



BỘ TƯ PHÁP



TRUNG TÂM TƯ VẤN PHÁP LUẬT
VÀ BỒI DƯỠNG NGHIỆP VỤ

gtz



CẨM NANG PHÁP LUẬT KINH DOANH

Dành cho Doanh nghiệp Nhỏ và Vừa

**TẬP I: Những vấn đề cơ bản
về pháp luật kinh doanh**



BỘ TƯ PHÁP



TRUNG TÂM TƯ VẤN PHÁP LUẬT
VÀ BỒI DƯỠNG NGHIỆP VỤ

gtz

CẨM NANG PHÁP LUẬT KINH DOANH

DÀNH CHO DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA

TẬP I

NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ PHÁP LUẬT KINH DOANH

Chủ Biên:

PGS, TS. Dương Đăng Huệ

Ths. Nguyễn Thanh Tịnh

Tham gia biên soạn:

1. TS. Nguyễn Am Hiểu
2. TS. Hoàng Thuý Hằng
3. TS. Nguyễn Văn Luật
4. Luật gia Nguyễn Trọng Nghĩa
5. Luật gia Phạm Duy Hiền
6. Luật gia Nguyễn Thị Mai
7. Luật gia Cao Đăng Vinh
8. Luật gia Chu Thu Hiền
9. Ths. Nguyễn Chi Lan
10. Luật gia Lương Đức Tuấn
11. Luật gia Lê Đại Hải
12. Luật gia Trần Minh Sơn
13. Luật gia Nguyễn Cảnh Thăng
14. Luật gia Vũ Đức Dũng

Lời Giới thiệu

Cuốn sách này do Vụ Pháp luật Dân sự - Kinh tế, Bộ Tư pháp biên soạn với sự hỗ trợ kỹ thuật của Chương trình phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa (Dự án GTZ của Cộng hoà Liên bang Đức) và Trung tâm Tư vấn pháp luật và Bồi dưỡng nghiệp vụ thuộc Câu lạc bộ Pháp chế doanh nghiệp, Bộ Tư pháp.

Mục đích của cuốn cẩm nang là nhằm cung cấp cho độc giả, nhất là người quản lý doanh nghiệp nhỏ và vừa những kiến thức cơ bản về pháp luật kinh doanh, qua đó, góp phần hỗ trợ các doanh nghiệp thực hiện pháp luật trong hoạt động sản xuất, kinh doanh của mình.

Chúng tôi rất mong nhận được sự đóng góp của độc giả để việc xuất bản các ấn phẩm tiếp theo được hoàn thiện hơn.

Cuốn sách này dành cho đối tượng nào?

Trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN và hội nhập kinh tế quốc tế, doanh nghiệp có vị trí đặc biệt quan trọng. Sự phát triển của doanh nghiệp có ý nghĩa quyết định trong việc thực hiện các mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Để tạo lập một môi trường kinh doanh, đầu tư phù hợp, thuận lợi cho doanh nghiệp, trong 20 năm qua, Nhà nước ta đã xây dựng và ban hành một hệ thống pháp luật điều chỉnh quan hệ kinh doanh, thương mại phù hợp với cơ chế mới.

Pháp luật là công cụ quản lý nhà nước, quản lý kinh tế, xã hội, do đó, doanh nghiệp có trách nhiệm tuân thủ, chấp hành nghiêm chỉnh pháp luật. Đồng thời, pháp luật còn có vai trò là công cụ phục vụ hoạt động của doanh nghiệp, do đó, doanh nghiệp có thể chủ động sử dụng, vận dụng pháp luật, bảo đảm phục vụ hoạt động kinh doanh của mình hiệu quả và phòng tránh rủi ro.

Việc nắm bắt những kiến thức cơ bản về pháp luật kinh doanh và tạo lập ý thức pháp luật là yêu cầu cấp thiết đối với doanh nghiệp, nhất là doanh nghiệp nhỏ và vừa trong điều kiện cạnh tranh ngày càng khốc liệt và môi trường hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay.

Trong bối cảnh như vậy, việc xây dựng “Cẩm nang pháp luật kinh doanh” nhằm giới thiệu những vấn đề cơ bản về pháp luật kinh doanh, về những hạn chế, bất cập trong việc thực hiện pháp luật cho các doanh nghiệp, nhất là các doanh nghiệp nhỏ và vừa để qua đó, doanh nghiệp có thể trang bị cho mình những kiến thức pháp luật cơ bản mà doanh nghiệp cần biết trong hoạt động sản xuất, kinh doanh. Với mục tiêu đó, cuốn sách này sẽ là tài liệu hữu dụng cho người quản lý doanh nghiệp, nhất là doanh nghiệp nhỏ và vừa, sinh viên không chuyên luật và người khởi sự doanh nghiệp.

A. BỐI CẢNH

Thực hiện chiến lược phát triển kinh tế-xã hội, trong thời gian vừa qua, doanh nghiệp được củng cố, đổi mới với nhiều loại hình, hoạt động mạnh trên các lĩnh vực kinh tế của đất nước. Trên phương diện pháp lý, các đạo luật về doanh nghiệp, hợp tác xã và khuyến khích đầu tư được ban hành và hoàn thiện đã thúc đẩy sự phát triển mạnh mẽ của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, hoạt động của doanh nghiệp còn nhiều tồn tại. Chỉ thị số 27/2003/CT-TTg ngày 11 tháng 12 năm 2003 của Thủ tướng Chính phủ về tiếp tục đẩy mạnh thực hiện Luật Doanh nghiệp, khuyến khích phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa đã nêu rõ: “Về phía doanh nghiệp, trình độ hiểu biết luật pháp và ý thức chấp hành pháp luật của một bộ phận chủ sở hữu và người quản lý chưa cao; một số doanh nghiệp còn làm ăn không trung thực, cố tình vi phạm quy định pháp luật; quản trị nội bộ doanh nghiệp còn yếu, chưa minh bạch;...”. Thực trạng này, dẫn tới hệ quả là nhiều doanh nghiệp gặp rủi ro trong hoạt động sản xuất - kinh doanh do không hiểu biết hoặc không tuân thủ pháp luật. Để khắc phục tình trạng này, đòi hỏi phải có giải pháp thích hợp để nâng

cao nhận thức và hành động của các cơ quan nhà nước, cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp và hiệp hội doanh nghiệp trong thực hiện pháp luật.

Trong bối cảnh đó, nhằm giúp các doanh nghiệp, cá nhân, tổ chức nắm bắt những vấn đề cơ bản về pháp luật kinh doanh, theo sáng kiến của Chương trình phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa, Vụ Pháp luật Dân sự - Kinh tế, Bộ Tư pháp phối hợp với Trung tâm Tư vấn pháp luật và Bồi dưỡng nghiệp vụ thuộc Câu lạc bộ Pháp chế doanh nghiệp đã tiến hành nghiên cứu và biên soạn cuốn cẩm nang pháp luật kinh doanh dưới sự hỗ trợ kỹ thuật của Chương trình phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa (GTZ) - Bộ Kế hoạch và Đầu tư.

B. MỤC ĐÍCH

Mục đích của cuốn cẩm nang là nhằm cung cấp cho độc giả, nhất là người quản lý doanh nghiệp nhỏ và vừa những kiến thức cơ bản về pháp luật kinh doanh, qua đó, góp phần hỗ trợ các doanh nghiệp thực hiện pháp luật phục vụ hoạt động sản xuất, kinh doanh của mình có hiệu quả.

C. CƠ CẤU

Chương I. Những vấn đề chung

Giới thiệu chung về vai trò của pháp luật kinh doanh; hệ thống pháp luật kinh doanh hiện hành của Việt Nam; hội nhập kinh tế quốc tế và vấn đề thực hiện pháp luật của doanh nghiệp; biện pháp tăng cường năng lực thực hiện pháp luật của doanh nghiệp.

Chương II. Các vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Trình bày các nội dung cơ bản của pháp luật kinh doanh để giúp độc giả nắm được kiến thức về các loại hình tổ chức kinh doanh ở Việt Nam; quyền và nghĩa vụ cơ bản của các tổ chức kinh doanh và pháp luật phục vụ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Cụ thể như sau:

- Một số vấn đề pháp luật về hợp đồng tại Việt Nam hiện nay.
- Pháp luật lao động và hợp đồng lao động.
- Pháp luật về đất đai và vấn đề tiếp cận mặt bằng sản xuất kinh doanh đối với doanh nghiệp.
- Pháp luật về ngân hàng, tín dụng và vấn đề tiếp cận vốn vay của doanh nghiệp.
- Pháp luật về xúc tiến thương mại.
- Pháp luật cạnh tranh.
- Chính sách thuế đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu.
- Tài chính doanh nghiệp và vấn đề kế toán, kiểm toán đối với doanh nghiệp.
- Pháp luật về bảo vệ môi trường trong kinh doanh.
- Các hình thức giải quyết tranh chấp kinh doanh: Trọng tài và giải quyết tranh chấp bằng trọng tài; giải quyết tranh chấp hợp đồng trong hoạt động kinh doanh bằng toà án tại Việt Nam.
- Giải thể và phá sản doanh nghiệp.

Mục lục

CHƯƠNG I: NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG	11
I. VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT TRONG KINH DOANH	11
II. PHÁP LUẬT KINH DOANH HIỆN HÀNH TẠI VIỆT NAM	13
III. THỰC TRẠNG VIỆC THI HÀNH PHÁP LUẬT CỦA DOANH NGHIỆP	21
IV. HỘI NHẬP KINH TẾ QUỐC TẾ VÀ VẤN ĐỀ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT CỦA DOANH NGHIỆP	28
V. MỘT SỐ BIỆN PHÁP GIÚP DOANH NGHIỆP TĂNG CƯỜNG NĂNG LỰC THỰC HIỆN PHÁP LUẬT	31
CHƯƠNG II: CÁC VẤN ĐỀ PHÁP LUẬT KINH DOANH CƠ BẢN	35
I. CÁC LOẠI HÌNH TỔ CHỨC KINH DOANH Ở VIỆT NAM	35
1. Công ty Nhà nước	35
2. Công ty Cổ phần	37
3. Công ty Trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	41
4. Công ty Trách nhiệm hữu hạn một thành viên	43
5. Công ty hợp danh	46
6. Doanh nghiệp tư nhân	48
7. Hợp tác xã	50
8. Hộ kinh doanh	54
II. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CƠ BẢN CỦA CÁC TỔ CHỨC KINH DOANH	56
1. Quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước	56
2. Quyền và nghĩa vụ của các loại hình doanh nghiệp	61
3. Quyền và nghĩa vụ của Hợp tác xã	64

III. PHÁP LUẬT PHỤC VỤ HOẠT ĐỘNG KINH DOANH	
CỦA DOANH NGHIỆP	65
1. Một số vấn đề pháp luật về hợp đồng tại Việt Nam hiện nay	65
1.1. Một số vấn đề cụ thể về hợp đồng	66
1.2. Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự	78
1.3. Hợp đồng dân sự thông dụng	81
2. Pháp luật lao động và hợp đồng lao động	81
2.1. Pháp luật lao động	81
2.2. Về hợp đồng lao động	82
3. Pháp luật về đất đai và vấn đề tiếp cận mặt bằng sản xuất kinh doanh đối với doanh nghiệp	103
3.1. Chính sách đổi mới của pháp luật đất đai	103
3.2. Vấn đề tiếp cận mặt bằng sản xuất kinh doanh đối với doanh nghiệp	116
4. Pháp luật về ngân hàng, tín dụng và vấn đề tiếp cận vốn vay của doanh nghiệp	122
4.1. Tổng quan về hệ thống các tổ chức tín dụng tại Việt Nam	122
4.2. Quy định của pháp luật về hoạt động tín dụng của ngân hàng	124
4.3. Những vấn đề các doanh nghiệp cần quan tâm khi tiếp cận vốn vay của các tổ chức tín dụng Việt Nam	139
5. Pháp luật về xúc tiến thương mại	141
5.1. Hoạt động khuyến mại	143
5.2. Quảng cáo thương mại	147

Mục lục

5.3.	Trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ	147
5.4.	Hội chợ, triển lãm thương mại	148
6.	Pháp luật cạnh tranh	148
6.1.	Hành vi hạn chế cạnh tranh	149
6.2.	Nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan quản lý cạnh tranh	155
6.3.	Trình tự, thủ tục giải quyết vụ việc cạnh tranh	156
6.4.	Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh	160
7.	Chính sách thuế đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu	161
7.1.	Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu	161
7.2.	Thuế giá trị gia tăng	172
7.3.	Thuế tiêu thụ đặc biệt	174
7.4.	Thu chênh lệch giá (phụ thu)	175
8.	Tài chính doanh nghiệp và vấn đề kế toán, kiểm toán đối với doanh nghiệp	176
8.1.	Kế toán - Kiểm toán	176
8.2.	Tài chính doanh nghiệp	182
9.	Pháp luật về bảo vệ môi trường trong kinh doanh	189
9.1.	Mối quan hệ giữa phát triển kinh tế với vấn đề bảo vệ môi trường	189
9.2.	Chính sách, pháp luật của nhà nước Việt Nam, pháp luật quốc tế về môi trường	191
9.3.	Một số vấn đề chung về pháp luật môi trường liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp	196
10.	Các hình thức giải quyết tranh chấp kinh doanh	198
10.1.	Trọng tài và giải quyết tranh chấp bằng trọng tài	198

10.1.1. Tố tụng trọng tài và một số vấn đề cần lưu ý khi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Việt Nam	201
10.1.2. Một số điểm cần lưu ý khi giải quyết tranh chấp trong ngoại thương bằng Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam	203
10.2. Giải quyết tranh chấp hợp đồng trong hoạt động kinh doanh bằng toà án tại Việt Nam	205
10.2.1. Khái quát về tranh chấp hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng	205
10.2.2. Toà án - Một hình thức giải quyết tranh chấp hợp đồng quan trọng ở Việt Nam	207
10.2.3. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp hợp đồng của toà án	208
10.2.4. Thời hiệu khởi kiện tranh chấp hợp đồng	213
10.2.5. Những người tham gia tố tụng, quyền và nghĩa vụ của họ	214
10.2.6. Thủ tục giải quyết tranh chấp hợp đồng tại toà án	216
10.2.7. Thi hành bản án, quyết định của toà án	219
11. Giải thể và phá sản	219
11.1. Giải thể	219
11.2. Phá sản	227

CẨM NANG PHÁP LUẬT KINH DOANH

DÀNH CHO DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA

TẬP 1: NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ PHÁP LUẬT KINH DOANH

CHƯƠNG 1

NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG

I. VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT TRONG KINH DOANH

Pháp luật là hệ thống các quy tắc xử sự do Nhà nước ban hành (hoặc thừa nhận) và bảo đảm thực hiện, thể hiện ý chí của giai cấp thống trị trong xã hội, là yếu tố điều chỉnh các quan hệ trong xã hội nhằm tạo ra trật tự và ổn định xã hội¹. Việc chấp hành, tuân thủ pháp luật của cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp và được đảm bảo bằng các biện pháp cưỡng chế thi hành của Nhà nước là một thuộc tính quan trọng của pháp luật, do đó, pháp luật là công cụ hữu hiệu để Nhà nước quản lý xã hội, quản lý nền kinh tế.

Trong thời kỳ hiện nay, thực hiện chủ trương của Đảng và Nhà nước về xây dựng nền kinh tế theo cơ chế thị trường có sự điều tiết của Nhà nước, phát huy tối đa các nguồn lực để phát triển kinh tế - xã hội và nâng cao năng lực cạnh tranh của nền kinh tế Việt Nam và hội nhập có hiệu quả vào nền kinh tế thế giới đặt ra yêu cầu xây dựng và củng cố Nhà nước Pháp quyền ở Việt Nam mà pháp luật được sử dụng như là một công cụ hữu hiệu để quản lý xã hội, quản lý nền kinh tế. Đồng thời, pháp luật đóng vai trò quan trọng trong việc đảm bảo quyền tự do kinh doanh của công dân và đảm bảo lợi ích của Nhà nước, lợi ích của xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp và của người tiêu dùng. Vai trò quan trọng này của pháp luật trong kinh doanh được thể hiện trên các mặt:

- Pháp luật tạo ra cơ sở pháp lý để các tổ chức, cá nhân thực hiện quyền tự do kinh doanh và cạnh tranh lành mạnh; đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong kinh doanh: Chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế thị trường rất đa dạng, bao gồm các doanh nghiệp được thành lập hợp pháp và các cá nhân có đăng ký hoạt động sản xuất kinh doanh. Quyền tự do kinh doanh của các chủ thể này được Nhà nước thừa nhận và quy định cụ thể trong Hiến pháp cũng như các văn bản

¹ Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật – Khoa Luật trường Đại học Quốc gia Hà Nội.

Chương 1- Những vấn đề chung

pháp luật có liên quan, tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm, nền kinh tế thị trường có các mặt trái, trong đó quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể kinh doanh nhiều khi đã bị lạm dụng gây ảnh hưởng xấu tới môi trường kinh doanh và sự phát triển chung của nền kinh tế. Có doanh nghiệp, cá nhân đã lợi dụng sự sơ hở của pháp luật để thực hiện hoạt động kinh doanh sai trái, cạnh tranh bất hợp pháp, lừa đảo, chiếm đoạt tài sản của tổ chức, cá nhân, doanh nghiệp khác nhằm thu lợi bất chính. Nhằm khắc phục tình trạng này, đồng thời đảm bảo quyền tự do kinh doanh của mọi công dân, thông qua đó để hình thành môi trường đầu tư, kinh doanh lành mạnh đòi hỏi phải có một hệ thống pháp luật minh bạch, điều tiết thị trường hiệu quả, ngăn ngừa và xử lý những đột biến xấu đối với nền kinh tế;

Về phía doanh nghiệp, tổ chức và cá nhân kinh doanh (sau đây gọi tắt là doanh nghiệp) việc thực hiện pháp luật phụ thuộc vào nội dung các quy định pháp luật cụ thể và có thể được thực hiện thông qua sự chấp hành, tuân thủ pháp luật, theo đó, doanh nghiệp không được làm những gì mà pháp luật cấm và phải bảo đảm thực hiện các nghĩa vụ, trách nhiệm mà pháp luật quy định doanh nghiệp phải tuân thủ.

Ngoài những gì mà pháp luật yêu cầu phải tuân thủ, doanh nghiệp có thể vận dụng, sử dụng pháp luật trong hoạt động kinh doanh của mình. Pháp luật quy định khuôn khổ pháp lý cho hoạt động đầu tư, sản xuất, kinh doanh, quy định cơ chế bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp. Do đó, tùy thuộc vào đặc điểm chủ thể và mục tiêu kinh doanh của mình, doanh nghiệp có thể chủ động vận dụng các quy định pháp luật trong hoạt động của mình như sử dụng pháp luật về doanh nghiệp trong quản lý nội bộ công ty; sử dụng pháp luật về hợp đồng trong việc ký kết, thực hiện hoạt động thương mại phục vụ mục tiêu kinh doanh của mình.

- Pháp luật đảm bảo cho mọi thành phần kinh tế thực hiện hoạt động sản xuất kinh doanh một cách bình đẳng: Nền kinh tế thị trường với đặc trưng là đa hình thức sở hữu về tư liệu sản xuất, đa thành phần kinh tế, luôn tiềm ẩn sự cạnh tranh để đạt được những lợi ích kinh tế khác nhau.

Do đó đòi hỏi phải có một cơ chế chung, thống nhất điều chỉnh các quan hệ giữa các thành phần kinh tế với Nhà nước và giữa chính các thành phần kinh tế với nhau mà không làm ảnh hưởng tới quyền lợi riêng của bất kỳ thành phần kinh tế nào trong xã hội. Pháp luật được xây dựng nhằm mục đích như vậy, nó có vai trò điều tiết các mối quan hệ, tạo nên một cơ chế bình đẳng, thống nhất, thúc đẩy sự phát triển của mọi thành phần kinh tế vì lợi ích chung của toàn xã hội;

- Pháp luật giúp ngăn ngừa, phòng chống rủi ro, nâng cao hiệu quả trong hoạt động sản xuất kinh doanh: Thực tế cho thấy, đa số các doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, giải thể hoặc phải gánh chịu những hậu quả pháp lý bất lợi trong kinh doanh là do sự thiếu hiểu biết về pháp luật, không tìm hiểu kỹ hệ thống pháp luật trong nước và quốc tế. Việc nắm vững các chủ trương đường lối của Đảng, chính sách và pháp luật của Nhà nước, pháp luật quốc tế sẽ giúp các doanh nghiệp có thể lường trước được những tình huống xấu có thể xảy ra, qua đó có những quyết sách đúng đắn trong hoạt động sản xuất kinh doanh của mình.

II. PHÁP LUẬT KINH DOANH HIỆN HÀNH TẠI VIỆT NAM

Từ năm 1986, để phục vụ cho việc thực hiện chính sách chuyển đổi từ một nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, một hệ thống thể chế, chính sách tạo cơ sở pháp lý cho công cuộc đổi mới đã được ban hành.

Năm 1987, lần đầu tiên Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam ra đời, tiếp theo đó là một loạt các văn bản pháp luật điều chỉnh trực tiếp tới hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp được ban hành như: Luật Công ty, Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990.... Sự xuất hiện của các văn bản này thể hiện bước đột phá mạnh mẽ, nhằm thể chế hoá những chính sách mới. Tuy nhiên, phải đến khi Hiến pháp năm 1992 ra đời thì việc ban hành các văn bản pháp luật về kinh doanh mới thực sự sôi động và có ý nghĩa. Hiến pháp năm 1992 là bản Hiến pháp ghi dấu ấn của thời kỳ đổi mới mạnh mẽ và toàn diện của nước ta. Những quan điểm của Đảng về xây dựng và tổ chức nền kinh tế thị trường nhiều thành

Chương 1- Những vấn đề chung

phần theo định hướng XHCN đã được thể hiện rõ trong Chương II “Chế độ kinh tế”. Hiến pháp nhấn mạnh nguyên tắc quản lý kinh tế trong nền kinh tế thị trường là : “Nhà nước thống nhất quản lý nền kinh tế quốc dân bằng pháp luật, kế hoạch, chính sách. Phân công trách nhiệm và phân cấp quản lý Nhà nước giữa các ngành, các cấp; kết hợp lợi ích của cá nhân, của tập thể với lợi ích của Nhà nước”² . Với việc khẳng định “Nhà nước phát triển kinh tế hàng hoá nhiều thành phần, theo cơ chế thị trường, có sự quản lý của Nhà nước, theo định hướng XHCN ... phát huy mọi tiềm năng của các thành phần kinh tế: Kinh tế quốc dân, kinh tế cá thể, kinh tế tư bản Nhà nước, kinh tế tư nhân ... công dân có quyền tự do kinh doanh theo pháp luật ...”. Hiến pháp 1992 đã đặt cơ sở, nền tảng pháp lý cho sự ra đời và xây dựng hệ thống pháp luật kinh doanh hiện nay.

Trong những năm gần đây, Quốc hội đã thông qua nhiều đạo Luật quan trọng³ , trong đó đa phần là các đạo luật liên quan đến yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế và ảnh hưởng trực tiếp tới hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp⁴. Các đạo luật này đã tạo thành khung pháp luật kinh doanh cần thiết, có ý nghĩa to lớn cho sự phát triển của nền kinh tế thị trường định hướng XHCN.

Hệ thống pháp luật hiện hành đã bao gồm những văn bản chứa đựng những quy phạm pháp luật về kinh doanh, cụ thể bao gồm các lĩnh vực chủ yếu sau đây:

1. Pháp luật về tổ chức, điều hành và quản lý doanh nghiệp

Hệ thống pháp luật này bao gồm các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong quá trình tổ chức, quản lý, điều hành các hoạt động của doanh nghiệp. Các quy phạm nằm rải rác tại các văn bản trong hệ thống pháp luật kinh doanh hiện hành tại Việt Nam như pháp luật đầu tư, doanh nghiệp, doanh nghiệp nhà nước, hợp tác xã... Trong đó, Luật doanh nghiệp năm 2005 có vị trí quan trọng, Luật này quy định việc thành lập, tổ chức quản lý, hoạt

² Điều 26 Hiến pháp năm 1992.

³ Năm 2005 vừa qua, Quốc hội đã thông qua 29 luật, bộ luật, đồng thời cho ý kiến về 17 dự án luật; Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã thông qua được 3 pháp lệnh và nhiều Nghị quyết có quy phạm pháp luật.

⁴ Như Bộ luật Dân sự, Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Sở hữu Trí tuệ, Luật Cảnh tranh, Luật Thương mại, Luật Hải quan...

động của bốn loại hình doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân, không phân biệt tính chất sở hữu và thành phần kinh tế nhằm tạo khung pháp lý thống nhất, minh bạch áp dụng cho mọi loại hình doanh nghiệp. Đây là đạo luật có ý nghĩa quan trọng, góp phần thể chế hoá chính sách phát triển kinh tế nhiều thành phần của Đảng, tạo điều kiện phát huy thế mạnh của mọi thành phần kinh tế; thực hiện chính sách mở cửa, hợp tác kinh tế, khơi dậy tiềm năng và sức cạnh tranh của các doanh nghiệp, nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước bằng pháp luật.

2. Pháp luật về địa vị pháp lý, quyền và nghĩa vụ của các tổ chức, cá nhân trong quan hệ kinh doanh

Hệ thống pháp luật này bao gồm các quy định điều chỉnh các quan hệ về địa vị pháp lý, quyền và nghĩa vụ của các tổ chức, cá nhân trong hoạt động sản xuất kinh doanh. Văn bản pháp luật quan trọng hàng đầu, là xương sống của hệ thống pháp luật kinh doanh hiện hành, quy định cụ thể các vấn đề trên là Bộ luật Dân sự⁵. Bộ luật Dân sự được xem là luật chung trong hệ thống pháp luật, điều chỉnh các quan hệ xã hội giữa các chủ thể có địa vị pháp lý bình đẳng theo nguyên tắc tự do thoả thuận và tự chịu trách nhiệm. Bộ luật Dân sự quy định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể về nhân thân và tài sản trong các quan hệ dân sự, hôn nhân, gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động, quy định về địa vị pháp lý, chuẩn mực pháp lý cho cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân. Bộ luật đã pháp điển hoá nhiều quy định quan trọng về pháp nhân, hợp đồng, quyền sở hữu tài sản, hộ gia đình, tổ hợp tác, quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, chuyển giao công nghệ, ... Có thể nói, sự ra đời của Bộ luật Dân sự năm 2005 đã kế thừa và phát huy hiệu quả các quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995, có sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với sự phát triển của thời kỳ mới, đáp ứng được nhu cầu hội nhập kinh tế quốc tế của Nhà nước ta hiện nay. Trên cơ sở các quy định chung tại Bộ luật Dân sự, địa vị pháp lý, quyền và nghĩa vụ của các doanh nghiệp trong kinh doanh được thể hiện tại các đạo luật chuyên ngành như: Luật Doanh nghiệp; Luật Thương mại; Luật Đầu tư; Luật Sở hữu trí tuệ; Luật Cạnh tranh...

⁵ Bộ luật Dân sự năm 2005 được Quốc hội thông qua ngày 14/6/2005 và có hiệu lực kể từ ngày 1/1/2006 thay thế cho Bộ luật dân sự năm 1995.

3. Pháp luật về thị trường vốn

Các văn bản pháp luật về thị trường vốn của nước ta hiện nay được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau nhằm hình thành khung pháp luật điều chỉnh các kênh huy động và cung ứng vốn hiệu quả cho nền kinh tế, trong đó, bao gồm các quy định pháp luật về hoạt động tín dụng ngân hàng như cho vay, chiết khấu thương phiếu và các giấy tờ có giá, bảo lãnh ngân hàng, các quy định về cho thuê tài chính... Cùng với sự ra đời và hoàn thiện các văn bản pháp luật này trong thời gian qua, Bộ luật dân sự năm 2005, Luật các tổ chức tín dụng năm 1997 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều Luật các tổ chức tín dụng năm 2004 đã tạo một khung pháp lý về thị trường vốn hình thành và dần dần được hoàn thiện, trong đó có quy chế cho vay và các văn bản liên quan...

4. Pháp luật về lao động

Lao động là một trong các nhân tố quan trọng quyết định sự thành công trong hoạt động kinh doanh. Do đó, việc các nhà quản lý, chủ sử dụng lao động và chính những người lao động nắm được các quy định, chính sách pháp luật về lao động sẽ bảo đảm được các quyền lợi và nghĩa vụ hợp pháp của họ trong sản xuất kinh doanh. Pháp luật về lao động bao gồm các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh quyền và nghĩa vụ của người lao động và của người sử dụng lao động, các tiêu chuẩn lao động, quy trình tuyển chọn lao động, các nguyên tắc sử dụng và quản lý lao động. Cụ thể hoá các nguyên tắc cơ bản của Hiến pháp năm 1992 về quan hệ lao động, năm 1994, Quốc hội đã thông qua Bộ luật lao động, được sửa đổi bổ sung vào năm 2002. Đây là văn bản quy định cụ thể, chi tiết các vấn đề liên quan tới lĩnh vực lao động như các quan hệ về việc làm, hợp đồng lao động, công đoàn, bảo hiểm xã hội, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi của người lao động, trình tự thủ tục, thẩm quyền giải quyết đối với các vụ việc tranh chấp về lao động, ...

5. Pháp luật về hợp đồng

Hợp đồng là công cụ quan trọng trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, do đó, các chủ thể kinh doanh cần nắm vững các quy định về pháp luật về hợp đồng. Là sự thoả thuận giữa các bên trong quan hệ sản xuất, kinh doanh, hợp đồng

đóng vai trò vô cùng quan trọng trong các giao dịch giữa các chủ thể kinh doanh với nhau trong nền kinh tế thị trường. Do đó, việc nắm vững các quy định về pháp luật nói chung và các chế định hợp đồng nói riêng sẽ quyết định không nhỏ tới sự thành công của các cá nhân, tổ chức và doanh nghiệp.

Với những thay đổi mang tính tất yếu của khung pháp luật điều chỉnh quan hệ kinh tế theo nguyên tắc thị trường, Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 không chỉ quy định toàn diện pháp luật về các hoạt động dân sự mà còn điều chỉnh các hoạt động kinh doanh, thương mại, theo đó, Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989 bị huỷ bỏ từ ngày 1/1/2006. Quy định này của Bộ luật dân sự đã đưa ra một nguyên tắc mới trong áp dụng pháp luật đối với hợp đồng kinh doanh, thương mại. Trong ký kết và thực hiện hoạt động kinh doanh, thương mại, doanh nghiệp cần áp dụng nguyên tắc chung của Bộ luật Dân sự đồng thời phải áp dụng các quy định đặc thù đối với từng loại hợp đồng được quy định tại Luật Thương mại năm 2005, Bộ luật Hàng hải, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam, Luật Đường sắt, Luật Xây dựng, Luật Đấu thầu, ...

6. Pháp luật về sở hữu trí tuệ (SHTT)

Hệ thống các văn bản pháp luật về SHTT chủ yếu được xây dựng trên cơ sở các quy định tại Bộ luật Dân sự. Một số các quy định liên quan đến lĩnh vực SHTT khác nằm rải rác trong các văn bản chuyên ngành như: Bộ luật Hình sự, Luật Hải quan, Luật Thương mại, Bộ luật Tố tụng dân sự, Pháp lệnh xử lý vi phạm hành chính và một loạt các Nghị định hướng dẫn thi hành cụ thể.

Tại kỳ họp thứ 8 Quốc hội khoá XI đã thông qua Luật Sở hữu trí tuệ. Đây là một đạo luật lớn điều chỉnh các nội dung liên quan tới tất cả các dạng hoạt động sáng tạo trong nghiên cứu, sáng tác, ứng dụng, kinh doanh thuộc các lĩnh vực văn học, nghệ thuật, khoa học - công nghệ ... Đạo luật này cũng có vị trí quan trọng đặc biệt đối với quá trình đàm phán gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) nói riêng và hội nhập kinh tế quốc tế nói chung của Việt Nam cũng như tạo khung pháp luật cho việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống các quy định về sở hữu trí tuệ ở Việt Nam (được quy định trong các văn bản liên quan và các Nghị định, Thông tư).

7. Pháp luật về cạnh tranh

Trong điều kiện hoạt động đầu tư, kinh doanh phát triển mạnh mẽ như hiện nay, cạnh tranh là một trong những xu thế tất yếu của nền kinh tế thị trường. Đặc biệt, từ những năm 1990 sau khi xoá bỏ chế độ bao cấp thì cạnh tranh giữa các doanh nghiệp lại càng trở nên gay gắt và mãnh liệt hơn. Cạnh tranh là động lực để phát triển sản xuất kinh doanh, điều này đã được cụ thể hoá trong các văn bản quy phạm pháp luật của nước ta, tuy nhiên không ít những doanh nghiệp lợi dụng điều này để thực hiện các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, hạn chế cạnh tranh nhằm chiếm lĩnh thị phần để thu lợi bất chính, gây hệ quả không tốt đến môi trường đầu tư và kinh doanh. Nhằm khắc phục tình trạng này, Nhà nước ta đã ban hành các văn bản điều chỉnh các quan hệ về cạnh tranh giữa các chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế thị trường, trong đó, Luật Cạnh tranh được ban hành đã tạo ra một khung pháp lý cần thiết để kiểm soát các hành vi cạnh tranh trên thị trường, đồng thời quy định về thủ tục tố tụng cạnh tranh và xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh.

8. Pháp luật về chứng khoán và thị trường chứng khoán

Hệ thống pháp luật về thị trường chứng khoán (TTCK) Việt Nam thực sự bắt đầu được hình thành từ năm 2001, dù mới hình thành trong một thời gian ngắn, hệ thống pháp luật về TTCK bước đầu tạo ra khung pháp lý điều chỉnh sự phát triển mạnh mẽ, thiết lập kênh huy động vốn trung và dài hạn quan trọng cho nền kinh tế nước ta. Hệ thống pháp luật về TTCK điều chỉnh về hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng, niêm yết, giao dịch, kinh doanh, đầu tư chứng khoán và các dịch vụ về chứng khoán và thị trường chứng khoán, hoạt động đầu tư gián tiếp như mua, bán cổ phần, cổ phiếu, trái phiếu hoặc thông qua quỹ đầu tư chứng khoán của nhà đầu tư trên thị trường chứng khoán Việt Nam... Bên cạnh những yếu tố tích cực của TTCK, hoạt động TTCK cũng chứa đựng nhiều rủi ro. Nguyên nhân chính là do các văn bản pháp luật về TTCK hiện hành và trước đây mới chỉ dừng lại ở Nghị định, Thông tư, chưa điều chỉnh được toàn diện hoạt động của thị trường chứng khoán. Chính vì vậy, để xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về chứng khoán, kỳ họp thứ 9, Quốc hội (QH) khóa XI đã thông qua Luật Chứng khoán, đây là văn bản pháp lý

quan trọng, tạo khung cho hệ thống pháp luật chứng khoán nước ta, khắc phục được những bất cập của hệ thống pháp luật về chứng khoán và TTCK.

9. Pháp luật về thương mại

Hệ thống pháp luật trong lĩnh vực thương mại của Việt Nam bao gồm các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong quá trình mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại,... của thương nhân (bao gồm các 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). Đạo luật điều chỉnh trực tiếp các quan hệ này là Luật Thương mại năm 2005 được Quốc hội thông qua ngày 20/5/2005, có hiệu lực từ ngày 01/01/2006 thay thế cho Luật Thương mại năm 1997. Luật Thương mại năm 2005 mở rộng phạm vi đối tượng áp dụng, không chỉ bao gồm thương nhân hoạt động thương mại như cũ mà còn áp dụng cho cả tổ chức, cá nhân khác hoạt động có liên quan đến thương mại. So với Luật Thương mại năm 1997, Luật Thương mại năm 2005 bãi bỏ những quy định về chính sách trong hoạt động thương mại nhằm tạo ra sự linh hoạt trong việc xây dựng và thực thi pháp luật. Luật Thương mại 2005 quy định các nguyên tắc cơ bản trong hoạt động thương mại phù hợp với nguyên tắc của BLDS 2005 cũng như thực tiễn hoạt động thương mại tại Việt Nam. Việc mở rộng khái niệm hoạt động thương mại của Việt Nam bao gồm các lĩnh vực thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ và các khía cạnh thương mại của đầu tư và sở hữu trí tuệ đã giúp cho việc giải quyết các tranh chấp quốc tế được thực hiện dễ dàng hơn, tạo điều kiện cho Việt Nam thực thi được cam kết cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài liên quan đến thương mại tại Việt Nam. Đồng thời tạo nên sự hài hoà giữa nguyên tắc điều chỉnh pháp luật thương mại của Việt Nam với chuẩn mực quốc tế.

10. Pháp luật về đất đai

Pháp luật về đất đai bao gồm các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ quản lý nhà nước trong lĩnh vực đất đai. Luật đất đai năm 2003 đã được Quốc hội thông qua ngày 26/11/2003 và có hiệu lực thi hành kể từ ngày 1/7/2004 thay thế cho Luật Đất đai năm 1993, Luật Sửa đổi, bổ sung Luật đất đai năm

Chương 1- Những vấn đề chung

1998, 2001 cùng với hệ thống các quy định trong các Nghị định, Thông tư với các nội dung liên quan đến đối tượng phải nộp tiền sử dụng đất, đối tượng không phải nộp tiền sử dụng đất, giá đất để thu tiền sử dụng đất, miễn giảm tiền sử dụng đất ngoài ra các quy định về pháp luật đất đai còn cho phép các tổ chức, cá nhân nước ngoài kinh doanh bất động sản, ...

11. Pháp luật về giải quyết tranh chấp trong kinh doanh

Trong nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường, cạnh tranh gay gắt và khốc liệt, tính đa dạng và phức tạp trong quan hệ kinh tế kéo theo những tranh chấp trong quan hệ sản xuất kinh doanh. Nhằm đảm bảo lợi ích kinh tế của các chủ thể trong kinh doanh, Nhà nước đã thiết lập cơ chế giải quyết tranh chấp hữu hiệu. Tại Việt Nam hiện nay, pháp luật quy định nhiều con đường để giải quyết tranh chấp trong kinh doanh như thương lượng, hoà giải, trọng tài và toà án. Các hình thức này với những ưu và nhược điểm khác nhau được cụ thể hoá trong các văn bản pháp luật như: Bộ luật tố tụng dân sự, Pháp lệnh Trọng tài Thương mại năm 2003.

12. Pháp luật về phá sản, giải thể doanh nghiệp

Trong nền kinh tế thị trường cạnh tranh tự do và khốc liệt, việc đào thải những doanh nghiệp yếu kém, hoạt động kinh doanh không có hiệu quả, thay vào đó là các doanh nghiệp có thực lực và tiềm năng hơn thể hiện như một hệ quả tất yếu. Do đó, phá sản doanh nghiệp là một hiện tượng thông thường trước xu thế hội nhập toàn cầu như hiện nay, điều này góp phần làm lành mạnh và minh bạch môi trường kinh doanh.

Pháp luật về phá sản tại Việt Nam được ban hành từ năm 1993 và có hiệu lực thi hành từ năm 1994, tuy nhiên trong quá trình thực thi nó đã bộc lộ nhiều điểm hạn chế. Các quy định dần thể hiện sự mâu thuẫn, thiếu phù hợp với nền kinh tế thị trường đã có những biến động đáng kể trong thời gian gần đây. Luật phá sản năm 2004 được Quốc hội thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004, có hiệu lực từ ngày 15 tháng 10 năm 2004 thay thế cho Luật Phá sản doanh nghiệp năm 1993 đã quy định tương đối chi tiết thủ tục phá sản doanh nghiệp, bổ sung các quy định về việc quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị

phá sản trong trường hợp đặc biệt, cụ thể hoá đối tượng áp dụng của Luật là được áp dụng để giải quyết yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với các DN và hợp tác xã (HTX), xác định sớm tình trạng phá sản để làm cơ sở cho việc phục hồi hoặc thanh lý; bổ sung các quy định nhằm bảo toàn tài sản của các DN, HTX lâm vào tình trạng phá sản.

III. THỰC TRẠNG VIỆC THI HÀNH PHÁP LUẬT CỦA DOANH NGHIỆP

1. Thực trạng việc thi hành pháp luật của doanh nghiệp

1.1. Những chuyển biến tích cực về việc thực hiện pháp luật của doanh nghiệp

Trong thời gian gần hai thập kỷ vừa qua, thực hiện chủ trương chuyển đổi kinh tế, một khung pháp luật cho các hoạt động đầu tư, sản xuất và kinh doanh-thương mại⁶ đã được từng bước xây dựng. Doanh nghiệp Việt Nam đã từng bước phát triển và hoạt động càng ngày càng thích ứng với yêu cầu của kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế. Đặc biệt, Luật doanh nghiệp năm 1999 ra đời đánh dấu một bước chuyển biến lớn, tạo môi trường đầu tư, kinh doanh thuận lợi cho doanh nghiệp, kéo theo đó là sự phát triển mạnh mẽ của các loại hình doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế, điều này có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc thúc đẩy nền kinh tế lớn mạnh của nước nhà.

Tính đến năm 2005, Việt Nam có khoảng 150.000 doanh nghiệp được đăng ký và hoạt động theo Luật doanh nghiệp, 3.000 doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, 15.000 hợp tác xã, 24.000 nhóm hợp tác xã và 2,4 triệu hộ kinh doanh hoạt động trong lĩnh vực dịch vụ và công nghiệp, 10 triệu hộ sản xuất kinh doanh trong lĩnh vực nông nghiệp và 13.000 trang trại¹ (Nguồn: Báo cáo của Chương trình phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa, MPI-GTZ năm 2005).

Tuy nhiên, hoạt động của doanh nghiệp còn nhiều tồn tại. Chỉ thị số 27/2003/CT-TTg ngày 11 tháng 12 năm 2003 của Thủ tướng Chính phủ về tiếp tục đẩy mạnh thực hiện Luật doanh nghiệp, khuyến khích phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa đã nêu rõ: “Về phía doanh nghiệp, trình độ hiểu biết luật pháp và ý thức chấp hành pháp luật của một bộ phận chủ sở hữu và người quản lý chưa cao; một số doanh nghiệp còn làm ăn không trung thực, cố tình vi

⁶ Sau đây cụm từ “hoạt động đầu tư, sản xuất kinh doanh-thương mại” gọi tắt là “hoạt động kinh doanh”

Chương 1- Những vấn đề chung

phạm quy định pháp luật; quản trị nội bộ doanh nghiệp còn yếu, chưa minh bạch;...”

Trên thực tế, nhiều doanh nghiệp, sau khi được thành lập đã coi việc thi hành pháp luật là một tiêu chí quyết định cho sự thành công. Sự lớn mạnh vững chắc của một số doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường trong nước và quốc tế cũng như đóng góp của khu vực doanh nghiệp dân doanh trong việc tạo ra công ăn việc làm và thu nhập xã hội là minh chứng cho điều này ⁷.

1.2. Doanh nghiệp đã bước đầu quan tâm tới củng cố, tăng cường công tác pháp chế

Trước yêu cầu tăng cường công tác thực hiện pháp luật của doanh nghiệp, ngày 18/5/2004, Chính phủ ban hành Nghị định số 122/2004/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức pháp chế các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và doanh nghiệp nhà nước. Nghị định quy định: *“Căn cứ vào nhu cầu công tác pháp chế, Hội đồng quản trị, Tổng giám đốc, Giám đốc doanh nghiệp nhà nước thành lập tổ chức pháp chế phù hợp, bố trí cán bộ pháp chế chuyên trách hoặc thuê cố vấn pháp lý.”* ⁸ Trên thực tế, nhiều tổng công ty Nhà nước đều có phòng pháp chế hoặc ban pháp chế, các doanh nghiệp khác có cán bộ pháp chế. Tổ chức pháp chế đóng vai trò tham mưu, tư vấn cho lãnh đạo doanh nghiệp trong việc áp dụng, thi hành pháp luật thể hiện trên các mặt như rà soát, hệ thống hóa và cập nhật văn bản có liên quan đến doanh nghiệp; phổ biến, giáo dục pháp luật; tư vấn soạn thảo, xây dựng nội quy, quy chế nội bộ, việc ký kết và thực hiện hợp đồng kinh tế cũng như áp dụng pháp luật trong kinh doanh. Hoạt động của cán bộ pháp chế doanh nghiệp với tính cách là luật sư nhà (In House Lawyer) có ý nghĩa bảo đảm hoạt động kinh doanh ổn định, có hiệu quả của doanh nghiệp, giúp doanh nghiệp có khả năng dự báo, phòng tránh, xử lý các rủi ro pháp lý trong kinh doanh.

Nhận thức được vai trò của pháp chế doanh nghiệp, một số doanh nghiệp lớn thuộc khu vực dân doanh đã bố trí cán bộ làm công tác pháp chế. Ý kiến của nhiều cán bộ quản lý doanh nghiệp cho rằng vai trò của pháp chế doanh

⁷ Doanh nghiệp dân doanh đóng góp 42% tổng sản phẩm quốc nội so với 39% của khu vực doanh nghiệp Nhà nước; tạo ra 56,3% số việc làm thường xuyên.

⁸ Điều 10, Nghị định 122/2004/NĐ-CP.

ngành là rất quan trọng, giúp cập nhật thông tin pháp lý cần thiết cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, cũng như cung cấp ý kiến tư vấn để giải quyết các vấn đề pháp lý phát sinh.

2. Tôn tại và nguyên nhân

Đánh giá chung, việc thực hiện pháp luật của doanh nghiệp còn nhiều bất cập. Nhận thức, hiểu biết pháp luật của một bộ phận doanh nghiệp còn hạn chế. Tình trạng doanh nghiệp không chú ý tới việc tìm hiểu và thực hiện pháp luật là phổ biến. Nhiều doanh nghiệp chưa có thói quen sử dụng tư vấn pháp luật để áp dụng, thi hành pháp luật và phòng, chống rủi ro pháp lý trong kinh doanh. Có những doanh nghiệp còn lợi dụng sơ hở của pháp luật và yếu kém trong quản lý Nhà nước để thực hiện hoạt động kinh doanh, đầu tư trục lợi, trốn thuế bất hợp pháp. Nguyên nhân chính của tình trạng này là ý thức pháp luật, văn hoá pháp lý của đại bộ phận chủ sở hữu, cán bộ quản lý doanh nghiệp Việt Nam còn hạn chế. Trong tổ chức thi hành pháp luật, chưa có cơ chế, biện pháp để các cơ quan Nhà nước hỗ trợ thực hiện pháp luật cho doanh nghiệp một cách hiệu quả. Về phía doanh nghiệp, nhiều doanh nghiệp còn hạn chế về nguồn lực để tiếp cận với thông tin pháp lý và tư vấn pháp luật, hoạt động hỗ trợ của các hiệp hội doanh nghiệp còn nhiều bất cập.

2.1. Nhận thức pháp luật của một bộ phận người quản lý doanh nghiệp còn hạn chế

Kết quả khảo sát cho thấy nhận thức pháp luật của một bộ phận chủ thể kinh doanh còn hạn chế.⁹ Tình trạng doanh nghiệp đã được thành lập, đi vào hoạt động nhưng người đầu tư, chủ sở hữu doanh nghiệp không nắm được các quy định cơ bản về pháp luật kinh doanh là phổ biến, nhất là ở các địa phương ngoài Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh. Người quản lý doanh nghiệp, kể cả các doanh nghiệp lớn, thuộc sở hữu Nhà nước chưa thực sự chú trọng đến việc áp dụng, thực hiện pháp luật để phòng, tránh rủi ro trong kinh doanh.

Trong giai đoạn thành lập doanh nghiệp, có doanh nghiệp không thực hiện đúng thủ tục đăng ký, góp vốn, xây dựng cơ chế quản lý nội bộ chặt chẽ, hợp

⁹ Kết quả điều tra của Sở Kế hoạch và Đầu tư tỉnh Vĩnh Phúc cho thấy trong số 1237 doanh nghiệp được khảo sát thì có khoảng 70 đến 80% số doanh nghiệp không hiểu hoặc hiểu không đầy đủ pháp luật về kinh doanh; có nhu cầu được đào tạo, bồi dưỡng kiến thức về pháp luật

Chương 1- Những vấn đề chung

lý đã gây ra những hậu quả tiêu cực, tác động xấu kéo dài cho bản thân doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân góp vốn và thậm chí đối với bên thứ ba. Trong quá trình hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp không thực sự chú trọng tới vai trò tư vấn pháp luật, nhất là trong việc ký kết, thực hiện hợp đồng, dẫn tới phát sinh các tranh chấp không đáng có, gây bất lợi cho doanh nghiệp. Trầm trọng hơn, trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế, do nhận thức hạn chế, điều kiện tiếp cận với pháp luật nước ngoài hoặc pháp luật của các tổ chức quốc tế khó khăn, đã gây ra những vụ việc tranh chấp đáng tiếc mà bên thua thiệt là phía Việt Nam. Bên cạnh đó, có không ít doanh nghiệp được thành lập để phục vụ cho các hoạt động kinh doanh vi phạm pháp luật với mục đích lừa đảo, trốn thuế, mua bán hoá đơn và khai khống doanh thu để chiếm đoạt ngân sách nhà nước thông qua khấu trừ tiền thuế giá trị gia tăng ...¹⁰

Nhận thức pháp luật hạn chế đồng nghĩa với việc chủ sở hữu và người quản lý doanh nghiệp không biết được quyền và nghĩa vụ của mình trong kinh doanh để thực hiện cho đúng đắn. Tác động của tình trạng này, một mặt, làm giảm hiệu lực thi hành pháp luật kinh doanh, ảnh hưởng tới tốc độ và chất lượng phát triển doanh nghiệp theo mục tiêu phát triển kinh tế-xã hội đã đề ra; mặt khác, ảnh hưởng trực tiếp tới hiệu quả đầu tư, kinh doanh của chính doanh nghiệp, cũng như hạn chế trong việc phòng và chống rủi ro pháp lý trong kinh doanh của doanh nghiệp.

Do ý thức, nhận thức pháp luật hạn chế cho nên doanh nghiệp không chủ động sử dụng tư vấn pháp luật. Dịch vụ luật sư, tư vấn pháp luật chỉ được doanh nghiệp sử dụng đến khi có tranh chấp phát sinh. Do vậy, nguy cơ có thể gặp phải rủi ro pháp lý trong kinh doanh của doanh nghiệp là phổ biến.

2.2. Hệ thống pháp luật công kênh, phức tạp

Đặc điểm hệ thống pháp luật của Việt Nam là được cấu thành bởi các văn bản quy phạm pháp luật có nhiều hình thức khác nhau do các cơ quan có thẩm quyền khác nhau ban hành. Sau Hiến pháp, các đạo luật do Quốc hội ban hành có giá trị pháp lý cao nhất, tuy nhiên, các đạo luật này không trực tiếp đi

¹⁰ Theo số liệu của Cục phát triển DNNVV, Bộ Kế hoạch và đầu tư, có khoảng 30% số doanh nghiệp không còn hoạt động tại địa chỉ đăng ký ban đầu vì lý do thay đổi địa chỉ mà không thông báo hoặc có vi phạm pháp luật nên tự giải thể mà không thông báo.

vào cuộc sống mà phụ thuộc vào các văn bản hướng dẫn thi hành của Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao (NDTC), Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (NDTC), các bộ, ngành và địa phương. Do vậy, doanh nghiệp, nếu muốn tìm hiểu về một vấn đề pháp lý, thì phải rà soát các quy định liên quan do nhiều cơ quan Nhà nước ở trung ương và địa phương ban hành. Đây là một công việc phức tạp, không riêng chủ sở hữu và người quản lý doanh nghiệp gặp khó khăn mà chính các cán bộ, công chức ở trung ương và địa phương cũng gặp khó khăn trong việc tiếp cận với các văn bản pháp luật kinh doanh.

2.3. Thông tin pháp lý và tư vấn pháp luật hạn chế

Qua nhiều cuộc điều tra, khảo sát doanh nghiệp của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) cho thấy các thông tin về chính sách pháp luật của Nhà nước là một nhu cầu lớn của các doanh nghiệp. Tuy nhiên nhiều doanh nghiệp hiện nay vẫn đang gặp khó khăn trong việc tiếp cận các thông tin về pháp luật. Theo số liệu do VCCI cung cấp qua việc điều tra đối với 1.538 doanh nghiệp tư nhân ở 32 tỉnh, thành trong cả nước thì có đến 11,59 % doanh nghiệp cho rằng không thể tiếp cận với các văn bản pháp luật cấp Trung ương và 7,4 % doanh nghiệp không thể tiếp cận các văn bản pháp luật cấp tỉnh. Số liệu này cho thấy không phải doanh nghiệp nào cũng có thể tiếp cận được với các chính sách pháp luật của Nhà nước, điều này kéo theo những hệ quả như việc vi phạm pháp luật của các doanh nghiệp do thiếu cập nhật các thông tin pháp lý.

Thêm vào đó, trên thực tế, cơ sở dữ liệu pháp luật Việt Nam không được xây dựng một cách đầy đủ, toàn diện, tập trung và thống nhất làm cho việc tiếp cận với hệ thống pháp luật càng khó khăn. Hơn nữa, doanh nghiệp thường ít có điều kiện nghiên cứu toàn văn văn bản pháp luật mà có yêu cầu được thông tin, giới thiệu ngắn gọn, dễ nắm bắt. Tuy nhiên, hiện tại các cơ quan Nhà nước chưa đáp ứng được yêu cầu này của doanh nghiệp.

Bên cạnh yêu cầu được thông tin, cập nhật văn bản pháp luật, doanh nghiệp còn có nhu cầu được thông tin về thực tiễn pháp lý với tính cách là những tình huống pháp lý trong kinh doanh, cũng như thông tin pháp luật của các nước là

Chương 1- Những vấn đề chung

đối tác thương mại và pháp luật của các tổ chức kinh tế quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Do chưa có trung tâm đầu mối thu thập và xử lý thông tin về các nội dung này, cho nên đại bộ phận doanh nghiệp Việt Nam còn bỡ ngỡ với các tình huống pháp lý, nhất là những thông tin cần thiết phục vụ cho việc phòng, chống các tranh chấp phát sinh như các vụ kiện bán phá giá của các công ty Hoa Kỳ, Canada, Liên minh Châu Âu và một số quốc gia khác đối với hàng hóa, sản phẩm của các doanh nghiệp Việt Nam.

Trong khuôn khổ nghiên cứu về chỉ số năng lực cạnh tranh cấp tỉnh (PCI) năm 2005, VCCI và VNCI đã tiến hành điều tra đối với doanh nghiệp tại 32 tỉnh, thành trên toàn quốc trong đó có đánh giá về chất lượng dịch vụ tư vấn pháp luật kinh doanh. Kết quả cho thấy: 3% doanh nghiệp được điều tra đánh giá dịch vụ tư vấn pháp luật kinh doanh tại địa phương rất tốt; 21% đánh giá tốt; 32% tạm được; 23% đánh giá hơi kém; 12% kém và 9% đánh giá rất kém. Như vậy, rõ ràng dịch vụ tư vấn pháp luật về kinh doanh tại Việt Nam hiện nay còn hạn chế, chưa đáp ứng được nhu cầu hoạt động của doanh nghiệp. Trong thời gian vừa qua, giới Luật sư đã có sự phát triển nhanh chóng nhưng theo đánh giá của giới doanh nhân, sự phát triển này vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu. Không có nhiều luật sư trong số gần 3.900 luật sư (cả luật sư chính thức và tập sự)¹¹ có khả năng tư vấn pháp luật cho doanh nghiệp. Luật sư có khả năng tư vấn pháp luật cho doanh nghiệp chủ yếu tập trung ở các thành phố lớn. Trong đó, cũng không có nhiều luật sư giỏi, đáp ứng yêu cầu của doanh nghiệp về tư vấn chuyên ngành pháp luật xuất nhập khẩu, thuế, kế toán, kiểm toán, cạnh tranh, chống bán phá giá Bên cạnh đó, hoạt động tư vấn pháp luật theo Nghị định 65/2003/NĐ-CP không phát triển được như mong đợi. Do có khó khăn, bất cập về tổ chức và hoạt động của loại hình dịch vụ tư vấn này cho nên chưa hình thành được mạng lưới tư vấn pháp luật phúc đáp yêu cầu của doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân kinh doanh.

Bên cạnh những khó khăn trong tiếp cận với thông tin pháp lý và dịch vụ tư vấn pháp luật nêu trên, hầu hết doanh nghiệp nhỏ và vừa doanh¹² không có điều kiện bố trí cán bộ pháp chế và kinh phí thuê dịch vụ tư vấn pháp luật. Đây

¹¹ Nguồn: Do Vụ Bộ trợ tư pháp-Bộ Tư pháp cung cấp

¹² Doanh nghiệp nhỏ và vừa hiện đang chiếm 98% số lượng doanh nghiệp

là một trở ngại lớn đối với loại hình doanh nghiệp nhỏ và vừa trong việc thực hiện pháp luật.

2.4. Chương trình, biện pháp hỗ trợ thực hiện pháp luật cho doanh nghiệp nhỏ và vừa còn hạn chế, vai trò của hiệp hội doanh nghiệp còn mờ nhạt

Theo Nghị định số 90/2001/NĐ-CP ngày 23 tháng 11 năm 2001 của Chính phủ về trợ giúp phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa, phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa là một nhiệm vụ quan trọng trong chiến lược phát triển kinh tế-xã hội, đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước¹³. Một trong các chính sách trợ giúp quan trọng là doanh nghiệp nhỏ và vừa (DNNVV) được hỗ trợ về thông tin, tư vấn và đào tạo nguồn nhân lực¹⁴. Nghị định này nêu rõ Chính phủ, các bộ, ngành và uỷ ban nhân dân địa phương cung cấp các thông tin cần thiết qua các ấn phẩm và qua mạng internet cho các DNNVV. Tuy nhiên, cho đến nay, cơ cấu hỗ trợ cần thiết cho DNNVV về các nội dung có liên quan đến lĩnh vực pháp luật thông qua các hình thức như thông tin pháp lý, tư vấn pháp luật và bồi dưỡng kiến thức pháp lý vẫn chưa được hình thành.

Doanh nghiệp nhỏ và vừa thường không có điều kiện bố trí cán bộ pháp chế và kinh phí thuê dịch vụ tư vấn pháp luật, cho nên vai trò của các hiệp hội doanh nghiệp trong việc hỗ trợ doanh nghiệp là quan trọng. Tuy nhiên, khảo sát một số hiệp hội doanh nghiệp ở địa phương nơi đã thành lập tổ chức tư vấn pháp luật cho các doanh nghiệp thành viên cho thấy, hoạt động tư vấn pháp luật của hiệp hội doanh nghiệp là kém hiệu quả, không đáp ứng được yêu cầu hỗ trợ pháp lý cho doanh nghiệp nhỏ và vừa. Chương trình bồi dưỡng kiến thức quản lý cho DNNVV của Chính phủ có đề cập đến nội dung pháp luật, tuy nhiên, thời lượng hạn chế, tổ chức chưa rộng khắp. Chương trình bồi dưỡng kiến thức pháp luật chưa được phân loại theo đối tượng cho phù hợp theo hai nhóm chính: Nhóm cán bộ quản lý doanh nghiệp, thực hiện bồi dưỡng kiến thức cơ bản về pháp luật kinh doanh; Nhóm cán bộ chuyên môn, thực hiện bồi dưỡng, cập nhật kiến thức cần thiết về pháp luật kinh doanh theo các lĩnh vực chuyên môn cụ thể.

¹³ Điều 1, Nghị định 90/2001/NĐ-CP

¹⁴ Điều 11, Nghị định 90/2001/NĐ-CP

IV. HỘI NHẬP KINH TẾ QUỐC TẾ VÀ VẤN ĐỀ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT CỦA DOANH NGHIỆP

1. Việt Nam trước ngưỡng cửa hội nhập kinh tế, quốc tế

Ngày nay, hội nhập kinh tế quốc tế và toàn cầu hoá đang là một trong những xu thế phát triển tất yếu của quan hệ quốc tế. Bất kỳ một quốc gia nào dù lớn hay nhỏ, mạnh hay yếu đều không thể tách mình ra khỏi dòng chảy của lịch sử. Trước xu thế tất yếu của thời đại, Việt Nam đã và đang bước vào nền kinh tế hội nhập với những lợi thế và thách thức. Nhận thấy rõ tầm quan trọng của tiến trình hội nhập, tại Đại hội lần thứ VIII của Đảng đã xác định nhiệm vụ “Mở rộng quan hệ đối ngoại, chủ động tham gia vào các tổ chức quốc tế và khu vực, củng cố và nâng cao vị thế nước ta trên trường quốc tế”. Ngày 18 tháng 11 năm 1996, Bộ Chính trị đã ra Nghị quyết về kinh tế đối ngoại nhằm chỉ đạo về việc thực hiện nhiệm vụ quan trọng này. Đại hội lần thứ IX của Đảng đã khẳng định chủ trương “Phát huy cao độ nội lực, đồng thời tranh thủ nguồn nội lực bên ngoài và chủ động hội nhập kinh tế quốc tế để phát triển nhanh, có hiệu quả và bền vững”.

1.1. Những thuận lợi và khó khăn trong tiến trình hội nhập

Trước xu thế hội nhập kinh tế toàn cầu chúng ta cũng có những lợi thế nhất định như có thế mạnh về con người, sức lao động, sự nhanh nhẹn, chăm chỉ và cần cù của con người Việt Nam. Đất nước ta có vị trí địa lý thuận lợi, ở vị trí chiến lược trong bản đồ phát triển kinh tế thế giới và khu vực. Nằm ở vùng trung tâm của biển Thái Bình Dương, nơi hội tụ của các luồng vận tải biển quốc tế, nơi giao thoa của các dòng chảy thương mại Âu – Á, Mỹ Á, Đại Dương – Á và Phi – Á. Mặt khác tài nguyên của chúng ta rất đa dạng, phong phú và trữ lượng ở dạng tiềm năng lớn. Do vậy, xét trên tổng thể, nếu chúng ta vạch ra được một lộ trình hội nhập hợp lý và tổ chức thực hiện tốt lộ trình đó, tất yếu những lợi thế trên sẽ được phát huy tối đa giúp chúng ta tạo ra năng lực cạnh tranh trong bối cảnh mới như hiện nay, từ đó có chỗ đứng vững chắc trên thị trường quốc tế.

Bên cạnh những lợi thế đó, chúng ta cũng vấp phải không ít những tồn tại và

khó khăn trong tiến trình hội nhập kinh tế toàn cầu. Do xuất phát điểm của nền kinh tế nước ta còn thấp, đang trong quá trình chuyển đổi, kinh tế thị trường mới ở giai đoạn phát triển sơ khai, các yếu tố cơ bản, đồng bộ của một thị trường chưa phát triển đầy đủ. Điều đó dẫn đến khả năng kinh doanh và cạnh tranh của các chủng loại hàng hoá, các chủng loại dịch vụ của từng doanh nghiệp rất yếu kém. Thị trường thế giới để hàng hoá ta tiêu thụ rất hạn hẹp, có lúc, có chỗ ta vừa chiếm lĩnh được, ta vừa đặt chân tới thì đã bị thôn tính. Trong bối cảnh quốc tế tự do buôn bán, tự do đầu tư, chúng ta đang ở vào thế yếu, rất dễ trở thành nơi tiêu thụ hàng hoá cho nước ngoài. Bên cạnh những khó khăn trên, một trong những yếu tố quan trọng khác nhưng đáng quan tâm hơn cả là những khó khăn về con người, về cơ chế chính sách và bộ máy.

1.2. Việc thực hiện pháp luật của doanh nghiệp trong hội nhập kinh tế quốc tế

Trước ngưỡng cửa hội nhập kinh tế quốc tế, Đảng và Nhà nước ta đã đề ra mục tiêu phấn đấu đưa Việt Nam “trở thành một nước công nghiệp phát triển”, để thực hiện mục tiêu này, Nhà nước ta đã ban hành một hệ thống pháp luật phù hợp nhằm phát huy tối đa nội lực trong nước và thu hút đầu tư nước ngoài. Năm 1999 Luật Doanh nghiệp ra đời góp phần phát huy tiềm năng của các doanh nghiệp. Hàng loạt các doanh nghiệp ra đời với tốc độ phát triển mạnh tạo ra những chuyển biến tích cực trong đời sống kinh tế. Những thành tựu của các doanh nghiệp đã tạo nên một thế và lực mới trong cuộc cạnh tranh của nền kinh tế Việt Nam ở khu vực và thế giới. Trong những năm qua, kinh tế Việt Nam đã đạt được những thành tích đáng khích lệ. Mặc dù bối cảnh trong nước và quốc tế có nhiều biến động và cạnh tranh ngày càng gay gắt song hiệu quả trong sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp vẫn gia tăng đáng kể: gần 60% số doanh nghiệp có mức doanh thu tăng, trong đó khoảng 70% có mức tăng trên 10%. Trong 3 năm liên tiếp gần đây cả 3 nhóm doanh nghiệp lớn, trung bình và nhỏ đều có mức tăng trưởng khá đồng đều⁽¹⁵⁾. Tuy nhiên, trước bối cảnh của một nền kinh tế mở, hiện đại và đang phát triển, đòi hỏi tính minh bạch và ổn định cao, các doanh nghiệp Việt Nam đã vấp phải vô vàn những thách thức, khó khăn và đặc biệt là chưa khai thác được thị trường

¹⁵ Số liệu năm 2005 của Phòng Thương mại Việt Nam VCCI

Chương 1- Những vấn đề chung

quốc tế giàu tiềm năng (Kết quả tỷ suất lợi nhuận của các doanh nghiệp còn thấp, doanh nghiệp Nhà nước có tỷ suất lợi nhuận trung bình 3.8%, doanh nghiệp ngoài quốc doanh 4.9% và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là 7.8% ⁽¹⁶⁾); các doanh nghiệp nước ta mới chủ yếu tập trung khai thác, phát triển một số ngành nghề với thế mạnh vốn có như dệt, may, da giày, thủy hải sản). Theo bảng xếp hạng “năng lực cạnh tranh toàn cầu” của Diễn đàn kinh tế thế giới thì trong mấy năm trở lại đây Việt Nam liên tục bị rớt hạng. Nguyên nhân của tình trạng trên là do các doanh nghiệp Việt Nam chưa chủ động vươn ra thị trường quốc tế, sự thiếu hiểu biết về kiến thức hội nhập, nhận thức hời hợt, không đánh giá đúng mức những tác động của thị trường quốc tế đến hoạt động sản xuất kinh doanh.

Bên cạnh đó, một trong những nguyên nhân chủ yếu của quá trình hội nhập còn thiếu hiệu quả đối với các doanh nghiệp Việt Nam chính là doanh nghiệp còn thờ ơ trong việc tìm hiểu pháp luật của các nước đối tác. Hầu hết các doanh nghiệp trong nước khi thực hiện hoạt động kinh doanh với nước ngoài chỉ quan tâm đến việc có chấp nhận giao dịch hay không mà ít quan tâm đến các vấn đề pháp lý liên quan. Kéo theo đó là những rủi ro pháp lý và hậu quả thiệt hại không thể lường trước được. Có thể đơn cử ra đây một vài trường hợp tiêu biểu mà bên thua thiệt là các doanh nghiệp Việt Nam như: Vụ kiện do việc bị coi là bán phá giá cá Tra, cá Basa sang thị trường Hoa Kỳ, vụ kiện doanh nghiệp Vông xếp Duy Lợi xâm phạm thương hiệu và vi phạm các quy định về kiểu dáng công nghiệp tại thị trường Nhật Bản, Hoa Kỳ, vụ huấn luyện viên Letart kiện Liên đoàn Bóng đá Việt Nam do chấm dứt hợp đồng huấn luyện không có căn cứ pháp lý, vụ kiện tàu Cần Giờ hay gần đây nhất là vụ kiện Hãng hàng không quốc gia Việt Nam Airlines,... Qua các vụ việc trên cho thấy các doanh nghiệp Việt Nam thiếu hẳn sự đầu tư cho việc tìm hiểu hệ thống pháp luật của nước ngoài, khi có hậu quả pháp lý xảy ra mới lo đi tìm luật sư để chữa cháy, đây thực sự là vấn đề đáng báo động đối với giới doanh nghiệp trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế.

¹⁶ Số liệu năm 2005 của Phòng Thương mại Việt Nam VCCI

V. MỘT SỐ BIỆN PHÁP GIÚP DOANH NGHIỆP TĂNG CƯỜNG NĂNG LỰC THỰC HIỆN PHÁP LUẬT

Được xác định là nhân tố quan trọng, đóng góp to lớn vào sự phát triển của nền kinh tế nước nhà, Đảng, Nhà nước, các cấp, các ngành đã có những quan tâm kịp thời cho sự phát triển của cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam như quyết định lấy ngày 13/10/2004 là ngày doanh nhân Việt Nam và ban hành các chính sách hỗ trợ cho doanh nghiệp. Cùng với tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, chúng ta đang tích cực xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật phù hợp với cơ chế thị trường và thông lệ quốc tế. Tuy nhiên, thực tế cho thấy rằng, việc thực thi pháp luật của doanh nghiệp đang vấp phải những khó khăn nhất định, trình độ nhận thức của doanh nghiệp về pháp luật kinh doanh còn yếu kém. Một trong những nguyên nhân chủ yếu dẫn tới tình trạng này là do họ thiếu những biện pháp hỗ trợ để tiếp cận và xử lý các thông tin pháp luật. Do vậy, để bảo đảm tính hiệu quả của việc thi hành pháp luật, giảm thiểu rủi ro pháp lý trong kinh doanh, doanh nghiệp có thể sử dụng một số biện pháp nhằm tăng cường năng lực thực hiện pháp luật cho doanh nghiệp như sau:

Thứ nhất, về thông tin pháp lý.

Trong thời đại bùng nổ công nghệ như hiện nay thì một trong những nhân tố hàng đầu quyết định tới sự thành bại của các doanh nghiệp trên thương trường chính là việc kịp thời nắm bắt các thông tin liên quan tới các hoạt động kinh doanh và đặc biệt là các thông tin pháp luật, chính sách đầu tư trong và ngoài nước. Nhận thức được vấn đề này, ngày 07/01/1998, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Chỉ thị số 02/1998/CT-TTg về tăng cường công tác phổ biến, giáo dục pháp luật; Quyết định số 13/2003/QĐ-TTg ngày 17/01/2003 về Chương trình phổ biến, giáo dục pháp luật của Chính phủ từ năm 2003 đến năm 2007, ... Công tác thông tin, tuyên truyền pháp luật cho doanh nghiệp được Nhà nước giao cho một số cơ quan chức năng thực hiện như: Bộ Tư pháp, Bộ Thương mại, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính, Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam,.... Như vậy, các doanh nghiệp có thể tìm kiếm, trao đổi các thông tin pháp luật, các văn bản của Nhà nước liên quan tới hoạt động kinh doanh của mình theo từng lĩnh vực chuyên

Chương 1- Những vấn đề chung

môn tại các website và diễn đàn của các cơ quan này. Bên cạnh đó, giữa các trang thông tin điện tử này có các đường liên kết với nhau rất tiện lợi cho việc tra cứu. Đặc biệt, tại website của Bộ Tư pháp (www.moj.gov.vn) có mục giới thiệu văn bản pháp luật liên kết với các hệ thống tra cứu hiện đại. Đây có thể coi là kênh truy cập miễn phí tiện ích nhất cho các doanh nghiệp. Việc cập nhật các thông tin pháp lý qua Internet được đánh giá là phù hợp trong điều kiện hệ thống pháp luật của Việt Nam còn cồng kềnh, nặng nề. Biện pháp này giúp tiết kiệm được thời gian, chi phí cho các doanh nghiệp trong việc tìm hiểu các chính sách pháp luật áp dụng vào hoạt động sản xuất kinh doanh của mình. Nhằm hỗ trợ có hiệu quả cho các doanh nghiệp trong việc thực hiện pháp luật, trong thời gian tới, với sự hỗ trợ của các tổ chức trong nước và quốc tế, Trung tâm tư vấn pháp luật và bồi dưỡng nghiệp vụ thuộc Câu lạc bộ pháp chế doanh nghiệp, Bộ Tư pháp sẽ xây dựng hệ thống hỏi đáp pháp luật kinh doanh miễn phí góp phần đáp ứng nhu cầu hỗ trợ thực hiện pháp luật của doanh nghiệp.

Thứ hai, xây dựng tổ chức pháp chế trong doanh nghiệp

Ngày 18/5/2004, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 122/NĐ-CP về pháp chế bộ ngành và pháp chế doanh nghiệp, Nghị định này quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các tổ chức pháp chế các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và doanh nghiệp Nhà nước. Thông qua việc thành lập tổ chức pháp chế hoặc bố trí cán bộ pháp chế, doanh nghiệp sẽ có được sự hỗ trợ pháp lý thường xuyên, liên tục của Luật sư nhà (in house lawyers). Các doanh nghiệp có thể áp dụng mô hình pháp chế doanh nghiệp theo quy định tại Nghị định 122 để thiết lập cơ chế hỗ trợ pháp luật trong doanh nghiệp, qua đó đảm bảo hoạt động sản xuất kinh doanh hiệu quả.

Thứ ba, sử dụng dịch vụ tư vấn pháp luật.

Trong kinh doanh, hoạt động tư vấn pháp luật là một trong những nhu cầu tất yếu của doanh nghiệp. Thực tế cho thấy, muốn thành công trên thương trường, trước hết các doanh nghiệp cần làm chủ và sử dụng linh hoạt hệ thống pháp luật, nhất là trong hoàn cảnh hội nhập như hiện nay. Trước nhu cầu về tư vấn

pháp luật của doanh nghiệp, bên cạnh việc bố trí cán bộ pháp chế, các doanh nghiệp có thể sử dụng các dịch vụ tư vấn pháp lý chuyên nghiệp như luật sư, văn phòng tư vấn pháp luật. Tổ chức, vai trò, chức năng, hoạt động của các tổ chức tư vấn pháp lý được quy định cụ thể tại Luật Luật sư năm 2006.

Thứ tư, bồi dưỡng kiến thức pháp luật

Song song với việc cập nhật thông tin và sử dụng các dịch vụ tư vấn pháp lý, trước những thay đổi không ngừng của hệ thống pháp luật trong nước và quốc tế, thì hoạt động bồi dưỡng kiến thức pháp luật và thường xuyên cập nhật, trau dồi trình độ chuyên môn nghiệp vụ là hoạt động không thể thiếu nhằm nâng cao nhận thức pháp luật của doanh nhân, cán bộ quản lý doanh nghiệp. Trước hệ thống pháp luật kinh doanh đa dạng như hiện nay, bên cạnh các kiến thức về điều hành và quản lý doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp cần chú trọng vào các lĩnh vực cơ bản, chuyên sâu điều chỉnh các hoạt động kinh doanh của mình như pháp luật về sở hữu, hợp đồng, pháp luật thương mại, đất đai, cạnh tranh, chế độ kế toán, kiểm toán, sở hữu trí tuệ, thương mại quốc tế...

Xuất phát từ nhu cầu hỗ trợ pháp luật cho doanh nghiệp, được sự đồng ý của Thủ tướng Chính phủ, ngày 22/7/1999, Bộ trưởng Bộ Tư pháp đã có Quyết định số 212/1999/QĐ-TCCB về việc thành lập Câu lạc bộ pháp chế doanh nghiệp (CLB PCDN). Thực hiện tôn chỉ, mục đích của CLBPCDN, Trung tâm Tư vấn pháp luật và Bồi dưỡng nghiệp vụ thuộc CLB PCDN có chức năng hỗ trợ pháp lý cho các doanh nghiệp thông qua việc giới thiệu kịp thời, thường xuyên, có hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật; tư vấn pháp luật và bồi dưỡng chuyên môn, nghiệp vụ. Doanh nghiệp có nhu cầu hỗ trợ pháp lý có thể trực tiếp liên hệ với Văn phòng Trung tâm đặt tại trụ sở Bộ Tư pháp, 60 Trần Phú, Hà Nội.

CẨM NANG PHÁP LUẬT KINH DOANH

DÀNH CHO DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA

TẬP 1: NHỮNG VẤN ĐỀ CƠ BẢN VỀ PHÁP LUẬT KINH DOANH

CHƯƠNG 2

CÁC VẤN ĐỀ PHÁP LUẬT KINH DOANH CƠ BẢN

I. CÁC LOẠI HÌNH TỔ CHỨC KINH DOANH Ở VIỆT NAM

Kinh doanh là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi¹⁷. Để tiến hành hoạt động kinh doanh, nhà đầu tư phải lựa chọn cho mình một mô hình tổ chức kinh doanh phù hợp với mục đích, khả năng và điều kiện của mình. Theo quy định của pháp luật hiện hành, có những loại hình tổ chức kinh doanh sau đây:

- 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 doanh¹⁸. Doanh nghiệp được tổ chức dưới các loại hình sau: Công ty nhà nước; Công ty cổ phần; Công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) hai thành viên trở lên; Công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) một thành viên; Công ty hợp danh; Doanh nghiệp tư nhân.
- Hợp tác xã.
- Hộ kinh doanh.

1. CÔNG TY NHÀ NƯỚC

1.1. Khái niệm công ty nhà nước

Công ty nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, thành lập, tổ chức quản lý, đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003¹⁹. Công ty nhà nước được tổ chức dưới 2 hình thức: tổng công ty nhà nước và công ty nhà nước độc lập.

Tổng công ty nhà nước là hình thức liên kết kinh tế trên cơ sở tự đầu tư, góp vốn giữa các công ty nhà nước, giữa công ty nhà nước với các doanh nghiệp

¹⁷ Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005

¹⁸ Khoản 1 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005

¹⁹ Điều 3 Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

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 chia thành 3 loại như sau²⁰:

- Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập (thường gọi là Tổng công ty 90, 91);
- Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập (theo mô hình công ty mẹ - công ty con);
- Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước.

1.2. Cơ cấu tổ chức của công ty nhà nước

Công ty nhà nước được tổ chức quản lý theo mô hình có hoặc không có Hội đồng quản trị. Trong đó, các công ty nhà nước sau đây được tổ chức theo mô hình có Hội đồng quản trị²¹:

- Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập;
- Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước;
- Công ty nhà nước độc lập có quy mô vốn lớn giữ quyền chi phối doanh nghiệp khác.

1.2.1. Công ty nhà nước không có Hội đồng quản trị

Công ty nhà nước không có Hội đồng quản trị có cơ cấu quản lý gồm Giám đốc, các Phó giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc²².

1.2.2. Công ty nhà nước có Hội đồng quản trị

Cơ cấu quản lý của tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước độc lập có Hội đồng quản trị bao gồm Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc, các Phó tổng giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc²³.

²⁰ Điều 47 Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003

²¹ Điều 21 Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003

²² Điều 22, 23, 24 Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003

²³ Điều 28, 29, 30, 37, 38, 41 Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003

1.3. Thành lập công ty nhà nước

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 thì doanh nghiệp do Nhà nước thành lập kể từ ngày Luật này có hiệu lực phải được đăng ký, tổ chức quản lý và hoạt động theo một trong các loại hình công ty cổ phần, công ty TNHH²⁴. Như vậy, kể từ ngày 01/7/2006, các công ty nhà nước hoạt động theo Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 sẽ không được tiếp tục thành lập mới.

Đối với các công ty nhà nước đã được thành lập trước đây, thực hiện theo lộ trình chuyển đổi hằng năm, nhưng chậm nhất trong thời hạn 4 (bốn) năm kể từ ngày Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực (từ ngày 01/7/2006 đến ngày 01/7/2010), các công ty nhà nước thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 phải chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp²⁵. Trong thời gian chưa chuyển đổi, các công ty nhà nước đã được thành lập vẫn tạm thời được tồn tại và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003, và khi được chuyển đổi thành công ty TNHH hoặc công ty cổ phần thì thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Doanh nghiệp 2005.

2. CÔNG TY CỔ PHẦN

2.1. Khái niệm công ty cổ phần

2.1.1. Bản chất pháp lý của công ty cổ phần

Công ty cổ phần là doanh nghiệp, trong đó²⁶:

- Vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần;
- Cổ đông có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng cổ đông tối thiểu là ba và không hạn chế số lượng tối đa;
- Cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp;
- Cổ đông có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho người

²⁴ Điều 169 Luật Doanh nghiệp 2005

²⁵ Điều 166 Luật Doanh nghiệp 2005

²⁶ Điều 77 Luật Doanh nghiệp 2005

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

khác, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 81 và khoản 5 Điều 84 của Luật Doanh nghiệp 2005.

Công ty cổ phần có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Công ty cổ phần có quyền phát hành chứng khoán các loại để huy động vốn.

2.1.2. Các loại cổ phần²⁷

- Cổ phần phổ thông là cổ phần chủ yếu bắt buộc phải có trong công ty cổ phần; người sở hữu cổ phần phổ thông là cổ đông phổ thông. Cổ đông phổ thông có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ của cổ đông trong công ty cổ phần theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.
- Cổ phần ưu đãi là loại cổ phần không bắt buộc phải có trong công ty cổ phần; người sở hữu cổ phần ưu đãi gọi là cổ đông ưu đãi. Cổ đông ưu đãi được hưởng một số ưu đãi so với cổ đông phổ thông nhưng sẽ bị hạn chế một số quyền nhất định. Cổ phần ưu đãi gồm các loại sau đây:
 - 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. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết có các quyền khác như cổ đông phổ thông nhưng không được chuyển nhượng cổ phần ưu đãi cho người khác.
 - Cổ phần ưu đãi cổ tức: là cổ phần được trả cổ tức với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông hoặc mức ổn định hàng năm. Cổ tức được chia hàng năm gồm cổ tức cố định và cổ tức thưởng. Cổ tức cố định không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh của công ty. Mức cổ tức cố định cụ thể và phương thức xác định cổ tức thưởng được ghi trên cổ phiếu của cổ phần ưu đãi cổ tức.
 - Cổ phần ưu đãi hoàn lại: là cổ phần được công ty hoàn lại vốn góp bất cứ khi nào theo yêu cầu của người sở hữu hoặc theo các điều kiện được ghi tại cổ phiếu của cổ phần ưu đãi hoàn lại.
 - Cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định.

²⁷ Điều 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84 Luật Doanh nghiệp 2005

Người được quyền mua cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ phần ưu đãi hoàn lại và cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định.

Mỗi cổ phần của cùng một loại đều tạo cho người sở hữu nó các quyền, nghĩa vụ và lợi ích ngang nhau. Cổ phần phổ thông không thể chuyển đổi thành cổ phần ưu đãi. Cổ phần ưu đãi có thể chuyển đổi thành cổ phần phổ thông theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông.

2.2. Cơ cấu, tổ chức công ty cổ phần.

Cơ cấu, tổ chức của công ty cổ phần gồm có: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; đối với công ty cổ phần có trên mười một cổ đông là cá nhân hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty phải có Ban kiểm soát.²⁸

◆ Đại hội đồng cổ đông.

Đại hội đồng cổ đông gồm tất cả cổ đông có quyền biểu quyết, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty cổ phần. Đại hội đồng cổ đông họp thường niên hoặc bất thường; ít nhất mỗi năm họp một lần. Địa điểm họp Đại hội đồng cổ đông phải ở trên lãnh thổ Việt Nam. Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 65% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Đại hội đồng cổ đông thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản.

◆ Hội đồng quản trị

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty, có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định, thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty không thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông. Hội đồng quản trị có không ít hơn ba thành viên, không quá mười một thành viên, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác. Số thành viên Hội đồng quản trị phải thường trú ở Việt Nam do Điều lệ công ty quy định. Nhiệm kỳ của Hội đồng quản trị là năm năm. Nhiệm kỳ của thành viên Hội đồng quản trị không quá năm năm; thành viên Hội đồng quản trị có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ

²⁸ Điều 95, 96, 97, 102, 104, 108, 109, 121, 122, 123 Luật Doanh nghiệp 2005

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

không hạn chế. Thành viên Hội đồng quản trị không nhất thiết phải là cổ đông của công ty.

◆ Giám đốc hoặc Tổng giám đốc

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc do Hội đồng quản trị bổ nhiệm, là người điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty; chịu sự giám sát của Hội đồng quản trị và chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao. Trường hợp Điều lệ công ty không quy định Chủ tịch Hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật thì Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty. Nhiệm kỳ của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc không quá năm năm; có thể được bổ nhiệm lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty không được đồng thời làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc của doanh nghiệp khác.

◆ Ban kiểm soát

Ban kiểm soát thực hiện giám sát Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty; chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông trong thực hiện các nhiệm vụ được giao. Ban kiểm soát có từ ba đến năm thành viên nếu Điều lệ công ty không có quy định khác; nhiệm kỳ của Ban kiểm soát không quá năm năm; thành viên Ban kiểm soát có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Thành viên Ban kiểm soát không được giữ các chức vụ quản lý công ty. Thành viên Ban kiểm soát không nhất thiết phải là cổ đông hoặc người lao động của công ty.

2.3. Đăng ký kinh doanh công ty cổ phần

Các cổ đông sáng lập nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh công ty cổ phần tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp có trụ sở chính.

Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty cổ phần gồm có²⁹:

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

²⁹ Điều 19 Luật Doanh nghiệp 2005

- Dự thảo Điều lệ công ty.
- Danh sách cổ đông sáng lập và các giấy tờ kèm theo sau đây:
 - Đối với cổ đông là cá nhân: bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác;
 - Đối với cổ đông là tổ chức: bản sao quyết định thành lập, Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc tài liệu tương đương khác của tổ chức; văn bản ủy quyền, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo ủy quyền.

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

- Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.
- Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân khác đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

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

3.1. Khái niệm Công ty TNHH hai thành viên trở lên

Công ty trách nhiệm hữu hạn là doanh nghiệp, trong đó³⁰:

- Thành viên có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng thành viên không vượt quá năm mươi;
- Thành viên chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn cam kết góp vào doanh nghiệp;
- Phần vốn góp của thành viên chỉ được chuyển nhượng trong một số trường hợp mà pháp luật quy định.

Công ty trách nhiệm hữu hạn có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy

³⁰ Điều 38 Luật Doanh nghiệp 2005

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

chứng nhận đăng ký kinh doanh. Công ty trách nhiệm hữu hạn không được quyền phát hành cổ phần.

3.2. Cơ cấu, tổ chức công ty TNHH hai thành viên trở lên³¹

Công ty TNHH hai thành viên trở lên có Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ mười một thành viên trở lên phải thành lập Ban kiểm soát; trường hợp có ít hơn mười một thành viên, có thể thành lập Ban kiểm soát phù hợp với yêu cầu quản trị công ty.

◆ Hội đồng thành viên.

Hội đồng thành viên gồm các thành viên, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty. Thành viên là tổ chức chỉ định người đại diện theo uỷ quyền tham gia Hội đồng thành viên. Điều lệ công ty quy định cụ thể định kỳ họp Hội đồng thành viên, nhưng ít nhất mỗi năm phải họp một lần. Hội đồng thành viên được triệu tập họp bất cứ khi nào theo yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc theo yêu cầu của thành viên hoặc nhóm thành viên. Cuộc họp của Hội đồng thành viên phải được tổ chức tại trụ sở chính của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác. Hội đồng thành viên thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp, lấy ý kiến bằng văn bản hoặc hình thức khác do Điều lệ công ty quy định.

Hội đồng thành viên bầu một thành viên làm Chủ tịch. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty. Nhiệm kỳ của Chủ tịch Hội đồng thành viên không quá năm năm. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Trường hợp Điều lệ công ty quy định Chủ tịch Hội đồng thành viên là người đại diện theo pháp luật thì các giấy tờ giao dịch phải ghi rõ điều đó.

◆ Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty là người điều hành hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty, chịu trách nhiệm trước Hội đồng thành viên về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ của mình.

³¹ Điều 46, 49, 55 Luật Doanh nghiệp 2005

3.3. Đăng ký kinh doanh công ty TNHH hai thành viên trở lên

Thành viên sáng lập công ty thực hiện đăng ký kinh doanh công ty TNHH hai thành viên trở lên tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp có trụ sở chính.

Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty TNHH hai thành viên trở lên gồm có³²:

- Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh theo mẫu thống nhất do cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền quy định.
- Dự thảo Điều lệ công ty.
- Danh sách thành viên và các giấy tờ kèm theo sau đây:
 - Đối với thành viên là cá nhân: bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác;
 - Đối với thành viên là tổ chức: bản sao quyết định thành lập, Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc tài liệu tương đương khác của tổ chức; văn bản uỷ quyền, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo uỷ quyền.

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

- Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.
- Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân khác đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

4. CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN MỘT THÀNH VIÊN

4.1. Khái niệm công ty TNHH một thành viên

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là doanh nghiệp do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu (sau đây gọi là chủ sở hữu công ty); chủ sở

³² Điều 18 Luật Doanh nghiệp 2005

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

hữu công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty.

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được quyền phát hành cổ phần.

4.2. Cơ cấu, tổ chức của công ty TNHH một thành viên

4.2.1. Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức³³.

Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một hoặc một số người đại diện theo uỷ quyền với nhiệm kỳ không quá năm năm để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình.

- Trường hợp có ít nhất hai người được bổ nhiệm làm đại diện theo uỷ quyền thì cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên; trong trường hợp này, Hội đồng thành viên gồm tất cả người đại diện theo uỷ quyền.
- Trường hợp một người được bổ nhiệm làm người đại diện theo uỷ quyền thì người đó làm Chủ tịch công ty; trong trường hợp này cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên.

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

□ Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên nhân danh chủ sở hữu công ty tổ chức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty; có quyền nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty; chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan. Chủ tịch Hội đồng thành viên do chủ sở hữu công ty chỉ định.

³³ Điều 67, 68, 69, 70, 71 Luật Doanh nghiệp 2005

□ Chủ tịch công ty

Chủ tịch công ty nhân danh chủ sở hữu tổ chức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty; có quyền nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty; chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan.

□ Giám đốc hoặc Tổng giám đốc

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

□ Kiểm soát viên

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

4.2.2. Cơ cấu tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân³⁴

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

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

4.3. Đăng ký kinh doanh công ty TNHH một thành viên

Thành viên sáng lập công ty nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh công ty TNHH một

³⁴ Điều 74 Luật Doanh nghiệp 2005

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

thành viên tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp có trụ sở chính.

Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty TNHH một thành viên bao gồm³⁵:

- Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh theo mẫu thống nhất do cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền quy định.
- Dự thảo Điều lệ công ty.
- Danh sách thành viên và các giấy tờ kèm theo sau đây:
 - Đối với thành viên là cá nhân: bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác;
 - Đối với thành viên là tổ chức: bản sao quyết định thành lập, Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc tài liệu tương đương khác của tổ chức; văn bản uỷ quyền, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo uỷ quyền.

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

- Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.
- Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân khác đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

5. CÔNG TY HỢP DANH

5.1. Khái niệm công ty hợp danh

Công ty hợp danh là doanh nghiệp, trong đó³⁶:

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

³⁵ Điều 18 Luật Doanh nghiệp 2005

³⁶ Điều 130 Luật Doanh nghiệp 2005

- Thành viên hợp danh phải là cá nhân, chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty;
- Thành viên góp vốn 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. Công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

5.2. Cơ cấu, tổ chức công ty hợp danh

- Tất cả thành viên hợp lại thành Hội đồng thành viên. Hội đồng thành viên bầu một thành viên hợp danh làm Chủ tịch Hội đồng thành viên, đồng thời kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác. Thành viên hợp danh có quyền yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên để thảo luận và quyết định công việc kinh doanh của công ty. Thành viên yêu cầu triệu tập họp phải chuẩn bị nội dung, chương trình và tài liệu họp. Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả công việc kinh doanh của công ty.
- Các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty. Mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh trong thực hiện công việc kinh doanh hàng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó.
- Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc có các nhiệm vụ: Quản lý và điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty với tư cách là thành viên hợp danh; Triệu tập và tổ chức họp Hội đồng thành viên; ký các quyết định hoặc nghị quyết của Hội đồng thành viên; Phân công, phối hợp công việc kinh doanh giữa các thành viên hợp danh; ký các quyết định về quy chế, nội quy và các công việc tổ chức nội bộ khác của công ty; Đại diện cho công ty trong quan hệ với cơ quan nhà nước; đại diện cho công ty với tư cách là bị đơn hoặc nguyên đơn trong các vụ kiện, tranh chấp thương mại hoặc các tranh chấp khác; ...

5.3. Đăng ký kinh doanh công ty hợp danh

Thành viên sáng lập công ty nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh công ty hợp danh tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp có trụ sở chính.

Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty hợp danh bao gồm³⁷:

- Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh theo mẫu thống nhất do cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền quy định.
- Dự thảo Điều lệ công ty.
- Danh sách thành viên, bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của mỗi thành viên.
- Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với công ty hợp danh kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.
- Chứng chỉ hành nghề của thành viên hợp danh và cá nhân khác đối với công ty hợp danh kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

6. DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

6.1. Khái niệm doanh nghiệp tư nhân³⁸

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 loại chứng khoán nào. Mỗi cá nhân chỉ được quyền thành lập một doanh nghiệp tư nhân.

6.2. Cơ cấu, tổ chức quản lý doanh nghiệp tư nhân³⁹

Chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định đối với tất cả hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân có thể trực tiếp hoặc thuê người khác quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh. Trường hợp thuê người khác làm Giám đốc quản lý doanh nghiệp thì chủ doanh nghiệp tư nhân

³⁷ Điều 17 Luật Doanh nghiệp 2005

³⁸ Điều 141 Luật Doanh nghiệp 2005

³⁹ Điều 143 Luật Doanh nghiệp 2005

phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh và vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Chủ doanh nghiệp tư nhân là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài hoặc Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân là đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

6.3. Đăng ký kinh doanh doanh nghiệp tư nhân

Chủ doanh nghiệp nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh công ty hợp danh tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp có trụ sở chính.

Hồ sơ đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân bao gồm⁴⁰:

- Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh theo mẫu thống nhất do cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền quy định.
- Bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác.
- Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.
- Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc và cá nhân khác đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

7. HỢP TÁC XÃ

7.1. Khái niệm hợp tác xã⁴¹

7.1.1. 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 theo quy định của Luật Hợp tác xã 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.

⁴⁰ Điều 16 Luật Doanh nghiệp 2005

⁴¹ Điều 1, 4, 5 Luật Hợp tác xã 2003

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp, có tư cách pháp nhân, tự chủ, tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trong phạm vi vốn điều lệ, vốn tích lũy và các nguồn vốn khác của hợp tác xã theo quy định của pháp luật.

Xã viên có thể góp vốn là tiền hoặc giá trị tài sản, bao gồm cả giá trị quyền sử dụng đất, quyền sở hữu các phát minh, sáng chế, bí quyết kỹ thuật và các loại giấy tờ có giá khác. Xã viên góp sức bằng việc tham gia xây dựng hợp tác xã dưới các hình thức trực tiếp quản lý, lao động sản xuất, kinh doanh, tư vấn và các hình thức tham gia khác.

7.1.2. Hợp tác xã tổ chức và hoạt động theo các nguyên tắc:

- Tự nguyện: 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 hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;
- Dân chủ, bình đẳng và công khai: 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;
- Tự chủ, tự chịu trách nhiệm và cùng có lợi: hợp tác xã tự chủ và tự chịu trách nhiệm về kết quả hoạt động sản xuất, kinh doanh; tự quyết định về phân phối thu nhập. 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.

7.2. Cơ cấu, tổ chức quản lý hợp tác xã

■ Đại hội xã viên⁴²

Đại hội xã viên bao gồm tất cả các xã viên, là cơ quan 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.

⁴² Điều 21, 22 Luật Hợp tác xã 2003

■ Ban quản trị hợp tác xã ⁴³

Ban quản trị hợp tác xã là bộ máy quản lý hợp tác xã do Đại hội xã viên bầu trực tiếp, gồm Trưởng Ban quản trị và các thành viên khác. Số lượng thành viên Ban quản trị do Điều lệ hợp tác xã quy định. Nhiệm kỳ của Ban quản trị hợp tác xã do Điều lệ hợp tác xã quy định nhưng tối thiểu là hai năm và tối đa không quá năm năm.

■ Ban kiểm soát ⁴⁴

Ban kiểm soát là bộ máy giám sát và kiểm tra mọi hoạt động của hợp tác xã theo đúng pháp luật và Điều lệ hợp tác xã. Ban kiểm soát do Đại hội xã viên bầu trực tiếp. Số lượng thành viên Ban kiểm soát do Điều lệ hợp tác xã quy định; hợp tác xã có ít xã viên có thể chỉ bầu một kiểm soát viên.

7.3. Thành lập hợp tác xã

7.3.1. Điều kiện trở thành xã viên ⁴⁵

- Công dân Việt Nam từ mười tám tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, có góp vốn, góp sức, tán thành Điều lệ hợp tác xã, tự nguyện xin gia nhập hợp tác xã có thể trở thành xã viên.

Cán bộ, công chức được tham gia hợp tác xã với tư cách là xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã nhưng không được trực tiếp quản lý và điều hành hợp tác xã.

- Hộ gia đình, pháp nhân có thể trở thành xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã. Khi tham gia hợp tác xã, hộ gia đình, pháp nhân phải cử người đại diện có đủ điều kiện như đối với cá nhân tham gia. Cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thể là xã viên của nhiều hợp tác xã trong trường hợp Điều lệ hợp tác xã không cấm.

7.3.2. Sáng lập viên ⁴⁶

- Sáng lập viên là cá nhân, hộ gia đình hoặc pháp nhân khởi xướng việc thành lập hợp tác xã và tham gia hợp tác xã.

⁴³ Điều 25, 26, 27, 28 Luật Hợp tác xã 2003

⁴⁴ Điều 29, 30 Luật Hợp tác xã 2003

⁴⁵ Điều 17 Luật Hợp tác xã 2003

⁴⁶ Điều 10 Luật Hợp tác xã 2003

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- Sáng lập viên báo cáo bằng văn bản với Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn (sau đây gọi chung là Ủy ban nhân dân cấp xã) nơi dự định đặt trụ sở chính của hợp tác xã về việc thành lập, địa điểm đóng trụ sở, phương hướng sản xuất, kinh doanh và kế hoạch hoạt động của hợp tác xã.
- Sáng lập viên tiến hành tuyên truyền, vận động các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân 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.

7.3.3. Hội nghị thành lập hợp tác xã ⁴⁷

- Hội nghị thành lập hợp tác xã do sáng lập viên tổ chức. 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 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 trở lên; Thông qua Điều lệ, Nội quy hợp tác xã; Quyết định thành lập riêng hay không thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành hợp tác xã.

Đối với hợp tác xã thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành thì bầu Ban quản trị và Chủ nhiệm; Chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là Trưởng Ban quản trị; quyết định số lượng Phó chủ nhiệm hợp tác xã.

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;

⁴⁷ Điều 11 Luật Hợp tác xã 2003

- Thông qua biên bản hội nghị thành lập hợp tác xã.

7.3.4. Đăng ký kinh doanh hợp tác xã⁴⁸

- Hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh hoặc cấp huyện nơi hợp tác xã dự định đặt trụ sở chính, tùy theo điều kiện cụ thể của hợp tác xã. Người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã sẽ thành lập nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh đã chọn và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của hồ sơ đăng ký kinh doanh.
- 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.
- Hợp tác xã được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh khi có đủ các điều kiện sau đây:
 - Có hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ;
 - Ngành, nghề sản xuất, kinh doanh mà pháp luật không cấm;
 - Tên, biểu tượng (nếu có) của hợp tác xã phù hợp 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.

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.

⁴⁸ Điều 13, 14 Luật Hợp tác xã 2003

8. HỘ KINH DOANH

8.1. Khái niệm hộ kinh doanh

Hộ kinh doanh là một đơn vị kinh doanh có các đặc điểm sau đây⁴⁹:

- Do một cá nhân là công dân Việt Nam, một nhóm người hoặc hộ gia đình làm chủ;
- Sử dụng thường xuyên 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.

Hộ kinh doanh chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm 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.

Hộ kinh doanh cá thể có sử dụng hơn mười lao động hoặc có hơn một địa điểm kinh doanh phải chuyển đổi thành doanh nghiệp.

8.2. Thủ tục đăng ký thành lập hộ kinh doanh⁵⁰

8.2.1. Quyền đăng ký thành lập hộ kinh doanh.

Tất cả công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; các hộ gia đình đều có quyền đăng ký thành lập hộ hộ kinh doanh trừ những người chưa thành niên, người bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự, 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 kinh doanh.

Một cá nhân, hộ gia đình chỉ được đăng ký kinh doanh một hộ kinh doanh trong phạm vi toàn quốc.

8.2.2. Trình tự và thủ tục đăng ký kinh doanh đối với hộ kinh doanh.

- Cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình gửi Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh hộ kinh doanh cá thể đến Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện

⁴⁹ Khoản 4 Điều 171 Luật Doanh nghiệp 2005, Điều 36 Nghị định số .../2006/NĐ-CP về đăng ký kinh doanh và cơ quan đăng ký kinh doanh

⁵⁰ Điều 37, 38, 39 Nghị định số .../2006/NĐ-CP về đăng ký kinh doanh và cơ quan đăng ký kinh doanh

nơi đặt địa điểm kinh doanh. Kèm theo Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh phải có bản sao hợp lệ Chứng minh nhân dân của cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình.

Đối với những ngành, nghề mà luật, pháp lệnh, nghị định quy định phải có chứng chỉ hành nghề, thì phải gửi kèm theo bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của cá nhân hoặc đại diện hộ gia đình. Đối với những ngành, nghề mà luật, pháp lệnh, nghị định quy định phải có vốn pháp định thì phải có 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 cấp huyện nhận đơn, trao giấy biên nhận, và cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hộ kinh doanh cá thể trong thời hạn 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 không được trùng với tên hộ kinh doanh đã đăng ký trong phạm vi huyện;
- Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định.

Nếu sau 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 đăng ký hộ kinh doanh có quyền khiếu nại đến Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện, nơi tiếp nhận hồ sơ đăng ký kinh doanh. Sau thời hạn bảy ngày, kể từ ngày nộp đơn khiếu nại, mà không nhận được trả lời của Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện, thì người đăng ký hộ kinh doanh có quyền khiếu nại lên Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc kiện ra Tòa hành chính cấp tỉnh nơi nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật.

■ 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.

II. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CƠ BẢN CỦA CÁC TỔ CHỨC KINH DOANH

1. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CÔNG TY NHÀ NƯỚC ⁵¹

1.1. Về vốn và tài sản của công ty nhà nước

1.1.1. Công ty nhà nước có quyền:

- 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 theo quy định của Luật Doanh nghiệp Nhà nước và quy định khác của pháp luật có liên quan.
- Sử dụng và quản lý các tài sản Nhà nước giao, cho thuê là đất đai, tài nguyên theo quy định của pháp luật về đất đai, tài nguyên.

1.1.2. Công ty nhà nước có nghĩa vụ:

- Bảo toàn và phát triển vốn Nhà nước và vốn 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.
- Người đại diện chủ sở hữu nhà nước chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác 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.

1.2. Về kinh doanh của công ty nhà nước

1.2.1. Công ty nhà nước có quyền:

- 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 và ký kết hợp đồng.

⁵¹ Điều 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003

- Tự quyết định giá mua, giá bán sản phẩm, dịch vụ, trừ những sản phẩm, 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.
- Có các quyền kinh doanh khác theo nhu cầu thị trường phù hợp với quy định của pháp luật.

1.2.2. Công ty nhà nước có nghĩa vụ:

- 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 Doanh nghiệp Nhà nước.
- 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.



Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- 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.
- Thực hiện các nghĩa vụ khác trong kinh doanh theo quy định của pháp luật.

1.3. Về tài chính của công ty nhà nước

1.3.1. Công ty nhà nước có quyền:

- 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. Việc huy động vốn để kinh doanh thực hiện theo nguyên tắc tự chịu trách nhiệm hoàn trả, bảo đảm hiệu quả sử dụng vốn huy động, không được làm thay đổi hình thức sở hữu công ty.
- 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; thưởng tăng năng suất lao động; thưởng 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.

1.3.2. Công ty nhà nước có nghĩa vụ:

- 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 hàng năm và cung cấp các thông tin cần thiết để đánh giá trung thực về hiệu quả hoạt động của công ty.

1.4. Về tham gia hoạt động công ích

1.4.1. Công ty nhà nước khi tham gia hoạt động công ích còn có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích trên cơ sở đấu thầu. Đối với hoạt động công ích theo đặt hàng, giao kế hoạch của Nhà nước thì công ty có nghĩa vụ tiêu thụ sản phẩm, cung ứng dịch vụ công ích đúng đối tượng, theo giá và phí do Nhà nước quy định;
- Chịu trách nhiệm trước Nhà nước về kết quả hoạt động công ích của công ty; chịu trách nhiệm trước khách hàng, trước pháp luật về sản phẩm, dịch vụ công ích do công ty thực hiện;
- Được xem xét đầu tư bổ sung tương ứng với nhiệm vụ công ích được giao; phải hạch toán và được bù đắp chi phí hợp lý phục vụ hoạt động công ích và bảo đảm lợi ích cho người lao động theo nguyên tắc sau đây:
 - Đối với các sản phẩm, dịch vụ thực hiện theo phương thức đấu thầu thì công ty tự bù đắp chi phí theo giá thực hiện thầu;
 - Đối với các sản phẩm, dịch vụ công ích không thể thực hiện theo phương thức đấu thầu mà được Nhà nước đặt hàng thì công ty được sử dụng phí hoặc doanh thu từ cung cấp sản phẩm, dịch vụ theo đặt hàng của Nhà nước để bù đắp chi phí hợp lý phục vụ hoạt động công

ích và bảo đảm lợi ích cho người lao động. Trường hợp các khoản thu không đủ để bù đắp chi phí hợp lý thì được ngân sách nhà nước cấp bù phần chênh lệch và bảo đảm lợi ích thoả đáng cho người lao động;

- Xây dựng, áp dụng các định mức chi phí, đơn giá tiền lương trong giá thực hiện thầu, trong dự toán do Nhà nước đặt hàng hoặc giao kế hoạch;

1.4.2. Đối với công ty được thiết kế, đầu tư thành lập và đăng ký kinh doanh để thực hiện mục tiêu chủ yếu, thường xuyên và ổn định là cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích, thì còn có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Được Nhà nước đầu tư vốn để hình thành tài sản phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích;
- Khi cần thiết Nhà nước điều chuyển phần vốn hoặc tài sản phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích của công ty để thực hiện mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích ở công ty khác;
- Có quyền chuyển nhượng, cho thuê, thế chấp tài sản phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích thuộc quyền quản lý của công ty khi được người quyết định thành lập công ty cho phép. Việc thế chấp giá trị quyền sử dụng đất, tài sản của công ty gắn liền với quyền sử dụng đất phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích được thực hiện theo quy định của pháp luật về đất đai;
- Sử dụng các nguồn lực được giao để tổ chức hoạt động kinh doanh bổ sung khi được sự đồng ý của người quyết định thành lập công ty nhưng không ảnh hưởng tới việc thực hiện mục tiêu chính cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích của công ty;

2. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP

2.1. Quyền của doanh nghiệp⁵²

- Tự chủ kinh doanh; chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh, đầu tư; chủ động mở rộng quy mô và ngành, nghề kinh doanh; được Nhà nước khuyến khích, ưu đãi và tạo điều kiện thuận lợi tham gia sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích.

⁵² Điều 8 Luật Doanh nghiệp 2005

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- Lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn.
- Chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng.
- Kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu.
- Tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh.
- Chủ động ứng dụng khoa học công nghệ hiện đại để nâng cao hiệu quả kinh doanh và khả năng cạnh tranh.
- Tự chủ quyết định các công việc kinh doanh và quan hệ nội bộ.
- Chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp.
- Từ chối mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định.
- Khiếu nại, tố cáo theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.
- Trực tiếp hoặc thông qua người đại diện theo uỷ quyền tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật.
- Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

2.2. Nghĩa vụ của doanh nghiệp⁵³

- Hoạt động kinh doanh theo đúng ngành, nghề đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; bảo đảm điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật khi kinh doanh ngành, nghề kinh doanh có điều kiện.
- Tổ chức công tác kế toán, lập và nộp báo cáo tài chính trung thực, chính xác, đúng thời hạn theo quy định của pháp luật về kế toán.
- Đăng ký mã số thuế, kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.
- Bảo đảm quyền, lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động; thực hiện chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và bảo hiểm khác cho người lao động theo quy định của pháp luật về bảo hiểm.

⁵³ Điều 9 Luật Doanh nghiệp 2005

- Bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hoá, dịch vụ theo tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố.
- Thực hiện chế độ thống kê theo quy định của pháp luật về thống kê; định kỳ báo cáo đầy đủ các thông tin về doanh nghiệp, tình hình tài chính của doanh nghiệp với cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo mẫu quy định; khi phát hiện các thông tin đã kê khai hoặc báo cáo thiếu chính xác, chưa đầy đủ thì phải kịp thời sửa đổi, bổ sung các thông tin đó.
- Tuân thủ quy định của pháp luật về quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, bảo vệ tài nguyên, môi trường, bảo vệ di tích lịch sử, văn hoá và danh lam thắng cảnh.
- Các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

2.3. Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp có sản xuất, cung ứng các sản phẩm, dịch vụ công ích ⁵⁴

Doanh nghiệp tham gia sản xuất, cung ứng các sản phẩm dịch vụ công ích còn có thêm quyền và nghĩa vụ như sau:

- Được hạch toán và bù đắp chi phí theo giá thực hiện thầu hoặc thu phí sử dụng dịch vụ theo quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.
- Được bảo đảm thời hạn sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ thích hợp để thu hồi vốn đầu tư và có lãi hợp lý.
- Sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ đủ số lượng, đúng chất lượng và thời hạn đã cam kết theo giá hoặc phí do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định.
- Bảo đảm các điều kiện công bằng và thuận lợi như nhau cho mọi đối tượng khách hàng.
- Chịu trách nhiệm trước pháp luật và khách hàng về số lượng, chất lượng, điều kiện cung ứng và giá, phí sản phẩm, dịch vụ cung ứng.
- Các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

⁵⁴ Điều 10 Luật Doanh nghiệp 2005

3. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA HỢP TÁC XÃ

3.1. Quyền của hợp tác xã⁵⁵

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

3.2. Nghĩa vụ của 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;

⁵⁵ Điều 6, 7 Luật Hợp tác xã 2003

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

III. PHÁP LUẬT PHỤC VỤ KINH DOANH CỦA DOANH NGHIỆP

1. Một số vấn đề pháp luật về hợp đồng tại Việt Nam hiện nay

Trong hệ thống pháp luật của một quốc gia, pháp luật về hợp đồng giữ vị trí vô cùng quan trọng. Đặc biệt là trong nền kinh tế thị trường, nơi mà tài sản,

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

dịch vụ... phải được tự do chuyển dịch thì vai trò của chế định hợp đồng càng được thể hiện rõ. Trong các quan hệ hợp đồng, ý chí của các bên mang tính quyết định. Pháp luật về hợp đồng trước hết phải bảo vệ tự do khế ước, tạo niềm tin cho tự do cạnh tranh. Hợp đồng luôn là một công cụ để phản ánh ý chí của các bên trong cách ứng xử trong môi trường kinh doanh luôn thay đổi. Về nguyên tắc, ý chí của các bên được pháp luật tôn trọng và các quy định bắt buộc có trong pháp luật chỉ hạn chế ở mức cần thiết nhằm bảo vệ trật tự công.

1.1. Một số vấn đề cụ thể về hợp đồng⁵⁶

Những quy định chung nhất về hợp đồng như khái niệm hợp đồng, đề nghị giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng, sửa đổi, chấm dứt hợp đồng... được quy định trong BLDS, còn trong các văn bản luật khác chỉ quy định những đặc thù của hợp đồng trong các lĩnh vực khác nhau của nền kinh tế. Vì vậy, phần này chỉ đề cập đến một số quy định chung về hợp đồng đã được quy định trong BLDS.

1.1.1. Về cơ cấu các quy định về hợp đồng trong BLDS

Các vấn đề về hợp đồng được quy định tại nhiều phần, chương, mục của BLDS năm 2005.

Trong quá trình soạn thảo BLDS có ý kiến cho rằng cần tập trung các vấn đề về hợp đồng vào phần “Nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự”. BLDS năm 2005 vẫn giữ nguyên cơ cấu về hợp đồng dân sự trong BLDS năm 1995, vì cơ cấu đó về cơ bản là phù hợp, khoa học.

BLDS năm 2005 cũng vẫn giữ thuật ngữ “hợp đồng dân sự”, “giao dịch dân sự”, “nghĩa vụ dân sự” mà không sử dụng thuật ngữ “hợp đồng”, “giao dịch”, “nghĩa vụ” vì theo quan niệm hiện nay, quan hệ dân sự được hiểu theo nghĩa rộng (bao gồm cả các quan hệ trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động) nên việc sử dụng thuật ngữ “hợp đồng dân sự”, “giao dịch dân sự”, “nghĩa vụ dân sự” vẫn là phù hợp, không ảnh hưởng gì đến nguyên tắc áp dụng pháp luật là: các quy định chung về hợp đồng dân sự được áp dụng cho mọi loại hợp đồng; còn đặc thù của hợp đồng trong từng lĩnh vực sẽ do các văn bản chuyên ngành quy định. Nguyên tắc ưu tiên áp dụng luật

⁵⁶ Từ Điều 388 đến Điều 427 Bộ luật Dân sự

chuyên ngành cũng đã được thể hiện trong các văn bản luật khác như Luật Thương mại (Điều 4), Luật Doanh nghiệp, Luật Nhà ở...

1.1.2. Về khái niệm hợp đồng:

“ Hợp đồng dân sự là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”⁵⁷. Sự thoả thuận là yếu tố bắt buộc phải có trong hợp đồng. Không thể có hợp đồng nếu không có sự thoả thuận giữa các bên. Song nếu sự thoả thuận giữa các bên không nhằm mục đích xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự thì cũng không hình thành hợp đồng.

Từ khái niệm được quy định tại Điều 388 và những quy định có liên quan trong Bộ luật dân sự cho thấy hợp đồng dân sự có các dấu hiệu sau đây: (1) các bên trong hợp đồng dân sự là các cá nhân và pháp nhân hoặc các chủ thể khác; (2) hợp đồng dân sự được hình thành trên cơ sở có sự thoả thuận, dựa trên quan hệ bình đẳng, thiện chí, hợp tác giữa các bên. Đây là những nguyên tắc quan trọng nhất trong giao dịch. Mục đích của thoả thuận đó nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự; mục đích của các thoả thuận đó có thể là kinh doanh nhằm thu lợi nhuận hoặc sinh hoạt tiêu dùng; (3) về hình thức, hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, nếu pháp luật không quy định đối với loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định.

1.1.3. Nguyên tắc cơ bản của hợp đồng

Nếu trong BLDS năm 1995 (Điều 7) quy định "Quyền tự do cam kết, thoả thuận phù hợp với quy định của pháp luật trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm" thì Điều 4 BLDS năm 2005 quy định "Quyền tự do cam kết, thoả thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nếu cam kết, thoả thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội". Đây là sửa đổi rất quan trọng, vì quy định này thể hiện nguyên tắc các chủ thể trong quan hệ dân sự "được làm những gì mà pháp luật không cấm" thay vì "được làm những gì phù hợp với quy định của pháp luật". Điều 4 BLDS về nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận là nguyên tắc rất quan trọng của BLDS, được đặt ở Phần thứ nhất "Những quy

⁵⁷ Điều 388 BLDS

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

định chung". Những quy định ở Phần này mang tính chất nền tảng, chi phối, xuyên suốt toàn bộ Bộ luật, trong đó có Phần thứ ba về nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự.

Khái niệm về điều cấm của pháp luật và đạo đức xã hội đã được quy định tại Điều 128 BLDS.

Điều 4 BLDS còn quy định: Trong quan hệ dân sự, các bên hoàn toàn tự nguyện, không bên nào được áp đặt, cấm đoán, cưỡng ép, đe dọa, ngăn cản bên nào.

Cam kết, thoả thuận hợp pháp có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng.

Điều 389 BLDS năm 2005 quy định nguyên tắc về giao kết hợp đồng dân sự, theo đó việc giao kết hợp đồng dân sự phải tuân theo các nguyên tắc sau đây:

- Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội.
- Nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng.

Nguyên tắc này nhằm bảo đảm việc giao kết không bị ai cưỡng ép hoặc gây cản trở trái ý chí của các bên. Họ đều bình đẳng với nhau và trước pháp luật.

1.1.4. Về đề nghị giao kết hợp đồng

Khoản 1 Điều 390 BLDS đã đưa ra khái niệm về đề nghị giao kết hợp đồng. Đây là điểm mới so với quy định tương ứng (Điều 396) của BLDS năm 1995. Nội dung của quy định là: (1) Thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng; (2). Bên đề nghị phải chịu sự ràng buộc về đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể.

Tại khoản 2 điều này đã quy định: "Trong trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh". Như vậy, nội dung của khoản này đã có những điểm mới so với quy định tương ứng (Điều 396) của BLDS năm 1995: quy định rõ hậu quả pháp lý đối với bên đề nghị giao kết hợp đồng trong trường hợp người đề nghị giao kết hợp

đồng đã đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng với một người và nêu rõ thời hạn trả lời mà lại giao kết hợp đồng với người khác trong thời hạn đó.

- ◆ Khi nào thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực?

Theo quy định tại Điều 391 BLDS thì thời điểm đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực được xác định như sau: (a) Do bên đề nghị ấn định; (b) Nếu bên đề nghị không ấn định thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó.

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

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi, rút lại đề nghị giao kết hợp đồng trong các trường hợp đã được quy định tại Điều 392 BLDS.

- ◆ Huỷ bỏ đề nghị giao kết hợp đồng:

Điều 393 BLDS quy định về việc huỷ bỏ đề nghị giao kết hợp đồng. Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng thực hiện quyền huỷ bỏ đề nghị do đã nêu rõ quyền này trong đề nghị thì phải thông báo cho bên được đề nghị và thông báo này chỉ có hiệu lực khi bên được đề nghị nhận được thông báo trước khi bên được đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

- ◆ Chấm dứt đề nghị giao kết hợp đồng:

Đề nghị giao kết hợp đồng ràng buộc người đề nghị trong thời hạn đã nêu trong đề nghị. Vì vậy, luật cũng quy định khi nào thì coi đề nghị được chấm dứt, để người đề nghị có quyền giao kết hợp đồng với người khác. Theo Điều 394 BLDS thì đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt trong các trường hợp sau đây: (1) Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận; (2) Hết thời hạn trả lời chấp nhận; (3) Khi thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực; (4) Khi thông báo về việc huỷ bỏ đề nghị có hiệu lực; (5) Theo thoả thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

- ◆ Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị đối với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị (Điều 396).

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Khi bên được đề nghị đã chấp nhận giao kết hợp đồng, nhưng có nêu điều kiện hoặc sửa đổi đề nghị thì coi như người này đã đưa ra đề nghị mới (Điều 395). Thời hạn trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng được quy định tại Điều 397 BLDS. Theo quy định tại khoản 1 Điều 397 BLDS, khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; nếu bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề nghị mới của bên chậm trả lời.

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

Khi các bên trực tiếp giao tiếp với nhau, kể cả trong trường hợp qua điện thoại hoặc qua các phương tiện khác thì bên được đề nghị phải trả lời ngay có chấp nhận hoặc không chấp nhận, trừ trường hợp có thoả thuận về thời hạn trả lời (khoản 2 Điều 397).

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

1.1.5. Về hình thức hợp đồng⁵⁸

Về nguyên tắc, các bên được lựa chọn hình thức của hợp đồng, ví dụ bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể. Việc lựa chọn này bị loại trừ trong trường hợp pháp luật có quy định về một hình thức cụ thể bắt buộc.

Các hình thức hợp đồng được đa dạng hoá hơn để phù hợp với việc ứng dụng công nghệ thông tin trong giai đoạn hiện nay và trong tương lai. Quy định tại khoản 1 Điều 124 BLDS năm 2005 cũng được áp dụng đối với hình thức của hợp đồng dân sự, từ đó hợp đồng dân sự thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu được coi là hợp đồng bằng văn bản.

Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin

⁵⁸ Điều 401 BLDS

phép thì phải tuân theo các quy định đó.

Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

1.1.6. Về thời điểm giao kết hợp đồng⁵⁹

BLDS quy định nguyên tắc chung là hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết. Hợp đồng cũng xem như được giao kết khi hết thời hạn trả lời mà bên nhận được đề nghị vẫn im lặng, nếu có thoả thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết. Thời điểm giao kết hợp đồng miệng là thời điểm các bên đã thoả thuận về nội dung của hợp đồng. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản (Điều 404).

1.1.7. Nội dung của hợp đồng⁶⁰

Điều 401 BLDS năm 1995 quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng dân sự, theo đó nội dung chủ yếu của hợp đồng là những điều khoản mà thiếu những điều khoản đó, thì hợp đồng không thể giao kết được. Vì vậy, trong thực tế áp dụng có nhiều trường hợp hợp đồng bị tuyên là vô hiệu do thiếu điều khoản chủ yếu. Từ đó, dẫn đến quyền lợi của một trong các bên không được bảo đảm, trong khi các bên vẫn có thể thoả thuận bổ sung sau khi hợp đồng đã được giao kết. Khắc phục tình trạng này và tôn trọng nguyên tắc tự do hợp đồng, BLDS năm 2005 không quy định hợp đồng phải có những nội dung chủ yếu, mà tùy từng trường hợp các bên có thể thoả thuận về các nội dung nêu tại Điều 402. Quy định này mang tính hướng dẫn đối với các bên cần lưu ý khi giao kết hợp đồng. Như vậy, trong trường hợp thiếu một vài nội dung nào đó thì hợp đồng đã được giao kết cũng không vì thế mà bị vô hiệu.

1.1.8. Hiệu lực của hợp đồng⁶¹

Điều 405 BLDS năm 2005 quy định hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Nhưng BLDS năm 2005 không có quy định về hợp đồng hợp

⁵⁹ Điều 404 BLDS

⁶⁰ Điều 402 BLDS

⁶¹ Điều 416 BLDS

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

pháp. Trong khi đó, Điều 122 BLDS năm 2005 quy định về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự. Do đó, cần áp dụng Điều 122 khi xác định hợp đồng hợp pháp, đồng thời kết hợp với các quy định cụ thể đối với một số hợp đồng, nếu có.

Theo quy định của Điều 122 BLDS năm 2005 thì có hai trường hợp xảy ra:

Trường hợp thứ nhất: Giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

- Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự;
- Mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội;
- Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện.

Trong trường hợp này, hình thức giao dịch dân sự không phải là điều kiện có hiệu lực của giao dịch.

Trường hợp thứ hai: Ngoài các điều kiện chung nêu trong trường hợp thứ nhất, trong trường hợp thứ hai hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong trường hợp pháp luật có quy định.

Như vậy, việc tuân thủ về hình thức chỉ là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong trường hợp pháp luật có quy định cụ thể về việc đó.

1.1.9. Hợp đồng dân sự theo mẫu

Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra (Điều 407 BLDS). Việc soạn thảo hợp đồng mẫu với những điều kiện được áp dụng đồng đều cho mọi khách hàng, trước tiên vì mục tiêu hợp lý hoá bán hàng. Qua đó, bên bán và bên mua đều có thể “tiết kiệm” được thời gian, sức lực trong đàm phán và thoả thuận. Trong nhiều lĩnh vực hoạt động, nhất là dịch vụ, ở đó các giao dịch được thực hiện lặp đi lặp lại giữa một chủ thể (bên cung cấp dịch vụ) với nhiều chủ thể khác nhau (bên nhận dịch vụ) với đối tượng phục vụ như nhau, hợp đồng thường được bên cung cấp dịch vụ thảo sẵn, bên nhận dịch vụ chỉ có quyền tự do trong việc quyết định có tham gia hợp đồng đó không mà không cùng thảo luận để đưa

ra các điều khoản của hợp đồng. Khi tham gia vào quan hệ trên, họ buộc phải tuân theo các điều khoản của hợp đồng đã được bên cung cấp dịch vụ đưa ra. Ví dụ, hợp đồng ký với công ty điện, nước: các điều khoản của hợp đồng do công ty điện, nước quy định sẵn, người tiêu dùng chỉ có ký hoặc không ký. Hợp đồng mẫu trên thực tế ngày càng phát triển và giữ một vị trí rất quan trọng, song vấn đề đặt ra là làm thế nào để đảm bảo sự tự do ý chí và công bằng thoả đáng giữa các bên. Người tiêu dùng là người yếu thế, là người thiếu kinh nghiệm và ít khả năng lựa chọn, vì vậy, một nền pháp chế văn minh phải ưu tiên bảo vệ kẻ yếu.

Khoản 2 Điều 407 BLDS quy định: Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng thì bên đưa ra hợp đồng mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó.

Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thoả thuận khác (khoản 3 Điều 407 BLDS).

1.1.10. Hợp đồng dân sự vô hiệu và hậu quả pháp lý của nó

Điều 410 BLDS năm 2005 viện dẫn việc áp dụng các quy định từ Điều 127 đến Điều 138 vì hợp đồng là một loại giao dịch dân sự, do đó, cần áp dụng những quy định về giao dịch dân sự vô hiệu đối với hợp đồng vô hiệu.

Theo quy định tại Điều 127 BLDS, giao dịch dân sự không có một trong các điều kiện được quy định tại Điều 122 BLDS thì vô hiệu. Về lý thuyết, có thể phân chia thành hai loại vô hiệu của giao dịch: đó là giao dịch đương nhiên vô hiệu (hay còn gọi là giao dịch vô hiệu tuyệt đối) và giao dịch dân sự vô hiệu theo đề nghị của người có quyền, lợi ích liên quan (hay còn gọi là giao dịch vô hiệu tương đối). Nếu không có đề nghị hoặc có đề nghị nhưng không được Toà án chấp nhận thì giao dịch vẫn có hiệu lực pháp luật. BLDS quy định 7 trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu. Đây chỉ là những trường hợp vô hiệu nói chung.

Ngoài ra, Điều 411 quy định về hợp đồng dân sự vô hiệu do có đối tượng không thể thực hiện được, cụ thể:

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Trong trường hợp ngay từ thời điểm ký kết, hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được vì lý do khách quan thì hợp đồng này bị vô hiệu.

Trong trường hợp khi giao kết hợp đồng mà một bên biết hoặc phải biết về việc hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được, nhưng không thông báo cho bên kia biết nên bên kia đã giao kết hợp đồng thì phải bồi thường thiệt hại cho bên kia, trừ trường hợp bên kia biết hoặc phải biết về việc hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được. Quy định này cũng được áp dụng đối với trường hợp hợp đồng có một hoặc nhiều phần đối tượng không thể thực hiện được, nhưng phần còn lại của hợp đồng vẫn có giá trị pháp lý.

Đồng thời, BLDS năm 2005 giải quyết mối quan hệ giữa vô hiệu của hợp đồng chính và vô hiệu của hợp đồng phụ, trong đó sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ, trừ trường hợp các bên có thoả thuận hợp đồng phụ được thay thế hợp đồng chính. Quy định này không áp dụng đối với các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Sự vô hiệu của hợp đồng phụ không làm chấm dứt hợp đồng chính, trừ trường hợp các bên thoả thuận hợp đồng phụ là một phần không thể tách rời của hợp đồng chính.

Hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu được giải quyết theo Điều 137 BLDS năm 2005, theo đó hợp đồng vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên kể từ thời điểm xác lập. Trong trường hợp này, các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền, trừ trường hợp tài sản giao dịch, hoa lợi, lợi tức thu được bị tịch thu theo quy định của pháp luật. Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường.

1.1.11. Về thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu

Thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu tại Điều 136 được áp dụng đối với yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu, vì hợp đồng là một loại phổ biến của giao dịch dân sự.

Xuất phát từ đó, thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu được quy định tại các điều từ Điều 130 đến Điều 134 của BLDS năm 2005 là hai năm, kể từ ngày giao dịch dân sự được xác lập. Đối với các giao dịch dân sự được quy định tại Điều 128 và Điều 129 của BLDS năm 2005 thì thời hiệu

yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu không bị hạn chế, có nghĩa là yêu cầu Toà án vào bất kỳ thời điểm nào cũng được.

1.1.12. Thực hiện hợp đồng ⁶²

Đây là một trong những giai đoạn quan trọng của hợp đồng, vì mục đích của các bên có đạt được hay không phụ thuộc vào vấn đề hợp đồng được thực hiện tốt hay không. Do đó, khi thực hiện hợp đồng, các bên phải tuân theo các nguyên tắc được quy định tại Điều 412 BLDS.

1.1.13. Cầm giữ tài sản trong hợp đồng song vụ ⁶³

Cầm giữ tài sản là việc bên có quyền (sau đây gọi là bên cầm giữ) đang chiếm giữ hợp pháp tài sản là đối tượng của hợp đồng song vụ được cầm giữ tài sản khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ hoặc thực hiện nghĩa vụ không đúng theo thỏa thuận.

Bên cầm giữ có quyền cầm giữ toàn bộ hoặc một phần tài sản; thu hoa lợi từ tài sản cầm giữ và được dùng để bù trừ nghĩa vụ; yêu cầu bên có tài sản bị cầm giữ thanh toán các chi phí cần thiết cho việc bảo quản, giữ gìn tài sản đó và phải bảo quản, giữ gìn tài sản cầm giữ.

Quyền cầm giữ chấm dứt theo thỏa thuận của các bên; khi bên cầm giữ vi phạm nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản cầm giữ hoặc bên có tài sản bị cầm giữ hoàn thành nghĩa vụ.

1.1.14. Về phạt vi phạm đối với vi phạm hợp đồng ⁶⁴

BLDS năm 2005 không quy định phạt vi phạm là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự như quy định của BLDS năm 1995, mà quy định đó là một trong các nội dung của hợp đồng, nếu các bên có thoả thuận và tùy từng loại hợp đồng (khoản 7 Điều 402).

Phạt vi phạm là sự thoả thuận giữa các bên trong hợp đồng về việc bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm. Mức phạt vi phạm do các bên thoả thuận. Về quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, BLDS quy định: các bên có thể thoả thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ

⁶² Từ Điều 412 đến Điều 422 BLDS

⁶³ Điều 416 BLDS

⁶⁴ Điều 422 BLDS

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

phải nộp tiền phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại; nếu không có thoả thuận trước về mức bồi thường thiệt hại thì phải bồi thường toàn bộ thiệt hại. Trong trường hợp các bên không có thoả thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm.

1.1.15. Sửa đổi hợp đồng⁶⁵

Xuất phát từ nguyên tắc tự do ý chí trong việc giao kết hợp đồng, các bên có thể thoả thuận sửa đổi hợp đồng và giải quyết hậu quả của việc sửa đổi, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Trong trường hợp hợp đồng được lập thành văn bản, được công chứng, chứng thực, đăng ký hoặc cho phép thì việc sửa đổi hợp đồng cũng phải tuân theo hình thức đó.

1.1.16. Chấm dứt, huỷ bỏ hợp đồng, đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng

Hợp đồng chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

- Hợp đồng đã được hoàn thành:

Các bên đã thực hiện xong các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng, ví dụ, bên bán đã giao tài sản cho bên mua, bên mua đã trả đủ tiền cho bên bán.

- Theo thoả thuận của các bên.

Ví dụ, A cho B vay tiền. Nếu A thoả thuận với B xoá khoản nợ đó cho B thì hợp đồng vay tiền giữa A và B chấm dứt.

- Cá nhân giao kết hợp đồng chết, pháp nhân hoặc chủ thể khác chấm dứt mà hợp đồng phải do chính cá nhân, pháp nhân hoặc chủ thể đó thực hiện.

Đây là những loại hợp đồng bắt buộc người có nghĩa vụ phải tự họ thực hiện, không được chuyển cho người khác. Ví dụ, A ký hợp đồng với hoạ sĩ B vẽ cho mình bức tranh; B chưa vẽ xong thì không may bị chết; hợp đồng này sẽ chấm dứt vì bức tranh đó phải do chính hoạ sĩ B vẽ theo hợp đồng đã giao kết.

⁶⁵ Điều 423 BLDS

- Hợp đồng bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện.
- Hợp đồng không thể thực hiện được do đối tượng của hợp đồng không còn và các bên có thể thoả thuận thay thế đối tượng khác hoặc bồi thường thiệt hại.
- Các trường hợp khác do pháp luật quy định.

1.1.17. Huỷ bỏ hợp đồng⁶⁶

Một bên có quyền huỷ bỏ hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại khi bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện huỷ bỏ mà các bên đã thoả thuận hoặc pháp luật có quy định.

Bên huỷ bỏ hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc huỷ bỏ, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

Hậu quả pháp lý là: khi hợp đồng bị huỷ bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết và các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải trả bằng tiền.

Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị huỷ bỏ phải bồi thường thiệt hại.

1.1.18. Đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng⁶⁷

Một bên có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng nếu các bên có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định.

Bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc chấm dứt hợp đồng, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

Hậu quả pháp lý là: Khi hợp đồng bị đơn phương chấm dứt thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm bên kia nhận được thông báo chấm dứt. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán.

Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị đơn phương chấm dứt phải bồi thường thiệt hại.

⁶⁶ Điều 425 BLDS

⁶⁷ Điều 426 BLDS

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

1.1.19. Thời hiệu khởi kiện về hợp đồng⁶⁸

Thời hiệu khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp hợp đồng dân sự là hai năm, kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân, các chủ thể khác bị xâm phạm.

Trong quá trình soạn thảo BLDS, có ý kiến đề nghị thời hạn nêu trên cần được tính từ thời điểm bên có quyền bị vi phạm biết hoặc phải biết quyền của mình bị vi phạm; nếu tính thời điểm kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân, các chủ thể khác bị xâm phạm, thì quyền lợi của bên có quyền trong nhiều trường hợp không được bảo vệ tốt, vì họ có thể không biết quyền của họ đã bị vi phạm. BLDS năm 2005 không thể hiện ý kiến này, mà giải quyết mục tiêu tương tự bằng cách tính thời hạn của thời hiệu khởi kiện, cụ thể: nếu người có quyền khởi kiện gặp trở ngại khách quan, trong đó có trường hợp không biết hoặc không thể biết quyền của mình bị xâm phạm, thì thời gian này cũng không tính vào thời hạn của thời hiệu (đoạn 3 khoản 1 Điều 161 BLDS năm 2005).

1.2. Về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự⁶⁹

Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được quy định tại mục 5 chương XVII phần thứ ba của BLDS năm 2005. Sau đây là các nội dung chính của các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự:

1.2.1. Những vấn đề chung:

- BLDS năm 2005 không quy định phạt vi phạm là một trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, mà các bên có thể thỏa thuận về phạt vi phạm là một trong các nội dung của hợp đồng (khoản 7 Điều 402). Theo BLDS các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự bao gồm: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh, tín chấp.
- Phân biệt cầm cố và thế chấp tài sản căn cứ vào một tiêu chí cơ bản, đó là trong trường hợp cầm cố, bên cầm cố phải chuyển giao tài sản cho bên nhận cầm cố giữ; trong trường hợp thế chấp, bên thế chấp được giữ tài sản thế chấp. Sự thay đổi này là để phù hợp với thông lệ quốc tế.

⁶⁸ Điều 427 BLDS

⁶⁹ Từ Điều 318 đến Điều 373 BLDS

- Việc cầm cố, thế chấp tuy có hạn chế một số quyền của bên cầm cố, bên thế chấp đối với tài sản bảo đảm, nhưng không vì thế mà làm đình trệ hoạt động sản xuất, kinh doanh thông thường của họ.

Ngoài ra, BLDS đã tạo cơ chế thông thoáng trong việc xử lý tài sản bảo đảm, phù hợp với yêu cầu thực tế, đó là cho phép các bên thoả thuận về biện pháp xử lý tài sản bảo đảm; nếu không thoả thuận được thì bán đấu giá.

1.2.2. Một số nội dung cụ thể

- ◆ Về phạm vi bảo đảm thực hiện nghĩa vụ ⁷⁰

Xuất phát từ nguyên tắc tự do hợp đồng, các bên được thoả thuận về phạm vi bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, theo đó không chỉ có thể bảo đảm một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ, mà còn bảo đảm thực hiện các loại nghĩa vụ, kể cả nghĩa vụ hiện tại, nghĩa vụ trong tương lai (đáp ứng nhu cầu vay theo hạn mức và theo dự án) và nghĩa vụ có điều kiện. Trong trường hợp các bên không có thoả thuận và pháp luật không có quy định, thì nghĩa vụ được coi là bảo đảm toàn bộ, kể cả nghĩa vụ trả lãi và bồi thường thiệt hại (nếu có).

- ◆ **Về tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự**⁷¹

Về nguyên tắc mọi tài sản đều có thể được dùng để bảo đảm, trừ trường hợp pháp luật có quy định cấm. Tài sản ở đây được hiểu theo Điều 163, từ Điều 174 đến Điều 181 BLDS năm 2005, bao gồm cả tài sản hình thành trong tương lai.

- ◆ **Tài sản để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ dân sự (Điều 324)**

BLDS năm 2005 mở rộng khả năng dùng một tài sản để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, cụ thể bên có nghĩa vụ hoặc người thứ ba được cầm cố, thế chấp một tài sản để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ, nếu giá trị tài sản tại thời điểm giao kết hợp đồng cầm cố, thế chấp lớn hơn tổng giá trị các khoản nợ, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Như vậy, các bên có

⁷⁰ Điều 319 BLDS

⁷¹ Từ Điều 320 đến Điều 322 BLDS

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

quyền thỏa thuận về giá trị tài sản bảo đảm, giá trị này có thể lớn hơn hoặc ít hơn so với tổng các khoản nợ.

Các bên được thỏa thuận về việc dùng một tài sản để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ tại một hoặc nhiều tổ chức tín dụng, với một hoặc nhiều chủ đầu tư khác.

◆ *Về phân biệt cầm cố và thế chấp tài sản*

Một trong những đổi mới cơ bản các quy định về cầm cố, thế chấp hiện hành, cụ thể: Việc phân biệt cầm cố và thế chấp tài sản căn cứ vào một tiêu chí chủ yếu, đó là trong trường hợp cầm cố, bên cầm cố phải chuyển giao tài sản cho bên nhận cầm cố giữ; trong trường hợp thế chấp, bên thế chấp được giữ tài sản thế chấp để tiếp tục khai thác, sử dụng.

◆ *Về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia cầm cố, thế chấp*

Bên thế chấp có quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản, trừ trường hợp hoa lợi, lợi tức cũng thuộc tài sản thế chấp theo thỏa thuận; được đầu tư để làm tăng giá trị của tài sản thế chấp; được bán, thay thế tài sản thế chấp, nếu tài sản đó là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh.

BLDS năm 2005 quy định rõ quyền định đoạt của bên thế chấp tài sản tại khoản 3, khoản 4 Điều 349, trong đó phân biệt hai trường hợp đó là bán tài sản thế chấp là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất kinh doanh và tài sản khác với hậu quả pháp lý khác nhau. Vấn đề quan trọng đặt ra là các bên phải chú trọng đến các biện pháp để bảo vệ quyền và lợi ích của mình sao cho giảm thiểu rủi ro.

Trong trường hợp bán tài sản thế chấp là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, thì quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền, số tiền thu được hoặc tài sản hình thành từ số tiền thu được trở thành tài sản thế chấp thay thế cho số tài sản đã bán; được bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp không phải là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, nếu được bên nhận thế chấp đồng ý; được cho thuê, cho mượn tài sản thế chấp, nhưng phải thông báo cho bên thuê, bên mượn biết về việc tài sản cho thuê,

cho mượn đang được dùng để thế chấp và phải thông báo cho bên nhận thế chấp biết. Đồng thời, trong trường hợp bán tài sản thế chấp là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, BLDS cũng đã đưa ra cơ chế để bên nhận thế chấp vẫn thu hồi được nợ. Từ đó, bảo đảm hài hòa lợi ích của các bên. Ví dụ: trong thế chấp kho hàng, sau khi đã bán hàng ra, thì bên thế chấp phải nhập hàng vào để giữ cho giá trị kho hàng ở mức như đã cam kết. Ngoài ra, bên nhận thế chấp được thanh toán nợ bằng số tiền mà bên thế chấp thu được từ việc bán hàng hoá.

1.3. Hợp đồng thông dụng ⁷²

Chương XVIII Phần thứ ba của Bộ luật Dân sự quy định về 13 loại hợp đồng thông dụng nhất của quan hệ dân sự (Từ Điều 428 đến Điều 593). Các loại hợp đồng và nội dung của chúng, về cơ bản, được kế thừa các quy định tương ứng của BLDS năm 1995; đồng thời có những sửa đổi, bổ sung nhằm đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế-xã hội của nước ta hiện nay và đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế.

2. PHÁP LUẬT VÀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG

2.1 Về hợp đồng lao động

Bộ luật Lao động được Quốc hội thông qua ngày 23 tháng 6 năm 1994, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01 tháng 01 năm 1995 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động ngày 02 tháng 4 năm 2002 có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2003, đã thể chế hoá đường lối đổi mới của Đảng cộng sản Việt Nam về vấn đề lao động, việc làm, sử dụng và quản lý lao động; cụ thể hoá quy định tại các điều 55 và 56 của Hiến pháp năm 1992 và Hiến pháp năm 1992 đã được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QHH10 ngày 25 tháng 12 năm 2002 về lao động, kế thừa và phát triển pháp luật lao động Việt Nam từ sau cách mạng tháng tám năm 1945 đến nay; nội luật hoá các Công ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và tham khảo có chọn lọc pháp luật lao động của các nước có nền kinh tế thị trường.

Bộ luật Lao động quy định những nguyên tắc cơ bản và các quy phạm chung điều chỉnh quan hệ lao động làm công hưởng lương giữa người sử dụng lao

⁷² Từ Điều 428 đến 593 BLDS

động và người lao động. Bộ luật Lao động quy định các quyền nghĩa vụ pháp lý cơ bản của người lao động và người sử dụng lao động; quy định các chế định pháp lý cơ bản về việc làm, học nghề, hợp đồng lao động, thoả ước lao động tập thể, tiền lương, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, kỷ luật lao động và trách nhiệm vật chất, an toàn - vệ sinh lao động, bảo hiểm xã hội, các chế độ ưu đãi đối với lao động nữ, lao động chưa thành niên, lao động là người tàn tật, lao động là người cao tuổi, lao động có trình độ chuyên môn, kỹ thuật cao; lao động cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam, người nước ngoài lao động tại Việt Nam và lao động Việt Nam làm việc ở nước ngoài; giải quyết tranh chấp lao động; quản lý nhà nước về lao động.

2.2. Về hợp đồng lao động

2.2.1. Khái niệm hợp đồng lao động là gì?

Điều 26 Bộ luật Lao động quy định: Hợp đồng lao động là sự thoả thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động.

Hợp đồng lao động là một phương thức bảo đảm sự cạnh tranh lành mạnh trong lao động đối với cả người lao động và người sử dụng lao động. Quan hệ lao động giữa hai bên được thiết lập bằng hợp đồng lao động; hợp đồng lao động là một căn cứ pháp lý quan trọng để ràng buộc hai bên thực hiện những cam kết đối với nhau, duy trì quan hệ hợp tác ổn định.

Người lao động giao kết hợp đồng lao động, tức là đã thực hiện quyền tự do lựa chọn nghề, lựa chọn nơi làm việc phù hợp với nhu cầu có việc làm và để có thu nhập. Bằng việc ký hợp đồng lao động, người lao động thỏa mãn những điều kiện đưa ra đối với người sử dụng lao động và bằng lòng với những điều kiện do người sử dụng lao động đặt ra.

Người sử dụng lao động giao kết hợp đồng lao động tức là thể hiện ý chí tự do và tự nguyện lựa chọn người đạt tiêu chuẩn tuyển dụng và phù hợp với nhu cầu sản xuất, kinh doanh, dịch vụ của mình, thoả mãn những điều kiện mà mình đặt ra cho người lao động và bằng lòng đáp ứng những điều kiện do người lao động đưa ra với mình.

Để được người sử dụng lao động tuyển chọn, nhất là trong tình hình cung ứng lao

động lớn hơn cầu, người lao động phải chủ động chuẩn bị cho mình những điều kiện thích hợp về thể lực và trình độ nghề nghiệp. Ngược lại, người sử dụng lao động cần phải bố trí điều kiện lao động, việc làm đầy đủ và mức lương thỏa đáng, cung cách quản lý dân chủ, công minh để thu hút được lao động có trình độ.

Một trong các điểm khác đáng chú ý giữa hợp đồng lao động và hợp đồng dân sự là người lao động khi đã bước vào thực hiện hợp đồng lao động thì đồng thời với việc được đảm bảo các quyền và lợi ích theo quy định của pháp luật, được trả lương theo năng suất, chất lượng và hiệu quả công việc, họ còn phải chịu sự chỉ huy, điều hành của người sử dụng lao động và làm việc tại một địa điểm, với thời giờ làm việc ấn định (trừ trường hợp được thỏa thuận mang việc về làm thường xuyên tại nhà); có thể được người sử dụng lao động khen thưởng về vật chất và tinh thần hoặc bị xử lý kỷ luật lao động theo nội quy lao động của doanh nghiệp.

2.2.2. Các loại hợp đồng lao động

Việc xác định cần giao kết hợp đồng lao động theo loại nào đối với từng người lao động thuộc quyền tự chủ kinh doanh của người sử dụng lao động. Trên cơ sở kế hoạch và tiến độ sản xuất, kinh doanh, dịch vụ, người sử dụng lao động tính toán thời hạn thực hiện đối với từng hạng mục công việc để xác định vị trí việc làm nào, thì tuyển người làm theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn; vị trí việc làm nào thì tuyển người làm theo hợp đồng lao động xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng, vị trí nào thì chỉ tuyển người theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định mà thời hạn dưới 12 tháng. Việc xác định được các vị trí công việc này sẽ tránh được hậu quả thừa người khi hết công việc và phải giải quyết người lao động dôi ra.

a) Hợp đồng lao động không xác định thời hạn

Hợp đồng lao động không xác định thời hạn là hợp đồng mà trong đó hai bên không xác định thời hạn, thời điểm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng.

Loại hợp đồng lao động không xác định thời hạn áp dụng trong trường hợp không biết trước thời hạn kết thúc công việc, công việc có tính chất thường

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

xuyên, ổn định trong nhiều năm, tồn tại cùng với sự tồn tại của doanh nghiệp. Khi ký kết hợp đồng lao động với người lao động làm những công việc có tính chất như trên, trong bản hợp đồng lao động không ấn định trước thời hạn kết thúc hợp đồng, chỉ ghi không xác định thời hạn. Loại hợp đồng này bắt buộc phải ký kết bằng văn bản.

Người lao động ký kết hợp đồng không xác định thời hạn có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, nhưng phải báo trước cho người sử dụng lao động ít nhất 45 ngày; người lao động bị ốm đau, tai nạn đã điều trị sáu tháng liền thì phải báo trước ít nhất ba ngày⁷³.

Người sử dụng lao động có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đối với người lao động và phải báo trước ít nhất 45 ngày trong trường hợp người lao động thường xuyên không hoàn thành công việc theo hợp đồng; bị ốm đau đã điều trị 12 tháng liền mà khả năng lao động chưa hồi phục hoặc doanh nghiệp chấm dứt hoạt động, doanh nghiệp phải thu hẹp sản xuất, giảm chỗ làm việc vì lý do bất khả kháng mà doanh nghiệp không khắc phục được. Đối với trường hợp bị xử lý kỷ luật sa thải (có hành vi trộm cắp, tham ô, tiết lộ bí mật công nghệ, kinh doanh hoặc có hành vi khác gây thiệt hại nghiêm trọng về tài sản, lợi ích của doanh nghiệp; bị xử lý kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương, chuyển làm công việc khác mà tái phạm trong thời gian chưa xóa kỷ luật hoặc bị xử lý kỷ luật cách chức mà tái phạm; tự ý bỏ việc 05 (năm) ngày cộng dồn trong một tháng hoặc 20 ngày cộng dồn trong một năm mà không có lý do chính đáng) thì không có quy định về thời hạn báo trước. Riêng lao động nữ có thai phải nghỉ việc thì thời hạn báo trước cho người sử dụng lao động tùy thuộc vào thời hạn do thầy thuốc chỉ định, vì nếu tiếp tục làm việc sẽ ảnh hưởng xấu tới thai nhi.

Vì vậy, đối với người lao động làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn, người sử dụng lao động phải có biện pháp giữ vững quan hệ lao động, làm cho người lao động gắn bó lâu dài với doanh nghiệp, đặc biệt là đối với người lao động có trình độ chuyên môn, kỹ thuật cao. Về phía người lao động, do việc làm được ổn định lâu dài, phải có thái độ lao động tốt, đi sâu vào

⁷³ Điều 37 Bộ luật lao động

chuyên môn, kỹ thuật và nghiệp vụ để phát huy được tính sáng tạo, đạt hiệu quả lao động cao, hai bên hợp tác cùng có lợi.

b) Loại hợp đồng lao động xác định thời hạn

Hợp đồng lao động xác định thời hạn là hợp đồng mà trong đó hai bên xác định thời hạn, thời điểm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng trong khoảng thời gian từ đủ 12 tháng đến 36 tháng.

Loại hợp đồng lao động này được áp dụng trong trường hợp người sử dụng lao động đã chủ động biết trước thời điểm kết thúc công việc theo kế hoạch và tiến độ sản xuất, kinh doanh, dịch vụ. Khi ký kết hợp đồng lao động với người lao động làm những hạng mục công việc như vậy, tùy từng vị trí công việc, trong bản hợp đồng lao động phải ghi rõ thời hạn hợp đồng. Ví dụ: 13 tháng hoặc 15 tháng hoặc 25 tháng hoặc 36 tháng. Hình thức hợp đồng này bắt buộc phải ký kết bằng văn bản.

Người sử dụng lao động trong quan hệ lao động xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng có thể chấm dứt hợp đồng lao động và phải báo trước cho người lao động ít nhất 30 ngày trong các trường hợp người lao động không thường xuyên hoàn thành công việc theo hợp đồng; bị ốm đau đã điều trị 6 tháng liền mà khả năng lao động chưa hồi phục; doanh nghiệp chấm dứt hoạt động hoặc doanh nghiệp phải thu hẹp sản xuất, giảm chỗ làm việc vì lý do bất khả kháng mà doanh nghiệp không khắc phục được. Đối với trường hợp bị xử lý kỷ luật sa thải thì không phải báo trước thời hạn.

Ngược lại, người lao động làm theo hợp đồng lao động xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, và phải báo trước cho người sử dụng lao động ít nhất 3 ngày trong các trường hợp không bố trí theo đúng công việc, địa điểm làm việc hoặc không được bảo đảm các điều kiện làm việc đã thoả thuận trong hợp đồng, không được trả công đầy đủ hoặc trả công không đúng thời hạn đã thoả thuận trong hợp đồng hoặc bị ngược đãi, bị cưỡng bức lao động hoặc bị ốm đau, tai nạn đã điều trị 3 tháng liền; ít nhất 30 ngày nếu bản thân hoặc gia đình thực sự có hoàn cảnh khó khăn không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng, được bầu làm nhiệm vụ

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

chuyên trách ở các cơ quan dân cử hoặc bổ nhiệm giữ chức vụ trong bộ máy nhà nước. Riêng lao động nữ có thai phải nghỉ việc thì thời hạn báo trước cho người sử dụng lao động tùy thuộc vào thời hạn do thầy thuốc chỉ định, vì nếu tiếp tục làm việc sẽ ảnh hưởng xấu tới thai nhi.

Ngoài các trường hợp trên, bình thường thì người lao động làm theo hợp đồng lao động không xác định từ đủ 12 tháng đến 36 tháng phải làm việc cho đến khi hết thời hạn theo hợp đồng, không được chấm dứt hợp đồng giữa chừng.

Mặc dù thời hạn quan hệ lao động chỉ từ đủ 12 tháng đến 36 tháng, nhưng hai bên phải thành tâm hợp tác trên tinh thần đôi bên cùng có lợi và nếu cần thì có thể cùng thương lượng, thoả thuận để tiếp tục quan hệ lao động thông qua việc ký kết hợp đồng lao động xác định thời hạn mới hoặc chuyển thành hợp đồng lao động không xác định thời hạn.

c) Loại hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng.

Loại hợp đồng lao động này được áp dụng trong trường hợp công việc chỉ thực hiện trong thời gian không đủ 12 tháng. Ví dụ: trong thời hạn 5, 6 tháng hoặc trong 11 tháng là kết thúc.

Riêng trong trường hợp công việc chỉ làm dưới ba tháng hoặc đối với lao động giúp việc gia đình, thì hai bên có thể giao kết hợp đồng lao động bằng miệng. Trong trường hợp này, các bên đương nhiên vẫn phải tuân theo các quy định của pháp luật lao động; các bên có thể mời người thứ ba chứng kiến việc ký hợp đồng lao động. Tranh chấp lao động trong trường hợp này được giải quyết căn cứ vào các quy định của pháp luật lao động. Khi trả lương, người sử dụng lao động phải thanh toán thêm các quyền lợi khác bằng 30% của tiền lương (tiền công) ghi trong hợp đồng lao động, trong đó bao gồm: Bảo hiểm xã hội = 15%; Bảo hiểm y tế = 2%; Nghỉ hàng năm = 4%; tiền tàu xe đi lại khi nghỉ phép đối với người lao động do hai bên thoả thuận hoặc theo Thoả ước lao động tập thể, nhưng không quá 9% tiền lương (tiền công) ghi trong hợp đồng lao động.

Người lao động làm việc theo hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định mà thời hạn dưới 12 tháng có quyền đơn phương chấm dứt

hợp đồng lao động và có thể bị chấm dứt hợp đồng lao động như người lao động làm theo hợp đồng lao động xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng, chỉ khác là thời hạn báo trước khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động ít nhất là 3 ngày; thời gian ốm đau dài ngày đã điều trị mà khả năng lao động chưa hồi phục để làm căn cứ đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động là nửa thời hạn hợp đồng lao động.

Khi hợp đồng lao động từ đủ 12 tháng đến 36 tháng hoặc hợp đồng theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng hết hạn mà người lao động vẫn tiếp tục làm việc thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hợp đồng lao động hết hạn, hai bên phải ký kết hợp đồng lao động mới; nếu không ký kết hợp đồng lao động mới, hợp đồng đã giao kết trở thành hợp đồng lao động không xác định thời hạn. Trường hợp hai bên ký kết hợp đồng lao động mới là hợp đồng xác định thời hạn thì cũng chỉ được ký thêm một thời hạn, sau đó nếu người lao động vẫn tiếp tục làm việc thì phải ký kết hợp đồng lao động không xác định thời hạn.

Về phương diện bảo đảm việc làm, thì việc thiết lập quan hệ lao động để được làm theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định mà thời hạn dưới 12 tháng tuy có giải quyết được việc làm trước mắt, nhưng đối với người lao động thì việc làm vẫn bấp bênh. Nguyện vọng của người lao động là có việc làm ổn định để đi sâu phát triển tài năng, không bị gián đoạn thu nhập. Khi đã ở vị trí công việc có tính thường xuyên, ổn định mà vẫn phải thiết lập quan hệ lao động tạm thời thì vô lý. Một số chủ doanh nghiệp cố tình thực hiện như vậy để tránh không phải giải quyết nhiều quyền lợi đối với người lao động như: không phải nâng bậc, tăng lương, không phải trả trợ cấp thôi việc, thường từ lợi nhuận theo quy định của pháp luật (trợ cấp thôi việc và thưởng từ lợi nhuận chỉ được thực hiện đối với người lao động đã làm việc tại doanh nghiệp từ 1 năm trở lên), và kích thích người lao động làm việc hết sức mình với hy vọng được giao kết tiếp hợp đồng lao động mới khi hết thời hạn hợp đồng lao động đang thực hiện.

Tại Khoản 3, Điều 27 Bộ luật Lao động quy định: Không được giao kết hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định mà thời hạn dưới 12 tháng để làm những công việc có tính chất thường xuyên từ 12 tháng

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

trở lên, trừ trường hợp phải tạm thời thay thế người lao động đi làm nghĩa vụ quân sự, nghỉ theo chế độ thai sản hoặc nghỉ việc có tính chất tạm thời khác.

Người lao động nghỉ theo chế độ thai sản mà phải có người thay thế tạm thời khi nghỉ để sinh con hoặc nghỉ để nuôi con nuôi sơ sinh hoặc nghỉ do sẩy thai. Sau khi nghỉ hết thời gian theo chế độ, người lao động nữ có thể thỏa thuận với người sử dụng lao động để nghỉ thêm. Cũng có người sau khi sinh đủ 2 tháng trở lên thỏa thuận với người sử dụng lao động để trở lại làm việc sớm. Người lao động nghỉ việc để nuôi con nuôi sơ sinh được nghỉ đến khi con nuôi đủ 4 tháng tuổi. Người lao động sẩy thai được nghỉ 20 ngày, nếu thai dưới 3 tháng; 30 ngày nếu thai từ 3 tháng trở lên.

Tùy theo từng vị trí công việc mà doanh nghiệp kịp thời bố trí người của doanh nghiệp làm kiêm hoặc tuyển người tạm thời thay thế để không bỏ trống chỗ làm việc. Trong trường hợp người sử dụng lao động tuyển người thay thế thì khi giao kết hợp đồng lao động, phải ghi rõ thời hạn khớp với thời hạn của người nghỉ theo chế độ thai sản, bởi vì người nghỉ theo chế độ thai sản khi nghỉ hết thời hạn, được trở lại làm việc, được bảo đảm chỗ làm việc.

Trong trường hợp người sử dụng lao động muốn sử dụng tiếp người lao động tạm thời thay thế hoặc đã giao kết hợp đồng lao động với thời hạn dài hơn, thì phải bố trí công việc khác hoặc công việc tương tự cho người đó để vẫn bảo đảm chỗ làm việc cho người nghỉ theo chế độ thai sản đúng với quy định của pháp luật.

Nghỉ việc có tính chất tạm thời đến mức phải có người khác tạm thời thay thế bao gồm các trường hợp: Tạm hoãn hợp đồng do bị tạm giữ, tạm giam; đi làm các nghĩa vụ công dân như tham gia huấn luyện quân dự bị; các trường hợp được tạm hoãn hợp đồng do người lao động được người sử dụng lao động đồng ý cho nghỉ như: nghỉ để, đi học ở trong hoặc ngoài nước, xin đi làm việc có thời hạn cho tổ chức, cơ quan, cá nhân ở trong nước hoặc ngoài nước, được chuyển làm cán bộ chuyên trách trong các Hội đồng của doanh nghiệp Nhà nước; xin nghỉ không hưởng lương để giải quyết những công việc khác của bản thân.

Theo Điều 27 Bộ luật Lao động, người sử dụng lao động được giao kết hợp

đồng theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định mà thời hạn dưới 12 tháng để tạm thời thay thế người lao động đã làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn hoặc hợp đồng lao động xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến dưới 36 tháng đi làm nghĩa vụ quân sự hoặc nghỉ việc có tính chất tạm thời khác.

Đối với công việc của những người nghỉ việc có tính chất tạm thời nói trên, người sử dụng lao động tùy từng vị trí công việc, nếu không bố trí người trong doanh nghiệp kiêm nhiệm được, thì căn cứ vào thời hạn được nghỉ việc tạm thời của người nghỉ để giao kết hợp đồng với người khác nhằm tạm thời thay thế vào vị trí làm việc bị trống.

Khi giao kết hợp đồng lao động, phải nêu rõ thời hạn kết thúc hợp đồng đúng với thời hạn của người nghỉ việc được nghỉ, vì người nghỉ việc có tính chất tạm thời khi hết thời hạn nghỉ được trở lại làm việc, được bảo đảm chỗ làm việc.

Người nghỉ việc có tính chất tạm thời trở lại làm việc thì người tạm thời thay thế phải thôi việc theo hợp đồng hoặc được người sử dụng lao động giữ lại làm việc và bố trí việc khác theo thoả thuận giữa hai bên.

2.2.3. Về hình thức hợp đồng lao động

a) Ký kết bằng văn bản

Khi xác lập quan hệ lao động theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn hoặc xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng hoặc hợp đồng theo mùa vụ, theo một công việc nhất định mà thời hạn dưới 12 tháng, thì nhất thiết phải ký kết hợp đồng lao động bằng văn bản, trừ trường hợp đối với một số công việc có tính chất tạm thời mà thời hạn dưới 3 tháng hoặc đối với lao động giúp việc gia đình thì có thể được giao kết bằng miệng.

Bản hợp đồng lao động là một căn cứ để hai bên kiểm tra việc thực hiện cam kết của nhau và trong trường hợp xảy ra tranh chấp lao động không giải quyết được phải yêu cầu cơ quan có thẩm quyền giải quyết, thì bản hợp đồng lao động là một chứng cứ pháp lý. Vì vậy, hợp đồng lao động bằng văn bản phải được làm thành hai bản như nhau, có chữ ký của cả hai bên trong mỗi bản và mỗi bên giữ một bản.

b) Giao kết hợp đồng bằng miệng

Về nguyên tắc, hợp đồng lao động phải được ký dưới hình thức văn bản. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định, vì lý do thời hạn hợp đồng ngắn hoặc vì lý do thân tín giữa người sử dụng lao động và người thuê lao động mà pháp luật cho phép có thể ký hợp đồng lao động dưới dạng hợp đồng miệng. Những trường hợp đó là:

- Công việc có tính chất tạm thời có thời hạn dưới 3 tháng;
- Lao động giúp việc trong gia đình.

Nếu có tranh chấp lao động phát sinh từ hợp đồng lao động miệng mà các bên không giải quyết được, tức là lòng tin đối với nhau bị tổn thương, thì có quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền giải quyết; chứng cứ được coi trọng hơn là lời khai của đương sự. Giao kết hợp đồng lao động bằng miệng tức là chỉ bằng lời nói, rất khó chứng minh. Khi giao kết hợp đồng lao động bằng miệng, hai bên vẫn phải tuân theo quy định của pháp luật. Khi có tranh chấp lao động, nếu hai bên không hoà giải được, thì phải giải quyết theo quy định của pháp luật.

Khoản 2, Điều 3 Nghị định 44/2003/NĐ-CP ngày 09.05.2003 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ Luật Lao động về hợp đồng lao động quy định: "Trong trường hợp giao kết bằng miệng, nếu cần có người chứng kiến thì hai bên thoả thuận". Có thêm người chứng kiến thì có thêm bằng chứng để giải quyết tranh chấp lao động khi cần thiết.

2.2.4. Về những nội dung chủ yếu của hợp đồng lao động

Khi giao kết hợp đồng lao động, người lao động và người sử dụng lao động phải thương lượng và thoả thuận về những nội dung cụ thể về quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động. Điều 29 của Bộ Luật Lao động quy định những nội dung chủ yếu của hợp đồng lao động, bao gồm:

♦ Công việc phải làm

Nêu rõ những hạng mục công việc cụ thể, đặc điểm, tính chất công việc và những nhiệm vụ chủ yếu, khối lượng và chất lượng phải bảo đảm.

Trong trường hợp đã có văn bản hợp lệ của doanh nghiệp về chức năng, nhiệm

vụ, quy tắc, quy trình làm việc đối với vị trí công việc cụ thể, thì người lao động phải được biết, trước khi thoả thuận giao kết hợp đồng. Trong hợp đồng bằng văn bản, phải ghi rõ công việc phải làm sẽ theo các văn bản đó của doanh nghiệp.

◆ **Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi**

Nêu rõ số giờ làm việc hàng ngày, hàng tuần, theo giờ hành chính hay theo ca kíp, có ca đêm hay không, ngày nghỉ hàng tuần, nghỉ hàng năm, ngày nghỉ lễ, nghỉ việc riêng, nghỉ không hưởng lương, việc làm thêm giờ.

Số ngày nghỉ lễ của lao động là người nước ngoài là số ngày quy định tại Điều 73 của Bộ Luật Lao động và thêm ngày Quốc khánh của nước họ (nếu có).

Số ngày nghỉ hàng năm theo quy định tại Điều 74 và 75 của Bộ luật Lao động và được tính theo tính chất công việc bình thường hay nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm và theo điều kiện sinh sống tại nơi hoạt động của doanh nghiệp.

Số ngày nghỉ về việc riêng theo quy định tại Điều 78 và số ngày nghỉ không hưởng lương theo quy định tại Điều 79 của Bộ luật Lao động.

◆ **Tiền lương**

Nêu rõ mức lương (theo tháng, tuần, ngày hoặc giờ); tiền làm thêm giờ; các loại phụ cấp (khu vực đất đỏ, chức vụ, trách nhiệm, nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm, lưu động...); hình thức trả lương (theo thời gian, theo sản phẩm hoặc khoán); các loại tiền thưởng; các loại trợ cấp; thời gian trả lương; các loại phúc lợi tập thể; điều kiện nâng bậc lương; việc giải quyết tiền lương và tiền tàu xe trong những ngày đi đường khi nghỉ hàng năm, nếu có.

Tiền lương theo hợp đồng lao động còn là một căn cứ để giải quyết các quyền lợi khác của người lao động như bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, trợ cấp thôi việc, trợ cấp mất việc làm, bồi thường thiệt hại, tạm ứng tiền lương.

◆ **Địa điểm làm việc**

Nêu rõ địa điểm làm việc chính, làm tại chỗ, đi lao động xa gần, phương tiện đi lại, ăn ở trong thời gian lưu động.

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

◆ Thời hạn hợp đồng

Nêu rõ loại hợp đồng lao động (không xác định thời hạn, xác định từ đủ 12 tháng đến 36 tháng, theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định mà thời hạn dưới 12 tháng); ngày bắt đầu thực hiện hợp đồng (ngày giao kết, ngày do hai bên thoả thuận hoặc từ ngày người lao động bắt đầu làm việc). Đối với loại hợp đồng xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến dưới 36 tháng và loại hợp đồng theo thời vụ hoặc theo một công việc nhất định, thì phải ghi ngày kết thúc hợp đồng.

◆ Điều kiện về an toàn lao động, vệ sinh lao động

Nêu rõ các tiêu chuẩn an toàn lao động, vệ sinh lao động cụ thể trong công việc phải làm, các phương tiện phòng hộ lao động mà người lao động phải tuân thủ, người sử dụng lao động phải tạo điều kiện và bảo đảm cung cấp.

Trong trường hợp đã có văn bản hợp lệ của doanh nghiệp về an toàn lao động, vệ sinh lao động thì phải để người lao động được đọc trước khi giao kết hợp đồng lao động.

Trước khi giao việc cụ thể để thực hiện hợp đồng lao động, người sử dụng lao động phải tổ chức huấn luyện về an toàn lao động, vệ sinh lao động cho người lao động đối với công việc sẽ làm, đặc biệt là đối với loại công việc có yêu cầu nghiêm ngặt về an toàn lao động, vệ sinh lao động. Nếu giao vận hành máy móc, thiết bị có yêu cầu nghiêm ngặt về an toàn lao động, thì phải huấn luyện và cấp thẻ an toàn.

◆ Bảo hiểm xã hội

Nêu rõ trách nhiệm của mỗi bên phải đóng góp, thu nộp bảo hiểm xã hội, quyền lợi của người lao động về bảo hiểm xã hội.

Đối với người làm thời hạn dưới 3 tháng, ngoài tiền lương, người sử dụng lao động phải trả thêm 17% so với mức lương đã thoả thuận theo hợp đồng lao động để người lao động tự lo liệu về bảo hiểm xã hội và bảo hiểm y tế. Đối với người làm từ 3 tháng trở lên, phải tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc; người lao động không được đặt điều kiện với người sử dụng lao động là không thu bảo hiểm xã hội của mình.

Trên đây là những nội dung chủ yếu, nếu thiếu, thì hợp đồng lao động không thể giao kết được, tức là hợp đồng lao động không được xác lập. Ngoài những nội dung chủ

yếu, trong hợp đồng lao động có thể có các nội dung khác do hai bên thoả thuận.

Để bảo vệ người lao động, pháp luật lao động đã quy định nhiều điều khoản nhằm ngăn ngừa sự lạm dụng của người sử dụng lao động trước thế yếu của người lao động do cung sức lao động nhiều hơn cầu, ví dụ như: không được đặt mức lương của người làm công việc giản đơn nhất thấp hơn mức lương tối thiểu; không được ấn định thời giờ làm việc quá 8 giờ một ngày hoặc quá 48 giờ một tuần; phải trả lương làm thêm giờ; phải trả lương phụ cấp làm đêm; phải nộp bảo hiểm xã hội; phải thừa nhận quyền được thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn của người lao động...

Nội quy lao động đã được Ban Chấp hành Công đoàn cơ sở góp ý kiến và được đăng ký tại cơ quan lao động cấp tỉnh. Thoả ước tập thể được ký kết theo sự thoả thuận giữa tập thể lao động và người sử dụng lao động về các điều kiện lao động và sử dụng lao động, quyền lợi và nghĩa vụ của hai bên trong quan hệ lao động và được đăng ký tại cơ quan lao động cấp tỉnh. Nội quy lao động và thoả ước tập thể đều có hiệu lực pháp luật, không chỉ có giá trị thực hiện đối với người lao động đang có mặt, mà đối với cả người lao động mới vào làm việc sau khi nội quy lao động và thoả ước tập thể đã được đăng ký.

Vì vậy, tại Khoản 2, Điều 29 của Bộ Luật Lao động quy định: “Trong trường hợp một phần hoặc toàn bộ nội dung của hợp đồng lao động quy định quyền lợi của người lao động thấp hơn mức được quy định trong pháp luật lao động, thoả ước lao động tập thể, nội quy lao động đang áp dụng trong doanh nghiệp hoặc hạn chế các quyền khác của người lao động, thì một phần hoặc toàn bộ nội dung đó phải được sửa đổi, bổ sung”. Thanh tra lao động có trách nhiệm hướng dẫn và yêu cầu các bên sửa đổi, bổ sung cho phù hợp. Nếu các bên không sửa đổi, bổ sung, thì Thanh tra lao động có quyền buộc huỷ bỏ các nội dung đó; quyền và nghĩa vụ của các bên được giải quyết theo quy định của pháp luật..

2.2.5. Về giao kết hợp đồng và thực hiện hợp đồng lao động

- *Hợp đồng lao động được giao kết trực tiếp giữa người lao động và người sử dụng lao động*
 - Người lao động trước khi giao kết hợp đồng lao động phải tự mình biết

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

việc làm có những nội dung gì, có phù hợp với sức khỏe và nghề mà mình đã lựa chọn hay không, quyền, lợi ích và nghĩa vụ cụ thể trong quan hệ lao động. Có trường hợp người lao động cần đặt thêm những yêu cầu riêng về bản thân để thương lượng, thoả thuận chi tiết với người sử dụng lao động.

- Người sử dụng lao động trước khi giao kết hợp đồng lao động phải tìm hiểu năng lực về mọi mặt của người lao động, nhất là người làm theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn hoặc xác định thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng, biết được những yêu cầu riêng về bản thân của người lao động để giải đáp cụ thể.

Hai bên trực tiếp gặp nhau khi giao kết hợp đồng lao động là hình thức tốt nhất, để hiểu biết nhau ngay từ đầu.

- Hợp đồng lao động có thể được ký kết giữa người sử dụng lao động với người được uỷ quyền hợp pháp thay mặt cho nhóm người lao động; trong trường hợp này, hợp đồng có hiệu lực như được ký kết với từng người.

Người được uỷ quyền hợp pháp là người được toàn thể nhóm người lao động nhất trí cử ra thay mặt cho nhóm để ký kết hợp đồng lao động với người sử dụng lao động, trên cơ sở đã hoàn toàn nhất trí về những nội dung ghi trong bản hợp đồng lao động. Khoản 1, Điều 5 Nghị định 44/2003/NĐ-CP ngày 09.5.2003 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ Luật Lao động về hợp đồng lao động quy định: trường hợp do người được uỷ quyền hợp pháp ký kết phải kèm theo danh sách ghi rõ họ, tên, tuổi, địa chỉ thường trú, nghề nghiệp và chữ ký của từng người lao động. Hợp đồng lao động này có hiệu lực như ký kết với từng người lao động và chỉ áp dụng trong trường hợp người sử dụng lao động cần lao động để giải quyết một công việc nhất định, theo mùa vụ mà thời hạn kết thúc dưới 12 tháng hoặc công việc xác định được thời gian kết thúc từ đủ 12 tháng đến dưới 36 tháng.

- Lao động có thể giao kết một hoặc nhiều hợp đồng lao động với một hoặc nhiều người sử dụng lao động, nhưng phải bảo đảm thực hiện đầy đủ các hợp đồng đã giao kết.

- Về mặt tổ chức sản xuất và tổ chức lao động, trong các doanh nghiệp có các công việc phải tổ chức làm trọn ngày, trọn tuần, nhưng cũng có loại công việc chỉ cần người làm một số giờ trong ngày hoặc một số ngày trong tuần (như một số công việc chuẩn bị, kiểm tu, bảo dưỡng, điện, nước); có loại công việc cần tập trung đủ người làm việc chỉ trong những giờ cao điểm hàng ngày và những giờ còn lại trong ngày chỉ cần một số người vừa phải để làm việc vào đầu, cuối ca, ví dụ như: các công việc giao dịch, phục vụ trong các ngành dịch vụ, phục vụ công cộng.
- Về phía người lao động, có người chỉ biết một nghề, có một số người biết nhiều nghề. Với tính linh hoạt trong tổ chức sản xuất, tổ chức lao động ngày càng đa dạng của các doanh nghiệp, tính linh hoạt của thị trường sức lao động cũng được phát triển theo. Người lao động đang làm việc không trọn ngày, không trọn tuần hoặc theo thời gian biểu linh hoạt ở doanh nghiệp này, có thể liên hệ làm thêm việc làm tương tự hoặc việc làm thích hợp khác ở doanh nghiệp khác để có việc làm đầy đủ, tăng thêm thu nhập. Vấn đề cơ bản là làm việc ở nơi nào cũng đều phải thực hiện đầy đủ những cam kết theo hợp đồng lao động.
- Công việc theo hợp đồng lao động phải do người giao kết thực hiện, không được giao cho người khác, nếu không có sự đồng ý của người sử dụng lao động
 - Công việc sản xuất, kinh doanh, dịch vụ, trừ một số công việc lao động giản đơn, đều đòi hỏi người thực hiện phải có một trình độ nghề nghiệp thích hợp. Người thực hiện phải theo một quy trình và trình tự thao tác quy định để bảo đảm chất lượng và năng suất. Người vận hành máy móc, thiết bị càng phải hiểu biết và tuân thủ các tiêu chuẩn và quy định về an toàn lao động, vệ sinh lao động. Trong quá trình lao động, người lao động phải giữ đúng các điều khoản đã cam kết trong hợp đồng và các điều khoản của Thỏa ước lao động tập thể. Mỗi doanh nghiệp đều có Nội quy lao động riêng phải được mọi người

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

lao động tuân thủ. Do vậy, người giao kết hợp đồng phải là người trực tiếp thực hiện công việc theo thoả thuận.

- Chỉ được nhờ người khác thay thế, dù là tạm thời, nếu người sử dụng lao động đồng ý. Khi đã được người sử dụng lao động chấp nhận, thì trong thời gian thay thế, người thay thế có quan hệ lao động với người sử dụng lao động. Người lao động thay thế phải thương lượng rõ với người sử dụng lao động là thay thế tạm thời, và trong thời hạn bao lâu hoặc thay thế hẳn để xác định trách nhiệm của mỗi người.

2.2.6. Thực hiện hợp đồng lao động trong trường hợp sáp nhập, hợp nhất, chia, tách doanh nghiệp, chuyển quyền sở hữu, quyền quản lý hoặc quyền sử dụng tài sản của doanh nghiệp

Các trường hợp sáp nhập, hợp nhất, chia, tách doanh nghiệp, chuyển quyền sở hữu, quyền quản lý hoặc quyền sử dụng tài sản, thì đều có doanh nghiệp mới và sau khi sáp nhập, phân chia, chuyển quyền sở hữu, quyền quản lý, quyền sử dụng tài sản, thì quyền, nghĩa vụ của doanh nghiệp cũ trong quan hệ lao động được chuyển giao cho doanh nghiệp mới theo quy định của pháp luật. Vì vậy, người sử dụng lao động kế tiếp phải thực hiện nghĩa vụ đã nhận, chịu trách nhiệm tiếp tục thực hiện hợp đồng lao động mà doanh nghiệp cũ đã giao kết với người lao động. Trong trường hợp không sử dụng hết số lao động hiện có thì phải có phương án sử dụng lao động theo quy định của pháp luật.

Người lao động phải chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định tại Điều này, được trợ cấp mất việc làm theo quy định tại khoản 1 Điều 17 của Bộ luật Lao động.

2.2.7. Về việc thoả thuận việc làm thử và thời gian thử việc

- Có làm việc thử hay không là do hai bên tự nguyện đặt ra. Nếu làm thử, người lao động có điều kiện để chứng minh năng lực của mình, gây niềm tin của người sử dụng lao động đối với mình và từ đó, có thể đưa ra yêu cầu thích hợp về việc phân công, bố trí lao động và mức lương.

Người sử dụng lao động dựa vào đó có căn cứ thực tế để tiếp nhận người lao động, phân công, bố trí và trả lương cho người lao động một cách thích đáng. Nếu không cần có hợp đồng thử việc bằng văn bản, thì trong hợp đồng lao

động, hai bên cũng phải nêu rõ về nội dung công việc làm thử, thời gian thử việc và quyền, nghĩa vụ của mỗi bên trong thời gian thử việc. Nội dung công việc làm thử có thể do người sử dụng lao động chọn.

- Người lao động thử việc phải làm một nội dung công việc nhất định, có thể là một chi tiết, cả một công việc hoặc một phần việc nhất định và có kết quả cụ thể và được trả công.
- Có thể trả lương ngày; trả lương tuần hoặc trả lương tháng (nếu công việc làm từ 1 tháng trở lên) do hai bên thỏa thuận, nhưng mức thấp nhất phải bằng 70% mức lương cấp bậc của công việc đó; nếu người sử dụng lao động không có hệ thống lương cấp bậc, thì dùng mức lương sẽ được trả theo hợp đồng lao động.
- Điều 32 Bộ Luật Lao động và Nghị định 44/2003/NĐ-CP ngày 09.5.2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ Luật Lao động về hợp đồng lao động quy định: thời gian thử việc không được quá 60 ngày đối với công việc có chức danh nghề cần trình độ chuyên môn, kỹ thuật bậc đại học và trên đại học; không được quá 30 ngày đối với công việc có chức danh nghề cần trình độ trung cấp công nhân kỹ thuật, nhân viên nghiệp vụ; không quá 6 ngày đối với những lao động khác.

Trong thời gian thử việc, mỗi bên có quyền hủy bỏ thỏa thuận làm thử mà không cần báo trước và không phải bồi thường, nếu việc làm thử không đạt yêu cầu mà hai bên đã thỏa thuận. Khi việc làm thử đạt yêu cầu, thì người sử dụng lao động phải nhận người lao động vào làm việc chính thức như đã thỏa thuận.

Làm thử để chứng minh năng lực thực sự và thực tế của người lao động. Trường hợp không đạt yêu cầu mà hai bên đã thỏa thuận, thì các bên đương nhiên có quyền hủy bỏ thỏa thuận làm thử ngay tại thời điểm xác định việc làm thử không đạt yêu cầu và các bên không phải bồi thường thiệt hại, vì không có bên nào vi phạm thỏa thuận.

Nhưng nếu người lao động làm thử được thông báo đạt yêu cầu hoặc người sử dụng lao động vẫn tiếp tục để người lao động làm việc, thì người lao động đương nhiên được làm việc chính thức. Trong trường hợp này, mỗi bên có

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

quyền yêu cầu bên kia phải ký hợp đồng lao động với mình. Quyền yêu cầu này có thể được thực hiện thông qua Tòa án.

2.2.8. Về hiệu lực, sửa đổi, bổ sung hợp đồng lao động

- ◆ Việc xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng đặc biệt có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định thời điểm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên cũng như để xác định thời điểm kết thúc hợp đồng có thời hạn.

Khi giao kết hợp đồng lao động, người lao động và người sử dụng lao động có thể đồng thời thoả thuận cụ thể ngày có hiệu lực của hợp đồng. Ngày này phải được ghi rõ trong văn bản hợp đồng lao động. Ngày có hiệu lực có thể không trùng với ngày ký hợp đồng lao động. Trường hợp người lao động đi làm ngay sau khi ký kết hợp đồng lao động thì ngày có hiệu lực là ngày ký kết; trường hợp người lao động đi làm một thời gian sau đó mới ký hợp đồng lao động hoặc hợp đồng lao động miệng, thì ngày có hiệu lực là ngày người lao động bắt đầu làm việc.

- ◆ Trong quá trình thực hiện hợp đồng lao động, mỗi bên có thể nêu yêu cầu sửa đổi, bổ sung nội dung hợp đồng. Điều 33 Bộ Luật Lao động quy định bên nêu yêu cầu phải báo cho bên kia biết trước ít nhất 3 ngày.

Nếu nội dung thay đổi không nhiều và không có ảnh hưởng đến các nội dung khác của hợp đồng, thì có thể sửa đổi, bổ sung ngay vào bản hợp đồng đã ký kết, nếu là hợp đồng bằng văn bản. Nếu nội dung thay đổi nhiều hoặc ảnh hưởng đến nhiều nội dung khác, khó sửa đổi, bổ sung vào hợp đồng đã giao kết thì có thể giao kết hợp đồng mới. Việc sửa đổi, bổ sung hoặc giao kết mới hợp đồng cũng phải tuân theo các quy định về hình thức hợp đồng quy định trong Bộ luật Lao động và Nghị định số 44/2003/NĐ-CP ngày 09.5.2003.

Nếu những nội dung yêu cầu sửa đổi, bổ sung không được bên kia chấp thuận, thì hợp đồng được tiếp tục thực hiện như cũ hoặc các bên có thể thoả thuận chấm dứt hợp đồng.

2.2.9. Về việc chuyển người lao động làm công việc khác trái nghề

- ◆ Theo quy định tại Nghị định số 44/2003/NĐ-CP ngày 09.5.2003 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ

Luật Lao động về hợp đồng lao động quy định, thì khi người sử dụng lao động gặp khó khăn đột xuất do khắc phục hậu quả thiên tai, hoả hoạn, dịch bệnh; do áp dụng các biện pháp ngăn ngừa, khắc phục tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp; do sự cố điện, nước hoặc do nhu cầu sản xuất kinh doanh, thì người sử dụng lao động có quyền tạm thời chuyển người lao động làm việc khác trái nghề, nhưng không được quá 60 ngày (cộng dồn) trong một năm. Trong thời hạn này, nếu người lao động không chấp hành quyết định của người sử dụng lao động, thì có thể bị xử lý kỷ luật lao động và không được hưởng lương ngừng việc.

Công việc trái nghề là công việc khác so với công việc đã được thoả thuận trong hợp đồng lao động.

Như vậy, trong những trường hợp người sử dụng lao động gặp khó khăn đột xuất hoặc do nhu cầu sản xuất, kinh doanh mà phải tạm thời chuyển người lao động làm việc khác trái nghề, thì người lao động có nghĩa vụ thực hiện lệnh điều động làm công việc khác, người sử dụng lao động không phải thương lượng. Thời gian bị điều động làm công việc khác không được quá 60 ngày cộng dồn trong một năm.

Trong trường hợp đặc biệt, nếu đã hết 60 ngày mà vẫn phải tiếp tục kéo dài công việc trái nghề, thì phải thoả thuận với người lao động.

Nếu người lao động không chấp thuận và phải ngừng việc, thì người sử dụng lao động phải trả lương ngừng việc cho người lao động như mức quy định tại khoản 1, Điều 62 của Bộ luật Lao động.

- ◆ Khi chuyển người lao động làm công việc khác trái nghề, người sử dụng lao động phải báo cho người lao động biết trước ít nhất 3 ngày, phải báo rõ thời hạn làm tạm thời và bố trí công việc phù hợp với sức khoẻ và giới tính của người lao động.

Việc người lao động phải chuyển làm việc khác trái nghề là việc làm đột xuất nhưng người sử dụng lao động vẫn phải có kế hoạch dự phòng trước. Khi cần điều chuyển lao động thì phải phân công, bố trí người lao động làm công việc trái nghề phù hợp với sức khoẻ và các điều kiện khác đối với lao động nữ và lao động chưa thành niên.

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- ◆ Về nguyên tắc, làm công việc nào thì hưởng lương theo công việc ấy. Tuy nhiên, trong trường hợp phải chuyển người lao động tạm thời làm công việc khác trái nghề được trả lương theo công việc mới, nhưng nếu tiền lương theo công việc mới thấp hơn tiền lương cũ thì được giữ nguyên mức tiền lương cũ trong thời hạn 30 ngày làm việc. Trong trường hợp sau 30 ngày làm công việc mới mà người lao động vẫn không đạt mức lương cũ thì ít nhất cũng phải được trả bằng 70% mức lương cũ. Đối với một số người có mức lương cũ thấp, để bảo đảm đời sống cho họ, trong trường hợp này, nếu 70% mức lương cũ dưới mức lương tối thiểu, thì phải trả cho người lao động bằng mức lương tối thiểu.

Thông thường khi gặp khó khăn đột xuất hoặc do nhu cầu sản xuất, kinh doanh, thì những công việc mới phần lớn là công việc giản đơn hơn so với công việc chính và khi làm công việc mới, người lao động chưa thể quen việc ngay, chưa có năng suất cao.

2.2.10. Đối với người lao động bị tạm giữ, tạm giam

Nghị định 44/2003/NĐ-CP ngày 09.5.2003 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ Luật Lao động về hợp đồng lao động phân biệt việc tạm giữ, tạm giam có liên quan trực tiếp đến quan hệ lao động và việc tạm giữ, tạm giam không liên quan trực tiếp đến quan hệ lao động.

Nếu việc tạm giữ, tạm giam vì các hành vi có liên quan trực tiếp đến quan hệ lao động, thì khi hết hạn tạm giữ, tạm giam hoặc khi Tòa án ra bản án kết luận là người lao động bị oan, thì người sử dụng lao động phải nhận người lao động trở lại làm việc cũ, trả đủ tiền lương và các quyền lợi khác trong thời gian người lao động bị tạm giữ, tạm giam theo quy định tại Nghị định số 114/2002/NĐ-CP ngày 31.12.2002 hướng dẫn một số điều của Bộ Luật Lao động về tiền lương.

Nếu người lao động là người vi phạm pháp luật, nhưng Tòa án cho miễn trách nhiệm hình sự hoặc không bị kết án phạt tù giam hoặc không bị cấm làm công việc cũ thì tùy theo tính chất của hành vi vi phạm pháp luật của đương sự mà người sử dụng lao động bố trí cho người lao động làm công việc cũ hoặc sắp xếp công việc mới.

Nếu đương sự bị tạm giữ, tạm giam vì những hành vi không liên quan trực tiếp đến quan hệ lao động, thì khi hết hạn tạm giữ, tạm giam, người sử dụng lao động bố trí cho người lao động làm công việc cũ hoặc sắp xếp công việc mới.

Người sử dụng lao động có thể gặp khó khăn trong trường hợp người lao động bị tạm giữ, tạm giam. Nếu phải tuyển người thay thế để khởi trống chỗ làm việc, thì hợp đồng lao động với người thay thế khó xác định trước thời hạn, vì thời gian tạm giữ, tạm giam trong nhiều trường hợp không được xác định, nhất là tạm giam. Pháp luật cho phép người có thẩm quyền bắt giam được kéo dài thời hạn 2 -3 lần, tức là có thể kéo dài từ 4 đến 8 tháng hoặc đến 12 tháng.

2.2.11. Chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật

Chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật là việc một trong các bên đơn phương chấm dứt hợp đồng mà:

- Không có căn cứ pháp luật (theo quy định tại các Điều 37, 38 của Bộ Luật Lao động);
- Không đảm bảo thời hạn báo trước khi thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng (Khoản 2 và 3, Điều 37 và Khoản 2, 3 Điều 38 của Bộ Luật Lao động);
- Vi phạm quy định về cấm đơn phương chấm dứt hợp đồng theo quy định tại Điều 39 của Bộ Luật Lao động.

Hệ quả pháp lý của việc chấm dứt hợp đồng trái pháp luật được quy định tại Điều 41 của Bộ Luật Lao động, cụ thể là:

Nếu người sử dụng lao động chấm dứt hợp đồng trái pháp luật, thì phải nhận người lao động trở lại làm việc và phải bồi thường một khoản tiền bằng khoản tiền lương của những ngày không làm việc, hoặc phải bồi thường khoản tiền nêu trên và phải trợ cấp khi chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định tại Khoản 1, Điều 42 của Bộ Luật Lao động, nếu người lao động không muốn trở lại làm việc.

Nếu người lao động chấm dứt hợp đồng trái pháp luật, thì không được nhận trợ

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

cấp theo quy định tại Điều 42 mà phải bồi thường phí đào tạo (nếu có) (Khoản 2 và 3, Điều 41 của Bộ Luật Lao động).

Trong trường hợp vi phạm thời hạn báo trước khi thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng, thì bên vi phạm phải bồi thường khoản tiền bằng tổng số tiền lương của những ngày vi phạm (Khoản 4 Điều 41 của Bộ Luật Lao động).

2.2.12. Thời hạn thanh toán đầy đủ các khoản có liên quan đến quyền lợi của mỗi bên khi chấm dứt hợp đồng lao động

Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày chấm dứt hợp đồng lao động, hai bên có trách nhiệm thanh toán đầy đủ các khoản có liên quan đến quyền lợi của mỗi bên. Trong trường hợp đặc biệt, có thể kéo dài, nhưng không được quá 30 ngày.

Trong trường hợp hợp đồng lao động chấm dứt thì người lao động phải đi tìm việc làm mới. Trong thời gian chưa tìm được việc làm thì không có lương. Vì vậy, doanh nghiệp phải thanh toán ngay các khoản như: trợ cấp thôi việc và các khoản có liên quan đến quyền lợi của người lao động như nợ lương, nợ ngày nghỉ hàng năm hoặc phải trả ngay sổ lao động, sổ lương, sổ Bảo hiểm xã hội cho người lao động.

Thời hạn thanh toán và thực hiện các nghĩa vụ trao trả không được quá 7 ngày, kể từ ngày chấm dứt hợp đồng.

Trường hợp đặc biệt, như doanh nghiệp chấm dứt hoạt động hoặc một trong hai bên gặp thiên tai, hỏa hoạn thì việc thanh toán không được kéo dài quá 30 ngày, kể từ ngày chấm dứt hợp đồng.

Cũng trong thời hạn trên, người lao động cũng phải thanh toán xong các khoản nợ (nếu có), trả xong các dụng cụ, vật liệu, nếu đã được giao giữ và các khoản bồi thường, nếu có (ví dụ: phí đào tạo) cho người sử dụng lao động.

2.2.13. Từ bỏ việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trước khi hết hạn báo trước

Việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động do một bên chủ động đưa ra.

Trong thời hạn báo trước do pháp luật quy định mà bên muốn chấm dứt hợp đồng lao động suy nghĩ lại hoặc có sự thương lượng hay hoà giải của bên kia,

thì có thể từ bỏ ý định đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động.

Khi hết thời hạn báo trước mà không từ bỏ ý định, thì tuyên bố đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động có hiệu lực. Hai bên có trách nhiệm thanh toán đầy đủ các khoản có liên quan đến quyền lợi của mỗi bên.

3. PHÁP LUẬT VỀ ĐẤT ĐAI VÀ VẤN ĐỀ TIẾP CẬN MẶT BẰNG SẢN XUẤT KINH DOANH ĐỐI VỚI DOANH NGHIỆP

Đất đai là tài nguyên vô cùng quý giá đối với mỗi quốc gia, là điều kiện tồn tại và phát triển của nền sản xuất xã hội. Đất đai không chỉ là tư liệu sản xuất đặc biệt mà còn tham gia vào tất cả các ngành sản xuất ra vật chất của xã hội. Cùng với sự phát triển nhanh chóng của nền kinh tế quốc dân trong điều kiện công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước, các công trình đô thị, công trình công nghiệp, công trình dân cư phát triển với tốc độ, quy mô ngày càng lớn và phát triển nhiều trong khi đó đất đai không phải là tài nguyên vô tận, đòi hỏi việc sử dụng đất phải tiết kiệm và có hiệu quả, phải tăng cường công tác quản lý đất đai; bảo đảm hài hoà giữa lợi ích của Nhà nước và lợi ích của những người sử dụng đất; đồng thời thúc đẩy hình thành thị trường bất động sản lành mạnh trên cơ sở kinh tế thị trường có sự quản lý của Nhà nước.

Luật Đất đai sửa đổi được Quốc hội thông qua ngày 26/11/2003 và có hiệu lực thi hành từ ngày 1/7/2004 là đạo luật quan trọng điều chỉnh các quan hệ đất đai, là cơ sở pháp lý để bảo đảm mục tiêu nêu trên. Luật lần này được sửa đổi nhiều vấn đề như tăng cường phân cấp cho Ủy ban nhân dân các cấp giao đất, cho thuê đất, phân cấp thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất... trong đó, quy định cho người sử dụng đất thực hiện nhiều quyền hơn đối với đất đai, có sự đổi mới về sử dụng đất đai, tạo mặt bằng sản xuất kinh doanh đối với doanh nghiệp (kể cả doanh nghiệp trong nước, doanh nghiệp có yếu tố nước ngoài). Cụ thể như sau:

3.1. Những quy định cơ bản của pháp luật đất đai

3.1.1. Về sở hữu đất đai

Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước thống nhất quản lý được khẳng định trong Hiến pháp. Luật đất đai năm 2003 quy định rõ quyền của Nhà

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

nước là đại diện cho chủ sở hữu trong việc định đoạt, quản lý về đất đai, cụ thể là:

- Nhà nước thực hiện quyền định đoạt đối với đất đai như: Quyết định mục đích sử dụng đất thông qua việc quyết định, xét duyệt quy hoạch sử dụng đất, kế hoạch sử dụng đất (sau đây gọi chung là quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất); quy định về hạn mức giao đất và thời hạn sử dụng đất; quyết định giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất; định giá đất.
- Nhà nước thực hiện quyền điều tiết các nguồn lợi từ đất đai thông qua các chính sách tài chính về đất đai như: Thu tiền sử dụng đất, tiền thuê đất; thu thuế sử dụng đất, thuế thu nhập từ việc chuyển quyền sử dụng đất; điều tiết phần giá trị tăng thêm từ đất mà không do đầu tư của người sử dụng đất mang lại.
- Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất thông qua hình thức giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất đối với người đang sử dụng đất ổn định; quy định quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất.
- Nhà nước thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai và thống nhất quản lý nhà nước về đất đai:
 - Quốc hội ban hành pháp luật về đất đai, quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất của cả nước; thực hiện quyền giám sát tối cao đối với việc quản lý và sử dụng đất đai trong phạm vi cả nước.
 - Chính phủ quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất của tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh; thống nhất quản lý nhà nước về đất đai trong phạm vi cả nước.

Bộ Tài nguyên và Môi trường chịu trách nhiệm trước Chính phủ trong việc quản lý nhà nước về đất đai.

- Hội đồng nhân dân các cấp thực hiện quyền giám sát việc thi hành

pháp luật về đất đai tại địa phương.

- Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu về đất đai và quản lý nhà nước về đất đai tại địa phương theo thẩm quyền quy định tại Luật này.

3.1.2. Về giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất, thu hồi đất

a. Về giao đất

Nhà nước giao đất là việc Nhà nước trao quyền sử dụng đất bằng quyết định hành chính cho đối tượng có nhu cầu sử dụng đất. Theo quy định tại Điều 9 của Luật đất đai, người sử dụng đất gồm nhiều đối tượng khác nhau gồm tổ chức, cá nhân trong nước, nước ngoài; người Việt Nam định cư ở nước ngoài; cơ sở tôn giáo; cộng đồng dân cư. Nhà nước giao đất cho các đối tượng này dưới các hình thức khác nhau như giao đất có thu tiền sử dụng đất, giao đất không thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền hàng năm hoặc cho cả thời gian thuê đất.

◆ *Doanh nghiệp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất*

Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế chủ yếu thực hiện kinh doanh. Để tạo điều kiện cho các doanh nghiệp hoạt động được thuận lợi Luật đất đai năm 2003 không chỉ giao đất có thu tiền sử dụng đất cho hộ gia đình cá nhân mà còn giao đất có thu tiền sử dụng đất cho tổ chức kinh tế sử dụng vào mục đích: xây dựng nhà ở để bán hoặc cho thuê; sử dụng vào mục đích đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê quyền sử dụng đất gắn với kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê; làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh; xây dựng công trình công cộng nhằm mục đích kinh doanh; sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối. Ngoài ra, Luật Đất đai năm 2003 cho phép tổ chức kinh tế thực hiện các hoạt động này được lựa chọn hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất.

Doanh nghiệp sử dụng đất vào mục đích sau đây được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất theo hình thức đấu giá quyền sử dụng đất hoặc đấu thầu dự án có sử dụng đất:

- Đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc cho thuê;
- Đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê quyền sử dụng đất gắn liền với kết cấu hạ tầng;
- Sử dụng quỹ đất để tạo vốn cho đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng;
- Sử dụng đất làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh;
- Cho thuê đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích để sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối;
- Các trường hợp khác theo quy định của Chính phủ.

♦ **Doanh nghiệp được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất**

Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất cho tổ chức sử dụng đất vào mục đích nghiên cứu, thí nghiệm, thực nghiệm về nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; tổ chức sử dụng đất để xây dựng nhà ở tái định cư theo các dự án của Nhà nước, tổ chức kinh tế sử dụng đất xây dựng công trình giao thông, thủy lợi; đất xây dựng các công trình văn hoá, y tế, giáo dục và đào tạo, thể dục thể thao phục vụ lợi ích công cộng và các công trình công cộng khác không nhằm mục đích kinh doanh, đất làm nghĩa trang, nghĩa địa.

Đối với doanh nghiệp nhà nước đã được giao đất không thu tiền sử dụng đất để sử dụng vào mục đích sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối trước ngày 1/1/1999 (ngày Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đất đai năm 1998 có hiệu lực thi hành) phải chuyển sang thuê đất hoặc giao đất có thu tiền sử dụng đất.

♦ **Doanh nghiệp được lựa chọn hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất**

Tại khu công nghiệp, tổ chức kinh tế được lựa chọn hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê tùy theo từng đối tượng có nhu cầu sử dụng đất. Doanh nghiệp của tổ chức nước ngoài đầu tư vào sản xuất, kinh doanh được lựa chọn hình thức thuê đất của Nhà nước trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê hoặc trả tiền thuê đất hàng năm; thuê đất, thuê lại đất gắn liền với kết cấu hạ tầng của tổ chức kinh tế,

người Việt Nam định cư ở nước ngoài đầu tư xây dựng kinh doanh kết cấu hạ tầng khu công nghiệp; thuê lại đất gắn liền với kết cấu hạ tầng của tổ chức, cá nhân nước ngoài khác đầu tư xây dựng kinh doanh kết cấu hạ tầng khu công nghiệp. Riêng đối với diện tích xây dựng kết cấu hạ tầng sử dụng chung trong khu công nghiệp thì nhà đầu tư phải trả tiền sử dụng đất.

Tại Khu công nghệ cao, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương giao đất một lần cho toàn bộ khu công nghệ cao cho Ban quản lý Khu công nghệ cao. Sau đó Ban quản lý khu công nghệ cao được giao lại, cho thuê đất thu tiền thuê hàng năm đối với tổ chức, cá nhân; giao lại đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê hoặc thu tiền thuê đất hàng năm đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài.

Tại Khu kinh tế, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương giao đất cho Ban quản lý Khu kinh tế đối với diện tích đất đã thu hồi theo quy hoạch phát triển Khu kinh tế đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt. Sau đó Ban quản lý Khu kinh tế được giao lại, cho thuê đất thu tiền thuê hàng năm đối với tổ chức, hộ gia đình, cá nhân; giao lại đất, cho thuê đất, thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê hoặc thu tiền thuê đất hàng năm đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài.

Tổ chức kinh tế sử dụng đất làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh được lựa chọn hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất, hoặc thuê đất của Nhà nước; nhận chuyển quyền sử dụng đất, thuê đất, thuê lại đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân khác, người Việt Nam định cư ở nước ngoài; thuê lại đất gắn với kết cấu hạ tầng của tổ chức, cá nhân nước ngoài.

◆ ***Doanh nghiệp của người Việt Nam định cư ở nước ngoài***

Đối với doanh nghiệp của người Việt Nam định cư ở nước ngoài thực hiện dự án đầu tư tại Việt Nam kể cả đầu tư vào lĩnh vực nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản làm muối được lựa chọn hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất trả tiền hàng năm hoặc thuê đất trả tiền thuê cho cả thời gian thuê.

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

♦ *Doanh nghiệp của tổ chức, cá nhân nước ngoài*

Tổ chức, cá nhân nước ngoài có doanh nghiệp thực hiện dự án đầu tư tại Việt Nam kể cả đầu tư vào lĩnh vực nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối, tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao được lựa chọn hình thức thuê đất trả tiền hàng năm hoặc thuê đất trả tiền thuê cho cả thời gian thuê. Tổ chức kinh tế đã thuê đất của Nhà nước để làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh, xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh, xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê được chuyển sang hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất nếu có nhu cầu và phải thực hiện nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật.

b. Về cho thuê đất

Nhà nước cho thuê đất là việc Nhà nước trao quyền sử dụng đất bằng hợp đồng cho đối tượng có nhu cầu sử dụng đất.

Nhà nước cho tổ chức kinh tế, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm trong các trường hợp: thực hiện dự án đầu tư sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh; xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh; xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê; hoạt động khoáng sản, sản xuất vật liệu xây dựng, làm đồ gốm. Tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao thuê đất để xây dựng trụ sở làm việc.

Ngoài ra, Nhà nước còn cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê trong các trường hợp: Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài thuê đất để thực hiện dự án đầu tư sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh; xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh; xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê; hoạt động khoáng sản, sản xuất vật liệu xây dựng, làm đồ gốm; xây dựng nhà ở để bán hoặc cho thuê; Tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao thuê đất để xây dựng trụ sở làm việc.

c. Về chuyển mục đích sử dụng đất

Thực tế cho thấy, đất đai chủ yếu đã có chủ, Việt Nam là nước sản xuất nông

nghiệp là chủ yếu. Khi các doanh nghiệp có nhu cầu sử dụng đất, phần lớn phải thu hồi đất nông nghiệp để chuyển sang làm mặt bằng sản xuất, kinh doanh. Trước tình hình đó, pháp luật quy định cho phép người sử dụng đất được chuyển mục đích sử dụng. Theo quy định của Luật đất đai, chuyển mục đích sử dụng đất chia làm trường hợp phải xin phép và trường hợp không phải xin phép. Cụ thể như sau:

- Trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải được phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền gồm: Chuyển đất chuyên trồng lúa nước sang đất trồng cây lâu năm, đất trồng rừng, đất nuôi trồng thủy sản; chuyển đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ sang sử dụng vào mục đích khác; chuyển đất nông nghiệp sang đất phi nông nghiệp;
- Trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất không thuộc trường hợp quy định tại điểm a thì người sử dụng đất không phải xin phép cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhưng phải đăng ký với Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất hoặc Ủy ban nhân dân xã nơi có đất.

Khi chuyển mục đích sử dụng đất thì chế độ sử dụng đất, quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất được áp dụng theo loại đất sau khi được chuyển mục đích sử dụng đất. Thời hạn sử dụng đất trong trường hợp này được xác định theo dự án đầu tư. Trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất từ phi nông nghiệp sử dụng ổn định lâu dài sang đất phi nông nghiệp sử dụng có thời hạn hoặc từ đất phi nông nghiệp sử dụng có thời hạn sang đất phi nông nghiệp sử dụng ổn định lâu dài thì tổ chức kinh tế được sử dụng đất ổn định lâu dài.

Luật Đất đai cho phép các doanh nghiệp được chuyển mục đích sử dụng đất. Tuy nhiên, nếu trường hợp phải trả tiền sử dụng đất thì khi chuyển mục đích sử dụng đất từ đất nông nghiệp sang đất phi nông nghiệp, đất phi nông nghiệp được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất sang phi nông nghiệp thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất, chuyển đất phi nông nghiệp không phải là đất ở sang đất ở thì người sử dụng đất phải thực hiện nghĩa vụ tài chính theo quy định sau đây:

- Nộp tiền sử dụng đất theo loại đất sau khi được chuyển mục đích sử dụng đối với trường hợp chuyển đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng,

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

đất phi nông nghiệp không thu tiền sử dụng đất sang đất phi nông nghiệp có thu tiền sử dụng đất.

- Nộp tiền sử dụng đất theo loại đất sau khi được chuyển mục đích sử dụng trừ khi giá trị quyền sử dụng đất của loại đất trước khi chuyển mục đích sử dụng tính theo giá đất do Nhà nước quy định tại thời điểm được phép chuyển mục đích sử dụng đất đối với trường hợp chuyển đất trồng cây hàng năm, đất trồng cây lâu năm, đất rừng sản xuất, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối sang đất phi nông nghiệp có thu tiền sử dụng đất.
- Nộp tiền sử dụng đất theo loại đất sau khi được chuyển mục đích sử dụng trừ đi tiền sử dụng đất theo loại đất trước khi chuyển mục đích sử dụng đối với trường hợp chuyển giữa các loại đất phi nông nghiệp có mức giá trị quyền sử dụng đất khác nhau, chuyển đất phi nông nghiệp không phải là đất ở sang đất ở.
- Trả tiền thuê đất theo loại đất sau khi chuyển mục đích sử dụng đối với trường hợp người sử dụng đất lựa chọn hình thức thuê đất;

d. Về thu hồi đất

Theo quy định của Luật đất đai năm 2003 Nhà nước chi thu hồi đất, bồi thường, giải phóng mặt bằng để sử dụng đất vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, phát triển kinh tế trong trường hợp đầu tư để xây dựng khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế và các dự án đầu tư lớn.

Riêng đối với các doanh nghiệp, nhà đầu tư thực hiện dự án đáp ứng đúng tiến độ Luật Đất đai và có nhu cầu sử dụng đất làm dự án sản xuất, kinh doanh phù hợp với quy hoạch sử dụng đất đã được xét duyệt thì pháp luật cho phép được nhận chuyển nhượng, thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân mà không phải thực hiện thủ tục thu hồi.

Cơ quan nào có thẩm quyền giao đất thì cơ quan đó có thẩm quyền thu hồi đất.

3.1.3. Đăng ký, cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất

a. Đăng ký quyền sử dụng đất

Đăng ký quyền sử dụng đất là việc ghi nhận quyền sử dụng đất hợp pháp đối với một thửa đất xác định vào hồ sơ địa chính nhằm xác lập quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất. Theo quy định tại Điều 46 của Luật đất đai, việc đăng ký quyền sử dụng đất được thực hiện tại Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất đối với trường hợp (kể cả doanh nghiệp): người đang sử dụng đất chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất; người sử dụng đất thực hiện quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất; người nhận quyền sử dụng đất; người sử dụng đất đã có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép đổi tên, chuyển mục đích sử dụng đất, thay đổi thời hạn sử dụng đất hoặc có thay đổi đường ranh giới thửa đất; người sử dụng đất theo bản án hoặc quyết định của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án, quyết định giải quyết tranh chấp đất đai của cơ quan nhà nước có thẩm quyền được thi hành án. Theo quy định này nghĩa là người sử dụng đất phải đăng ký lần đầu và đăng ký biến động về đất đai. Đối với trường hợp nhận chuyển quyền sử dụng đất thì hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký tại Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất.

b. Cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất

Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là căn cứ pháp lý xác nhận quyền sử dụng đất hợp pháp đối với người sử dụng đất, là căn cứ để giao dịch dân sự như chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế quyền sử dụng đất, thế chấp, bảo lãnh và góp vốn bằng quyền sử dụng đất. Luật Đất đai quy định rõ việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho các doanh nghiệp như sau:

Doanh nghiệp, tổ chức, đang sử dụng đất được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đối với phần diện tích đang sử dụng đúng mục đích, có hiệu quả. Theo quy định của pháp luật về đất đai thì người sử dụng đất (kể cả doanh

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

ngiệp) đều được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo mẫu giấy thống nhất do Bộ tài nguyên và Môi trường phát hành.

Đối với tổ chức kinh tế lựa chọn hình thức thuê đất thì cơ quan quản lý đất đai của tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương làm thủ tục ký hợp đồng thuê đất trước khi cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất như sau:

- Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương cấp GCNQSD đất cho tổ chức, cơ sở tôn giáo, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài; cơ quan có thẩm quyền cấp này được ủy quyền cho cơ quan quản lý đất đai cùng cấp GCNQSD đất;
- Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh cấp GCNQSD đất cho hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân cư, người Việt Nam định cư ở nước ngoài mua nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất;

c. Chính sách tài chính về đất đai

Theo quy định tại Điều 56 của Luật đất đai Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất sẽ áp dụng giá đất do ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương ban hành theo khung giá của Chính phủ. Trong trường hợp Nhà nước giao đất dưới hình thức đấu giá quyền sử dụng đất hoặc đấu thầu dự án có quyền sử dụng đất thì giá đất là giá trúng đấu giá hoặc đấu thầu.

Luật Đất đai cho phép tổ chức có đủ điều kiện, năng lực và được hoạt động dịch vụ về giá đất thì được tư vấn giá đất. Tuy nhiên, giá đất tư vấn chỉ được sử dụng để tham khảo trong quản lý của Nhà nước về tài chính đất đai và trong hoạt động giao dịch về quyền sử dụng đất.

Để khuyến khích các doanh nghiệp đầu tư vào đất, đối với doanh nghiệp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất được miễn, giảm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất trong các trường hợp sau đây:

- Sử dụng đất vào mục đích sản xuất, kinh doanh thuộc lĩnh vực, địa bàn ưu đãi đầu tư;
- Sử dụng đất để xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh;
- Thực hiện chính sách nhà ở; đất ở đối với người có công với cách mạng;

- Nhà máy, xí nghiệp phải di dời theo quy hoạch;
- Sử dụng đất để xây dựng nhà chung cư cao tầng cho công nhân của các khu công nghiệp, ký túc xá sinh viên, nhà ở cho người phải di dời do thiên tai;
- Các trường hợp khác theo quy định của Chính phủ.

Quy định về thuế chuyển quyền sử dụng đất.

Theo quy định của Luật thuế chuyển quyền sử dụng đất, trường hợp doanh nghiệp chuyển nhượng quyền sử dụng đất thì không phải nộp thuế chuyển quyền sử dụng đất. Tuy nhiên theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp thì khi doanh nghiệp chuyển quyền sử dụng đất thì doanh nghiệp phải nộp thuế thu nhập doanh nghiệp trong các trường hợp sau đây:

- Chuyển quyền sử dụng đất chưa có kết cấu hạ tầng, công trình kiến trúc trên đất;
- Chuyển quyền sử dụng đất cùng với kết cấu hạ tầng trên đất;
- Chuyển quyền sử dụng đất cùng với công trình kiến trúc trên đất;
- Chuyển quyền sử dụng đất cùng với kết cấu hạ tầng, công trình kiến trúc trên đất;
- Chuyển quyền thuê đất chưa có kết cấu hạ tầng, công trình kiến trúc trên đất;
- Chuyển quyền thuê đất cùng với kết cấu hạ tầng trên đất;
- Chuyển quyền thuê đất cùng với công trình kiến trúc trên đất;
- Chuyển quyền thuê đất cùng với kết cấu hạ tầng, công trình kiến trúc trên đất.

Thu nhập chịu thuế chuyển quyền sử dụng đất, chuyển quyền thuê đất được xác định bằng doanh thu để tính thuế thu nhập chịu thuế trừ chi phí hợp lý liên quan đến hoạt động chuyển quyền sử dụng đất, chuyển quyền thuê đất.

d. Quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất (doanh nghiệp, gồm cả doanh nghiệp trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài và doanh nghiệp nước ngoài).

Tuy đất đai thuộc sở hữu toàn dân, nhưng pháp luật cho phép người sử dụng

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

đất được chuyển quyền sử dụng đất. Theo quy định của Luật Đất đai 2003 thì quyền của doanh nghiệp sử dụng đất được mở rộng hơn, kể cả trường hợp sử dụng đất làm mặt bằng sản xuất, kinh doanh. Tuy nhiên, các quyền của người sử dụng đất còn phụ thuộc vào phương thức trả tiền sử dụng đất cho Nhà nước như Nhà nước giao đất trả tiền sử dụng đất hoặc thuê đất trả tiền hàng năm hoặc thuê đất đã trả tiền một lần cho cả thời gian thuê đất đối với những tổ chức kinh tế trong nước được Nhà nước cho thuê đất trước ngày 1/7/2004 (ngày Luật Đất đai 2003 có hiệu lực thi hành), kể cả người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài cũng được chuyển quyền sử dụng đất. Cụ thể như sau:

- ◆ *Quyền và nghĩa vụ của tổ chức kinh tế, doanh nghiệp được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất.*

Tổ chức kinh tế, doanh nghiệp được nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất để xây dựng các công trình không bằng nguồn vốn từ ngân sách nhà nước được quyền bán tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất. Người mua tài sản được Nhà nước tiếp tục giao đất không thu tiền sử dụng đất theo mục đích đã được xác định.

- ◆ *Quyền và nghĩa vụ của tổ chức kinh tế được nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất.*

Tổ chức kinh tế được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất ngoài có các quyền và nghĩa vụ chung quy định tại Điều 105 và Điều 107 của Luật Đất đai này được chia thành hai trường hợp:

- **Trường hợp thứ nhất**, tổ chức kinh tế được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất mà tiền sử dụng đất đã trả không có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước thì có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

Chuyển nhượng quyền sử dụng đất và công trình kiến trúc, kết cấu hạ tầng đã được sử dụng gắn liền với đất;

Cho thuê quyền sử dụng đất và công trình kiến trúc, kết cấu hạ tầng đã được sử dụng gắn liền với đất; Tặng cho quyền sử dụng đất cho Nhà nước, tặng cho quyền sử dụng đất cho cộng đồng dân cư để xây dựng các công trình phục vụ

lợi ích chung của cộng đồng, tặng cho nhà tình nghĩa gắn liền với đất đối với những người có công với nước theo quy định của pháp luật;

Thế chấp, bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất và tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất tại tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam để vay vốn theo quy định của pháp luật;

Góp vốn bằng quyền sử dụng đất và tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất để hợp tác sản xuất, kinh doanh với tổ chức, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài theo quy định của pháp luật.

- **Trường hợp thứ hai**, tổ chức kinh tế được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất mà tiền sử dụng đất đã trả có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước thì chỉ có các quyền bán tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất, thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất.

♦ **Quyền và nghĩa vụ của tổ chức kinh tế sử dụng đất thuê.**

Tổ chức kinh tế được Nhà nước cho thuê đất trả tiền hàng năm ngoài các quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều 105 và Điều 107 của Luật Đất đai năm 2003, không được chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, thế chấp, bảo lãnh và góp vốn bằng quyền sử dụng đất. Có quyền bán tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất thuê tại các tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam để vay vốn sản xuất kinh doanh theo quy định của pháp luật; cho thuê lại đất đã được xây dựng xong kết cấu hạ tầng trong trường hợp được phép đầu tư xây dựng kinh doanh kết cấu hạ tầng tại khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế;

Tổ chức kinh tế được Nhà nước cho thuê đất trước ngày luật này có hiệu lực thi hành mà đã trả tiền thuê đất cho cả thời gian thuê hoặc đã trả trước tiền thuê đất cho nhiều năm mà thời hạn thuê đất đã được trả tiền còn lại ít nhất là năm năm thì có các quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều 110 của Luật Đất đai trong thời hạn đã trả tiền thuê đất như: có quyền chuyển nhượng, cho thuê quyền sử dụng đất, tặng cho quyền sử dụng đất cho Nhà nước, cho cộng đồng

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

dân cư để xây dựng các công trình phục vụ lợi ích chung của cộng đồng, tặng cho nhà tình nghĩa gắn liền với đất theo quy định của pháp luật; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất và tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất; trường hợp có nhu cầu chuyển sang hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất thì phải nộp tiền sử dụng đất trừ đi tiền thuê đất đã trả và có các quyền, nghĩa vụ nêu trên.

- ◆ *Quyền và nghĩa vụ của tổ chức kinh tế nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất, chuyển mục đích sử dụng đất.*

Tổ chức kinh tế nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất, chuyển mục đích sử dụng đất ngoài các quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều 105 và 107 của Luật Đất đai được chia thành hai trường hợp còn có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

Trường hợp thứ nhất, tổ chức kinh tế, doanh nghiệp nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà tiền đã trả cho việc nhận chuyển nhượng đó không có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước thì có các quyền và nghĩa vụ quy định tại khoản 2 Điều 110 của Luật Đất đai, nghĩa là có quyền thực hiện việc chuyển quyền sử dụng đất gắn liền với tài sản thuộc sở hữu của mình.

Trường hợp thứ hai, tổ chức kinh tế, doanh nghiệp nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà tiền đã trả cho việc nhận chuyển nhượng đó có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước thì có các quyền và nghĩa vụ quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 109 của Luật Đất đai, nghĩa là không có quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê quyền sử dụng đất; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, chỉ có quyền định đoạt tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất.

Đối với tổ chức kinh tế sử dụng đất được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất từ đất không thu tiền sử dụng đất sang đất có thu tiền sử dụng đất thì quyền và nghĩa vụ của họ cũng phụ thuộc vào nguồn gốc tiền từ ngân sách nhà nước hoặc không từ ngân sách nhà nước.

3.2. Vấn đề tiếp cận mặt bằng sản xuất kinh doanh đối với doanh nghiệp

3.2.1. Chế độ sử dụng đất nông nghiệp

Nhà nước không chỉ giao đất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân mà còn

giao cho tổ chức kinh tế có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê. Riêng đối với doanh nghiệp nhà nước đã được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất để sử dụng vào mục đích nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối trước ngày 01/01/1999 thì phải chuyển sang thuê đất hoặc giao đất có thu tiền sử dụng đất.

Đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài có dự án đầu tư vào lĩnh vực nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt cũng được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê trả tiền một lần cho cả thời gian thuê đất hoặc trả tiền thuê đất hàng năm.

Tổ chức, cá nhân nước ngoài có dự án đầu tư vào lĩnh vực nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt thì được Nhà nước giao cho thuê trả tiền một lần cho cả thời gian thuê đất hoặc trả tiền thuê đất hàng năm để thực hiện dự án đầu tư đó.

3.2.2. Chế độ sử dụng đất phi nông nghiệp

- ◆ Chế độ sử dụng đất ở (gồm đất xây dựng nhà ở riêng lẻ, đất xây dựng khu chung cư để bán hoặc cho thuê).

Đất ở được chia thành đất ở tại nông thôn và đất ở tại đô thị được sử dụng vào mục đích xây dựng nhà ở, công trình phục vụ đời sống cùng một thửa đất thuộc khu dân cư, phù hợp với quy hoạch xây dựng dân cư nông thôn, đô thị đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt.

Tùy từng loại doanh nghiệp có nhu cầu sử dụng đất khu dân cư Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương giao đất ở hoặc cho thuê đất cho: tổ chức kinh tế, người Việt Nam định cư ở nước ngoài thực hiện theo dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc cho thuê; cho thuê đất ở thu tiền thuê đất hàng năm hoặc thu tiền thuê đất cho cả thời gian thuê đất đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài thực hiện theo dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc cho thuê.

Trong trường hợp tổ chức, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài có nhu cầu đất để phát triển đô thị thì Nhà nước cũng giao

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

đất để thực hiện dự án đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư để chỉnh trang hoặc xây dựng khu đô thị mới; đất cho các dự án này phải được phân bổ đồng bộ trong quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cho toàn bộ khu vực, bao gồm đất sử dụng để xây dựng kết cấu hạ tầng, đất ở, đất xây dựng các công trình công cộng, công trình sự nghiệp, đất làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh.

◆ Chế độ sử dụng đất xây dựng mặt bằng sản xuất, kinh doanh

Đất làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh bao gồm đất để xây dựng cơ sở sản xuất công nghiệp, tiểu công nghiệp, thủ công nghiệp; xây dựng cơ sở kinh doanh thương mại, dịch vụ và các công trình khác phục vụ cho sản xuất, kinh doanh. Hiện nay, nhu cầu sử dụng đất làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh ngày càng rất lớn vì vậy, việc sử dụng đất cho mục đích này phải phù hợp với quy hoạch sử dụng đất chi tiết, kế hoạch sử dụng đất chi tiết, quy hoạch xây dựng đô thị, quy hoạch xây dựng điểm khu dân cư nông thôn đã được xét duyệt và các quy định về bảo vệ môi trường.

Tổ chức kinh tế sử dụng đất làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh được lựa chọn hình thức nhận giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất của Nhà nước; nhận chuyển quyền sử dụng đất, thuê đất, thuê lại đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân khác, người Việt Nam định cư ở nước ngoài; thuê lại đất gắn liền với kết cấu hạ tầng của tổ chức, cá nhân nước ngoài.

Đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài có nhu cầu sử dụng đất làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất, kinh doanh cũng được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất; cho thuê đất trả tiền hàng năm hoặc trả tiền cho cả thời gian thuê đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất, thuê đất, thuê lại đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân khác, người Việt Nam định cư ở nước ngoài khác; thuê lại đất gắn liền với kết cấu hạ tầng của tổ chức, cá nhân nước ngoài.

Riêng đối với tổ chức, cá nhân nước ngoài cũng được lựa chọn hình thức cho thuê đất trả tiền hàng năm hoặc trả tiền cho cả thời gian thuê đất; thuê đất, thuê lại đất của tổ chức kinh tế, người Việt Nam định cư ở nước ngoài; thuê lại

đất gắn liền với kết cấu hạ tầng của tổ chức, cá nhân nước ngoài khác.

◆ *Chế độ sử dụng đất trong khu công nghiệp*

Đất khu công nghiệp bao gồm đất để xây dựng cụm công nghiệp, khu công nghiệp, khu chế xuất và các khu sản xuất, kinh doanh tập trung khác có cùng chế độ sử dụng đất. Tuy nhiên, để bảo đảm tính đồng bộ việc sử dụng đất vẫn phải theo đúng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Tổ chức kinh tế có nhu cầu sử dụng đất trong khu công nghiệp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất trả tiền hàng năm. Nhận chuyển quyền sử dụng đất, thuê đất, thuê lại đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân khác, người Việt Nam định cư ở nước ngoài; thuê lại đất gắn liền với kết cấu hạ tầng.

Người Việt Nam định cư ở nước ngoài được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc lựa chọn hình thức thuê đất trả tiền hàng năm hoặc trả tiền thuê đất cho cả thời gian thực hiện dự án xây dựng kinh doanh kết cấu hạ tầng. nhận chuyển quyền sử dụng đất, thuê đất, thuê lại đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân khác, người Việt Nam định cư ở nước ngoài; thuê lại đất gắn liền với kết cấu hạ tầng.

Theo quy định của Luật đất đai và pháp luật về đầu tư tổ chức, cá nhân nước ngoài cũng được lựa chọn hình thức thuê đất trả tiền hàng năm hoặc trả tiền thuê đất cho cả thời gian thực hiện dự án xây dựng kinh doanh kết cấu hạ tầng; thuê lại đất gắn với kết cấu hạ tầng khu công nghiệp.

Những đối tượng nêu trên cũng được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

◆ *Chế độ sử dụng đất trong khu công nghệ cao*

Đất sử dụng cho khu công nghệ cao theo quyết định thành lập của Thủ tướng Chính phủ bao gồm các loại đất có chế độ sử dụng đất khác nhau phục vụ sản xuất, kinh doanh sản phẩm công nghệ cao; nghiên cứu phát triển và ứng dụng công nghệ cao; đào tạo công nghệ nhân lực cao.

Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương sẽ giao lại đất một lần cho Ban quản lý khu công nghệ cao sau đó Ban này giao lại đất có thu tiền sử

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

dụng đất cho tổ chức kinh tế, cho thuê đất thu tiền hàng năm. Giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm hoặc cho cả thời gian thực hiện dự án đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài; cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê hoặc thu tiền thuê đất hàng năm đối với tổ chức, cá nhân nước ngoài.

◆ *Chế độ sử dụng đất trong khu kinh tế*

Đất sử dụng cho khu kinh tế bao gồm đất để xây dựng khu kinh tế mở, khu kinh tế cửa khẩu và các khu kinh tế khác được thành lập theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Đất trong khu này bao gồm các loại đất khác nhau trong khu vực riêng biệt nhằm khuyến khích đặc biệt cho các hoạt động đầu tư và xuất khẩu.

Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương giao đất một lần cho Ban quản lý khu kinh tế. Ban này giao lại đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất thu tiền hàng năm cho tổ chức kinh tế; giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm hoặc cho cả thời gian thực hiện dự án đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài; cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê hoặc thu tiền thuê đất hàng năm đối với tổ chức, cá nhân nước ngoài.

◆ *Chế độ sử dụng đất xây dựng công trình (gồm công trình công cộng, công trình giao thông)*

Trong những năm gần đây kinh tế ngày càng phát triển cùng với việc phát triển kinh tế Nhà nước đã quan tâm đến việc phát triển hệ thống giao thông, công trình công cộng. Việc sử dụng đất vào mục đích này chiếm một tỷ lệ khá lớn và chủ yếu sử dụng đất nông nghiệp, đất lâm nghiệp, thu hồi đất ở đã có công trình. Vì việc việc sử dụng đất vào mục đích này khá tốn kém tiền của, để bảo đảm tiết kiệm đất đai, sử dụng đất có hiệu quả, đồng bộ Luật đất đai năm 2003 quy định rõ việc sử dụng đất xây dựng công trình như sau:

- Đất sử dụng vào mục đích công cộng: Việc sử dụng đất vào mục đích này phải phù hợp với quy hoạch sử dụng đất chi tiết, kế hoạch sử dụng đất chi tiết, quy hoạch xây dựng đô thị, quy hoạch xây dựng điểm dân cư nông thôn đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt.

- Đất xây dựng các công trình công cộng có hành lang bảo vệ an toàn

Việc sử dụng đất xây dựng các công trình công cộng có hành lang bảo vệ an toàn phải bảo đảm kết hợp khai thác cả phần trên không và trong lòng đất, bố trí kết hợp công trình trên cùng một khu đất nhằm tiết kiệm đất và phải tuân theo các quy định của pháp luật chuyên ngành có liên quan về bảo vệ an toàn công trình.

3.2.3. Quyền sử dụng đất trong thị trường bất động sản

Đất đai không chỉ là tài nguyên mà cũng được xem như tài sản đặc biệt. Theo quy định của pháp luật về đất đai, người sử dụng đất được chuyển nhượng, chuyển đổi, cho thuê, cho thuê lại, tặng cho, thừa kế quyền sử dụng đất; thế chấp và góp vốn bằng quyền sử dụng đất. Chính từ việc thực hiện các quyền này đã tạo nên thị trường bất động sản rất sôi động. Trên cơ sở Nghị quyết của đại hội Đảng lần thứ IX, Luật đất đai năm 2003 đã bổ sung thêm một số quy định tại Mục 7 (từ Điều 61 đến Điều 63) về quyền sử dụng đất trong thị trường bất động sản.

♦ Loại đất được tham gia thị trường bất động sản

Theo quy định đất đai được chia làm ba nhóm đất: nhóm đất nông nghiệp, nhóm đất phi nông nghiệp, nhóm đất chưa sử dụng. Theo quy định của Luật đất đai thì các loại đất này đều được chuyển nhượng, chuyển đổi, cho thuê, cho thuê lại, tặng cho, thừa kế quyền sử dụng đất; thế chấp và góp vốn bằng quyền sử dụng đất. Luật cho phép các loại đất này nếu được chuyển quyền sử dụng đất thì đều được tham gia thị trường bất động sản. Để có một thị trường bất động sản lành mạnh pháp luật quy định khi đất đưa vào thị trường bất động sản phải có các điều kiện như: có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất; đất không có tranh chấp; quyền sử dụng đất không bị kê biên để bảo đảm thi hành án; trong thời hạn sử dụng đất.

♦ Đối tượng được tham gia thị trường bất động sản

Luật đất đai cho phép tổ chức kinh tế trong nước, hộ gia đình, cá nhân; người Việt Nam định cư ở nước ngoài; tổ chức, cá nhân nước ngoài được thực hiện các quyền của mình đối với đất đai tùy thuộc vào phương thức thanh toán tiền sử dụng đất cho Nhà nước (đối với trường hợp Nhà nước giao đất, cho thuê



Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

đất) hoặc nhận chuyển quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật được thực hiện các quyền của mình. Các đối tượng được thực hiện các quyền đối với đất đai đều được tham gia thị trường bất động sản. Các đối tượng này không chỉ thực hiện theo đúng các quy định của pháp luật về đất đai mà còn thực hiện các quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản.

◆ Quy định về chuyển quyền sử dụng đất

Theo quy định của pháp luật việc chuyển đổi, chuyển nhượng cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất phải có hợp đồng, đối với trường hợp tặng cho, thừa kế quyền sử dụng đất phải có văn bản. Hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất hoặc văn bản tặng cho, thừa kế quyền sử dụng đất có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký tại Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất.

Trong trường hợp doanh nghiệp chuyển quyền sử dụng đất thì Hợp đồng phải có chứng nhận của công chứng. Khi chuyển quyền sử dụng đất, người sử dụng đất phải có giấy tờ hợp lệ về quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai.

4. PHÁP LUẬT VỀ NGÂN HÀNG, TÍN DỤNG VÀ VẤN ĐỀ TIẾP CẬN VỐN VAY ĐỐI VỚI DOANH NGHIỆP

4.1. Tổng quan về hệ thống các tổ chức tín dụng tại Việt Nam

Cùng với sự hoàn thiện và ban hành các luật khác trong thời gian qua, Luật các tổ chức tín dụng ra đời đã tạo cơ sở pháp lý cao hơn và góp phần hình thành môi trường lành mạnh cho hoạt động của các tổ chức tín dụng tại Việt Nam. Hoạt động của các tổ chức tín dụng đã có những bước chuyển biến tích cực phù hợp với các quy luật của cơ chế kinh tế thị trường có sự điều tiết của Nhà nước. Trong khuôn khổ quy định tại Luật các tổ chức tín dụng, hệ thống tổ chức tín dụng được hình thành với sự góp mặt của các Ngân hàng và tổ chức tín dụng phi ngân hàng thuộc các hình thức sở hữu khác nhau cùng hoạt động và phát triển, tạo thành một mạng lưới rộng lớn để huy động và cung ứng vốn ngày càng hiệu quả cho toàn bộ nền kinh tế. Bên cạnh đó, để phân tách rõ ràng hoạt động cho vay chính sách và cho vay thương mại của các tổ chức tín dụng, Ngân hàng chính sách xã hội và Ngân hàng phát triển Việt Nam được thành lập với chức năng sử dụng các nguồn lực tài chính của Nhà nước huy

động để cho người nghèo, các đối tượng chính sách và các đối tượng doanh nghiệp, tổ chức vay ưu đãi, được hưởng chính sách ưu đãi của Đảng và Nhà nước về lãi suất, cơ chế cho vay để phục vụ cho sự nghiệp công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước.

Sau hơn 9 năm thực hiện Luật các tổ chức tín dụng, số lượng các tổ chức tín dụng tại Việt Nam đã có sự gia tăng mạnh cả về lượng, nội dung và phạm vi hoạt động. Đối tượng phục vụ của các tổ chức tín dụng đã được mở rộng hơn. Nếu như trước đây, các tổ chức tín dụng chủ yếu chỉ tập trung cho vay và cung cấp dịch vụ ngân hàng cho những doanh nghiệp nhà nước lớn, có uy tín và các mục tiêu của Nhà nước, từ nhiều năm gần đây, đối tượng khách hàng của các tổ chức tín dụng đã được mở rộng tới các doanh nghiệp ngoài quốc doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, hộ sản xuất, cá nhân sản xuất kinh doanh và nhu cầu tiêu dùng của dân cư. Các tổ chức tín dụng đã trở thành một lực lượng chủ yếu đóng góp cho sự phát triển của nền kinh tế. Cho đến cuối năm 2005, ở Việt Nam hệ thống các tổ chức tín dụng bao gồm: 5 ngân hàng thương mại nhà nước, 2 ngân hàng chính sách, 25 ngân hàng thương mại cổ phần đô thị, 12 ngân hàng thương mại cổ phần nông thôn, 4 ngân hàng liên doanh, 9 chi nhánh ngân hàng nước ngoài, 6 công ty tài chính, 9 công ty cho thuê tài chính. Như vậy, hiện nay có khoảng 70 ngân hàng thương mại huy động và cấp tín dụng đầy đủ, 16 tổ chức tài chính cho vay (1 hình thức cấp tín dụng) cho một số đối tượng và hơn 900 quỹ tín dụng nhân dân cho vay vốn các thành viên của Quỹ. Cùng với sự lớn mạnh về lượng và chất trong hệ thống các tổ chức tín dụng tại Việt Nam thì đối tượng cấp tín dụng của các hệ thống tổ chức tín dụng này là các doanh nghiệp cũng phát triển không ngừng, lên đến con số hàng trăm nghìn. Hiện nay, cả nước có khoảng 3000 doanh nghiệp nhà nước, 6000 doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, 200 nghìn công ty cổ phần và doanh nghiệp tư nhân⁷⁴.

Hoạt động tín dụng của các tổ chức tín dụng là *“kênh tín dụng chủ yếu đáp ứng nhu cầu vốn của nền kinh tế”*. Qua khảo sát thực tế hoạt động kinh doanh của các tổ chức tín dụng tại Việt Nam cho thấy hoạt động tín dụng là hoạt động kinh doanh chủ yếu của các TCTD, trong đó hoạt động cấp tín dụng của các

⁷⁴ (nguồn: www.sbv.gov.vn)

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

tổ chức tín dụng này đã mang lại nguồn thu rất lớn cho các tổ chức này. Việt Nam đang trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, trên lĩnh vực ngân hàng, sẽ có nhiều tổ chức tín dụng hơn, do vậy, các hình thức cấp tín dụng cho doanh nghiệp sẽ đa dạng, phong phú hơn, các bên tham gia vào hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng cũng đa dạng, phong phú hơn.

4.2. Quy định của pháp luật về hoạt động tín dụng của ngân hàng.

Theo Luật các tổ chức tín dụng năm 1997 (Luật TCTD 1997) và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều Luật các tổ chức tín dụng năm 2004 (Luật TCTD 2004), "*hoạt động tín dụng*" là việc tổ chức tín dụng sử dụng nguồn vốn tự có, nguồn vốn huy động để cấp tín dụng. Việc "*cấp tín dụng*" là việc tổ chức tín dụng được cấp tín dụng cho tổ chức, cá nhân dưới hình thức cho vay, chiết khấu thương phiếu và các giấy tờ khác, bảo lãnh, cho thuê tài chính và các hình thức khác theo quy định của Ngân hàng nhà nước.

Như vậy, với các quy định trên của pháp luật về tín dụng, hoạt động tín dụng của các tổ chức tín dụng chủ yếu là hoạt động cấp tín dụng, theo đó có các hình thức cấp tín dụng khác nhau như sau: cho vay, chiết khấu thương phiếu và các giấy tờ khác, bảo lãnh, cho thuê tài chính và các hình thức khác theo quy định của Ngân hàng nhà nước.

4.2.1. Quy định của pháp luật về cho vay:

Theo quy định tại Điều 50 Luật các TCTD 2004, Tổ chức tín dụng được cho các tổ chức, cá nhân vay dưới hai thức hình, đó là cho vay ngắn hạn và cho vay trung, dài hạn. Thời hạn cho vay được xác định trên mục đích sử dụng vốn vay của các chủ thể đi vay. Cụ thể là các tổ chức tín dụng cho các tổ chức, cá nhân vay ngắn hạn nhằm đáp ứng nhu cầu vốn cho sản xuất, kinh doanh, dịch vụ đời sống. Tổ chức tín dụng cho các tổ chức, cá nhân vay trung hạn, dài hạn nhằm thực hiện các dự án đầu tư phát triển sản xuất, kinh doanh, dịch vụ, đời sống.

Sau khi Quốc hội thông qua Luật các TCTD 1997 cho đến nay, Thống đốc NHNN đã lần lượt ban hành Quy chế cho vay vốn của các tổ chức tín dụng đối với khách hàng kèm theo các Quyết định số 324/1998 ngày 30/9/1998; Quyết định số 284/2001/QĐ-NHNN ngày 25/8/2001 và Quyết định số 1627/2001/QĐ-

NHNN ngày 31/12/2001 và các văn bản sửa đổi, bổ sung Quyết định số 1627 nêu trên. Quy chế ban hành do NHNN ban hành có tính chất nguyên tắc chung, tạo cơ sở pháp lý cho các TCTD và khách hàng thỏa thuận với nhau về điều kiện vay vốn, quán triệt phương châm xoá bao cấp trong hoạt động tín dụng, đề cao tính độc lập và tự chủ, tự quyết của TCTD trong việc cho vay và thu nợ, từng bước tạo điều kiện thuận lợi, khuyến khích các doanh nghiệp mạnh dạn vay vốn để đầu tư vào sản xuất, kinh doanh.

Theo quy định tại Điều 5 tại Quy chế cho vay của các TCTD được ban hành kèm theo Quyết định số 1627 thì tổ chức tín dụng tự chịu trách nhiệm về quyết định cho vay của mình. Không một tổ chức, cá nhân nào được can thiệp trái pháp luật vào quyền tự chủ trong quá trình cho vay và thu hồi nợ của TCTD.

Các quy định pháp luật về tín dụng, ngân hàng luôn luôn đề cao và nhấn mạnh đến các nguyên tắc cơ bản, quan trọng trong hoạt động vay vốn như: sử dụng vốn vay đúng mục đích, hoàn trả nợ gốc và lãi vốn vay đúng thời gian đã thỏa thuận trong hợp đồng tín dụng.

Có thể coi các nguyên tắc trên là những nguyên tắc cơ bản, sống còn cho hoạt động tín dụng, bởi vì đặc điểm của hoạt động tín dụng là việc cho vay (sử dụng vốn vay) của TCTD bắt nguồn từ việc di vay (huy động vốn của các TCTD). Do vậy, việc sử dụng vốn vay đúng mục đích và hoàn trả vốn gốc và lãi vay đúng thời hạn là điều kiện cốt lõi trong hoạt động tín dụng nói chung và hoạt động vay vốn ngân hàng nói riêng. Việc sử dụng vốn vay đúng mục đích cũng chính là một trong các điều kiện tiên quyết để cho việc trả nợ vốn vay và lãi vay đúng thời hạn, hai điều kiện này luôn đi cùng với nhau để đảm bảo cho một hợp đồng tín dụng hiệu quả và an toàn.

Trên cơ sở đáp ứng hai điều kiện trên về việc sử dụng vốn vay và thời hạn trả nợ, TCTD xem xét, quyết định cho vay khi khách hàng đáp ứng đầy đủ các quy định về điều kiện vay vốn như: có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự và chịu trách nhiệm dân sự theo quy định của pháp luật; mục đích sử dụng vốn vay hợp pháp; có khả năng tài chính đảm bảo trả nợ trong thời hạn cam kết; Có dự án đầu tư, phương án sản xuất, kinh doanh, dịch vụ khả thi và có hiệu quả; hoặc có dự án đầu tư, phương án phục vụ đời sống khả thi và phù hợp

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

với quy định của pháp luật; Thực hiện các quy định về bảo đảm tiền vay theo quy định của Chính phủ và hướng dẫn của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.

Theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 7 của Quy chế cho vay thì đây là lần đầu tiên Quy chế cho vay hiện hành đã bổ sung và đề cập đến một loại khách hàng vay mới so với Quy chế cho vay trước kia, đó là tổ chức và cá nhân nước ngoài vay vốn của các TCTD tại Việt Nam. Khách hàng vay là tổ chức và cá nhân nước ngoài muốn vay vốn của các TCTD phải có năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự theo quy định của nước mà tổ chức đó có quốc tịch hoặc cá nhân đó là công dân, nếu pháp luật nước ngoài đó được Bộ Luật Dân Sự của Việt Nam, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam quy định hoặc được điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia quy định. Đây là một quy định mới, tiến bộ theo hướng mở rộng phạm vi đối tượng khách hàng vay phù hợp với thực tế và thông lệ quốc tế, tạo điều kiện cho các tổ chức và cá nhân nước ngoài có các cơ hội để tiếp cận vốn vay ngân hàng, đáp ứng nhu cầu vay vốn nhằm phát triển sản xuất kinh doanh, dịch vụ đời sống của các đối tượng khách hàng này.

Một trong những điểm mới, tiến bộ trong Quy chế cho vay hiện hành của Việt Nam là theo Quyết định số 1627 là các quy định vay vốn được thiết kế theo hướng cả TCTD và khách hàng vay được quyền làm những gì mà pháp luật không cấm, thay vì chỉ được làm những gì mà pháp luật cho phép trước đây. Theo đó, tại Điều 8 của Quy chế cho vay chỉ rõ: TCTD không được cho vay các nhu cầu vốn vay sau: để mua sắm các tài sản và các chi phí hình thành nên tài sản mà pháp luật cấm mua bán, chuyển nhượng, chuyển đổi; để thanh toán các chi phí cho việc thực hiện các giao dịch mà pháp luật cấm; để đáp ứng các nhu cầu chính của các giao dịch mà pháp luật cấm.

Bên cạnh việc Quy chế quy định nhưng nhu cầu vốn không được cho vay thì Quy chế cũng xác định rõ những trường hợp mà TCTD không được cho vay đối với một số đối tượng khách hàng như: Thành viên HĐQT, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc) của TCTD; Người thẩm định, xét duyệt cho vay; Bố, mẹ, vợ, chồng, con của thành viên HĐQT, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc) của TCTD.

Những đối tượng khách hàng hạn chế cho vay như TCTD không được cho vay không có bảo đảm, cho vay với những ưu đãi về lãi suất, về mức cho vay đối với những đối tượng sau: Tổ chức kiểm toán, Kiểm toán viên đang kiểm toán tại TCTD; Kế toán trưởng, Thanh tra viên; Các cổ đông lớn của TCTD; Doanh nghiệp là một trong những đối tượng quy định tại khoản 1 Điều 77 Luật TCTD sở hữu trên 10% vốn điều lệ của doanh nghiệp đó.

Việc pháp luật về tín dụng và Quy chế cho vay đưa ra các quy định hạn chế những khách hàng là đối tượng nêu trên nhằm, một mặt, ngăn ngừa những hiện tượng lợi dụng chức vụ, quyền hạn để cho vay sai mục đích, trục lợi, dẫn đến những tổn thất cho TCTD; ngăn ngừa những rủi ro đạo đức có thể xảy ra; mặt khác, các hạn chế này nhằm góp phần bảo đảm sự an toàn trong hoạt động của các TCTD, giúp các TCTD hoạt động lành mạnh, độc lập và hiệu quả.

Việc cho vay được thực hiện dưới hình thức pháp lý là hợp đồng tín dụng. Hay nói cách khác, việc cho vay phải được lập thành hợp đồng tín dụng. Hợp đồng tín dụng phải có nội dung về điều kiện vay, mục đích sử dụng tiền vay; hình thức vay, số tiền vay, lãi suất, thời hạn vay, hình thức bảo đảm, giá trị tài sản bảo đảm, phương thức trả nợ và những cam kết khác được các bên thoả thuận. Với những nội dung nêu trên, Hợp đồng tín dụng chính là hình thức pháp lý của quan hệ tín dụng ngân hàng, bởi lẽ nó phản ánh sự thoả thuận trực tiếp của các bên trong việc xác lập một quan hệ tín dụng, xác lập các quyền và nghĩa vụ pháp lý cụ thể của các bên trong việc vay vốn và hoàn trả vốn vay. Xuất phát từ vai trò của tín dụng trong nền kinh tế cũng như nhằm đảm bảo sự an toàn của hoạt động ngân hàng và an toàn của hệ thống các TCTD nên pháp luật các nước đều quan trọng xây dựng một chế định hợp đồng chuẩn mức và chặt chẽ. Dựa trên các quy định của Bộ Luật Dân Sự thì có thể coi hợp đồng tín dụng là một dạng của hợp đồng vay tài sản.

Trong các lần sửa đổi, bổ sung pháp luật về tín dụng, ngân hàng và Quy chế cho vay, quan điểm, chủ trương, chính sách của Nhà nước qua những lần sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật về cho vay đã phản ánh được những điểm mới, tiến bộ, phù hợp với các quan hệ kinh doanh ngân hàng trong nền kinh tế thị trường, nhu cầu mở cửa thị trường, nâng cao khả năng cạnh tranh, chất

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

lượng dịch vụ của các TCTD, đáp ứng được những yêu cầu trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế của các TCTD tại Việt Nam, cụ thể là:

Thứ nhất, pháp luật về tín dụng nói chung và Quy chế cho vay nói riêng đã đề cao nguyên tắc bình đẳng, tự nguyện của các bên tham gia quan hệ tín dụng ngân hàng. Nguyên tắc này phản ánh đúng bản chất quan hệ hợp đồng trong cơ chế thị trường, đó là các quan hệ tự nguyện;

Thứ hai, các quy định hiện hành nhấn mạnh quyền tự chủ trong hoạt động cho vay và thu nợ của các TCTD đối với khách hàng. Theo quy định tại Điều 5 của Quy chế cho vay, TCTD tự chịu trách nhiệm về quyết định cho vay của mình. Không một tổ chức, cá nhân nào được can thiệp trái pháp luật vào quyền tự chủ trong quá trình cho vay và thu hồi nợ của TCTD. Quy định này một mặt đề cao tính tự chủ của TCTD nói chung và NHTM nói riêng, mặt khác cũng thể hiện tư tưởng tách bạch hoạt động quản lý ra khỏi hoạt động kinh doanh, thể hiện tính tự chủ hạch toán kinh doanh của các NHTM theo cơ chế thị trường với phương châm: Nhà nước không làm thay doanh nghiệp, nhưng đồng thời Nhà nước cũng không can thiệp vào hoạt động của doanh nghiệp, đặc biệt là hoạt động kinh doanh của NHTM, một loại hình doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực nhạy cảm và đặc thù đó là kinh doanh tiền tệ.

Thứ ba, pháp luật tín dụng nói chung và Quy chế cho vay hiện hành nói riêng đều đưa ra những nguyên tắc, điều kiện, giải pháp liên quan đến sự bảo đảm an toàn trong hoạt động ngân hàng và an toàn của hệ thống các TCTD. Điều này được thể hiện ở việc các TCTD chủ động tìm kiếm các dự án sản xuất, kinh doanh khả thi, có hiệu quả và có khả năng hoàn trả nợ vay để cho vay. Tổ chức tín dụng có quyền xem xét, quyết định cho vay trên cơ sở có bảo đảm hoặc không có bảo đảm bằng tài sản cầm cố, thế chấp của khách hàng vay, bảo lãnh của bên thứ ba và chịu trách nhiệm về quyết định của mình. Tổ chức tín dụng không được cho vay trên cơ sở cầm cố bằng cổ phiếu của chính tổ chức tín dụng cho vay. Tổ chức tín dụng xây dựng quy trình xét duyệt cho vay theo nguyên tắc bảo đảm tính độc lập và phân định rõ ràng trách nhiệm cá nhân, trách nhiệm giữa khâu thẩm định và quyết định cho vay. Tổ chức tín dụng có trách nhiệm xem xét, đánh giá tính khả thi, hiệu quả của dự án đầu

tư, phương án sản xuất, kinh doanh, dịch vụ hoặc dự án đầu tư, phương án phục vụ đời sống và khả năng hoàn trả nợ vay của khách hàng để quyết định cho vay. Tổ chức tín dụng quy định cụ thể và niêm yết công khai thời hạn tối đa phải thông báo quyết định cho vay hoặc không cho vay đối với khách hàng, kể từ khi nhân được đầy đủ hồ sơ vay vốn và thông tin cần thiết của khách hàng. Trường hợp quyết định không cho vay, tổ chức tín dụng phải thông báo cho khách hàng bằng văn bản, trong đó nêu rõ căn cứ từ chối cho vay.

Thứ tư, pháp luật tín dụng nói chung và Quy chế cho vay đã xác định rõ các hạn chế để đảm bảo an toàn trong hoạt động ngân hàng của các TCTD, quy định những trường hợp cấm không cho vay hoặc không được vay ưu đãi như: xác định tổng dư nợ cho vay đối với một khách hàng không được vượt quá 15% vốn tự có của TCTD; mức bảo lãnh, chiết khấu thương phiếu và các giấy tờ có giá khác đối với một khách hàng không được vượt quá tỷ lệ so với vốn tự có của TCTD do Thống đốc Ngân hàng Nhà nước quy định. Mức cho thuê tài chính đối với một khách hàng của TCTD thực hiện theo quy định của Chính phủ...

Thứ năm, các quy định pháp luật về lĩnh vực cấp tín dụng này cũng quy định về thể loại cho vay phù hợp với điều kiện thực tế nhằm đáp ứng nhu cầu về vốn cho sản xuất kinh doanh, dịch vụ đời sống và các dự án đầu tư phát triển vốn chứ không quy định cụ thể về loại cho vay ngắn hạn, trung hạn và dài hạn. Cụ thể là tại Điều 10 của Quy chế cho vay quy định TCTD và khách hàng căn cứ vào chu kỳ sản xuất, kinh doanh, thời hạn thu hồi vốn của dự án đầu tư, khả năng trả nợ của khách hàng và nguồn vốn cho vay của TCTD để thoả thuận về thời hạn cho vay. Đối với tổ chức Việt Nam và nước ngoài, thời hạn cho vay không quá thời hạn hoạt động còn lại theo quyết định thành lập hoặc giấy phép hoạt động tại Việt Nam; đối với cá nhân nước ngoài, thời hạn cho vay không vượt quá thời hạn được phép sinh sống, hoạt động tại Việt Nam. Như vậy, với các quy định pháp luật hiện hành nêu trên cho thấy việc quy định thời hạn cho vay chỉ có tính chất quy ước để hạch toán, thống kê phục vụ chủ yếu cho việc quản lý các tỷ lệ an toàn vốn.

Thứ sáu, quy định về việc chuyển nợ quá hạn đã bước đầu phù hợp với thông lệ quốc tế. Theo Quyết định số 783/2005/QĐ-NHNN ngày 31/5/2005 về

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

việc sửa đổi, bổ sung khoản 6 Điều 1 của Quyết định số 127/2005/QĐ-NHNN ngày 3/2/2005 của Thống đốc NHNN về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Quy chế cho vay của TCTD đối với khách hàng ban hành theo Quyết định số 1627/2001/QĐ-NHNN ngày 31/12/2001 của Thống đốc NHNN thì các TCTD tự quyết định việc cơ cấu lại thời hạn trả nợ, trên cơ sở khả năng tài chính của mình và kết quả đánh giá khả năng trả nợ của khách hàng vay như: Khách hàng không có khả năng trả nợ đúng kỳ hạn nợ gốc và /hoặc lãi vốn vay trong phạm vi thời hạn cho vay đã thoả thuận trong hợp đồng tín dụng và tổ chức tín dụng đánh giá là có khả năng trả nợ trong các kỳ hạn tiếp theo thì TCTD xem xét, điều chỉnh kỳ hạn trả nợ gốc và/ hoặc lãi vốn vay; Khách hàng không có khả năng trả hết nợ gốc và/ hoặc lãi vốn vay đúng thời hạn cho vay đã thoả thuận trong hợp đồng tín dụng và được TCTD đánh giá là có khả năng trả nợ trong một khoảng thời gian nhất định sau thời hạn vay thì TCTD xem xét cho gia hạn nợ với thời hạn phù hợp với nguồn trả nợ của khách hàng. Toàn bộ số dư nợ vay gốc của khách hàng có khoản nợ cơ cấu lại thời hạn trả nợ được phân loại vào các nhóm nợ thích hợp theo quy định về phân loại nợ của NHNNVN.

Thứ bảy, việc kiểm tra, giám sát vốn vay được quy định theo hướng giao cho TCTD xây dựng quy trình và thực hiện kiểm tra, giám sát quá trình vay vốn, sử dụng vốn vay và trả nợ của khách hàng phù hợp với đặc điểm hoạt động của TCTD và tính chất khoản vay, nhằm đảm bảo hiệu quả và khả năng thu hồi vốn vay.

Nhìn chung, pháp luật tín dụng nói chung và Quy chế cho vay theo Quyết định số 1627 và các văn bản sửa đổi, bổ sung hiện hành đã thể hiện xu hướng mới trong hoạt động xây dựng văn bản pháp luật ngân hàng, đó là đề cao và mở rộng quyền chủ động và xác định tính tự chịu trách nhiệm của TCTD cho vay nhằm đáp ứng nhu cầu vốn phục vụ nền kinh tế quốc dân. Khách hàng vay vốn tín dụng ngân hàng đã được hưởng thêm nhiều phương thức cho vay tiện ích từ các dịch vụ ngân hàng hiện đại.

4.2.2. Các quy định pháp luật về chiết khấu thương phiếu và các giấy tờ có giá

Theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều Luật các TCTD năm 2004, “*Chiết khấu là việc TCTD mua thương phiếu, giấy tờ có giá khác của người thụ hưởng trước khi đến hạn thanh toán*”. Tại thời điểm thông qua Luật các TCTD năm 2004,

thuật ngữ “*thương phiếu*” đã được định nghĩa khá rõ ràng trong Luật Thương mại năm 1997 và Pháp lệnh thương phiếu năm 1999. Tuy nhiên, sau gần 7 năm thực thi các quy định pháp luật về “*thương phiếu*” trong 2 đạo luật cơ bản là Luật Thương mại 1997 và Pháp lệnh thương phiếu năm 1999, các quy định về thương phiếu đã phát sinh, bộc lộ nhiều bất cập, lạc hậu, các quy định về lĩnh vực này quy định dàn trải, rải rác trong các văn bản pháp luật khác nhau. Trước thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về thương phiếu, việc sửa đổi pháp luật về thương phiếu đã được đặt ra. Việc hoàn thiện pháp luật về thương phiếu nhằm một mặt, khắc phục những bất cập, mâu thuẫn, dàn trải, thiếu sự nhất quán về thương phiếu trong hệ thống pháp luật Việt Nam, mặt khác, để các quy định pháp luật về thương phiếu phù hợp với tình hình thực tiễn cũng như xu thế phát triển và hội nhập quốc tế của thị trường tài chính, tiền tệ của Việt Nam. Với quan điểm như vậy, Luật sửa đổi Luật Thương mại năm 2004 đã không tiếp tục điều chỉnh các vấn đề pháp lý về thương phiếu nữa, nội dung của Chương này sẽ được điều chỉnh trong một văn bản pháp luật chuyên ngành về tín dụng, ngân hàng. Bên cạnh đó, các quy định về thương phiếu trong Pháp lệnh thương phiếu cũng được sửa đổi, bổ sung theo hướng hoàn thiện, phù hợp với các quy định pháp luật và thông lệ quốc tế. Việc sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện các quy định về pháp luật thương phiếu được thực hiện trong Luật các công cụ chuyển nhượng năm 2005. Theo Luật các công cụ chuyển nhượng năm 2005, thuật ngữ “*thương phiếu*” được hiểu là một trong các công cụ chuyển nhượng đó là hối phiếu đòi nợ và hối phiếu nhận nợ, cụ thể là: “*Hối phiếu đòi nợ*” là giấy tờ có giá do người ký phát lập, yêu cầu người bị ký phát thanh toán không điều kiện một số tiền xác định khi có yêu cầu hoặc vào một thời điểm nhất định trong tương lai cho người thụ hưởng. “*Hối phiếu nhận nợ*” là giấy tờ có giá do người phát hành lập, cam kết thanh toán không điều kiện một số tiền xác định khi có yêu cầu hoặc vào một thời điểm nhất định trong tương lai cho người thụ hưởng. “*Chấp nhận công cụ chuyển nhượng*” là cam kết của người bị ký phát về việc sẽ thanh toán toàn bộ hoặc một phần số tiền ghi trên hối phiếu đòi nợ khi đến hạn thanh toán bằng việc ký chấp nhận trên hối phiếu đòi nợ.

Như vậy, theo Luật các công cụ chuyển nhượng năm 2005, “*công cụ chuyển*

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

nhượng” được hiểu là giấy tờ có giá ghi nhận lệnh thanh toán hoặc cam kết thanh toán không điều kiện một số tiền xác định vào một thời điểm nhất định. Tại khoản 14 Điều 4 Luật công cụ chuyển nhượng quy định: “*Chiết khấu công cụ chuyển nhượng là việc TCTD mua công cụ chuyển nhượng từ người thụ hưởng trước khi đến hạn thanh toán*”.

“*Cơ sở phát hành công cụ chuyển nhượng*” là người ký phát, người phát hành được phát hành công cụ chuyển nhượng trên cơ sở giao dịch mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, cho vay giữa các tổ chức, cá nhân với nhau; giao dịch cho vay của các TCTD với tổ chức, cá nhân; giao dịch thanh toán và giao dịch tặng cho theo quy định của pháp luật. Quan hệ công cụ chuyển nhượng tách rời và độc lập với giao dịch gốc, không phụ thuộc vào giao dịch cơ sở phát hành công cụ chuyển nhượng.

Công cụ chuyển nhượng rất quan trọng đối với doanh nghiệp vì nó là công cụ quan trọng trong việc cấp tín dụng cho hoạt động thương mại. Việc cấp tín dụng này thường là tín dụng ngắn hạn cho vốn lưu động. Hiện nay, tại Việt Nam, công cụ chuyển nhượng chỉ thực hiện chức năng này trong ngoại thương. Ở nhiều nước khác công cụ chuyển nhượng được sử dụng nhiều và có vai trò vô cùng quan trọng trong nội thương cũng như ngoại thương. Sự ra đời của Luật công cụ chuyển nhượng đã thể hiện rõ tầm quan trọng của Luật này trong nền kinh tế nói chung. Nếu không có quy định pháp lý về hối phiếu đòi nợ, hối phiếu nhận nợ thì hoạt động thương mại hàng ngày sẽ khó khăn hơn. Các khoản tín dụng ngắn hạn lúc đó sẽ phải tuân thủ các thủ tục vay vốn phức tạp hơn. Người bán sẽ gặp khó khăn trong việc cấp tín dụng ngắn hạn cho người mua vì không thể sử dụng công cụ chuyển nhượng làm công cụ thanh toán và cấp tín dụng với độ an toàn và chắc chắn hơn. Người mua sẽ phải dựa vào tín dụng ngân hàng thường có chi phí và thủ tục rườm rà hơn. Người chịu thiệt thòi chính là các doanh nghiệp vừa và nhỏ với khả năng tiếp cận và tuân thủ tín dụng ngân hàng ít hơn.

Bên cạnh việc chiết khấu thương phiếu/ công cụ chuyển nhượng để cho vay, việc cho vay còn được thực hiện dưới hình thức cầm cố công cụ chuyển nhượng là hối phiếu đòi nợ và hối phiếu nhận nợ. Theo quy định tại Điều 36

Luật các công cụ chuyển nhượng, người thụ hưởng có quyền cầm cố hối phiếu đòi nợ và hối phiếu nhận nợ theo quy định của pháp luật. Người cầm cố hối phiếu phải chuyển giao hối phiếu cho người nhận cầm cố. Thỏa thuận về cầm cố phải được lập thành văn bản. Khi người cầm cố hoàn thành nghĩa vụ được bảo đảm bằng cầm cố hối phiếu thì người nhận cầm cố phải hoàn trả hối phiếu cho người cầm cố. Trong trường hợp người cầm cố không thực hiện đầy đủ, đúng hạn nghĩa vụ được bảo đảm bằng cầm cố hối phiếu thì người nhận cầm cố trở thành người thụ hưởng hối phiếu và được thanh toán theo nghĩa vụ được bảo đảm cầm cố.

Như vậy, theo pháp luật hiện hành, nghiệp vụ cấp tín dụng thông qua việc cầm cố thương phiếu và các giấy tờ có giá khác không phải là biện pháp bảo đảm tiền vay mà là một nghiệp vụ kinh doanh thu lợi nhuận. Khi thực hiện nghiệp vụ cấp tín dụng dưới hình thức cầm cố thương phiếu và các giấy tờ có giá khác, TCTD không quan tâm nhiều lắm đến khả năng tài chính của khách hàng mà chỉ chú trọng đến tình hình tài chính của tổ chức, cá nhân phát hành thương phiếu và giấy tờ có giá đó.

Chứng từ có giá hay còn gọi là giấy tờ có giá là những phương tiện chuyển tải và dự trữ giá trị, do những đơn vị được phép phát hành hợp pháp. Theo Quyết định số 1325/2004/QĐ-NHNN ngày 15/10/2004 của Thống đốc NHNNVN ban hành Quy chế chiết khấu, tái chiết khấu giấy tờ có giá của tổ chức tín dụng đối với khách hàng, các loại giấy tờ có giá được tổ chức tín dụng lựa chọn chiết khấu, tái chiết khấu bao gồm: Các giấy tờ có giá của tổ chức tín dụng phát hành theo quy định của Luật Các tổ chức tín dụng và hướng dẫn của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Tín phiếu Ngân hàng Nhà nước phát hành theo quy định của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Các loại trái phiếu được phát hành theo quy định của Chính phủ và hướng dẫn của Bộ Tài chính, bao gồm: Tín phiếu kho bạc; Trái phiếu kho bạc; Trái phiếu công trình trung ương; Trái phiếu đầu tư; Trái phiếu ngoại tệ; Công trái xây dựng Tổ quốc; Trái phiếu được Chính phủ bảo lãnh; Trái phiếu Chính quyền địa phương; Các tín phiếu, kỳ phiếu, trái phiếu do tổ chức khác phát hành và được chiết khấu, tái chiết khấu theo quy định của pháp luật.

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Điều kiện giấy tờ có giá được nhận chiết khấu, tái chiết khấu là các giấy tờ có giá này thuộc quyền sở hữu hợp pháp của khách hàng; Chưa đến hạn thanh toán; Được phép giao dịch (mua, bán, tặng cho, chuyển đổi, chuyển nhượng, cầm cố, bảo lãnh và các giao dịch hợp pháp khác); Được thanh toán theo quy định của tổ chức phát hành.

Những chứng từ có giá này được coi là công cụ tài chính và các công cụ này này được luật pháp thừa nhận. Chúng được coi là tài sản của những người sở hữu. Khi chưa đến hạn thanh toán, người sở hữu chúng có thể mang chúng đến bán tại các TCTD (NHTM). Việc mua lại các giấy tờ có giá của khách hàng được coi là nghiệp vụ chiết khấu. Như vậy, chiết khấu thương phiếu (công cụ chuyển nhượng) và các giấy tờ có giá được coi là một nghiệp vụ tín dụng ngắn hạn, được thực hiện dưới hình thức chuyển nhượng quyền sở hữu chứng từ cho ngân hàng để nhận một khoản tiền bằng mệnh giá trừ đi mức chiết khấu.

4.2.3. Các quy định pháp luật về bảo lãnh ngân hàng

Theo quy định của pháp luật tín dụng hiện hành và Quy chế bảo lãnh ngân hàng (ban hành kèm theo Quyết định số 26/QĐ-NHNN ngày 26/6/2006) của Thống đốc NHNN) thì “*bảo lãnh ngân hàng*” là cam kết bằng văn bản của tổ chức tín dụng (bên bảo lãnh) với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng (bên được bảo lãnh) khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh. Khách hàng phải nhận nợ và hoàn trả cho tổ chức tín dụng số tiền đã được trả thay. “*Hợp đồng bảo lãnh*” là thỏa thuận bằng văn bản giữa TCTD và bên nhận bảo lãnh hoặc giữa TCTD, bên nhận bảo lãnh, khách hàng và các bên liên quan (nếu có) về việc TCTD sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh. Đồng thời, Quy chế cũng xác định rõ “*bảo lãnh vay vốn*” là cam kết của TCTD với bên nhận bảo lãnh, về việc sẽ trả nợ thay cho khách hàng trong trường hợp khách hàng không trả hoặc không trả đầy đủ, đúng hạn nợ vay với bên nhận bảo lãnh. Thủ tục các quy định về quản lý ngoại hối của Việt Nam.

Khách hàng được tổ chức tín dụng bảo lãnh là các tổ chức và cá nhân trong nước và nước ngoài. Quy chế cũng xác định rõ những đối tượng mà các TCTD không được phép thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh ngân hàng, đó là: Thành viên Hội đồng quản trị, Ban Kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng Giám đốc (Phó Giám đốc) của tổ chức tín dụng; Cán bộ, nhân viên của tổ chức tín dụng đó thực hiện thẩm định, quyết định bảo lãnh; Bố, mẹ, vợ, chồng, con của thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Tổng Giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng Giám đốc (Phó Giám đốc); Việc áp dụng quy định tại điểm c Khoản này đối với người được bảo lãnh là bố, mẹ, vợ, chồng, con của Giám đốc, phó Giám đốc chi nhánh của tổ chức tín dụng do tổ chức tín dụng xem xét quyết định. Việc Quy chế giới hạn một số đối tượng trên các TCTD không được bảo lãnh ngân hàng là nhằm bảo đảm sự an toàn, độc lập và hiệu quả trong hoạt động ngân hàng của các TCTD.

Theo Quy chế bảo lãnh hiện hành, để được bảo lãnh ngân hàng, khách hàng phải có đủ các điều kiện như: có đầy đủ năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật; Mục đích đề nghị tổ chức tín dụng bảo lãnh là hợp pháp; Có khả năng tài chính để thực hiện nghĩa vụ được TCTD bảo lãnh trong thời hạn cam kết; Trường hợp khách hàng là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài thì ngoài các điều kiện nêu trên phải tuân thủ các quy định về quản lý ngoại hối của Việt Nam.

Mức phí bảo lãnh theo Quy chế bảo lãnh mới này đã được xác định trên cơ sở thoả thuận giữa bên bảo lãnh và khách hàng, phù hợp với chi phí của tổ chức tín dụng và mức độ rủi ro của nghiệp vụ này.

Ngoài những giới hạn đối tượng khách hàng nêu trên, Quy chế bảo lãnh hiện hành cũng khống chế giới hạn bảo lãnh và xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng bảo lãnh ngân hàng v.v...

Cùng với sự phát triển của các nghiệp vụ tín dụng ngân hàng khác, nghiệp vụ bảo lãnh ngân hàng cũng ngày càng đa dạng, thuận lợi, góp phần đa dạng hoá các sản phẩm dịch vụ ngân hàng, đáp ứng được các nhu cầu tín dụng trong đời sống kinh tế, xứng đáng là một ngành kinh tế quan trọng phục vụ nhu cầu vốn phát triển trong toàn bộ nền kinh tế đất nước. Nghiệp

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

vụ bảo lãnh ngân hàng đã góp phần tăng tỷ trọng thu từ các hoạt động dịch vụ trong tổng số các nguồn thu của ngân hàng, phù hợp với xu hướng vận động và phát triển chung của thị trường tiền tệ, tín dụng của Việt Nam trong thời kỳ đổi mới và hội nhập kinh tế quốc tế.

4.2.4. Các quy định pháp luật về cho thuê tài chính

Cho đến nay, khung pháp lý về cho thuê tài chính chủ yếu bao gồm các văn bản pháp luật về dân sự, tín dụng, cụ thể là: Luật các TCTD, Nghị định số 16/2001/NĐ-CP ngày 2/5/2001 về tổ chức và hoạt động của công ty cho thuê tài chính; Thông Tư số 06/TT-NHNN của Thống đốc NHNN ngày 12/10/2005 hướng dẫn một số điều của Nghị định số 16/2001/NĐ-CP về tổ chức và hoạt động của công ty cho thuê tài chính (Nghị định số 16) và Nghị định số 65/2005/NĐ-CP ngày 19/5/2005 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 16/2001/NĐ-CP về tổ chức và hoạt động của Công ty cho thuê tài chính (Nghị định số 65). Nhìn chung, các văn bản pháp lý trên đây đã tạo một hành lang pháp lý tương đối thuận lợi, ổn định cho hoạt động của các công ty cho thuê tài chính ở Việt Nam, phản ánh được nhiều nội dung ưu việt, tiến bộ, phù hợp với điều kiện thực tiễn và nhu cầu phát triển nghiệp vụ kinh doanh này ở Việt Nam, phù hợp với các quy định thông lệ quốc tế.

Theo quy định của pháp luật tín dụng hiện hành, nghiệp vụ “cho thuê tài chính” là hoạt động tín dụng trung hạn, dài hạn thông qua việc cho thuê máy móc, thiết bị, phương tiện vận chuyển và các động sản khác trên cơ sở hợp đồng cho thuê tài chính giữa bên cho thuê và bên thuê. Bên cho thuê cam kết mua máy móc, thiết bị, phương tiện vận chuyển và các động sản khác theo yêu cầu của bên thuê và nắm giữ quyền sở hữu đối với các tài sản cho thuê. Bên thuê nắm giữ quyền sở hữu đối với các tài sản cho thuê. Bên thuê nắm giữ tài sản thuê và thanh toán tiền thuê trong suốt thời hạn thuê đã được 2 bên thoả thuận.

Như vậy, với quy định nêu trên cho thấy giao dịch cho thuê tài chính phải thoả mãn một trong những điều kiện như: khi kết thúc thời hạn cho thuê theo hợp đồng, bên thuê được chuyển quyền sở hữu tài sản thuê hoặc được tiếp tục thuê theo sự thoả thuận của hai bên; Khi kết thúc thời hạn cho thuê theo hợp đồng, bên thuê được quyền ưu tiên mua tài sản thuê theo giá danh nghĩa thấp hơn giá trị thực tế của tài sản thuê tại thời điểm mua lại; Thời

hạn cho thuê một loại tài sản ít nhất bằng 60% thời gian cần thiết để khấu hao tài sản thuê; Tổng số tiền thuê một loại tài sản quy định tại hợp đồng cho thuê tài chính, ít nhất phải tương đương với giá trị của tài sản đó tại thời điểm ký hợp đồng.

Hoạt động cho thuê tài chính đối với tổ chức, cá nhân được thực hiện thông qua công ty cho thuê tài chính. Công ty cho thuê tài chính cung cấp một hình thức tài trợ vốn trung và dài hạn mới thông qua việc cho thuê máy móc, thiết bị, phương tiện vận chuyển và các động sản khác trên cơ sở hợp đồng cho thuê giữa bên cho thuê với bên thuê. Với những ưu thế về hình thức hạch toán, tính khấu hao, cách xác định thuế nên hình thức cho thuê tài chính có khả năng đáp ứng được yêu cầu không ngừng đổi mới trang thiết bị của các doanh nghiệp (chủ yếu là các doanh nghiệp vừa và nhỏ) trong điều kiện vốn của doanh nghiệp, đặc biệt là nguồn vốn trung hạn và dài hạn còn nhiều hạn chế.

Theo quy định tại Nghị định số 65, bên cạnh nghiệp vụ cho thuê tài chính do các công ty cho thuê tài chính thực hiện theo quy định tại Luật các TCTD và Nghị định số 16 thì Công ty cho thuê tài chính còn được bổ sung thêm nghiệp vụ là cho thuê vận hành. “Cho thuê vận hành” là hình thức cho thuê tài sản, theo đó bên thuê sử dụng tài sản của bên cho thuê trong một thời gian nhất định và sẽ trả lại tài sản đó cho bên cho thuê khi kết thúc thời hạn cho thuê tài sản. Bên cho thuê giữ quyền sở hữu tài sản cho thuê và nhận tiền cho thuê theo hợp đồng cho thuê. Đây là một hình thức cấp tín dụng mới của Công ty cho thuê tài chính, thực chất cho thuê vận hành là hình thức cho thuê tài sản, quy định trong Bộ Luật Dân sự. Việc bổ sung thêm hình thức cấp tín dụng qua nghiệp vụ cho thuê vận hành của các công ty cho thuê tài chính là một trong những cam kết của Chính phủ Việt Nam với Ngân hàng Phát triển Châu Á (ADB) để đảm bảo cho việc giải ngân các khoản vay của Ngân hàng này với Chính phủ Việt Nam.

Hợp đồng cho thuê tài chính là thoả thuận giữa bên cho thuê và bên thuê về việc cho thuê một hoặc một số máy móc, thiết bị, phương tiện vận chuyển và động sản khác, phù hợp với quyền và nghĩa vụ của các bên.

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Hợp đồng cho thuê tài chính phải được lập thành văn bản phù hợp với quy định của pháp luật. Hợp đồng phải ghi rõ việc xử lý khi hợp đồng chấm dứt trước hạn. Bên thuê và bên cho thuê không được đơn phương huỷ bỏ hợp đồng cho thuê tài chính⁷⁵.

Về nghiệp vụ cho thuê tài chính, pháp luật tín dụng nói chung và các văn bản pháp luật hiện hành về cho thuê tài chính cũng quy định khá đầy đủ về quyền và nghĩa vụ của các bên thuê tài chính (Điều 62 và 63 Luật các TCTD), tỷ lệ đảm bảo an toàn; các trường hợp công ty cho thuê tài chính không được cho thuê.

Sau khi Luật các TCTD ra đời, trong hệ thống các tổ chức tín dụng Việt Nam, bên cạnh những loại hình đã tồn tại và hoạt động từ trước như Ngân hàng thương mại, Công ty tài chính đã xuất hiện thêm loại hình thức tín dụng phi ngân hàng mới là Công ty cho thuê tài chính. Công ty cho thuê tài chính được thành lập và hoạt động tại Việt Nam dưới các hình thức: Công ty cho thuê tài chính Nhà nước, Công ty cho thuê tài chính cổ phần; Công ty cho thuê tài chính trực thuộc các TCTD, Công ty cho thuê tài chính liên doanh và Công ty cho thuê tài chính 100% vốn nước ngoài.

Bên cạnh các công ty cho thuê tài chính còn có một loại hình tổ chức tín dụng phi ngân hàng khác là Công ty tài chính. Phạm vi hoạt động của Công ty tài chính chỉ được giới hạn trong các hình thức chủ yếu như huy động vốn bằng cách phát hành tín phiếu theo quy định của NHNN, cho vay ngắn hạn, trung hạn và dài hạn đối với các tổ chức kinh tế và tư nhân có trụ sở tại địa bàn hoạt động của công ty, hùn vốn với cá tổ chức kinh tế hoặc mua cổ phần của các công ty, xí nghiệp. Phạm vi hoạt động của các công ty tài chính trong Tổng công ty cũng chủ yếu chỉ hạn chế trong những nội dung huy động vốn, cho vay và đầu tư phục vụ cho Tổng công ty và các đơn vị thành viên của Tổng công ty.

75 (Trừ những trường hợp sau: 1/ Bên cho thuê có quyền chấm dứt hợp đồng cho thuê tài chính trước hạn khi có một trong các trường hợp sau: Bên thuê không trả tiền thuê theo quy định trong hợp đồng cho thuê tài chính; Bên thuê vi phạm các điều khoản của hợp đồng cho thuê tài chính; Bên thuê bị phá sản, giải thể; Người bảo lãnh bị phá sản, giải thể và bên cho thuê không chấp thuận để nghị chấm dứt bảo lãnh hoặc để nghị người bảo lãnh khác thay thế của Bên thuê. 2/ Bên thuê có thể chấm dứt hợp đồng trước hạn khi bên cho thuê vi phạm một trong các trường hợp sau: Bên cho thuê không giao đúng hạn tài sản cho thuê; Bên cho thuê vi phạm hợp đồng.3/ Hợp đồng cho thuê tài chính được chấm dứt trước hạn cho thuê trong trường hợp tài sản cho thuê bị mất, hỏng không thể phục hồi sửa chữa. 4/ Hợp đồng cho thuê tài chính được chấm dứt trước khi kết thúc thời hạn cho thuê trong trường hợp bên cho thuê chấp thuận để bên thuê thanh toán toàn bộ tiền thuê trước thời hạn ghi tại hợp đồng cho thuê tài chính (Điều 27 của Nghị định số 16/2001/NĐ-CP ngày 2/5/2001 về tổ chức và hoạt động của công ty cho thuê tài chính).

Không chỉ tăng về số lượng, nội dung và phạm vi hoạt động của Công ty tài chính theo quy định tại Nghị định số 79/2002/ ND-CP ngày 4/10/2002 của Chính phủ về Công ty tài chính cũng được mở rộng hơn so với quy định trước đây của Pháp lệnh ngân hàng, Hợp tác xã tín dụng và Công ty tài chính, ví dụ như Công ty tài chính được phép nhận tiền gửi có kỳ hạn từ 1 năm trở lên của tổ chức, cá nhân theo quy định của NHNN; được vay của các tổ chức tài chính, tín dụng trong và ngoài nước; cho vay ngắn, trung và dài hạn; Cho vay theo uỷ thác của Chính phủ, của tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước theo quy định hiện hành của Luật Các tổ chức tín dụng và hợp đồng uỷ thác; Cho vay tiêu dùng bằng hình thức cho vay mua trả góp; Được bảo lãnh bằng uy tín và khả năng tài chính của mình; Được tham gia thị trường tiền tệ. Công ty Tài chính được cấp tín dụng dưới hình thức chiết khấu, cầm cố thương phiếu, trái phiếu và các giấy tờ có giá khác đối với các tổ chức và cá nhân.

Mặc dù thời gian hoạt động chưa nhiều, quy mô còn hạn chế, những các TCTD phi ngân hàng đã dần chứng tỏ được vai trò quan trọng của mình trong việc đóng góp cho mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam.

4.3. Những vấn đề các doanh nghiệp cần quan tâm khi tiếp cận vốn vay của các TCTD Việt Nam

Hoạt động tín dụng nói riêng và hoạt động ngân hàng nói chung muốn phát triển bền vững, đảm bảo tính an toàn của hệ thống thì một mặt, các hoạt động tín dụng này phải được hoạt động, vận hành trên cơ sở tuân thủ các quy định của pháp luật và áp dụng các chuẩn mực, thông lệ quốc tế, mặt khác, các TCTD phải nâng cao năng lực cạnh tranh trên cơ sở nâng cao chất lượng dịch vụ, phát triển các kênh tín dụng, mở rộng, đa dạng hoá các sản phẩm tiện ích, văn minh của thị trường tín dụng, tiền tệ. Để chấp hành đúng các quy định của pháp luật thì trước tiên phải hiểu đúng các quy định pháp luật. Việc làm này không phải lúc nào cũng đơn giản, nhanh chóng, nhất là hoạt động tín dụng của các TCTD là lĩnh vực rộng lớn, phức tạp, nhạy cảm và ẩn chứa nhiều rủi ro. Do vậy, để đảm bảo hiểu đúng và thực hiện đúng các quy định pháp luật về hoạt động tín dụng, thì các TCTD và khách hàng cần phải xác định được những công đoạn, trình tự, thủ tục mà mình phải làm và không được làm.

Thứ nhất, cần xác định danh mục các văn bản quy phạm pháp luật quy định về hoạt động tín dụng để biết được mình phải làm những gì và không được làm những gì. Về nguyên tắc, quan hệ tín dụng là quan hệ dân sự, do vậy, các quy định của Bộ Luật Dân Sự về hợp đồng nói chung và hợp đồng vay tài sản nói riêng, các quy định về năng lực hành vi, năng lực dân sự, về pháp nhân, về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự cần được biết và hiểu rõ. Trong trường hợp này, Bộ Luật Dân Sự được coi là văn bản pháp luật chung và các quy định cụ thể trong Luật các TCTD được coi là văn bản pháp luật chuyên ngành về hoạt động tín dụng. Căn cứ vào các quy định của Bộ Luật Dân Sự, Luật các TCTD, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, các Bộ, ngành liên quan đã ban hành các văn bản pháp luật quy định chi tiết về quy chế cho vay, quy chế bảo lãnh, quy chế chiết khấu giấy tờ có giá; quy định về cho thuê tài chính, quy định về an toàn tín dụng, quy định về bảo đảm tiền vay, quy định về đăng ký giao dịch bảo đảm, quy định về công chứng, chứng thực, quy định về thế chấp giá trị quyền sử dụng đất. Trên cơ sở các văn bản hướng dẫn của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, các TCTD có trách nhiệm ban hành các quy định về cho vay, bảo lãnh, chiết khấu, cho thuê tài chính, báo thanh toán v.v... của riêng TCTD mình.

Thứ hai, trong hoạt động tín dụng, theo quy định của pháp luật, cần chú ý những vấn đề lớn sau:

- Quy định về xác lập hợp đồng tín dụng; hiệu lực của hợp đồng; hợp đồng tín dụng vô hiệu; thực hiện hợp đồng tín dụng; trách nhiệm vật chất khi vi phạm hợp đồng tín dụng;
- Quy định về tỷ lệ bảo đảm an toàn trong hoạt động tín dụng;
- Quyền và nghĩa vụ của khách hàng vay vốn;
- Quyền và nghĩa vụ của bên cho vay, cho thuê, bên bảo lãnh v.v...;
- Quy định về bảo đảm tiền vay;
- Quy định về việc giữ tài sản và giữ giấy tờ là tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự;
- Quy định về đăng ký, xoá đăng ký cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bằng tài sản;

- Quy định về đăng ký, xoá đăng ký thế chấp, bảo lãnh bằng giá trị quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất;
- Quy định về việc xử lý tài sản bảo đảm tiền vay để thu hồi nợ;
- Quy định về cho vay bằng ngoại tệ;
- Quy định về xử lý tài sản bảo đảm;
- Quy định về giải quyết tranh chấp hợp đồng tín dụng.

5. PHÁP LUẬT VỀ XÚC TIẾN THƯƠNG MẠI

Theo số liệu từ Tổng Cục thống kê cho thấy, tốc độ tăng trưởng kinh tế 6 tháng đầu năm 2006 đạt 7,5%⁷⁶, tổng kim ngạch xuất khẩu hàng hoá của cả nước trong 7 tháng đầu năm lên hơn 22 tỉ USD, tăng hơn 25% so với cùng kỳ năm trước, tỷ lệ thất nghiệp ở thành thị trong năm 2005 và 6 tháng đầu năm 2006 giảm đáng kể so với năm 2004 và những năm trước đây.

Những số liệu tăng trưởng đáng mừng trên trong thời gian qua có sự đóng góp không nhỏ của công tác xúc tiến thương mại. Thực tế trong thời gian qua cho thấy, nhiều hoạt động xúc tiến thương mại ở nước ta đã được triển khai⁷⁷, đem lại nhiều lợi ích cho việc phát triển kinh tế - xã hội, hiện nay hầu hết các tỉnh thành trên cả nước đều có một bộ phận chuyên trách về xúc tiến thương mại và đã đạt được nhiều kết quả nhất định⁷⁸.

Tuy nhiên, nếu nhìn vào thực tế hiện nay thì vẫn còn rất nhiều việc mà công tác xúc tiến thương mại vẫn chưa làm được. Hoạt động xúc tiến thương mại của chúng ta mới dừng lại ở góc độ là một kênh giúp doanh nghiệp tiêu thụ hàng hóa, chứ chưa định hướng về ngành hàng cho doanh nghiệp cũng như kế hoạch kinh doanh của họ; còn công tác xúc tiến thương mại trong thời gian qua chỉ là bề nổi với những công tác như khảo sát thị trường, tham gia hội chợ...; sự gắn kết giữa các bộ phận xúc tiến thương mại ở các tỉnh, thành trên cả nước với nhau theo khu vực và ngành hàng thì chưa hề có; sự xuất hiện các

⁷⁶ Báo cáo của Bộ trưởng Bộ Kế hoạch và đầu tư Võ Hồng Phúc tại Hội nghị toàn quốc ngành kế hoạch - đầu tư để hướng dẫn xây dựng kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội năm 2007.

⁷⁷ Ví dụ, năm 1998, theo tổng kết thì chúng ta chỉ có 71 chương trình khuyến mãi với số tiền khiêm tốn vài chục tỷ đồng thì 6 tháng đầu năm 2005 đã có tới 540 chương trình với số tiền khuyến mãi lên tới 271 tỷ đồng.

⁷⁸ Ở Trung ương chúng ta có Cục Xúc tiến thương mại (Bộ Thương mại) có vai trò là một đầu tàu định hướng và gắn kết các Trung tâm xúc tiến thương mại ở địa phương với nhau.



Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

hiệp hội ngành hàng ngày càng nhiều nhưng vẫn chưa có mối quan hệ hợp tác với trung tâm xúc tiến thương mại, dẫn đến, công tác xúc tiến thương mại giữa tỉnh, thành, hiệp hội và doanh nghiệp chưa có sự kết nối, còn manh mún, rời rạc, lĩnh vực hoạt động này đã nảy sinh nhiều mặt tiêu cực, các hội chợ triển lãm thương mại tổ chức manh mún, thể hiện rõ rệt ở những kỳ hội chợ triển lãm ở nước ngoài. Đó là chưa kể các hành vi thiếu minh bạch xuất hiện ngày càng nhiều trong lĩnh vực xúc tiến thương mại.

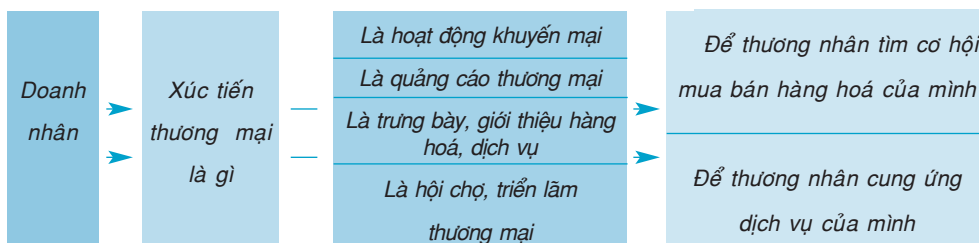
Trong khi đó, Việt Nam gia nhập WTO, sự cạnh tranh khốc liệt hơn và vai trò của hoạt động xúc tiến thương mại lại càng quan trọng hơn và bên cạnh những mặt tích cực như vừa nêu trên thì những mặt tiêu cực trong lĩnh vực xúc tiến thương mại sẽ gây ra nhiều hậu quả nghiêm trọng bởi sự cạnh tranh về khuyến mại và quảng cáo thương mại sẽ khốc liệt hơn khi xuất hiện thêm nhiều nhà kinh doanh nước ngoài. Thậm chí tình trạng bán phá giá các hàng hóa có thể xảy ra.

Trong hệ thống pháp luật thương mại thì pháp luật về xúc tiến thương mại giữ một vai trò quan trọng. Đặc biệt là trong nền kinh tế thị trường hiện nay khi mà sản phẩm dịch vụ, hàng hoá phải được lưu thông và đến với người tiêu dùng, người sử dụng thì vai trò của các quy định về xúc tiến thương mại mang tính quyết định điều kiện tiếp cận thị trường của doanh nghiệp.

Xuất phát từ thực tiễn như vậy, để đáp ứng điều kiện gia nhập tổ chức thương mại thế giới (WTO) Luật Thương mại năm 2005 ra đời thay thế Luật Thương mại năm 1997 với những nội dung đổi mới hoàn toàn. Sự đổi mới đó tập trung vào việc mở rộng phạm vi điều chỉnh của luật, không chỉ điều chỉnh các hoạt động mua bán hàng hoá mà còn điều chỉnh cả các hoạt động cung ứng dịch vụ và xúc tiến thương mại. Trong đó có Chương IV quy định về "*Xúc tiến thương mại*".

Ngày 04/3/2006, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 37/2006/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động xúc tiến thương mại thay thế cho Nghị định số 32/1999/NĐ-CP ngày 05 tháng 5 năm 1999 của Chính phủ về khuyến mại, quảng cáo thương mại và hội chợ, triển lãm thương mại. Theo đó, xúc tiến thương mại là hoạt động thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ, bao gồm hoạt động khuyến mại, quảng cáo thương mại, trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ và hội chợ, triển lãm thương mại.

Hộp 1: Chỉ dẫn hoạt động xúc tiến thương mại



5.1. Hoạt động khuyến mại:

Khuyến mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân nhằm xúc tiến việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ bằng cách dành cho khách hàng những lợi ích nhất định.

Các hình thức khuyến mại:

Theo quy định của pháp luật xúc tiến thương mại thì có ít nhất là 9 hình thức khuyến mại được pháp luật thừa nhận:

Hình thức thứ nhất là đưa hàng hoá mẫu, cung ứng dịch vụ mẫu để khách hàng dùng thử không phải trả tiền:

Trong đó, quy định hàng mẫu đưa cho khách hàng, dịch vụ mẫu cung ứng cho khách hàng dùng thử phải là hàng hoá, dịch vụ được kinh doanh hợp pháp mà thương nhân đang hoặc sẽ bán, cung ứng trên thị trường.

Khi nhận hàng mẫu, dịch vụ mẫu, khách hàng không phải thực hiện bất kỳ nghĩa vụ thanh toán nào.

Thương nhân thực hiện chương trình khuyến mại theo hình thức đưa hàng mẫu, cung ứng dịch vụ mẫu phải chịu trách nhiệm về chất lượng của hàng mẫu, dịch vụ mẫu và phải thông báo cho khách hàng đầy đủ thông tin liên quan đến việc sử dụng hàng mẫu, dịch vụ mẫu.

Hình thức thứ hai, tặng hàng hoá cho khách hàng, cung ứng dịch vụ không thu tiền; không kèm theo việc mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ:

Thương nhân thực hiện chương trình khuyến mại bằng hình thức tặng hàng hoá



Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

cho khách hàng, cung ứng dịch vụ không thu tiền, không kèm theo việc mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ. Phải chịu trách nhiệm về chất lượng của hàng hoá, tặng cho khách hàng, dịch vụ không thu tiền và phải thông báo cho khách hàng đầy đủ thông tin liên quan đến việc sử dụng hàng hoá, dịch vụ đó.

Hình thức thứ ba là bán hàng, cung ứng dịch vụ với giá thấp hơn giá bán hàng, giá cung ứng dịch vụ trước đó, được áp dụng trong thời gian khuyến mại đã đăng ký hoặc thông báo.

Trong trường hợp thực hiện khuyến mại bằng hình thức giảm giá thì mức giảm giá hàng hóa, dịch vụ được khuyến mại trong thời gian khuyến mại tại bất kỳ thời điểm nào phải tuân thủ quy định mức giảm giá tối đa đối với hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại không được vượt quá 50% giá hàng hoá, dịch vụ đó ngay trước thời gian khuyến mại.

Không được giảm giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ trong trường hợp giá bán hàng hoá, dịch vụ thuộc diện Nhà nước quy định giá cụ thể.

Không được giảm giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ xuống thấp hơn mức giá tối thiểu trong trường hợp giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ thuộc diện Nhà nước quy định khung giá hoặc quy định giá tối thiểu.

Tổng thời gian thực hiện chương trình khuyến mại bằng cách giảm giá đối với một loại nhãn hiệu hàng hoá, dịch vụ không được vượt quá 90 (chín mươi) ngày trong một năm; một chương trình khuyến mại không được vượt quá 45 (bốn mươi lăm) ngày.

Hình thức thứ tư là bán hàng, cung ứng dịch vụ có kèm theo phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ để khách hàng được hưởng một hay một số lợi ích nhất định.

Theo quy định của pháp luật thì phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ kèm theo hàng hóa được bán, dịch vụ được cung ứng là phiếu để mua hàng hóa, nhận cung ứng dịch vụ của chính thương nhân đó hoặc để mua hàng hóa, nhận cung ứng dịch vụ của thương nhân, tổ chức khác.

Giá trị tối đa của phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ được tặng kèm theo một đơn vị hàng hóa được bán, dịch vụ được cung ứng trong thời gian khuyến mại phải

tuân thủ quy định hạn mức tối đa về giá trị vật chất dùng để khuyến mại quy định dưới đây:

- Giá trị vật chất dùng để khuyến mại cho một đơn vị hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại không được vượt quá 50% giá của đơn vị hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại đó trước thời gian khuyến mại, trừ trường hợp khuyến mại bằng các hình thức quy định sau: Đưa hàng mẫu, cung ứng dịch vụ mẫu để khách hàng dùng thử không phải trả tiền; Tặng hàng hoá cho khách hàng, cung ứng dịch vụ không thu tiền; không kèm theo việc mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; Bán hàng, cung ứng dịch vụ có kèm theo phiếu dự thi cho khách hàng để chọn người trao thưởng theo thể lệ và giải thưởng đã công bố; Bán hàng, cung ứng dịch vụ kèm theo việc tham dự chương trình khuyến mại mang tính may rủi và tổ chức chương trình khách hàng thường xuyên.
- Tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại mà thương nhân thực hiện trong một chương trình khuyến mại không được vượt quá 50% tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại, trừ trường hợp khuyến mại bằng hình thức đưa hàng mẫu, cung ứng dịch vụ mẫu để khách hàng dùng thử không phải trả tiền.
- Giá trị hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại là chi phí mà thương nhân thực hiện khuyến mại phải bỏ ra để có được hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại tại thời điểm khuyến mại, thuộc một trong các trường hợp sau đây:
 - Thương nhân thực hiện khuyến mại không trực tiếp sản xuất, nhập khẩu hàng hoá hoặc không trực tiếp cung ứng dịch vụ dùng để khuyến mại, chi phí này được tính bằng giá thanh toán của thương nhân thực hiện khuyến mại để mua hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại.
 - Hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại là hàng hoá của thương nhân đó trực tiếp sản xuất, nhập khẩu hoặc cung ứng dịch vụ, chi phí này được tính bằng giá thành hoặc giá nhập khẩu của hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại.

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Hình thức thứ năm, bán hàng, cung ứng dịch vụ có kèm phiếu dự thi cho khách hàng để chọn người trao thưởng theo thể lệ và giải thưởng đã công bố. Việc tổ chức thi và mở thưởng phải được tổ chức công khai, có sự chứng kiến của đại diện khách hàng và phải được thông báo cho Sở Thương mại nơi tổ chức thi, mở thưởng.

Thương nhân thực hiện khuyến mại phải tổ chức thi và trao giải thưởng theo thể lệ và giải thưởng mà thương nhân đã công bố.

Hình thức thứ sáu là bán hàng, cung ứng dịch vụ kèm theo việc tham dự các chương trình mang tính may rủi mà việc tham gia chương trình gắn liền với việc mua hàng hóa, dịch vụ và việc trúng thưởng dựa trên sự may mắn của người tham gia theo thể lệ và giải thưởng đã công bố.

Việc mở thưởng chương trình khuyến mại mang tính may rủi phải được tổ chức công khai, theo thể lệ đã công bố, có sự chứng kiến của khách hàng. Trong trường hợp giá trị giải thưởng từ 100 triệu đồng trở lên, thương nhân phải thông báo cho cơ quan quản lý nhà nước về thương mại có thẩm quyền theo quy định tại khoản 1 Điều 15 Nghị định số 37.

Trong trường hợp việc trúng thưởng được xác định trên cơ sở bằng chứng trúng thưởng kèm theo hàng hóa, thương nhân thực hiện khuyến mại phải thông báo về thời gian và địa điểm thực hiện việc đưa bằng chứng trúng thưởng vào hàng hoá cho cơ quan quản lý nhà nước về thương mại có thẩm quyền theo quy định tại khoản 1 Điều 15 Nghị định số 37.

Tổng thời gian thực hiện khuyến mại đối với một loại nhãn hiệu hàng hoá, dịch vụ không được vượt quá 180 (một trăm tám mươi) ngày trong một năm, một chương trình khuyến mại không được vượt quá 90 (chín mươi) ngày.

Trong thời hạn 30 (ba mươi) ngày kể từ ngày hết thời hạn trao giải thưởng, giải thưởng không có người trúng thưởng của chương trình khuyến mại mang tính may rủi phải được trích nộp 50% giá trị đã công bố vào ngân sách nhà nước theo quy định tại khoản 4 Điều 96 Luật Thương mại.

Hình thức thứ bảy là tổ chức chương trình khách hàng thường xuyên, theo đó việc tặng thưởng cho khách hàng căn cứ trên số lượng hoặc trị giá mua

hàng hóa, dịch vụ mà khách hàng thực hiện được thể hiện dưới hình thức thẻ khách hàng, phiếu ghi nhận sự mua hàng hoá, dịch vụ hoặc các hình thức khác.

Thương nhân thực hiện khuyến mại phải tuân thủ quy định về thông báo các thông tin liên quan tại Điều 97 Luật Thương mại; có trách nhiệm xác nhận kịp thời, chính xác sự tham gia của khách hàng vào chương trình khách hàng thường xuyên.

Hình thức thứ tám là tổ chức cho khách hàng tham gia các chương trình văn hóa, nghệ thuật, giải trí và các sự kiện khác vì mục đích khuyến mại.

Hình thức thứ chín là các hình thức khuyến mại khác nếu được cơ quan quản lý nhà nước về thương mại chấp thuận.

Ví dụ như khuyến mại hàng hóa, dịch vụ thông qua internet và các phương tiện điện tử khác. Đối với chương trình khuyến mại mà hàng hóa, dịch vụ được khuyến mại được mua, bán hoặc cung ứng qua internet và các phương tiện điện tử khác, thương nhân thực hiện khuyến mại phải tuân thủ các quy định về khuyến mại của Luật Thương mại năm 2005 và Nghị định số 37/2006/NĐ-CP.

Trước khi thực hiện hoạt động khuyến mại, thương nhân phải đăng ký và sau khi kết thúc hoạt động khuyến mại, thương nhân phải thông báo kết quả với cơ quan quản lý nhà nước về thương mại.

5.2. Quảng cáo thương mại:

Quảng cáo thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân để giới thiệu với khách hàng về hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ của mình.

Các phương tiện quảng cáo thương mại: Phương tiện quảng cáo thương mại là công cụ được sử dụng để giới thiệu các sản phẩm quảng cáo thương mại.

Phương tiện quảng cáo thương mại bao gồm: Các phương tiện thông tin đại chúng; Các phương tiện truyền tin; Các loại xuất bản phẩm; Các loại bảng, biển, băng, pa-nô, áp-phích, vật thể cố định, các phương tiện giao thông hoặc các vật thể di động khác và các phương tiện quảng cáo thương mại khác.

5.3. Trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ:

Trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động xúc tiến thương mại của



Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

thương nhân dùng hàng hoá, dịch vụ và tài liệu về hàng hoá, dịch vụ để giới thiệu với khách hàng về hàng hoá, dịch vụ đó.

Các hình thức trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ:

- Mở phòng trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ.
- Trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ tại các trung tâm thương mại hoặc trong các hoạt động giải trí, thể thao, văn hoá, nghệ thuật.
- Tổ chức hội nghị, hội thảo có trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ.
- Trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ trên Internet và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

Hàng hoá, dịch vụ trưng bày, giới thiệu phải là những hàng hoá, dịch vụ kinh doanh hợp pháp trên thị trường và hàng hoá, dịch vụ trưng bày, giới thiệu phải tuân thủ các quy định của pháp luật về chất lượng hàng hóa và ghi nhãn hàng hoá.

5.4. Hội chợ, triển lãm thương mại

Hội chợ, triển lãm thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại được thực hiện tập trung trong một thời gian và tại một địa điểm nhất định để thương nhân trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng dịch vụ.

Hội chợ, triển lãm thương mại tổ chức tại Việt Nam phải được đăng ký và phải được xác nhận bằng văn bản của cơ quan quản lý nhà nước về thương mại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi tổ chức hội chợ, triển lãm thương mại.

6. PHÁP LUẬT CẠNH TRANH

Sự phát triển kinh tế theo cơ chế thị trường tại Việt Nam đã xuất hiện một số hiện tượng hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh, gây ảnh hưởng không tốt đến nền kinh tế như các đối thủ cạnh tranh thoả thuận ngăn cản không cho doanh nghiệp khác tham gia kinh doanh, mở rộng hoạt động, ứng dụng công nghệ mới, ấn định sản lượng, tẩy chay không cung cấp sản phẩm hoặc dịch vụ, giá một số mặt hàng như điện tử, thuốc tân dược, nông sản bị thao túng và bị khống chế vào một vài thời điểm bởi số người kinh doanh liên kết với nhau, các hành vi lạm dụng ưu thế của các doanh nghiệp chi phối thị

trường đang diễn ra như độc quyền mua với giá thấp, độc quyền bán với giá cao hoặc bán với giá thấp hơn vốn để loại trừ đối thủ cạnh tranh. Bên cạnh đó, cùng với quá trình mở cửa thị trường thông qua việc ký kết và gia nhập các hiệp định thương mại song phương và đa phương, đã và sẽ xuất hiện các công ty đa quốc gia hoạt động tại Việt Nam. Những công ty này, với sức mạnh kinh tế của mình, có khả năng tạo lập được vị thế độc quyền và trong bối cảnh đó, các doanh nghiệp nội địa Việt Nam với tiềm lực hạn chế đang bị loại dần khỏi đời sống kinh tế. Tình trạng loại bỏ đối thủ để chiếm đoạt thị trường, thiết lập vị thế độc quyền diễn ra với mức độ nghiêm trọng như có những công ty sử dụng hàng trăm tấn sản phẩm để biếu hoặc bán phá giá làm cho các doanh nghiệp trong nước không có đủ tiềm lực kinh tế để duy trì hoạt động sản xuất bình thường.

6.1. Hành vi hạn chế cạnh tranh

6.1.1. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Thoả thuận hạn chế cạnh tranh là thoả thuận giữa các doanh nghiệp, doanh nghiệp với hiệp hội ngành nghề, các hiệp hội ngành nghề, trong hiệp hội ngành nghề, bằng lời nói, văn bản và các hình thức khác, có khả năng làm giảm, ngăn cản, kìm hãm, sai lệch cạnh tranh trên thị trường.

Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bao gồm :

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

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- Thoả thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên thoả thuận;
- Thông đồng để một hoặc các bên thoả thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ;

Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tuyệt đối

Luật cạnh tranh cấm các thoả thuận hạn chế cạnh tranh sau đây:

- Thông đồng trong đấu thầu;
- Thoả thuận ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia vào thị trường
- Thoả thuận loại khỏi thị trường các doanh nghiệp không nằm trong thoả thuận.

Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện

Luật cạnh tranh cấm các thoả thuận hạn chế cạnh tranh sau đây khi các bên tham gia thoả thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên.

- Thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp;
- Thoả thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ;
- Thoả thuận hạn chế, kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá dịch vụ;
- Thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư;
- Thoả thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng;

6.1.2. Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường

Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường có liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

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

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

Các hành vi bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh bị cấm

Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện các hành vi sau đây:

- Bán hàng hoá, cung cấp dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh;
- Áp đặt giá mua, bán hàng hoá, dịch vụ bất hợp lý; ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng;
- Hạn chế sản xuất, phân phối, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật làm thiệt hại cho khách hàng;
- Áp dụng điều kiện thương mại khác nhau cho những doanh nghiệp khác nhau với những giao dịch như nhau;
- Áp đặt điều kiện ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ;
- Ngăn cản việc tham gia thị trường của đối thủ cạnh tranh.

6.1.3. Lạm dụng vị trí độc quyền

Doanh nghiệp được coi là có vị trí độc quyền nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hoá, dịch vụ mà doanh nghiệp độc quyền kinh doanh trên thị trường liên quan.

Các hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm

Ngoài các hành vi bị cấm như đối với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, các doanh nghiệp có vị trí độc quyền còn bị cấm thực hiện các hành vi sau:

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

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

6.1.4. Tập trung kinh tế

Tập trung kinh tế là hành vi của doanh nghiệp bao gồm:

- Sáp nhập doanh nghiệp: là việc một hoặc một số doanh nghiệp chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình sang một doanh nghiệp khác, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp bị sáp nhập.
- Hợp nhất doanh nghiệp: là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một doanh nghiệp mới, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các doanh nghiệp bị hợp nhất.
- Mua lại doanh nghiệp: là việc một doanh nghiệp mua toàn bộ hoặc một phần tài sản của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát, chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại.
- Liên doanh giữa các doanh nghiệp: là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp cùng nhau góp một phần tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một doanh nghiệp mới.
- Các hành vi tập trung kinh tế khác theo quy định của pháp luật.

Các trường hợp tập trung kinh tế bị cấm

Cấm tập trung kinh tế nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế chiếm trên 50% trên thị trường liên quan, trừ trường hợp một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản; việc tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế-xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ; hoặc trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật.

Thủ tục thực hiện các trường hợp miễn trừ

Thẩm quyền quyết định việc miễn trừ:

- Bộ trưởng Bộ thương mại xem xét, quyết định việc miễn trừ bằng văn bản quy định tại Điều 10 và Khoản 1 Điều 19 của Luật cạnh tranh;

- **Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định miễn trừ bằng văn bản quy định tại Khoản 2 Điều 19 của Luật cạnh tranh.**
- Đối tượng nộp hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ là các bên dự định tham gia thoả thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế.

6.1.5. Hành vi cạnh tranh không lành mạnh

Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh được chia làm 3 nhóm:

Nhóm 1: Xâm hại lợi ích của đối thủ cạnh tranh

- ◆ Sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn và kinh doanh hàng hóa, dịch vụ có sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn.

Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì, chỉ dẫn địa lý và các yếu tố khác để làm sai lệch nhận thức của khách hàng về hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích cạnh tranh.

- ◆ Xâm phạm bí mật kinh doanh.

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

- Ép buộc trong kinh doanh. Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp ép buộc khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác bằng hành vi đe dọa hoặc cưỡng ép để buộc họ không giao dịch hoặc ngừng giao dịch với doanh nghiệp đó.

- Gièm pha doanh nghiệp khác. Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp gièm pha doanh nghiệp khác bằng hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp đưa ra thông tin không trung thực, gây ảnh hưởng xấu đến uy tín, tình trạng tài chính và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó.
- Gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác. Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp gây rối hoạt động kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp khác bằng hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp cản trở, làm gián đoạn hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó.

Nhóm 2: Xâm hại lợi ích của khách hàng

- Quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh. Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp quảng cáo so sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác; bắt chước một sản phẩm quảng cáo khác để gây nhầm lẫn cho khách hàng; đưa thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng về giá, số lượng, chất lượng, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, ngày sản xuất, thời hạn sử dụng, xuất xứ hàng hoá, người sản xuất, nơi sản xuất, người gia công, nơi gia công, cách thức sử dụng, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành...
- Khuyến mại cạnh tranh không lành mạnh. Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp thực hiện các hoạt động khuyến mại mà gian dối về giải thưởng; khuyến mại không trung thực hoặc gây nhầm lẫn về hàng hoá, dịch vụ để lừa dối khách hàng; phân biệt đối xử đối với các khách hàng như nhau tại các địa bàn tổ chức khuyến mại khác nhau trong cùng một chương trình khuyến mại; tặng hàng hoá cho khách hàng dùng thử nhưng lại yêu cầu khách hàng đổi hàng hoá cùng loại do doanh nghiệp khác sản xuất mà khách hàng đó đang sử dụng để dùng hàng hoá của mình...
- Bán hàng đa cấp bất chính. Luật cạnh tranh cấm doanh nghiệp thực hiện các hành vi yêu cầu người muốn tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp phải đặt cọc, phải mua một số lượng hàng hoá ban đầu hoặc phải trả một khoản tiền để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp; cho người tham gia nhận tiền hoa hồng, tiền thưởng, lợi ích kinh tế khác chủ yếu từ việc dụ dỗ người khác tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp; cung

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

Nhóm 3: Can thiệp vào môi trường cạnh tranh

Hành vi phân biệt đối xử của hiệp hội. Luật cạnh tranh cấm các hiệp hội từ chối doanh nghiệp có đủ điều kiện gia nhập hoặc rút khỏi hiệp hội nếu việc từ chối đó mang tính phân biệt đối xử và làm cho doanh nghiệp đó bị bất lợi trong cạnh tranh; hạn chế bất hợp lý hoạt động kinh doanh hoặc các hoạt động khác có liên quan tới mục đích kinh doanh của các doanh nghiệp thành viên.

6.2. Nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan quản lý cạnh tranh

6.2.1. Tổ chức của cơ quan quản lý cạnh tranh

Cơ quan quản lý cạnh tranh ở Việt Nam là Cục quản lý cạnh tranh- Bộ Thương mại được thành lập theo Nghị định số 06/2006/NĐ-CP ngày 9/1/2006 của Chính phủ.

6.2.2. Nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan quản lý cạnh tranh

- Kiểm soát quá trình tập trung kinh tế theo quy định của Luật cạnh tranh;
- Thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc trình Thủ tướng Chính phủ quyết định;
- Điều tra các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh;
- Xử lý, xử phạt hành vi cạnh tranh không lành mạnh;
- Các nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật.

Lưu ý: Hội đồng cạnh tranh (Không phải là cơ quan quản lý cạnh tranh)

- Hội đồng cạnh tranh được thành lập theo quyết định số 05/2006/NĐ-CP ngày 9/1/2006 của Chính phủ.
- Nhiệm vụ của Hội đồng cạnh tranh: tổ chức xử lý giải quyết khiếu nại đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của Luật cạnh tranh.

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- Hoạt động của Hội đồng cạnh tranh:
 - Khi giải quyết vụ việc cạnh tranh, Hội đồng cạnh tranh hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật
 - Biểu quyết theo đa số, trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định theo ý kiến của Chủ tọa phiên điều trần

6.3. Trình tự, thủ tục giải quyết vụ việc cạnh tranh

6.3.1. Một số vấn đề chung

- Nguyên tắc tố tụng cạnh tranh bao gồm 3 nguyên tắc:
 - Việc giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh thực hiện theo quy định của Luật cạnh tranh;
 - Việc giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh thực hiện theo quy định của luật cạnh tranh và pháp luật về xử lý vi phạm hành chính;
 - Trong quá trình tiến hành tố tụng cạnh tranh, điều tra viên, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh, thành viên Hội đồng cạnh tranh trong phạm vi, quyền hạn của mình phải giữ bí mật kinh doanh của doanh nghiệp, tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức có liên quan.
- Áp dụng các biện pháp ngăn chặn hành chính: Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh, Chủ tịch Hội đồng cạnh tranh có quyền áp dụng một số biện pháp ngăn chặn hành chính theo quy định về xử lý vi phạm hành chính trong trường hợp quy định tại khoản 6 Điều 76 và khoản 4 Điều 79 của Luật cạnh tranh.
- Người tham gia tố tụng cạnh tranh bao gồm bên khiếu nại, bên bị điều tra, luật sư, người làm chứng, người giám định, người phiên dịch, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan.
- Cơ quan tiến hành tố tụng cạnh tranh bao gồm cơ quan quản lý cạnh tranh và Hội đồng cạnh tranh.

- Người tiến hành tố tụng cạnh tranh bao gồm thành viên Hội đồng cạnh tranh, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh, điều tra viên, thư ký phiên điều trần.
- Thẩm quyền giải quyết các vụ việc cạnh tranh
 - Cơ quan quản lý cạnh tranh
 - Hội đồng cạnh tranh: Hội đồng cạnh tranh có nhiệm vụ tổ chức xử lý, giải quyết khiếu nại đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của Luật cạnh tranh.
- Hiệu lực của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh: Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có hiệu lực pháp luật sau ba mươi ngày, kể từ ngày ký, nếu trong thời hạn đó không bị khiếu nại theo quy định tại Điều 107 của Luật cạnh tranh.
- Trách nhiệm chịu phí xử lý vụ việc cạnh tranh: Bên bị kết luận vi phạm quy định của Luật cạnh tranh phải trả phí xử lý vụ việc cạnh tranh. Trường hợp bên bị điều tra không vi phạm quy định của Luật này thì bên khiếu nại phải trả phí xử lý vụ việc cạnh tranh.

Trong trường hợp việc điều tra vụ việc cạnh tranh được tiến hành theo quy định tại khoản 2 Điều 65 của Luật này, nếu bên bị điều tra không vi phạm quy định của Luật cạnh tranh thì cơ quan quản lý cạnh tranh phải chịu phí xử lý vụ việc cạnh tranh.

6.3.2. Trình tự, thủ tục giải quyết vụ việc cạnh tranh

- ◆ Khiếu nại vụ việc cạnh tranh: Tổ chức, cá nhân có quyền khiếu nại đến cơ quan quản lý cạnh tranh nếu cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm do hành vi vi phạm quy định của Luật cạnh tranh.

Bên khiếu nại phải chịu trách nhiệm về tính trung thực của các chứng cứ đã cung cấp cho cơ quan quản lý cạnh tranh.

- ◆ Thụ lý hồ sơ khiếu nại: Cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thụ lý hồ sơ khiếu nại. Cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thông báo

cho bên khiếu nại về việc thụ lý hồ sơ trong thời hạn 7 ngày làm việc, kể từ ngày tiếp nhận hồ sơ.

◆ Điều tra vụ việc cạnh tranh

- Điều tra sơ bộ: Việc điều tra sơ bộ được tiến hành theo quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh khi hồ sơ vụ việc khiếu nại được cơ quan quản lý cạnh tranh thụ lý và phát hiện có dấu hiệu vi phạm luật này.

Thời hạn điều tra sơ bộ là 30 ngày, kể từ ngày có quyết định điều tra sơ bộ. Kết thúc điều tra sơ bộ, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh phải ra quyết định đình chỉ điều tra hoặc điều tra chính thức.

◆ Điều tra chính thức:

Đối với vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế, nội dung điều tra bao gồm: xác minh thị trường liên quan, xác minh thị phần trên thị trường liên quan đến bên bị điều tra, thu thập và phân tích chứng cứ về hành vi vi phạm. Thời hạn điều tra là 180 ngày, trong trường hợp cần thiết Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có thể gia hạn nhưng không quá 2 lần, mỗi lần không quá 60 ngày.

Đối với các vụ việc cạnh tranh không lành mạnh, điều tra viên phải xác định căn cứ cho rằng bên bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Thời hạn điều tra đối với các vụ việc này là 90 ngày, kể từ ngày có quyết định. Trong trường hợp cần thiết Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có thể gia hạn nhưng không quá 60 ngày.

- Sau khi kết thúc điều tra, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh chuyển báo cáo điều tra cùng hồ sơ liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh đến Hội đồng cạnh tranh. Nếu có dấu hiệu tội phạm thì chuyển cơ quan có thẩm quyền để khởi tố vụ án hình sự.
- Thành lập Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh: Sau khi nhận được báo cáo điều tra và hồ sơ vụ việc cạnh tranh, Chủ tịch Hội đồng cạnh tranh quyết định thành lập Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh.

Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ phải ra một trong các quyết định: mở phiên điều trần, trả hồ sơ để điều tra bổ sung, đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh.

- ◆ Phiên điều trần được thực hiện đối với các vụ việc cạnh tranh thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng cạnh tranh.

Phiên điều trần được tổ chức công khai. Trường hợp nội dung điều trần có liên quan đến bí mật quốc gia, bí mật kinh doanh thì phiên điều trần được tổ chức kín. Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tiến hành thảo luận, bỏ phiếu kín và quyết định theo đa số, sau khi nghe những người tham gia phiên điều trần trình bày ý kiến và tranh luận.

6.3.3. Giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh chưa có hiệu lực pháp luật

- ◆ Thẩm quyền giải quyết khiếu nại: Trong trường hợp không nhất trí một phần hoặc toàn bộ nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên có quyền khiếu nại lên Hội đồng cạnh tranh.

Trong trường hợp không nhất trí một phần hoặc toàn bộ nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh, các bên có quyền khiếu nại lên Bộ trưởng Bộ Thương mại.

- ◆ Thẩm quyền tiếp nhận đơn khiếu nại là cơ quan đã ban hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.
- ◆ Hậu quả của việc khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh:
 - Những phần của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh bị khiếu nại thì chưa được đưa ra thi hành;
- ◆ Cơ quan tiếp nhận đơn có trách nhiệm xem xét, gửi hồ sơ cùng ý kiến đề nghị của mình lên cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại quy định tại Điều 107 Luật cạnh tranh.
- ◆ Thời hạn giải quyết khiếu nại là 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ khiếu nại. Trong trường hợp phức tạp có thể gia hạn nhưng không quá 30 ngày.

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- ◆ Quyết định giải quyết khiếu nại có hiệu lực kể từ ngày ký.
- ◆ Trong trường hợp không nhất trí với quyết định giải quyết khiếu nại, các bên liên quan có quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với một phần hoặc toàn bộ nội dung của quyết định giải quyết khiếu nại đến Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.
- ◆ Hậu quả của việc khởi kiện: Những phần của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh không bị khởi kiện tra Tòa án vẫn tiếp tục được đưa ra thi hành.

6.4. Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh

- ◆ Các hình thức xử phạt: Mỗi hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh thì cá nhân, tổ chức vi phạm chỉ phải chịu một trong các hình thức xử phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền.

Ngoài ra, tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, tổ chức, cá nhân vi phạm còn có thể bị áp dụng một hoặc các hình thức phạt bổ sung và áp dụng các biện pháp khác để khắc phục hậu quả.

- ◆ Thẩm quyền xử phạt, xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh: Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, Hội đồng cạnh tranh, cơ quan quản lý cạnh tranh có thẩm quyền xử phạt, xử lý vi phạm theo quy định tại Điều 119 Luật cạnh tranh.

Các cơ quan khác có thẩm quyền xử phạt đối với hành vi vi phạm quy định về cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính.

- ◆ Thi hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh
 - Nếu bên phải thi hành không tự nguyện thi hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh thì bên được thi hành có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền tổ chức thực hiện quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh thuộc phạm vi, chức năng, nhiệm vụ của cơ quan đó.
 - Trường hợp quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có liên quan đến tài sản của bên phải thi hành thì bên được thi hành có quyền yêu cầu

cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành tổ chức thực hiện quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

7. CHÍNH SÁCH THUẾ ĐỐI VỚI HÀNG HOÁ XUẤT KHẨU, NHẬP KHẨU

Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu, Thuế Giá trị gia tăng, Thuế Tiêu thụ đặc biệt là các sắc thuế thuộc loại thuế gián thu - thuế không đánh trực tiếp vào thu nhập hoặc tài sản của người nộp thuế mà đánh gián tiếp thông qua việc mua bán, tiêu dùng hàng hóa và dịch vụ.

Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu ban hành năm 1991, có hiệu lực thi hành từ đầu năm 1992; đã được sửa đổi, bổ sung vào các năm 1993, 1998 và 2005; Luật thuế Giá trị gia tăng ban hành năm 1998 đã được sửa đổi, bổ sung lần 1 năm 2003, lần 2 năm 2005; Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt ban hành năm 1998 được sửa đổi, bổ sung vào các năm 2003 và 2005. Sau một thời gian thực hiện, các Luật thuế nói trên đã đạt được các yêu cầu đề ra đó là: phát huy tác dụng tích cực trong việc bảo hộ và thúc đẩy sản xuất trong nước, hỗ trợ chuyển dịch cơ cấu kinh tế theo hướng công nghiệp hoá, hiện đại hoá, bảo đảm nguồn thu quan trọng trong ngân sách nhà nước và góp phần chủ động hội nhập kinh tế quốc tế, mở rộng hoạt động kinh tế đối ngoại.

Hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu thuộc đối tượng chịu thuế theo quy định của các luật thuế còn phải chịu một khoản thu chênh lệch giá theo quy định của Chính phủ.

7.1. Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu

Các văn bản pháp lý quy định về thuế xuất nhập khẩu gồm Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu do Quốc hội ban hành, sau Luật là Nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội về Biểu thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu theo Danh mục nhóm hàng chịu thuế (Biểu khung thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu). Dưới Luật là Nghị định của Chính phủ và các Thông tư của Bộ Tài chính, Thông tư liên tịch của Bộ Tài chính và các Bộ, ngành có liên quan, các Quyết định, Chỉ thị của Bộ trưởng Bộ Tài chính và Bộ trưởng các Bộ có liên quan.

Thuế xuất khẩu: Hàng hóa xuất khẩu hiện đang được áp dụng chính sách

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

thuế ưu đãi với mức thuế suất thuế xuất khẩu hầu hết là 0%. Hiện tại chỉ một số nhóm mặt hàng, chủ yếu là nguyên liệu dạng thô và phế liệu là có thuế suất thuế xuất khẩu từ 4% đến 45%. Các nhóm mặt hàng có thuế và mức thuế suất chi tiết được quy định tại Quyết định số 45/2002/QĐ-BTC ngày 1/5/2002 của Bộ trưởng Bộ Tài chính.

Đối tượng chịu thuế, đối tượng không chịu thuế, đối tượng nộp thuế:

- Đối tượng chịu thuế xuất khẩu, nhập khẩu bao gồm:
 - Tất cả các hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu qua cửa khẩu, biên giới Việt Nam (cửa khẩu đường bộ, đường sông, cảng biển, cảng hàng không, đường sắt liên vận quốc tế, bưu điện quốc tế và địa điểm làm thủ tục hải quan khác được thành lập theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền);
 - Hàng hóa từ thị trường trong nước xuất khẩu vào khu phi thuế quan và ngược lại;
 - Hàng hóa mua bán, trao đổi khác được coi là hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu đều là đối tượng chịu thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu.

Đối tượng không chịu thuế: Cơ sở của việc quy định các đối tượng không chịu thuế dựa trên quan điểm:

- Không thu thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu đối với một số đối tượng hàng hoá như hàng viện trợ nhân đạo, hàng viện trợ không hoàn lại để thể hiện quan điểm của Nhà nước đối với các chính sách xã hội, nhân đạo, không vì mục đích kinh doanh lợi nhuận;
- Không thu thuế xuất khẩu, nhập khẩu đối với một số hàng hoá để thể hiện quan điểm ưu đãi đối với một số hoạt động sản xuất, nhập khẩu hoặc kinh doanh như hàng hoá là phần dầu khí thuộc thuế tài nguyên của Nhà nước khi xuất khẩu. Hàng hoá từ nước ngoài nhập khẩu vào khu phi thuế quan và chỉ sử dụng trong khu phi thuế quan; hàng hoá từ khu phi thuế quan xuất khẩu ra nước ngoài; hàng từ khu phi thuế quan này sang khu phi thuế quan khác.

- Không thu thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu đối với một số hàng hoá phù hợp thông lệ quốc tế như hàng quá cảnh, chuyển khẩu.

Đối tượng nộp thuế; đối tượng được ủy quyền, bảo lãnh và nộp thay thuế:

- Đối tượng nộp thuế theo quy định tại Điều 4 của Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu, bao gồm:
 - Chủ hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu.
 - Tổ chức nhận ủy thác xuất khẩu, nhập khẩu.
 - Cá nhân có hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu khi xuất cảnh, nhập cảnh; gửi hoặc nhận hàng hóa qua cửa khẩu, biên giới Việt Nam.
- Đối tượng được ủy quyền, bảo lãnh và nộp thay thuế, bao gồm:
 - Đại lý làm thủ tục hải quan trong trường hợp được đối tượng nộp thuế uỷ quyền nộp thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu.
 - Doanh nghiệp cung cấp dịch vụ bưu chính, dịch vụ chuyển phát nhanh quốc tế trong trường hợp nộp thay thuế cho đối tượng nộp thuế.
 - Tổ chức tín dụng hoặc tổ chức khác hoạt động theo quy định của Luật các tổ chức tín dụng trong trường hợp bảo lãnh, nộp thay thuế cho đối tượng nộp thuế.

Kê khai thuế; Thời điểm tính thuế; Thời hạn nộp thuế

- Kê khai thuế: Đối tượng nộp thuế xuất khẩu, nhập khẩu có trách nhiệm kê khai thuế trên tờ khai hải quan.
- Nội dung kê khai bao gồm:
 - Kê khai đối tượng không chịu thuế, đối tượng miễn thuế, đối tượng xét miễn thuế. Khi kê khai hàng hóa thuộc các đối tượng này cần kê khai rõ căn cứ pháp lý để xác định hàng hóa thuộc đối tượng không chịu thuế, đối tượng miễn thuế, đối tượng xét miễn thuế. Ví dụ: hàng thuộc đối tượng miễn thuế theo quy định tại khoản..., mục I, phần D Thông tư số 113/2005/TT-BTC của Bộ Tài chính.
 - Kê khai các yếu tố và các căn cứ tính thuế như số lượng, trị giá, thuế

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

suất, tính toán số thuế phải nộp của từng sắc thuế và tổng số thuế phải nộp của số hàng hóa kê khai trên tờ khai hải quan.

Thời điểm tính thuế

Thời điểm tính thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu là thời điểm đối tượng nộp thuế đăng ký Tờ khai hải quan với cơ quan hải quan. Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu được tính theo thuế suất, trị giá tính thuế và tỷ giá tính thuế tại thời điểm tính thuế. Trường hợp đối tượng nộp thuế khai báo điện tử thì thời điểm tính thuế thực hiện theo quy định về thủ tục hải quan điện tử.

Hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu đăng ký Tờ khai hải quan một lần để xuất khẩu, nhập khẩu nhiều lần thì thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu được tính theo thuế suất, trị giá tính thuế và tỷ giá tính thuế theo ngày có hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu trên cơ sở số lượng từng mặt hàng thực tế xuất khẩu, nhập khẩu.

Thời hạn nộp thuế

Thời hạn nộp thuế là khoảng thời gian đối tượng nộp thuế phải nộp xong thuế, nếu nộp thuế quá thời hạn này sẽ bị phạt chậm nộp. Mốc xác định điểm đầu của thời hạn nộp thuế tính từ ngày đăng ký tờ khai hải quan.

Theo yêu cầu quản lý của mỗi loại hình xuất, nhập khẩu, hạn chế tối đa việc chiếm dụng tiền thuế đồng thời khuyến khích việc tuân thủ pháp luật, thời hạn nộp thuế theo quy định hiện hành được phân loại theo các trường hợp sau:

- Thời hạn nộp thuế đối với hàng hóa xuất khẩu;
- Thời hạn nộp thuế đối với hàng hóa nhập khẩu là hàng tiêu dùng trong Danh mục hàng hoá do Bộ Thương mại công bố;
- Thời hạn nộp thuế nhập khẩu đối với đối tượng chấp hành tốt pháp luật về thuế;
- Thời hạn nộp thuế đối với hàng hóa kinh doanh theo phương thức tạm nhập, tái xuất hoặc tạm xuất, tái nhập;
- Thời hạn nộp thuế đối với các trường hợp hàng hóa nhập khẩu khác (bao gồm cả hàng hoá là hàng tiêu dùng trong Danh mục hàng hoá do Bộ Thương mại công bố nhưng là vật tư, nguyên liệu nhập khẩu để trực tiếp dùng cho sản xuất)

- Thời hạn nộp thuế nhập khẩu đối với đối tượng chưa chấp hành tốt pháp luật về thuế;
- Thời hạn nộp thuế đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu trong các trường hợp khác.

Nội dung điểm 2, mục III, Phần C Thông tư số 113/2005/TT-BTC ngày 15/12/2005 của Bộ Tài chính quy định chi tiết đối tượng áp dụng theo từng thời hạn nộp thuế.

Biểu thuế xuất khẩu, Biểu thuế nhập khẩu

Căn cứ Nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội về Biểu thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu theo Danh mục nhóm hàng chịu thuế (Biểu khung thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu), Bộ trưởng Bộ Tài chính ban hành Biểu thuế xuất khẩu và Biểu thuế nhập khẩu ưu đãi.

Việc phân loại hàng hóa để xác định mã số và thuế suất tương ứng của từng mặt hàng trong Biểu thuế, thực hiện theo quy định tại Thông tư số 85/2003/TT-BTC ngày 29/8/2003 của Bộ Tài chính.

Căn cứ tính thuế; Phương pháp tính thuế

- Đối với hàng hóa áp dụng thuế suất theo tỷ lệ phần trăm, căn cứ để tính thuế bao gồm: số lượng hàng hóa, trị giá tính thuế và thuế suất.
- Số lượng hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu làm căn cứ tính thuế là số lượng từng mặt hàng thực tế xuất khẩu, nhập khẩu.
- Trị giá tính thuế:
 - Đối với hàng hoá xuất khẩu, trị giá tính thuế là giá bán tại cửa khẩu xuất (giá FOB, giá DAF), không bao gồm phí bảo hiểm (I) và phí vận tải (F).
 - Đối với hàng hoá nhập khẩu, trị giá tính thuế là giá thực tế phải trả tính đến cửa khẩu nhập đầu tiên và được xác định bằng cách áp dụng tuần tự sáu phương pháp xác định trị giá tính thuế quy định từ Mục I đến Mục VI Phụ lục 1 ban hành kèm theo Thông tư số 113/2005/TT-BTC và dừng ngay ở phương pháp xác định được trị giá tính thuế (trừ trường hợp người khai hải quan đề nghị bằng văn bản

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

thì trình tự áp dụng các phương pháp xác định trị giá tính thuế (quy định tại các mục IV và V Phụ lục 1 nêu trên) có thể thay đổi cho nhau.

Thuế suất:

- Thuế suất thuế xuất khẩu: Thuế suất đối với hàng hoá xuất khẩu được quy định cụ thể cho từng mặt hàng tại Biểu thuế xuất khẩu do Bộ Tài chính ban hành.
- Thuế suất thuế nhập khẩu:
 - (i) Thuế suất ưu đãi áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu có xuất xứ từ nước, nhóm nước hoặc vùng lãnh thổ thực hiện đối xử tối huệ quốc trong quan hệ thương mại với Việt Nam. Thuế suất ưu đãi được quy định cụ thể cho từng mặt hàng tại Biểu thuế nhập khẩu ưu đãi do Bộ Tài chính ban hành. Đối tượng nộp thuế tự khai và tự chịu trách nhiệm trước pháp luật về xuất xứ hàng hóa.
 - (ii) Thuế suất ưu đãi đặc biệt áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu có xuất xứ từ nước, nhóm nước hoặc vùng lãnh thổ thực hiện ưu đãi đặc biệt về thuế nhập khẩu với Việt Nam theo thể chế khu vực thương mại tự do, liên minh thuế quan hoặc để tạo thuận lợi cho giao lưu thương mại biên giới và trường hợp ưu đãi đặc biệt khác.

Điều kiện để được áp dụng thuế suất ưu đãi đặc biệt:

- Hàng hoá nhập khẩu có giấy chứng nhận xuất xứ hàng hóa (C/O) từ nước, nhóm nước hoặc vùng lãnh thổ đã có thoả thuận ưu đãi đặc biệt về thuế nhập khẩu với Việt Nam. Trừ hàng hóa có xuất xứ từ nước, nhóm nước hoặc vùng lãnh thổ đã có thoả thuận ưu đãi đặc biệt về thuế nhập khẩu với Việt Nam nhưng tổng giá trị lô hàng (FOB) không vượt quá 200 USD thì không phải có C/O;

Hàng hoá nhập khẩu phải là những mặt hàng được quy định cụ thể trong thoả thuận và phải đáp ứng đủ các điều kiện đã ghi trong thoả thuận;

- Giấy chứng nhận xuất xứ hàng hoá (C/O) phải phù hợp với qui định của pháp luật hiện hành về xuất xứ hàng hoá;

- Các điều kiện khác (nếu có) để được áp dụng thuế suất ưu đãi đặc biệt thực hiện theo quy định cụ thể tại các văn bản hướng dẫn riêng cho từng nước, nhóm nước hoặc vùng lãnh thổ mà Việt Nam có thoả thuận về thuế suất ưu đãi đặc biệt.
- (iii) Thuế suất thông thường áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu có xuất xứ từ nước, nhóm nước hoặc vùng lãnh thổ không thực hiện đối xử tối huệ quốc và không thực hiện ưu đãi đặc biệt về thuế nhập khẩu với Việt Nam. Thuế suất thông thường được áp dụng thống nhất bằng 150% mức thuế suất ưu đãi của từng mặt hàng tương ứng quy định tại Biểu thuế nhập khẩu ưu đãi.

$$\text{Thuế suất thông thường} = \text{Thuế suất ưu đãi} \times 150\%$$

Đối với hàng hóa áp dụng thuế tuyệt đối, căn cứ tính thuế bao gồm:

- Số lượng hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu là số lượng từng mặt hàng thực tế xuất khẩu, nhập khẩu trong Danh mục hàng hóa áp dụng thuế tuyệt đối.
- Mức thuế tuyệt đối quy định trên một đơn vị hàng hoá.

Phương pháp tính thuế

- Đối với hàng hóa áp dụng thuế suất theo tỷ lệ phần trăm:

$$\text{Số thuế xuất nhập khẩu phải nộp} = \text{Số lượng đơn vị từng mặt hàng thực tế xuất khẩu, nhập khẩu ghi trong Tờ khai hải quan} \times \text{Trị giá tính thuế tính trên một đơn vị hàng hoá} \times \text{Thuế suất của từng mặt hàng}$$

Trường hợp số lượng hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu thực tế có chênh lệch so với hoá đơn thương mại do tính chất của hàng hoá, phù hợp với điều kiện giao hàng và điều kiện thanh toán trong hợp đồng mua bán hàng hoá thì số thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu phải nộp được xác định trên cơ sở trị giá thực thanh

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

toán cho hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu và thuế suất từng mặt hàng.

Ví dụ: Doanh nghiệp A nhập khẩu mặt hàng xăng, trong hóa đơn thương mại có ghi trị giá thực thanh toán cho lô hàng hóa nhập khẩu là 100 lít xăng x 6.000đ/lít = 600.000 đồng. Tuy nhiên, khi làm thủ tục hải quan thì số lượng hàng hóa thực tế nhập khẩu là 95 lít xăng phù hợp với điều kiện giao hàng và điều kiện thanh toán trong hợp đồng mua bán hàng hoá thì trong trường hợp này số thuế nhập khẩu phải nộp được xác định trên cơ sở trị giá thực thanh toán cho lô hàng hóa nhập khẩu 600.000 đồng và thuế suất thuế nhập khẩu của mặt hàng xăng.

- Đối với hàng hóa áp dụng thuế tuyệt đối:

Số thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu phải nộp

=

Số lượng đơn vị từng mặt hàng thực tế xuất khẩu, nhập khẩu ghi trong Tờ khai hải quan

x

Mức thuế tuyệt đối qui định trên một đơn vị hàng hoá

Tỷ giá xác định trị giá tính thuế; Đồng tiền nộp thuế:

- Tỷ giá giữa đồng Việt Nam với đồng tiền nước ngoài dùng để xác định trị giá tính thuế là tỷ giá giao dịch bình quân trên thị trường ngoại tệ liên Ngân hàng do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố tại thời điểm tính thuế, được đăng trên Báo Nhân dân, đưa tin trên trang điện tử hàng ngày của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; trường hợp vào các ngày không phát hành Báo Nhân dân, không đưa tin lên trang điện tử hoặc có phát hành, có đưa tin lên trang điện tử nhưng không thông báo tỷ giá hoặc thông tin chưa cập nhật đến cửa khẩu trong ngày thì tỷ giá tính thuế của ngày hôm đó được áp dụng theo tỷ giá tính thuế của ngày liền kề trước đó.

Trường hợp đối tượng nộp thuế kê khai trước ngày đăng ký Tờ khai hải quan thì tỷ giá tính thuế được áp dụng theo tỷ giá tại ngày đối tượng nộp thuế đã kê khai, nhưng không quá 3 ngày liền kề trước ngày đăng ký Tờ khai hải quan.

Đối với các đồng ngoại tệ chưa được Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố

tỷ giá giao dịch bình quân trên thị trường ngoại tệ liên Ngân hàng thì xác định theo nguyên tắc tỷ giá tính chéo giữa tỷ giá đồng đô la Mỹ (USD) với đồng Việt Nam và tỷ giá giữa đồng đô la Mỹ với các ngoại tệ đó do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố tại thời điểm tính thuế.

- Đồng tiền nộp thuế: Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu được nộp bằng đồng Việt Nam. Trường hợp nộp thuế bằng ngoại tệ thì đối tượng nộp thuế phải nộp bằng ngoại tệ tự do chuyển đổi. Việc quy đổi từ ngoại tệ ra đồng Việt Nam theo tỷ giá giao dịch bình quân trên thị trường ngoại tệ liên Ngân hàng do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố tại thời điểm tính thuế.

Chính sách ưu đãi về thuế nhập khẩu:

Miễn thuế, xét miễn thuế

- Việc quy định một số trường hợp hàng hóa được miễn thuế tại Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu dựa trên quan điểm:
 - (i) Miễn thuế nhập khẩu đối với một số hàng hóa theo thông lệ quốc tế hoặc hàng hóa nhập khẩu vì mục đích kinh doanh thu lợi nhuận. Ví dụ: hàng là tài sản di chuyển, hành lý của khách xuất nhập cảnh;
 - (ii) Miễn thuế nhập khẩu đối với một số ngành cần hỗ trợ, khuyến khích để tạo đà phát triển hoặc để khuyến khích đầu tư phát triển sản xuất, kinh doanh như miễn thuế hàng hóa nhập khẩu tạo tài sản cố định của dự án đầu tư, miễn thuế hàng hóa phục vụ công nghiệp đóng tàu, hàng hoá nhập khẩu để phục vụ hoạt động dầu khí...
 - (iii) Miễn thuế nhập khẩu đối với một số hàng hóa nhập khẩu trong thời hạn nhất định theo loại hình đặc thù như hàng tạm nhập, tái xuất tham dự hội chợ, triển lãm; máy móc, thiết bị dụng cụ nghề nghiệp tạm nhập, tái xuất...

Các trường hợp miễn thuế (18 trường hợp) và trình tự, thủ tục miễn thuế thực hiện theo quy định tại mục I phần D Thông tư số 113/2005/TT-BTC của Bộ Tài chính.

- Xét miễn thuế: là việc cơ quan có thẩm quyền căn cứ hồ sơ miễn thuế

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

theo quy định để ban hành quyết định miễn thuế.

Các trường hợp xét miễn thuế (05 trường hợp) và trình tự, thủ tục hồ sơ, thẩm quyền xét miễn thuế thực hiện theo hướng dẫn tại mục II phần D Thông tư số 113/2005/TT-BTC của Bộ Tài chính.

Xét giảm thuế: là việc cơ quan có thẩm quyền căn cứ hồ sơ, đối tượng giảm thuế theo quy định để xem xét giảm thuế. Trường hợp được xét giảm thuế gồm:

Hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu đang trong quá trình giám sát của cơ quan hải quan nếu bị hư hỏng, mất mát được cơ quan, tổ chức có thẩm quyền giám định chứng nhận thì được xét giảm thuế tương ứng với tỷ lệ tổn thất thực tế của hàng hoá. Cục Hải quan địa phương căn cứ vào số lượng hàng hóa bị mất mát và tỷ lệ tổn thất thực tế của hàng hóa đã được giám định chứng nhận để xem xét và ra quyết định giảm thuế.

Hoàn thuế, không thu thuế; Truy thu thuế

- Hoàn thuế là việc cơ quan có thẩm quyền hoàn trả lại tiền thuế đã nộp thừa hoặc chính sách quy định được hoàn lại thuế. Hàng hoá thuộc các trường hợp được hoàn thuế, khi nhập khẩu phải nộp thuế nhưng có hàng hoá xuất khẩu trong thời hạn nộp thuế, thì sẽ được cơ quan có thẩm quyền ra quyết định không thu thuế thay vì phải nộp thuế và được hoàn thuế.
- Truy thu thuế:
 - Các trường hợp đã được miễn thuế, xét miễn thuế theo quy định của Thông tư này, nhưng sau đó hàng hóa sử dụng vào mục đích khác với mục đích đã được miễn, xét miễn thuế thì phải nộp đủ thuế; trừ trường hợp chuyển nhượng cho đối tượng thuộc diện được miễn hoặc xét miễn thuế theo quy định tại Thông tư này.
 - Trường hợp đối tượng nộp thuế hoặc cơ quan hải quan nhầm lẫn trong kê khai, tính thuế, nộp thuế thì phải truy nộp số tiền thuế còn thiếu trong thời hạn 365 ngày trở về trước, kể từ ngày phát hiện có sự nhầm lẫn. Ngày phát hiện có sự nhầm lẫn là ngày ký văn bản xác nhận có sự nhầm lẫn giữa đối tượng nộp thuế và cơ quan hải quan.
 - Trường hợp nếu phát hiện có sự gian lận, trốn thuế thì phải truy thu

tiền thuế trong thời hạn 5 năm trở về trước, kể từ ngày kiểm tra phát hiện. Ngày kiểm tra phát hiện có sự gian lận, trốn thuế là ngày cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ký quyết định truy thu thuế.

Xử lý vi phạm

- ◆ Đối với đối tượng nộp thuế: Các hành vi nộp chậm tiền thuế, tiền phạt; Không thực hiện kê khai thuế, nộp thuế theo đúng quy định; Khai man trốn thuế; Không nộp thuế, nộp phạt theo quyết định xử lý về thuế sẽ bị xử lý theo các hình thức xử phạt như: phạt chậm nộp, xử lý vi phạm hành chính, phạt tiền và bị cưỡng chế thi hành bằng các biện pháp trích tiền gửi tại ngân hàng, tạm giữ hàng hoá hoặc kê biên tài sản, không có làm thủ tục nhập khẩu các chuyến hàng tiếp theo.

Trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày đăng ký tờ khai hải quan, đối tượng nộp thuế tự phát hiện sai sót, nhầm lẫn và chủ động nộp số tiền thuế còn thiếu thì được miễn xử phạt.

Người có hành vi trốn thuế với số lượng lớn hoặc đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi trốn thuế mà còn vi phạm thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật.

- ◆ Đối với công chức hải quan hoặc cá nhân có liên quan.
 - Công chức hải quan hoặc cá nhân khác lợi dụng chức vụ, quyền hạn để chiếm dụng, tham ô tiền thuế thì phải bồi thường cho Nhà nước toàn bộ số tiền thuế đã chiếm dụng, tham ô và tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật.
 - Công chức hải quan thiếu tinh thần trách nhiệm, cố ý làm trái, bao che cho người vi phạm hoặc có hành vi khác vi phạm quy định của Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu và của Nghị định số 149/2005/NĐ-CP ngày 8/12/2005 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

7.2. Thuế giá trị gia tăng

Đối tượng chịu thuế: Theo quy định hiện hành, đối tượng chịu thuế GTGT là hàng hoá, dịch vụ sản xuất kinh doanh, tiêu dùng ở Việt Nam.

Đối tượng nộp thuế: là tổ chức, cá nhân có hoạt động sản xuất, nhập khẩu, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ thuộc đối tượng chịu thuế GTGT.

Đối tượng không chịu thuế: Luật thuế GTGT quy định một số trường hợp thuộc đối tượng không chịu thuế GTGT như: một số ngành sản xuất nông nghiệp, thủy hải sản; dịch vụ y tế, văn hoá, giáo dục, đào tạo; vũ khí, khí tài phục vụ an ninh, quốc phòng, hàng viện trợ, hàng quà tặng...

Các đối tượng không chịu thuế GTGT được quy định cụ thể tại Thông tư số 120/2003/TT-BTC của Bộ Tài chính.

Căn cứ tính thuế GTGT: bao gồm: số lượng hàng hoá, giá tính thuế, thuế suất.

- Số lượng hàng hoá tính thuế GTGT: là số lượng thực tế.
- Giá tính thuế GTGT: Theo quy định của Luật thuế GTGT, giá tính thuế GTGT được quy định theo đối tượng chịu thuế là hàng nhập khẩu hay sản xuất trong nước (hàng hoá xuất khẩu có thuế suất thuế GTGT 0%).

Đối với hàng nhập khẩu, giá tính thuế GTGT là giá tính thuế hàng hoá nhập khẩu cộng thuế nhập khẩu (nếu có), cộng thuế TTĐB (nếu có).

Trường hợp được giảm thuế nhập khẩu, thuế TTĐB thì giá tính thuế GTGT là giá tính thuế nhập khẩu cộng với thuế NK, thuế TTĐB tính theo mức thuế phải nộp sau khi đã được giảm.

Trường hợp được miễn thuế NK, thuế TTĐB thì giá tính thuế GTGT là giá tính thuế hàng NK (do thuế NK, thuế TTĐB đã được miễn).

Ví dụ: Công ty New Kids nhập khẩu lô hàng đồ chơi búp bê Barbie, giá tính thuế NK cả lô hàng là 1.000.000 VNĐ, thuế suất thuế NK đồ chơi là 10%, giá tính thuế GTGT của lô hàng trên xác định như sau:

$$\begin{aligned}
 \text{Giá tính thuế GTGT} &= \text{Giá tính thuế NK} + (\text{Giá tính thuế NK} \times 10\%) \\
 &= 1.000.000 + (1.000.000 \times 10\%) \\
 &= 1.000.000 + 100.000 \\
 &= 1.100.000 \text{ VNĐ}
 \end{aligned}$$

■ Thuế suất thuế GTGT:

Luật thuế GTGT hiện hành quy định 3 mức thuế suất thuế GTGT: 0%, 5%, và 10%. Trong đó:

- Mức thuế suất thuế GTGT 0% chỉ áp dụng đối với hàng hoá, dịch vụ xuất khẩu.
- Mức thuế suất 5% áp dụng đối với một số loại hàng hoá, dịch vụ đặc biệt thiết yếu và được chỉ rõ tên trong Luật thuế GTGT và các văn bản hướng dẫn thực hiện.
- Các hàng hoá, dịch vụ còn lại khác, áp dụng thuế suất thuế GTGT 10%.

Để xác định cụ thể mức thuế suất thuế GTGT đối với hàng hoá nhập khẩu, Bộ Tài chính đã ban hành Thông tư số 62/2004/TT-BTC hướng dẫn thực hiện mức thuế suất thuế GTGT theo Danh mục Biểu thuế nhập khẩu ưu đãi.

Kê khai, nộp thuế GTGT hàng hoá nhập khẩu: Cơ sở nhập khẩu hàng hoá thuộc đối tượng chịu thuế GTGT hàng hoá nhập khẩu có trách nhiệm kê khai, nộp tờ khai và nộp thuế theo từng lần nhập khẩu cùng với việc kê khai, nộp thuế nhập khẩu. Thời hạn nộp thuế GTGT thực hiện theo thời hạn nộp thuế nhập khẩu.

Phương pháp tính thuế:

Thuế GTGT phải nộp	=	Số lượng hàng hoá NK	x	Giá tính thuế GTGT	x	Thuế suất thuế GTGT
-----------------------	---	-------------------------	---	-----------------------	---	------------------------

7.3. Thuế Tiêu thụ đặc biệt (TTĐB):

Đối tượng chịu thuế: Một số hàng hoá, dịch vụ sản xuất, nhập khẩu, tiêu dùng trong nước.

Đối tượng nộp thuế: Tổ chức, cá nhân có hoạt động sản xuất, nhập khẩu hàng hoá, kinh doanh, dịch vụ thuộc đối tượng chịu thuế TTĐB.

Đối tượng không thuộc diện chịu thuế: Luật thuế TTĐB quy định một số trường hợp hàng hoá dịch vụ thuộc đối tượng không thuộc diện chịu thuế TTĐB, như: hàng hoá, dịch vụ do cơ sở sản xuất, gia công trực tiếp xuất khẩu hoặc bán, uỷ thác cho các cơ sở kinh doanh xuất khẩu để xuất khẩu; hàng hoá được hưởng ưu đãi thuế, hàng hoá thực chất không được lưu lại để tiêu dùng tại Việt Nam...

Các trường hợp hàng hoá không thuộc diện chịu thuế TTĐB được quy định cụ thể tại Luật thuế TTĐB và các văn bản hướng dẫn.

Căn cứ tính thuế TTĐB:

Căn cứ tính thuế TTĐB đối với hàng nhập khẩu theo từng lần nhập khẩu là số lượng đơn vị từng mặt hàng thực tế nhập khẩu, giá tính thuế TTĐB, thuế suất thuế TTĐB. Trong đó:

- Số lượng: là số lượng thực tế nhập khẩu.
- Giá tính thuế TTĐB đối với hàng nhập khẩu: Là giá tính thuế nhập khẩu cộng thuế nhập khẩu. (Cách xác định giá tính thuế GTGT tương tự như cách xác định giá tính thuế GTGT).

Giá tính thuế nhập khẩu được xác định theo các quy định của Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu.

Trường hợp được giảm thuế nhập khẩu thì giá tính thuế TTĐB là giá tính thuế nhập khẩu cộng thuế nhập khẩu tính theo mức thuế phải nộp sau khi đã được giảm; Trường hợp được miễn thuế nhập khẩu thì giá tính thuế TTĐB là giá tính thuế nhập khẩu (do thuế nhập khẩu đã được miễn).

- Thuế suất thuế TTĐB: Theo quy định hiện hành có 8 loại hàng hoá và 5 loại dịch vụ thuộc đối tượng chịu thuế TTĐB. Mức thuế suất thuế TTĐB

được quy định cụ thể tại Khoản 2 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế TTĐB và Luật thuế GTGT số 57/2005/QH11 ngày 29/11/2005 và các văn bản hướng dẫn.

Kê khai, nộp thuế TTĐB đối với hàng nhập khẩu:

Cơ sở nhập khẩu hàng hoá thuộc đối tượng chịu thuế TTĐB kê khai và nộp tờ khai theo từng lần nhập khẩu cùng với việc kê khai thuế nhập khẩu, nộp thuế theo từng lần nhập khẩu. Thời hạn kê khai và thời hạn nộp thuế TTĐB thực hiện theo thời hạn kê khai, nộp thuế nhập khẩu.

Phương pháp tính thuế

$$\begin{array}{|c|} \hline \text{Thuế TTĐB} \\ \hline \text{phải nộp} \\ \hline \end{array} = \begin{array}{|c|} \hline \text{Số lượng} \\ \hline \text{hàng hoá NK} \\ \hline \end{array} \times \begin{array}{|c|} \hline \text{Giá tính thuế} \\ \hline \text{GTGT} \\ \hline \end{array} \times \begin{array}{|c|} \hline \text{Thuế suất} \\ \hline \text{thuế TTĐB} \\ \hline \end{array}$$

7.4. Thu chênh lệch giá: (phụ thu)

Nguồn thu chênh lệch giá hàng xuất nhập khẩu được xác định như sau:

- Đối với hàng nhập khẩu là chênh lệch giữa giá bán trong nước được thị trường chấp nhận với giá vốn hàng nhập khẩu, bao gồm giá nhập khẩu thực tế có tính đủ chi phí vận tải, phí bảo hiểm đến cảng nhập khẩu, thuế nhập khẩu theo luật định và chi phí lưu thông.
- Đối với hàng xuất khẩu là chênh lệch giá giữa giá xuất khẩu thực tế không bao gồm chi phí vận tải, phí bảo hiểm với giá vốn hàng xuất khẩu, bao gồm giá mua thực tế, thuế xuất khẩu theo luật định và phí lưu thông trong nước.
- Khoản chênh lệch giá được xác định bằng tỷ lệ phần trăm (%) đối với từng mặt hàng, nếu là hàng nhập khẩu là tỷ lệ phần trăm (%) giữa phần chênh lệch giá phát sinh với giá nhập khẩu thực tế, bao gồm cả phí vận chuyển ngoài nước, phí bảo hiểm về đến cảng nhập khẩu. Nếu là hàng xuất khẩu là tỷ lệ phần trăm (%) giữa phần chênh lệch giá phát sinh đối với giá

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

xuất khẩu thực tế tại cảng xuất khẩu, không tính chi phí ngoài nước.

- Hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu và khu chế xuất, thiết bị vật tư hàng hoá nhập khẩu theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam; Hàng xuất khẩu nhập khẩu để làm hàng mẫu, quảng cáo, dự hội chợ triển lãm; hàng viện trợ hoàn lại và không hoàn lại; hàng làm quà biếu, hàng hoá và hành lý của người xuất cảnh, nhập cảnh không phải nộp chênh lệch giá.

8. TÀI CHÍNH DOANH NGHIỆP VÀ VẤN ĐỀ KẾ TOÁN, KIỂM TOÁN ĐỐI VỚI DOANH NGHIỆP

8.1. Về Kế toán- kiểm toán:

8.1.1. Để đáp ứng sự phát triển ngày càng đa dạng của các loại hình kinh tế trong cơ chế thị trường và điều kiện hội nhập, ngày 17/6/2003, Luật Kế toán đã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua, và được Chủ tịch nước công bố theo Lệnh số 12/2003/L/CTN ngày 26/6/2003. Đây là văn bản pháp luật đầu tiên, lớn nhất, bao trùm toàn bộ những quy định của Nhà nước liên quan đến hoạt động và quản lý hoạt động kế toán kiểm toán trong doanh nghiệp. Sau khi có Luật Kế toán, căn cứ Luật Kế toán, Chính phủ đã ban hành 5 Nghị định hướng dẫn và quy định chi tiết các vấn đề mà Luật đã giao Chính phủ hướng dẫn, cụ thể Nghị định số 128/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ về việc Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Kế toán áp dụng trong lĩnh vực kế toán nhà nước; Nghị định số 129/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ về việc Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Kế toán áp dụng trong hoạt động kinh doanh; Nghị định số 185/2004/NĐ-CP ngày 4/11/2004 của Chính phủ về Xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế toán; Nghị định số 105/2004/NĐ-CP ngày 30/3/2004 của Chính phủ về Kiểm toán độc lập và Nghị định số 133/2005/NĐ-CP ngày 31/10/2005 của Chính phủ về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 105/2004/NĐ-CP ngày 30/3/2004 về Kiểm toán độc lập. Trên cơ sở các nghị định của Chính phủ, Bộ Tài chính đã ban hành khoảng 20 Quyết định, Thông tư về lĩnh vực kế toán kiểm toán.

8.1.2. Hệ thống các văn bản nói trên liên quan đến doanh nghiệp, đáng chú ý nhất là: Nghị định số 129/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ về Quy

định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Kế toán áp dụng trong hoạt động kinh doanh. Nội dung chủ yếu liên quan đến hoạt động kế toán kiểm toán được quy định tại Nghị định này, gồm:

Thứ nhất, về Chứng từ kế toán: ngoài các quy định về Mẫu chứng từ kế toán, nghị định này cũng bổ sung thêm các quy định về chứng từ điện tử, điều kiện sử dụng chứng từ điện tử, chứng từ kế toán sao chụp, dịch chứng từ kế toán ra tiếng Việt, hoá đơn bán hàng; đồng thời, cũng thừa nhận giá trị chứng từ điện tử, chữ ký điện tử trên chứng từ điện tử. Về giá trị chứng từ điện tử được quy định tại khoản 1 Điều 8 Nghị định này, trường hợp một chứng từ bằng giấy được chuyển thành chứng từ điện tử để giao dịch, thanh toán thì chứng từ điện tử sẽ có giá trị thực hiện nghiệp vụ kinh tế, tài chính, và khi đó chứng từ bằng giấy chỉ có giá trị lưu giữ để theo dõi và kiểm tra, không có hiệu lực để giao dịch, thanh toán. Hoặc đối với hoá đơn bán hàng, khoản 1 Điều 10 quy định các tổ chức, cá nhân thuộc hoạt động kinh doanh có sử dụng hoá đơn bán hàng, khi bán lẻ hàng hoá hoặc cung cấp dịch vụ một lần có giá trị dưới mức quy định của Bộ Tài chính thì không bắt buộc phải lập hoá đơn bán hàng, trừ khi người mua hàng yêu cầu giao hoá đơn thì người bán hàng phải lập và giao hoá đơn theo đúng quy định. Hàng hoá bán lẻ hoặc cung cấp dịch vụ một lần có giá trị dưới mức quy định tuy không bắt buộc phải lập hoá đơn bán hàng nhưng vẫn phải lập bảng kê bán lẻ hàng hoá, dịch vụ hoặc có thể lập hoá đơn bán hàng theo quy định để làm chứng từ kế toán. Trường hợp lập bảng kê bán lẻ hàng hoá, dịch vụ thì cuối mỗi ngày phải căn cứ vào số liệu tổng hợp của bảng kê để lập hoá đơn bán hàng trong ngày theo quy định.

Thứ hai, về Sổ kế toán: Nghị định số 129/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ quy định việc lựa chọn và cụ thể hoá sổ kế toán, việc ghi sổ kế toán bằng máy vi tính. Ngoài các quy định về hình thức các sổ kế toán thông thường, nghị định này cũng cho phép các doanh nghiệp được lựa chọn hình thức ghi sổ kế toán bằng máy vi tính, trường hợp doanh nghiệp thực hiện theo hình thức này, thì phần mềm kế toán lựa chọn phải đáp ứng được các điều kiện và tiêu chuẩn của phần mềm kế toán được quy định tại Thông tư số 103/2005/TT-BTC ngày 24/11/2005 của Bộ Tài chính về Tiêu chuẩn và điều kiện phần mềm kế toán.

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Thứ ba, về Báo cáo tài chính: Nghị định số 129/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ quy định cụ thể về thời hạn nộp báo cáo tài chính, thời hạn công khai báo cáo tài chính năm.... Đối với các trường hợp được miễn lập và nộp báo cáo tài chính, thì các đơn vị kế toán được miễn lập và nộp BCTC gồm: Văn phòng đại diện của doanh nghiệp nước ngoài hoạt động tại Việt Nam, hộ kinh doanh cá thể và tổ hợp tác quy định tại điểm h, k khoản 1 Điều 2 nghị định này. Tuy nhiên, các đơn vị kế toán được miễn lập và nộp báo cáo tài chính nêu trên vẫn phải lập bảng kê khai nộp thuế theo quy định của pháp luật.

Thứ tư, về các tài liệu kế toán: các quy định liên quan đến tài liệu kế toán như các tài liệu kế toán phải lưu trữ, bảo quản, lưu trữ tài liệu kế toán, nơi lưu trữ tài liệu kế toán, lưu trữ chứng từ điện tử, việc tiêu hủy tài liệu kế toán... cũng được quy định rõ ràng tại nghị định số 129/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ.

Ngoài ra, một số quy định liên quan đến người làm công tác kế toán tại các đơn vị kế toán là cơ sở để các doanh nghiệp triển khai, áp dụng.

Để cụ thể hoá Nghị định số 129/2004/NĐ-CP ngày 31/5/2004 của Chính phủ, năm 2006, Bộ Trưởng Bộ Tài chính đã ban hành Quyết định số 15/2006/QĐ-BTC ngày 30/3/2006 về việc ban hành Chế độ kế toán doanh nghiệp áp dụng cho tất cả các doanh nghiệp thuộc mọi lĩnh vực, mọi thành phần kinh tế. Chế độ Kế toán doanh nghiệp ban hành kèm theo Quyết định số 15/2006/QĐ-BTC đã thay thế Chế độ Kế toán doanh nghiệp ban hành kèm theo Quyết định số 1141/QĐ/TCKT ngày 1/11/1995 của Bộ trưởng Bộ Tài chính. Chế độ kế toán ban hành lần này gồm 4 nội dung cơ bản với các sửa đổi, bổ sung chủ yếu như sau:

Thứ nhất, chứng từ kế toán là một trong 4 nội dung cơ bản của công việc kế toán thuộc bất kỳ đơn vị kế toán nào. Nội dung này được quy định từ Điều 17 đến Điều 22 của Luật Kế toán. Về nguyên tắc, các thông tin, tài liệu kế toán có giá trị pháp lý về tình hình kinh tế, tài chính và chứng từ kế toán có vị trí quan trọng, giữ vai trò quyết định đến chất lượng của công việc kế toán, chất lượng và hiệu quả kinh tế, tài chính của đơn vị. Hầu hết các hành vi vi phạm pháp luật về quản lý tài chính, tham ô, tham nhũng, vụ lợi cho cá nhân hay tập

thể... đều bắt nguồn từ việc làm sai lệch chứng từ kế toán. Tại Quyết định này, chỉ có một số ít mẫu Chứng từ kế toán là bắt buộc theo đúng mẫu do Bộ Tài chính hoặc cơ quan có thẩm quyền ban hành như: Phiếu thu, Phiếu chi, Biên lai thu tiền, Hoá đơn Giá trị gia tăng, Hoá đơn bán hàng thông thường, Phiếu xuất kho kiêm vận chuyển nội bộ, Phiếu xuất kho hàng gửi đại lý, Hoá đơn dịch vụ cho thuê tài chính, Bảng kê thu mua hàng hoá mua vào không có hoá đơn. Đối với các biểu mẫu chứng từ kế toán hướng dẫn, các doanh nghiệp có thể mua sẵn hoặc tự thiết kế mẫu, tự in, nhưng phải đảm bảo các nội dung chủ yếu của chứng từ quy định tại Điều 17 Luật Kế toán.

Để phù hợp với thực tế và sự phát triển của giao dịch điện tử trong tương lai, phù hợp với thông lệ kế toán quốc tế và Luật Kế toán, Chế độ kế toán doanh nghiệp lần này cũng quy định về hệ thống biểu mẫu chứng từ kế toán, kẹp chứng từ kế toán, ký chứng từ kế toán, trình tự luân chuyển chứng từ kế toán, dịch chứng từ kế toán ra tiếng Việt, sử dụng, quản lý, in và phát hành biểu mẫu chứng từ kế toán. Các doanh nghiệp có sử dụng chứng từ điện tử cho hoạt động kinh tế, tài chính và ghi sổ kế toán thì phải tuân thủ theo quy định của các văn bản pháp luật về chứng từ điện tử. Ngoài ra, chứng từ kế toán trong các doanh nghiệp hiện nay không chỉ được lập tại Việt Nam mà còn phát sinh từ các nước với nhiều ngôn ngữ khác nhau. Vì vậy, Chế độ kế toán doanh nghiệp mới quy định là các chứng từ kế toán ghi bằng tiếng nước ngoài, khi sử dụng để ghi sổ kế toán ở Việt Nam phải được dịch ra tiếng Việt; những chứng từ ít phát sinh hoặc nhiều lần phát sinh nhưng có nội dung không giống nhau thì phải dịch toàn bộ nội dung chứng từ kế toán; những chứng từ phát sinh nhiều lần, có nội dung giống nhau thì bản đầu phải dịch toàn bộ, từ bản thứ hai trở đi chỉ dịch những nội dung chủ yếu như: tên chứng từ, tên đơn vị và cá nhân lập, tên đơn vị và cá nhân nhận, nội dung kinh tế của chứng từ, chức danh của người ký trên chứng từ...; đồng thời, người dịch phải ký, ghi rõ họ tên và chịu trách nhiệm về nội dung dịch ra tiếng Việt và bản chứng từ dịch ra tiếng Việt phải đính kèm với bản chính bằng tiếng nước ngoài.

Thứ hai, Sổ kế toán trong đơn vị kế toán là phương tiện để tổng hợp và hệ thống hoá toàn bộ các nghiệp vụ kinh tế phát sinh tại đơn vị, đồng thời là cơ sở lập báo cáo tài chính và báo cáo kế toán quản trị. Ngoài các quy định về

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

sổ kế toán, chế độ kế toán doanh nghiệp mới đã thừa nhận: Kế toán trên máy vi tính là một hình thức kế toán mới không phụ thuộc vào 4 hình thức kế toán thường thực hiện bằng tay như: Nhật ký chung, Nhật ký Sổ Cái, Chứng từ ghi sổ và Nhật ký - Chứng từ. Doanh nghiệp được chọn một trong 5 hình thức kế toán trên.

Kế toán trên máy vi tính là phương thức hữu hiệu, thực hiện được mọi yêu cầu của kế toán là: đầy đủ, kịp thời, rõ ràng, chính xác, trung thực, có hệ thống và thuận tiện cho việc đối chiếu, so sánh. Nhà nước khuyến khích mọi doanh nghiệp thực hiện kế toán trên máy vi tính, lựa chọn các chương trình phần mềm kế toán thoả mãn các tiêu chuẩn và điều kiện theo quy định của Bộ Tài chính tại Thông tư 103/2005/TT-BTC ngày 24/11/2005.

Chế độ kế toán doanh nghiệp lần này còn quy định một điểm hết sức quan trọng đối với doanh nghiệp là thời điểm sửa chữa sai sót trên sổ kế toán ghi bằng tay hoặc ghi bằng máy vi tính. Trường hợp việc ghi sổ kế toán được thực hiện bằng máy vi tính, khi các sai sót được phát hiện trước khi nộp báo cáo tài chính cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì được sửa chữa trực tiếp trên sổ kế toán của năm đó trên máy vi tính; hoặc nếu sai sót được phát hiện sau khi đã nộp báo cáo tài chính cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì được phép sửa chữa trực tiếp trên sổ kế toán của năm phát hiện ra sai sót trên máy vi tính và ghi chú vào dòng cuối của sổ kế toán năm có sai sót. Các trường hợp sửa chữa khi ghi sổ kế toán bằng máy vi tính đều được thực hiện theo “Phương pháp ghi số âm” hoặc “Phương pháp ghi bổ sung”. Quy định này giúp cho doanh nghiệp không phải lập lại báo cáo tài chính của năm hoặc của các kỳ sau khi phát hiện ra sai sót.

Thứ ba, về tài khoản kế toán, Chế độ kế toán doanh nghiệp lần này đã sửa đổi và bổ sung một số tài khoản kế toán cho phù hợp với các hoạt động kinh tế- tài chính phát sinh, như: Dự phòng giảm giá hàng tồn kho, Dự phòng giảm giá đầu tư ngắn hạn (dài hạn), Dự phòng phải thu khó đòi, Đầu tư chứng khoán ngắn hạn, Đầu tư vào công ty liên kết, Đầu tư vào công ty con, Vốn góp liên doanh, Chi phí thuế thu nhập ... Hầu hết các hoạt động kinh tế - tài chính đó đều được hướng dẫn cụ thể trong Chế độ kế toán doanh nghiệp mới nhằm

phù hợp với các hoạt động kinh tế, tài chính phong phú của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

Thứ tư, về báo cáo tài chính, Báo cáo tài chính là một trong những kết quả cuối cùng của công việc kế toán, so với quy định hiện hành đã có những bước đổi mới căn bản, như theo quy định mới thì "Báo cáo lưu chuyển tiền tệ" là một trong 4 mẫu báo cáo mà bất kỳ doanh nghiệp nào cũng phải lập cho kỳ kế toán năm theo phương pháp trực tiếp hoặc gián tiếp.

Đồng thời với Quyết định số 15/2006/QĐ-BTC ngày 30/3/2006 của Bộ trưởng Bộ Tài chính nêu trên, năm 2006 Bộ Tài chính cũng ban hành Thông tư số 53/2006/TT-BTC ngày 12/6/2006 về Hướng dẫn áp dụng kế toán quản trị trong doanh nghiệp. Mục đích của thông tư này nhằm giúp các doanh nghiệp sản xuất, kinh doanh tổ chức tốt công tác kế toán. Thông tư 53/2006/TT-BTC ngày 12/6/2006 cũng hướng dẫn doanh nghiệp tổ chức thực hiện kế toán quản trị theo các nội dung: tổ chức vận dụng chứng từ kế toán, tài khoản kế toán, sổ kế toán và tổ chức lập báo cáo kế toán quản trị và tổ chức phân tích thông tin kinh tế, tài chính. Một số nội dung kế toán quản trị chủ yếu cũng được hướng dẫn, gồm: (i) kế toán quản trị chi phí và giá thành sản phẩm, (ii) kế toán quản trị bán hàng và kết quả kinh doanh; (iii) phân tích mối quan hệ giữa chi phí, khối lượng và lợi nhuận; (iv) Lựa chọn thông tin thích hợp cho việc ra quyết định; (v) Lập dự toán ngân sách sản xuất, kinh doanh; (vi) Kế toán quản trị một số khoản mục khác. Đồng thời, một số nội dung hướng dẫn tổ chức bộ máy kế toán và người làm kế toán quản trị tại thông tư này cũng là cơ sở để áp dụng đối với các doanh nghiệp, nhất là các doanh nghiệp mới thành lập.

8.1.3. Đối với các doanh nghiệp, tổ chức có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, Bộ Tài chính đã ban hành Thông tư số 122/2004/TT-BTC ngày 22/12/2004 về Hướng dẫn thực hiện chế độ kế toán - kiểm toán đối với các doanh nghiệp, tổ chức có vốn nước ngoài hoạt động tại Việt Nam. Nội dung của thông tư này quy định việc tổ chức bộ máy kế toán, đơn vị tiền tệ, chữ viết, kỳ kế toán... Trong đó quy định cụ thể một số nội dung, như: tài liệu đề nghị sửa đổi, bổ sung chế độ kế toán; hoặc các trường hợp sửa đổi, bổ sung chế độ kế toán phải được Bộ Tài chính chấp thuận, như: (i) bổ sung, sửa đổi chế độ kế

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

toán áp dụng, bao gồm: sửa đổi nội dung và kết cấu mẫu chứng từ kế toán bắt buộc; bổ sung hoặc sửa đổi tài khoản cấp I hoặc tài khoản cấp II về tên, ký hiệu và nội dung, phương pháp hạch toán các nghiệp vụ kinh tế phát sinh đặc thù; sửa đổi sổ kế toán về nội dung, trình tự và phương pháp ghi chép sổ kế toán; sửa đổi chỉ tiêu báo cáo tài chính hoặc thay đổi kết cấu, phương pháp lập báo cáo tài chính; (ii) Sử dụng đơn vị tiền tệ trong kế toán không phải là Đồng Việt Nam; (iii) Đang thực hiện chế độ kế toán Việt Nam nay cần bổ sung, sửa đổi như quy định tại điểm 1.1 khoản 1 mục II Thông tư này; (iv) Đối với các doanh nghiệp, tổ chức đã được chấp thuận thực hiện chế độ kế toán khác với chế độ kế toán doanh nghiệp Việt Nam nay chuyển đổi sang áp dụng chế độ kế toán Việt Nam có bổ sung, sửa đổi theo quy định tại điểm 1.1 khoản 1 mục II Thông tư số 122/2004/TT-BTC.

8.2. Về Tài chính doanh nghiệp:

Theo Luật pháp hiện hành, chế độ tài chính doanh nghiệp vẫn còn một số sự khác biệt giữa các công ty nhà nước với các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác, cụ thể:

8.2.1. Đối với các công ty nhà nước: Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003 đã tạo ra bước chuyển biến mạnh mẽ trong quá trình nhà nước quản lý và đầu tư vốn vào các doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 1999, Luật Khuyến khích đầu tư nước ngoài, Luật Hợp tác xã. Luật DNNN 2003 đã phân biệt rõ ràng, đầy đủ quyền của đại diện chủ sở hữu với quyền quản trị kinh doanh của doanh nghiệp trong lĩnh vực tài chính, mở rộng quyền hạn đồng thời tăng cường trách nhiệm, gắn nghĩa vụ với quyền lợi của người quản lý điều hành doanh nghiệp, quyền và nghĩa vụ về tài chính của chủ sở hữu đối với Công ty Nhà nước.

Quan điểm mới của Luật DNNN 2003 được thể hiện tại Nghị định 199/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004 của Chính phủ về 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 (sau đây gọi tắt là Quy chế quản lý tài chính), trong đó có các quy định về đầu tư vốn, về quản lý vốn và tài sản tại các công ty nhà nước, quản lý doanh thu - chi phí, trích lập các quỹ và việc phân phối lợi nhuận.

Về đầu tư vốn, Nghị định này cũng quy định việc cấp và bổ sung vốn điều lệ cho các đối tượng theo quy định tại điều 1 Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004 của Chính phủ, trong đó nhấn mạnh đến trách nhiệm, nghĩa vụ của đại diện chủ sở hữu được quy định tại điều 6, 7 Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo nghị định nêu trên.

Về Quy chế quản lý vốn và tài sản tại các công ty nhà nước, Luật DNNN 2003 và các điều 9, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 20 tại Nghị định số 199/2004/NĐ-CP quy định tại về Nguyên tắc phân cấp giữa chủ sở hữu với doanh nghiệp trên cơ sở giá trị và trách nhiệm đối với việc quyết định đầu tư, sử dụng vốn và tài sản của doanh nghiệp. Việc phân cấp trách nhiệm rõ ràng nhằm tạo cho các nhà quản lý, điều hành doanh nghiệp được quyền chủ động và có trách nhiệm đối với từng hoạt động tài chính trong các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Về quản lý doanh thu - chi phí Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004 của Chính phủ cơ bản vẫn theo những quy định trong quy chế tài chính hiện hành cũng như trong chuẩn mực kế toán về doanh thu và chi phí. Tuy nhiên, Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP nêu trên quy định chi phí hội họp, giao dịch, hoa hồng môi giới, quảng cáo, tiếp thị, xúc tiến thương mại được tính theo chi phí thực tế phát sinh. Do đó, người quản lý và điều hành doanh nghiệp được quyền quyết định và chịu trách nhiệm trực tiếp về các khoản chi phí liên quan đến doanh nghiệp. Trên cơ sở hiệu quả và tăng lợi nhuận, công ty phải quản lý chặt chẽ các khoản chi phí để giảm chi phí và giá thành sản phẩm bằng việc xây dựng, ban hành và tổ chức thực hiện các định mức kinh tế - kỹ thuật phù hợp với đặc điểm kinh tế - kỹ thuật, ngành, nghề kinh doanh, mô hình tổ chức quản lý, trình độ trang bị của công ty. Theo đó, các định mức được công bố công khai cho mọi đối tượng để thực hiện, kiểm tra và giám sát. Về quản lý chi phí đối với những doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực độc quyền, Điều 24 Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP quy định: hàng năm, các doanh nghiệp này phải báo cáo với cơ quan đại diện chủ sở hữu và cơ quan tài chính tình hình thực hiện chi phí sản xuất kinh doanh để bảo đảm sự kiểm tra giám sát, tránh lợi dụng biến động quyền Nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp. Trong đó, nội dung báo cáo

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

phải phân tích, so sánh giữa thực hiện và định mức các loại chi phí khấu hao tài sản cố định, chi phí lao động tiền lương, chi phí nguyên, nhiên, vật liệu, chi phí quản lý doanh nghiệp, trong đó một số khoản chi phí như chi phí quảng cáo, tiếp thị, giao dịch, tiếp khách, chi phí khác, xác định rõ nguyên nhân, trách nhiệm của tập thể, cá nhân đối với việc thực hiện vượt định mức.

Về trích lập quỹ và phân phối lợi nhuận, lợi nhuận thực hiện của công ty sau khi bù đắp lỗ năm trước theo quy định của Luật thuế thu nhập doanh nghiệp và nộp thuế thu nhập doanh nghiệp được phân phối như sau: (i) Chia lãi cho các thành viên góp vốn liên kết theo quy định của hợp đồng (nếu có); (ii) bù đắp khoản lỗ của các năm trước đã hết thời hạn được trừ vào lợi nhuận trước thuế; (iii) trích 10% vào quỹ dự phòng tài chính, khi số dư quỹ bằng 25% vốn điều lệ thì thôi không trích nữa; (iv) trích lập các quỹ đặc biệt từ lợi nhuận sau thuế theo tỷ lệ đã được Nhà nước quy định đối với công ty đặc thù mà pháp luật quy định phải trích lập; (v) số còn lại sau khi lập các quỹ quy định tại các quy định trên, khoản này được phân phối theo tỷ lệ giữa vốn nhà nước đầu tư tại công ty và vốn công ty tự huy động bình quân trong năm. Việc phân phối lợi nhuận của Công ty Nhà nước sẽ được phân phối trên cơ sở đảm bảo hài hòa giữa lợi ích Nhà nước, lợi ích công ty và lợi ích người lao động, trong đó: vốn do doanh nghiệp tự huy động là số tiền công ty huy động do phát hành trái phiếu, tín phiếu, vay ngân hàng thương mại, các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước trên cơ sở công ty tự chịu trách nhiệm hoàn trả cả gốc và lãi cho người vay theo cam kết. Tuy nhiên, các khoản vốn vay của công ty được Chính phủ, Bộ Tài chính bảo lãnh, hỗ trợ lãi suất được vay với lãi suất ưu đãi thì không được tính vào vốn do doanh nghiệp tự huy động.

Phần lợi nhuận được chia theo vốn Nhà nước đầu tư được dùng để tái đầu tư bổ sung vốn nhà nước tại công ty nhà nước. Trường hợp không cần thiết bổ sung vốn nhà nước tại công ty nhà nước, đại diện chủ sở hữu quyết định điều động về quỹ tập trung để đầu tư vào các công ty khác theo quy định.

Lợi nhuận được chia theo vốn tự huy động, công ty được chủ động trích quỹ đầu tư phát triển, quỹ thưởng ban quản lý điều hành, quỹ khen thưởng, phúc lợi. Mức trích của phần lợi nhuận được chia theo vốn tự huy động vào Quỹ đầu

tư phát triển tối thiểu là 30%. Đại diện chủ sở hữu quyết định tỷ lệ trích cụ thể vào các quỹ đầu tư phát triển, quỹ khen thưởng ban quản lý điều hành công ty trên cơ sở đề nghị của Hội đồng quản trị (đối với công ty có Hội đồng quản trị) hoặc Giám đốc (đối với công ty không có Hội đồng quản trị). Việc trích quỹ khen thưởng, phúc lợi đối với những công ty còn hoạt động có tính chất Nhà nước đang giữ độc quyền, công ty được thành lập mới và công ty được thiết kế thường xuyên, ổn định cung cấp các sản phẩm, dịch vụ công ích được quy định cụ thể tại Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP. Công ty chủ động trích lập các quỹ khen thưởng, phúc lợi sau khi tham khảo ý kiến của Công đoàn nhằm hỗ trợ, khuyến khích người lao động hoạt động hiệu quả hơn.

Để hướng dẫn chi tiết Nghị định trên của Chính phủ, Bộ Tài chính ban hành Thông tư số 33/2005/TT-BTC ngày 29/4/2005 Hướng dẫn một số điều tại Quy chế tài chính của công ty Nhà nước và quản lý vốn nhà nước đầu tư vào các doanh nghiệp khác. Một số nội dung chủ yếu của Thông tư 33/2005/TT-BTC gồm:

Thứ nhất, về quản lý và sử dụng vốn tại công ty: Thông tư này quy định một số nội dung về vốn điều lệ, việc sử dụng vốn, quỹ hoặc huy động vốn... Về quản lý và sử dụng vốn điều lệ, đại diện chủ sở hữu phải xem xét, phê duyệt vốn điều lệ cho công ty nhà nước giữ 100% vốn theo tại Quyết định số 155/2004/QĐ-TTg ngày 24/8/2004 của Thủ tướng Chính phủ về ban hành tiêu chí, danh mục phân loại công ty nhà nước và công ty thành viên hạch toán độc lập thuộc tổng công ty nhà nước. Theo đó, việc phê duyệt vốn điều lệ ban đầu hoặc tăng vốn điều lệ của tổng công ty, công ty độc lập, công ty mẹ phải có ý kiến bằng văn bản của Bộ Tài chính. Công ty có trách nhiệm bảo toàn vốn nhà nước đầu tư theo quy định tại Điều 10 của Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004 của Chính phủ, trong Thông tư này cũng hướng dẫn chi tiết như việc huy động vốn, cách xác định hệ số đảm bảo mức độ bảo toàn vốn... Riêng việc sử dụng vốn, quỹ của các công ty cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích thực hiện theo quy định tại khoản 2 mục A Chương II Thông tư số 33/2005/TT-BTC, gồm điều kiện điều động và thẩm quyền điều động vốn và tài sản.

Thứ hai, về quản lý và sử dụng tài sản tại công ty: Thông tư này cũng

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

hướng dẫn chi tiết về các tài sản cố định, đầu tư tài sản cố định, quản lý hàng tồn kho, quản lý các khoản nợ phải thu, như việc quản lý nợ phải thu thực hiện theo quy định tại Điều 18 Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP và các quy định của pháp luật hiện hành về quản lý, xử lý nợ tồn đọng. Trong đó, công ty phải thường xuyên đối chiếu các khoản phải thu với khách nợ, phân loại nợ để có biện pháp thu hồi nợ đúng hạn, xác định những khoản nợ khó đòi để trích lập dự phòng phải thu khó đòi.

Thứ ba, về quản lý doanh thu và chi phí: Việc quản lý doanh thu, chi phí thực hiện theo Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004, tuy nhiên thông tư này cũng hướng dẫn rõ hơn về phương thức xác định cụ thể một số khoản doanh thu, như đối với hàng hoá bán trả góp thì tính vào doanh thu theo giá bán trả 1 lần (không bao gồm lãi trả chậm) và lãi trả chậm phân bổ vào doanh thu tài chính hàng năm; hoặc đối với sản phẩm giao khoán trong nông, lâm trường, doanh thu là số tiền phải thu trong hợp đồng, trường hợp thu bằng sản phẩm thì chỉ tính doanh thu sau khi đã bán sản phẩm... Ngoài ra, việc xác định giá thành sản phẩm, chi phí dịch vụ tiêu thụ cũng được hướng dẫn cụ thể tại thông tư này.

Về Lợi nhuận thực hiện và phân phối lợi nhuận: theo hướng dẫn của thông tư này, thì lợi nhuận thực hiện của công ty sau khi bù đắp lỗ năm trước theo quy định của Luật thuế thu nhập doanh nghiệp và nộp thuế thu nhập doanh nghiệp được phân phối theo quy định tại Điều 27 Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP, trong đó: (i) vốn công ty tự huy động bình quân trong năm tính bằng tổng số dư vốn huy động cuối mỗi quý chia cho 4 quý; (ii) tiền lương làm cơ sở trích quỹ khen thưởng, phúc lợi quy định tại khoản 7 Điều 27 Quy chế quản lý tài chính ban hành kèm theo Nghị định số 199/2004/NĐ-CP là tiền lương thực tế của công ty.

8.2.2. Đối với các công ty trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên thuộc sở hữu nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, Bộ Tài chính ban hành Thông tư số 49/2006/TT-BTC ngày 06/6/2006 sửa đổi, bổ sung Thông tư số 58/2002/TT-BTC ngày 28/6/2002 về Hướng dẫn quy chế tài chính của công ty trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên thuộc sở hữu Nhà nước, tổ chức chính trị, tổ

chức chính trị - xã hội. Nội dung của thông tư này đảm bảo quyền của đại diện chủ sở hữu, quyền chủ động trong hoạt động sản xuất kinh doanh của các nhà quản lý doanh nghiệp.

Theo quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2005 sẽ áp dụng chung cho các doanh nghiệp không phân biệt thành phần kinh tế, các công ty trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên thuộc sở hữu nhà nước cũng sẽ phải chuyển đổi sang các quy định chung với thời gian chuyển tiếp là: trong thời hạn 4 năm kể từ ngày Luật doanh nghiệp năm 2005 có hiệu lực, các công ty nhà nước thành lập theo quy định của Luật DNNN năm 2003 phải chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật này.

Luật Doanh nghiệp năm 2005 cũng đã khẳng định Nhà nước thực hiện các quyền của chủ sở hữu vốn của Nhà nước tại các doanh nghiệp theo các nguyên tắc sau: (i) thực hiện quyền của chủ sở hữu với vai trò là người đầu tư vốn; (ii) bảo toàn và phát triển vốn nhà nước; (iii) tách biệt chức năng thực hiện các quyền chủ sở hữu với chức năng quản lý hành chính nhà nước; (iv) tách biệt thực hiện quyền của chủ sở hữu đối với quyền chủ động kinh doanh của doanh nghiệp; tôn trọng quyền kinh doanh của doanh nghiệp; (v) thực hiện thống nhất và tập trung các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu về vốn. Ngoài ra, định kỳ hàng năm, Chính phủ trình Quốc hội báo cáo tổng hợp về thực trạng kinh doanh vốn sở hữu nhà nước, thực trạng bảo toàn và phát triển giá trị vốn đầu tư và tài sản sở hữu nhà nước tại doanh nghiệp. Hơn nữa, doanh nghiệp do Nhà nước thành lập kể từ ngày Luật doanh nghiệp 2005 có hiệu lực phải được đăng ký, tổ chức quản lý và hoạt động theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan.

8.2.3. Đối với các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác, Luật Doanh nghiệp năm 1999 và sau này là Luật Doanh nghiệp năm 2005 đều chỉ quy định về hình thức tổ chức, bộ máy, điều kiện thành lập... của các loại hình doanh nghiệp ngoài quốc doanh. Về tài chính doanh nghiệp, các doanh nghiệp được quyền chủ động trong kinh doanh, Nhà nước quản lý tài chính các doanh nghiệp chủ yếu thông qua các luật về thuế, trong đó có Luật thuế thu nhập doanh nghiệp. Tại Luật này, các quy định liên quan đến tài chính doanh nghiệp

có quy định về các khoản chi phí được coi là chi phí hợp lý, hợp lệ tại Nghị định số 164/2003/NĐ-CP ngày 22/12/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật thuế thu nhập doanh nghiệp và Thông tư số 128/2003/TT-BTC ngày 22/12/2003 của Bộ Tài chính Hướng dẫn thi hành Nghị định số 164/2003/NĐ-CP về ngày 22/12/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật thuế thu nhập doanh nghiệp.

Nội dung chủ yếu liên quan đến tài chính doanh nghiệp của Nghị định số 164/2003/NĐ-CP ngày 22/12/2003 được thể hiện chủ yếu thông qua các khoản chi phí được coi là hợp lý và được tính vào doanh thu, như: Chi phí khấu hao của tài sản cố định sử dụng cho hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ; Chi phí nguyên liệu, vật liệu, nhiên liệu, năng lượng, hàng hóa thực tế sử dụng vào sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ liên quan đến doanh thu, thu nhập chịu thuế trong kỳ; Tiền lương, tiền công, phụ cấp phải trả cho người lao động theo quy định của Bộ Luật Lao động, tiền ăn giữa ca, tiền ăn định lượng;...

Một số nội dung chủ yếu liên quan đến tài chính doanh nghiệp của các doanh nghiệp đã được hướng dẫn cụ thể hơn tại Thông tư số 128/2003/TT-BTC ngày 22/12/2003 về các khoản chi phí được tính vào thu nhập chịu thuế, như: (i) TSCĐ định được trích khấu hao vào chi phí hợp lý là các tài sản tham gia vào sản xuất, kinh doanh, có đầy đủ hóa đơn, chứng từ và các giấy tờ hợp pháp khác chứng minh tài sản cố định thuộc quyền sở hữu của cơ sở kinh doanh, đồng thời phải được quản lý, theo dõi, hạch toán trong sổ sách kế toán của cơ sở kinh doanh theo chế độ quản lý và hạch toán kế toán hiện hành; (ii) Chi phí nghiên cứu khoa học, công nghệ (trừ phần kinh phí do Nhà nước hoặc cơ quan quản lý cấp trên hỗ trợ); chi thưởng sáng kiến, cải tiến mà sáng kiến này mang lại hiệu quả kinh doanh; chi phí cho đào tạo lao động theo chế độ quy định; chi cho y tế trong nội bộ cơ sở kinh doanh; chi hỗ trợ cho các trường học được Nhà nước cho phép thành lập và khi chi phải có hoá đơn, chứng từ theo chế độ quy định....

Trong điều kiện chuyển đổi từ cơ chế kế hoạch hoá tập trung sang cơ chế thị trường, sự chuyển đổi vai trò của Nhà nước trong điều tiết vĩ mô nền kinh tế là vấn đề phức tạp. Nhà nước đóng “vai trò kép” trong nền kinh tế nhiều thành phần: một mặt, là người quản lý vĩ mô hệ thống doanh nghiệp thuộc nhiều thành phần kinh tế, trong đó doanh nghiệp nhà nước phải được đối xử bình đẳng

như doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác; mặt khác, lại là người chủ sở hữu các doanh nghiệp nhà nước, dù nhiều hay ít, Nhà nước vẫn muốn dành cho chúng sự quan tâm riêng. Do đó, để tạo lập được môi trường kinh doanh thật sự bình đẳng cho các doanh nghiệp, việc ban hành đồng bộ các chính sách về tài chính doanh nghiệp và kế toán - kiểm toán của các doanh nghiệp phù hợp với sự phát triển của nền kinh tế trong giai đoạn chuyển đổi là hết sức cần thiết.

9. PHÁP LUẬT VỀ BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG TRONG KINH DOANH

9.1. Mối quan hệ giữa phát triển kinh tế, thương mại với vấn đề bảo vệ môi trường

Để có thể xem xét mối quan hệ giữa các hoạt động kinh tế, thương mại với vấn đề bảo vệ môi trường, trước hết cần nhận thức được môi trường là gì và thành phần của môi trường gồm những yếu tố nào. Theo Luật bảo vệ môi trường năm 2005 thì "môi trường bao gồm các yếu tố tự nhiên và vật chất nhân tạo bao quanh con người, có ảnh hưởng đến đời sống, sản xuất, sự tồn tại, phát triển của con người và sinh vật", còn "thành phần môi trường là yếu tố vật chất tạo thành môi trường như đất, nước, không khí, âm thanh, ánh sáng, sinh vật, hệ sinh thái và các hình thái vật chất khác". Như vậy, để giữ cho môi trường trong lành, sạch đẹp, đảm bảo phát triển bền vững cần bảo vệ tất cả các thành phần môi trường như đã được nêu.

Theo quan điểm về phát triển bền vững thì bảo vệ môi trường và tài nguyên thiên nhiên là một bộ phận cấu thành không thể tách rời của quá trình phát triển kinh tế, sản xuất ra của cải vật chất. Trong hơn mười năm qua, nền kinh tế nước ta liên tục đạt mức tăng trưởng cao (6-8% năm) đã tạo nhiều thuận lợi cho quá trình công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước, xoá đói, giảm nghèo và thu hẹp khoảng cách kinh tế giữa nước ta với các nước trong khu vực. Tuy nhiên, do quá trình tăng trưởng kinh tế còn dựa nhiều vào việc khai thác tài nguyên thiên nhiên nên đã gây tác động rất lớn đến môi trường.

Bên cạnh việc đóng góp sản phẩm cho xã hội, góp phần tăng trưởng kinh tế thì việc phát triển nhiều ngành sản xuất, chế biến, dịch vụ cũng đã gây áp lực lớn cho môi trường. Các ngành công nghiệp chế biến và sản xuất hàng xuất khẩu đang được chú ý phát triển như điện tử, dệt may, giày dép, chế biến thực



Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

phẩm, thủy sản... Các sản phẩm của những ngành công nghiệp này tiêu thụ nhiều nguyên liệu và trong quá trình sản xuất thường gây ô nhiễm môi trường ở mức độ cao. Các khu công nghiệp tập trung được phát triển rất nhanh và thường được xây dựng ven đường quốc lộ và gần khu dân cư cũng là một trong những nguyên nhân gây ách tắc giao thông và ô nhiễm môi trường. Nguồn nhiệt điện đốt than, dầu từ các nhà máy, xí nghiệp thải ra gây ô nhiễm mạnh đối với môi trường không khí và môi trường nước. Sự gia tăng phương tiện giao thông cơ giới tại các đô thị trong những năm qua cũng đã làm tăng ô nhiễm bụi, khí thải và tiếng ồn do các hoạt động giao thông gây ra.

Hoạt động sản xuất nông nghiệp cũng tác động tiêu cực tới môi trường. Trong trồng trọt nhiều loại thuốc hoá học bảo vệ thực vật và các loại phân bón được sử dụng tùy tiện, không tuân theo các yêu cầu kỹ thuật cũng đã gây nên những tác động sâu sắc đến môi trường. Các chất thải của vật nuôi từ các chuồng trại không được xử lý thải ra môi trường gây ô nhiễm đất, nước và không khí.

Hoạt động nuôi trồng thủy sản phát triển mạnh đã làm tăng lượng chất thải đổ vào các nguồn nước. Việc khai thác thủy sản quá mức và sử dụng các biện pháp đánh bắt hủy diệt như dùng chất nổ, chất độc... đã làm cạn kiệt nguồn thủy sản, có nơi đã phá hủy môi trường sống tự nhiên của các loài thủy sản, làm mất đi các hệ sinh thái đặc thù như san hô, cỏ biển. Các cơ sở chế biến thủy sản tạo ra một lượng không nhỏ các chất thải rắn, nước thải, khí thải độc hại nhưng không phải cơ sở nào cũng có hệ thống xử lý chất thải, nước thải nên lượng các chất thải, nước thải, khí thải độc hại được thải trực tiếp ra môi trường vẫn là một trong những tác nhân gây ô nhiễm môi trường đất và nước xung quanh khu vực chế biến thủy sản.

Sự phát triển về du lịch cũng là một trong những yếu tố gây ô nhiễm môi trường. Các chất thải từ nhiều khu nhà nghỉ chưa qua xử lý được thải trực tiếp ra môi trường gây ô nhiễm môi trường xung quanh. Việc phát triển du lịch cũng làm gia tăng các hoạt động săn bắt động vật hoang dã, khai thác san hô... làm đồ lưu niệm làm cạn kiệt nguồn tài nguyên thiên nhiên, giảm đa dạng sinh học.

Nền kinh tế nước ta đã và đang hội nhập sâu, rộng với nền kinh tế khu vực và

thế giới. Hội nhập đã mang lại những thành tựu to lớn cho đất nước ta, góp phần giải quyết các vấn đề xã hội như xoá đói giảm nghèo, tạo công ăn việc làm và bảo vệ môi trường. Bên cạnh những lợi ích đạt được thì quá trình hội nhập kinh tế quốc tế cũng gây nhiều áp lực đối với môi trường, trong đó phải kể đến nguy cơ gia tăng ô nhiễm môi trường từ bên ngoài. Việc nhập khẩu hàng hoá, vật tư nếu không được kiểm tra, giám sát chặt chẽ sẽ dẫn đến nguy cơ Việt Nam trở thành bãi thải thiết bị, công nghệ lạc hậu, thành nơi tiêu thụ những hàng hoá kém chất lượng, không đảm bảo các yêu cầu môi trường. Việc phát triển hàng hoá xuất khẩu của Việt Nam hiện nay có nguy cơ làm tăng suy thoái môi trường, cạn kiệt tài nguyên thiên nhiên vì các hàng hoá xuất khẩu của nước ta chủ yếu dựa vào khai thác các loại tài nguyên thiên nhiên. Đối với xuất khẩu nông sản, thủy sản tuy là một lợi thế của nước ta, nhưng nếu các doanh nghiệp xuất khẩu không am hiểu các quy định của pháp luật quốc tế (WTO, EU...) về môi trường thì rất dễ gia tăng tranh chấp.

9.2. Chính sách, pháp luật của Nhà nước Việt Nam, và pháp luật quốc tế về môi trường

9.2.1. Chính sách của Nhà nước Việt Nam về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường

Sử dụng hợp lý tài nguyên thiên nhiên, bảo vệ môi trường sống trong sạch, duy trì sự cân bằng sinh thái tự nhiên là điều kiện cần thiết để phát triển bền vững kinh tế - xã hội, nâng cao đời sống và sức khỏe nhân dân. Nhận thức được mối quan hệ giữa phát triển bền vững và bảo vệ môi trường trong tiến trình công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước, Đảng và Nhà nước ta rất quan tâm đến việc khai thác hợp lý và hiệu quả các nguồn tài nguyên thiên nhiên, bảo vệ và cải thiện môi trường sống.

Tại Chỉ thị số 36-CT/TW ngày 25 tháng 6 năm 1998 của Bộ Chính trị, Ban chấp hành trung ương khoá VIII về tăng cường công tác bảo vệ môi trường trong thời kỳ công nghiệp hoá và hiện đại hoá đất nước đã xác định mục tiêu cần đạt được trong công tác bảo vệ môi trường và phát triển bền vững là ngăn ngừa ô nhiễm môi trường, phục hồi và cải thiện môi trường của những nơi, những vùng đã bị suy thoái, bảo tồn đa dạng sinh học, từng bước nâng cao chất lượng môi

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

trường ở các khu công nghiệp, đô thị và nông thôn, góp phần phát triển kinh tế, xã hội bền vững, nâng cao chất lượng cuộc sống của nhân dân. Đại hội Đảng lần thứ IX đã khẳng định việc tiếp tục đổi mới nền kinh tế Việt Nam theo hướng công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước, trong đó *"Tăng trưởng kinh tế đi liền với phát triển văn hoá, từng bước cải thiện đời sống vật chất và tinh thần của nhân dân, thực hiện tiến bộ và công bằng xã hội, bảo vệ và cải thiện môi trường"*.

Ngày 15 tháng 11 năm 2004 Bộ Chính trị đã ban hành Nghị quyết số 41/NQ-TW về bảo vệ môi trường trong thời kỳ đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước. Trong Nghị quyết này có nội dung nhận định rằng để giải quyết các vấn đề về môi trường trong giai đoạn đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước cần phải có sự chuyển biến mạnh mẽ về nhận thức và hành động, có sự đổi mới trong lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành và đặc biệt trong tổ chức, triển khai thực hiện công tác bảo vệ môi trường trong toàn Đảng và toàn xã hội. Trên cơ sở nhận thức này, nghị quyết đã đưa ra các quan điểm, mục tiêu, nhiệm vụ và các giải pháp chính để đẩy mạnh hoạt động bảo vệ môi trường.

Nghị quyết số 41/NQ-TW của Bộ Chính trị về bảo vệ môi trường trong thời kỳ đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước đã được thể chế hoá tại Quyết định số 34/2005/QĐ-TTg ngày 22 tháng 02 năm 2005 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Chương trình hành động của Chính phủ thực hiện Nghị quyết này. Trong nội dung chương trình đã đưa ra các mục tiêu, nhiệm vụ chung cũng như giao nhiệm vụ cụ thể cho các Bộ, ngành trong việc thực hiện Nghị quyết số 41/NQ-TW của Bộ Chính trị.

9.2.2. Các văn bản pháp luật hiện hành của Việt Nam về bảo vệ môi trường

Hệ thống văn bản quy phạm pháp luật hiện hành về bảo vệ môi trường gồm có:

◆ Hiến pháp

Ngay trong văn bản pháp luật cao nhất của Nhà nước ta là Hiến pháp đã có các quy định về bảo vệ môi trường. Điều 29 Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QH10 ngày 25 tháng 12 năm 2001 của Quốc hội khoá X, kỳ họp thứ 10) quy định cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội, mọi cá nhân phải thực hiện các quy định

của Nhà nước về sử dụng hợp lý tài nguyên thiên nhiên và bảo vệ môi trường. Tuy nhiên, đây chỉ là quy định chung, là cơ sở để xây dựng các văn bản pháp luật chuyên ngành về bảo vệ môi trường.

- ◆ Luật bảo vệ môi trường và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật bảo vệ môi trường.
- ◆ Luật Bảo vệ môi trường được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 29 tháng 11 năm 2005, có hiệu lực kể từ ngày 1 tháng 7 năm 2006. Luật Bảo vệ môi trường là đạo luật chung quy định toàn diện về bảo vệ môi trường. Luật này quy định về hoạt động bảo vệ môi trường; chính sách, biện pháp và nguồn lực để bảo vệ môi trường; quyền và nghĩa vụ của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong bảo vệ môi trường.
- ◆ Nghị định số 80/2006/NĐ-CP ngày 9/8/2006 của Chính phủ về việc quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ môi trường năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ môi trường 2005 đang được xây dựng để trình Chính phủ xem xét, ban hành.
- ◆ Các văn bản pháp luật về bảo vệ từng thành phần của môi trường và các văn bản khác có liên quan đến môi trường.
- ◆ Luật Bảo vệ và phát triển rừng được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 03 tháng 12 năm 2004, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 4 năm 2005; quy định về quản lý, bảo vệ, phát triển, sử dụng rừng và quyền và nghĩa vụ của các chủ rừng trong bảo vệ và phát triển.
- ◆ Luật Thủy sản được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 26 tháng 11 năm 2003, có hiệu lực từ ngày 01 tháng 7 năm 2004. Trong Luật này có các quy định về bảo vệ môi trường sống của các loài thủy sản, bảo vệ môi trường trong hoạt động nuôi trồng thủy sản, tiêu chuẩn bảo vệ môi trường của tàu cá, bảo vệ môi trường trong các hoạt động chế biến, mua bán, xuất khẩu, nhập khẩu thủy sản...
- ◆ Luật Khoáng sản được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 20 tháng 3 năm 1996, Luật sửa đổi, bổ sung một



Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

số điều của Luật Khoáng sản được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005. Trong Luật này đã quy định riêng một điều (Điều 16) về bảo vệ môi trường trong hoạt động khoáng sản, quan điểm bảo vệ môi trường đã được thể hiện khá rõ trong Luật khoáng sản.

- ◆ Luật Tài nguyên nước được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 20 tháng 5 năm 1998, có hiệu lực từ ngày 01 tháng 01 năm 1999. Luật này quy định về trách nhiệm bảo vệ tài nguyên nước, phòng, chống suy thoái, cạn kiệt nguồn nước và ô nhiễm nguồn; về việc xả nước thải vào nguồn nước; về việc khai thác, sử dụng tài nguyên nước.
- ◆ Ngoài các luật nêu trên, trong hệ thống các văn bản pháp luật về bảo vệ môi trường còn có các luật khác cũng có những điều khoản về bảo vệ môi trường như Bộ luật Hàng hải, Luật đất đai, Luật Dầu khí, Pháp lệnh bảo vệ và kiểm dịch thực vật, pháp lệnh thú ý..., các Nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ và thông tư của các Bộ, ngành hướng dẫn thi hành các Luật nói trên.

Các Công ước quốc tế về môi trường

Từ những năm 1980 Việt Nam đã ký kết nhiều công ước quốc tế về môi trường. Việc ký kết, tham gia các công ước quốc tế chứng tỏ Việt Nam đã quan tâm và cam kết bảo đảm thực hiện bảo vệ môi trường toàn cầu. Dưới đây là danh mục những công ước mà Việt Nam đã ký kết, tham gia.

- Công ước về bảo vệ di sản văn hoá và tự nhiên thế giới đưa ra các nghĩa vụ và trách nhiệm của mỗi quốc gia có di sản văn hoá và tự nhiên trong lãnh thổ của mình phải thực hiện những biện pháp thích hợp về pháp lý, khoa học, kỹ thuật, hành chính và tài chính cần thiết cho việc xác định, bảo vệ, bảo tồn trưng bày và khôi phục di sản. Ngày 19/10/1987 Việt Nam chính thức phê chuẩn Công ước về bảo vệ di sản văn hoá và tự nhiên thế giới.
- Công ước 1971 về các vùng đất ngập nước có tầm quan trọng quốc tế,

đặc biệt là nơi cư trú của loài chim nước (Công ước RAMSAR). Công ước này nhằm bảo tồn nơi cư trú của loài chim nước. Việt Nam tham gia Công ước này tháng 9 năm 1989.

- Công ước quốc tế về ngăn ngừa ô nhiễm dầu do tàu biển đưa ra những cam kết chung nhằm ngăn ngừa ô nhiễm môi trường biển do việc thải ra những chất có hại hoặc những chất có chứa các chất có hại. Việt Nam tham gia Công ước này tháng 8 năm 1991.
- Công ước Viên 1985 về bảo vệ tầng ô-zôn xác lập sự kiểm soát về các chất làm giảm tầng ô - zôn. Việt Nam gia nhập Công ước này và Nghị định thư Montreal (1987) vào tháng 1 năm 1994.
- Công ước 1973 về buôn bán quốc tế những loài động vật, thực vật có nguy cơ bị đe dọa tuyệt chủng (Công ước CITES). Công ước này xác định những giống, loài bị đe dọa tuyệt chủng, những giống loài có nguy cơ bị đe dọa tuyệt chủng và các giống loài bị đe dọa tuyệt chủng ở cấp quốc gia và các biện pháp để hạn chế buôn bán những loài động, thực vật hoang dã nguy cấp, có nguy cơ tuyệt chủng. Việt Nam gia nhập Công ước này tháng 1 năm 1994.
- Công ước Liên hợp quốc về Luật biển 1982 có quy định cho phép các quốc gia tham gia hoặc tự có biện pháp nhằm ngăn chặn, giảm thiểu và kiểm soát ô nhiễm môi trường biển. Việt Nam phê chuẩn Công ước này tháng 7 năm 1994.
- Công ước khung về biến đổi khí hậu không đưa ra các biện pháp kiểm soát quốc tế, nhưng các quốc gia thành viên cần cam kết tích cực điều tra khí gây hiệu ứng nhà kính, xây dựng chiến lược và chương trình quốc gia nhằm thích hợp hoá với sự biến đổi của khí hậu. Việt Nam phê chuẩn Công ước này ngày 16/11/1994.
- Công ước đa dạng sinh học có mục tiêu cơ bản là bảo vệ đa dạng sinh học, chia sẻ lợi ích có được từ việc sử dụng nguồn gen; các quốc gia có chủ quyền khai thác tài nguyên của mình theo Hiến chương Liên hợp quốc và pháp luật quốc tế để thực hiện chính sách môi trường của mình. Tuy nhiên, các quốc gia cần đảm bảo cho các hoạt động này không gây

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

nguy hại cho môi trường. Việt Nam phê chuẩn Công ước này ngày 16/11/1994.

- Công ước 1989 về vận chuyển qua biên giới các chất độc hại và loại bỏ chúng (Công ước Basel) đưa ra một phạm vi rộng những cam kết chung cho các nước thành viên có thể cấm nhập các chất thải độc hại và các chất thải khác. Việt Nam phê chuẩn Công ước này tháng 3 năm 1995.

9.3. Một số vấn đề chung về pháp luật môi trường liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp

9.3.1. Đối với các doanh nghiệp bắt đầu hoạt động đầu tư sản xuất kinh doanh

Khi lập dự án đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt, cấp phép đầu tư, xây dựng, sản xuất, kinh doanh nếu dự án nằm trong danh mục các dự án phải lập báo cáo đánh giá tác động môi trường của Chính phủ, theo các tiêu chí được nêu ra dưới đây, thì đồng thời với việc lập báo cáo nghiên cứu khả thi phải lập báo cáo đánh giá tác động môi trường trình cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt:

- Dự án công trình quan trọng quốc gia;
- Dự án có sử dụng một phần diện tích đất hoặc có ảnh hưởng xấu đến khu bảo tồn thiên nhiên, vườn quốc gia, khu di tích lịch sử - văn hoá, di sản tự nhiên, danh lam thắng cảnh đã được xếp hạng;
- Dự án có nguy cơ ảnh hưởng đến nguồn nước lưu vực sông, vùng ven biển, vùng có hệ sinh thái được bảo vệ;
- Dự án xây dựng kết cấu hạ tầng khu kinh tế, khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu chế xuất, cụm làng nghề;
- Dự án xây dựng đô thị mới, khu dân cư tập trung;
- Dự án khai thác, sử dụng nước dưới đất, tài nguyên thiên nhiên quy mô lớn;
- Dự án có tiềm ẩn nguy cơ lớn gây tác động xấu với môi trường.

Các dự án nêu trên chỉ được phê duyệt, cấp phép đầu tư, xây dựng, khai thác sau khi báo cáo đánh giá tác động môi trường đã được phê duyệt.

Các cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ quy mô hộ gia đình và các đối tượng

không thuộc các trường hợp phải lập báo cáo đánh giá tác động môi trường nêu trên thì phải có bản cam kết bảo vệ môi trường được đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền và các đối tượng này chỉ được triển khai hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ sau khi đã đăng ký bản cam kết bảo vệ môi trường với cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

9.3.2. Đối với các doanh nghiệp đang hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ

Các doanh nghiệp đang hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ phải thực hiện đúng, đầy đủ các nội dung bảo vệ môi trường nêu trong báo cáo đánh giá tác động môi trường và các yêu cầu của quyết định phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường hoặc các nội dung đã ghi trong bản cam kết bảo vệ môi trường và chịu sự kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước đã phê duyệt báo cáo hoặc đã đăng ký bản cam kết bảo vệ môi trường và của cộng đồng dân cư nơi doanh nghiệp hoạt động.

9.3.3. Đối với các doanh nghiệp hoạt động xuất khẩu

Các doanh nghiệp hoạt động xuất khẩu ngoài việc phải tuân thủ các tiêu chuẩn về vệ sinh, an toàn thực phẩm của Việt Nam cần lưu ý đến các yêu cầu về môi trường của pháp luật quốc tế như yêu cầu về môi trường của WTO, EU...

Các yêu cầu về môi trường trong khuôn khổ của WTO, đặc biệt là các quy định của Hiệp định về hàng rào kỹ thuật trong thương mại (TBT) và Hiệp định về những biện pháp vệ sinh và vệ sinh thực vật (SPS) và những yêu cầu về môi trường của EU có thể gây khó khăn đối với các nước đang phát triển trong việc tìm kiếm và thâm nhập thị trường nước ngoài. Ví dụ, các yêu cầu kỹ thuật và tiêu chuẩn (ví dụ như yêu cầu đối với ngành dệt không được sử dụng các loại thuốc nhuộm không thân thiện với môi trường), yêu cầu về bao bì, đóng gói thân thiện với môi trường, yêu cầu về nhãn sinh thái... có thể ảnh hưởng đến việc xuất khẩu hàng hoá của doanh nghiệp tới các nước phát triển.

Tuy nhiên, một khi sản phẩm của doanh nghiệp đã đáp ứng được các tiêu chuẩn sản phẩm (ví dụ được cấp một nhãn hiệu sinh thái tại thị trường EU) thì đã chứng tỏ được hình ảnh về chất lượng và sự thân thiện với môi trường của doanh nghiệp và sản phẩm của doanh nghiệp đó và sản phẩm của họ sẽ có nhiều khả năng đạt được cơ hội để thâm nhập vào các thị trường khác. Do đó,

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

để bảo đảm cho hoạt động xuất khẩu của doanh nghiệp phát triển thì các doanh nghiệp cần thiết phải nghiên cứu, tìm hiểu kỹ các quy định về môi trường của các thị trường mà doanh nghiệp mong muốn thâm nhập.

10. CÁC HÌNH THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH

10.1. Trọng tài và giải quyết tranh chấp bằng trọng tài

Trọng tài phi chính phủ nước ta được thành lập từ tháng 9 năm 1994, theo Nghị định số 116/ND – CP ngày 5/9/1994 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của trọng tài kinh tế phi chính phủ (sau đây gọi tắt là Nghị định 116). Khắc phục những nhược điểm của Nghị định 116, và để đáp ứng yêu cầu của tiến trình hội nhập nền kinh tế quốc tế, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Pháp lệnh Trọng tài năm 2003. Đây là một bước tiến quan trọng, mở rộng các hình thức giải quyết tranh chấp bên ngoài Tòa án. Theo Pháp lệnh trọng tài năm 2003, mọi tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại đều có thể đưa ra giải quyết tại trọng tài. Các phán quyết trọng tài được bảo đảm cưỡng chế thi hành theo quy định của pháp luật.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 2 của Pháp lệnh Trọng tài năm 2003 thì Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại được các bên thỏa thuận và được tiến hành theo trình tự, thủ tục tổ tụng do Pháp lệnh này quy định.

Có nhiều phương thức giải quyết tranh chấp ngoài con đường tòa án như Thương lượng, trung gian, hoà giải nhưng so với các phương thức giải quyết tranh chấp trên thì việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài có một số ưu điểm như:

Thứ nhất, tính chung thẩm và hiệu lực của quyết định trọng tài đối với việc giải quyết tranh chấp trong kinh doanh quốc tế.

- ◆ Tính chung thẩm của quyết định trọng tài không chỉ có giá trị bắt buộc đối với các bên đương sự mà nó còn khiến các bên không thể chống án hay kháng cáo. Xét xử tại trọng tài chỉ có một cấp xét xử. Khi tuyên phán quyết xong, Ủy ban Trọng tài (Hội đồng trọng tài) hoàn thành nhiệm vụ và chấm dứt sự tồn tại của mình. Điều này khác với việc xét xử tại tòa án.

Hiệu lực quyết định của trọng tài

Quyết định trọng tài được tuyên ở một nước, về nguyên tắc, chỉ có hiệu lực đối với các bên đương sự ở nước đó. Có nghĩa là quyết định trọng tài chỉ có hiệu lực pháp lý trong phạm vi lãnh thổ của nước có trọng tài. Đối với tranh chấp có yếu tố quốc tế, việc ra đời của Công ước New – York năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài đã tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho việc thi hành hiệu lực của quyết định trọng tài ở nước ngoài.

Theo Công ước New-York, các quyết định của trọng tài của bất kỳ nước thành viên nào của Công ước, nếu hội đủ các điều kiện, đều được tòa án của các nước thành viên khác thừa nhận và thi hành thông qua các thủ tục pháp lý linh hoạt, mềm dẻo và thiện chí. Đến nay, đã có trên 100 quốc gia, trong đó có Việt Nam, ở khắp các châu lục trên thế giới thừa nhận Công ước này.

Thứ hai, tính bí mật

Trọng tài là một tiến trình giải quyết tranh chấp có tính riêng biệt. Hầu hết pháp luật về trọng tài của các nước đều thừa nhận nguyên tắc trọng tài xử kín (in camera) nếu các bên không quy định khác.

Đây là ưu điểm đối với những doanh nghiệp không muốn các chi tiết trong vụ tranh chấp của mình bị đem ra công khai, tiết lộ trước tòa án (hoặc công chúng) - điều mà các doanh nghiệp luôn coi là tối kỵ trong hoạt động kinh doanh của mình.

Thứ ba, tính liên tục

Hoạt động trọng tài diễn ra liên tục vì Hội đồng trọng tài (Ủy ban trọng tài) xét xử vụ kiện đã được các bên lựa chọn, hoặc được chỉ định để giải quyết vụ kiện đó. Các trọng tài viên theo suốt vụ kiện từ đầu đến cuối, vì vậy, họ có cơ hội tìm hiểu tình tiết vụ việc. Điều này có lợi ngay cả khi các bên muốn hòa giải hoặc giải quyết tranh chấp thông qua đàm phán, trọng tài có thể hỗ trợ các bên đạt tới một thỏa thuận. Điều này thường không xảy ra ở tòa án.

Thứ tư, tính linh hoạt

Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài có tính linh hoạt, mềm dẻo, năng động và

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

dễ thích ứng hơn so với tòa án. Tòa án, khi xét xử phải tuân thủ một cách đầy đủ và nghiêm khắc (cứng nhắc) các quy định có tính quy trình, thủ tục, trình tự ... được quy định trước đó. Điều này không phải là hoàn toàn phù hợp với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Thứ năm, tiết kiệm thời gian

Tính liên tục, tốc độ của các hoạt động kinh tế và kinh doanh, đặc biệt hoạt động kinh doanh quốc tế đòi hỏi các bên không thể lãng phí thời gian, điều mà các tòa án sẽ rất khó đáp ứng được do luôn phải giải quyết nhiều tranh chấp cùng một lúc gây ra khả năng ách tắc hồ sơ.

Giải quyết tranh chấp bằng tòa án cho phép các bên được quyền kháng án cũng làm cho tiến độ bị kéo dài. Trong thực tế, giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, ví dụ như giải quyết tranh chấp bằng VIAC thường kéo dài tối đa là 6 tháng, còn tại tòa án có thể kéo dài hàng năm trời.

Thứ sáu, duy trì được quan hệ đối tác

Việc xét xử tranh chấp bằng trọng tài có tính bí mật sẽ tránh cho các bên nguy cơ làm tổn thương đến mối quan hệ hợp tác. Trong khi đó, xét xử công khai tại tòa án thường dễ làm cho các bên rơi vào tình thế đối địch nhau với kết cục là một bên được thừa nhận như là người chiến thắng, còn bên kia thấy mình thất sự như một kẻ thua cuộc.

Xét xử bằng trọng tài sẽ làm giảm mức độ xung đột căng thẳng của những bất đồng trên cơ sở những câu hỏi gợi mở, trong một không gian kín đáo nhẹ nhàng... Đó là những yếu tố tạo điều kiện để các bên duy trì được quan hệ đối tác, quan hệ thiện chí đối với nhau. Và đặc biệt, sự tự nguyện thi hành quyết định trọng tài của một bên sẽ làm cho bên kia có sự tin tưởng tốt hơn trong quan hệ làm ăn trong tương lai.

Thứ bảy, trọng tài cho phép các bên sử dụng được kinh nghiệm của các chuyên gia.

Ưu điểm này thể hiện ở quyền được chọn trọng tài viên của các bên đương sự, điều mà không tồn tại ở tòa án.

Các bên có thể chọn một Hội đồng trọng tài dựa trên năng lực, sự hiểu biết vững vàng của họ về pháp luật thương mại quốc tế, về các lĩnh vực chuyên ngành có tính chuyên sâu như chứng khoán, licensing, leasing, XNK hàng hóa và dịch vụ, sở hữu trí tuệ...

10.1.1. Tổ tụng trọng tài và một số vấn đề cần lưu ý khi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Việt Nam.

a. Lựa chọn hình thức trọng tài

Các bên có quyền lựa chọn Trung tâm trọng tài hoặc Hội đồng trọng tài do các bên thành lập để giải quyết tranh chấp theo quy định về tổ tụng trọng tài được quy định trong Pháp lệnh Trọng tài Việt Nam năm 2003.

b. Đơn kiện ra trọng tài

Để giải quyết tranh chấp tại Trung tâm trọng tài, nguyên đơn phải làm đơn kiện gửi Trung tâm Trọng tài. Đơn kiện ít nhất phải có 6 nội dung chủ yếu sau đây:

- Ngày, tháng, năm viết đơn;
- Tên và địa chỉ của các bên;
- Tóm tắt nội dung vụ tranh chấp;
- Các yêu cầu của nguyên đơn;
- Trị giá tài sản mà nguyên đơn yêu cầu;
- Trọng tài viên của Trung tâm trọng tài mà nguyên đơn chọn.

Kèm theo đơn kiện, nguyên đơn phải gửi bản chính hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài, bản chính hoặc bản sao các tài liệu, chứng cứ. Bản sao phải có chứng thực hợp lệ.

Tổ tụng trọng tài bắt đầu khi Trung tâm Trọng tài nhận được đơn kiện của Nguyên đơn. Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ khi nhận được đơn kiện, Trung tâm trọng tài phải giữ cho Bị đơn bản sao đơn kiện của Nguyên đơn và những tài liệu theo quy định nêu trên.

c. Phí trọng tài

Nguyên đơn phải nộp tạm ứng phí trọng tài, nếu các bên không có thỏa thuận

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

khác. Trong trường hợp giải quyết vụ tranh chấp tại Trung tâm trọng tài thì Ban điều hành Trung tâm trọng tài ấn định phí trọng tài theo điều lệ của Trung tâm. Bên thua kiện phải chịu phí trọng tài, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

d. Thời hiệu tố tụng

Có hai loại thời hiệu khởi kiện là thời hiệu khởi kiện do pháp luật quy định cho từng loại tranh chấp và thời hiệu khởi kiện chung kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm hại.

Cần chú ý đến đoạn thời hiệu khởi kiện (tạm dừng thời hiệu khởi kiện) và dứt đoạn thời hiệu khởi kiện (thời gian không tính vào thời hiệu khởi kiện).

e. Vấn đề luật áp dụng

Luật áp dụng liên quan đến thủ tục tố tụng trọng tài.

Luật nội dung được áp dụng để giải quyết các vấn đề pháp lý về quyền và nghĩa vụ các bên đang tranh chấp.

f. Vấn đề thi hành quyết định trọng tài

Sau thời hạn 30 ngày kể từ ngày hết thời hạn thi hành quyết định trọng tài nếu một bên không tự nguyện thi hành, cũng không yêu cầu hủy quyết định trọng tài thì bên được thi hành quyết định trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành quyết định trọng tài.

Do quyết định của trọng tài có giá trị chung thẩm nên nó ràng buộc các bên và bên thua kiện phải có nghĩa vụ thi hành phán quyết.

Đối với các phán quyết trọng tài có yếu tố nước ngoài, nếu bên thua kiện không tự nguyện thi hành, bên thắng kiện phải thông qua tòa án của nước bên thua kiện để đảm bảo cho phán quyết của trọng tài được thi hành. Bên thắng kiện phải làm đơn yêu cầu thi hành phán quyết của trọng tài kèm theo phán quyết đó gửi tới tòa án của nước bên thua kiện để nhờ tòa án can thiệp cho phán quyết được thi hành. Tòa án nước bên thua kiện sẽ xem xét đơn yêu cầu đó và có thể ra mệnh lệnh thi hành phán quyết của trọng tài gửi cho bên thua kiện để bên này thi hành. Nếu bên thua kiện vẫn không thi hành phán quyết

thì sẽ áp dụng thủ tục cưỡng chế thi hành. Khi xem xét để ra mệnh lệnh thi hành phán quyết trọng tài, tòa án dựa vào điều ước quốc tế có liên quan giữa hai nước, hoặc dựa vào luật của nước mình khi chưa có điều ước quốc tế có liên quan.

10.1.2. Một số điểm cần lưu ý khi giải quyết tranh chấp trong ngoại thương bằng Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam.

a. Tham gia tố tụng trọng tài

Các bên có thể tham gia trực tiếp hoặc ủy quyền cho đại diện tham gia tố tụng trọng tài. Trong trường hợp có sự ủy quyền thì việc quý quyền phải được lập bằng văn bản, nêu rõ nội dung, phạm vi, thời hạn ủy quyền và thông báo cho VIAC biết.

Trong vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài, bị đơn có thể chọn một trọng tài viên có tên trong hoặc ngoài Danh sách Trọng tài viên hoặc yêu cầu Chủ tịch VIAC chỉ định một trọng tài viên cho mình. Nếu chọn Trọng tài viên ngoài Danh sách Trọng tài viên, bị đơn phải thông báo cho VIAC họ tên và địa chỉ liên lạc của Trọng tài viên mà bị đơn chọn. Trường hợp bị đơn yêu cầu Chủ tịch VIAC chỉ định Trọng tài viên, Chủ tịch VIAC sẽ chỉ định một Trọng tài viên có tên trong Danh sách Trọng tài viên.

b. Căn cứ pháp lý để giải quyết nội dung vụ tranh chấp

Đối với vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài, Hội đồng Trọng tài giải quyết nội dung vụ tranh chấp căn cứ vào các điều khoản của hợp đồng, vào luật áp dụng do các bên lựa chọn, vào các điều ước quốc tế có liên quan và có tính đến các tập quán thương mại quốc tế. Trong trường hợp các bên không chọn hoặc không thống nhất được việc chọn luật áp dụng thì Hội đồng Trọng tài quyết định chọn luật áp dụng mà Hội đồng Trọng tài cho là phù hợp (điều 19, khoản 2 Quy tắc tố tụng của VIAC).

c. Các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong quá trình giải quyết tranh chấp, nếu thấy quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại hoặc có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại, các bên có quyền gửi

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

đơn đến tòa án có thẩm quyền yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quy định của pháp luật (điều 26 Quy tắc tố tụng của VIAC).

Tòa án có thẩm quyền trong trường hợp này là Tòa án cấp tỉnh, nơi Hội đồng trọng tài thụ lý vụ tranh chấp.

Các biện pháp khẩn cấp tạm thời gồm:

- Bảo toàn chứng cứ trong trường hợp chứng cứ đang bị tiêu hủy hoặc có nguy cơ bị tiêu hủy;
- Kê biên tài sản tranh chấp;
- Cấm chuyển dịch tài sản tranh chấp;
- Cấm thay đổi hiện trạng tài sản tranh chấp;
- Kê biên và niêm phong tài sản ở nơi gửi;
- Phong tỏa tài sản tại ngân hàng.

d. Hiệu lực của Quyết định Trọng tài

Quyết định Trọng tài có giá trị chung thẩm, có hiệu lực kể từ ngày công bố. Các bên phải thi hành Quyết định Trọng tài theo quy định của pháp luật.

Sau thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết hạn thời hạn thi hành Quyết định Trọng tài, nếu một bên không tự nguyện thi hành, cũng không yêu cầu hủy Quyết định thì bên được thi hành Quyết định Trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành Quyết định Trọng tài.

Trình tự, thủ tục và thời hạn thi hành Quyết định Trọng tài được áp dụng theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự (điều 57 Pháp lệnh Trọng tài Thương mại năm 2003).

10.2. Giải quyết Tranh chấp hợp đồng trong hoạt động kinh doanh bằng Tòa án ở Việt Nam

10.2.1. Khái quát về tranh chấp hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng

a. Tranh chấp hợp đồng

Hợp đồng được giao kết hợp pháp trở thành "luật" đối với các bên giao kết. Các bên phải nghiêm túc thực hiện các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng. Nhưng trong quá trình thực hiện hợp đồng luôn tiềm ẩn nguy cơ vi phạm. Đó có thể là hành vi không thực hiện hợp đồng hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ hợp đồng. Hệ quả của những vi phạm này là quyền và lợi ích hợp pháp của một bên có thể bị xâm hại và vì thế mà dẫn đến tranh chấp giữa các bên.

Tranh chấp hợp đồng là sự mâu thuẫn, bất đồng ý kiến giữa các bên tham gia quan hệ hợp đồng liên quan đến việc thực hiện (hoặc không thực hiện) các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng. Cần phân biệt vi phạm hợp đồng và tranh chấp hợp đồng. Vi phạm hợp đồng là hành vi đơn phương của một bên đã xử sự trái với cam kết trong hợp đồng còn tranh chấp hợp đồng là ý kiến không thống nhất của các bên về việc đánh giá hành vi vi phạm hoặc cách thức giải quyết hậu quả phát sinh từ sự vi phạm đó. Tranh chấp hợp đồng có các yếu tố sau đây: (a) Có một quan hệ hợp đồng tồn tại giữa các bên tranh chấp; (b) Có sự vi phạm (hoặc giả thiết là vi phạm) nghĩa vụ của một bên làm ảnh hưởng tới lợi ích của bên kia; (c) Có sự bất đồng ý kiến của các bên về sự vi phạm hoặc xử lý hậu quả phát sinh từ sự vi phạm. Như vậy, tranh chấp hợp đồng bắt nguồn từ sự vi phạm nhưng không phải vi phạm nào cũng dẫn đến tranh chấp.

Tranh chấp hợp đồng có các đặc điểm:

- (i) Phát sinh trực tiếp từ quan hệ hợp đồng bởi vậy luôn thuộc quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp;
- (ii) Mang yếu tố tài sản và gắn liền với lợi ích của các bên tranh chấp;
- (iii) Nguyên tắc giải quyết các tranh chấp hợp đồng là bình đẳng, thoả thuận.

b. Giải quyết tranh chấp hợp đồng

Tranh chấp hợp đồng đòi hỏi phải được giải quyết thoả đáng bằng một phương thức nào đó nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên; bảo đảm trật tự pháp luật và kỷ cương xã hội; giáo dục ý thức tôn trọng pháp luật của công dân, góp phần ngăn ngừa sự vi phạm hợp đồng. Xuất phát từ ý nghĩa như vậy

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

mà việc giải quyết các tranh chấp hợp đồng phải đáp ứng được các yêu cầu sau:

- Nhanh chóng, chính xác, đúng pháp luật;
- Quyết định giải quyết phải có giá trị thi hành cao;
- Quá trình giải quyết phải đảm bảo tính dân chủ và quyền tự định đoạt của các bên;
- Chi phí giải quyết thấp.

Tranh chấp hợp đồng có thể được giải quyết bằng các phương thức khác nhau: Hoà giải, Trọng tài, Toà án. Khi tranh chấp phát sinh, các bên có thể lựa chọn một phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng phù hợp hoặc sử dụng phối hợp nhiều phương pháp. Các yếu tố chi phối đến việc các bên lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp có thể kể đến:

- Những lợi thế mà phương thức đó có thể mang lại cho các bên;
- Mức độ phù hợp của phương thức đó với nội dung và tính chất của tranh chấp, với thiện chí của các bên;
- Thái độ của Nhà nước đối với quyền lựa chọn phương thức giải quyết của các bên (ví dụ, đối với tranh chấp hợp đồng giữa các công dân với nhau không được giải quyết tại Trọng tài).

Trong điều kiện thực tế ở Việt Nam thì phần lớn các tranh chấp hợp đồng, nếu các bên không thương lượng, hoà giải với nhau thì được giải quyết bằng Toà án.

10.2.2. Toà án - một hình thức giải quyết tranh chấp hợp đồng quan trọng ở Việt Nam hiện nay

Bên cạnh hình thức trọng tài, các tranh chấp hợp đồng còn có thể được giải quyết bằng Toà án. Trong cơ chế kinh tế kế hoạch hoá tập trung, các tranh chấp hợp đồng dân sự được giải quyết bằng Toà án còn tranh chấp hợp đồng kinh tế được giải quyết tại cơ quan Trọng tài kinh tế các cấp do Nhà nước thành lập. Nhưng từ ngày 01/7/1994 hệ thống Trọng tài kinh tế đã chấm dứt hoạt động. Chức năng giải quyết tranh chấp kinh tế, trong đó có tranh chấp hợp đồng kinh tế được chuyển sang cho Toà án.

Để đáp ứng các yêu cầu riêng của việc giải quyết tranh chấp kinh tế, Tòa kinh tế, với tính chất là một toà chuyên trách đã được thành lập. Về mặt tổ chức, Tòa kinh tế được thành lập tại Tòa án nhân dân tối cao và Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh không có phân toà kinh tế mà chỉ có các Thẩm phán chuyên trách, có khả năng giải quyết các tranh chấp hợp đồng kinh tế. Từ ngày 1/7/1994 Tòa án kinh tế chính thức đi vào hoạt động.

Như vậy, khi tranh chấp hợp đồng phát sinh, nếu các bên không tự thương lượng, hoà giải được với nhau thì có thể được giải quyết tại Tòa án. Trước ngày 01/01/2005, phụ thuộc vào tính chất của hợp đồng là kinh tế hay dân sự mà các tranh chấp phát sinh có thể được Tòa án giải quyết theo thủ tục tố tụng kinh tế hay thủ tục tố tụng dân sự. Cơ sở pháp lý cho hoạt động xét xử tranh chấp hợp đồng của Tòa án là Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự ngày 29-11-1989 và Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế ngày 16-3-1994.

Từ ngày 01/01/2005, Bộ luật tố tụng dân sự (BLTTDS) bắt đầu có hiệu lực pháp luật đã thống nhất thủ tục giải quyết tranh chấp hợp đồng, kể cả các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng được các doanh nghiệp ký kết để phục vụ mục đích kinh doanh thu lợi nhuận.

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

10.2.3. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp hợp đồng của Tòa án

a. Thẩm quyền theo vụ việc

Thẩm quyền theo vụ việc là phạm vi các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

trong hoạt động kinh doanh được pháp luật xác định thuộc quyền hạn giải quyết của hệ thống Tòa án nhân dân. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp hợp đồng được quy định tại Điều 25 và Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự (BLTTDS).

Các tranh chấp hợp đồng được BLTTDS phân biệt thành tranh chấp dân sự (Điều 25) và tranh chấp về kinh doanh, thương mại (Khoản 1 Điều 29). Để phân biệt tranh chấp hợp đồng nào là tranh chấp dân sự, tranh chấp nào là tranh chấp thương mại, người ta thường sử dụng phương pháp loại trừ: Một tranh chấp hợp đồng, nếu không được coi là tranh chấp về kinh doanh - thương mại thì sẽ được coi là tranh chấp về dân sự.

Theo khoản 1 Điều 29 BLTTDS thì các tranh chấp trong hoạt động kinh doanh, thương mại phải đồng thời thoả mãn 3 điều kiện sau:

- Là các tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại, bao gồm 14 lĩnh vực được liệt kê tại khoản 1 Điều 29 BLTTDS như: mua bán hàng hoá; cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý; ký gửi; thuê, cho thuê, thuê mua; xây dựng; tư vấn kỹ thuật; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thuỷ nội địa; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác.
- Các bên tranh chấp phải có đăng ký kinh doanh. Đây là các tổ chức, cá nhân đã được các cơ quan đăng ký kinh doanh cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, bao gồm: cá nhân, hộ gia đình, tổ hợp tác, công ty nhà nước, hợp tác xã, công ty TNHH, công ty cổ phần, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân, doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài.
- Các bên đều có mục đích lợi nhuận khi tham gia quan hệ làm phát sinh tranh chấp. Mục đích lợi nhuận có thể là trực tiếp (ví dụ, công ty TNHH kinh doanh thương mại mua hàng về để bán lại hàng kiếm lời) hoặc gián tiếp (ví dụ, công ty TNHH kinh doanh thương mại ký hợp đồng mua một

chiếc máy tính, không phải để bán lại mà chỉ để lưu giữ thông tin cần thiết phục vụ cho hoạt động kinh doanh thương mại của mình).

b. Thẩm quyền của Tòa án các cấp

Các tranh chấp về hợp đồng trong hoạt động kinh doanh có thể được xét xử sơ thẩm ở Tòa án cấp huyện hoặc Tòa án cấp tỉnh. Bởi vậy, cần xác định chính xác tranh chấp thuộc thẩm quyền xét xử sơ thẩm của Tòa án cấp nào? Loại thẩm quyền này được BLTTDS gọi là thẩm quyền của Tòa án các cấp và được quy định tại điểm (b) khoản 1 Điều 29 BLTTDS.

Thẩm quyền xét xử sơ thẩm tranh chấp về kinh doanh, thương mại giữa Tòa án cấp huyện và Tòa án cấp tỉnh được phân định theo các tiêu chí về tính chất tranh chấp (loại tranh chấp nào, đơn giản hay phức tạp); yếu tố nước ngoài trong tranh chấp và sự cần thiết phải uỷ thác tư pháp cho cơ quan lãnh sự quán của Việt Nam hoặc cho Tòa án nước ngoài.

Thẩm quyền của Tòa án cấp huyện:

Theo Điều 33 BLTTDS thì Tòa án cấp huyện có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về kinh doanh, thương mại khi đáp ứng các điều kiện sau:

- Là các tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh thương mại giữa các cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận trong các lĩnh vực: mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, phân phối, đại diện, đại lý, ký gửi, thuê, thuê mua, xây dựng, tư vấn kỹ thuật, vận chuyển bằng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa.
- Không có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài. Nghị quyết số 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/3/2005 của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định trong Phần thứ nhất “Những quy định chung” của BLTTDS năm 2004 giải thích đương sự ở nước ngoài bao gồm: (i) đương sự là cá nhân không phân biệt là người nước ngoài hay người Việt Nam mà không có mặt tại Việt Nam vào thời điểm Tòa án thụ lý vụ việc; (ii) đương sự là người Việt Nam định cư, làm ăn, học tập, công tác ở nước ngoài hoặc người nước ngoài không ở Việt Nam; (iii) đương sự là cơ quan, tổ chức không phân biệt là cơ quan, tổ chức nước ngoài

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

hay cơ quan, tổ chức Việt Nam mà không có trụ sở, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam vào thời điểm Tòa án thụ lý vụ việc.

- Không liên quan đến tài sản ở nước ngoài. Tài sản ở nước ngoài là những tài sản ở ngoài biên giới lãnh thổ của Việt Nam tại thời điểm Tòa án thụ lý vụ việc.
- Không có nhu cầu uỷ thác tư pháp cho cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài, cho Tòa án nước ngoài.

Cần lưu ý rằng giá trị tranh chấp không phải là căn cứ để phân định thẩm quyền xét xử sơ thẩm của Tòa án cấp huyện và Tòa án cấp tỉnh như trước đây.

Cần lưu ý rằng vào thời điểm hiện nay, không phải Tòa án cấp huyện nào cũng được giải quyết tất cả các tranh chấp về kinh doanh, thương mại theo thẩm quyền. Để xác định Tòa án cấp huyện nào đã được phân cấp giải quyết các tranh chấp về kinh doanh, thương mại theo đúng thẩm quyền quy định tại BLTTDS, cần tham khảo Nghị quyết số 742/2004/NQ-UBTVQH11 ngày 24/12/2004 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về việc giao thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự quy định tại Điều 33 của BLTTDS cho các Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh.

Thẩm quyền của Tòa án cấp tỉnh:

Theo Điều 34 BLTTDS thì Tòa án cấp tỉnh có thẩm quyền giải quyết sơ thẩm tất cả các tranh chấp về kinh doanh, thương mại, trừ những tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân cấp huyện. Ngoài ra, Tòa án nhân dân cấp tỉnh có thể lấy các vụ việc thuộc thẩm quyền của Tòa án cấp huyện lên để giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án cấp huyện trong những trường hợp cần thiết. Các trường hợp cần thiết mà Tòa án cấp tỉnh có thể lấy những vụ án kinh doanh thương mại thuộc thẩm quyền của Tòa án cấp huyện lên để giải quyết là:

- Khi vụ án có nhiều tình tiết phức tạp;
- Khi vụ án có nhiều đương sự ở trên địa bàn thuộc các huyện khác nhau và xa nhau;

- Tòa án cấp huyện chưa có thẩm phán để có thể phân công giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại hoặc có Thẩm phán nhưng Thẩm phán đó phải thay đổi mà không có người khác để thay thế.

c. Thẩm quyền theo lãnh thổ

Thẩm quyền theo lãnh thổ là việc xác định một tranh chấp về kinh doanh, thương mại cụ thể thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án địa phương cụ thể nào. Vào thời điểm hiện nay, hệ thống Tòa án nhân dân của Việt Nam được tổ chức theo địa giới hành chính, theo đó mỗi tỉnh, mỗi huyện đều có Tòa án. Bởi vậy, việc xác định thẩm quyền theo lãnh thổ có ý nghĩa quan trọng.

Thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ được quy định tại Điều 35 BLTTDS, theo đó Tòa án có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các tranh chấp về kinh doanh, thương mại được xác định như sau:

- a/ Tòa án nơi bị đơn cư trú, làm việc (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức).
- b/ Nếu các đương sự thoả thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu Tòa án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn hoặc nơi nguyên đơn đặt trụ sở thì Tòa án theo sự thoả thuận của các bên là Tòa án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Đây là quy định mới của BLTTDS so với Pháp lệnh Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh tế trước đây. Quy định này đã tháo gỡ các vướng mắc đã phát sinh tương đối phổ biến trong thực tế, đó là khi ký kết hợp đồng, các bên thoả thuận lựa chọn Tòa án nơi một trong các bên giải quyết tranh chấp nhưng khi tranh chấp xảy ra thì nguyên đơn lại khởi kiện đến Tòa án khác yêu cầu giải quyết làm cho Tòa án này rất lúng túng trong việc quyết định thụ lý hay không thụ lý vụ kiện.
- c/ Tòa án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về bất động sản. Trước đây, Pháp lệnh Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh tế quy định rất rõ ràng tại Điều 14 rằng: “... trong trường hợp vụ án chỉ liên quan đến bất động sản thì Tòa án nơi có bất động sản giải quyết”. Còn điểm c khoản 1 Điều 35 BLTTDS chỉ quy định chung chung là: “Tòa án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

bất động sản”. Quy định chưa thực sự rõ ràng này có thể dẫn tới những cách hiểu khác nhau như sau:

- Tòa án nơi có bất động sản chỉ là một trong các Tòa án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp bất động sản và người khởi kiện có thể nộp đơn kiện đến Tòa án nơi có bất động sản hoặc Tòa án nơi có trụ sở, nơi cư trú của bị đơn...
- Tranh chấp liên quan đến nhiều nội dung khác nhau, trong đó có nội dung về bất động sản thì cũng chỉ Tòa án nơi có bất động sản mới có thẩm quyền giải quyết.

Mặc dù quy định này chưa được Tòa án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn cụ thể nhưng cần hiểu là đối với các tranh chấp chỉ liên quan đến bất động sản (như tranh chấp về quyền sở hữu bất động sản, về chất lượng công trình xây dựng) thì chỉ có Tòa án nơi có bất động sản mới có thẩm quyền giải quyết.

d. Thẩm quyền theo sự lựa chọn của nguyên đơn

Để tạo thuận lợi cho nguyên đơn thực hiện quyền khởi kiện của mình, BLTTDS quy định trong một số trường hợp, nguyên đơn được quyền lựa chọn Tòa án để yêu cầu giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại. So với Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế trước đây thì các quy định của BLTTDS về căn cứ lựa chọn Tòa án giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại không có các điểm khác biệt lớn. Tuy nhiên, khi áp dụng quy định của BLTTDS về thẩm quyền theo sự lựa chọn của nguyên đơn cũng cần lưu ý một số vấn đề sau đây:

Thứ nhất, điểm (a) khoản 1 Điều 36 BLTTDS quy định: Nếu nguyên đơn không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn thì có thể yêu cầu Tòa án nơi bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở cuối cùng hoặc nơi bị đơn có tài sản giải quyết. Quyền lựa chọn Tòa án của nguyên đơn trong trường hợp này chỉ phát sinh khi nguyên đơn không biết rõ nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn. Nếu nguyên đơn biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn thì phải nộp đơn khởi kiện tại Tòa án, nơi bị đơn cư trú, làm việc hoặc có trụ sở chứ không được quyền nộp đơn đến Tòa án, nơi bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở cuối cùng hoặc nơi bị đơn có tài sản.

Thứ hai, nếu tranh chấp phát sinh từ hoạt động của chi nhánh tổ chức thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết. Trên thực tế, một doanh nghiệp có thể có nhiều chi nhánh ở các địa phương khác nhau. Nhưng nguyên đơn chỉ có thể lựa chọn Tòa án, nơi có chi nhánh nếu tranh chấp liên quan đến hoạt động của chi nhánh. Các tranh chấp về kinh doanh, thương mại có liên quan đến hoạt động của chi nhánh doanh nghiệp thường là các tranh chấp phát sinh từ những giao dịch do chi nhánh đứng ra xác lập và thực hiện trên danh nghĩa của doanh nghiệp.

Thứ ba, điểm g khoản 1 Điều 36 quy định: "*Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết*". Mặc dù BLTTDS đã sử dụng cụm từ "*hợp đồng được thực hiện*" thay cho cụm từ "*thực hiện hợp đồng*" nhưng vẫn chưa rõ ràng là nếu trong hợp đồng các bên quy định một địa điểm thực hiện hợp đồng nhưng trên thực tế hợp đồng hoàn toàn không được thực hiện và giữa các bên có tranh chấp thì Tòa án của địa phương, nơi các bên thoả thuận thực hiện hợp đồng có thẩm quyền giải quyết tranh chấp hay không? Vấn đề này cần được hướng dẫn cụ thể để áp dụng thống nhất trong thực tế.

10.2.4. Thời hiệu khởi kiện tranh chấp hợp đồng

Một điều kiện để Tòa án thụ lý vụ án là đơn kiện phải được nộp trong thời hạn khởi kiện. Thời hiệu khởi kiện là thời hạn do pháp luật quy định để các đương sự thực hiện quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho mình; khi thời hạn này kết thúc, đương sự mất quyền khởi kiện.

Thời hiệu khởi kiện được quy định tại Điều 159, 160 BLTTDS và được hướng dẫn cách tính tại Nghị quyết số 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/3/2005 của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định trong Phần thứ nhất "Những quy định chung" của BLTTDS năm 2004.

Theo Điều 159 BLTTDS thì trường hợp pháp luật có quy định khác về thời hiệu khởi kiện thì phải áp dụng quy định của pháp luật. Ví dụ, Luật thương mại quy định thời hiệu khởi kiện áp dụng cho tất cả các hành vi thương mại là hai năm kể từ thời điểm phát sinh quyền khiếu nại, do đó những tranh chấp thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án theo thủ tục tố tụng kinh tế sẽ được

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

áp dụng thời hiệu khởi kiện là 2 năm.

Nếu pháp luật không có quy định khác thì thời hiệu khởi kiện tranh chấp dân sự (trong đó có tranh chấp hợp đồng) là 2 năm, kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức bị xâm phạm.

Cách tính thời hiệu khởi kiện đã được hướng dẫn cụ thể như vậy nhưng trong thực tế xét xử, việc tính thời hiệu hết sức phức tạp, không thống nhất và dễ nhầm lẫn đòi hỏi người áp dụng pháp luật phải vận dụng linh hoạt quy định của pháp luật trong từng trường hợp cụ thể.

10.2.5. Những người tham gia tố tụng và quyền, nghĩa vụ của họ:

Những người tham gia tố tụng bao gồm:

- *Nguyên đơn*: Nguyên đơn là người được giả thiết có quyền hoặc lợi ích hợp pháp bị vi phạm hay tranh chấp và đã khởi kiện tại Tòa án.
- *Bị đơn*: Bị đơn là người tham gia tố tụng theo yêu cầu của nguyên đơn do giả thiết đã vi phạm quyền, lợi ích hợp pháp của nguyên đơn hoặc tranh chấp với nguyên đơn.
- *Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan*: Là những tổ chức, cá nhân có liên quan đến tranh chấp giữa các bên và tham gia vào vụ án dân sự, vụ án kinh tế giữa nguyên đơn và bị đơn để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình.

Nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan phải là cá nhân hoặc pháp nhân. Các đơn vị phụ thuộc của pháp nhân như Chi nhánh, Văn phòng đại diện, cửa hàng, trạm, trại, phân xưởng... không phải là đương sự trong các vụ kiện.

Khi tham gia tố tụng, đương sự có quyền và nghĩa vụ sau đây:

□ Về quyền:

- *Nguyên đơn có quyền thay đổi yêu cầu của mình. Bị đơn có quyền phản bác yêu cầu của nguyên đơn hoặc đề đạt yêu cầu có liên quan đến yêu cầu của nguyên đơn. Người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan có thể có yêu cầu độc lập hoặc tham gia tố tụng với bên đương sự khác.*

- *Đưa ra các chứng cứ, được biết về các chứng cứ mà các đương sự khác đưa ra;*
- *Yêu cầu Toà án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời.*
- *Tham gia phiên toà;*
- *Yêu cầu thay đổi Thẩm phán, Hội thẩm, kiểm sát viên, thư ký phiên toà, người giám định, người phiên dịch;*
- *Hoà giải với nhau;*
- *Tranh luận tại phiên toà;*
- *Kháng cáo bản án, quyết định của Toà án;*
- *Yêu cầu người có thẩm quyền kháng nghị bản án, quyết định theo trình tự giám đốc thẩm, tái thẩm.*

□ Về nghĩa vụ:

- *Cung cấp đầy đủ, kịp thời những chứng cứ cần thiết liên quan đến yêu cầu của mình;*
- *Phải có mặt theo giấy triệu tập của Toà án. Bị đơn đã được triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt không có lý do chính đáng, thì có thể bị Toà án phạt tiền từ năm mươi đến một trăm nghìn đồng;*
- *Đương sự là cá nhân thì tự mình hoặc có thể uỷ quyền cho người khác thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình trong quá trình giải quyết vụ án.*

Đương sự là pháp nhân thì thực hiện quyền, nghĩa vụ tố tụng thông qua người đại diện theo pháp luật hoặc theo uỷ quyền. Người được uỷ quyền không được uỷ quyền lại cho người khác tham gia tố tụng nếu không được người uỷ quyền đồng ý bằng văn bản.

Người được uỷ quyền chỉ được thực hiện những hành vi trong phạm vi uỷ quyền. Việc uỷ quyền tham gia tố tụng phải làm thành văn bản.

Đương sự có thể nhờ luật sư, bào chữa viên nhân dân hoặc người khác bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình.

10.2.6. Thủ tục giải quyết tranh chấp hợp đồng tại Tòa án

a. Khởi kiện

▣ Chuẩn bị hồ sơ khởi kiện:

Để thực hiện quyền khởi kiện của mình, đương sự phải chuẩn bị hồ sơ khởi kiện và nộp tại Tòa án có thẩm quyền. Hồ sơ gồm đơn khởi kiện và các giấy tờ nộp kèm đơn kiện.

Đơn kiện là một cơ sở pháp lý quan trọng để Tòa án xem xét và giải quyết các yêu cầu của nguyên đơn. Bởi vậy, đơn kiện phải được chuẩn bị kỹ lưỡng. Đơn kiện phải đáp ứng được các yêu cầu sau đây:

Về mặt nội dung: Đơn kiện phải có đầy đủ các nội dung theo quy định của pháp luật như thông tin về các bên đương sự, nội dung vụ kiện, yêu cầu cụ thể của nguyên đơn. Phần nội dung của đơn kiện phải trình bày đầy đủ, ngắn gọn, rõ ràng, dễ hiểu.

Về mặt hình thức: Đơn kiện phải ghi rõ ngày, tháng, năm viết đơn; Tên Tòa án yêu cầu giải quyết và người ký tên đơn kiện phải đúng thẩm quyền.

Bên cạnh đơn kiện, người khởi kiện (nguyên đơn) còn phải nộp cho Tòa án các tài liệu chứng minh cho các yêu cầu của mình. Việc nộp các giấy tờ, tài liệu có liên quan nhằm hai mục đích:

- ▣ Giúp Tòa án xem xét có cơ sở để thụ lý vụ kiện hay không;
- ▣ Tạo nguồn chứng cứ ban đầu.

Trong tố tụng dân sự, kinh tế thì nghĩa vụ chứng minh thuộc về các đương sự. Bởi vậy, để giúp Tòa án giải quyết tranh chấp nhanh chóng, chính xác, ngay từ khi nộp đơn kiện nguyên đơn đã phải xuất trình đầy đủ những giấy tờ liên quan. Những giấy tờ nộp kèm đơn kiện thường bao gồm:

- ▣ Văn bản hợp đồng;
- ▣ Các phụ lục hợp đồng (nếu có);
- ▣ Biên bản thanh lý hợp đồng;
- ▣ Hoá đơn, chứng từ, giấy biên nhận liên quan đến hàng hoá, dịch vụ

hoặc thanh toán;

- Biên bản cuộc họp của các bên để tiến hành thương lượng, hoà giải;
- Những giấy tờ, tài liệu nhằm xác định địa vị pháp lý của nguyên đơn như quyết định (hoặc giấy phép) thành lập pháp nhân, giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, điều lệ hoạt động của pháp nhân;
- Những giấy tờ nhằm xác định tư cách pháp lý của người đại diện cho nguyên đơn như quyết định bổ nhiệm (hoặc biên bản bầu) người đại diện theo pháp luật, giấy uỷ quyền, biên bản phân công công tác giữa các chức danh quản lý pháp nhân...

□ **Nộp hồ sơ khởi kiện:**

Hồ sơ khởi kiện được nộp tại Toà án có thẩm quyền giải quyết vụ án. Sau khi xem xét, nếu thấy có đủ các điều kiện thụ lý vụ án thì Toà án sẽ thông báo cho người nộp đơn kiện biết mức tạm ứng án phí phải nộp. Người nộp đơn phải nộp tiền tạm ứng án phí tại cơ quan thi hành án có thẩm quyền. Sau khi nộp tạm ứng án phí, người nộp đơn xuất trình cho Toà án biên lai nộp tạm ứng án phí; Toà án sẽ thụ lý vụ án và ghi vào sổ thụ lý. Vụ án được đưa vào quy trình giải quyết của Toà án.

b. Chuẩn bị xét xử

Trong giai đoạn tố tụng này, Toà án sẽ tiến hành các hoạt động cần thiết để xây dựng hồ sơ giải quyết vụ án. Các bên đương sự có thể được Toà án yêu cầu thực hiện các công việc sau đây:

- (i) Yêu cầu xuất trình thêm các giấy tờ, tài liệu cần thiết liên quan đến vụ việc;
- (ii) Triệu tập lên Toà án để lấy lời khai hoặc để đối chất;
- (iii) Triệu tập đến phiên hoà giải. Nếu các bên tranh chấp hoà giải với nhau thì Toà án sẽ lập biên bản hoà giải thành và ra quyết định công nhận sự thoả thuận của các bên đương sự. Trường hợp hoà giải không thành thì Toà án lập Biên bản hoà giải không thành và ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm.

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

c. Phiên tòa sơ thẩm

▣ Công tác chuẩn bị cho việc tham gia phiên tòa:

Để việc tham gia phiên tòa đạt kết quả tốt, những người làm đại diện cho đương sự tham gia tố tụng cần chuẩn bị kỹ lưỡng các nội dung sau đây:

- Xác định lại lần cuối cùng các yêu cầu cụ thể của đơn vị mình. Nếu cần thiết phải xin ý kiến lãnh đạo về những nội dung có thể phải nhượng bộ với đối phương để có thể nhanh chóng và chủ động quyết định các vấn đề phát sinh tại phiên tòa.
- Nắm vững các tình tiết liên quan đến vụ án để trình bày một cách chính xác và có lợi nhất cho đơn vị mình khi được yêu cầu tại phiên tòa.
- Chuẩn bị đầy đủ các giấy tờ, tài liệu có liên quan đến vụ án như hoá đơn, chứng từ, sổ sách kế toán... để kịp thời xuất trình cho Tòa án khi được yêu cầu.
- Chuẩn bị đầy đủ các văn bản pháp luật quy định về các vấn đề đang tranh chấp để có thể trích dẫn chính xác, nhanh chóng.
- Tìm hiểu kỹ lưỡng những chứng cứ do đối phương xuất trình. Trong trường hợp cần thiết có thể yêu cầu Tòa án cho xem những chứng cứ đó.
- Kiểm tra lại lần cuối xem có chứng cứ nào có giá trị cho việc giải quyết vụ án chưa được làm rõ; có người làm chứng nào chưa được triệu tập hay không.
- Xem xét khả năng tham gia phiên tòa. Trường hợp cần thiết có thể yêu cầu Tòa án hoãn phiên tòa.
- Chuẩn bị bản luận cứ bảo vệ cho quyền và lợi ích hợp pháp của đơn vị mình.
- ▣ **Tham gia phiên tòa: Các đương sự tham gia phiên tòa phải tuân thủ việc điều khiển của Chủ tọa phiên tòa. Phiên tòa sơ thẩm được tiến hành với các thủ tục sau:**
 - Thủ tục bắt đầu phiên tòa:

- Thủ tục hỏi tại phiên tòa;
- Thủ tục tranh luận;
- Thủ tục nghị án;
- Thủ tục tuyên án.

10.2.7. Thi hành bản án, quy định của Tòa án

Về nguyên tắc, bản án, quy định của Tòa án đã có hiệu lực thi hành thì các bên phải nghiêm túc thi hành. Nhưng trên thực tế thường xảy ra tình trạng một bên không tự nguyện thi hành. Trong những trường hợp đó, bên được thi hành án có thể yêu cầu cơ quan thi hành dân sự áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành.

Người được thi hành án có thể yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự cấp tỉnh (đối với việc thi hành quyết định, bản án có hiệu lực pháp luật do Tòa án cấp tỉnh tuyên hoặc thi hành quyết định của trọng tài thương mại) hoặc cấp huyện (đối với việc thi hành quyết định, bản án có hiệu lực pháp luật do Tòa án cấp huyện tuyên).

Người được thi hành án có thể yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự, nơi người phải thi hành án cư trú (nếu người phải thi hành án là cá nhân) hay có trụ sở hoặc nơi có tài sản thi hành án. Điều kiện và thủ tục thi hành án được quy định cụ thể tại Pháp lệnh thi hành án dân sự.

11. GIẢI THỂ VÀ PHÁ SẢN

11.1. Giải thể

a. Giải thể công ty nhà nước⁷⁹

Công ty nhà nước bị xem xét giải thể trong các trường hợp sau đây:

- Hết thời hạn hoạt động ghi trong quyết định thành lập mà công ty không xin gia hạn;
- Công ty kinh doanh thua lỗ 03 năm liên tiếp và có số lỗ lũy kế bằng 3/4 vốn nhà nước tại công ty trở lên, nhưng chưa lâm vào tình trạng phá sản;

⁷⁹ Điều 77, 78 Luật Doanh nghiệp Nhà nước 2003; Nghị định số 180/2004/NĐ-CP ngày 28/10/2004 về thành lập, tổ chức lại và giải thể công ty nhà nước

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- Công ty nhà nước không thực hiện được các nhiệm vụ do Nhà nước giao trong thời gian 02 năm liên tiếp sau khi đã áp dụng các biện pháp cần thiết;
- Việc tiếp tục duy trì công ty là không cần thiết.

Trình tự và thủ tục thực hiện quyết định giải thể công ty như sau:

- Công ty nhà nước hoặc Cơ quan quyết định thành lập hoặc các cơ quan chức năng khi thực hiện nhiệm vụ theo thẩm quyền, phát hiện công ty nhà nước rơi vào tình trạng phải giải thể đề nghị giải thể công ty nhà nước.
- Người quyết định thành lập công ty nhà nước có quyền quyết định giải thể công ty nhà nước. Bộ trưởng, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định giải thể công ty nhà nước và công ty thành viên hạch toán độc lập thuộc tổng công ty nhà nước do Thủ tướng Chính phủ quyết định thành lập, sau khi có ý kiến chấp thuận bằng văn bản của Thủ tướng Chính phủ.

Trong thời hạn 07 ngày làm việc, kể từ ngày ra quyết định giải thể công ty nhà nước, quyết định này phải được thông báo cho người lao động trong công ty và được gửi đến: Người đề nghị giải thể công ty nhà nước; Công ty nhà nước bị giải thể; Cơ quan tài chính doanh nghiệp; Cơ quan kế hoạch và đầu tư; Cơ quan thuế trực tiếp quản lý việc thu thuế công ty; Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Cục Thống kê, Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi công ty nhà nước bị giải thể đặt trụ sở chính và phòng đăng ký kinh doanh nơi đặt trụ sở chi nhánh, văn phòng đại diện của công ty.

- Người quyết định giải thể công ty nhà nước phải thành lập Hội đồng giải thể công ty nhà nước. Hội đồng giải thể có chức năng tham mưu cho người quyết định giải thể về việc quyết định giải thể công ty và tổ chức thực hiện giải thể công ty.

Hội đồng giải thể gồm đại diện các cơ quan sau:

- Cơ quan quyết định giải thể (là Chủ tịch Hội đồng giải thể);
- Bộ Tài chính đối với công ty nhà nước do Bộ trưởng quyết định giải thể, Sở Tài chính - Vật giá đối với công ty nhà nước do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định giải thể;

- Sở Kế hoạch và Đầu tư, Sở Lao động - Thương binh và Xã hội đối với công ty nhà nước do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định giải thể;
- Công đoàn công ty nhà nước bị giải thể;
- Công ty nhà nước bị giải thể.

Tùy từng trường hợp cụ thể, có thể mời thêm cán bộ, chuyên gia của cơ quan, tổ chức khác tham gia Hội đồng giải thể.

Hội đồng giải thể có nhiệm vụ thẩm định đề nghị giải thể công ty nhà nước trình người có thẩm quyền quyết định giải thể; Lập phương án giải thể công ty nhà nước trình người có thẩm quyền phê duyệt; Tổ chức giải thể công ty nhà nước theo phương án được duyệt.

- Thời gian giải thể công ty nhà nước không quá 06 tháng, kể từ ngày quyết định giải thể công ty có hiệu lực. Trường hợp đặc biệt được người quyết định giải thể công ty đồng ý bằng văn bản, thời gian giải thể công ty có thể kéo dài thêm không quá 02 tháng.

Khi có quyết định giải thể, công ty nhà nước bị giải thể phải đăng báo hàng ngày của Trung ương và địa phương trong 03 số liên tiếp về việc giải thể công ty nhà nước. Công ty nhà nước bị giải thể có trách nhiệm:

- Chấm dứt các hoạt động: kinh doanh, thanh toán các khoản nợ phải trả, cho thuê, cho mượn tài sản, giữ hộ tài sản;
- Khóa sổ kế toán; kiểm kê tài sản; đối chiếu công nợ phải thu, phải trả; lập báo cáo tài chính đến thời điểm quyết định giải thể có hiệu lực;
- Lập danh sách chủ nợ và số nợ phải trả (chia ra nợ có bảo đảm, nợ có bảo đảm một phần, nợ không có bảo đảm); danh sách khách nợ và số nợ phải thu (chia ra nợ có khả năng thu hồi và nợ không có khả năng thu hồi);
- Trong vòng 30 ngày làm việc, kể từ khi quyết định giải thể có hiệu lực, công ty phải bàn giao cho Hội đồng giải thể: Báo cáo tài chính, sổ sách kế toán và các tài liệu liên quan đến giải thể của công ty;

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

danh sách các chủ nợ, khách nợ của công ty; Toàn bộ tài sản thuộc quyền sở hữu, quản lý, sử dụng hợp pháp của công ty (kể cả tài sản chưa thu hồi được), tài sản nhận giữ hộ, đi mượn, đi thuê.

- Trong thời hạn 07 ngày làm việc, sau khi kết thúc việc giải thể, Hội đồng giải thể phải lập báo cáo tài chính về giải thể công ty nhà nước trình người quyết định giải thể công ty; nộp lại con dấu của công ty nhà nước bị giải thể cho cơ quan Công an và Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của công ty nhà nước bị giải thể cho Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi công ty đã đăng ký kinh doanh; đăng báo hàng ngày của Trung ương hoặc địa phương trong 03 số liên tiếp về việc kết thúc giải thể công ty nhà nước.

b. Giải thể các doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 2005⁸⁰

Điều kiện giải thể

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

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

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

Trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp

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

⁸⁰ Điều 157, 158, 159 Luật Doanh nghiệp 2005

- Doanh nghiệp tổ chức thông qua quyết định giải thể doanh nghiệp. Quyết định giải thể doanh nghiệp phải có các nội dung chủ yếu sau đây:
 - Tên, địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp;
 - Lý do giải thể;
 - Thời hạn, thủ tục thanh lý hợp đồng và thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp; thời hạn thanh toán nợ, thanh lý hợp đồng không được vượt quá sáu tháng, kể từ ngày thông qua quyết định giải thể;
 - Phương án xử lý các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng lao động;
 - Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.
- Trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp phải giải thể trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau thời hạn sáu tháng quy định tại khoản này mà cơ quan đăng ký kinh doanh không nhận được hồ sơ giải thể doanh nghiệp thì doanh nghiệp đó coi như đã được giải thể và cơ quan đăng ký kinh doanh xóa tên doanh nghiệp trong sổ đăng ký kinh doanh. Trong trường hợp này, người đại diện theo pháp luật, các thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, các thành viên Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần, các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác chưa thanh toán.
- Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thông qua, quyết định giải thể phải được gửi đến cơ quan đăng ký kinh doanh, tất cả các chủ nợ, người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan, người lao động trong doanh nghiệp và phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính và chi nhánh của doanh nghiệp.

Đối với trường hợp mà pháp luật yêu cầu phải đăng báo thì quyết định giải thể doanh nghiệp phải được đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp.

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

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

- Kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp, nghiêm cấm doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp thực hiện các hoạt động sau đây:
 - Cất giấu, tẩu tán tài sản;
 - Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
 - Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp;
 - Ký kết hợp đồng mới không phải là hợp đồng nhằm thực hiện giải thể doanh nghiệp;
 - Cầm cố, thế chấp, tặng cho, cho thuê tài sản;
 - Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực;
 - Huy động vốn dưới mọi hình thức khác.
- Chủ doanh nghiệp tư nhân, Hội đồng thành viên hoặc chủ sở hữu công ty, Hội đồng quản trị trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp, trường hợp Điều lệ công ty quy định thành lập tổ chức thanh lý riêng.
- Các khoản nợ của doanh nghiệp được thanh toán theo thứ tự sau đây:
 - Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác của người lao động theo thỏa ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;
 - Nợ thuế và các khoản nợ khác.

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

- Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

phải gửi hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan đăng ký kinh doanh xoá tên doanh nghiệp trong sổ đăng ký kinh doanh.

c. Giải thể hợp tác xã ⁸¹

Giải thể tự nguyện.

Trong trường hợp giải thể tự nguyện theo nghị quyết của Đại hội xã viên, hợp tác xã phải gửi đơn xin giải thể và 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 tiến hành xử lý vốn và tài sản của hợp tác xã. Sau khi thanh toán hết các khoản nợ và các chi phí cho việc giải thể hợp tác xã, vốn, tài sản của hợp tác xã được xử lý như sau:

- Đối với vốn và tài sản chung do Nhà nước trợ cấp, hợp tác xã không chia cho các xã viên mà chuyển giao cho chính quyền địa phương quản lý.
- Đối với vốn và tài sản chung của hợp tác xã được hình thành từ các nguồn vốn và công sức của xã viên, quà biếu, tặng của các tổ chức, cá nhân trong nước và ngoài nước thì do Đại hội xã viên quyết định.
- Vốn góp của xã viên bằng giá trị quyền sử dụng đất và đất do Nhà nước giao cho hợp tác xã sử dụng được xử lý theo quy định của pháp luật về đất đai.

⁸¹ Điều 36, 42 Luật Hợp tác xã 2003

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- 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

Giải thể bắt buộc:

- 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 trường hợp 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 liền;
 - Trong thời hạn mười tám tháng liền, 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 không đồng ý với quyết định của Ủy 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 Tòa án theo quy định của pháp luật.

- 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, 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;

11.2. Phá sản

a. Đối tượng áp dụng thủ tục phá sản⁸²

- Là doanh nghiệp (công ty nhà nước, công ty cổ phần, công ty TNHH một thành viên, công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân) và hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật.
- Doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu (bị coi là lâm vào tình trạng phá sản).

b. Đối tượng yêu cầu mở thủ tục phá sản⁸³

Chủ nợ.

Khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì các chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần đều có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

- Chủ nợ có bảo đảm là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba.
- Chủ nợ có bảo đảm một phần là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba mà giá trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó.

Người lao động

Trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được lương, các khoản nợ khác cho người lao động và nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì người lao động cử người đại diện hoặc thông qua đại diện công đoàn nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Đại diện cho người lao động được cử hợp pháp sau khi được quá nửa số người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã tán thành bằng cách bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ ký; đối với doanh nghiệp, hợp tác xã quy mô lớn, có nhiều đơn vị

⁸² Điều 2, 3 Luật Phá sản 2004

⁸³ Điều 13, 14, 15, 16, 17, 18 Luật Phá sản 2004

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

trực thuộc thì đại diện cho người lao động được cử hợp pháp phải được quá nửa số người được cử làm đại diện từ các đơn vị trực thuộc tán thành. Sau khi nộp đơn, đại diện cho người lao động hoặc đại diện công đoàn được coi là chủ nợ.

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

Khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Doanh nghiệp, hợp tác xã phải nộp kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản các giấy tờ, tài liệu sau đây:

- Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận;
- Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện, nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn;
- Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã và địa điểm nơi có tài sản nhìn thấy được;
- Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của các chủ nợ; ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;
- Danh sách những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của họ; ngân hàng mà họ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;
- Danh sách ghi rõ tên, địa chỉ của các thành viên, nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ty có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp;

- Những tài liệu khác mà Tòa án yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải cung cấp theo quy định của pháp luật.

Trong thời hạn ba tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước

Khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản mà doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì đại diện chủ sở hữu của doanh nghiệp có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp đó.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ, tài liệu gửi kèm theo đơn yêu cầu được thực hiện như đối với trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Các cổ đông công ty cổ phần

Khi nhận thấy công ty cổ phần lâm vào tình trạng phá sản thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của điều lệ công ty; nếu điều lệ công ty không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội cổ đông. Trường hợp điều lệ công ty không quy định mà không tiến hành được đại hội cổ đông thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất 6 tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty cổ phần đó.

Kèm theo Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có:

- Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận;

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

- Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện, nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn;
- Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã và địa điểm nơi có tài sản nhìn thấy được;
- Những tài liệu khác mà Tòa án yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải cung cấp theo quy định của pháp luật.

Thành viên hợp danh của công ty hợp danh

Khi nhận thấy công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản thì thành viên hợp danh có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty hợp danh đó.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ, tài liệu gửi kèm theo đơn yêu cầu được thực hiện như đối với trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

c. Cơ quan tiến hành thủ tục phá sản

Toà án nhân dân ⁸⁴

Cơ quan có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản là Tòa án nhân dân, cụ thể:

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

Trong trường hợp cần thiết Tòa án nhân dân cấp tỉnh lấy lên để tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện.

- Tòa án nhân dân cấp tỉnh nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp có vốn

⁸⁴ Điều 7, 8 Luật Phá sản 2004

đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đó.

Việc tiến hành thủ tục phá sản tại Toà án nhân dân cấp huyện do một Thẩm phán phụ trách, tại Toà án nhân dân cấp tỉnh do một Thẩm phán hoặc Tổ Thẩm phán gồm có ba Thẩm phán phụ trách. Trong trường hợp Tổ Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản thì một Thẩm phán được giao làm Tổ trưởng.

- Thẩm phán hoặc Tổ Thẩm phán (sau đây gọi chung là Thẩm phán) có nhiệm vụ, quyền hạn giám sát, tiến hành thủ tục phá sản. Trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản nếu phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì Thẩm phán cung cấp tài liệu (bản sao) cho Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp để xem xét việc khởi tố về hình sự và vẫn tiến hành thủ tục phá sản theo quy định của Luật này.
- Thẩm phán chịu trách nhiệm trước Chánh án và trước pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình.

*Tổ quản lý, thanh lý tài sản*⁸⁵

Tổ quản lý, thanh lý tài sản do Thẩm phán quyết định thành lập để làm nhiệm vụ quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Thành phần Tổ quản lý, thanh lý tài sản gồm có:

- Một chấp hành viên của cơ quan thi hành án cùng cấp làm Tổ trưởng;
- Một cán bộ của Toà án;
- Một đại diện chủ nợ;
- Đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản;
- Trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động, đại diện các cơ quan chuyên môn tham gia Tổ quản lý, thanh lý tài sản thì Thẩm phán xem xét, quyết định.

⁸⁵ Điều 10 Luật Phá sản 2004

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

Tổ quản lý, thanh lý tài sản có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

- Lập bảng kê toàn bộ tài sản hiện có của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Giám sát, kiểm tra việc sử dụng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Đề nghị Thẩm phán quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp cần thiết;
- Lập danh sách các chủ nợ và số nợ phải trả cho từng chủ nợ; những người mắc nợ và số nợ phải đòi của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Thu hồi và quản lý tài sản, tài liệu, sổ kế toán và con dấu của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý;
- Thực hiện phương án phân chia tài sản theo quyết định của Thẩm phán;
- Phát hiện và đề nghị Thẩm phán ra quyết định thu hồi lại tài sản, giá trị tài sản hay phần chênh lệch giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý đã bán hoặc chuyển giao bất hợp pháp;
- Thi hành quyết định của Thẩm phán về việc bán đấu giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý theo đúng quy định của pháp luật về bán đấu giá;
- Gửi các khoản tiền thu được từ những người mắc nợ và từ việc bán đấu giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã vào tài khoản mở tại ngân hàng;
- Thi hành các quyết định khác của Thẩm phán trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản.

d. Quyết định mở thủ tục phá sản

*Thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*⁸⁶

- Sau khi nhận được đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Tòa án có quyền yêu cầu người nộp đơn sửa đổi, bổ sung tài liệu; người nộp đơn có trách nhiệm thực hiện việc sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của Tòa án. Ngày Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được tính là ngày người nộp đơn xuất trình biên lai nộp tiền

⁸⁶ Điều 22, 23 Luật Phá sản 2004

tạm ứng phí phá sản hoặc là ngày Toà án nhận được đơn trong trường hợp người nộp đơn không phải nộp tiền tạm ứng phí phá sản.

- Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà người nộp đơn không phải là chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì Toà án có trách nhiệm thông báo việc thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã đó biết trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày thụ lý. Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của Toà án về việc thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp, hợp tác xã có trách nhiệm xuất trình cho Toà án các giấy tờ, tài liệu sau:

- Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn;
- Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Danh sách những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Danh sách thành viên liên đới chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp (nếu có);
- Các tài liệu khác mà Toà án yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã cung cấp theo quy định của pháp luật.

Trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là người bảo lãnh cho người khác thì trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của Toà án, doanh nghiệp, hợp tác xã có trách nhiệm thông báo việc mình bị yêu cầu mở thủ tục phá sản cho những người có liên quan biết.

*Trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*⁸⁷

Toà án ra quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong những

⁸⁷ Điều 24, 25 Luật Phá sản 2004

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

trường hợp sau:

- Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản trong thời hạn do Toà án ấn định, trừ các trường hợp không phải nộp tạm ứng phí phá sản. Người nộp đơn là người lao động không phải nộp tạm ứng phí phá sản. Người nộp đơn thuộc diện phải nộp tạm ứng phí phá sản nhưng không có tiền để nộp nhưng có các tài sản khác thì phí phá sản sẽ do ngân sách nhà nước tạm ứng và được hoàn trả từ tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Người nộp đơn không có quyền nộp đơn, tức là người nộp đơn không thuộc một trong số các đối tượng sau đây: chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần; đại diện công đoàn hoặc đại diện của người lao động; chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã; đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước; cổ đông hoặc nhóm cổ đông của công ty cổ phần; thành viên hợp danh của công ty hợp danh.
- Đã có Toà án khác mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là có chủ ý xấu nhằm bôi nhọ danh dự, uy tín của người quản lý, điều hành doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc gây ảnh hưởng xấu đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản;
- Doanh nghiệp, hợp tác xã đã chứng minh được rằng, mình không lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

Người đã nộp đơn có quyền khiếu nại với Chánh án Toà án về quyết định đó. Việc khiếu nại phải được thực hiện trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định của Toà án. Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khiếu nại, Chánh án Toà án có trách nhiệm trả lời cho người khiếu nại về việc giải quyết khiếu nại. Khi giải quyết khiếu nại mà xét thấy quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của Toà án là có căn cứ thì Chánh án ra quyết

định giữ nguyên quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Ngược lại, nếu xét thấy việc ra quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là không có căn cứ thì Chánh án ra quyết định huỷ quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và thụ lý đơn theo quy định chung.

Quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản⁸⁸.

- Toà án có trách nhiệm xem xét và ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản trong thời hạn ba mươi (30) ngày, kể từ ngày thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản khi có các căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Ngược lại, nếu xét thấy doanh nghiệp, hợp tác xã chưa lâm vào tình trạng phá sản thì Toà án sẽ ra quyết định không mở thủ tục phá sản và gửi cho người nộp đơn.

Trong trường hợp xét thấy cần thiết, Toà án có thể triệu tập phiên họp với sự tham gia của người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản, cá nhân, tổ chức có liên quan để xem xét, kiểm tra, đánh giá các căn cứ nhằm chứng minh cho việc doanh nghiệp, hợp tác xã đã lâm vào tình trạng phá sản hay chưa.

- Trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày ra quyết định, Toà án có trách nhiệm gửi Quyết định mở thủ tục phá sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, cho Viện Kiểm sát cùng cấp và thông báo cho các chủ nợ, những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Đồng thời, Quyết định mở thủ tục phá sản cũng phải được đăng trên báo địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có địa chỉ chính và báo hàng ngày của Trung ương trong 3 số liên tiếp.

Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không đồng ý với Quyết định của Toà án về việc không mở thủ tục phá sản có quyền khiếu nại Chánh án Toà án đã ra quyết định và Chánh án có trách nhiệm giải quyết khiếu nại này trong

⁸⁸ Điều 28, 29, 30, 32 Luật Phá sản 2004

Chương 2

Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được khiếu nại. Khi giải quyết khiếu nại đối với Quyết định không mở thủ tục phá sản, Chánh án có thể ra một trong các quyết định sau: (1) giữ nguyên quyết định không mở thủ tục phá sản hoặc (2) huỷ quyết định không mở thủ tục phá sản và ra quyết định mở thủ tục phá sản.

- Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản thì doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản vẫn tiếp tục hoạt động một cách bình thường nhưng phải chịu sự giám sát kiểm tra của Thẩm phán và Tổ quản lý, thanh lý tài sản. Trong trường hợp xét thấy người quản lý của doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng điều hành hoặc nếu tiếp tục điều hành hoạt động kinh doanh sẽ không có lợi cho việc bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã thì theo đề nghị của Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.
- Kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, nghiêm cấm doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện các hoạt động sau đây:
 - Cất giấu, tẩu tán tài sản;
 - Thanh toán nợ không có bảo đảm;
 - Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
 - Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp.
- Sau khi nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, các hoạt động sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã phải được sự đồng ý bằng văn bản của Thẩm phán trước khi thực hiện:
 - Cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng cho, cho thuê tài sản;
 - Nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng;
 - Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực;
 - Vay tiền;
 - Bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản;

- Thanh toán các khoản nợ mới phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và trả lương cho người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã.

e. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.⁸⁹

Điều kiện tiến hành thủ tục phục hồi doanh nghiệp, hợp tác xã.

Thẩm phán có trách nhiệm triệu tập và chủ trì Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất để lấy ý kiến của các chủ nợ về việc thủ tục phục hồi hay thủ tục thanh lý tài sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Tại Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất, Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản sẽ báo cáo về tình hình kinh doanh, thực trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản; doanh nghiệp, hợp tác xã phải đề xuất phương án, giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, khả năng và thời hạn trả nợ để Hội nghị chủ nợ bàn bạc, quyết định.

Thẩm phán chỉ ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ mà doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản đã đề xuất.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Sau khi có quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh thì doanh nghiệp, hợp tác xã có nghĩa vụ xây dựng một cách cụ thể, chi tiết phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và chuyển cho Thẩm phán xem xét trước khi trình ra Hội nghị chủ nợ. Việc xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh phải được thực hiện trong thời hạn 30 ngày hoặc có thể được kéo dài thêm khi có sự đồng ý của Thẩm phán nhưng không quá 60 ngày, kể từ ngày Hội nghị chủ nợ thông qua Nghị quyết. Trong thời hạn này, bất kỳ chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã đều có quyền xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã và nộp cho Tòa án.

⁸⁹ Điều 61, 64, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77 Luật Phá sản 2004

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh như: Huy động vốn mới; Thay đổi mặt hàng sản xuất, kinh doanh; Đổi mới công nghệ sản xuất; Tổ chức lại bộ máy quản lý; sáp nhập hoặc chia tách bộ phận sản xuất nhằm nâng cao năng suất, chất lượng sản xuất; Bán lại cổ phần cho chủ nợ; Bán hoặc cho thuê tài sản không cần thiết; Các biện pháp khác không trái pháp luật. Trong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, con nợ cũng phải nêu rõ kế hoạch thanh toán các khoản nợ cho các chủ nợ.

Thẩm phán phụ trách vụ việc phá sản phải xem xét phương án phục hồi hoạt động kinh doanh để quyết định việc có đưa phương án đó ra Hội nghị chủ nợ hoặc đề nghị sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh nếu thấy phương án đó chưa bảo đảm các nội dung theo quy định. Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã ra Hội nghị chủ nợ thì Thẩm phán có trách nhiệm triệu tập Hội nghị chủ nợ để Hội nghị chủ nợ xem xét, thông qua phương án phục hồi. Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được thông qua khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành. Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh chỉ được thực hiện và có hiệu lực đối với các bên có liên quan sau khi được Thẩm phán ra quyết định công nhận. Tòa án phải gửi quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và các chủ nợ trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày ra quyết định.

Thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Sau khi được Thẩm phán ra quyết định công nhận thì Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về việc thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh có hiệu lực đối với con nợ cũng như tất cả các bên có liên quan. Doanh nghiệp, hợp tác xã có trách nhiệm thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh theo đúng nội dung đã được ghi nhận trong phương án đó. Định kỳ 6 tháng một

lần, doanh nghiệp, hợp tác xã có trách nhiệm báo cáo với Toà án về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Thời hạn thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã tối đa là 3 năm, kể từ ngày cuối cùng đăng báo quyết định của Toà án công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi. Trong quá trình thực hiện phương án phục hồi, doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền thoả thuận với các chủ nợ về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi này. Thoả thuận về việc sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh được Hội nghị chủ nợ thông qua khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên đồng ý và phải được Thẩm phán quyết định công nhận thì mới có giá trị thi hành.

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản nếu có một trong các trường hợp sau đây:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;
- Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ.

Doanh nghiệp, hợp tác xã được Toà án ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sẽ được coi là không còn lâm vào tình trạng phá sản và được trở lại hoạt động sản xuất kinh doanh bình thường như các doanh nghiệp khác.

f. Thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.⁹⁰

Điều kiện tiến hành thủ tục thanh lý tài sản.

- Thủ tục thanh lý được tiến hành trong những trường hợp sau đây:
 - Doanh nghiệp hoạt động kinh doanh thua lỗ và mặc dù đã được Nhà nước áp dụng các biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh

⁹⁰ Điều 35, 37, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85 Luật Phá sản 2004

nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu. Trong trường hợp này, Tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý ngay mà không cần triệu tập Hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi;

- Hội nghị chủ nợ không thành do không có sự tham gia Hội nghị chủ nợ của chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc không đủ số chủ nợ theo quy định;
 - Doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn quy định;
 - Hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;
 - Doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã đã thoả thuận được với chủ nợ về việc đình chỉ thủ tục phục hồi.
- Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phần quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã liên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình. Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Tòa án đã ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Tòa án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý

tài sản. Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, Tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;
- Sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;
- Huỷ quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án cấp dưới tiếp tục thủ tục phục hồi theo quy định của Luật này.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Tòa án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

Tiến hành thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Tổ quản lý, thanh lý tài sản là chủ thể có trách nhiệm tiến hành thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Sau khi có quyết định áp dụng thủ tục thanh lý tài sản, Tổ quản lý, thanh lý tài sản sẽ trực tiếp quản lý toàn bộ tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã. Tổ quản lý, thanh lý tài sản thực hiện việc thu hồi và quản lý mọi tài sản, tài liệu, sổ sách và con dấu của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý. Tài sản là hiện vật của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục thanh lý sẽ được bán đấu giá theo quyết định của Thẩm phán. Mọi khoản tiền thu được từ việc bán đấu giá tài sản và từ việc thu hồi được từ người mắc nợ sẽ được gửi vào tài khoản mở tại ngân hàng để thực hiện phân chia theo phương án do Thẩm phán quyết định theo thứ tự ưu tiên được quy định tại Luật Phá sản.

Việc thanh toán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã như sau:

◆ *Đối với chủ nợ có bảo đảm:*

Các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản thế chấp, cầm cố của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản được xác lập trước ngày Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là các khoản nợ được ưu tiên thanh toán bằng chính các tài sản đó. Nếu giá trị tài sản thế chấp, cầm cố không đủ để thanh

Chương 2 Những vấn đề pháp luật kinh doanh cơ bản

toán cho các khoản nợ này, thì phần nợ còn lại của chủ nợ có bảo đảm sẽ được thanh toán từ phần giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã như khoản nợ của các chủ nợ không có bảo đảm khác. Nếu giá trị của tài sản thế chấp, cầm cố lớn hơn khoản nợ phải thanh toán thì phần giá trị còn lại sẽ được nhập vào tài sản phá sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã để thanh toán cho các nghĩa vụ tài sản khác.

◆ *Đối với chủ nợ không có bảo đảm:*

Việc thanh toán các nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp, hợp tác xã, bao gồm cả nghĩa vụ thanh toán cho chủ nợ không có bảo đảm từ giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được thực hiện theo thứ tự sau đây:

- Phí phá sản;
- Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác theo thoả ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;
- Các khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ theo nguyên tắc: Nếu giá trị tài sản đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ đều được thanh toán đủ số nợ của mình; nếu giá trị tài sản không đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ chỉ được thanh toán một phần khoản nợ của mình theo tỷ lệ tương ứng với giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã. Các khoản nợ chưa đến hạn vào thời điểm mở thủ tục thanh lý được xử lý như các khoản nợ đến hạn, nhưng không được tính lãi đối với thời gian chưa đến hạn.

Trường hợp sau khi thanh toán đủ các nghĩa vụ tài sản mà vẫn còn thừa thì phần tài sản còn lại thuộc về xã viên hợp tác xã; chủ doanh nghiệp tư nhân; các thành viên công ty; các cổ đông của công ty cổ phần hoặc chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước.

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý trong trường hợp:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản để thực hiện phương án phân chia tài sản;

- Phương án phân chia tài sản đã được thực hiện xong.

g. Thủ tục tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.⁹¹

Điều kiện tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã

- *Toà án ra quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã trong các trường hợp sau đây:*

- Có quyết định của Toà án về việc đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản.
 - Khi doanh nghiệp, hợp tác xã không còn hoặc còn có quá ít tài sản để chi phí cho việc tiến hành thủ tục phá sản.
- Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản phải có các nội dung chính sau đây:
 - Ngày, tháng, năm ra quyết định;
 - Tên của Toà án, họ và tên của Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản;
 - Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản;
 - Căn cứ của việc tuyên bố phá sản;
 - Quyền khiếu nại, kháng nghị và thời hạn khiếu nại kháng nghị.
 - Cấm đảm nhiệm chức vụ sau khi doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản.
 - Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày ra quyết định, Toà án có trách nhiệm gửi Quyết định tuyên bố phá sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, Viện Kiểm sát cùng cấp và thông báo cho các chủ nợ, những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Đồng thời, Quyết định tuyên bố phá sản cũng phải được đăng trên báo địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có địa chỉ và báo hàng ngày của Trung ương trong 3 số liên tiếp. Quyết định tuyên bố phá sản cũng phải được gửi cho cơ quan đăng ký kinh doanh để xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời hạn 15 ngày

⁹¹ Điều 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94 Luật Phá sản 2004

hoặc không quá 25 ngày trong trường hợp có khiếu nại, kháng nghị.

- Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ, những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không bị khiếu nại, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Tòa án đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Tòa án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Trong thời hạn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Tòa án cấp dưới;
- Huỷ quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Tòa án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

Hậu quả của việc tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

- Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không miễn

trừ nghĩa vụ về tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh đối với chủ nợ chưa được thanh toán nợ, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Các nghĩa vụ về tài sản phát sinh sau khi có quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản được giải quyết theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

- Trừ trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản vì lý do bất khả kháng, người quản lý, điều hành doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản sẽ bị xử lý như sau:
 - Người giữ chức vụ Giám đốc, Tổng giám đốc, Chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị của công ty, tổng công ty 100% vốn nhà nước bị tuyên bố phá sản không được cử đảm đương các chức vụ đó ở bất kỳ doanh nghiệp nhà nước nào, kể từ ngày công ty, tổng công ty nhà nước bị tuyên bố phá sản.
 - Người được giao đại diện phần vốn góp của Nhà nước ở doanh nghiệp khác mà doanh nghiệp đó bị tuyên bố phá sản không được cử đảm đương các chức vụ quản lý ở bất kỳ doanh nghiệp nào có vốn của Nhà nước.
 - Chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh, Giám đốc (Tổng giám đốc), Chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên của doanh nghiệp, Chủ nhiệm, các thành viên Ban quản trị hợp tác xã bị tuyên bố phá sản không được quyền thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã, không được làm người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời hạn từ một đến ba năm, kể từ ngày doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản.

Tài liệu tham khảo

- Hiến pháp Nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá VIII, kỳ họp thứ 11 thông qua trong phiên họp ngày 15 tháng 4 năm 1992.
- Bộ luật Dân sự được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005, có hiệu lực từ ngày 1 tháng 1 năm 2006.
- Bộ luật tố tụng dân sự được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004.
- Bộ luật Lao động năm 1994, được sửa đổi bổ sung vào năm 2002.
- Bộ luật Hàng hải năm 2005 được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 01 năm 2006.
- Luật đầu tư được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 29 tháng 11 năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2006.
- Luật Doanh nghiệp được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 29 tháng 11 năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2006.
- Luật Doanh nghiệp nhà nước được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 26 tháng 11 năm 2003, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2004.
- Luật Hợp tác xã được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 26 tháng 11 năm 2003, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 07 năm 2004.
- Luật Thương mại được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 01 năm 2006.
- Luật Sở hữu trí tuệ được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 29 tháng 11 năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2006.

- Luật Cạnh tranh được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 6 thông qua ngày 03 tháng 12 năm 2004, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2005.
- Luật các tổ chức tín dụng năm 1997, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều Luật các tổ chức tín dụng năm 2004.
- Luật Hàng không dân dụng Việt Nam được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XI, kỳ họp thứ 9 thông qua ngày 29 tháng 6 năm 2006, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 01 năm 2007.
- Luật Đường sắt được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam khoá XI, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 01 năm 2006.
- Luật Xây dựng được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XI, kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 26 tháng 11 năm 2003, có hiệu lực từ ngày 01 tháng 7 năm 2004.
- Luật Đấu thầu được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XI, kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 29 tháng 11 năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 4 năm 2006.
- Luật Chứng khoán được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, khoá XI, kỳ họp thứ 9 thông qua ngày 29 tháng 6 năm 2006, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 01 năm 2007.
- Luật Đất đai được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XI, kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 26 tháng 11 năm 2003, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2004.
- Luật Phá sản được Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam Khoá XI, kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004, có hiệu lực thi hành kể từ ngày 15 tháng 10 năm 2004.
- Pháp lệnh Trọng tài Thương mại của Ủy ban Thường vụ Quốc hội số 08/2003/PL-UBTVQH11 ngày 25 tháng 02 năm 2003, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 7 năm 2003.
- Cùng các Nghị định, Thông tư hướng dẫn thi hành các Bộ luật, Luật, Pháp lệnh nêu trên.



MPI



Üy nhiệm thực hiện bởi
Federal Ministry
for Economic Cooperation
and Development

gtz

Văn phòng GTZ Hà Nội

Tầng 6, Hanoi Towers
49 Hai Bà Trưng, Hà Nội, Việt Nam
Tel: (84-4) 934 4951
Fax: (84-4) 934 4950
E-Mail: gtz-vietnam@gtz.de
office.sme@gtz-vietnam.com.vn

Website: www.gtz.de/vietnam
www.sme-gtz.org.vn
www.sme.com.vn



Bộ Tư Pháp

Địa chỉ: 56-58-60 Trần Phú - Hà Nội
Tel: (84) 8438847- (84) 7336213
Fax: (84) 8431431
Email: botuphap@moj.gov.vn
Website: www.moj.gov.vn