

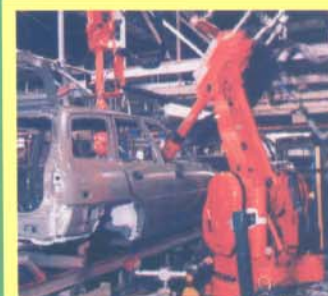
TS. BÙI NGỌC CƯỜNG (Chủ biên)
TS. ĐỒNG NGỌC BA - ThS. VŨ ĐẶNG HẢI YẾN

GIÁO TRÌNH LUẬT THƯƠNG MẠI

TẬP MỘT



NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC



TS. BÙI NGỌC CƯỜNG (Chủ biên)
TS. ĐỒNG NGỌC BA – ThS. VŨ ĐẶNG HẢI YẾN

GIÁO TRÌNH
LUẬT THƯƠNG MẠI
TẬP MỘT

(Dùng cho các trường đào tạo Đại học Luật)

NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC

Biên soạn:

TS. Bùi Ngọc Cường (Chủ biên): *Chương III*

TS. Đồng Ngọc Ba: *Chương I, IV, V*

ThS. Vũ Đặng Hải Yến: *Chương II*

Bản quyền thuộc HEVOBCO – Nhà xuất bản Giáo dục

695 – 2008/CXB/4 – 1307/GD

Mã số: 7L215Y8 – DAI

MỤC LỤC

	Trang
Mục lục	3
CHƯƠNG 1: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ LUẬT THƯƠNG MẠI	5
I – Khái niệm Luật Thương mại	5
II – Hành vi thương mại và thương nhân	7
III – Nguồn của Luật Thương mại	18
IV – Khoa học Luật Thương mại và hệ thống môn học Luật Thương mại	20
CHƯƠNG 2: PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN VÀ HỘ KINH DOANH	22
I – Doanh nghiệp tư nhân	22
II – Hộ kinh doanh	39
CHƯƠNG 3: PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY	48
A – NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ CÔNG TY	48
I – Sự ra đời, phát triển của công ty và Luật Công ty	48
II – Các loại hình công ty phổ biến trên thế giới	52
B – CÔNG TY THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM	60
I – Những vấn đề chung về công ty	60
II – Công ty trách nhiệm hữu hạn	74
III – Công ty cổ phần	79
IV – Công ty hợp danh	86
CHƯƠNG 4: PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC	91
I – Khái niệm và phân loại doanh nghiệp nhà nước	91
II – Hệ thống pháp luật về doanh nghiệp nhà nước	95
III – Nội dung cơ bản của pháp luật hiện hành về công ty nhà nước	99
IV – Chuyển đổi sở hữu công ty nhà nước	115
CHƯƠNG 5: PHÁP LUẬT VỀ HỢP TÁC XÃ	119
I – Khái quát về hợp tác xã và hệ thống pháp luật về hợp tác xã	119
II – Nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã	124
III – Thành lập hợp tác xã	125
IV – Quyền và nghĩa vụ của hợp tác xã	128
V – Quy chế pháp lý về xã viên hợp tác xã	130
VI – Tổ chức và quản lý hợp tác xã	133
VII – Tài sản và tài chính của hợp tác xã	137
VIII – Tổ chức lại và giải thể hợp tác xã	139

LỜI NÓI ĐẦU

Mặc dù nhiều vấn đề lý luận cơ bản về Luật Thương mại vẫn đang là chủ đề của những cuộc tranh luận khoa học chưa có hồi kết, nhưng môn học Luật Thương mại và những biến thể khác về tên gọi của nó, vẫn luôn được coi là nội dung quan trọng và bắt buộc trong chương trình giảng dạy ở các cơ sở, các trường đào tạo luật trên cả nước.

Nhằm đáp ứng nhu cầu nghiên cứu, học tập và giảng dạy pháp luật, tập thể tác giả xin trân trọng giới thiệu đến sinh viên và bạn đọc cuốn giáo trình Luật Thương mại. Nội dung giáo trình được biên soạn trên cơ sở tiếp thu có chọn lọc, kế thừa và phát triển những thành tựu của khoa học pháp lý thời gian qua về xây dựng và hoàn thiện pháp Luật Thương mại trong điều kiện kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam.

Giáo trình là hệ thống những kiến thức cơ bản, mới về lý luận pháp Luật Thương mại cũng như thực tiễn pháp lý thương mại Việt Nam trong bối cảnh tự do hóa thương mại và hội nhập kinh tế quốc tế; cung cấp thông tin, luận giải những vấn đề lý luận cơ bản về pháp Luật Thương mại, bước đầu có định hướng chuyên sâu và rèn luyện kỹ năng thực hành cho người học.

Giáo trình này được chia làm hai tập, Tập một gồm 5 chương (*Chương 1: Những vấn đề lý luận về Luật Thương mại; Chương 2: Pháp luật về doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh; Chương 3: Pháp luật về công ty; Chương 4: Pháp luật về doanh nghiệp nhà nước; Chương 5: Pháp luật về hợp tác xã*).

Với thực tiễn nghiên cứu lý luận và thực hành luật pháp trong bối cảnh hội nhập kinh tế và tự do hóa thương mại toàn cầu, việc xây dựng một giáo trình Luật Thương mại hoàn chỉnh theo cách hiểu truyền thống là hết sức khó khăn và không tránh khỏi những thiếu sót. Trên tinh thần đó, chúng tôi rất mong đợi và chân thành cảm ơn những ý kiến đóng góp quý báu của sinh viên, đồng nghiệp và bạn đọc.

Mọi góp ý xin gửi về Công ty CP Sách Đại học – Dạy nghề, 25 Hàn Thuyên – Hà Nội.

Xin trân trọng cảm ơn!

TẬP THỂ TÁC GIẢ

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ LUẬT THƯƠNG MẠI

I — KHÁI NIỆM LUẬT THƯƠNG MẠI

Phân chia các lĩnh vực pháp luật cũng như phân loại pháp luật là một vấn đề phức tạp và luôn tiềm ẩn khả năng tranh luận. Lý luận và thực tiễn cho thấy, với sự khác nhau về tính chất, nội dung và thành phần chủ thể, các nhóm quan hệ xã hội khác nhau được pháp luật điều chỉnh theo những phương pháp và nguyên tắc có sự khác nhau nhất định. Điều này là cơ sở chủ yếu để phân chia hệ thống pháp luật thành những bộ phận cấu thành, theo nhiều người được gọi là "*ngành luật*", trong đó có Luật Thương mại.

Lý thuyết về Luật Thương mại ở Việt Nam đã trải qua những bước phát triển thăng trầm cùng với quá trình xây dựng và phát triển nền kinh tế theo những cơ chế quản lý kinh tế khác nhau. Thực tiễn đã biết đến nhiều khái niệm để chỉ lĩnh vực pháp luật có chức năng chủ yếu là điều chỉnh hoạt động của các tổ chức, cá nhân nhằm mục đích lợi nhuận, như: Luật Kinh tế, Luật Kinh doanh, Luật Thương mại,...¹, tuy rằng nội dung cụ thể của chúng được xác định trong mỗi giai đoạn phát triển kinh tế có những điểm khác nhau nhất định.

Thực tiễn nghiên cứu pháp lý đã tồn tại quan điểm đa chiều về pháp Luật Thương mại, tuy vậy, Luật Thương mại thường được xem xét trong mối liên hệ với Luật Dân sự theo nguyên lý của mối quan hệ giữa pháp luật chuyên ngành và pháp luật chung. Luật Dân sự, theo cách hiểu truyền thống, là lĩnh vực pháp luật điều chỉnh các giao dịch nhằm thỏa mãn nhu cầu vật chất hoặc tinh thần của các cá nhân, tổ chức (giao dịch dân sự). Nội dung của Luật Dân sự quy định các vấn đề liên quan đến quyền và lợi ích của các chủ thể

¹ Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Thương mại*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2006.

pháp Luật Dân sự (theo nghĩa rộng là pháp luật tư)². Luật Dân sự thuộc phạm trù pháp luật chung (Lex Generalis), được áp dụng trong lĩnh vực dân sự, trong đó có hoạt động kinh doanh, thương mại³. Theo cách tiếp cận đó, Luật Thương mại thuộc phạm trù pháp luật chuyên ngành (Lex Specialis), được áp dụng để điều chỉnh các giao dịch thương mại trước các quy định của Luật Dân sự.

Tuy nhiên, cũng cần lưu ý, nếu quan niệm rằng Luật Thương mại chỉ là luật tư đơn thuần như Luật Dân sự, thì sẽ không thể phân biệt được Luật Thương mại với Luật Dân sự và đặc biệt không thấy được vai trò của Nhà nước trong đời sống thương mại, trong quản lý kinh tế. Luật Thương mại ra đời do yêu cầu điều chỉnh pháp luật đối với các giao dịch thương mại. Hoạt động thương mại tồn tại mang tính nghề nghiệp là cơ sở kinh tế – xã hội quyết định sự xuất hiện của Luật Thương mại với tính chất là một lĩnh vực pháp luật độc lập tương đối với các lĩnh vực pháp luật khác. Giao dịch thương mại, xét về nội hàm, có bản chất của giao dịch dân sự nói chung, song có những đặc điểm riêng (về chủ thể, nội dung, hình thức...); vì vậy, việc điều chỉnh chúng đơn thuần bằng những nguyên tắc và phương pháp của dân luật truyền thống ngày càng trở nên không phù hợp và kém hiệu quả. Mặt khác, giao dịch thương mại có ảnh hưởng lớn tới sự phát triển của kinh tế xã hội, mà ở đó nhu cầu can thiệp của quyền lực công được đặt ra ở mức độ sâu sắc hơn so với sự can thiệp của công quyền vào các giao dịch dân sự. Bởi vậy, pháp luật điều chỉnh các giao dịch thương mại (Luật Thương mại) cần được xây dựng với những nguyên tắc và phương pháp riêng. Nội dung của Luật Thương mại bị chi phối bởi những yêu cầu của quá trình tổ chức thực hiện hoạt động thương mại của các thương nhân và hoạt động quản lý, điều tiết kinh tế của Nhà nước.

Từ quan điểm của lý luận pháp luật truyền thống ở Việt Nam, có thể định nghĩa Luật Thương mại là hệ thống các quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình tổ chức và thực hiện hoạt động thương mại.

Luật Thương mại có vị trí là một bộ phận cấu thành của pháp luật kinh tế;

² Xem thêm Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2006, Tr. 8.

³ Phù hợp với quan điểm này, Bộ luật Dân sự năm 2005 của Việt Nam đã quy định phạm vi điều chỉnh của bộ luật này là các nhóm quan hệ dân sự về nhân thân, tài sản, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động (Điều 1, Bộ luật Dân sự năm 2005).

có mối liên hệ mật thiết, song không đồng nhất với Luật Dân sự. Ở mức độ lý thuyết chung, có thể thấy rằng, trên cơ sở tiếp tục phát triển những nguyên tắc và phương pháp điều chỉnh của Luật Dân sự, Luật Thương mại thể hiện nhiều nội dung khác biệt với Luật Dân sự, nhằm điều chỉnh hiệu quả các giao dịch thương mại. Tính đặc thù của Luật Thương mại thể hiện ở các khía cạnh cơ bản sau:

- Đối tượng điều chỉnh chủ yếu của Luật Thương mại là các giao dịch thương mại (giao dịch của các cá nhân, tổ chức nhằm mục tiêu lợi nhuận);

- Chủ thể chủ yếu của Luật Thương mại là các thương nhân – những người hành nghề thương mại;

- Phương pháp điều chỉnh của Luật Thương mại luôn thể hiện nhu cầu can thiệp, điều tiết của Nhà nước ở các mức độ khác nhau đối với hoạt động thương mại⁴.

II — HÀNH VI THƯƠNG MẠI VÀ THƯƠNG NHÂN

1. Hành vi thương mại

a) Khái niệm hành vi thương mại

Hoạt động thương mại được biểu hiện trong đời sống thông qua việc các cá nhân, tổ chức thực hiện một hoặc tập hợp các hành vi thương mại. Theo cách hiểu truyền thống, hành vi thương mại là hành vi mua bán nhằm mục đích lợi nhuận; hành vi thương mại là cầu nối giữa sản xuất với tiêu dùng.⁵

⁴ Phù hợp với bản chất dân sự của hoạt động thương mại, Luật Thương mại điều chỉnh các quan hệ thương mại chủ yếu bằng phương pháp luật tư (phương pháp dân sự). Theo phương pháp này, các chủ thể của Luật Thương mại có quyền tự do ý chí để thiết lập giao dịch trên cơ sở bình đẳng trước pháp luật về quyền và nghĩa vụ. Bên cạnh đó, trong nền kinh tế thị trường, kể cả nền kinh tế theo cơ chế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam, Nhà nước cần thiết phải có những điều tiết, định hướng và khuyến khích phát triển kinh tế. Vì vậy, những quan hệ diễn ra trong lĩnh vực thương mại không chỉ đơn thuần được điều chỉnh bằng phương pháp dân sự. Đối với những quan hệ xã hội phát sinh từ hoạt động quản lý nhà nước về thương mại, ở các mức độ khác nhau, phương pháp hành chính (phương pháp của luật công) vẫn có thể và cần thiết được sử dụng. Khi điều chỉnh các lĩnh vực của đời sống thương mại bằng phương pháp hành chính, Luật Thương mại được coi là một bộ phận của hệ thống pháp luật công.

⁵ Theo Luật Thương mại Việt Nam năm 1997, khái niệm thương mại được hiểu theo nghĩa này. Mặc dù Luật Thương mại năm 1997 không đưa ra định nghĩa về thương mại, nhưng qua cách hiểu về hành vi thương mại và hoạt động thương mại tại Điều 5, Điều 45 của luật này cho thấy, thực chất Luật Thương mại năm 1997 chỉ quy định chủ yếu về thương mại hàng hóa. Phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại được giới hạn ở các giao dịch mua bán

Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của kinh tế thị trường, khái niệm về hành vi thương mại đã được mở rộng đến cả lĩnh vực sản xuất, phân phối, dịch vụ và các lĩnh vực khác, với mục đích tìm kiếm lợi nhuận. Vì vậy, việc xác định ranh giới giữa hành vi thương mại theo cách hiểu truyền thống và các hành vi nhằm mục đích sinh lợi khác ngày càng khó khăn và ít có ý nghĩa thực tiễn. Có lẽ xuất phát từ quan điểm đó mà Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam đã định nghĩa hoạt động thương mại thuộc phạm vi điều chỉnh của luật này là mọi hoạt động nhằm mục đích sinh lợi. Theo đó, *hoạt động thương mại được hiểu là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác*⁶. Định nghĩa hoạt động thương mại trong Luật Thương mại năm 2005 phù hợp với cách hiểu phổ biến trên thế giới hiện nay về hoạt động thương mại.

Về bản chất, hành vi thương mại là một loại (một dạng biểu hiện) của hành vi dân sự. Mỗi quan hệ giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại cần được xem xét theo nguyên lý của mối quan hệ biện chứng giữa cái chung và cái riêng: trong đó, hành vi dân sự là cái chung, hành vi thương mại là cái riêng. Hành vi thương mại có những đặc điểm cơ bản sau:

Thứ nhất, hành vi thương mại có mục đích thu lợi nhuận. Khi xác định mục đích lợi nhuận trong hoạt động của thương nhân, cần hiểu là, “ý định” thu lợi của chủ thể mới là tiêu chí quyết định, còn việc đạt được lợi nhuận hay không, cũng như việc sử dụng lợi nhuận thu được cho mục đích gì, không phải là dấu hiệu quyết định. Lợi nhuận hay lợi ích kinh tế của một chủ thể có thể đánh giá theo quan điểm về lợi nhuận của những thành viên (chủ sở hữu) của thương nhân. Những tổ chức được thành lập không phải vì mục đích thương mại cũng có thể tham gia hoạt động thương mại trong những trường hợp nhất định, tuy nhiên hoạt động chính của tổ chức này không phải là hoạt động thương mại và vì vậy không được xem là một thương nhân, cho dù doanh số mà tổ chức đó thu được từ hoạt động thương mại có thể là đáng kể.

hàng hóa và một số dịch vụ thương mại gắn liền với mua bán hàng. Điều này dẫn đến phần lớn các quan hệ thương mại dịch vụ, thương mại sở hữu trí tuệ và thương mại đầu tư không được điều chỉnh bởi Luật Thương mại năm 1997 mà được điều chỉnh bởi nhiều văn bản pháp luật khác (Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hàng hải, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, Luật Khuyến khích đầu tư trong nước, Luật Khoa học và Công nghệ, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Kinh doanh bảo hiểm...)

⁶ Khoản 1, Điều 3, Luật Thương mại năm 2005.

Thứ hai, hành vi thương mại diễn ra trên thị trường và thường mang tính chất nghề nghiệp. Hành vi thương mại với tính chất là một nghề nghiệp trong xã hội ra đời và phát triển khi phân công lao động trong xã hội đã phát triển đến một trình độ nhất định và hình thành nền sản xuất hàng hóa. Điều kiện cần bản để hoạt động thương mại có thể phát triển với tính chất một nghề nghiệp trong xã hội, đó là sự tồn tại của thị trường. Thị trường với những nguyên tắc khách quan của nó đã tạo ra động lực mạnh mẽ nhất thúc đẩy sự phát triển hoạt động thương mại. Ngược lại, hoạt động thương mại có tác động sâu sắc tới sự vận hành của thị trường. Hoạt động thương mại là yếu tố quyết định thúc đẩy nền sản xuất hàng hóa phát triển đến giai đoạn kinh tế thị trường. Tuy nhiên, nói như vậy không có nghĩa là hoạt động thương mại chỉ tồn tại trong nền kinh tế thị trường và cũng không chính xác nếu cho rằng hoạt động thương mại chỉ tồn tại trong điều kiện kinh tế thị trường tư bản chủ nghĩa. Thực tiễn vận hành nền kinh tế kế hoạch tập trung ở Việt Nam cũng như các nước xã hội chủ nghĩa trước đây đã biết đến hoạt động thương mại, cho dù trong cơ chế kinh tế này, hoạt động thương mại không diễn ra theo như cách hiểu phổ biến hiện nay. Khái niệm kinh doanh xã hội chủ nghĩa với tính chất là các hoạt động tạo ra lợi nhuận, đã được nhắc đến với cách hiểu là “tổng thể các hình thức, phương pháp và biện pháp nhằm tổ chức các hoạt động kinh tế dưới chế độ chủ nghĩa xã hội”⁷. Mặc dù vậy, trong cơ chế kinh tế thị trường, nghề thương mại được quy định và chi phối bởi các quy luật kinh tế khách quan, vì vậy hoạt động thương mại có điều kiện thuận lợi để phát triển.

Ngoài ra cần lưu ý, bên cạnh khái niệm pháp lý về hành vi thương mại, pháp luật hiện hành ở Việt Nam còn đưa ra định nghĩa pháp lý về kinh doanh. Khái niệm kinh doanh được luật hóa lần đầu tiên trong Luật Công ty (21/12/1990), định nghĩa này sau đó được nhắc lại trong Luật Doanh nghiệp (12/6/1999) và Luật Doanh nghiệp (29/11/2005). Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, kinh doanh được định nghĩa là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi⁸. Về mặt học thuật, có thể đồng nhất khái niệm kinh doanh và khái niệm thương mại ở chỗ, chúng đều là những hoạt động của các chủ thể trong xã hội nhằm mục đích lợi nhuận.

b) Phân loại hành vi thương mại

Hành vi thương mại có thể được phân chia thành các loại khác nhau dựa

⁷ Mai Hữu Khuê (1987), *Danh từ kinh tế*, Nxb Sự thật, Hà Nội, Tr. 185.

⁸ Khoản 1, Điều 4, Luật Doanh nghiệp năm 2005

trên những căn cứ nhất định. Việc phân loại hành vi thương mại có ý nghĩa nhằm lựa chọn cơ chế điều chỉnh pháp luật thích hợp đối với các loại hành vi thương mại. Lý luận và thực tiễn về pháp luật thương mại đã biết đến những cách phân loại hành vi thương mại phổ biến sau:

– Dựa vào chủ thể và mục đích của hành vi thương mại, các hành vi thương mại được phân chia thành: hành vi thương mại thuần túy (hành vi thương mại thuộc về bản chất) và hành vi thương mại phụ thuộc (hành vi thương mại không thuộc về bản chất) ⁹.

+ Hành vi thương mại thuần túy là những hành vi có mục đích tạo ra lợi nhuận một cách trực tiếp, không phụ thuộc vào chủ thể tiến hành hoạt động này có phải là thương nhân hay không phải là thương nhân (ví dụ: mua hàng hoá để bán lại kiếm lời, góp vốn vào doanh nghiệp...).

+ Hành vi thương mại phụ thuộc là những hành vi có bản chất dân sự, nhưng do thương nhân thực hiện theo nhu cầu nghề nghiệp hay nhân lúc hành nghề. Ví dụ, thương nhân mua phương tiện, trang thiết bị để sử dụng cho hoạt động văn phòng; thương nhân bán (thanh lý) tài sản không cần dùng đến của mình... ở những hành vi thương mại này, chủ thể (thương nhân) thực hiện không có mục đích lợi nhuận một cách trực tiếp, song chúng góp phần ở các mức độ khác nhau vào việc tạo ra lợi nhuận của thương nhân. Mặc dù vậy, việc áp dụng pháp Luật Thương mại đối với những hành vi này sẽ không đương nhiên khi thương nhân chứng minh được hành vi của mình hoàn toàn không có tính chất thương mại.

Cần lưu ý rằng, việc phân loại hành vi thương mại theo tiêu chí này làm xuất hiện trong thực tiễn những giao dịch mà những hành vi của các chủ thể trong các giao dịch đó là hành vi thương mại đối với chủ thể này nhưng lại là hành vi dân sự đối với chủ thể kia. Ví dụ, trong quan hệ một thương nhân bán hàng hóa cho một chủ thể không phải là thương nhân, hành vi bán hàng là hành vi thương mại đối với thương nhân, trong khi đó hành vi mua hàng lại là hành vi dân sự đối với chủ thể không phải là thương nhân. Giao dịch của các bên trong trường hợp này thường được gọi là giao dịch hỗn hợp. Những giao dịch này, về nguyên tắc không đương nhiên chịu sự điều chỉnh bởi những quy định riêng của pháp Luật Thương mại. Theo Luật Thương mại năm 2005, đối với những giao dịch giữa thương nhân với chủ thể không

⁹ Tuy vậy, định nghĩa về hoạt động thương mại theo Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam dường như mới chỉ phù hợp với cách hiểu về hành vi thương mại thuần túy.

phải là thương nhân và không nhằm mục đích lợi nhuận, việc có áp dụng Luật Thương mại để điều chỉnh chúng hay không, do bên không có mục đích lợi nhuận quyết định¹⁰.

- Dựa vào đối tượng và lĩnh vực phát sinh của hành vi thương mại, các hành vi thương mại được chia thành những nhóm sau:

+ Nhóm hành vi thương mại hàng hóa: khái niệm “thương mại hàng hóa” được sử dụng khá phổ biến trong khoa học pháp lý để chỉ một lĩnh vực chủ yếu nhất của hoạt động thương mại, bao gồm các giao dịch thương mại gắn liền với đối tượng là hàng hóa. Cần phân biệt khái niệm “mua bán hàng hóa” (sale of goods) với khái niệm “thương mại hàng hóa” (trade goods). Thương mại hàng hóa là những hành vi phát sinh trong quá trình mua bán, trao đổi hàng hoá, bao gồm: mua bán hàng hoá và các hoạt động khác liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hoá như cho thuê hàng hóa, dịch vụ phân phối hàng hóa (đại lý mua bán hàng hóa, ủy thác mua bán hàng hóa...).

+ Nhóm hành vi thương mại dịch vụ: là những hành vi phát sinh trong quá trình cung ứng và tiêu dùng dịch vụ. Về phương diện pháp lý, căn cứ cơ bản nhất để phân biệt giữa thương mại hàng hóa và thương mại dịch vụ chính là đối tượng của các giao dịch thương mại này. Nếu như đối tượng của giao dịch thương mại dịch vụ là các sản phẩm vô hình (dịch vụ), thì trong giao dịch thương mại hàng hóa, đối tượng của giao dịch là hàng hoá – các sản phẩm hữu hình. Quá trình sản xuất và tiêu dùng hàng hóa thường được tách biệt với nhau, trong khi quá trình tạo ra dịch vụ và tiêu dùng dịch vụ luôn diễn ra đồng thời. Tuy vậy, xét về bản chất của giao dịch, cung ứng dịch vụ cũng có tính chất của giao dịch mua bán (mua bán dịch vụ). Theo Luật Thương mại (2005), cung ứng dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên (gọi là bên cung ứng dịch vụ) có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho một bên khác và có quyền nhận thanh toán; bên sử dụng dịch vụ (gọi là khách hàng) có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và có quyền sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận¹¹.

+ Nhóm hành vi thương mại trong lĩnh vực đầu tư là những hành vi đầu tư nhằm mục đích tìm kiếm lợi nhuận. Hoạt động đầu tư có thể có tính chất kinh doanh (thương mại) hoặc phi thương mại. Đầu tư có tính chất thương mại là việc nhà đầu tư bỏ vốn, tài sản theo các hình thức và cách thức do

¹⁰ Khoản 3, Điều 1, Luật Thương mại (2005).

¹¹ Xem khoản 9, Điều 3, Luật Thương mại

pháp luật quy định để thực hiện hoạt động nhằm mục đích lợi nhuận hoặc lợi ích kinh tế, xã hội khác. Trong khoa học pháp lý cũng như thực tiễn xây dựng chính sách, pháp luật về đầu tư, hoạt động đầu tư chủ yếu được đề cập là hoạt động đầu tư có tính chất thương mại, với bản chất là sự chi phí của cái vật chất nhằm mục đích làm tăng giá trị tài sản hay tìm kiếm lợi nhuận. Ở Việt Nam, trước khi ban hành Luật Đầu tư năm 2005, khái niệm đầu tư kinh doanh chưa được định nghĩa thống nhất trong các văn bản pháp luật.¹² Luật Đầu tư năm 2005, với phạm vi điều chỉnh là hoạt động đầu tư nhằm mục đích kinh doanh, đã đưa ra định nghĩa: *"Đầu tư là việc nhà đầu tư bỏ vốn bằng các loại tài sản hữu hình hoặc vô hình để hình thành tài sản tiến hành các hoạt động đầu tư"*.¹³ Luật này còn có sự phân biệt về thuật ngữ giữa đầu tư và hoạt động đầu tư, theo đó hoạt động đầu tư được hiểu là hoạt động của nhà đầu tư trong quá trình đầu tư bao gồm các khâu chuẩn bị đầu tư, thực hiện và quản lý dự án đầu tư.¹⁴

+ Nhóm hành vi thương mại trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ: là những hành vi liên quan đến việc thực hiện quyền sở hữu trí tuệ nhằm mục đích lợi nhuận. Ví dụ: sử dụng, mua bán, chuyển nhượng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, bí mật kinh doanh, nhãn hiệu, tên thương mại và chỉ dẫn địa lý... trong hoạt động thương mại nhằm mục đích lợi nhuận... Xuất phát từ bản chất của các tài sản trí tuệ, các giao dịch liên quan chiếm hữu, sử dụng và định đoạt có tính chất thương mại đối với các tài sản này thường được điều chỉnh bởi nhiều quy định riêng, khác với các giao dịch hàng hóa, dịch vụ thông thường¹⁵.

Với sự phát triển của kinh tế thị trường, trong cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với hoạt động thương mại, sự chuyên môn hóa ngày càng thể hiện rõ thông qua việc phân chia hoạt động thương mại thành nhiều nhóm, nhiều

¹² Luật Khuyến khích đầu tư trong nước (sửa đổi) ngày 20/5/1998, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam (1996, 2000) không có định nghĩa về đầu tư nói chung, mà thay vào đó là khái niệm đầu tư trong nước và đầu tư trực tiếp nước ngoài. Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam thực chất chỉ điều chỉnh các quan hệ đầu tư trực tiếp nước ngoài chủ yếu vào Việt Nam; nhiều hoạt động đầu tư trực tiếp nước ngoài (các doanh nghiệp nước ngoài đặt chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam, các nhà đầu tư nước ngoài góp vốn vào doanh nghiệp cổ vốn đầu tư trong nước của Việt Nam...) và các hoạt động đầu tư gián tiếp không thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật này.

¹³ Khoản 1, Điều 3, Luật Đầu tư năm 2005.

¹⁴ Khoản 7, Điều 3, Luật Đầu tư năm 2005.

¹⁵ Pháp luật hiện hành ở Việt Nam quy định việc thực hiện quyền sở hữu trí tuệ trong Luật Sở hữu trí tuệ ngày 29/11/2005.

lĩnh vực khác nhau. Tuy nhiên, về lý luận cũng như thực tiễn, sự phân loại các hoạt động thương mại và xác định ranh giới giữa các loại hành vi thương mại là vấn đề khó và có thể có nhiều quan điểm không thuận chiều.

2. Thương nhân

a) Định nghĩa thương nhân

Hoạt động thương mại, mà khởi thủy là mua bán, trao đổi hàng hóa đã thúc đẩy sự ra đời của tầng lớp thương nhân. Hoạt động thương mại tồn tại với tính chất nghề nghiệp phản ánh một thực tế là trong xã hội tồn tại những người (cá nhân hoặc tổ chức) mà nghề nghiệp chính của họ là thực hiện hoạt động thương mại. Những cá nhân, tổ chức này thường được gọi chung là thương nhân. Từ góc độ kinh tế – xã hội, thương nhân được xem là những thực thể kinh tế – xã hội, có chức năng chủ yếu là thực hiện hoạt động thương mại. Thương nhân được cấu thành bởi nhiều yếu tố khác nhau như: cơ sở vật chất (vốn, tài sản), bộ máy quản lý điều hành, người lao động...

Với chức năng thực hiện hoạt động thương mại, thương nhân sử dụng các yếu tố đầu vào của quá trình sản xuất để tạo ra sản phẩm, hàng hóa và dịch vụ đáp ứng nhu cầu của nền kinh tế cũng như toàn xã hội. Chức năng của thương nhân tạo cho thương nhân vai trò của một "mắt xích" trọng yếu trong toàn bộ hệ thống kinh tế – xã hội. Sự tồn tại của thương nhân luôn được đặt trong môi trường kinh tế – xã hội xác định. Không thể hiểu rõ bản chất cũng như xu hướng vận động, phát triển của thương nhân nếu không xem xét thương nhân trong mối quan hệ với những điều kiện kinh tế – xã hội cụ thể. Các yếu tố của môi trường kinh tế – xã hội (cơ chế kinh tế, trình độ phát triển kinh tế, hệ thống luật pháp, trình độ dân trí, phong tục tập quán, triết lý sống, văn hóa kinh doanh...) đều có tác động đến sự tồn tại và phát triển của thương nhân ở những phương diện và mức độ khác nhau.

Trong cơ chế kinh tế thị trường, nghề thương mại chủ yếu được quy định và chi phối bởi các quy luật kinh tế khách quan, hoạt động thương mại vì vậy có điều kiện thuận lợi để phát triển. Để thực hiện hiệu quả các hành vi thương mại, các hình thức pháp lý của thương nhân ngày càng được đa dạng hóa và hoàn thiện. Đó cũng chính là động lực thúc đẩy sự ra đời và phát triển mạnh mẽ của các loại hình thương nhân. Trong nền kinh tế thị trường, các thương nhân giữ vai trò trung tâm trong các hoạt động thương mại.

Về nguyên tắc, những chủ thể thực hiện hành vi thương mại với tính chất nghề nghiệp được gọi là thương nhân. Theo Luật Thương mại năm 2005

(khoản 1, Điều 3), *thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh*. Với cách hiểu hoạt động thương mại là những hoạt động nhằm mục đích sinh lời, khái niệm thương nhân, về mặt học thuật, có nội hàm đồng nhất với khái niệm chủ thể kinh doanh. Trong điều kiện kinh tế thị trường, thương nhân trở thành đối tượng trung tâm chịu sự điều chỉnh của pháp Luật Thương mại. Điều này phần nào lý giải một thực tế là khái niệm thương nhân xuất hiện trong khoa học pháp lý cũng như luật thực định đã từ lâu, nhưng khái niệm này chỉ được sử dụng một cách phổ biến trong bối cảnh kinh tế thị trường.

Bên cạnh khái niệm thương nhân, pháp luật hiện hành ở Việt Nam còn đề cập đến khái niệm doanh nghiệp. Điều 3, Luật Doanh nghiệp định nghĩa: "*Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch ổn định, được đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh*". Nhưng mặt khác, theo pháp luật hiện hành thì ở Việt Nam, không phải tất cả các đơn vị kinh doanh (chủ thể kinh doanh) hay thương nhân đều được coi là doanh nghiệp. Có một số hình thức pháp lý của thương nhân (tổ hợp tác có đăng ký kinh doanh, hộ kinh doanh, hợp tác xã) không được pháp luật công nhận là doanh nghiệp, hay chí ít cũng không được điều chỉnh bởi những quy định của Luật Doanh nghiệp.

b) Đặc điểm của thương nhân

Từ định nghĩa pháp lý về thương nhân, có thể thấy thương nhân có những đặc điểm cơ bản sau:

Thứ nhất, thương nhân có nghề nghiệp là thực hiện hoạt động thương mại. Đặc điểm này biểu hiện ở chỗ hoạt động thương mại của thương nhân được thực hiện có hệ thống, một cách độc lập, trên danh nghĩa và trách nhiệm của thương nhân, với mục đích sinh lợi và trong điều kiện do pháp luật quy định.

Tính chất nghề nghiệp của hoạt động thương mại có thể hiểu theo ý nghĩa thông thường của nó, tức là hoạt động thương mại có khuynh hướng lâu dài, không gián đoạn trong một thời gian nhất định và tiềm ẩn khả năng tái diễn thường kỳ. Tính chất hoạt động thương mại có hệ thống là một dấu hiệu cơ bản để xác định nghề nghiệp của thương nhân. Đây cũng là căn cứ quan trọng để phân biệt thương nhân với các chủ thể khác. Khi một chủ thể nào đó chỉ thực hiện hành vi thương mại có tính chất đơn lẻ, vụ việc thì không

thể xem là chủ thể đó hành nghề thương mại và vì vậy không thể coi chủ thể đó là thương nhân.

Mặt khác: thương nhân coi hoạt động thương mại là nghề nghiệp, nhưng điều đó không có nghĩa là thương nhân chỉ thực hiện hoạt động thương mại. Với tính chất là một thực thể “sống” trong xã hội, để có thể tồn tại và hoạt động thương mại, thương nhân có thể và cần phải thực hiện nhiều hoạt động khác không phải là hoạt động thương mại nhằm đáp ứng nhu cầu của mình hoặc theo quy định của pháp luật. Điều này làm xuất hiện trên thực tế có nhiều hoạt động phi thương mại được thực hiện bởi thương nhân. Đó cũng là cơ sở thực tiễn của khái niệm “hành vi thương mại phụ thuộc” trong khoa học pháp lý và trong luật thực định của nhiều nước trên thế giới.

Thứ hai, thương nhân được đăng ký kinh doanh theo thủ tục do pháp luật quy định. Việc đăng ký kinh doanh là cơ sở để xác định tính chất chủ thể pháp lý độc lập của thương nhân, gắn với những đặc điểm của hoạt động thương mại. Đặc điểm này xuất phát từ yêu cầu của quản lý nhà nước đối với hoạt động thương mại trong nền kinh tế thị trường. Thủ tục xác lập tư cách pháp lý cho thương nhân có sự khác nhau giữa các loại hình thương nhân, phù hợp với những đặc điểm về mặt tổ chức của từng loại hình thương nhân. Ngoài ra, về phương diện chủ quan, thủ tục đăng ký kinh doanh được quy định cho các thương nhân phụ thuộc rất nhiều vào quan điểm của các quốc gia trong việc sử dụng quyền lực nhà nước để can thiệp vào thị trường. Tuy vậy, xuất phát từ yêu cầu của tự do kinh doanh, xu hướng phổ biến hiện nay trên thế giới là thủ tục xác lập tư cách pháp lý cho thương nhân ngày càng được đơn giản hóa nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà đầu tư.

Sau khi được cấp đăng ký kinh doanh, với tư cách là một loại chủ thể pháp luật, thương nhân có năng lực chủ thể để tham gia các quan hệ pháp luật, trong đó trước hết và chủ yếu là các giao dịch thương mại. Tư cách chủ thể pháp luật của thương nhân có thể là tư cách cá nhân hoặc tổ chức. Trong trường hợp thương nhân là cá nhân, năng lực chủ thể pháp luật của thương nhân chính là năng lực chủ thể pháp luật của cá nhân trong việc tham gia các giao dịch thương mại theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp thương nhân là một tổ chức, năng lực chủ thể của thương nhân được phân biệt với năng lực chủ thể của những người (tổ chức hoặc cá nhân) đã tạo ra nó. Đối với những thương nhân là tổ chức, cần lưu ý tư cách tổ chức của thương nhân không đồng nghĩa với tư cách pháp nhân theo đúng nghĩa kinh điển của từ này. Thực tiễn pháp Luật Thương mại trên thế giới cũng như ở Việt Nam đã ghi nhận những thương nhân

không phải là pháp nhân và cũng không phải là cá nhân. Theo cách này, pháp Luật Thương mại đã thể hiện sự linh hoạt trong việc phát triển quan điểm của dân luật cổ điển về chủ thể của quan hệ pháp luật.

Ngoài ra cần lưu ý, theo Luật Thương mại năm 2005 (Điều 7), trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật Thương mại và các quy định khác của pháp luật. Mặt khác, có những chủ thể hành nghề thương mại nhưng không bắt buộc phải đăng ký kinh doanh. Theo quy định hiện hành ở Việt Nam, những hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối và những người bán hàng rong, quà vặt, buôn chuyến, kinh doanh lưu động, làm dịch vụ có thu nhập thấp không phải đăng ký kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh các ngành, nghề có điều kiện ¹⁶.

c) Phân loại thương nhân

Thương nhân có thể được phân loại dựa vào những tiêu chí khác nhau. Việc phân loại thương nhân có ý nghĩa nhằm lựa chọn cơ chế điều chỉnh pháp luật thích hợp đối với các loại thương nhân. Lý luận và thực tiễn đã biết đến các cách phân loại thương nhân phổ biến sau đây:

Thứ nhất, phân loại thương nhân theo tư cách pháp lý của thương nhân. Với cách phân loại này, thương nhân được phân chia thành: thương nhân có tư cách pháp nhân và thương nhân không có tư cách pháp nhân. Việc xác lập tư cách pháp nhân cho một thương nhân có liên hệ mật thiết đến khả năng độc lập chịu trách nhiệm về tài sản (các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác) của thương nhân đó. Các dấu hiệu pháp lý của pháp nhân thông thường được quy định cụ thể trong luật pháp ¹⁷. Trên nguyên tắc, những thương nhân có sự tách bạch về tài sản và độc lập chịu trách nhiệm về tài sản có tư cách pháp nhân. Ngược lại, những thương nhân không thực hiện nguyên tắc tách bạch về tài sản và không độc lập chịu trách nhiệm về tài sản sẽ không có tư cách pháp nhân. Cần lưu ý thêm rằng, những thương nhân không có tư cách pháp nhân không chỉ là các thương nhân là cá nhân (hay cá nhân kinh doanh). Thực tiễn pháp lý ở Việt Nam đã đề cập đến những thương nhân không phải là cá nhân mà cũng không phải là pháp nhân (hộ kinh doanh do một hộ gia đình hoặc một nhóm người làm chủ).

Thứ hai, phân loại thương nhân theo chế độ trách nhiệm tài sản. Đây là

¹⁶ Khoản 2, Điều 36, Nghị định số 88/2006/NĐ – CP ngày 29/8/2006 về đăng ký kinh doanh.

¹⁷ Các điều kiện của pháp nhân được quy định tại Điều 84, Bộ luật Dân sự năm 2005.

phương pháp phân loại thương nhân dựa trên giới hạn chịu trách nhiệm tài sản (giới hạn trả nợ trong hoạt động kinh doanh của thương nhân). Có hai loại chế độ trách nhiệm tài sản được áp dụng cho các thương nhân là: chế độ trách nhiệm vô hạn và chế độ trách nhiệm hữu hạn. Như một hệ quả pháp lý phổ biến, những thương nhân không phải là pháp nhân thường phải chịu trách nhiệm tài sản theo quy chế trách nhiệm vô hạn, còn những thương nhân có tư cách pháp nhân thường được áp dụng quy chế trách nhiệm hữu hạn (ngoại trừ công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Đối với những thương nhân theo quy chế trách nhiệm vô hạn, chủ sở hữu (nhà đầu tư) phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của thương nhân bằng toàn bộ tài sản của mình. Điều này bắt nguồn từ sự không tách bạch giữa tài sản của nhà đầu tư với tài sản của thương nhân. Đối với những thương nhân theo quy chế trách nhiệm hữu hạn, chủ sở hữu thương nhân chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của thương nhân trong phạm vi giá trị vốn đã đầu tư vào kinh doanh. Thông thường, đây là những thương nhân có tư cách pháp nhân. Những thương nhân này có khả năng trả nợ đến mức cao nhất là toàn bộ giá trị tài sản của chúng (đó cũng chính là giới hạn khả năng trả nợ của thương nhân).

Thứ ba, phân loại thương nhân theo hình thức pháp lý. Theo cách này, thương nhân được phân chia thành những hình thức khác nhau; mỗi hình thức này, xét về mặt tổ chức có những điểm đặc thù riêng. Theo pháp luật hiện hành ở Việt Nam, có các hình thức thương nhân chủ yếu sau:

- Hộ kinh doanh
 - Doanh nghiệp tư nhân
- Công ty hợp danh
 - Công ty cổ phần
 - Công ty TNHH có hai thành viên trở lên
- Công ty TNHH một thành viên
- Công ty nhà nước
- Hợp tác xã
- Tổ hợp tác có đăng ký kinh doanh .

Ngoài những phương pháp phân loại thương nhân nêu trên, thực tiễn xây dựng chính sách và pháp luật về doanh nghiệp còn có các cách khác để phân

loại thương nhân như: phân loại thương nhân theo quy mô, phân loại thương nhân theo ngành nghề kinh doanh... Những cách phân loại thương nhân này tuy ít được đề cập dưới góc độ pháp lý, song có ý nghĩa thực tiễn nhất định trong việc xây dựng và áp dụng các chính sách phát triển hoạt động thương mại.

III — NGUỒN CỦA LUẬT THƯƠNG MẠI

Trong điều kiện kinh tế thị trường và tự do hóa thương mại toàn cầu, nguồn của Luật Thương mại ngày càng phong phú, đa dạng. Có thể tìm thấy các quy phạm của Luật Thương mại trong các nguồn luật chủ yếu sau đây:

1. Các văn bản pháp luật quốc gia

Các văn bản pháp luật về thương mại do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, tồn tại dưới nhiều hình thức, tên gọi và cấp độ hiệu lực khác nhau. Hình thức, tên gọi, thứ bậc hiệu lực của các văn bản pháp luật nói chung và các văn bản pháp luật về thương mại nói riêng được quy định trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.¹⁸ Các văn bản pháp luật quốc gia là nguồn chủ yếu nhất điều chỉnh các quan hệ thương mại trong nước. Đối với các giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài, pháp luật quốc gia có thể được áp dụng theo những điều kiện nhất định. Thông thường pháp luật quốc gia được áp dụng trong các trường hợp sau¹⁹:

- Các bên trong hợp đồng thỏa thuận lựa chọn áp dụng;
- Điều ước quốc tế mà các quốc gia (có các chủ thể của hợp đồng mang quốc tịch của quốc gia đó) ký kết hoặc tham gia có quy định điều khoản về luật áp dụng cho quan hệ kinh tế là luật của một quốc gia nhất định;
- Cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp chọn luật áp dụng (khi các bên không đạt được thỏa thuận về luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng).

Trường hợp có hai hay nhiều hệ pháp luật khác nhau đều có thể được áp dụng để điều chỉnh một quan hệ thương mại, xung đột pháp luật sẽ nảy sinh và đòi hỏi phải được giải quyết. Thực chất của việc giải quyết xung đột pháp luật là lựa chọn một hệ thống pháp luật để áp dụng cho quan hệ kinh tế. Khi

¹⁸ Xem: Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật ngày 12/11/1996, Luật ngày 16/12/2002 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật ngày 12/11/1996, Luật về việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật của hội đồng nhân dân và ủy ban nhân dân ngày 03/12/2004.

¹⁹ Các bên trong quan hệ thương mại quốc tế có thể lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài, nếu pháp luật nước ngoài không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam (khoản 2, Điều 5, Luật Thương mại).

được chọn áp dụng, luật quốc gia được hiểu là toàn bộ hệ thống pháp luật. Nếu luật của Việt Nam được chọn áp dụng, thì toàn bộ các quy định điều chỉnh hoạt động thương mại sẽ được xem xét áp dụng.

2. Điều ước quốc tế

Điều ước quốc tế là sự thoả thuận giữa các chủ thể của công pháp quốc tế (chủ yếu là các quốc gia) nhằm thiết lập những nguyên tắc pháp lý bắt buộc để xác định, thay đổi hoặc hủy bỏ quyền và nghĩa vụ với nhau trong các lĩnh vực khác nhau. Điều ước quốc tế có giá trị áp dụng trên toàn lãnh thổ của tất cả các quốc gia tham gia điều ước. Các văn bản pháp luật quốc gia được ban hành phải có nội dung phù hợp với điều ước. Về nguyên tắc chung, trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của pháp luật một quốc gia với điều ước quốc tế mà quốc gia đó là thành viên, các quy định của điều ước sẽ được áp dụng. Trong bối cảnh toàn cầu hóa về kinh tế, các điều ước quốc tế ngày càng trở thành nguồn luật phổ biến trong lĩnh vực pháp Luật Thương mại và có hiệu lực trực tiếp điều chỉnh các quan hệ thương mại ở các quốc gia. Không ngoài xu hướng đó, trong nhiều năm qua Việt Nam đã không ngừng tăng cường quan hệ hợp tác kinh tế với nhiều quốc gia và tổ chức quốc tế, mà sự kiện đáng lưu ý nhất là Việt Nam đã được kết nạp và trở thành thành viên chính thức thứ 150 của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO). Trong bối cảnh đó, các điều ước quốc tế về thương mại mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia đã và sẽ không ngừng gia tăng cả về số lượng và mức độ hợp tác²⁰.

3. Tập quán và thói quen thương mại

Tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại²¹. Tập quán thương mại thường được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ kinh tế quốc tế khi các mối quan hệ này không được điều chỉnh bởi hợp đồng giữa các bên hoặc điều ước quốc tế và luật pháp của các quốc gia.

²⁰ Ngày 29/11/2006 Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 71/2006/QH11 về phê chuẩn Nghị định thư gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) của Việt Nam. Nghị quyết này đã nêu nhân nguyên tắc áp dụng trực tiếp các cam kết của Việt Nam với Tổ chức Thương mại Thế giới. Trong trường hợp quy định của pháp luật Việt Nam không phù hợp với quy định của Hiệp định thành lập Tổ chức Thương mại Thế giới, Nghị định thư và các tài liệu đính kèm thì áp dụng quy định của Hiệp định thành lập Tổ chức Thương mại Thế giới, Nghị định thư và các tài liệu đính kèm.

²¹ Khoản 4, Điều 3, Luật Thương mại năm 2005.

Ngoài ra, trong thực tiễn điều chỉnh pháp luật về thương mại, thói quen ứng xử trong hoạt động thương mại cũng được coi là cơ sở pháp lý để xác định quyền, nghĩa vụ của các chủ thể và trở thành nguồn của pháp luật. Theo Luật Thương mại (2005), thói quen thương mại là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại.

Trong thời đại hội nhập kinh tế hiện nay, hầu hết các nước đều đang cố gắng điều chỉnh hệ thống pháp luật của mình cho phù hợp với thị trường thế giới, phù hợp với pháp luật và tập quán quốc tế. Trước đòi hỏi của thực tiễn kinh doanh trong tiến trình hội nhập, pháp luật về thương mại của Việt Nam đã và sẽ còn có những thay đổi cho phù hợp. Sự ra đời Luật Thương mại (2005) đánh dấu một bước phát triển mới của pháp Luật Thương mại, đã phân nào minh chứng cho những thay đổi này.

IV — KHOA HỌC LUẬT THƯƠNG MẠI VÀ HỆ THỐNG MÔN HỌC LUẬT THƯƠNG MẠI

1. Khoa học Luật Thương mại

Khoa học Luật Thương mại là một ngành khoa học nghiên cứu các quy phạm, chế định của Luật Thương mại và quan hệ pháp luật thương mại. Hệ thống khoa học Luật Thương mại bao gồm những khái niệm, quan điểm, phạm trù về những vấn đề khác nhau của Luật Thương mại, trong đó có những nội dung cơ bản sau:

- Bản chất, sự hình thành phát triển và cơ sở khoa học của các quy phạm, các chế định của Luật Thương mại ;
- Nội dung, đặc điểm của các quan hệ pháp luật thương mại;
- Mối quan hệ biện chứng giữa hoạt động thương mại và pháp luật thương mại;
- Thực tiễn áp dụng và giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả của pháp luật thương mại.

Khoa học Luật Thương mại là một môn khoa học pháp lý chuyên ngành và có mối quan hệ chặt chẽ với các môn khoa học pháp lý khác như: khoa học Luật Dân sự, khoa học Luật Hành chính...²². Khoa học Luật Thương mại

²² Xem thêm: *Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam (Đại học Luật Hà Nội), Tập 1, Nxb Công an nhân dân năm 2006, Tr. 22 – Tr. 25, Giáo trình Luật Thương mại (Đại học Luật Hà Nội), Tập 1, Nxb Công an nhân dân năm 2006, Tr. 61 – Tr. 64*

cũng có mối quan hệ mật thiết với khoa học kinh tế, bởi lẽ khoa học Luật Thương mại nghiên cứu lý luận, cách thức thể hiện nội dung kinh tế của hoạt động thương mại về mặt pháp lý.

2. Hệ thống môn học Luật Thương mại

Nội dung của môn học Luật Thương mại được xây dựng trên cơ sở những thành tựu nghiên cứu của khoa học Luật Thương mại và nội dung của hệ thống pháp luật thực định về thương mại. Với những nội dung cơ bản của khoa học Luật Thương mại và hệ thống pháp luật về thương mại như đã trình bày, để thực hiện nhiệm vụ của mình, môn học Luật Thương mại áp dụng cho hệ trung cấp tại Trường Đại học Luật Hà Nội được xây dựng với những nội dung cụ thể sau đây:

- Lý luận về Luật Thương mại;

Pháp luật về các hình thức pháp lý của thương nhân (doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, hợp tác xã, hộ kinh doanh...);

- Pháp luật về mua bán hàng hóa;

Pháp luật về cung cấp dịch vụ thương mại;

Pháp luật về chế tài trong thương mại;

Pháp luật về phá sản;

- Pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại.

Nội dung môn học Luật Thương mại chịu ảnh hưởng sâu sắc bởi thực trạng hệ thống pháp luật về thương mại. Trong điều kiện kinh tế thị trường và tự do hóa thương mại, pháp luật thương mại luôn được coi là mảng pháp luật năng động nhất. Ở Việt Nam hiện nay, nền kinh tế đang trong giai đoạn chuyển sang cơ chế kinh tế thị trường cùng với những điều kiện riêng nhất định về chính trị, xã hội. Tính chất quá độ của nền kinh tế ảnh hưởng lớn đến tính chất của cả hệ thống pháp luật về quản lý kinh tế nói chung và Luật Thương mại nói riêng. Pháp luật về thương mại sẽ còn có những thay đổi cả về nội dung và kỹ thuật lập pháp trước đòi hỏi của thực tiễn hoạt động thương mại. Cùng với sự không ngừng hoàn thiện của hệ thống pháp luật về thương mại, hệ thống môn học Luật Thương mại sẽ tiếp tục được bổ sung, hoàn thiện.

PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN VÀ HỘ KINH DOANH

I — DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

1. Khái niệm doanh nghiệp tư nhân

Sự phát triển của nền kinh tế thị trường ở Việt Nam đòi hỏi phải có một khung pháp luật kinh tế hoàn chỉnh, trong đó pháp luật về doanh nghiệp có vai trò quan trọng. Tuy nhiên, ở Việt Nam, quá trình công nhận hình thức sở hữu tư nhân chiếm một thời gian khá dài trong tương quan so sánh với quá trình phát triển kinh tế. Vì vậy, sự ra đời của các doanh nghiệp đại diện cho hình thức sở hữu này khá muộn so với các hình thức doanh nghiệp đại diện cho các hình thức sở hữu khác.

Sau Đại hội Đảng VI, Nhà nước đã ban hành một loạt các văn bản pháp luật thừa nhận sự tồn tại của kinh tế tư nhân và tạo thành khung pháp lý cho sự phát triển của kinh tế tư nhân nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng. Nghị định số 27/HĐBT – 1988 của Hội đồng Bộ trưởng ban hành ngày 9/3/1988 đã cho phép các cá thể kinh doanh đạt được mức lợi nhuận cao, được mở rộng thêm quy mô kinh doanh trở thành doanh nghiệp tư nhân hoặc kết hợp với nhau thành đơn vị lớn gọi là công ty tư doanh.

Luật Doanh nghiệp tư nhân ban hành ngày 21/12/1990 ghi nhận: “Nhà nước công nhận sự tồn tại lâu dài và sự phát triển của doanh nghiệp tư nhân, thừa nhận sự bình đẳng trước pháp luật với các doanh nghiệp khác” (Điều 1). Hiến pháp (1992) của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam cũng ghi nhận: “Nhà nước phát triển nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất kinh doanh đa dạng, dựa trên chế độ sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, sở hữu tư nhân” (Điều 19); “Các cơ sở sản xuất kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế đều bình đẳng trước pháp luật” (Điều 22).

Như vậy, ở Việt Nam đầu những năm 90 của thế kỷ XX, hình thức doanh nghiệp tư nhân đã được pháp luật thừa nhận. Tuy nhiên, gần 10 năm sau đó

mới có những quy định pháp luật hoàn thiện địa vị pháp lý của doanh nghiệp tư nhân. Luật Doanh nghiệp (1999) ra đời đã đánh dấu một mốc son trên con đường hoàn thiện khung pháp luật về các loại hình doanh nghiệp ở nước ta nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng. Có thể nói, Luật Doanh nghiệp (1999) đã bổ sung và cơ cấu lại các quy định về doanh nghiệp tư nhân ở mọi phương diện, từ cơ cấu tổ chức, trình tự thành lập, các quyền và nghĩa vụ cơ bản của doanh nghiệp cũng như của chủ doanh nghiệp tư nhân, đặt cơ sở cho một định hướng phát triển đồng bộ, thống nhất giữa hình thức doanh nghiệp này với các loại hình kinh doanh khác.

Ngày 29/11/2005, Quốc Hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật Doanh nghiệp thay thế cho Luật Doanh nghiệp năm 1999; Luật Doanh nghiệp Nhà nước (2003) và Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam (1996) (sửa đổi, bổ sung năm 2000). Luật Doanh nghiệp (2005) ra đời thể hiện sự thống nhất trong việc điều chỉnh địa vị pháp lý của các doanh nghiệp ở Việt Nam, điều này một lần nữa khẳng định vị trí, vai trò của doanh nghiệp tư nhân bên cạnh các loại hình doanh nghiệp khác.

Về cơ bản, doanh nghiệp tư nhân là một loại hình doanh nghiệp, vì vậy trước hết, doanh nghiệp tư nhân phải là “tổ chức kinh tế có tên riêng, có tài sản, trụ sở giao dịch ổn định, được đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh” (khoản 1, Điều 4, Luật Doanh nghiệp (2005)). Bên cạnh những dấu hiệu chung để nhận biết một doanh nghiệp, doanh nghiệp tư nhân có những nét rất đặc thù mà thông qua đó có thể phân biệt được doanh nghiệp tư nhân với các doanh nghiệp khác. Để làm rõ các khía cạnh pháp lý cơ bản của doanh nghiệp tư nhân, Điều 141, Luật Doanh nghiệp (2005) định nghĩa: “Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp; doanh nghiệp tư nhân không được phát hành bất kỳ một loại chứng khoán nào; mỗi cá nhân chỉ được quyền thành lập một doanh nghiệp tư nhân”.

2. Đặc điểm pháp lý của doanh nghiệp tư nhân

a) Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ

Là một trong năm loại doanh nghiệp được điều chỉnh bởi Luật Doanh nghiệp (2005), doanh nghiệp tư nhân có những đặc điểm chung cũng như những nét riêng để phân biệt với các loại hình doanh nghiệp khác. Điểm phân biệt đầu tiên và cũng là rõ nét nhất là doanh nghiệp tư nhân chỉ do một

cá nhân làm chủ. Theo pháp luật Việt Nam, doanh nghiệp tư nhân được xếp vào nhóm các doanh nghiệp một chủ sở hữu. Các doanh nghiệp một chủ bao gồm: Các công ty nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ và doanh nghiệp tư nhân. Tuy nhiên, ngay trong nhóm các doanh nghiệp một chủ này, doanh nghiệp tư nhân cũng mang những nét khác biệt, đó là doanh nghiệp này chỉ do một cá nhân duy nhất làm chủ sở hữu. Như vậy, trong doanh nghiệp tư nhân không xuất hiện sự góp vốn giống như ở các công ty nhiều chủ sở hữu, nguồn vốn của doanh nghiệp cũng chủ yếu xuất phát từ tài sản của một cá nhân duy nhất. Từ đặc điểm này có thể thấy rằng, doanh nghiệp tư nhân bao hàm trong nó những đặc trưng nhất định giúp phân biệt loại hình doanh nghiệp tư nhân với các loại hình khác. Cụ thể:

– Thứ nhất, *về quan hệ sở hữu vốn trong doanh nghiệp*

Nguồn vốn ban đầu của doanh nghiệp tư nhân xuất phát chủ yếu từ tài sản của một cá nhân, phần vốn này sẽ do chủ doanh nghiệp tự khai báo với cơ quan đăng ký kinh doanh (gọi là vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp tư nhân) và được ghi chép đầy đủ vào sổ kế toán của doanh nghiệp. Như vậy, cá nhân chủ doanh nghiệp tư nhân sẽ đưa vào kinh doanh một số vốn nhất định trong khối tài sản thuộc sở hữu của cá nhân mình và về nguyên tắc, tài sản đưa vào kinh doanh đó là tài sản của doanh nghiệp tư nhân. Nhưng trong quá trình hoạt động, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn có quyền tăng hoặc giảm vốn đầu tư, chỉ phải khai báo với cơ quan đăng ký kinh doanh trong trường hợp giảm vốn xuống dưới mức đã đăng ký. Chính từ điều này có thể kết luận, hầu như không có giới hạn nào giữa phần vốn và tài sản đưa vào kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân và phần tài sản còn lại thuộc sở hữu của chủ doanh nghiệp. Trong mọi thời điểm, sự thay đổi về mức vốn kinh doanh đều có thể diễn ra, vì thế ranh giới giữa phần tài sản, vốn đưa vào kinh doanh và phần tài sản còn lại của chủ doanh nghiệp chỉ tồn tại một cách tạm thời. Hay nói cách khác, không có sự phân biệt rõ ràng giữa hai phần tài sản này. Điều này có ý nghĩa trong việc nhìn nhận về khối tài sản của doanh nghiệp tư nhân, khẳng định vấn đề không thể tách bạch tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân và tài sản của chính doanh nghiệp tư nhân đó.

– Thứ hai, *quan hệ sở hữu quyết định quan hệ quản lý*

Doanh nghiệp tư nhân chỉ có một chủ đầu tư duy nhất, vì vậy cá nhân duy nhất này có quyền quyết định mọi vấn đề liên quan đến tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp tư nhân. Một trong những ưu điểm của việc lựa chọn

mô hình doanh nghiệp tư nhân để kinh doanh đó là chủ doanh nghiệp tư nhân không phải chia sẻ quyền quản lý doanh nghiệp với bất cứ đối tượng nào khác. Chủ doanh nghiệp có quyền định đoạt đối với tài sản doanh nghiệp cũng như có toàn quyền quyết định việc tổ chức quản lý doanh nghiệp, để doanh nghiệp hoạt động có hiệu quả nhất. Chủ doanh nghiệp tư nhân có thể tự mình quản lý doanh nghiệp hoặc thuê người khác quản lý doanh nghiệp. Trong trường hợp thuê người quản lý, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm trước mọi hoạt động của doanh nghiệp dưới sự quản lý, điều hành của người được thuê. Giới hạn trách nhiệm được phân chia giữa chủ doanh nghiệp và người được thuê quản lý thông qua một hợp đồng. Nhưng về cơ bản, người chịu trách nhiệm trực tiếp trước pháp luật và các bên thứ ba đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp vẫn là chủ doanh nghiệp tư nhân.

Thứ ba, về phân phối lợi nhuận

Vấn đề phân chia lợi nhuận không đặt ra đối với doanh nghiệp tư nhân, bởi lẽ doanh nghiệp này chỉ có một chủ sở hữu và toàn bộ lợi nhuận thu được từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp sẽ thuộc về một mình chủ doanh nghiệp, sau khi đã thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ với nhà nước và các bên thứ ba. Đây cũng là một ưu điểm khi kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp một chủ. Người được thuê điều hành doanh nghiệp tư nhân cũng không có quyền đòi hỏi một số % nhất định trong số lợi nhuận thu được nếu điều này không được đặt ra trong hợp đồng thuê người quản lý đã ký giữa chủ doanh nghiệp và người được thuê. Tuy nhiên, việc một cá nhân duy nhất có quyền hưởng lợi nhuận cũng có nghĩa là cá nhân duy nhất đó sẽ có nghĩa vụ chịu mọi rủi ro trong kinh doanh mà không thể yêu cầu người khác gánh đỡ những rủi ro này. Đây cũng là một điểm hạn chế lớn, là nguyên nhân khiến cho không ít nhà đầu tư không muốn kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp tư nhân.

b) Doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân

Doanh nghiệp tư nhân không phải là pháp nhân. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp (2005), doanh nghiệp tư nhân là loại hình doanh nghiệp duy nhất còn lại không có tư cách pháp nhân. Trước đây, Luật Doanh nghiệp không quy định tư cách pháp nhân cho doanh nghiệp tư nhân cũng như công ty hợp danh với lý do chủ yếu liên quan đến quan hệ vốn và tài sản giữa chủ doanh nghiệp tư nhân; các thành viên hợp danh và doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân cũng như công ty hợp danh không có sự độc lập về tài sản.

Tiêu chuẩn đầu tiên để xét tính độc lập về tài sản của một doanh nghiệp là tài sản của doanh nghiệp đó phải độc lập trong quan hệ với tài sản của chủ doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân không thoả mãn tiêu chuẩn quan trọng này, vì thế nó không thoả mãn một trong các điều kiện cơ bản để có được tư cách pháp nhân. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp (2005) đã quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân trong khi sự tách bạch, độc lập về mặt tài sản của công ty với tài sản của các thành viên hợp danh vẫn chưa xác định được. Hiện tại, chỉ còn doanh nghiệp tư nhân là loại hình doanh nghiệp không có tư cách pháp nhân. Việc không phải là pháp nhân, doanh nghiệp tư nhân cũng gặp phải một số khó khăn nhất định và bị hạn chế ít nhiều trong hoạt động thương mại dưới sự điều chỉnh của pháp luật hiện hành.

c) Chủ doanh nghiệp tư nhân chịu trách nhiệm vô hạn trước mọi khoản nợ phát sinh trong quá trình hoạt động của doanh nghiệp tư nhân

Đối với chủ doanh nghiệp tư nhân, do tính chất độc lập về tài sản của doanh nghiệp không có nên chủ doanh nghiệp tư nhân – người chịu trách nhiệm duy nhất trước mọi rủi ro của doanh nghiệp – sẽ phải chịu chế độ trách nhiệm vô hạn. Chủ doanh nghiệp tư nhân không chỉ chịu trách nhiệm về hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp trong phạm vi phần vốn đầu tư đã đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh mà phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình trong trường hợp phần vốn đầu tư đã đăng ký không đủ để trang trải các khoản nợ của doanh nghiệp tư nhân. Một doanh nghiệp tư nhân không có khả năng thanh toán nợ đến hạn và lâm vào tình trạng phá sản thì tất cả những tài sản thuộc sở hữu của chủ doanh nghiệp tư nhân đều nằm trong diện tài sản phá sản của doanh nghiệp. Chính vì đặc trưng pháp lý cơ bản này mà bên cạnh những hạn chế do không có tư cách pháp nhân, doanh nghiệp tư nhân còn phải chịu một số hạn chế khác, như không được phát hành bất kỳ một loại chứng khoán nào và chủ doanh nghiệp tư nhân chỉ được thành lập duy nhất một doanh nghiệp tư nhân và cho đến khi nào doanh nghiệp tư nhân đã được thành lập đó vẫn còn tồn tại thì cá nhân chủ doanh nghiệp tư nhân không được thành lập thêm một doanh nghiệp tư nhân khác.

3. Quy chế pháp lý về hình thành và chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp tư nhân

a) Đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân

– Điều kiện đăng ký kinh doanh

Theo quy định của pháp luật hiện hành, để một doanh nghiệp tư nhân được đăng ký kinh doanh, cần hội đủ những điều kiện nhất định, Cụ thể:

+ Điều kiện về chủ thể.

Xuất phát từ việc doanh nghiệp tư nhân do một cá nhân duy nhất làm chủ, cá nhân này chính là người trực tiếp thành lập và quản lý doanh nghiệp tư nhân, cho nên, điều kiện để trở thành chủ doanh nghiệp tư nhân cũng chính là các điều kiện được quy định tại Điều 13, Luật Doanh nghiệp (2005). Theo đó, một số cá nhân sau đây không thể trở thành chủ doanh nghiệp tư nhân:

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

- * Sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong các cơ quan, đơn vị trực thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân;

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

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

- * Người đang chấp hành hình phạt tù hoặc đang bị tòa án cấm hành nghề kinh doanh;

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

+ Điều kiện về vốn.

Trước đây, theo quy định của Luật Doanh nghiệp tư nhân (1990) thì vốn pháp định là một điều kiện bắt buộc cho mỗi chủ thể đầu tư khi muốn thành lập doanh nghiệp tư nhân. Luật Doanh nghiệp (1999) đã bỏ quy định về vốn pháp định như một điều kiện để thành lập doanh nghiệp tư nhân, trừ một số doanh nghiệp đăng ký kinh doanh trong những ngành nghề mang tính chất đặc thù thuộc danh mục phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định. Luật Doanh nghiệp (2005), về nguyên tắc vẫn không quy định vốn pháp định đối với tất cả các ngành nghề kinh doanh, trừ một số ngành nghề đặc biệt.

Như vậy, để thành lập một doanh nghiệp tư nhân, chủ đầu tư không phải đáp ứng điều kiện bắt buộc về một số vốn tối thiểu phải có nếu doanh nghiệp không đăng ký kinh doanh trong những ngành nghề thuộc danh mục phải có vốn pháp định. Tuy nhiên, đã là đăng ký để thực hiện hoạt động kinh doanh thì phải có vốn. Vốn ban đầu của doanh nghiệp tư nhân sẽ do chủ doanh nghiệp tư nhân tự khai và chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền tăng hoặc giảm số vốn ban đầu.

+ Các điều kiện khác.

Ngoài hai điều kiện quan trọng gồm điều kiện về chủ thể có quyền thành lập doanh nghiệp và điều kiện về vốn, các điều kiện khác như: Điều kiện về ngành nghề kinh doanh, điều kiện về tên doanh nghiệp... cũng đóng góp không nhỏ để làm căn cứ xét tính hợp pháp của việc đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp tư nhân.

Thứ nhất, với điều kiện về ngành nghề kinh doanh.

Đối với điều kiện về ngành nghề kinh doanh, pháp luật quy định, doanh nghiệp được kinh doanh trong tất cả các ngành nghề mà pháp luật không cấm. Về cơ bản, ngành nghề kinh doanh được chia theo các nhóm: Nhóm ngành nghề kinh doanh tự do, nhóm ngành nghề kinh doanh có điều kiện (phải có chứng chỉ hành nghề hoặc giấy phép hành nghề) và nhóm ngành nghề kinh doanh bị cấm. Như vậy, chủ đầu tư có thể lựa chọn bất cứ ngành nghề nào nằm ngoài nhóm ngành nghề bị cấm kinh doanh, đặc biệt đối với những ngành nghề kinh doanh có điều kiện thì việc chọn ngành nghề kinh doanh được coi là hợp pháp khi chủ đầu tư đáp ứng đầy đủ các yêu cầu của pháp luật liên quan đến ngành nghề đó.

Thứ hai, điều kiện về tên doanh nghiệp.

Với điều kiện về tên doanh nghiệp, khoản 1, khoản 2, Điều 31, Luật Doanh nghiệp (2005) quy định: Tên doanh nghiệp phải được viết bằng tiếng Việt và có thể kèm theo chữ số và ký hiệu, phải phát âm được và có ít nhất hai thành tố: loại hình doanh nghiệp và tên riêng. Như vậy, với quy định này, tên của tất cả các doanh nghiệp tư nhân đều phải kèm theo cụm từ “Doanh nghiệp tư nhân”. Ngoài ra, pháp luật còn nêu ra một số trường hợp cấm trong khi lựa chọn tên cho doanh nghiệp như: Không được đặt tên trùng hoặc tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký; không được sử dụng tên cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân, tên của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị – xã hội để làm toàn bộ hoặc một phần tên riêng của doanh nghiệp, trừ trường hợp có sự chấp thuận của cơ quan, đơn vị hoặc tổ chức đó; không được sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc để đặt tên riêng cho doanh nghiệp. Ngoài ra, pháp luật cũng cho phép các doanh nghiệp được dịch tên doanh nghiệp sang tiếng nước ngoài hoặc viết tắt, tuy nhiên trong mọi trường hợp vẫn phải thể hiện đầy đủ tên doanh nghiệp bằng tiếng Việt trên biển hiệu của doanh nghiệp.

- Thủ tục đăng ký kinh doanh

Với tư cách là một trong những loại hình doanh nghiệp được điều chỉnh bởi Luật Doanh nghiệp (2005), doanh nghiệp tư nhân cũng phải tuân theo quy trình, cách thức, các bước giống như việc đăng ký kinh doanh cho các loại hình công ty.

Nhìn từ phía chủ đầu tư, các bước tiến hành đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp tư nhân sẽ bao gồm các bước sau:

+ Nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh tới cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền. Hồ sơ đăng ký kinh doanh phải có đầy đủ các giấy tờ theo quy định của pháp luật (bao gồm: giấy đề nghị đăng ký kinh doanh theo mẫu thống nhất; bản sao giấy chứng minh nhân dân, hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác; văn bản xác nhận phần vốn pháp định của doanh nghiệp nếu kinh doanh trong những ngành nghề yêu cầu có vốn pháp định; chứng chỉ hành nghề của chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc giám đốc doanh nghiệp);

+ Nộp lệ phí đăng ký kinh doanh;

+ Bổ sung và hoàn tất hồ sơ nếu thiếu sót hoặc chưa đầy đủ;

+ Chậm nhất là 30 ngày, kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, phải công bố sự ra đời của doanh nghiệp tư nhân trên các báo hàng ngày của Trung ương và địa phương trong ba số liên tiếp với nội dung theo pháp luật quy định.

Nhìn từ phía các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp tư nhân, việc trả lời từ chối cấp hoặc quyết định cấp chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp bao gồm các bước sau:

+ Nhận hồ sơ đăng ký kinh doanh;

+ Xem xét tính hợp lệ của hồ sơ và các điều kiện đăng ký kinh doanh;

+ Cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp; hoặc thông báo bằng văn bản nêu rõ lý do từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp tư nhân có quyền đăng ký bổ sung, thay đổi ngành nghề kinh doanh, thay đổi địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp, thay đổi tên doanh nghiệp, đăng ký thay đổi vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân cũng có quyền được đăng ký lập chi nhánh, văn phòng đại diện của mình theo quy định của pháp luật.

Sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp tư nhân có quyền hoạt động kinh doanh một cách hợp pháp.

b) Chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp tư nhân

– Giải thể doanh nghiệp tư nhân

Với tư cách là một loại hình doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, doanh nghiệp tư nhân cũng có cùng một quy chế giải thể chung với các loại hình doanh nghiệp khác như công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần và công ty hợp danh. Tuy nhiên, ngoài những quy định chung, xét riêng đối với doanh nghiệp tư nhân, quy chế giải thể cũng có một số điểm khác biệt:

Theo Điều 157, Luật Doanh nghiệp (2005), doanh nghiệp tư nhân giải thể theo các trường hợp sau đây:

Thứ nhất, theo quyết định của chủ doanh nghiệp tư nhân.

Có thể coi đây là trường hợp giải thể tự nguyện. Với quy định này, Luật Doanh nghiệp trao cho chủ doanh nghiệp tư nhân được quyết định việc có giải thể doanh nghiệp hay không, có nghĩa là lý do giải thể ở đây sẽ phụ thuộc vào ý chí và sự lựa chọn rộng rãi của chủ doanh nghiệp tư nhân. Như vậy, chủ doanh nghiệp tư nhân có thể giải thể doanh nghiệp với bất cứ lý do gì, khi cho rằng sự tồn tại của doanh nghiệp tư nhân là không còn có lợi... Điều này cũng đảm bảo được một cách cao hơn quyền tự do kinh doanh và sở hữu doanh nghiệp của các nhà đầu tư.

Thứ 2, bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Luật Doanh nghiệp quy định trường hợp giải thể bắt buộc đối với doanh nghiệp tư nhân, khi doanh nghiệp tư nhân bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Việc quy định này xuất phát từ việc đảm bảo tính pháp chế tuyệt đối trong việc áp dụng luật. Theo Luật Doanh nghiệp, để thành lập doanh nghiệp tư nhân, người thành lập phải làm hồ sơ đăng ký kinh doanh và nộp cho cơ quan đăng ký kinh doanh, đồng thời phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh. Nội dung của giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh bao gồm những yếu tố cấu thành nên một doanh nghiệp tư nhân như: Tên chủ doanh nghiệp, số vốn đăng ký, thời hạn hoạt động, ngành nghề và phạm vi kinh doanh v.v... Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh chính là loại giấy tờ quan trọng nhất của doanh nghiệp, có được loại giấy này chứng tỏ Nhà nước đã công nhận doanh nghiệp tư nhân là một chủ thể kinh doanh và có thẩm quyền kinh tế. Nói

cách khác, giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh chứng minh tính hợp pháp hay bất hợp pháp của hoạt động kinh doanh do doanh nghiệp tư nhân tiến hành. Có thể coi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh chính là tấm giấy “thông hành” để doanh nghiệp tư nhân có thể tiến hành các hoạt động của mình, xác lập các quan hệ với nhà nước và với các chủ thể khác trong giao dịch. Bị thu hồi giấy chứng nhận kinh doanh cũng có nghĩa là Nhà nước rút lại sự công nhận tư cách chủ thể kinh doanh đối với doanh nghiệp tư nhân. Lúc này, doanh nghiệp tư nhân không còn thẩm quyền kinh tế, nghĩa là không còn được tiến hành các hoạt động kinh doanh, mục đích của việc thành lập doanh nghiệp không có cơ hội để thực hiện nữa. Vì vậy, sự tồn tại của doanh nghiệp này cũng không còn ý nghĩa.

Điều 158, Luật Doanh nghiệp (2005) quy định rất rõ về thủ tục giải thể doanh nghiệp, trong đó có doanh nghiệp tư nhân. Cụ thể, thủ tục giải thể doanh nghiệp tư nhân gồm có ba bước:

Bước 1: Chủ doanh nghiệp tư nhân quyết định giải thể doanh nghiệp.

Bước 2: Chủ doanh nghiệp trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp.

Bước 3: Trong thời hạn 7 ngày làm việc, phải tiến hành gửi quyết định giải thể đến cơ quan đăng ký kinh doanh và thông báo giải thể đến tất cả những người có quyền và lợi ích liên quan, các chủ nợ của doanh nghiệp (kèm theo phương án giải quyết nợ), tiến hành thông báo công khai về việc giải thể thông qua việc niêm yết quyết định giải thể tại trụ sở chính của doanh nghiệp và đăng báo địa phương hoặc Trung ương trong ba số liên tiếp (nếu pháp luật quy định phải đăng báo).

Bước 4: Trong thời hạn 7 ngày kể từ sau khi thực hiện xong nghĩa vụ trả nợ của doanh nghiệp, người đại diện cho doanh nghiệp phải gửi hồ sơ về giải thể doanh nghiệp tư nhân đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ về giải thể doanh nghiệp, cơ quan đăng ký kinh doanh phải xóa tên doanh nghiệp tư nhân đó trong sổ đăng ký kinh doanh. Đây là hành vi pháp lý cuối cùng chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp tư nhân với tư cách là một doanh nghiệp.

– *Phá sản doanh nghiệp tư nhân*

Doanh nghiệp tư nhân lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp kinh doanh thua lỗ kéo dài đến mức không trả được các khoản nợ đến hạn. Doanh nghiệp tư nhân là một trong những đối tượng áp dụng của Luật Phá sản doanh nghiệp, Luật Hợp tác xã (2004), vì thế khi doanh nghiệp tư nhân lâm

vào tình trạng phá sản, nó sẽ được áp dụng các quy định của Luật Phá sản doanh nghiệp, Luật Hợp tác xã (2004) để giải quyết việc thanh toán nợ với các chủ nợ, doanh nghiệp tư nhân có những lợi ích nhất định, đó là việc chủ doanh nghiệp tư nhân sẽ thanh toán các khoản nợ theo quy định của pháp luật phá sản cho đến hết tài sản hiện có của chủ doanh nghiệp. Sau khi thủ tục phá sản chấm dứt, tùy từng trường hợp theo quy định của pháp luật phá sản, chủ doanh nghiệp tư nhân có nghĩa vụ với các khoản nợ còn chưa thanh toán hết với các chủ nợ.

4. Quyền và nghĩa vụ cơ bản của doanh nghiệp tư nhân

a) Quyền của doanh nghiệp tư nhân

Doanh nghiệp tư nhân là một doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 1999, chính vì thế nó được hưởng những quyền pháp lý chung giống với mọi doanh nghiệp khác như: Các công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh. Tuy nhiên, mỗi quyền pháp lý chung ấy, khi xét ở từng góc độ của từng loại hình doanh nghiệp khác nhau lại có những đóng góp đặc thù cho sự phát triển của loại hình doanh nghiệp cụ thể đó. Với doanh nghiệp tư nhân cũng như vậy, các quyền chung của doanh nghiệp được áp dụng đối với doanh nghiệp tư nhân như sau:

Thứ nhất, doanh nghiệp tư nhân có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp (khoản 8, Điều 8, Luật Doanh nghiệp (2005)).

Đây là quyền đầu tiên và cũng là quyền cơ bản nhất của doanh nghiệp tư nhân. Không giống như các loại hình công ty như công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân chỉ có một chủ duy nhất. Tài sản của doanh nghiệp không được hợp thành từ tài sản góp vốn của các thành viên như ở hình thức công ty, tài sản của doanh nghiệp tư nhân chính là tài sản của cá nhân chủ doanh nghiệp. Do đó, so với các hình thức công ty, tài sản của doanh nghiệp tư nhân khó tách bạch với tài sản dân sự của chủ doanh nghiệp tư nhân. Đồng thời, vốn của doanh nghiệp tư nhân là do chủ doanh nghiệp tư nhân tự khai và chủ doanh nghiệp có quyền tự tăng giảm vốn đầu tư mà không phải khai báo với cơ quan đăng ký kinh doanh, trừ trường hợp giảm vốn đầu tư xuống dưới mức đã đăng ký. Vì vậy, tài sản của doanh nghiệp tư nhân tại một thời điểm nhất định phụ thuộc hoàn toàn vào hành vi của chủ doanh nghiệp tư nhân. Khái niệm “tài sản của doanh nghiệp” đối với trường hợp doanh nghiệp tư nhân cũng có thể hiểu đó là tài sản đưa vào kinh doanh của chủ doanh nghiệp tư

nhân. Có thể nói, do chế độ trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp đối với những hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân nên không có giới hạn giữa tài sản của chủ doanh nghiệp và tài sản của doanh nghiệp tư nhân. Nói cách khác, có thể hiểu, khối tài sản riêng của doanh nghiệp tư nhân cũng vẫn có thể tồn tại nhưng là trong một khoảng thời gian nhất định và phụ thuộc hoàn toàn vào chủ doanh nghiệp tư nhân. Về nguyên tắc, doanh nghiệp tư nhân sẽ có toàn quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt khối tài sản của doanh nghiệp, nhưng trên thực tế, chỉ có chủ doanh nghiệp tư nhân mới có đủ điều kiện, khả năng để thực hiện quyền này.

Tuy nhiên, việc trao cho doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng quyền chủ sở hữu đối với tài sản của chính mình là một trong những quy định của Luật Doanh nghiệp (2005), tạo điều kiện cho các loại hình doanh nghiệp hoạt động có hiệu quả trong nền kinh tế thị trường trên cơ sở tự quyết, linh hoạt đối với việc sử dụng vốn.

Thứ hai, doanh nghiệp tư nhân có quyền chủ động lựa chọn ngành nghề, địa bàn đầu tư, hình thức đầu tư, chủ động mở rộng quy mô và ngành nghề kinh doanh. Đồng thời, doanh nghiệp tư nhân có quyền chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng (khoản 1, 3, Điều 8, Luật Doanh nghiệp (2005)).

Quyền này xuất phát từ nguyên tắc tự do kinh doanh: doanh nghiệp tư nhân sau khi được thừa nhận về mặt pháp lý, trở thành chủ thể kinh doanh độc lập sẽ có quyền kinh doanh đúng với ngành nghề đã đăng ký – đó có thể là bất cứ ngành nghề gì, thuộc bất cứ lĩnh vực nào không thuộc danh mục ngành nghề lĩnh vực pháp luật cấm kinh doanh. Sự lựa chọn hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của chủ doanh nghiệp tư nhân. Chủ doanh nghiệp tư nhân sẽ dựa trên khả năng của chính mình, quy mô kinh doanh, nhu cầu của thị trường để quyết định các phương hướng đầu tư, kinh doanh. Việc kinh doanh ngành nghề gì, kinh doanh như thế nào không nhất thiết phụ thuộc vào ý chí chủ quan ban đầu (ở thời điểm đăng ký kinh doanh) của chủ doanh nghiệp. Việc thay đổi ngành nghề kinh doanh được pháp luật chấp nhận ở bất kỳ thời điểm nào và cũng hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí chủ quan của chủ doanh nghiệp.

Doanh nghiệp tư nhân còn có một quyền cơ bản nữa, đó là quyền được góp vốn vào các doanh nghiệp khác, quyền liên doanh, liên kết. Tuy nhiên, đối với một loại hình doanh nghiệp không có khối tài sản độc lập thì việc góp vốn vào doanh nghiệp khác cũng là một vấn đề không phải đơn giản.

Doanh nghiệp tư nhân có quyền tự mình tìm kiếm khách hàng và ký kết hợp đồng, nghĩa là được tự quyết định xem ai sẽ là đối tác của mình trên thương trường. Đây cũng là một trong những công cụ để một loại hình doanh nghiệp một chủ như doanh nghiệp tư nhân có thể có chỗ đứng, tồn tại được trong môi trường kinh doanh mà cạnh tranh chính là động lực chủ yếu của sự phát triển. Trong môi trường đó, buộc chủ doanh nghiệp tư nhân phải tìm kiếm những nơi đầu tư có tương lai, những đối tác làm ăn có lợi. Nhà nước không can thiệp vào việc doanh nghiệp tư nhân quan hệ với những đối tác nào, quan hệ ra sao nếu như những quan hệ ấy không nằm ngoài những gì pháp luật cho phép.

Thứ ba, *doanh nghiệp tư nhân có quyền chọn lựa hình thức và cách thức huy động vốn (khoản 2, Điều 8, Luật Doanh nghiệp (2005)).*

Yếu tố vốn đóng một vai trò rất quan trọng đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp nói chung, ngay cả đối với những loại hình doanh nghiệp một chủ vốn cũng là một thứ không thể thiếu. Tình trạng thiếu vốn chính là đặc điểm thường thấy của doanh nghiệp tư nhân vì vốn của doanh nghiệp có nguồn từ tài sản của một cá nhân duy nhất. Luật Doanh nghiệp (2005) cho phép doanh nghiệp được lựa chọn những hình thức, cách thức huy động vốn linh hoạt và quyền này do chủ doanh nghiệp thực hiện.

Thứ tư, *doanh nghiệp tư nhân có quyền kinh doanh xuất khẩu và nhập khẩu (khoản 4, Điều 8, Luật Doanh nghiệp (2005)).*

Luật Doanh nghiệp (2005) đã quy định cho doanh nghiệp nói chung quyền kinh doanh xuất khẩu và nhập khẩu như một quyền đương nhiên của mọi doanh nghiệp chứ không phải là quyền riêng của các doanh nghiệp kinh doanh xuất nhập khẩu như trước đây, doanh nghiệp được tự mình quyết định các phương án xuất nhập hàng hoá, dịch vụ của mình mà không cần bất cứ một loại giấy phép xuất nhập khẩu nào. Như vậy, với tư cách là một doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, doanh nghiệp tư nhân cũng đương nhiên có quyền này. Trong bối cảnh chung đó, doanh nghiệp tư nhân khi có trong tay quyền kinh doanh xuất nhập khẩu cũng hoàn toàn có thể sử dụng quyền này như một công cụ để cạnh tranh với các loại hình doanh nghiệp khác trên thị trường. Xét ở một khía cạnh nào đó, khi pháp luật càng mở rộng các quyền của doanh nghiệp thì doanh nghiệp nào phát huy được sự sáng tạo khi thực hiện những quyền của mình, doanh nghiệp đó chính là doanh nghiệp có lợi thế cạnh tranh nhất, đối với doanh nghiệp tư nhân, luôn đòi hỏi chủ doanh nghiệp phát huy sáng tạo tối đa trong hoạt động kinh doanh.

Thứ năm, doanh nghiệp tư nhân có quyền tuyển, thuê và sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh; tự chủ kinh doanh, chủ động áp dụng phương thức quản lý khoa học hiện đại để nâng cao hiệu quả và khả năng cạnh tranh (khoản 5 và 6, Điều 8, Luật Doanh nghiệp).

Đây là nhóm quyền tiếp theo của doanh nghiệp tư nhân thể hiện rõ hơn nữa quyền tự do kinh doanh, tự quyết mọi vấn đề phục vụ cho hoạt động kinh doanh.

Thứ sáu, doanh nghiệp tư nhân có quyền từ chối và tố cáo mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định của bất kỳ cá nhân, cơ quan hay tổ chức nào, trừ những khoản tự nguyện đóng góp vì mục đích nhân đạo và công ích; ngoài ra, còn có quyền khiếu nại, tố cáo và trực tiếp hoặc thông qua người đại diện để tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật (khoản 9, 10, 11, Điều 8, Luật Doanh nghiệp).

Luật Doanh nghiệp (2005) đã thể hiện sự đổi mới thông qua việc nâng cao tính tự chủ của các doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng trong quá trình hoạt động kinh doanh, tránh được các tác động không có lợi từ bên ngoài. Bằng quy định trong các khoản 9, 10, 11, Điều 8, Luật Doanh nghiệp (2005) đã nâng cao tính tự chủ của doanh nghiệp tư nhân trong việc tự mình hạn chế sự can thiệp quan liêu, tiêu cực tới chính hoạt động của doanh nghiệp, hạn chế đến mức tối đa sự “sách nhiễu” của các cơ quan chức năng, những người có thế lực đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Như vậy, về cơ bản, doanh nghiệp tư nhân có tất cả các quyền của một doanh nghiệp, ngoài ra, nó còn có những quyền đặc thù góp phần làm cho doanh nghiệp tư nhân trở thành một loại hình doanh nghiệp đặc biệt. Những quyền đặc thù này được pháp luật quy định trực tiếp cho chủ doanh nghiệp tư nhân. Xét một số quyền đặc thù của doanh nghiệp tư nhân, bao gồm:

Thứ nhất, quyền cho thuê doanh nghiệp tư nhân. Điều 144, Luật Doanh nghiệp quy định về quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp tư nhân của chủ doanh nghiệp tư nhân. Cho thuê doanh nghiệp được hiểu là chủ doanh nghiệp tư nhân chuyển quyền sử dụng doanh nghiệp do mình đăng ký kinh doanh cho người khác sử dụng trong một thời gian nhất định. Việc cho thuê toàn bộ doanh nghiệp khác với việc cho thuê một vài tài sản của doanh nghiệp (như trụ sở doanh nghiệp, cơ sở vật chất của doanh nghiệp). Trong quan hệ thuê doanh nghiệp, người đi thuê không chỉ được sử dụng tài sản hữu hình của doanh nghiệp mà còn có thể sử dụng những tài sản vô hình

khác như tên doanh nghiệp, thương hiệu (nếu có), uy tín trên thị trường hoặc hệ thống khách hàng của doanh nghiệp. Tuy nhiên, việc người thuê sử dụng những tài sản trên như thế nào phụ thuộc vào những thoả thuận hợp đồng thuê giữa chủ doanh nghiệp tư nhân và người thuê. Việc cho thuê doanh nghiệp không làm chấm dứt tư cách pháp lý của doanh nghiệp đó, cũng không làm thay đổi chủ sở hữu của doanh nghiệp, chính vì thế, pháp luật yêu cầu, trong thời gian cho thuê, chủ doanh nghiệp tư nhân đã đăng ký vẫn phải chịu trách nhiệm trực tiếp trước pháp luật và các bên thứ ba đối với các hoạt động của doanh nghiệp với tư cách chủ sở hữu duy nhất của doanh nghiệp. Mỗi quan hệ giữa chủ doanh nghiệp tư nhân và người thuê doanh nghiệp tư nhân là mối quan hệ thiết lập trên cơ sở hợp đồng cho thuê. Trong hợp đồng này phân chia quyền và nghĩa vụ của người cho thuê và người thuê, thoả thuận phân chia này sẽ xác định giới hạn trách nhiệm của các bên đối với những rủi ro trong quá trình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân cho thuê. Khi thực hiện quyền cho thuê doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp tư nhân phải có nghĩa vụ báo cáo bằng văn bản kèm theo bản sao hợp đồng cho thuê có công chứng đến cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế. Việc báo cáo với cơ quan thuế và cơ quan đăng ký kinh doanh không đồng nghĩa với việc chuyển giao trách nhiệm đối với hoạt động của doanh nghiệp cho người thuê mà trong mọi trường hợp, trong thời gian cho thuê, trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn tồn tại đối với mọi hoạt động của doanh nghiệp.

Thứ hai, quyền bán doanh nghiệp tư nhân. Điều 145, Luật Doanh nghiệp cho phép chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Việc bán toàn bộ doanh nghiệp tư nhân được hiểu là việc chuyển giao quyền sở hữu doanh nghiệp tư nhân cho người khác, cũng giống như với việc cho thuê doanh nghiệp, bán doanh nghiệp cũng bao gồm việc bán các tài sản và các giá trị khác của doanh nghiệp tư nhân (không giới hạn ở những giá trị hữu hình). Tuy nhiên, bán doanh nghiệp tư nhân không có nghĩa là sau khi hoàn tất thủ tục mua bán, bên mua có thể sử dụng tư cách pháp lý của doanh nghiệp tư nhân đã mua để tiến hành các hoạt động kinh doanh. Bên mua phải đăng ký kinh doanh lại để hoạt động kinh doanh trên cơ sở doanh nghiệp tư nhân đã mua. Pháp luật không quy định các điều kiện của người mua doanh nghiệp tư nhân, điều này dẫn tới hậu quả là sẽ có những người có khả năng về tài chính mua doanh nghiệp nhưng lại không có đủ điều kiện theo luật định (nằm trong những trường hợp cấm thành lập, quản lý doanh nghiệp quy định tại Điều 13, Luật Doanh nghiệp), như vậy,

người mua không nhất thiết phải thực hiện mục đích kinh doanh bằng cơ sở doanh nghiệp tư nhân sẵn có. Điều này cũng đồng nghĩa với việc hiểu bán doanh nghiệp tư nhân thực chất chỉ là chuyển nhượng các tài sản của doanh nghiệp mà không chuyển nhượng tư cách pháp lý. Pháp luật yêu cầu chủ doanh nghiệp tư nhân phải thông báo cho cơ quan đăng ký kinh doanh trước ít nhất 15 ngày trước ngày chuyển giao doanh nghiệp cho người khác. Kể từ ngày bán doanh nghiệp tư nhân, coi như doanh nghiệp tư nhân này chấm dứt tồn tại, mặc dù sau đó, người mua vẫn có thể đăng ký kinh doanh lại với tên doanh nghiệp và toàn bộ cơ sở vật chất đã có của doanh nghiệp tư nhân cũ. Tuy nhiên, sự chấm dứt tồn tại thông qua một hợp đồng mua bán làm phát sinh một số nghĩa vụ đối với chủ doanh nghiệp tư nhân. Chủ doanh nghiệp bán doanh nghiệp cho người khác, nhưng về nguyên tắc, chủ doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm về tất cả các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác mà doanh nghiệp chưa thực hiện. Người bán doanh nghiệp có thể thoả thuận để người mua chịu nốt phần trách nhiệm còn lại đối với các khoản nợ cũ của doanh nghiệp, nhưng, người chịu trách nhiệm trực tiếp trước pháp luật và bên thứ ba vẫn là chủ doanh nghiệp tư nhân cũ. Đối với người mua doanh nghiệp tư nhân, nếu sau khi mua, người mua đã tiến hành đăng ký kinh doanh lại cho doanh nghiệp tư nhân với tư cách chủ doanh nghiệp là chính mình thì doanh nghiệp này, về mặt pháp lý, không còn là doanh nghiệp tư nhân trước khi bán nữa, mặc dù có thể doanh nghiệp này lấy tên và trụ sở cũng như toàn bộ cơ sở vật chất của doanh nghiệp tư nhân cũ.

Thứ ba, quyền tạm ngừng hoạt động kinh doanh. Theo Điều 156, Luật Doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền tạm ngừng hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Lý do tạm ngừng hoạt động phụ thuộc vào chủ doanh nghiệp tư nhân, pháp luật không quy định những trường hợp tạm ngừng. Tuy nhiên, việc tạm ngừng hoạt động kinh doanh không có nghĩa là chủ doanh nghiệp tư nhân được hoãn lại các nghĩa vụ phải thực hiện với Nhà nước như nộp thuế hoặc với các bên thứ ba. Pháp luật cho phép chủ doanh nghiệp tư nhân tạm ngừng hoạt động kinh doanh của mình và việc làm này được coi là hợp pháp nếu như chủ doanh nghiệp tư nhân báo cáo với cơ quan đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế bằng văn bản về việc tạm ngừng kinh doanh 15 ngày trước khi tạm ngừng kinh doanh. Tính hợp pháp của hành vi tạm ngừng kinh doanh không làm cho chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền đơn phương tạm ngừng thực hiện các hợp đồng đã ký với các đối tác trong kinh doanh trừ trường hợp giữa chủ doanh nghiệp và các chủ thể khác của

hợp đồng có thoả thuận về việc tạm ngừng thực hiện hợp đồng. Trong thời gian tạm ngừng kinh doanh, doanh nghiệp tư nhân sẽ không có doanh thu và đương nhiên, nếu hành vi tạm ngừng là hợp pháp thì đây không phải là điều kiện để xét tình trạng phá sản của doanh nghiệp tư nhân.

b) Nghĩa vụ của doanh nghiệp tư nhân

Cũng giống như khi nghiên cứu về quyền của doanh nghiệp tư nhân, nghĩa vụ của doanh nghiệp tư nhân cũng là nghĩa vụ chung của tất cả các loại hình doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp (2005). Theo Điều 9, Luật Doanh nghiệp (2005), doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng có ít nhất là bảy nghĩa vụ cụ thể và các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật. Nói về nghĩa vụ của doanh nghiệp, ngay từ Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân đã hình thành một hệ thống các nghĩa vụ thống nhất, trong đó doanh nghiệp trước hết phải đảm bảo việc kinh doanh đúng ngành nghề đã ghi trong giấy phép; bảo đảm chất lượng hàng hoá theo tiêu chuẩn đã đăng ký; bảo đảm các nghĩa vụ thuế, các nghĩa vụ khác với Nhà nước; ghi chép sổ sách kế toán, quyết toán theo quy định của pháp luật. Ngoài ra, các doanh nghiệp còn có nghĩa vụ ưu tiên sử dụng lao động trong nước, tôn trọng các quyền được pháp luật trao cho người lao động. Luật Doanh nghiệp 1999, khi quy định các nghĩa vụ cho doanh nghiệp vẫn dựa trên hệ thống trên, đồng thời quy định những điểm mới, những điểm khác biệt với những quy định cũ.

Ngoài những nghĩa vụ cơ bản như trên, Luật Doanh nghiệp 1999 còn quy định cho các doanh nghiệp, trong đó có doanh nghiệp tư nhân nghĩa vụ kê khai và định kỳ báo cáo chính xác, đầy đủ các thông tin về doanh nghiệp và tình hình tài chính của doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh; khi phát hiện các thông tin đã kê khai hoặc báo cáo là không chính xác, không đầy đủ hoặc giả mạo thì phải kịp thời hiệu đính lại các thông tin đó với cơ quan đăng ký kinh doanh. Quy định này về bản chất khác hẳn với quy định yêu cầu các doanh nghiệp phải chịu sự kiểm tra của cơ quan tài chính trong Luật Công ty 1990. Chịu sự kiểm tra của các cơ quan tài chính là một nghĩa vụ thụ động của doanh nghiệp, buộc doanh nghiệp bất cứ lúc nào được yêu cầu kiểm tra là phải đáp ứng, còn quy định buộc doanh nghiệp phải công khai tình hình tài chính với cơ quan có thẩm quyền bằng cách định kỳ kê khai và báo cáo một cách trung thực nhất các sự kiện tài chính của doanh nghiệp mình lại là nghĩa vụ tự vận động của doanh nghiệp, nếu hoàn thành, làm đúng sẽ không bị bó buộc vào bất cứ yêu cầu nào của bất cứ cá nhân hay tổ chức nào.

Luật Doanh nghiệp (2005) vẫn giữ nguyên các quy định về nghĩa vụ của doanh nghiệp trong Luật Doanh nghiệp 1999.

Nằm trong hệ thống các doanh nghiệp thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Doanh nghiệp, doanh nghiệp tư nhân đương nhiên cũng phải tuyệt đối tuân thủ những nghĩa vụ nói trên.

II — HỘ KINH DOANH

1. Khái quát về hộ kinh doanh

a) Lược sử phát triển các quy định pháp luật về hộ kinh doanh

Hộ kinh doanh lần đầu tiên được ghi nhận tại Nghị định số 27/HĐBT ngày 09/3/1988 (với tên gọi là hộ tiểu chủ, hộ tiểu thủ sản xuất công nghiệp). Theo văn bản này, các đơn vị kinh tế cá thể, kinh tế tư doanh là các đơn vị kinh tế tự quản có tư liệu sản xuất và các nguồn vốn khác, tự quyết định mọi vấn đề sản xuất kinh doanh, tự chịu trách nhiệm về thu nhập, lỗ lãi. Đến cuối năm 1990, đường lối của Đảng về phát triển kinh tế tư nhân đã được luật hóa với hai đạo luật được ban hành là Luật Công ty (1990) và Luật Doanh nghiệp tư nhân (1990). Để điều chỉnh tổ chức và hoạt động của các chủ thể kinh doanh nhỏ trong điều kiện mới, Hội đồng Bộ trưởng (nay là Chính phủ) đã ban hành Nghị định số 66/HĐBT ngày 02/03/1992 quy định về cá nhân và nhóm kinh doanh dưới vốn pháp định. Theo Nghị định số 66/HĐBT, cá nhân và nhóm kinh doanh (gọi chung là người kinh doanh), có vốn thấp hơn vốn pháp định được quy định tại Nghị định số 221/HĐBT ngày 23/7/1991 (quy định về mức vốn pháp định của doanh nghiệp tư nhân trong các ngành nghề khác nhau): vốn pháp định là căn cứ cơ bản để phân chia và phân biệt cá nhân, nhóm kinh doanh với doanh nghiệp tư nhân và công ty. Tuy nhiên, trên thực tế, ranh giới để phân định cá nhân, nhóm kinh doanh với doanh nghiệp tư nhân và công ty là không rõ ràng và không có hiệu lực thực tế. Theo khảo sát của Viện nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương (Bộ Kế hoạch và Đầu tư), phần lớn người kinh doanh được khảo sát thời gian này có mức vốn kinh doanh của chủ sở hữu cao hơn mức vốn pháp định quy định cho doanh nghiệp tư nhân trong cùng ngành nghề²³.

Sau khi Luật Doanh nghiệp (1999) ra đời, quan điểm điều chỉnh pháp luật

²³ Bộ Kế hoạch và Đầu tư. Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương (1/1999), *Kỷ yếu Dự án VIE/97/016 "Mục tiêu 1 Hoàn thiện môi trường pháp lý kinh doanh, Đánh giá Luật Doanh nghiệp tư nhân và Nghị định số 66/HĐBT"*, Tr. 38.

đối với công ty và doanh nghiệp tư nhân đã có những thay đổi lớn; tiêu chí pháp lý để phân biệt các doanh nghiệp này với các chủ thể kinh doanh nhỏ cũng được đổi mới. Để điều chỉnh tổ chức và hoạt động của hộ kinh doanh cá thể, ngày 03/02/2000, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 02/2000/NĐ -- CP quy định về vấn đề đăng ký kinh doanh, trong đó có các quy định về đăng ký kinh doanh đối với hộ kinh doanh cá thể. Theo Nghị định này, hộ kinh doanh cá thể được quy định là loại hình chủ thể kinh doanh do một cá nhân hoặc hộ gia đình làm chủ, kinh doanh tại một địa điểm cố định, không thường xuyên thuê lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh. Sau một thời gian áp dụng, nhiều quy định của Nghị định số 02/2000/NĐ -- CP đã tỏ ra không phù hợp với đòi hỏi của thực tiễn kinh doanh. Ngày 02/4/2004, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 109/2004/NĐ -- CP (thay thế Nghị định số 02/2000/NĐ -- CP ngày 03/02/2000 về đăng ký kinh doanh), tại chương V của Nghị định này quy định về hộ kinh doanh cá thể. Nghị định số 109/2004/NĐ -- CP đã bổ sung một số quy định quan trọng về hộ kinh doanh cá thể, như: đổi mới tiêu chí pháp lý xác định hộ kinh doanh cá thể; quy định rõ hơn về quyền đăng ký kinh doanh, thủ tục đăng ký kinh doanh theo hình thức hộ kinh doanh cá thể...

Sự ra đời của Luật Doanh nghiệp (2005) đánh dấu bước phát triển mới của pháp luật về các hình thức tổ chức kinh doanh, trong đó có các quy định về hộ kinh doanh cá thể. Luật Doanh nghiệp (2005) sử dụng khái niệm "hộ kinh doanh" thay cho khái niệm "hộ kinh doanh cá thể". Luật này quy định (khoản 4, Điều 170): "hộ kinh doanh có quy mô nhỏ thực hiện đăng ký kinh doanh và hoạt động theo quy định của Chính phủ". Ngày 29/8/2006, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 88/2006/NĐ -- CP về đăng ký kinh doanh (thay thế cho Nghị định số 109/2004/NĐ -- CP ngày 02/4/2004). Theo nghị định này, nhiều vấn đề pháp lý về hộ kinh doanh đã được đổi mới: chủ thể có quyền thành lập hộ kinh doanh, thủ tục đăng ký kinh doanh, điều kiện cấp đăng ký kinh doanh... Tuy nhiên, đánh giá một cách toàn diện, pháp luật hiện hành hoặc còn thiếu hoặc còn sơ sài ở nhiều quy định về tổ chức, hoạt động của hộ kinh doanh, như: quyền và nghĩa vụ của hộ kinh doanh cá thể, quản trị hoạt động kinh doanh, thủ tục chấm dứt hoạt động kinh doanh (chưa có quy định cụ thể về vấn đề xử lý các khoản nợ và các hợp đồng trước khi chấm dứt hoạt động kinh doanh)...

b) Bản chất pháp lý của hộ kinh doanh

Thực tiễn cho thấy, ngay cả ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, bên cạnh sự phát triển của các doanh nghiệp lớn, vẫn tồn tại những hình thức kinh doanh nhỏ. Những hình thức kinh doanh này có sự năng động cao, có thể bổ sung việc cung cấp các dịch vụ xã hội mà các hình thức kinh doanh quy mô lớn không làm hoặc không làm được. Có thể vì nhiều nguyên nhân khác nhau, không hoàn toàn do truyền thống hay do nhận thức, nhưng một thực tế là ở Việt Nam hiện nay, tỷ lệ tư nhân kinh doanh lớn chưa nhiều, họ dễ chấp nhận làm ăn nhỏ hơn là làm ăn lớn. Hộ kinh doanh cá thể mặc dù không phải là hình thức tổ chức kinh doanh cơ bản và điển hình trong cơ chế thị trường, song hiện đang giữ vai trò rất quan trọng ở Việt Nam. Hình thức hộ kinh doanh cá thể đang được đông đảo các nhà đầu tư trong xã hội lựa chọn ²⁴.

Từ định nghĩa pháp lý về doanh nghiệp tại Luật Doanh nghiệp (2005) cho thấy, khái niệm doanh nghiệp có ngoại diện hẹp hơn khái niệm chủ thể kinh doanh theo cách hiểu thông thường. Có những chủ thể kinh doanh không thỏa mãn đầy đủ các tiêu chí của doanh nghiệp, vì vậy không được gọi là doanh nghiệp. Một trong những chủ thể đó là hộ kinh doanh.

Về bản chất pháp lý, hộ kinh doanh là đơn vị kinh doanh, được thành lập để thực hiện hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, có lẽ xuất phát từ quy mô của loại hình tổ chức kinh doanh này trên thực tế thường không lớn và phạm vi kinh doanh hẹp, các nhà lập pháp đã đưa ra một số tiêu chí pháp lý để phân biệt hộ kinh doanh với các hình thức doanh nghiệp. Điều này dẫn đến địa vị pháp lý của hộ kinh doanh có nhiều nội dung khác với địa vị pháp lý của doanh nghiệp. Theo Nghị định của Chính phủ số 88/2006/NĐ – CP ngày 29/8/2006 về đăng ký kinh doanh, hộ kinh doanh được định nghĩa là đơn vị kinh doanh do một cá nhân là công dân Việt Nam hoặc một nhóm người hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá mười lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh ²⁵. Từ định nghĩa này có thể chỉ ra những đặc điểm cơ bản sau của hộ kinh doanh:

²⁴ Theo công bố của Tổng cục Thống kê, đến hết năm 2004, trên cả nước có 2.722.706 hộ kinh doanh cá thể đang hoạt động kinh doanh ở các ngành nghề, lĩnh vực khác nhau (Số cơ sở sản xuất kinh doanh cá thể phân theo ngành kinh tế, <http://www.gso.gov.vn>).

²⁵ Khoản 3, Điều 36, Nghị định số 88/2006/NĐ – CP ngày 29/8/2006 của Chính phủ về đăng ký kinh doanh.

– Hộ kinh doanh là đơn vị kinh doanh do một cá nhân, một nhóm người hoặc một hộ gia đình làm chủ

Xét về cơ cấu chủ sở hữu, hộ kinh doanh được chia thành ba loại là: hộ kinh doanh do một cá nhân làm chủ sở hữu, hộ kinh doanh do một nhóm cá nhân làm chủ sở hữu và hộ kinh doanh do một hộ gia đình làm chủ sở hữu. Hộ kinh doanh do một cá nhân duy nhất làm chủ sở hữu có bản chất là một cá nhân kinh doanh. Cá nhân này có quyền quyết định các vấn đề tổ chức hoạt động và chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của hộ. Trong khi đó, hộ kinh doanh do một nhóm cá nhân hợp tác thành lập có bản chất liên kết giống như tổ hợp tác theo quy định của Bộ luật Dân sự.

Hộ kinh doanh do một nhóm cá nhân đầu tư vốn có tư cách pháp lý của một chủ thể kinh doanh, tuy nhiên về pháp lý, giữa nhóm kinh doanh và các thành viên của nhóm không có sự tách bạch về tài sản. Trách nhiệm và quyền lợi của các thành viên được giải quyết theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Việc cho phép một nhóm người có quyền hợp tác thành lập một hộ kinh doanh cá thể là một điểm mới của Nghị định số 88/2006/NĐ – CP so với các quy định trước đây về hộ kinh doanh. Quy định mới này đã làm cho khái niệm "hộ kinh doanh" có ngoại diên rộng hơn khái niệm "hộ kinh doanh cá thể" theo cách hiểu truyền thống. Điều này cho phép các nhà đầu tư cá nhân có cơ hội hợp tác với nhau thành lập hộ kinh doanh cá thể mà không bị lệ thuộc vào quan hệ huyết thống, gia đình.

Hình thức hộ kinh doanh không chỉ dành cho các nhà đầu tư là cá nhân, mà còn cho phép sự đầu tư của một hộ gia đình. Khái niệm hộ kinh doanh được sử dụng trong pháp luật Việt Nam có lẽ xuất phát từ sự tham gia đầu tư của đông đảo các hộ gia đình vào hình thức tổ chức kinh doanh này. Hộ gia đình là loại chủ thể pháp luật không thường gặp trong pháp luật các nước, nhưng lại được công nhận bởi pháp luật Việt Nam trong nhiều giao dịch dân sự, trong đó có quan hệ pháp luật đầu tư, kinh doanh²⁶. Trong hộ kinh doanh do một hộ gia đình làm, vốn kinh doanh thuộc sở hữu của cả hộ, các thành viên cử người đại diện cho hộ trong các giao dịch dân sự, thương mại. Việc cử người đại diện cho hộ gia đình được thực hiện theo các quy định của Bộ luật Dân sự.

²⁶ Xem Điều 106, Bộ luật Dân sự (2005).

– Hộ kinh doanh bị hạn chế về quy mô và phạm vi hoạt động

Về mặt pháp lý, quyền tự do kinh doanh của hộ kinh doanh bị hạn chế hơn so với các loại hình doanh nghiệp. Sự hạn chế này thể hiện ở nhiều khía cạnh khác nhau, trong đó cơ bản phải kể đến là quy mô và phạm vi hoạt động của hộ kinh doanh. Theo quy định hiện hành, thay vì không chế quy mô vốn của hộ kinh doanh như trước đây²⁷, pháp luật quy định hạn mức về số lượng lao động được sử dụng và địa điểm kinh doanh của hộ kinh doanh. Theo Nghị định số 88/2006/NĐ – CP ngày 29/8/2006 quy định hộ kinh doanh chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá mười lao động và không có con dấu. Nếu có nhu cầu sử dụng hơn mười lao động hoặc/và có hơn một địa điểm kinh doanh, nhà đầu tư (chủ hộ kinh doanh) phải đăng ký kinh doanh theo các hình thức doanh nghiệp.

c) Chủ hộ kinh doanh chịu trách nhiệm vô hạn về tài sản trong hoạt động kinh doanh

Cá nhân, nhóm cá nhân hoặc hộ gia đình là chủ sở hữu hộ kinh doanh phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về hoạt động kinh doanh. Đối với hộ kinh doanh do một cá nhân làm chủ, trách nhiệm tài sản của cá nhân chủ hộ được quy định tương tự như quy định đối với chủ doanh nghiệp tư nhân. Cá nhân chủ hộ kinh doanh phải thực hiện các nghĩa vụ tài sản trong kinh doanh bằng toàn bộ tài sản thuộc quyền sở hữu của mình và phải trả nợ đến cùng.

Trường hợp hộ kinh doanh do hộ gia đình làm chủ thì hộ gia đình đó phải thực hiện nghĩa vụ tài sản trong kinh doanh bằng toàn bộ tài sản thuộc sở hữu của hộ gia đình. Nghị định 88/2006/NĐ – CP không quy định rõ về phạm vi những tài sản thuộc diện phải dùng để trả nợ cho hộ kinh doanh khi chủ sở hữu là một hộ gia đình, song có thể áp dụng quy định của Bộ luật Dân sự về trách nhiệm dân sự của hộ gia đình (khoản 2, Điều 110, Bộ luật Dân sự năm 2005) để giải thích trách nhiệm tài sản trong kinh doanh của hộ gia đình, theo đó nếu tài sản chung của hộ gia đình không đủ để trả các khoản nợ, thì các thành viên của hộ phải dùng tài sản riêng của mình để trả khoản nợ chung cho hộ gia đình.

Trường hợp hộ kinh doanh do một nhóm cá nhân làm chủ thì nhóm người

²⁷ Theo Nghị định số 66/HĐBT ngày 02/3/1992, cá nhân và nhóm kinh doanh chỉ được kinh doanh với số vốn thấp hơn mức vốn pháp định được quy định cho doanh nghiệp tư nhân trong cùng ngành nghề.

này phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của hộ kinh doanh bằng toàn bộ tài sản của nhóm. Tuy nhiên, Nghị định 88/2006/NĐ – CP cũng không quy định rõ về phạm vi những tài sản thuộc diện phải dùng để trả nợ cho hộ kinh doanh khi chủ sở hữu là một nhóm cá nhân. Về nguyên tắc, có thể suy luận logic từ bản chất của chế độ trách nhiệm vô hạn rằng, nhóm cá nhân chủ sở hữu hộ kinh doanh phải dùng cả tài sản thuộc sở hữu chung của nhóm và tài sản riêng của cá nhân các thành viên để trả nợ. Nếu tài sản chung của nhóm không đủ để thanh toán các khoản nợ, thì các thành viên của nhóm phải dùng tài sản riêng của mình liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của nhóm kinh doanh. Việc phân chia trách nhiệm giữa các thành viên của nhóm đối với các khoản nợ của nhóm có thể được thực hiện theo sự thỏa thuận của các thành viên.

2. Đăng ký kinh doanh

a) Quyền thành lập hộ kinh doanh

Quyền thành lập hộ kinh doanh được Nghị định số 88/2006/NĐ – CP quy định tại khoản 1, Điều 37, theo đó công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự đầy đủ; các hộ gia đình có quyền thành lập hộ kinh doanh. Theo quy định này cá nhân chưa thành niên hoặc thành niên nhưng bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự và người nước ngoài không có quyền thành lập hộ kinh doanh cá thể. Việc không cho phép người nước ngoài thành lập hộ kinh doanh có thể phù hợp với điều kiện hiện tại ở Việt Nam, song với yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng thì việc quy định một hình thức tổ chức kinh doanh chỉ dành riêng cho các cá nhân công dân Việt Nam là điều cần phải xem xét để có những điều chỉnh cần thiết.

Ngoài ra cần lưu ý, một cá nhân, hộ gia đình khi đủ điều kiện thành lập hộ kinh doanh cũng chỉ được đăng ký kinh doanh một hộ kinh doanh trong phạm vi toàn quốc²⁸. Quy định này tương tự như quy định về quyền thành lập doanh nghiệp tư nhân theo Luật Doanh nghiệp, phù hợp với tính chất chịu trách nhiệm vô hạn của chủ hộ kinh doanh, có ý nghĩa đảm bảo khả năng thực hiện nghĩa vụ tài sản của hộ kinh doanh với các chủ thể có liên quan.

b) Thủ tục đăng ký kinh doanh

Đăng ký kinh doanh là thủ tục pháp lý bắt buộc, có ý nghĩa khai sinh ra

²⁸ Khoản 2, Điều 37, Nghị định số 88/2006/ NĐ -- CP ngày 29/8/2006.

hộ kinh doanh, với tư cách một chủ thể kinh doanh²⁹. Việc đăng ký kinh doanh được tiến hành tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện. Khi đăng ký kinh doanh, cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình gửi giấy đề nghị đăng ký kinh doanh hộ kinh doanh và kèm theo bản sao giấy chứng minh nhân dân của cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình đến cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đặt địa điểm kinh doanh.

Đối với hộ kinh doanh buôn chuyển, kinh doanh lưu động thì phải chọn một địa điểm cố định để đăng ký kinh doanh. Địa điểm này có thể là nơi đăng ký hộ khẩu thường trú, nơi đăng ký tạm trú hoặc địa điểm thường xuyên kinh doanh nhất, nơi đặt địa điểm thu mua giao dịch. Hộ kinh doanh buôn chuyển, kinh doanh lưu động được phép kinh doanh ngoài địa điểm đã đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh nhưng phải thông báo cho cơ quan thuế, cơ quan quản lý thị trường nơi đăng ký trụ sở và nơi tiến hành hoạt động kinh doanh.

Khi hộ kinh doanh đăng ký kinh doanh những ngành, nghề phải có chứng chỉ hành nghề, thì kèm theo giấy đề nghị đăng ký kinh doanh phải có bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của cá nhân hoặc đại diện hộ gia đình. Đối với những ngành, nghề phải có vốn pháp định, thì phải có thêm bản sao hợp lệ văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền.

Cơ quan đăng ký kinh doanh xem xét và cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hộ kinh doanh trong thời hạn 5 (năm) ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ, nếu có đủ các điều kiện sau đây:

- Ngành, nghề kinh doanh không thuộc danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh;
- Tên hộ kinh doanh dự định đăng ký phù hợp với quy định của pháp luật;
- Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định.

Nếu sau 5 (năm) ngày làm việc, kể từ ngày nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh mà không nhận được giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc không nhận được thông báo yêu cầu sửa đổi, bổ sung hồ sơ đăng ký kinh doanh thì người

²⁹ Theo quy định hiện hành, các hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối và những người bán hàng rong, quà vặt, buôn chuyển, kinh doanh lưu động, làm dịch vụ có thu nhập thấp không phải đăng ký kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh các ngành, nghề có điều kiện

đăng ký hộ kinh doanh có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.

Hộ kinh doanh có quyền tiến hành hoạt động kinh doanh sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh phải có điều kiện. Mặc dù không được quy định rõ, song theo suy luận lô gíc từ yêu cầu quản lý nhà nước đối với ngành nghề kinh doanh có điều kiện thì hộ kinh doanh được kinh doanh những ngành nghề này sau khi có giấy phép kinh doanh (đối với ngành nghề kinh doanh có điều kiện phải có giấy phép) hoặc đáp ứng các điều kiện kinh doanh theo quy định (đối với ngành nghề kinh doanh có điều kiện không cần giấy phép kinh doanh).

3. Thay đổi, tạm ngừng và chấm dứt kinh doanh

Thay đổi, tạm ngừng và chấm dứt hoạt động kinh doanh là những nội dung về quyền tự do kinh doanh của hộ kinh doanh. Tuy nhiên, việc thay đổi, tạm ngừng hoặc chấm dứt kinh doanh có thể ảnh hưởng đến lợi ích của các chủ thể có liên quan cũng như đến công tác quản lý nhà nước. Vì vậy, khi thực hiện những hoạt động này, hộ kinh doanh phải tuân thủ những điều kiện và thủ tục do pháp luật quy định. Theo Nghị định số 88/2006/NĐ – CP ngày 29/8/2006 (Điều 41, Điều 47), việc thay đổi, tạm ngừng và chấm dứt kinh doanh được thực hiện theo các quy định chủ yếu sau:

- Khi thay đổi nội dung kinh doanh đã đăng ký, hộ kinh doanh thông báo nội dung thay đổi với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký kinh doanh;

- Khi tạm ngừng kinh doanh từ ba mươi ngày trở lên, hộ kinh doanh thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế trực tiếp quản lý. Thời gian tạm ngừng kinh doanh không được quá một năm;

- Khi chấm dứt hoạt động kinh doanh, hộ kinh doanh phải nộp lại bản gốc giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký đồng thời thanh toán đầy đủ các khoản nợ, gồm cả nợ thuế và nghĩa vụ tài chính chưa thực hiện.

Trong các trường hợp sau đây, hộ kinh doanh bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và bắt buộc phải chấm dứt hoạt động kinh doanh:

- + Không tiến hành hoạt động kinh doanh trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;

- + Ngày hoạt động kinh doanh quá sáu tháng liên tục mà không thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đăng ký kinh doanh;
- + Chuyển địa điểm kinh doanh sang quận, huyện khác;
- + Kinh doanh ngành, nghề bị cấm.

PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY

A – NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ CÔNG TY

I – SỰ RA ĐỜI, PHÁT TRIỂN CỦA CÔNG TY VÀ LUẬT CÔNG TY

1. Khái niệm chung về công ty

Trong khoa học pháp lý, các nhà luật học đã đưa ra các định nghĩa khác nhau về công ty. Nhà luật học Kubler Cộng hoà liên bang Đức quan niệm rằng: *"Khái niệm công ty được hiểu là sự liên kết của hai hay nhiều cá nhân hoặc pháp nhân bằng một sự kiện pháp lý nhằm tiến hành các hoạt động để đạt một mục tiêu chung nào đó"*³⁰.

Bộ luật Dân sự Cộng hoà Pháp quy định: *"Công ty là một hợp đồng thông qua đó hai hay nhiều người thoả thuận với nhau sử dụng tài sản hay khả năng của mình vào một hoạt động chung nhằm chia lợi nhuận thu được qua hoạt động đó"*³¹.

Luật Công ty (1990) của Việt Nam tuy không đưa ra một khái niệm chung về công ty, nhưng qua định nghĩa về công ty cổ phần, công ty TNHH thì: *"Công ty TNHH và công ty cổ phần gọi chung là công ty, là doanh nghiệp trong đó các thành viên cùng góp vốn, cùng chia nhau lợi nhuận, cùng chịu lỗ tương ứng với phần vốn góp và chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi phần vốn của mình góp vào công ty"*³².

Theo các định nghĩa trên thì công ty có ba đặc điểm cơ bản:

- Sự liên kết của hai hay nhiều người hoặc tổ chức;
- Sự liên kết được thực hiện thông qua một sự kiện pháp lý (hợp đồng, điều lệ, quy chế);
- Sự liên kết nhằm mục đích chung.

³⁰ F. KUBLER, J. SIMON, *Mấy vấn đề về pháp luật kinh tế Cộng hoà liên bang Đức*, Nxb. Pháp lý, Hà Nội 1992, Tr. 29.

³¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, *Tổ chức công ty (Tập 1)*, Viện Nghiên cứu Khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp, Hà Nội 1989, Tr. 7.

³² Điều 2. Luật Công ty (1990), Nxb. Pháp lý, Hà Nội 1991.

Có nhiều sự liên kết giống công ty nhưng không do Luật Công ty điều chỉnh. Ví dụ: Cộng đồng thừa kế, các hiệp hội.

Theo khái niệm trên thì sẽ có rất nhiều loại công ty tồn tại với các mục đích khác nhau, trong đó có các loại công ty thương mại hay công ty kinh doanh là loại phổ biến, ngoài ra, còn có các công ty dân sự. Trong giáo trình này chỉ đề cập tới công ty thương mại.

Công ty thương mại là loại công ty do hai hay nhiều người (tổ chức) góp vốn thành lập để kinh doanh với mục đích kiếm lợi nhuận. Từ khái niệm trên công ty kinh doanh có những đặc điểm cơ bản:

- Công ty là sự liên kết của nhiều cá nhân hoặc pháp nhân, sự liên kết này thể hiện ở hình thức bên ngoài là một tổ chức;

- Các thành viên bỏ ra một số tài sản của mình để góp vào công ty. Đây là điều kiện quan trọng để thành lập công ty. Tuy nhiên, vai trò của vốn góp đối với các loại công ty là khác nhau;

- Mục đích của việc thành lập công ty là để kinh doanh kiếm lời. Như vậy, thực chất công ty kinh doanh là một loại hình doanh nghiệp có sự liên kết của ít nhất hai bên, các bên tham gia có thể là thể nhân, pháp nhân, nó hoàn toàn khác với doanh nghiệp một chủ sở hữu. Tuy nhiên, trên thực tế hệ thống pháp luật của một số quốc gia trong đó có Việt Nam đã quy định công ty TNHH một thành viên. Mặc dù vậy, dấu hiệu sự liên kết vẫn là đặc điểm phổ biến, cơ bản của các loại hình công ty.

2. Sự ra đời của công ty và Luật Công ty

Cũng như các hiện tượng kinh tế khác, công ty ra đời, tồn tại và phát triển trong những điều kiện nhất định. Trong xã hội, khi nền sản xuất hàng hoá đã phát triển đến mức độ nhất định, để mở mang kinh doanh các nhà kinh doanh cần phải có nhiều vốn. Để đáp ứng nhu cầu vốn cho kinh doanh, buộc các nhà kinh doanh, phải liên kết với nhau. Trên cơ sở vốn góp và sự tin tưởng lẫn nhau, họ đã liên kết theo những hình thức nhất định và tạo ra mô hình tổ chức kinh doanh mới – công ty kinh doanh.

Mặt khác, khi sản xuất hàng hoá phát triển thì sự cạnh tranh trên thị trường ngày càng khốc liệt hơn, những doanh nghiệp có vốn đầu tư thấp thường ở vào vị trí bất lợi trong quá trình cạnh tranh. Vì vậy, các nhà kinh doanh phải liên kết với nhau thông qua hình thức góp vốn để thành lập một doanh nghiệp, tạo thế đứng vững chắc trên thị trường.

Hơn nữa, trong kinh doanh thường gặp rủi ro, để phân chia rủi ro cho nhiều người, các nhà kinh doanh cũng liên kết với nhau để nếu có rủi ro thì nhiều người cùng gánh chịu, điều này có lợi hơn so với doanh nghiệp một chủ. Khi hai hay nhiều người cùng góp vốn để thành lập một doanh nghiệp, để tiến hành hoạt động kinh doanh kiếm lời chia nhau thì có nghĩa là họ đã thành lập một công ty. Mô hình liên kết này tỏ ra phù hợp với kinh tế thị trường và hấp dẫn cho những người kinh doanh. Do vậy, công ty đã được các nhà kinh doanh tiếp thu và áp dụng. Như vậy, sự ra đời của công ty là quy luật khách quan trong nền kinh tế thị trường. Công ty ra đời là kết quả của việc thực hiện nguyên tắc tự do kinh doanh, tự do kết ước và tự do lập hội.

Vào khoảng thế kỷ XIII, ở các thành phố lớn của một số nước châu Âu có điều kiện địa lý thuận lợi cho việc giao lưu buôn bán, đã xuất hiện các công ty thương mại đối nhân đầu tiên; sang đầu thế kỷ XVII các công ty đối vốn ra đời. Sự ra đời của các công ty kinh doanh kéo theo đó là nhu cầu cần phải có luật lệ về công ty. Lịch sử Luật Công ty gắn liền với các quy định về liên kết, hợp đồng và các quan hệ nợ nần trong Luật La mã. Luật Công ty hiện đại ra đời cùng với thời kỳ tự do hoá tư sản. Các công ty hoạt động theo luật tự do và chịu rất ít sự giám sát của nhà nước.

Năm 1807 Pháp ban hành Bộ luật Thương mại, thể chế hoá quan điểm tự do hoạt động kinh doanh, sau đó nhiều nước châu Âu đã ban hành Luật Thương mại. Mặc dù vậy, việc thành lập công ty vẫn cần giấy phép của nhà nước.

Đến năm 1870, hầu hết các nước đều bãi bỏ thủ tục cấp giấy phép thành lập, nói chung công dân hoàn toàn có quyền tự do thành lập công ty và tự do hoạt động. Nhà nước chỉ đưa ra các quy định bắt buộc, các công ty có nghĩa vụ đăng ký theo các quy định của pháp luật, căn cứ vào kết quả thẩm định của các chuyên gia kiểm toán độc lập. Do sự tự do hoá kinh doanh nên đã xảy ra nhiều vụ lừa đảo trong công chúng, đặc biệt là trong chiến tranh, vì vậy người ta đã hoàn thiện luật lệ. Đức là một trong những nước mà công ty xuất hiện sớm nhất. Năm 1870, ban hành Luật Công ty cổ phần, sau đó được bổ sung sửa đổi bởi Bộ luật Thương mại 1897, sau này thay thế bằng Luật Công ty cổ phần. Từ năm 1937 đến năm 1965 ban hành Luật Công ty cổ phần mới và hiện vẫn có giá trị pháp lý. Năm 1892 ban hành Luật Công ty trách nhiệm hữu hạn.

Hiện nay trên thế giới tồn tại hai hệ thống pháp luật công ty, hệ thống

luật công ty lục địa (châu Âu) chịu ảnh hưởng luật của Đức và hệ thống luật công ty Anh, Mỹ.

Tóm lại: Luật Công ty thuộc về luật tư, sự phát triển của nó gắn liền với lịch sử phát triển thương mại. Luật Công ty và tổng hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh những quan hệ phát sinh trực tiếp trong quá trình thành lập, hoạt động phát triển và kết thúc hoạt động của công ty.

Ở Việt Nam, Luật Công ty ra đời muộn và chậm phát triển. Mặc dù hoạt động thương mại đã có từ lâu và trong lịch sử hoạt động thương mại được điều chỉnh bằng thông lệ thương mại. Do trước đây Việt Nam là thuộc địa của Pháp, nên có thời kỳ Luật Thương mại của Pháp được áp dụng vào từng vùng lãnh thổ khác nhau. Luật lệ về công ty có thể được quy định lần đầu tại Việt nam trong "đân luật thi hành tại các toà Nam – án, Bắc kỳ" năm 1931, trong đó có nói về "hội buôn" Đạo luật này chia các công ty (hội buôn) thành hai loại: Hội người và Hội vốn. Trong hội người chia thành hội hợp danh (công ty hợp danh); hội hợp tư (công ty hợp vốn đơn giản); hội đồng lợi (công ty hợp danh). Trong hội hợp vốn chia thành hội vô danh (công ty cổ phần) và hội hợp cổ (công ty hợp vốn đơn giản cổ phần). Trong luật này không có công ty trách nhiệm hữu hạn.

Năm 1944, chính quyền Bảo Đại xây dựng Bộ Luật Thương mại trung phần. Năm 1972, chính quyền Việt Nam Cộng hoà ban hành Bộ Luật Thương mại Việt Nam cộng hoà.

Ở Việt nam thời Pháp thuộc xuất hiện nhiều loại công ty dưới hình thức hội. Luật Công ty ở Việt Nam gắn liền với Luật Dân sự và Luật Thương mại. Từ sau 1954, đất nước chia làm hai miền, do đó có hai hệ thống pháp luật khác nhau, ở miền Bắc bắt đầu xây dựng nền kinh tế kế hoạch tập trung với hai thành phần kinh tế chủ yếu là quốc doanh và tập thể, do đó công ty không tồn tại và cũng không có luật công ty.

Từ 1986, Đảng ta đề ra đường lối xây dựng nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của nhà nước. Với chính sách kinh tế đó đã tạo điều kiện thuận lợi cho các công ty ra đời. Ngày 21/12/1990 Quốc hội đã thông qua Luật Công ty. Qua hơn 8 năm áp dụng, bên cạnh những kết quả tích cực đã đạt được, Luật Công ty dần dần bộc lộ nhiều điểm thiếu sót, chưa theo kịp sự phát triển của nền kinh tế. Ngày 12/6/1999, Quốc hội đã thông qua Luật Doanh nghiệp thay thế cho Luật Công ty và luật này đã được thay thế bởi Luật Doanh nghiệp (2005).

II — CÁC LOẠI HÌNH CÔNG TY PHỔ BIẾN TRÊN THẾ GIỚI

Qua bao nhiêu năm tồn tại và phát triển, công ty có nhiều loại hình khác nhau, có những loại hiện vẫn tồn tại và có xu hướng phát triển. Ngược lại, có những loại không phát triển nữa và có xu hướng mất dần. Trong giáo trình này chỉ trình bày những loại hình chính. Căn cứ vào tính chất liên kết, chế độ trách nhiệm của thành viên công ty và ý chí của nhà lập pháp, dưới góc độ pháp lý người ta chia công ty thành hai loại cơ bản.

- Công ty đối nhân;
- Công ty đối vốn.

1. Công ty đối nhân

Công ty đối nhân là những công ty mà việc thành lập dựa trên sự liên kết chặt chẽ bởi độ tin cậy về nhân thân của các thành viên tham gia, sự hùn vốn là yếu tố thứ yếu. Công ty đối nhân có đặc điểm quan trọng là không có sự tách bạch về tài sản cá nhân của các thành viên và tài sản của công ty. Các thành viên liên đới chịu trách nhiệm vô hạn, đối với mọi khoản nợ của công ty, hoặc ít nhất phải có một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty. Các thành viên có tư cách thương gia độc lập và phải chịu thuế thu nhập cá nhân, bản thân công ty không bị đánh thuế.

Công ty đối nhân thường tồn tại dưới hai dạng cơ bản:

- Công ty hợp danh;
- Công ty hợp vốn đơn giản.

a) Công ty hợp danh

Công ty hợp danh là loại hình công ty trong đó các thành viên cùng nhau tiến hành hoạt động thương mại dưới một hăng chung và cùng liên đới chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ của công ty. Công ty hợp danh hay còn gọi là công ty góp danh là loại hình đặc trưng của công ty đối nhân. Xét về mặt lịch sử thì công ty hợp danh ra đời sớm nhất, trên thực tế công ty này được thành lập trong dòng họ, gia đình. Do tính chất liên đới chịu trách nhiệm vô hạn, cho nên các thành viên phải thật sự hiểu biết nhau, tin tưởng nhau "sống chết có nhau". Điều đó phản ánh tâm lý của các thương gia khi hùn vốn với nhau để kinh doanh.

Việc thành lập công ty trên cơ sở hợp đồng giữa các thành viên. Hợp đồng thành lập công ty nói chung được lập thành văn bản, tuy nhiên, luật không bắt buộc phải làm như vậy. Các bên có thể thoả thuận miệng, thậm

chỉ không cần tuyên bố rõ, mà chỉ cần có những hoạt động chung thì công ty cũng được coi là đã thành lập. Về nguyên tắc, hợp đồng thành lập phải được đăng ký vào danh bạ thương mại. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, hợp đồng tuy không được đăng ký, nhưng được thông báo rộng rãi, thì vẫn có giá trị pháp lý.

Trong hợp đồng, điều quan trọng là sự thoả thuận về trách nhiệm của các thành viên. Một công ty hợp danh được thành lập nếu ít nhất có hai thành viên thoả thuận với nhau cùng chịu trách nhiệm vô hạn.

Vấn đề trách nhiệm, các thành viên phải cùng nhau liên đới chịu trách nhiệm vô hạn, điều đó được thể hiện ở các đặc trưng sau:

- Các thành viên chịu trách nhiệm một cách trực tiếp, vì chủ nợ có quyền đòi bất kỳ ai với toàn bộ khoản nợ.

- Trách nhiệm này không thể bị giới hạn đối với bất kỳ thành viên nào. Nếu họ có thoả thuận khác, lập tức công ty sẽ chuyển sang loại hình công ty hợp vốn đơn giản.

- Trong công ty hợp danh không có sự phân biệt rõ ràng giữa tài sản công ty và tài sản cá nhân. Sự chuyển dịch quyền sở hữu đối với khối tài sản chung sang tài sản riêng rất đơn giản và nói chung khó kiểm soát. Về nguyên tắc, ngay khi một thành viên chưa được hưởng chút lợi nhuận nào thì vẫn phải chịu trách nhiệm. Vì vậy, khả năng rủi ro và nguy hiểm đối với từng thành viên rất lớn. Nếu công ty thua lỗ họ rất dễ bị khánh kiệt gia sản.

Tuy nhiên, lợi thế của công ty là khả năng dễ dàng được ngân hàng cho vay vốn hoặc hoãn nợ, bởi tính chịu trách nhiệm vô hạn đã là sự bảo đảm rồi. Do tính an toàn pháp lý đối với công chúng cao, nên công ty hợp danh chịu ít quy định pháp lý ràng buộc. Pháp luật dành quyền rộng rãi cho các thành viên thoả thuận, quy định ràng buộc duy nhất là tính chịu trách nhiệm vô hạn. Về tổ chức của công ty hợp danh rất đơn giản. Các thành viên có quyền thoả thuận trong hợp đồng về việc tổ chức, điều hành, đại diện của công ty. Công ty hợp danh được tổ chức dưới hình thức một hãng chung. Hãng này thường mang tên của một thành viên hoặc tất cả thành viên. Hầu hết pháp luật các nước đều quy định công ty hợp danh không có tư cách pháp nhân (Luật Doanh nghiệp (2005) của Việt Nam quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân). Dưới hình thức một hãng, công ty hợp danh có tư cách thương gia độc lập, mỗi thành viên vẫn có tư cách thương gia riêng, các thành viên có thể cùng nhau điều hành và đại diện cho công ty hoặc thoả

thuận phân công trách nhiệm và quyền đại diện cho từng người. Vấn đề góp vốn, luật không quy định vốn tối thiểu các bên có quyền thoả thuận các hình thức góp vốn (bằng tiền, hiện vật, các bản quyền...) thậm chí "vốn góp" chỉ là uy tín kinh doanh của cá nhân. Trong công ty hợp danh, việc thay đổi thành viên là rất khó khăn, chỉ cần một thành viên chết, xin ra khỏi công ty là lý do quan trọng để giải thể.

b) Công ty hợp vốn đơn giản

Công ty hợp vốn đơn giản là loại công ty có ít nhất một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn (thành viên nhận vốn), còn những thành viên khác chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong số vốn góp vào công ty (thành viên góp vốn).

Công ty hợp vốn đơn giản về cơ bản giống công ty hợp danh, điểm khác cơ bản là công ty hợp vốn đơn giản có hai loại thành viên với những thân phận pháp lý khác nhau.

– Thành viên nhận vốn chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ của công ty, có quyền đại diện cho công ty trong các quan hệ đối ngoại.

- Thành viên góp vốn chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi phần vốn góp vào công ty. Thành viên góp vốn không có quyền đại diện cho công ty trong các quan hệ đối ngoại, nếu họ đứng ra thay mặt công ty thì sẽ mất quyền chịu trách nhiệm hữu hạn. Thành viên góp vốn chỉ có quyền trong quan hệ nội bộ của công ty, các thành viên có thể thoả thuận với nhau. Tên hãng của công ty hợp vốn đơn giản cũng chỉ ghi tên của thành viên nhận vốn. Sự ra đời của công ty hợp vốn đơn giản đã đáp ứng được yêu cầu của các nhà kinh doanh một khi họ không muốn vào công ty hợp danh do tính chịu trách nhiệm vô hạn của tất cả các thành viên.

2. Công ty đối vốn

Về mặt lịch sử, các công ty đối vốn ra đời sau các công ty đối nhân. Khác với công ty đối nhân, công ty đối vốn không quan tâm đến nhân thân người góp vốn mà chỉ quan tâm đến phần vốn góp.

Đặc điểm quan trọng của công ty đối vốn là có sự tách bạch tài sản của công ty và tài sản của cá nhân, luật các nước gọi là nguyên tắc phân tách tài sản. Công ty đối vốn có tư cách pháp nhân, các thành viên công ty chỉ chịu trách nhiệm về mọi khoản nợ của công ty trong phạm vi phần vốn mà họ góp vào công ty (trách nhiệm hữu hạn). Do việc thành lập chỉ quan tâm đến phần vốn góp, do đó, thành viên công ty thường rất đông, những người không hiểu biết về kinh doanh cũng có thể tham gia vào công ty. Công ty phải đóng thuế

cho nhà nước, các thành viên phải đóng thuế thu nhập. Có rất nhiều quy định pháp lý về tổ chức, hoạt động đối với công ty đối vốn. Thành viên công ty dễ dàng thay đổi. Các công ty đối vốn thông thường chia làm hai loại:

- Công ty cổ phần;
- Công ty trách nhiệm hữu hạn.

Hai loại này tồn tại phổ biến ở châu Âu lục địa. Hệ thống luật Anh – Mỹ chỉ có một loại công ty đối vốn, ở Anh gọi là Company, ở Mỹ gọi là Corporation và Close Corporation. Publiccorporation là các công ty có phát hành cổ phiếu rộng rãi trong công chúng như công ty cổ phần; còn closecorporation là các công ty không phát hành cổ phiếu rộng rãi trong công chúng giống như công ty trách nhiệm hữu hạn.

Hai loại công ty đối vốn tồn tại ở châu Âu lục địa có sự phân biệt rõ ràng hơn, tránh sự nhầm lẫn trong công chúng, nhưng có nhược điểm là không thuận lợi khi thay đổi hình thức công ty.

Ngược lại, hệ thống luật Anh – Mỹ tỏ ra mềm dẻo cho người kinh doanh, nhưng sự phân biệt ở đây không rõ ràng, đòi hỏi trình độ dân trí phát triển, thông tin rộng rãi, công khai thì mới tránh được sự nhầm lẫn, lừa đảo trong kinh doanh.

Các công ty đối vốn có rất nhiều ưu điểm so với công ty đối nhân, được người kinh doanh ưa chuộng vì chế độ trách nhiệm hữu hạn. Điều đó tạo điều kiện cho các nhà đầu tư sẵn sàng đầu tư vào các khu vực rủi ro lớn và khả năng họ phân tán vốn đầu tư vào nhiều cơ sở kinh doanh khác nhau, tạo điều kiện cho thị trường vốn ra đời, phát triển. Bên cạnh ưu điểm, công ty đối vốn cũng có những hạn chế. Do chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn nên dễ gây rủi ro cho khách hàng. Mặt khác, do chỉ quan tâm đến vốn góp, do đó, thành viên rất đông có thể dẫn tới sự phân hoá các nhóm quyền lợi trong công ty, việc quản lý công ty là rất phức tạp.

a) Công ty cổ phần

Các công ty cổ phần đầu tiên trên thế giới ra đời vào khoảng thế kỷ XVII. Nó gắn liền với sự bóc lột của chủ nghĩa đế quốc với các nước thuộc địa. Sang thế kỷ XIX, công ty cổ phần phát triển mạnh mẽ. Công ty cổ phần ra đời là một phát minh của loài người trong nền sản xuất xã hội. Từ góc độ pháp lý, có thể khái quát những đặc trưng cơ bản của công ty cổ phần:

- Là một tổ chức có tư cách pháp nhân. Đây là loại hình công ty có tính tổ chức cao, hoàn thiện về vốn, hoạt động mang tính xã hội cao;

– Chịu trách nhiệm bằng tài sản riêng của công ty. Điều đó thể hiện: công ty chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty bằng tài sản của công ty, các thành viên công ty, chỉ chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn họ đã góp cho công ty;

– Vốn cơ bản của công ty được chia thành các cổ phần;

Trong quá trình hoạt động, công ty cổ phần được phát hành các loại chứng khoán ra thị trường để công khai huy động vốn trong công chúng. Do đó, sự ra đời của công ty cổ phần gắn liền với sự ra đời của thị trường chứng khoán;

– Việc chuyển nhượng phần vốn góp được thực hiện dễ dàng thông qua hành vi bán cổ phiếu trên thị trường chứng khoán;

– Công ty cổ phần có số lượng thành viên rất đông, nhiều công ty có hàng vạn cổ đông trên khắp thế giới, vì vậy, nó có khả năng huy động vốn rộng rãi nhất trong công chúng để đầu tư vào nhiều lĩnh vực khác nhau, đặc biệt là trong công nghiệp.

Đặc trưng quan trọng nhất của công ty cổ phần (và cũng là tính chất quyết định để phân biệt với công ty trách nhiệm hữu hạn) đó là cổ phần.

Cổ phần theo quy định của pháp luật có ý nghĩa sau:

+ Là phần vốn điều lệ của công ty. Mỗi cổ phần phải thể hiện một giá trị thực tế tính bằng tiền (gọi là mệnh giá cổ phiếu);

+ Cổ phần chứng minh tư cách thành viên cổ đông. Cổ phần được thể hiện dưới hình thức giấy tờ gọi là cổ phiếu. Cổ phiếu là một loại chứng khoán được lưu thông chuyển nhượng tự do trên thị trường. Thông thường có hai loại cổ phần: cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi.

Thành lập công ty cổ phần: *Thủ tục* thành lập công ty cổ phần rất phức tạp, thông thường phải trải qua những bước sau:

Bước 1: Trước hết, các sáng lập viên cùng nhau thoả thuận và xây dựng bản Điều lệ công ty, trong đó phải ghi rõ: tên, trụ sở, mục tiêu, vốn điều lệ, số lượng và mệnh giá cổ phiếu... Các sáng lập viên phải thoả thuận số lượng cổ phần mà họ đảm nhận.

Bước 2: Cử hội đồng giám sát. Hội đồng giám sát cử ra ban điều hành để đảm nhận những công việc của công ty trong thời gian thành lập. Công việc quan trọng nhất là tiếp nhận vốn góp của các thành viên và chuẩn bị hồ sơ để đăng ký công ty.

Bước 3: Đăng ký vào danh bạ thương mại, toà án tiến hành các thủ tục thẩm tra, sau đó ghi tên vào danh bạ thương mại và công bố công ty đã được thành lập. Từ thời điểm này, công ty có tư cách pháp nhân và cũng chỉ sau khi đã được đăng ký, công ty mới được phát hành các cổ phiếu ra công chúng. Mọi cổ phiếu bán ra trước khi đăng ký công ty, đều coi là không có giá trị. Về tổ chức công ty cổ phần: Vấn đề quản lý công ty cổ phần rất phức tạp và phải hết sức chặt chẽ. Việc quản lý công ty cổ phần được thực hiện thông qua ba cơ quan: Đại hội cổ đông; Hội đồng giám sát; Ban điều hành. Sự quản lý của công ty được phân chia đồng đều về quyền lực giữa các cơ quan.

Bên cạnh những ưu điểm cơ bản như tính hoàn thiện về vốn, trình độ tổ chức và hoạt động mang tính xã hội hoá cao, khả năng phát triển và mở rộng các quan hệ liên kết tư bản... Người ta không thể không tính đến những hạn chế của công ty cổ phần. Trước hết, là chế độ trách nhiệm hữu hạn; sự tham gia đông đảo của công chúng vào đời sống của công ty những điều đó có thể gây nguy hiểm cho các chủ nợ, sự phân chia quyền lợi trong các nhóm cổ đông... Do đó, pháp luật đã đề ra những biện pháp bảo đảm an toàn chặt chẽ về mặt pháp lý cho những người có vốn tham gia vào công ty cổ phần. Pháp luật đề cập đến những vấn đề cơ bản sau:

- Pháp luật có những quy định đặc biệt về quá trình thành lập công ty. Quá trình thành lập phải được thẩm định bởi các chuyên gia kiểm toán độc lập có chuyên môn giỏi;

- Pháp luật quy định các chế định bắt buộc về quá trình thành lập, tổ chức và chế độ trách nhiệm của công ty;

- Các công ty cổ phần phải thực hiện chế độ nghiêm ngặt về kế toán thống kê và báo cáo tài chính. Bảng cân đối và báo cáo tài chính hằng năm phải được các chuyên gia pháp lý, kinh tế, kiểm toán thẩm định. Pháp luật yêu cầu mọi tài liệu, sổ sách kế toán, tài chính của công ty phải được công khai hoá. Tất cả các cổ đông cũng như công chúng đều có quyền được thông tin về hoạt động của công ty;

- Công ty cổ phần muốn phát hành cổ phiếu rộng rãi ra công chúng, phải có bản giải trình luận chứng trong đó ghi tính chất và hình thức của các cổ phiếu sẽ phát hành.

b) Công ty trách nhiệm hữu hạn

Khác với tất cả các loại hình công ty, công ty trách nhiệm hữu hạn là sản

phẩm của hoạt động lập pháp. Các loại hình công ty khác do các thương gia lập ra, pháp luật thừa nhận và góp phần hoàn thiện nó. Năm 1892, luật về công ty trách nhiệm hữu hạn ở Đức được ban hành, trước đó đã có luật công ty cổ phần ban hành năm 1870. Các nhà làm luật cho rằng: Mô hình công ty cổ phần không thích hợp với các nhà đầu tư vừa và nhỏ. Các quy định quá phức tạp trong luật công ty cổ phần không cần thiết cho loại công ty vừa và nhỏ có ít thành viên và thường là họ quen biết nhau. Chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của công ty đối nhân không thích hợp với tất cả các nhà đầu tư. Biết phân tán rủi ro là một trong các lý do để thành đạt trong kinh doanh. Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại công ty kết hợp được ưu điểm về chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn của công ty cổ phần và ưu điểm về các thành viên quen biết nhau của công ty đối nhân. Nó khắc phục được nhược điểm về sự phức tạp khi thành lập và quản lý của công ty cổ phần và nhược điểm không phân chia được rủi ro của công ty đối nhân.

Đúng như dự đoán của các nhà làm luật, sau khi có luật công ty trách nhiệm hữu hạn, các nhà đầu tư hào hứng hưởng ứng. Số lượng các công ty trách nhiệm hữu hạn tăng nhanh và hiện nay nó là một trong những công ty quan trọng nhất ở Cộng hoà liên bang Đức. Sau năm 1892, ở hầu hết các nước châu Âu lục địa, Nam Mỹ cũng có luật công ty trách nhiệm hữu hạn. Thực tế ở Việt Nam đã chứng minh các nhà đầu tư rất thích thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn. Từ sau khi có Luật Công ty đến nay số lượng các công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều hơn hẳn các công ty cổ phần.

– Bản chất và chế độ trách nhiệm

Bất kỳ ai khi tìm hiểu về công ty trách nhiệm hữu hạn đều có thể đặt câu hỏi, tại sao lại gọi loại công ty này là công ty trách nhiệm hữu hạn, khi các công ty đối vốn đều có đặc trưng cơ bản là chế độ trách nhiệm hữu hạn.

Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại công ty trung gian giữa công ty đối nhân và công ty đối vốn, nó vừa có những tính chất của một công ty đối nhân, là các thành viên quen biết nhau; việc thành lập, quản lý công ty đơn giản hơn công ty cổ phần. Do đó dễ làm người ta nhầm lẫn với công ty đối nhân và vì vậy phải phân biệt rõ ràng ngay từ khi đặt tên. Còn khi nói tới công ty cổ phần, thì đương nhiên ai cũng hiểu về chế độ trách nhiệm hữu hạn của nó.

Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình công ty đối vốn, trong đó các thành viên chỉ chịu trách nhiệm về mọi khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn mà họ đã góp vào công ty.

- Công ty trách nhiệm hữu hạn có những đặc trưng cơ bản

+ Công ty trách nhiệm hữu hạn là một pháp nhân độc lập, địa vị pháp lý này quyết định chế độ trách nhiệm của công ty;

+ Thành viên công ty không nhiều và thường là những người quen biết nhau;

+ Vốn điều lệ chia thành từng phần, mỗi thành viên có thể góp nhiều, ít khác nhau và bắt buộc phải góp đủ khi công ty thành lập, công ty phải bảo toàn vốn ban đầu. Nguyên tắc này thể hiện rõ trong quá trình góp vốn, sử dụng vốn và phân chia lợi nhuận. Trong điều lệ của công ty phải ghi rõ vốn ban đầu;

+ Phần vốn góp không thể hiện dưới hình thức cổ phiếu và rất khó chuyển nhượng ra bên ngoài;

+ Trong quá trình hoạt động, không được phép công khai huy động vốn trong công chúng (không được phát hành cổ phiếu);

+ Về tổ chức, điều hành ở công ty trách nhiệm hữu hạn đơn giản hơn so với công ty cổ phần, về mặt pháp lý, công ty trách nhiệm hữu hạn thường chịu sự điều chỉnh bắt buộc ít hơn công ty cổ phần.

Có thể nói công ty trách nhiệm hữu hạn là mô hình lý tưởng để kinh doanh ở quy mô vừa và nhỏ.

Luật pháp các nước còn thừa nhận công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ: Công ty một chủ là kết quả pháp lý đặc biệt của quá trình phát triển. Các công ty đối vốn vẫn có khả năng tồn tại và phát triển khi toàn bộ tài sản của công ty chuyển vào tay một thành viên duy nhất và trở thành công ty một chủ. Có thể nói rằng theo định nghĩa về công ty thì công ty một chủ không phải là công ty thực sự, bởi lẽ về bản chất nó chính là doanh nghiệp tư nhân. Vấn đề là tại sao pháp luật các nước lại thừa nhận loại công ty này. Trong hệ thống kinh tế thị trường, chế độ trách nhiệm hữu hạn tạo điều kiện cho các nhà kinh doanh hạn chế được rủi ro bằng cách chia sẻ trách nhiệm cho nhiều người, làm cho các nhà đầu tư mạnh dạn đầu tư vào bất kỳ lĩnh vực kinh tế nào có lợi cho xã hội. Trường hợp ngược lại, nếu phải chịu trách nhiệm vô hạn, họ không dám đầu tư vào những lĩnh vực có khả năng rủi ro lớn, như vậy sẽ không có lợi cho xã hội.

Lịch sử phát triển các công ty thời gian gần đây cho thấy công ty trách nhiệm hữu hạn một người chiếm vị trí khá quan trọng ở các nước châu Âu.

Luật Doanh nghiệp Việt Nam có quy định về công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

B – CÔNG TY THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Luật Doanh nghiệp được Quốc hội nước ta thông qua ngày 29/11/2005 quy định ba loại hình công ty: Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần và công ty hợp danh. Trong Luật Doanh nghiệp có những quy định chung cho các loại hình công ty và có những quy định riêng cho từng loại hình công ty. Vì vậy, để tránh sự trùng lặp và tiện cho việc nghiên cứu, trong phần này sẽ trình bày những vấn đề chung của ba loại công ty và những quy định riêng về từng loại công ty.

I – NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ CÔNG TY

1. Thành lập và đăng ký kinh doanh

Ở hầu hết các nước phát triển, việc thành lập công ty hoàn toàn là quyền của công dân. Đó là quyền tự do lập hội và họ thực hiện quyền này theo các quy định của pháp luật. Pháp luật chỉ quy định đối với công ty từ giai đoạn nó đăng ký kinh doanh.

Pháp luật hiện hành ở Việt Nam (thể hiện trong Luật Doanh nghiệp và các văn bản hướng dẫn thi hành) đã bước đầu tiếp thu tư tưởng tiến bộ này, theo đó xóa bỏ chế độ xin phép thành lập công ty đã tồn tại trong nhiều năm, chỉ thực hiện việc đăng ký kinh doanh cho công ty; coi việc thành lập và đăng ký kinh doanh cho công ty là quyền của công dân và tổ chức được Nhà nước bảo hộ bằng pháp luật.

Nội dung các quy định về thành lập và đăng ký kinh doanh cho công ty bao gồm hai vấn đề cơ bản là:

- Đối tượng có quyền thành lập, có quyền góp vốn vào công ty;
- Đăng ký kinh doanh cho công ty.

a) Quyền thành lập và quyền góp vốn

Pháp luật hiện hành của Việt Nam chia nhà đầu tư thành hai đối tượng:

- *Đối tượng có quyền thành lập và quản lý công ty*

Theo quy định tại khoản 1, Điều 13, Luật Doanh nghiệp (2005) thì: Tổ chức, cá nhân Việt Nam, tổ chức, cá nhân nước ngoài (nếu không thuộc đối tượng bị cấm thành lập, quản lý công ty theo quy định tại khoản 2, Điều 13, Luật Doanh nghiệp (2005) có quyền thành lập, quản lý công ty tại Việt Nam. Như vậy, đối tượng có quyền thành lập, quản lý công ty rất rộng, bao gồm cả

tổ chức, cá nhân nước ngoài có quyền lựa chọn thành lập, quản lý công ty theo các mô hình công ty đã được quy định trong Luật Doanh nghiệp (2005). (Văn đề này trước đây được quy định theo Luật Đầu tư nước ngoài).

- *Đối tượng được quyền góp vốn vào công ty*

Theo quy định tại khoản 3, Điều 13, Luật Doanh nghiệp (2005) thì tổ chức, cá nhân có quyền mua cổ phần của công ty cổ phần, góp vốn vào công ty TNHH, công ty hợp danh, trừ trường hợp quy định tại khoản 4, Điều 13, Luật Doanh nghiệp (2005).

b) Đăng ký kinh doanh

Đăng ký kinh doanh là thủ tục luật định nhằm khai sinh về mặt pháp lý cho công ty (thừa nhận tư cách pháp lý của công ty) và công ty sẽ được đảm bảo về mặt pháp lý kể từ khi hoàn tất thủ tục đăng ký kinh doanh.

Ở nhiều nước trên thế giới, việc đăng ký kinh doanh được tiến hành tại toà án. Ở nước ta, theo quy định của Luật Doanh nghiệp, việc đăng ký kinh doanh cho công ty được thực hiện tại cơ quan đăng ký kinh doanh thuộc ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi công ty đặt trụ sở chính.

Người thành lập công ty phải lập và nộp đủ hồ sơ đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh. Cơ quan đăng ký kinh doanh xem xét và chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ khi cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; Không được yêu cầu người thành lập công ty nộp thêm các giấy tờ khác không quy định tại Luật Doanh nghiệp (2005). Thời hạn cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh gắn với dự án đầu tư cụ thể thực hiện theo quy định của pháp luật về đầu tư.

- *Trình tự và thủ tục đăng ký kinh doanh*

Cơ quan đăng ký kinh doanh có trách nhiệm giải quyết việc đăng ký kinh doanh trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ. Nếu từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh thì phải thông báo bằng văn bản cho người thành lập công ty biết. Thông báo phải nêu rõ lý do và các yêu cầu sửa đổi, bổ sung.

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

+ Ngành, nghề kinh doanh không thuộc danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh;

- + Tên công ty được đặt theo đúng quy định của pháp luật;
- + Có trụ sở chính theo quy định của pháp luật;
- + Có hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ;
- + Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh.

Khi đăng ký kinh doanh, công ty được ghi tên vào sổ đăng ký kinh doanh và được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Kể từ thời điểm đó công ty có tư cách chủ thể kinh doanh và được tiến hành các hoạt động kinh doanh nhân danh công ty. Đối với những ngành, nghề kinh doanh có điều kiện thì công ty được quyền kinh doanh những ngành, nghề đó kể từ ngày cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép kinh doanh hoặc có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định.

Cần lưu ý rằng, trước khi đăng ký kinh doanh cho công ty các thành viên sáng lập hoặc người đại diện theo ủy quyền của nhóm thành viên sáng lập có thể ký kết các hợp đồng phục vụ cho việc thành lập công ty. Trường hợp công ty được thành lập thì công ty là người tiếp nhận quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đã ký kết. Nếu công ty không được thành lập thì người ký kết hợp đồng hoàn toàn hoặc liên đới chịu trách nhiệm về việc thực hiện hợp đồng đó (xem Điều 14, Luật Doanh nghiệp (2005)).

– *Công bố nội dung đăng ký kinh doanh (công khai hóa hoạt động)*

Việc cung cấp đầy đủ thông tin về sự ra đời và hoạt động của các công ty nói riêng, doanh nghiệp nói chung là yêu cầu không thể thiếu trong nền kinh tế thị trường.

Việc công khai hóa hoạt động được thực hiện dưới nhiều hình thức khác nhau. Khi đăng ký kinh doanh, công ty đã tự công khai hóa về mình, khách hàng có thể xem sổ đăng ký kinh doanh để nắm được các thông tin về công ty. Trên bảng hiệu và giấy tờ giao dịch của công ty cũng phải ghi rõ ràng các thông tin cơ bản về công ty, tránh mọi sự nhầm lẫn trong công chúng. Đặc biệt công ty phải công bố nội dung đăng ký kinh doanh trên các phương tiện thông tin đại chúng. Đây là thủ tục bắt buộc được quy định tại Điều 28, Luật Doanh nghiệp (2005).

2. Quyền và nghĩa vụ của công ty

Quyền và nghĩa vụ của công ty là bộ phận quan trọng trong địa vị pháp lý của công ty, nó thể hiện năng lực pháp lý và năng lực hành vi của công ty. Luật Doanh nghiệp quy định chung về quyền và nghĩa vụ cho cả ba loại hình công ty: công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần và công ty hợp danh.

a) Quyền của công ty

Theo quy định của pháp luật, công ty có các quyền sau:

- Quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của công ty: Để tồn tại và hoạt động, công ty cũng như các chủ thể kinh doanh phải có tài sản và có những quyền năng nhất định đối với tài sản đó. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, công ty có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của mình để phục vụ cho các hoạt động của công ty, trong đó chủ yếu là các hoạt động kinh doanh. Quyền năng của công ty đối với tài sản của công ty có đầy đủ nội dung của quyền sở hữu, bởi lẽ công ty có quyền sở hữu đối với tài sản của mình. Luật Doanh nghiệp quy định các thành viên công ty khi góp vốn vào công ty phải chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn cho công ty (xem Điều 29, Luật Doanh nghiệp). Đây cũng là điểm khác biệt giữa quyền của công ty đối với tài sản so với nhiều doanh nghiệp khác (như doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp tư nhân...).

- Quyền chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn đầu tư, hình thức đầu tư, kể cả liên doanh, góp vốn vào doanh nghiệp khác, chủ động mở rộng quy mô và ngành, nghề kinh doanh.

- Quyền lựa chọn ngành, nghề kinh doanh, địa bàn đầu tư, hình thức đầu tư, quy mô kinh doanh của công ty được xác định trên cơ sở nguyên tắc tự do kinh doanh.

Công ty có quyền lựa chọn ngành nghề kinh doanh sao cho phù hợp với khả năng của công ty. Việc lựa chọn ngành nghề kinh doanh phụ thuộc vào ý chí của công ty, nhu cầu thị trường và các điều kiện khách quan khác. Quyền tự do lựa chọn ngành nghề kinh doanh phải được thực hiện trong khuôn khổ pháp luật. Công ty không được phép kinh doanh các ngành nghề mà pháp luật cấm. Đó là các ngành, nghề gây phương hại đến quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam và sức khỏe của nhân dân. Ngoài ra, đối với một số ngành nghề nhất định, công ty chỉ được kinh doanh khi thỏa mãn các điều kiện theo quy định của pháp luật. Việc cấm hoặc hạn chế các ngành, nghề kinh doanh là nhằm mục đích bảo vệ an ninh quốc gia và vì lợi ích chung của xã hội.

Trong quá trình kinh doanh, công ty có quyền lựa chọn địa bàn đầu tư, hình thức đầu tư, có quyền xác định quy mô kinh doanh. Pháp luật chỉ quy định vốn tối thiểu phải có để thành lập công ty trong một số ngành nghề, chứ không hạn chế sự phát triển về vốn cũng như quy mô kinh doanh của công ty.

-- Công ty có quyền lựa chọn hình thức và cách thức huy động vốn.

Trong kinh doanh, vốn là yếu tố quan trọng, công ty muốn phát triển, mở rộng quy mô kinh doanh thì phải huy động vốn ở nhiều nguồn khác nhau. Công ty có quyền chọn những hình thức và cách thức huy động vốn phù hợp với điều kiện cụ thể của mình và theo quy định của pháp luật. Ngoài nguồn vốn ban đầu (vốn điều lệ) công ty có thể huy động bằng cách tăng vốn điều lệ hoặc tạo thêm vốn bằng cách đi vay. Đối với công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn có thể tăng vốn vay bằng cách phát hành trái phiếu theo quy định của pháp luật.

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

Trong nền kinh tế thị trường, việc lựa chọn khách hàng để quan hệ làm ăn là vấn đề đặc biệt quan trọng. Pháp luật không cấm đoán việc lựa chọn bạn hàng để giao dịch ký kết hợp đồng. Việc giao dịch với ai là phụ thuộc vào ý chí của công ty, công ty có quyền trực tiếp giao dịch để ký kết hợp đồng theo nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, cùng có lợi và không trái pháp luật.

Quyền kinh doanh xuất khẩu và nhập khẩu.

Việc ghi nhận quyền kinh doanh xuất khẩu và nhập khẩu cho các doanh nghiệp là yêu cầu tất yếu trong điều kiện nền kinh tế Việt Nam hiện nay. Quyền kinh doanh xuất, nhập khẩu là đảm bảo pháp lý quan trọng cho các doanh nghiệp, cũng như công ty có một "sân chơi" đủ rộng và bình đẳng để phát triển hoạt động kinh doanh. Theo nội dung của quyền này, công ty có quyền trực tiếp tiêu thụ sản phẩm, hàng hóa của mình bằng việc xuất khẩu cũng như nhập khẩu hàng hóa từ nước ngoài để phục vụ cho hoạt động kinh doanh, phù hợp với chức năng kinh doanh đã được xác định trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của công ty. Hoạt động kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu của công ty phải tuân theo các quy định của pháp luật.

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

Việc tuyển dụng, thuê mướn lao động là quyền của công ty. Căn cứ vào yêu cầu kinh doanh công ty tự quyết định số lượng lao động cần tuyển dụng, thuê mướn, quy định những yêu cầu về nghề nghiệp của người lao động. Hình thức sử dụng lao động trong công ty có thể theo hợp đồng lao động.

- Quyền tự chủ kinh doanh, chủ động áp dụng những phương pháp quản lý khoa học, hiện đại để nâng cao hiệu quả và khả năng cạnh tranh.

Trong phạm vi ngành nghề đã đăng ký kinh doanh, công ty có quyền tự

mình quyết định những vấn đề phát sinh trong hoạt động kinh doanh. Sản xuất cái gì ? Sản xuất như thế nào ? Sản xuất cho ai ? thuộc quyền quyết định của công ty, không một tổ chức hoặc cá nhân nào có quyền can thiệp vào những hoạt động hợp pháp của công ty. So với doanh nghiệp nhà nước thì quyền tự chủ trong hoạt động kinh doanh của công ty được thể hiện ở mức độ cao hơn.

– Quyền từ chối và tố cáo mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định của bất kỳ cá nhân, cơ quan hay tổ chức nào, trừ những khoản đóng góp vì mục đích nhân đạo và công ích.

– Ngoài ra công ty còn có các quyền khác do pháp luật quy định.

b) Nghĩa vụ của công ty

Quyền luôn gắn liền với nghĩa vụ và tạo thành thẩm quyền của chủ thể kinh doanh nói chung, của công ty nói riêng. Theo quy định của pháp luật, công ty có các nghĩa vụ sau:

– Hoạt động kinh doanh theo đúng các ngành, nghề đã đăng ký; bảo đảm điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật khi kinh doanh ngành nghề kinh doanh có điều kiện.

Việc kinh doanh ngành nghề nào là tùy thuộc vào sự lựa chọn của công ty. Khi đã lựa chọn được ngành nghề kinh doanh công ty phải đăng ký kinh doanh. Trong quá trình hoạt động, công ty có nghĩa vụ phải kinh doanh theo ngành nghề đã ghi trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Nếu muốn thay đổi ngành nghề kinh doanh, công ty phải làm thủ tục thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh.

Pháp luật bắt buộc công ty kinh doanh theo ngành nghề đã đăng ký là nhằm đảm bảo lợi ích chung của xã hội, sự quản lý của nhà nước. Mọi hoạt động kinh doanh của công ty chỉ được tiến hành trong phạm vi ngành nghề đã đăng ký. Trong phạm vi ngành nghề đã đăng ký công ty có quyền tự chủ kinh doanh. Nếu kinh doanh không đúng ngành nghề đã đăng ký, thì bị coi là hành vi vi phạm pháp luật và tùy theo mức độ vi phạm, công ty có thể bị phạt tiền hoặc bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

– Lập sổ kế toán, ghi chép sổ kế toán, hóa đơn, chứng từ và lập báo cáo tài chính trung thực, chính xác.

Kế toán thống kê là công tác rất quan trọng trong quá trình kinh doanh. Qua hoạt động kế toán, thống kê giúp cho Công ty hạch toán được chính xác. Hoạt động kế toán, thống kê được quy định thống nhất trong các doanh

ngiệp. Công ty phải thực hiện việc ghi chép sổ sách kế toán và quyết toán theo quy định của pháp luật.

Từ việc lập sổ sách, chứng từ, ghi chép kiểm kê, đánh giá đến việc lập báo cáo tài chính phải tuân thủ quy định của pháp luật về kế toán kiểm toán, thống kê không chỉ giúp cho công ty trong việc hạch toán kinh tế mà qua đó nhà nước thực hiện sự kiểm tra, theo dõi, giám sát hoạt động tài chính của công ty. Việc kiểm tra, giám sát của Nhà nước được thực hiện thông qua việc thanh tra hoạt động của công ty bởi các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Công ty có nghĩa vụ cung cấp các tài liệu có liên quan đến việc thanh tra và tạo điều kiện thuận lợi cho việc thanh tra.

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

Nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác là nghĩa vụ của công ty. Công ty phải nộp thuế theo pháp luật về thuế. Công ty kinh doanh bất cứ ngành nghề gì, quy mô lớn hay nhỏ đều phải nộp thuế. Vi phạm nghĩa vụ nộp thuế là vi phạm pháp luật và công ty phải chịu những hậu quả pháp lý nhất định. Ngoài nghĩa vụ nộp thuế là nghĩa vụ quan trọng nhất, công ty còn phải thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật như: Đóng góp xây dựng cơ sở hạ tầng, cơ sở văn hóa, y tế, giáo dục tại địa phương nơi công ty đóng trụ sở.

– Bảo đảm chất lượng hàng hóa theo tiêu chuẩn đã đăng ký: hàng hóa do công ty làm ra phải đăng ký chất lượng tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Khi đăng ký tiêu chuẩn chất lượng, hàng hóa sẽ được pháp luật bảo hộ. Đồng thời công ty phải đảm bảo sản xuất, lưu thông hàng hóa với chất lượng đúng theo tiêu chuẩn đã đăng ký. Nếu công ty sản xuất, lưu thông những hàng hóa không đảm bảo chất lượng theo tiêu chuẩn đã đăng ký thì đó là hành vi vi phạm pháp luật và tùy theo mức độ vi phạm, công ty phải chịu trách nhiệm pháp lý trước Nhà nước và người tiêu dùng.

– Công ty có nghĩa vụ kê khai và định kỳ báo cáo chính xác, đầy đủ các thông tin về doanh nghiệp và tình hình tài chính của doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh.

Việc thực hiện nghĩa vụ cung cấp thông tin của doanh nghiệp nói chung, của công ty nói riêng có ý nghĩa hết sức quan trọng trong công tác quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp. Với những thông tin của công ty, cơ quan

đăng ký kinh doanh thực hiện được nhiệm vụ xây dựng. Quản lý hệ thống thông tin về công ty, cung cấp thông tin cho các cơ quan nhà nước, cho các tổ chức và cá nhân có yêu cầu theo quy định của pháp luật.

Khi công ty phát hiện các thông tin đã kê khai hoặc báo cáo là không chính xác, không đầy đủ hoặc giả mạo, thì phải kịp thời hiệu chỉnh lại các thông tin đó với cơ quan đăng ký kinh doanh.

– Bảo đảm quyền, lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động.

Tuyển dụng, thuê mướn lao động là quyền của công ty, căn cứ vào nhu cầu kinh doanh của công ty. Trong quá trình sử dụng lao động, công ty có nghĩa vụ phải đảm bảo quyền, lợi ích của người lao động đã được pháp luật lao động quy định. Việc tuyển dụng, thuê mướn lao động trong công ty chủ yếu được thực hiện thông qua hình thức hợp đồng lao động. Việc ký kết và thực hiện hợp đồng lao động phải tuân thủ pháp luật hợp đồng lao động. Công ty phải đảm bảo các điều kiện lao động, tiền công... cho người lao động.

– Tuân thủ các quy định của pháp luật về quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, bảo vệ tài nguyên môi trường, bảo vệ di tích lịch sử văn hóa và danh lam thắng cảnh. Đây là nghĩa vụ của mọi công dân, tổ chức. Công ty có nghĩa vụ cùng với địa phương nơi mình đóng trụ sở thực hiện tốt các quy định của Nhà nước về quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội. Trong quá trình hoạt động, công ty phải có những biện pháp bảo vệ môi trường như xử lý chất thải công nghiệp... tránh ô nhiễm, hủy hoại môi trường. Di tích lịch sử, văn hóa, danh lam thắng cảnh là những tài sản vô giá của dân tộc. Công ty có trách nhiệm bảo vệ, tôn tạo những tài sản đó.

– Ngoài ra, công ty còn phải thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

3. Tổ chức lại công ty

Tổ chức lại công ty bao gồm chia tách, hợp nhất, sáp nhập và chuyển đổi hình thức pháp lý của công ty. Những quy định về tổ chức lại công ty là cơ sở pháp lý tạo điều kiện cho công ty phát triển thuận lợi, hiệu quả và đa dạng. Luật Doanh nghiệp quy định về tổ chức lại công ty trên cơ sở vận dụng những quy định về sáp nhập, hợp nhất, chia, tách và chuyển đổi pháp nhân trong Bộ luật Dân sự.

a) Chia công ty

Chia công ty là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho công ty

trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần được chia thành một số công ty cùng loại. Thủ tục chia công ty được thực hiện theo Điều 150, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh các công ty bị chia chấm dứt tồn tại. Các công ty mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị chia.

b) Tách công ty

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

c) Hợp nhất công ty

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

d) Sáp nhập công ty

Sáp nhập công ty là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho tất cả các loại hình công ty, theo đó một hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty bị sáp nhập) sáp nhập vào một công ty khác (gọi là công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập. Thủ tục sáp nhập công ty được thực hiện theo Điều 153, Luật Doanh nghiệp.

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

e) Chuyển đổi công ty

Chuyển đổi công ty là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn chuyển đổi thành công ty cổ phần hoặc ngược lại. Thủ tục chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần (gọi là công ty được chuyển đổi) thành công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (gọi là công ty chuyển đổi) được thực hiện theo Điều 154, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty được chuyển đổi chấm dứt tồn tại. Công ty chuyển đổi được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty được chuyển đổi.

f) Chuyển đổi công ty TNHH một thành viên

Việc chuyển đổi công ty TNHH một thành viên có thể xảy ra trong hai trường hợp:

-- Trường hợp chủ sở hữu công ty chuyển nhượng **một** phần vốn điều lệ cho tổ chức, cá nhân khác thì trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày chuyển nhượng, chủ sở hữu công ty và người nhận chuyển nhượng phải đăng ký việc thay đổi sở hữu thành viên với cơ quan đăng ký kinh doanh. Kể từ ngày đăng ký thay đổi, công ty được quản lý và hoạt động theo quy định về công ty TNHH hai thành viên trở lên;

-- Trường hợp chủ sở hữu công ty chuyển nhượng toàn bộ vốn điều lệ cho một cá nhân thì trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày hoàn thành thủ tục chuyển nhượng, người nhận chuyển nhượng phải đăng ký thay đổi chủ sở hữu công ty và tổ chức quản lý hoạt động theo quy định về công ty TNHH một thành viên là cá nhân.

4. Giải thể công ty

Giải thể công ty là việc chấm dứt sự tồn tại, hoạt động của công ty. Giải thể công ty trước hết là quyền của các thành viên công ty. Mặt khác, công ty còn bị giải thể trong những trường hợp do pháp luật quy định.

a) Các trường hợp giải thể

Theo Luật Doanh nghiệp, công ty 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. Khi thành lập công ty các thành viên đã thỏa thuận, kết ước với nhau. Sự thỏa thuận, kết ước được biểu hiện bằng Điều lệ công ty. Điều lệ công ty là bản cam kết của các thành viên về thành lập, hoạt động của công ty trong đó đã thỏa thuận về thời hạn hoạt động. Khi hết thời hạn hoạt động đã ghi trong điều lệ (nếu các thành viên không muốn xin gia hạn hoạt động) thì công ty đương nhiên phải tiến hành giải thể.

– Theo quyết định 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; của tất cả các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh.

– Công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của pháp luật trong thời hạn 6 tháng liên tục.

Có đủ số lượng thành viên tối thiểu là một trong những điều kiện pháp lý để công ty tồn tại và hoạt động. Pháp luật quy định số lượng thành viên tối thiểu cho mỗi loại hình công ty là khác nhau. Khi không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu, để tiếp tục tồn tại, công ty phải kết nạp thêm các thành viên cho đủ số lượng tối thiểu. Thời hạn để công ty thực hiện việc kết nạp thêm thành viên là 6 tháng kể từ ngày công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu. Nếu công ty không kết nạp thêm thành viên, dẫn đến công ty tồn tại không đủ số lượng thành viên tối thiểu trong 6 tháng liên tục, thì công ty phải giải thể.

- Bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh là căn cứ pháp lý không thể thiếu cho sự tồn tại và hoạt động của các doanh nghiệp nói chung, của công ty nói riêng. Khi công ty kinh doanh vi phạm các quy định của pháp luật và bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, thì công ty không thể tiếp tục tồn tại, hoạt động. Trong những trường hợp này công ty phải giải thể theo yêu cầu của cơ quan đăng ký kinh doanh (khoản 2, Điều 165, Luật Doanh nghiệp).

b) Thủ tục giải thể công ty

Giải thể công ty dẫn đến chấm dứt sự tồn tại, hoạt động của công ty và thanh lý tài sản, thanh toán các khoản nợ. Vì vậy, việc giải thể công ty phải tuân theo những thủ tục nhất định.

– Thông qua quyết định giải thể công ty:

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, khi rơi vào một trong những trường hợp bị giải thể, để tiến hành việc giải thể, công ty phải thông qua

quyết định giải thể công ty. Quyết định giải thể công ty phải có các nội dung chủ yếu theo quy định tại khoản 1, Điều 158, Luật Doanh nghiệp.

Sau khi thông qua quyết định giải thể, công ty phải gửi quyết định giải thể đến cơ quan đăng ký kinh doanh, các chủ nợ, người lao động, người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan. Quyết định giải thể phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính của công ty và phải đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp.

Khi gửi quyết định giải thể cho các chủ nợ, công ty phải gửi kèm theo thông báo về phương án giải quyết nợ. Thông báo này phải ghi rõ tên, địa chỉ của chủ nợ, số nợ, thời hạn, địa điểm và phương thức thanh toán số nợ đó, cách thức và thời hạn giải quyết khiếu nại của chủ nợ.

– Thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ của công ty:

Thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ là vấn đề quan trọng, chủ yếu của công ty giải thể. Việc thanh toán các khoản nợ là rất phức tạp vì liên quan đến quyền lợi của nhiều người, do đó phải tiến hành theo trình tự, thủ tục nhất định. Trước hết phải thanh toán các khoản nợ cho các chủ nợ, sau đó tiến hành phân chia tài sản còn lại của công ty cho các thành viên. Phân hoàn lại cho các thành viên có thể nhiều hơn hoặc ít hơn phần vốn góp ban đầu, điều đó tùy thuộc vào tình trạng tài sản của công ty.

Sau khi thanh toán hết nợ của công ty, người đại diện theo pháp luật của công ty phải gửi hồ sơ về giải thể công ty đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ về giải thể công ty, phải xóa tên công ty trong sổ đăng ký kinh doanh. Công ty chấm dứt sự tồn tại với tư cách là một doanh nghiệp từ khi bị xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh.

5. Thành viên công ty

Thành viên công ty là người đã góp tài sản vào công ty. Khi nghiên cứu chế độ pháp lý của thành viên công ty, các nhà làm luật quan tâm tới hai vấn đề chính, đó là:

- Sự hình thành và mất đi tư cách thành viên;
- Các quyền và nghĩa vụ của thành viên.

a) Sự hình thành và mất đi tư cách thành viên công ty

- Hình thành tư cách thành viên công ty.

Thông thường, tư cách thành viên công ty được hình thành bằng ba con đường:

- + Góp vốn vào công ty;
- + Mua lại phần vốn góp của thành viên công ty;
- + Hưởng thừa kế mà người để lại di sản thừa kế là thành viên công ty.

Góp vốn vào công ty là con đường chủ yếu để trở thành thành viên công ty. Một người sẽ có tư cách thành viên công ty khi đã góp một số vốn của mình vào thành lập công ty. Tùy theo từng loại hình công ty, cách thức góp vốn sẽ khác nhau.

Một người cũng sẽ có tư cách thành viên khi họ góp vốn vào công ty, khi công ty kết nạp thành viên mới để tăng vốn điều lệ. Tùy theo từng loại hình công ty, việc kết nạp thành viên sẽ khác nhau.

Tư cách thành viên công ty cũng có thể được hình thành qua việc mua lại phần vốn góp của thành viên công ty. Tùy theo từng loại công ty, việc chuyển nhượng phần vốn góp cho người khác có những quy định khác nhau. Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn việc chuyển nhượng phần vốn góp cho người ngoài công ty bị hạn chế. Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn chỉ được chuyển nhượng vốn cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết. Khi mua lại phần vốn góp, thành viên mới phải trả lại cho người bán một giá trị tài sản do hai bên thỏa thuận.

Đối với công ty cổ phần, việc mua lại phần vốn góp được thực hiện thông qua hành vi mua cổ phiếu trên thị trường chứng khoán.

Tư cách thành viên công ty có thể được hình thành qua việc họ được hưởng thừa kế. Tùy theo từng loại hình công ty, trong điều lệ của công ty có quy định khác nhau về việc hưởng thừa kế phần vốn góp để trở thành thành viên công ty.

– Mất tư cách thành viên công ty.

Thông thường, tư cách thành viên công ty có thể mất đi khi thành viên nhượng lại phần vốn góp của mình cho người khác, hay khi thành viên đó chết. Ngoài ra, tư cách thành viên công ty cũng có thể mất đi khi Điều lệ công ty quy định, như trong trường hợp khai trừ thành viên, thu hồi tư cách thành viên, hay khi họ tự nguyện rút khỏi công ty.

b) Quyền và nghĩa vụ cơ bản của thành viên công ty

Mỗi loại hình công ty khác nhau thì quyền và nghĩa vụ của thành viên công ty cũng khác nhau. Điều đó do Luật Doanh nghiệp và điều lệ công ty

quy định, song về nguyên tắc chung thành viên công ty có những quyền và nghĩa vụ cơ bản sau:

– Quyền lợi.

+ Quyền chuyển nhượng phần vốn góp cho người khác.

+ Quyền được chia lợi nhuận. Việc góp vốn vào công ty là hành vi đầu tư vốn để kinh doanh, vì vậy, quyền được chia lợi nhuận là quyền quan trọng của thành viên công ty. Về nguyên tắc, quyền được chia lợi nhuận tỷ lệ với phần vốn góp vào công ty. Việc phân chia lợi nhuận phải tuân thủ pháp luật và Điều lệ của công ty.

+ Quyền được chia các phần dự trữ. Công ty có thể tiến hành chia các quỹ dự trữ cho thành viên dưới dạng lợi nhuận. Hoặc khi lợi nhuận để chia cho thành viên ở tài khóa này không đủ, thì công ty có thể lấy từ các quỹ dự trữ để bù vào lợi nhuận cho đủ để chia, việc chia này cũng theo tỷ lệ phần vốn góp.

+ Quyền được chia các giá trị tài sản còn lại sau khi thanh lý công ty. Công ty khi giải thể, sau khi đã thanh toán mọi khoản nợ, phần tài sản còn lại các thành viên được quyền chia nhau. Việc phân chia tài sản còn lại theo tỷ lệ góp vốn.

+ Quyền bỏ phiếu. Thành viên công ty có quyền tham gia cuộc họp của cơ quan có quyền quyết định cao nhất trong công ty để thảo luận, biểu quyết những vấn đề về tổ chức, quản lý và hoạt động của công ty. Việc bỏ phiếu để thông qua các quyết định phụ thuộc vào phần vốn góp của từng thành viên. Thành viên sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức và cổ phần ưu đãi hoàn lại trong công ty cổ phần không có quyền biểu quyết.

Quyền được thông tin. Các thành viên công ty có quyền được biết về tổ chức, hoạt động của công ty nhất là tình hình tài chính, các thành viên có quyền được xem xét các bản kết toán hàng năm, các bản báo cáo về hoạt động của công ty, về tình hình quản lý công ty...

– Các nghĩa vụ của thành viên công ty.

+ Nghĩa vụ góp vốn thành lập công ty. Đây là nghĩa vụ đầu tiên của thành viên, một người chỉ có thể trở thành thành viên công ty khi họ hoàn thành nghĩa vụ này. Vốn góp của thành viên có thể bằng tiền vàng, tài sản hiện vật, bản quyền sở hữu công nghiệp.

+ Thực hiện Điều lệ công ty. Điều lệ công ty là bản cam kết của các thành viên khi điều lệ đó có hiệu lực, các thành viên có nghĩa vụ phải thực hiện tốt, trung thành với Điều lệ công ty.

+ Chịu lỗ cùng với công ty khi công ty kinh doanh thua lỗ.

II — CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN

1. Công ty TNHH có hai thành viên trở lên

a) Khái niệm và đặc điểm

Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình công ty gồm không quá 50 thành viên góp vốn thành lập và công ty chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty bằng tài sản của mình.

Theo Điều 38. Luật Doanh nghiệp thì công ty trách nhiệm hữu hạn có những đặc điểm cơ bản sau:

- Là doanh nghiệp có không quá 50 thành viên trong suốt quá trình hoạt động;
- Công ty trách nhiệm hữu hạn là một pháp nhân;
- Công ty chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng tài sản của mình (trách nhiệm hữu hạn). Thành viên công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào công ty. Như vậy, trong công ty trách nhiệm hữu hạn có sự phân tách tài sản: tài sản của công ty và tài sản của thành viên. Nguyên tắc phân tách tài sản được áp dụng trong mọi quan hệ tài sản, nợ nần và trách nhiệm của công ty.
- Công ty trách nhiệm hữu hạn không được quyền phát hành cổ phiếu ra công chúng để huy động vốn;
- Phần vốn góp của các thành viên chỉ được chuyển nhượng theo quy định của pháp luật.

b) Tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên

Việc tổ chức và điều hành công ty trách nhiệm hữu hạn được thực hiện thông qua các cơ quan của nó. Cơ cấu tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn được pháp luật quy định tùy thuộc vào số lượng thành viên của công ty. Các quy định về tổ chức quản lý công ty nói chung, tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn nói riêng phần lớn là những quy định mang tính tùy nghi. Trên cơ sở đó công ty lựa chọn và áp dụng. Bên cạnh đó có những quy định bắt buộc để bảo vệ lợi ích của các nhà đầu tư thiểu số, lợi ích của chủ nợ và tăng cường trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp.

Công ty trách nhiệm hữu hạn từ hai thành viên trở lên phải có: Hội đồng

thành viên, chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng giám đốc). Khi công ty có trên 11 thành viên thì phải có Ban kiểm soát.

– Hội đồng thành viên

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

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

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

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

– Chủ tịch Hội đồng thành viên

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

– Giám đốc (Tổng giám đốc)

Giám đốc (Tổng giám đốc) là người điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty, do Hội đồng thành viên bổ nhiệm và chịu trách

nhiệm trước Hội đồng thành viên về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình. Giám đốc (Tổng giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định chủ tịch Hội đồng thành viên là 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

Về mặt pháp lý, Ban kiểm soát là cơ quan thay mặt các thành viên công ty kiểm soát các hoạt động của công ty, pháp luật chỉ bắt buộc công ty trách nhiệm hữu hạn trên 11 thành viên phải có Ban kiểm soát. Quyền, nghĩa vụ và chế độ làm việc của Ban kiểm soát, Trường ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định.

c) Vốn và chế độ tài chính

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

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

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

– Về tăng vốn điều lệ: Theo quyết định của Hội đồng thành viên công ty có thể tăng vốn điều lệ bằng các hình thức như: Tăng vốn góp của thành viên; điều chỉnh tăng mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản tăng lên của công ty; tiếp nhận vốn góp của thành viên mới.

– Công ty có thể giảm vốn điều lệ theo quyết định của Hội đồng thành viên bằng các hình thức và thủ tục được quy định tại Điều 60, Luật Doanh nghiệp.

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

2. Công ty TNHH một thành viên

a) Khái niệm và đặc điểm

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 về bản chất cũng được tổ chức và hoạt động giống như công ty TNHH một thành viên (một chủ sở hữu). Luật Doanh nghiệp (1999) chỉ quy định công ty TNHH một thành viên là tổ chức; Luật Doanh nghiệp (2005) đã phát triển và mở rộng cả cá nhân cũng có quyền thành lập công ty TNHH một thành viên.

Theo đó công ty TNHH một thành viên là doanh nghiệp do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu (gọi là chủ sở hữu công ty). Chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ.

Từ khái niệm trên, 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;
- Chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm hữu hạn;
- Việc chuyển nhượng phần vốn góp của chủ sở hữu được thực hiện theo quy định của pháp luật;
- Có tư cách pháp nhân ;
- Không được quyền phát hành cổ phiếu.

b) Tổ chức quản lý công ty

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

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

Trường hợp có ít nhất hai 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 làm 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 sẽ quy định chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty hoặc Giám đốc (Tổng giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú tại Việt Nam (nếu vắng mặt quá 30 ngày thì phải uỷ quyền cho người khác làm thay).

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

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

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

c) Một vấn đề cần lưu ý đối với chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên

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

– Chủ sở hữu công ty chỉ được quyền rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ số vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác.

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

III — CÔNG TY CỔ PHẦN

1. Khái niệm và đặc điểm

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

Công ty cổ phần có những đặc điểm cơ bản, dựa vào đó chúng ta phân biệt với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh. Những đặc điểm đó là:

- Về thành viên công ty: trong suốt quá trình hoạt động ít nhất phải có ba thành viên tham gia công ty cổ phần. Là loại công ty đặc trưng cho công ty đối vốn, cho nên có sự liên kết của nhiều thành viên, vì vậy việc quy định số thành viên tối thiểu phải có đã trở thành thông lệ quốc tế trong mấy trăm năm tồn tại của công ty cổ phần. Ở hầu hết các nước đều quy định số thành viên tối thiểu của công ty cổ phần.

- Vốn điều lệ của công ty được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Giá trị mỗi cổ phần gọi là mệnh giá cổ phần và được phản ánh trong cổ phiếu. Một cổ phiếu có thể phản ánh mệnh giá của một hoặc nhiều cổ phần. Việc góp vốn vào công ty được thực hiện bằng cách mua cổ phần, mỗi cổ đông có thể mua nhiều cổ phần. Luật không hạn chế mỗi thành viên được mua tối đa bao nhiêu phần trăm vốn điều lệ, nhưng các thành viên có thể thỏa thuận trong điều lệ giới hạn tối đa số cổ phần mà một thành viên có thể mua, để chống lại việc một thành viên nào đó có thể nắm quyền kiểm soát công ty.

- Tính tự do chuyển nhượng phần vốn góp: phần vốn góp (cổ phần) của các thành viên được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu. Các cổ phiếu do công ty phát hành là một loại hàng hóa. Người có cổ phiếu có thể tự do chuyển nhượng theo quy định của pháp luật.

- Về chế độ trách nhiệm: Công ty cổ phần chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty bằng tài sản của công ty. Các cổ đông chịu trách nhiệm về nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty (tức là đến hết giá trị cổ phần mà họ sở hữu).

- Trong quá trình hoạt động, công ty cổ phần có quyền phát hành chứng

khoán (như cổ phiếu, trái phiếu) ra công chúng theo quy định của pháp luật về chứng khoán để huy động vốn. Điều này thể hiện khả năng huy động vốn lớn của công ty cổ phần.

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

2. Cổ phần, cổ phiếu

Cổ phần là phần chia nhỏ nhất vốn điều lệ của công ty, được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu. Giá trị mỗi cổ phần (mệnh giá cổ phần) do công ty quyết định và ghi vào cổ phiếu. Mệnh giá cổ phần có thể khác với giá chào bán cổ phần. Giá chào bán cổ phần do Hội đồng quản trị của công ty quyết định, nhưng không được thấp hơn giá thị trường tại thời điểm chào bán, trừ các trường hợp quy định tại khoản 1, Điều 87, Luật Doanh nghiệp.

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 phải có cổ phần phổ thông. Người sở hữu cổ phần phổ thông gọi là cổ đông phổ thông. Công ty có thể có cổ phần ưu đãi. Người sở hữu cổ phần ưu đãi gọi là cổ đông ưu đãi. Cổ phần ưu đãi gồm các loại sau:

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

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

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

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

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

Cổ phần phổ thông của công ty cổ phần không thể chuyển đổi thành cổ

phần ưu đãi. Nhưng cổ phần ưu đãi có thể chuyển thành cổ phần phổ thông (theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông).

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

Cổ phiếu là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành hoặc bút toán ghi sổ xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty đó. Cổ phiếu có thể ghi tên hoặc không ghi tên. Luật Công ty một số nước quy định mệnh giá tối thiểu của một cổ phiếu (giá trị các cổ phần được phản ánh trong cổ phiếu) và nguyên tắc làm tròn số. Luật Doanh nghiệp của Việt Nam không có quy định này, nhưng người ta thường phát hành các cổ phiếu có mệnh giá tương đương để dễ dàng so sánh trên thị trường chứng khoán.

Cổ phiếu là giấy tờ có giá trị chứng minh tư cách chủ sở hữu cổ phần và đồng thời là tư cách thành viên công ty của người có cổ phần. Ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, người ta không dùng giấy tờ ghi cổ phiếu mà đưa các thông tin về cổ phiếu vào hệ thống máy tính. Các cổ đông có thể mở tài khoản cổ phiếu tại ngân hàng và được quản lý bằng hệ thống máy tính. Theo Luật Doanh nghiệp Việt Nam thì cổ phiếu có thể là chứng chỉ (tờ cổ phiếu) hoặc (bút toán ghi sổ). Trong trường hợp là bút toán ghi sổ thì những thông tin về cổ phiếu được ghi trong sổ đăng ký cổ đông của công ty. Sổ đăng ký cổ đông có thể là văn bản hoặc tập dữ liệu điện tử hoặc cả hai.

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

3. Vốn và chế độ tài chính

Công ty cổ phần là loại hình đặc trưng của công ty đối vốn, nên các quy định về vốn và chế độ tài chính có ý nghĩa rất quan trọng.

Khi thành lập, công ty phải có vốn điều lệ. Vốn điều lệ của công ty trong một số ngành nghề nhất định không được thấp hơn vốn pháp định. Vốn điều lệ của công ty phải thể hiện – một phần dưới dạng cổ phần phổ thông. Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau nắm giữ ít nhất 20% số cổ phần phổ thông được quyền chào bán của công ty. Vốn điều lệ của công ty có thể có một phần là cổ

phần ưu đãi. Người được mua cổ phần ưu đãi do pháp luật quy định (đối với cổ phần ưu đãi biểu quyết) và do Điều lệ công ty quy định hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định (đối với các loại cổ phần ưu đãi khác).

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

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

Thủ tục và trình tự chào bán cổ phần được thực hiện theo quy định của pháp luật về chứng khoán.

Người sở hữu cổ phần có quyền chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác. Cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập có thể chuyển nhượng cho người không phải là cổ đông nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Cổ đông dự định chuyển nhượng cổ phần không có quyền biểu quyết về việc chuyển nhượng các cổ phần đó. Sau thời hạn 3 năm kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập đều bị bãi bỏ.

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

Cổ đông biểu quyết phản đối quyết định về việc tổ chức lại công ty hoặc thay đổi quyền, nghĩa vụ của cổ đông quy định tại Điều lệ công ty, có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần của mình. Trong trường hợp này công ty phải mua lại cổ phần trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu.

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

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

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

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

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

4. Tổ chức quản lý công ty cổ phần

Công ty cổ phần là loại công ty thông thường có rất nhiều thành viên và việc tổ chức quản lý rất phức tạp, do đó cần phải có một cơ chế quản lý chặt chẽ. Cơ cấu tổ chức quản lý công ty cổ phần gồm có: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Giám đốc (Tổng giám đốc); đối với công ty cổ phần có trên 11 cổ đông là cá nhân hoặc cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50 % tổng số cổ phần của công ty phải có Ban kiểm soát.

a) Đại hội đồng cổ đông

Đại hội đồng cổ đông là cơ quan có thẩm quyền quyết định cao nhất của công ty gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết. Cổ đông có thể trực tiếp hoặc ủy quyền bằng văn bản cho một người khác dự họp Đại hội đồng cổ đông.

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

Đại hội đồng cổ đông có quyền xem xét và quyết định những vấn đề chủ yếu, quan trọng nhất của công ty cổ phần như: loại cổ phần và tổng số cổ phần được quyền chào bán; bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Ban kiểm soát (nếu có), quyết định sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, quyết định tổ chức lại, giải thể công ty, các quyền, nghĩa vụ cụ thể của Đại hội đồng cổ đông được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Đại hội đồng cổ đông họp ít nhất mỗi năm một lần và được triệu tập bởi Hội đồng quản trị. Chủ tịch Hội đồng quản trị chủ tọa cuộc họp Đại hội đồng cổ đông. Thủ tục triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông, điều kiện, thể thức tiến hành họp và ra quyết định của đại hội cổ đông được thực hiện theo quy định tại các điều từ Điều 97 đến Điều 106, Luật Doanh nghiệp.

b) Hội đồng quản trị

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty có không ít hơn 3 thành viên, không quá 11 thành viên. Số lượng thành viên phải thường trú ở Việt Nam do Điều lệ công ty quy định. Hội đồng quản trị có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty không thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông. Các quyền và nhiệm vụ cụ thể của Hội đồng quản trị được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị bầu chủ tịch Hội đồng theo quy định tại Điều lệ công ty. Nếu Hội đồng quản trị bầu chủ tịch thì Hội đồng quản trị bầu

1 người (trong số thành viên Hội đồng quản trị) làm chủ tịch. Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định khác. Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông về những sai phạm trong quản lý, vi phạm điều lệ, vi phạm pháp luật gây thiệt hại cho công ty.

c) Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty

Giám đốc (Tổng giám đốc) là người điều hành hoạt động hằng ngày của công ty và chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao.

Giám đốc (Tổng giám đốc) do Hội đồng quản trị bổ nhiệm và có thể là thành viên Hội đồng quản trị hoặc không phải là thành viên Hội đồng quản trị. Giám đốc (Tổng giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định chủ tịch Hội đồng quản trị của công ty có tư cách này. Các quyền và nhiệm vụ cụ thể của Giám đốc (Tổng giám đốc) được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

d) Ban kiểm soát

Công ty cổ phần có trên 11 cổ đông phải có Ban kiểm soát gồm từ 3 đến 5 thành viên. Các kiểm soát viên do Đại hội đồng cổ đông bầu ra. Ban kiểm soát phải có hơn một nửa số thành viên thường trú tại Việt Nam. Ban kiểm soát thay mặt các cổ đông kiểm soát các hoạt động của công ty, chủ yếu là các vấn đề tài chính, vì vậy phải có ít nhất một kiểm soát viên có trình độ chuyên môn về kế toán. Ban kiểm soát bầu một thành viên làm trưởng ban. Quyền và nhiệm vụ của trưởng ban kiểm soát do Điều lệ công ty quyết định. Quyền và nhiệm vụ của Ban kiểm soát được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty, Ban kiểm soát chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông về việc thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn được giao. Để đảm bảo tính độc lập, vô tư, khách quan trong hoạt động của Ban kiểm soát và kiểm soát viên, những người sau đây không được làm thành viên Ban kiểm soát:

- Thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng giám đốc); người có liên quan của thành viên Hội đồng quản trị, của Giám đốc (Tổng giám đốc), kế toán trưởng;
- Người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đang phải chấp hành hình phạt tù hoặc bị tòa án tước quyền hành nghề vì phạm tội buôn lậu, làm hàng giả, buôn bán hàng giả, kinh doanh trái phép, trốn thuế, lừa dối khách hàng và các tội khác theo quy định của pháp luật.

Nhiệm kỳ của Ban kiểm soát, chế độ làm việc và thù lao cho thành viên Ban kiểm soát do Đại hội đồng cổ đông quyết định hoặc được quy định trong Điều lệ công ty.

Như vậy, cơ cấu tổ chức quản lý công ty cổ phần có sự phân công các chức năng cụ thể cho từng cơ quan khác nhau, giám sát lẫn nhau trong mọi công việc.

IV — CÔNG TY HỢP DANH

1. Khái niệm và đặc điểm

Như đã trình bày, ở đa số 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 (là cá nhân và 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 (2005) quan niệm về công ty hợp danh ở nước ta hiện nay có một số điểm khác với cách hiểu truyền thống về công ty hợp danh. Theo đó công ty hợp danh được định nghĩa là một loại hình doanh nghiệp, với những đặc điểm pháp lý cơ bản sau:

Phải có ít nhất hai thành viên là chủ sở hữu chung của công ty cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung (gọi là thành viên hợp danh); ngoài các thành viên hợp danh, có thể có thành viên góp vốn;

– Thành viên hợp danh phải là cá nhân chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty;

– Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty;

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

– 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. Có thể thấy, khái niệm công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp của Việt Nam có nội hàm của khái niệm công ty đối nhân theo pháp luật các nước. Với quy định về công ty hợp danh, Luật Doanh nghiệp đã ghi nhận sự tồn tại của các công ty đối nhân ở Việt Nam.

2. Quản lý công ty hợp danh

Do tính an toàn pháp lý đối với công chúng cao, mặt khác các thành viên thường có quan hệ mật thiết về nhân thân, nên việc quản lý công ty hợp danh chịu rất ít sự ràng buộc của pháp luật. Về cơ bản, các thành viên có quyền tự thỏa thuận về việc quản lý, điều hành công ty. Tuy nhiên, cần lưu ý là quyền quản lý công ty hợp danh chỉ thuộc về các thành viên hợp danh, thành viên góp vốn không có quyền quản lý công ty. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, cơ cấu tổ chức quản lý công ty hợp danh do các thành viên hợp danh thỏa thuận trong Điều lệ công ty. Việc tổ chức quản lý công ty hợp danh phải tuân thủ các quy định về một số vấn đề cơ bản sau đây:

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

Việc tiến hành họp Hội đồng thành viên do Chủ tịch Hội đồng thành viên triệu tập hoặc theo yêu cầu của thành viên hợp danh. Trường hợp Chủ tịch Hội đồng thành viên không triệu tập họp theo yêu cầu của thành viên hợp danh thì thành viên đó có quyền triệu tập họp Hội đồng. Cuộc họp của Hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty. Hội thành viên có quyền quyết định tất cả các công việc kinh doanh của công ty. Nếu Điều lệ công ty không quy định thì khi quyết định những vấn đề quan trọng phải được ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận (xem khoản 3, Điều 135, Luật Doanh nghiệp). Còn khi quyết định những vấn đề khác không quan trọng thì chỉ cần ít nhất 2/3 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận. Tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Khi tham gia họp, thảo luận về các vấn đề của công ty mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết hoặc có số biểu quyết khác quy định tại Điều lệ công ty. Quyền tham gia biểu quyết của thành viên góp vốn bị hạn chế hơn (xem điểm a, khoản 1, Điều 140).

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

3. Thành viên công ty hợp danh

a) Thành viên hợp danh

Công ty hợp danh bắt buộc phải có thành viên hợp danh (ít nhất là hai thành viên). 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 bằng toàn bộ tài sản của mình (tài sản đầu tư vào kinh doanh và tài sản dân sự) chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty.

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

hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại.

Trong quá trình hoạt động, công ty hợp danh có quyền tiếp nhận thêm thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn. Việc tiếp nhận thêm thành viên phải được Hội đồng thành viên chấp thuận. Thành viên hợp danh mới được tiếp nhận vào công ty phải cùng liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty (trừ trường hợp 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 chết hoặc bị tòa án tuyên bố là đã chết, mất tích, bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự;

- Tự nguyện rút khỏi công ty hoặc bị khai trừ khỏi công ty. Khi tự nguyện rút khỏi công ty hoặc bị khai trừ khỏi công ty trong thời hạn 2 năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên, thành viên hợp danh vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty đã phát sinh trước khi đăng ký việc chấm dứt tư cách thành viên đối với cơ quan đăng ký kinh doanh.

b) Thành viên góp vốn

Công ty hợp danh có thể có thành viên góp vốn. Thành viên góp vốn có thể là tổ chức, hoặc cá nhân. Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty. Là thành viên của công ty đối nhân, nhưng thành viên góp vốn hưởng chế độ trách nhiệm tài sản như một thành viên của công ty đối vốn. Chính điều này là lý do cơ bản dẫn đến thành viên góp vốn có thân phận 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 hoạt động kinh doanh nhân danh công ty. Pháp luật nhiều nước còn quy định: Nếu thành viên góp vốn hoạt động kinh doanh nhân danh công ty thì sẽ mất quyền chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ của công ty. Các quyền và nghĩa vụ cụ thể của thành viên góp vốn được quy định trong Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty.

4. Vấn đề vốn của công ty hợp danh

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

điều lệ của công ty. Vốn điều lệ của công ty hợp danh trong một số ngành nghề, theo quy định của pháp luật không được thấp hơn vốn pháp định. Trong quá trình hoạt động, công ty hợp danh có thể tăng vốn điều lệ bằng cách tăng phần vốn góp của các thành viên công ty hoặc kết nạp thành viên mới vào công ty theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

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

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

PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

I — KHÁI NIỆM VÀ PHÂN LOẠI DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

1. Khái niệm doanh nghiệp nhà nước

Sự tồn tại các doanh nghiệp có vốn nhà nước là một tất yếu trong cơ chế thị trường. Doanh nghiệp nhà nước tồn tại ở nhiều quốc gia trên thế giới. Tuy nhiên, cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với các doanh nghiệp nhà nước ở các nước có thể có những sự khác nhau nhất định. Ở Việt Nam, doanh nghiệp nhà nước có lịch sử tồn tại khá lâu đời và đang cùng với các bộ phận khác của kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Trải qua quá trình phát triển, trong từng giai đoạn khác nhau, quan điểm pháp lý về doanh nghiệp nhà nước cũng có những thay đổi nhất định trước đòi hỏi của thực tiễn kinh doanh.

Trước khi có Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, doanh nghiệp nhà nước ở Việt Nam được hiểu là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ. Doanh nghiệp nhà nước lần đầu tiên được quy định tại Sắc lệnh số 104/SL ngày 1/1/1948 với tên gọi là doanh nghiệp quốc gia. Theo Sắc lệnh này, doanh nghiệp quốc gia được hiểu là doanh nghiệp thuộc quyền sở hữu của Quốc gia và do Quốc gia điều khiển. Trong thời kỳ nền kinh tế vận hành theo cơ chế kinh tế kế hoạch tập trung, những đơn vị kinh tế của Nhà nước được gọi là xí nghiệp quốc doanh (trong công nghiệp), nông trường quốc doanh, lâm trường quốc doanh (trong nông, lâm nghiệp), cửa hàng quốc doanh (trong thương nghiệp)... Chuyển sang cơ chế kinh tế mới, quan niệm về doanh nghiệp nhà nước cũng từng bước có sự đổi mới. Thuật ngữ *doanh nghiệp nhà nước* được sử dụng chính thức trong Nghị định số 388/HĐBT ngày 20/11/1991, ban hành Quy chế về thành lập và giải thể doanh nghiệp nhà nước. Theo Nghị định này, doanh nghiệp nhà nước là một tổ chức kinh doanh do Nhà nước thành lập, đầu tư vốn và quản lý với tư cách chủ sở hữu. Trong Luật Doanh nghiệp nhà nước (1995), doanh nghiệp nhà

nước được hiểu là một tổ chức kinh tế do nhà nước đầu tư vốn, thành lập và tổ chức quản lý, hoạt động kinh doanh hoặc hoạt động công ích, nhằm thực hiện các mục tiêu kinh tế – xã hội do Nhà nước giao.

Từ những thay đổi về tư duy quản lý kinh tế và điều chỉnh pháp luật đối với các doanh nghiệp trong bối cảnh tự do hóa thương mại toàn cầu ngày càng sâu rộng, Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003 đã có quan điểm mới về doanh nghiệp nhà nước. Theo Luật này (Điều 1), 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. Từ khái niệm này, có thể thấy doanh nghiệp nhà nước có những đặc điểm pháp lý cơ bản sau đây:

- Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối của Nhà nước (vốn nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ và Nhà nước giữ quyền chi phối doanh nghiệp);
- Doanh nghiệp nhà nước được tổ chức dưới nhiều hình thức khác nhau, bao gồm công ty nhà nước, công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn;
- Doanh nghiệp nhà nước có tài sản riêng và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó về mọi hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp (chế độ trách nhiệm hữu hạn);
- Doanh nghiệp nhà nước là tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân, thực hiện hạch toán kinh tế độc lập, lấy thu bù chi và phải đảm bảo có lãi để tồn tại và phát triển.

Khái niệm về doanh nghiệp nhà nước theo cách hiểu trong Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) không bị giới hạn bởi việc quản lý của nhà nước với tư cách là chủ sở hữu duy nhất; doanh nghiệp nhà nước cũng không đương nhiên mang thuộc tính phải thực hiện các nhiệm vụ kinh tế – xã hội do Nhà nước giao. Quan điểm về doanh nghiệp nhà nước như vậy cho phép mở rộng đến mức tối đa có thể có doanh nghiệp nhà nước, bao gồm không chỉ các doanh nghiệp nhà nước nắm giữ 100% vốn, mà còn có các doanh nghiệp ở đó Nhà nước chỉ nắm một phần vốn, có hình thức tổ chức quản lý là công ty³¹.

³¹ Theo thông lệ quốc tế, người nào nắm quyền quản lý, chi phối hoạt động của doanh nghiệp thì người đó được coi là chủ sở hữu doanh nghiệp, trong khi họ không nhất thiết phải nắm giữ (đầu tư) toàn bộ số vốn vào doanh nghiệp. Vì vậy, Luật Doanh nghiệp nhà nước không chỉ đề cập các doanh nghiệp mà nhà nước đầu tư 100% vốn mà còn đề cập hiện tượng cổ phần chi phối và cổ phần đặc biệt.

Tuy nhiên, một doanh nghiệp chỉ được coi là doanh nghiệp nhà nước khi vốn của nhà nước trong doanh nghiệp ở mức chi phối (trên 50% vốn điều lệ). Quyền chi phối đối với doanh nghiệp là quyền định đoạt đối với điều lệ hoạt động, việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý chủ chốt, việc tổ chức quản lý và các quyết định quản lý quan trọng khác của doanh nghiệp đó³⁴. Có thể nhận thấy, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 đã dựa trên cơ sở ai góp vốn vào doanh nghiệp và góp ở mức độ nào để xác định và phân loại doanh nghiệp. Cách phân loại này không thể hiện được chính xác và đầy đủ bản chất pháp lý của hình thức tổ chức kinh doanh. Xét về yêu cầu điều chỉnh pháp luật, các doanh nghiệp nhà nước được tổ chức dưới hình thức công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn không cần thiết phải có sự khác biệt với các công ty cổ phần hay công ty trách nhiệm hữu hạn khác theo Luật Doanh nghiệp. Việc phân chia doanh nghiệp nhà nước thành các loại hình khác nhau (theo Điều 6, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003), để từ đó có các quy định riêng về tổ chức và hoạt động đối với chúng, chưa có những luận cứ khoa học và thực tiễn thuyết phục. Trong khi đó những quy định tạo nên quyền lực của các cơ quan đại diện chủ sở hữu tại các doanh nghiệp có cổ phần, vốn góp chi phối của Nhà nước (như quy định tại khoản 8, Điều 3, Luật Doanh nghiệp Nhà nước về quyền định đoạt đối với điều lệ hoạt động, việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý chủ chốt, việc tổ chức quản lý và các quyết định quan trọng khác của doanh nghiệp), là cơ sở tạo nên sự bất bình đẳng giữa cổ đông chi phối là Nhà nước với các cổ đông chi phối là các tổ chức, cá nhân ở các doanh nghiệp khác. Cách tiếp cận này cũng làm cho phạm vi điều chỉnh của Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) không rõ ràng. Điều này gây khó khăn không nhỏ cho việc giải thích và áp dụng pháp luật về doanh nghiệp nhà nước.

Quan điểm về doanh nghiệp nhà nước đã có sự thay đổi khi Nhà nước ban hành Luật Doanh nghiệp năm 2005. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 (khoản 22, Điều 4), doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ. Với quy định này, một doanh nghiệp được coi là doanh nghiệp nhà nước không đương nhiên xác lập quyền chi phối của Nhà nước đối với doanh nghiệp. Quan điểm này tạo cơ sở cho việc tổ chức quản lý các doanh nghiệp có vốn nhà nước, đảm bảo sự bình đẳng giữa các nhà đầu tư tham gia góp vốn.

³⁴ Khoản 5, 7, 8, Điều 3, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003)

2. Phân loại doanh nghiệp nhà nước

Căn cứ vào các tiêu chí khác nhau, doanh nghiệp nhà nước có thể được phân chia thành nhiều loại. Mỗi loại doanh nghiệp nhà nước có những đặc thù nhất định về tổ chức và hoạt động, bởi vậy được pháp luật điều chỉnh với những nội dung khác nhau nhất định về địa vị pháp lý.

a) Dựa theo hình thức tổ chức, doanh nghiệp nhà nước được chia thành các loại sau:

– Công ty nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, thành lập, tổ chức quản lý, đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước. Công ty nhà nước được tổ chức dưới hai hình thức là: công ty nhà nước độc lập và tổng công ty nhà nước;

– Công ty cổ phần nhà nước là công ty cổ phần mà toàn bộ cổ đông là các công ty nhà nước hoặc tổ chức được Nhà nước uỷ quyền góp vốn, được tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp;

– Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên là công ty trách nhiệm hữu hạn do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, được tổ chức quản lý và đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp;

– Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có từ hai thành viên trở lên là công ty trách nhiệm hữu hạn trong đó tất cả các thành viên đều là công ty nhà nước hoặc có thành viên là công ty nhà nước và thành viên khác được Nhà nước uỷ quyền góp vốn, được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp;

-- Doanh nghiệp có cổ phần, vốn góp chi phối của Nhà nước là doanh nghiệp mà cổ phần hoặc vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ, Nhà nước giữ quyền chi phối đối với doanh nghiệp đó.

b) Dựa theo cơ cấu chủ sở hữu của doanh nghiệp, doanh nghiệp nhà nước được chia thành các loại sau:

– Doanh nghiệp nhà nước do Nhà nước sở hữu 100 % vốn, bao gồm: công ty nhà nước, công ty cổ phần nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có hai thành viên trở lên. Ở những doanh nghiệp này, Nhà nước là chủ sở hữu duy nhất của doanh nghiệp;

– Doanh nghiệp Nhà nước có cổ phần, vốn góp chi phối của nhà nước, bao gồm công ty cổ phần, công ty TNHH hai thành viên trở lên. Ở những

doanh nghiệp này, vốn của nhà nước trong vốn điều lệ chiếm trên 50%; nhà nước là cổ đông (thành viên) đa số trong doanh nghiệp.

c) Dựa theo mô hình quản trị, doanh nghiệp nhà nước được chia thành các loại sau:

– Doanh nghiệp nhà nước có Hội đồng quản trị, bao gồm các công ty nhà nước quy mô lớn (tổng công ty nhà nước và công ty nhà nước độc lập quy mô lớn giữ quyền chi phối doanh nghiệp khác) và doanh nghiệp nhà nước là công ty cổ phần;

– Doanh nghiệp nhà nước không có Hội đồng quản trị, bao gồm công ty nhà nước không thuộc diện tổ chức Hội đồng quản trị, doanh nghiệp nhà nước là công ty TNHH một thành viên và công ty TNHH hai thành viên trở lên.

II — HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

1. Doanh nghiệp nhà nước là bộ phận cấu thành cơ bản của kinh tế nhà nước. Với quan điểm duy trì vai trò chủ đạo của doanh nghiệp nhà nước trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, những năm vừa qua Nhà nước đã có nhiều nỗ lực trong việc cải cách pháp luật về doanh nghiệp nhà nước. Luật Doanh nghiệp nhà nước lần đầu tiên được Quốc hội thông qua ngày 20/4/1995 đánh dấu sự chuyển đổi quan trọng trong việc tạo lập khung khổ pháp lý cho doanh nghiệp nhà nước và chương trình cải cách doanh nghiệp nhà nước. Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 và các văn bản hướng dẫn đã thể chế hóa các quan điểm, chủ trương đổi mới, sắp xếp doanh nghiệp nhà nước của Đảng Cộng sản Việt Nam. Đây cũng là lần đầu tiên Nhà nước ban hành một đạo luật quy định về doanh nghiệp nhà nước, bước đầu tạo ra một khung pháp lý tương đối đồng bộ, bảo đảm doanh nghiệp nhà nước hoạt động theo pháp luật, phù hợp với những nguyên tắc cơ bản của kinh tế thị trường. Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 đã giải quyết nhiều vấn đề về tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp nhà nước như: khái niệm về doanh nghiệp nhà nước; mối quan hệ giữa doanh nghiệp nhà nước với Nhà nước; phân định rõ doanh nghiệp nhà nước hoạt động kinh doanh và doanh nghiệp nhà nước hoạt động công ích; tăng quyền tự chủ của doanh nghiệp nhà nước; nghĩa vụ của doanh nghiệp nhà nước đối với Nhà nước; định hướng phát triển khu vực doanh nghiệp nhà nước; phân định quyền của cơ quan quản lý nhà nước và quyền của doanh nghiệp nhà nước... Doanh nghiệp nhà nước được xác định rõ địa vị pháp lý là một tổ chức kinh

tế có tư cách pháp nhân, có tài sản riêng, được phân biệt với tài sản khác của chủ sở hữu nhà nước. Đây là cơ sở để thiết lập quyền và trách nhiệm của chủ sở hữu nhà nước, thiết lập cơ chế quản lý đối với doanh nghiệp nhà nước. Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 đã mở rộng quyền và xác định trách nhiệm của loại doanh nghiệp hoạt động kinh doanh vì mục đích lợi nhuận, nhằm thực hiện một bước đưa loại doanh nghiệp nhà nước hoạt động kinh doanh trên cùng mặt bằng pháp lý và bình đẳng với các doanh nghiệp của các thành phần kinh tế khác, bảo đảm khả năng cạnh tranh của loại hình doanh nghiệp này. Với những quy định này, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 đã xác định doanh nghiệp nhà nước phải hoạt động theo cơ chế thị trường, phải cạnh tranh và có thể phá sản.

Sau hơn 8 năm áp dụng Luật Doanh nghiệp nhà nước (1995) cùng với các văn bản hướng dẫn thi hành đã góp phần quan trọng vào việc củng cố và phát triển doanh nghiệp nhà nước, duy trì vai trò chủ đạo của doanh nghiệp nhà nước trong điều kiện cơ chế kinh tế mới. Sau khi Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 được ban hành, việc sắp xếp, đổi mới và phát triển doanh nghiệp nhà nước đã có những biến chuyển tích cực. Quy mô và cơ cấu doanh nghiệp đã được điều chỉnh theo hướng phù hợp hơn, trình độ công nghệ và quản lý có tiến bộ, tích cực hơn. Doanh nghiệp nhà nước đã từng bước thích ứng với hoàn cảnh mới và đã có những đóng góp vào sự ổn định kinh tế xã hội. Tuy nhiên, trước yêu cầu cải cách doanh nghiệp nhà nước trong điều kiện hội nhập kinh tế, Luật Doanh nghiệp nhà nước 1995 đã bộc lộ những bất cập ở nhiều nội dung, trong đó cơ bản phải kể đến là:

- Quyền của chủ sở hữu nhà nước và quyền của doanh nghiệp đối với tài sản trong doanh nghiệp nhà nước chưa phân định được một cách rõ ràng;

- Quyền tự chủ thực sự trong sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp chưa được đảm bảo. Nhà nước với tư cách là chủ sở hữu duy nhất của doanh nghiệp còn có những quyền can thiệp sâu vào tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp nhà nước. Với những quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước chưa có đầy đủ tư cách pháp nhân theo đúng nghĩa của khái niệm pháp lý này (theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995). Trên thực tế, doanh nghiệp nhà nước chưa thực sự tự chịu trách nhiệm về toàn bộ hoạt động và kinh doanh trong phạm vi số vốn do doanh nghiệp quản lý;

- Các quy định về thành lập, tổ chức quản lý nội bộ, tổ chức lại, chuyển đổi sở hữu, giải thể doanh nghiệp nhà nước còn nhiều thiếu sót và bất cập,

thể hiện ở các vấn đề: trách nhiệm đầu tư vốn của Nhà nước với tư cách chủ sở hữu doanh nghiệp; việc thành lập, tổ chức lại, giải thể tổng công ty và các doanh nghiệp thành viên, đầu tư vốn ở doanh nghiệp nhà nước...;

– Các giải pháp về tổ chức, sắp xếp lại doanh nghiệp nhà nước (cổ phần hoá, giao, bán, khoán kinh doanh, cho thuê doanh nghiệp nhà nước) chưa được luật hóa.

2. Nhằm khắc phục những bất cập của Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995. Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 đã được ban hành (luật này có hiệu lực từ 01/7/2004, thay thế cho luật năm 1995). Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và các văn bản hướng dẫn được ban hành nhằm thể chế hóa các quan điểm và nội dung đổi mới doanh nghiệp nhà nước theo Nghị quyết Hội nghị Trung ương Đảng lần thứ III (khóa IX); khắc phục những tồn tại, bất cập của Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995; Luật hóa các biện pháp đổi mới doanh nghiệp nhà nước theo các văn bản dưới luật đang phát huy tác dụng; Hướng quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp nhà nước trong kinh doanh bình đẳng với các doanh nghiệp khác để tiến tới một mặt bằng pháp lý thống nhất cho các doanh nghiệp. Triển khai thi hành Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, Chính phủ đã ban hành nhiều văn bản hướng dẫn, trong đó có một số văn bản quan trọng sau:

– Nghị định số 153/2004/NĐ – CP ngày 09/8/2004 về tổ chức, quản lý Tổng công ty nhà nước và chuyển đổi Tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước độc lập theo mô hình công ty mẹ – công ty con;

– Nghị định số 180/2004/NĐ – CP ngày 28/10/2004 về thành lập mới, tổ chức lại và giải thể công ty nhà nước;

– Nghị định số 187/2004/NĐ – CP ngày 16/11/2004 về việc chuyển công ty nhà nước thành công ty cổ phần;

– Nghị định số 199/2004/NĐ – CP ngày 03/12/2004 về việc Ban hành Quy chế quản lý tài chính của công ty nhà nước và quản lý vốn nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp khác;

– Nghị định số 132/2005/NĐ – CP ngày 20/10/2005 về thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà nước đối với công ty nhà nước (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Nghị định số 86/2006/NĐ – CP ngày 21/8/2006);

– Nghị định 95/2006/NĐ – CP ngày 08/9/2006 về chuyển công ty nhà nước thành công ty TNHH một thành viên.

3. Luật Doanh nghiệp năm 2005 ra đời đã đánh dấu sự thay đổi sâu sắc trong quan điểm điều chỉnh pháp luật về tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp nhà nước ở Việt Nam. Thể hiện ở những khía cạnh cơ bản sau:

– Xóa bỏ sự phân biệt trong cơ chế điều chỉnh pháp luật về tổ chức và hoạt động giữa doanh nghiệp nhà nước và các loại hình công ty có cùng bản chất. Với quan điểm tiếp cận này, Nhà nước không duy trì hệ thống pháp luật riêng về tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp nhà nước, thay vào đó là hệ thống pháp luật về các loại hình công ty. Với quy chế công ty, cho phép xác định rõ ràng và hợp lý mối quan hệ giữa quyền tự chủ của doanh nghiệp có vốn nhà nước với các quyền của nhà nước, với tư cách là chủ sở hữu công ty và đồng thời là chủ thể điều tiết nền kinh tế. Theo logic của vấn đề, các công ty nhà nước sẽ được chuyển thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, được tổ chức và hoạt động theo các quy định về công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên³⁵. Việc xóa bỏ sự khác biệt trong cơ chế điều chỉnh pháp luật giữa công ty nhà nước và công ty TNHH một thành viên là nhà nước có ý nghĩa quan trọng trong việc tăng cường quyền tự chủ cho công ty nhà nước, đồng thời đảm bảo thực sự quyền bình đẳng giữa các doanh nghiệp.

– Bên cạnh việc đổi mới tổ chức và hoạt động của các doanh nghiệp nhà nước theo cơ chế áp dụng cho các công ty, Luật Doanh nghiệp (2005) ghi nhận sự tồn tại và hoạt động của các doanh nghiệp nhà nước trực tiếp phục vụ quốc phòng, an ninh hoặc kết hợp kinh tế với quốc phòng, an ninh. Những doanh nghiệp này được tổ chức quản lý và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp và quy định riêng của Chính phủ.

– Quy định tư cách nhà đầu tư của Nhà nước khi đầu tư vốn vào doanh nghiệp. Nhà nước, với tư cách là nhà đầu tư tổ chức, khi đầu tư vốn vào doanh nghiệp được đối xử bình đẳng với các nhà đầu tư khác. Việc thực hiện quyền chủ sở hữu vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp phải tuân theo các nguyên tắc sau đây:

- + Thực hiện quyền chủ sở hữu với vai trò là người đầu tư vốn;
- + Bảo toàn và phát triển vốn nhà nước;
- + Tách biệt chức năng thực hiện các quyền chủ sở hữu với chức năng quản lý hành chính nhà nước;

³⁵ Nghị định của Chính phủ số 95/2006/NĐ – CP ngày 8/9/2006 về chuyển đổi công ty nhà nước thành công ty TNHH một thành viên.

+ Tách biệt việc thực hiện quyền chủ sở hữu đối với quyền chủ động kinh doanh của doanh nghiệp; tôn trọng quyền kinh doanh của doanh nghiệp;

+ Thực hiện thống nhất và tập trung các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu về vốn.

Việc đầu tư vốn của nhà nước vào doanh nghiệp, ngoài việc phải tuân thủ các quy định về tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp (2005), còn phải tuân theo các quy định về đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước theo Luật Đầu tư (2005).

Tuy nhiên, cần lưu ý, với điều kiện thực tế ở Việt Nam, việc chuyển đổi các công ty nhà nước sang hoạt động theo Luật Doanh nghiệp (2005) cần phải có thời gian. Vì vậy, Luật Doanh nghiệp đã quy định: Thực hiện theo lộ trình chuyển đổi hàng năm, nhưng chậm nhất trong thời hạn bốn năm kể từ ngày Luật này có hiệu lực, các công ty nhà nước thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 phải chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật này. Trong thời hạn chuyển đổi, những quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 được tiếp tục áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước nếu Luật Doanh nghiệp không quy định.

Những vấn đề pháp lý về doanh nghiệp nhà nước được trình bày trong chương này chủ yếu tập trung vào các quy định về công ty nhà nước theo Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003). Những quy định này sẽ hết hiệu lực thi hành ở thời điểm Nhà nước hoàn thành việc chuyển đổi các công ty nhà nước sang hoạt động theo mô hình công ty theo Luật Doanh nghiệp năm 2005.

III — NỘI DUNG CƠ BẢN CỦA PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH VỀ CÔNG TY NHÀ NƯỚC

1. Thành lập công ty nhà nước

Cũng như các doanh nghiệp khác, công ty nhà nước được thành lập theo quy định của pháp luật. Trong những năm đổi mới vừa qua, chính sách và pháp luật về thành lập doanh nghiệp nhà nước nói chung, thành lập công ty nhà nước nói riêng đã có những cải cách từng bước nhằm khắc phục tình trạng thành lập doanh nghiệp nhà nước một cách tràn lan, kém hiệu quả, gây lãng phí các nguồn lực của đất nước. Theo Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, các quy định về thành lập công ty nhà nước có một số nội dung cơ bản sau:

a) Ngành nghề, lĩnh vực thành lập mới công ty nhà nước

Những ngành nghề, lĩnh vực và địa bàn thành lập mới công ty nhà nước được Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) quy định theo tinh thần của Nghị quyết Trung ương III, Khóa IX, cụ thể là giới hạn thành lập công ty nhà nước trong các ngành, lĩnh vực, địa bàn sau:

– Ngành, lĩnh vực cung cấp sản phẩm, dịch vụ thiết yếu cho xã hội;

Ngành, lĩnh vực ứng dụng công nghệ cao, tạo động lực phát triển nhanh cho các ngành, lĩnh vực khác và toàn bộ nền kinh tế, đòi hỏi đầu tư lớn;

– Ngành, lĩnh vực có lợi thế cạnh tranh cao;

– Địa bàn có điều kiện kinh tế xã hội đặc biệt khó khăn mà các thành phần kinh tế khác không đầu tư.

b) Thủ tục thành lập công ty nhà nước

Thủ tục thành lập mới công ty nhà nước được quy định theo hướng tăng cường khâu tiền kiểm; hạn chế đầu mối có thẩm quyền đề nghị thành lập công ty nhà nước; quy định điều kiện thành lập theo hướng chú trọng các điều kiện về vốn, công nghệ, tính khả thi của đề án thành lập công ty; quy định rõ trách nhiệm của chủ sở hữu đối với việc thành lập doanh nghiệp.

– *Để nghị thành lập công ty nhà nước*

+ Người có thẩm quyền đề nghị thành lập công ty nhà nước bao gồm: Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Người đề nghị phải căn cứ vào danh mục những ngành, lĩnh vực, địa bàn được xem xét thành lập mới công ty nhà nước, phương án thành lập mới công ty nhà nước đã được Chính phủ phê duyệt để xây dựng đề án và lập hồ sơ thành lập công ty nhà nước.

+ Hồ sơ thành lập công ty nhà nước bao gồm: Tờ trình đề nghị thành lập công ty; Đề án thành lập mới công ty; Dự thảo điều lệ công ty; Đơn xin giao đất, thuê đất; Đơn đề nghị ưu đãi đầu tư (nếu có).

Đề án thành lập mới công ty nhà nước phải có các nội dung chủ yếu sau:

* Sự cần thiết thành lập công ty; danh mục sản phẩm, dịch vụ do công ty cung ứng; tình hình thị trường; khả năng tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ của công ty và luận chứng khả thi về khả năng cạnh tranh của sản phẩm dịch vụ;

* Địa điểm đặt trụ sở chính của công ty hoặc địa điểm xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh và diện tích đất sử dụng;

* Khả năng cung ứng lao động, nguyên liệu, vật liệu, năng lượng và những điều kiện cần thiết khác để công ty hoạt động sau khi thành lập;

* Dự kiến tổng vốn đầu tư; nguồn vốn đầu tư ban đầu của Nhà nước, nguồn và hình thức huy động vốn còn lại, nhu cầu và biện pháp tạo vốn lưu động đối với công ty;

* Luận chứng khả thi về hiệu quả kinh tế xã hội và sự phù hợp của việc thành lập công ty với quy hoạch, chiến lược phát triển ngành, lĩnh vực và vùng kinh tế;

* Báo cáo đánh giá tác động môi trường và các biện pháp bảo vệ môi trường;

* Dự kiến mô hình tổ chức quản lý công ty và thời hạn hoạt động.

- *Quyết định thành lập công ty nhà nước*

+ Thẩm quyền quyết định thành lập công ty nhà nước:

* Thủ tướng Chính phủ quyết định thành lập mới công ty nhà nước đặc biệt quan trọng, chi phối những ngành, lĩnh vực then chốt, làm nòng cốt thúc đẩy sự tăng trưởng kinh tế và đóng góp lớn cho ngân sách nhà nước;

* Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thành lập mới công ty nhà nước khác thuộc lĩnh vực mình quản lý.

+ Trước khi ra quyết định thành lập mới công ty nhà nước, người có thẩm quyền quyết định thành lập công ty nhà nước phải lập Hội đồng thẩm định để thẩm định đề án thành lập mới công ty nhà nước. Hội đồng thẩm định là cơ quan tư vấn cho người quyết định thành lập công ty.

+ Trên cơ sở kết quả thẩm định các điều kiện thành lập mới công ty nhà nước của Hội đồng thẩm định, người có quyền thành lập công ty nhà nước ra quyết định thành lập công ty. Người quyết định thành lập phải chịu trách nhiệm về quyết định thành lập mới công ty nhà nước. Khi quyết định thành lập mới công ty nhà nước, người quyết định phải đồng thời tiến hành bổ nhiệm Chủ tịch Hội đồng quản trị và các thành viên của nó, bổ nhiệm hoặc thuê Tổng giám đốc; quyết định việc bổ nhiệm hoặc ký hợp đồng thuê Giám đốc công ty không có Hội đồng quản trị.

- *Đăng ký kinh doanh*

+ Sau khi có quyết định thành lập, để có quyền tiến hành hoạt động kinh doanh, trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày có quyết định thành lập, công ty

nhà nước phải đăng ký kinh doanh tại phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi công ty có trụ sở chính.

+ Công ty nhà nước có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty mới được tiếp nhận vốn đầu tư từ ngân sách nhà nước hoặc huy động vốn để đầu tư xây dựng công ty và hoạt động kinh doanh. Nếu công ty kinh doanh những ngành nghề có điều kiện thì chỉ được kinh doanh những ngành nghề đó sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép kinh doanh hoặc có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định (đối với ngành nghề kinh doanh có điều kiện không cần giấy phép).

Cần lưu ý, kể từ ngày 01/7/2006, các quy định về thành lập công ty nhà nước theo Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) không còn hiệu lực trên thực tế (Nhà nước không thành lập mới các doanh nghiệp nhà nước dưới hình thức công ty nhà nước). Thay vào đó, việc thành lập mới các doanh nghiệp nhà nước được thực hiện theo Luật Doanh nghiệp (2005). Tuy nhiên, với yêu cầu phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, việc đầu tư vốn kinh doanh của nhà nước nói chung và đầu tư thành lập doanh nghiệp nói riêng có những nét đặc thù so với việc đầu tư vốn của các nhà đầu tư khác trong xã hội. Việc đầu tư vốn của nhà nước vừa phải đảm bảo hiệu quả kinh doanh vốn, đồng thời phải tính đến các lợi ích vĩ mô của nền kinh tế và toàn xã hội. Hiện nay, vấn đề quyết định đầu tư vốn để thành lập, góp vốn của Nhà nước vào các doanh nghiệp được thực hiện theo quy định về đầu tư, kinh doanh vốn nhà nước trong Luật Đầu tư (2005).

2. Quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước

Những khác biệt về quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp nhà nước so với các loại hình doanh nghiệp khác là một nét đặc thù của pháp luật về doanh nghiệp ở Việt Nam trong nhiều năm qua. Với yêu cầu cải cách pháp luật về doanh nghiệp theo hướng thống nhất, đảm bảo sự bình đẳng giữa các loại hình doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 đã có những quy định nhằm thu hẹp sự khác biệt về quyền và nghĩa vụ giữa công ty nhà nước với các doanh nghiệp khác. Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) đã nhấn mạnh các yếu tố thị trường trong tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp nhà nước, theo đó quy định quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước theo hướng tạo sự chủ động, đồng thời xác định rõ trách nhiệm của công ty nhà nước trong hoạt động kinh doanh, tiến tới bình đẳng với các loại hình doanh nghiệp khác. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước, quyền và

nghĩa vụ của công ty nhà nước có thể được xem xét theo các nhóm chủ yếu sau ¹⁶:

a) Quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước đối với vốn và tài sản

Công ty nhà nước có các quyền sau đây đối với vốn và tài sản:

– Chiếm hữu, sử dụng vốn và tài sản của công ty để kinh doanh, thực hiện các lợi ích hợp pháp từ vốn và tài sản của công ty;

- Định đoạt đối với vốn và tài sản của công ty;

- Sử dụng và quản lý các tài sản Nhà nước giao, cho thuê lại đất đai, tài nguyên;

– Nhà nước không điều chuyển vốn nhà nước đầu tư tại công ty và vốn, tài sản của công ty theo phương thức không thanh toán, trừ trường hợp quyết định tổ chức lại công ty hoặc thực hiện mục tiêu cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích.

Tương ứng với các quyền nói trên, công ty nhà nước có các nghĩa vụ sau đối với vốn và tài sản:

– Bảo toàn và phát triển vốn nhà nước đầu tư và vốn do công ty tự huy động;

– Chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số tài sản của công ty. Như vậy, công ty nhà nước được áp dụng chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn về tài sản. Nhà nước với tư cách là nhà đầu tư (thông qua người đại diện chủ sở hữu) chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài sản của công ty trong phạm vi số vốn của nhà nước đầu tư tại công ty.

– Định kỳ đánh giá lại tài sản của công ty theo quy định của Chính phủ.

b) Quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước trong kinh doanh

Trong hoạt động kinh doanh, công ty nhà nước có các quyền cơ bản sau:

– Chủ động tổ chức sản xuất, kinh doanh, tổ chức bộ máy quản lý theo yêu cầu kinh doanh và bảo đảm kinh doanh có hiệu quả;

- Kinh doanh những ngành, nghề mà pháp luật không cấm; mở rộng quy mô kinh doanh theo khả năng của công ty và nhu cầu của thị trường trong nước và ngoài nước;

- Tìm kiếm thị trường, khách hàng trong nước và ngoài nước, ký kết hợp đồng.

– Tự quyết định giá mua, giá bán sản phẩm, dịch vụ, trừ những sản phẩm,

¹⁶ Xem các điều từ Điều 12 đến Điều 20, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003).

dịch vụ công ích và những sản phẩm, dịch vụ do Nhà nước định giá thì theo mức giá hoặc khung giá do Nhà nước quy định;

- Quyết định các dự án đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư; sử dụng vốn, tài sản của công ty để liên doanh, liên kết, góp vốn vào doanh nghiệp khác trong nước; thuê, mua một phần hoặc toàn bộ công ty khác;

- Sử dụng vốn của công ty hoặc vốn huy động để đầu tư thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên; cùng với các nhà đầu tư khác thành lập công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên;

- Mở chi nhánh, văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài;

- Xây dựng, áp dụng các định mức lao động, vật tư, đơn giá tiền lương và chi phí khác trên cơ sở bảo đảm hiệu quả kinh doanh của công ty và phù hợp với quy định của pháp luật;

- Tuyển chọn, thuê, bố trí, sử dụng, đào tạo, kỷ luật, cho thôi việc đối với lao động, lựa chọn các hình thức trả lương, thưởng phù hợp với yêu cầu kinh doanh và có các quyền khác theo các quy định của pháp luật về lao động.

Cùng với việc được hưởng các quyền trên, công ty nhà nước phải thực hiện các nghĩa vụ sau trong hoạt động kinh doanh:

- Kinh doanh đúng ngành, nghề đã đăng ký; bảo đảm chất lượng sản phẩm và dịch vụ do công ty thực hiện theo tiêu chuẩn đã đăng ký;

- Đổi mới, hiện đại hoá công nghệ và phương thức quản lý để nâng cao hiệu quả và khả năng cạnh tranh;

- Bảo đảm quyền và lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động, bảo đảm quyền tham gia quản lý công ty của người lao động quy định tại Mục 3, Chương IV của Luật này;

- Tuân theo các quy định của Nhà nước về quốc phòng, an ninh, văn hoá, trật tự, an toàn xã hội, bảo vệ tài nguyên và môi trường;

- Thực hiện chế độ kế toán, kiểm toán và báo cáo tài chính, báo cáo thống kê theo quy định của pháp luật và theo yêu cầu của chủ sở hữu nhà nước;

- Chịu sự giám sát, kiểm tra của chủ sở hữu nhà nước; chấp hành các quyết định về thanh tra của cơ quan tài chính và cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật;

– Chịu trách nhiệm trước người đầu tư vốn về việc sử dụng vốn để đầu tư thành lập doanh nghiệp khác.

c) Quyền và nghĩa vụ về tài chính của công ty nhà nước

Công ty nhà nước có quyền tự chủ về tài chính để hoạt động kinh doanh. Quyền về tài chính của công ty nhà nước được thể hiện ở những nội dung sau:

– Huy động vốn để kinh doanh dưới hình thức phát hành trái phiếu, tín phiếu, kỳ phiếu công ty; vay vốn của tổ chức ngân hàng, tín dụng và các tổ chức tài chính khác, của cá nhân, tổ chức ngoài công ty; vay vốn của người lao động và các hình thức huy động vốn khác theo quy định của pháp luật;

– Chủ động sử dụng vốn cho hoạt động kinh doanh của công ty; được sử dụng và quản lý các quỹ của công ty theo quy định của pháp luật;

Quyết định trích khấu hao tài sản cố định theo nguyên tắc mức trích khấu hao tối thiểu phải bảo đảm bù đắp hao mòn hữu hình, hao mòn vô hình của tài sản cố định và không thấp hơn tỷ lệ trích khấu hao tối thiểu do Chính phủ quy định;

– Được hưởng các chế độ trợ cấp, trợ giá hoặc các chế độ ưu đãi khác của Nhà nước khi thực hiện các nhiệm vụ hoạt động công ích, quốc phòng, an ninh, phòng chống thiên tai hoặc cung cấp sản phẩm, dịch vụ theo chính sách giá của Nhà nước không đủ bù đắp chi phí sản xuất sản phẩm, dịch vụ này của công ty;

– Được chi thưởng sáng kiến đổi mới, cải tiến kỹ thuật, quản lý và công nghệ; thường tăng năng suất lao động; thường tiết kiệm vật tư và chi phí. Các khoản tiền thưởng này được hạch toán vào chi phí kinh doanh trên cơ sở bảo đảm hiệu quả kinh doanh của công ty do các sáng kiến đổi mới, cải tiến kỹ thuật, quản lý, công nghệ, tăng năng suất lao động, tiết kiệm vật tư, chi phí đem lại;

– Được hưởng các chế độ ưu đãi đầu tư, tái đầu tư theo quy định của pháp luật;

– Từ chối và tố cáo mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định của bất kỳ cá nhân, cơ quan hay tổ chức nào, trừ những khoản tự nguyện đóng góp vì mục đích nhân đạo và công ích;

– Sau khi hoàn thành nghĩa vụ nộp thuế, chuyển lỗ theo quy định của Luật thuế thu nhập doanh nghiệp và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy

định của pháp luật, trích lập quỹ dự phòng tài chính; phần lợi nhuận thực hiện còn lại được phân chia theo nguồn vốn nhà nước đầu tư và nguồn vốn công ty tự huy động như sau:

+ Phần lợi nhuận phân chia theo nguồn vốn nhà nước đầu tư được dùng để tái đầu tư tăng vốn nhà nước tại công ty hoặc hình thành quỹ tập trung để đầu tư vào các doanh nghiệp nhà nước khác thuộc lĩnh vực Nhà nước cần phát triển hoặc chi phối theo quy định của Chính phủ;

+ Phần lợi nhuận phân chia theo nguồn vốn công ty tự huy động được trích lập quỹ đầu tư phát triển theo quy định của Chính phủ; phần còn lại do công ty tự quyết định việc phân phối vào quỹ khen thưởng, quỹ phúc lợi.

Trường hợp công ty còn nợ đến hạn phải trả mà chưa trả hết thì chỉ được tăng lương, trích thưởng cho công nhân viên của công ty, kể cả người quản lý sau khi đã trả hết nợ đến hạn. Việc phân chia lợi nhuận sau thuế vào quỹ đầu tư phát triển, quỹ khen thưởng, quỹ phúc lợi đối với công ty nhà nước hoạt động trong lĩnh vực độc quyền, công ty nhà nước mới thành lập được thực hiện theo quy định của Chính phủ.

Tương ứng với các quyền trên, công ty nhà nước có những nghĩa vụ về tài chính như sau:

– Kinh doanh có lãi, bảo đảm chỉ tiêu tỷ suất lợi nhuận trên vốn nhà nước đầu tư do đại diện chủ sở hữu giao; đăng ký, kê khai và nộp đủ thuế; thực hiện nghĩa vụ đối với chủ sở hữu và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;

– Quản lý, sử dụng có hiệu quả vốn kinh doanh bao gồm cả phần vốn đầu tư vào công ty khác (nếu có), tài nguyên, đất đai và các nguồn lực khác do Nhà nước giao, cho thuê;

– Sử dụng vốn và các nguồn lực khác để thực hiện các nhiệm vụ đặc biệt khác khi Nhà nước yêu cầu;

– Chấp hành đầy đủ chế độ quản lý vốn, tài sản, các quỹ, chế độ hạch toán kế toán, kiểm toán theo quy định của pháp luật; chịu trách nhiệm về tính trung thực và hợp pháp đối với các hoạt động tài chính của công ty;

– Thực hiện chế độ báo cáo tài chính, công khai tài chính hằng năm và cung cấp các thông tin cần thiết để đánh giá trung thực về hiệu quả hoạt động của công ty.

Từ việc nghiên cứu các quy định về quyền và nghĩa vụ của công ty nhà

nước cho thấy, là một tổ chức kinh doanh có tư cách pháp nhân, công ty nhà nước hoạt động kinh doanh theo nguyên tắc tự do kinh doanh và bình đẳng với các loại hình doanh nghiệp khác. Tuy nhiên, thẩm quyền của công ty nhà nước chịu sự ảnh hưởng trực tiếp bởi quyền của chủ sở hữu nhà nước đối với công ty. Nhà nước với tư cách là chủ sở hữu doanh nghiệp, có những quyền chi phối (thông qua đại diện chủ sở hữu) đến hoạt động kinh doanh của công ty. Vấn đề cần bàn thêm là, về bản chất, công ty nhà nước thuộc sở hữu toàn dân; nhưng theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước (Điều 62), thì Nhà nước là chủ sở hữu công ty nhà nước. Với cách hiểu này, trong các quy định pháp luật cũng như thực tiễn tổ chức vận hành các công ty nhà nước, quyền và lợi ích của chủ sở hữu thực sự của công ty nhà nước là nhân dân đã bị xem nhẹ. Pháp luật chưa thiết lập được cơ chế rõ ràng để nhân dân giám sát, đánh giá việc thực hiện quyền chủ sở hữu đối với doanh nghiệp nhà nước của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Về mặt pháp lý, Nhà nước, mà đại diện là các cơ quan nhà nước có địa vị của người được uỷ quyền (bởi nhân dân) để thực hiện quyền chủ sở hữu trong các công ty nhà nước. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp nhà nước chưa quan tâm đúng mức đến việc điều chỉnh nhóm quan hệ quan trọng này. Bên cạnh đó, các cơ quan và cá nhân là đại diện chủ sở hữu được Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 quy định là Chính phủ, các bộ quản lý ngành, Bộ Tài chính, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, hội đồng quản trị. Việc quy định nhiều cấp cơ quan và cá nhân là đại diện, chủ sở hữu vừa chồng chéo, vừa phân tán; đại diện chủ sở hữu hầu hết ở ngoài doanh nghiệp, không trực tiếp tổ chức vận hành doanh nghiệp, vì vậy vấn đề trách nhiệm đối với hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp nhà nước vẫn là vấn đề chưa rõ ràng. Mặt khác, sự chưa rõ ràng, minh bạch về vấn đề sở hữu trong doanh nghiệp Nhà nước còn tiềm ẩn nguy cơ duy trì tư tưởng cục bộ về lợi ích của cả bộ máy công chức liên quan đến doanh nghiệp nhà nước với tư cách là đại diện chủ sở hữu từ Trung ương đến địa phương. Có thể nói, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) chưa làm rõ được ranh giới giữa chức năng thực hiện quyền chủ sở hữu công ty nhà nước và các chức năng khác của nhà nước. Quyền sở hữu nhà nước và thực hiện quyền sở hữu nhà nước đối với công ty nhà nước được quy định rất phức tạp, phân tán theo cấp hành chính (từ Điều 64, đến Điều 67, Luật Doanh nghiệp nhà nước). Sự phức tạp, khó hiểu của các quy định này tiềm ẩn nguy cơ các quyền chủ sở hữu được thực hiện một cách không có hệ thống, thậm chí tùy tiện, không có sự giám sát hiệu quả đối với việc thực hiện các quyết định đã được thông qua liên quan đến tổ chức và hoạt động của công ty nhà nước; mặt khác, khó có thể hạn

chế và đi đến xóa bỏ sự can thiệp bất hợp lý từ phía công quyền vào các quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm người quản lý, quyết định đầu tư và kinh doanh của công ty.

3. Tổ chức quản lý công ty nhà nước

Việc tổ chức quản lý công ty nhà nước được quy định trong Luật Doanh nghiệp nhà nước có nhiều điểm khác biệt với cơ chế quản trị công ty có cùng bản chất (công ty TNHH một thành viên do một tổ chức làm chủ sở hữu) theo Luật Doanh nghiệp³⁷. Nội dung các quy định về quản trị công ty nhà nước được xây dựng phù hợp với tính chất và nội dung của mối quan hệ về sở hữu trong công ty nhà nước. Theo Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003), cơ cấu quản trị công ty nhà nước được chia thành hai loại là công ty nhà nước không có Hội đồng quản trị và công ty nhà nước có Hội đồng quản trị.

Mô hình không có Hội đồng quản trị được áp dụng đối với các công ty nhà nước có quy mô vừa và nhỏ. Trong mô hình này, cơ cấu quản lý công ty gồm Giám đốc, các Phó giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc. Giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty, là người điều hành cao nhất trong công ty và phải chịu trách nhiệm một mình về toàn bộ hoạt động của công ty. Giám đốc do người ký quyết định thành lập công ty bổ nhiệm hoặc thuê trên cơ sở hợp đồng.

Mô hình có Hội đồng quản trị được áp dụng ở các tổng công ty nhà nước và các công ty nhà nước độc lập có quy mô lớn. Trong mô hình này, cơ cấu bộ máy quản lý bao gồm: Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc, các Phó tổng giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc. Hội đồng quản trị được thành lập ở các tổng công ty nhà nước và công ty nhà nước độc lập có quy mô lớn để thực hiện chức năng quản lý hoạt động kinh doanh của công ty. Đây là cơ quan đại diện trực tiếp chủ sở hữu nhà nước tại công ty nhà nước có quyền nhân danh công ty nhà nước để quyết định mọi vấn đề liên quan đến việc xác định và thực hiện mục tiêu, nhiệm vụ và quyền lợi của công ty, trừ những vấn đề thuộc thẩm quyền trách nhiệm của chủ sở hữu phân cấp cho cơ quan, tổ chức khác.

So với các quy định trước đó, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) đã chú trọng vào các quy định về chức năng, nhiệm vụ quyền hạn của bộ máy quản lý doanh nghiệp, đặc biệt là hội đồng quản trị và giám đốc (hoặc tổng giám đốc). Điều chỉnh chức năng nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của hội đồng

³⁷ Từ Điều 2 đến Điều 45, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003).

quản trị, giám đốc, tổng giám đốc để khắc phục tình trạng chông chéo giữa các chức danh. Các doanh nghiệp nhà nước có thể thuê, ký hợp đồng lao động với giám đốc, không coi giám đốc, phó giám đốc, kế toán trưởng là viên chức nhà nước. Tuy nhiên, với yêu cầu đảm bảo quyền tự chủ, năng động của doanh nghiệp trong kinh doanh, những quy định hiện hành về quản trị công ty nhà nước vẫn còn nhiều bất cập. Từ sự chưa rõ ràng về vấn đề sở hữu như đã nêu, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) có nhiều quy định chưa rõ ràng, chưa hợp lý về vấn đề quản trị công ty.

Đối với các công ty nhà nước không có Hội đồng quản trị, những vấn đề bất cập trong tổ chức quản lý phải kể đến là: Quyền chủ sở hữu công ty chưa được quy định rõ ràng và đầy đủ, thể hiện điển hình ở quyền hưởng lợi từ đầu tư kinh doanh; vấn đề người nào, cơ quan nào chịu trách nhiệm cuối cùng về hiệu quả kinh doanh của công ty chưa được làm rõ; chưa thiết lập được cơ chế giám sát đối với cơ quan thực hiện quyền chủ sở hữu cũng như cơ chế giám sát đối với Giám đốc và bộ máy điều hành; chưa có quy định về chế độ công khai hóa và minh bạch hóa đối với công ty, đại diện chủ sở hữu và người quản lý của công ty.

Đối với công ty nhà nước có Hội đồng quản trị, những bất cập cơ bản trong vấn đề quản trị phải kể đến là: Thiếu vai trò sự hiện diện trực tiếp của đại diện chủ sở hữu trong cơ cấu quản trị; điều này đã góp phần làm cho bộ máy quản lý hành chính mang tính "gián tiếp" đối với công ty công kênh, kém hiệu quả; Vấn đề quyền hạn, nhiệm vụ và trách nhiệm của Hội đồng quản trị cũng như mối quan hệ pháp lý giữa Hội đồng quản trị với đại diện chủ sở hữu, mối quan hệ giữa Hội đồng quản trị với Tổng Giám đốc còn nhiều điểm chưa rõ ràng hoặc chưa hợp lý. Hội đồng quản trị được giao quyết định chiến lược phát triển (bao gồm cả chiến lược của doanh nghiệp do công ty đầu tư 100% vốn), kế hoạch dài hạn, kế hoạch hằng năm và ngành nghề kinh doanh của công ty, song thẩm quyền của Hội đồng quản trị về quyết định đầu tư, mở rộng quy mô kinh doanh, thẩm quyền về nhân sự bị hạn chế là không đảm bảo tính thống nhất; việc giao cho Hội đồng quản trị quyết định về ngành nghề kinh doanh là không phù hợp với quy định về mục tiêu hoạt động của doanh nghiệp do chủ sở hữu quyết định; quy định Hội đồng quản trị có quyền điều chỉnh vốn và các nguồn lực khác do công ty đầu tư giữa các đơn vị thành viên và công ty do công ty nhà nước sở hữu 100% vốn tiềm ẩn nguy cơ xâm phạm quyền tự chủ về tài chính của các công ty thành viên hạch toán độc lập... Ban kiểm soát được thiết lập với tính chất là

một bộ phận giúp việc của Hội đồng quản trị, thực hiện chức năng giám sát đối với hoạt động của Tổng Giám đốc và những người quản lý khác. Lý thuyết cũng như thực tiễn quản trị doanh nghiệp trong nền kinh tế thị trường cho thấy, quan điểm phổ biến xác định chức năng giám sát công tác quản lý, điều hành thuộc về Hội đồng quản trị. Ban kiểm soát (nếu được đặt ra) là cơ quan do chủ sở hữu thành lập để thực hiện chức năng giám sát hoạt động của Hội đồng quản trị. Mô hình Ban kiểm soát theo Luật Doanh nghiệp nhà nước chưa đảm bảo cơ chế kiểm soát thực sự trong nội bộ cơ cấu quản trị của công ty nhà nước.

Ngoài ra, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) vẫn chưa có cơ chế hữu hiệu để ngăn chặn những giao dịch tư lợi trong các công ty nhà nước, có nguy cơ chuyển dịch cơ hội kinh doanh giữa công ty nhà nước với những người quản lý và người có liên quan của họ, gây thiệt hại cho công ty nhà nước. Cách hiểu về người có liên quan trong Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 (khoản 2, Điều 9) là rất hạn hẹp, chưa đủ để ngăn chặn nhiều giao dịch tư lợi có nguy cơ xảy ra trong các công ty nhà nước. Đặc biệt, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) còn thiếu quy định nhằm kiểm soát các mối quan hệ giữa người quản lý doanh nghiệp nhà nước với cán bộ công chức trong hệ thống cơ quan đại diện chủ sở hữu từ Trung ương đến địa phương và những người liên quan của hệ thống này.

4. Tổ chức lại công ty nhà nước

Các hình thức tổ chức lại công ty nhà nước không làm thay đổi sở hữu của công ty bao gồm: Sáp nhập vào công ty nhà nước khác; hợp nhất các công ty nhà nước; chia công ty nhà nước; tách công ty nhà nước; chuyển công ty nhà nước thành công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có hai thành viên trở lên; chuyển tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập thành tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập; khoán, cho thuê công ty nhà nước.

Các hình thức sáp nhập, hợp nhất, chia, tách công ty nhà nước được quy định cụ thể tại Nghị định số 180/2004/NĐ - CP ngày 28/10/2004. Những quy định về các hình thức tổ chức lại trong nghị định này về cơ bản phù hợp với quy định về tổ chức lại pháp nhân trong Bộ luật Dân sự (1995) và các quy định về tổ chức lại công ty theo Luật Doanh nghiệp (1999).

– Sáp nhập công ty nhà nước có nội dung là một hoặc một số công ty nhà

nước (gọi là công ty bị sáp nhập) sáp nhập vào một công ty nhà nước khác (gọi là công ty nhận sáp nhập) theo quyết định của người quyết định thành lập công ty nhận sáp nhập. Công ty bị sáp nhập chấm dứt sự tồn tại; công ty nhận sáp nhập được hưởng các quyền lợi hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ hợp pháp khác của công ty bị sáp nhập.

– Hợp nhất công ty nhà nước có nội dung là hai hoặc một số công ty nhà nước (gọi là công ty bị hợp nhất) hợp nhất với nhau thành một công ty nhà nước mới (gọi là công ty hợp nhất) theo quyết định của người quyết định thành lập công ty bị hợp nhất. Các công ty bị hợp nhất chấm dứt tồn tại; công ty hợp nhất được hưởng các quyền lợi hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ hợp pháp khác của các công ty bị hợp nhất.

– Chia công ty nhà nước có nội dung là một công ty nhà nước (gọi là công ty bị chia) chia thành hai hoặc một số công ty nhà nước mới (gọi là công ty được chia). Quyền và nghĩa vụ của công ty bị chia được phân định rõ cho các công ty được chia.

– Tách công ty nhà nước là việc một công ty nhà nước (gọi là công ty bị tách) tách một hoặc một số đơn vị phụ thuộc để thành lập một hoặc một số công ty nhà nước mới (gọi là công ty được tách) theo quyết định của người quyết định thành lập công ty bị tách. Quyền và nghĩa vụ của công ty bị tách được phân định rõ cho công ty sau khi bị tách và các công ty được tách.

– Hình thức chuyển công ty nhà nước thành công ty TNHH một thành viên lần đầu tiên được quy định tại Nghị định số 63/2001/NĐ – CP ngày 14/9/2001, sau đó được thay thế bởi Nghị định 95/2006/NĐ – CP ngày 08/9/2006. Về nội dung pháp lý, việc áp dụng biện pháp tổ chức lại này có ý nghĩa thay đổi hình thức tổ chức và luật áp dụng đối với việc tổ chức và hoạt động của công ty nhà nước (sau khi chuyển đổi, công ty nhà nước được tổ chức theo mô hình công ty TNHH một thành viên và được điều chỉnh bởi Luật Doanh nghiệp).

- Hình thức chuyển công ty nhà nước thành công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước hai thành viên trở lên nhằm mục đích tạo điều kiện cho nhiều công ty nhà nước và các tổ chức được nhà nước ủy quyền góp vốn cùng đầu tư kinh doanh dưới hình thức một doanh nghiệp. Doanh nghiệp này được tổ chức hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp về công ty TNHH hai thành viên trở lên.

– Khoản công ty nhà nước là phương thức quản lý doanh nghiệp mà bên nhận khoán được giao quyền quản lý doanh nghiệp, có nghĩa vụ thực hiện một số chỉ tiêu, bảo đảm các điều kiện và được hưởng các quyền lợi theo hợp đồng khoán.

– Cho thuê công ty là việc chuyển giao cho người nhận thuê quyền sử dụng tài sản và lao động trong công ty theo các điều kiện ghi trong hợp đồng thuê.

Khoán và cho thuê công ty nhà nước được triển khai thực hiện từ năm 1999 (theo Nghị định số 103/1999/NĐ – CP ngày 10/9/1999). Đây là những biện pháp tiếp tục sắp xếp và đổi mới những công ty nhà nước kém hiệu quả, thua lỗ kéo dài nhằm cơ cấu lại công ty nhà nước, nâng cao hiệu quả kinh tế và sức cạnh tranh của khu vực kinh tế Nhà nước, sử dụng có hiệu quả hơn số vốn, tài sản Nhà nước đã đầu tư vào công ty, bảo đảm việc làm cho người lao động, tạo động lực để phát huy quyền làm chủ của người lao động, giảm bớt chi phí và trách nhiệm trực tiếp kinh doanh của Nhà nước, đảm bảo lợi ích chung của cả Nhà nước và người lao động trong công ty nhà nước. Những vấn đề pháp lý cụ thể về khoán, cho thuê công ty nhà nước hiện nay được quy định tại Nghị định số 80/2005/NĐ – CP ngày 22/6/2005.

5. Giải thể công ty nhà nước

Giải thể công ty nhà nước là thủ tục pháp lý chấm dứt sự tồn tại của công ty và công ty bị xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh. Việc giải thể công ty nhà nước do người ký quyết định thành lập công ty quyết định. Công ty nhà nước bị xem xét giải thể trong các trường hợp sau đây:

– Hết thời hạn hoạt động ghi trong quyết định thành lập mà công ty không xin gia hạn. Khi ký quyết định thành lập công ty, người ký có quyền xác định thời hạn hoạt động của công ty. Hết thời hạn hoạt động mà công ty không xin gia hạn thì công ty sẽ phải giải thể;

– Công ty kinh doanh thua lỗ kéo dài nhưng chưa lâm vào tình trạng phá sản. Về nguyên tắc, Nhà nước thành lập ra công ty nhà nước để kinh doanh nhằm tăng cường tiềm lực kinh tế của mình, nhưng nếu công ty kinh doanh thua lỗ thì mục đích thành lập công ty không đạt được nên cần phải giải thể công ty. Trường hợp công ty lâm vào tình trạng phá sản thì sẽ giải quyết theo Luật Phá sản;

– Công ty không thực hiện được các nhiệm vụ do Nhà nước giao sau khi đã áp dụng các biện pháp cần thiết. Công ty nhà nước là doanh nghiệp của

Nhà nước, vì vậy mà nó phải thực hiện các nhiệm vụ do Nhà nước giao để đạt được mục tiêu kinh tế xã hội nhất định, nhưng nếu công ty không thực hiện được thì công ty cũng không còn lý do tồn tại mà cần phải giải thể;

– Việc tiếp tục duy trì công ty là không cần thiết. Trong nền kinh tế thị trường, Nhà nước chỉ duy trì công ty nhà nước ở những ngành, những lĩnh vực cần thiết. Nếu thấy việc duy trì công ty là không cần thiết nữa thì Nhà nước sẽ giải thể công ty.

Người quyết định giải thể công ty phải lập Hội đồng giải thể. Hội đồng giải thể có chức năng tham mưu cho người quyết định giải thể công ty về việc quyết định giải thể công ty và tổ chức thực hiện quyết định giải thể công ty theo trình tự và thủ tục do Chính phủ quy định. Những vấn đề pháp lý cụ thể về thủ tục giải thể công ty nhà nước hiện nay được quy định tại Nghị định số 180/2004/NĐ – CP ngày 28/10/2004.

6. Tổng công ty nhà nước

Sự hình thành mô hình liên kết kinh tế theo kiểu tổng công ty nhà nước (mà tiền thân là các xí nghiệp liên hợp, liên hiệp các xí nghiệp quốc doanh) trong nhiều năm qua, là một đặc thù rất đáng quan tâm của Việt Nam. Các tổng công ty nhà nước ở Việt Nam hiện nay vẫn đang chi phối những ngành, lĩnh vực then chốt của nền kinh tế; là đầu mối xuất khẩu ở hầu hết những ngành nghề có kim ngạch xuất khẩu cao; là công cụ vật chất quan trọng để bình ổn giá cả một số mặt hàng nhạy cảm, trọng yếu, có ảnh hưởng lớn đến đời sống kinh tế xã hội (lương thực, xăng dầu, xi măng, sắt thép, giấy viết...). Có thể nói, sự tồn tại các tổng công ty nhà nước ở Việt Nam có căn nguyên chủ yếu là quan điểm của Đảng và Nhà nước về vai trò chủ đạo của kinh tế nhà nước trong nền kinh tế quốc dân.

Từ những năm đầu của thập kỷ 90 thế kỷ XX, chủ trương thành lập tổng công ty theo hướng tập đoàn kinh doanh đã được triển khai³⁸. Cùng với quá trình cải cách hệ thống doanh nghiệp nhà nước, các quy định về tổng công ty nhà nước cũng từng bước được xây dựng và hoàn thiện. Theo Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003), nhiều vấn đề pháp lý về tổng công ty nhà nước đã được sửa đổi, bổ sung³⁹. Tổng công ty nhà nước theo luật này được hiểu là hình thức liên kết kinh tế trên cơ sở tự đầu tư, góp vốn giữa các công ty nhà

³⁸ Quyết định 91/TTg ngày 7/3/1994 của Thủ tướng Chính phủ về thí điểm thành lập một số Tổng công ty theo mô hình tập đoàn kinh doanh.

³⁹ Điều 46 – Điều 61, Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003).

nước, giữa công ty nhà nước với các doanh nghiệp khác hoặc được hình thành trên cơ sở tổ chức và liên kết các đơn vị thành viên có mối quan hệ gắn bó với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác, hoạt động trong một hoặc một số chuyên ngành kinh tế – kỹ thuật chính nhằm tăng cường khả năng kinh doanh và thực hiện lợi ích của các đơn vị thành viên và toàn tổng công ty. Tổng công ty nhà nước được tổ chức theo ba mô hình khác với những đặc điểm riêng nhất định về mặt pháp lý, cụ thể là:

- Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập là hình thức liên kết và tập hợp các công ty thành viên hạch toán độc lập và các đơn vị thành viên khác theo quy định của pháp luật, có mối quan hệ gắn bó với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh, hoạt động trong một hoặc một số chuyên ngành kinh tế – kỹ thuật chính, nhằm tăng cường tích tụ, tập trung vốn và chuyên môn hoá kinh doanh của các đơn vị thành viên và toàn tổng công ty. Tổng công ty có tư cách pháp nhân, có quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước, hoạt động theo điều lệ của tổng công ty và các quy định của pháp luật;

- Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập là hình thức liên kết thông qua đầu tư, góp vốn của công ty nhà nước quy mô lớn do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ với các doanh nghiệp khác, trong đó công ty nhà nước giữ quyền chi phối doanh nghiệp khác. Theo Nghị định số 153/2004/NĐ – CP của Chính phủ ngày 9/8/2004, các tổng công ty do các công ty tự đầu tư thành lập được tổ chức theo hình thức công ty mẹ – công ty con. Tổng công ty theo mô hình công ty mẹ – công ty con là hình thức liên kết và chi phối lẫn nhau bằng đầu tư, góp vốn, bí quyết công nghệ, thương hiệu hoặc thị trường giữa các doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, trong đó có một công ty nhà nước giữ quyền chi phối các doanh nghiệp thành viên khác (gọi là công ty mẹ) và các doanh nghiệp thành viên khác bị công ty mẹ chi phối (gọi là công ty con) hoặc có một phần vốn góp không chi phối của công ty mẹ (gọi là công ty liên kết). Tổ hợp công ty mẹ và các công ty con không có tư cách pháp nhân. Công ty mẹ có tư cách pháp nhân, có tên gọi riêng, có con dấu, có bộ máy quản lý và điều hành, có trụ sở chính trong nước. Mô hình công ty mẹ – công ty con có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo điều kiện cho đầu tư, chi phối lẫn nhau giữa các doanh nghiệp, trong đó chủ yếu là các doanh nghiệp nhà nước; từ đó từng bước hình thành các tập

đoàn kinh tế có sự tham gia của các nhà đầu tư thuộc nhiều thành phần kinh tế khác nhau;

– Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước là loại tổng công ty được Nhà nước thành lập để thực hiện quyền chủ sở hữu vốn của nhà nước đầu tư vào các doanh nghiệp. Loại hình tổng công ty này không có tính chất liên kết theo đúng nghĩa, mà là một tổ chức kinh tế đặc biệt, được thành lập để thực hiện quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với các công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên chuyển đổi từ các công ty nhà nước độc lập và các công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên do mình thành lập; thực hiện chức năng đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước và quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với cổ phần, vốn góp của Nhà nước tại các doanh nghiệp đã chuyển đổi sở hữu hoặc hình thức pháp lý từ các công ty nhà nước độc lập.

IV — CHUYỂN ĐỔI SỞ HỮU CÔNG TY NHÀ NƯỚC

Để nâng cao hiệu quả sử dụng vốn nhà nước trong kinh doanh, bên cạnh các hình thức tổ chức lại công ty nhà nước (không làm thay đổi hình thức sở hữu), Nhà nước ta còn áp dụng các hình thức chuyển đổi sở hữu của công ty nhà nước. Các hình thức chuyển đổi sở hữu công ty nhà nước hiện nay bao gồm: Cổ phần hoá công ty nhà nước; bán toàn bộ hoặc một phần công ty nhà nước; giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động⁴⁰.

1. Cổ phần hóa công ty nhà nước

Cổ phần hóa công ty nhà nước (trước đây gọi là cổ phần hoá doanh nghiệp Nhà nước) là một giải pháp quan trọng trong tổ chức, sắp xếp lại doanh nghiệp nhà nước, được triển khai thí điểm từ năm 1992 (Trên cơ sở Nghị quyết Hội nghị lần thứ II của Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa VII tháng 11 năm 1991). Về bản chất pháp lý, cổ phần hoá công ty nhà nước là việc chuyển công ty nhà nước thành công ty cổ phần. Khi chuyển sang hình thức công ty cổ phần, công ty nhà nước sẽ thay đổi về cơ cấu chủ sở hữu và cấu trúc vốn. Cổ phần hoá công ty nhà nước thực chất là bán một phần hoặc toàn bộ công ty nhà nước thông qua hình thức bán cổ phần của doanh nghiệp. Việc cổ phần hóa công ty nhà nước nhằm đạt được những mục tiêu sau đây:

– Nâng cao hiệu quả, sức cạnh tranh của doanh nghiệp; tạo ra loại hình

⁴⁰ Điều 80, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003

doanh nghiệp có nhiều chủ sở hữu, trong đó có đông đảo người lao động; tạo động lực mạnh mẽ và cơ chế quản lý năng động cho doanh nghiệp để sử dụng có hiệu quả vốn, tài sản của Nhà nước và của doanh nghiệp;

- Huy động vốn của toàn xã hội, bao gồm: cá nhân, các tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội trong nước và ngoài nước để đầu tư đổi mới công nghệ, phát triển doanh nghiệp;

- Phát huy vai trò làm chủ thực sự của người lao động, của các cổ đông; tăng cường sự giám sát của nhà đầu tư đối với doanh nghiệp; bảo đảm hài hoà lợi ích của Nhà nước, doanh nghiệp, nhà đầu tư và người lao động.

Cổ phần hoá doanh nghiệp nhà nước, ngoài tác dụng nâng cao hiệu quả hoạt động của các công ty thuộc diện cổ phần hoá, còn giúp nhà nước thu hồi được một lượng vốn đáng kể để Nhà nước tập trung đầu tư cho các doanh nghiệp nhà nước. Theo quy định hiện hành, tiền bán cổ phần khi cổ phần hoá công ty nhà nước, ngoài phần được sử dụng để hỗ trợ cho doanh nghiệp cổ phần hoá và người lao động, còn có phần được sử dụng để hỗ trợ vốn cho các doanh nghiệp nhà nước đầu tư đổi mới công nghệ, nâng cao sức cạnh tranh và phát triển doanh nghiệp. Bên cạnh đó, việc cổ phần hoá công ty nhà nước còn góp phần giảm bớt số lượng các doanh nghiệp nhà nước không cần giữ 100% vốn đầu tư.

Trong quá trình thực hiện cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước thời gian qua, Nhà nước ta đã chú trọng từng bước hoàn thiện pháp luật về cổ phần hóa⁴¹. Hiện nay, việc cổ phần hóa công ty nhà nước được thực hiện theo Nghị định số 187/2004/NĐ - CP ngày 16/11/2004 của Chính phủ về việc chuyển công ty nhà nước thành công ty cổ phần và các văn bản pháp

⁴¹ Cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước lần đầu tiên được quy định trong Quyết định số 202/CT ngày 8/6/1992 của Hội đồng Bộ trưởng về thí điểm chuyển một số doanh nghiệp nhà nước thành công ty cổ phần. Đến tháng 5/1996, Chính phủ ban hành Nghị định số 28/CP về chuyển một số doanh nghiệp nhà nước thành công ty cổ phần. Đây là văn bản pháp lý chính thức quy định tương đối đồng bộ về các chính sách đối với doanh nghiệp nhà nước cổ phần hóa. Nghị định này sau đó được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 25/NĐ - CP ngày 26/3/1997 và được thay thế bằng Nghị định số 44/1995/NĐ - CP ngày 29/6/1998. Qua một thời gian áp dụng, các văn bản pháp luật về cổ phần hóa đã bộc lộ những thiếu sót, hạn chế, là một trong những nguyên nhân gây cản trở tiến trình cổ phần hóa. Trước tình hình như vậy, chính phủ đã ban hành Nghị định số 64/NĐ - CP ngày 19/6/2002. Sau khi Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003) được ban hành, thực tiễn cổ phần hóa đặt ra những yêu cầu phải điều chỉnh nội dung các quy định pháp luật về cổ phần hóa, trong điều kiện đó, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 187/2004/NĐ - CP thay thế cho Nghị định số 64/2002/NĐ - CP năm 2002.

luật có liên quan. Nghị định số 187/2004/NĐ – CP ngày 16/11/2004 đã quy định cụ thể các vấn đề pháp lý liên quan đến cổ phần hoá công ty nhà nước, bao gồm những vấn đề cơ bản là: mục tiêu, yêu cầu của việc cổ phần hoá; đối tượng và điều kiện cổ phần hoá; hình thức cổ phần hoá; đối tượng và điều kiện mua cổ phần; xử lý tài chính khi cổ phần hoá; xác định giá trị doanh nghiệp cổ phần hoá; bán cổ phần và quản lý, sử dụng tiền bán phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp; chính sách đối với doanh nghiệp và người lao động sau cổ phần hoá; trình tự, thủ tục tiến hành cổ phần hoá.

2. Bán công ty nhà nước

Bán công ty nhà nước là việc chuyển đổi sở hữu có thu tiền toàn bộ công ty nhà nước sang sở hữu tập thể, cá nhân hoặc pháp nhân khác. Việc bán toàn bộ công ty nhà nước được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng bán công ty nhà nước được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền (bên bán) với một tổ chức hoặc cá nhân (bên mua) trên cơ sở thuận mua vừa bán. Bên bán có quyền đưa ra những điều kiện nhất định. Bên mua có quyền chấp nhận hoặc không chấp nhận các điều kiện đó. Các bên có quyền thoả thuận với nhau để đi đến thống nhất các điều khoản của hợp đồng.

Bên cạnh việc bán toàn bộ công ty nhà nước, Nhà nước còn thực hiện việc bán một phần công ty nhà nước để thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên, trong đó có một thành viên là đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước. Về bản chất, việc bán một phần công ty nhà nước trong trường hợp này là chuyển công ty nhà nước thành công ty TNHH hai thành viên trở lên bằng cách nhà nước chuyển nhượng một phần vốn điều lệ của công ty nhà nước cho các tổ chức và cá nhân khác. Sau khi hoàn tất việc bán một phần công ty nhà nước, công ty TNHH (có một phần vốn điều lệ do nhà nước nắm giữ) sẽ được tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp. Những vấn đề pháp lý về bán công ty nhà nước hiện nay được quy định cụ thể tại Nghị định của Chính phủ số 80/2005/NĐ – CP ngày 22/6/2005.

3. Giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động trong công ty

Giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động trong công ty là việc chuyển công ty nhà nước và tài sản tại công ty thành sở hữu của tập thể người lao động có điều kiện ràng buộc. Sau khi công ty nhà nước được giao cho tập thể người lao động, công ty sẽ chuyển thành hợp tác xã (được tổ chức hoạt động theo Luật Hợp tác xã) hoặc công ty cổ phần (được tổ chức hoạt động theo Luật Doanh nghiệp).

Điểm khác cơ bản giữa giao công ty với bán công ty là ở chỗ, khi giao công ty nhà nước cho người lao động, Nhà nước không thu bất kỳ một khoản tiền nào. Đối tượng được giao công ty chỉ có thể là tập thể người lao động trong công ty. Về mặt sở hữu tài sản, khi giao công ty nhà nước, Nhà nước chuyển giao quyền sở hữu công ty cho người lao động mà không thu tiền (có tính chất "cho không"), tuy nhiên để bảo đảm các lợi ích kinh tế xã hội sau khi công ty nhà nước được chuyển giao, Nhà nước đặt ra các điều kiện ràng buộc chặt chẽ đối với người nhận công ty (tập thể người lao động trong công ty). Những vấn đề pháp lý về giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động hiện nay được quy định cụ thể tại Nghị định của Chính phủ số 80/2005/NĐ – CP ngày 22/6/2005.

PHÁP LUẬT VỀ HỢP TÁC XÃ

I — KHÁI QUÁT VỀ HỢP TÁC XÃ VÀ HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VỀ HỢP TÁC XÃ

1. Khái niệm hợp tác xã

Hợp tác xã (HTX) là hình thức tổ chức kinh doanh thuộc thành phần kinh tế tập thể đã xuất hiện từ nửa đầu thế kỷ XIX ở châu Âu và đến nay đã phát triển ở hầu hết các nước trên thế giới. Tại nhiều nước, phong trào HTX phát triển rất mạnh, có những đóng góp to lớn vào sự tăng trưởng kinh tế, tạo ra sự ổn định, công bằng xã hội. Mặc dù thực tiễn điều chỉnh pháp luật đối với hợp tác xã luôn gắn liền với hệ thống pháp luật về chủ thể kinh doanh, song hợp tác xã luôn có những đặc điểm khác biệt với các hình thức tổ chức kinh doanh thông thường. Lý luận và kinh nghiệm quốc tế về hợp tác xã cho thấy, hợp tác xã theo quan điểm phổ biến trên thế giới được hiểu là một thiết chế kinh tế – xã hội với những đặc điểm không hoàn toàn mang bản chất của doanh nghiệp kinh doanh thuần túy. Tuy rằng trong thực tiễn, không thể phủ nhận sự tồn tại của những hợp tác xã có các dấu hiệu pháp lý thỏa mãn các điều kiện của một doanh nghiệp (đặc biệt là các hợp tác xã thương mại, dịch vụ), song nhìn chung hợp tác xã luôn có tính chất đặc thù so với các chủ thể kinh doanh theo đúng nghĩa, thể hiện cơ bản ở nguyên tắc tổ chức và hoạt động của nó. Các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã trong thế kỷ XXI được Liên minh các Hợp tác xã quốc tế xác định là: (i) Thành viên công khai và tự nguyện; (ii) Dân chủ và bình đẳng; (iii) Sự tham gia của các thành viên hợp tác xã trong lĩnh vực kinh tế của hợp tác xã; (iv) Tự chủ và độc lập; (v) Giáo dục, đào tạo và thông tin; (vi) Hợp tác giữa các hợp tác xã; (vii) Quan tâm tới cộng đồng. Có lẽ xuất phát từ quan điểm này mà ở các nước, việc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã thông thường được quy định bởi một hệ thống các văn bản pháp luật riêng biệt.

Ở Việt Nam hiện nay, bản chất của kinh tế tập thể nói chung và hợp tác xã nói riêng đã được quy định tại Hiến pháp, theo đó, hợp tác xã được hiểu

là một hình thức của kinh tế tập thể, do công dân góp vốn, góp sức hợp tác sản xuất, kinh doanh trên nguyên tắc tự nguyện, dân chủ và cùng có lợi⁴². Thể chế hóa quy định của Hiến pháp, Luật Hợp tác xã (2003) đã quy định hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể do các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân (sau đây gọi chung là xã viên) có nhu cầu, lợi ích chung, tự nguyện góp vốn, góp sức lập ra để phát huy sức mạnh tập thể của từng xã viên tham gia hợp tác xã, cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động sản xuất, kinh doanh và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần, góp phần phát triển kinh tế – xã hội của đất nước. Hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp, có tư cách pháp nhân, tự chủ, tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trong phạm vi vốn điều lệ, vốn tích lũy và các nguồn vốn khác của hợp tác xã theo quy định của pháp luật⁴³.

Như vậy, pháp luật hiện hành của Việt Nam không xếp hợp tác xã vào nhóm doanh nghiệp, mà chỉ quy định hợp tác xã hoạt động “như một loại hình doanh nghiệp”. Thực tiễn ở Việt Nam cho thấy, phần lớn các hợp tác xã hiện nay hoạt động trong lĩnh vực nông nghiệp. Trên thực tế, tính chất hoạt động của hợp tác xã thường chỉ dừng lại ở các hoạt động kinh tế với mục đích đáp ứng nhu cầu cuộc sống của các xã viên. Hợp tác xã mặc dù là một thiết chế kinh tế, song luôn mang tính chất xã hội, cộng đồng sâu sắc. Trong hoạt động, hợp tác xã phải tuân thủ những nguyên tắc thể hiện tính dân chủ, tính xã hội và triết lý công bằng (phổ thông đầu phiếu); mục tiêu của hợp tác xã thường không chỉ là tối đa hóa lợi nhuận, mà quan trọng còn là tương trợ, giúp đỡ lẫn nhau trong cộng đồng. Việc xác định các hợp tác xã là doanh nghiệp, trong điều kiện như vậy sẽ có phần khiên cưỡng và đồng thời sẽ khó giải thích cho những chính sách hỗ trợ của Nhà nước (để khuyến khích phát triển) đối với các hợp tác xã, khi gắn với nguyên tắc bình đẳng giữa các doanh nghiệp trong cơ chế thị trường. Các nhà lập pháp Việt Nam đã có phân hợp lý khi không quy định hợp tác xã là một loại hình doanh nghiệp, cho dù trong quá trình tồn tại, chúng có thể có những hoạt động như doanh nghiệp. Về phương diện pháp lý, hợp tác xã có những đặc điểm cơ bản sau:

– *Hợp tác xã là tổ chức kinh tế, hoạt động mang tính xã hội*: Trong điều kiện của nền kinh tế thị trường, HTX được ghi nhận là một tổ chức kinh tế tự chủ. HTX hoạt động kinh doanh giống như các doanh nghiệp, có thẩm quyền kinh tế, có tài sản riêng để thực hiện mục tiêu phát triển sản xuất,

⁴² Điều 20, Hiến pháp 1992.

⁴³ Điều 1, Luật Hợp tác xã năm 2003

kinh doanh, bảo đảm lợi ích của các xã viên, của tập thể và toàn xã hội. Tuy nhiên, khác với các hình thức tổ chức kinh doanh khác, sự tồn tại và hoạt động của HTX luôn mang tính xã hội sâu sắc. Tham gia vào HTX, các xã viên không chỉ thu được những lợi ích kinh tế mà còn có điều kiện tương trợ, giúp đỡ lẫn nhau, đồng thời nhận được sự giúp đỡ của tập thể, của Nhà nước. HTX có nghĩa vụ giáo dục tinh thần hợp tác cho xã viên, khuyến khích sự hợp tác không chỉ trong các xã viên của HTX mà còn trong cộng đồng. Bên cạnh việc thực hiện mục tiêu hợp tác phát triển kinh tế, HTX còn chăm lo cả về tinh thần cho xã viên thông qua các hoạt động cụ thể của HTX. Những hoạt động chăm lo đời sống cả về vật chất và tinh thần cho xã viên được tiến hành trên cơ sở hoạt động kinh doanh có hiệu quả và góp phần nâng cao trình độ dân trí cho xã viên và cho cộng đồng.

-- *Xã viên hợp tác xã vừa góp vốn, vừa góp sức*: Góp vốn là nghĩa vụ cơ bản của các nhà đầu tư tham gia doanh nghiệp. Góp vốn tạo cơ sở vật chất để doanh nghiệp tiến hành các hoạt động kinh doanh. Khi tham gia hợp tác xã, xã viên cũng phải thực hiện nghĩa vụ góp vốn; tuy nhiên, nghĩa vụ góp vốn của các xã viên khi gia nhập HTX có điểm khác biệt so với các nhà đầu tư tham gia vào các loại hình doanh nghiệp khác. Theo Luật Hợp tác xã, phần vốn góp của mỗi xã viên vào vốn điều lệ của HTX bị giới hạn mức tối đa. Bên cạnh nghĩa vụ góp vốn, các xã viên còn có nghĩa vụ góp sức. Nghĩa vụ góp sức của xã viên thể hiện tính chất đặc trưng của HTX so với các hình thức kinh doanh khác; đặc điểm này phù hợp với đối tượng tham gia hợp tác xã cũng như mục đích hợp tác trong hợp tác xã.

-- *Sở hữu trong hợp tác xã là sở hữu tập thể*: Tính chất sở hữu tập thể của HTX được khẳng định tại Bộ luật Dân sự (Điều 208). Vốn, tài sản của HTX hình thành từ nguồn đóng góp của xã viên; thu nhập hợp pháp do các hoạt động kinh doanh của HTX; được Nhà nước hỗ trợ từ các nguồn khác là tài sản thuộc sở hữu tập thể. HTX được dùng tài sản thuộc quyền sở hữu của mình để tiến hành hoạt động kinh doanh. Xã viên HTX khai thác các tài sản thuộc sở hữu tập thể theo quy định tại Luật Hợp tác xã và Điều lệ hoạt động của HTX, trên nguyên tắc bình đẳng, dân chủ, cùng quản lý và cùng có lợi.

-- *Xã viên tham gia quản lý HTX theo nguyên tắc dân chủ và bình đẳng*: Tính dân chủ và bình đẳng trong quản lý hợp tác xã thể hiện rõ qua một số quyền của xã viên như: quyền dự đại hội xã viên; quyền được ứng cử, bầu cử vào các chức danh được bầu của HTX; quyền được đề đạt ý kiến với Ban quản trị, chủ nhiệm, Ban kiểm soát và yêu cầu được trả lời... Mỗi xã viên,

không phụ thuộc vào số vốn đóng góp cho HTX, đều có một phiếu để biểu quyết tại đại hội xã viên và các cuộc họp xã viên.

– *Hợp tác xã là tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân*: Là một tổ chức kinh tế tự chủ, HTX thỏa mãn đầy đủ các điều kiện của một pháp nhân (quy định tại Điều 84, Bộ luật Dân sự). HTX có tư cách pháp nhân kể từ thời điểm được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. HTX chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của mình đến hết giá trị tài sản thuộc sở hữu của HTX. Các xã viên chỉ chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của HTX trong phạm vi vốn góp của mình vào vốn điều lệ của HTX.

2. Lược sử phát triển của HTX và hệ thống pháp luật về hợp tác xã

Đảng và Nhà nước ta đã coi trọng việc xây dựng và phát triển HTX ngay từ những ngày đầu xây dựng đất nước. Từ những tổ đổi công, tổ vận công, mô hình HTX đã hình thành và phát triển trong các ngành kinh tế như nông nghiệp, lâm nghiệp, công nghiệp, thương nghiệp, xây dựng, vận tải, làm muối... Kinh tế tập thể cùng với kinh tế quốc doanh là nền tảng của nền kinh tế xã hội chủ nghĩa. Trải qua nhiều giai đoạn phát triển của nền kinh tế, phong trào HTX phát triển có những bước thăng trầm khác nhau, song không thể phủ nhận, các hợp tác xã đã có những đóng góp đáng kể cho sự nghiệp đấu tranh giải phóng dân tộc và cho công cuộc xây dựng chủ nghĩa xã hội trên đất nước ta.

Sau cách mạng tháng Tám năm 1945, thời gian đầu các HTX mới chỉ được tổ chức với những mô hình giản đơn, trình độ thấp (như các tổ đổi công, vận công, hợp tác xã bậc thấp) trong một số lĩnh vực ngành nghề, chủ yếu là nông nghiệp. Thời gian này pháp luật mới chỉ đề ra những phương hướng chung về tổ chức và xây dựng các HTX; Nhà nước chưa ban hành văn bản pháp luật quy định cụ thể về tổ chức và hoạt động của HTX.

Trong giai đoạn kinh tế kế hoạch tập trung, phong trào tập thể hóa, mà trọng tâm là xây dựng các HTX được phát động và triển khai rộng khắp trên phạm vi cả nước (ở miền Bắc từ năm 1959 đến năm 1960 và ở miền Nam từ năm 1975 đến năm 1980). Nhà nước đã từng bước ban hành những văn bản pháp luật quy định về địa vị pháp lý, các nguyên tắc tổ chức và hoạt động, các quyền, nghĩa vụ của HTX. Tuy không thể phủ nhận vai trò chính trị, xã hội của các HTX, song về mặt kinh tế, các HTX được hình thành và tồn tại trong cơ chế quản lý kinh tế theo lối kế hoạch tập trung, hành chính bao cấp đã bộc lộ nhiều hạn chế, thậm chí gây trở ngại cho sự phát triển của lực lượng sản xuất.

Đại hội Đại biểu toàn quốc Đảng Cộng sản Việt Nam lần thứ VI (1986) đã đề ra đường lối đổi mới về kinh tế, trong đó có việc xây dựng một nền kinh tế nhiều thành phần, vận hành theo cơ chế thị trường, có sự quản lý và điều tiết của Nhà nước theo định hướng XHCN. Trong điều kiện đó, yêu cầu quan trọng đặt ra là phải đổi mới cơ chế điều chỉnh pháp luật đối với HTX. Trên cơ sở Hiến pháp năm 1992, Bộ luật Dân sự (1995), Luật Hợp tác xã đã được xây dựng và lần đầu tiên được Quốc hội thông qua ngày 20/3/1996 (có hiệu lực từ ngày 01/01/1997). Luật Hợp tác xã (1996) cùng với các văn bản hướng dẫn thi hành đã tạo lập khung khổ pháp lý cho HTX trong điều kiện cơ chế kinh tế mới. Các HTX trong giai đoạn này có sự thay đổi sâu sắc trong tổ chức và hoạt động (hợp tác xã kiểu mới). HTX được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc: tự nguyện, tự chủ, quản lý dân chủ, cùng có lợi và tự chịu trách nhiệm. Trong hoạt động kinh doanh, HTX được đối xử bình đẳng với các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác.

Việc triển khai áp dụng Luật Hợp tác xã (1996) với mô hình HTX kiểu mới đã phát huy được hiệu quả đáng kể, góp phần ngăn chặn tình trạng tan rã hàng loạt của các HTX xảy ra trong thời gian đầu của quá trình chuyển đổi nền kinh tế, từng bước khẳng định vai trò của HTX đối với xã viên, người lao động cũng như nền kinh tế nói chung. Tuy nhiên, sau một thời gian áp dụng, trước những thay đổi của nền kinh tế trong nước cũng như bối cảnh quốc tế, Luật Hợp tác xã (1996) đã bộc lộ nhiều nội dung bất cập, là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng kém phát triển của các HTX⁴⁴. Trong điều kiện đó, ngày 26/11/2003 Quốc hội đã thông qua Luật Hợp tác xã (luật này có hiệu lực thi hành từ ngày 01/07/2004 và thay thế cho Luật Hợp tác xã năm 1996). Để triển khai thực hiện Luật Hợp tác xã (2003), đến nay Chính phủ đã ban hành những văn bản hướng dẫn sau đây:

- Nghị định số 177/2004/NĐ - CP ngày 12/10/2004 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hợp tác xã;
- Nghị định số 87/2005/NĐ - CP ngày 11/7/2005 về đăng ký kinh doanh HTX.

Luật Hợp tác xã (2003) là bước tiến quan trọng trong quá trình hoàn thiện pháp luật về HTX, phù hợp với tiến trình hoàn thiện hệ thống pháp luật về doanh nghiệp trong bối cảnh hội nhập, đáp ứng yêu cầu phát triển của kinh

⁴⁴ Xem thêm: Vụ Công tác lập pháp, Những vấn đề cơ bản của Luật Hợp tác xã năm 2003, Nxb. Tư pháp, Hà Nội năm 2003, Tr. 8 - 9.

tế tập thể nói chung và HTX nói riêng. Cùng với các văn bản hướng dẫn thi hành và các văn bản pháp luật có liên quan, Luật Hợp tác xã (2003) đã góp phần tạo lập hành lang pháp lý đồng bộ, điều chỉnh tổ chức và hoạt động của các HTX thuộc các lĩnh vực của nền kinh tế ở Việt Nam.

II — NGUYÊN TẮC TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA HỢP TÁC XÃ

Nguyên tắc tổ chức và hoạt động của HTX là những tư tưởng chỉ đạo, là nền tảng pháp lý để xây dựng các văn bản pháp luật về HTX và được quán triệt trong thực tiễn thành lập và tổ chức hoạt động của HTX. Theo Luật Hợp tác xã (2003), hợp tác xã được tổ chức và hoạt động theo các nguyên tắc sau đây:

1. Tự nguyện

Nguyên tắc tự nguyện được quy định xuất phát từ bản chất của hợp tác xã là tổ chức kinh tế của các xã viên thuộc các thành phần kinh tế khác nhau (cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân). Nguyên tắc tự nguyện đảm bảo cho các xã viên quyền gia nhập cũng như ra khỏi HTX, theo đó mọi cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có đủ điều kiện theo quy định của Luật Hợp tác xã, tán thành Điều lệ hợp tác xã đều có quyền gia nhập hợp tác xã; xã viên có quyền ra khỏi hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã. Khi gia nhập HTX, đơn gia nhập HTX của người có nguyện vọng trở thành xã viên được Ban quản trị xem xét và trình Đại hội xã viên thông qua. Khi xã viên muốn ra khỏi HTX thì có quyền làm đơn tự nguyện xin ra HTX và được hưởng các quyền lợi cũng như có trách nhiệm thực hiện các nghĩa vụ đối với HTX theo điều lệ và quy định của pháp luật.

2. Dân chủ, bình đẳng và công khai

Nội dung của nguyên tắc dân chủ, bình đẳng và công khai thể hiện: xã viên có quyền tham gia quản lý, kiểm tra, giám sát hợp tác xã và có quyền ngang nhau trong biểu quyết; thực hiện công khai phương hướng sản xuất, kinh doanh, tài chính, phân phối và những vấn đề khác quy định trong Điều lệ hợp tác xã. Quản lý dân chủ, bình đẳng và công khai là nguyên tắc tổ chức hoạt động xuất phát từ tính chất xã hội của hợp tác xã, thể hiện đặc trưng của HTX so với các hình thức tổ chức kinh doanh khác.

3. Tự chủ, tự chịu trách nhiệm và cùng có lợi

Tự chủ, tự chịu trách nhiệm là thuộc tính của các pháp nhân kinh tế nói chung. Là một tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân, HTX có quyền tự chủ

quyết định các vấn đề trong hoạt động, tự quyết định về phân phối thu nhập của HTX; mặt khác HTX phải tự chịu trách nhiệm về kết quả sản xuất, kinh doanh, dịch vụ. Nhà nước cũng như các chủ thể khác không can thiệp trực tiếp vào hoạt động của HTX và cũng không chịu trách nhiệm thay cho HTX trong các hoạt động của HTX.

HTX có quyền tự chủ quyết định trong phân phối thu nhập, song việc phân phối thu nhập của HTX phải đảm bảo những yêu cầu đặt ra bởi pháp luật. Với tính chất của sở hữu tập thể, việc phân phối thu nhập trong HTX phải đảm bảo giải quyết hài hòa giữa các lợi ích của xã viên và lợi ích của tập thể. Theo quy định hiện hành, sau khi thực hiện xong nghĩa vụ nộp thuế và trang trải các khoản lỗ của hợp tác xã, lãi được trích một phần vào các quỹ của hợp tác xã, một phần chia theo vốn góp và công sức đóng góp của xã viên, phần còn lại chia cho xã viên theo mức độ sử dụng dịch vụ của hợp tác xã.

4. Hợp tác và phát triển cộng đồng

Hợp tác, tương trợ lẫn nhau là đặc điểm đối nhân rõ rệt của HTX, làm cho việc tổ chức và hoạt động của HTX mang tính chất xã hội sâu sắc. Đây cũng là tính chất khác biệt của HTX so với các hình thức tổ chức kinh doanh khác. Theo quy định của Luật Hợp tác xã, xã viên phải có ý thức phát huy tinh thần xây dựng tập thể và hợp tác với nhau trong hợp tác xã, trong cộng đồng xã hội; hợp tác giữa các hợp tác xã trong nước và ngoài nước theo quy định của pháp luật.

III — THÀNH LẬP HỢP TÁC XÃ

Thành lập hợp tác xã là quyền của cá nhân và tổ chức được Nhà nước bảo hộ. Tuy nhiên, tương tự như việc thành lập các doanh nghiệp, việc thành lập HTX phải được thực hiện theo quy định của pháp luật. Thủ tục thành lập và đăng ký kinh doanh một mặt nhằm xác lập tư cách pháp lý cho HTX, mặt khác nhằm thực hiện việc quản lý nhà nước đối với hoạt động kinh doanh. Theo quy định của Luật Hợp tác xã (2003) và Nghị định số 87/2005/NĐ - CP ngày 11/7/2005, việc thành lập HTX bao gồm những nội dung cơ bản sau đây:

1. Hội nghị thành lập HTX

Hội nghị thành lập HTX là cuộc họp của các sáng lập viên và những người có nguyện vọng tham gia HTX để quyết định các vấn đề cần thiết cho việc thành lập và đăng ký kinh doanh cho HTX. Sáng lập viên là những cá nhân, hộ gia đình hoặc pháp nhân khởi xướng việc thành lập hợp tác xã và

tham gia hợp tác xã. Trước khi tổ chức Hội nghị thành lập HTX, các sáng lập viên tiến hành tuyên truyền, vận động các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân khác có nhu cầu tham gia hợp tác xã; xây dựng phương hướng sản xuất, kinh doanh; dự thảo Điều lệ hợp tác xã và xúc tiến các công việc cần thiết khác để tổ chức hội nghị thành lập hợp tác xã. Các sáng lập viên báo cáo bằng văn bản với Ủy ban nhân dân cấp xã nơi dự định đặt trụ sở chính của hợp tác xã về việc thành lập, địa điểm đóng trụ sở, phương hướng sản xuất, kinh doanh và kế hoạch hoạt động của hợp tác xã.

Sau khi thực hiện các công việc trên, các sáng lập viên tổ chức hội nghị thành lập HTX. Thành phần tham gia hội nghị bao gồm sáng lập viên và cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân khác có nguyện vọng trở thành xã viên. Hội nghị thành lập có nhiệm vụ thảo luận và thống nhất về phương hướng sản xuất, kinh doanh; kế hoạch hoạt động của hợp tác xã; dự thảo Điều lệ hợp tác xã; tên, biểu tượng (nếu có) của hợp tác xã và lập danh sách xã viên. Hội nghị thảo luận và biểu quyết theo đa số các vấn đề sau đây:

- Thông qua danh sách xã viên; số lượng xã viên từ 7 người trở lên;
- Thông qua Điều lệ, Nội quy hợp tác xã;
- Quyết định thành lập riêng hay không thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành hợp tác xã. Đối với hợp tác xã thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành thì bầu Ban quản trị và Chủ nhiệm HTX; Chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là Trưởng Ban quản trị; quyết định số lượng Phó chủ nhiệm hợp tác xã. Đối với hợp tác xã thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành thì bầu Ban quản trị và Trưởng Ban quản trị trong số thành viên Ban quản trị; quyết định bầu hoặc thuê Chủ nhiệm hợp tác xã; quyết định số lượng Phó chủ nhiệm hợp tác xã;
- Bầu Ban kiểm soát và Trưởng Ban kiểm soát trong số thành viên của Ban kiểm soát;
- Thông qua biên bản hội nghị thành lập hợp tác xã.

2. Đăng ký kinh doanh cho hợp tác xã

Thủ tục đăng ký kinh doanh có ý nghĩa khai sinh về mặt pháp lý cho HTX. Pháp luật hiện hành quy định về thủ tục đăng ký kinh doanh cho HTX theo cơ chế "tiền đăng, hậu kiểm", với thủ tục đơn giản, đảm bảo điều kiện thuận lợi cho những người thành lập HTX thực hiện quyền thành lập HTX của mình. Việc đăng ký kinh doanh HTX được thực hiện tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh hoặc cấp huyện nơi hợp tác xã dự định đặt trụ sở chính, tùy theo điều kiện cụ thể của hợp tác xã.

Để tiến hành việc đăng ký kinh doanh, người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã dự định thành lập nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh đã lựa chọn. Người thành lập HTX phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của hồ sơ đăng ký kinh doanh. Nội dung của hồ sơ đăng ký kinh doanh bao gồm:

- Đơn đăng ký kinh doanh;
- Điều lệ hợp tác xã;
- Số lượng xã viên, danh sách Ban quản trị, Ban kiểm soát của hợp tác xã;
- Biên bản đã thông qua tại Hội nghị thành lập hợp tác xã.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan đăng ký kinh doanh phải xem xét hồ sơ và cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hợp tác xã; trường hợp từ chối thì phải trả lời bằng văn bản. Khi xem xét hồ sơ đăng ký kinh doanh, nếu phát hiện nội dung đăng ký kê khai không chính xác, không đầy đủ thì cơ quan đăng ký kinh doanh yêu cầu người đăng ký kinh doanh hiệu đính hoặc làm lại hồ sơ đăng ký kinh doanh; nếu phát hiện nội dung đăng ký kê khai là giả mạo thì từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Trường hợp không đồng ý với quyết định từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của cơ quan đăng ký kinh doanh, người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã dự định thành lập có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại toà án theo quy định của pháp luật.

Hợp tác xã được cấp giấy đăng ký kinh doanh khi thỏa mãn các điều kiện sau:

- Có hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ theo quy định;
- Ngành, nghề sản xuất, kinh doanh không bị pháp luật cấm;
- Tên, biểu tượng (nếu có) của hợp tác xã phù hợp với quy định của pháp luật;
- Có vốn điều lệ. Đối với hợp tác xã kinh doanh ngành, nghề mà Chính phủ quy định phải có vốn pháp định thì vốn điều lệ không được thấp hơn vốn pháp định;
- Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định.

Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh do cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh hoặc cấp huyện cấp cho hợp tác xã đều có giá trị như nhau và có hiệu lực trong phạm vi toàn quốc. Hợp tác xã có tư cách pháp nhân và có quyền

hoạt động kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; đối với những ngành, nghề kinh doanh có điều kiện mà hợp tác xã đăng ký hoạt động thì hợp tác xã được kinh doanh những ngành, nghề đó kể từ ngày được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép kinh doanh hoặc có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật.

IV — QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA HỢP TÁC XÃ

HTX có thẩm quyền của một tổ chức kinh tế, bao gồm tổng hợp các quyền và nghĩa vụ trong hoạt động của HTX. Quyền và nghĩa vụ của HTX tạo thành năng lực chủ thể của HTX. Các quyền và nghĩa vụ của HTX được quy định bởi pháp luật và được triển khai trên thực tế thông qua các hoạt động của HTX. Với chức năng chủ yếu là quy định các vấn đề về tổ chức của HTX, Luật Hợp tác xã chỉ quy định những quyền cơ bản của hợp tác xã. Theo Luật Hợp tác xã (Điều 6), hợp tác xã có các quyền cơ bản sau đây:

- Lựa chọn ngành, nghề sản xuất, kinh doanh mà pháp luật không cấm;
- Quyết định hình thức và cơ cấu tổ chức sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã;
- Trực tiếp xuất khẩu, nhập khẩu hoặc liên doanh, liên kết với tổ chức, cá nhân trong nước và tổ chức, cá nhân nước ngoài để mở rộng sản xuất, kinh doanh theo quy định của pháp luật;
- Thuê lao động trong trường hợp xã viên không đáp ứng được yêu cầu sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã theo quy định của pháp luật;
- Quyết định kết nạp xã viên mới, giải quyết việc xã viên ra khỏi hợp tác xã, khai trừ xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;
- Quyết định việc phân phối thu nhập, xử lý các khoản lỗ của hợp tác xã;
- Quyết định khen thưởng những xã viên có nhiều thành tích trong việc xây dựng và phát triển hợp tác xã; thi hành kỷ luật những xã viên vi phạm Điều lệ hợp tác xã; quyết định việc xã viên phải bồi thường các thiệt hại đã gây ra cho hợp tác xã;
- Vay vốn của tổ chức tín dụng và huy động các nguồn vốn khác; tổ chức tín dụng nội bộ theo quy định của pháp luật;
- Được bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của pháp luật;
- Từ chối yêu cầu của tổ chức, cá nhân trái với quy định của pháp luật;
- Khiếu nại các hành vi vi phạm quyền và lợi ích hợp pháp của hợp tác xã;

Tương ứng với việc được hưởng các quyền, hợp tác xã phải thực hiện các nghĩa vụ sau đây (Điều 7, Luật Hợp tác xã):

- Sản xuất, kinh doanh đúng ngành, nghề, mặt hàng đã đăng ký;
- Thực hiện đúng quy định của pháp luật về kế toán, thống kê và kiểm toán;

Nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;

- Bảo toàn và phát triển vốn hoạt động của hợp tác xã; quản lý và sử dụng đất được Nhà nước giao theo quy định của pháp luật;

- Chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trong phạm vi vốn điều lệ, vốn tích lũy và các nguồn vốn khác của hợp tác xã theo quy định của pháp luật;

- Bảo vệ môi trường, môi sinh, cảnh quan, di tích lịch sử – văn hoá và các công trình quốc phòng, an ninh theo quy định của pháp luật;

- Bảo đảm các quyền của xã viên và thực hiện các cam kết kinh tế đối với xã viên;

- Thực hiện các nghĩa vụ đối với xã viên trực tiếp lao động cho hợp tác xã và người lao động do hợp tác xã thuê theo quy định của pháp luật về lao động; khuyến khích và tạo điều kiện để người lao động trở thành xã viên;

- Đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc cho xã viên là cá nhân và người lao động làm việc thường xuyên cho hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã phù hợp với quy định của pháp luật về bảo hiểm; tổ chức cho xã viên không thuộc đối tượng trên tham gia đóng bảo hiểm xã hội tự nguyện. Chính phủ quy định cụ thể về việc đóng bảo hiểm xã hội đối với xã viên hợp tác xã;

- Chăm lo giáo dục, đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ hiểu biết của xã viên, cung cấp thông tin để mọi xã viên tích cực tham gia xây dựng hợp tác xã;

Có thể nhận thấy, tương tự như cách tiếp cận của Luật Doanh nghiệp khi quy định về quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp, Luật Hợp tác xã chỉ quy định ở mức độ nguyên tắc các quyền và nghĩa vụ của HTX. Ngoài ra, khi kinh doanh trong từng lĩnh vực cụ thể, HTX có các quyền và nghĩa vụ được quy định trong các văn bản pháp luật thuộc các lĩnh vực khác nhau như: pháp luật về đầu tư, pháp luật về lao động, pháp luật về đất đai, tài nguyên, pháp luật về thuế, pháp luật về quản lý ngoại hối, pháp luật về bảo vệ môi trường...

V — QUY CHẾ PHÁP LÝ VỀ XÃ VIÊN HỢP TÁC XÃ

1. Đối tượng có quyền tham gia HTX với tư cách xã viên

Xã viên là những người góp vốn và góp sức vào HTX. Những đối tượng có quyền tham gia HTX được pháp luật các nước quy định tùy thuộc vào điều kiện kinh tế xã hội của từng nước. Luật HTX (2003) của Việt Nam quy định các đối tượng có quyền tham gia HTX với tư cách xã viên bao gồm: cá nhân, hộ gia đình và pháp nhân. Để trở thành xã viên HTX, những đối tượng này phải đáp ứng những điều kiện nhất định theo quy định của pháp luật.

– *Xã viên HTX là cá nhân phải đáp ứng các điều kiện sau:*

+ Là công dân Việt Nam, từ đủ 18 tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;

+ Có đơn xin gia nhập hợp tác xã; tán thành Điều lệ, Nội quy, Quy chế của hợp tác xã;

+ Góp vốn theo quy định của Điều lệ hợp tác xã; góp sức dưới các hình thức trực tiếp quản lý, trực tiếp tham gia lao động sản xuất, tư vấn cung cấp kiến thức, kinh doanh và khoa học kỹ thuật cho hợp tác xã tùy thuộc vào nhu cầu của hợp tác xã.

Cá nhân đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, cá nhân đang phải chấp hành hình phạt tù, cá nhân bị tòa án tước quyền hành nghề do phạm các tội theo quy định của pháp luật và cá nhân đang trong thời gian chấp hành quyết định đưa vào cơ sở giáo dục, cơ sở chữa bệnh không được làm xã viên hợp tác xã.

Cần lưu ý, đối với cán bộ, công chức, khi tham gia HTX phải được sự đồng ý bằng văn bản của thủ trưởng cơ quan trực tiếp quản lý cán bộ, công chức và không được giữ các chức danh: Trưởng Ban quản trị và thành viên Ban quản trị; Trưởng Ban kiểm soát và thành viên Ban kiểm soát; Chủ nhiệm, Phó chủ nhiệm hợp tác xã; kế toán trưởng hoặc kế toán viên và các cán bộ chuyên môn nghiệp vụ của hợp tác xã.

– *Xã viên là hộ gia đình phải đáp ứng các điều kiện sau:*

+ Là hộ gia đình mà các thành viên trong hộ có tài sản chung để hoạt động kinh tế như: diện tích đất đang sử dụng vào sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp; những tài sản cố định khác phục vụ sản xuất, kinh doanh của hộ gia đình;

+ Hộ gia đình phải cử người đại diện bằng giấy ủy quyền. Người đại diện

của hộ phải có đủ các điều kiện như quy định đối với cá nhân tham gia HTX và theo quy định của Điều lệ hợp tác xã. Khi muốn thay đổi người đại diện, hộ gia đình phải có đơn đề nghị Ban quản trị xem xét, quyết định.

– *Xã viên là pháp nhân phải đáp ứng các điều kiện sau:*

+ Là các tổ chức, cơ quan (trừ quỹ xã hội, quỹ từ thiện) theo quy định của Bộ luật Dân sự và theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

+ Có đơn xin gia nhập hợp tác xã. Người đứng tên trong đơn phải là đại diện theo pháp luật của pháp nhân và tham gia vào hoạt động của hợp tác xã, thực hiện các nghĩa vụ của một xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã. Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có thể uỷ quyền cho cá nhân khác là người trong bộ máy lãnh đạo của pháp nhân làm đại diện tham gia hợp tác xã nếu Điều lệ hợp tác xã không quy định khác;

+ Góp vốn, góp sức theo quy định của Điều lệ hợp tác xã.

Cần lưu ý, pháp luật không cấm cơ quan nhà nước, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang nhân dân tham gia HTX với tư cách là xã viên, song các cơ quan đơn vị này bị cấm sử dụng tài sản của Nhà nước và công quỹ để góp vốn vào hợp tác xã.

2. Quyền và nghĩa vụ của xã viên hợp tác xã

Địa vị pháp lý của xã viên HTX được thể hiện thông qua các quyền và nghĩa vụ của xã viên. Với tư cách là chủ sở hữu, đồng thời là người trực tiếp góp sức lao động vào HTX, các xã viên có các quyền và nghĩa vụ theo quy định của pháp luật và Điều lệ HTX. Quyền và nghĩa vụ của xã viên thể hiện nội dung của mối quan hệ giữa các xã viên với HTX và giữa các xã viên với nhau. Theo pháp luật hiện hành, xã viên có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

– *Các quyền của xã viên:*

+ Được ưu tiên làm việc cho HTX và được trả công lao động theo quy định của Điều lệ HTX;

+ Hưởng lãi chia theo vốn góp, công sức đóng góp của xã viên và theo mức độ sử dụng dịch vụ của HTX;

+ Được HTX cung cấp các thông tin kinh tế – kỹ thuật cần thiết; được HTX tổ chức đào tạo, bồi dưỡng và nâng cao trình độ nghiệp vụ;

+ Hưởng thụ các phúc lợi xã hội chung của HTX, được HTX thực hiện các cam kết kinh tế, tham gia bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật;

+ Được khen thưởng khi có nhiều đóng góp trong việc xây dựng và phát triển HTX;

+ Dự đại hội hoặc bầu đại biểu dự đại hội, dự các cuộc họp xã viên để bàn bạc và biểu quyết các công việc của HTX;

+ Ứng cử, bầu cử vào Ban quản trị, Chủ nhiệm, Ban kiểm soát và những chức danh được bầu khác của HTX;

+ Đề đạt ý kiến với Ban quản trị, Chủ nhiệm, Ban kiểm soát của HTX và yêu cầu được trả lời; yêu cầu Ban quản trị, Chủ nhiệm, Ban kiểm soát triệu tập đại hội xã viên bất thường;

+ Chuyển vốn góp và các quyền lợi, nghĩa vụ của mình cho người khác theo quy định của Điều lệ HTX;

+ Xin ra khỏi HTX theo quy định của Điều lệ HTX;

– Được trả lại vốn góp và các quyền lợi khác khi ra khỏi HTX; trong trường hợp xã viên chết, vốn góp và các quyền lợi, nghĩa vụ khác của xã viên được giải quyết theo quy định của pháp luật về thừa kế.

– Các nghĩa vụ của xã viên:

+ Chấp hành Điều lệ, nội quy HTX, các nghị quyết của đại hội xã viên;

+ Góp vốn theo quy định của Điều lệ HTX; vốn góp có thể nhiều hơn mức tối thiểu, nhưng ở mọi thời điểm không vượt quá 30% tổng số vốn điều lệ của HTX;

+ Hợp tác giữa các xã viên với nhau, học tập nâng cao trình độ, góp phần thúc đẩy HTX phát triển;

+ Thực hiện các cam kết kinh tế với HTX, tham gia đóng bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật;

+ Trong phạm vi vốn góp của mình, cùng chịu trách nhiệm về các khoản nợ, rủi ro, thiệt hại, các khoản lỗ của HTX;

+ Bồi thường thiệt hại do mình gây ra cho HTX theo quy định của Điều lệ HTX.

3. Chấm dứt tư cách xã viên hợp tác xã

Tư cách xã viên có thể bị chấm dứt trong các trường hợp theo quy định của pháp luật hoặc do Điều lệ HTX quy định. Theo Luật Hợp tác xã (2003), tư cách xã viên chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

– Xã viên là cá nhân chết, mất tích, mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; xã viên là hộ gia đình không có người đại diện đủ điều kiện theo quy định của Điều lệ hợp tác xã; xã viên là pháp nhân bị giải thể, phá sản hoặc không có người đại diện đủ điều kiện theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

– Xã viên đã được chấp nhận ra khỏi hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

– Xã viên đã chuyển hết vốn góp và các quyền lợi, nghĩa vụ của mình cho người khác theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

– Xã viên bị đại hội xã viên khai trừ;

– Các trường hợp khác do Điều lệ hợp tác xã quy định.

Chấm dứt tư cách xã viên dẫn đến hậu quả chấm dứt mối quan hệ hợp tác giữa xã viên bị chấm dứt tư cách với HTX và với các xã viên khác. Vì vậy, cần phải có cơ chế giải quyết thỏa đáng quyền lợi và nghĩa vụ của xã viên khi chấm dứt tư cách của họ. Việc giải quyết quyền lợi và nghĩa vụ đối với xã viên trong các trường hợp chấm dứt tư cách xã viên do Điều lệ hợp tác xã quy định trên cơ sở quy định của pháp luật. Một nội dung quan trọng trong việc giải quyết quyền lợi của xã viên khi chấm dứt tư cách là trả lại vốn góp. Điều lệ HTX quy định về hình thức và thời hạn cụ thể trả lại vốn góp cho xã viên phải đảm bảo cho việc trả lại vốn góp không gây ảnh hưởng tới hoạt động bình thường của HTX và vì phạm lợi ích của xã viên. Việc trả lại vốn góp của xã viên căn cứ vào thực trạng tài chính của hợp tác xã tại thời điểm trả lại vốn sau khi hợp tác xã đã quyết toán năm và đã giải quyết xong các quyền lợi, nghĩa vụ về kinh tế của xã viên đối với hợp tác xã. Trường hợp xã viên chết thì vốn góp được giải quyết theo quy định của pháp luật về thừa kế.

VI — TỔ CHỨC VÀ QUẢN LÝ HỢP TÁC XÃ

Với những nguyên tắc tổ chức và hoạt động như đã trình bày, việc quản trị HTX có nhiều điểm khác biệt so với các hình thức tổ chức kinh doanh khác. Tính dân chủ và bình đẳng chi phối sâu sắc cơ chế tổ chức và hoạt động của HTX, theo đó tập thể xã viên có vai trò quyết định tất cả các vấn đề quan trọng liên quan tới hoạt động và phát triển của HTX; các cơ quan quản lý và kiểm soát của HTX do đại hội xã viên trực tiếp bầu ra; các xã viên có quyền ngang nhau trong việc bầu ra bộ máy quản lý HTX.

Theo quy định của Luật Hợp tác xã (2003), bộ máy tổ chức quản lý HTX

bao gồm các cơ quan: Đại hội xã viên, Ban quản trị và Ban kiểm soát. Tùy thuộc vào điều kiện cụ thể của HTX, bộ máy tổ chức quản lý có thể được tổ chức theo một trong hai mô hình: (i) Thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành; (ii) Thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành. Sự khác nhau cơ bản giữa hai mô hình này thể hiện ở vai trò, quyền hạn và nhiệm vụ của Ban quản trị và Chủ nhiệm HTX trong tổ chức quản lý HTX.

1. Đại hội xã viên

Đại hội xã viên có quyền quyết định cao nhất của hợp tác xã. Hợp tác xã có nhiều xã viên thì có thể tổ chức đại hội đại biểu xã viên; việc bầu đại biểu xã viên đi dự đại hội đại biểu xã viên do Điều lệ hợp tác xã quy định. Đại hội đại biểu xã viên và đại hội toàn thể xã viên (sau đây gọi chung là đại hội xã viên) có quyền và nhiệm vụ như nhau. Đại hội xã viên thảo luận và quyết định những vấn đề quan trọng nhất của HTX, cụ thể là:

- Quy định tiêu chuẩn xã viên khi tham gia hợp tác xã;
- Báo cáo tình hình sản xuất, kinh doanh trong năm của hợp tác xã, báo cáo hoạt động của Ban quản trị và Ban kiểm soát;
- Báo cáo công khai tài chính, dự kiến phân phối thu nhập và xử lý lỗ, các khoản nợ;
- Phương hướng, kế hoạch sản xuất, kinh doanh;
- Vốn tối thiểu; tăng, giảm vốn điều lệ; thẩm quyền và phương thức huy động vốn;
- Xác định giá trị tài sản chung của hợp tác xã;
- Phân phối lãi theo vốn góp, công sức đóng góp và mức độ sử dụng dịch vụ của các xã viên; các quỹ của hợp tác xã;
- Thành lập riêng hay không thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành hợp tác xã;
- Bầu, bãi miễn Ban quản trị, Trưởng Ban quản trị, Ban kiểm soát, Trưởng Ban kiểm soát;
- Thông qua việc kết nạp xã viên mới và cho xã viên ra khỏi hợp tác xã; quyết định khai trừ xã viên;
- Tổ chức lại, giải thể hợp tác xã;
- Sửa đổi Điều lệ, Nội quy hợp tác xã;

– Mức tiền công, tiền lương và tiền thưởng cho Trưởng Ban quản trị và các thành viên khác của Ban quản trị, Chủ nhiệm và các Phó chủ nhiệm hợp tác xã, Trưởng Ban kiểm soát, các thành viên khác của Ban kiểm soát và các chức danh khác của hợp tác xã;

– Các đối tượng được hợp tác xã đóng bảo hiểm xã hội theo chính sách bảo hiểm xã hội bắt buộc của Nhà nước;

– Những vấn đề khác do Ban quản trị, Ban kiểm soát hoặc có ít nhất một phần ba tổng số xã viên đề nghị.

Đại hội xã viên thường kỳ họp mỗi năm một lần do Ban quản trị triệu tập trong thời hạn ba tháng, kể từ ngày khoá sổ quyết toán năm. Đại hội xã viên bất thường do Ban quản trị hoặc Ban kiểm soát của hợp tác xã triệu tập để quyết định những vấn đề cần thiết vượt quá quyền hạn của Ban quản trị hoặc của Ban kiểm soát.

Cuộc họp đại hội xã viên hợp lệ khi có ít nhất hai phần ba tổng số xã viên hoặc đại biểu xã viên tham dự. Quyết định của đại hội xã viên về sửa đổi Điều lệ, tổ chức lại, giải thể hợp tác xã được thông qua khi có ít nhất ba phần tư tổng số xã viên hoặc đại biểu xã viên có mặt tại đại hội biểu quyết tán thành. Các quyết định về những vấn đề khác được thông qua khi có quá một phần hai tổng số đại biểu có mặt tại đại hội biểu quyết tán thành. Việc biểu quyết tại đại hội xã viên và các hội nghị xã viên không phụ thuộc vào số vốn góp hay chức vụ của xã viên trong hợp tác xã. Mỗi xã viên hoặc đại biểu xã viên chỉ có một phiếu biểu quyết.

2. Ban quản trị hợp tác xã

Ban quản trị hợp tác xã là bộ máy quản lý hợp tác xã. Thành phần Ban quản trị gồm Trưởng Ban quản trị và các thành viên khác. Nhiệm kỳ của Ban quản trị hợp tác xã do Điều lệ hợp tác xã quy định nhưng tối thiểu là hai năm và tối đa không quá năm năm.

Thành viên Ban quản trị hợp tác xã phải có các tiêu chuẩn sau:

– Là xã viên, có phẩm chất đạo đức tốt, có trình độ, năng lực quản lý hợp tác xã;

– Không đồng thời là thành viên Ban kiểm soát, kế toán trưởng, thủ quỹ của hợp tác xã và không phải là cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh, chị, em ruột của họ; các tiêu chuẩn và điều kiện khác do Điều lệ hợp tác xã quy định.

Quyền hạn và nhiệm vụ của Ban quản trị có sự khác nhau tùy thuộc vào mô

hình bộ máy tổ chức quản lý của HTX⁴⁵. Đối với hợp tác xã thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành, chủ nhiệm HTX là đại diện theo pháp luật của HTX và phải là xã viên của HTX. Đối với HTX thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành, người đại diện theo pháp luật của HTX là trưởng Ban quản trị; chủ nhiệm HTX trong trường hợp này có thể được Ban quản trị thuê thông qua hợp đồng và không bắt buộc phải là xã viên HTX.

Ban quản trị hợp tác xã họp ít nhất mỗi tháng một lần do Trưởng Ban quản trị hoặc thành viên Ban quản trị được uỷ quyền triệu tập và chủ trì. Ban quản trị hợp tác xã họp bất thường khi có một phần ba thành viên Ban quản trị hoặc Trưởng Ban quản trị, Trưởng Ban kiểm soát, Chủ nhiệm hợp tác xã yêu cầu. Cuộc họp của Ban quản trị hợp tác xã họp lệ khi có ít nhất hai phần ba số thành viên Ban quản trị tham dự. Ban quản trị hợp tác xã hoạt động theo nguyên tắc tập thể và quyết định theo đa số. Trong trường hợp biểu quyết mà số phiếu tán thành và không tán thành ngang nhau thì số phiếu biểu quyết của bên có người chủ trì cuộc họp là số phiếu quyết định.

3. Ban kiểm soát của hợp tác xã

Với đặc điểm về cơ cấu thành viên có sự tham gia đông đảo của các cá nhân, tổ chức, việc kiểm tra, giám sát là một công tác quan trọng trong tổ chức hoạt động của HTX. Công tác kiểm tra, giám sát giúp tập thể xã viên theo dõi, nắm bắt được thực trạng hoạt động của HTX, kiểm soát việc chấp hành Điều lệ HTX và nghị quyết của Đại hội xã viên; đánh giá được hiệu quả hoạt động của bộ máy quản lý, điều hành HTX.

Theo Luật Hợp tác xã (2003), Ban kiểm soát là bộ máy giám sát và kiểm tra mọi hoạt động của hợp tác xã theo đúng pháp luật và Điều lệ hợp tác xã. Ban kiểm soát do đại hội xã viên bầu trực tiếp theo nhiệm kỳ của Ban quản trị. Số lượng thành viên Ban kiểm soát do Điều lệ HTX quy định. Tuy không có định lượng cụ thể, nhưng Luật Hợp tác xã quy định những HTX có ít xã viên có thể chỉ bầu một kiểm soát viên để thực hiện một nhiệm vụ của Ban kiểm soát.

Tiêu chuẩn thành viên Ban kiểm soát như tiêu chuẩn thành viên Ban quản trị. Thành viên Ban kiểm soát không được đồng thời là thành viên Ban quản trị, kế toán trưởng, thủ quỹ của hợp tác xã và không phải là cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh, chị, em ruột của họ.

⁴⁵ Xem Điều 27, Điều 28, Luật Hợp tác xã (2003).

Ban kiểm soát bầu một trưởng ban để điều hành các công việc của Ban. Quyền hạn và nhiệm vụ của Ban kiểm soát được quy định tại Điều 30, Luật Hợp tác xã (2003) và có thể được cụ thể hóa trong Điều lệ của HTX.

VII — TÀI SẢN VÀ TÀI CHÍNH CỦA HỢP TÁC XÃ

1. Tài sản của hợp tác xã

Chế độ pháp lý về tài sản và tài chính trong hợp tác xã được pháp luật quy định phù hợp với các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của HTX. Theo Luật Hợp tác xã (2003), tài sản thuộc sở hữu của hợp tác xã được hình thành từ vốn hoạt động của hợp tác xã. Vốn hoạt động của HTX được hình thành từ các nguồn: vốn góp của xã viên, vốn tích lũy thuộc sở hữu của HTX và các nguồn vốn hợp pháp khác. Ngoài ra, trong hợp tác xã có thể một bộ phận tài sản chung, bao gồm các công trình phục vụ sản xuất, công trình phúc lợi văn hoá, xã hội, kết cấu hạ tầng phục vụ chung cho cộng đồng dân cư được hình thành từ quỹ phát triển sản xuất, quỹ phúc lợi của hợp tác xã, các nguồn vốn do Nhà nước trợ cấp, quà biếu, tặng của tổ chức, cá nhân trong nước và ngoài nước.

a) Vốn góp của xã viên

Như đã trình bày, góp vốn là nghĩa vụ cơ bản của tất cả xã viên. Khi gia nhập HTX, mỗi xã viên phải góp một phần vốn vào vốn điều lệ của HTX. Xét về bản chất, hành vi góp vốn của xã viên HTX không có sự khác biệt so với việc góp vốn của thành viên công ty. Tuy nhiên, với tính chất của HTX, mức vốn góp của mỗi xã viên vào HTX bị giới hạn mức tối thiểu và mức tối đa. Mức vốn góp tối thiểu của xã viên do điều lệ HTX quy định. Việc quy định mức vốn góp tối thiểu cần căn cứ vào các yếu tố như: lĩnh vực hoạt động, quy mô kinh doanh của HTX; số lượng xã viên tham gia, điều kiện kinh tế của đa số xã viên... Mỗi HTX cần quy định mức vốn tối thiểu ở mức hợp lý để những người lao động ít vốn, những người nghèo có thể góp vốn và trở thành xã viên HTX. Mức vốn góp tối đa của mỗi xã viên tại mọi thời điểm không vượt quá 30% vốn điều lệ của HTX. Tùy theo loại hình và đặc điểm của từng HTX, Điều lệ HTX có thể quy định xã viên góp vốn bằng tiền hoặc bằng hiện vật, hoặc có thể vừa góp vốn bằng tiền, vừa góp vốn bằng hiện vật. Xã viên có thể góp vốn một lần ngay khi tham gia HTX hoặc góp nhiều lần theo lịch trình và thời hạn quy định trong Điều lệ HTX.

b) Các nguồn vốn huy động của hợp tác xã

Với tư cách là một tổ chức kinh tế, HTX có thể huy động vốn từ các nguồn khác nhau như:

– Vay vốn của ngân hàng và các tổ chức, cá nhân khác theo hợp đồng phù hợp với quy định của pháp luật;

– Huy động bổ sung vốn góp của xã viên theo quyết định của đại hội xã viên. HTX có thể huy động thêm số vốn của xã viên theo các hình thức khác nhau như: điều chỉnh tăng mức vốn góp tối thiểu; vận động các xã viên có điều kiện góp thêm vốn;

– Nhận và sử dụng vốn, trợ cấp của Nhà nước, của các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước do các bên thoả thuận và theo quy định của pháp luật;

– Huy động bằng các nguồn khác theo quy định của pháp luật;

Như vậy, so với các loại hình công ty TNHH và công ty cổ phần, khả năng huy động vốn của HTX bị hạn chế hơn ở chỗ, HTX không được pháp luật ghi nhận quyền phát hành các loại chứng khoán.

c) Các loại quỹ của hợp tác xã

Trong quá trình hoạt động, HTX có thể trích lập các loại quỹ khác nhau nhằm mở rộng hoạt động kinh doanh, cải thiện điều kiện sống và làm việc của các xã viên. Theo quy định của Luật Hợp tác xã, hợp tác xã phải lập quỹ phát triển sản xuất và quỹ dự phòng theo hướng dẫn của Chính phủ; các quỹ khác do Điều lệ hợp tác xã và đại hội xã viên quy định phù hợp với điều kiện cụ thể của từng hợp tác xã. Tỷ lệ cụ thể trích lập các quỹ, mục đích, phương thức quản lý và sử dụng các quỹ của hợp tác xã do đại hội xã viên quyết định.

2. Phân phối lãi và xử lý lỗ trong hợp tác xã

Việc phân phối lãi trong HTX phải đảm bảo giải quyết hài hòa lợi ích của xã viên và lợi ích của tập thể. Theo quy định hiện hành, sau khi đã làm xong nghĩa vụ nộp thuế cho Nhà nước, lãi của HTX được phân phối như sau:

– Trả bù các khoản lỗ của năm trước (nếu có);

– Trích lập các quỹ của HTX theo quy định của pháp luật và Điều lệ HTX;

– Chia lãi theo vốn góp và công sức đóng góp của xã viên; phần còn lại chia cho xã viên theo mức độ sử dụng dịch vụ của HTX.

Mức độ sử dụng dịch vụ của HTX là tỷ lệ giá trị dịch vụ mà HTX cung ứng cho từng xã viên trong tổng số giá trị dịch vụ của HTX cung ứng cho toàn bộ xã viên của HTX. Trong nền kinh tế thị trường, nhiều HTX hoạt động chủ yếu là cung cấp hàng hóa, dịch vụ cho xã viên. Khi HTX cung ứng

hàng hóa, dịch vụ cho xã viên thì xã viên phải trả tiền cho HTX. Đây là biện pháp quan trọng đảm bảo đầu ra cho hàng hóa, dịch vụ của HTX, tăng lợi nhuận của HTX. Việc xã viên được chia thêm lãi theo mức độ sử dụng dịch vụ của HTX một mặt khuyến khích xã viên sử dụng nhiều dịch vụ của HTX, mặt khác đòi hỏi HTX phải thường xuyên nâng cao chất lượng dịch vụ cung cấp cho xã viên, qua đó thúc đẩy HTX phát triển.

Việc xử lý lỗ của HTX được thực hiện theo nguyên tắc: lỗ phát sinh trong năm của hợp tác xã được trừ vào khoản thu từ tiền đền bù, bồi thường của cá nhân, tổ chức có liên quan; nếu chưa đủ thì bù đắp bằng quỹ dự phòng; nếu vẫn chưa đủ thì số lỗ còn lại được chuyển sang năm sau theo quy định của pháp luật về thuế.

VIII — TỔ CHỨC LẠI VÀ GIẢI THỂ HỢP TÁC XÃ

Tương tự như các doanh nghiệp, HTX có thể được tổ chức lại trong quá trình hoạt động để phù hợp với điều kiện của môi trường kinh doanh và nguyện vọng của các nhà đầu tư. Theo quy định hiện hành, HTX có thể được tổ chức lại theo các hình thức: chia, tách, hợp nhất và sáp nhập. Việc tổ chức lại HTX do Đại hội xã viên quyết định.

1. Chia, tách HTX

Chia, tách HTX có bản chất của chia, tách pháp nhân nói chung ⁴⁶. Khi chia, tách hợp tác xã, Ban quản trị của hợp tác xã dự định chia, tách phải thực hiện các công việc sau:

- Thành lập Hội đồng để giải quyết việc chia, tách hợp tác xã. Hội đồng có nhiệm vụ bàn bạc, hiệp thương để thống nhất giải quyết các vấn đề liên quan đến việc chia, tách hợp tác xã; lập hồ sơ xin chia, tách hợp tác xã; hình thành bộ máy quản lý, điều hành của hợp tác xã mới;

- Xây dựng phương án xử lý tài sản, vốn, quỹ, tổ chức, nhân sự, xã viên và lao động (gồm cả chi nhánh, văn phòng đại diện, doanh nghiệp trực thuộc của hợp tác xã) khi chia, tách; xây dựng phương hướng sản xuất, kinh doanh; dự thảo Điều lệ hợp tác xã mới; các quyền, lợi ích, trách nhiệm và nghĩa vụ của các hợp tác xã sau chia, tách;

- Triệu tập đại hội xã viên để quyết định phương án xử lý tài sản, vốn, quỹ, tổ chức, nhân sự, xã viên và lao động; quyết định phương hướng sản xuất, kinh doanh; dự thảo Điều lệ hợp tác xã mới; các quyền, lợi ích, trách

⁴⁶ Xem Điều 96, Điều 97, Bộ luật Dân sự năm 2005.

nhiệm và nghĩa vụ của các hợp tác xã sau chia, tách và quyết định những vấn đề cần thiết khác để thực hiện đăng ký kinh doanh các HTX mới được thành lập do chia, tách;

- Thông báo bằng văn bản cho các chủ nợ, các tổ chức và cá nhân có quan hệ kinh tế với hợp tác xã về quyết định chia, tách và giải quyết các vấn đề kinh tế có liên quan đến họ;

- Gửi hồ sơ đăng ký kinh doanh của hợp tác xã chia, tách đến cơ quan đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh kèm theo nghị quyết của đại hội xã viên về việc chia, tách hợp tác xã; phương án giải quyết các vấn đề liên quan đến việc chia, tách đã thảo luận với các chủ nợ, tổ chức, cá nhân có quan hệ kinh tế với hợp tác xã.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ chia, tách, cơ quan đăng ký kinh doanh đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh ra thông báo bằng văn bản chấp thuận hoặc không chấp thuận việc chia, tách hợp tác xã. Trường hợp không đồng ý với quyết định không chấp thuận việc chia, tách thì hợp tác xã có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại tòa án theo quy định của pháp luật.

2. Hợp nhất, sáp nhập HTX

Hợp nhất và sáp nhập HTX có bản chất của hợp nhất và sáp nhập pháp nhân nói chung ⁴⁷. Việc hợp nhất hợp tác xã được thực hiện theo những quy định cơ bản sau:

- Ban quản trị các hợp tác xã bị hợp nhất phải cùng nhau thành lập Hội đồng hợp nhất để dự kiến tên, trụ sở của hợp tác xã hợp nhất; thủ tục và điều kiện hợp nhất; phương án xử lý tài sản, vốn, các khoản nợ, xã viên, lao động và những vấn đề tồn đọng của các hợp tác xã bị hợp nhất sang hợp tác xã hợp nhất; dự thảo phương án sản xuất, kinh doanh và Điều lệ của hợp tác xã hợp nhất;

- Tổ chức đại hội xã viên của hợp tác xã hợp nhất để quyết định việc hợp nhất và thông qua các vấn đề liên quan đến HTX hợp nhất;

- Lập hồ sơ đăng ký kinh doanh của hợp tác xã hợp nhất và gửi đến cơ quan đăng ký kinh doanh;

Thông báo bằng văn bản cho các chủ nợ, các tổ chức và cá nhân có quan hệ kinh tế với hợp tác xã về quyết định hợp nhất và phương thức giải quyết các mối quan hệ kinh tế có liên quan đến họ;

⁴⁷ Xem Điều 94, Điều 95, Bộ luật Dân sự năm 2005.

- Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp nhất, cơ quan đăng ký kinh doanh phải ra thông báo bằng văn bản chấp thuận hay không chấp thuận việc hợp nhất và cấp đăng ký kinh doanh cho hợp tác xã hợp nhất. Trường hợp không đồng ý với quyết định của cơ quan đăng ký kinh doanh, hợp tác xã có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại toà án theo quy định của pháp luật;

- Sau khi đăng ký kinh doanh, hợp tác xã hợp nhất có quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các hợp tác xã bị hợp nhất.

Việc sáp nhập hợp tác xã được thực hiện theo những quy định cơ bản sau:

- Ban quản trị các hợp tác xã sáp nhập và bị sáp nhập phải cùng nhau thành lập Hội đồng sáp nhập để dự kiến thủ tục và điều kiện sáp nhập, phương án xử lý tài sản, vốn, các khoản nợ, xã viên, lao động và những vấn đề tồn đọng của hợp tác xã bị sáp nhập; dự thảo phương án sản xuất, kinh doanh và Điều lệ hợp tác xã sáp nhập;

- Tổ chức đại hội xã viên bao gồm các xã viên của hợp tác xã sáp nhập và xã viên của hợp tác xã bị sáp nhập để quyết định các vấn đề liên quan đến việc sáp nhập HTX;

- Thông báo bằng văn bản cho các chủ nợ, các tổ chức và cá nhân có quan hệ kinh tế với hợp tác xã về quyết định sáp nhập và phương thức giải quyết các mối quan hệ kinh tế có liên quan đến họ;

- Gửi đơn, biên bản sáp nhập và Điều lệ hợp tác xã đến cơ quan đăng ký kinh doanh để bổ sung hồ sơ hợp tác xã sáp nhập. Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ sáp nhập, cơ quan đăng ký kinh doanh phải ra thông báo bằng văn bản chấp thuận hay không chấp thuận việc sáp nhập. Trường hợp không đồng ý với quyết định của cơ quan đăng ký kinh doanh, hợp tác xã có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại toà án theo quy định của pháp luật;

- Sau khi bổ sung hồ sơ đăng ký kinh doanh, hợp tác xã sáp nhập có quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các hợp tác xã bị sáp nhập.

3. Giải thể hợp tác xã

Giải thể HTX là một trong những thủ tục pháp lý chấm dứt tồn tại của

HTX. Hậu quả pháp lý của giải thể là HTX bị xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh. Hợp tác xã có thể tự nguyện giải thể hoặc bị buộc phải giải thể theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi có những căn cứ do pháp luật quy định.

a) Giải thể tự nguyện

Việc giải thể tự nguyện do đại hội xã viên quyết định. Khi giải thể tự nguyện, HTX phải gửi đơn xin giải thể kèm theo nghị quyết của Đại hội xã viên đến cơ quan đăng ký kinh doanh đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hợp tác xã, đồng thời đăng báo địa phương nơi hợp tác xã hoạt động trong ba số liên tiếp về việc xin giải thể và thời hạn thanh toán nợ, thanh lý các hợp đồng. Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn thanh toán nợ và thanh lý các hợp đồng, cơ quan đăng ký kinh doanh nhận đơn phải ra thông báo chấp thuận hoặc không chấp thuận việc xin giải thể của hợp tác xã. Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận được thông báo chấp thuận việc xin giải thể của cơ quan đăng ký kinh doanh, hợp tác xã phải xử lý vốn, tài sản của HTX, thanh toán các khoản chi phí cho việc giải thể, trả vốn góp và giải quyết các quyền lợi cho xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

b) Giải thể bắt buộc

HTX có thể bị buộc phải giải thể theo quyết định bắt buộc của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Theo quy định hiện hành, Ủy ban nhân dân nơi cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh có quyền quyết định buộc giải thể đối với hợp tác xã khi có một trong các căn cứ sau đây:

- Sau thời hạn mười hai tháng, kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mà hợp tác xã không tiến hành hoạt động;
- Hợp tác xã ngừng hoạt động trong mười hai tháng liên;
- Trong thời hạn mười tám tháng liên, hợp tác xã không tổ chức được đại hội xã viên thường kỳ mà không có lý do chính đáng;
- Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật.

Trong trường hợp giải thể bắt buộc, Ủy ban nhân dân ra quyết định giải thể lập hội đồng giải thể và chỉ định Chủ tịch hội đồng để tổ chức việc giải thể hợp tác xã. Hội đồng giải thể hợp tác xã phải đăng báo địa phương nơi hợp tác xã hoạt động trong ba số liên tiếp về quyết định giải thể hợp tác xã; thông báo trình tự, thủ tục, thời hạn thanh toán nợ, thanh lý hợp đồng, xử lý

vốn, tài sản của HTX, trả vốn góp và giải quyết các quyền lợi khác có liên quan của xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã. Thời hạn thanh toán nợ, thanh lý các hợp đồng tối đa là một trăm tám mươi ngày, kể từ ngày đăng báo lần thứ nhất;

Kể từ ngày hợp tác xã nhận được thông báo giải thể, cơ quan đăng ký kinh doanh đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh phải thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và xoá tên hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh; hợp tác xã phải nộp ngay con dấu cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trong trường hợp không đồng ý với quyết định của Uỷ ban nhân dân về việc giải thể hợp tác xã thì hợp tác xã có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại toà án theo quy định của pháp luật.

Chịu trách nhiệm xuất bản:

Chủ tịch HĐQT kiêm Tổng Giám đốc **NGÔ TRẦN ÁI**
Phó Tổng Giám đốc kiêm Tổng biên tập **NGUYỄN QUÝ THAO**

Tổ chức bản thảo và chịu trách nhiệm nội dung:

Chủ tịch HĐQT kiêm Giám đốc Công ty CP Sách ĐH – DN
TRẦN NHẬT TÂN

Biên tập nội dung và sửa bản in

VŨ BÁ SƠN

Trình bày bìa:

ĐINH XUÂN DŨNG

Thiết kế sách và chế bản:

VŨ BÁ LỘC

GIÁO TRÌNH LUẬT THƯƠNG MẠI – TẬP MỘT

Mã số : 7L215Y8 – DAI

In 1.500 cuốn (QĐ : 44), khổ 16 x 24cm. In tại Xí nghiệp in - NXB Lao động xã hội.

Địa chỉ : Ngõ Hoà Bình 4, phố Minh Khai, Hai Bà Trưng, Hà Nội.

Số ĐKKH xuất bản : 695 – 2008/CXB/4 – 1307/GD.

In xong và nộp lưu chiểu tháng 9 năm 2008.



CÔNG TY CỔ PHẦN SÁCH ĐẠI HỌC - DẠY NGHỀ
HEVOBCO

25 HÀN THUYỀN – HÀ NỘI

Website : www.hevobco.com.vn

TÌM ĐỌC SÁCH GIÁO TRÌNH LUẬT HỌC CỦA NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC

(Bộ sách giáo trình dùng cho các trường đào tạo hệ Đại học và Sau đại học)

- | | |
|--|--------------------------|
| 1. Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật | PGS. TS. Nguyễn Văn Động |
| 2. Giáo trình Luật Thương mại – tập một | TS. Bùi Ngọc Cường |
| 3. Giáo trình Luật Thương mại – tập hai | TS. Bùi Ngọc Cường |
| 4. Giáo trình Luật Chứng Khoán | TS. Nguyễn Văn Tuyển |
| 5. Giáo trình Luật Đầu tư | TS. Lê Đình Vinh |
| 6. Giáo Trình Luật Dân sự – tập một | TS. Phùng Trung Tập |

Bạn đọc có thể mua tại các Công ty Sách - Thiết bị trường học ở các địa phương hoặc các Cửa hàng của Nhà xuất bản Giáo dục :

Tại Hà Nội : 25 Hàn Thuyên ; 187B Giảng Võ ; 232 Tây Sơn ; 23 Tràng Tiền ;

Tại Đà Nẵng : Số 15 Nguyễn Chí Thanh ; Số 62 Nguyễn Chí Thanh ;

Tại Thành phố Hồ Chí Minh : Cửa hàng 451B - 453, Hai Bà Trưng – Quận 3 ;
240 Trần Bình Trọng – Quận 5.

Tại Thành phố Cần Thơ : Số 5/5, đường 30/4 ;

Website : www.hxbgd.com.vn



Giá: 19.500 đ