản thanh lý đầu tư;

- Thu nhập từ hoạt động đầu tư kinh doanh;

- Tiền và tài sản khác thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư.

Thứ tư, bảo lãnh của Chính phủ đối với một số dự án quan trọng

Thủ tướng Chính phủ có thể quyết định việc bảo lãnh nghĩa vụ thực hiện hợp đồng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc doanh nghiệp nhà nước tham gia thực hiện dự án đầu tư thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ và những dự án đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng quan trọng khác.

Thứ năm, bảo đảm đầu tư kinh doanh trong trường hợp thay đổi pháp luật

Trong trường hợp pháp luật có sự thay đổi thì việc bảo đảm đầu tư kinh doanh xử lý theo nguyên tắc sau:

- Trong trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư cao hơn ưu đãi đầu tư mà nhà đầu tư đang được hưởng thì nhà đầu tư được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định của văn bản pháp luật mới cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án.

- Trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư thấp hơn ưu đãi đầu tư mà nhà đầu tư được hưởng trước đó thì nhà đầu tư

được tiếp tục áp dụng ưu đãi đầu tư theo quy định trước đó cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án.

Tuy nhiên biện pháp bảo đảm đầu tư kinh doanh này có thể không áp dụng trong trường hợp thay đổi quy định của văn bản pháp luật vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng, bảo vệ môi trường, khi đó nhà đầu tư được xem xét giải quyết bằng một hoặc một số biện pháp như: Khấu trừ thiệt hại thực tế của nhà đầu tư vào thu nhập chịu thuế; Điều chỉnh mục tiêu hoạt động của dự án đầu tư; Hỗ trợ nhà đầu tư khắc phục thiệt hại.

(Để được thực hiện biện pháp bảo đảm đầu tư kinh doanh trong trường hợp thay đổi pháp luật, nhà đầu tư phải có yêu cầu bằng văn bản trong thời hạn 03 năm kể từ ngày văn bản pháp luật mới có hiệu lực thi hành, yêu cầu bằng văn bản được gửi tới cơ quan đăng ký đầu tư để thực hiện các thủ tục theo quy định của pháp luật).

Thứ sáu, giải quyết tranh chấp trong hoạt động đầu tư kinh doanh

Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hòa giải. Trường hợp không thương lượng, hòa giải được thì tranh chấp được giải quyết tại Trọng tài hoặc Tòa án theo quy định, cụ thể:

- Tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong nước, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài hoặc giữa nhà đầu tư trong nước, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong đó có ít nhất một bên là nhà đầu tư nước ngoài hoặc tổ chức kinh tế quy định tại khoản 1 Điều 23 của Luật Đầu tư. Trong trường hợp này tranh chấp được giải quyết thông qua một trong những cơ quan, tổ chức sau đây:

Tòa án Việt Nam;

Trọng tài Việt Nam;

Trọng tài nước ngoài;

Trọng tài quốc tế;

Trọng tài do các bên tranh chấp thỏa thuận thành lập.

- Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác.

4. Ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh, ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện

Một trong những thay đổi quan trọng nhất của Luật Đầu tư 2014 so với quy định về đầu tư, kinh doanh trước đây là việc tạo lập cơ sở pháp lý minh bạch để bảo đảm thực hiện nguyên tắc Hiến định về quyền tự do đầu tư kinh doanh của công dân trong các ngành, nghề mà Luật không cấm thông qua các quy định về ngành, nghề cấm đầu tư và đầu tư kinh doanh có điều kiện. Theo đó Luật Đầu tư đã ban hành danh mục ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh và đầu tư kinh doanh có điều kiện theo phương pháp loại trừ (chọn bỏ) góp phần đổi mới căn bản nguyên tắc áp dụng pháp luật, từ việc nhà đầu tư chỉ được quyền thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong những ngành, nghề mà pháp luật cho phép sang nguyên tắc được tự do đầu tư kinh doanh tất cả các ngành, nghề mà Luật này không cấm hoặc quy định phải có điều kiện.

- Theo Luật Đầu tư 2014 thì có 06 nhóm ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh, bao gồm: (i) kinh doanh các chất ma túy theo quy định tại Phụ lục 1 ban hành kèm theo Luật; (ii) kinh doanh các loại hóa chất, khoáng vật độc hại quy định tại Phụ lục 2 ban hành kèm theo Luật; (iii) kinh doanh mẫu vật các loại thực vật, động vật hoang dã theo quy định tại Phụ lục 1 của Công ước về buôn bán quốc tế các loài thực vật, động vật hoang dã nguy cấp; mẫu vật các loại động vật, thực vật hoang dã nguy cấp, quý hiếm Nhóm I có nguồn gốc từ tự nhiên theo quy định tại Phụ lục 3 ban hành kèm theo Luật (iv) kinh doanh mại dâm; (v) mua, bán người, mô, bộ phận cơ thể người; (vi) các hoạt động liên quan đến sinh sản vô tính trên người. Ngày 22/11/2016, Quốc hội đã thông qua Luật sửa đổi bổ sung Điều 6 và Phụ lục 4 của Luật Đầu tư theo đó đã bổ sung cấm kinh doanh pháo nổ.

- Đồng thời để kiểm soát ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện, kiểm soát điều kiện đầu tư kinh doanh, Luật Đầu tư đã ban hành Danh mục 267 ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện quy định tại Phụ lục 4 (tuy nhiên sau khi ban hành và thông qua Luật sửa đổi, bổ sung Điều 6 và Phụ lục 4 của Luật đầu tư thì số lượng ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện được rút xuống là 243 ngành nghề) theo đó, Danh mục các ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện chỉ được quy định tại Luật Đầu tư và các văn bản sửa đổi Luật Đầu tư còn điều kiện cụ thể đối với từng ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện được quy định tại luật, pháp lệnh, nghị định và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Đây là một trong những quy định mới nhằm tạo điều kiện nhằm hạn chế việc ban hành các điều kiện đầu tư kinh doanh không phù

hợp, không cần thiết, qua đó sẽ tạo môi trường đầu tư kinh doanh tốt hơn, khuyến khích tham gia đầu tư kinh doanh.

5. Ưu đãi đầu tư kinh doanh, ngành, nghề, địa bàn ưu đãi

- Nhằm thúc đẩy sự phát triển cân đối trong các ngành, nghề, địa bàn của nền kinh tế quốc dân, thực hiện có hiệu quả mục đích của Luật đầu tư, Nhà nước, ưu đãi đầu tư vào các ngành, nghề và địa bàn nhất định, quy mô của dự án....Các hình thức áp dụng ưu đãi đầu tư bao gồm:

Áp dụng mức thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp thấp hơn mức thuế suất thông thường có thời hạn hoặc toàn bộ thời gian thực hiện dự án đầu tư; miễn, giảm thuế thu nhập doanh nghiệp;

Miễn thuế nhập khẩu đối với hàng hóa nhập khẩu để tạo tài sản cố định; nguyên liệu, vật tư, linh kiện để thực hiện dự án đầu tư;

Miễn, giảm tiền thuê đất, tiền sử dụng đất, thuế sử dụng đất.

Mức ưu đãi cụ thể đối với từng loại ưu đãi đầu tư được áp dụng theo quy định của pháp luật về thuế và pháp luật về đất đai.

- Đối tượng được hưởng ưu đãi đầu tư bao gồm:

+ Các dự án thuộc ngành, nghề ưu đãi đầu tư, như một số ngành, nghề: hoạt động công nghệ cao, sản phẩm công nghiệp hỗ trợ công nghệ cao; hoạt động nghiên cứu và phát triển; Sản xuất vật liệu mới, năng lượng mới, năng lượng sạch, năng lượng tái tạo; sản xuất sản phẩm có giá trị gia tăng từ 30% trở lên, sản phẩm tiết kiệm năng lượng; Sản xuất sản phẩm điện tử, sản phẩm cơ khí trọng điểm, máy nông nghiệp, ô tô, phụ tùng ô tô; đóng tàu...,

+ Các dự án tại địa bàn ưu đãi đầu tư, gồm: Địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn; Khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định;

+ Dự án đầu tư có quy mô vốn từ 6.000 tỷ đồng trở lên, thực hiện giải ngân tối thiểu 6.000 tỷ đồng trong thời hạn 03 năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc quyết định chủ trương đầu tư;

+ Dự án đầu tư tại vùng nông thôn sử dụng từ 500 lao động trở lên;

+ Doanh nghiệp công nghệ cao, doanh nghiệp khoa học và công nghệ, tổ chức khoa học và công nghệ.

Tuy nhiên, ưu đãi đầu tư đối với các đối tượng (là dự án tại địa bàn ưu đãi đầu tư; dự án đầu tư tại vùng nông thôn sử dụng từ 500 lao động trở lên; dự án

đầu tư có quy mô vốn từ 6.000 tỷ đồng trở lên như nêu trên) sẽ không áp dụng nếu dự án đầu tư khai thác khoáng sản; sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ thuộc đối tượng chịu thuế tiêu thụ đặc biệt theo quy định của Luật thuế tiêu thụ đặc biệt, trừ sản xuất ô tô.

6. Các hình thức hỗ trợ đầu tư:

Ngoài các ưu đãi cho đầu tư, để khuyến khích các hoạt động đầu tư kinh doanh, Nhà nước còn thực hiện hỗ trợ đầu tư theo các hình thức như sau:

- Hỗ trợ phát triển hệ thống kết cấu hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội trong và ngoài hàng rào dự án;
- Hỗ trợ đào tạo, phát triển nguồn nhân lực;
- Hỗ trợ tín dụng;
- Hỗ trợ tiếp cận mặt bằng sản xuất, kinh doanh; hỗ trợ di dời cơ sở sản xuất ra khỏi nội thành, nội thị;
- Hỗ trợ khoa học, kỹ thuật, chuyển giao công nghệ;
- Hỗ trợ phát triển thị trường, cung cấp thông tin;
- Hỗ trợ nghiên cứu và phát triển.

7. Hình thức đầu tư (hoạt động đầu tư tại Việt Nam)

Hình thức đầu tư là cách thức tiến hành các hoạt động đầu tư của nhà đầu tư theo quy định của pháp luật. Trong điều kiện kinh tế thị trường, hình thức đầu tư kinh doanh ngày càng phong phú, đa dạng; mỗi hình thức đầu tư có những đặc điểm riêng nhất định về cách thức đầu tư vốn, tính chất liên kết và phân chia kết quả kinh doanh giữa các nhà đầu tư. Căn cứ vào nhu cầu và điều kiện cụ thể của mình, các nhà đầu tư có quyền lựa chọn các hình thức đầu tư thích hợp theo quy định của pháp luật. Để đảm bảo quyền lợi của nhà đầu tư, Luật Đầu tư 2014 quy định các hình thức đầu tư như sau:

Một là, đầu tư thành lập tổ chức kinh tế

Với mục tiêu xóa bỏ một số hạn chế, phân biệt đối xử đối với nhà đầu tư nước ngoài trong việc thành lập doanh nghiệp và thực hiện hoạt động đầu tư, góp phần tạo mặt bằng pháp lý thống nhất về quyền thực hiện hoạt động đầu tư của các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế, Luật Đầu tư năm 2014 đã quy định một số nguyên tắc của hình thức đầu tư thành lập tổ chức kinh tế như sau:

Nhà đầu tư trong nước và nước ngoài được thành lập tổ chức kinh tế phù hợp với tất cả loại hình tổ chức kinh tế. Trước khi thành lập tổ chức kinh tế, nhà đầu tư nước ngoài phải có dự án đầu tư, thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư và phải đáp ứng các điều kiện sau:

- Tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ: Nhà đầu tư nước ngoài được sở hữu vốn điều lệ không hạn chế trong tổ chức kinh tế, ngoại trừ các trường hợp sau đây:

- + Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài tại công ty niêm yết, công ty đại chúng, tổ chức kinh doanh chứng khoán và các quỹ đầu tư chứng khoán theo quy định của pháp luật về chứng khoán;

- + Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hóa hoặc chuyển đổi sở hữu theo hình thức khác thực hiện theo quy định của pháp luật về cổ phần hóa và chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước;

- + Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài không thuộc 02 trường hợp trên thì thực hiện theo quy định khác của pháp luật có liên quan và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

- Hình thức đầu tư, phạm vi hoạt động, đối tác Việt Nam tham gia thực hiện hoạt động đầu tư và điều kiện khác theo quy định của điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

Hai là, đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế

Luật Đầu tư năm 2014 đã quy định theo hướng khẳng định quyền của nhà đầu tư trong việc góp vốn, mua lại phần vốn góp, mua cổ phần của doanh nghiệp phù hợp với quy định của Luật Doanh nghiệp và trên cơ sở đáp ứng các điều kiện, thủ tục được quy định cụ thể tại Luật này. Đồng thời, doanh nghiệp nhận vốn góp hoặc bán cổ phần, phần vốn góp cho nhà đầu tư nước ngoài thực hiện thủ tục đăng ký thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp.

Ngoài ra, đối với nhà đầu tư nước ngoài đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế phải đảm bảo hình thức, điều kiện tại Điều 25, 26 Luật Đầu tư 2015.

Ba là, đầu tư theo hình thức hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư

Hợp đồng đầu tư theo hình thức đối tác công tư (hợp đồng PPP) là hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án để thực hiện dự án đầu tư theo quy định.

Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án ký kết hợp đồng PPP với cơ quan nhà nước có thẩm quyền để thực hiện dự án đầu tư xây dựng mới hoặc cải tạo, nâng cấp, mở rộng, quản lý và vận hành công trình kết cấu hạ tầng hoặc cung cấp dịch vụ công.

Lĩnh vực, điều kiện, thủ tục thực hiện dự án đầu tư theo hình thức hợp đồng PPP được thực hiện theo quy định của Chính phủ

Bốn là, đầu tư theo hình thức hợp đồng BCC

Hợp đồng hợp tác kinh doanh (sau đây gọi là hợp đồng BCC) là hợp đồng được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập tổ chức kinh tế. Hợp đồng BCC được ký kết, thực hiện trên cơ sở một số nguyên tắc sau đây:

- Hợp đồng BCC được ký kết giữa các nhà đầu tư trong nước thực hiện theo quy định của pháp luật về dân sự.

- Hợp đồng BCC được ký kết giữa nhà đầu tư trong nước với nhà đầu tư nước ngoài hoặc giữa các nhà đầu tư nước ngoài thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư.

- Các bên tham gia hợp đồng BCC thành lập ban điều phối để thực hiện hợp đồng BCC. Chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của ban điều phối do các bên thỏa thuận.

Hợp đồng BCC cần gồm những nội dung chủ yếu như: Tên, địa chỉ, người đại diện có thẩm quyền của các bên tham gia hợp đồng; địa chỉ giao dịch hoặc địa chỉ nơi thực hiện dự án; Mục tiêu và phạm vi hoạt động đầu tư kinh doanh; Đóng góp của các bên tham gia hợp đồng và phân chia kết quả đầu tư kinh doanh giữa các bên; Tiến độ và thời hạn thực hiện hợp đồng; Quyền, nghĩa vụ của các bên tham gia hợp đồng; Sửa đổi, chuyển nhượng, chấm dứt hợp đồng; Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, phương thức giải quyết tranh chấp.

8. Chủ trương đầu tư, giấy chứng nhận đăng ký đầu tư (hoạt động đầu tư tại Việt Nam)

Đối với một số dự án đầu tư có tác động lớn đến môi trường, xã hội, hoặc một số lĩnh vực nhạy cảm... để được thực hiện đầu tư nhà đầu tư phải được cấp có thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư. Luật Đầu tư năm 2014 đã quy

định cụ thể về phân cấp thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư, hồ sơ trình tự thủ tục của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (từ Điều 30 đến Điều 35 Luật Đầu tư).

Luật Đầu tư năm 2014 đã loại bỏ nghĩa vụ thực hiện thủ tục cấp giấy chứng nhận đầu tư đối với nhà đầu tư trong nước, theo đó các trường hợp phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký dự án đầu tư gồm: Dự án đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài; Dự án của tổ chức kinh tế theo quy định tại khoản 1 Điều 23 Luật Đầu tư. Đối với dự án đầu tư thuộc thẩm quyền chấp thuận chủ trương đầu tư của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh thì nhà đầu tư, tổ chức kinh tế quy định tại khoản 2 Điều 23 Luật Đầu tư thực hiện dự án đầu tư sau khi được quyết định chủ trương đầu tư.

Thẩm quyền thực hiện cấp, thu hồi, điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư được quy định cụ thể như sau:

- Ban Quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế tiếp nhận, cấp, điều chỉnh, thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với các dự án đầu tư trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế;

- Sở Kế hoạch và Đầu tư tiếp nhận, cấp, điều chỉnh, thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với các dự án đầu tư ngoài khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế;

- Đối với dự án đầu tư thực hiện trên địa bàn nhiều tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, dự án đầu tư thực hiện ở trong và ngoài khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế. Sở Kế hoạch và Đầu tư nơi nhà đầu tư đặt hoặc dự kiến đặt trụ sở chính hoặc văn phòng điều hành để thực hiện dự án đầu tư tiếp nhận, cấp, điều chỉnh, thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư.

9. Triển khai thực hiện dự án đầu tư (đối với hoạt động đầu tư tại Việt Nam)

Nhằm mục tiêu bảo đảm trách nhiệm triển khai dự án đầu tư, cũng như quy định cụ thể một số vấn đề phát sinh trong quá trình triển khai dự án đầu tư, Luật Đầu tư năm 2014 quy định một số nguyên tắc trong thực hiện triển khai dự án đầu tư như sau:

- Bảo đảm thực hiện dự án đầu tư: nhà đầu tư phải ký quỹ để bảo đảm thực hiện dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất với mức 1% đến 3% vốn đầu tư của dự án căn cứ vào quy mô, tính chất và tiến độ thực hiện của từng dự án cụ thể. Khoản ký quỹ bảo đảm

thực hiện dự án đầu tư được hoàn trả cho nhà đầu tư theo tiến độ thực hiện dự án đầu tư, trừ trường hợp không được hoàn trả.

- Thời hạn hoạt động của dự án đầu tư: thời hạn hoạt động của dự án đầu tư trong khu kinh tế không quá 70 năm, thời hạn hoạt động của dự án đầu tư ngoài khu kinh tế không quá 50 năm. Dự án đầu tư thực hiện tại địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn hoặc dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm thì thời hạn dài hơn nhưng không quá 70 năm. Đối với dự án đầu tư được Nhà nước giao đất, cho thuê đất nhưng nhà đầu tư chậm được bàn giao đất thì thời gian Nhà nước chậm bàn giao đất không tính vào thời hạn hoạt động của dự án đầu tư

- Giám định máy móc, thiết bị, dây chuyền công nghệ: Nhà đầu tư chịu trách nhiệm bảo đảm chất lượng máy móc, thiết bị, dây chuyền công nghệ để thực hiện dự án đầu tư theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp cần thiết để đảm bảo thực hiện quản lý nhà nước về khoa học, công nghệ hoặc để xác định căn cứ tính thuế, cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền yêu cầu thực hiện giám định độc lập chất lượng và giá trị của máy móc, thiết bị, dây chuyền công nghệ.

- Chuyển nhượng dự án đầu tư: Nhà đầu tư có quyền chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đầu tư cho nhà đầu tư khác khi đáp ứng các điều kiện sau đây: Không thuộc một trong các trường hợp bị chấm dứt hoạt động theo quy định tại khoản 1 Điều 48 của Luật Đầu tư; Đáp ứng điều kiện đầu tư áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài trong trường hợp nhà đầu tư nước ngoài nhận chuyển nhượng dự án thuộc ngành, nghề đầu tư có điều kiện áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài; Tuân thủ các điều kiện theo quy định của pháp luật về đất đai, pháp luật về kinh doanh bất động sản trong trường hợp chuyển nhượng dự án gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất; Điều kiện quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc theo quy định khác của pháp luật có liên quan (nếu có).

Trường hợp chuyển nhượng dự án thuộc diện cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, nhà đầu tư nộp hồ sơ theo quy định và kèm theo hợp đồng chuyển nhượng dự án đầu tư để điều chỉnh nhà đầu tư thực hiện dự án.

- Giãn tiến độ đầu tư: Đối với dự án được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc quyết định chủ trương đầu tư, nhà đầu tư phải đề xuất bằng văn bản cho cơ quan đăng ký đầu tư khi giãn tiến độ thực hiện vốn đầu tư, tiến độ xây dựng và đưa công trình chính vào hoạt động (nếu có); tiến độ thực hiện các mục tiêu hoạt động của dự án đầu tư.

- Tạm ngừng, ngừng hoạt động của dự án đầu tư: Nhà đầu tư tạm ngừng hoạt động của dự án đầu tư phải thông báo bằng văn bản cho cơ quan đăng ký đầu tư. Trường hợp tạm ngừng hoạt động của dự án đầu tư do bất khả kháng thì nhà đầu tư được miễn tiền thuê đất trong thời gian tạm ngừng hoạt động để khắc phục hậu quả do bất khả kháng gây ra.

- Chấm dứt hoạt động của dự án đầu tư: dự án đầu tư bị chấm dứt hoạt động trong các trường hợp sau đây:

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

Theo các điều kiện chấm dứt hoạt động được quy định trong hợp đồng, điều lệ doanh nghiệp;

Hết thời hạn hoạt động của dự án đầu tư;

Dự án đầu tư thuộc một trong các trường hợp quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 47 của Luật Đầu tư mà nhà đầu tư không có khả năng khắc phục điều kiện ngừng hoạt động;

Nhà đầu tư bị Nhà nước thu hồi đất thực hiện dự án đầu tư hoặc không được tiếp tục sử dụng địa điểm đầu tư và không thực hiện thủ tục điều chỉnh địa điểm đầu tư trong thời hạn 06 tháng kể từ ngày có quyết định thu hồi đất hoặc không được tiếp tục sử dụng địa điểm đầu tư;

Dự án đầu tư đã ngừng hoạt động và hết thời hạn 12 tháng kể từ ngày ngừng hoạt động, cơ quan đăng ký đầu tư không liên lạc được với nhà đầu tư hoặc đại diện hợp pháp của nhà đầu tư;

Sau 12 tháng mà nhà đầu tư không thực hiện hoặc không có khả năng thực hiện dự án theo tiến độ đăng ký với cơ quan đăng ký đầu tư và không thuộc trường hợp được giãn tiến độ thực hiện dự án đầu tư theo quy định tại Điều 46 của Luật Đầu tư;

Theo bản án, quyết định của Tòa án, Trọng tài.

10. Hoạt động đầu tư ra nước ngoài

Để xác định rõ mục tiêu quản lý nhà nước đối với hoạt động đầu tư ra nước ngoài, đồng thời tạo cơ sở pháp lý nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả thực hiện công tác này. Luật Đầu tư năm 2014 khẳng định nguyên tắc nhà đầu tư

được thực hiện hoạt động đầu tư ra nước ngoài nhằm khai thác, phát triển, mở rộng thị trường, tăng năng lực xuất khẩu, thu ngoại tệ và góp phần bảo đảm an ninh năng lượng. Luật Đầu tư quy định Nhà đầu tư thực hiện hoạt động đầu tư ra nước ngoài theo các hình thức sau đây:

- Thành lập tổ chức kinh tế theo quy định của pháp luật nước tiếp nhận đầu tư;
- Thực hiện hợp đồng BCC ở nước ngoài;
- Mua lại một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của tổ chức kinh tế ở nước ngoài để tham gia quản lý và thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh tại nước ngoài;
- Mua, bán chứng khoán, giấy tờ có giá khác hoặc đầu tư thông qua các quỹ đầu tư chứng khoán, các định chế tài chính trung gian khác ở nước ngoài;
- Các hình thức đầu tư khác theo quy định của pháp luật nước tiếp nhận đầu tư.

Trước khi triển khai, thực hiện đầu tư ra nước ngoài, nhà đầu tư phải thực hiện các thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài. Bộ Kế hoạch và Đầu tư là cơ quan có thẩm quyền cấp, điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài. Điều kiện cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài bao gồm:

- Hoạt động đầu tư ra nước ngoài phù hợp với nguyên tắc quy định của pháp luật đầu tư;
- Hoạt động đầu tư ra nước ngoài không thuộc ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh;
- Nhà đầu tư có cam kết tự thu xếp ngoại tệ hoặc được tổ chức tín dụng được phép cam kết thu xếp ngoại tệ để thực hiện hoạt động đầu tư ra nước ngoài; trường hợp khoản vốn bằng ngoại tệ chuyển ra nước ngoài tương đương 20 tỷ đồng trở lên và không thuộc dự án quy định phải xin chủ trương đầu tư thì Bộ Kế hoạch và Đầu tư lấy ý kiến bằng văn bản của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.
- Có quyết định đầu tư ra nước ngoài;
- Có văn bản của cơ quan thuế xác nhận việc thực hiện nghĩa vụ nộp thuế của nhà đầu tư tính đến thời điểm nộp hồ sơ dự án đầu tư.

Trong quá trình thực hiện hoạt động đầu tư ở nước ngoài, nhà đầu tư phải đảm bảo một số nguyên tắc sau đây

- Mở tài khoản vốn đầu tư ra nước ngoài: Giao dịch chuyển tiền từ Việt Nam ra nước ngoài và từ nước ngoài vào Việt Nam liên quan đến hoạt động đầu tư ra nước ngoài phải được thực hiện thông qua một tài khoản vốn riêng mở tại một tổ chức tín dụng được phép tại Việt Nam và phải đăng ký tại Ngân hàng Nhà nước Việt Nam theo quy định của pháp luật về quản lý ngoại hối.

- Chuyển vốn đầu tư ra nước ngoài: Nhà đầu tư được chuyển vốn đầu tư ra nước ngoài để thực hiện hoạt động đầu tư khi đáp ứng các điều kiện sau đây:

Đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài, trừ trường hợp chuyên ngoại tệ hoặc hàng hóa, máy móc, thiết bị ra nước ngoài để phục vụ cho hoạt động khảo sát, nghiên cứu, thăm dò thị trường và thực hiện hoạt động chuẩn bị đầu tư khác theo quy định của Chính phủ

Hoạt động đầu tư đã được cơ quan có thẩm quyền của nước tiếp nhận đầu tư chấp thuận hoặc cấp phép. Trường hợp pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư không quy định về việc cấp phép đầu tư hoặc chấp thuận đầu tư, nhà đầu tư phải có tài liệu chứng minh quyền hoạt động đầu tư tại nước tiếp nhận đầu tư;

Có tài khoản vốn theo quy định tại Điều 63 của Luật này.

(Việc chuyển vốn đầu tư ra nước ngoài phải tuân thủ các quy định của pháp luật về quản lý ngoại hối, xuất khẩu, chuyển giao công nghệ và quy định khác của pháp luật có liên quan.)

- Chuyển lợi nhuận về nước

Trừ trường hợp sử dụng lợi nhuận để đầu tư ở nước ngoài theo quy định tại Điều 66 của Luật Đầu tư, trong thời hạn 06 tháng kể từ ngày có báo cáo quyết toán thuế hoặc văn bản có giá trị pháp lý tương đương theo quy định của pháp luật nước tiếp nhận đầu tư, nhà đầu tư phải chuyển toàn bộ lợi nhuận thu được và các khoản thu nhập khác từ đầu tư ở nước ngoài về Việt Nam.

Trong thời hạn quy định mà chưa chuyển lợi nhuận và các khoản thu nhập khác về Việt Nam, nhà đầu tư phải có văn bản báo cáo Bộ Kế hoạch và Đầu tư và Ngân hàng Nhà nước Việt Nam. Thời hạn chuyển lợi nhuận về nước được gia hạn không quá hai lần, mỗi lần không quá 06 tháng và phải được Bộ Kế hoạch và Đầu tư chấp thuận bằng văn bản.

- Sử dụng lợi nhuận để đầu tư ở nước ngoài

Nhà đầu tư sử dụng lợi nhuận thu được từ hoạt động đầu tư ở nước ngoài để tăng vốn, mở rộng hoạt động đầu tư ở nước ngoài phải thực hiện thủ tục điều

chính Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài và báo cáo Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.

Trường hợp dùng lợi nhuận thu được từ dự án đầu tư ở nước ngoài để thực hiện dự án đầu tư khác ở nước ngoài thì nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài cho dự án đầu tư đó và phải đăng ký tài khoản vốn, tiến độ chuyển vốn đầu tư bằng tiền với Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.

Phần 3
PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG
TRONG LĨNH VỰC KINH DOANH, THƯƠNG MẠI

I. MỘT SỐ VẤN ĐỀ CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG

1. Khái niệm, đặc điểm của hợp đồng

1.1. Khái niệm hợp đồng

Trong nền kinh tế thị trường, mỗi cá nhân hay tổ chức đều tham gia vào nhiều quan hệ xã hội phong phú và đa dạng. Hợp đồng là một trong những hình thức pháp lý cơ bản của các quan hệ xã hội, là căn cứ làm phát sinh các nghĩa vụ dân sự. Theo Bộ luật Dân sự (2015), Hợp đồng là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự.³

1.2. Đặc điểm của hợp đồng

Hợp đồng có những đặc điểm cơ bản sau:

- Hợp đồng là sự thoả thuận trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng giữa các chủ thể (cá nhân, tổ chức) tham gia giao kết.

Việc giao kết hợp đồng làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ pháp lý của các bên trong quan hệ hợp đồng.

- Các quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng chủ yếu gắn liền với lợi ích vật chất của các bên.

2. Phân loại hợp đồng:

Có nhiều cách phân loại hợp đồng

2.1. Căn cứ vào sự tác động qua lại về quyền và nghĩa vụ giữa các bên, hợp đồng được chia thành:

- ***Hợp đồng song vụ*** là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau. Quyền dân sự của bên này tương ứng với nghĩa vụ dân sự của bên kia và ngược lại.

- ***Hợp đồng đơn vụ*** là hợp đồng mà chỉ một bên có nghĩa vụ;

2.2. Căn cứ vào sự phụ thuộc lẫn nhau về hiệu lực pháp lý của hợp đồng, hợp đồng được chia thành:

- ***Hợp đồng chính*** là hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ. Khi tham gia giao kết hợp đồng, các bên tuân thủ nghiêm chỉnh các

³ Điều 385 Bộ luật dân sự

điều kiện để bảo đảm cho hợp đồng có hiệu lực thì quan hệ hợp đồng này là hợp pháp và có hiệu lực bắt buộc đối với các bên từ thời điểm giao kết hợp đồng.

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

2.3. Căn cứ vào mục đích của hợp đồng

- **Hợp đồng không có mục đích kinh doanh, thương mại** (hợp đồng dân sự theo nghĩa hẹp). Đó là những hợp đồng giữa cá nhân, hộ gia đình để thực hiện các giao dịch dân sự nhằm thỏa mãn nhu cầu tiêu dùng, sinh hoạt.

- **Hợp đồng kinh doanh, thương mại**. Hợp đồng giữa các chủ thể có đăng ký kinh doanh để thực hiện các hoạt động kinh doanh, thương mại.

Ngoài ra, còn có một số loại hợp đồng khác như:

- **Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba** là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ đó. Các bên tham gia giao kết thực hiện nghĩa vụ dân sự không phải vì lợi ích của bản thân họ mà thực hiện nghĩa vụ dân sự đó vì lợi ích của người thứ ba.

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

Nguồn văn bản về hợp đồng và nguyên tắc áp dụng các văn bản pháp luật về hợp đồng

Bộ luật Dân sự 2015 (sau đây gọi tắt là Bộ luật dân sự) là văn bản pháp luật chung điều chỉnh tất cả các loại hợp đồng. Đối với những hợp đồng không có mục đích kinh doanh (hợp đồng dân sự theo nghĩa hẹp), Bộ luật Dân sự là nguồn văn bản chủ yếu.

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

pháp luật Việt Nam còn phải áp dụng những Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Trường hợp đối với cùng một nội dung, có sự khác nhau trong quy định của pháp luật Việt Nam và Điều ước quốc tế thì ưu tiên áp dụng quy định của những Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

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

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

Quan hệ kinh doanh thương mại được xác lập và thực hiện thông qua hình thức pháp lý chủ yếu là hợp đồng. Hợp đồng kinh doanh, thương mại có bản chất của hợp đồng nói chung, là sự thỏa thuận nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong quan hệ kinh doanh, thương mại. Luật Thương mại không đưa ra định nghĩa về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, song có thể xác định bản chất pháp lý của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại trên cơ sở quy định của Bộ luật Dân sự về hợp đồng mua bán tài sản⁴. Từ đó cho thấy, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là một dạng cụ thể của hợp đồng.

Có thể xem xét hợp đồng kinh doanh, thương mại trong mối liên hệ với hợp đồng dân sự theo nguyên lý của mối quan hệ giữa cái chung và cái riêng. Nhiều vấn đề về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được điều chỉnh bởi pháp luật không có sự khác biệt với các hợp đồng nói chung, như: Giao kết hợp đồng, hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu... Bên cạnh đó, xuất phát từ yêu cầu của hoạt động thương mại, một số vấn đề về hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được quy định trong pháp luật thương mại có tính chất là sự phát triển tiếp tục những quy định của dân luật truyền thống về hợp đồng (như chủ thể, hình thức, quyền và nghĩa vụ của các bên, chế tài và giải quyết tranh chấp hợp đồng...). Với tư cách là hình thức pháp lý của quan hệ thương mại, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có những đặc điểm nhất định để nhận biết và phân biệt với các loại hợp đồng khác.

Thứ nhất, về chủ thể: hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được thiết lập giữa các chủ thể là thương nhân. Theo quy định của Luật Thương mại, thương nhân gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp hoặc cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh⁵. Điểm mấu chốt là tất cả chủ thể của quan hệ hợp đồng kinh doanh, thương mại (thương nhân) đều phải có đăng ký kinh doanh. Thương nhân là chủ thể của hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài. Luật Thương mại quy định về thương nhân nói chung và thương nhân nước ngoài hoạt động thương mại tại Việt Nam.

⁴ Xem Điều 430 Bộ luật Dân sự

⁵ Khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại

Thứ hai, về hình thức: hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể được thiết lập dưới hình thức văn bản, lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong những trường hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải thiết lập hợp đồng kinh doanh, thương mại bằng hình thức văn bản (Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, hợp đồng dịch vụ khuyến mại, quảng cáo, hội chợ, triển lãm thương mại...). Luật Thương mại cho phép các bên hợp đồng có thể thay thế hình thức văn bản bằng các hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương. Các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu⁶.

Thứ ba, về nội dung và mục đích của hợp đồng kinh doanh thương mại: mục đích của các bên trong hợp đồng kinh doanh, thương mại là lợi nhuận. Trường hợp có chủ thể hợp đồng không nhằm mục đích lợi nhuận giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hoà xã hội Chủ nghĩa Việt Nam, thì hợp đồng được áp dụng Luật Thương mại khi bên không nhằm mục đích lợi nhuận lựa chọn áp dụng Luật Thương mại⁷.

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Khoản 15 Điều 3 Luật Thương mại

⁷ Xem Khoản 3 Điều 1 Luật Thương mại.

Việc pháp luật quy định nội dung của hợp đồng kinh doanh, thương mại có ý nghĩa hướng các bên tập trung vào thỏa thuận những nội dung quan trọng của hợp đồng, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện, đồng thời phòng ngừa những tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. Luật Thương mại không quy định bắt buộc các bên phải thỏa thuận những nội dung cụ thể nào trong hợp đồng kinh doanh, thương mại. Các nội dung chủ yếu của hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể xác định được dựa trên những quy định mang tính "khuyến nghị", "định hướng" của pháp luật⁸, thói quen và tập quán thương mại. Trong điều kiện nhận thức của nhà kinh doanh còn nhiều hạn chế, thì điều này tiềm ẩn nguy cơ dẫn đến những rủi ro pháp lý, những tranh chấp trong hoạt động kinh doanh, thương mại.

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

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

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

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

Đề nghị giao kết hợp đồng nói chung có bản chất là hành vi pháp lý đơn phương của một chủ thể, có nội dung bày tỏ ý định giao kết hợp đồng với chủ thể khác theo những điều kiện xác định. Từ quy định của Điều 386 Bộ luật Dân sự, có thể định nghĩa đề nghị giao kết hợp đồng kinh doanh, thương mại là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể.

Bộ luật Dân sự cũng như Luật Thương mại không quy định về hình thức của đề nghị giao kết hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, song có thể dựa vào quy định về hình thức của hợp đồng (Điều 24 Luật Thương mại) để xác

⁸ Xem Điều 398 Bộ luật Dân sự

định hình thức của đề nghị giao kết hợp đồng, theo đó đề nghị giao kết hợp đồng có thể được thể hiện bằng văn bản, lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc kết hợp giữa các hình thức này.

- Thời điểm đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực:

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

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

- Thay đổi, rút lại đề nghị giao kết hợp đồng:

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

- Hủy bỏ đề nghị giao kết hợp đồng:

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể hủy bỏ đề nghị nếu đã nêu rõ quyền này trong đề nghị và bên được đề nghị nhận được thông báo về việc hủy bỏ đề nghị trước khi người này gửi thông báo chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

- Chấm dứt đề nghị giao kết hợp đồng:

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

- Sửa đổi đề nghị do bên được đề nghị đề xuất:

Khi bên được đề nghị đã chấp nhận giao kết hợp đồng nhưng có nêu điều kiện hoặc sửa đổi đề nghị thì coi như người này đã đưa ra đề nghị mới.

b) Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị đối với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị. Sự im lặng của bên được đề nghị không được coi là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận hoặc theo thói quen đã được xác lập giữa các bên.

Thời hạn trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng được xác định khác nhau trong các trường hợp sau:

- Khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; nếu bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề nghị mới của bên chậm trả lời. Khi bên đề nghị không nêu rõ thời hạn trả lời thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực nếu được thực hiện trong một thời hạn hợp lý.

- Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến chậm vì lý do khách quan mà bên đề nghị biết hoặc phải biết về lý do khách quan này thì thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp bên đề nghị trả lời ngay không đồng ý với chấp nhận đó của bên được đề nghị.

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

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

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

Về nguyên tắc chung, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được chấp nhận giao kết. Thời điểm giao kết hợp đồng được quy định khác nhau phụ thuộc vào cách thức giao kết và hình thức của hợp đồng. Theo Điều 400 Bộ luật Dân sự, có thể xác định thời điểm giao kết hợp đồng kinh doanh, thương mại theo các trường hợp sau:

- Hợp đồng được giao kết trực tiếp bằng văn bản: Thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản hay bằng hình thức chấp nhận khác được thể hiện trên văn bản;

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

- Hợp đồng được giao kết bằng lời nói: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm các bên đã thỏa thuận về nội dung của hợp đồng. Các bên có thể sử dụng những biện pháp, chứng cứ hợp pháp để chứng minh việc "các bên đã thỏa thuận" về nội dung của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bằng lời nói. Thời điểm giao kết hợp đồng cũng được xác định theo cách này trong trường hợp hợp đồng giao kết bằng lời nói và sau đó xác lập bằng văn bản.

Ngoài ra, sự im lặng của bên được đề nghị cho đến khi hết thời hạn trả lời cũng có thể là căn xác định hợp đồng kinh doanh, thương mại đã được giao kết, nếu có thỏa thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng⁹.

d) Hiệu lực của hợp đồng:

Hợp đồng trong kinh doanh, thương mại được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác¹⁰. Từ thời điểm hợp đồng có hiệu lực, các bên phải thực hiện quyền và nghĩa vụ đối với nhau theo cam kết. Hợp đồng chỉ có thể bị sửa đổi hoặc hủy bỏ theo thỏa thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật.

3. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại¹¹

Những biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại áp dụng theo quy định của Bộ luật Dân sự, gồm: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lưu quyền sở hữu, bảo lãnh, tín chấp, cầm giữ tài sản.

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

3.2. Thế chấp tài sản là việc một bên (gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng đối với bên kia (gọi là bên nhận thế chấp) và không giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp. Tài sản thế chấp do bên thế chấp giữ, các bên có thể thỏa thuận giao cho người thứ ba giữ tài sản thế chấp. Việc thế chấp tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản thay thế phải được công chứng, chứng thực hoặc đăng ký.

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

⁹ Điều 400 Bộ luật dân sự

¹⁰ Điều 401 Bộ luật dân sự

¹¹ Xem Bộ luật dân sự (từ Điều 292 đến Điều 350)

thành văn bản.

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

3.5. Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá vào tài khoản phong toả tại một tổ chức tín dụng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

3.6. Bảo lưu quyền sở hữu:

Trong hợp đồng mua bán, quyền sở hữu tài sản có thể được bên bán bảo lưu cho đến khi nghĩa vụ thanh toán được thực hiện đầy đủ. Việc bảo lưu này phải được lập thành văn bản riêng hoặc được ghi trong hợp đồng mua bán. Bảo lưu quyền sở hữu phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký.

3.7. Bảo lãnh là việc người thứ ba (gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ 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. Việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản bảo lãnh phải được công chứng, chứng thực.

3.8. Tín chấp là việc Tổ chức chính trị - xã hội ở cơ sở được pháp luật cho phép bảo đảm (bằng tín chấp) cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại tổ chức tín dụng để sản xuất, kinh doanh, tiêu dùng theo quy định pháp luật. Việc cho vay có bảo đảm bằng tín chấp phải được lập thành văn bản có xác nhận của tổ chức chính trị - xã hội bảo đảm bằng tín chấp về điều kiện, hoàn cảnh của bên vay vốn; trong đó ghi rõ số tiền vay, mục đích vay, thời hạn vay, lãi suất, quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của người vay, ngân hàng, tổ chức tín dụng cho vay và tổ chức chính trị - xã hội bảo đảm bằng tín chấp.

3.9. Cầm giữ tài sản là việc bên có quyền (gọi là bên cầm giữ) đang nắm giữ hợp pháp tài sản là đối tượng của hợp đồng song vụ được chiếm giữ tài sản trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

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

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

Luật Thương mại không quy định cụ thể các điều kiện để hợp đồng có hiệu lực. Vì vậy, khi xem xét hiệu lực của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, cần dựa trên các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự quy định trong

Bộ luật Dân sự. Căn cứ vào quy định của Bộ luật Dân sự (Điều 117) và các quy định có liên quan, có thể xác định một hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

Thứ nhất, chủ thể tham gia giao kết hợp đồng kinh doanh thương mại phải có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập.

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

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

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

Ví dụ: Hàng hóa, dịch vụ là đối tượng của hợp đồng không bị cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tùy thuộc vào từng giai đoạn của nền kinh tế, xuất phát từ yêu cầu quản lý nhà nước mà những hàng hóa, dịch vụ bị cấm kinh doanh được pháp luật quy định một cách phù hợp (hiện tại vấn đề này đang được quy định tại Luật Đầu tư 2014, Nghị định số 59/2006/NĐ-CP ngày 12 tháng 6 năm 2006 của Chính phủ về hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh, hạn chế kinh doanh và kinh doanh có điều kiện và Nghị định số 43/2009/NĐ-CP ngày 07 tháng 05 năm 2009 của Chính phủ về sửa đổi Danh mục hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh của Nghị định số 59/2006/NĐ-CP)

Thứ ba, chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện.

Thứ tư, hình thức của hợp đồng là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định. Thông thường đó là quy định hợp đồng phải được lập thành văn bản và /hoặc văn bản hợp đồng phải được đăng ký, công chứng, chứng thực. Trong trường hợp này, hình thức của hợp đồng là điều kiện có hiệu lực, khi giao kết các bên phải tuân theo hình thức được pháp luật quy định. Để hợp đồng kinh doanh, thương mại có hiệu lực, hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức được pháp luật thừa nhận. Theo Điều 24 Luật Thương mại, hợp đồng kinh doanh, thương mại được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp các bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải thỏa thuận bằng văn bản (ví dụ: hợp đồng mua bán hàng

hóa quốc tế, hợp đồng mua bán nhà ở nhằm mục đích kinh doanh...) sẽ là lý do dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu.

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

a) Các trường hợp vô hiệu

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

- Nội dung của hợp đồng vi phạm điều cấm của luật hoặc trái đạo đức xã hội;

- Các bên xác lập hợp đồng một cách giả tạo nhằm che giấu một giao dịch khác thì giao dịch giả tạo bị coi là vô hiệu.

- Hợp đồng được xác lập bởi người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự;

- Hợp đồng vô hiệu do bị nhầm lẫn;

- Hợp đồng vô hiệu do một bên chủ thể tham gia xác lập hợp đồng bị lừa dối, đe dọa, cưỡng ép;

- Hợp đồng vô hiệu do người xác lập đủ 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; người này có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố Hợp đồng đó là vô hiệu;

- Hợp đồng vô hiệu do vi phạm quy định về hình thức theo quy định của luật.

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

- Hợp đồng vô hiệu toàn bộ ;

- Hợp đồng vô hiệu từng phần: Hợp đồng vô hiệu từng phần khi một phần của hợp đồng bị coi là vô hiệu nhưng không ảnh hưởng đến hiệu lực của phần còn lại của hợp đồng.

b) Xử lý hợp đồng vô hiệu

Hợp đồng vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên từ thời điểm giao kết. Các bên phải khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận.

Nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì hoàn trả theo trị giá bằng tiền; bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường cho bên kia.

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

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

a) Buộc thực hiện đúng hợp đồng

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

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

b) Phạt vi phạm hợp đồng

Phạt vi phạm hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là hình thức chế tài áp dụng đối với hành vi vi phạm hợp đồng, theo đó bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do pháp luật quy định hoặc do các bên thoả thuận trên cơ sở pháp luật.

Chế tài phạt vi phạm hợp đồng có mục đích chủ yếu là tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng

ngừa vi phạm hợp đồng. Với mục đích như vậy, phạt vi phạm hợp đồng được áp dụng một cách phổ biến đối với các vi phạm hợp đồng.

Theo Luật Thương mại, chế tài phạt vi phạm được áp dụng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận về việc áp dụng chế tài này¹². Để áp dụng chế tài phạt hợp đồng cần có các căn cứ:

- Có hành vi vi phạm hợp đồng.
- Có lỗi của bên vi phạm hợp đồng.

Mức tiền phạt vi phạm hợp đồng bị giới hạn bởi pháp luật (các bên có quyền thỏa thuận về mức phạt nhưng không được vượt quá mức phạt do pháp luật quy định). Theo Luật Thương mại, mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm¹³.

c) Bồi thường thiệt hại

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

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

- Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- Có thiệt hại thực tế;
- Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại¹⁴.

Về nguyên tắc, bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ những thiệt hại vật chất cho bên bị vi phạm bao gồm:

- Giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra
- Khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.

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

¹² Điều 300 Luật Thương mại

¹³ Điều 301 Luật Thương mại

¹⁴ Điều 303 Luật Thương mại

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

Khi áp dụng trách nhiệm bồi thường, cần lưu ý mối quan hệ giữa phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Với bản chất của hợp đồng, các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận về các hình thức chế tài phù hợp với quy định của pháp luật. Các bên có quyền thỏa thuận về việc bên vi phạm chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng và vừa phải bồi thường thiệt hại. Theo Luật thương mại, trong trường hợp các bên của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại không có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại; trường hợp các bên có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại¹⁵.

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

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

- Đình chỉ thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại: là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng trong kinh doanh, thương mại. Khi hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt hiệu lực từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng.

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

¹⁵ Điều 307 Luật Thương mại

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

Một là, về căn cứ áp dụng: Trừ trường hợp được miễn trách nhiệm, hợp đồng, tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng với tính chất là các hình thức chế tài, được áp dụng khi có các điều kiện: (i) Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng; (ii) Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng¹⁶.

Từ quy định trên cho thấy, Luật Thương mại giành quyền chủ động cho các bên, vì vậy đòi hỏi các bên khi giao kết hợp đồng phải hết sức thận trọng trong việc thoả thuận vấn đề áp dụng các chế tài này. Trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại, việc tạm ngừng, đình chỉ và hủy bỏ hợp đồng có ảnh hưởng rất lớn đến lợi ích của các bên, đặc biệt là bên vi phạm hợp đồng. Về nguyên tắc, bên bị vi phạm không đương nhiên có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng, trừ khi pháp luật có quy định khác¹⁷; bên bị vi phạm chỉ có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng, nếu trong hợp đồng đã có thoả thuận vi phạm của bên kia là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng. Mặt khác, để đảm bảo quyền lợi của bên vi phạm hợp đồng, Luật Thương mại còn quy định hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ để tạm ngừng, đình chỉ hoặc hủy bỏ hợp đồng phải là những vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng¹⁸.

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

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

¹⁶ Điều 308, Điều 310, Điều 312 Khoản 4 Điều 312 Luật Thương mại.

¹⁷ Ví dụ: bên mua hàng trong hợp đồng mua bán hàng hóa có quyền ngừng thanh toán tiền hàng trong các trường hợp được quy định tại Điều 51 Luật Thương mại.

¹⁸ Khoản 13 Điều 3 Luật Thương mại

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

5.3. Miễn trách nhiệm hợp đồng

Miễn trách nhiệm hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là việc bên vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng trong kinh doanh, thương mại không phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Các bên trong hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có quyền thỏa thuận về giới hạn trách nhiệm và miễn trách nhiệm hợp đồng trong những trường hợp cụ thể do các bên dự liệu khi giao kết hợp đồng. Ngoài ra, việc miễn trách nhiệm hợp đồng còn được áp dụng theo các trường hợp khác do pháp luật quy định. Theo Điều 294 Luật Thương mại, bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại còn được miễn trách nhiệm khi: (i) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (ii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iii) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Sự kiện bất khả kháng để miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm hợp đồng được quy định trong Bộ luật Dân sự¹⁹. Theo Khoản 1 Điều 156 Bộ luật Dân sự, sự kiện bất khả kháng được định nghĩa là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép. Từ quy định này cho thấy, một sự kiện được coi là bất khả kháng với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm hợp đồng phải thỏa mãn các dấu hiệu: (i) Xảy ra sau khi các bên đã giao kết hợp đồng; (ii) Có tính chất bất thường mà các bên không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép; (iii) Là nguyên nhân dẫn đến sự vi phạm hợp đồng. Với cách hiểu như vậy, các trường hợp bất khả kháng có thể bao gồm: Thiên tai, hỏa hoạn, chiến tranh, đình công, sự thay đổi chính sách, pháp luật của Nhà nước.

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

¹⁹ Luật Thương mại (2005) không quy định cụ thể về sự kiện bất khả kháng với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

cộng với thời gian hợp lý để khắc phục hậu quả, nhưng không được kéo dài quá các thời hạn sau đây:

- Năm (05) tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được thoả thuận không quá mười hai (12) tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng;

- Tám (08) tháng đối với hàng hoá mà thời hạn giao hàng được thoả thuận trên mười hai (12) tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng²⁰.

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

Ngoài ra, khi xảy ra trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, bên vi phạm hợp đồng còn phải thông báo ngay (bằng văn bản) cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

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

²⁰ Điều 296 Luật Thương mại

Phần 4

PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH

1. Khái quát cạnh tranh và pháp luật cạnh tranh

1.1. Khái quát về cạnh tranh

a) Khái niệm cạnh tranh

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

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

b) Nhận dạng cạnh tranh

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

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

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

1.2. Pháp luật cạnh tranh

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

b) Cơ cấu nội dung của pháp luật cạnh tranh

Pháp luật cạnh tranh có những nội dung chính là:

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

- Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh;
- Pháp luật về tổ tụng cạnh tranh.
- Hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh khác.

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

d) *Luật Cạnh tranh năm 2004* là đạo luật đầu tiên về cạnh tranh của Việt Nam, được ban hành trong điều kiện nền kinh tế thị trường đang dần dần được hình thành và hoàn thiện. Để thi hành Luật Cạnh tranh, Chính phủ cũng đã ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành luật²¹ và các văn bản sửa đổi, bổ sung, thay thế trong quá trình thực hiện. Cùng với Bộ luật Dân sự, Pháp lệnh chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam, Pháp lệnh chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 (trước đây là Pháp lệnh Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 1999) và các văn bản pháp luật có liên quan, những văn bản quy phạm pháp luật trên đã tạo thành hệ thống pháp luật về cạnh tranh của Việt Nam, góp phần quan trọng vào việc điều tiết cạnh tranh, lành mạnh hóa thị trường và bảo vệ quyền lợi doanh nghiệp và người tiêu dùng ở Việt Nam.

2. Kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh

2.1. Khái niệm:

Hạn chế cạnh tranh là hành vi của doanh nghiệp làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường, bao gồm hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền và tập trung kinh tế.²²

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

2.2. Các hành vi hạn chế cạnh tranh

²¹Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh; Nghị định số 119/2011/NĐ-CP ngày 6/12/2011 sửa đổi thủ tục hành chính tại Nghị định số 116/2005/NĐ-CP; Nghị định của chính phủ số 42/2014/NĐ-CP ngày 14 tháng 5 năm 2014 về quản lý hoạt động bán hàng đa cấp; Nghị định số 71/2014/NĐ-CP ngày 21/7/2014 quy định chi tiết Luật Cạnh tranh về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh; Nghị định 07/2015/NĐ-CP ngày 16/01/2015 quy định chức năng, nhiệm vụ quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Hội đồng cạnh tranh; Nghị định số 06/2006/NĐ-CP ngày 09/01/2006 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục quản lý cạnh tranh.

²² Khoản 3 Điều 3 Luật Cạnh tranh 2004.

a) Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

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

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

Tuy nhiên, không phải mọi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đều bị cấm một cách tuyệt đối. Việc cấm tuyệt đối (không có miễn trừ, không có ngoại lệ) chỉ áp dụng đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận; Thông đồng để một hoặc các bên của thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ.

Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh còn lại chỉ bị cấm khi các bên tham gia thỏa thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên²³. Những thỏa thuận liên quan đến thị phần liên quan dưới 30% là hợp pháp.

b) Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền

Khi một doanh nghiệp tồn tại trên thị trường liên quan với một thị phần và phạm vi ảnh hưởng lớn nhất định sẽ dẫn đến nguy cơ doanh nghiệp này lạm

²³ Các bên tham gia loại thỏa thuận này có thể làm thủ tục để được hưởng miễn trừ có thời hạn theo quy định tại Điều 10 Luật Cạnh tranh.

dụng thể mạnh của mình để thực hiện các hành vi cạnh tranh gây bất lợi cho các đối thủ cạnh tranh, khách hàng và có tác động tiêu cực đến thị trường. Theo Luật Cạnh tranh, doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

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

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

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

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

c) Lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm

Mức độ cao nhất của thống lĩnh thị trường là vị trí độc quyền. Theo Luật Cạnh tranh, doanh nghiệp được coi là có vị trí độc quyền nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hoá, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh trên thị trường liên quan²⁴. Khi doanh nghiệp có vị trí độc quyền thì ngoài các hành vi bị cấm như đối với trường hợp doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị

²⁴ Điều 12 Luật Cạnh tranh 2004

trường, doanh nghiệp (có vị trí độc quyền) còn bị cấm thực hiện các hành vi sau:

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

d) Tập trung kinh tế

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

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

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

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

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 được xem xét miễn trừ 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 và 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 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 luật²⁵.

3. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh

3.1. Khái niệm hành vi cạnh tranh không lành mạnh

Hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh trái với các chuẩn mực thông thường về đạo

²⁵ Xem các điều 18, 19, 20 Luật Cạnh tranh.

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 dùng²⁶.

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

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

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

3.2. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh

a) Chỉ dẫn gây nhầm lẫn

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

b) Xâm phạm bí mật kinh doanh

²⁷ Bí mật kinh doanh là thông tin có đầy đủ các điều kiện: (i) Không phải là hiểu biết thông thường; (ii) Có khả năng áp dụng trong kinh doanh và khi được sử dụng sẽ tạo cho người nắm giữ thông tin đó có lợi thế hơn so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng thông tin đó; (iii) Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để thông tin đó không bị tiết lộ và không dễ dàng tiếp cận được.

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

- Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của người sở hữu hợp pháp bí mật kinh doanh đó;
- Tiết lộ, sử dụng thông tin thuộc bí mật kinh doanh mà không được phép của chủ sở hữu bí mật kinh doanh;

²⁶ Khoản 4 Điều 3 Luật Cạnh tranh 2004

²⁷ Khoản 10 Điều 3 Luật Cạnh tranh

- Vi phạm hợp đồng bảo mật hoặc lừa gạt, lợi dụng lòng tin của người có nghĩa vụ bảo mật nhằm tiếp cận, thu thập và làm lộ thông tin thuộc bí mật kinh doanh của chủ sở hữu bí mật kinh doanh đó;

- Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh của người khác khi người này làm thủ tục theo quy định của pháp luật liên quan đến kinh doanh, làm thủ tục lưu hành sản phẩm hoặc bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của cơ quan nhà nước hoặc sử dụng những thông tin đó nhằm mục đích kinh doanh, xin cấp giấy phép liên quan đến kinh doanh hoặc lưu hành sản phẩm.

c) Ép buộc trong kinh doanh

Các hành vi ép buộc, đe dọa khách hàng và đối tác kinh doanh của đối thủ cạnh tranh để bắt họ không được giao dịch hoặc ngừng giao dịch với đối thủ cạnh tranh được coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh và bị pháp luật nghiêm cấm. Luật Cạnh tranh²⁸ quy định: "Cấm doanh nghiệp ép buộc khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác bằng hành vi đe dọa hoặc cưỡng ép để buộc họ không giao dịch hoặc ngừng giao dịch với doanh nghiệp đó".

d) Gièm pha doanh nghiệp khác

Theo Luật Cạnh tranh²⁹, các doanh nghiệp bị cấm gièm pha doanh nghiệp khác bằng hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp đưa ra thông tin không trung thực, gây ảnh hưởng xấu đến uy tín, tình trạng tài chính và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó.

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

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

e) Quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh

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

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

²⁸ Điều 42 Luật Cạnh tranh

²⁹ Điều 43 Luật Cạnh tranh

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

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

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

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

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

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

g) Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh

Theo Luật Cạnh tranh³⁰, các doanh nghiệp bị cấm thực hiện các hoạt động khuyến mại sau đây:

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

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

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

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

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

h) Phân biệt đối xử của hiệp hội

Hiệp hội ngành nghề bao gồm hiệp hội ngành hàng và hiệp hội nghề nghiệp, gọi chung là hiệp hội, được thành lập trên cơ sở sự tự nguyện của các doanh nghiệp thành viên có chung lợi ích, là nơi cung cấp các thông tin đã được xử lý về các lĩnh vực trên thị trường trong nước và quốc tế, nơi học hỏi, trao đổi kinh nghiệm giữa các doanh nghiệp. Với vai trò của mình, thông qua những hành động nhất định, hiệp hội có thể tạo ra tình trạng cạnh tranh không lành mạnh giữa các doanh nghiệp. Theo Luật Cạnh tranh³¹, hiệp hội ngành nghề bị cấm thực hiện các hành vi sau đây:

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

³⁰ Điều 46 Luật Cạnh tranh

³¹ Điều 47 Luật Cạnh tranh

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

i) Bán hàng đa cấp bất chính

Bán hàng đa cấp³² là phương thức tiếp thị để bán lẻ hàng hóa đáp ứng các điều kiện sau đây:

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

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

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

Bán hàng đa cấp chỉ bị cấm trong trường hợp được thực hiện một cách không lành mạnh. Theo Luật Cạnh tranh³³, doanh nghiệp bị cấm thực hiện các hành vi sau đây nhằm thu lợi bất chính từ việc tuyển dụng người tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp:

- Yêu cầu người muốn tham gia phải đặt cọc, phải mua một số lượng hàng hóa ban đầu hoặc phải trả một khoản tiền nhất định dưới bất kỳ hình thức nào để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;

- Yêu cầu người tham gia bán hàng đa cấp phải trả thêm một khoản tiền dưới bất kỳ hình thức nào để được quyền duy trì, phát triển hoặc mở rộng mạng lưới bán hàng đa cấp của mình;

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

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

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

- Từ chối chi trả không có lý do chính đáng các khoản hoa hồng, tiền thưởng hay các lợi ích kinh tế khác mà người tham gia bán hàng đa cấp có quyền hưởng;

³² Theo quy định tại Khoản 11 Điều 3 Luật Cạnh tranh

³³ Điều 48 Luật Cạnh tranh và Nghị định số 71/2014/NĐ-CP; Điều 5 Nghị định số 42/2014/NĐ-CP.

- Yêu cầu người tham gia bán hàng đa cấp phải tuyển dụng mới hoặc gia hạn hợp đồng tham gia bán hàng đa cấp với một số lượng nhất định người tham gia bán hàng đa cấp để được quyền hưởng hoa hồng, tiền thưởng hoặc các lợi ích kinh tế khác;

- Yêu cầu người tham gia hội nghị, hội thảo, khóa đào tạo về nội dung quy định tại Khoản 8 Điều 3 Nghị định số 41/2014/NĐ-CP phải trả tiền hoặc phí dưới bất kỳ hình thức nào, trừ chi phí hợp lý để mua tài liệu đào tạo;

- Ép buộc người tham gia bán hàng đa cấp phải tham gia các hội nghị, hội thảo, khóa đào tạo về các nội dung không được quy định tại Khoản 8 Điều 3 Nghị định số 41/2014/NĐ-CP

- Yêu cầu người tham gia hội nghị, hội thảo, khóa đào tạo về các nội dung không được quy định tại Khoản 8 Điều 3 Nghị định này phải trả tiền hoặc phí cao hơn mức chi phí hợp lý để thực hiện hoạt động đó;

- Thu phí cấp, đổi thẻ thành viên theo quy định tại Khoản 1 và Khoản 3 Điều 21 Nghị định này dưới bất kỳ hình thức nào;

- Không cam kết cho người tham gia bán hàng đa cấp trả lại hàng hóa và nhận lại khoản tiền đã chuyển cho doanh nghiệp theo quy định tại Điều 26 Nghị định này;

- Cản trở người tham gia bán hàng đa cấp trả lại hàng hóa theo quy định tại Điều 26 Nghị định số 41/2014/NĐ-CP.

- Duy trì nhiều hơn một vị trí kinh doanh đa cấp, hợp đồng bán hàng đa cấp, mã số kinh doanh đa cấp hoặc các hình thức khác tương đương đối với cùng một người tham gia bán hàng đa cấp;

- Kinh doanh theo mô hình kim tự tháp;

- Mua bán hoặc chuyển giao mạng lưới người tham gia bán hàng đa cấp cho doanh nghiệp khác trừ trường hợp mua lại, hợp nhất hoặc sáp nhập doanh nghiệp;

- Yêu cầu, xúi giục người tham gia bán hàng đa cấp thực hiện hành vi bị cấm được quy định tại Khoản 2 Điều này.

Đồng thời người tham gia bán hàng đa cấp cũng bị cấm thực hiện những hành vi sau đây:

- Yêu cầu người muốn tham gia bán hàng đa cấp phải trả một khoản tiền nhất định, nộp tiền đặt cọc hoặc phải mua một lượng hàng hóa nhất định dưới bất kỳ hình thức nào để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;

- Cung cấp thông tin sai lệch hoặc gây nhầm lẫn về lợi ích của việc tham gia bán hàng đa cấp, tính chất, công dụng của hàng hóa, hoạt động của doanh nghiệp bán hàng đa cấp để dụ dỗ người khác tham gia bán hàng đa cấp;

- Tổ chức các buổi hội thảo, hội nghị khách hàng, hội thảo giới thiệu sản phẩm, đào tạo mà không được doanh nghiệp bán hàng đa cấp ủy quyền bằng văn bản;

- Lôi kéo, dụ dỗ, mua chuộc người tham gia bán hàng đa cấp của doanh nghiệp khác tham gia vào mạng lưới của doanh nghiệp mà mình đang tham gia;

- Lợi dụng chức vụ, quyền hạn, địa vị xã hội để yêu cầu người khác tham gia vào mạng lưới bán hàng đa cấp hoặc mua hàng hóa kinh doanh theo phương thức đa cấp.

4. Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh:

4.1. Hình thức xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh:

a) Đối với mỗi 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 sau:

- Cảnh cáo;

- Phạt tiền.

b) 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 sau đây:

- Thu hồi giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp; 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 bao gồm cả tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm.

c) Ngoài các hình thức xử phạt theo quy định nêu trên, doanh nghiệp vi phạm còn có thể bị áp dụng một hoặc một số biện pháp khắc phục hậu quả sau:

- 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, kìm 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.

4.2. Thẩm quyền xử phạt, xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh:

4.2.1 Thẩm quyền của cơ quan quản lý cạnh tranh (Điều 40 ND số 71/2014/ND-CP)

1. Đối với hành vi vi phạm quy định về cạnh tranh không lành mạnh và hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh khác, thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có thẩm quyền:

- a) Phạt cảnh cáo;
- b) Phạt tiền tối đa ³⁴đến 100.000.000 đồng trong trường hợp hành vi do cá nhân thực hiện, đến 200.000.000 đồng trong trường hợp hành vi do tổ chức thực hiện;
- c) Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh bao gồm cả tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm;
- đ) Buộc cải chính công khai,

2. Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có thẩm quyền quyết định áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp ngăn chặn hành chính khi chưa chuyển hồ sơ vụ việc cạnh tranh cho Hội đồng cạnh tranh xử lý.

4.2.2 Thẩm quyền của Hội đồng cạnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh (Điều 41 ND số 71/2014/ND-CP)

Đối với hành vi vi phạm quy định về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh, Hội đồng cạnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh có các thẩm quyền sau đây:

- 1. Phạt cảnh cáo.
- 2. Phạt tiền.
- 3. Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm.
- 4. Áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả quy định tại Khoản 3 Điều 3 của Nghị định số 71/2014/ND-CP³⁵.
- 5. Yêu cầu cơ quan có thẩm quyền thu hồi giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề.

³⁴ Mục 4 và Mục 5 Chương II Nghị định số 71/2014/ND-CP

³⁵ Các điểm c, d, đ, e, g, h, i, k

6. Yêu cầu cơ quan có thẩm quyền áp dụng các biện pháp buộc cơ cấu lại doanh nghiệp lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường hoặc buộc chia, tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất; buộc bán lại phần doanh nghiệp đã mua quy định tại Khoản 3 Điều 3 của Nghị định số 71/2014/NĐ-CP.

5. Tổ tụng cạnh tranh

5.1. Khái niệm tổ tụng cạnh tranh

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

Tổ tụng cạnh tranh tiến hành theo thủ tục hành chính có những điểm khác với thủ tục tư pháp tại Tòa án và hiện hành được quy định trong Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15 tháng 9 năm 2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh và và Nghị định số 119/2011/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung thủ tục hành chính của Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

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 *Luật Cạnh tranh*, và *Nghị định 71/2014/NĐ-CP quy định về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh*. Trường hợp quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh bị khởi kiện ra toà hành chính thì áp dụng quy định của *Luật tổ tụng hành chính số 64/2010/QH12 ngày 24/10/2010* và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Tổ tụng cạnh tranh bao gồm những nội dung cơ bản sau³⁶:

5.2. Người tham gia tổ tụng cạnh tranh bao gồm:

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

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

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

5.3. Trình tự tổ tụng cạnh tranh

a) Điều tra vụ việc cạnh tranh: Bao gồm hai giai đoạn điều tra sơ bộ và điều tra chính thức.:

(i) 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

³⁶ Xem Chương V (từ Điều 56 đến Điều 116) Luật Cạnh tranh 2004

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.

(ii) Điều tra chính thức:

- Trong trường hợp vụ việc cạnh tranh được điều tra chính thức thì sẽ được giải quyết theo hai hướng khác nhau, tùy thuộc vào loại hành vi vi phạm Luật cạnh tranh: (i) Đối với vụ việc liên quan đến cạnh tranh không lành mạnh thì trong thời hạn điều tra là 90 ngày kể từ ngày có quyết định (trong trường hợp cần thiết Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có thể gia hạn nhưng không quá 60 ngày), điều tra viên phải xác định (có hay không) căn cứ cho rằng bên bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Sau khi kết thúc điều tra, Thủ trưởng Cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ ban hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh; (ii) Đối với vụ việc liên quan đến hạn chế cạnh tranh mà có nguy cơ gây ảnh hưởng đến phát triển chung của cấu trúc thị trường thì Thủ trưởng Cơ quan quản lý cạnh tranh phải chuyển báo cáo điều tra đến Hội đồng cạnh tranh để giải quyết. Vụ việc cạnh tranh thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng cạnh tranh phải được xem xét, xử lý thông qua phiên điều trần.

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

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

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

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

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

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

b) Phiên điều trần: Đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh phải được xem xét xử lý thông qua phiên điều trần.

Chủ tịch Hội đồng cạnh tranh quyết định thành lập Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh sau khi nhận đ-ợc báo cáo điều tra và toàn bộ hồ sơ vụ việc cạnh tranh. Trong thời hạn ba m-ời ngày, kể từ ngày nhận hồ sơ vụ việc cạnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải ra một trong các quyết định sau đây:

- Mở phiên điều trần nếu đủ căn cứ xác định cú hành vi hạn chế cạnh tranh;

- Trả hồ sơ để điều tra bổ sung trong tr-ờng hợp nhận thấy các chứng cứ thu thập đ-ợc ch- a đủ để xác định hành vi hạn chế cạnh tranh;

- Đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh trong tr-ờng hợp không đủ chứng cứ chứng minh hành vi hạn chế cạnh tranh theo đề nghị của Thủ tr-ởng cơ quan quản lý cạnh tranh; 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 hoặc Thủ tr-ởng cơ quan quản lý cạnh tranh đề nghị đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh;

Trong trường hợp quyết định mở phiên điều trần, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải mở phiên điều trần trong thời hạn m-ời lăm ngày, kể từ ngày có quyết định mở phiên điều trần. Phiên điều trần đ-ợc tổ chức công khai, trừ tr-ờng hợp nội dung điều trần có liên quan đến bí mật quốc gia, bí mật kinh doanh. Tại phiên điều trần, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tiến hành thảo luận, bỏ phiếu kín và quyết định theo đa số sau khi nghe những ng-ời tham gia phiên điều trần trình bày ý kiến và tranh luận.

Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có hiệu lực pháp luật sau ba m-ời ngày, kể từ ngày ký nếu trong thời hạn đó không bị khiếu nại.

c) Khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh:

Tr-ờng hợp không nhất trí một phần hoặc toàn bộ nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên có quyền khiếu nại lên Hội đồng cạnh tranh. Những phần của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh bị khiếu nại thì ch- a đ-ợc đ- a ra thi hành.

Khi xem xét, giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, Hội đồng cạnh tranh có các quyền sau đây:

- Giữ nguyên quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh nếu xét thấy việc khiếu nại là không đủ căn cứ;

- Sửa một phần hoặc toàn bộ quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh nếu quyết định này không đúng pháp luật;

- Hủy quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh và chuyển hồ sơ vụ việc cạnh tranh cho Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh giải quyết lại trong tr- ờng hợp: chứng cứ ch- a đ- ọc thu thập và xác minh đầy đủ; hoặc thành phần Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh không đúng quy định hoặc có vi phạm nghiêm trọng khác về tố tụng cạnh tranh.

Quyết định giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ký.

Tr- ờng hợp không nhất trí với quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên liên quan có quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với một phần hoặc toàn bộ nội dung của quyết định giải quyết khiếu nại ra Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung - ơng có thẩm quyền. Những phần của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh không bị khởi kiện ra Tòa án vẫn đ- ợc tiếp tục đ- a ra thi hành.

Phần 5

PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT

TRANH CHẤP KINH DOANH THƯƠNG MẠI

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

Tranh chấp kinh doanh, thương mại là những xung đột, bất đồng về quyền, lợi ích kinh tế giữa các chủ thể trong quá trình xác lập và giải quyết các quan hệ kinh doanh, thương mại.

Trong điều kiện của nền kinh tế thị trường ở nước ta, hoạt động kinh doanh, thương mại ngày càng đa dạng và không ngừng phát triển trên mọi lĩnh vực sản xuất, kinh doanh, thương mại hàng hóa, dịch vụ, đầu tư... Do đó, tranh chấp kinh doanh, thương mại có những biểu hiện đa dạng cả về nội dung, hình thức và được thể hiện dưới các mức độ khác nhau, đó có thể là tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận...; Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận; Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty; Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định,... Với cách hiểu như vậy, những vi phạm pháp luật cạnh tranh bao gồm những tranh chấp về lợi ích kinh doanh giữa các cá nhân, tổ chức trong hoạt động kinh doanh, thương mại và những vi phạm pháp luật cạnh tranh trong Luật Cạnh tranh năm 2004 và Nghị định 71/2014/NĐ-CP quy định chi tiết Luật cạnh tranh về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh. Tuy nhiên, những vụ việc cạnh tranh được giải quyết theo tố tụng cạnh tranh không thuộc phạm vi đề cập trong phần này.

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

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

Thứ hai, chủ thể của các quan hệ tranh chấp phát sinh giữa các cá nhân, tổ chức hoạt động kinh doanh thương mại (gọi tắt là thương nhân). Những chủ thể này có tâm lý mong muốn xác định quan hệ ổn định, lâu dài trên cơ sở hợp tác, tin cậy lẫn nhau khi tham gia hoạt động kinh doanh thương mại. Trong quan

hệ kinh doanh thương mại quyền và nghĩa vụ của các chủ thể luôn tương xứng với nhau trên cơ sở thỏa thuận, bình đẳng với mục đích tối đa là lợi ích kinh tế. Vì vậy, các tranh chấp phát sinh sẽ có nguy cơ đe dọa và ảnh hưởng xấu đến quyền, lợi ích của các bên trong điều kiện lợi ích kinh tế của các bên phụ thuộc và ảnh hưởng lẫn nhau.

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

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

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

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

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

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

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

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

Việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp nói riêng cũng như mọi vấn đề liên quan đến quá trình giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh thương mại nói chung dựa trên nguyên tắc quan trọng là quyền tự định đoạt của các bên. Cơ quan nhà nước và trọng tài thương mại chỉ can thiệp theo yêu cầu của các bên tranh chấp. Kể cả khi Tòa án hoặc trọng tài đã can thiệp thì trong quá trình tố

tụng, quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp biểu hiện bằng những hành vi đơn phương hoặc thỏa thuận của các bên vẫn luôn được ghi nhận và tôn trọng. Quyền tự định đoạt của các bên được coi là một nội dung của quyền tự do kinh doanh và được pháp luật bảo hộ. Pháp luật Việt Nam cũng như trong các Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên đều đã ghi nhận nguyên tắc này.

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

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

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

Hòa giải là phương thức giải quyết tranh chấp có sự tham gia của bên thứ ba là cá nhân hoặc tổ chức đóng vai trò là trung gian hòa giải để hỗ trợ các bên giải quyết tranh chấp. Kết quả hòa giải phụ thuộc vào thiện chí của các bên tranh chấp và uy tín, kinh nghiệm, kỹ năng của trung gian hòa giải. Quyết định cuối cùng của việc giải quyết tranh chấp không phải của trung gian hòa giải mà hoàn toàn phụ thuộc các bên tranh chấp. Trung gian hòa giải có những lợi thế nhất định đối với việc giải quyết các tranh chấp kinh doanh thương mại có nội dung phức tạp, các bên ít hiểu biết đối với nhau. Thực tế phương thức này ở Việt Nam ít được áp dụng. Cả hai phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại là thương lượng và hòa giải chủ yếu do các bên tự định đoạt nên không thông qua cơ quan tài phán có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Ngược lại, hai phương thức giải quyết tranh chấp là trọng tài thương mại và tòa án nhân dân phải thông qua cơ quan tài phán có thẩm quyền giải quyết tranh chấp và phải tuân theo trình tự, thủ tục tố tụng theo quy định của pháp luật.

Trong đó, việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại là phương thức giải quyết tranh chấp do các bên thỏa thuận và được tiến hành theo quy định của pháp luật. Phương pháp này có một số ưu điểm như tính hiệu lực của quyết định trọng tài đối với việc giải quyết tranh chấp; tính bí mật; tính liên tục; tính linh hoạt; tiết kiệm thời gian; không bị ràng buộc bởi nguyên tắc lãnh thổ, các bên có quyền lựa chọn mô hình trọng tài, lựa chọn

trọng tài viên để giải quyết vụ tranh chấp, duy trì được quan hệ đối tác; trọng tài cho phép các bên sử dụng được kinh nghiệm của các chuyên gia.

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

3. Giải quyết tranh chấp tại Trọng tài thương mại

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

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

- Các Trung tâm Trọng tài được thành lập tại thành phố Hà Nội, thành phố Đà Nẵng và thành phố Hồ Chí Minh. Căn cứ vào tình hình phát triển kinh tế - xã hội của địa phương, tại các địa phương khác có thể thành lập thêm các Trung tâm Trọng tài. Các Trung tâm Trọng tài này được thành lập và hoạt động theo Luật trọng tài thương mại năm 2010 (có hiệu lực từ ngày 01/01/2011), Nghị quyết 01/2014/NQ-TP ngày 20/3/2014 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành quy định của Luật trọng tài thương mại và các văn bản hướng dẫn.

Theo quy định tại Luật Trọng tài thương mại năm 2010, Trung tâm trọng tài có chức năng tổ chức, điều phối hoạt động giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài 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 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 Luật trọng tài thương mại năm 2010 đề nghị thành lập và được Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp Giấy phép thành lập. Cũng theo quy định tại Luật này, Trung tâm trọng tài có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng và hoạt động không vì mục đích lợi nhuận. Trung tâm trọng tài được lập Chi nhánh, Văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài, có Ban điều hành và Ban thư ký. Cơ cấu, bộ máy của Trung tâm trọng tài do điều lệ của Trung tâm quy định.

Theo đó, có một số điểm cần chú ý đối với các bên tranh chấp trong việc sử dụng dịch vụ từ các tổ chức trọng tài thương mại của Việt Nam: *Một là*, tất cả các tổ chức trọng tài thương mại hiện nay đều là các tổ chức phi chính phủ, là các tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tham gia giải quyết các tranh chấp theo sự thỏa thuận, yêu cầu của các bên. Trong hoạt động, các tổ chức trọng tài thương mại hiện nay không được nhân danh quyền lực nhà nước, hoàn toàn khác với

hoạt động của hệ thống Trọng tài kinh tế nhà nước trước đây. *Hai là*, các tổ chức trọng tài thương mại này phần lớn là những tổ chức trọng tài thường trực. Các Trung tâm Trọng tài có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng, có trụ sở, có thể có chi nhánh, văn phòng đại diện, có Điều lệ, Quy tắc tổ tụng trọng tài, có Ban điều hành với danh sách các Trọng tài viên, tồn tại độc lập với các tranh chấp.

3.2. Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp của Trọng tài thương mại

Trọng tài thương mại có thẩm quyền giải quyết các vụ tranh chấp sau:

- 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.

Như vậy, các tranh chấp thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài thương mại là các vụ tranh chấp mà trong đó các bên tranh chấp là những cá nhân, cơ quan, tổ chức Việt Nam hoặc nước ngoài và trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận việc giải quyết bằng trọng tài.

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

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

Nếu vụ tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án thì Tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được³⁷.

3.3. Nguyên tắc của tổ tụng trọng tài thương mại

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

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

37 Điều 6 Luật Trọng tài thương mại năm 2010

Thỏa thuận trọng tài là văn bản hoặc thư, điện báo, telex, fax, thư điện tử hoặc hình thức văn bản khác thể hiện rõ ý chí của các bên giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài. Thỏa thuận trọng tài phải được lập thành văn bản, có thể là điều khoản trọng tài trong hợp đồng hoặc là một thỏa thuận riêng. Trường hợp thỏa thuận trọng tài nằm trong hợp đồng thì điều khoản trọng tài tồn tại độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, sự vô hiệu của hợp đồng không ảnh hưởng đến hiệu lực của điều khoản trọng tài.

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

- Tranh chấp phát sinh trong các lĩnh vực không thuộc thẩm quyền của Trọng tài.

- Người xác lập thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền theo quy định của pháp luật.

- Người xác lập thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật dân sự.

- Hình thức của thỏa thuận trọng tài không phù hợp với quy định về hình thức thỏa thuận trọng tài tại của Luật Trọng tài thương mại năm 2010.

- Một trong các bên bị lừa dối, đe dọa, cưỡng ép trong quá trình xác lập thỏa thuận trọng tài và có yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài đó là vô hiệu.

- Thỏa thuận trọng tài vi phạm điều cấm của pháp luật.

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

Tranh chấp giữa các bên được giải quyết bằng Hội đồng Trọng tài. Tùy theo từng vụ tranh chấp mà các bên thỏa thuận Hội đồng Trọng tài có một trọng tài viên duy nhất hoặc nhiều Trọng tài viên theo sự thỏa thuận của các bên. Trường hợp các bên không có thỏa thuận về số lượng Trọng tài viên thì Hội đồng trọng tài bao gồm ba Trọng tài viên. Có hai loại Hội đồng Trọng tài là Hội đồng Trọng tài do Trung tâm Trọng tài tổ chức và Hội đồng Trọng tài do các bên thành lập. Đối với Hội đồng Trọng tài do Trung tâm Trọng tài tổ chức, trọng tài viên phải được chọn trong danh sách Trọng tài viên của Trung tâm Trọng tài mà các bên đã lựa chọn và yêu cầu giải quyết vụ tranh chấp. Đối với Hội đồng trọng tài do các bên thành lập (thường gọi là trọng tài vụ việc, tự giải thể sau khi kết thúc giải quyết vụ tranh chấp). Trọng tài viên có thể thuộc danh sách hoặc ngoài danh sách Trọng tài viên của các Trung tâm Trọng tài của Việt Nam.

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

c) Khi giải quyết tranh chấp, Trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư, phải căn cứ vào pháp luật và tôn trọng thỏa thuận của các bên

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

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của Bộ luật dân sự;
- Có trình độ đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên;

Trong trường hợp đặc biệt, chuyên gia có trình độ chuyên môn cao và có nhiều kinh nghiệm thực tiễn, tuy không đáp ứng được những yêu cầu nêu trên cũng có thể được chọn làm Trọng tài viên. Trung tâm trọng tài có thể quy định thêm các tiêu chuẩn cao hơn tiêu chuẩn quy định tại Luật Trọng tài thương mại 2010 đối với Trọng tài viên của tổ chức mình.

Người đang là bị can, bị cáo, người đang chấp hành án hình sự hoặc đã chấp hành xong bản án nhưng chưa được xóa án tích, Thẩm phán, Kiểm sát viên, Điều tra viên, Chấp hành viên, công chức đang công tác tại Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án không được làm Trọng tài viên.

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

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

d) Nguyên tắc áp dụng pháp luật để giải quyết vụ tranh chấp

- Đối với tranh chấp không có yếu tố nước ngoài, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp.

- Đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn; nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng trọng tài quyết định áp dụng pháp luật mà Hội đồng trọng tài cho là phù hợp nhất.

- Trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật do các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

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

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

a) Khởi kiện

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

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

Thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài được xác định như sau: Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật chuyên ngành có quy định thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu khởi kiện thực hiện theo quy định đó của pháp luật chuyên ngành. Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật không quy định thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài là hai năm, kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm.

Địa điểm giải quyết vụ tranh chấp do các bên thỏa thuận, nếu không có thỏa thuận thì Hội đồng Trọng tài quyết định nhưng phải bảo đảm thuận tiện cho các bên trong việc giải quyết. Địa điểm giải quyết tranh chấp có thể ở trong lãnh thổ Việt Nam hoặc ngoài lãnh thổ Việt Nam.

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

Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác hoặc quy tắc tố tụng của Trung tâm trọng tài không quy định khác, 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 Chủ tịch Trung tâm trọng tài 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 hoặc thống nhất yêu cầu chỉ định Trọng tài viên cho mình. Nếu các bị đơn không chọn được Trọng tài viên, thì chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định Trọng tài viên cho các bị đơn. Các Trọng tài viên này bầu một Trọng tài viên khác làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài hoặc 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 thì theo yêu cầu của một hoặc các bên Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chỉ định Trọng tài viên duy nhất.

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

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

- Cấm thay đổi hiện trạng tài sản đang tranh chấp;
- Cấm hoặc buộc bất kỳ bên tranh chấp nào thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định nhằm ngăn ngừa các hành vi ảnh hưởng bất lợi đến quá trình tổ tụng trọng tài;
- Kê biên tài sản đang tranh chấp;
- Yêu cầu bảo tồn, cất trữ, bán hoặc định đoạt bất kỳ tài sản nào của một hoặc các bên tranh chấp;
- Yêu cầu tạm thời về việc trả tiền giữa các bên;
- Cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp.

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

c) Phiên họp giải quyết tranh chấp và Phán quyết trọng tài

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

Phán quyết trọng tài có hiệu lực kể từ ngày ban hành. Phán quyết trọng tài được ban hành ngay tại phiên họp hoặc chậm nhất là 30 ngày, kể từ ngày kết thúc phiên họp cuối cùng. Phán quyết trọng tài phải được gửi cho các bên ngay sau ngày ban hành. Các bên có quyền yêu cầu Trung tâm trọng tài hoặc Hội đồng trọng tài vụ việc cấp bản sao phán quyết trọng tài.

Bên không đồng ý với Phán quyết trọng tài có quyền làm đơn gửi Tòa án có thẩm quyền³⁸ để yêu cầu hủy Phán quyết trọng tài.

d) Thi hành Phán quyết trọng tài

Nếu bên phải thi hành Quyết định trọng tài không tự nguyện thi hành, bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi Hội đồng trọng tài ra phán quyết thi hành Phán quyết trọng tài. Trình tự, thủ tục và thời hạn thi hành Phán quyết trọng tài theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự.

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

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

Thứ nhất, trong việc lập Hội đồng Trọng tài.

³⁸ Điều 7 Luật Trọng tài thương mại năm 2010

Trong trường hợp bị đơn không thông báo cho nguyên đơn tên Trọng tài viên mà mình chọn và các bên không có thoả 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, nếu các bị đơn không chọn được Trọng tài viên và nếu các bên không có thoả 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;

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

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

Thứ tư, Tòa án ra quyết định hủy Phán quyết trọng tài nếu bên yêu cầu chứng minh được rằng Hội đồng Trọng tài đã ra Phán quyết thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- Không có thoả thuận trọng tài hoặc thoả thuận trọng tài vô hiệu;
- 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;
- 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;
- 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;
- Phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

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

4. Giải quyết tranh chấp tại Tòa án nhân dân

Việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án nhân dân được thực hiện theo các nguyên tắc, trình tự quy định về tổ tụng dân sự quy định trong Bộ luật Tổ tụng dân sự năm 2015 và có hiệu lực từ 01/7/2016

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

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

- Tuân thủ pháp luật trong tố tụng dân sự
- Quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp
- Quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự
- Cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự
- Trách nhiệm cung cấp tài liệu, chứng cứ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền
- Bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự
- Bảo đảm quyền bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự
- Hòa giải trong tố tụng dân sự
- Hội thẩm nhân dân tham gia xét xử vụ án dân sự
- Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân xét xử vụ án dân sự, Thẩm phán giải quyết việc dân sự độc lập và chỉ tuân theo pháp luật
- Trách nhiệm của cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng
- Tòa án xét xử tập thể
- Tòa án xét xử kịp thời, công bằng, công khai
- Bảo đảm sự vô tư, khách quan trong tố tụng dân sự
- Bảo đảm chế độ xét xử sơ thẩm, phúc thẩm
- Giám đốc việc xét xử
- Bảo đảm hiệu lực của bản án, quyết định của Tòa án
- Tiếng nói và chữ viết dùng trong tố tụng dân sự là tiếng Việt.
- Viện Kiểm sát kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong tố tụng dân sự
- Trách nhiệm chuyển giao tài liệu, giấy tờ của Tòa án
- Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng dân sự theo quy định của Bộ luật này, góp phần vào việc giải quyết vụ việc dân sự tại Tòa án kịp thời, đúng pháp luật.
- Tòa án có trách nhiệm bảo đảm cho đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thực hiện quyền tranh tụng trong xét xử sơ thẩm, phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm theo quy định của Bộ luật này.
- Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại, cá nhân có quyền tố cáo những hành vi, quyết định trái pháp luật của cơ quan tiến hành tố tụng, người

tiến hành tố tụng hoặc của bất cứ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào trong hoạt động tố tụng dân sự.

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

a) Tòa án có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về dân sự (như tranh chấp về quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản; tranh chấp về giao dịch dân sự, hợp đồng dân sự...); những tranh chấp về kinh doanh, thương mại (như tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận; tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận...); những yêu cầu về kinh doanh, thương mại (như yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông, nghị quyết của Hội đồng thành viên theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp; yêu cầu liên quan đến việc Trọng tài thương mại Việt Nam giải quyết tranh chấp theo quy định của pháp luật về Trọng tài thương mại...)

b) Tòa án các cấp có thẩm quyền như sau:

Thứ nhất, đối với Tòa án nhân dân cấp huyện

Tòa án nhân dân cấp huyện có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp/yêu cầu về kinh doanh, thương mại, trừ trường hợp tranh chấp có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam ở nước ngoài, cho Tòa án, cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài.

Thứ hai, đối với Tòa án nhân dân cấp tỉnh

Tòa án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp/yêu cầu về kinh doanh, thương mại, trừ những tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân cấp huyện. Những tranh chấp/yêu cầu có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan đại diện nước CHXHCN Việt Nam ở nước ngoài, cho Tòa án, cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài không thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân cấp huyện.

Ngoài ra, Tòa án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những vụ việc dân sự thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân cấp huyện mà Tòa án nhân dân cấp tỉnh tự mình lấy lên để giải quyết khi xét thấy cần thiết hoặc theo đề nghị của Tòa án nhân dân cấp huyện.

c) Tòa án theo lãnh thổ có thẩm quyền như sau:

Thẩm quyền giải quyết vụ án dân sự của Tòa án theo lãnh thổ được xác định như sau:

- Tòa án nơi bị đơn cư trú, làm việc, nếu bị đơn là cá nhân hoặc nơi bị đơn có trụ sở, nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về dân sự, kinh doanh, thương mại.

- Các đương sự có quyền tự thỏa thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu Tòa án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn, nếu nguyên đơn là cá nhân hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn, nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức giải quyết những tranh chấp về kinh doanh, thương mại.

- Đối tượng tranh chấp là bất động sản thì chỉ Tòa án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết.

d) Thẩm quyền của Tòa án theo sự lựa chọn của nguyên đơn, người yêu cầu

Nguyên đơn có quyền lựa chọn Tòa án giải quyết tranh chấp trong các trường hợp sau đây:

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

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

- Nếu bị đơn không có nơi cư trú, làm việc, trụ sở ở Việt Nam hoặc vụ án về tranh chấp việc cấp dưỡng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi mình cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết;

- Nếu tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi mình cư trú, làm việc, có trụ sở hoặc nơi xảy ra việc gây thiệt hại giải quyết;

- Nếu tranh chấp về bồi thường thiệt hại, trợ cấp khi chấm dứt hợp đồng lao động, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp, quyền và lợi ích liên quan đến việc làm, tiền lương, thu nhập và các điều kiện lao động khác đối với người lao động thì nguyên đơn là người lao động có thể yêu cầu Tòa án nơi mình cư trú, làm việc giải quyết;

- Nếu tranh chấp phát sinh từ việc sử dụng lao động của người cai thầu hoặc người có vai trò trung gian thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi người sử dụng lao động là chủ chính cư trú, làm việc, có trụ sở hoặc nơi người cai thầu, người có vai trò trung gian cư trú, làm việc giải quyết;

- Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết;

- Nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi một trong các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết;

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

4.3. Thủ tục giải quyết vụ án tại Tòa án cấp sơ thẩm

a) Khởi kiện và thụ lý vụ án

Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án (sau đây gọi chung là người khởi kiện) tại Tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Người khởi kiện gửi đơn khởi kiện kèm theo tài liệu, chứng cứ mà mình hiện có đến Tòa án có thẩm quyền giải quyết vụ án bằng các phương thức sau đây: Nộp trực tiếp tại Tòa án; Gửi đến Tòa án theo đường dịch vụ bưu chính; Gửi trực tuyến bằng hình thức điện tử qua Cổng thông tin điện tử của Tòa án (nếu có).

Sau khi nhận đơn khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo, nếu xét thấy vụ án thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án thì Thẩm phán phải thông báo ngay cho người khởi kiện biết để họ đến Tòa án làm thủ tục nộp tiền tạm ứng án phí trong trường hợp họ phải nộp tiền tạm ứng án phí. Thẩm phán dự tính số tiền tạm ứng án phí, ghi vào giấy báo và giao cho người khởi kiện để họ nộp tiền tạm ứng án phí. Trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được giấy báo của Tòa án về việc nộp tiền tạm ứng án phí, người khởi kiện phải nộp tiền tạm ứng án phí và nộp cho Tòa án biên lai thu tiền tạm ứng án phí.

Trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày thụ lý vụ án, Thẩm phán phải thông báo bằng văn bản cho nguyên đơn, bị đơn, cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến việc giải quyết vụ án, cho Viện kiểm sát cùng cấp về việc Tòa án đã thụ lý vụ án.

Đối với vụ án do người tiêu dùng khởi kiện thì Tòa án phải niêm yết công khai tại trụ sở Tòa án thông tin về việc thụ lý vụ án trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày thụ lý vụ án.

b) Thủ tục hòa giải và chuẩn bị xét xử

Trong thời hạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm vụ án, Tòa án tiến hành hòa giải để các đương sự thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ án, trừ những vụ án không được hòa giải (Yêu cầu đòi bồi thường vì lý do gây thiệt hại đến tài sản của Nhà nước và những vụ án phát sinh từ giao dịch dân sự vi phạm điều cấm của luật hoặc trái đạo đức xã hội hoặc không tiến hành hòa giải (như Bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đã được Tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ

hai mà vẫn cố tình vắng mặt; Đương sự không thể tham gia hòa giải được vì có lý do chính đáng; Đương sự là vợ hoặc chồng trong vụ án ly hôn là người mất năng lực hành vi dân sự; Một trong các đương sự đề nghị không tiến hành hòa giải) hoặc vụ án được giải quyết theo thủ tục rút gọn.

Việc hòa giải được tiến hành theo các nguyên tắc sau đây: Tôn trọng sự tự nguyện thỏa thuận của các đương sự, không được dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực, bắt buộc các đương sự phải thỏa thuận không phù hợp với ý chí của mình; Nội dung thỏa thuận giữa các đương sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội.

Thẩm phán chủ trì phiên hòa giải hoặc một Thẩm phán được Chánh án Tòa án phân công phải ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự. Trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự, Tòa án phải gửi quyết định đó cho các đương sự và Viện kiểm sát cùng cấp. Quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự có hiệu lực pháp luật ngay sau khi được ban hành và không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự chỉ có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm nếu có căn cứ cho rằng sự thỏa thuận đó là do bị nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa, cưỡng ép hoặc vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội.

Nếu các đương sự không thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết toàn bộ vụ án thì Tòa án ra Quyết định đưa vụ án ra xét xử.

c) Phiên tòa sơ thẩm

Phiên tòa sơ thẩm diễn biến theo trình tự các công việc: Chuẩn bị khai mạc phiên tòa, thủ tục bắt đầu phiên tòa, tranh tụng tại phiên tòa, nghị án và tuyên án, Bản án và quyết định của phiên tòa sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật. Đối với các bản án, trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày tuyên án, các đương sự có quyền kháng cáo, đối với đương sự không có mặt tại phiên tòa thì thời hạn kháng cáo tính từ ngày bản án được giao cho họ hoặc được niêm yết. Đối với các quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết vụ án, thời hạn kháng cáo là 7 ngày kể từ ngày người có quyền kháng cáo nhận được quyết định. Trong trường hợp đơn kháng cáo gửi qua bưu điện thì ngày kháng cáo được tính căn cứ vào ngày bưu điện nơi gửi đóng dấu ở phong bì. Đơn kháng cáo được gửi cho Tòa án đã xử sơ thẩm, kèm theo là tài liệu, chứng cứ bổ sung, nếu có để chứng minh cho kháng cáo của mình là có căn cứ và hợp pháp.

Nếu hết thời hạn kháng cáo mà không có kháng cáo, kháng nghị (của Viện Kiểm sát), bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật.

d) Xét xử phúc thẩm

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

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

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

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

Trong thời hạn một tháng kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử, Tòa án phải mở phiên tòa phúc thẩm, trường hợp có lý do chính đáng thì thời hạn này là hai tháng.

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

Hội đồng xét xử phúc thẩm có quyền sau đây:

- Giữ nguyên bản án sơ thẩm;
- Sửa bản án sơ thẩm;
- Hủy bản án sơ thẩm, hủy một phần bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án theo thủ tục sơ thẩm;
- Hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án;
- Đình chỉ xét xử phúc thẩm;
- Tạm đình chỉ việc giải quyết vụ án khi có văn bản của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên cho đến khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền có văn bản trả lời Tòa án kết quả xử lý.

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

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

Về nguyên tắc bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật phải được thi hành và các cá nhân, tổ chức có liên quan phải nghiêm chỉnh chấp hành. Tuy nhiên, có những trường hợp bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật có những sai sót hoặc có những tình tiết mới làm thay đổi nội dung vụ án. Cùng với việc

thực hiện chế độ hai cấp xét xử là sơ thẩm và phúc thẩm, pháp luật tố tụng dân sự còn quy định thủ tục đặc biệt để xem xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, đó là thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm.

đ1) Giám đốc thẩm

Giám đốc thẩm là xét lại bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì phát hiện có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án. Căn cứ để kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm khi có một trong những căn cứ sau đây:

- Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự;
- Có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng làm cho đương sự không thực hiện được quyền, nghĩa vụ tố tụng của mình, dẫn đến quyền, lợi ích hợp pháp của họ không được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật;
- Có sai lầm trong việc áp dụng pháp luật dẫn đến việc ra bản án, quyết định không đúng, gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự, xâm phạm đến lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba.

Trong thời hạn 01 năm, kể từ ngày bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật, nếu phát hiện có vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định đó thì đương sự có quyền đề nghị bằng văn bản với người có thẩm quyền kháng nghị quy định tại Điều 331 của Bộ luật này để xem xét kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm.

Thời hạn để thực hiện quyền kháng nghị là ba năm kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật. Việc kháng nghị này sẽ dẫn đến hậu quả là bản án, quyết định đã có hiệu lực bị tạm ngừng việc thi hành để giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm.

Trường hợp đã hết thời hạn kháng nghị³⁹ nhưng có các điều kiện sau đây thì thời hạn kháng nghị được kéo dài thêm hai năm, kể từ ngày kết thời hạn kháng nghị:

- Đương sự đã có đơn đề nghị⁴⁰ và sau khi hết thời hạn kháng nghị đương sự vẫn tiếp tục có đơn đề nghị;
- Bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật có vi phạm pháp luật, xâm phạm nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự,

³⁹ khoản 1 Điều 288 Bộ luật tố tụng dân sự

⁴⁰ khoản 1 Điều 284 của Bộ luật tố tụng dân sự

của người thứ ba, xâm phạm lợi ích của Nhà nước và phải kháng nghị để khắc phục sai lầm trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật đó.”

Hội đồng xét xử giám đốc thẩm có thẩm quyền sau đây:

- Không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật;
- Hủy bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật và giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp dưới đã bị hủy hoặc bị sửa;
- Hủy một phần hoặc toàn bộ bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật để xét xử lại theo thủ tục sơ thẩm hoặc xét xử lại theo thủ tục phúc thẩm;
- Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đình chỉ giải quyết vụ án;
- Sửa một phần hoặc toàn bộ bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

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

đ2) Tái thẩm

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

Bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo thủ tục tái thẩm khi có một trong những căn cứ sau đây:

- Mới phát hiện được tình tiết quan trọng của vụ án mà đương sự đã không thể biết được trong quá trình giải quyết vụ án;
- Có cơ sở chứng minh kết luận của người giám định, lời dịch của người phiên dịch không đúng sự thật hoặc có giả mạo chứng cứ;
- Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Kiểm sát viên cố ý làm sai lệch hồ sơ vụ án hoặc cố ý kết luận trái pháp luật;
- Bản án, quyết định hình sự, hành chính, dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động của Tòa án hoặc quyết định của cơ quan nhà nước mà Tòa án căn cứ vào đó để giải quyết vụ án đã bị hủy bỏ.

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

Hội đồng xét xử tái thẩm có thẩm quyền sau đây:

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

- Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại theo thủ tục do Bộ luật này quy định.

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

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

Phần 6

PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

Phá sản là hiện tượng kinh tế xuất hiện và tồn tại trong những điều kiện kinh tế - xã hội nhất định, đó là nền kinh tế thị trường. Trong nền kinh tế kế hoạch tập trung không tồn tại khái niệm phá sản. Luật phá sản đầu tiên của Việt Nam được Quốc hội thông qua ngày 30 tháng 12 năm 1993. Sau một thời gian thực hiện, luật này đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập và tại kỳ họp thứ 5 Quốc hội khoá XI ngày 15 tháng 6 năm 2004 đã thông qua Luật Phá sản mới thay cho Luật Phá sản năm 1993. Ngày 19 tháng 6 năm 2014, Quốc hội đã thông qua Luật Phá sản năm 2014 và thay thế cho Luật Phá sản năm 2004.

1. Phạm vi điều chỉnh, đối tượng áp dụng của Luật Phá sản 2014:

1.1 Phạm vi điều chỉnh

Theo quy định tại Luật Phá sản năm 2014, phạm vi điều chỉnh gồm quy định trình tự, thủ tục nộp đơn, thụ lý và mở thủ tục phá sản; xác định nghĩa vụ về tài sản và biện pháp bảo toàn tài sản trong quá trình giải quyết phá sản; thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh; tuyên bố phá sản và thi hành quyết định tuyên bố phá sản.

1.2. Đối tượng áp dụng

Đối tượng áp dụng của Luật Phá sản năm 2014 gồm doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã (gọi chung là Hợp tác xã) được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật.

1.3. Nguyên tắc áp dụng Luật phá sản

Luật Phá sản năm 2014 và các quy định khác của pháp luật được áp dụng khi giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trên lãnh thổ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Luật phá sản thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó.

1.4. Vai trò của pháp luật phá sản

Nhìn chung, sự ra đời của pháp luật phá sản nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên liên quan. Theo đó, pháp luật phá sản có vai trò cụ thể sau:

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

Bảo vệ quyền lợi cho chủ nợ trước tiên là bảo vệ các quyền về tài sản của các chủ nợ. Khi doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, thì chủ nợ có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản doanh nghiệp để bán toàn bộ tài sản còn lại của doanh nghiệp để trả cho các chủ nợ. Ngoài ra, pháp luật phá sản còn

bảo đảm sự bình đẳng của các chủ nợ trong việc đòi nợ thông qua việc phân chia số tài sản còn lại của con nợ theo tỷ lệ (trừ những chủ nợ đã được đảm bảo đặc biệt cho khoản nợ của mình như có tài sản cầm cố, thế chấp).

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

Pháp luật tạo điều kiện để cho con nợ khắc phục khó khăn để khôi phục sản xuất kinh doanh; chỉ khi nào không thể thanh toán các khoản nợ đến hạn cho chủ nợ thì mới được tuyên bố phá sản theo quy định. Ngoài ra, sau một thời gian, con nợ có thể tiếp tục kinh doanh theo quy định.

- Pháp luật Phá sản bảo vệ lợi ích người lao động.

Khi doanh nghiệp bị phá sản thì những người lao động trong doanh nghiệp sẽ phải chịu hậu quả trực tiếp, mất việc làm, nguồn thu nhập chính đáng để bảo đảm đời sống. Sự bảo vệ của pháp luật phá sản đối với người lao động là việc cho phép người lao động được quyền nộp đơn yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản doanh nghiệp hoặc phản đối yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp; quyền được tham gia quá trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản....

- Pháp luật phá sản góp phần tổ chức và cơ cấu lại nền kinh tế quốc dân.

Nhìn chung, phá sản bao giờ cũng kéo theo những hậu quả về kinh tế xã hội nhất định nhưng không hoàn toàn là hiện tượng tiêu cực. Phá sản cũng là một giải pháp hữu hiệu trong việc cơ cấu lại nền kinh tế, loại bỏ các doanh nghiệp kinh doanh kém hiệu quả, góp phần duy trì doanh nghiệp kinh doanh có hiệu quả hơn. Vì vậy, pháp luật phá sản là công cụ có tính rắn đe buộc các chủ doanh nghiệp phải cẩn trọng trong quá trình hoạt động, xóa bỏ doanh nghiệp làm ăn thua lỗ, tạo môi trường kinh doanh lành mạnh cho các nhà đầu tư.

- Pháp luật Phá sản góp phần bảo đảm trật tự, kỷ cương trong xã hội.

Khi doanh nghiệp bị phá sản, các chủ nợ đều muốn thu hồi hết khoản nợ. Như vậy, nếu thiếu quy định của pháp luật phá sản để phân chia tài sản thu hồi nợ thì việc thu hồi nợ của các chủ nợ có thể ảnh hưởng đến trật tự xã hội. Bằng việc giải quyết công bằng, khách quan, minh bạch về lợi ích giữa các chủ nợ và con nợ và các chủ nợ với nhau, pháp luật về phá sản đã góp phần giải quyết mâu thuẫn, hạn chế các phát sinh giữa các đối tượng này, nhờ đó bảo đảm được trật tự kỷ cương của các xã hội.

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

2.1. Dấu hiệu

Để có căn cứ cho việc giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản, Luật Phá sản của các quốc gia phải xác định thế nào là tình trạng phá sản. Để làm rõ khái niệm này, Luật Phá sản năm 2014 đã giải thích từ ngữ về “*Doanh nghiệp, hợp*

tác xã mất khả năng thanh toán là doanh nghiệp, hợp tác xã không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ trong thời hạn 03 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán.” Như vậy, bản chất của tình trạng phá sản là tại một thời điểm nhất định (sau thời hạn 3 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán- theo Luật Phá sản năm 2014), doanh nghiệp, hợp tác xã không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ cho chủ nợ. Khi đó, các chủ nợ cũng như chính bản thân con nợ dựa vào căn cứ pháp lý này để làm đơn đề nghị Tòa án giải quyết vụ việc phá sản.

2.2. Phân biệt phá sản với giải thể

Xét về hiện tượng/hình thức bên ngoài, phá sản và giải thể là giống nhau bởi vì cả hai hiện tượng này đều dẫn đến việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp và phân chia tài sản còn lại. Tuy nhiên, về nội dung/bản chất pháp lý đây là hai hiện tượng khác nhau:

- Thứ nhất, lý do dẫn đến giải thể doanh nghiệp có rất nhiều lý do khác nhau như hết thời hạn hoạt động, chủ doanh nghiệp không muốn tiếp tục kinh doanh hoặc vi phạm pháp luật bị thu hồi giấy phép kinh doanh... Trong khi đó, phá sản chỉ có một lý do duy nhất là không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ trong khoảng thời gian 3 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán.

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

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

- Thứ tư, doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác, còn trong thủ tục phá sản đa phần các trường hợp đều không thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác.

3. Thẩm quyền giải quyết vụ việc phá sản

Thẩm quyền giải quyết vụ việc phá sản là của Tòa án nhân dân các cấp, cụ thể⁴¹ như sau:

- a) Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi chung là Tòa án nhân dân cấp tỉnh) có thẩm quyền giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp đăng ký kinh doanh hoặc đăng ký doanh nghiệp, hợp tác xã đăng ký kinh doanh hoặc đăng ký hợp tác xã tại tỉnh đó và thuộc một trong các trường hợp sau:

⁴¹ Điều 8 Luật Phá sản năm 2014

- Vụ việc phá sản có tài sản ở nước ngoài hoặc người tham gia thủ tục phá sản ở nước ngoài;

- Doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán có chi nhánh, văn phòng đại diện ở nhiều huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh khác nhau;

- Doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán có bất động sản ở nhiều huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh khác nhau;

- Vụ việc phá sản thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (sau đây gọi chung là Tòa án nhân dân cấp huyện) mà Tòa án nhân dân cấp tỉnh lấy lên để giải quyết do tính chất phức tạp của vụ việc.

b) Tòa án nhân dân cấp huyện có thẩm quyền giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã có trụ sở chính tại huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh đó và không thuộc trường hợp quy định điểm a nêu trên.

4. Quản tài viên và doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản:

- Nội dung mới tại Luật Phá sản năm 2014 so với Luật Phá sản năm 2004 là việc quyết định chỉ định hoặc thay đổi Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản khi tiến hành thủ tục phá sản thuộc thẩm quyền của thẩm phán⁴².

Quản tài viên và Doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản là cá nhân, doanh nghiệp được hành nghề quản lý, thanh lý tài sản trong quá trình giải quyết phá sản.

- Cá nhân không được hành nghề quản lý, thanh lý tài sản gồm:

+ Cán bộ, công chức, viên chức; sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân;

+ Người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự; người đã bị kết án nhưng chưa được xóa án tích; người đang bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc;

+ Người mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự.

a) Quản tài viên:

Quản tài viên là cá nhân hành nghề quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán trong quá trình giải quyết phá sản.

- Điều kiện hành nghề Quản tài viên bao gồm:

+ Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;

+ Có phẩm chất đạo đức tốt, có ý thức trách nhiệm, liêm khiết, trung thực, khách quan;

⁴² Điều 9 Luật Phá sản năm 2014

- + Có chứng chỉ hành nghề Quản tài viên.
- Những người được cấp chứng chỉ hành nghề Quản tài viên bao gồm:
 - + Luật sư;
 - + Kiểm toán viên;
 - + Người có trình độ cử nhân luật, kinh tế, kế toán, tài chính, ngân hàng và có kinh nghiệm 05 năm trở lên về lĩnh vực được đào tạo.
- Luật Phá sản năm 2014 cũng quy định các trường hợp sau đây bị thu hồi chứng chỉ hành nghề Quản tài viên bao gồm:
 - + Là cán bộ, công chức, viên chức; sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân;
 - + Bị kết án và bản án đã có hiệu lực pháp luật;
 - + Bị thu hồi chứng chỉ hành nghề luật sư, kiểm toán viên;
 - + Bị thay đổi do vi phạm nghĩa vụ của Quản tài viên hoặc do có căn cứ chứng minh Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản không khách quan trong khi thực hiện nhiệm vụ trong hai vụ việc phá sản trở lên.

b) Doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản:

- Điều 4 Luật Phá sản năm 2014 giải thích Doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản là doanh nghiệp hành nghề quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán trong quá trình giải quyết phá sản.
- Các loại doanh nghiệp sau đây được hành nghề quản lý, thanh lý tài sản trong quá trình giải quyết phá sản, gồm:
 - + Công ty hợp danh;
 - + Doanh nghiệp tư nhân.
- Điều kiện để doanh nghiệp hành nghề quản lý, thanh lý tài sản:
 - + Công ty hợp danh có tối thiểu hai thành viên hợp danh là Quản tài viên, Tổng giám đốc hoặc Giám đốc của công ty hợp danh là Quản tài viên;
 - + Doanh nghiệp tư nhân có chủ doanh nghiệp là Quản tài viên, đồng thời là Giám đốc.

c) Quyền, nghĩa vụ của Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản:

- Quản lý tài sản, giám sát hoạt động kinh doanh, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, gồm:
 - + Xác minh, thu thập, quản lý tài liệu, chứng cứ liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã;

- + Lập bảng kê tài sản, danh sách chủ nợ, danh sách người mắc nợ;
- + Bảo quản tài sản; ngăn chặn việc bán, chuyển giao tài sản mà không được phép của Thẩm phán; ngăn chặn việc tẩu tán tài sản; tối đa hóa giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã khi bán, thanh lý tài sản;
- + Giám sát hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã theo quy định của pháp luật;
- + Được thuê cá nhân, tổ chức thực hiện công việc theo quy định của pháp luật;
- + Đề xuất với Thẩm phán về việc bán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã để bảo đảm chi phí phá sản;
- + Bán tài sản theo quyết định của Thẩm phán để bảo đảm chi phí phá sản;
- + Tổ chức việc định giá, thanh lý tài sản theo quy định của Luật này; báo cáo cơ quan thi hành án dân sự, thông báo đến người tham gia thủ tục phá sản có liên quan về việc giao cho cá nhân, tổ chức thực hiện thanh lý tài sản;
- + Gửi các khoản tiền thu được vào tài khoản do Tòa án nhân dân, cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền mở tại ngân hàng.
- Đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã không có người đại diện theo pháp luật.
- Báo cáo về tình trạng tài sản, công nợ và hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã, tham gia xây dựng kế hoạch phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán.
- Đề nghị Thẩm phán tiến hành các công việc sau:
 - + Thu thập tài liệu, chứng cứ;
 - + Tuyên bố giao dịch vô hiệu và quyết định thu hồi tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị bán hoặc chuyển giao bất hợp pháp;
 - + Áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; áp dụng biện pháp xử phạt hành chính; chuyển hồ sơ sang cơ quan có thẩm quyền xử lý về hình sự theo quy định của pháp luật.
- Được hưởng thù lao và thực hiện trách nhiệm bảo hiểm nghề nghiệp theo quy định của pháp luật.
- Báo cáo việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình theo yêu cầu của Thẩm phán, cơ quan thi hành án dân sự; chịu trách nhiệm trước Thẩm phán, cơ quan thi hành án dân sự và pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình.

5. Trình tự, thủ tục phá sản

Luật phá sản năm 2014 quy định thủ tục phá sản áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản;
- Phục hồi hoạt động kinh doanh;
- Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản;
- Thi hành quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản.

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

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

- Chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi hết thời hạn 3 tháng kể từ ngày khoản nợ đến hạn mà doanh nghiệp, hợp tác xã không thực hiện nghĩa vụ thanh toán. (Chủ nợ không có bảo đảm là chủ nợ có khoản nợ không được đảm bảo bằng tài sản của con nợ. Chủ nợ có đảm bảo một phần là chủ nợ có khoản nợ đảm bảo bằng tài sản của con nợ hoặc người thứ ba mà giá trị tài sản đảm bảo ít hơn khoản nợ đó).

- Người lao động, công đoàn cơ sở, công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở ở những nơi chưa thành lập công đoàn cơ sở có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi hết thời hạn 03 tháng kể từ ngày phải thực hiện nghĩa vụ trả lương, các khoản nợ khác đến hạn đối với người lao động mà doanh nghiệp, hợp tác xã không thực hiện nghĩa vụ thanh toán.

- Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu từ 20% số cổ phần phổ thông trở lên trong thời gian liên tục ít nhất 06 tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi công ty cổ phần mất khả năng thanh toán. Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu dưới 20% số cổ phần phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất 06 tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi công ty cổ phần mất khả năng thanh toán trong trường hợp Điều lệ công ty quy định.

- Thành viên hợp tác xã hoặc người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã thành viên của liên hiệp hợp tác xã có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã mất khả năng thanh toán.

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

- Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán.

- Chủ doanh nghiệp tư nhân, Chủ tịch Hội đồng quản trị của công ty cổ phần, Chủ tịch Hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, thành viên hợp danh của công ty hợp danh có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp mất khả năng thanh toán.

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

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

Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan thi hành án dân sự, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản có nghĩa vụ thực hiện việc yêu cầu, cấp, thông báo văn bản cho người tham gia thủ tục phá sản theo quy định của Luật Phá sản năm 2014 và pháp luật về tố tụng dân sự.

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

Trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Chánh án Tòa án nhân dân phân công một Thẩm phán hoặc Tổ Thẩm phán gồm 03 Thẩm phán giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày được phân công, Thẩm phán phải xem xét đơn yêu cầu và xử lý như sau:

- Trường hợp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản hợp lệ, Thẩm phán thông báo cho người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản về việc nộp lệ phí phá sản, tạm ứng chi phí phá sản, trừ trường hợp không phải nộp lệ phí phá sản, tạm ứng chi phí phá sản;

- Trường hợp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không đủ các nội dung quy định tại Điều 26, Điều 27, Điều 28 hoặc Điều 29 của Luật Phá sản năm 2014 thì Thẩm phán thông báo cho người nộp đơn sửa đổi, bổ sung đơn;

- Chuyển đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản cho Tòa án nhân dân có thẩm quyền nếu thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân khác;

- Trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Người nộp đơn và doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán sẽ được thông báo về việc xử lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải bằng văn bản.

Toà án trả lại đơn yêu cầu khi:

- a) Người nộp đơn không đúng theo quy định của Luật phá sản năm 2014;

- b) Người nộp đơn không thực hiện việc sửa đổi, bổ sung đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định ;

- c) Tòa án nhân dân khác đã mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán;

- d) Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút đơn yêu cầu theo quy định ;

- đ) Người nộp đơn không nộp lệ phí phá sản, tạm ứng chi phí phá sản, trừ trường hợp không phải nộp lệ phí phá sản, tạm ứng chi phí phá sản.

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

Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày thụ lý đơn, Thẩm phán phải ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản, trừ trường hợp được Tòa án giải quyết phá sản theo thủ tục rút gọn.

Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán.

Trường hợp cần thiết, trước khi ra quyết định mở thủ tục phá sản, Thẩm phán có thể triệu tập phiên họp với sự tham gia của người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản, cá nhân, tổ chức có liên quan để xem xét, kiểm tra các căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán.

Toà án có thể ra quyết định không mở thủ tục phá sản nếu thấy doanh nghiệp, hợp tác xã không thuộc trường hợp mất khả năng thanh toán.

Quyết định mở thủ tục phá sản của Tòa án nhân dân phải được gửi cho người nộp đơn, doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, chủ nợ, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, cơ quan thi hành án dân sự, cơ quan thuế, cơ quan đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp, hợp tác xã có trụ sở chính và đăng trên Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia, Cổng thông tin điện tử của Tòa án nhân dân và 02 số báo địa phương liên tiếp nơi doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán có trụ sở chính.

Quyết định không mở thủ tục phá sản của Tòa án nhân dân phải được gửi cho người nộp đơn, doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản và Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp.

Thời hạn gửi và thông báo quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản là 03 ngày làm việc kể từ ngày Tòa án nhân dân ra quyết định. Trong thời hạn này, Thẩm phán có trách nhiệm chỉ định Quản tài viên hoặc doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản.

5.2. Phục hồi hoạt động kinh doanh

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn tiếp tục hoạt động kinh doanh, nhưng phải chịu sự giám sát của Thẩm phán và Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản.

Trường hợp xét thấy người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng điều hành, doanh nghiệp, hợp tác xã có dấu hiệu vi phạm khoản 1 Điều 48 Luật Phá sản năm 2014 thì Thẩm phán ra quyết định thay đổi người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, hợp tác xã đó theo đề nghị của Hội nghị chủ nợ hoặc Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản.

a) Hội nghị chủ nợ

- Những người sau đây có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ:

+ Chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ. Chủ nợ có thể uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia Hội nghị chủ nợ và người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

+ Đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn được người lao động uỷ quyền; trường hợp này đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

+ Người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán; trường hợp này người bảo lãnh trở thành chủ nợ không có bảo đảm.

- Nội dung và trình tự hội nghị chủ nợ:

+ Thẩm phán được phân công phụ trách khai mạc Hội nghị chủ nợ;

+ Hội nghị chủ nợ biểu quyết thông qua việc cử Thư ký Hội nghị chủ nợ theo đề xuất của Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản để ghi biên bản Hội nghị chủ nợ;

+ Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản báo cáo về sự có mặt, vắng mặt của người tham gia Hội nghị chủ nợ theo thông báo triệu tập của Tòa án nhân dân, lý do vắng mặt và kiểm tra căn cước của người tham gia Hội nghị chủ nợ;

+ Thẩm phán thông báo với Hội nghị chủ nợ về những người tham gia Hội nghị chủ nợ và nội dung việc giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

+ Quản tài viên, doanh nghiệp 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 mất khả năng thanh toán; kết quả kiểm kê tài sản, danh sách chủ nợ, danh sách người mắc nợ và các nội dung khác nếu xét thấy cần thiết;

+ Chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã trình bày ý kiến về nội dung do Quản tài viên, doanh nghiệp 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;

+ Chủ nợ hoặc người đại diện hợp pháp của chủ nợ trình bày về những vấn đề cụ thể yêu cầu giải quyết, lý do, mục đích và căn cứ của việc yêu cầu giải quyết phá sản;

+ Người có liên quan hoặc người đại diện hợp pháp của họ trình bày ý kiến của mình về những vấn đề có liên quan đến quyền, nghĩa vụ của họ trong việc giải quyết yêu cầu mở thủ tục phá sản;

+ Người làm chứng trình bày ý kiến; người giám định, đại diện cơ quan thẩm định giá trình bày kết luận giám định, kết quả định giá; người thực hiện

biện pháp hỗ trợ tư pháp khác giải thích những vấn đề còn chưa rõ hoặc có mâu thuẫn;

- + Trường hợp có người vắng mặt thì Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản cho công bố ý kiến bằng văn bản, tài liệu, chứng cứ do người đó cung cấp;

- + Hội nghị chủ nợ thảo luận về các nội dung do Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo và ý kiến của những người tham gia Hội nghị chủ nợ;

- + Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản, người tham gia Hội nghị chủ nợ có quyền đề nghị Thẩm phán ra quyết định thay người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán;

- + Các chủ nợ có quyền thành lập Ban đại diện chủ nợ.

Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ được thông qua khi có quá nửa tổng số chủ nợ không có bảo đảm có mặt và đại diện cho từ 65% tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành và có hiệu lực ràng buộc đối với tất cả các chủ nợ.

- Điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ:

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

- + Có số chủ nợ tham gia đại diện cho ít nhất 51% tổng số nợ không có bảo đảm. Chủ nợ không tham gia Hội nghị chủ nợ nhưng có ý kiến bằng văn bản gửi cho Thẩm phán trước ngày tổ chức Hội nghị chủ nợ, trong đó ghi rõ ý kiến theo nội dung quy định tại khoản 1 Điều 83 Luật Phá sản năm 2014 thì được coi như chủ nợ tham gia Hội nghị chủ nợ.

Hội nghị chủ nợ có quyền đưa ra Nghị quyết, gồm một trong số kết luận sau: (1) Đề nghị đình chỉ giải quyết yêu cầu mở thủ tục phá sản nếu thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 86 Luật Phá sản năm 2014; (2) Đề nghị áp dụng biện pháp phục hồi hoạt động kinh doanh đối với doanh nghiệp, hợp tác xã; (3) Đề nghị tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

- + Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản được phân công giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải tham gia Hội nghị chủ nợ.

- Hội nghị chủ nợ có thể được hoãn nếu không đáp ứng các điều kiện quy định về Điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ; trường hợp hoãn Hội nghị chủ nợ thì Thẩm phán lập biên bản và ghi ý kiến của người tham gia Hội nghị chủ nợ. Thẩm phán phải thông báo ngay trong ngày hoãn Hội nghị chủ nợ cho người tham gia thủ tục phá sản về việc hoãn Hội nghị chủ nợ. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hoãn Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập lại Hội nghị chủ nợ. Trường hợp triệu tập lại Hội nghị chủ nợ trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hoãn hội nghị chủ nợ mà vẫn không đáp ứng quy định về điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ, thì Thẩm phán lập biên bản và quyết định tuyên bố phá sản.

b) Xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh:

Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày Hội nghị chủ nợ thông qua nghị quyết có nội dung áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh thì doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và gửi cho Thẩm phán, chủ nợ, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản cho ý kiến.

Trong thời hạn 10 ngày làm việc kể từ ngày nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã thì chủ nợ, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản gửi ý kiến cho doanh nghiệp, hợp tác xã để hoàn thiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh báo cáo Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản, chủ nợ, Ban đại diện chủ nợ (nếu có).

Ngay sau khi nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản có nhiệm vụ báo cáo Thẩm phán. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản, Thẩm phán xem xét trước khi đưa phương án ra Hội nghị chủ nợ xem xét thông qua.

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

- Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi kinh doanh, các điều kiện, thời hạn, kế hoạch thanh toán các khoản nợ.

- Các biện pháp để phục hồi hoạt động kinh doanh gồm:

- + Huy động vốn;
- + Giảm nợ, miễn nợ, hoãn nợ;
- + Thay đổi mặt hàng sản xuất, kinh doanh;
- + Đổi mới công nghệ sản xuất;
- + Tổ chức lại bộ máy quản lý, sáp nhập hoặc chia tách bộ phận sản xuất;
- + Bán cổ phần cho chủ nợ và những người khác;
- + Bán hoặc cho thuê tài sản;
- + Các biện pháp khác không trái quy định của pháp luật.

d) Sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh:

Trong quá trình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, các chủ nợ và doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền thoả thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Thoả thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được chấp nhận khi được quá nửa tổng số chủ nợ không có bảo đảm có mặt và đại diện cho từ 65% tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành.

Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản gửi văn bản đề nghị Thẩm phán ra quyết định công nhận sự thỏa thuận về sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Quyết định công nhận sự thỏa thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được gửi cho doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán và chủ nợ trong thời hạn 07 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định.

d) Công nhận nghị quyết của Hội nghị chủ nợ thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh

Thẩm phán ra quyết định công nhận nghị quyết của Hội nghị chủ nợ thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả người tham gia thủ tục phá sản có liên quan. Kể từ ngày nghị quyết này có hiệu lực thì những điều cấm, chịu sự giám sát đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã quy định tại Luật chấm dứt.

Tòa án nhân dân gửi quyết định công nhận nghị quyết của Hội nghị chủ nợ thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, chủ nợ, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp trong thời hạn 07 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định.

e, Giám sát thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh

Sau khi Thẩm phán ra quyết định công nhận nghị quyết của Hội nghị chủ nợ thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản, chủ nợ giám sát hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Sáu tháng một lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải lập báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã cho Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản. Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản có trách nhiệm báo cáo Thẩm phán và thông báo cho chủ nợ.

g) Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và hậu quả pháp lý

Việc đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh và hậu quả pháp lý được quy định tại Điều 95, Điều 96 Luật Phá sản 2014, cụ thể là:

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán nếu thuộc một trong các trường hợp sau:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;

- Doanh nghiệp, hợp tác xã không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;

- Hết thời hạn thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn mất khả năng thanh toán.

Trường hợp thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh do doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh thì doanh nghiệp, hợp tác xã được coi là không còn mất khả năng thanh toán. Thẩm phán phụ trách giải quyết yêu cầu mở thủ tục phá sản có trách nhiệm ra thông báo bằng văn bản về việc chấm dứt quyền và nghĩa vụ của Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản.

Đối với các trường hợp còn lại, thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản.

5.3 . Tuyên bố phá sản

a) Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản theo thủ tục rút gọn:

- Tòa án nhân dân giải quyết theo thủ tục rút gọn đối với các trường hợp sau:

+ Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định tại khoản 3, khoản 4 Điều 5 của Luật Phá sản năm 2014 nộp đơn yêu cầu nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán không còn tiền, tài sản khác để nộp lệ phí phá sản, tạm ứng chi phí phá sản;

+ Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán không còn tài sản để thanh toán chi phí phá sản.

- Trường hợp Tòa án nhân dân xét thấy doanh nghiệp, hợp tác xã thuộc trường hợp thực hiện theo thủ tục rút gọn, Tòa án nhân dân thông báo cho người tham gia thủ tục phá sản biết về việc Tòa án giải quyết theo thủ tục rút gọn.

- Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày Tòa án nhân dân thông báo cho người tham gia thủ tục phá sản biết về việc Tòa án giải quyết theo thủ tục rút gọn, Tòa án nhân dân xem xét, tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản đối với những trường hợp giải quyết theo thủ tục rút gọn hoặc tiếp tục giải quyết theo thủ tục thông thường và thông báo cho người tham gia thủ tục phá sản biết.

- Trường hợp Tòa án nhân dân ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán không còn tài sản để thanh toán chi phí phá sản, thì người nộp đơn không được hoàn lại lệ phí phá sản, tiền tạm ứng chi phí phá sản đã nộp.

b) Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản khi Hội nghị chủ nợ không thành hoặc sau khi có Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ

Trường hợp Hội nghị chủ nợ không thành do không tổ chức lại được hội nghị chủ nợ hoặc Hội nghị chủ nợ không thông qua được Nghị quyết thì trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được báo cáo kết quả họp Hội nghị chủ nợ, Tòa án nhân dân ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản.

Trường hợp sau khi có Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ đề nghị tuyên bố phá sản thì Tòa án nhân dân xem xét quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản.

Trường hợp sau khi Hội nghị chủ nợ thông qua nghị quyết có nội dung áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nhưng thuộc một trong các trường hợp sau đây thì Tòa án nhân dân ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản:

- 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 thông qua nghị quyết;

- 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 không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

c) Thông báo quyết định tuyên bố phá sản

Sau khi ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản, Tòa án nhân dân phải thông báo cho người nộp đơn, doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, chủ nợ, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, cơ quan thi hành án dân sự, cơ quan thuế, cơ quan đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp, hợp tác xã có trụ sở chính và đăng trên Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia, Cổng thông tin điện tử của Tòa án nhân dân và 02 số báo địa phương liên tiếp nơi doanh nghiệp hợp tác xã mất khả năng thanh toán có trụ sở chính. Đồng thời, Tòa án phải gửi trích lục tuyên bố phá sản trong trường hợp quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản có nội dung cấm cá nhân đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã cho Sở Tư pháp nơi Tòa án nhân dân có trụ sở.

Ngoài ra, Tòa án nhân dân phải gửi quyết định cho cơ quan đăng ký kinh doanh để xóa tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh

d) Đề nghị xem xét lại, kháng nghị và giải quyết đơn đề nghị, kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản

Những người được Tòa án thông báo về việc phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền đề nghị xem xét lại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản.

Khi nhận được đề nghị xem xét lại, kháng nghị, Tòa án nhân dân đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản phải gửi hồ sơ vụ việc

phá sản kèm theo đơn đề nghị, kháng nghị cho Tòa án nhân dân cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết. Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn đề nghị, kháng nghị, Tòa án nhân dân cấp trên trực tiếp chỉ định tổ gồm 03 Thẩm phán xem xét, giải quyết đơn đề nghị, kháng nghị và gửi hồ sơ vụ việc phá sản cho Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp để xem xét.

Tổ Thẩm phán giải quyết đơn đề nghị, kháng nghị sẽ kết luận, ban hành một trong các quyết định sau:

- Không chấp nhận đơn đề nghị, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản;
- Sửa quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản;
- Hủy quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản và giao hồ sơ cho Tòa án nhân dân cấp dưới có thẩm quyền giải quyết lại.

đ) Xem xét đơn đề nghị, kiến nghị theo thủ tục đặc biệt:

- Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày Tòa án nhân dân cấp trên trực tiếp ra quyết định giải quyết đề nghị, kiến nghị theo và nhận được đơn đề nghị xem xét lại của người tham gia thủ tục phá sản, kiến nghị của Viện kiểm sát nhân dân tối cao hoặc kiến nghị của Tòa án nhân dân, thì Chánh án Tòa án nhân dân tối cao xem xét lại quyết định đó khi có một trong các căn cứ sau:

- + Có vi phạm nghiêm trọng pháp luật về phá sản;
- + Phát hiện tình tiết mới có thể làm thay đổi cơ bản nội dung quyết định tuyên bố phá sản mà Tòa án nhân dân, người tham gia thủ tục phá sản không thể biết được khi Tòa án nhân dân ra quyết định.

- Trường hợp có căn cứ quy định nêu trên, Tòa án nhân dân tối cao yêu cầu Tòa án nhân dân đã ra quyết định giải quyết đề nghị, kiến nghị theo Điều 112 Luật Phá sản năm 2014 chuyển hồ sơ vụ việc phá sản cho Tòa án nhân dân tối cao để xem xét giải quyết.

- Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được đơn đề nghị, kiến nghị, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao có quyền ra một trong các quyết định sau:

+ Không chấp nhận đề nghị xem xét lại, kiến nghị và giữ nguyên quyết định của Tòa án nhân dân cấp dưới;

+ Hủy quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản của Tòa án nhân dân cấp dưới, quyết định giải quyết đề nghị xem xét lại, kiến nghị của Tòa án nhân dân cấp trên trực tiếp và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án nhân dân cấp dưới giải quyết lại.

- Quyết định giải quyết đơn đề nghị, kiến nghị của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

5.4 . Hậu quả pháp lý của việc tuyên bố phá sản

Hậu quả pháp lý của việc tuyên bố phá sản dẫn đến việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Theo đó, trừ trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản vì lý do bất khả kháng, người quản lý, điều hành, đại diện phần vốn góp của Nhà nước ở doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản sẽ bị xử lý như sau:

- Người giữ chức vụ Chủ tịch, Tổng giám đốc, Giám đốc, thành viên Hội đồng quản trị của doanh nghiệp 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 doanh nghiệp 100% vốn nhà nước bị tuyên bố phá sản.

- Người đại diện phần vốn góp của Nhà nước ở doanh nghiệp có vốn nhà nước mà doanh nghiệp đó bị tuyên bố phá sản không được đảm đương các chức vụ quản lý ở bất kỳ doanh nghiệp nào có vốn của Nhà nước.

- Người giữ chức vụ quản lý của doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản mà cố ý vi phạm quy định tại khoản 1 Điều 18, khoản 5 Điều 28, khoản 1 Điều 48 Luật Phá sản năm 2014 thì Thẩm phán xem xét, quyết định về việc không được quyền thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã, làm người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời hạn 03 năm kể từ ngày Tòa án nhân dân có quyết định tuyên bố phá sản.

6. Thi hành quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản

6.1. Thủ tục thi hành quyết định tuyên bố phá sản:

- Trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định tuyên bố phá sản, cơ quan thi hành án dân sự có trách nhiệm chủ động ra quyết định thi hành, phân công Chấp hành viên thi hành quyết định tuyên bố phá sản.

- Sau khi nhận được quyết định phân công của Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự, Chấp hành viên thực hiện các nhiệm vụ sau:

- + Mở một tài khoản tại ngân hàng đứng tên cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành quyết định tuyên bố phá sản để gửi các khoản tiền thu hồi được của doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản;

- + Giám sát Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản thực hiện thanh lý tài sản;

- + Thực hiện cưỡng chế để thu hồi tài sản, giao tài sản cho người mua được tài sản trong vụ việc phá sản theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự;

- + Sau khi nhận được báo cáo của Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản về kết quả thanh lý tài sản, Chấp hành viên thực hiện phương án phân chia tài sản theo quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản.

6.2 Yêu cầu Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản tổ chức thực hiện thanh lý tài sản:

Trong thời hạn 02 ngày làm việc kể từ ngày nhận được quyết định phân công của Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự, Chấp hành viên có văn bản yêu cầu Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản thực hiện việc thanh lý tài sản. Văn bản yêu cầu này cũng phải được gửi cho Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, người tham gia thủ tục phá sản.

Tài sản mà Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản không thực hiện được việc thanh lý sau 02 năm kể từ ngày nhận được văn bản yêu cầu của Chấp hành viên, thì Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản phải chấm dứt việc thanh lý tài sản và bàn giao toàn bộ giấy tờ, tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản cho cơ quan thi hành án dân sự xử lý, thanh lý tài sản theo quy định của pháp luật.

6.3 Hình thức thanh lý tài sản:

a) Định giá tài sản

- Trong thời hạn 10 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định tuyên bố phá sản, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản phải tổ chức định giá tài sản theo quy định của pháp luật.

Khi ký hợp đồng dịch vụ với tổ chức thẩm định giá thì Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản không được ký hợp đồng thẩm định giá với cá nhân, tổ chức mà mình có quyền, lợi ích liên quan.

- Trường hợp tài sản thanh lý có nguy cơ bị phá hủy hoặc bị giảm đáng kể về giá trị thì Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản xác định giá trị tài sản và thanh lý theo quy định của pháp luật.

b) Định giá lại tài sản

- Việc định giá lại tài sản được thực hiện khi có vi phạm nghiêm trọng khi định giá tài sản dẫn đến sai lệch kết quả định giá tài sản.

- Thẩm phán quyết định định giá lại đối với trường hợp bán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán nhằm bảo đảm chi phí phá sản. Chấp hành viên quyết định định giá lại đối với trường hợp thanh lý tài sản.

c) Bán tài sản

- Tài sản được bán theo các hình thức sau:

+ Bán đấu giá;

+ Bán không qua thủ tục đấu giá.

- Việc bán đấu giá đối với tài sản là động sản có giá trị từ trên 10.000.000 đồng và bất động sản được thực hiện theo quy định của pháp luật về bán đấu giá tài sản.

Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản có quyền thỏa thuận với tổ chức bán đấu giá trong thời hạn không quá 05 ngày làm việc kể từ ngày

định giá. Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản ký hợp đồng dịch vụ bán đấu giá tài sản với tổ chức bán đấu giá.

Trường hợp Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản không thoả thuận được thì Chấp hành viên lựa chọn tổ chức bán đấu giá để ký hợp đồng dịch vụ bán đấu giá tài sản.

Việc ký hợp đồng dịch vụ bán đấu giá tài sản được tiến hành trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày thẩm định giá.

Việc bán đấu giá đối với động sản phải được thực hiện trong thời hạn là 30 ngày, đối với bất động sản là 45 ngày kể từ ngày ký hợp đồng dịch vụ bán đấu giá tài sản.

- Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản bán đấu giá tài sản thanh lý trong các trường hợp sau:

+ Tại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi có tài sản chưa có tổ chức bán đấu giá hoặc có nhưng tổ chức bán đấu giá từ chối ký hợp đồng dịch vụ bán đấu giá tài sản;

+ Động sản có giá trị từ 2.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng.

Việc bán đấu giá đối với động sản phải được thực hiện trong thời hạn là 30 ngày, đối với bất động sản là 45 ngày kể từ ngày định giá hoặc từ ngày nhận được văn bản của tổ chức bán đấu giá từ chối bán đấu giá.

- Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản bán không qua thủ tục bán đấu giá đối với tài sản có giá trị dưới 2.000.000 đồng hoặc tài sản thanh lý có nguy cơ bị phá hủy hoặc bị giảm đáng kể về giá trị.

Việc bán tài sản phải được thực hiện trong thời hạn không quá 05 ngày làm việc kể từ ngày ban hành quyết định thi hành quyết định tuyên bố phá sản hoặc quyết định bán tài sản.

- Thủ tục bán đấu giá được thực hiện theo quy định của pháp luật về bán đấu giá tài sản.

6.4 Đình chỉ thi hành quyết định tuyên bố phá sản:

Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự quyết định đình chỉ thi hành quyết định tuyên bố phá sản trong các trường hợp sau:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản không có tài sản để thanh lý, phân chia;

- Hoàn thành việc phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản;

- Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự báo cáo Tòa án nhân dân đã giải quyết phá sản và thông báo cho cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan về việc đình chỉ thi hành quyết định tuyên bố phá sản.

6.5 Xử lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phát sinh sau khi có quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản:

- Sau khi quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản mà phát hiện giao dịch dân sự vô hiệu theo quy định tại Điều 59 Luật Phá sản năm 2014 thì Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản có quyền yêu cầu Tòa án nhân dân tuyên bố giao dịch vô hiệu, xử lý hậu quả của giao dịch vô hiệu và phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã theo quy định tại Điều 54 Luật Phá sản năm 2014.

Theo đó, tài sản của doanh nghiệp phá sản được phân chia theo thứ tự như sau:

- + Chi phí phá sản;
- + Khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đối với người lao động, quyền lợi khác theo hợp đồng lao động và thỏa ước lao động tập thể đã ký kết;
- + Khoản nợ phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản nhằm mục đích phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- + Nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước; khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho chủ nợ trong danh sách chủ nợ; khoản nợ có bảo đảm chưa được thanh toán do giá trị tài sản bảo đảm không đủ thanh toán nợ.

Trường hợp giá trị tài sản không đủ để thanh toán các khoản nêu trên thì từng đối tượng cùng một thứ tự ưu tiên được thanh toán theo tỷ lệ phần trăm tương ứng với số nợ. Trường hợp giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi đã thanh toán đủ các mục trên mà vẫn còn thì phần còn lại này thuộc về:

- +Thành viên hợp tác xã, hợp tác xã thành viên;
- + Chủ doanh nghiệp tư nhân;
- + Chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên;
- + Thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, cổ đông của công ty cổ phần;
- + Thành viên của Công ty hợp danh.- Cơ quan thi hành án dân sự tổ chức thực hiện quyết định phân chia tài sản theo quy định của Luật Phá sản.

7. Các biện pháp bảo toàn tài sản trong giải quyết phá sản

Để bảo toàn tài sản phục vụ cho việc giải quyết phá sản, Luật Phá sản năm 2014 đã đưa ra các quy định nhằm bảo toàn tài sản.

7.1. Các giao dịch bị coi là vô hiệu

a) Giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán được thực hiện trong thời gian 06 tháng trước ngày Tòa án nhân dân ra quyết định mở thủ tục phá sản bị coi là vô hiệu nếu thuộc một trong các trường hợp sau:

- Giao dịch liên quan đến chuyển nhượng tài sản không theo giá thị trường;
- Chuyển khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Thanh toán hoặc bù trừ có lợi cho một chủ nợ đối với khoản nợ chưa đến hạn hoặc với số tiền lớn hơn khoản nợ đến hạn;
- Tặng cho tài sản;
- Giao dịch ngoài mục đích hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

b) Các giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán tại mục a nêu trên được thực hiện với những người liên quan trong thời gian 18 tháng trước ngày Tòa án nhân dân ra quyết định mở thủ tục phá sản thì bị coi là vô hiệu.

Những người liên quan bao gồm:

- Công ty mẹ, người quản lý công ty mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý đối với công ty con;
- Công ty con đối với công ty mẹ; doanh nghiệp do hợp tác xã thành lập đối với hợp tác xã;
- Người hoặc nhóm người có khả năng chi phối việc ra quyết định của cơ quan quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã đối với hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã đó;
- Người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã đối với doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Vợ, chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh, chị, em ruột của người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của thành viên, cổ đông sở hữu phần vốn góp hay cổ phần chi phối;
- Cá nhân được uỷ quyền đại diện cho những người quy định tại các điểm a, b, c, d và đ khoản 3 Điều 59 Luật Phá sản năm 2014;
- Doanh nghiệp trong đó những người quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e và h khoản 3 Điều 59 Luật Phá sản năm 2014 có sở hữu đến mức chi phối việc ra quyết định của cơ quan quản lý ở doanh nghiệp đó;
- Nhóm người thoả thuận cùng phối hợp để thu tóm phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích ở công ty hoặc để chi phối việc ra quyết định của công ty.

c) Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản có trách nhiệm xem xét giao dịch của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, nếu phát hiện giao dịch nêu trên thì đề nghị Tòa án nhân dân xem xét tuyên bố giao dịch vô hiệu.

7.2. Tạm đình chỉ, đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực

a) Trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày Tòa án nhân dân thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, nếu xét thấy việc thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện sẽ có khả năng gây bất lợi cho doanh nghiệp, hợp tác xã thì chủ nợ, doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán có quyền yêu cầu Tòa án nhân dân ra quyết định tạm đình chỉ thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp xử lý các khoản nợ có bảo đảm theo quy định.

b) Trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được văn bản yêu cầu, nếu chấp nhận thì Tòa án nhân dân ra quyết định tạm đình chỉ thực hiện hợp đồng; nếu không chấp nhận thì thông báo bằng văn bản cho người yêu cầu biết.

c) Trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày Tòa án nhân dân ra quyết định mở thủ tục phá sản, Tòa án nhân dân phải xem xét các hợp đồng bị tạm đình chỉ quy định tại khoản 1 Điều 61 Luật Phá sản năm 2014 để ra một trong các quyết định sau:

- Tiếp tục thực hiện hợp đồng nếu việc thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc nếu được thực hiện sẽ không gây bất lợi cho doanh nghiệp, hợp tác xã;

- Đình chỉ thực hiện hợp đồng và giải quyết hậu quả theo quy định tại Điều 62 của Luật Phá sản.

d) Trường hợp Tòa án nhân dân quyết định không mở thủ tục phá sản thì Tòa án nhân dân đã quyết định tạm đình chỉ thực hiện hợp đồng theo mục a nêu trên sẽ quyết định hủy bỏ quyết định tạm đình chỉ.

7.3. Áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong quá trình giải quyết yêu cầu mở thủ tục phá sản, người có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản có quyền yêu cầu Tòa án nhân dân có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản ra quyết định áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán, bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động. Các biện pháp đó bao gồm:

a) Bán hàng hoá dễ bị hư hỏng, hàng hoá sắp hết thời hạn sử dụng, hàng hoá không bán đúng thời điểm sẽ khó có khả năng tiêu thụ; cho thu hoạch, cho bán hoa màu hoặc sản phẩm, hàng hoá khác;

b) Kê biên, niêm phong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

c) Phong toả tài khoản của doanh nghiệp, hợp tác xã tại ngân hàng; phong toả tài sản ở nơi gửi giữ;

d) Niêm phong kho, quỹ, thu giữ và quản lý sổ kế toán, tài liệu liên quan của doanh nghiệp, hợp tác xã;

đ) Cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán;

e) Cấm thay đổi hiện trạng đối với tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán;

g) Cấm hoặc buộc doanh nghiệp, hợp tác xã, cá nhân, tổ chức khác có liên quan thực hiện một số hành vi nhất định;

h) Buộc người sử dụng lao động tạm ứng tiền lương, tiền công, tiền bồi thường, trợ cấp tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp cho người lao động;

i) Các biện pháp khẩn cấp tạm thời khác theo quy định của pháp luật.

Ngoài những biện pháp chủ yếu nêu trên, trong những trường hợp cụ thể, có thể áp dụng một số biện pháp khác như đăng ký giao dịch bảo đảm, đình chỉ thi hành án dân sự hoặc giải quyết vụ án./.

Phần 7

PHÁP LUẬT VỀ LAO ĐỘNG

Pháp luật lao động quy định quyền và nghĩa vụ của người lao động và của người sử dụng lao động, các tiêu chuẩn lao động, các nguyên tắc sử dụng và quản lý lao động, góp phần thúc đẩy sản xuất, phát triển kinh tế xã hội. Bộ luật lao động năm 2012 được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XIII, kỳ họp thứ 3 thông qua ngày 18/6/2012, có hiệu lực thi hành từ ngày 1/5/2013 (Bộ Luật này thay thế Bộ luật Lao động năm 1994 và các lần sửa đổi bổ sung).

Bộ Luật lao động bảo vệ quyền làm việc, lợi ích và các quyền khác của người lao động, đồng thời bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng lao động, tạo điều kiện cho mối quan hệ lao động được hài hòa và ổn định, góp phần phát huy trí sáng tạo và tài năng của người lao động trí óc và lao động chân tay, của người quản lý lao động, nhằm đạt năng suất, chất lượng và tiến bộ xã hội trong lao động, sản xuất, dịch vụ, hiệu quả trong sử dụng và quản lý lao động.

Ngoài ra, để tăng cường các biện pháp bảo đảm an toàn, sức khỏe người lao động, nâng cao nhận thức, trách nhiệm của các tổ chức, cá nhân trong công tác phòng ngừa tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, cải thiện điều kiện lao động, ngày 25/6/2015, tại kỳ họp thứ 9, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật An Toàn, về sinh lao động số 84/2015/QH13 (sau đây gọi là Luật ATVSLĐ năm 2015) (có hiệu lực từ ngày 01/7/2016).

1. Hợp đồng lao động:

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

Hợp đồng lao động phải được giao kết theo một trong các loại sau đây:

- Hợp đồng lao động không xác định thời hạn (*là hợp đồng mà trong đó hai bên không xác định thời hạn, thời điểm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng*);
- Hợp đồng lao động xác định thời hạn (*là hợp đồng mà trong đó hai bên xác định thời hạn, thời điểm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng trong khoảng thời gian từ đủ 12 tháng đến 36 tháng*);
- Hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng.

Hợp đồng lao động được giao kết bằng văn bản và phải được làm thành hai bản, mỗi bên giữ một bản; trừ trường hợp đối với công việc tạm thời có thời hạn dưới 03 tháng, các bên có thể giao kết hợp đồng lao động bằng lời nói.

Hợp đồng lao động phải có những nội dung chủ yếu bao gồm: tên và địa chỉ người sử dụng lao động hoặc của người đại diện hợp pháp; họ tên, ngày tháng năm sinh, giới tính, địa chỉ nơi cư trú, số chứng minh nhân dân hoặc giấy tờ hợp pháp khác của người lao động; công việc và địa điểm làm việc; thời hạn của hợp đồng lao động; mức lương, hình thức trả lương, thời hạn trả lương, phụ cấp lương và các khoản bổ sung khác; chế độ nâng bậc, nâng lương; thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; trang bị bảo hộ lao động cho người lao động; bảo hiểm xã hội và bảo hiểm y tế; đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ kỹ năng nghề. Hợp đồng lao động có hiệu lực kể từ ngày các bên giao kết trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Người sử dụng lao động và người lao động thỏa thuận về việc làm thử, về quyền, nghĩa vụ của hai bên trong thời gian thử việc (Người lao động làm việc theo hợp đồng lao động mùa vụ thì không phải thử việc). Tiền lương của người lao động trong thời gian thử việc ít nhất phải bằng 85% mức lương của công việc đó. Thời gian thử việc không được quá 60 ngày đối với công việc có chức danh nghề cần trình độ chuyên môn, kỹ thuật từ cao đẳng trở lên; Không được quá 30 ngày đối với công việc có chức danh nghề cần trình độ chuyên môn kỹ thuật trung cấp nghề, trung cấp chuyên nghiệp, công nhân kỹ thuật, nhân viên nghiệp vụ; không quá 6 ngày làm việc đối với công việc khác.

Khi gặp khó khăn đột xuất do thiên tai, hoả hoạn, dịch bệnh, áp dụng biện pháp ngăn ngừa, khắc phục tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, sự cố điện, nước hoặc do nhu cầu sản xuất, kinh doanh, người sử dụng lao động được quyền tạm thời chuyển người lao động làm công việc khác trái nghề, nhưng không được quá 60 ngày làm việc cộng dồn một năm, trừ trường hợp được sự đồng ý của người lao động và phải báo cho người lao động biết trước ít nhất 03 ngày làm việc, thông báo rõ thời hạn làm tạm thời và bố trí công việc phù hợp với sức khỏe, giới tính của người lao động. Người lao động tạm thời làm công việc khác theo quy định được trả lương theo công việc mới; nếu tiền lương của công việc mới thấp hơn tiền lương cũ thì được giữ nguyên mức tiền lương cũ trong thời hạn 30 ngày làm việc. Tiền lương theo công việc mới ít nhất phải bằng 85% mức tiền lương công việc cũ nhưng không thấp hơn mức lương tối thiểu vùng do Chính phủ quy định.

Các trường hợp chấm dứt hợp đồng lao động:

- Hết hạn hợp đồng lao động (trừ trường hợp người lao động là cán bộ công đoàn không chuyên trách đang trong nhiệm kỳ công đoàn mà hết hạn hợp đồng lao động thì được gia hạn hợp đồng lao động đã giao kết đến hết nhiệm kỳ)
- Đã hoàn thành công việc theo hợp đồng lao động.
- Hai bên thỏa thuận chấm dứt hợp đồng lao động.

- Người lao động đủ điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội và tuổi hưởng lương hưu theo quy định.

- Người lao động bị kết án tù giam, tử hình hoặc bị cấm làm công việc ghi trong hợp đồng lao động theo bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án.

- Người lao động chết, bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết.

- Người sử dụng lao động là cá nhân chết, bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết; người sử dụng lao động không phải là cá nhân chấm dứt hoạt động.

- Người lao động bị xử lý kỷ luật sa thải.

- Người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động.

- Người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động; người sử dụng lao động cho người lao động thôi việc do thay đổi cơ cấu, công nghệ hoặc vì lý do kinh tế hoặc do sáp nhập, hợp nhất, chia tách doanh nghiệp, hợp tác xã.

⁴³Người lao động làm việc theo hợp đồng lao động xác định thời hạn, hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trước thời hạn trong những trường hợp sau đây:

- Không được bố trí theo đúng công việc, địa điểm làm việc hoặc không được bảo đảm điều kiện làm việc đã thỏa thuận trong hợp đồng lao động;

- Không được trả lương đầy đủ hoặc trả lương không đúng thời hạn đã thỏa thuận trong hợp đồng lao động;

- Bị ngược đãi, quấy rối tình dục, cưỡng bức lao động;

- Bản thân hoặc gia đình có hoàn cảnh khó khăn không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng lao động;

- Được bầu làm nhiệm vụ chuyên trách ở cơ quan dân cử hoặc được bổ nhiệm giữ chức vụ trong bộ máy nhà nước;

- Lao động nữ mang thai phải nghỉ việc theo chỉ định của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền;

- Người lao động bị ốm đau, tai nạn đã điều trị 90 ngày liên tục đối với người làm việc theo hợp đồng lao động xác định thời hạn và một phần tư thời hạn hợp đồng đối với người làm việc theo hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng mà khả năng lao động chưa được hồi phục.

⁴³ Điều 37 Bộ Luật lao động

Khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định trên, người lao động phải báo cho người sử dụng lao động biết trước.

Người lao động làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, nhưng phải báo cho người sử dụng lao động biết trước ít nhất 45 ngày trừ trường hợp lao động nữ mang thai nếu có xác nhận của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền chứng nhận tiếp tục làm việc sẽ ảnh hưởng xấu tới thai nhi (Thời hạn mà lao động nữ phải báo trước cho người sử dụng lao động tùy thuộc vào thời hạn do cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền chỉ định).

Người sử dụng lao động có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trong những trường hợp sau đây nhưng phải báo cho người lao động biết trước:

- Người lao động thường xuyên không hoàn thành công việc theo hợp đồng lao động;

- Người lao động bị ốm đau, tai nạn đã điều trị 12 tháng liên tục đối với người làm theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn, đã điều trị 06 tháng liên tục, đối với người lao động làm theo hợp đồng lao động xác định thời hạn và quá nửa thời hạn hợp đồng lao động đối với người làm theo hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng mà khả năng lao động chưa hồi phục.

- Do thiên tai, hỏa hoạn hoặc những lý do bất khả kháng khác theo quy định của pháp luật, mà người sử dụng lao động đã tìm mọi biện pháp khắc phục nhưng vẫn buộc phải thu hẹp sản xuất, giảm chỗ làm việc;

- Người lao động không có mặt tại nơi làm việc sau thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hết thời hạn tạm hoãn hợp đồng lao động.

Người sử dụng lao động không được đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trong những trường hợp sau đây:

- Người lao động ốm đau hoặc bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp đang điều trị, điều dưỡng theo quyết định của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền, (trừ trường hợp người lao động bị ốm đau, tai nạn đã điều trị 12 tháng liên tục đối với người làm theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn, đã điều trị 06 tháng liên tục, đối với người lao động làm theo hợp đồng lao động xác định thời hạn và quá nửa thời hạn hợp đồng lao động đối với người làm theo hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng mà khả năng lao động chưa hồi phục.)

- Người lao động đang nghỉ hàng năm, nghỉ việc riêng và những trường hợp nghỉ khác được người sử dụng lao động đồng ý;

- Người lao động là nữ vì lý do kết hôn, mang thai, nghỉ thai sản, nuôi con dưới 12 tháng tuổi, trừ trường hợp người sử dụng lao động là cá nhân chết, bị

Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết hoặc người sử dụng lao động không phải là cá nhân chấm dứt hoạt động.

- Người lao động nghỉ việc hưởng chế độ thai sản theo quy định của pháp luật về bảo hiểm xã hội.

Khi hợp đồng lao động chấm dứt theo quy định tại các khoản 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 và 10 Điều 36 của Bộ luật lao động thì người sử dụng lao động có trách nhiệm chi trả trợ cấp thôi việc cho người lao động đã làm việc thường xuyên từ đủ 12 tháng trở lên, mỗi năm làm việc được trợ cấp một nửa tháng tiền lương.

2. Về tiền lương

Tiền lương là khoản tiền mà người sử dụng lao động trả cho người lao động để thực hiện công việc theo thỏa thuận (bao gồm mức lương theo công việc hoặc chức danh, phụ cấp lương và các khoản bổ sung khác). Tiền lương của người lao động do hai bên thỏa thuận trong hợp đồng lao động và được trả theo năng suất lao động, chất lượng công việc. Mức lương của người lao động không được thấp hơn mức lương tối thiểu do Nhà nước quy định. Theo Điều 90 Bộ Luật lao động 2012 thì mức lương tối thiểu là mức thấp nhất trả cho người lao động làm công việc giản đơn nhất, trong điều kiện lao động bình thường và phải bảo đảm nhu cầu sống tối thiểu của người lao động và gia đình họ. Người sử dụng lao động phải bảo đảm trả lương bình đẳng, không phân biệt giới tính đối với người lao động làm công việc có giá trị như nhau.

Người sử dụng lao động có quyền chọn các hình thức trả lương theo thời gian (giờ, ngày, tuần, tháng), theo sản phẩm, theo khoán nhưng phải duy trì hình thức trả lương đã chọn trong một thời gian nhất định; *nếu thay đổi hình thức trả lương thì người sử dụng lao động phải thông báo cho người lao động biết trước ít nhất 10 ngày*. Người lao động được trả lương trực tiếp, đầy đủ, đúng thời hạn. Trong trường hợp đặc biệt *không thể trả lương đúng thời hạn* thì không được chậm quá một tháng và người sử dụng lao động phải trả thêm cho người lao động một khoản tiền ít nhất bằng lãi suất huy động tiền gửi do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố tại thời điểm trả lương.

Theo Điều 97 Bộ Luật lao động thì người lao động làm thêm giờ được trả lương tính theo đơn giá tiền lương hoặc tiền lương theo công việc đang làm như sau:

- Vào ngày thường, ít nhất bằng 150%;
- Vào ngày nghỉ hằng tuần, ít nhất bằng 200%;
- Vào ngày nghỉ lễ, ngày nghỉ có hưởng lương, ít nhất bằng 300% chưa kể tiền lương ngày lễ, ngày nghỉ có hưởng lương đối với người lao động hưởng lương ngày.

Người lao động làm việc vào ban đêm thì được trả thêm ít nhất bằng 30% tiền lương tính theo đơn giá tiền lương hoặc tiền lương theo công việc của ngày làm việc bình thường.

Các chế độ phụ cấp, trợ cấp, nâng bậc, nâng lương và các chế độ khuyến khích đối với người lao động được thỏa thuận trong hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể hoặc quy định trong quy chế của người sử dụng lao động.

3. Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi

Thời giờ làm việc bình thường không quá 08 giờ trong 01 ngày và 48 giờ trong 01 tuần. Người sử dụng lao động có quyền quy định làm việc theo giờ hoặc ngày hoặc tuần; trường hợp theo tuần thì thời giờ làm việc bình thường không quá 10 giờ trong 01 ngày, nhưng không quá 48 giờ trong 01 tuần. Nhà nước khuyến khích người sử dụng lao động thực hiện tuần làm việc 40 giờ. Thời giờ làm việc không quá 06 giờ trong 01 ngày đối với những người làm các công việc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm theo danh mục do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội chủ trì phối hợp với Bộ Y tế ban hành.

Người sử dụng lao động và người lao động có thể thỏa thuận làm thêm giờ, nhưng không được quá 50% số giờ làm việc bình thường trong 01 ngày, trường hợp áp dụng quy định làm việc theo tuần thì tổng số giờ làm việc bình thường và số giờ làm thêm không quá 12 giờ trong 01 ngày; không quá 12 giờ trong 01 ngày khi làm thêm vào ngày nghỉ lễ, tết và ngày nghỉ hằng tuần (căn cứ điểm b, khoản 1 Điều 4 Nghị định 45/2013/NĐ-CP); không quá 30 giờ trong 01 tháng và tổng số không quá 200 giờ trong 01 năm, trừ một số trường hợp đặc biệt do Chính phủ quy định thì được làm thêm giờ không quá 300 giờ trong 01 năm. Sau mỗi đợt làm thêm giờ nhiều ngày liên tục trong tháng, người sử dụng lao động phải bố trí để người lao động được nghỉ bù cho số thời gian đã không được nghỉ.

Người lao động làm việc liên tục 08 giờ hoặc 06 giờ theo quy định tại Điều 104 của Bộ luật lao động được nghỉ giữa giờ ít nhất 30 phút, tính vào thời giờ làm việc. Trường hợp làm việc ban đêm, thì người lao động được nghỉ giữa giờ ít nhất 45 phút, tính vào thời giờ làm việc. Ngoài thời gian nghỉ giữa giờ quy định nêu trên, người sử dụng lao động quy định thời điểm các đợt nghỉ ngắn và ghi vào nội quy lao động.

Mỗi tuần, người lao động được nghỉ ít nhất 24 giờ liên tục. Trong trường hợp đặc biệt do chu kỳ lao động không thể nghỉ hằng tuần, thì người sử dụng lao động có trách nhiệm bảo đảm cho người lao động được nghỉ tính bình quân 01 tháng ít nhất 04 ngày. Người sử dụng lao động có quyền quyết định sắp xếp ngày nghỉ hằng tuần vào ngày chủ nhật hoặc một ngày cố định khác trong tuần nhưng phải ghi vào nội quy lao động.

Theo Điều 111 Bộ Luật Lao động thì người lao động có đủ 12 tháng làm việc cho một người sử dụng lao động thì được nghỉ hằng năm, hưởng nguyên lương theo hợp đồng lao động như sau:

- 12 ngày làm việc, đối với người làm công việc trong điều kiện bình thường;

- 14 ngày làm việc đối với người làm công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc người làm việc ở những nơi có điều kiện sinh sống khắc nghiệt theo danh mục do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội chủ trì phối hợp với Bộ Y tế ban hành hoặc lao động chưa thành niên hoặc lao động là người khuyết tật;

- 16 ngày làm việc đối với người làm công việc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc người làm việc ở những nơi có điều kiện sinh sống đặc biệt khắc nghiệt theo danh mục do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội chủ trì phối hợp với Bộ Y tế ban hành.

Số ngày nghỉ hằng năm được tăng thêm theo thâm niên làm việc của người lao động, cứ năm năm làm việc cho một người sử dụng lao động thì người lao động được nghỉ thêm một ngày. Người lao động có thể thỏa thuận với người sử dụng lao động để nghỉ hằng năm thành nhiều lần hoặc nghỉ gộp tối đa 03 năm một lần. Khi nghỉ hằng năm, nếu người lao động đi bằng các phương tiện đường bộ, đường sắt, đường thủy mà số ngày đi đường cả đi và về trên 02 ngày thì từ ngày thứ 03 trở đi được tính thêm thời gian đi đường ngoài ngày nghỉ hằng năm và chỉ được tính cho 01 lần nghỉ trong năm.

Người lao động được nghỉ làm việc, hưởng nguyên lương trong những ngày lễ, tết. Nếu những ngày nghỉ theo quy định trên trùng vào ngày nghỉ hằng tuần, thì người lao động được nghỉ bù vào ngày kế tiếp.

Người lao động do thôi việc, bị mất việc làm hoặc vì các lý do khác mà chưa nghỉ hằng năm hoặc chưa nghỉ hết số ngày nghỉ hằng năm thì được thanh toán bằng tiền những ngày chưa nghỉ.

Người lao động được nghỉ về việc riêng mà vẫn hưởng nguyên lương trong những trường hợp sau đây:

- Kết hôn, nghỉ ba ngày;
- Con kết hôn, nghỉ một ngày;
- Bố mẹ (cả bên chồng và bên vợ) chết, vợ hoặc chồng chết, con chết, nghỉ ba ngày.

Người lao động được nghỉ không hưởng lương 01 ngày và phải thông báo với người sử dụng lao động khi ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh, chị, em ruột chết; bố hoặc mẹ kết hôn; anh, chị, em ruột kết hôn. Ngoài ra, người lao động có thể thỏa thuận với người sử dụng lao động để nghỉ không hưởng lương.

4. Kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất

4.1 Kỷ luật lao động

Kỷ luật lao động là những quy định về việc tuân theo thời gian, công nghệ và điều hành sản xuất, kinh doanh thể hiện trong nội quy lao động. Nội quy lao động không được trái với pháp luật lao động và pháp luật khác. Doanh nghiệp sử dụng từ 10 người lao động trở lên phải có nội quy lao động bằng văn bản được đăng ký tại cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh.

Nội quy lao động bao gồm những nội dung chủ yếu sau đây: Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; Trật tự tại nơi làm việc; An toàn lao động, vệ sinh lao động ở nơi làm việc; Việc bảo vệ tài sản và bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, sở hữu trí tuệ của người sử dụng lao động; Các hành vi vi phạm kỷ luật lao động của người lao động và các hình thức xử lý kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất. Việc xử lý kỷ luật lao động phải đảm bảo đầy đủ các quy định:

- Người sử dụng lao động phải chứng minh được lỗi của người lao động;
- Phải có sự tham gia của tổ chức đại diện tập thể lao động tại cơ sở;
- Người lao động phải có mặt và có quyền tự bào chữa, nhờ luật sư hoặc người khác bào chữa; trường hợp là người dưới 18 tuổi thì phải có sự tham gia của cha, mẹ hoặc người đại diện theo pháp luật;
- Việc xử lý kỷ luật lao động phải được lập thành biên bản.

Ngoài ra, đối với một hành vi vi phạm kỷ luật lao động thì không được áp dụng nhiều hình thức xử lý kỷ luật lao động. Khi một người lao động đồng thời có nhiều hành vi vi phạm kỷ luật lao động thì chỉ áp dụng hình thức kỷ luật cao nhất tương ứng với hành vi vi phạm nặng nhất.

Người sử dụng lao động không được xử lý kỷ luật đối với người lao động đang trong thời gian: Nghỉ ốm đau, điều dưỡng; nghỉ việc được sự đồng ý của người sử dụng lao động; Đang bị tạm giữ, tạm giam; Đang chờ kết quả của cơ quan có thẩm quyền điều tra xác minh và kết luận đối với hành vi vi phạm; Lao động nữ có thai, nghỉ thai sản; người lao động nuôi con nhỏ dưới 12 tháng tuổi. Đồng thời không xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động vi phạm kỷ luật lao động trong khi mắc bệnh tâm thần hoặc một bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình.

Người vi phạm kỷ luật lao động, tùy theo mức độ phạm lỗi, bị xử lý theo một trong hình thức sau đây:

- Khiển trách;
- Kéo dài thời hạn nâng lương không quá 06 tháng; cách chức.
- Sa thải.

Hình thức xử lý kỷ luật sa thải chỉ được áp dụng trong những trường hợp sau đây:

- Người lao động có hành vi trộm cắp, tham ô, đánh bạc, cố ý gây thương tích, sử dụng ma túy trong phạm vi nơi làm việc, tiết lộ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của người sử dụng lao động, có hành vi gây thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây thiệt hại đặc biệt nghiêm trọng về tài sản, lợi ích của người sử dụng lao động;

- Người lao động bị xử lý kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương mà tái phạm trong thời gian chưa xoá kỷ luật hoặc bị xử lý kỷ luật cách chức mà tái phạm.

- Người lao động tự ý bỏ việc 05 ngày cộng dồn trong 01 tháng hoặc 20 ngày cộng dồn trong 01 năm mà không có lý do chính đáng.

Thời hiệu để xử lý vi phạm kỷ luật lao động tối đa là sáu tháng, kể từ ngày xảy ra vi phạm, trường hợp hành vi vi phạm liên quan trực tiếp đến tài chính, tài sản, tiết lộ bí mật công nghệ, bí mật kinh doanh của người sử dụng lao động thì thời hiệu xử lý kỷ luật lao động tối đa là 12 tháng.

Người lao động bị khiển trách sau 03 tháng, hoặc bị xử lý kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương sau 06 tháng, kể từ ngày bị xử lý, nếu không tái phạm thì đương nhiên được xoá kỷ luật. Trường hợp bị xử lý kỷ luật lao động bằng hình thức cách chức thì sau thời hạn 03 năm, nếu tiếp tục vi phạm kỷ luật lao động thì không bị coi là tái phạm.

Người sử dụng lao động có quyền tạm đình chỉ công việc của người lao động khi vụ việc vi phạm có những tình tiết phức tạp, nếu xét thấy để người lao động tiếp tục làm việc sẽ gây khó khăn cho việc xác minh. Việc tạm đình chỉ công việc của người lao động chỉ được thực hiện sau khi tham khảo ý kiến của tổ chức đại diện tập thể lao động tại cơ sở. Thời hạn tạm đình chỉ công việc không được quá 15 ngày, trường hợp đặc biệt cũng không được quá 90 ngày. Trong thời gian bị tạm đình chỉ công việc, người lao động được tạm ứng 50% tiền lương trước khi bị đình chỉ công việc và không phải hoàn trả lại nếu bị xử lý kỷ luật; trường hợp người lao động không bị xử lý kỷ luật lao động thì được người sử dụng lao động trả đủ tiền lương cho thời gian bị tạm đình chỉ công việc.

Những quy định cấm khi xử lý kỷ luật lao động bao gồm: Xâm phạm thân thể, nhân phẩm của người lao động; Dùng hình thức phạt tiền, cắt lương thay việc xử lý kỷ luật lao động; Xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động có hành vi vi phạm không được quy định trong nội quy lao động.

4.2. Trách nhiệm vật chất

Người lao động làm hư hỏng dụng cụ, thiết bị hoặc có hành vi khác gây thiệt hại tài sản của người sử dụng lao động thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

Trường hợp người lao động gây thiệt hại không nghiêm trọng do sơ suất với giá trị không quá 10 tháng lương tối thiểu vùng do Chính phủ công bố được

áp dụng tại nơi người lao động làm việc, thì người lao động phải bồi thường nhiều nhất là 03 tháng tiền lương và bị khấu trừ hằng tháng vào lương. Mức khấu trừ tiền lương hằng tháng không được quá 30% tiền lương hằng tháng của người lao động sau khi trích nộp các khoản bảo hiểm xã hội bắt buộc, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp, thuế thu nhập.

Người lao động làm mất dụng cụ, thiết bị, tài sản của người sử dụng lao động hoặc tài sản khác do người sử dụng lao động giao hoặc tiêu hao vật tư quá định mức cho phép thì phải bồi thường thiệt hại một phần hoặc toàn bộ theo thời giá thị trường; trường hợp có hợp đồng trách nhiệm thì phải bồi thường theo hợp đồng trách nhiệm; trường hợp do thiên tai, hoả hoạn, dịch họa, dịch bệnh, thảm họa, sự kiện xảy ra khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép thì không phải bồi thường.

Việc xem xét, quyết định mức bồi thường thiệt hại phải căn cứ vào lỗi, mức độ thiệt hại thực tế và hoàn cảnh thực tế gia đình, nhân thân và tài sản của người lao động.

5. An toàn lao động, vệ sinh lao động⁴⁴

Mọi doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến lao động, sản xuất phải tuân theo quy định của pháp luật về an toàn lao động, vệ sinh lao động và đảm bảo các nguyên tắc về ATVSLĐ như sau:

- Bảo đảm quyền của người lao động được làm việc trong điều kiện ATVSLĐ.

- Tuân thủ đầy đủ các biện pháp ATVSLĐ trong quá trình lao động; ưu tiên các biện pháp phòng ngừa, loại trừ, kiểm soát các yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại trong quá trình lao động.

- Tham vấn ý kiến tổ chức công đoàn, tổ chức đại diện người sử dụng lao động, Hội đồng về ATVSLĐ các cấp trong xây dựng, thực hiện chính sách, pháp luật, chương trình, kế hoạch về ATVSLĐ.

➤ Về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong ATVSLĐ

- * Đối với người lao động làm việc theo hợp đồng lao động:

- Quyền của người lao động làm việc theo hợp đồng lao động gồm:

- + Được bảo đảm các điều kiện làm việc công bằng, ATVSLĐ; yêu cầu người sử dụng lao động có trách nhiệm bảo đảm điều kiện làm việc ATVSLĐ trong quá trình lao động, tại nơi làm việc;

- + Được cung cấp thông tin đầy đủ về các yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại tại nơi làm việc và những biện pháp phòng, chống; được đào tạo, huấn luyện về ATVSLĐ;

⁴⁴ Thực hiện theo quy định của Luật ATVSLĐ năm 2015

+ Được thực hiện chế độ bảo hộ lao động, chăm sóc sức khỏe, khám phát hiện bệnh nghề nghiệp; được người sử dụng lao động đóng bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp; được hưởng đầy đủ chế độ đối với người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp; được trả phí khám giám định thương tật, bệnh tật do tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp; được chủ động đi khám giám định mức suy giảm khả năng lao động và được trả phí khám giám định trong trường hợp kết quả khám giám định đủ điều kiện để điều chỉnh tăng mức hưởng trợ cấp tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp;

+ Yêu cầu người sử dụng lao động bố trí công việc phù hợp sau khi điều trị ổn định do bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp;

+ Từ chối làm công việc hoặc rời bỏ nơi làm việc mà vẫn được trả đủ tiền lương và không bị coi là vi phạm kỷ luật lao động khi thấy rõ có nguy cơ xảy ra tai nạn lao động đe dọa nghiêm trọng tính mạng hoặc sức khỏe của mình nhưng phải báo ngay cho người quản lý trực tiếp để có phương án xử lý; chỉ tiếp tục làm việc khi người quản lý trực tiếp và người phụ trách công tác ATVSLĐ đã khắc phục các nguy cơ để bảo đảm ATVSLĐ;

+ Khiếu nại, tố cáo hoặc khởi kiện theo quy định của pháp luật.

- Nghĩa vụ của người lao động làm việc theo hợp đồng lao động gồm:

+ Chấp hành nội quy, quy trình và biện pháp bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc; tuân thủ các giao kết về ATVSLĐ trong hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể;

+ Sử dụng và bảo quản các phương tiện bảo vệ cá nhân đã được trang cấp; các thiết bị bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc;

+ Báo cáo kịp thời với người có trách nhiệm khi phát hiện nguy cơ xảy ra sự cố kỹ thuật gây mất ATVSLĐ, tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp; chủ động tham gia cấp cứu, khắc phục sự cố, tai nạn lao động theo phương án xử lý sự cố, ứng cứu khẩn cấp hoặc khi có lệnh của người sử dụng lao động hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

* Đối với người lao động làm việc không theo hợp đồng lao động:

- Quyền của người lao động làm việc không theo hợp đồng lao động gồm:

+ Được làm việc trong điều kiện ATVSLĐ; được Nhà nước, xã hội và gia đình tạo điều kiện để làm việc trong môi trường ATVSLĐ;

+ Tiếp nhận thông tin, tuyên truyền, giáo dục về công tác ATVSLĐ; được huấn luyện ATVSLĐ khi làm các công việc có yêu cầu nghiêm ngặt về ATVSLĐ;

+ Tham gia và hưởng bảo hiểm tai nạn lao động theo hình thức tự nguyện do Chính phủ quy định. Căn cứ vào điều kiện phát triển kinh tế - xã hội,

khả năng ngân sách nhà nước trong từng thời kỳ, Chính phủ quy định chi tiết về việc hỗ trợ tiền đóng bảo hiểm tai nạn lao động theo hình thức tự nguyện;

- + Khiếu nại, tố cáo hoặc khởi kiện theo quy định của pháp luật.

- Nghĩa vụ của người lao động làm việc không theo hợp đồng lao động:

- + Chịu trách nhiệm về ATVSLĐ đối với công việc do mình thực hiện theo quy định của pháp luật;

- + Bảo đảm ATVSLĐ đối với những người có liên quan trong quá trình lao động;

- + Thông báo với chính quyền địa phương để có biện pháp ngăn chặn kịp thời các hành vi gây mất ATVSLĐ.

- * Đối với người sử dụng lao động:

- Người sử dụng lao động có quyền sau đây:

- + Yêu cầu người lao động phải chấp hành các nội quy, quy trình, biện pháp bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc;

- + Khen thưởng người lao động chấp hành tốt và kỷ luật người lao động vi phạm trong việc thực hiện ATVSLĐ;

- + Khiếu nại, tố cáo hoặc khởi kiện theo quy định của pháp luật;

- + Huy động người lao động tham gia ứng cứu khẩn cấp, khắc phục sự cố, tai nạn lao động.

- Người sử dụng lao động có nghĩa vụ sau đây:

- + Xây dựng, tổ chức thực hiện và chủ động phối hợp với các cơ quan, tổ chức trong việc bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc thuộc phạm vi trách nhiệm của mình cho người lao động và những người có liên quan; đóng bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp cho người lao động;

- + Tổ chức huấn luyện, hướng dẫn các quy định, nội quy, quy trình, biện pháp bảo đảm ATVSLĐ; trang bị đầy đủ phương tiện, công cụ lao động bảo đảm ATVSLĐ; thực hiện việc chăm sóc sức khỏe, khám phát hiện bệnh nghề nghiệp; thực hiện đầy đủ chế độ đối với người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp cho người lao động;

- + Không được buộc người lao động tiếp tục làm công việc hoặc trở lại nơi làm việc khi có nguy cơ xảy ra tai nạn lao động đe dọa nghiêm trọng tính mạng hoặc sức khỏe của người lao động;

- + Cử người giám sát, kiểm tra việc thực hiện nội quy, quy trình, biện pháp bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc theo quy định của pháp luật;

- + Bố trí bộ phận hoặc người làm công tác ATVSLĐ; phối hợp với Ban chấp hành công đoàn cơ sở thành lập mạng lưới an toàn, vệ sinh viên; phân định trách nhiệm và giao quyền hạn về công tác ATVSLĐ;

+ Thực hiện việc khai báo, điều tra, thống kê, báo cáo tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, sự cố kỹ thuật gây mất ATVSLĐ nghiêm trọng; thống kê, báo cáo tình hình thực hiện công tác ATVSLĐ; chấp hành quyết định của thanh tra chuyên ngành về ATVSLĐ;

+ Lấy ý kiến Ban chấp hành công đoàn cơ sở khi xây dựng kế hoạch, nội quy, quy trình, biện pháp bảo đảm ATVSLĐ.

➤ Các biện pháp phòng chống các yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại cho người lao động

- Thông tin, tuyên truyền, giáo dục, huấn luyện về ATVSLĐ

Người sử dụng lao động có trách nhiệm trong việc cung cấp thông tin ATVSLĐ cho người lao động, người đến thăm quan, làm việc, học nghề, tập nghề tại cơ sở của mình.

Người quản lý phụ trách ATVSLĐ, người làm công tác ATVSLĐ, người làm công tác y tế, an toàn, vệ sinh viên trong cơ sở sản xuất, kinh doanh có trách nhiệm phải tham dự khóa huấn luyện về ATVSLĐ và được tổ chức huấn luyện ATVSLĐ cấp giấy chứng nhận sau khi kiểm tra, sát hạch đạt yêu cầu. Người sử dụng lao động có trách nhiệm trong việc tổ chức huấn luyện cho người lao động của mình đảm bảo phù hợp với đặc điểm, tính chất của từng ngành nghề, vị trí công việc, quy mô lao động.

- Nội quy, quy trình và các biện pháp bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc

+ Người sử dụng lao động căn cứ pháp luật, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật quốc gia, quy chuẩn kỹ thuật địa phương về ATVSLĐ và điều kiện hoạt động sản xuất, kinh doanh, lao động để xây dựng, ban hành và tổ chức thực hiện nội quy, quy trình bảo đảm ATVSLĐ. Đồng thời, người sử dụng lao động có trách nhiệm trong việc bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc như: Bảo đảm nơi làm việc phải đạt yêu cầu về không gian, độ thoáng, bụi, hơi, khí độc, phóng xạ, điện từ trường, nóng, ẩm, ồn, rung, các yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại khác; Bảo đảm máy, thiết bị, vật tư, chất được sử dụng, vận hành, bảo trì, bảo quản tại nơi làm việc theo quy chuẩn kỹ thuật về ATVSLĐ; Trang cấp đầy đủ cho người lao động các phương tiện bảo vệ cá nhân khi thực hiện công việc có yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại; trang bị các thiết bị ATVSLĐ tại nơi làm việc; Định kỳ kiểm tra, bảo dưỡng máy, thiết bị, vật tư, chất, nhà xưởng, kho tàng; Xây dựng, ban hành kế hoạch xử lý sự cố, ứng cứu khẩn cấp tại nơi làm việc; tổ chức xử lý sự cố, ứng cứu khẩn cấp...

Người sử dụng lao động phải tổ chức đánh giá, kiểm soát yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại tại nơi làm việc để đề ra các biện pháp kỹ thuật ATVSLĐ, chăm sóc sức khỏe cho người lao động; thực hiện các biện pháp khử độc, khử trùng cho người lao động làm việc ở nơi có yếu tố gây nhiễm độc, nhiễm trùng.

Bên cạnh đó, phải có phương án xử lý sự cố kỹ thuật gây mất ATVSLĐ nghiêm trọng, ứng cứu khẩn cấp và định kỳ tổ chức diễn tập theo quy định của pháp luật; trang bị phương tiện kỹ thuật, y tế bảo đảm ứng cứu, sơ cứu kịp thời khi xảy ra sự cố kỹ thuật gây mất ATVSLĐ nghiêm trọng, tai nạn lao động.

+ Người lao động cũng có trách nhiệm trong việc bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc như: Chấp hành quy định, nội quy, quy trình, yêu cầu về ATVSLĐ của người sử dụng lao động hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành liên quan đến công việc, nhiệm vụ được giao; Tuân thủ pháp luật và nắm vững kiến thức, kỹ năng về các biện pháp bảo đảm ATVSLĐ tại nơi làm việc; tham gia huấn luyện ATVSLĐ trước khi sử dụng các máy, thiết bị, vật tư, chất có yêu cầu nghiêm ngặt về an toàn, vệ sinh lao động; ngăn chặn nguy cơ trực tiếp gây mất an toàn, vệ sinh lao động, hành vi vi phạm quy định an toàn, vệ sinh lao động tại nơi làm việc; chủ động tham gia ứng cứu, khắc phục sự cố, tai nạn lao động theo phương án xử lý sự cố, ứng cứu khẩn cấp hoặc khi có lệnh của người sử dụng lao động hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền...

- Chế độ bảo hộ lao động, chăm sóc sức khỏe người lao động

Người sử dụng lao động phải căn cứ vào tiêu chuẩn sức khỏe quy định cho từng loại công việc để tuyển dụng và sắp xếp lao động. Hằng năm, người sử dụng lao động phải tổ chức khám sức khỏe ít nhất một lần cho người lao động; đối với người lao động làm nghề, công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm, người lao động là người khuyết tật, người lao động chưa thành niên, người lao động cao tuổi được khám sức khỏe ít nhất 06 tháng một lần. Người sử dụng lao động có trách nhiệm bảo đảm thời gian tiếp xúc với yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại của người lao động nằm trong giới hạn an toàn được quy định trong quy chuẩn kỹ thuật quốc gia tương ứng và các quy định của pháp luật có liên quan.

Hằng năm, khuyến khích người sử dụng lao động tổ chức cho người lao động làm nghề, công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm, người lao động làm nghề, công việc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm và người lao động có sức khỏe kém được điều dưỡng phục hồi sức khỏe.

Người sử dụng lao động có trách nhiệm lập và quản lý hồ sơ sức khỏe của người lao động, hồ sơ sức khỏe của người bị bệnh nghề nghiệp; thông báo kết quả khám sức khỏe, khám phát hiện bệnh nghề nghiệp để người lao động biết; hằng năm, báo cáo về việc quản lý sức khỏe người lao động thuộc trách nhiệm quản lý cho cơ quan quản lý nhà nước về y tế có thẩm quyền.

- Về quản lý máy, thiết bị, vật tư, chất có yêu cầu nghiêm ngặt về ATVSLĐ

Máy, thiết bị, vật tư, chất có yêu cầu nghiêm ngặt về ATVSLĐ là máy, thiết bị, vật tư, chất trong điều kiện lưu giữ, vận chuyển, bảo quản, sử dụng hợp

lý, đúng mục đích và đúng theo hướng dẫn của nhà sản xuất nhưng trong quá trình lao động, sản xuất vẫn tiềm ẩn khả năng xảy ra tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, gây hậu quả nghiêm trọng đến sức khỏe, tính mạng con người.

Trong hồ sơ trình cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép xây dựng mới, mở rộng hoặc cải tạo công trình, cơ sở để sản xuất, sử dụng, bảo quản, lưu giữ máy, thiết bị, vật tư, chất có yêu cầu nghiêm ngặt về ATVSLĐ, chủ đầu tư, người sử dụng lao động phải có phương án bảo đảm ATVSLĐ đối với nơi làm việc của người lao động và môi trường.

- Trách nhiệm của người sử dụng lao động đối với người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp

Người sử dụng lao động có trách nhiệm đối với người lao động bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp như sau:

- Kịp thời sơ cứu, cấp cứu cho người lao động bị tai nạn lao động và phải tạm ứng chi phí sơ cứu, cấp cứu và điều trị cho người lao động bị tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp;

- Thanh toán chi phí y tế từ khi sơ cứu, cấp cứu đến khi điều trị ổn định cho người bị tai nạn lao động hoặc bệnh nghề nghiệp như sau:

- + Thanh toán phần chi phí đồng chi trả và những chi phí không nằm trong danh mục do bảo hiểm y tế chi trả đối với người lao động tham gia bảo hiểm y tế;

- + Trả phí khám giám định mức suy giảm khả năng lao động đối với những trường hợp kết luận suy giảm khả năng lao động dưới 5% do người sử dụng lao động giới thiệu người lao động đi khám giám định mức suy giảm khả năng lao động tại Hội đồng giám định y khoa;

- + Thanh toán toàn bộ chi phí y tế đối với người lao động không tham gia bảo hiểm y tế;

- Trả đủ tiền lương cho người lao động bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp phải nghỉ việc trong thời gian điều trị, phục hồi chức năng lao động;

- Bồi thường cho người lao động bị tai nạn lao động mà không hoàn toàn do lỗi của chính người này gây ra và cho người lao động bị bệnh nghề nghiệp với mức như sau:

- + Ít nhất bằng 1,5 tháng tiền lương nếu bị suy giảm từ 5% đến 10% khả năng lao động; sau đó cứ tăng 1% được cộng thêm 0,4 tháng tiền lương nếu bị suy giảm khả năng lao động từ 11% đến 80%;

- + Ít nhất 30 tháng tiền lương cho người lao động bị suy giảm khả năng lao động từ 81% trở lên hoặc cho thân nhân người lao động bị chết do tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp;

- Trợ cấp cho người lao động bị tai nạn lao động mà do lỗi của chính họ gây ra một khoản tiền ít nhất bằng 40% mức quy định tại khoản 4 Điều này với mức suy giảm khả năng lao động tương ứng;

- Giới thiệu để người lao động bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp được giám định y khoa xác định mức độ suy giảm khả năng lao động, được điều trị, điều dưỡng, phục hồi chức năng lao động theo quy định pháp luật;

- Thực hiện bồi thường, trợ cấp đối với người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp trong thời hạn 05 ngày, kể từ ngày có kết luận của Hội đồng giám định y khoa về mức suy giảm khả năng lao động hoặc kể từ ngày Đoàn điều tra tai nạn lao động công bố biên bản điều tra tai nạn lao động đối với các vụ tai nạn lao động chết người;

- Sắp xếp công việc phù hợp với sức khỏe theo kết luận của Hội đồng giám định y khoa đối với người lao động bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp sau khi điều trị, phục hồi chức năng nếu còn tiếp tục làm việc;

- Lập hồ sơ hưởng chế độ về tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp từ Quỹ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp .

Người lao động không được hưởng chế độ từ người sử dụng lao động nếu bị tai nạn thuộc một trong các nguyên nhân sau:

- Do mâu thuẫn của chính nạn nhân với người gây ra tai nạn mà không liên quan đến việc thực hiện công việc, nhiệm vụ lao động;

- Do người lao động cố ý tự hủy hoại sức khỏe của bản thân;

- Do sử dụng ma túy, chất gây nghiện khác trái với quy định của pháp luật.

➤ **Về chế độ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp**

- Về nguyên tắc thực hiện chế độ đối với người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp từ Quỹ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp:

+ Quỹ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp là quỹ thành phần của Quỹ bảo hiểm xã hội; việc đóng, hưởng, quản lý và sử dụng quỹ thực hiện theo quy định của Luật này và Luật bảo hiểm xã hội.

+ Mức đóng bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp được tính trên cơ sở tiền lương tháng của người lao động và do người sử dụng lao động đóng.

+ Mức hưởng trợ cấp, mức hỗ trợ cho người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp được tính trên cơ sở mức suy giảm khả năng lao động, mức đóng và thời gian đóng vào Quỹ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp.

+ Việc thực hiện bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp phải đơn giản, dễ dàng, thuận tiện, bảo đảm kịp thời và đầy đủ quyền lợi cho người tham gia bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp.

- Về đối tượng tham gia bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp được xác định là người lao động và người sử dụng lao động tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc theo Luật bảo hiểm xã hội

- Về mức đóng, người sử dụng lao động hằng tháng đóng tối đa 1% trên quỹ tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm xã hội của người lao động vào Quỹ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp.

- Về các chế độ cho người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp: người bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp có thể được hưởng các chế độ sau: trợ cấp hằng tháng; trợ cấp một lần; trợ cấp phục vụ; dưỡng sức, phục hồi sức khỏe sau khi điều trị thương tật, bệnh tật và các loại hỗ trợ khác (hỗ trợ chuyển đổi nghề nghiệp cho người lao động bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp khi trở lại làm việc) ...

➤ **Bảo đảm ATVSLĐ đối với cơ sở sản xuất kinh doanh⁴⁵**

Căn cứ vào quy mô, tính chất lao động, nguy cơ tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, điều kiện lao động mà người sử dụng lao động phải bố trí người làm công tác ATVSLĐ hoặc thành lập bộ phận quản lý công tác ATVSLĐ tại cơ sở. Việc tổ chức bộ phận ATVSLĐ cụ thể như sau:

(i) Đối với cơ sở sản xuất, kinh doanh hoạt động trong các lĩnh vực, ngành nghề khai khoáng, sản xuất than cốc, sản xuất sản phẩm dầu mỏ tinh chế, sản xuất hóa chất, sản xuất kim loại và các sản phẩm từ kim loại, sản xuất sản phẩm từ khoáng phi kim, thi công công trình xây dựng, đóng và sửa chữa tàu biển, sản xuất, truyền tải và phân phối điện, người sử dụng lao động phải tổ chức bộ phận ATVSLĐ bảo đảm các yêu cầu tối thiểu sau đây:

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng dưới 50 người lao động phải bố trí ít nhất 01 người làm công tác ATVSLĐ theo chế độ bán chuyên trách;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng từ 50 đến dưới 300 người lao động phải bố trí ít nhất 01 người làm công tác ATVSLĐ theo chế độ chuyên trách;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng từ 300 đến dưới 1.000 người lao động, phải bố trí ít nhất 02 người làm công tác ATVSLĐ theo chế độ chuyên trách;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng sử dụng trên 1.000 người lao động phải thành lập phòng ATVSLĐ hoặc bố trí ít nhất 03 người làm công tác ATVSLĐ theo chế độ chuyên trách.

(ii) Đối với các cơ sở sản xuất, kinh doanh hoạt động trong các lĩnh vực, ngành nghề khác với lĩnh vực, ngành nghề nêu trên, người sử dụng lao động phải tổ chức bộ phận ATVSLĐ tại cơ sở bảo đảm các yêu cầu tối thiểu sau đây:

⁴⁵ Chương V Luật ATVSLĐ và hướng dẫn tại Nghị định số 39/2016/NĐ-CP

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng dưới 300 người lao động, phải bố trí ít nhất 01 người làm công tác ATVSLĐ theo chế độ bán chuyên trách;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng từ 300 đến dưới 1.000 người lao động, phải bố trí ít nhất 01 người làm công tác ATVSLĐ theo chế độ chuyên trách;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng sử dụng trên 1.000 người lao động, phải thành lập phòng ATVSLĐ hoặc bố trí ít nhất 2 người làm công tác ATVSLĐ theo chế độ chuyên trách.

Người làm công tác ATVSLĐ hoặc bộ phận ATVSLĐ có nhiệm vụ tham mưu, giúp người sử dụng lao động tổ chức thực hiện công tác ATVSLĐ tại cơ sở sản xuất, kinh doanh, bao gồm các nội dung chủ yếu sau đây:

- Xây dựng nội quy, quy trình, biện pháp bảo đảm ATVSLĐ; phòng, chống cháy, nổ;

- Xây dựng, đơn đốc việc thực hiện kế hoạch ATVSLĐ hằng năm; đánh giá rủi ro và xây dựng kế hoạch ứng cứu khẩn cấp;

- Quản lý và theo dõi việc khai báo, kiểm định máy, thiết bị, vật tư, chất có yêu cầu nghiêm ngặt về ATVSLĐ;

- Tổ chức thực hiện hoạt động thông tin, tuyên truyền, huấn luyện về ATVSLĐ; sơ cứu, cấp cứu, phòng, chống bệnh nghề nghiệp cho người lao động;

- Tổ chức tự kiểm tra về ATVSLĐ; điều tra tai nạn lao động, sự cố kỹ thuật gây mất ATVSLĐ theo quy định của pháp luật;

- Chủ trì, phối hợp bộ phận y tế tổ chức giám sát, kiểm soát yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại;

- Tổng hợp và đề xuất với người sử dụng lao động giải quyết kiến nghị của đoàn thanh tra, đoàn kiểm tra và người lao động về ATVSLĐ;

- Phối hợp với Ban chấp hành công đoàn cơ sở hướng dẫn thực hiện nhiệm vụ của an toàn, vệ sinh viên;

- Tổ chức thi đua, khen thưởng, xử lý kỷ luật, thống kê, báo cáo công tác ATVSLĐ.

Người làm công tác an toàn, vệ sinh, lao động phải có chuyên môn, nghiệp vụ về kỹ thuật và có hiểu biết về thực tiễn hoạt động sản xuất, kinh doanh của cơ sở. Trường hợp cơ sở sản xuất, kinh doanh không bố trí được người hoặc không thành lập được bộ phận ATVSLĐ theo quy định thì phải thuê các tổ chức có đủ năng lực theo quy định của pháp luật thực hiện các nhiệm vụ ATVSLĐ theo quy định.

Căn cứ vào quy mô, tính chất lao động, nguy cơ bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, điều kiện lao động mà người sử dụng lao động phải bố trí người

làm công tác y tế hoặc thành lập bộ phận y tế chịu trách nhiệm chăm sóc và quản lý sức khỏe của người lao động, cụ thể như sau:

(i) Đối với những cơ sở sản xuất, kinh doanh trong các lĩnh vực, ngành nghề chế biến, bảo quản thủy sản và các sản phẩm từ thủy sản, khai khoáng, sản xuất sản phẩm dệt, may, da, giày, sản xuất than cốc, sản xuất hóa chất, sản xuất sản phẩm từ cao su và plastic, tái chế phế liệu, vệ sinh môi trường, sản xuất kim loại, đóng và sửa chữa tàu biển, sản xuất vật liệu xây dựng, người sử dụng lao động phải tổ chức bộ phận y tế tại cơ sở bảo đảm các yêu cầu tối thiểu sau đây:

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng dưới 300 người lao động phải có ít nhất 01 người làm công tác y tế có trình độ trung cấp;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng từ 300 đến dưới 500 người lao động phải có ít nhất 01 bác sĩ/y sĩ và 01 người làm công tác y tế có trình độ trung cấp;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng từ 500 đến dưới 1.000 người lao động phải có ít nhất 01 bác sĩ và mỗi ca làm việc phải có 01 người làm công tác y tế có trình độ trung cấp;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng từ 1.000 lao động trở lên phải thành lập cơ sở y tế theo hình thức tổ chức phù hợp quy định của pháp luật về khám bệnh, chữa bệnh.

(ii) Đối với các cơ sở sản xuất, kinh doanh hoạt động trong các lĩnh vực, ngành nghề khác với lĩnh vực, ngành nghề nêu trên, người sử dụng lao động phải tổ chức bộ phận y tế tại cơ sở bảo đảm các yêu cầu tối thiểu sau đây:

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng dưới 500 người lao động ít nhất phải có 01 người làm công tác y tế trình độ trung cấp;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng từ 500 đến dưới 1.000 người lao động ít nhất phải có 01 y sĩ và 01 người làm công tác y tế trình độ trung cấp;

- Cơ sở sản xuất, kinh doanh sử dụng trên 1.000 người lao động phải có 01 bác sĩ và 1 người làm công tác y tế khác

Người làm công tác y tế ở cơ sở phải có trình độ chuyên môn về y tế và chứng chỉ chứng nhận chuyên môn về y tế lao động.. Trường hợp cơ sở không bố trí được người làm công tác y tế hoặc không thành lập được bộ phận y tế theo quy định thì phải có hợp đồng với cơ sở khám bệnh, chữa bệnh đủ năng lực theo quy định của Bộ trưởng Bộ Y tế để thực hiện các nhiệm vụ chăm sóc sức khỏe người lao động.

➤ Về Kế hoạch ATVSLĐ và kế hoạch ứng cứu khẩn cấp

Hàng năm, người sử dụng lao động phải xây dựng và tổ chức triển khai kế hoạch ATVSLĐ. Đối với các công việc phát sinh trong năm kế hoạch thì phải bổ sung nội dung phù hợp vào kế hoạch ATVSLĐ. Việc lập kế hoạch ATVSLĐ

phải được lấy ý kiến Ban chấp hành công đoàn cơ sở và dựa trên các căn cứ sau đây:

- Đánh giá rủi ro về ATVSLĐ tại nơi làm việc; việc kiểm soát yếu tố nguy hiểm, yếu tố có hại và kế hoạch ứng cứu khẩn cấp;
- Kết quả thực hiện công tác ATVSLĐ năm trước;
- Nhiệm vụ, phương hướng kế hoạch sản xuất, kinh doanh và tình hình lao động của năm kế hoạch;
- Kiến nghị của người lao động, của tổ chức công đoàn và của đoàn thanh tra, đoàn kiểm tra.

Kế hoạch ATVSLĐ phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- Biện pháp kỹ thuật an toàn lao động và phòng, chống cháy, nổ;
- Biện pháp về kỹ thuật vệ sinh lao động, phòng, chống yếu tố có hại và cải thiện điều kiện lao động;
- Trang cấp phương tiện bảo vệ cá nhân cho người lao động;
- Chăm sóc sức khỏe người lao động;
- Thông tin, tuyên truyền, giáo dục, huấn luyện về ATVSLĐ.

Căn cứ vào nguy cơ xảy ra tai nạn lao động, bệnh tật tại nơi làm việc và quy định pháp luật, người sử dụng lao động phải xây dựng kế hoạch ứng cứu khẩn cấp tại nơi làm việc. Kế hoạch ứng cứu khẩn cấp phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- Phương án sơ tán người lao động ra khỏi khu vực nguy hiểm;
- Biện pháp sơ cứu, cấp cứu người bị nạn;
- Biện pháp ngăn chặn, khắc phục hậu quả do sự cố gây ra;
- Trang thiết bị phục vụ ứng cứu;
- Lực lượng ứng cứu tại chỗ; phương án phối hợp với các lực lượng bên ngoài cơ sở; phương án diễn tập.

6. Quy định đối với một số nhóm đối tượng lao động:

Lao động nữ

Nhà nước bảo đảm quyền làm việc của phụ nữ bình đẳng về mọi mặt với nam giới, có chính sách khuyến khích người sử dụng lao động tạo điều kiện để người lao động nữ có việc làm thường xuyên, áp dụng rộng rãi chế độ làm việc theo thời gian biểu linh hoạt, làm việc không trọn ngày, không trọn tuần, giao việc làm tại nhà. Nhà nước có chính sách ưu đãi, xét giảm thuế đối với những doanh nghiệp sử dụng nhiều lao động nữ.

Người sử dụng lao động phải thực hiện nguyên tắc bình đẳng nam nữ về tuyển dụng, sử dụng, nâng bậc lương và trả công lao động. Người sử dụng lao động phải ưu tiên nhận phụ nữ vào làm việc khi người đó đủ tiêu chuẩn tuyển chọn làm công việc phù hợp với cả nam và nữ mà doanh nghiệp đang cần. Người sử dụng lao động không được sa thải hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đối với lao động nữ vì lý do kết hôn, mang thai, nghỉ thai sản, nuôi con dưới 12 tháng tuổi, trừ trường hợp người sử dụng lao động là cá nhân chết, bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết hoặc người sử dụng lao động không phải là cá nhân chấm dứt hoạt động.

Lao động nữ mang thai nếu có xác nhận của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền chứng nhận tiếp tục làm việc sẽ ảnh hưởng xấu tới thai nhi có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động hoặc tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động. Thời hạn mà lao động nữ phải báo trước cho người sử dụng lao động tùy thuộc vào thời hạn do cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền chỉ định.

Lao động nữ được nghỉ trước và sau khi sinh con là 06 tháng, trường hợp lao động nữ sinh đôi trở lên thì tính từ con thứ 02 trở đi, cứ mỗi con, người mẹ được nghỉ thêm 01 tháng và thời gian nghỉ trước khi sinh tối đa không quá 02 tháng. Hết thời gian nghỉ thai sản, nếu có nhu cầu, người lao động nữ có thể nghỉ thêm một thời gian không hưởng lương theo thỏa thuận với người sử dụng lao động.

Lao động chưa thành niên

Người lao động chưa thành niên là người lao động dưới 18 tuổi. Nơi có sử dụng người lao động chưa thành niên phải lập sổ theo dõi riêng, ghi đầy đủ họ tên, ngày sinh, công việc đang làm, kết quả những lần kiểm tra sức khỏe định kỳ và xuất trình khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền yêu cầu.

Không được sử dụng lao động chưa thành niên làm những công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc chỗ làm việc, công việc ảnh hưởng xấu tới nhân cách của họ theo danh mục do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội chủ trì phối hợp với Bộ Y tế ban hành. Thời giờ làm việc của người lao động chưa thành niên từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi không được quá 08 giờ trong 01 ngày và 40 giờ trong 01 tuần. Thời giờ làm việc của người dưới 15 tuổi không được quá 04 giờ trong 01 ngày và 20 giờ trong 01 tuần và không được sử dụng làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm. Người từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi được làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm trong một số nghề và công việc theo quy định của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội. Không được sử dụng người chưa thành niên sản xuất và kinh doanh cồn, rượu, bia, thuốc lá, chất tác động đến tinh thần và các chất gây nghiện khác. Người sử dụng lao động phải tạo cơ hội để người lao động chưa thành niên và người dưới 15 tuổi tham gia lao động được học văn hoá.

Lao động là người cao tuổi

Người lao động cao tuổi là người lao động nam trên 60 tuổi, nữ trên 55 tuổi. Năm cuối cùng trước khi nghỉ hưu, người lao động cao tuổi được rút ngắn thời giờ làm việc hàng ngày hoặc được áp dụng chế độ làm việc không trọn thời gian. Người sử dụng lao động có trách nhiệm quan tâm chăm sóc sức khỏe người lao động cao tuổi, không được sử dụng người lao động cao tuổi làm những công việc nặng nhọc, nguy hiểm hoặc tiếp xúc với các chất độc hại có ảnh hưởng xấu tới sức khỏe người cao tuổi, trừ trường hợp đặc biệt theo quy định của Chính phủ. Đối với lao động cao tuổi làm nghề, công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm, đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm có ảnh hưởng xấu tới sức khỏe người lao động cao tuổi khi có đủ các điều kiện sau đây⁴⁶:

- Người lao động cao tuổi có kinh nghiệm, tay nghề cao với thâm niên nghề nghiệp từ đủ 15 năm trở lên; có chứng nhận hoặc chứng chỉ nghề hoặc được công nhận là nghệ nhân theo quy định của pháp luật;

- Người lao động cao tuổi có đủ sức khỏe làm nghề, công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm theo tiêu chuẩn sức khỏe do Bộ trưởng Bộ Y tế ban hành sau khi có ý kiến của bộ chuyên ngành;

- Chỉ sử dụng không quá 05 năm đối với từng người lao động cao tuổi;

- Có ít nhất một người lao động không phải là người lao động cao tuổi cùng làm việc;

- Có sự tự nguyện của người lao động cao tuổi khi bố trí công việc.

Lao động là người khuyết tật

Nhà nước bảo trợ quyền lao động, tự tạo việc làm của lao động là người khuyết tật, có chính sách khuyến khích và ưu đãi người sử dụng lao động tạo việc làm và nhận lao động là người khuyết tật vào làm việc, theo quy định của Luật người khuyết tật.

Người sử dụng lao động phải bảo đảm về điều kiện lao động, công cụ lao động, an toàn lao động, vệ sinh lao động phù hợp với lao động là người khuyết tật và thường xuyên chăm sóc sức khỏe của họ. Người sử dụng lao động phải tham khảo ý kiến lao động là người khuyết tật khi quyết định những vấn đề liên quan đến quyền và lợi ích của họ.

Người sử dụng lao động không được sử dụng lao động là người khuyết tật suy giảm khả năng lao động từ 51% trở lên làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm; làm công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc tiếp xúc với các chất độc hại theo danh mục do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội chủ trì phối hợp với Bộ Y tế ban hành.

7. Người lao động nước ngoài tại Việt Nam, lao động ở nước ngoài

⁴⁶ Điều 64 Luật ATVSLĐ năm 2015

Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam phải có đủ các điều kiện sau đây:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;
- Có trình độ chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc;
- Không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài;
- Có giấy phép lao động do cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp, trừ các trường hợp theo quy định tại Điều 172 của Bộ luật lao động.

Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam theo các hình thức sau đây:

- a) Thực hiện hợp đồng lao động;
- b) Di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp;
- c) Thực hiện các loại hợp đồng hoặc thỏa thuận về kinh tế, thương mại, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, khoa học kỹ thuật, văn hóa, thể thao, giáo dục, giáo dục nghề nghiệp và y tế;
- d) Nhà cung cấp dịch vụ theo hợp đồng;
- đ) Chào bán dịch vụ;
- e) Làm việc cho tổ chức phi chính phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế tại Việt Nam được phép hoạt động theo quy định của pháp luật Việt Nam;
- g) Tình nguyện viên;
- h) Người chịu trách nhiệm thành lập hiện diện thương mại;
- i) Nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia, lao động kỹ thuật;
- k) Tham gia thực hiện các gói thầu, dự án tại Việt Nam.

Người sử dụng lao động nước ngoài bao gồm:

- a) Doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư hoặc theo điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên;
- b) Nhà thầu nước ngoài hoặc trong nước tham dự thầu, thực hiện hợp đồng;
- c) Văn phòng đại diện, chi nhánh của doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức được cơ quan có thẩm quyền cấp phép thành lập;
- d) Cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp;
- đ) Tổ chức phi chính phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế tại Việt Nam;

- e) Tổ chức sự nghiệp được thành lập theo quy định của pháp luật;
- g) Văn phòng của dự án nước ngoài hoặc của tổ chức quốc tế tại Việt Nam;
- h) Văn phòng điều hành của nhà đầu tư nước ngoài trong hợp đồng hợp tác kinh doanh hoặc của nhà thầu nước ngoài được đăng ký hoạt động theo quy định của pháp luật;
- i) Các tổ chức hành nghề luật sư tại Việt Nam theo quy định của pháp luật;
- k) Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thành lập và hoạt động theo Luật Hợp tác xã;
- l) Hội, hiệp hội doanh nghiệp được thành lập theo quy định của pháp luật;
- m) Hộ kinh doanh, cá nhân được phép hoạt động kinh doanh theo quy định của pháp luật.

(Điều 2 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ngày 3/2/2016 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam)

Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài phải tuân theo quy định của pháp luật Việt Nam, pháp luật nước sở tại, trừ trường hợp Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác. Công dân Việt Nam làm việc trong các doanh nghiệp nước ngoài tại Việt Nam, trong khu công nghiệp, khu kinh tế và khu chế xuất, trong các cơ quan, tổ chức nước ngoài hoặc quốc tế tại Việt Nam hoặc làm việc cho cá nhân là công dân nước ngoài tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam và được pháp luật bảo vệ.
