

TS. PHẠM HOÀI HUẤN (Chủ biên)
THS. LS. TRẦN THANH TÙNG - THS. LÊ NHẬT BẢO

LUẬT DOANH NGHIỆP VIỆT NAM

TÌNH HUỐNG - DẪN GIẢI - BÌNH LUẬN

(Xuất bản lần thứ năm, có sửa chữa, bổ sung)



NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

Chịu trách nhiệm xuất bản và nội dung:

Q. GIÁM ĐỐC - TỔNG BIÊN TẬP
PHẠM CHÍ THÀNH

Biên tập nội dung:	TS. NGUYỄN THỊ QUỲNH NGA TS. HOÀNG MẠNH THẮNG ThS. NGUYỄN CÔNG TÂY BÙI BỘI THU
Trình bày bìa:	NGUYỄN ĐOÀN
Chế bản vi tính:	NGỌC NAM
Đọc sách mẫu:	PHÒNG BIÊN TẬP KỸ THUẬT VIỆT HÀ

Số đăng ký kế hoạch xuất bản: 4854-2020/CXBIPH/31-347/CTQG.

Số quyết định xuất bản: 5639-QĐ/NXBCTQG, ngày 01/12/2020.

Nộp lưu chiểu: tháng 12 năm 2020.

Mã số ISBN: 978-604-57-6291-2.

LUẬT DOANH NGHIỆP VIỆT NAM

TÌNH HUỐNG - DẪN GIẢI - BÌNH LUẬN

**Biên mục trên xuất bản phẩm
của Thư viện Quốc gia Việt Nam**

Luật Doanh nghiệp Việt Nam: Tình huống - Dẫn giải -
Bình luận / B.s.: Phạm Hoài Huân (ch.b.), Lê Nhật Bảo,
Trần Thanh Tùng. - Xuất bản lần thứ 5. - H. : Chính trị
Quốc gia, 2020. - 472tr. ; 21cm

ISBN 9786045756188

1. Pháp luật 2. Luật doanh nghiệp 3. Việt Nam
346.5970702638 - dc23

CTH0637p-CIP

TS. PHẠM HOÀI HUẤN (Chủ biên)
THS. LS. TRẦN THANH TÙNG - THS. LÊ NHẬT BẢO

LUẬT DOANH NGHIỆP VIỆT NAM

TÌNH HUỐNG - DẪN GIẢI - BÌNH LUẬN

(Xuất bản lần thứ năm, có sửa chữa, bổ sung)

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT
Hà Nội - 2020

Biên soạn:

TS. Phạm Hoài Huân - Khái quát chung về doanh nghiệp
- Công ty cổ phần

ThS. LS. Trần Thanh Tùng - Công ty trách nhiệm hữu hạn
hai thành viên trở lên

ThS. Lê Nhật Bảo - Doanh nghiệp xã hội
- Công ty trách nhiệm hữu hạn
một thành viên
- Doanh nghiệp tư nhân
- Công ty hợp danh
- Doanh nghiệp nhà nước
- Tổ chức lại và giải thể doanh nghiệp

LỜI NHÀ XUẤT BẢN

Luật Doanh nghiệp năm 2014 được Quốc hội nước Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam khóa VIII kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 26/11/2014 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2015. Luật Doanh nghiệp năm 2014 thay thế Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các luật liên quan đến đầu tư xây dựng cơ bản vào năm 2009 và Luật sửa đổi, bổ sung Điều 170 của Luật Doanh nghiệp vào năm 2013. Luật Doanh nghiệp năm 2014 là luật chung về doanh nghiệp khi quy định về việc thành lập, tổ chức quản lý, tổ chức lại, giải thể và hoạt động có liên quan của doanh nghiệp, bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và quy định về doanh nghiệp tư nhân; quy định về nhóm công ty.

Mục tiêu cao nhất trong các quy định của Luật Doanh nghiệp là làm cho doanh nghiệp trở thành một công cụ kinh doanh rẻ hơn, an toàn hơn và hấp dẫn hơn cho các nhà đầu tư; qua đó tăng cường thu hút và huy động các nguồn lực đầu tư vào sản xuất, kinh doanh, như tạo thuận lợi hơn cho việc thành lập doanh nghiệp; đối xử bình đẳng về thủ tục thành lập doanh nghiệp, gia nhập thị trường giữa các nhà đầu tư trong nước và nước ngoài; tạo thuận lợi hơn, giảm chi phí cho tổ chức quản trị doanh nghiệp, cơ cấu lại doanh nghiệp; bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư, cổ đông, thành viên của doanh nghiệp; tạo thuận lợi hơn và ít tốn kém hơn cho doanh nghiệp, nhà đầu tư khi rút khỏi thị trường; nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp.

Để các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 phát huy hiệu lực trong thực tế đời sống và đạt được các mục tiêu nói trên,

thì việc tuyên truyền, phổ biến, giải thích, áp dụng luật là một yêu cầu quan trọng. Cuốn sách ***Luật Doanh nghiệp Việt Nam: Tình huống - Dẫn giải - Bình luận*** do TS. Phạm Hoài Huân làm chủ biên được Nhà xuất bản Chính trị quốc gia Sự thật xuất bản năm 2015, tái bản có sửa chữa, bổ sung vào các năm 2016, năm 2017, năm 2019 và lần này là lần xuất bản thứ năm đã đem đến cho bạn đọc một tài liệu tham khảo hữu ích về Luật Doanh nghiệp năm 2014, giúp các doanh nghiệp, các cơ quan quản lý và người dân có thể áp dụng, thi hành Luật Doanh nghiệp một cách hiệu quả. Các quy định trong Luật Doanh nghiệp được giải thích, bình luận từ nhiều chiều, có so sánh, đối chiếu với các quy định của pháp luật về doanh nghiệp hoặc có liên quan đến doanh nghiệp ở trong nước cũng như nước ngoài để thấy được những điểm kế thừa, điểm mới và hoàn thiện của các quy định này, từ đó thấy được cần áp dụng và thực thi các quy định của Luật Doanh nghiệp như thế nào cho hiệu quả nhất. Những giải thích, bình luận điều luật trong cuốn sách trở nên sáng rõ hơn thông qua các tình huống, các bản án mà Tòa án Việt Nam các cấp đã xét xử trong thực tế.

Trên tinh thần tiếp thu góp ý của độc giả, trong lần xuất bản thứ năm này, tập thể tác giả đã chỉnh sửa nhiều nội dung theo hướng luận giải chi tiết, tỉ mỉ hơn và bổ sung các tình huống minh họa như: Viết lại các nội dung về công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và giải thể doanh nghiệp; cập nhật những thay đổi về các quy định pháp luật, chính sách có liên quan...; điều này càng có ý nghĩa thiết thực khi Quốc hội khóa XIV kỳ họp thứ 9 đang thảo luận dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi).

Từ lần đầu xuất bản đến nay, cuốn sách đã được độc giả nhiệt tình đón nhận. Để phục vụ nhu cầu của độc giả, Nhà xuất bản xuất bản lần thứ năm cuốn sách này.

Xin giới thiệu cuốn sách với bạn đọc.

Tháng 5 năm 2020

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

LỜI NÓI ĐẦU

Ngoài việc đưa ra các luận giải về pháp luật doanh nghiệp, các tác giả cuốn sách mong muốn cung cấp cho bạn đọc những hiểu biết thực tiễn về hoạt động của doanh nghiệp tại Việt Nam thông qua các tranh chấp mang tính điển hình. Các tranh chấp được trình bày trong sách này hình thành từ ba nguồn chính:

Thứ nhất: Các bản án đã được giải quyết tại Tòa án Việt Nam,

Thứ hai: Các tranh chấp sưu tầm được từ phương tiện thông tin đại chúng,

Thứ ba: Hồ sơ, vụ việc của khách hàng mà các tác giả có được trong quá trình tham gia với vai trò tư vấn pháp lý cho một trong các bên.

Tuy vậy, ngoại trừ các tranh chấp lấy nguồn từ các bản án, thì các thông tin về tên doanh nghiệp, tên chủ sở hữu, nhãn hiệu và các tên khác trong các tranh chấp đã được thay đổi nhằm bảo đảm tính riêng tư của các bên. Mọi sự trùng hợp (nếu có) chỉ mang tính ngẫu nhiên.

Đây là một công trình mang tính tập thể và qua mỗi lần tái bản, những người tham gia có thể có sự thay đổi căn cứ vào sự thay đổi về nội dung trong cuốn sách. Ở mỗi phần, các tác giả đã

có những luận giải, bình luận công phu, nhưng trong quá trình biên soạn, chắc chắn không tránh khỏi các sai sót. Rất mong nhận được các ý kiến phê bình, trao đổi của độc giả.

Trân trọng.

TẬP THỂ TÁC GIẢ

Chương I

KHÁI QUÁT CHUNG VỀ DOANH NGHIỆP

DOANH NGHIỆP HIỂU LUẬT THẾ NÀO?

Ngày đầu tiên học môn pháp luật, một sinh viên kinh tế của một trường đại học tại Việt Nam rụt rè đứng lên hỏi: “Thầy ơi, tại sao chúng em phải học luật?”. Một câu hỏi rất học trò! Nhưng ngẫm kỹ lại, sinh viên này hỏi cũng có lý. Vì sinh viên kinh tế thì học luật làm gì?

Nói rộng ra, dường như trong các doanh nghiệp, vai trò của pháp luật vẫn chưa được chú trọng đúng mức. Điều này cũng dễ hiểu. Doanh nhân có nhiều vấn đề phải quan tâm: Tiền lương cho nhân viên hằng tháng, lãi suất ngân hàng, nợ đến hạn, đơn hàng, v.v.. Làm doanh nhân không sướng chút nào! Giải quyết những vấn đề nhức đầu như vậy, doanh nhân làm gì còn thời gian để quan tâm đến chuyện pháp luật nước nhà. Đó là chuyện tưởng như chỉ của các luật sư và các vị đại biểu Quốc hội.

Trong quá trình kinh doanh, doanh nhân có nhiều mối quan hệ: Quan hệ với đối tác, quan hệ với khách hàng và quan hệ với Nhà nước. Tuy vậy, có sự khác nhau trong hai nhóm quan hệ này. Đối tác, khách hàng là những người làm ăn với doanh nhân. Do vậy, vị thế của doanh nhân là bình đẳng.

Cũng từ đó, cách hành xử của doanh nhân sẽ là cách hành xử của những người bình đẳng với nhau. Nhưng trong mối quan hệ giữa doanh nhân và Nhà nước thì không phải như vậy. Sự khác biệt này xuất phát từ tính quyền lực và chức năng quản lý của Nhà nước. Doanh nhân làm ăn kinh doanh phải trong khuôn khổ pháp luật. Vì thế các bên cũng trở nên khác biệt, không còn là vị thế bình đẳng như trong quan hệ giữa doanh nhân với đối tác/khách hàng.

Dường như mối quan hệ giữa doanh nhân và Nhà nước là mối quan hệ “bất bình đẳng”(!). Trong tương quan bất bình đẳng này, doanh nhân càng trở nên “chông chênh”. Nhiều trường hợp, doanh nhân nhận ra vấn đề ấy, nhưng không biết phải xử lý từ đâu. Cũng như mọi mối quan hệ khác trong xã hội, mối quan hệ giữa doanh nhân và Nhà nước cũng có sự va chạm. Chuyện “không hài lòng về nhau” là bình thường. Công chức thực thi quyền hành mà pháp luật trao cho. Nhưng công chức cũng có khi hành xử sai, vì họ cũng là con người, cũng vẫn có thể mắc sai lầm. Cuộc sống vốn dĩ thế! Nhưng với cái vị thế “chông chênh”, cách hành xử của doanh nhân khi không hài lòng về các quyết định của Nhà nước thì lại khá tiêu cực. Doanh nhân thường hay than thở với nhau hay kêu oan với báo chí, thậm chí, làm đơn xin được... ở tù (!)

Để quyền lợi đó được bảo đảm, Nhà nước dành cho người dân quyền được “phản bác” các quyết định của Nhà nước. Đó là quyền được khiếu nại hoặc khiếu kiện ra Tòa án có thẩm quyền xét xử. Trong một xã hội dân chủ, vấn đề khiếu nại của người dân đối với Nhà nước không còn là đặc quyền Nhà nước dành cho người dân mà đã trở thành sức ép đối với Nhà nước trong mối quan hệ với công dân.

Muốn vậy, việc khiếu nại phải trên cơ sở của pháp luật. Nói cách khác, khiếu nại phải được gửi đến Nhà nước. Thực tiễn cho thấy, ít khi doanh nhân thực hiện quyền này. Việc gửi đơn khiếu nại đến các cơ quan truyền thông vẫn là xu hướng phổ biến. Trong vô vàn lo toan của cuộc sống, các nhà quản lý ít khi quan tâm đến các bài báo phản ánh các đơn khiếu nại kiểu này. Vì doanh nhân có khiếu nại gì đối với các quyết định của Nhà nước đâu mà xem xét lại!

Như vậy, pháp luật trở thành chỗ dựa cho doanh nhân trong mối quan hệ tương đối “chông chênh”. Pháp luật về khiếu nại và khiếu kiện không chỉ có tác dụng bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của doanh nhân mà hơn thế, cùng với Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước¹, nó trở thành sức ép cần thiết lên hoạt động của công chức trong quá trình thực thi pháp luật. Một doanh nghiệp khiếu kiện một Chi cục Thuế tại Thành phố Hồ Chí Minh và đã thắng kiện là một minh chứng sinh động. Do vậy, doanh nhân làm tốt điều này chính là góp phần xây dựng một xã hội thượng tôn pháp luật và bình đẳng.

Nhưng để doanh nhân tin và sử dụng quyền khiếu nại hoặc khiếu kiện một cách hữu hiệu, thì rất cần đến vai trò bảo đảm của Nhà nước trong việc thực thi pháp luật về khiếu nại hoặc khiếu kiện. Một giáo sư luật đã từng nói: Một đất nước thiếu luật không đáng sợ bằng một đất nước có một hệ thống pháp luật đầy đủ mà không thực thi được. Vì mọi đạo luật tự thân chỉ là những con chữ vô nghĩa trên các trang giấy nếu nó không đi vào cuộc sống sôi động.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Doanh nghiệp hiểu luật thế nào? Báo Diễn đàn doanh nghiệp ngày 11/02/2013.

1. Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 (có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2018 - BT).

I. KHÁI NIỆM DOANH NGHIỆP

Khoản 7 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 định nghĩa:

Doanh nghiệp là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch, được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh.

1. Doanh nghiệp là một tổ chức kinh tế có tên riêng

Việc đặt tên cho doanh nghiệp¹, về nguyên tắc, do người sáng lập quyết định. Cũng giống như việc đặt tên cho con, thông thường, người ta sẽ đặt tên doanh nghiệp theo ý nghĩa làm ăn phát đạt: Đại Phát, Hưng Thịnh, Quyết Tiến... hoặc thể hiện mục tiêu, phương châm hoạt động của công ty: Đại Tín, Tín Nghĩa..., hoặc theo các tiêu chí khác.

Tuy vậy, việc đặt tên doanh nghiệp dưới góc độ pháp luật về doanh nghiệp phải thỏa mãn một số yêu cầu nhất định, cụ thể, tên doanh nghiệp phải được viết bằng tiếng Việt và không thuộc các trường hợp bị pháp luật cấm.

a) Tên doanh nghiệp phải được viết bằng tiếng Việt: Có thể kèm theo chữ số và ký hiệu, phải phát âm được và có ít nhất đồng thời hai thành tố: (i) *Loại hình doanh nghiệp*; (ii) *Tên riêng* (Điều 38 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Cần lưu ý, đây là hai thành phần bắt buộc phải có trong tên của doanh nghiệp, là bộ phận chính cấu thành tên của doanh nghiệp. Ngoài ra, các thành viên của doanh nghiệp khi thành lập doanh nghiệp có thể thêm một số thành phần khác vào trong tên

1. Trong cuốn sách này, “doanh nghiệp” được sử dụng với nghĩa tương tự “công ty”.

của doanh nghiệp. Thông thường, người ta thường hay thêm vào tên của doanh nghiệp chức năng hoạt động của doanh nghiệp.

Ví dụ: Công ty trách nhiệm hữu hạn xây dựng, thương mại, xuất nhập khẩu Hoàng Tiến.

Đã từng có nhiều tranh cãi (khi Luật Doanh nghiệp năm 2005 sửa đổi bổ sung năm 2009, 2013 còn hiệu lực) về việc hiểu thế nào về tên doanh nghiệp có thể viết được bằng tiếng Việt. Tên này có nhất thiết phải có ý nghĩa hay không?

BỊ PHẠT VÌ ĐẶT TÊN QUÁN BẰNG... TIẾNG HUẾ

Ông H. mở quán bán món Huế. Ông đặt tên quán là “*Mi tau*”. Hai từ này là từ xưng hô thân mật của người miền Trung, có nghĩa như “mày - tao”, “anh - tôi”. Quán mở được vài hôm thì người của quận đến lập biên bản, xử phạt 800 ngàn đồng, trong đó có lý do phạt vì đặt tên quán bằng tiếng nước ngoài!

Chủ quán gửi đơn khiếu nại, cho rằng hai từ “*Mi tau*” được đặt tách rời nhau, đọc được như tiếng Việt, ai cũng có thể hiểu đó là “mày - tao” theo kiểu tiếng Huế, không thể hiểu lầm là tiếng nước ngoài.

Thậm chí, tiếng Huế còn nhiều từ độc đáo hơn như “mần, răng, rì”, “mô, tê, rửa”,... nhưng đó đều là tiếng Việt. Quy định không cấm đặt tên bằng ngôn ngữ địa phương. Không lẽ cơ quan quản lý không biết tiếng Huế thì cho là tiếng nước ngoài (?)

Theo một nguồn tin từ Sở Kế hoạch và Đầu tư Thành phố Hồ Chí Minh, dù đăng ký dưới dạng doanh nghiệp hay hộ kinh doanh cá thể, thì người kinh doanh vẫn phải tuân thủ việc đặt tên bằng tiếng Việt. Nếu chữ “*Mi tau*” được cấp phép (trong giấy phép kinh doanh) thì không có lý do gì bắt bẻ cái bảng hiệu.

Trường hợp từ “*Mi tau*” không nằm trong giấy phép kinh doanh mà chủ quán lại treo tên này, thì bị phạt vì làm sai giấy phép chứ không thể phạt vì lý do “tiếng nước ngoài”. Tuy nhiên, nếu viết Mitau dính liền nhau, tuy chưa biết nó là tiếng nước nào nhưng chắc chắn không phải là tiếng Việt, thì có thể sẽ bị phạt.

Theo nguồn: Báo Pháp luật Thành phố Hồ Chí Minh ngày 12/9/2007.

Tuy vậy, với quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2014, vấn đề trên đã được giải đáp một cách minh thị. Theo đó, tên riêng được viết bằng các chữ cái trong bảng chữ cái tiếng Việt, các chữ F, J, Z, W, chữ số và ký hiệu. Có nghĩa là, chỉ cần viết được bằng các ký tự có trong bảng chữ cái của Việt Nam mà không cần xác định có ý nghĩa hay không.

b) Tên doanh nghiệp không thuộc các trường hợp bị cấm: Pháp luật về doanh nghiệp chỉ cấm việc đặt tên doanh nghiệp trong các trường hợp sau (theo Điều 39 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

Trường hợp thứ nhất: Tên doanh nghiệp không được trùng hoặc gây nhầm lẫn với tên các doanh nghiệp khác.

Trong giai đoạn hiện nay, tên của doanh nghiệp không chỉ dừng lại ở chỗ tạo nên sự phân biệt giữa các chủ thể kinh doanh trên thương trường, mà trong nhiều trường hợp, tên của doanh nghiệp đã trở thành tài sản có giá trị lớn. Xã hội quen gọi tài sản này dưới tên gọi “thương hiệu”. Xuất phát từ mục đích bảo vệ cho các chủ thể chân chính, tránh những toan tính trục lợi bất chính từ việc “ăn theo” tên các doanh nghiệp đã thành danh, pháp luật có nhiều cơ chế để bảo hộ tên của doanh nghiệp.

Với bản chất nhằm tạo nên sự phân biệt, khoản 1 Điều 42 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: “*Tên trùng là tên tiếng Việt của doanh nghiệp đề nghị đăng ký được viết hoàn toàn giống với tên tiếng Việt của doanh nghiệp đã đăng ký*”.

Trong khi đó, việc đặt các tên có chứa đựng sự khác biệt, nhưng khác biệt không đủ lớn, được coi là tên gây nhầm lẫn. Các yếu tố nhầm lẫn có thể kể đến là:

(i) Tên viết tắt, tên nước ngoài giống nhau; tên riêng của doanh nghiệp đề nghị đăng ký chỉ khác với tên riêng của doanh nghiệp cùng loại đã đăng ký bởi (a) một số tự nhiên, số thứ tự hoặc các chữ cái trong bảng chữ cái tiếng Việt và các chữ cái F, J, Z, W ngay sau tên riêng của doanh nghiệp đó; (b) ký hiệu “&”, “:”, “+”, “-”, “_”; (c) từ “tân” ngay trước hoặc “mới” ngay sau hoặc trước; và (d) từ “miền Bắc”, “miền Nam”, “miền Trung”, “miền Tây”, “miền Đông” hoặc từ có ý nghĩa tương tự (khoản 2 Điều 42 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

(ii) Tên riêng của doanh nghiệp trùng với tên riêng của doanh nghiệp đã đăng ký (điểm b khoản 2 Điều 17 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Nghị định số 108/2018/NĐ-CP ngày 23/8/2018 của Chính phủ, sau đây gọi tắt là Nghị định số 78/2015/NĐ-CP).

Bên cạnh việc bảo hộ tên theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp, chúng ta có thể tìm thấy cơ chế bảo hộ tên doanh nghiệp thông qua quy định của pháp luật về sở hữu trí tuệ dưới dạng tên thương mại.

Theo đó, *tên thương mại là tên gọi của tổ chức, cá nhân dùng trong hoạt động kinh doanh để phân biệt chủ thể kinh doanh*

mang tên gọi đó với chủ thể kinh doanh khác trong cùng lĩnh vực và khu vực kinh doanh (khoản 21 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009, 2019, sau đây gọi là Luật Sở hữu trí tuệ hiện hành).

HỒNG HÀ - RED RIVER

Ngày 21/3/2006, Công ty cổ phần Văn phòng phẩm Hồng Hà đăng ký nhãn hiệu “HỒNG HÀ, hình” tại Cơ quan Sáng chế và Nhãn hiệu Hoa Kỳ (USPTO) cho các sản phẩm văn phòng phẩm thuộc nhóm 16 Bảng phân loại quốc tế.

Ngày 13/9/2006, USPTO có Thông báo kết quả xét nghiệm đơn, trong đó kết luận nhãn hiệu “HỒNG HÀ, hình” sẽ bị từ chối bảo hộ với lý do tương tự gây nhầm lẫn với nhãn hiệu “Red River” đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu số 2096052 ngày 09/9/1997 với các sản phẩm thuộc nhóm 16.

Theo thông báo trên thì USPTO từ chối đăng ký nhãn hiệu “HỒNG HÀ, hình” dựa trên cơ sở học thuyết tiếng nước ngoài tương đương (doctrine of foreign equivalents). Theo học thuyết này, các từ hoặc thuật ngữ nước ngoài sẽ không được đăng ký là nhãn hiệu tại Hoa Kỳ nếu trước đó có nhãn hiệu với nghĩa tiếng Anh tương đương đã được đăng ký cho sản phẩm và/hoặc dịch vụ liên quan và người tiêu dùng có khả năng dịch tiếng nước ngoài đó ra thành tiếng Anh tương đương. Trong trường hợp này, USPTO cho rằng, “Hồng Hà” được coi là thành phần nổi bật của nhãn hiệu xin đăng ký, tên “Hồng Hà” là từ tiếng Việt của “RED RIVER”. “RED RIVER” là nhãn hiệu đã được cấp đăng ký số 2096052 ngày 09/9/1997 của Công ty RED RIVER PAPER, INC (US) cho các sản phẩm trong nhóm 16.

Hai nhãn hiệu này tương tự nhau vì cùng có nghĩa là “Hồng Hà” (RED RIVER). USPTO đã đưa ra một số chứng cứ chứng minh về nghĩa của hai từ này tại các website: www.wikipedia.com, www.answers.com. Và theo tra cứu của USPTO về kết quả điều tra dân số năm 2000 trên toàn Hoa Kỳ, có hơn một triệu dân ở Hoa Kỳ nói tiếng Việt tại nhà và tiếng Việt là một trong mười ngôn ngữ được sử dụng tại gia đình nhiều nhất ở Hoa Kỳ. Do đó, người tiêu dùng sẽ có thể dịch từ “Hồng Hà” sang tiếng Anh tương đương là “RED RIVER”. Vì vậy, theo học thuyết tiếng nước ngoài tương đương, các nhãn hiệu này bị coi là tương tự, gây nhầm lẫn với nhau. Ngoài ra, USPTO cho rằng, nhãn hiệu xin đăng ký mặc dù được kết hợp với phần hình nhưng đối với các nhãn hiệu kết hợp cả phần từ và hình thì phần từ thường được người mua hàng nhớ nhiều hơn và được sử dụng khi gọi tên sản phẩm hoặc dịch vụ. Bởi vậy, phần từ thường có vai trò quan trọng hơn trong việc xem xét, đánh giá khả năng tương tự gây nhầm lẫn giữa các nhãn hiệu.

Ngày 13/3/2007, Hồng Hà đã nộp công văn trả lời thông báo từ chối của USPTO cho đơn đăng ký nhãn hiệu “HỒNG HÀ, hình” với các lập luận sau đây:

- Theo các nguyên tắc xét nghiệm nhãn hiệu tại Hoa Kỳ, khi đánh giá tính tương tự gây nhầm lẫn giữa các nhãn hiệu cần phải xem xét, so sánh các nhãn hiệu dựa trên ấn tượng tổng thể từ cách phát âm, hình thức thể hiện, ngữ nghĩa của nó đến ấn tượng thương mại. Xét trên các phương diện này, nhãn xin đăng ký khác với nhãn hiệu đối chứng nhờ sự kết hợp với phần logo và các thành phần chữ khác.

- Theo học thuyết tiếng nước ngoài tương đương, các tiếng nước ngoài được dịch sang tiếng Anh phải là những ngôn ngữ thông dụng (common language) ở Hoa Kỳ. Yếu tố quan trọng nhất để

xác định nghĩa của một tiếng nước ngoài có được biết đến rộng rãi hay không bởi người tiêu dùng Hoa Kỳ (được hiểu phải là người có khả năng am hiểu, thành thạo ngôn ngữ nước ngoài đó) là liệu người tiêu dùng khi nhìn thấy tiếng nước ngoài đó có nghĩ ngay đến nghĩa tiếng Anh tương đương của từ đó không. Trong trường hợp này, theo USPTO, có khoảng 1 triệu người ở Hoa Kỳ nói tiếng Việt ở nhà nhưng nếu so sánh số lượng 1 triệu người này với dân số Hoa Kỳ thì chỉ chiếm tỷ lệ khoảng 0,33% dân số Hoa Kỳ. Do đó, số lượng người tiêu dùng biết ý nghĩa của từ “Hồng Hà” là “Red River” là không đáng kể.

- Theo thực tiễn xét nghiệm của Hoa Kỳ, thậm chí, nếu nhãn hiệu là từ nước ngoài có nghĩa tương đương trong tiếng Anh với nhãn đã đăng ký thì sự tương tự về ngữ nghĩa này cũng chỉ là một khía cạnh. Sự tương tự về nghĩa này có thể sẽ không còn có ý nghĩa nhiều trong việc đánh giá khả năng tương tự gây nhầm lẫn nếu các nhãn hiệu khác nhau về cách trình bày, cách phát âm hoặc các yếu tố khác. Rõ ràng là nhãn hiệu đối chứng chỉ gồm hai từ “RED” và “RIVER”, trong khi đó nhãn hiệu xin đăng ký bao gồm cả phần từ và phần hình; phần từ thì gồm rất nhiều từ được phát âm khác với nhãn đối chứng.

Sau khi xem xét công văn trả lời, USPTO đã hoàn toàn bị thuyết phục và đồng ý rằng nhãn hiệu xin đăng ký “HỒNG HÀ, hình” và nhãn đối chứng “RED RIVER” không tương tự gây nhầm lẫn. Vì vậy, USPTO đã rút bỏ ý kiến từ chối đăng ký cho nhãn hiệu “HỒNG HÀ, hình” cho các sản phẩm văn phòng phẩm thuộc nhóm 16. Công ty cổ phần Văn phòng phẩm Hồng Hà được chấp nhận đăng ký nhãn hiệu “HỒNG HÀ, hình” tại Hoa Kỳ.

Theo nguồn: <https://www.lele.com.vn/index.php/vn/tin-tuc/51-lê-lê-thành-công-trong-việc-đề-nghị-cơ-quan-sáng-chế-và-nhãn-hiệu-hoa-kỳ-uspto-rút-lại-từ-chối-đăng-ký-nhãn-hiệu-“hồng-hà,-hình”>.

Có một số khác biệt giữa cơ chế bảo hộ theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp với cơ chế bảo hộ của pháp luật về sở hữu trí tuệ:

Một là, việc bảo hộ tên doanh nghiệp theo pháp luật về doanh nghiệp được thực hiện một cách tự động. Điều đó có nghĩa là doanh nghiệp bị vi phạm chưa cần thiết phải làm thủ tục khiếu nại thì cơ quan đăng ký doanh nghiệp đã phải có nghĩa vụ rà soát xem tên của doanh nghiệp đang đăng ký có vi phạm tên của doanh nghiệp nào đã đăng ký trước đó hay chưa¹? Trong khi đó, muốn bảo hộ theo quy chế của pháp luật về sở hữu trí tuệ đối với tên thương mại thì doanh nghiệp phải tiến hành các thủ tục theo quy định của pháp luật về sở hữu trí tuệ và quan trọng là doanh nghiệp này phải có nghĩa vụ chứng minh đã có hành vi vi phạm tên thương mại của mình.

Hai là, việc bảo hộ tên thương mại chỉ đặt ra đối với các chủ thể kinh doanh trong cùng lĩnh vực và khu vực kinh doanh. Do đó, nếu không cùng lĩnh vực kinh doanh thì vấn đề bảo hộ không đặt ra. Theo quy định tại khoản 1 Điều 39 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì chỉ cần tên của doanh nghiệp (bất kể có hoạt động cùng lĩnh vực hay không) nếu trùng hoặc gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đặt trước đó thì sẽ bị từ chối. Nói cách khác, trong trường hợp này, phạm vi bảo hộ của pháp luật về doanh nghiệp trong vấn đề tên của doanh nghiệp là rộng hơn so với pháp luật về sở hữu trí tuệ.

1. Theo điểm b khoản 1 Điều 28 Luật Doanh nghiệp năm 2014, một trong các điều kiện để cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp là doanh nghiệp phải có tên gọi được đặt theo quy định của pháp luật: không trùng, không gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đặt trước đó (TG).

Trường hợp thứ hai: Tên doanh nghiệp sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc.

Đây là tiêu chí khó khăn nhất đối với cả người đăng ký thành lập doanh nghiệp và cả cơ quan đăng ký kinh doanh. Trên thực tế, hầu như rất khó để xác định thế nào là thuần phong mỹ tục, truyền thống lịch sử của dân tộc.

RẮC RỐI NHƯ... ĐẶT TÊN DOANH NGHIỆP

Hai luật sư, một tên là Hùng, một tên là Vương quyết định mở một công ty luật hợp danh. Thường thì công ty luật hợp danh sẽ lấy luôn tên riêng của luật sư để đặt, nên hai luật sư quyết định đặt tên công ty là Công ty Luật hợp danh Hùng Vương. Tuy nhiên, đề xuất này đã không được cơ quan đăng ký kinh doanh chấp nhận vì “đụng” đến tên của vua Hùng, một trong những hình thức đặt tên bị cấm.

Một trường hợp khác, có công ty muốn đặt tên doanh nghiệp là Công ty trách nhiệm hữu hạn Lê Quý Đôn. Tuy nhiên, cũng vì “đụng” tên danh nhân, nên cơ quan đăng ký kinh doanh buộc phải từ chối. Quy định “không được lấy tên danh nhân” để đặt tên doanh nghiệp hiện nay, theo nhận định của nhiều vị trưởng phòng đăng ký kinh doanh, là một quy định khó áp dụng. Đơn giản là vì chưa có tiêu chí và danh mục công nhận danh nhân.

Một ví dụ khôi hài khác là trường hợp một doanh nghiệp ở Hà Nội đề xuất đặt tên doanh nghiệp là Công ty trách nhiệm hữu hạn Cung cấp dịch vụ Sung Sướng. Trước yêu cầu này, cơ quan đăng ký kinh doanh Hà Nội khá bối rối vì không biết cái tên này có bị coi là “vi phạm thuần phong mỹ tục” như quy định hay không?

Một cái tên khác cũng từng bị từ chối là Công ty cổ phần Ăn mòn Việt Nam, với ngành, nghề kinh doanh chất... ăn mòn. Tuy nhiên, cán bộ đăng ký kinh doanh khá lúng túng trước cụm từ “ăn mòn Việt Nam” có “nhạy cảm” gì không? Trong khi đó, có nhiều đề xuất đặt tên rất đơn giản cũng không được chấp thuận, như trường hợp một doanh nghiệp muốn đặt tên là Công ty cổ phần Giáo dục và Đào tạo Thanh Hóa. Nghe ra thì cái tên này không có vấn đề gì, nhưng cụm từ “Giáo dục và Đào tạo Thanh Hóa” đã trùng với tên của Sở Giáo dục và Đào tạo Thanh Hóa, và điều này cũng bị cấm!

Theo nguồn: <http://vneconomy.vn/doanh-nhan/rac-roi-nhu-dat-ten-doanh-nghiep-20130910114548271.htm>

Nhằm tháo gỡ những vướng mắc trên, ngày 01/10/2014 Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch đã ban hành Thông tư số 10/2014/TT-BVHTTDL¹ hướng dẫn đặt tên doanh nghiệp phù hợp với truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức, thuần phong mỹ tục của dân tộc. Theo Điều 2 Thông tư này những trường hợp đặt tên doanh nghiệp sau đây vi phạm truyền thống lịch sử của dân tộc:

1. Sử dụng tên trùng tên danh nhân, trừ các trường hợp sau đây:

a) Người thành lập doanh nghiệp khi đặt tên doanh nghiệp theo tên riêng của mình nhưng trùng một phần hoặc toàn bộ tên danh nhân thì phải đặt đầy đủ họ, tên theo đúng tên ghi trong Giấy khai sinh của người thành lập doanh nghiệp;

1. Vì được ban hành trên cơ sở các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 nên đến thời điểm hiện tại thông tư này, về nguyên tắc pháp lý, cũng không còn hiệu lực.

b) Trường hợp doanh nghiệp do nhiều tổ chức, cá nhân sáng lập dự định đặt tên riêng doanh nghiệp bằng cách sử dụng tên riêng của một trong số những người sáng lập nhưng trùng với tên danh nhân thì việc đặt tên doanh nghiệp được thực hiện theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 2 Thông tư số 10/2014/TT-BVHTTDL;

c) Trường hợp đặt tên riêng doanh nghiệp bằng cách sử dụng tên ghép của tổ chức, cá nhân sáng lập nhưng trùng với tên danh nhân thì phải có dấu gạch nối (-) giữa các tên tổ chức, cá nhân sáng lập được ghép.

2. Sử dụng tên đất nước, địa danh trong các thời kỳ bị xâm lược và tên những nhân vật trong lịch sử bị coi là phản chính nghĩa, kìm hãm sự tiến bộ.

3. Sử dụng tên của những nhân vật lịch sử là giặc ngoại xâm hoặc những người có tội với đất nước, với dân tộc.

4. Các trường hợp khác về sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử theo quy định của pháp luật.

Đồng thời, Điều 3 Thông tư số 10/2014/TT-BVHTTDL cũng hướng dẫn các trường hợp đặt tên doanh nghiệp bị coi là vi phạm văn hóa, đạo đức, thuần phong mỹ tục của dân tộc:

1. Sử dụng từ ngữ, ký hiệu mang ý nghĩa dung tục, khiêu dâm, bạo lực, tội ác, tệ nạn xã hội;

2. Sử dụng từ ngữ, ký hiệu thể hiện hoặc ám chỉ sự đe dọa, xúc phạm, phỉ báng, lăng mạ, bôi nhọ, khiếm nhã đối với tổ chức, cá nhân khác;

3. Sử dụng từ ngữ, ký hiệu thể hiện hoặc ám chỉ sự phân biệt, kỳ thị vùng miền, dân tộc, tôn giáo, chủng tộc, giới;

4. Các trường hợp khác về sử dụng từ ngữ vi phạm văn hóa, đạo đức, thuần phong mỹ tục của dân tộc theo quy định của pháp luật.

Trường hợp thứ ba: Sử dụng tên cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tên của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp để làm toàn bộ hoặc một phần tên riêng của doanh nghiệp, trừ trường hợp có sự chấp thuận của cơ quan, đơn vị, hoặc tổ chức đó.

2. Doanh nghiệp có tài sản

Để tiến hành hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp cần phải có tài sản. Tài sản của doanh nghiệp được hình thành dựa trên ba nguồn: (i) Tài sản do các thành viên, cổ đông (gọi chung là nhà đầu tư) đầu tư vào doanh nghiệp; (ii) Tài sản do doanh nghiệp huy động; và (iii) Tài sản do doanh nghiệp tạo lập nên trong quá trình hoạt động như chênh lệch giữa mệnh giá và thị giá trong quá trình phát hành cổ phần, lợi nhuận được giữ lại để tái đầu tư.

Nhìn nhận trong quá trình thành lập và hoạt động của doanh nghiệp, tài sản trong doanh nghiệp tại thời điểm được thành lập chỉ bao gồm một nguồn duy nhất là từ các nhà đầu tư. Cho nên, tại thời điểm doanh nghiệp được thành lập, tài sản trong các doanh nghiệp chính là vốn điều lệ của doanh nghiệp.

3. Doanh nghiệp có trụ sở giao dịch, được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh

Trụ sở chính của doanh nghiệp là địa điểm liên lạc của doanh nghiệp trên lãnh thổ Việt Nam trong trường hợp cần thiết. Trụ sở phải có địa chỉ được xác định gồm số nhà, ngách, hẻm, ngõ, phố, đường hoặc thôn, xóm, ấp, xã, phường, thị trấn, huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; số điện thoại, số fax và thư điện tử (nếu có).

Mục đích kinh doanh được hiểu là mục đích tìm kiếm lợi nhuận hợp pháp của doanh nghiệp. Chính mục đích này là yếu tố căn bản để phân biệt doanh nghiệp với các tổ chức khác. Tuy vậy, với sự ra đời của Luật Doanh nghiệp năm 2014, cần thiết phải phân biệt doanh nghiệp và doanh nghiệp xã hội. Theo đó, nếu mục đích lớn nhất của doanh nghiệp là lợi nhuận thì đối với doanh nghiệp xã hội, ngoài mục tiêu lợi nhuận ra, còn phải đáp ứng các mục tiêu mang tính xã hội. Cụ thể, doanh nghiệp này phải đáp ứng các tiêu chí sau (theo khoản 1 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

- Là doanh nghiệp được đăng ký thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014;

- Mục tiêu hoạt động nhằm giải quyết vấn đề xã hội, môi trường vì lợi ích cộng đồng;

- Sử dụng ít nhất 51% tổng lợi nhuận hằng năm của doanh nghiệp để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường như đã đăng ký.

II. THÀNH LẬP, QUẢN LÝ VÀ GÓP VỐN VÀO DOANH NGHIỆP

1. Thành lập doanh nghiệp

1.1. Đối tượng có quyền thành lập doanh nghiệp

Kế thừa các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009, 2013 (sau đây gọi là Luật Doanh nghiệp năm 2005), hầu như không có sự thay đổi lớn nào về các đối tượng có quyền thành lập doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014. Theo đó, nguyên tắc là tất cả các cá nhân, tổ chức đều có quyền thành lập doanh nghiệp tại Việt Nam, trừ những trường hợp bị cấm theo quy định của pháp luật.

1.2. Theo khoản 2 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014, có bốn nhóm tổ chức, cá nhân bị cấm thành lập doanh nghiệp:

- Nhóm các cá nhân làm việc trong lĩnh vực nhà nước hoặc an ninh, quốc phòng như cán bộ, công chức, viên chức theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức, viên chức, sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân, viên chức quốc phòng trong các cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân Việt Nam; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân Việt Nam.

- Cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân sử dụng tài sản nhà nước để thành lập doanh nghiệp kinh doanh thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình.

Mục đích thu lợi riêng được hiểu là việc sử dụng thu nhập dưới mọi hình thức có được từ hoạt động kinh doanh vào một trong các mục đích sau đây:

+ Chia dưới mọi hình thức cho một số hoặc tất cả những người trong cơ quan, đơn vị;

+ Bổ sung vào ngân sách hoạt động của cơ quan, đơn vị trái với quy định của pháp luật về ngân sách nhà nước;

+ Lập quỹ hoặc bổ sung vào quỹ phục vụ lợi ích riêng của cơ quan, đơn vị.

- Nhóm các đối tượng bị cấm liên quan đến yếu tố năng lực hành vi như người chưa thành niên, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự; tổ chức không có tư cách pháp nhân.

- Các đối tượng bị cấm khác như người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, chấp hành hình phạt tù, quyết định xử lý hành chính tại cơ sở cai nghiện bắt buộc, cơ sở giáo dục bắt buộc

hoặc người đang bị cấm hành nghề kinh doanh, đảm nhiệm chức vụ hoặc làm công việc nhất định liên quan đến kinh doanh theo quyết định của Tòa án; các trường hợp khác theo quy định của pháp luật về phá sản, phòng, chống tham nhũng.

2. Góp vốn vào doanh nghiệp

2.1. Khái niệm

Góp vốn là việc góp tài sản để tạo thành vốn điều lệ của công ty. Góp vốn bao gồm góp vốn để thành lập doanh nghiệp hoặc góp thêm vốn điều lệ của doanh nghiệp đã được thành lập (khoản 13 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2.2. Các chủ thể có quyền góp vốn

Về nguyên tắc, mọi cá nhân, tổ chức đều có quyền góp vốn vào doanh nghiệp, trừ các trường hợp bị cấm. Theo khoản 3 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014, có hai đối tượng bị cấm góp vốn là:

- Cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân sử dụng tài sản nhà nước góp vốn vào doanh nghiệp để thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình.

- Các đối tượng không được góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức.

Có hai vấn đề cần làm rõ liên quan đến các đối tượng bị cấm góp vốn theo quy định trên:

Một là, khái niệm thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình như đã trình bày ở trên.

Hai là, các đối tượng không được góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức.

Điều 20 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 quy định: Người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan nhà nước không được góp vốn vào doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi ngành, nghề mà người đó trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước hoặc để vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con kinh doanh trong phạm vi ngành, nghề do người đó trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước.

Có một sự thay đổi lớn về góp vốn theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 so với Luật Doanh nghiệp năm 2005. Cụ thể, theo khoản 4 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005, góp vốn là việc đưa tài sản vào doanh nghiệp để trở thành chủ sở hữu hoặc các chủ sở hữu chung của doanh nghiệp. Tài sản góp vốn có thể là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác ghi trong Điều lệ công ty do thành viên góp để tạo thành vốn của doanh nghiệp.

Luật Doanh nghiệp năm 2005 cho thấy:

Thành viên/cổ đông sáng lập	Thành viên/cổ đông
<i>Thành viên sáng lập</i> là người góp vốn, tham gia xây dựng, thông qua và ký tên vào bản Điều lệ đầu tiên của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh (khoản 10 Điều 4)	<i>Cổ đông</i> là người sở hữu ít nhất một cổ phần đã phát hành của công ty cổ phần (khoản 11 Điều 4)
<i>Cổ đông sáng lập</i> là cổ đông tham gia xây dựng, thông qua và ký tên vào bản Điều lệ đầu tiên của công ty cổ phần (khoản 11 Điều 4)	

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, cán bộ, công chức khi tham gia góp vốn chỉ cần không làm thành viên sáng lập, có nghĩa là *không tham gia xây dựng, thông qua và ký tên vào bản Điều lệ đầu tiên của doanh nghiệp* thì họ vẫn có quyền tham gia vào doanh nghiệp ngay từ khi doanh nghiệp được thành lập.

Trong khi đó, khoản 13 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chia việc góp vốn thành hai loại căn cứ vào thời điểm thành lập công ty:

- *Góp vốn để thành lập doanh nghiệp*: Việc góp vốn xảy ra vào thời điểm công ty chưa được thành lập.

- *Góp thêm vốn điều lệ của doanh nghiệp*: Việc góp vốn sau khi công ty đã được thành lập.

Sự khác biệt so với Luật Doanh nghiệp năm 2005 là trong Luật Doanh nghiệp năm 2014, những đối tượng bị cấm thành lập doanh nghiệp cũng sẽ bị cấm góp vốn để thành lập doanh nghiệp (tức là tham gia doanh nghiệp vào những ngày đầu khi doanh nghiệp chưa được thành lập) bất kể là họ có tham gia xây dựng, thông qua và ký tên vào Điều lệ đầu tiên của doanh nghiệp hay không.

Người thành lập doanh nghiệp là tổ chức, cá nhân thành lập hoặc góp vốn để thành lập doanh nghiệp (khoản 19 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2.3. Tài sản góp vốn

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN THÁI BÌNH DƯƠNG

Dương, Thành, Trung và Hải thành lập Công ty trách nhiệm hữu hạn Thái Bình Dương kinh doanh xúc tiến xuất khẩu.

Công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh với vốn điều lệ 5 tỷ đồng. Trong thỏa thuận góp vốn do các bên ký, Dương cam kết góp 800 triệu đồng bằng tiền mặt (16% vốn điều lệ), Thành góp vốn bằng giấy nhận nợ của Công ty Thành Mỹ (dự định sẽ là bạn hàng chủ yếu của Công ty trách nhiệm hữu hạn Thái Bình Dương), tổng số tiền trong giấy ghi nhận nợ là 1,3 tỷ đồng; giấy nhận nợ này được các thành viên nhất trí định giá là 1,2 tỷ đồng (24%). Trung góp vốn bằng ngôi nhà của mình, giá trị thực tế vào thời điểm góp vốn chỉ khoảng 700 triệu đồng, song do có quy hoạch mở rộng mặt đường, nhà của Trung dự kiến sẽ ra mặt đường, do vậy các bên nhất trí định giá ngôi nhà này là 1,5 tỷ đồng (30%). Hải cam kết góp 1,5 tỷ đồng bằng tiền mặt (30%), song mới tạm góp 500 triệu đồng. Các bên thỏa thuận khi nào công ty cần, Hải sẽ góp tiếp 1 tỷ đồng còn lại. Các bên thông qua bản Điều lệ, quy định Thành giữ chức Giám đốc, Hải giữ chức Chủ tịch Hội đồng Thành viên. Người đại diện theo pháp luật là Giám đốc công ty.

Sau một năm hoạt động, công ty có lãi ròng là 800 triệu đồng, song bốn thành viên không thống nhất được cách phân chia lợi nhuận. Hải khởi kiện ra tòa đòi hưởng 50% số lợi nhuận vì cho rằng phần vốn góp của mình chiếm 50% số vốn thực tế của công ty. Trên thực tế, Dương đã góp 800 triệu đồng bằng tiền mặt, giá trị thực tế của nhà đất mà Trung đã góp khoảng 700 triệu đồng. Theo tính toán của Hải, việc góp vốn bằng giấy ghi nợ của Thành là bất hợp pháp, mặc dù Công ty Thành Mỹ đã thanh toán cho Công ty Thái Bình Dương khoảng 600 triệu đồng trước khi lâm vào tình trạng vỡ nợ.

Theo nguồn: Tổ công tác thi hành Luật Doanh nghiệp.

Góp vốn là việc đưa tài sản vào công ty để trở thành chủ sở hữu hoặc các chủ sở hữu chung của công ty. Bằng hành vi góp vốn vào công ty, Dương, Thành, Trung và Hải đã trở thành thành viên của Công ty trách nhiệm hữu hạn Thái Bình Dương.

Tài sản góp vốn có thể là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác có thể định giá được bằng Đồng Việt Nam. Tài sản góp vốn có thể là tài sản hữu hình hoặc cũng có thể là tài sản vô hình (theo khoản 1 Điều 35 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Về nguyên tắc, những gì được gọi là tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 thì đều có thể đem góp vốn. Tuy vậy, trên thực tế, những tài sản đem góp vốn phải là những tài sản có thể xác định được giá trị và có thể giao dịch được trên thị trường.

Một vấn đề rắc rối là khái niệm tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự là một khái niệm quá rộng¹. Tuy đều là tài sản, nhưng các loại tài sản khác nhau lại có những khác biệt nhất định. Ví dụ: Với tài sản là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng thì chúng ta có thể biết được giá trị của nó. Nhưng những tài sản khác như nhà cửa, xe cộ, quyền sử dụng đất... lại có sự khác biệt. Có thể xác định thành viên góp vốn bằng tiền mặt, nhưng nếu thành viên góp vốn bằng một căn nhà thì khó xác định chính xác giá trị. Về mặt lôgích, bao giờ người đem góp căn nhà cũng muốn các thành viên khác tính giá trị căn nhà của mình cao. Trong khi đó, các thành viên khác thường có xu hướng muốn định giá căn nhà này càng thấp càng tốt.

1. Điều 105 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản.

2.4. Định giá tài sản

Như trên đã đề cập, khi tiến hành góp vốn, người ta phải xác định được giá trị của tài sản đem góp vốn. Theo đó, khoản 1 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chia tài sản thành hai nhóm:

Nhóm 1: Những tài sản không cần phải định giá bao gồm tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng.

Nhóm 2: Những tài sản phải định giá bao gồm tất cả các tài sản không nằm trong nhóm 1 nêu trên.

a) Chủ thể có quyền định giá tài sản góp vốn:

Về nguyên tắc, chỉ có các thành viên (sáng lập) hoặc tổ chức định giá chuyên nghiệp mới có quyền tiến hành việc định giá tài sản. Ngoài hai chủ thể này thì không có một chủ thể nào có quyền làm việc này, dù thời điểm góp vốn là khi thành lập doanh nghiệp hay trong quá trình doanh nghiệp đang hoạt động.

- *Tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp* phải được các thành viên, cổ đông sáng lập định giá theo nguyên tắc nhất trí hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được đa số các thành viên, cổ đông sáng lập chấp thuận (khoản 2 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

- *Tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động* do chủ sở hữu, Hội đồng Thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, Hội đồng Quản trị đối với công ty cổ phần và người góp vốn thỏa thuận định giá hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá, thì giá trị tài sản góp vốn phải được người góp vốn và doanh nghiệp chấp thuận (khoản 3 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

b) Nguyên tắc định giá tài sản góp vốn:

Việc góp vốn thành lập công ty được tiến hành trên cơ sở tự nguyện. Do đó, việc định giá tài sản cũng được thực hiện theo nguyên tắc các thành viên tự quyết định.

Trong Công ty trách nhiệm hữu hạn Thái Bình Dương, tài sản được các thành viên cam kết góp lần lượt là Dương cam kết góp 800 triệu đồng bằng tiền mặt, Thành góp vốn bằng giấy nhận nợ của Công ty Thành Mỹ, tổng số tiền trong giấy ghi nhận nợ là 1,3 tỷ đồng, giấy nhận nợ này được các thành viên nhất trí định giá là 1,2 tỷ đồng; Trung góp vốn bằng ngôi nhà của mình, giá trị thực tế vào thời điểm góp vốn chỉ khoảng 700 triệu đồng, song do có quy hoạch mở rộng mặt đường, nhà của Trung dự kiến sẽ ra mặt đường, do vậy các bên nhất trí định giá ngôi nhà này là 1,5 tỷ đồng; Hải cam kết góp 1,5 tỷ đồng bằng tiền mặt (30% vốn điều lệ), song mới tạm góp 500 triệu đồng và các bên thỏa thuận khi nào công ty cần, Hải sẽ góp tiếp 1 tỷ đồng còn lại.

Những tài sản được các thành viên cam kết góp thành lập Công ty trách nhiệm hữu hạn Thái Bình Dương đều là những tài sản có thể góp vốn. Tuy vậy, trong trường hợp này, có hai vấn đề cần phải làm rõ:

Thứ nhất: Việc góp vốn bằng giấy nhận nợ 1,3 tỷ đồng được định giá là 1,2 tỷ đồng.

Thứ hai: Căn nhà đem góp vốn trị giá 700 triệu đồng, nhưng được định giá 1,5 tỷ đồng.

Về nguyên tắc, các thành viên có quyền định giá tài sản góp vốn theo nguyên tắc nhất trí. Cần phải thấy ý nghĩa của việc

định giá tài sản góp vốn là nhằm xác định giá trị của tài sản. Do đó, các thành viên phải xác định theo đúng giá trị của nó, tránh trường hợp “ăn gian”.

Nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn so với giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì các thành viên, cổ đông sáng lập liên đới chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng số chênh lệch giữa giá trị được định và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá.

Nói một cách dễ hiểu, việc định giá tài sản phải được thực hiện theo nguyên tắc đúng với giá trị của nó tại thời điểm kết thúc định giá. Nếu các thành viên sáng lập cố tình định giá tài sản góp vốn cao hơn so với giá thị trường thì các thành viên sáng lập này phải đối diện với hậu quả bất lợi là họ phải liên đới chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng số chênh lệch giữa giá trị được định và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá.

Việc định giá tài sản phải theo giá trị thị trường tại thời điểm định giá được lý giải từ bản chất của vốn góp. Dưới góc độ pháp lý, vốn của công ty là để trả nợ. Bởi vì, trong quá trình kinh doanh, công ty có thể mua hàng trả chậm, mua thiếu, nợ tiền của các đối tác, nhưng đến thời hạn, công ty vẫn phải trả nợ cho các chủ nợ. Các chủ nợ nhìn vào khả năng trả nợ của công ty như thế nào để cân nhắc có cho công ty nợ hay không?

Nếu khả năng trả nợ chỉ có 1, nhưng công ty lại công bố với các chủ nợ là “khả năng trả nợ của tôi là 10”, đến hạn trả nợ, công ty không có đủ tài sản để trả nợ thì như vậy là gây thiệt hại và rủi ro cho các chủ nợ.

Trường hợp nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì người góp vốn, chủ sở hữu, thành viên Hội đồng Thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, thành viên Hội đồng Quản trị đối với công ty cổ phần cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời, liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do việc cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế (khoản 3 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Trở lại với tình huống trên, khoản nợ được ghi nhận trong giấy nhận nợ mà Thành đem góp vốn là 1,3 tỷ, nhưng chỉ được định giá 1,2 tỷ. Giấy nhận nợ ghi nhận cho Trung quyền đòi nợ. Tuy vậy, trong quyền đòi nợ bao hàm rủi ro trong trường hợp con nợ không trả được nợ. Do đó, mặc dù giá trị của khoản nợ là 1,3 tỷ, nhưng trên thực tế, khó mà chấp nhận phần vốn góp 1,3 tỷ đồng của Thành. Với hành vi góp vốn, Thành đã chuyển quyền đòi nợ sang cho Công ty trách nhiệm hữu hạn Thái Bình Dương. Một nguyên tắc được pháp luật về sở hữu ghi nhận là chủ sở hữu là người được hưởng lợi hợp pháp từ tài sản mà mình sở hữu. Mặt trái của nó là có rủi ro với tài sản thì chủ sở hữu phải tự gánh chịu. Khi đã chấp nhận cho Thành góp bằng giấy nhận nợ, thì trong trường hợp con nợ không trả được nợ, công ty sẽ phải tự chịu mà không có quyền yêu cầu Thành phải góp thêm vào.

Tuy vậy, việc các thành viên sáng lập định giá căn nhà của Trung là 1,5 tỷ đồng là việc làm trái quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Việc định giá căn nhà phải theo giá thị trường tại thời điểm định giá. Tình tiết có quy hoạch mở rộng mặt đường,

nhà của Trung dự kiến sẽ ra mặt đường không phải là căn cứ để các thành viên có thể định giá căn nhà cao hơn thực tế. Bởi vì, đây chỉ là sự suy đoán mà không phải là một cái gì đó chắc chắn. Có thể giá căn nhà sẽ cao hơn trong tương lai, nhưng cũng có thể quy hoạch bị “treo”, giá của căn nhà không tăng lên như dự đoán của các thành viên sáng lập.

Bản chất của vốn điều lệ của công ty là yếu tố bảo đảm cho các bên thứ ba trong giao dịch với công ty. Khi xảy ra rủi ro, công ty phải lấy tài sản của mình để trả nợ. Với chế độ trách nhiệm hữu hạn này, chủ nợ chỉ có thể trông đợi ở tài sản của công ty mà không có quyền đòi các thành viên. Việc quy định nghĩa vụ định giá tài sản theo giá thị trường là một trong các biện pháp bảo vệ cho các bên trong quan hệ với công ty.

Quy định của Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014 khá chặt chẽ trong việc bảo đảm quyền lợi của chủ nợ của công ty. Theo quy định này thì các thành viên sáng lập phải liên đới chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá trong trường hợp cố tình định giá tài sản góp vốn cao hơn so với giá thị trường. Tuy vậy, trên thực tế, chứng minh việc vi phạm nguyên tắc này rất khó. Điều này xuất phát từ bản chất việc góp vốn là một vấn đề rất riêng tư giữa các thành viên công ty, người ngoài không có cơ hội để biết trên thực tế các thành viên góp như thế nào. Thêm nữa là, sau khi góp vốn điều lệ một thời gian, công ty mới lâm vào tình trạng nợ nần. Lúc này, tài sản của công ty đã thay đổi rất nhiều so với khi góp vốn. Sự thay đổi các loại tài sản cũng như sự gia tăng hoặc giảm sút về giá trị tài sản là một trong những rào cản lớn cho

việc chứng minh sự gian dối trong việc định giá tài sản của các thành viên sáng lập khi thành lập công ty.

III. CHI NHÁNH, VĂN PHÒNG ĐẠI DIỆN VÀ CON DẤU CỦA DOANH NGHIỆP

1. Chi nhánh và văn phòng đại diện

Trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp có thể mở rộng quy mô, phạm vi hoạt động bằng cách thành lập các chi nhánh, văn phòng đại diện.

Theo Điều 45 Luật Doanh nghiệp năm 2014, chi nhánh được xác định là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp, có nhiệm vụ thực hiện toàn bộ hoặc một phần chức năng của doanh nghiệp, kể cả chức năng đại diện theo ủy quyền. Ngành, nghề kinh doanh của chi nhánh phải đúng với ngành, nghề kinh doanh của doanh nghiệp. Mặc dù trên thực tế, nhằm bảo đảm sự thuận tiện trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp có thể xin cấp con dấu cho chi nhánh và thậm chí là áp dụng chế độ thuế hạch toán độc lập. Tuy nhiên, xét về mặt pháp lý, chi nhánh vẫn chỉ là một bộ phận của doanh nghiệp.

Văn phòng đại diện là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp, có nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền cho lợi ích của doanh nghiệp và bảo vệ các lợi ích đó.

GIÁM ĐỐC CHI NHÁNH CÓ QUYỀN ĐẠI DIỆN KHÔNG?

Chi nhánh một ngân hàng mở một điểm giao dịch và gửi thông báo đến Cơ quan đăng ký kinh doanh. Kết quả là, Cơ quan đăng ký kinh doanh đã từ chối việc mở phòng giao dịch trên với lý do: “*Giám đốc Chi nhánh A ký tên thừa ủy quyền*”

của người đại diện theo pháp luật Ngân hàng X trên văn bản thông báo, nhưng không được đóng dấu của Chi nhánh A mà phải đóng dấu của Ngân hàng X mới bảo đảm tư cách pháp nhân, mới phù hợp tư cách nhân danh bên ủy quyền”.

Những vấn đề đặt ra:

- Thực tế có phải vậy không?

- Ai là người có quyền đại diện cho công ty?

Khoa học pháp lý gọi công ty là pháp nhân, một “con người” do pháp luật tạo ra. Nói một cách hình tượng thì công ty là một người vô hình. Công ty không có hình hài cụ thể, không thể nói, không thể hành động được, mọi hoạt động của công ty được thực hiện thông qua những con người cụ thể. Nhưng sự khác biệt ở chỗ, những người thực hiện công việc của công ty lại làm phát sinh trách nhiệm của công ty. Người ta gọi đó là đại diện (theo ngôn ngữ bình dân là thay mặt). Theo quy ước chung, có những người mà khi nói hoặc làm một điều gì đó thì được coi là công ty nói hoặc làm. Ý niệm này được pháp luật về công ty gọi là “đại diện theo pháp luật”. Điều đó có nghĩa là không cần thêm bất cứ thủ tục nào khác, những người này được suy đoán một cách mặc nhiên là người thay mặt hay đại diện cho công ty. Tùy theo mô hình công ty mà người đại diện theo pháp luật có sự khác nhau. Nếu Điều lệ không quy định khác, thì trong công ty trách nhiệm hữu hạn, người đại diện theo pháp luật là Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc Giám đốc; còn trong công ty cổ phần là Chủ tịch Hội đồng Quản trị hoặc Giám đốc. Lựa chọn người nào làm người đại diện theo pháp luật cũng như số lượng người đại diện theo pháp luật tùy thuộc vào quyết định của công ty và công ty phải thể hiện điều đó một cách minh thị trong Điều lệ.

Chi nhánh và chức năng của chi nhánh

Nói một cách hình tượng, công ty như một cái cây. Theo thời gian, cây ngày càng phát triển, “cây” công ty “đẻ” ra nhiều nhánh cây. Cành cây có thể tỏa ra nhiều hướng quanh thân cây. Trong khoa học pháp lý, luật pháp thừa nhận công ty có quyền mở chi nhánh. Trụ sở chính của công ty cũng như thân cây chỉ có một, nhưng nhánh cây (chi nhánh) thì nhiều. Cũng từ đó, một cách mặc nhiên, chúng ta hiểu rằng chi nhánh là một phần không tách rời của công ty, một bộ phận phụ thuộc của công ty. “Cây” công ty mà chết thì “nhánh cây” chi nhánh cũng không thể sống được! Nhưng nhánh chết thì cây vẫn sống.

Mỗi loài cây sẽ cho một loại quả nhất định. Cây cam sẽ có trái cam. Là một bộ phận của cây cam, thì nhánh cam không thể sản sinh ra quả quýt! Cũng tương tự, chi nhánh có quyền hoạt động trong phạm vi ngành, nghề công ty kinh doanh mà không được thực hiện các hoạt động khác ngoài phạm vi kinh doanh của “cây” công ty.

Các chi nhánh đều có người đứng đầu, gọi là Giám đốc chi nhánh. Dù một “cây” công ty có bao nhiêu nhánh đi chăng nữa thì người ta cũng chỉ nhìn vào đó với tư cách là một cái cây mà thôi. Do đó, pháp luật về công ty không có sự phân biệt giữa “cây” công ty nhiều nhánh hay cây ít nhánh, tất cả đều là “cây” và đều chỉ có một người đại diện theo pháp luật mà thôi. Người đại diện cho công ty giống như gốc cây, có quyền điều phối toàn bộ các vấn đề liên quan đến “cây” công ty từ thân cây cho đến các nhánh cây. Nhánh cây không thể nằm ngoài sự kiểm soát đó. Khi nhánh “ly khai” gốc cây, thì hành vi “vượt rào” ấy sẽ không được pháp luật thừa nhận. Cụ thể, nếu Giám đốc chi nhánh của công ty ký kết các hợp đồng mà chưa được sự chấp thuận của người đại diện theo pháp luật của công ty, thì pháp luật về

hợp đồng sẽ coi đó là hợp đồng vô hiệu vì người giao kết không có thẩm quyền đại diện.

Với những “cây” công ty nhỏ ít nhánh, thì “gốc” có thể “coi ngó” cho cả thân cây và nhánh cây. Nhưng với những “cây” công ty mà thân cây lớn với rất nhiều nhánh cây, một mình gốc cây phải “coi ngó” cho toàn bộ “cây” công ty là một việc rất khó khăn. Cũng từ đó, phát sinh khả năng san sẻ chức năng đại diện của “gốc cây” (Giám đốc). Cách thức thực hiện là Giám đốc (gốc cây) phải ủy quyền cho những điểm nút Giám đốc chi nhánh là người đứng đầu “các nhánh cây”. Lúc này, các điểm nút Giám đốc sẽ có quyền “coi ngó” hay đại diện cho “nhánh cây” mà Giám đốc đó đứng đầu. Việc chia sẻ quyền đại diện cho các Giám đốc chi nhánh thuộc về kỹ thuật quản trị mà không mang tính bắt buộc về mặt pháp lý. Có hai điều cần lưu ý ở đây:

Một là, Giám đốc đứng đầu chi nhánh không đương nhiên có quyền đại diện cho chi nhánh mà quyền này chỉ phát sinh khi có sự san sẻ hay ủy quyền của người đại diện của công ty.

Hai là, trong trường hợp này, vì Giám đốc công ty là người duy nhất có quyền đại diện cho công ty nên phạm vi ủy quyền rộng hay hẹp do Giám đốc công ty quyết định; đồng thời, bất cứ lúc nào Giám đốc công ty cũng có quyền hủy việc ủy quyền cho Giám đốc chi nhánh.

Cho nên, mặc dù chi nhánh có quyền thực hiện toàn bộ các hoạt động của công ty giống như nhánh cam có quyền sản sinh ra quả cam, nhưng không vì thế mà suy đoán người đứng đầu chi nhánh cũng đương nhiên có quyền đại diện cho chi nhánh trong phạm vi các công việc mà chi nhánh thực hiện. Việc cung cấp chất dinh dưỡng cho nhánh cam để tạo ra quả cam là chịu sự “điều phối” của gốc cam. Do vậy, nếu không có “sự cho phép”

của gốc cam, thì các điểm nút cũng không thể “đại diện” cho nhánh cam là như vậy.

Trở lại với chuyện chi nhánh ngân hàng mở phòng giao dịch. Giám đốc chi nhánh được sự ủy quyền của Giám đốc công ty trong việc đại diện cho chi nhánh trong phạm vi hoạt động của chi nhánh. Việc mở phòng giao dịch của chi nhánh cũng giống như việc nhá cây để ra nhánh con. Nếu đã thừa nhận Giám đốc chi nhánh có quyền đại diện cho chi nhánh, bao hàm cả những nhánh con của nhánh cây, thì hầu như không có lý do gì cho việc từ chối mở phòng giao dịch như tình huống nêu trên.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Giám đốc chi nhánh có quyền đại diện hay không? Thời báo Kinh tế Sài Gòn, ngày 23/6/2011.

2. Con dấu của doanh nghiệp

Theo Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2005, doanh nghiệp có con dấu riêng. Con dấu của doanh nghiệp phải được lưu giữ và bảo quản tại trụ sở chính của doanh nghiệp. Hình thức và nội dung của con dấu, điều kiện làm con dấu và chế độ sử dụng con dấu thực hiện theo quy định của Chính phủ. Việc sử dụng con dấu của doanh nghiệp được quản lý bằng một quy trình chặt chẽ. Con dấu được xác định là tài sản của doanh nghiệp. Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm quản lý, sử dụng con dấu.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 so với Luật Doanh nghiệp năm 2005 có những thay đổi lớn liên quan đến các quy định về quản lý và sử dụng con dấu. Theo đó, doanh nghiệp có quyền quyết định về hình thức, số lượng và nội dung con dấu của doanh nghiệp. Nội dung con dấu phải thể hiện những thông tin: (i) *Tên doanh nghiệp* và (ii) *Mã số doanh nghiệp*.

Chủ doanh nghiệp tư nhân đối với doanh nghiệp tư nhân, Hội đồng Thành viên đối với công ty hợp danh, Hội đồng Thành viên hoặc Chủ tịch công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, Hội đồng Quản trị đối với công ty cổ phần quyết định số lượng, hình thức, nội dung và mẫu con dấu, việc quản lý và sử dụng con dấu, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác. Nội dung Điều lệ hoặc quyết định về con dấu của doanh nghiệp phải bao gồm:

- Mẫu con dấu, gồm: Hình thức, kích cỡ, nội dung, màu mực dấu.
- Số lượng con dấu.
- Quy định về quản lý và sử dụng con dấu.

Mẫu con dấu doanh nghiệp được thể hiện dưới một hình thức cụ thể (hình tròn, hình đa giác hoặc hình dạng khác). Mỗi doanh nghiệp có một mẫu con dấu thống nhất về nội dung, hình thức và kích thước¹.

	Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2005	Điều 44 Luật Doanh nghiệp năm 2014
<i>Số lượng</i>	Chỉ một; trong trường hợp cần thiết, có thể có con dấu thứ hai.	Số lượng do doanh nghiệp quyết định.
<i>Hình thức</i>	Theo quy định của nghị định về quản lý và sử dụng con dấu.	Do doanh nghiệp quyết định.

1. Khoản 1, 2 Điều 12 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp.

<i>Quản lý, sử dụng</i>	Theo quy định của nghị định về quản lý và sử dụng con dấu.	Việc quản lý, sử dụng và lưu giữ con dấu thực hiện theo quy định của Điều lệ công ty.
-------------------------	--	---

Bên cạnh quy định về con dấu doanh nghiệp, Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp (sau đây gọi là Nghị định số 96/2015/NĐ-CP) còn hướng dẫn chi tiết về số lượng, hình thức, nội dung mẫu con dấu của chi nhánh, văn phòng đại diện. Nội dung mẫu con dấu của chi nhánh, văn phòng đại diện phải có tên chi nhánh, văn phòng đại diện theo quy định tại các khoản 1 và 2 Điều 41 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Ngoài thông tin nêu trên, doanh nghiệp có thể bổ sung thêm ngôn ngữ, hình ảnh khác vào nội dung mẫu con dấu của chi nhánh, văn phòng đại diện¹. Tuy nhiên, cần lưu ý những trường hợp doanh nghiệp không được sử dụng các hình ảnh, từ ngữ, ký hiệu sau đây trong nội dung hoặc làm hình thức mẫu con dấu:

- Quốc kỳ, Quốc huy, Đảng kỳ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

- Hình ảnh, biểu tượng, tên của Nhà nước, cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội nghề nghiệp.

- Từ ngữ, ký hiệu và hình ảnh vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong, mỹ tục của dân tộc Việt Nam².

1. Khoản 1, 2 Điều 13 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP.

2. Khoản 1 Điều 14 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP.

NGƯỜI ĐẠI DIỆN VÀ CON DẤU CỦA CÔNG TY

Một vụ kiện xảy ra ở Đồng Nai, theo đó, một người được Tòa án tuyên là có quyền quản lý công ty, nhưng trong bản án lại không đề cập chuyển bàn giao lại con dấu cho người đó. Do đó, Cơ quan thi hành án chỉ thi hành việc bàn giao lại công ty cho người quản lý, mà không thực hiện việc thu hồi con dấu để bàn giao với lý do tòa án... không tuyên! Kết quả là, người này không thực hiện được việc quản lý của mình vì không có con dấu.

Câu chuyện trên đề cập hai vấn đề: Một là, người đại diện công ty và hai là, con dấu của công ty.

Pháp luật về công ty đã sử dụng hình ảnh pháp nhân (ở đây pháp nhân hay công ty được sử dụng với cùng một nghĩa) làm xuất phát điểm cho các vấn đề có liên quan. Công ty là một “con người” do pháp luật tạo nên, độc lập với ông chủ đã bỏ tiền để tạo ra nó. Pháp luật về công ty phải được áp dụng bởi vì các ông chủ của công ty có quá nhiều mối quan hệ phức tạp với nhiều khoản chi tiêu khác nhau. Các tài sản của ông chủ, về cơ bản, được chia làm hai nhóm: Tài sản tiêu dùng và tài sản đầu tư. Chỉ ông chủ mới biết ông ta đang tiêu tiền của mình hay là tiền mà ông mang đi đầu tư. Cũng vì lẽ đó mà pháp luật về công ty mới buộc ông phải tách bạch tài sản tiêu dùng và tài sản đầu tư. Để bảo đảm rằng khối tài sản mà ông chủ đầu tư không bị mất mát và bị tranh đoạt bởi người khác, pháp luật về công ty đã sử dụng khái niệm “pháp nhân” nhằm giải quyết vấn đề này. Theo đó, một “con người” tưởng tượng ra đời, được quy ước rằng sẽ sở hữu phần tiền mà ông chủ đã mang đi đầu tư và chỉ chi tiêu khoản tiền này vào một mục đích duy nhất là kinh doanh. “Con người” công ty này về đại thể, khác ông chủ của nó ở

các điểm sau: (i) “Con người” công ty cũng có tài sản giống ông chủ, nhưng tài sản này chỉ dùng vào một mục đích duy nhất là kinh doanh mà không chi tiêu vì những lý do khác; (ii) “Con người” công ty có nhiều mối quan hệ, nhưng các mối quan hệ này, suy cho cùng, cũng chỉ phục vụ cho mục đích kinh doanh của nó mà thôi.

Mặc dù pháp luật về công ty quy định cho công ty có quyền sở hữu, nhưng tài sản mà “con người” công ty sở hữu có nguồn gốc tài sản của ông chủ. Tức là, nhiệm vụ của công ty là làm cái việc phân tách phần kinh doanh của ông chủ ra khỏi phần sinh hoạt bình thường.

Cho nên, về mặt lý thuyết, thì có thể tưởng tượng được “con người” công ty. Nhưng khi đối mặt với các hoạt động thực tế thì “con người” công ty mang tính ước lệ kia lại không đi lại, nói năng gì được. Để giải quyết vấn đề này, pháp luật về công ty đã xây dựng nên khái niệm “đại diện”. Do đó, một con người (bằng xương bằng thịt, còn gọi là “tự nhiên nhân”, “thể nhân” để phân biệt với con người pháp lý là “pháp nhân”) sẽ thay mặt cho công ty để tiến hành các hoạt động cần thiết. Nói một cách hình tượng, mối quan hệ giữa người đại diện và công ty cũng giống như mối quan hệ giữa người ngồi đồng và các vị thần. Đã gọi là thần thánh thì người trần mắt thịt không thể nhìn thấy được nên, thần thánh có nói gì mình cũng không nghe được. Giải pháp là: Thần sẽ nhập vào xác phàm của người ngồi đồng, mượn cái thân xác trần tục kia để phát ngôn những lời thần thánh (!).

Trên thực tế, thì mọi hoạt động của công ty đều phải thông qua người đại diện. Nhưng tới đây lại nảy sinh thêm rắc rối khác. Bởi vì, người đại diện của công ty dường như đang mang

trong mình hai tư cách: *Một là*, chính bản thân anh ta; *hai là*, đại diện cho công ty. Vậy thì lúc nào anh ta phát ngôn, làm những việc với tư cách cá nhân và lúc nào là nhân danh công ty? Vấn đề này cần được làm rõ, vì biết đâu người đại diện sẽ lợi dụng sự mập mờ không rõ ràng này mà làm những việc sai trái (ngôn ngữ luật hiện đại gọi là “vượt quá phạm vi đại diện”) hoặc có thể làm cho những người có liên quan có cảm giác không tin tưởng. Đây là lúc con dấu của công ty phát huy vai trò. Mỗi công ty đều có một con dấu. Các giấy tờ giao dịch của công ty phải đóng dấu của công ty. Con dấu của công ty giống như chiếc khăn đỏ mà người ngồi đồng đội trên đầu. Chiếc khăn này làm cho những người mê tín dị đoan đang cầu xin thần thánh kia tin rằng người ngồi đồng nếu có nói gì trong lúc này thì cũng là lời của thần thánh phán chứ không phải lời của anh ta. Pháp luật quy định: *“Con dấu thể hiện vị trí pháp lý và khẳng định giá trị pháp lý đối với các văn bản, giấy tờ của các cơ quan, tổ chức”*¹ là như vậy.

Từ đây, pháp luật về công ty cần phải làm thêm một việc nữa để hoàn chỉnh cho ý niệm “con người” công ty là quy định mối quan hệ giữa người đại diện và con dấu. Theo đó, vai trò của người đại diện là thay mặt cho công ty. Cụ thể, người này nói gì, làm gì sẽ được mặc nhiên hiểu là công ty đang nói, đang làm. Sau này, công ty không được bác bỏ. Nhưng để tránh sự nhập nhằng về tư cách cá nhân và tư cách thay mặt cho công ty khi nhân danh công ty, các giấy tờ giao dịch mà người đại diện ký phải thể hiện rõ là họ đang thay mặt công ty và phải đóng dấu

1. Điều 1 Nghị định số 58/2001/NĐ-CP ngày 24/8/2001 của Chính phủ về quản lý và sử dụng con dấu. Sau khi Luật Doanh nghiệp năm 2014 có hiệu lực, Nghị định này hết hiệu lực thi hành.

của công ty. Thiếu một trong hai yếu tố trên đều không được. Người không có quyền đại diện mà ký tên và đóng dấu vào văn bản thì cũng không có ý nghĩa gì. Người đại diện ký tên phát hành các văn bản mà không đóng dấu của công ty thì các bên liên quan sẽ không thừa nhận, sẽ nghi ngờ về tư cách đại diện của người đó¹. Cho nên, tốt nhất là phải có cả hai. Từ mối quan hệ giữa người đại diện và con dấu, luật quy định người đại diện phải quản lý con dấu: *“Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm quản lý sử dụng con dấu theo quy định của pháp luật”* (Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Trở lại câu chuyện ở trên, người được giao quyền đại diện quản lý công ty thì không có con dấu mà người không có quyền đại diện thì lại giữ con dấu. Tất nhiên, người giữ con dấu không thể làm gì được với con dấu kia, nhưng điều trái ngang là họ vẫn cứ muốn giữ. Điểm vô lý của bản án là ở chỗ, quyền quản lý, đại diện về mặt pháp lý luôn gắn liền với con dấu. Sự sai sót không đáng có này làm cho mối quan hệ bị “đứt đoạn”. Điều này cũng giống như giao cho một người cái thẻ ATM nhưng lại đưa mật khẩu cho người khác. Kết quả là cả hai đều không rút được tiền. Trong công tác thi hành án, Cơ quan thi hành án đã lựa chọn một giải pháp “khôn ngoan” với lý lẽ Tòa án không tuyên, nên không thi hành. Nhưng nếu nhìn nhận một cách khách quan thì câu trả lời này chưa đủ thuyết phục. Bởi vì, trong các quyền của người đại diện thì còn bao hàm cả quyền quản lý và sử dụng con dấu được pháp luật ghi nhận. Việc thi hành bản án về bàn giao

1. Pháp luật của Việt Nam chưa quy định về trường hợp văn bản (ví dụ như hợp đồng) do người đại diện ký mà không đóng dấu thì hợp đồng này có vô hiệu hay không (TG).

quyền quản lý công ty mà không bao gồm cả con dấu là một việc làm phiến diện!

Người đại diện có quyền yêu cầu cấp con dấu mới khi con dấu của công ty bị mất. Nhưng vấn đề là con dấu trong trường hợp này không bị mất. Do đó, việc thông báo mất con dấu và xin cấp lại con dấu khác chưa chắc được chấp thuận từ phía cơ quan công an.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Người đại diện và con dấu của công ty, Báo Diễn đàn doanh nghiệp, ngày 11/10/2011.

IV. NGÀNH, NGHỀ KINH DOANH

1. Nguyên tắc chung

Theo khoản 1 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và khoản 1 Điều 5 Luật Đầu tư năm 2014 sửa đổi, bổ sung năm 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 các cá nhân, tổ chức có quyền tự do kinh doanh trong tất cả các ngành, nghề và lĩnh vực mà pháp luật không cấm¹. Ngay từ những điều đầu tiên trong hai đạo luật quan trọng về kinh doanh ở Việt Nam, nguyên tắc này đã được ghi nhận rõ ràng. Nó là biểu hiện rõ nét một khía cạnh của quyền tự do kinh doanh mà Việt Nam theo đuổi: Quyền tự do lựa chọn lĩnh vực, ngành, nghề mà pháp luật không cấm.

Trên cơ sở đó, các ngành, nghề kinh doanh về cơ bản được chia thành ba nhóm: Các ngành, nghề kinh doanh bị cấm; ngành, nghề kinh doanh có điều kiện; và ngành, nghề được tự do kinh doanh.

1. Mặc dù Luật Đầu tư sử dụng khái niệm “ngành, nghề đầu tư kinh doanh”, tuy nhiên, để bảo đảm tính thống nhất, trong cuốn sách này nhóm tác giả sử dụng khái niệm “ngành, nghề kinh doanh”.

Tuy vậy, tùy thuộc vào điều kiện kinh tế - xã hội của quốc gia trong từng thời kỳ và quan điểm của nhà lãnh đạo, có những ngành, nghề kinh doanh trong những thời điểm nhất định sẽ bị cấm hoặc không khuyến khích kinh doanh. Các lý do để xác định các ngành, nghề bị cấm/hạn chế thông thường là lý do quốc phòng - an ninh quốc gia, trật tự - an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng. Tuy vậy, khi nghiên cứu về các ngành, nghề kinh doanh bị hạn chế hoặc bị cấm, nguyên tắc căn bản là phải luôn gắn liền với thời điểm cụ thể. Danh sách các ngành, nghề, lĩnh vực kinh doanh phụ thuộc vào các điều kiện kinh tế - xã hội và quan điểm của nhà lãnh đạo. Nên khi những yếu tố này, đặc biệt là điều kiện kinh tế - xã hội thay đổi, các ngành, nghề bị cấm hoặc hạn chế kinh doanh cũng thay đổi theo.

Khi đăng ký thành lập doanh nghiệp, khi thông báo bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh hoặc khi đề nghị cấp đổi sang Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, người thành lập doanh nghiệp hoặc doanh nghiệp lựa chọn ngành kinh tế cấp bốn trong Hệ thống ngành kinh tế của Việt Nam để ghi ngành, nghề kinh doanh trong Giấy đề nghị đăng ký doanh nghiệp, Thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp hoặc giấy đề nghị cấp đổi sang Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Cơ quan đăng ký kinh doanh hướng dẫn, đối chiếu và ghi nhận ngành, nghề kinh doanh của doanh nghiệp vào Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp¹.

1. Điều 7 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP.

VÌ SAO NÊN BỎ TỘI KINH DOANH TRÁI PHÉP?¹

Trả lời phóng viên Báo *Tuổi trẻ* về nội dung này, TS. Trần Văn Dũng, lúc đó là Phó Vụ trưởng Vụ Pháp luật hình sự - hành chính Bộ Tư pháp, phân tích:

“Tiêu chí chung để phi tội phạm hóa là do có sự thay đổi mà hành vi nào đó không còn tính nguy hiểm cho xã hội hoặc mức độ nguy hiểm cho xã hội giảm xuống, đã có biện pháp khác xử lý mà không cần thiết phải xử lý hình sự.

Với tội kinh doanh trái phép được quy định tại Điều 159 Bộ luật Hình sự năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 thì chúng ta thấy rằng Hiến pháp năm 2013 đã thể hiện rõ tư tưởng tôn trọng và bảo đảm quyền tự do kinh doanh theo nguyên tắc người dân, doanh nghiệp được đầu tư, kinh doanh những gì pháp luật không cấm. Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp được Quốc hội thông qua năm 2014 đã thể hiện rõ tư tưởng này.

Doanh nghiệp chỉ cần đăng ký kinh doanh rồi tự do lựa chọn ngành, nghề kinh doanh mà không cần phải xin phép, ghi vào giấy phép ngành, nghề, lĩnh vực cụ thể như trước đây.

Hơn nữa, những lĩnh vực cấm kinh doanh đã được quy định tại một số điều luật cụ thể của Bộ luật Hình sự (buôn bán, vận chuyển hàng cấm; sản xuất, buôn bán, vận chuyển ma túy, chất hướng thần; buôn bán người...)”.

Như vậy, điều luật quy định về tội kinh doanh trái phép không còn cơ sở để tồn tại.

Theo nguồn: <http://tuoitre.vn/tin/phap-luat/20150404/vi-sao-bo-toi-kinh-doanh-trai-phep/729521.html>, truy cập ngày 26/4/2015.

1. Bộ luật Hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 đã bỏ tội kinh doanh trái phép (BT).

2. Ngành, nghề kinh doanh bị cấm

Theo Điều 6 Luật Đầu tư năm 2014, sửa đổi, bổ sung năm 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 các ngành, nghề kinh doanh bị cấm tại Việt Nam hiện nay là:

- Kinh doanh các chất ma túy theo quy định tại Phụ lục 1 của Luật Đầu tư năm 2014, sửa đổi, bổ sung năm 2015, 2016, 2017, 2018, 2019;

- Kinh doanh các loại hóa chất, khoáng vật quy định tại Phụ lục 2 của Luật Đầu tư năm 2014, sửa đổi, bổ sung năm 2015, 2016, 2017, 2018, 2019;

- Kinh doanh mẫu vật các loại thực vật, động vật hoang dã theo quy định tại Phụ lục 1 của Công ước quốc tế về buôn bán các loài thực vật, động vật hoang dã nguy cấp năm 1973; mẫu vật các loại động vật, thực vật hoang dã nguy cấp, quý hiếm Nhóm I có nguồn gốc từ tự nhiên theo quy định tại Phụ lục 3 của Luật Đầu tư năm 2014, sửa đổi, bổ sung năm 2015, 2016, 2017, 2018, 2019;

- Kinh doanh mại dâm;

- Mua, bán người, mô, bộ phận cơ thể người;

- Hoạt động kinh doanh liên quan đến sinh sản vô tính trên người;

- Kinh doanh pháo nổ.

3. Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện

Điều kiện kinh doanh là yêu cầu mà doanh nghiệp phải có hoặc phải thực hiện khi kinh doanh ngành, nghề cụ thể, được thể hiện bằng giấy phép kinh doanh, giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, chứng chỉ hành nghề, chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp, yêu cầu về vốn pháp định hoặc yêu cầu khác.

Bản chất của việc yêu cầu các chủ thể phải đáp ứng các điều kiện

nếu giấy phép kinh doanh, giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, chứng chỉ hành nghề, chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp, yêu cầu về vốn pháp định hoặc yêu cầu khác vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng.

3.1. Giấy phép kinh doanh

Giấy phép kinh doanh, đôi khi còn được gọi là “giấy phép con”, được hiểu là loại giấy tờ do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép các doanh nghiệp, chủ thể kinh doanh tiến hành một hoặc một số hoạt động kinh doanh trong một số lĩnh vực.

Có quan điểm cho rằng, giấy phép kinh doanh là công cụ quản lý nhà nước mà hầu hết các nước trên thế giới đều sử dụng với các mức độ khác nhau để bảo đảm quyền quản lý nhà nước chặt chẽ hơn đối với một số ngành, nghề mà việc kinh doanh đòi hỏi đáp ứng những điều kiện nhất định, bảo đảm an toàn cho khách hàng và xã hội. Thông thường, giấy phép kinh doanh còn được sử dụng như một hình thức hạn chế kinh doanh đối với những ngành, nghề, lĩnh vực nhất định¹.

ĐIỀU KIỆN KINH DOANH RƯỢU THEO NGHỊ ĐỊNH SỐ 105/2017/NĐ-CP²

Điều 4. Nguyên tắc quản lý rượu

1. Kinh doanh rượu thuộc danh mục ngành, nghề đầu tư

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình pháp luật chủ thể kinh doanh*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr.27.

2. Một số nội dung trong Nghị định số 105/2017/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 17/2020/NĐ-CP ngày 05/02/2020 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định liên quan đến điều kiện đầu tư kinh doanh thuộc lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ Công Thương.

kinh doanh có điều kiện. Tổ chức, cá nhân hoạt động kinh doanh rượu phải tuân thủ các quy định của Luật Phòng, chống tác hại của rượu, bia và các quy định tại Nghị định này.

2. Thương nhân sản xuất rượu công nghiệp, sản xuất rượu thủ công nhằm mục đích kinh doanh, phân phối rượu, bán buôn rượu, bán lẻ rượu có độ cồn từ 5,5 độ trở lên phải có giấy phép; thương nhân bán rượu có độ cồn từ 5.5 độ trở lên tiêu dùng tại chỗ, thương nhân kinh doanh rượu có độ cồn dưới 5.5 độ phải đăng ký với Phòng Kinh tế hoặc Phòng Kinh tế và Hạ tầng cấp huyện; hộ gia đình, cá nhân sản xuất rượu thủ công có độ cồn từ 5,5 độ trở lên bán cho cơ sở có giấy phép sản xuất rượu để chế biến lại phải đăng ký với Ủy ban nhân dân cấp xã nơi đặt cơ sở sản xuất.

3. Trong quá trình phân phối, bán buôn, bán lẻ rượu, thương nhân phải tuân thủ các quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường, an toàn thực phẩm, phòng cháy và chữa cháy.

Trong quá trình bán rượu tiêu dùng tại chỗ, thương nhân phải tuân thủ các quy định về phòng cháy và chữa cháy và bảo vệ môi trường theo quy định của pháp luật.

Điều 25. Thẩm quyền và thủ tục cấp giấy phép

1. Thẩm quyền cấp giấy phép:

a) Bộ Công Thương là cơ quan cấp Giấy phép sản xuất rượu công nghiệp có quy mô từ 03 triệu lít/năm trở lên và Giấy phép phân phối rượu;

b) Sở Công Thương là cơ quan cấp Giấy phép sản xuất rượu công nghiệp có quy mô dưới 03 triệu lít/năm và Giấy phép bán buôn rượu trên địa bàn tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;

c) Phòng Kinh tế hoặc Phòng Kinh tế và Hạ tầng thuộc Ủy ban nhân dân cấp huyện là cơ quan cấp Giấy phép sản xuất rượu

thủ công nhằm mục đích kinh doanh, Giấy phép bán lẻ rượu trên địa bàn;

d) Cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép thì có quyền cấp sửa đổi, bổ sung và cấp lại giấy phép đó.

...

3.2. Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh

Có những ngành, nghề mà khi tiến hành hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp phải đáp ứng những điều kiện nhất định. Thông thường, đây là các điều kiện liên quan đến cơ sở vật chất hoặc con người của cơ sở đó. Khi các chủ thể kinh doanh (đã đáp ứng các điều kiện trên) yêu cầu, cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ cấp giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh. Những loại giấy chứng nhận phổ biến hiện nay có thể kể đến như giấy chứng nhận đủ điều kiện về vệ sinh an toàn thực phẩm, giấy chứng nhận đủ điều kiện về phòng cháy chữa cháy, an ninh trật tự, v.v..

3.3. Chứng chỉ hành nghề

Chứng chỉ hành nghề là văn bản mà cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam hoặc hiệp hội nghề nghiệp được Nhà nước ủy quyền cấp cho cá nhân có đủ trình độ chuyên môn và kinh nghiệm nghề nghiệp về một ngành, nghề nhất định.

Đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề phải có chứng chỉ hành nghề theo quy định của pháp luật, không nhất thiết trong mọi trường hợp tất cả các thành viên, cổ đông của doanh nghiệp đều phải đáp ứng điều kiện về chứng chỉ hành nghề. Tùy từng ngành, nghề mà sẽ có những yêu cầu riêng. Cụ thể:

- Yêu cầu Giám đốc doanh nghiệp hoặc người đứng đầu cơ sở kinh doanh phải có chứng chỉ hành nghề.

- Yêu cầu Giám đốc và người khác phải có chứng chỉ hành nghề: Giám đốc của doanh nghiệp và ít nhất một cán bộ chuyên môn theo quy định của pháp luật chuyên ngành trong doanh nghiệp phải có chứng chỉ hành nghề.

- Đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà pháp luật không yêu cầu Giám đốc hoặc người đứng đầu cơ sở kinh doanh phải có chứng chỉ hành nghề: Ít nhất một cán bộ chuyên môn theo quy định của pháp luật chuyên ngành trong doanh nghiệp phải có chứng chỉ hành nghề.

3.4. Vốn pháp định

Yêu cầu về vốn pháp định thường được đặt ra đối với các ngành, lĩnh vực đòi hỏi trách nhiệm tài sản cao của doanh nghiệp hoặc các ngành có yêu cầu về cơ sở vật chất lớn. Mục đích của yêu cầu về mức vốn tối thiểu này nhằm xác định năng lực hoạt động trong ngành, lĩnh vực đó của doanh nghiệp và góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có giao dịch với doanh nghiệp¹.

V. QUYỀN, NGHĨA VỤ CỦA DOANH NGHIỆP

Quyền, nghĩa vụ của doanh nghiệp được quy định rải rác trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Theo đó, các doanh nghiệp, tùy theo ngành, nghề, lĩnh vực hoạt động sẽ có những quyền hoặc nghĩa vụ đặc thù so với các doanh nghiệp khác.

Đồng thời, tương ứng mỗi loại hình doanh nghiệp khác nhau (ví dụ công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty cổ phần) sẽ có những quyền hoặc nghĩa vụ đặc thù.

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình pháp luật chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.28.

Tuy vậy, khi doanh nghiệp được thành lập, có những quyền và nghĩa vụ mang tính cơ bản mà các doanh nghiệp đều được hưởng hoặc/và gánh chịu không phân biệt loại hình doanh nghiệp là gì và lĩnh vực hoạt động như thế nào và được quy định một cách chung chung trong các văn bản pháp luật. Ví dụ các quyền và nghĩa vụ được quy định chung trong Luật Doanh nghiệp năm 2014. Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định việc thành lập, tổ chức quản lý, tổ chức lại, giải thể và hoạt động có liên quan của doanh nghiệp, bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân; quy định về nhóm công ty (Điều 1 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp sẽ được trình bày dựa trên hai nguyên tắc:

Thứ nhất: Các quyền, nghĩa vụ chung nhất mà tất cả các loại hình doanh nghiệp đều có.

Thứ hai: Các quyền, nghĩa vụ mang tính đặc thù của ngành, nghề được quy định trong các lĩnh vực pháp luật chuyên ngành sẽ không được trình bày ở đây. Đồng thời, các quyền và nghĩa vụ của các loại hình doanh nghiệp sẽ được trình bày lần lượt trong các chương sau của cuốn sách.

1. Quyền của doanh nghiệp

1.1. Các quyền liên quan đến tự do kinh doanh

Quyền tự do kinh doanh là một khái niệm rộng. Quyền này được hình dung một cách phổ quát từ quyền được tự do gia nhập, rút lui khỏi thị trường, quyền tự do lựa chọn hình thức kinh doanh phù hợp với nhu cầu kinh doanh, quyền tự do lựa chọn lĩnh vực, ngành, nghề kinh doanh.

Tuy vậy, các quyền về tự do kinh doanh tại Việt Nam có sự khác nhau qua từng thời kỳ. Về cơ bản, sự khác biệt này xuất phát từ ba nguyên nhân:

Thứ nhất: Sự thay đổi của nền kinh tế thị trường tại Việt Nam. Từ chỗ bắt tay vào xây dựng nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần có sự quản lý của Nhà nước định hướng xã hội chủ nghĩa chuyển sang vận hành nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, đã dẫn đến sự thay đổi mang tính tất yếu của các chủ thể chủ yếu trong nền kinh tế.

Thứ hai: Sự thay đổi trong nhận thức quản lý cũng có ảnh hưởng sâu sắc đến việc xác định các quyền của doanh nghiệp. Từ chỗ doanh nghiệp chỉ có quyền làm những gì mà pháp luật cho phép đã chuyển thành doanh nghiệp được làm những gì mà pháp luật không cấm¹.

Thứ ba: Cùng với quá trình hội nhập quốc tế sâu rộng là quá trình tiếp nhận, hài hòa hóa pháp luật và hiện tượng tiếp thu có chọn lọc những nhân tố hợp lý của pháp luật nước ngoài cũng diễn ra một cách mạnh mẽ. Chính với khuynh hướng hài hòa hóa pháp luật này, quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp được quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng trở nên khác biệt so với Luật Doanh nghiệp năm 2005.

Về cơ bản, các quyền tự do kinh doanh được nhìn nhận bao gồm các quyền: Được tự do kinh doanh trong những ngành, nghề

1. Có thể tìm thấy một minh họa sinh động trong vụ “vua lốp xe” Nguyễn Văn Chấn. Tuy vậy, chúng ta phê phán không phải nhằm mục đích phá hoại, mà quan trọng hơn là để thấy các thay đổi trong quản lý kinh tế luôn gắn liền với một quá trình thay đổi về mặt nhận thức. Dẫn theo Đặng Phong: *Tư duy kinh tế Việt Nam: 1975-1989*, Nxb. Tri thức, Hà Nội, tái bản lần 4 (tháng 5/2014), tr.5.

mà pháp luật không cấm; tự chủ kinh doanh và lựa chọn hình thức tổ chức kinh doanh; chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh; chủ động điều chỉnh quy mô và ngành, nghề kinh doanh (khoản 1, 2 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Tự do kinh doanh còn được hiểu là tự do 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 (khoản 3, 4 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

1.2. Các quyền liên quan đến hoạt động quản lý của Nhà nước

Quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp luôn được thực hiện trong sự quản lý của Nhà nước. Tuy vậy, nhằm bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp không bị ảnh hưởng cũng như để hoạt động quản lý của Nhà nước không mang tính lạm dụng, pháp luật về doanh nghiệp cũng quy định cho doanh nghiệp các quyền để tự mình có thể bảo đảm quyền lợi trước các nguy cơ bị lạm dụng trong quá trình quản lý hành chính nhà nước. Các quyền đó là quyền từ chối yêu cầu cung cấp nguồn lực không theo quy định của pháp luật; quyền khiếu nại, tố cáo khi cho rằng các hành vi hành chính hoặc quyết định hành chính không đúng quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo; quyền tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật doanh nghiệp (khoản 9, 10, 11 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

1.3. Các quyền khác

Doanh nghiệp còn có các quyền khác như: Kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu; chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp; tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh; chủ động ứng dụng khoa học và công nghệ

để nâng cao hiệu quả kinh doanh và khả năng cạnh tranh (khoản 5, 6, 7, 8 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2. Nghĩa vụ của doanh nghiệp

Quá trình hoạt động của doanh nghiệp làm phát sinh nhiều mối quan hệ giữa doanh nghiệp và các bên có liên quan. Mặc dù thừa nhận mục tiêu của doanh nghiệp là lợi nhuận cũng như thừa nhận và bảo hộ quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp, nhưng pháp luật vẫn phải bảo đảm quyền lợi của các bên có liên quan đến doanh nghiệp.

Hoạt động của doanh nghiệp trên thực tế sẽ phát sinh các mối quan hệ cơ bản sau đây:

- *Quan hệ giữa doanh nghiệp và Nhà nước;*
- *Quan hệ giữa doanh nghiệp và người lao động;*
- *Quan hệ giữa doanh nghiệp và bên thứ ba (chủ nợ, khách hàng, cộng đồng...).*

Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định các nghĩa vụ của doanh nghiệp. Tuy vậy, so với Luật Doanh nghiệp năm 2005, quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về nghĩa vụ của doanh nghiệp có nhiều khác biệt. Sự khác biệt này được nhìn nhận từ sự thay đổi của các điều kiện kinh tế - xã hội của Việt Nam hiện nay cũng như sự thay đổi về nhận thức, quan điểm lập pháp. Kể từ Luật Doanh nghiệp năm 1999, sau 15 năm xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, các điều kiện kinh tế - xã hội đã thay đổi một cách căn bản. Bối cảnh nền kinh tế của những ngày đầu chuyển sang nền kinh tế thị trường đã có nhiều thay đổi sau gần hai thập kỷ vận hành. Doanh nghiệp là đơn vị chủ đạo trong nền kinh tế, nên nghĩa vụ luật định đối với doanh nghiệp cũng phải thay đổi trong sự thay đổi chung.

Sự thay đổi về nhận thức, quan điểm pháp lý và cách thức quản lý đối với doanh nghiệp cũng tác động mạnh mẽ đến việc thiết lập các nghĩa vụ của doanh nghiệp. Với tư tưởng chủ đạo là hạn chế tối đa sự can thiệp của Nhà nước vào hoạt động của doanh nghiệp, quy định về nghĩa vụ của doanh nghiệp thể hiện một cách rõ ràng nguyên tắc: Những gì pháp luật không cấm thì doanh nghiệp có quyền làm.

2.1. Trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp và Nhà nước

Các nghĩa vụ của doanh nghiệp là kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật; tổ chức công tác kế toán, lập và nộp báo cáo tài chính trung thực, chính xác, đúng thời hạn; tuân thủ quy định của pháp luật về quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, bình đẳng giới, bảo vệ tài nguyên, môi trường, bảo vệ di tích lịch sử - văn hóa và danh lam thắng cảnh. Trong quá trình đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp có quyền tự do lựa chọn ngành, nghề, mô hình kinh doanh. Nhưng khi đã lựa chọn, doanh nghiệp phải thực hiện đầy đủ, kịp thời các nghĩa vụ về đăng ký doanh nghiệp, đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, công khai thông tin về thành lập và hoạt động, báo cáo và các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật. Doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của thông tin kê khai trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp và các báo cáo trong trường hợp phát hiện thông tin đã kê khai hoặc báo cáo thiếu (khoản 2, 3, 6, 7, 8 Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2.2. Trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp và người lao động

Doanh nghiệp phải bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động;

không được phân biệt đối xử và xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người lao động trong doanh nghiệp; không được sử dụng lao động cưỡng bức và lao động trẻ em; hỗ trợ và tạo điều kiện thuận lợi cho người lao động tham gia đào tạo nâng cao trình độ, kỹ năng nghề; thực hiện chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm y tế và bảo hiểm khác cho người lao động theo quy định của pháp luật (khoản 4 Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2.3. Trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp và bên thứ ba (chủ nợ, khách hàng, cộng đồng...)

Doanh nghiệp phải bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hóa, dịch vụ theo tiêu chuẩn do pháp luật quy định hoặc tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố. Trong khi đa phần các trường hợp, doanh nghiệp được tự do kinh doanh, thì vẫn tồn tại một số lĩnh vực, ngành, nghề mà doanh nghiệp phải đáp ứng một số điều kiện nhất định khi tiến hành hoạt động kinh doanh vì lý do lợi ích công cộng, an ninh quốc phòng. Trong trường hợp này, doanh nghiệp phải đáp ứng đủ điều kiện kinh doanh khi kinh doanh ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện theo quy định của pháp luật về đầu tư và bảo đảm duy trì đủ điều kiện đầu tư kinh doanh đó trong suốt quá trình hoạt động kinh doanh (khoản 1, 5 Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Một nghĩa vụ mới mà doanh nghiệp phải tuân thủ theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 là thực hiện nghĩa vụ về đạo đức kinh doanh để bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng và người tiêu dùng (khoản 9 Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

VI. KHUÔN KHỔ CHO HOẠT ĐỘNG CỦA DOANH NGHIỆP

Trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp chịu sự điều chỉnh bởi nhiều quy phạm khác nhau, trong đó phổ biến nhất là: Pháp luật, điều lệ và thỏa thuận thành lập, thỏa thuận thành viên/cổ đông.

1. Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp

Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được coi là “giấy khai sinh” của doanh nghiệp¹. Kể từ thời điểm được cấp Giấy chứng nhận, doanh nghiệp được xem là đã ra đời. Theo Điều 29 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp sẽ theo mẫu trên phạm vi toàn quốc và gồm bốn nội dung:

- *Tên và mã số doanh nghiệp.*
- *Địa chỉ trụ sở chính.*
- *Họ, tên và các thông tin của các thành viên, cổ đông, chủ sở hữu doanh nghiệp.*
- *Vốn điều lệ.*

Kể từ khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, doanh nghiệp có các quyền và thực hiện các nghĩa vụ theo quy định của pháp luật. Tuy vậy, đối với ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, trong một số trường hợp, ngoài Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, nếu muốn tiến hành kinh doanh thì doanh nghiệp phải đáp ứng thêm một số điều kiện nhất định.

1. Trong phạm vi của cuốn sách, các thuật ngữ “chứng nhận đăng ký doanh nghiệp” và “chứng nhận đăng ký kinh doanh” được sử dụng với cùng một nghĩa (TG).

2. Điều lệ doanh nghiệp

2.1. Khái niệm Điều lệ doanh nghiệp

Điều lệ của công ty được hiểu là bản thỏa thuận giữa những người sáng lập công ty với các cổ đông và giữa các cổ đông với nhau cùng được soạn thảo căn cứ trên những khuôn mẫu chung của luật pháp (pháp luật doanh nghiệp, pháp luật thuế, pháp luật lao động...) để xác định cách tạo lập, hoạt động và giải thể của một doanh nghiệp¹.

Theo quy định của Điều 25 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Điều lệ công ty bao gồm Điều lệ khi đăng ký doanh nghiệp và Điều lệ được sửa đổi, bổ sung trong quá trình hoạt động.

2.2. Các nội dung của Điều lệ

Trong quá trình kinh doanh, các cổ đông, thành viên trong công ty quan tâm đến ba nội dung:

- *Các vấn đề liên quan đến mối quan hệ giữa các cổ đông, thành viên với nhau:* Đây là nội dung chủ yếu của Điều lệ. Vì trước hết, Điều lệ là thỏa thuận giữa các cổ đông/thành viên hoặc giữa cổ đông/thành viên sáng lập với các thành viên/cổ đông còn lại trong công ty. Khác với doanh nghiệp tư nhân là loại doanh nghiệp một chủ, các công ty với đặc thù là mối liên kết kinh doanh của nhiều người (ngoại trừ công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và doanh nghiệp nhà nước) có các mối quan hệ rất phức tạp. Do đó, giữa những người cùng kinh doanh chung này phải xác định mối quan hệ giữa họ với nhau được xác lập dựa trên vốn hay nhân thân, và cách thức quyết định các vấn đề trong công ty.

1. Nguyễn Ngọc Bích: *Bản điều lệ*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, 03/8/2006.

- *Quản trị trong công ty*: Khi đã xác định các mối quan hệ, các thành viên, cổ đông phải xác định công ty do họ thành lập nên được quản lý như thế nào, cách thức mà các cơ quan trong công ty vận hành cũng như tương quan giữa các cơ quan này với nhau, quyền và lợi ích mà những người quản lý công ty được hưởng ra sao.

- *Ứng xử và trách nhiệm của công ty đối với người ngoài*.

BẢN ĐIỀU LỆ

(...)

Bản Điều lệ phải thâm tó m vào nó nhữ ng điều khoản của Luật doanh nghiệp đã “đượ c cắt gọt” để nhữ ng người sáng lập vận hành đượ c “cổ xe”. Nó là sự cụ thể hóa Luật doanh nghiệp¹ vào hoàn cảnh cụ thể của một doanh nghiệp. Công việc ấy đòi hỏi người sáng lập phải thực tế, hiểu biết lòng người để đừ ng đại dộ t “trói tay” mình chặt hơn luật đòi hỏi.

Thí dụ, luật quy định muố n ngưng buổi họp đại hội giữa chừng cần có 51% cổ phần của nhữ ng người hiện diện chấp thuận thì bản Điều lệ không nên lý tưởng hóa lòng tốt của con người để nâng lên thành “của toàn thể cổ đông hiện diện”; hoặc luật quy định cổ phần của người từ trần sẽ đượ c chuyển sang cho người thừa kế thì các cổ đông sáng lập có thể suy nghĩ “không trái luật” rằng: “chơi với nó thì biết chứ chơi với con hay cháu nó thì biết thế nào” và vì vậy, họ sẽ bàn bạc để ghi trong bản Điều lệ rằng “cổ phần của người từ trần sẽ đượ c bán lại cho công ty”.

1. Luật Doanh nghiệp năm 2005 (BT).

Vậy bản Điều lệ lặp lại Luật doanh nghiệp, nhưng trong một số vấn đề mà những người sáng lập quan tâm, nó đi sâu hơn, chi tiết hơn Luật doanh nghiệp. Cũng chính vì việc “đi sâu hơn” này mà các cổ đông sáng lập còn ký kết với nhau hợp đồng góp vốn trước khi ký bản Điều lệ, bởi vì có những điều họ muốn nhưng không thể ghi vào bản Điều lệ. Thí dụ A, B, C góp vốn, họ đồng ý là A sẽ luôn là Chủ tịch. Trong bản Điều lệ, theo Luật doanh nghiệp, họ chỉ có thể ghi “Hội đồng Thành viên bầu một thành viên làm Chủ tịch” chứ không thể ghi một cách “thẳng mực tàu” là A được. Ngoài ra, còn nhiều vấn đề nữa mà các cổ đông sáng lập phải làm nhưng không thể ghi vào bản Điều lệ. Thí dụ có một số việc phải làm trước khi công ty hình thành nhưng về sau công ty lại không thành lập được. Vì những sự đa dạng phức tạp của đời sống mà Luật doanh nghiệp không thể tiên liệu hết nên một bản Điều lệ muốn đạt mục đích “quy định” và “đối kháng” của nó thường phải mở rộng luật bằng cách vận dụng luật.

Do vậy, một bản Điều lệ làm theo mẫu do cơ quan đăng ký kinh doanh đề nghị thì không bao giờ đủ, chưa kể đến việc trong đó có những điều khoản phục vụ lợi ích của cơ quan quản lý nhiều hơn là cho lợi ích của doanh nghiệp, và thậm chí là ép phải dùng bằng cách từ chối đăng ký. Một môi trường đầu tư thuận lợi nằm ở chỗ tôn trọng quyền lợi của người đầu tư khi luật pháp được áp dụng chứ không phải ở chỗ luật thông thoáng.

Theo nguồn: Nguyễn Ngọc Bích: Bản Điều lệ, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, ngày 03/8/2006.

3. Thỏa thuận cổ đông, thành viên

Trong quá trình hoạt động, ngoài các quy định mang tính ràng buộc từ các quy định của pháp luật (cả trong pháp luật doanh nghiệp, văn bản hướng dẫn thi hành và các văn bản quy phạm pháp luật trong các lĩnh vực pháp luật chuyên ngành), trong nội bộ doanh nghiệp, còn có thể có các thỏa thuận cổ đông hoặc thỏa thuận thành viên.

Các thỏa thuận này được giao kết giữa nội bộ một nhóm các cổ đông, thành viên hoặc thậm chí là thỏa thuận giữa tất cả các đối tượng này nên còn gọi là thỏa thuận cổ đông/thành viên (sau đây gọi tắt là thỏa thuận cổ đông). Các thỏa thuận này có thể xác lập trước hoặc sau khi công ty thành lập.

Theo khoản 1, 2 Điều 19 Luật Doanh nghiệp năm 2014, người thành lập doanh nghiệp được ký các loại hợp đồng phục vụ cho việc thành lập và hoạt động của doanh nghiệp trước và trong quá trình đăng ký doanh nghiệp.

Trường hợp doanh nghiệp được thành lập thì doanh nghiệp phải tiếp tục thực hiện quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đã ký kết quy định tại khoản 1 Điều 19 Luật Doanh nghiệp năm 2014, trừ trường hợp các bên hợp đồng có thỏa thuận khác.

Quy định tại Điều 19 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ là một trong các trường hợp thể hiện vai trò của các thỏa thuận cổ đông, theo đó, trong hợp đồng thành lập doanh nghiệp, các bên có quyền thỏa thuận về việc *thực hiện quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng trong trường hợp doanh nghiệp không được thành lập*. Như vậy sẽ tránh được những phiền toái không đáng có khi xảy ra sự kiện doanh nghiệp không được thành lập.

Tuy nhiên, phạm vi áp dụng của Điều 19 Luật Doanh nghiệp năm 2014 khá hẹp, chỉ bao gồm “các loại hợp đồng phục vụ cho việc thành lập và hoạt động của doanh nghiệp trước và trong quá trình đăng ký doanh nghiệp” mà doanh nghiệp được thành lập thì sẽ kế thừa các loại hợp đồng đó - tiêu biểu như hợp đồng dịch vụ thành lập doanh nghiệp, hợp đồng thuê trụ sở... Điều 19 Luật Doanh nghiệp năm 2014 không đề cập một cách minh thị đến thỏa thuận cổ đông. Do cơ sở pháp lý chưa rõ ràng, câu hỏi về hiệu lực pháp lý của thỏa thuận cổ đông và việc thi hành thỏa thuận cổ đông vẫn có nhiều quan điểm khác nhau trong thực tế. Các cổ đông có thể thỏa thuận về việc giới hạn quyền chuyển nhượng cổ phần, các trường hợp mua lại cổ phần... Trên thực tế, các thỏa thuận cổ đông này có thể bổ sung vào các điều khoản trong Điều lệ hoặc thậm chí quy định khác/trái với Điều lệ công ty cũng như trái với các quy định của pháp luật về doanh nghiệp.

Như vậy, trong quá trình hoạt động, các doanh nghiệp chịu sự điều chỉnh bởi rất nhiều văn bản. Trong đó, quan trọng và phổ biến nhất phải kể đến là:

- *Các quy định của pháp luật;*
- *Các thỏa thuận góp vốn, thỏa thuận cổ đông;*
- *Điều lệ công ty;*
- *Các văn bản khác.*

Tuy vậy, cần phải cân trọng khi xác lập và sử dụng các thỏa thuận cổ đông. Bởi vì, không phải lúc nào các thỏa thuận này cũng được chấp nhận trong quá trình giải quyết các tranh chấp tại Tòa án hoặc trọng tài, đặc biệt, trong trường hợp các thỏa thuận này trái/khác với quy định của Điều lệ và pháp luật.

VII. DOANH NGHIỆP XÃ HỘI

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN KOTO - DOANH NGHIỆP XÃ HỘI ĐẦU TIÊN Ở VIỆT NAM

Trung tâm dạy nghề nhân đạo KOTO được thành lập năm 1999, bắt đầu từ một tiệm bánh mỳ kẹp, nhằm tạo công ăn việc làm cho 9 trẻ lang thang cơ nhỡ. Từ đó, KOTO lớn mạnh và được trao tặng nhiều giải thưởng. Trung tâm đã cung cấp cho trẻ khuyết tật, trẻ em đường phố độ tuổi từ 16 đến 22 một chương trình đào tạo dạy nghề liên tục kéo dài 24 tháng trong lĩnh vực nhà hàng, khách sạn (bao gồm bộ phận tiền sảnh và bộ phận hỗ trợ), các kỹ năng sống cơ bản và tiếng Anh. Học viên tốt nghiệp tại KOTO được nhận chứng chỉ quốc tế từ Học viện Box Hill (Úc), từ đó có nhiều cơ hội phát triển sự nghiệp tại các khách sạn, khu nghỉ và nhà hàng hàng đầu tại Việt Nam cũng như trên thế giới. Hiện nay đang có 150 học viên tham gia chương trình. Cho đến tháng 9/2016, KOTO đã đào tạo thành công gần 700 bạn trẻ, trong đó nhiều người đã tự đứng ra kinh doanh, một số doanh nghiệp này đi theo mô hình doanh nghiệp xã hội qua đó tạo thêm nhiều cơ hội cho các học viên và cựu học viên của KOTO.

Năm 2002, KOTO đăng ký kinh doanh là công ty trách nhiệm hữu hạn tại Sở Kế hoạch và Đầu tư thành phố Hà Nội. Năm 2016, KOTO trở thành doanh nghiệp xã hội được công nhận đầu tiên ở Việt Nam theo tinh thần của Điều 10 Luật doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 96/2015/NĐ-CP.

Lợi nhuận: Năm 2011 với 16,7 tỷ đồng, năm 2012 với 21,6 tỷ đồng, năm 2013 với 23,8 tỷ đồng, năm 2016 với 31,9 tỷ đồng.

Tầm nhìn: Thông qua sức mạnh của mô hình doanh nghiệp xã hội để giúp trẻ em thiệt thòi và dễ bị tổn thương thay đổi cuộc sống, tự tin bước vào đời.

Sứ mệnh: Trang bị cho trẻ em thiết thòi và dễ bị tổn thương các kỹ năng sống, đào tạo nghề và cung cấp các cơ hội để các em có thể tiếp tục tự xây dựng tương lai.

Giá trị: Công bằng, cộng đồng, tôn trọng, phối hợp, hiệu quả.

Cơ cấu và quản trị:

Tầm nhìn, sứ mệnh và giá trị của KOTO luôn hiện hữu trong cách KOTO tiếp cận và tổ chức. Vì là một doanh nghiệp phi lợi nhuận, KOTO sử dụng doanh thu trực tiếp đầu tư trở lại chương trình đào tạo thay vì trả cổ tức cho cổ đông như hình thức kinh doanh truyền thống. Hoạt động kinh doanh của KOTO bao gồm các lĩnh vực: Dịch vụ khách hàng, du lịch, nhà hàng, dịch vụ quản lý hoạt động ẩm thực, dịch vụ đào tạo hướng nghiệp...

Định hướng hoạt động được phản ánh trong cơ cấu tổ chức của KOTO gồm hai bộ phận. *Thứ nhất là* doanh nghiệp xã hội KOTO, chịu trách nhiệm quản lý mảng dịch vụ ẩm thực và đào tạo tại nhà hàng. *Thứ hai là* Quỹ KOTO, quản lý hoạt động đào tạo, trung tâm đào tạo và khu ký túc xá trên toàn quốc. Trong đó, doanh thu tạo ra từ hoạt động của doanh nghiệp xã hội KOTO sẽ bù đắp cho chi phí vận hành của Quỹ KOTO.

Hoạt động của KOTO tại Việt Nam được giám sát bởi Hội đồng Quản trị (không nhận lương) tại Úc và được yêu cầu báo cáo tới Cục thuế của Úc. Chín thành viên trong Hội đồng Quản trị được phân chia thành các tiểu ban, trong đó có tiểu ban quản lý quỹ cộng đồng, nhằm bảo đảm các yêu cầu về thuế, có thể phát hành được hóa đơn thuế. Đây chính là vị trí pháp lý của KOTO tại Úc, tạo điều kiện cho KOTO gây quỹ hỗ trợ tại Việt Nam.

Nguồn: Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương, Hội đồng Anh và Trường Đại học Kinh tế Quốc dân: Diễn hình doanh nghiệp xã hội tại Việt Nam, nguồn tại: <https://www.britishcouncil.vn/sites/default/files/sach-dien-hinh-doanh-nghiep-xa-hoi-tai-viet-nam.pdf>, tr.28.

1. Khái niệm và đặc điểm

Doanh nghiệp xã hội là thuật ngữ pháp lý mới xuất hiện ở Việt Nam. Trong thời gian gần đây, doanh nghiệp xã hội đang nhận được sự quan tâm của các nhà hoạch định chính sách, cũng như các nhà nghiên cứu khoa học pháp lý. Hiện nay, địa vị pháp lý của doanh nghiệp xã hội được quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành của đạo luật này.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 không đưa ra định nghĩa về doanh nghiệp xã hội, nhưng có các tiêu chí để xác định doanh nghiệp xã hội tại khoản 1 Điều 10. Từ quy định này chúng ta có thể hiểu, doanh nghiệp xã hội là doanh nghiệp được thành lập theo Luật Doanh nghiệp, với mục đích hoạt động nhằm giải quyết vấn đề xã hội, môi trường vì lợi ích cộng đồng, trong đó sử dụng ít nhất 51% tổng lợi nhuận hằng năm để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường. Các đặc điểm dưới đây cũng đồng thời là các tiêu chí của doanh nghiệp xã hội theo pháp luật Việt Nam:

Thứ nhất, doanh nghiệp xã hội là doanh nghiệp được đăng ký thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014:

Theo điểm a khoản 1 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì doanh nghiệp xã hội có tiêu chí đầu tiên là doanh nghiệp được đăng ký thành lập theo quy định của Luật này. Như vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 không coi doanh nghiệp xã hội là một loại hình doanh nghiệp đặc thù, mà cũng giống như doanh nghiệp thông thường. Doanh nghiệp xã hội vẫn tổ chức và hoạt động theo một trong các loại hình doanh nghiệp: Công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh và

doanh nghiệp tư nhân¹. Vì cũng là một doanh nghiệp, nên để thành lập doanh nghiệp xã hội, doanh nhân xã hội (người bỏ vốn để thành lập doanh nghiệp xã hội được các tác giả sử dụng thuật ngữ “doanh nhân xã hội”) phải thực hiện các thủ tục pháp lý thông thường để thành lập một doanh nghiệp trong số các loại hình doanh nghiệp đã được Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định. Tiêu chí này thể hiện một trong những đặc điểm cơ bản của doanh nghiệp xã hội, tương tự doanh nghiệp thông thường, đó là có hoạt động kinh doanh.

Hiện nay, thủ tục thành lập doanh nghiệp xã hội được quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 96/2015/NĐ-CP. Giống như mọi doanh nghiệp khác, doanh nghiệp xã hội cũng có tên riêng. Dựa trên các nguyên tắc về tên doanh nghiệp được pháp luật quy định, doanh nhân xã hội sẽ chủ động quyết định đặt tên cho doanh nghiệp xã hội. Theo các quy định từ Điều 38 đến Điều 42 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì không có quy định riêng trong việc đặt tên cho doanh nghiệp xã hội. Theo khoản 2 Điều 4 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP thì có thể bổ sung thêm cụm từ “xã hội” vào tên riêng của doanh nghiệp xã hội. Quy định có thể bổ sung thêm cụm từ “xã hội” vào tên riêng của doanh nghiệp xã hội là một quy phạm tùy nghi, do người thành lập doanh nghiệp xã hội tự quyết định.

Thứ hai, doanh nghiệp xã hội có mục tiêu hoạt động nhằm giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường vì lợi ích cộng đồng:

Theo điểm b khoản 1 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014

1. Ủy ban thường vụ Quốc hội: *Báo cáo số 798/BC-UBTVQH13 ngày 24/11/2014 về tiếp thu, chỉnh lý, giải trình dự án Luật doanh nghiệp (sửa đổi)*, Hà Nội.

thì doanh nghiệp xã hội có mục tiêu hoạt động nhằm giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường vì lợi ích cộng đồng. Các vấn đề xã hội, môi trường và cộng đồng như bảo vệ môi trường, bảo vệ và đáp ứng các quyền cơ bản của con người thông qua các hoạt động tạo công ăn việc làm cho những nhóm người khó hòa nhập, dễ bị tổn thương, cung cấp các dịch vụ y tế, giáo dục, cung cấp nước sạch, xử lý rác thải, ô nhiễm... Chính các mục tiêu xã hội này trở thành động lực thôi thúc các doanh nhân xã hội thành lập doanh nghiệp xã hội và sử dụng phương án kinh doanh để giải quyết các vấn đề xã hội.

Khoản 1 Điều 5 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP quy định doanh nghiệp xã hội phải thông báo Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường cho cơ quan đăng ký kinh doanh, để công khai trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp khi thành lập doanh nghiệp hoặc trong quá trình hoạt động. Thông qua hành vi pháp lý này, một doanh nghiệp thông thường sẽ khoác lên mình “chiếc áo” doanh nghiệp xã hội, từ đó Nhà nước và xã hội có thể nhận biết được địa vị pháp lý của doanh nghiệp xã hội, kèm theo đó là các quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp xã hội.

Tiêu chí này góp phần giúp chúng ta có cơ sở để phân biệt doanh nghiệp xã hội với các doanh nghiệp thông thường khác. Cụ thể, ở doanh nghiệp thông thường, các nhà đầu tư dựa vào thị trường để tìm ra nhu cầu của khách hàng, từ đó lên kế hoạch, chiến lược đầu tư, sản xuất, kinh doanh hàng hóa, cung ứng dịch vụ và thông qua hàng loạt các hoạt động kinh doanh được điều tiết bởi các quy luật của nền kinh tế thị trường để đạt được mục đích cuối cùng là lợi nhuận. Nói cách khác, chính lợi nhuận trở thành động lực để nhà đầu tư quyết định tìm giải pháp kinh doanh, đáp ứng tốt nhất nhu cầu của khách hàng và tối đa hóa

lợi nhuận cho mình, có được lợi nhuận, tức nhà đầu tư đã thành công. Trong khi đó, đối với doanh nghiệp xã hội thì yếu tố “sinh lợi” không phải là yếu tố quyết định đến sự ra đời của doanh nghiệp, mà chính từ các vấn đề đang tồn tại trong xã hội. Các vấn đề xã hội trở thành động lực để doanh nghiệp xã hội tìm kiếm và quyết định mô hình kinh doanh phù hợp, suy cho cùng thì doanh nghiệp xã hội sử dụng phương thức kinh doanh để giải quyết vấn đề xã hội mà họ đã phát hiện ra. Khi vấn đề xã hội được giải quyết thì mục đích của doanh nghiệp xã hội đã đạt được, dù có thể chính doanh nghiệp xã hội không thu về được lợi nhuận, thậm chí bị thua lỗ. Như vậy, doanh nghiệp thông thường và doanh nghiệp xã hội là các doanh nghiệp hoạt động theo cơ chế thị trường, nghĩa là phải có doanh thu và lợi nhuận, tuy nhiên chúng khác nhau về bản chất và đích đến¹.

Trên thực tế, doanh nghiệp xã hội cũng hay bị nhầm lẫn với trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp (Corporate Social Responsibilities)². Trách nhiệm xã hội là cam kết nỗ lực cải thiện chất lượng cuộc sống của cộng đồng thông qua quá trình kinh doanh và đóng góp của các doanh nghiệp một cách tự nguyện. Bản chất của trách nhiệm xã hội là ghi nhận sự cam kết tự nguyện của doanh nghiệp thực hiện những chuẩn mực đạo đức và xã hội vì mục tiêu con người và phát triển bền vững, mang tính chất là hoạt động bổ sung của doanh nghiệp. Doanh nghiệp thực hiện trách nhiệm xã hội vẫn là các doanh nghiệp thông thường với mục tiêu và bản chất tìm kiếm lợi nhuận. Trong khi đó, tôn chỉ,

1. Lê Nhật Bảo: “Doanh nghiệp xã hội theo pháp luật Việt Nam”, Tạp chí *Dân chủ và pháp luật*, số 02, 2017, tr.27.

2. Phan Thị Thanh Thủy: “Doanh nghiệp xã hội theo Luật Doanh nghiệp năm 2014”, Tạp chí *Dân chủ và pháp luật*, số 6 (279), 2015, tr.26.

mục đích và toàn bộ hoạt động của trách nhiệm xã hội là để giải quyết vấn đề xã hội hay môi trường đã xác định ngay từ khi thành lập và được duy trì trong suốt quá trình hoạt động, được thể hiện cụ thể, rõ ràng thông qua cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường. Nếu doanh nghiệp xã hội có sự thay đổi hoặc chấm dứt mục tiêu xã hội thì doanh nghiệp xã hội phải thông báo đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Thứ ba, doanh nghiệp xã hội sử dụng phần lớn lợi nhuận để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường:

Doanh nghiệp xã hội khi hoạt động kinh doanh phát sinh lợi nhuận không phân phối như các doanh nghiệp thông thường. Lợi nhuận mà doanh nghiệp có được từ hoạt động sản xuất, kinh doanh được dùng để tái đầu tư vào doanh nghiệp với mục tiêu giải quyết các vấn đề xã hội mà doanh nghiệp xã hội đang theo đuổi. Tiêu chí sử dụng lợi nhuận để tái đầu tư phục vụ các mục tiêu xã hội là điểm phân biệt doanh nghiệp xã hội với các doanh nghiệp thông thường, thể hiện rõ nét tiêu chí “vì xã hội”.

Theo điểm c khoản 1 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì doanh nghiệp xã hội phải sử dụng ít nhất 51% tổng lợi nhuận hằng năm để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường như đã đăng ký. Con số 51% là nhằm mục đích tạo điều kiện, cơ hội cho doanh nghiệp xã hội huy động vốn kinh doanh từ các nhà đầu tư, thành viên, cổ đông khác bằng việc bảo đảm có phần cổ tức nhất định cho các nhà đầu tư này, qua đó góp phần phát triển bền vững cho doanh nghiệp xã hội. Tiêu chí này góp phần định lượng rõ ràng, cụ thể mục tiêu vì xã hội của doanh nghiệp xã hội.

Mục tiêu giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường và đem lại lợi ích cho cộng đồng là sứ mệnh cao cả của doanh nghiệp

xã hội, làm cho doanh nghiệp xã hội khác hẳn với các doanh nghiệp thông thường và cũng không giống với các tổ chức từ thiện. Doanh nghiệp xã hội mang đặc tính “lai” giữa doanh nghiệp thông thường và các tổ chức từ thiện¹. Một bên là các doanh nghiệp hoạt động vì mục đích tối đa hóa lợi nhuận tài chính, còn một bên là các tổ chức phi chính phủ được thành lập nhằm theo đuổi lợi ích xã hội thuần túy. Vì vậy, doanh nghiệp xã hội là mô hình kết hợp hài hòa về cả hình thức lẫn nội dung của hai chủ thể này, lấy kinh doanh làm lĩnh vực hoạt động chính, nhưng không vì mục tiêu lợi nhuận mà là nhằm giải quyết các vấn đề xã hội cụ thể, vì thế mà phần lớn lợi nhuận được dùng để phục vụ cho xã hội, môi trường. Trong bối cảnh hiện nay, khi mà các nguồn vốn viện trợ, tài trợ đang dần rút khỏi Việt Nam, kèm theo đó là các tổ chức thiện nguyện thiếu những thiết chế quản trị tốt, chuẩn mực kế toán..., thì doanh nghiệp xã hội là sự lựa chọn lý tưởng. Thông qua việc vận hành doanh nghiệp xã hội, các nhà thiện nguyện có thể giải quyết triệt để các vấn đề xã hội, môi trường, đem lại lợi ích cho cộng đồng.

Ngoài ra, doanh nghiệp xã hội cũng có một số nét tương đồng với các doanh nghiệp công ích. Cả hai đều hướng tới mục tiêu phục vụ nhu cầu của xã hội, có thể đều cung cấp sản phẩm là các dịch vụ mang tính chất phục vụ lợi ích chung của xã hội như cung cấp nước sạch, dọn rác thải, bảo vệ môi trường...². Ở một

1. Nguyễn Đình Cung, Lưu Minh Đức, Phạm Kiều Oanh và Trần Thị Hồng Gấm: *Doanh nghiệp xã hội tại Việt Nam - Khái niệm, bối cảnh và chính sách*, <https://www.britishcouncil.vn/sites/default/files/dnxxh-tai-viet-nam-khai-niem-boi-canhh-chinh-sach.pdf>

2. Phan Thị Thanh Thủy: “Doanh nghiệp xã hội theo Luật Doanh nghiệp năm 2014”, Tạp chí *Dân chủ và pháp luật*, số 6 (279), 2015, tr.25-26.

chừng mực nhất định, các doanh nghiệp này có thể được xếp chung vào nhóm doanh nghiệp có cùng mục đích hoạt động chủ yếu. Tuy nhiên, về bản chất, doanh nghiệp xã hội được thành lập tự nguyện bởi các doanh nhân xã hội; mang tính ổn định, nhất quán, được quyết định bởi mục tiêu xã hội, không phụ thuộc vào tính chất của sản phẩm, dịch vụ mà doanh nghiệp cung cấp. Trong khi đó, doanh nghiệp công ích được Nhà nước thành lập để sản xuất, cung ứng các sản phẩm, dịch vụ công ích theo phương thức giao nhiệm vụ và được hưởng các ưu đãi đặc biệt².

2. Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp xã hội

Doanh nghiệp xã hội khác với các doanh nghiệp thông thường ở mục đích phân phối và sử dụng lợi nhuận. Vì vậy, ngoài các quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp nói chung, doanh nghiệp xã hội còn có các quyền và nghĩa vụ đặc thù tương ứng với mục tiêu giải quyết các vấn đề xã hội theo khoản 2 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Các quyền và nghĩa vụ quan trọng của doanh nghiệp xã hội bao gồm:

Thứ nhất, doanh nghiệp xã hội phải duy trì mục tiêu và điều kiện phân phối lợi nhuận trong suốt quá trình hoạt động. Như đã phân tích, đặc trưng pháp lý để phân biệt doanh nghiệp xã hội với các doanh nghiệp thông thường là ở mục tiêu và điều kiện phân phối lợi nhuận, vì vậy doanh nghiệp xã hội phải duy trì các tiêu chí này trong suốt quá trình hoạt động của mình. Pháp luật doanh nghiệp quy định các cơ chế để bảo đảm việc tuân thủ mục tiêu xã hội, môi trường của doanh nghiệp xã hội.

Thứ hai, doanh nghiệp xã hội được huy động và nhận tài trợ. Theo tìm hiểu và đánh giá của Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương, các doanh nghiệp xã hội ở Việt Nam còn khá

non trẻ, được thành lập chủ yếu từ những ý tưởng mang tính cá nhân, có vốn đầu tư ban đầu phần lớn là vốn tự đóng góp của các thành viên sáng lập với quy mô nhỏ. Doanh nghiệp xã hội có đặc thù là không vì mục tiêu lợi nhuận, lại kinh doanh trên các thị trường có rủi ro cao, lợi suất tài chính thấp nên không hấp dẫn các nhà đầu tư thương mại, cùng với đó là chi phí đầu tư cho nhân sự, quản lý của doanh nghiệp xã hội lại lớn hơn so với mức trung bình¹. Vì vậy, doanh nghiệp xã hội đang gặp nhiều khó khăn trong vấn đề tài chính, do đó những khoản đóng góp, tài trợ từ các tổ chức, cá nhân khác để phần nào bù đắp chi phí quản lý và chi phí hoạt động của doanh nghiệp xã hội là rất cần thiết.

Thứ ba, doanh nghiệp xã hội không được sử dụng các khoản tài trợ huy động được cho mục đích khác ngoài bù đắp chi phí quản lý và chi phí hoạt động để giải quyết vấn đề xã hội, môi trường mà doanh nghiệp đã đăng ký. Trên cơ sở mục tiêu giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường vì lợi ích của cộng đồng mà các doanh nghiệp xã hội mới có thể huy động được các nguồn tài trợ. Còn các nhà tài trợ khi tài trợ vào doanh nghiệp xã hội thì mong muốn khoản tài trợ ấy được sử dụng đúng mục đích và hiệu quả. Xét về bản chất, khoản tài trợ do doanh nghiệp xã hội huy động được không phải là tài sản thuộc sở hữu của doanh nghiệp xã hội, nên việc quyết định sử dụng khoản tài trợ ấy như thế nào bị giới hạn. Do đó, điểm d khoản 2 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định doanh nghiệp xã hội chỉ được sử dụng các khoản tài trợ để trang trải chi phí quản lý và chi phí hoạt động để giải quyết vấn đề xã hội, môi trường mà

1. Phan Thị Thanh Thủy: “Doanh nghiệp xã hội theo Luật Doanh nghiệp năm 2014”, Tạp chí *Dân chủ và pháp luật*, số 6 (279), 2015, tr.25-26.

doanh nghiệp đã đăng ký. Trường hợp doanh nghiệp xã hội vi phạm nghĩa vụ này thì sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính theo Nghị định số 50/2016/NĐ-CP ngày 01/6/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư (sau đây gọi tắt là Nghị định số 50/2016/NĐ-CP).

Thứ tư, Nhà nước có chính sách khuyến khích, hỗ trợ và thúc đẩy phát triển doanh nghiệp xã hội. Với khả năng phát hiện và giải quyết các vấn đề về nhu cầu an sinh xã hội, phục vụ nhu cầu của những người nghèo, yếu thế nhất và đông nhất trong xã hội (nhóm người lâu nay vẫn được bảo trợ từ các chính sách của Nhà nước, hay nói cách khác, đây là “gánh nặng” của ngân sách nhà nước)¹, doanh nghiệp xã hội chia sẻ trách nhiệm với Nhà nước, góp phần rất lớn trong việc tạo công ăn việc làm, thu nhập và cơ hội để nhóm tầng lớp này tự tin, hòa nhập, từ đó giúp họ có cuộc sống ổn định hơn. Doanh nghiệp xã hội đang ra sức giải quyết những vấn đề trong xã hội mà Nhà nước không làm xuể, giá trị mà các doanh nghiệp xã hội mang lại cho xã hội là rất lớn. Do đó, Nhà nước cần xem doanh nghiệp xã hội là người bạn đồng hành cùng với mình trong việc giải quyết các vấn đề xã hội và xây dựng các chính sách tạo điều kiện để doanh nghiệp xã hội phát triển.

1. Nguyễn Thị Yến: “Doanh nghiệp xã hội và giải pháp phát triển doanh nghiệp xã hội tại Việt Nam”, Tạp chí *Luật học*, số 11, 2015, tr.73.

Chương II

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN

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

*Thống kê số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới
theo loại hình qua các năm¹*

(Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn>)

	Năm 2015	Năm 2016	Năm 2017
Loại hình doanh nghiệp	Số lượng (doanh nghiệp)		
Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên	48.362	59.848	73.118
Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	25.060	27.685	29.389
Công ty cổ phần	15.971	18.256	21.197
Doanh nghiệp tư nhân	5.345	4.295	3.133
Công ty hợp danh	16	16	22

1. Hiện nay, chưa có số liệu chính thức thống kê về số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới vào năm 2018 và 2019, do vậy, tác giả vẫn sử dụng các số liệu tổng hợp từ 3 năm trước đó.

Theo thống kê, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên luôn xếp vị trí thứ hai qua các năm (2015 đến 2017) về mức độ ưu tiên khi khởi sự kinh doanh, đây là một trong những loại hình doanh nghiệp hấp dẫn đông đảo các nhà đầu tư.

Vậy, điều gì đã làm nên “thương hiệu” của loại hình doanh nghiệp này?

I. KHÁI NIỆM VÀ ĐẶC ĐIỂM CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN HAI THÀNH VIÊN TRỞ LÊN

1. Khái niệm

Trước khi mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn ra đời, các nhà đầu tư khi quyết định khởi sự “làm ăn”, kinh doanh thường có hai lựa chọn: Công ty đối vốn và công ty đối nhân. Cả 2 loại hình công ty này đều có những ưu điểm và hạn chế nhất định.

Đối với mô hình *công ty đối vốn*, mà điển hình là công ty cổ phần, đặc điểm nổi bật là khả năng huy động vốn mạnh mẽ, với sự tham gia góp vốn, sở hữu cổ phần của hàng chục, hàng trăm hoặc thậm chí hàng triệu cổ đông. Sự thay đổi các cổ đông - chủ sở hữu công ty diễn ra tương đối dễ dàng, tác động nhiều đến vấn đề quản trị công ty. Do đó, loại hình công ty này phù hợp với những công việc kinh doanh lớn, cần một nguồn vốn lớn từ công chúng, nhưng đòi hỏi khả năng quản trị tốt trước bối cảnh biến động nhanh chóng và thường xuyên của cổ đông công ty. Do đó, công ty đối vốn sẽ không thật sự thích hợp cho những nhà đầu tư nhỏ hoặc nhóm nhà đầu tư có ít thành viên. Tuy vậy, loại công ty này có một đặc trưng hấp dẫn nhà đầu tư, đó là chế độ trách nhiệm tài sản hữu hạn - cơ chế giảm rủi ro cho các nhà đầu tư trên thương trường.

Trong khi đó, các loại *công ty đối nhân* dựa trên nền tảng liên kết giữa các thành viên có mối quan hệ nhân thân từ trước, tin tưởng nhau, các thành viên ít có sự thay đổi (nhiều tài liệu học thuật gọi hiện tượng này là tính “kín” trong công ty đối nhân). Những đặc điểm này làm cho công ty đối nhân dễ vận hành hơn công ty đối vốn. Thế nhưng, đứng từ góc độ thành viên công ty đối nhân thì loại công ty này có hạn chế lớn đó là: Chế độ trách nhiệm tài sản vô hạn tiềm ẩn rủi ro cho nhà đầu tư.

Do đó, các nhà đầu tư phải giải quyết bài toán hóc búa: Nếu chọn công ty đối vốn thì cơ chế vận hành phức tạp, tốn kém, không phù hợp quy mô kinh doanh, nhưng lại có ưu thế về chế độ trách nhiệm tài sản hữu hạn; ngược lại, nếu chọn công ty đối nhân thì phù hợp với quy mô vừa và nhỏ, nhưng rủi ro quá lớn bởi chế độ trách nhiệm tài sản vô hạn. Từ đó, đặt ra đòi hỏi cần phải có một loại mô hình mới tích hợp được những ưu điểm của cả hai mô hình trên. Chính điều này trở thành nguyên nhân dẫn đến sự ra đời của mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn mà chúng ta biết đến ngày nay. Công ty trách nhiệm hữu hạn đã kết hợp được ưu điểm về chế độ trách nhiệm tài sản hữu hạn của công ty đối vốn và ưu điểm về tính “kín” trong công ty đối nhân. Các nhà lập pháp người Đức đã “thiết kế” ra công ty trách nhiệm hữu hạn vào năm 1892, sau đó, nó được du nhập vào nước Pháp - cơ sở để du nhập mô hình công ty này vào Việt Nam. Có thể nói rằng, công ty trách nhiệm hữu hạn là sản phẩm của kỹ thuật lập pháp, khác với nguồn gốc ra đời của các loại hình công ty khác¹.

Ở Việt Nam, Luật Công ty năm 1990 sửa đổi, bổ sung năm 1994 có 5 điều luật (từ Điều 25 đến Điều 29) trong đó quy định về

1. Phạm Duy Nghĩa: *Giáo trình Luật kinh tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2015, tr.346.

công ty trách nhiệm hữu hạn. Về số lượng thành viên, Luật này chỉ đề cập đến công ty trách nhiệm hữu hạn có không quá 11 thành viên và công ty trách nhiệm hữu hạn có 12 thành viên trở lên. Dù còn sơ khai, nhưng bước đầu, các quy định pháp lý của Việt Nam vào thời điểm đó đã thừa nhận tính trách nhiệm hữu hạn của các thành viên góp vốn trong công ty. Sau đó, Luật Doanh nghiệp năm 1999 chính thức thừa nhận công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên (số lượng không vượt quá 50), đồng thời quy định rõ các thành viên chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào doanh nghiệp. Luật Doanh nghiệp năm 2005 và nay là Luật Doanh nghiệp năm 2014 tiếp tục hoàn thiện các quy định về công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên, tạo thuận lợi cho nhà đầu tư khi chọn lựa mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên để kinh doanh.

Theo khoản 1 Điều 47 Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là doanh nghiệp, trong đó:

- Thành viên có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng thành viên không vượt quá 50;

- Thành viên chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp, trừ trường hợp quy định tại khoản 4 Điều 48 của Luật Doanh nghiệp năm 2014;

- Phần vốn góp của thành viên chỉ được chuyển nhượng theo quy định tại các Điều 52, 53 và 54 của Luật Doanh nghiệp năm 2014. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

2. Đặc điểm

Với quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty trách nhiệm hai thành viên trở lên có đặc điểm sau:

- Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là một loại hình doanh nghiệp. Pháp luật của các nước trên thế giới hầu hết đều có quy định về mô hình công ty này dù với các tên gọi và một số đặc điểm pháp lý không hoàn toàn giống nhau. Mặc dù là loại hình công ty chiếm tỷ lệ cao khi so sánh với số lượng công ty cổ phần, nhưng quy mô kinh doanh của các công ty trách nhiệm hữu hạn thường là vừa và nhỏ.

- Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên có thể là tổ chức hoặc cá nhân, trừ những trường hợp bị cấm theo quy định của pháp luật. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên phải có tối thiểu 2 thành viên và tối đa 50 thành viên.

Công ty trách nhiệm hữu hạn có đặc điểm của công ty đối nhân về tính chất của sự liên kết giữa các thành viên. Khác với các cổ đông của công ty cổ phần, các thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn thường quen biết trước với nhau, có mối quan tâm đến nhân thân của nhau khi cùng góp vốn tiến hành hoạt động kinh doanh, vì thế số lượng thành viên không nhiều. Trong khi ở công ty cổ phần, pháp luật không hạn chế số lượng cổ đông tối đa, do đó có thể có hàng trăm thậm chí hàng nghìn cổ đông.

- Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có tư cách pháp nhân.

Pháp luật Việt Nam chưa đưa ra định nghĩa cụ thể về pháp nhân, nhưng tại Điều 74 Bộ luật Dân sự năm 2015 có quy định bốn điều kiện để một tổ chức được công nhận là pháp nhân:

Thứ nhất, được thành lập theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, luật khác có liên quan. Hiện nay, công ty trách nhiệm hữu hạn được thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, bao gồm cả công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Thứ hai, có cơ cấu tổ chức theo quy định tại Điều 83 Bộ luật Dân sự năm 2015, theo đó, pháp nhân phải có cơ quan điều hành. Cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ và quyền hạn của cơ quan điều hành này được quy định trong điều lệ của pháp nhân hoặc trong quyết định thành lập pháp nhân. Ngoài ra, pháp nhân có cơ quan khác theo quyết định của pháp nhân hoặc theo quy định của pháp luật.

Trước đây, theo Điều 84 Bộ luật Dân sự năm 2005, điều kiện về cơ cấu tổ chức của pháp nhân được quy định là “có cơ cấu tổ chức chặt chẽ”, nhưng đến Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bỏ đi từ “chặt chẽ”. Thay vào đó, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về cơ cấu tổ chức căn cứ theo Điều 83 Bộ luật này. Mặc dù Bộ luật Dân sự năm 2005 yêu cầu cơ cấu tổ chức chặt chẽ, nhưng lại không giải thích thế nào là chặt chẽ. Vì vậy để tránh sự tùy tiện, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã sửa đổi theo hướng không sử dụng từ “chặt chẽ”, mà dùng quy định viện dẫn về cơ cấu tổ chức của pháp nhân. Hiện nay, cơ cấu tổ chức, quyền và nghĩa vụ của các cơ quan trong công ty trách nhiệm hữu hạn được Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định khá cụ thể. Chẳng hạn như trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên thì cơ cấu tổ chức gồm có: Hội đồng Thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc (Tổng giám đốc); ngoài ra có thể có thêm Ban Kiểm soát.

Cơ cấu tổ chức như vậy bảo đảm được điều kiện phù hợp với quy định tại Điều 83 Bộ luật Dân sự năm 2015.

Thứ ba, có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình. Khi công ty ra đời, các thành viên phải chuyển quyền sở hữu các tài sản mà mình cam kết góp vào công ty sang cho công ty trong thời hạn luật định. Lúc này, tài sản là của công ty và công ty được toàn quyền định đoạt. Khi công ty tạo lập thêm được tài sản mới thì những tài sản mới đó vẫn thuộc sở hữu của công ty. Tài sản này tách bạch với tài sản của thành viên công ty. Khi tham gia vào các quan hệ pháp luật, công ty được quyền dùng tài sản của mình để xác lập, thực hiện các quan hệ và nếu công ty trách nhiệm hữu hạn làm phát sinh các khoản nợ, thì chính bản thân nó phải dùng toàn bộ tài sản của mình để bảo đảm việc trả nợ. Các thành viên của công ty, về nguyên tắc, không có trách nhiệm trả nợ thay cho công ty.

Thứ tư, nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập. Với tư cách chủ thể là pháp nhân, công ty có thể là nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong các quan hệ pháp luật tố tụng. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, bản thân công ty dù có tư cách pháp nhân, nhưng nó là một thực thể pháp lý nhân tạo, các hoạt động của doanh nghiệp được thực hiện thông qua người đại diện.

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là một pháp nhân độc lập với các thành viên của nó. Công ty có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình. Có tài sản độc lập sẽ là cơ sở kinh tế để công ty nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập

và gánh chịu trách nhiệm pháp lý từ các quan hệ pháp luật đó. Kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có năng lực pháp luật dân sự không bị hạn chế theo Điều 86 Bộ luật Dân sự (trừ khi Bộ luật Dân sự hoặc các luật khác có liên quan quy định khác)¹. Ngoài ra, với tư cách là một doanh nghiệp, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có các quyền và nghĩa vụ theo Điều 7 và Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Đối với thành viên công ty, tư cách pháp nhân độc lập tạo ra một tấm màn (corporate veil), vỏ bọc pháp lý bảo vệ các thành viên của công ty trước bên thứ ba. Khi công ty được thành lập, các hoạt động kinh doanh tạo ra quyền và nghĩa vụ cho công ty. Nghĩa là, về nguyên tắc, trong trường hợp bên thứ ba có bất cứ yêu cầu, khiếu nại, khiếu kiện... với công ty, họ chỉ có thể quy trách nhiệm cho công ty, cho dù các hoạt động kinh doanh đó có thể được thực hiện bởi chính các thành viên của công ty.

- Về trách nhiệm đối với bên thứ ba, các thành viên của công ty được hưởng quy chế chịu trách nhiệm hữu hạn (limited liability) - tức là họ sẽ chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty.

1. “Điều 86. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân

1. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân là khả năng của pháp nhân có các quyền, nghĩa vụ dân sự. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân không bị hạn chế, trừ trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác.

2. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân phát sinh từ thời điểm được cơ quan nhà nước có thẩm quyền thành lập hoặc cho phép thành lập; nếu pháp nhân phải đăng ký hoạt động thì năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân phát sinh từ thời điểm ghi vào sổ đăng ký.

3. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân chấm dứt kể từ thời điểm chấm dứt pháp nhân”.

Tuy nhiên, nếu thành viên công ty chưa góp vốn hoặc chưa góp đủ số vốn đã cam kết, họ sẽ phải chịu trách nhiệm tương ứng với phần vốn góp đã cam kết đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh trong thời gian trước ngày công ty đăng ký giảm vốn điều lệ cho bằng vốn thực góp (Điều 48 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Cần lưu ý rằng tính chất “trách nhiệm hữu hạn” chỉ áp dụng cho thành viên công ty, còn bản thân công ty không được hưởng quy chế này. Nói cách khác, công ty chịu trách nhiệm vô hạn (unlimited liability) bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ về tài sản trước bên thứ ba. Khi công ty đã sử dụng đến hết tài sản mà vẫn không trả đủ số nợ, thì công ty sẽ thực hiện thủ tục phá sản còn các thành viên không phải dùng tài sản riêng của mình để trả nợ thay cho công ty. Chính sự tách bạch tài sản giữa công ty với thành viên công ty mà người ta dễ dàng xác định được giới hạn nghĩa vụ mà thành viên phải gánh chịu. Theo đó, thành viên trong công ty chỉ phải chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn cam kết góp đã góp vào công ty, nói cách khác thì thành viên trong công ty chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định khi mà thành viên công ty vi phạm các nghĩa vụ của mình, pháp luật đã dự liệu tình huống phá vỡ tính chịu trách nhiệm hữu hạn nhằm bảo vệ lợi ích của chủ nợ và của chính công ty. Ví dụ: Thành viên không góp vốn đủ và đúng hạn theo nghĩa vụ góp vốn (khoản 4 Điều 74 Luật Doanh nghiệp năm 2014), khi thành viên điều hành công ty có giao dịch tư lợi bị tuyên vô hiệu gây thiệt hại cho công ty (Điều 71 Luật Doanh nghiệp năm 2014)... Trong tình huống đó, có một cơ chế pháp lý cho phép các chủ thể liên quan được khởi kiện ra tòa,

Tòa án có thể xem xét để buộc những thành viên đã lợi dụng vỏ bọc công ty phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại do hành vi sai trái của mình gây ra. Những học giả phương Tây thường gọi vấn đề này là “piercing the corporate veil” (tạm dịch là “xuyên qua màn che công ty”).

Như vậy, về mặt nguyên tắc, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn không phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty, bởi lẽ công ty chính là chủ thể phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của mình với tư cách là một pháp nhân, một chủ thể pháp lý độc lập với các thành viên công ty. Chủ nợ không có quyền đòi thành viên công ty phải thanh toán các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản của công ty. Công ty phải tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ, nghĩa vụ khác của công ty, chứ không có giới hạn.

Việc ghi nhận chế độ trách nhiệm hữu hạn trong mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn thì rủi ro của các nhà đầu tư được giới hạn lại, họ có thể an tâm bỏ vốn vào các dự án kinh doanh, từ đó khuyến khích người dân đầu tư vốn tham gia kinh doanh, phát triển nền kinh tế. Còn bạn hàng, đối tác và đặc biệt là ngân hàng làm việc với công ty trách nhiệm hữu hạn buộc họ phải thận trọng và tăng cường nghiệp vụ giám sát đối với công ty trách nhiệm hữu hạn. Do đó, Nhà nước cũng sẽ tiết kiệm được các chi phí giám sát, hậu kiểm đối với công ty trách nhiệm hữu hạn.

- Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên không được phát hành cổ phần. Quy định này nhấn mạnh đến sự khác biệt công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên và công ty cổ phần, dù rằng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn và cổ đông trong công ty cổ phần đều được hưởng quy chế “trách nhiệm hữu hạn”. Cổ phần trong công ty cổ phần là phần

bằng nhau của vốn điều lệ và có thể được chuyển nhượng tự do. Vốn điều lệ trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên không được chia thành những phần bằng nhau như vậy và về nguyên tắc, việc chuyển nhượng vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên bị nhiều ràng buộc hơn. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên do vậy khó huy động vốn trong công chúng so với công ty cổ phần.

Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên vẫn được quyền phát hành trái phiếu, vay tiền từ công chúng để tài trợ cho hoạt động kinh doanh của công ty.

- Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là “công ty đóng”, theo đó, việc mở rộng số lượng thành viên hoặc chuyển nhượng vốn góp khó khăn hơn so với công ty cổ phần.

Đặc điểm này thể hiện một phần bản chất của công ty trách nhiệm hữu hạn vì vẫn còn mang tính chất của sự liên kết giữa các thành viên trong công ty đối nhân. Sự quen biết, quan tâm đến yếu tố nhân thân của các thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn và việc bị giới hạn số lượng thành viên tối đa của công ty góp phần thể hiện “tính đóng” của loại hình doanh nghiệp này. Tính đóng trong mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn còn thể hiện ở việc khi một thành viên nào đó muốn rút vốn ra khỏi công ty hoặc chuyển nhượng phần vốn góp cho người khác thì phải tuân theo một trình tự nhất định và thường phải được Hội đồng Thành viên đồng ý. Khả năng thay đổi thành viên trong loại hình công ty này bị hạn chế hơn so với công ty cổ phần.

Theo Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, khi muốn chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình

cho người khác, thì trước tiên phải chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại. Thành viên chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết. Luật Doanh nghiệp năm 2014 còn yêu cầu việc chào bán cho người ngoài phải theo cùng điều kiện chào bán như đối với các thành viên trong công ty. Trong thực tế, việc chuyển nhượng vốn góp của thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên còn phải phù hợp với thủ tục hoặc điều kiện chuyển nhượng vốn đặc thù trong Điều lệ hoặc thỏa thuận riêng của các thành viên. Thỏa thuận thành viên sẽ được đề cập sâu hơn trong phần II (Quy chế pháp lý về thành viên công ty) dưới đây.

MỘT SỐ GỢI Ý KHI CHỌN LỰA MÔ HÌNH CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN HAI THÀNH VIÊN TRỞ LÊN

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên được thiết kế phù hợp cho mục đích kinh doanh, mặc dù loại hình công ty này cũng có thể được sử dụng cho những mục đích phi lợi nhuận (như doanh nghiệp xã hội). Những tổ chức không vì mục đích kinh doanh như hiệp hội, liên đoàn hoặc các hội nói chung không nên thành lập và hoạt động theo mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

Với tên gọi là công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, thực tế trong việc đăng ký kinh doanh, sẽ không có trường hợp một thành viên sáng lập được quyền thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên, sau đó kêu gọi cá nhân, tổ chức khác gia nhập sau khi thành lập. Đứng trên góc độ kinh doanh thì việc cho phép một thành viên sáng lập đăng ký thành lập

công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên rồi kêu gọi bên thứ ba gia nhập cũng có thể là một cách thức gia nhập thị trường hợp lý. Các nhà làm luật có thể cân nhắc khả năng này trong những lần sửa đổi Luật Doanh nghiệp tiếp theo.

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên là công ty vừa mang tính chất đối vốn vừa mang tính chất đối nhân, do vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định số lượng thành viên tối đa 50 thành viên. Con số 50 được cho là cột mốc mà tại đó tính chất đối nhân giữa các thành viên đã phai nhạt. Ở góc độ lựa chọn mô hình kinh doanh, doanh nhân không nên dựa vào con số 50 khi quyết định chọn mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên. Ngay cả khi số lượng thành viên ít hơn 50, nhưng sự liên kết giữa các thành viên dựa trên các yếu tố nhân thân không còn ý nghĩa thì/và tại đó, mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên cũng không còn phù hợp nữa. Các thành viên nên hướng đến việc tái cấu trúc công ty.

Trong công ty trách nhiệm hữu hạn, chưa có sự phân tách rõ ràng giữa việc sở hữu và điều hành công ty (separation of ownership and management) nếu như so sánh với công ty cổ phần. Về nguyên tắc, các thành viên (chủ sở hữu) vẫn có thể trực tiếp can dự vào việc kinh doanh và quản lý hằng ngày của công ty. Do vậy, mâu thuẫn giữa người sở hữu (thành viên và Hội đồng Thành viên) và người điều hành (Giám đốc) chưa mang tính chất gay gắt như trong công ty cổ phần. Tuy vậy, việc phân quyền giữa các thiết chế trong công ty (Hội đồng Thành viên, Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Ban Giám đốc và các phòng ban) vẫn cần được quan tâm để tránh rủi ro khi vận hành.

Cơ cấu tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên đơn giản hơn công ty cổ phần và chi phí vận hành cũng

thấp hơn công ty cổ phần. Do vậy, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên phù hợp với các doanh nghiệp quy mô vừa và nhỏ, doanh nghiệp trong giai đoạn khởi nghiệp hoặc thân hữu. Khi công ty dần phát triển và có quy mô lớn hơn, các thành viên có thể nghĩ đến việc chuyển đổi thành công ty cổ phần để thuận tiện trong công việc.

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên là công ty đóng, do vậy, khả năng công ty bị thôn tính bởi bên thứ ba là rất thấp. Đối với thành viên, đặc điểm này là lợi thế lớn so với công ty cổ phần. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên do vậy đặc biệt phù hợp cho các công ty gia đình - với nhu cầu kiểm soát công ty một cách cao độ và với nhu cầu chuyển giao công ty cho các thế hệ sau. Thực tế hiện nay có rất nhiều tập đoàn lớn được xây dựng xung quanh một công ty lõi là công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên do các thành viên trong gia đình kiểm soát toàn bộ.

II. QUY CHẾ PHÁP LÝ VỀ THÀNH VIÊN CÔNG TY

1. Xác lập tư cách thành viên

Cá nhân, tổ chức trở thành thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên khi sở hữu vốn góp trong công ty. Việc sở hữu phần vốn góp có thể được thực hiện theo những cách thức như dưới đây:

Thứ nhất, tham gia sáng lập công ty.

Ở giai đoạn chuẩn bị hồ sơ đăng ký thành lập công ty, các thành viên phải bàn bạc để thống nhất nhiều vấn đề, chẳng hạn như về địa điểm kinh doanh, trụ sở, vốn, nhân lực, tên công ty, cơ cấu tổ chức... Nếu như Luật Doanh nghiệp năm 2005 xem những

tổ chức, cá nhân tham gia thành lập công ty trong trường hợp này là thành viên sáng lập, thì Luật Doanh nghiệp năm 2014 không còn quy định về thành viên sáng lập. Điều này cũng phù hợp với thực tế vì khi công ty hoạt động, quyền và nghĩa vụ của thành viên sáng lập không khác biệt so với những thành viên khác.

Khi tham gia sáng lập công ty, cá nhân, tổ chức trở thành thành viên của công ty khi công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, dù tại thời điểm này các thành viên có thể chưa góp vốn trên thực tế. Thành viên sẽ phải góp đầy đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết góp vào công ty trong vòng 90 ngày kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Sau thời hạn 90 ngày, nếu thành viên chưa góp vốn như đã cam kết thì thành viên đó đương nhiên không còn là thành viên của công ty; nếu thành viên chỉ góp một phần vốn thì họ sẽ chỉ có các quyền tương ứng với phần vốn góp đã góp.

Tại thời điểm góp đủ phần vốn góp, công ty phải cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp cho thành viên tương ứng với giá trị phần vốn đã góp. Giấy chứng nhận phần vốn góp có các nội dung chủ yếu được quy định tại khoản 5 Điều 48 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Tương tự như cổ phiếu trong công ty cổ phần, Giấy chứng nhận phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là một bằng chứng chứng minh quyền sở hữu. Ngoài Giấy chứng nhận phần vốn góp, thành viên còn có thể căn cứ vào các loại giấy tờ sau để chứng minh tư cách thành viên của mình: Sổ đăng ký thành viên, Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Khi thành lập công ty, công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Căn cứ theo Điều 29 Luật Doanh nghiệp năm 2014, một trong các nội dung bắt buộc phải có trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp là thông tin

của thành viên công ty. Đồng thời, căn cứ vào khoản 3 Điều 29 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP, thì các thông tin trên Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp có giá trị pháp lý kể từ ngày được Phòng Đăng ký kinh doanh cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Như vậy, tư cách thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên được xác lập từ ngày mà công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Thứ hai, góp vốn vào công ty sau khi công ty được thành lập.

Cá nhân, tổ chức cũng có thể trở thành thành viên bằng việc tham gia góp vốn vào một công ty đã được thành lập. Trong trường hợp này, vốn điều lệ của công ty sẽ được tăng lên tương ứng với phần vốn góp của thành viên mới tiếp nhận. Công ty sẽ tiến hành đăng ký tăng vốn điều lệ theo Điều 68 Luật Doanh nghiệp năm 2014 sau khi hoàn tất việc tiếp nhận thành viên mới. Bên cạnh đó, việc góp vốn bằng cách này, sẽ làm thay đổi số lượng thành viên và tỷ lệ phần vốn góp giữa các thành viên công ty.

Cũng cần lưu ý thêm về những đối tượng bị cấm góp vốn vào doanh nghiệp được quy định tại Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Căn cứ khoản 4 Điều 183 Luật Doanh nghiệp năm 2014, doanh nghiệp tư nhân không thể góp vốn để trở thành thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Doanh nghiệp tư nhân không sở hữu tài sản, không có tài sản độc lập với chủ doanh nghiệp tư nhân. Khi thành lập doanh nghiệp tư nhân, khoản 2 Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng không yêu cầu chủ doanh nghiệp tư nhân phải chuyển quyền sở hữu tài sản sang cho doanh nghiệp tư nhân. Vì doanh nghiệp tư nhân không sở hữu bất kỳ tài sản nào, nên doanh nghiệp

tư nhân không thể góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên được - đây vốn là hành vi làm thay đổi các mối quan hệ sở hữu.

Thứ ba, nhận chuyển nhượng vốn góp.

Việc nhận chuyển nhượng vốn góp là cách thức phổ biến để trở thành thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty sẽ thông báo việc chuyển nhượng vốn này sau khi giao dịch đã hoàn tất. Do vậy, về pháp lý, người mua có thể trở thành thành viên công ty ngay cả khi tên của họ chưa được thể hiện trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp của công ty.

Xuất phát từ tính chất “đóng” của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên mà điều kiện đầu tiên khi chuyển nhượng phần vốn góp đó là phải chào bán cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện. Việc chào bán theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp với cùng điều kiện nhằm bảo đảm tính bình đẳng giữa các thành viên được chào bán, sự ổn định tỉ lệ phần vốn góp giữa các thành viên còn lại sau khi có thành viên chuyển nhượng phần vốn góp.

Sau khi đã tuân thủ quy định chào bán cho các thành viên trong công ty trước mà các thành viên không mua hoặc mua không hết thì thành viên có quyền chuyển nhượng phần vốn góp cho người không phải là thành viên công ty. Việc tiếp nhận thành viên mới trong trường hợp có thể làm thay đổi quan hệ mang tính đối nhân giữa các thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, do vậy, người mua cũng có thể gặp khó khăn, ít nhất vào thời gian đầu trong mối quan hệ với các thành viên khác của công ty.

Thứ tư, nhận tài sản thừa kế là phần vốn góp trong công ty.

Trường hợp này phát sinh khi một thành viên là cá nhân chết. Khi đó, theo quy định về thừa kế trong Bộ luật Dân sự, người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của thành viên đó sẽ nhận phần vốn góp trong công ty là di sản của thành viên đã chết và trở thành thành viên của công ty. Tất nhiên, có trường hợp người thừa kế không muốn nắm vốn trong công ty để trở thành thành viên thì họ có quyền yêu cầu công ty mua lại hoặc chuyển nhượng phần vốn góp này theo Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Trước đây, theo khoản 1 Điều 33 Luật Doanh nghiệp năm 1999, trường hợp thành viên là cá nhân bị chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết, thì người thừa kế có thể trở thành thành viên của công ty nếu được Hội đồng Thành viên chấp thuận. Tuy nhiên, đến Luật Doanh nghiệp năm 2005 và nay là Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì quy định đó đã có sự thay đổi lớn. Theo đó, trường hợp thành viên là cá nhân chết thì người thừa kế đương nhiên trở thành thành viên công ty mà không cần có sự đồng ý của Hội đồng Thành viên. Nếu đứng từ góc độ tính đối nhân, cách quy định như Luật Doanh nghiệp năm 1999 là phù hợp, bởi việc xuất hiện thành viên mới có khả năng phá vỡ tính “đóng” của loại hình công ty này. Nhưng nếu đứng từ góc độ tính đối vốn, cách quy định như Luật Doanh nghiệp năm 2014 có những điểm phù hợp nhất định và có thể chấp nhận được.

Phần vốn góp là một loại tài sản thuộc quyền sở hữu của thành viên công ty. Khi cá nhân thành viên công ty chết thì phần vốn góp trở thành một trong số các di sản để đem chia cho người thừa kế. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì bên cạnh việc người thừa kế được hưởng giá trị phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, họ còn

có quyền hưởng tư cách thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên mà không cần có sự đồng ý của các thành viên còn lại.

Thứ năm, được tặng cho phần vốn góp trong công ty.

Khoản 5 Điều 54 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cho phép thành viên tặng cho một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác. Trường hợp người được tặng cho là vợ, chồng, cha, mẹ, con, người có quan hệ họ hàng đến hàng thừa kế thứ ba, thì người được tặng cho đương nhiên trở thành thành viên công ty.

Trường hợp người được tặng cho là người khác (không phải là vợ, chồng, cha, mẹ, con, người có quan hệ họ hàng đến hàng thừa kế thứ ba) thì người này chỉ trở thành thành viên của công ty khi được Hội đồng Thành viên chấp thuận. Trong trường hợp người được tặng cho vốn góp, nhưng không được Hội đồng Thành viên chấp thuận làm thành viên thì họ có quyền yêu cầu công ty mua lại hoặc chuyển nhượng phần vốn góp theo khoản 3 Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Quyền tặng cho phần vốn góp là một trong những quyền mới được ghi nhận từ Luật Doanh nghiệp năm 2005. Đối với người được tặng cho là người có huyết thống đến thế hệ thứ ba thì họ đương nhiên là thành viên công ty mà không cần phải có sự chấp nhận của Hội đồng Thành viên. Hệ quả của trường hợp này là công ty sẽ có thêm thành viên mới và có thể phải chuyển đổi sang mô hình công ty cổ phần nếu việc tặng cho làm cho số lượng thành viên công ty vượt quá 50 thành viên.

Đối với người được tặng cho là người khác, thì họ chỉ trở thành thành viên của công ty khi được Hội đồng Thành viên chấp thuận.

“Người khác” ở đây là những người không có quan hệ họ hàng đến hàng thừa kế thứ ba với người tặng cho. Dù người được tặng cho hiện đang là thành viên công ty, thì họ cũng không đương nhiên trở thành thành viên công ty đối với phần vốn góp được tặng cho. Nghĩa là, dù người được tặng cho hiện đang là thành viên công ty nhưng không có cùng huyết thống đến thế hệ thứ ba với người tặng cho, thì tư cách thành viên của thành viên đó đối với phần vốn góp được tặng cho có phát sinh hay không lại phụ thuộc vào sự đồng ý của Hội đồng Thành viên. Quy định này rất chặt chẽ, bởi nếu thừa nhận thành viên công ty đương nhiên được phát sinh tư cách thành viên đối với phần vốn góp được tặng cho từ thành viên khác thì nó sẽ vô hiệu hóa điều khoản yêu cầu thành viên khi chuyển nhượng phần vốn góp phải chào bán phần vốn góp đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện. Các bên dễ dàng lách luật bằng cách thay vì chuyển nhượng phần vốn góp theo điều kiện thì họ sẽ lập hợp đồng tặng cho phần vốn góp để dễ dàng tập trung phần vốn góp về tay mình và thao túng công ty.

Thứ sáu, nhận thanh toán nợ bằng phần vốn góp.

Khoản 6 Điều 54 Luật Doanh nghiệp năm 2014 còn cho phép thành viên sử dụng phần vốn góp để trả nợ cho chủ nợ. Nếu chủ nợ đồng ý việc trả nợ bằng vốn góp như trên, thì chủ nợ sẽ trở thành thành viên của công ty nếu được Hội đồng Thành viên chấp thuận. Trong trường hợp Hội đồng Thành viên không chấp thuận việc gán nợ này, người chủ nợ được quyền chào bán phần vốn đó cho thành viên còn lại của công ty theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện. Nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết

trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày chào bán, thì chủ nợ mới được quyền chuyển nhượng cho người không phải là thành viên với cùng điều kiện chào bán đối với các thành viên còn lại.

Thứ bảy, trở thành thành viên theo bản án hoặc quyết định của Tòa án hoặc Trọng tài.

Điều 31 và 32 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cho phép việc đăng ký thay đổi nội dung Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp theo quyết định của Tòa án hoặc Trọng tài. Theo đó, người đề nghị gửi đề nghị đăng ký thay đổi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp đến Cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn 15 ngày làm việc, kể từ ngày bản án hoặc quyết định có hiệu lực thi hành. Cơ quan đăng ký kinh doanh có trách nhiệm xem xét và cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp mới theo nội dung bản án hoặc quyết định đã có hiệu lực thi hành trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đề nghị đăng ký. Trường hợp từ chối thì phải thông báo bằng văn bản cho người đề nghị đăng ký thay đổi biết rõ lý do, các yêu cầu sửa đổi, bổ sung hồ sơ (nếu có).

Đây là cơ chế lần đầu tiên được đưa vào pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam, góp phần tạo cơ sở pháp lý để thực thi các giao dịch liên quan đến chứng khoán phái sinh như kỳ hạn (forward), tương lai (future), quyền chọn (option) và hoán đổi cổ phần (stock swap) hoặc hoán đổi nợ (convertible bond).

Ví dụ: Một quỹ đầu tư cho công ty trách nhiệm hữu hạn vay tiền để mua tài sản cố định. Do bên vay không có tài sản thế chấp, quỹ đầu tư đồng ý cho vay không đảm bảo, nhưng nếu đến hạn trả nợ mà bên vay không thể hoàn trả tiền vay, thì khoản nợ sẽ được chuyển thành vốn góp của quỹ trong công ty trách nhiệm hữu hạn đó. Trong trường hợp đến hạn mà không trả nợ

được, thì công ty trách nhiệm hữu hạn sẽ phải tiến hành thủ tục để chuyển khoản vay thành vốn góp như đã thỏa thuận. Nếu không, quỹ đầu tư có thể yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài buộc bên vay phải thực hiện hợp đồng, tức là phải chấp nhận chuyển khoản nợ thành vốn góp. Sau khi bản án hoặc phán quyết có hiệu lực pháp luật, quỹ đầu tư có quyền tự mình yêu cầu cơ quan đăng ký kinh doanh thay đổi nội dung Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh để quỹ đầu tư trở thành thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn mà không cần có sự đồng ý của công ty hoặc các thành viên trong công ty.

2. Chấm dứt tư cách thành viên

Thứ nhất, thành viên chấm dứt sự tồn tại.

Khi một cá nhân được xác định là đã chết (chết về mặt sinh học hoặc chết về mặt pháp lý) đồng nghĩa với việc chấm dứt tư cách sở hữu phần vốn góp, tư cách thành viên tại công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Kéo theo đó là phát sinh quan hệ thừa kế, đặt ra vấn đề dịch chuyển tài sản kể cả tư cách thành viên công ty từ người chết sang cho người thừa kế. Đối với thành viên là pháp nhân, có thể chấm dứt sự tồn tại bằng nhiều cách, chẳng hạn như giải thể, phá sản, thì dĩ nhiên pháp nhân đó cũng không còn là thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên được.

Thứ hai, khi thành viên công ty chuyển nhượng, tặng cho toàn bộ phần vốn góp tại công ty hoặc lấy toàn bộ phần vốn góp trả nợ cho chủ thể khác thì họ sẽ chấm dứt tư cách thành viên của mình.

Cơ sở để một chủ thể trở thành thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên đó là phải sở hữu phần vốn

góp tại công ty. Khi thành viên công ty chuyển nhượng hoặc tặng cho toàn bộ phần vốn góp tại công ty cho chủ thể khác sẽ dẫn đến việc họ không còn sở hữu bất kỳ phần vốn góp nào tại công ty. Lúc này, họ không còn là đồng sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, và vì thế tư cách thành viên của họ cũng sẽ chấm dứt. Tuy nhiên, việc chấm dứt tư cách thành viên trong trường hợp này có thể xác lập tư cách thành viên công ty của các chủ thể nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho phần vốn góp theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Thứ ba, khi công ty mua lại toàn bộ phần vốn góp của thành viên công ty.

Đây là hệ quả pháp lý khi thành viên công ty đề nghị công ty mua lại phần vốn góp theo quy định tại Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Quyền này góp phần bảo đảm quyền định đoạt phần vốn góp của thành viên và giữ vững sự ổn định của công ty khi có thành viên rút khỏi công ty.

Thứ tư, thành viên công ty không góp vốn theo đúng cam kết.

Khi đăng ký thành lập công ty, tư cách thành viên công ty phát sinh từ ngày mà công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, trong thời hạn 90 ngày tiếp theo sau đó, thành viên có trách nhiệm góp đủ, đúng loại tài sản như đã cam kết. Việc thành viên vi phạm nghĩa vụ góp vốn của mình sẽ làm ảnh hưởng xấu đến công ty, tư cách thành viên công ty sẽ chấm dứt nếu thành viên không góp vốn theo đúng cam kết.

Thứ năm, khi công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên chấm dứt sự tồn tại (giải thể, phá sản hay tổ chức lại doanh nghiệp) thì tư cách thành viên của tất cả các thành viên trong công ty đó cũng đương nhiên chấm dứt.

3. Quyền và nghĩa vụ của thành viên

Thứ nhất, quyền của thành viên.

Thành viên là người chủ sở hữu của công ty, do vậy có quyền trực tiếp hoặc thông qua Hội đồng Thành viên quyết định những vấn đề quan trọng nhất trong công ty. Để thực hiện vai trò chủ sở hữu, thành viên có quyền:

- Tham dự họp Hội đồng Thành viên, thảo luận, kiến nghị, biểu quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền của Hội đồng Thành viên.

- Có số phiếu biểu quyết tương ứng với phần vốn góp, tất nhiên, trừ khi thành viên chưa góp hoặc chưa góp đủ vốn theo khoản 2 Điều 48 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

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

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

- Được ưu tiên góp thêm vốn vào công ty khi công ty tăng vốn điều lệ.

- Định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ, tặng cho và cách khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

- Tự mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện trách nhiệm dân sự đối với Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, người đại diện theo pháp luật và cán bộ quản lý khác vi phạm nghĩa vụ của người quản lý trong các trường hợp sau đây:
(i) Vi phạm quy định tại Điều 71 Luật Doanh nghiệp năm 2014;
(ii) Không thực hiện đúng và đầy đủ hoặc thực hiện trái với

quy định của pháp luật hoặc Điều lệ công ty về các quyền và nghĩa vụ được giao; (iii) Không thực hiện, thực hiện không đầy đủ, không kịp thời nghị quyết của Hội đồng Thành viên.

Thứ hai, nghĩa vụ của thành viên.

- Nghĩa vụ đầu tiên và lớn nhất của thành viên là góp đủ, đúng hạn số vốn đã cam kết, chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty.

- Ngoài ra, thành viên còn có các nghĩa vụ sau:

+ Không được rút vốn đã góp ra khỏi công ty dưới mọi hình thức, trừ các trường hợp theo quy định của Luật Doanh nghiệp cho phép.

+ Tuân thủ Điều lệ công ty.

+ Chấp hành nghị quyết, quyết định của Hội đồng Thành viên.

+ Chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ty để thực hiện các hành vi sau đây: (i) Vi phạm pháp luật; (ii) Tiến hành kinh doanh hoặc giao dịch khác không nhằm phục vụ lợi ích của công ty và gây thiệt hại cho người khác; (iii) Thanh toán khoản nợ chưa đến hạn trước nguy cơ tài chính có thể xảy ra đối với công ty.

4. Một số vấn đề khác có liên quan đến quy chế pháp lý về thành viên công ty

4.1. Giấy chứng nhận phần vốn góp:

Giấy chứng nhận phần vốn góp là văn bản xác nhận việc hoàn thành việc góp vốn vào công ty và là văn bản pháp lý chính thức xác nhận quyền sở hữu của thành viên đối với phần vốn góp trong công ty. Giấy chứng nhận phần vốn góp được công ty ban hành

vào thời điểm thành viên góp đủ phần vốn góp, trở thành cơ sở pháp lý để thành viên thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình theo Điều lệ hoặc theo quy định của pháp luật doanh nghiệp. Thông tin về Giấy chứng nhận phần vốn góp sẽ là một trong những thông tin bắt buộc trong các biên bản cuộc họp của Hội đồng Thành viên theo Điều 61 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Theo khoản 5 Điều 48 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Giấy chứng nhận phần vốn góp có các nội dung chủ yếu sau đây:

- Tên, mã số doanh nghiệp, địa chỉ trụ sở chính của công ty;
- Vốn điều lệ của công ty;
- Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Thẻ căn cước công dân, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, số quyết định thành lập hoặc mã số doanh nghiệp, địa chỉ trụ sở chính đối với thành viên là tổ chức;
- Phần vốn góp, giá trị vốn góp của thành viên;
- Số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp;
- Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của công ty.

Khi Giấy chứng nhận phần vốn góp bị mất, bị hủy hoại, hư hỏng hoặc tiêu hủy dưới hình thức khác, thành viên được công ty cấp lại theo trình tự, thủ tục quy định tại Điều lệ công ty.

Nếu không cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp cho thành viên, công ty sẽ bị xử phạt hành chính, chế tài, cụ thể là phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 15.000.000 đồng theo khoản 2 Điều 34 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP. Ngoài ra, công ty bị buộc cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp cho thành viên theo quy định.

Quy định trên cũng có thể hiểu rằng cơ sở xác nhận tư cách thành viên công ty là việc góp vốn thực tế, còn việc cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp là hình thức thể hiện thực tế đó. Trong trường hợp có tranh chấp, Tòa án thường ưu tiên xem xét đến góp vốn hơn là chỉ xem xét Giấy chứng nhận phần vốn góp, vì thực tế nhiều công ty không phát hành Giấy chứng nhận phần vốn góp dù thành viên đã góp đủ vốn.

4.2. Sổ đăng ký thành viên:

Sổ đăng ký thành viên là một trong những tài liệu pháp lý quan trọng của công ty ghi nhận thông tin thành viên và việc góp vốn của thành viên công ty.

Các nội dung chủ yếu của sổ đăng ký thành viên bao gồm:

- Tên, mã số doanh nghiệp, địa chỉ trụ sở chính của công ty;
- Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Thẻ căn cước công dân, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, số quyết định thành lập hoặc mã số doanh nghiệp, địa chỉ trụ sở chính đối với thành viên là tổ chức;
- Phần vốn góp, giá trị vốn đã góp, thời điểm góp vốn, loại tài sản góp vốn, số lượng, giá trị của từng loại tài sản góp vốn của từng thành viên;
- Chữ ký của thành viên là cá nhân hoặc của người đại diện theo pháp luật của thành viên là tổ chức;
- Số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của từng thành viên.

Sổ đăng ký thành viên do công ty lập ra ngay sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Như vậy, khác với

Giấy chứng nhận phần vốn góp được phát hành sau khi thành viên đã góp đủ vốn, thì sổ đăng ký thành viên có thể được lập trước cả khi các thành viên góp vốn và mang ý nghĩa là một cuốn “biên niên sử” về các thành viên, phần góp vốn hoặc các thay đổi của công ty theo thời gian. Với ý nghĩa đó, Điều 11 Luật Doanh nghiệp năm 2014 có quy định yêu cầu sổ đăng ký thành viên phải được lưu giữ tại trụ sở chính của công ty.

Công ty không lập sổ đăng ký thành viên có thể bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 15.000.000 đồng theo Khoản 2 Điều 34 Nghị định 50/2016/NĐ-CP ngày 01/6/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư. Ngoài ra, công ty bị buộc lập sổ đăng ký thành viên như một biện pháp khắc phục hậu quả.

4.3. Điều lệ và thỏa thuận thành viên:

Thứ nhất, về điều lệ công ty.

Điều lệ về bản chất là sự thỏa thuận giữa các thành viên trong công ty về việc thành lập, tổ chức hoạt động, chấm dứt cũng như các quyền và lợi ích của thành viên liên quan đến công ty. Đối với bên ngoài, Điều lệ còn có thể được nhìn nhận là bản cam kết của các thành viên công ty với bên thứ ba hoặc một bản thông báo để bên thứ ba biết được thông tin cần thiết về công ty, người đại diện của công ty... khi giao dịch với công ty.

Mọi công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên khi đăng ký kinh doanh đều phải có Điều lệ. Điều này cũng phù hợp với Điều 77 Bộ luật Dân sự năm 2015 về Điều lệ của pháp nhân. Theo đó, pháp nhân phải có Điều lệ trong trường hợp pháp luật có quy định. Điều lệ công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên phải có các những nội dung chủ yếu sau:

- Tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty; tên, địa chỉ chi nhánh và văn phòng đại diện (nếu có);

- Ngành, nghề kinh doanh;

- Vốn điều lệ;

- Họ, tên, địa chỉ, quốc tịch và các đặc điểm cơ bản khác của thành viên đối với công ty; phần vốn góp và giá trị vốn góp của mỗi thành viên;

- Quyền và nghĩa vụ của thành viên đối với công ty;

- Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty;

- Người đại diện theo pháp luật đối của công ty;

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

- Căn cứ và phương pháp xác định thù lao, tiền lương và thưởng cho người quản lý và Kiểm soát viên;

- Những trường hợp thành viên có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp;

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

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

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

Điều lệ xuất phát từ ý chí của các thành viên với tư cách người chủ công ty, do vậy, đây là văn bản có giá trị cao nhất trong công ty. Mọi quy chế, quy định, trình tự, thủ tục... trong công ty không được trái với Điều lệ.

Đối với giá trị của Điều lệ, pháp luật doanh nghiệp tiếp cận theo hướng ưu tiên áp dụng thông qua các quy định mang tính

tùy nghi theo khuôn mẫu: “[quy định của Luật Doanh nghiệp sẽ được áp dụng], trừ khi [điều lệ công ty không quy định]”, hoặc “[quy định của Luật Doanh nghiệp được áp dụng], trừ khi [Điều lệ công ty có quy định khác]”, hoặc “[“vấn đề cụ thể” sẽ “theo quy định của Điều lệ”]”.

Trong bối cảnh như vậy, việc soạn thảo Điều lệ cần được quan tâm đúng mực, tốt nhất là các thành viên nên tự thảo luận và soạn thảo một Điều lệ phù hợp với mong muốn của mình, không nên sử dụng một Điều lệ mẫu sơ sài nào đó vì các thành viên có thể gặp các tranh cãi không đáng có về sau.

Thứ hai, về thỏa thuận thành viên

Điều lệ là hợp đồng giữa thành viên, nhưng Điều lệ tập trung chủ yếu vào việc thành lập và quản lý công ty hơn là quan hệ giữa các thành viên. Các thành viên công ty do đó có nhu cầu về một hợp đồng điều chỉnh sát sườn hơn quan hệ của họ - Thỏa thuận thành viên. Luật Doanh nghiệp hiện nay không đề cập thỏa thuận thành viên (trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên) hoặc thỏa thuận cổ đông (trong công ty cổ phần), nhưng thực tế, các thỏa thuận này tồn tại khá phổ biến. Thỏa thuận thành viên có thể được hiểu là các cam kết và thỏa thuận giữa các thành viên liên quan đến việc quản lý, kiểm soát công ty, về nội dung, thủ tục và việc thực thi các quyền của thành viên trong công ty.

Những vấn đề thường được nêu trong thỏa thuận thành viên bao gồm:

- Góp vốn thay.

Một thành viên có thể muốn tham gia vào công ty nhưng không có tài sản để góp vốn. Trong nhiều trường hợp, một thành viên khác sẽ đồng ý góp vốn thay cho thành viên không có

tài sản đó. Về pháp lý, việc góp vốn thay có thể được coi là một hợp đồng tặng cho (đối với số tiền hoặc tài sản sẽ được dùng góp vốn), nên có thể được giao kết và thực hiện theo hình thức hợp đồng tặng cho. Nhưng do việc tặng cho này liên quan đến việc góp vốn vào công ty, nên các bên liên quan thường đưa thỏa thuận này vào thỏa thuận thành viên.

Về thực tiễn giải quyết tranh chấp, Tòa án thường có khuynh hướng chấp nhận việc góp vốn thay này và công nhận tư cách thành viên của thành viên được góp vốn thay đó.

GÓP VỐN THAY

Tháng 5/2001, ông Ngô Trường Thanh và ông Nguyễn Văn Long thành lập Công ty trách nhiệm hữu hạn sản xuất thương mại Vạn Phát. Vốn điều lệ của công ty là 900 triệu đồng, trong đó, phần góp vốn của ông Thanh là 200 triệu đồng.

Ông Nguyễn Văn Long khai ông và ông Thanh là bạn, ông Thanh lại có nghiệp vụ kế toán nên ông Long mời ông Thanh làm Phó Giám đốc kiêm Kế toán trưởng công ty nhưng không cần góp vốn. Ông Long đã dùng tiền cá nhân để nộp vào phần vốn góp của ông Thanh cho đúng quy định pháp luật là 200 triệu đồng. Trên thực tế, mọi điều hành, quản lý công ty đều do ông Long quyết định.

Do có tranh chấp sau đó, ngày 14/6/2006, ông Thanh khởi kiện, yêu cầu công nhận phần vốn của ông tại công ty và chia lợi nhuận theo tỷ lệ vốn ông đang nắm giữ tại công ty. Tòa án đã chấp nhận yêu cầu của ông Thanh về việc công nhận phần vốn góp trong Công ty trách nhiệm hữu hạn sản xuất thương mại Vạn Phát và chia lợi nhuận theo tỷ lệ phần vốn góp.

- Quyền ưu tiên mua (Quyền tiên mãi) (Pre-Emption right).

Với đặc tính là công ty đối nhân, việc chuyển nhượng vốn góp của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có nhiều hạn chế. Theo Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thành viên công ty khi muốn chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác, thì trước tiên phải chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện. Các thành viên còn lại có quyền ưu tiên mua (quyền tiên mãi) đối với phần vốn góp chào bán đó. Thành viên chào bán chỉ được chuyển nhượng cho bên thứ ba với cùng điều kiện nếu các thành viên còn lại không mua hoặc không mua hết. Thỏa thuận thành viên có thể chi tiết hóa nội dung quyền tiên mãi cũng như thủ tục thực hiện quyền này.

THỦ TỤC VÀ ĐIỀU KIỆN CHUYỂN NHƯỢNG PHẦN VỐN GÓP

(a) Một thành viên mong muốn chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần vốn góp của mình trong công ty trước tiên phải chào bán phần vốn góp cho các thành viên còn lại và thông báo chào bán sẽ bao gồm:

- (i) Ý định chuyển nhượng phần vốn góp của bên chào bán;
- (ii) Điều khoản của việc chuyển nhượng dự kiến;
- (iii) Thông tin về bên thứ ba dự kiến (nếu có) được chào bán phần vốn góp nếu các thành viên còn lại không chấp nhận việc chào bán.

(b) Các thành viên còn lại sẽ có 30 ngày kể từ ngày nhận được thông báo chào bán để chấp nhận việc chào bán, bằng cách

gửi thông báo cho bên chào bán. Nếu bên chào bán không nhận được thông báo nào từ bất kỳ thành viên còn lại nào sau khi hết hạn 30 ngày, thì việc chào bán sẽ được xem là đã bị các thành viên còn lại từ chối.

(c) Nếu các thành viên còn lại chấp nhận nhận chuyển nhượng toàn bộ phần vốn góp chào bán thì bên chào bán và các thành viên còn lại sẽ ký kết hợp đồng chuyển nhượng, với các điều kiện không kém thuận lợi hơn điều kiện trong thông báo chào bán. Công ty và các bên sẽ thực hiện, hoặc cho thực hiện một cách hợp lý tất cả các hành động bao gồm cả việc bàn giao các hợp đồng, giấy chứng nhận và các văn bản khác cần thiết để mang lại hiệu lực cho việc chuyển giao các phần vốn góp chào bán, bảo đảm có được những sự chấp thuận cần thiết để thực hiện việc chuyển nhượng các phần vốn góp chào bán.

(d) Nếu các thành viên còn lại không chấp nhận hoặc chỉ chấp nhận nhận chuyển nhượng một phần vốn góp chào bán, thì thành viên chào bán chỉ được phép chuyển nhượng phần vốn góp còn lại cho một bên thứ ba khi:

(i) Bên thứ ba là một bên có danh tiếng theo ý kiến của các thành viên còn lại;

(ii) Bên thứ ba chứng tỏ đáp ứng với yêu cầu của các thành viên còn lại đặt ra, đó là có đủ năng lực tài chính và tài nguyên, đáp ứng các điều khoản và điều kiện của thỏa thuận thành viên.

- Quyền chọn mua/chọn bán (Call Option/Put Option).

Quyền chọn mua/chọn bán cho phép một thành viên được quyền bán/mua một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình

cho thành viên khác trong những tình huống do các bên dự liệu trong tương lai. Hợp đồng quyền chọn mua/chọn bán thường được sử dụng như một cách thức để bảo đảm cho các thành viên có thể rút vốn hoặc nắm thêm vốn trong công ty nhằm tránh xảy ra tranh chấp hoặc khi các thành viên không muốn tiếp tục hợp tác với nhau nữa.

QUYỀN CHỌN MUA

(a) Theo các điều kiện và điều khoản của Hợp đồng này, Bên A sau đây trao cho Bên B một quyền chọn không bị hủy ngang để mua lại phần vốn góp của Bên A với giá chọn mua trong thời hạn của thời hạn [3 năm], và Bên A theo đây đồng ý bán, chuyển nhượng và chuyển giao cho Bên B toàn bộ [hoặc một phần] phần vốn góp của Bên A, bao gồm các quyền và lợi ích phát sinh từ hoặc liên quan đến phần vốn góp.

(b) Bên B có toàn quyền lựa chọn bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn [3 năm] để thực hiện quyền chọn mua bằng việc gửi một thông báo bằng văn bản tới công ty và Bên A, thông báo việc Bên B thực hiện quyền chọn mua để mua toàn bộ phần vốn góp của Bên A.

(c) Trong vòng [05 ngày] kể từ ngày nhận thông báo từ Bên B, Bên A sẽ bàn giao cho Bên B các tài liệu chuyển nhượng vốn góp có giá trị và hiệu lực thi hành hoặc bất kỳ giấy tờ, tài liệu hoặc công cụ nào khác theo yêu cầu của Bên B, phù hợp với quy định của pháp luật. Bên B có quyền ngay lập tức tiến hành thực hiện các đăng ký cần thiết nhằm hoàn thành việc thực hiện quyền chọn mua với sự hỗ trợ của Bên A và công ty.

- Quyền cùng bán (Co-Sale right).

Giả sử rằng A là người có tài sản nhưng B là người có kinh nghiệm quản lý và kinh doanh, A và B mong muốn cùng nhau lập công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Tuy nhiên, A hiểu rằng nếu B rời khỏi công ty thì A sẽ không tự vận hành công ty được. Từ thực tế đó, A và B cùng thỏa thuận nếu B bán vốn góp trong công ty cho một bên thứ ba thì B phải cho A tham gia vào giao dịch bán vốn góp đó, như vậy A có thể thoái vốn khỏi công ty cùng với B.

QUYỀN CÙNG BÁN

(a) Trong trường hợp Bên B mong muốn chuyển nhượng vốn góp cho bên thứ ba thì Bên A có quyền tham gia vào việc bán đó theo các điều kiện và điều khoản tương tự.

(b) Trong trường hợp bên mua dự kiến không đồng ý nhận chuyển nhượng phần vốn góp của Bên A thì Bên B sẽ không được quyền thực hiện việc bán vốn góp cho bên thứ ba đó.

- Phân chia lợi nhuận theo tỷ lệ khác với tỷ lệ vốn góp.

Nếu Điều lệ không quy định khác, thành viên sẽ được chia lợi nhuận tương ứng với tỉ lệ vốn góp trong công ty. Tuy nhiên, các thành viên có thể thỏa thuận một mức phân chia lợi nhuận khác với tỷ lệ vốn góp (Ví dụ: Tỷ lệ góp vốn là 60%/40%, tuy nhiên, tỷ lệ chia lợi nhuận cụ thể là 50%/50% trên lợi nhuận của công ty).

Phần lợi nhuận của công ty sau khi thanh toán các loại thuế sẽ được chia cho thành viên với tư cách là người hưởng lợi cuối cùng (residual claimaint) đối với các lợi ích trong công ty. Sau khi

được chia lợi nhuận, số tiền đó là tài sản của thành viên được chia và họ có quyền tặng cho số tiền đó cho thành viên còn lại. Thỏa thuận thành viên ghi nhận việc tặng cho này mà không cần có thêm hợp đồng tặng cho nào khác.

- Thỏa thuận bổ nhiệm các chức danh quan trọng trong công ty.

Các thành viên có thể thỏa thuận về việc bổ nhiệm các chức danh quản lý quan trọng trong công ty như Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Phó Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Phó Giám đốc, Kế toán trưởng hoặc Giám đốc tài chính... Các thành viên luôn có mong muốn kiểm soát công ty thông qua việc đề cử hoặc bổ nhiệm các vị trí quản lý. Do vậy, việc thỏa thuận xem ai được đề cử hoặc bổ nhiệm chức danh nào cũng là một nội dung của thỏa thuận thành viên.

THỎA THUẬN LỰA CHỌN NHÂN SỰ QUẢN LÝ TRONG CÔNG TY

(a) Ban Giám đốc của công ty sẽ có trách nhiệm điều hành và quản lý hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Ban Giám đốc gồm có một (1) Tổng Giám đốc, một (1) Phó Tổng Giám đốc, một (1) Kế toán trưởng và bổ sung một số Giám đốc theo quyết định bổ nhiệm của Hội đồng Thành viên theo từng thời điểm (những thành viên của Ban Giám đốc dưới đây được gọi là “Nhân sự quản lý”).

(b) Hội đồng Thành viên sẽ chỉ định Nhân sự quản lý theo nguyên tắc:

(i) Tổng Giám đốc sẽ được chỉ định bởi BÊN A;

(ii) Kế toán trưởng sẽ được chỉ định bởi BÊN B từ danh sách ứng cử viên do BÊN A đề nghị;

- (iii) Phó Tổng giám đốc sẽ được chỉ định bởi BÊN A; và
- (iv) Nhân sự quản lý khác của công ty sẽ được cùng chỉ định bởi BÊN A và BÊN B.

(c) Các Bên cùng đồng ý rằng sự lựa chọn, tiến cử, chỉ định, sa thải hoặc thay thế những người chỉ định của mỗi Bên sẽ không ảnh hưởng hoặc gây trở ngại đến hoạt động của công ty.

- Không pha loãng phần vốn góp.

Pha loãng vốn góp phát sinh khi công ty tăng vốn điều lệ, nhưng có thành viên không hoặc không thể góp vốn thêm. Khi đó, mặc dù giá trị vốn góp không đổi, nhưng tỷ lệ vốn góp của họ trong toàn bộ vốn điều lệ của công ty sẽ thấp hơn, kéo theo khả năng kiểm soát công ty của họ bị giảm đi.

Thành viên có thể không muốn vốn góp của mình bị pha loãng như vậy và do đó ngay từ khi thành lập công ty, các thành viên ký kết thỏa thuận cổ đông không cho phép sự pha loãng vốn góp.

- Các nội dung khác.

Các thành viên có thể đưa nhiều nội dung khác vào thỏa thuận thành viên tùy theo mong muốn của họ như: Vấn đề trong công ty cần sự đồng thuận của tất cả các thành viên, việc giải quyết các bế tắc trong công ty hoặc giải quyết tranh chấp khác...

GIẢI QUYẾT BẾ TẮC

(a) Nếu một nghị quyết dự định được thông qua tại một cuộc họp Hội đồng Thành viên được tổ chức hợp lệ, nhưng không đạt được số phiếu tán thành đại diện ít nhất sáu mươi lăm phần trăm (65%) tổng vốn góp hoặc vốn đại diện của các thành viên tham dự, thì:

(i) Mỗi thành viên có thể chuẩn bị và trong vòng bảy (7) ngày kể từ ngày họp Hội đồng Thành viên, gửi tới các thành viên còn lại kia một thư báo nêu ra những cơ sở cho quyết định của mình;

(ii) Trong vòng mười lăm (15) ngày sau cuộc họp Hội đồng Thành viên, các Bên sẽ trao đổi thư từ và gặp gỡ (nếu cần thiết) để tiến tới một thỏa thuận;

(iii) Nếu thỏa thuận đạt được liên quan đến tình trạng bế tắc, những thành viên Hội đồng Thành viên phải hành động và bỏ phiếu tại cuộc họp Hội đồng Thành viên kế tiếp theo sự thỏa thuận đã đạt được. Nếu các thành viên không đạt được thỏa thuận, thì mỗi Bên có thể phát hành một tuyên bố rằng tình trạng bế tắc hoàn toàn đã xảy ra.

(b) Trong trường hợp bế tắc, một Bên (“Bên chào bán”) có quyền tự do chào bán phần vốn góp của mình cho Bên kia (“Bên được chào bán”) theo hợp đồng này với một mức giá được quyết định bởi một tổ chức tài chính hoặc kiểm toán quốc tế (“Người định giá”) dựa trên tài sản hữu hình ròng của công ty hoặc giá trị thị trường hợp lý của công ty (“Giá chào bán”), tùy thuộc vào mức giá cao hơn và quyết định của Người định giá sẽ là cuối cùng và mang tính bắt buộc đối với các Bên. Chi phí cho Người định giá sẽ do Bên chào bán và Bên được chào bán chịu với mức bằng nhau.

(c) Một khi Người định giá quyết định Giá chào bán và thông báo tới các Bên, Bên được chào bán sẽ thông báo cho Bên chào bán trong vòng mười lăm (15) ngày từ khi được thông báo Giá chào bán, về quyết định của mình mua hay không mua vốn góp của Bên chào bán.

(d) Trường hợp Bên được chào bán không trả lời trong vòng mười lăm (15) ngày nói trên hoặc Bên được chào bán quyết định

không chấp nhận chào bán, Bên được chào bán sẽ được cho là đã chào bán tất cả vốn góp của mình (“Vốn góp của bên được chào bán”) tới Bên chào bán với mức Giá chào bán đã được Người định giá quyết định trước đó.

(đ) Trường hợp Bên chào bán cũng quyết định không chấp nhận phần vốn góp của bên được chào bán thì trong vòng mười lăm (15) ngày sau đó:

(i) Bế tắc này sẽ được xem như đã được giải quyết và nghị quyết đề nghị để được thông qua tại một cuộc họp Hội đồng Thành viên được tổ chức hợp lệ này sẽ được xem là đã được thông qua bởi số thành viên tham dự đại diện sáu mươi lăm phần trăm (65%) vốn điều lệ của công ty;

(ii) Mỗi Bên có quyền chấm dứt thỏa thuận thành viên này.

Giá trị pháp lý của thỏa thuận thành viên:

Ngoại trừ pháp luật đầu tư từ lâu đã thừa nhận hợp đồng liên doanh với tư cách là thỏa thuận giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài trong công ty liên doanh, thì cho tới nay, pháp luật về doanh nghiệp vẫn chưa đề cập một cách minh thị đến thỏa thuận thành viên. Về cơ bản, Điều 19 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định khái quát nhất về “các loại hợp đồng phục vụ cho việc thành lập và hoạt động của doanh nghiệp trước và trong quá trình đăng ký doanh nghiệp”. Do vậy, giá trị pháp lý của thỏa thuận thành viên chỉ được đánh giá theo các quy định chung về hợp đồng trong pháp luật dân sự, cụ thể là Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015. Theo điều luật này, giao dịch dân sự (gồm hợp đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương) có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

(i) Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập;

(ii) Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện;

(iii) Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội.

Ngoài ra, hình thức của giao dịch dân sự cũng là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định.

Vì vậy, nếu đáp ứng được các điều kiện có hiệu lực nêu trên, thỏa thuận thành viên sẽ có giá trị pháp lý và được pháp luật công nhận.

Mâu thuẫn giữa thỏa thuận thành viên và Điều lệ:

Có hai câu hỏi được đặt ra là:

Tại sao thành viên thường ưu tiên ký thỏa thuận thành viên trong khi đã có Điều lệ công ty? Đứng từ góc độ của thành viên, thỏa thuận thành viên mang lại cho thành viên một cơ chế linh hoạt để điều chỉnh quan hệ thành viên mà không phải sửa đổi Điều lệ hoặc các quy chế khác của công ty. Hơn nữa, các bên trong thỏa thuận thành viên có thể không bao gồm toàn thể thành viên. Vì vậy, việc sửa đổi Điều lệ và qua đó ảnh hưởng đến toàn bộ thành viên của công ty là không hợp lý và không cần thiết. Hơn nữa, với tính chất là một hợp đồng cá biệt, các bên có quyền bảo mật thỏa thuận thành viên - một lợi thế mà Điều lệ không có được vì phải công khai cho công chúng theo quy định về công bố thông tin doanh nghiệp.

Nếu thỏa thuận thành viên mâu thuẫn với Điều lệ thì sẽ áp dụng thỏa thuận thành viên hay Điều lệ? Vấn đề này hiện pháp luật Việt Nam chưa có giải pháp tổng thể và cũng chưa có án lệ

nào để làm căn cứ giải quyết. Trong thực tế, các bên thường ưu tiên cho thỏa thuận thành viên và sẽ thông qua Hội đồng Thành viên để sửa đổi Điều lệ cho phù hợp với thỏa thuận thành viên.

HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH VÀ ĐIỀU LỆ

Ngày 04/4/1994, Tổng Công ty xây dựng Sài Gòn (“SGC”), Công ty United Concord International Ltd (“UCI”), Công ty Radiant Investments Limited (“RIL”) ký hợp đồng liên doanh thành lập Công ty khách sạn Grand Imperial Sài Gòn trách nhiệm hữu hạn (“GISH”) có trụ sở tại 101 Hai Bà Trưng, Quận 1, Thành phố Hồ Chí Minh. GISH được thành theo Giấy phép đầu tư số 908/GP do Ủy ban Nhà nước về hợp tác và đầu tư cấp ngày 06/07/1994 do ông H làm Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Tổng Giám đốc.

Sau đó, RIL và đại diện của mình đã tổ chức cuộc họp Hội đồng Quản trị và ký các Nghị quyết Hội đồng Quản trị để sửa đổi Điều lệ, thay thế Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Tổng Giám đốc. Đại diện UCI không ký và tuyên bố bác bỏ các nghị quyết trên.

Sau đó, UCI đã làm đơn khởi kiện RIL yêu cầu Tòa án: *Hủy bỏ 3 nghị quyết mà các thành viên Hội đồng Quản trị đại diện RIL và SGC đã ký, bao gồm: Nghị quyết về Điều lệ; Nghị quyết về Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Nghị quyết về Tổng Giám đốc; Hủy bỏ giá trị pháp lý của văn thư do đại diện của RIL ký ngày 04/10/2006 về việc thông báo thay đổi Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Tổng Giám đốc và triệu tập cuộc họp Hội đồng Quản trị ngày 17/10/2006.*

Tại Bản án kinh doanh thương mại số 531/2007/KDTM-ST ngày 04/4/2007 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh đã quyết định: *Không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn; Chấp nhận yêu cầu phân tố của bị đơn.*

Ngày 06/4/2007, nguyên đơn và ông H kháng cáo toàn bộ bản án sơ thẩm của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

Tại phiên tòa phúc thẩm, Tòa án căn cứ theo hợp đồng liên doanh và Điều lệ của GISH, theo đó, các thành viên của GISH đã thỏa thuận việc bầu ông H làm Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Tổng Giám đốc. Do đó, Tòa phúc thẩm cho rằng bản án sơ thẩm **không tuân thủ Hợp đồng và Điều lệ của GISH** cũng như Luật Doanh nghiệp năm 2005 của Việt Nam là sai trái, cần phải sửa lại toàn bộ bản án sơ thẩm. Các lý lẽ của Tòa phúc thẩm đưa ra là:

- Về việc áp dụng điều luật ra 3 nghị quyết nêu trên của GISH là sai trái, không có căn cứ chính xác. Theo Điều 8.2 (b) Điều lệ của GISH thì: *“Các cuộc họp Hội đồng Quản trị sẽ được tổ chức do Chủ tịch triệu tập, hoặc theo yêu cầu của 2/3 số thành viên của Hội đồng, hoặc của Tổng Giám đốc, Phó Tổng Giám đốc, tại địa chỉ hợp pháp của Công ty Liên doanh 101 Hai Bà Trưng, Quận 1, Thành phố Hồ Chí Minh, trừ phi được đồng ý khác đi bởi các bên Liên doanh... được sự thông báo trước ít nhất 10 ngày”*. Trong khi đó, việc các thành viên trao đổi nghị quyết thay cho tổ chức phiên họp của Hội đồng Quản trị trong vòng 7 ngày là không chấp hành đúng theo Điều 8.2 (b) Điều lệ của GISH và vi phạm pháp luật theo Luật Doanh nghiệp năm 2005. Ngoài ra, việc sửa đổi bổ sung Điều lệ của GISH, thay đổi hoạt động đã đăng ký, bổ nhiệm, thay thế, miễn nhiệm Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Phó Chủ tịch Hội đồng Quản trị, Tổng Giám đốc, Phó Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng của GISH là những vấn đề đặc biệt quan trọng, phải được **toàn thể thành viên Hội đồng Quản trị họp thông qua 100%** và nhận được phê chuẩn của Ủy ban Nhà nước và hợp tác đầu tư theo Điều 21 của Điều lệ và Điều 23.5 của Hợp đồng liên doanh.

- Xét về nội dung và điều kiện thông qua 3 nghị quyết nêu trên của Hội đồng Quản trị GISH do RIL và SGC đưa ra, bản án sơ thẩm cho rằng đã có 8 thành viên chấp thuận trong số 10 thành viên Hội đồng Quản trị, chiếm 81% vốn điều lệ là có quyền bỏ phiếu, ký vào văn bản thay cho cuộc họp Hội đồng Quản trị là áp dụng sai Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2005. Bởi vì Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2005 chỉ rõ là phải được “ít nhất 65% thành viên Hội đồng Quản trị dự họp” chứ không phải ký vào văn bản do RIL đưa ra. Hơn nữa, trong Điều lệ và hợp đồng liên doanh của GISH quy định: “Những vấn đề quan trọng sau đây phải được Hội đồng Quản trị quyết định theo nguyên tắc nhất trí (100%)” trong đó có việc bổ nhiệm, thay thế, miễn nhiệm Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Phó Chủ tịch Hội đồng Quản trị, Tổng Giám đốc. Do vậy, 3 nghị quyết nêu ở phần trên do RIL đề xuất ký bằng văn bản đã không chấp hành Điều lệ liên doanh, không thực hiện đúng hợp đồng liên doanh và quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005.

Tòa phúc thẩm quyết định sửa toàn bộ bản án sơ thẩm: *Chấp nhận đơn khởi kiện, các yêu cầu khởi kiện, yêu cầu kháng cáo của UCI và kháng cáo của ông H; đồng thời hủy bỏ/không công nhận giá trị pháp lý của 3 nghị quyết nêu trên.*

III. CÁC VẤN ĐỀ VỀ TÀI CHÍNH CỦA CÔNG TY

1. Vốn điều lệ và góp vốn

Vốn điều lệ của công ty là tổng giá trị phần vốn góp các thành viên cam kết góp vào công ty tại thời điểm đăng ký kinh doanh. Sau đó, theo quy định trong Điều lệ, thành viên có nghĩa vụ phải góp đủ số lượng, đúng thời hạn như đã cam kết và chỉ được

thay đổi loại tài sản góp vốn so với thỏa thuận lúc đầu nếu đa số thành viên còn lại trong công ty đồng ý.

Thành viên phải góp đủ và đúng loại tài sản như đã cam kết trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Công ty sẽ có 60 ngày tiếp theo để đăng ký điều chỉnh vốn điều lệ, tỷ lệ phần vốn góp của các thành viên cho bằng số vốn thực góp. Tuy vậy, các thành viên chưa góp số vốn đã cam kết phải chịu trách nhiệm tương ứng với phần vốn góp đã cam kết đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh trong thời gian trước ngày công ty đăng ký thay đổi vốn điều lệ và phần vốn góp của thành viên. Việc yêu cầu thành viên chưa góp đủ vốn phải chịu trách nhiệm trong phạm vi số vốn cam kết góp là một ngoại lệ của học thuyết “trách nhiệm hữu hạn” và “tư cách pháp nhân độc lập” trong pháp luật về công ty nói chung và trong công ty trách nhiệm hữu hạn nói riêng. Ngoại lệ này thường được gọi là “phá hạn trách nhiệm” (piercing the corporate veil hoặc lifting the corporate veil).

Trước đây, theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành của luật này, thì thời hạn góp vốn là không quá 36 tháng, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Mặc dù quy định này nhằm tạo điều kiện về thời gian cho các nhà đầu tư thu xếp nguồn vốn của mình để chuyển cho công ty, nhưng đây là một điểm dễ bị lợi dụng để kéo dài thời gian góp vốn, làm cho vốn điều lệ của công ty trở thành con số chỉ hiện hữu trên giấy tờ còn thực chất là công ty không có đủ số vốn như đã cam kết. Vì vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã giảm thời hạn góp vốn xuống còn 90 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Mục tiêu của sự thay đổi này là để hạn chế tình trạng

vốn ảo, vốn không. Tuy vậy, đứng từ góc độ kinh doanh hoặc tài chính cho dự án, việc quy định 3 tháng cho việc góp đủ vốn là không thực tế vì trong thời hạn 3 tháng đó, doanh nghiệp có thể mới chỉ hoàn thành các thủ tục hành chính sau giấy phép (như khắc và đăng ký mẫu dấu, mở tài khoản, kê khai thuế lần đầu, xin giấy phép lao động cho các quản lý người nước ngoài, sửa chữa văn phòng, xây dựng hệ thống quản lý nội bộ...) mà chưa hề cần đến toàn bộ khoản vốn điều lệ vốn được dự liệu cho việc tài trợ cho hoạt động kinh doanh dài hạn hoặc tài trợ cho dự án của công ty. Để tuân thủ thời hạn 90 ngày, doanh nghiệp có thể chỉ đăng ký số vốn điều lệ nhỏ ban đầu rồi đăng ký tăng vốn dần dần theo nhu cầu kinh doanh. Việc áp dụng trở lại thời hạn 3 năm theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 hoặc một thời hạn góp vốn dài hơn 90 ngày cũng là vấn đề mà cơ quan chức năng nên cân nhắc thêm.

Vốn điều lệ là số vốn ban đầu để công ty hoạt động. Vốn điều lệ sau đó sẽ được biến thành tài sản của công ty dưới dạng tiền hoặc hiện vật, tài sản hữu hình hoặc vô hình và tài sản của công ty có thể tăng hoặc giảm tùy vào việc công ty làm ăn lời hay lỗ. Vì vậy, khi giao dịch với công ty, các bên thường quan tâm đến giá trị tài sản ròng của công ty (lấy tổng tài sản của công ty trừ đi tổng các khoản nợ của công ty) và khả năng thanh toán của công ty hơn là vốn điều lệ.

Đối với thành viên cá nhân, nếu tài sản góp vốn là Đồng Việt Nam thì có thể góp bằng tiền mặt (tiền giấy, tiền kim loại do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam phát hành) hoặc thông qua hệ thống ngân hàng. Tuy nhiên, đối với thành viên là tổ chức, việc góp vốn không được sử dụng tiền mặt mà phải sử dụng các hình thức: (i) thanh toán bằng Séc; (ii) ủy nhiệm chi - chuyển tiền;

hoặc (iii) các hình thức thanh toán không sử dụng tiền mặt phù hợp khác theo quy định hiện hành¹.

Trong trường hợp thành viên góp vốn là nhà đầu tư nước ngoài, việc góp vốn phải được thực hiện thông qua tài khoản vốn của nhà đầu tư đó mở tại ngân hàng ở Việt Nam theo quy định về quản lý ngoại hối, trừ trường hợp góp vốn bằng tài sản.

Đối với tài sản góp vốn không phải là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng thì phải được các thành viên tự định giá hoặc tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá và được thể hiện thành Đồng Việt Nam.

Tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp phải được các thành viên định giá theo nguyên tắc nhất trí hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động do Hội đồng Thành viên và người góp vốn thỏa thuận định giá hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn vẫn phải được người góp vốn và công ty chấp thuận.

Để ngăn ngừa tình trạng kê không giá trị của tài sản góp vốn, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn, thì người góp vốn, thành viên Hội đồng Thành viên cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá;

1. Xem thêm tại: Thông tư số 09/2015/TT-BTC ngày 29/01/2015 của Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn giao dịch tài chính của doanh nghiệp theo quy định tại Điều 6 Nghị định số 222/2013/NĐ-CP ngày 31/12/2013 của Chính phủ về thanh toán bằng tiền mặt.

đồng thời liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do việc cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế.

Thành viên công ty phải chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn cho công ty. Đối với tiền, với tính chất là động sản, quyền sở hữu coi như được chuyển cho công ty khi công ty nhận được số tiền đó. Đối với cổ phần hoặc phần vốn góp bằng tài sản không phải là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, việc góp vốn chỉ được coi là hoàn tất khi quyền sở hữu hợp pháp đối với tài sản góp vốn đã chuyển sang công ty. Đối với tài sản có đăng ký quyền sở hữu hoặc giá trị quyền sử dụng đất, thì người góp vốn phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản đó hoặc quyền sử dụng đất cho công ty tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Việc chuyển quyền sở hữu đối với tài sản góp vốn không phải chịu lệ phí trước bạ. Đối với tài sản không đăng ký quyền sở hữu, việc góp vốn phải được thực hiện bằng việc giao nhận tài sản góp vốn có xác nhận bằng biên bản. Biên bản giao nhận phải ghi rõ tên và địa chỉ trụ sở chính của công ty; họ, tên, địa chỉ thường trú, số Thẻ căn cước công dân/Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác, số quyết định thành lập hoặc đăng ký của người góp vốn; loại tài sản và số đơn vị tài sản góp vốn; tổng giá trị tài sản góp vốn và tỷ lệ của tổng giá trị tài sản đó trong vốn điều lệ của công ty; ngày giao nhận; chữ ký của người góp vốn hoặc đại diện theo ủy quyền của người góp vốn và người đại diện theo pháp luật của công ty.

2. Thay đổi vốn điều lệ

Thứ nhất, tăng vốn điều lệ.

Trong quá trình hoạt động, công ty có thể tăng vốn điều lệ bằng cách huy động vốn từ thành viên hiện hữu hoặc tiếp nhận

vốn góp của thành viên mới. Để duy trì sự ổn định của công ty sau khi tăng vốn, Luật Doanh nghiệp năm 2014 yêu cầu phần vốn góp thêm phải được phân chia cho các thành viên theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty. Thành viên có thể chuyển nhượng quyền góp vốn của mình cho người khác nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày chào bán theo Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Thành viên phản đối quyết định tăng thêm vốn điều lệ có thể không góp thêm vốn; số vốn dự kiến góp thêm của thành viên đó được chia cho các thành viên khác theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty nếu các thành viên không có thỏa thuận khác. Trong trường hợp này, tỷ lệ vốn góp của thành viên không góp thêm sẽ bị pha loãng và quyền lực của họ trong công ty sẽ giảm đi. Trên thực tế, thành viên có thể cân nhắc việc thoái vốn khỏi công ty khi vốn góp bị pha loãng đáng kể khiến họ không thể kiểm soát được công ty.

Thứ hai, giảm vốn điều lệ.

Khoản 3 Điều 68 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định công ty có thể giảm vốn điều lệ bằng các hình thức sau:

- Hoàn trả một phần vốn góp cho thành viên theo tỷ lệ vốn góp của họ trong vốn điều lệ của công ty nếu đã hoạt động kinh doanh liên tục trong hơn 02 năm, kể từ ngày đăng ký doanh nghiệp và bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác sau khi đã hoàn trả cho thành viên.

- Công ty mua lại phần vốn góp của thành viên theo quy định tại Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

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

- + Sửa đổi, bổ sung các nội dung trong Điều lệ công ty liên quan đến quyền và nghĩa vụ của thành viên, Hội đồng Thành viên;
- + Tổ chức lại công ty;
- + Các trường hợp khác theo quy định tại Điều lệ công ty.

Xuất phát từ việc trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có (các) thành viên có tỷ lệ phần vốn góp lớn, chi phối việc ra quyết định của công ty, họ có thể biểu quyết thông qua các quyết định làm ảnh hưởng trực tiếp đến những thành viên thiểu số. Trong khi đó, thành viên có tỷ lệ phần vốn góp nhỏ có tiếng nói yếu hơn và ít khả năng tự bảo vệ mình bằng lá phiếu biểu quyết, quyền hành của họ trong công ty bị hạn chế và các quyền lợi khác cũng không được bảo đảm, do đó trong một số trường hợp nhất định, pháp luật trao cho họ quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp như một sự giải thoát khỏi công ty.

Để có thể yêu cầu công ty mua phần vốn góp của mình, thành viên phải gửi văn bản yêu cầu trong thời hạn quy định. Theo đó, yêu cầu công ty mua lại chỉ có hiệu lực khi được gửi đến công ty trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày thông qua nghị quyết về vấn đề mà thành viên bỏ phiếu phản đối. Quá thời hạn này, thành viên đương nhiên mất quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp và có nghĩa vụ phải chấp hành quyết định của Hội đồng Thành viên đã được thông qua. Bên cạnh đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định yêu cầu công ty mua lại phải được gửi dưới hình thức bằng văn bản để có cơ sở ghi nhận thành viên đã

thực hiện đúng thủ tục và là căn cứ để xác định thời điểm thành viên đã đưa yêu cầu công ty mua lại.

Trong giao dịch mua bán phần vốn góp giữa thành viên yêu cầu công ty mua lại với công ty thì bên yêu cầu luôn là bên yếu thế, dễ bị ép giá dẫn đến khó thống nhất được một mức giá hợp ý hai bên. Trong trường hợp này, pháp luật quy định giá mua lại sẽ được xác định căn cứ vào giá thị trường hoặc giá dựa trên nguyên tắc xác định quy định tại Điều lệ công ty.

Việc công ty mua lại phần vốn góp sẽ chấm dứt tư cách thành viên và làm giảm vốn điều lệ của công ty tương ứng với phần vốn mà thành viên yêu cầu công ty mua lại. Do đó, nó làm giảm khả năng trả nợ của công ty. Quy định này cần thiết để ngăn chặn khả năng các thành viên thông đồng rút vốn nhằm trốn tránh nghĩa vụ trả nợ của công ty, bảo vệ quyền lợi của các chủ nợ của công ty. Trường hợp công ty không mua lại phần vốn góp theo quy định tại khoản 2 Điều 52 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì thành viên đó có quyền tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho thành viên khác hoặc người khác không phải là thành viên.

- Trường hợp nếu có thành viên chưa góp hoặc chưa góp đủ số vốn đã cam kết trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, thì công ty phải đăng ký điều chỉnh giảm vốn điều lệ, thay đổi tỷ lệ phần vốn góp của các thành viên.

3. Chia lợi nhuận

Công ty được thiết kế cho mục đích tạo ra lợi nhuận cho thành viên. Lợi nhuận là mục đích hoạt động tối thượng của công ty và là nguyên nhân để công ty ra đời. Ngược lại, nếu công ty không có lợi nhuận, nó sẽ không có lý do kinh tế để tồn tại.

Theo Điều 69 Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty được chia lợi nhuận cho các thành viên khi kinh doanh có lãi, đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật và bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản đến hạn trả khác sau khi chia lợi nhuận. Nếu không có thỏa thuận nào khác giữa các thành viên, lợi nhuận được chia theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của thành viên trong công ty.

Nếu việc chia lợi nhuận trái với những quy định nêu trên thì các thành viên phải hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản đã nhận hoặc phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty cho đến khi các thành viên đã hoàn trả đủ số tiền, tài sản tương ứng với khoản lợi nhuận đã chia.

4. Chuyển nhượng phần vốn góp

Một trong những cách hiệu quả để thành viên rút vốn ra khỏi công ty là chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho người khác. Bản chất của chuyển nhượng vốn trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là việc chủ sở hữu chuyển quyền sở hữu một phần/toàn bộ phần vốn góp của mình cho tổ chức, cá nhân khác và nhận thanh toán giá trị phần vốn góp bằng phương thức mà các bên đã thỏa thuận. Chuyển nhượng phần vốn góp là một hợp đồng chuyển nhượng với đối tượng của giao dịch là quyền sở hữu phần vốn góp.

Xuất phát từ bản chất “đóng” của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, điều kiện đầu tiên khi chuyển nhượng phần vốn góp là thành viên phải chào bán cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty

với cùng điều kiện. Việc chào bán theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp với cùng điều kiện nhằm bảo đảm tính bình đẳng giữa các thành viên được chào bán, sự ổn định tỉ lệ phần vốn góp giữa các thành viên còn lại sau khi có thành viên chuyển nhượng phần vốn góp. Sau khi đã tuân thủ quy định chào bán cho các thành viên trong công ty trước mà các thành viên không mua hoặc mua không hết thì thành viên có quyền chuyển nhượng phần vốn góp cho người không phải là thành viên công ty. Người nhận chuyển nhượng phần vốn góp trong trường hợp này đương nhiên trở thành thành viên công ty mà không cần phải có sự đồng ý của Hội đồng Thành viên.

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN LỬA VIỆT

Vương, Hùng và Thu cùng góp vốn thành lập Công ty trách nhiệm hữu hạn Lửa Việt chuyên sản xuất, kinh doanh gas và các loại khí đốt với số vốn điều lệ là 5 tỷ đồng. Trong thỏa thuận góp vốn do tất cả các thành viên cùng ký, Vương góp 1 tỷ đồng bằng tiền mặt (chiếm 20% vốn điều lệ), Hùng góp 3 tỷ đồng (chiếm 60% vốn điều lệ), trong đó gồm một tỷ đồng tiền mặt và nhà xưởng, mặt bằng kinh doanh và một số thiết bị được định giá là 2 tỷ đồng. Thu góp 1 tỷ đồng bằng tiền mặt (chiếm 20% vốn điều lệ). Theo Điều lệ của Công ty thì Vương là Giám đốc, Hùng là Chủ tịch Hội đồng Thành viên và cũng là người đại diện theo pháp luật của Công ty.

Sau khi Công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, do không có đủ vốn bằng tiền mặt, Hùng đã nhượng lại phần vốn góp của mình là 1 tỷ đồng bằng tiền mặt cho Liên. Hai bên làm giấy chuyển nhượng phần vốn. Vì cho rằng mình là Chủ tịch Hội đồng Thành viên, đại diện cho Công ty, lại là

người góp nhiều vốn nhất, nên Hùng đã không thông báo việc chuyển nhượng vốn góp cho Liên để Vương và Thu được biết. Sau một thời gian hoạt động, giữa các thành viên của Công ty xuất hiện bất đồng. Vương khởi kiện Hùng ra tòa, yêu cầu Tòa án không thừa nhận phần vốn góp của Hùng vì cho rằng tất cả nhà đất vẫn mang tên của Hùng mà chưa sang tên trước bạ cho Công ty. Vương cũng yêu cầu Tòa án bác bỏ tư cách thành viên của Liên vì cho rằng việc chuyển nhượng vốn giữa Hùng và Liên là bất hợp pháp.

Khi khởi kiện lại vụ án, tại tòa, Hùng không thừa nhận phần vốn góp bằng tiền mặt của Vương. Để minh chứng cho lập luận của mình, Hùng chỉ ra rằng Vương nộp một phiếu thu, trong đó Vương tự nộp và với tư cách Giám đốc công ty tự xác nhận phần vốn góp đã nộp của mình. Hùng cũng cho rằng mình đã thực hiện xong nghĩa vụ góp vốn bằng cách xuất trình các hợp đồng xây dựng nhà xưởng với Công ty xây dựng Thanh Bình, trong đó Công ty trách nhiệm hữu hạn Lửa Việt là chủ công trình.

Nguồn: Tổ công tác thi hành Luật doanh nghiệp: Một số tranh chấp điển hình phát sinh trong quá trình thực hiện Luật Doanh nghiệp, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2002.

Một số vấn đề cần làm rõ trong ví dụ trên là:

- Quyền chuyển nhượng phần vốn góp: Chuyển nhượng phần vốn góp, dưới góc độ sở hữu được nhìn nhận như hành vi định đoạt của chủ sở hữu. Tuy vậy, với bản chất đóng cùng các đặc điểm của một loại hình công ty đối nhân, nên việc chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn bị giới hạn nhằm bảo đảm cho việc giữ mối quan hệ thân thiết giữa các thành viên trong công ty.

Trong tình huống được đề cập, Hùng đã nhượng lại phần vốn góp của mình là 1 tỷ đồng bằng tiền mặt cho Liên. Hành vi này đã vi phạm quy định của pháp luật doanh nghiệp. Với lý do cho rằng mình là Chủ tịch Hội đồng Thành viên, đại diện cho Công ty, lại là người góp nhiều vốn nhất, do vậy, Hùng đã không thông báo việc chuyển nhượng vốn góp cho Liên để Vương và Thu được biết. Những lý do Hùng đưa ra không thể trở thành căn cứ để thành viên có thể chuyển nhượng cho người ngoài công ty mà không chào bán cho các thành viên còn lại trong công ty.

- Thời điểm hoàn thành nghĩa vụ góp vốn: Theo quy định tại Điều 35 Luật Doanh nghiệp năm 2014, tài sản góp vốn có thể là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác ghi trong Điều lệ công ty do thành viên góp để tạo thành vốn của công ty.

Về cơ bản, các tài sản này có thể chia thành hai nhóm: (i) Tài sản có đăng ký quyền sở hữu và (ii) Tài sản không đăng ký quyền sở hữu.

Trong tình huống trên, Hùng đã góp vốn bằng hai loại tài sản là (i) Tiền mặt và (ii) Nhà xưởng. Theo quy định, nhà xưởng là một loại tài sản phải đăng ký quyền sở hữu. Căn cứ Luật Doanh nghiệp năm 2014, Hùng phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu nhà xưởng này cho Công ty. Các hợp đồng xây dựng nhà xưởng với Công ty xây dựng Thanh Bình, trong đó Công ty trách nhiệm hữu hạn Lửa Việt là chủ công trình, không phải là căn cứ để chứng minh Hùng đã hoàn thành nghĩa vụ góp vốn đối với Công ty trách nhiệm hữu hạn Lửa Việt. Nói cách khác, Hùng vẫn chưa hoàn thành nghĩa vụ góp vốn đối với Công ty.

IV. CƠ CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN PHƯƠNG ĐÔNG

An, Bình, Chương và Dung thành lập Công ty trách nhiệm hữu hạn Phương Đông kinh doanh mua bán thủy sản, vật tư ngành thủy sản với vốn điều lệ là 1 tỷ đồng. An góp 200 triệu đồng bằng tiền mặt (20% vốn điều lệ); Bình góp một chiếc ô tô được định giá 200 triệu đồng (20%); Chương góp kho bãi kinh doanh và một số thiết bị vật tư được định giá 500 triệu đồng (50%); Dung góp 100 triệu đồng bằng tiền mặt (10%).

Theo Điều lệ công ty, Chương là Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Bình là Giám đốc, An là Phó Giám đốc. Giám đốc là người đại diện theo pháp luật cho công ty. Sau một năm hoạt động, mâu thuẫn xảy ra giữa Chương và Bình. Với tư cách là Chủ tịch Hội đồng Thành viên và là người góp nhiều vốn nhất, Chương ra quyết định cách chức Giám đốc của Bình và bổ nhiệm An làm Giám đốc thay thế.

Không đồng ý với quyết định của Chương, Bình vẫn tiếp tục giữ con dấu của công ty. Sau đó lấy danh nghĩa công ty Phương Đông, Bình ký hợp đồng vay 700 triệu đồng của Công ty trách nhiệm hữu hạn Trường Xuân. Theo hợp đồng, Công ty Trường Xuân chuyển trước 300 triệu đồng cho Công ty Phương Đông. Toàn bộ số tiền này được Bình chuyển sang tài khoản cá nhân của mình. Theo sổ sách, tài sản của Công ty Phương Đông vào thời điểm này khoảng 1,2 tỷ đồng.

Chương kiện Bình ra tòa, yêu cầu Bình nộp lại con dấu cho công ty, hoàn trả số tiền 300 triệu đồng cho công ty và bồi thường thiệt hại cho công ty. Thêm nữa, Công ty trách nhiệm hữu hạn Trường Xuân cũng khởi kiện Công ty Phương Đông,

yêu cầu hoàn trả số tiền 300 triệu đồng mà Trường Xuân đã cho Phương Đông vay.

Đây là một trong số rất nhiều trường hợp mà các nhà đầu tư trước khi thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên nhầm tưởng Chủ tịch “to” hơn Giám đốc. Khi thành lập công ty, nhà đầu tư góp vốn lớn nhất thường muốn dành lấy chức danh Chủ tịch Hội đồng Thành viên vì nghĩ rằng đó là chức danh “to” nhất, mọi quyết định của họ sẽ được các đối tượng khác tuân thủ. Tuy nhiên, pháp luật về doanh nghiệp Việt Nam không quy định như vậy mà quyền hành được trao cho Hội đồng Thành viên chứ không phải cho Chủ tịch Hội đồng Thành viên. Chủ tịch Hội đồng Thành viên không có quyền lấy tư cách cá nhân để quyết định các vấn đề nhân sự chủ chốt trong công ty. Quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, thuê, cách chức Giám đốc công ty là thuộc thẩm quyền của Hội đồng Thành viên.

Ở tình huống nêu trên, vì mâu thuẫn mà Chương lấy tư cách Chủ tịch Hội đồng Thành viên công ty để cách chức Bình là trái với quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Quyết định về vấn đề này thuộc thẩm quyền của Hội đồng Thành viên.

Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên nhìn chung là đơn giản. Về cơ bản, cơ cấu tổ chức quản lý của loại hình công ty này gồm hai tầng: Hội đồng Thành viên (thực hiện chức năng của chủ sở hữu) và Giám đốc (thực hiện chức năng quản lý công ty). Với thiết kế này, chủ sở hữu có thể trực tiếp can thiệp vào quá trình vận hành công ty, nhất là khi thành viên công ty là cá nhân.

Theo Điều 55 Luật Doanh nghiệp năm 2014, khi có từ 11 thành viên trở lên, công ty phải thành lập Ban Kiểm soát (thực hiện

chức năng giám sát); còn trong trường hợp công ty có ít hơn 11 thành viên, thì việc thành lập Ban Kiểm soát sẽ tùy thuộc vào quyết định của Hội đồng Thành viên và phù hợp với yêu cầu quản trị công ty.

Quy định về quyền hạn, nghĩa vụ, cơ chế hoạt động của các thiết chế trong công ty (Hội đồng Thành viên, Chủ tịch, Giám đốc, Ban Kiểm soát...) trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 không phải là những quy định cứng. Thành viên có thể thay đổi, bổ sung, chi tiết hóa các quy định trong Luật Doanh nghiệp cho phù hợp với bối cảnh thực tế của công ty mình. Quyền hạn có thể được phân quyền linh động cho Hội đồng Thành viên, Chủ tịch, Giám đốc, Ban Kiểm soát theo mong muốn của các thành viên.

Nguyên tắc phân chia quyền lực chung luôn xuất phát từ việc sở hữu vốn góp. Chủ thể nào nắm phần vốn góp lớn sẽ kiểm soát Hội đồng Thành viên và hướng các quyết định của Hội đồng Thành viên theo ý mình. Từ việc kiểm soát Hội đồng Thành viên, họ sẽ kiểm soát việc bổ nhiệm, bãi nhiệm Giám đốc và thông qua đó kiểm soát Giám đốc cũng như hoạt động điều hành công ty. Theo các quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014, một thành viên sở hữu 65% vốn điều lệ sẽ gần như kiểm soát toàn bộ công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

Nếu chủ sở hữu muốn trực tiếp tham gia vào việc quản lý công ty, Điều lệ nên tăng thẩm quyền cho Hội đồng Thành viên. Tuy nhiên, nếu các thành viên muốn xây dựng vị trí Giám đốc mạnh, thì có thể chuyển một phần quyền của Hội đồng Thành viên cho Giám đốc.

Việc chọn lựa người đại diện theo pháp luật của công ty cũng là một yếu tố cần xem xét khi xây dựng cơ cấu tổ chức quản lý.

Thông thường, Chủ tịch Hội đồng Thành viên sẽ không nắm vai trò đại diện theo pháp luật mà giao vai trò này cho Giám đốc. Tuy nhiên, nếu các thành viên muốn tập trung quyền lực cho Chủ tịch Hội đồng Thành viên, họ có thể trao vai trò đại diện theo pháp luật cho Chủ tịch Hội đồng Thành viên; hoặc phân chia vai trò đại diện theo pháp luật cho cả Chủ tịch Hội đồng Thành viên và Giám đốc.

1. Hội đồng Thành viên

1.1. Vai trò và vị trí

Hội đồng Thành viên gồm các thành viên, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty. Hội đồng Thành viên, về bản chất, là hội đồng của chủ sở hữu. Chúng ta thấy rằng việc sở hữu và quản lý trong công ty trách nhiệm hữu hạn chưa tách bạch vì chủ sở hữu trực tiếp tham gia vào việc điều hành công ty. Nếu là cá nhân, họ đương nhiên trở thành thành viên. Đối với thành viên là tổ chức, thành viên có quyền chỉ định người đại diện theo ủy quyền tham gia Hội đồng Thành viên.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 không quy định về số lượng người tham gia vào Hội đồng Thành viên của một thành viên là tổ chức. Do vậy, các bên có thể thỏa thuận việc bổ nhiệm này theo thỏa thuận giữa các thành viên.

BỔ NHIỆM THÀNH VIÊN HỘI ĐỒNG THÀNH VIÊN

- Số lượng Thành viên Hội đồng Thành viên là 5 người và cách thức bổ nhiệm Thành viên Hội đồng Thành viên sẽ được quyết định phù hợp với các điều khoản của Thỏa thuận thành viên này và Điều lệ của công ty.

- Số lượng Thành viên Hội đồng Thành viên sẽ được các thành viên chỉ định như sau: (i) 03 (ba) thành viên sẽ do Bên A chỉ định; và (ii) 02 (hai) thành viên sẽ do Bên B đề nghị.

- Các Bên sẽ bảo đảm rằng từng Thành viên được bổ nhiệm, biểu quyết và thực hiện đúng các quyền của mình phù hợp với Thỏa thuận thành viên này và Điều lệ của Công ty.

- Mỗi Bên sẽ bồi hoàn cho công ty mọi yêu cầu thanh toán phát sinh liên quan đến hành vi sai trái, gian trá, bất cẩn và trách nhiệm khác do thành viên Hội đồng Thành viên được bổ nhiệm của Bên đó gây ra trong nhiệm kỳ người đó đại diện cho Bên đó. Mọi yêu cầu thanh toán phát sinh liên quan đến việc bãi nhiệm Thành viên Hội đồng Thành viên đã bổ nhiệm khỏi chức vụ đang nắm giữ xuất phát từ hành vi gian trá hoặc bất cẩn của người đó.

1.2. Quyền hạn và nghĩa vụ

Theo Điều 56 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Hội đồng Thành viên có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

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

- Quyết định tăng hoặc giảm vốn điều lệ, quyết định thời điểm và phương thức huy động thêm vốn;

- Quyết định dự án đầu tư phát triển của công ty;

- Quyết định giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và chuyển giao công nghệ; thông qua hợp đồng vay, cho vay, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của

công ty hoặc một tỷ lệ hoặc giá trị khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;

- Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng Thành viên; quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, bãi nhiệm, ký và chấm dứt hợp đồng đối với Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Kế toán trưởng và người quản lý khác quy định tại Điều lệ công ty;

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

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

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

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

- Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;

- Quyết định tổ chức lại công ty;

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

- Quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

1.3. Cơ chế hoạt động

Hội đồng Thành viên thực hiện nhiệm vụ của mình thông qua các cuộc họp hoặc thông qua việc lấy ý kiến thành viên bằng văn bản. Nếu Điều lệ công ty không quy định cụ thể số lượng hoặc định kỳ họp Hội đồng Thành viên, thì Hội đồng Thành viên phải họp ít nhất mỗi năm một lần.

- Triệu tập họp Hội đồng Thành viên:

Hội đồng Thành viên được triệu tập họp bất cứ khi nào theo yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc của nhóm thành viên sở hữu trên 10% vốn điều lệ hoặc của các thành viên thiểu số, trong trường hợp công ty có một thành viên sở hữu trên 90% vốn điều lệ (Điều 50 Luật Doanh nghiệp năm 2014). 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.

Trong trường hợp Chủ tịch Hội đồng Thành viên không triệu tập họp Hội đồng Thành viên theo yêu cầu của thành viên, trong vòng 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu triệu tập họp của thành viên, thì nhóm thành viên đó có quyền triệu tập họp Hội đồng Thành viên. Chủ tịch Hội đồng Thành viên không triệu tập họp Hội đồng Thành viên theo quy định phải chịu trách nhiệm cá nhân trước pháp luật về thiệt hại xảy ra đối với công ty và thành viên có liên quan của công ty.

- Chương trình và mời họp Hội đồng Thành viên:

Chủ tịch Hội đồng Thành viên chuẩn bị chương trình, nội dung tài liệu và triệu tập họp Hội đồng Thành viên. Chương trình và tài liệu họp phải được gửi cho thành viên công ty trước khi họp. Tài liệu sử dụng trong cuộc họp liên quan đến quyết định về sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, thông qua phương hướng phát triển công ty, thông qua báo cáo tài chính hằng năm, tổ chức lại hoặc giải thể công ty phải được gửi đến các thành viên chậm nhất 07 ngày làm việc trước ngày họp. Thời hạn gửi các tài liệu khác do Điều lệ công ty quy định.

Thông báo mời họp Hội đồng Thành viên có thể gửi bằng giấy mời, điện thoại, fax hoặc phương tiện điện tử khác do

Điều lệ công ty quy định và phải được gửi trực tiếp đến từng thành viên Hội đồng Thành viên. Nội dung thông báo mời họp phải xác định rõ thời gian, địa điểm và chương trình họp.

- Bổ sung chương trình họp:

Sau khi nhận được chương trình, nội dung tài liệu họp Hội đồng Thành viên, thành viên có quyền kiến nghị bổ sung nội dung chương trình họp bằng văn bản. Kiến nghị phải có các nội dung chủ yếu sau đây: Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Thẻ căn cước công dân, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, mã số doanh nghiệp hoặc số quyết định thành lập, địa chỉ trụ sở chính đối với thành viên là tổ chức; họ, tên, chữ ký của thành viên hoặc người đại diện theo ủy quyền; tỷ lệ phần vốn góp, số và ngày cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp; nội dung kiến nghị đưa vào chương trình họp; lý do kiến nghị.

Chủ tịch Hội đồng Thành viên phải chấp thuận kiến nghị và bổ sung chương trình họp Hội đồng Thành viên nếu kiến nghị có đủ nội dung theo quy định được gửi đến trụ sở chính của công ty chậm nhất 01 ngày làm việc trước ngày họp Hội đồng Thành viên. Trường hợp kiến nghị được trình ngay trước khi họp, thì kiến nghị được chấp thuận nếu đa số các thành viên dự họp tán thành.

- Điều kiện tiến hành họp Hội đồng Thành viên:

Cuộc họp Hội đồng Thành viên được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 65% vốn điều lệ, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ hai trong

thời hạn 15 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất. Cuộc họp Hội đồng Thành viên triệu tập lần thứ hai được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 50% vốn điều lệ; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Trường hợp cuộc họp lần thứ hai không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn 10 ngày làm việc, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai. Trong trường hợp này, cuộc họp Hội đồng Thành viên được tiến hành không phụ thuộc số thành viên dự họp và số vốn điều lệ được đại diện bởi số thành viên dự họp.

Thành viên được coi là tham dự và biểu quyết tại cuộc họp Hội đồng Thành viên trong trường hợp sau đây: Tham dự và biểu quyết trực tiếp tại cuộc họp; Ủy quyền cho một người khác tham dự và biểu quyết tại cuộc họp; Tham dự và biểu quyết thông qua hội nghị trực tuyến, bỏ phiếu điện tử hoặc hình thức điện tử khác; Gửi phiếu biểu quyết đến cuộc họp thông qua thư, fax, thư điện tử (khoản 4 Điều 60 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

- Quyết định của Hội đồng Thành viên:

Quyết định của Hội đồng Thành viên có thể được thông qua trong cuộc họp hoặc bằng cách lấy ý kiến bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác do Điều lệ công ty quy định.

Trong trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác thì quyết định về các vấn đề sau đây phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp Hội đồng Thành viên: Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; Quyết định phương hướng phát triển công ty; Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng Thành viên; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Giám đốc hoặc Tổng giám đốc;

Thông qua báo cáo tài chính hằng năm; Tổ chức lại hoặc giải thể công ty.

Quyết định của Hội đồng Thành viên được thông qua tại cuộc họp trong các trường hợp sau đây: Được số phiếu đại diện ít nhất 65% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định; Được số phiếu đại diện ít nhất 75% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận đối với quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, tổ chức lại, giải thể công ty; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Quyết định của Hội đồng Thành viên được thông qua dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản khi được số thành viên đại diện ít nhất 65% vốn điều lệ tán thành; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

- Biên bản họp Hội đồng Thành viên:

Các cuộc họp Hội đồng Thành viên phải được ghi biên bản, có thể ghi âm hoặc ghi và lưu giữ dưới hình thức điện tử khác. Biên bản họp Hội đồng Thành viên phải làm xong và thông qua ngay trước khi kết thúc cuộc họp. Người ghi biên bản và chủ tọa cuộc họp chịu trách nhiệm liên đới về tính chính xác và trung thực của nội dung biên bản họp Hội đồng Thành viên.

Biên bản phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- + Thời gian và địa điểm họp; mục đích, chương trình họp;
- + Họ, tên, tỷ lệ vốn góp, số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của thành viên, người đại diện theo ủy quyền dự họp;

họ, tên, tỷ lệ vốn góp, số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của thành viên, người đại diện ủy quyền của thành viên không dự họp;

- + Vấn đề được thảo luận và biểu quyết; tóm tắt ý kiến phát biểu của thành viên về từng vấn đề thảo luận;

- + Tổng số phiếu biểu quyết hợp lệ, không hợp lệ; số phiếu tán thành, không tán thành đối với từng vấn đề biểu quyết;

- + Các quyết định được thông qua;

- + Họ, tên, chữ ký của người ghi biên bản và chủ tọa cuộc họp (khoản 2 Điều 61 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Theo Điều 11 Luật Doanh nghiệp năm 2014, biên bản họp Hội đồng Thành viên và các quyết định của công ty phải được lưu giữ tại trụ sở chính hoặc địa điểm khác được quy định trong Điều lệ công ty trong thời hạn lưu giữ theo quy định của pháp luật có liên quan. Trong trường hợp công ty không lưu giữ biên bản họp Hội đồng Thành viên theo quy định của pháp luật thì có thể bị phạt tiền từ 10 triệu đồng đến 15 triệu đồng và buộc phải thực hiện việc lưu giữ tài liệu theo quy định (theo Điều 34 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP ngày 01/6/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư).

- Thông qua nghị quyết của Hội đồng Thành viên theo hình thức lấy ý kiến bằng văn bản:

Ngoài việc thông qua nghị quyết trong cuộc họp, Hội đồng Thành viên có thể thông qua nghị quyết theo hình thức lấy ý kiến bằng văn bản. Thẩm quyền và thể thức lấy ý kiến thành viên bằng văn bản được quy định trong Điều lệ. Nếu Điều lệ

không quy định, việc lấy ý kiến bằng văn bản được thực hiện theo Điều 62 Luật Doanh nghiệp năm 2014, theo đó:

(i) Chủ tịch Hội đồng Thành viên quyết định việc lấy ý kiến Thành viên Hội đồng Thành viên bằng văn bản để thông qua quyết định các vấn đề thuộc thẩm quyền;

(ii) Chủ tịch Hội đồng Thành viên có trách nhiệm tổ chức việc soạn thảo, gửi các báo cáo, tờ trình về nội dung cần quyết định, dự thảo nghị quyết và phiếu lấy ý kiến đến các thành viên Hội đồng Thành viên;

(iii) Chủ tịch Hội đồng Thành viên tổ chức việc kiểm phiếu, lập báo cáo và thông báo kết quả kiểm phiếu, quyết định được thông qua đến các thành viên.

Phiếu lấy ý kiến phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- + Tên, mã số doanh nghiệp, địa chỉ trụ sở chính;
- + Họ, tên, địa chỉ, quốc tịch, số Thẻ căn cước công dân, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác, tỷ lệ phần vốn của thành viên Hội đồng Thành viên;
- + Vấn đề cần lấy ý kiến và ý kiến trả lời tương ứng theo thứ tự tán thành, không tán thành và không có ý kiến;
- + Thời hạn cuối cùng phải gửi phiếu lấy ý kiến về công ty;
- + Họ, tên, chữ ký của Chủ tịch Hội đồng Thành viên. Phiếu lấy ý kiến có nội dung đầy đủ, có chữ ký của thành viên công ty và được gửi về công ty trong thời hạn quy định được coi là hợp lệ;

Sau khi kết thúc thời hạn mà thành viên phải gửi ý kiến về công ty, Chủ tịch Hội đồng Thành viên tổ chức việc kiểm phiếu,

lập và gửi báo cáo kết quả kiểm phiếu cho thành viên trong thời hạn 07 ngày làm việc. Báo cáo kết quả kiểm phiếu có giá trị tương đương biên bản họp Hội đồng Thành viên và phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- + Mục đích, nội dung lấy ý kiến;

- + Họ, tên, tỷ lệ vốn góp, số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của thành viên, người đại diện theo ủy quyền đã gửi phiếu lấy ý kiến hợp lệ; họ, tên, tỷ lệ vốn góp, số và ngày cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp của thành viên, người đại diện ủy quyền của thành viên mà không nhận được phiếu lấy ý kiến hoặc gửi phiếu lấy ý kiến không hợp lệ;

- + Vấn đề được lấy ý kiến và biểu quyết; tóm tắt ý kiến của thành viên về từng vấn đề lấy ý kiến (nếu có);

- + Tổng số phiếu lấy ý kiến hợp lệ, không hợp lệ, không nhận được; tổng số phiếu lấy ý kiến hợp lệ tán thành, không tán thành đối với từng vấn đề biểu quyết;

- + Các quyết định được thông qua và tỷ lệ phiếu biểu quyết tương ứng;

- + Họ, tên, chữ ký của người kiểm phiếu và Chủ tịch Hội đồng Thành viên. Người kiểm phiếu và Chủ tịch Hội đồng Thành viên chịu trách nhiệm liên đới về tính đầy đủ, chính xác, trung thực của nội dung báo cáo kết quả kiểm phiếu.

- Hiệu lực nghị quyết và quyết định của Hội đồng Thành viên:

Trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác, nghị quyết của Hội đồng Thành viên có hiệu lực thi hành kể từ ngày được thông qua hoặc từ ngày có hiệu lực được ghi tại nghị quyết đó.

Trường hợp thành viên, nhóm thành viên yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài hủy bỏ nghị quyết đã được thông qua thì nghị quyết đó vẫn có hiệu lực thi hành cho đến khi có quyết định của Tòa án hoặc Trọng tài có hiệu lực thi hành.

2. Chủ tịch Hội đồng Thành viên

Hội đồng Thành viên bầu một thành viên làm Chủ tịch. Chủ tịch Hội đồng Thành viên có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty. Nhiệm kỳ của Chủ tịch Hội đồng Thành viên không quá 05 năm và có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

Chủ tịch Hội đồng Thành viên có quyền triệu tập và chủ trì cuộc họp Hội đồng Thành viên hoặc tổ chức việc lấy ý kiến các thành viên; chuẩn bị chương trình, kế hoạch hoạt động của Hội đồng Thành viên; giám sát hoặc tổ chức giám sát việc thực hiện các nghị quyết của Hội đồng Thành viên;...

Trường hợp vắng mặt hoặc không đủ năng lực để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình, thì Chủ tịch Hội đồng Thành viên ủy quyền bằng văn bản cho một thành viên thực hiện các quyền và nghĩa vụ của Chủ tịch Hội đồng Thành viên. Trường hợp không có thành viên được ủy quyền thì một trong số thành viên Hội đồng Thành viên triệu tập họp các thành viên còn lại bầu một người trong số thành viên tạm thời thực hiện quyền và nghĩa vụ của Chủ tịch Hội đồng Thành viên theo nguyên tắc biểu quyết theo đa số.

Như vậy, có thể thấy rằng Chủ tịch Hội đồng Thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên không có nhiều quyền lực bằng Chủ tịch Hội đồng Quản trị trong công ty cổ phần, bởi cơ chế biểu quyết của Hội đồng Thành viên dựa trên

số vốn góp của thành viên chứ không dựa trên số phiếu biểu quyết như Hội đồng Quản trị của công ty cổ phần. Do vậy, Chủ tịch Hội đồng Thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên không có phiếu biểu quyết quyết định (casting vote) như Chủ tịch Hội đồng Quản trị trong công ty cổ phần.

3. Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc

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

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty có các quyền và nghĩa vụ sau:

- Tổ chức thực hiện các quyết định của Hội đồng Thành viên;
- Quyết định các vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty;
- Tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh và phương án đầu tư của công ty;
- Ban hành quy chế quản lý nội bộ công ty;
- Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của Hội đồng Thành viên;
- Ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng Thành viên;
- Kiến nghị phương án cơ cấu tổ chức công ty;
- Trình báo cáo quyết toán tài chính hằng năm lên Hội đồng Thành viên;

- Kiến nghị phương án sử dụng lợi nhuận hoặc xử lý lỗ trong kinh doanh;

- Tuyển dụng lao động;

- Các quyền và nhiệm vụ khác được quy định tại Điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc ký với công ty theo quyết định của Hội đồng Thành viên.

Điều 65 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định tiêu chuẩn và điều kiện làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc gồm: Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định tại khoản 2 Điều 18 của Luật Doanh nghiệp năm 2014; có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản trị kinh doanh của công ty, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác; đối với công ty con của công ty có phần vốn góp, cổ phần do Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ, thì ngoài các tiêu chuẩn và điều kiện trên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc không được là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty mẹ và người đại diện phần vốn nhà nước tại công ty đó.

GIÁM ĐỐC CÓ QUYỀN KÝ HỢP ĐỒNG KHÔNG?

Một câu chuyện xảy ra trên thực tế, Giám đốc A thay mặt công ty ký kết hợp đồng với đối tác. Sẽ chẳng có gì đáng bàn nếu câu chuyện chỉ dừng lại ở đó. Vấn đề là Điều lệ của công ty quy định, Chủ tịch Hội đồng Thành viên là người đại diện theo pháp luật chứ không phải là Giám đốc A.

Từ câu chuyện này, vấn đề đặt ra là liệu Giám đốc công ty có quyền thay mặt công ty giao kết hợp đồng hay không?

Để lý giải cho thẩm quyền của Giám đốc trong việc ký kết hợp đồng cần nhìn nhận trên hai phương diện: Chức năng và pháp lý.

- *Chức năng của Giám đốc:*

Các thành viên, cổ đông cùng nhau bỏ vốn thành lập công ty, về mặt luật pháp, gọi là sở hữu chung theo cổ phần. Một cách công bằng, ai bỏ vào nhiều hơn thì quyền hành nhiều hơn tương ứng với phần vốn mà họ bỏ ra. Vì thuộc quyền sở hữu của nhiều người nên vấn đề đặt ra là việc quản lý công ty này sẽ như thế nào? Vì vậy nên giao cho một người quản lý - đó là Giám đốc. Người này có thể là thành viên công ty hoặc không.

Hơn nữa, để bảo đảm vai trò của người bỏ vốn thành lập công ty, các thành viên chỉ thực hiện chức năng quyết định cao nhất, thường những vấn đề mang tính chiến lược hoặc mang tính định hướng, còn công việc hằng ngày thì giao cho người quản lý lo liệu, các thành viên đó chính là Hội đồng Thành viên.

Để có thể điều hành hoạt động hằng ngày của công ty các ông chủ thừa nhận Giám đốc là người có quyền thay mặt cho mình, về mặt pháp lý họ là đại diện cho công ty. Việc thay mặt này trước hết là trong nội bộ công ty. Giám đốc nhân danh công ty, người đã bỏ tiền ra để thuê nhân viên theo hợp đồng.

Mục đích mở công ty là để mua bán với các công ty, cá nhân khác để kiếm lời. Do vậy, vai trò thay mặt của Giám đốc còn được nhìn nhận trong mối quan hệ với các cá nhân, tổ chức khác (tạm gọi là người ngoài). Trong mối quan hệ với các đối tác, vấn đề hơi khác một chút so với trong nội bộ của công ty. Đó là người trong công ty thì biết Giám đốc là ai, quyền hành như thế nào; còn người ngoài công ty thì không biết điều đó. Do vậy, các ông chủ (công ty) phải giới thiệu ông Giám đốc A

là người có quyền thay mặt công ty, vì thế, vai trò của ông Giám đốc được mở rộng trong quan hệ bên ngoài.

- Tư cách pháp lý của Giám đốc:

Các ông chủ thành lập ra công ty, một pháp nhân độc lập với các ông chủ. Các hoạt động của công ty phải thông qua người đại diện và phải thông báo rộng rãi cho các bên được biết. Mục đích của việc thông báo rộng rãi này trước hết là nhằm để các bên liên quan biết, tiện cho việc giao dịch và mục đích quan trọng nhất là công ty không chối bỏ nghĩa vụ khi xảy ra tranh chấp. Nhưng công ty có quan hệ với nhiều cá nhân, tổ chức thì làm sao để thông báo cho đến từng cá nhân, tổ chức được? Do vậy, việc “thông báo” này công ty ghi nhận được vào trong Điều lệ. Điều lệ này có sự giám sát của Nhà nước. Mỗi công ty chỉ có một người đại diện theo pháp luật tại một thời điểm đối với mỗi quan hệ. Điều này cũng tương tự như một chiếc áo. Công ty có thể được ví như một chiếc áo, và chiếc áo thì chỉ có một người mặc là người đại diện theo pháp luật. Nhưng người đại diện theo pháp luật có thể ủy quyền cho người khác thay mình đại diện cho công ty. Chuyện này cũng giống như chủ nhân chiếc áo có quyền cho người khác mượn cái áo của mình mặc vài hôm, đi ăn tiệc xong rồi trả lại.

Một chiếc áo mà cả hai người cùng mặc một lúc thì chắc chắn sẽ rách. Chưa kể, người khác nhìn vào việc hai người mặc chung một chiếc áo sẽ thấy là việc ăn mặc không bình thường.

Điểm e khoản 2 Điều 55 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định Giám đốc có quyền: “*Ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng Thành viên*”. Xuất phát từ chức năng của Giám đốc là người có quyền điều hành hoạt động hằng ngày, Luật này quy định Giám đốc

có quyền giao kết hợp đồng. Cần lưu ý, bản chất của quy định này là nhằm tạo sự thuận tiện. Giám đốc là người điều hành, biết rõ ràng quan hệ hợp đồng đó. Giao cho Giám đốc ký kết hợp đồng là hợp lý nhất! Nhưng cũng phải cần thể hiện một cách minh thị chữ. Nếu không thể hiện ý chí của công ty trong việc giao cho Giám đốc ký hợp đồng, sau này công ty sẽ từ chối trách nhiệm.

Dưới góc độ pháp lý, đại diện cho công ty có đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền. Đại diện theo pháp luật được hiểu là đương nhiên được đại diện mà không cần làm thêm bất kỳ thủ tục nào. Trong trường hợp của công ty này, người đại diện được xác định là Chủ tịch Hội đồng Thành viên rồi. Ông Giám đốc A không phải là người đại diện theo pháp luật. Còn đại diện theo ủy quyền là việc đại diện cần phải được người đại diện theo pháp luật của công ty ủy quyền. Chỉ trên cơ sở ủy quyền đó, Giám đốc A mới có quyền thay mặt công ty để giao kết hợp đồng.

Như vậy, vấn đề là chỉ riêng Điều 55 của Luật Doanh nghiệp năm 2005 chưa đủ cơ sở để Giám đốc thay mặt công ty giao kết hợp đồng và càng thiếu cơ sở ràng buộc trách nhiệm công ty do A làm Giám đốc ký kết hợp đồng, trong trường hợp xảy ra vấn đề bồi thường các tổn thất, vì đọc trong các qui định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 (cụ thể Điều 49) có thấy chỗ nào nói về thẩm quyền ký kết hợp đồng của Chủ tịch Hội đồng Thành viên. Thật ra là có. Vì Luật Doanh nghiệp quy định, trong công ty trách nhiệm hữu hạn, Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc Giám đốc sẽ là người đại diện theo pháp luật của công ty. Nghĩa vụ công ty phải lựa chọn và ghi vào trong Điều lệ. Tới đây vấn đề đã trở nên rõ ràng hơn nhiều. Logic của vấn đề là:

Nếu Chủ tịch là người đại diện theo pháp luật, ông ấy sẽ là người có quyền ký kết, Giám đốc không có quyền ký kết hợp đồng. Còn trong trường hợp Giám đốc là người đại diện, thì Giám đốc ký hợp đồng là hợp lệ.

Bởi vậy, giải pháp đặt ra trong trường hợp giải quyết vấn đề về thẩm quyền của Giám đốc trong việc ký kết hợp đồng được nhìn từ góc độ của Điều lệ công ty và quyết định bổ nhiệm Giám đốc hoặc hợp đồng thuê lao động. Theo đó, mặc dù Điều lệ công ty quy định Chủ tịch là người đại diện theo pháp luật, nhưng cũng có thể ghi nhận trong những trường hợp nhất định hoặc đối với những giao dịch có giá trị đến bao nhiêu phần trăm tài sản của công ty thì Giám đốc có quyền giao kết. Đó được coi là những ủy quyền thường xuyên mang tính dài hạn. Tương tự, có thể ghi nhận điều này trong quyết định bổ nhiệm hoặc hợp đồng thuê Giám đốc. Chỉ khi có ủy quyền như vậy thì giám đốc mới có quyền thay mặt công ty ký kết hợp đồng. Còn trong trường hợp không có những ủy quyền mang tính tương tự, các hợp đồng được ký kết bởi Giám đốc sẽ đối mặt với khả năng bị tuyên vô hiệu vì lý do hợp đồng được ký kết bởi người không có thẩm quyền.

Nguồn: ThS. Phạm Hoài Huấn, ThS. Dương Tuấn Lộc: *Giám đốc có quyền ký hợp đồng không?*, Báo Diễn đàn doanh nghiệp, 2012, <https://enternews.vn/giam-doc-co-quyen-ky-hop-dong-khong-36468.html>.

4. Ban Kiểm soát

Luật Doanh nghiệp năm 2014 không quy định chi tiết về vị trí, chức năng, điều kiện, chế độ làm việc của Ban Kiểm soát trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

Từ tên gọi của nó và tham khảo quy định về Kiểm soát viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và Ban Kiểm soát trong công ty cổ phần có thể hiểu ý tưởng của nhà làm luật về Ban Kiểm soát của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên đóng vai trò giám sát Chủ tịch Hội đồng Thành viên (sẽ là không hợp lý trong trường hợp Chủ tịch Hội đồng Thành viên cũng đồng thời là thành viên), Tổng giám đốc/Giám đốc hoặc các phòng ban của công ty trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của họ.

Ban Kiểm soát không phải là thiết chế bắt buộc trong những công ty nhỏ, trừ khi công ty có từ 11 thành viên trở lên. Quyền, nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của Ban Kiểm soát, Trưởng Ban Kiểm soát sẽ do Điều lệ công ty quy định.

5. Trách nhiệm của người quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

Xuất phát từ học thuyết về đại diện (agency theory), pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam đã du nhập các quy định về bổn phận của người quản lý (directors' duty) vốn được xem là nền tảng của pháp luật về công ty của hệ thống thông luật (common law). Theo đó, Điều 71 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định trách nhiệm tổng quát cho những người quản lý công ty (bao gồm Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, người đại diện theo pháp luật, Kiểm soát viên và người quản lý khác) như sau:

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

- Trung thành với lợi ích của công ty; không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty, không lạm dụng địa vị, chức vụ và sử dụng tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác;

- Thông báo kịp thời, đầy đủ, chính xác cho công ty về doanh nghiệp mà họ và người có liên quan của họ làm chủ sở hữu hoặc có cổ phần, phần vốn góp chi phối;

- Quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Cũng là một phần của học thuyết về đại diện (agency theory), pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam đã đưa ra quy chế giám sát các hợp đồng giữa thành viên công ty và các bên liên quan. Theo đó, hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng sau đây phải được Hội đồng Thành viên chấp thuận:

- Thành viên, người đại diện theo ủy quyền của thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, người đại diện theo pháp luật của công ty cũng như người có liên quan của những người này;

- Người quản lý công ty mẹ, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ cũng như người có liên quan của người này.

Trong trường hợp có liên quan trong các hợp đồng, giao dịch nêu trên, thành viên liên quan không được tham gia biểu quyết. Các hợp đồng, giao dịch được chấp thuận nếu có sự tán thành của số thành viên đại diện ít nhất 65% tổng số vốn có quyền biểu quyết.

Nếu hợp đồng, giao dịch nào không thực hiện đúng thủ tục trên, gây thiệt hại cho công ty, thì hợp đồng, giao dịch đó sẽ bị tuyên vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật. Người ký kết

hợp đồng, giao dịch, thành viên có liên quan và người có liên quan của thành viên đó phải bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch được ký kết không đúng thủ tục hoặc gây thiệt hại cho công ty.

6. Khởi kiện người quản lý

Ngoài việc quy định bổn phận cho người quản lý công ty, pháp luật doanh nghiệp Việt Nam cũng trao quyền cho thành viên khởi kiện trách nhiệm dân sự đối với những người này khi họ vi phạm nghĩa vụ của người quản lý - Thường được gọi là vụ kiện phái sinh (derivative action) và thành viên được chọn lựa khởi kiện với tư cách cá nhân của mình hoặc khởi kiện nhân danh công ty.

Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, người đại diện theo pháp luật và cán bộ quản lý khác có thể bị kiện trong các trường hợp sau:

- Vi phạm nghĩa vụ của người quản lý;
- Không thực hiện đúng và đầy đủ hoặc thực hiện trái với quy định của pháp luật hoặc Điều lệ công ty về các quyền và nghĩa vụ được giao; không thực hiện, thực hiện không đầy đủ, không kịp thời nghị quyết của Hội đồng Thành viên;
- Trường hợp khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty (khoản 1 Điều 72 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Do thành viên khởi kiện vì lợi ích công ty, nên để khuyến khích thành viên thực hiện quyền của mình, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định chi phí khởi kiện trong trường hợp thành viên khởi kiện nhân danh công ty được tính vào chi phí của công ty, trừ trường hợp thành viên khởi kiện bị bác yêu cầu khởi kiện.

VỤ VIỆN VỀ TRÁCH NHIỆM CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ

Nguyên đơn đại diện cho 21% cổ phần trong Công ty STT đệ đơn khởi kiện Bị đơn - giữ cương vị Phó Chủ tịch Hội đồng Quản trị kiêm Tổng Giám đốc vì cho rằng Bị đơn đã thực hiện quyền và nhiệm vụ được giao trái với quy định của pháp luật, Điều lệ gây thiệt hại cho Công ty STT. Yêu cầu cụ thể của nguyên đơn như sau:

1. Tuyên bố hợp đồng thuê văn phòng cho mục đích làm trụ sở Công ty STT được ký vào ngày 06/5/2015 giữa Công ty STT và bên cho thuê vô hiệu do Bị đơn là người tham gia ký kết hợp đồng không có thẩm quyền. Việc này phải do Đại hội đồng cổ đông của Công ty STT quyết định.

2. Yêu cầu Bị đơn bồi thường thiệt hại, bao gồm:

- Thiệt hại cho Công ty STT do ký hợp đồng thuê văn phòng khi chưa xin ý kiến Đại hội đồng cổ đông của công ty.

- Thiệt hại do công ty bị phạt hành chính vì các hành vi: (i) sử dụng lao động là người nước ngoài khi chưa có giấy phép lao động; và (ii) sử dụng lái xe để tham gia kinh doanh vận tải mà không có hợp đồng lao động.

- Thiệt hại do gây ra hậu quả nghiêm trọng cho Công ty, Bị đơn ký hợp đồng với xe liên kết hoạt động taxi không tuân thủ theo pháp luật quy định.

Quan điểm của Bị đơn cho rằng:

- Việc tuyển dụng và bổ nhiệm cán bộ quản lý đối với người lao động quốc tịch Nhật Bản giữ chức vụ Giám đốc Tổ chức - Hành chính là thuộc thẩm quyền của Tổng Giám đốc, theo đề xuất của bộ phận nhân sự.

- Đối với hoạt động liên kết taxi, đây là chủ trương kinh doanh được Công ty STT triển khai thực hiện từ năm 2008, trước khi Bị đơn làm Tổng Giám đốc. Do vậy, các quyết định xử phạt của Sở Giao thông - Vận tải và Sở Lao động - Thương binh và Xã hội Thành phố Hồ Chí Minh không phải là lỗi của cá nhân Bị đơn.

- Việc thuê văn phòng làm việc tại trụ sở mới là do cần quản lý tập trung các công ty trực thuộc tại một địa điểm, chi phí thuê do 3 đơn vị cùng thanh toán, gồm: Công ty STT và 2 đơn vị trực thuộc (gồm Công ty BVLV và Công ty TMDLSG). Trụ sở tại địa điểm cũ đã xuống cấp, vì vậy Công ty đang tiến hành đo vẽ, lập thủ tục đề nghị Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh chuyển từ đất thuê hàng năm sang thuê đất 50 năm và sửa chữa trụ sở; khi nào sửa chữa xong và hoàn tất về mặt pháp lý đối với quyền sử dụng đất thì Công ty STT sẽ chuyển về trụ sở cũ.

Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (Công ty STT) trình bày:

- Công ty STT không có thiệt hại nên không yêu cầu bồi thường.

- Việc ký hợp đồng liên kết taxi là chủ trương của Công ty từ năm 2008, với mục đích để quảng bá thương hiệu chứ không có lợi nhuận nên không gây ra thiệt hại.

- Việc di dời trụ sở chỉ là tạm thời để sửa chữa và hoàn tất thủ tục pháp lý về thuê đất. Hợp đồng thuê văn phòng tuân thủ quy định pháp luật nên có hiệu lực pháp luật. Công ty STT không đồng ý hủy hợp đồng theo yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

Bên cho thuê văn phòng, với tư cách người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan, trình bày:

Khi ký kết hợp đồng thuê văn phòng, các bên đều có tư cách pháp nhân và tuân thủ quy định pháp luật. Vì vậy, Bên cho thuê

văn phòng không đồng ý hủy hợp đồng theo yêu cầu khởi kiện của Nguyên đơn.

Tại bản án sơ thẩm Tòa án nhân dân quyết định:

1. Hợp đồng thuê văn phòng giữa Bên cho thuê văn phòng và Công ty STT là vô hiệu.

2. Bị đơn phải chịu trách nhiệm bồi thường cho Công ty STT các thiệt hại theo yêu cầu của Nguyên đơn.

Bị đơn kháng cáo bản án sơ thẩm.

Nhận định của Tòa án cấp phúc thẩm:

1. Về quan hệ pháp luật tranh chấp và thẩm quyền giải quyết: Nguyên đơn, ông Nguyễn Văn H là thành viên Hội đồng Quản trị, đại diện cho 21% cổ phần của Công ty STT yêu cầu Bị đơn, Tổng Giám đốc, là người đại diện theo pháp luật của Công ty STT bồi thường thiệt hại cho Công ty STT nên cấp sơ thẩm xác định đây là quan hệ pháp luật là “Tranh chấp về trách nhiệm dân sự của người quản lý công ty” và giải quyết là đúng quy định tại Điều 161 Luật Doanh nghiệp năm 2014; khoản 5 Điều 30 và điểm a khoản 1 Điều 37 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2019.

2. Xét kháng cáo của Bị đơn, Tòa thấy rằng:

a) Đối với kháng cáo về bồi thường thiệt hại do chuyển trụ sở, Bị đơn đại diện Công ty STT ký hợp đồng thuê văn phòng trước, sau đó đã được Đại hội đồng cổ đông phê chuẩn.

- Công ty STT có thực hiện thủ tục sửa chữa trụ sở và đề nghị Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh chuyển sang hình thức cho Công ty thuê có thời hạn 50 năm. Vì vậy, Tòa án xác định việc chuyển trụ sở là vì lợi ích của Công ty STT.

- Hợp đồng thuê được Bị đơn ký vào ngày ngày 06/5/2015 và sau đó được Đại hội đồng Cổ đông phê chuẩn ngày 21/5/2015. Do Bị đơn thực hiện đúng Nghị quyết của Đại hội đồng Cổ đông, vì sự cần thiết và lợi ích của Công ty STT đồng thời không có vụ lợi cá nhân khi ký kết và thực hiện hợp đồng nêu trên nên yêu cầu của Nguyên đơn đòi Bị đơn phải bồi thường thiệt hại là không có căn cứ.

b) Đối với hợp đồng thuê văn phòng giữa Công ty STT với bên cho thuê văn phòng: Về hình thức, khi ký kết hợp đồng các bên đều có tư cách pháp nhân; người ký hợp đồng là đại diện theo pháp luật của mỗi bên; quá trình tố tụng cũng như tại phiên tòa, các bên tham gia hợp đồng không có tranh chấp về hợp đồng. Về nội dung, việc tổ chức họp Hội đồng Quản trị lấy ý kiến Đại hội đồng cổ đông sau khi Bị đơn đã ký hợp đồng thuê văn phòng là chưa phù hợp, nhưng đã được 5/5 thành viên Hội đồng Quản trị và Đại hội đồng cổ đông thông qua sau đó. Như vậy, hợp đồng thuê văn phòng là đúng quy định về hình thức, việc ký kết hợp đồng hoàn toàn tự nguyện, mục đích và nội dung của hợp đồng không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội. Vì vậy, căn cứ Bộ luật Dân sự năm 2005 về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự, thì hợp đồng thuê văn phòng có hiệu lực pháp luật. Tòa án cấp sơ thẩm tuyên bố hợp đồng thuê văn phòng vô hiệu là không chính xác.

c) Đối với kháng cáo về yêu cầu bồi thường thiệt hại liên quan đến hoạt động liên kết taxi, Tòa thấy rằng việc Sở Giao thông - Vận tải Thành phố Hồ Chí Minh ban hành Quyết định số 2791/QĐ-SGTVT thu hồi phù hiệu phương tiện vi phạm đối với phù hiệu taxi của 49 xe là có thật. Tuy nhiên, Nguyên đơn không cung cấp được chứng cứ chứng minh việc Bị đơn đã gây

thiệt hại cho Công ty STT cũng như số thiệt hại trên thực tế. Ngoài ra, Bị đơn thừa nhận việc liên kết taxi là chủ trương được Công ty triển khai thực hiện từ năm 2013, trước khi Bị đơn làm Tổng Giám đốc. Sau khi làm Tổng Giám đốc, Bị đơn thực hiện việc liên kết taxi cũng là thực hiện Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông, Bị đơn không tự ý thực hiện việc liên kết taxi.

d) Đối với kháng cáo về việc bồi thường thiệt hại liên quan đến việc tuyển dụng lao động, Tòa cho rằng Bị đơn là Tổng Giám đốc, mà theo quy định của pháp luật doanh nghiệp và Điều lệ Công ty STT thì Tổng Giám đốc có toàn quyền bổ nhiệm người quản lý và ký hợp đồng với người lao động. Việc tuyển dụng người lao động nước ngoài, dù theo đề xuất của Phòng Tổ chức - Hành chính, nhưng Bị đơn là người đại diện theo pháp luật của Công ty STT đã có lỗi trong việc tuyển dụng người lao động và sử dụng lái xe mà không ký hợp đồng lao động, và bị cơ quan nhà nước xử phạt vi phạm hành chính. Do Công ty STT đã nộp phạt theo các quyết định nêu trên, nên Bị đơn phải chịu trách nhiệm đối với khoản thiệt hại này.

e) Đối với kháng cáo về việc bồi thường do vi phạm quy định niêm yết giá taxi, Tòa thấy rằng: Thanh tra Sở Giao thông - Vận tải Thành phố Hồ Chí Minh ban hành Quyết định xử phạt Công ty STT đã có hành vi không thực hiện đúng các nội dung đã niêm yết về giá cước. Tại mục 6.2 Điều 6 của hợp đồng thuê xe ô tô và khoản 4 mục II của Bản thỏa thuận về hợp đồng xe liên kết ghi rõ: Trong quá trình thực hiện hợp đồng thì chủ xe phải cam kết hoàn toàn chịu trách nhiệm đối với mọi hành vi của lái xe do mình giới thiệu/đề nghị trong quá trình hoạt động khai thác kinh doanh xe liên kết. Đại diện ủy quyền của Nguyên đơn xác nhận niêm yết giá taxi là trách nhiệm của lái xe. Tòa án

cấp sơ thẩm chỉ căn cứ trình bày của Nguyên đơn để xác định không niêm yết giá taxi là lỗi của Bị đơn và buộc Bị đơn bồi thường thiệt hại là không chính xác.

Tòa án cấp phúc thẩm đã quyết định:

1. Chấp nhận một phần kháng cáo của Bị đơn.
2. Sửa một phần Bản án sơ thẩm.

3. Chấp nhận một phần yêu cầu khởi kiện của Nguyên đơn về việc yêu cầu Bị đơn bồi thường cho công ty phần thiệt hại do việc sử dụng lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam không có giấy phép lao động và do việc sử dụng lái xe để tham gia kinh doanh vận tải mà không có hợp đồng lao động theo quy định, đã bị Sở Lao động - Thương binh và Xã hội, Sở Giao thông - Vận tải Thành phố Hồ Chí Minh xử phạt về hành vi vi phạm hành chính.

4. Không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Nguyên đơn về việc yêu cầu tuyên bố vô hiệu đối với hợp đồng thuê trụ sở giữa Bên cho thuê văn phòng với Công ty.

5. Không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Nguyên đơn về việc yêu cầu Bị đơn bồi thường cho công ty các khoản thiệt hại do: (i) việc ký hợp đồng chuyển trụ sở về địa chỉ mới; (ii) việc ký hợp đồng liên kết taxi trái pháp luật; và (iii) thiệt hại do bị phạt về hành vi không thực hiện đúng các nội dung niêm yết giá cước taxi.

Bình luận:

1. Cơ sở pháp lý để Tòa án xem xét trách nhiệm của người quản lý:

Thiệt hại lớn nhất của công ty mà Nguyên đơn yêu cầu Bị đơn chịu trách nhiệm liên quan đến việc ký kết hợp đồng

thuê trụ sở để chuyển trụ sở Công ty STT qua địa điểm mới. Nguyên đơn tiếp cận yêu cầu này theo hướng: Bị đơn ký hợp đồng thuê trụ sở trước khi được Hội đồng Quản trị và Đại hội đồng cổ đông phê chuẩn, tức là ký kết hợp đồng trái thẩm quyền, từ đó, các thiệt hại phát sinh từ hợp đồng thuê trụ sở này sẽ do Bị đơn chịu trách nhiệm bồi thường cho công ty. Tòa bác yêu cầu này vì lý do Bị đơn đúng là đã ký hợp đồng thuê văn phòng trước khi được Đại hội đồng cổ đông phê chuẩn, nhưng sau đó, Đại hội đồng cổ đông đã phê chuẩn hợp đồng này, tức là Đại hội đồng cổ đông đã “hợp thức hóa” việc ký kết hợp đồng không có thẩm quyền của Bị đơn. Do vậy, hợp đồng thuê văn phòng được ký kết đúng thẩm quyền. Ngoài ra, Tòa án xác định rằng, việc ký kết hợp đồng thuê văn phòng này vì lợi ích của công ty, người quản lý không có vụ lợi cá nhân khi ký kết và thực hiện hợp đồng nêu trên. Như vậy, có thể thấy rằng, Tòa án đã áp dụng các quy định về nghĩa vụ của người quản lý trong pháp luật doanh nghiệp để xác định trách nhiệm của Bị đơn.

Đồng thời, Tòa án công nhận hiệu lực của hợp đồng thuê văn phòng. Tòa án có thể đã căn cứ vào Điều 145 Bộ luật Dân sự năm 2005 (văn bản pháp lý có hiệu lực tại thời điểm hợp đồng thuê văn phòng được ký kết), theo đó: *“Giao dịch dân sự do người không có quyền đại diện xác lập, thực hiện không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với người được đại diện, trừ trường hợp người đại diện hoặc người được đại diện đồng ý.”*

2. Thiệt hại cho công ty trong quá trình điều hành:

Điều đáng lưu ý là Tòa án đã buộc Bị đơn phải bồi thường khoản thiệt hại do công ty bị xử phạt hành chính từ hành vi tuyển dụng lao động nước ngoài nhưng không có giấy phép lao động.

Trước tiên, cần phải lưu ý rằng, việc tuyển dụng này hoàn toàn thuộc thẩm quyền của Bị đơn, với tư cách người đại diện theo pháp luật và là Tổng Giám đốc của Công ty STT. Ngoài ra, phạm vi sự việc này hoàn toàn nằm trong vấn đề điều hành doanh nghiệp. Có thể Tòa án cho rằng Bị đơn, với tư cách người đại diện theo pháp luật và Tổng Giám đốc của Công ty STT, phải chịu trách nhiệm toàn bộ về các thiệt hại trong quá trình điều hành công ty, ngay cả khi Bị đơn không biết trước các thiệt hại đó hoặc đã phân công công việc cho các bộ phận khác trong công ty (trong trường hợp này là Phòng Tổ chức - Hành chính). Nếu giải thích theo cách này, người quản lý sẽ chịu rất nhiều rủi ro bởi bất cứ thiệt hại nào trong công ty cũng có thể khiến họ phải chịu trách nhiệm bồi thường.

Điểm thú vị khác là Tòa án bác yêu cầu của Nguyên đơn buộc Bị đơn bồi thường thiệt hại do bị xử phạt về hành vi không thực hiện đúng các nội dung niêm yết giá cước taxi. Dù đây cũng là thiệt hại thực tế phát sinh trong quá trình điều hành công ty, nhưng Tòa án xác nhận rằng nghĩa vụ niêm yết giá taxi là trách nhiệm của bên thứ ba (chủ xe hoặc lái xe), chứ không phải của công ty. Do vậy, ngay cả khi công ty bị phạt hành chính (có thiệt hại thực tế), Tòa án cũng không yêu cầu người quản lý phải chịu trách nhiệm.

3. Gánh nặng chứng minh:

Theo nguyên tắc chung của tố tụng dân sự, người nào đưa ra yêu cầu thì phải chứng minh cho yêu cầu đó. Trong vụ án này, Nguyên đơn đã yêu cầu Bị đơn bồi thường thiệt hại liên quan đến hoạt động liên kết taxi. Tuy nhiên, Nguyên đơn không có đủ chứng cứ chứng minh việc Bị đơn đã gây thiệt hại cho Công ty STT cũng như số thiệt hại thực tế. Đây là vấn đề kinh điển

trong quan hệ chủ sở hữu - người điều hành liên quan đến việc bất tương xứng về thông tin (information asymmetry). Người điều hành luôn nắm rõ các thông tin hơn chủ sở hữu, nhất là khi chủ sở hữu không trực tiếp điều hành doanh nghiệp. Đây cũng chính là điểm yếu khiến thành viên gặp khó khăn khi khởi kiện người quản lý. Thậm chí, ngay từ khi nộp đơn kiện, nếu thành viên không có đủ chứng cứ hỗ trợ cho đơn kiện của mình, Tòa án có thể từ chối thụ lý đơn kiện.

4. Chi phí khởi kiện, án phí:

Trong vụ án này, số tiền án phí mà Nguyên đơn phải chịu là 54.247.641 đồng (tương ứng với phần yêu cầu bị Tòa án bác), còn Bị đơn phải chịu án phí đối với phần thiệt hại mà Tòa án buộc Bị đơn chịu trách nhiệm (trong vụ kiện này là 3.250.000 đồng). Về mặt số học, số tiền án phí mà Nguyên đơn bỏ ra nhiều gấp nhiều lần số tiền án phí mà Bị đơn phải chịu. Từ đó, có thể lý giải tại sao thành viên không mặn mà với việc khởi kiện người quản lý: Nếu thành viên thắng kiện thì công ty sẽ được hưởng lợi từ số tiền đòi được, nhưng nếu thành viên thua kiện, họ phải tự chịu phần án phí. Trong cả hai trường hợp, thành viên không được hưởng lợi ích trực tiếp nào từ vụ kiện đó.

B. CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN MỘT THÀNH VIÊN

*Thống kê số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới
theo loại hình qua các năm¹*

(Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn>)

	Năm 2015	Năm 2016	Năm 2017
Loại hình doanh nghiệp	Số lượng (doanh nghiệp)		
Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên	48.362	59.848	73.118
Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	25.060	27.685	29.389
Công ty cổ phần	15.971	18.256	21.197
Doanh nghiệp tư nhân	5.345	4.295	3.133
Công ty hợp danh	16	16	22

Qua bảng thống kê trên đây cho thấy, trong các năm 2015 đến 2017, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên luôn chiếm số lượng nhiều nhất trong tổng số các loại hình doanh nghiệp được lựa chọn đăng ký thành lập mới. *Tại sao các nhà đầu tư lựa chọn công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên nhiều đến như vậy?*

1. Hiện nay, chưa có số liệu chính thức thống kê về số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới vào năm 2018 và 2019, do vậy tác giả vẫn sử dụng các số liệu tổng hợp từ 3 năm trước đó.

I. KHÁI NIỆM VÀ ĐẶC ĐIỂM CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN MỘT THÀNH VIÊN

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN HAI THÀNH VIÊN VỚI MỘT CHỦ?

Nhà đầu tư A (cá nhân) muốn một mình làm chủ doanh nghiệp và muốn hưởng chế độ trách nhiệm hữu hạn khi làm ăn kinh doanh. Với nguyện vọng này thì theo Luật Doanh nghiệp năm 1999, nhà đầu tư A sẽ gặp lúng túng. Bởi, nếu lựa chọn công ty cổ phần hay công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên thì nhà đầu tư A phải liên kết với một hoặc nhiều nhà đầu tư khác, nếu lựa chọn doanh nghiệp tư nhân hay công ty hợp danh thì nhà đầu tư A phải chịu trách nhiệm vô hạn. Trong bối cảnh này, nhà đầu tư A quyết định thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, nhưng liên kết với một nhà đầu tư khác mang tính đối phó để đáp ứng quy định của pháp luật. Cụ thể, nhà đầu tư A thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn A gồm có hai thành viên là A và B, trong đó A góp 99% vốn điều lệ, còn B góp 1% vốn điều lệ. Về mặt danh nghĩa, công ty A lúc này là công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, nhưng về thực chất, thì nó gần như thuộc về một chủ duy nhất. Không chỉ nhà đầu tư A mà còn có nhiều nhà đầu tư khác đã dùng cách thức tương tự để cho ra đời những công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên nhưng “nội thất” không khác gì công ty một chủ.



A = 99 triệu



B = 1 triệu



VDL = 100 triệu

1. Khái niệm

Mặc dù đạo luật về công ty đầu tiên của nước ta được ban hành vào năm 1990 (Luật Công ty năm 1990), nhưng trong đạo luật này chưa có công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Mãi đến khi Luật Doanh nghiệp năm 1999 ra đời, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mới chính thức được ghi nhận. Sự bổ sung này nhằm đáp ứng tốt hơn nhu cầu đa dạng của các nhà đầu tư, đồng thời nó là sự khẳng định quyết tâm xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật kinh doanh Việt Nam phù hợp với thông lệ quốc tế.

Loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được ghi nhận từ Luật Doanh nghiệp năm 1999, nhưng ở thời điểm này, “một thành viên” chỉ có thể là “một tổ chức”, nói cách khác thì cá nhân không thể thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Luật Doanh nghiệp năm 2005 và nay là Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã bổ sung quyền của cá nhân trong việc làm chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Khái niệm công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được định nghĩa tại Điều 73 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Về cơ bản, khái niệm công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 không thay đổi so với khái niệm được quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2005. Theo đó, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là một loại hình doanh nghiệp, loại hình công ty có tư cách pháp nhân, không có quyền phát hành cổ phần, do một tổ chức hay một cá nhân làm chủ sở hữu và chỉ phải chịu trách nhiệm về mọi khoản nợ, nghĩa vụ tài sản của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty.

2. Đặc điểm

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

Thứ nhất, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chỉ có một thành viên duy nhất.

Đây là dấu hiệu nổi bật để phân biệt công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên với các loại hình công ty khác. Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên thì số lượng thành viên từ hai đến năm mươi; đối với công ty cổ phần thì số lượng cổ đông tối thiểu là 3 và không giới hạn số lượng tối đa; đối với công ty hợp danh thì số lượng thành viên hợp danh tối thiểu phải là hai. Tuy nhiên, đặc điểm này lại có phần giống với doanh nghiệp tư nhân, loại hình doanh nghiệp có một chủ, nhưng chủ doanh nghiệp tư nhân chỉ có thể là một cá nhân mà không thể là tổ chức như công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

Theo khoản 1 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014, tổ chức, cá nhân có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp trừ trường hợp bị cấm theo khoản 2 Điều này. Quy định này tiến bộ hơn Luật Doanh nghiệp năm 2005 ở chỗ đã khẳng định rõ ràng việc tổ chức không có tư cách pháp nhân thì không được thành lập doanh nghiệp. Trước đây, Luật Doanh nghiệp năm 2005 hoàn toàn không đề cập vấn đề này, Nghị định số 102/2010/NĐ-CP lại quy định chỉ tổ chức có tư cách pháp nhân mới được thành lập doanh nghiệp. Nghị định số 102/2010/NĐ-CP với tư cách là văn bản dưới luật nhưng lại thu hẹp quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005, điều này trái với chức năng của một văn bản dưới luật. Tổ chức không có tư cách pháp nhân, không có tài sản độc lập, không phải là chủ thể của các quan hệ sở hữu và không thể tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình, trong khi việc thành lập công ty

buộc người thành lập doanh nghiệp phải thực hiện việc chuyển quyền sở hữu tài sản thuộc sở hữu của mình sang cho công ty. Vậy nên, việc Luật Doanh nghiệp năm 2014 cấm tổ chức không có tư cách pháp nhân thành lập công ty là hợp lý.

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 có hai loại hình doanh nghiệp một chủ là doanh nghiệp tư nhân và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Nếu như công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có thể thuộc sở hữu của một tổ chức, hoặc một cá nhân thì doanh nghiệp tư nhân chỉ do cá nhân làm chủ sở hữu. Như vậy, loại chủ thể có thể làm chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên rộng hơn so với doanh nghiệp tư nhân.

Thứ hai, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có tư cách pháp nhân.

Theo khoản 2 Điều 73 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Theo quy định tại Điều 74 Bộ luật Dân sự năm 2015, thì tổ chức có tư cách pháp nhân khi thỏa mãn các điều kiện sau:

- Được thành lập theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan. Về thành lập, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 khi có đủ các điều kiện về hồ sơ đăng ký hợp lệ, nộp đủ lệ phí và thực hiện đúng các trình tự, thủ tục theo quy định của pháp luật.

- Có cơ cấu tổ chức theo quy định tại Điều 83 Bộ luật Dân sự năm 2015. Hiện nay, theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì tùy thuộc vào chủ sở hữu công ty là tổ chức hay cá nhân, tùy thuộc vào số người được đại diện theo ủy quyền do chủ sở hữu công ty

bổ nhiệm mà công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có những mô hình tổ chức và quản lý khác nhau. Trong đó, có sự sắp xếp, phân công nhiệm vụ, chức trách, quyền hạn của từng chức danh, từng bộ phận Hội đồng Thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc/Tổng Giám đốc..., đồng thời có sự quản lý thống nhất của những người đứng đầu bộ máy.

- Có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình. Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định chủ sở hữu công ty phải chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn của mình sang cho công ty, sau khi hoàn thành thủ tục này thì tài sản góp vốn thuộc quyền sở hữu của công ty. Ngoài ra, khoản 3 Điều 76 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định “phải xác định và tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty và tài sản của công ty”. Tài sản của công ty không những độc lập với tài sản của tổ chức, cá nhân khác mà còn phải độc lập với chính tổ chức, cá nhân là chủ sở hữu công ty. Bên cạnh đó, công ty phải tự chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác bằng chính tài sản độc lập đó. Nói cách khác, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình, và về nguyên tắc, chủ sở hữu công ty không có trách nhiệm phải trả nợ thay cho công ty.

- Nhân danh công ty tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được thành lập theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, có cơ cấu tổ chức riêng, có tài sản độc lập với tổ chức, cá nhân khác, nên được xem là một chủ thể pháp lý độc lập. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên tự nhân danh chính mình tham gia vào các quan hệ pháp luật một cách độc lập. Trong các quan hệ pháp luật tố tụng, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là nguyên đơn, bị đơn và người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan.

Thứ ba, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có chế độ trách nhiệm hữu hạn.

Tính chịu trách nhiệm hữu hạn xuất hiện từ rất lâu trong lệ của người buôn, lệ này dần dần được ghi nhận trong luật. Khác với tập tục chung đó, ở Việt Nam, tính chịu trách nhiệm hữu hạn được du nhập bởi người làm luật, tái hiện nhiều lần trong Luật Doanh nghiệp. Ví dụ: Trong công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh. Mặc dù các định nghĩa trong các công ty có thể khác nhau, song về cơ bản, “trách nhiệm hữu hạn” là cụm từ dùng để chỉ phạm vi trách nhiệm của thành viên chứ không phải phạm vi trách nhiệm của pháp nhân, thành viên chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi vốn góp của mình, công ty chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình. Hạt nhân của chế độ trách nhiệm tài sản là trách nhiệm hữu hạn của từng thành viên trong phạm vi phần vốn góp của mình. Theo Luật Doanh nghiệp hiện hành thì thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, cổ đông công ty cổ phần đều chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp, trừ các ngoại lệ nhất định. Vì vậy, đặc điểm chịu trách nhiệm hữu hạn của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thực chất là chế độ trách nhiệm hữu hạn của chủ sở hữu công ty. Chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty. Nếu công ty bị thua lỗ, thất bại trong hoạt động kinh doanh dẫn đến phá sản thì chủ sở hữu cũng chỉ mất số vốn đã đầu tư vào công ty mà không phải dùng đến tài sản riêng không đưa vào hoạt động kinh doanh để trả nợ thay cho công ty.

Chính yếu tố chịu trách nhiệm hữu hạn đối với hoạt động sản xuất, kinh doanh làm nhà đầu tư cảm thấy an tâm hơn trên thương trường khi mà họ biết các yếu tố rủi ro đã được giới hạn.

Điều này có ý nghĩa quan trọng trong việc khuyến khích người dân đầu tư vốn nhân rồi vào các hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, đứng ở góc độ là một đối tác làm ăn với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thì đây lại là một nhược điểm cần phải thận trọng.

Sự tồn tại của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có làm triệt tiêu mô hình doanh nghiệp tư nhân?

Không loại hình doanh nghiệp nào là hoàn hảo, mỗi mô hình tổ chức kinh doanh đều có những ưu điểm và hạn chế nhất định, có vậy mới đáp ứng được nhu cầu vô cùng đa dạng của các nhà đầu tư. Về mặt lý luận, mặc dù doanh nghiệp tư nhân có chế độ trách nhiệm tài sản vô hạn (rủi ro rất lớn cho chủ doanh nghiệp tư nhân) nhưng bù lại, chủ doanh nghiệp tư nhân lại có quyền năng rất lớn đối với doanh nghiệp của mình, bao gồm những quyền về tổ chức kinh doanh, tài chính, nhân sự... Trong khi đó, ở công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, thì chủ sở hữu không có được những khả năng linh hoạt như chủ doanh nghiệp tư nhân. Trên thực tiễn, mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có từ Luật Doanh nghiệp năm 1999 đến nay, nhưng doanh nghiệp tư nhân vẫn được đông đảo của các nhà đầu tư lựa chọn. Như vậy, cả lý luận và thực tiễn đều cho thấy sự tồn tại của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không làm triệt tiêu mô hình doanh nghiệp tư nhân mà góp thêm vào sự đa dạng các loại hình tổ chức kinh doanh cho các nhà đầu tư lựa chọn.

Thứ tư, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được phát hành cổ phần.

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì chỉ có công ty cổ phần mới được quyền phát hành cổ phần. Với bản chất

của công ty cổ phần mang tính đối vốn, việc chuyển nhượng cổ phần, về cơ bản khá dễ dàng. Trong khi đó, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chỉ có một thành viên duy nhất, nếu phát hành cổ phần sẽ làm tăng số lượng chủ sở hữu, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không còn là người sở hữu duy nhất vốn điều lệ của công ty, lúc này loại hình công ty ban đầu đã bị thay đổi hoàn toàn về bản chất.

Tuy nhiên, Điều 73 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ cấm công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên phát hành cổ phần. Do đó, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên vẫn có thể phát hành các loại chứng khoán khác, ví dụ như trái phiếu, để huy động vốn theo quy định pháp luật, hoặc thông qua việc vay, mượn... Yếu tố về huy động vốn cũng là một yếu tố quan trọng để các chủ thể quyết định việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp nào khi tiến hành kinh doanh. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên dù không được phát hành cổ phần nhưng vẫn có lợi thế hơn so với doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh khi được phát hành các loại chứng khoán khác.

II. QUY CHẾ PHÁP LÝ VỀ CHỦ SỞ HỮU CÔNG TY

1. Xác lập tư cách chủ sở hữu

Dưới góc nhìn của những nhà đầu tư kinh doanh, việc tìm hiểu về những trường hợp xác lập tư cách chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên đồng nghĩa với việc trả lời cho câu hỏi: Bằng cách nào một nhà đầu tư có thể làm chủ sở hữu của loại hình công ty này? Câu trả lời phụ thuộc vào điều kiện, hoàn cảnh và nhu cầu của từng nhà đầu tư, bởi mỗi cách bao hàm trong đó là những ưu và nhược điểm khác nhau.

Ví dụ: Khi nhà đầu tư thành lập mới công ty, họ phải đối mặt với những thử thách vốn có của thị trường như: Mặt bằng, nguồn nhân lực, khách hàng, địa điểm kinh doanh.... Dĩ nhiên, cách này có ưu điểm là bảo đảm được quyền tự quyết tối đa cho nhà đầu tư trong việc khởi sự kinh doanh. Còn dưới góc độ pháp lý, thường thì người ta quan tâm nhiều hơn đến quyền sở hữu tài sản, quản trị công ty và thủ tục đăng ký với Nhà nước. Nói cách khác, tư duy về lợi ích kinh tế và những khía cạnh pháp lý phát sinh sẽ chi phối nhà đầu tư trong việc lựa chọn một cách thức tối ưu nhằm xác lập tư cách chủ sở hữu công ty. Dưới đây là những cách cơ bản giúp cho một nhà đầu tư có thể xác lập tư cách chủ sở hữu loại hình công ty này.

Thứ nhất, pháp nhân hoặc cá nhân góp vốn thành lập công ty.

Tổ chức, cá nhân thỏa mãn các điều kiện luật định, không rơi vào các trường hợp bị cấm thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên theo quy định pháp luật thì có quyền thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Ở giai đoạn chuẩn bị hồ sơ đăng ký thành lập công ty, nhà đầu tư phải quyết định nhiều vấn đề, chẳng hạn như về địa điểm kinh doanh, trụ sở, vốn, nhân lực, tên công ty, cơ cấu tổ chức... Sau đó, người thành lập doanh nghiệp thực hiện việc đăng ký công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 tại Cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chính thức được thừa nhận về mặt pháp lý, tư cách chủ sở hữu công ty cũng chính thức phát sinh.

Thứ hai, pháp nhân hoặc cá nhân nhận chuyển nhượng toàn bộ phần vốn góp từ chủ sở hữu công ty.

Theo quy định tại khoản 5 Điều 76 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì chủ sở hữu công ty chỉ được rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ cho tổ chức, cá nhân khác. Đây là cách rút vốn gián tiếp mà không làm giảm vốn điều lệ của công ty, tuy nhiên lại làm thay đổi chủ sở hữu công ty. Nếu chủ sở hữu công ty chuyển nhượng một phần vốn điều lệ cho tổ chức, cá nhân khác thì lúc này số lượng chủ sở hữu công ty đã lớn hơn một, và vì vậy, bản chất của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không còn nữa, công ty phải đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp theo khoản 1 Điều 77 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Vì vậy, đối với trường hợp nhận chuyển nhượng, tổ chức hoặc cá nhân muốn là thành viên duy nhất của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thì phải nhận chuyển nhượng toàn bộ vốn điều lệ của chủ sở hữu công ty.

Thứ ba, pháp nhân hoặc cá nhân nhận tặng cho hoặc thừa kế toàn bộ vốn điều lệ từ chủ sở hữu công ty.

Tương tự như trường hợp chuyển nhượng vốn điều lệ, chủ thể duy nhất nhận tặng cho hoặc nhận thừa kế toàn bộ vốn điều lệ từ chủ sở hữu công ty sẽ trở thành chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Khi đó, công ty phải đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp theo Điều 31 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

2. Chấm dứt tư cách chủ sở hữu công ty

Trong những cách xác lập tư cách chủ sở hữu công ty có những trường hợp dẫn đến chấm dứt tư cách chủ sở hữu của

tổ chức, cá nhân khác. Tương tự như trường hợp chấm dứt tư cách thành viên ở công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, việc chủ sở hữu công ty là tổ chức chấm dứt sự tồn tại hay chủ sở hữu công ty là cá nhân bị chết sẽ làm chấm dứt tư cách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Việc một tổ chức bị giải thể, phá sản hay một cá nhân chết đồng nghĩa với việc chấm dứt các quan hệ pháp luật do họ xác lập, vậy nên đối với tư cách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên cũng vì vậy mà chấm dứt.

Ngoài ra, cơ sở để trở thành thành viên duy nhất trong công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là việc sở hữu toàn bộ vốn điều lệ trong công ty, cho nên việc chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chuyển nhượng, tặng cho một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ cho người khác, thì tư cách thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên sẽ chấm dứt, kéo theo đó là xác lập tư cách thành viên cho chủ thể khác.

Như vậy, những trường hợp dẫn đến hệ quả làm chấm dứt tư cách chủ sở hữu công ty bao gồm:

- Chủ sở hữu là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản.
- Chủ sở hữu công ty là cá nhân bị chết.
- Chủ sở hữu công ty chuyển nhượng, tặng cho một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho tổ chức, cá nhân khác.
- Công ty bị phá sản hoặc giải thể.

3. Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty

3.1. Quyền của chủ sở hữu công ty

Quyền của chủ sở hữu công ty được quy định tại Điều 75 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Trong đó, quyền của chủ sở hữu

công ty là tổ chức được quy định tại khoản 1 và quyền của chủ sở hữu công ty là cá nhân được quy định tại khoản 2 Điều này. Ngoài các quyền được liệt kê tại Điều 75 Luật Doanh nghiệp năm 2014, chủ sở hữu công ty còn có các quyền khác theo Điều lệ công ty.

Nhìn chung, các quyền của chủ sở hữu công ty là tổ chức được Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định cụ thể hơn so với chủ sở hữu công ty là cá nhân. Do đặc điểm khác nhau giữa tổ chức và cá nhân mà Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về các quyền của chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên ở hai khoản khác nhau trong Điều 75. Theo đó, đối với chủ sở hữu công ty là tổ chức - một thực thể pháp lý nhân tạo nên Luật Doanh nghiệp năm 2014 có xu hướng muốn cụ thể hóa các quyền để làm rõ khả năng định đoạt của chủ sở hữu.

Trong đó, cần lưu ý về quyền *thông qua hợp đồng vay, cho vay và các hợp đồng khác do Điều lệ công ty quy định có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ hoặc giá trị khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty*. Công ty là chủ sở hữu đối với tài sản do tổ chức, cá nhân góp vào, công ty có quyền đưa tài sản của mình vào hoạt động kinh doanh phát triển của công ty. Tuy nhiên, những dự án, hợp đồng có giá trị lớn có thể tác động mạnh đến sự ổn định về tài chính, cũng như quyền lợi hợp pháp của chủ sở hữu công ty. Vì vậy, với tư cách là người bỏ vốn thành lập công ty, chủ sở hữu công ty có quyền quyết định những vấn đề quan trọng trên. Pháp luật chỉ quy định quyền này đối với chủ sở hữu là tổ chức chứ không quy định cho chủ sở hữu là cá nhân vì trong cơ cấu tổ chức quản lý công ty theo mô hình chủ sở hữu là cá nhân thì chủ sở hữu có thể

đồng thời là Chủ tịch công ty nắm quyền quyết định những vấn đề quan trọng trong công ty.

3.2. Nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty

Nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty được quy định tại Điều 76 Luật Doanh nghiệp năm 2014 bao gồm:

- Góp đầy đủ và đúng hạn vốn điều lệ công ty.

Việc góp vốn đầy đủ và đúng hạn vốn điều lệ có ý nghĩa rất quan trọng đối với công ty. Trước đây, Luật Doanh nghiệp năm 2005 cũng đặt ra nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty trong việc góp vốn đầy đủ và đúng hạn vốn điều lệ theo cam kết, nhưng Luật Doanh nghiệp năm 2005 lại không đặt ra một giới hạn nào về thời gian góp vốn nên điều này đã bị lợi dụng để gây thiệt hại cho bên thứ ba. Để khắc phục nhược điểm này, khoản 2 Điều 74 Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã quy định cụ thể về thời hạn tối đa mà chủ sở hữu công ty phải có trách nhiệm góp vốn. Trường hợp chủ sở hữu công ty vi phạm nghĩa vụ góp vốn, thì sẽ phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty, thiệt hại xảy ra do không góp, không góp đủ, không góp đúng hạn vốn điều lệ.

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

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là một pháp nhân, vì vậy tài sản của nó độc lập, tách bạch với tài sản của chủ sở hữu công ty. Đây là quy định nhằm bảo đảm sự tách bạch, độc lập của tài sản thuộc quyền sở hữu của công ty và tài sản thuộc

sở hữu của chủ sở hữu công ty nhằm hạn chế tình trạng chủ sở hữu gây thiệt hại cho bên thứ ba. Đối với chủ sở hữu công ty là cá nhân thì phải tách bạch các chi tiêu của cá nhân và gia đình mình với các chi tiêu trên cương vị là Chủ tịch công ty và Giám đốc (Tổng Giám đốc), do chủ sở hữu công ty là cá nhân hằng ngày trực tiếp tham gia vào quản lý điều hành công ty lại đồng thời tham gia vào đời sống sinh hoạt hằng ngày gia đình nên vấn đề xác định và tách bạch tài sản của công ty và tài sản cá nhân là rất cần thiết.

- Về hạn chế rút vốn và lợi nhuận theo khoản 5, 6 Điều 76 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Theo khoản 5 Điều 76 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì chủ sở hữu công ty chỉ được quyền rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ cho chủ thể khác. Hệ quả của việc chuyển nhượng này dẫn đến việc công ty có thể thay đổi chủ sở hữu hoặc phải chuyển sang loại hình công ty khác có nhiều chủ, không còn tồn tại ở loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Bên cạnh đó, chủ sở hữu công ty cũng không được rút lợi nhuận khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản đến hạn.

III. CÁC VẤN ĐỀ TÀI CHÍNH CỦA CÔNG TY

1. Vấn đề góp vốn của chủ sở hữu công ty

Theo khoản 1 Điều 74 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp là tổng giá trị tài sản do chủ sở hữu cam kết góp và ghi trong Điều lệ. Đồng thời, Luật Doanh nghiệp năm 2014 có quy định yêu cầu chủ sở hữu phải góp đủ và đúng loại tài sản như đã cam kết khi đăng ký thành lập doanh nghiệp

trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Khi thành lập công ty, pháp luật Việt Nam không buộc chủ sở hữu công ty phải thực hiện góp vốn ngay tại thời điểm đăng ký với cơ quan nhà nước, mà được cam kết góp trong khoảng thời gian nhất định. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì khoảng thời hạn này là 90 ngày kể từ ngày mà doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Tuy nhiên, trước đây, Luật Doanh nghiệp năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành của Luật này lại không quy định thời hạn tối đa mà chủ sở hữu công ty phải thực hiện nghĩa vụ góp vốn vào công ty như đã đăng ký. Mặc dù quy định này nhằm tạo điều kiện về thời gian để các nhà đầu tư thu xếp nguồn vốn của mình để chuyển cho công ty, nhưng đây là một điểm dễ bị lợi dụng để kéo dài thời gian góp vốn, làm cho vốn điều lệ của công ty trở thành con số chỉ hiện hữu trên giấy tờ còn thực chất là công ty không có đủ số vốn như đã cam kết. Vì vậy, hiện nay, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã ấn định thời hạn góp vốn. Điều này không những hạn chế tình trạng vốn ảo mà còn giúp cho các công ty nhanh chóng có tài sản để tham gia vào các hoạt động kinh doanh.

Hệ quả khi chủ sở hữu không góp vốn đúng hạn là: (i) Không góp đủ vốn điều lệ trong thời hạn, chủ sở hữu phải đăng ký điều chỉnh vốn điều lệ; (ii) Chủ sở hữu phải chịu trách nhiệm tương ứng với phần vốn góp đã cam kết đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh trong thời gian trước khi công ty đăng ký thay đổi vốn điều lệ; (iii) Chủ sở hữu chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty, thiệt hại xảy ra do không góp, không góp đủ, không góp đúng hạn vốn điều lệ.

Theo tinh thần của Luật Doanh nghiệp năm 2014, vốn điều lệ của công ty được xác định ở hai thời điểm, khi đăng ký doanh nghiệp và sau thời điểm kết thúc thời hạn tối đa cam kết góp vốn. Hết thời hạn 90 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, thì vốn điều lệ của công ty được xác định dựa vào số vốn thực góp. Việc chủ sở hữu công ty không góp đủ vốn điều lệ trong thời hạn, chủ sở hữu phải đăng ký điều chỉnh vốn điều lệ. Theo khoản 3 Điều 74 Luật Doanh nghiệp năm 2014, trường hợp không góp đủ vốn điều lệ trong thời hạn luật định, chủ sở hữu công ty phải đăng ký điều chỉnh vốn điều lệ bằng giá trị số vốn thực góp trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày cuối cùng phải góp đủ vốn điều lệ. Chủ sở hữu phải chịu trách nhiệm tương ứng với phần vốn góp đã cam kết đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty phát sinh trong thời gian trước khi công ty đăng ký thay đổi vốn điều lệ.

2. Tăng vốn điều lệ

Theo khoản 2 Điều 87 Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có thể tăng vốn điều lệ bằng cách:

Thứ nhất, chủ sở hữu đầu tư thêm vốn vào vốn điều lệ công ty:

Tăng vốn điều lệ đồng nghĩa với việc tăng khả năng trả nợ của công ty, góp phần giảm thiểu rủi ro cho các khách hàng, đối tác của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, vì vậy việc tăng vốn điều lệ được khuyến khích.

Tăng vốn điều lệ bằng cách chủ sở hữu tự góp vốn thêm vào vốn điều lệ được xem là hình thức tăng vốn đơn giản và an toàn nhất cho chủ sở hữu. Chủ sở hữu công ty sẽ tự cân nhắc dựa

trên nhu cầu kinh doanh của công ty và khả năng tài chính của mình để đưa ra quyết định tăng thêm vốn điều lệ. Với cách thức tăng vốn điều lệ này, ưu điểm là chủ sở hữu công ty vẫn tiếp tục duy trì vai trò, vị trí là chủ sở hữu duy nhất của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, không phải san sẻ quyền lực hay lợi nhuận với chủ thể khác. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp cách tăng vốn điều lệ này sẽ không thể huy động được nguồn vốn cần thiết.

Thứ hai, chủ sở hữu huy động thêm vốn góp của người khác:

Luật Doanh nghiệp năm 2014 còn cho phép công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên tăng vốn bằng cách huy động tổ chức, cá nhân khác góp vốn vào công ty. Những chủ thể góp vốn vào công ty như vậy phải không rơi vào các trường hợp bị cấm theo quy định của pháp luật. Sau khi thực hiện xong việc góp vốn, mỗi chủ thể sẽ sở hữu một phần phần vốn góp, kéo theo đó là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không còn thuộc sở hữu của một chủ nữa, mà đã thuộc sở hữu của nhiều chủ, và không còn mang bản chất công ty một chủ. Khi chủ sở hữu lựa chọn hình thức huy động vốn bằng cách này cho công ty thì bắt buộc phải làm thủ tục chuyển đổi loại hình thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Huy động thêm vốn bằng cách kêu gọi chủ thể khác cùng tham gia góp vốn vào công ty thì công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên dễ dàng có được một nguồn vốn điều lệ lớn phục vụ cho việc kinh doanh. Tuy nhiên, trường hợp tăng vốn điều lệ bằng việc huy động thêm phần vốn góp của người khác, công ty phải tổ chức quản lý theo một trong hai loại hình sau đây:

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên (công ty phải thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày hoàn thành việc thay đổi vốn điều lệ); công ty cổ phần (chuyển đổi theo quy định tại Điều 196 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

3. Giảm vốn điều lệ

Vốn điều lệ có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định khả năng trả nợ của công ty, việc giảm vốn điều lệ sẽ ảnh hưởng lớn đến năng lực tài chính của công ty và tạo thêm rủi ro cho các chủ nợ của công ty. Đồng thời, đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chỉ có một thành viên duy nhất, một chủ sở hữu, thì chủ sở hữu có thể giảm vốn điều lệ một cách dễ dàng nhằm trốn tránh các nghĩa vụ về tài sản, dẫn tới quyền lợi của các chủ nợ không được bảo đảm. Vậy nên, trước đây, theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, thì công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được giảm vốn điều lệ.

Tuy nhiên, mặc dù quy định cấm giảm vốn điều lệ trong Luật Doanh nghiệp năm 2005 nhằm bảo vệ quyền lợi cho chủ nợ, nhưng lại hạn chế quyền được giảm vốn của chủ sở hữu công ty. Khi tình hình kinh doanh không khả quan, chủ sở hữu công ty có nhu cầu giảm vốn điều lệ để tạo ra một nguồn tài sản nhằm tham gia vào các giao dịch khác, góp phần sử dụng hiệu quả các nguồn lực. Nếu cấm công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được giảm vốn điều lệ trong mọi trường hợp, thì vô tình đã cấm luôn cả việc công ty được giảm vốn trong trường hợp không sử dụng hết vốn đã đầu tư ban đầu. Điều này sẽ gây nên tình trạng lãng phí. Một khi mà việc trả nợ của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được bảo đảm thì việc giảm vốn điều lệ cần

được ghi nhận. Do vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã ghi nhận 2 trường hợp mà công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được giảm vốn điều lệ tại khoản 1 Điều 87:

Trường hợp thứ nhất, hoàn trả một phần vốn góp trong vốn điều lệ của công ty nếu đã hoạt động kinh doanh liên tục trong hơn 02 năm, kể từ ngày đăng ký doanh nghiệp và bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác sau khi đã hoàn trả cho chủ sở hữu.

Cách giảm vốn điều lệ như thế này đã góp phần bảo vệ được lợi ích của bên thứ ba và bảo đảm được quyền lợi của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Vi phạm điều kiện hoàn trả vốn thì chủ sở hữu phải đối mặt với chế tài được nêu tại Điều 71 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Trường hợp thứ hai, vốn điều lệ không được chủ sở hữu thanh toán đầy đủ và đúng hạn theo quy định tại Điều 74 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được giảm vốn điều lệ trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày cuối cùng phải góp đủ vốn điều lệ, tuy nhiên, chủ sở hữu công ty vẫn phải chịu trách nhiệm với các nghĩa vụ tài chính tương ứng với phần vốn mà chủ sở hữu đã cam kết góp ngay từ đầu cho khoảng thời gian trước khi công ty đăng ký thay đổi vốn điều lệ công ty.

Quy định này cũng đã bảo đảm được quyền lợi của bên thứ ba và của chính công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Đây cũng là quy định nhằm hạn chế tình trạng vốn ảo, bởi theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 thủ tục và yêu cầu để thành lập doanh nghiệp nói chung đã rất thông thoáng và dễ dàng, ngay

từ khi thành lập công ty thì chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có thể kê khai mức vốn điều lệ theo mong muốn nên dễ dẫn đến tình trạng kê khai vốn điều lệ ảo nhằm mục đích trục lợi.

Ngoài việc buộc chủ sở hữu công ty phải chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trên số vốn đã cam kết cho các giao dịch phát sinh trước khi đăng ký thay đổi vốn góp thì công ty còn có thể bị phạt từ 10 triệu đến 20 triệu đồng cho hành vi không đăng ký thay đổi vốn điều lệ với cơ quan có thẩm quyền khi không góp đủ số vốn như đã đăng ký theo Điều 28 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP.

4. Một số vấn đề khác

4.1. Trường hợp chủ sở hữu chuyển nhượng hoặc tặng cho một phần vốn điều lệ

Trường hợp chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chuyển nhượng hoặc tặng cho một phần vốn điều lệ, thì lúc này vốn điều lệ của công ty không còn thuộc sở hữu của một chủ. Vậy nên, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đặt ra trách nhiệm của công ty trong việc tổ chức hoạt động sang các loại hình doanh nghiệp nhiều chủ, để phù hợp với bản chất của công ty lúc này.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 77 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty phải tổ chức hoạt động theo loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên hoặc công ty cổ phần. Công ty thực hiện đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp với Cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày hoàn thành việc chuyển nhượng, tặng cho.

Cũng cần lưu ý rằng nếu chủ sở hữu tặng cho hoặc chuyển nhượng toàn bộ vốn điều lệ cho một chủ thể khác thì lúc này công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không cần phải chuyển sang hoạt động dưới hình thức công ty nhiều chủ, nhưng vẫn phải làm thủ tục đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp theo quy định tại Điều 31 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

4.2. Trường hợp chủ sở hữu là cá nhân chết

Nếu chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là một cá nhân, mà cá nhân này chết thì làm phát sinh quan hệ pháp luật về thừa kế đối với phần vốn của người này trong công ty. Lúc này, người thừa kế hợp pháp của chủ sở hữu công ty (theo di chúc hoặc theo pháp luật) sẽ trở thành chủ sở hữu duy nhất của công ty (nếu chỉ có một người thừa kế) hoặc đồng sở hữu (nếu có hơn một người thừa kế). Trường hợp có nhiều người thừa kế, nghĩa là lúc này công ty đang có nhiều chủ sở hữu nên công ty phải tổ chức hoạt động theo loại hình doanh nghiệp tương ứng và đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày kết thúc việc giải quyết thừa kế.

Lưu ý: Trường hợp không có người thừa kế/người thừa kế từ chối nhận thừa kế hoặc bị truất quyền thừa kế thì phần vốn góp của chủ sở hữu được giải quyết theo quy định của pháp luật về dân sự.

4.3. Trường hợp chủ sở hữu công ty là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản

Chủ sở hữu công ty là tổ chức bị giải thể/phá sản, thì người nhận chuyển nhượng phần vốn góp của chủ sở hữu sẽ trở thành

chủ sở hữu hoặc thành viên công ty (khoản 5 Điều 77 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Công ty phải tổ chức hoạt động theo loại hình doanh nghiệp tương ứng và đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày hoàn thành việc chuyển nhượng.

4.4. Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ tư lợi trong công ty

Tình huống:

Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Phúc là chủ sở hữu Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên Thiên Quý. Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Phúc bổ nhiệm C làm Giám đốc và là người đại diện theo pháp luật của Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên Thiên Quý. Giám đốc C có vợ là D (D là chủ sở hữu nhà xưởng X).

Trên danh nghĩa đại diện cho Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên Thiên Quý, Giám đốc C ký hợp đồng thuê nhà xưởng X, tiền thuê: 10 triệu/tháng. C có thể tư lợi bằng cách thông đồng với vợ của mình để nâng giá thuê nhà xưởng (trong khi giá thị trường thấp hơn).

Giao dịch được gọi là giao dịch có nguy cơ tư lợi không có nghĩa là mọi giao dịch như vậy đều dẫn đến hậu quả gây thiệt hại cho lợi ích của công ty, thậm chí nhiều trường hợp, chính các giao dịch này giúp công ty tiết kiệm được nhiều nguồn lực. Trong tình huống trên, vì D là vợ của C, nên C dễ dàng đàm phán để thuê nhà xưởng X với giá thấp hơn giá thị trường, tiết kiệm cho công ty. Vậy nên, những giao dịch loại này pháp luật đặt ra cơ chế để kiểm soát chứ không cấm đoán.

Những vấn đề pháp lý đặt ra khi kiểm soát các giao dịch có nguy cơ tư lợi, cụ thể:

- Giao dịch nào là giao dịch có nguy cơ tư lợi?

Trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác, hợp đồng, giao dịch giữa công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do tổ chức làm chủ sở hữu với các đối tượng sau đây là giao dịch có nguy cơ tư lợi (khoản 1 Điều 86 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

(i) Chủ sở hữu công ty và người có liên quan của chủ sở hữu công ty.

(ii) Thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên.

(iii) Người có liên quan của thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên.

(iv) Người quản lý của chủ sở hữu công ty, người có thẩm quyền bổ nhiệm những người quản lý đó và người có liên quan của những người này.

- Điều kiện thông qua các giao dịch có yếu tố tư lợi là gì?

Người ký kết hợp đồng phải thông báo cho Hội đồng Thành viên/Chủ tịch công ty, Giám đốc/Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên về các đối tượng có liên quan đối với hợp đồng, giao dịch đó; đồng thời kèm theo dự thảo hợp đồng hoặc nội dung chủ yếu của giao dịch đó. Trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác, Hội đồng Thành viên/Chủ tịch công ty và Kiểm soát viên phải quyết định việc chấp thuận hợp đồng hoặc giao dịch trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày

nhận được thông báo theo nguyên tắc đa số, mỗi người có một phiếu biểu quyết; người có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết. Hợp đồng, giao dịch có yếu tố tư lợi chỉ được chấp thuận khi có đủ các điều kiện tại khoản 3 Điều 86 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

- Hậu quả pháp lý khi giao dịch có nguy cơ tư lợi không được thông qua theo đúng quy định là gì?

Hợp đồng, giao dịch bị vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật nếu được ký kết không đúng quy định, gây thiệt hại cho công ty. Người ký hợp đồng và người có liên quan là các bên của hợp đồng liên đới chịu trách nhiệm về thiệt hại phát sinh và hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch đó.

Lưu ý: Hợp đồng, giao dịch giữa công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do cá nhân làm chủ sở hữu với chủ sở hữu công ty hoặc người có liên quan của chủ sở hữu công ty phải được ghi chép lại và lưu giữ thành hồ sơ riêng của công ty.

IV. CƠ CẤU TỔ CHỨC QUẢN LÝ

Phụ thuộc vào chủ sở hữu công ty là tổ chức hay cá nhân mà cơ cấu tổ chức quản lý của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có những điểm khác biệt nhất định.

1. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do một tổ chức làm chủ sở hữu

Theo khoản 1 Điều 78 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do tổ chức làm chủ sở hữu

được tổ chức quản lý và hoạt động theo một trong hai mô hình sau đây:

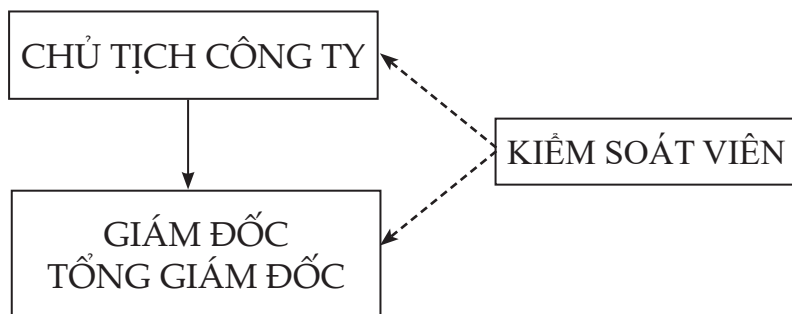
- Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên.

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

So với việc quản trị công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do một cá nhân làm chủ sở hữu, mô hình quản trị loại công ty do một pháp nhân làm chủ sở hữu được quy định phức tạp hơn. Hai mô hình mà công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do một pháp nhân là chủ sở hữu được quyền lựa chọn để tổ chức quản lý công ty chính là những mô hình thể hiện rõ tính chất đại diện vì chủ sở hữu công ty là tổ chức không trực tiếp thực hiện quyền quản lý điều hành công ty mà cần phải thông qua một chế định cụ thể để hiện thực hóa quyền hạn của mình. Dù lựa chọn tổ chức theo mô hình nào thì đều có những ưu và nhược điểm khác nhau và mỗi mô hình, ở các vị trí, chức danh luôn có sự tác động qua lại, đối trọng với nhau, cùng nhau hợp tác nhằm mục đích chung và luôn nằm dưới quyền hạn cao nhất của tổ chức - chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật của công ty. Trường hợp Điều lệ công ty không quy định khác, thì chức năng, quyền và nghĩa vụ của Hội đồng Thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên thực hiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

**1.1. Cơ cấu tổ chức quản lý không có Hội đồng Thành viên
(Mô hình 1)**



Ghi chú: —————> Bỏ nhiệm/thuê
 -----> Kiểm soát

Đây là mô hình mà chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một người đại diện mình thực hiện các quyền và nghĩa vụ tại công ty. Mô hình tổ chức quản lý này gồm có: Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên.

- Chủ tịch công ty:

Trong trường hợp chỉ có một người được bổ nhiệm làm người đại diện cho chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức thì người đó làm Chủ tịch công ty. Chủ tịch công ty nhân danh chủ sở hữu thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty; nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty, trừ quyền và nghĩa vụ của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc; chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao

theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, pháp luật có liên quan và Điều lệ công ty.

Quyền, nghĩa vụ và chế độ làm việc của Chủ tịch công ty đối với chủ sở hữu công ty được thực hiện theo quy định tại Điều lệ công ty, Luật này và pháp luật có liên quan. Quyết định của Chủ tịch công ty về thực hiện quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty có hiệu lực kể từ ngày được chủ sở hữu công ty phê duyệt, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng như Luật Doanh nghiệp năm 2005 không quy định về nhiệm kỳ của Chủ tịch công ty. Tuy nhiên, căn cứ vào khoản 2 Điều 80 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì nhiệm kỳ của Chủ tịch công ty được xác định theo Điều lệ công ty.

- Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc:

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc là người điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty, do Chủ tịch công ty bổ nhiệm hoặc thuê với nhiệm kỳ không quá 5 năm. Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc chịu trách nhiệm trước pháp luật, Chủ tịch công ty về việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình. Quyền và nghĩa vụ của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc được quy định tại khoản 2 Điều 81 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc ký với Chủ tịch công ty. Đây là những quyền nhằm bảo đảm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc thực hiện tốt vai trò điều hành công việc hằng ngày của công ty.

Lưu ý: Quyền ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc

Chủ tịch công ty (điểm e khoản 2 Điều 81 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Căn cứ theo quy định tại khoản 1 Điều 139 Bộ luật Dân sự năm 2015, cũng như khoản 1 Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì người đại diện của công ty mới có quyền nhân danh và vì lợi ích của công ty để ký kết hợp đồng làm phát sinh các quyền và nghĩa vụ của công ty. Vậy nên, cách quy định tại điểm e khoản 2 Điều 81 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cần được hiểu trong bối cảnh Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty.

Theo quy định tại khoản 3 Điều 81 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây: (i) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và không thuộc đối tượng quy định tại khoản 2 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014; (ii) Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh của công ty, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác. Trước đây, theo khoản 3 Điều 70 Luật Doanh nghiệp năm 2005, thì tiêu chuẩn của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc phải đáp ứng điều kiện về trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh. Đây được xem như điều kiện bắt buộc. Ngoài ra, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc cũng không phải là người có liên quan của Chủ tịch công ty. Những quy định như vậy đã can thiệp quá sâu vào quyền tự quyết định sắp xếp nhân sự của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, và ảnh hưởng đến quyền tự do kinh doanh của chủ sở hữu công ty. Do đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã khắc phục bằng cách tạo điều kiện thuận lợi hơn cho công ty tự quyết định về vấn đề này.

- Kiểm soát viên:

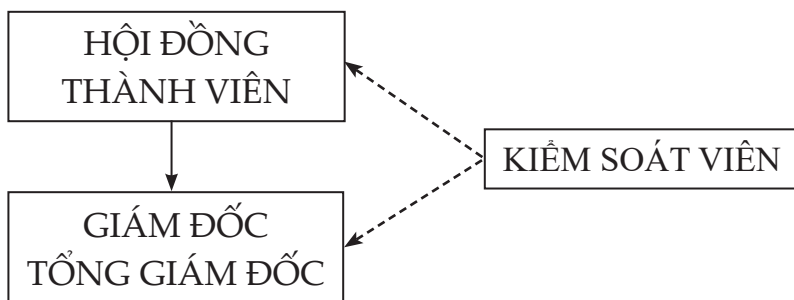
Dù công ty được tổ chức theo mô hình nào thì trong cơ cấu tổ chức bộ máy quản lý công ty cũng phải có Kiểm soát viên.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định cơ chế kiểm soát quản lý điều hành công ty bằng các quy định về Kiểm soát viên. Trước đây, theo khoản 1 Điều 71 Luật Doanh nghiệp năm 2005, thì chủ sở hữu công ty chỉ được bổ nhiệm từ 1 đến 3 Kiểm soát viên. Quy định như vậy đã phần nào giới hạn quyền tự quyết của doanh nghiệp, bởi chính chủ sở hữu sẽ dựa vào nhu cầu, khả năng của mình để quyết định số lượng Kiểm soát viên cần thiết. Vì vậy, đến Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì chủ sở hữu không bị giới hạn số lượng Kiểm soát viên tối đa.

Chủ tịch công ty là chủ thể quản lý chung, quyết định thông qua kế hoạch, phương án kinh doanh để Giám đốc/Tổng Giám đốc thực thi trên thực tế. Để bảo đảm tính minh bạch, khách quan, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do tổ chức làm chủ sở hữu cần có một chủ thể có thể kiểm tra, giám sát hoạt động của công ty cũng như các công việc hằng ngày mà Chủ tịch công ty, Giám đốc/Tổng Giám đốc thực hiện vì quyền lợi của chủ sở hữu công ty. Chính vì thế, Kiểm soát viên được ra đời và nằm trong hệ thống cơ cấu tổ chức quản lý của công ty, Kiểm soát viên do chính chủ sở hữu bổ nhiệm, hoàn toàn độc lập với Chủ tịch công ty, Giám đốc/Tổng Giám đốc của công ty và có chức năng chính là kiểm tra, giám sát. Do đó, các quyền và nghĩa vụ của Kiểm soát viên được quy định tại khoản 2 Điều 82 Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã góp phần bảo đảm Kiểm soát viên có thể phát huy vai trò của mình. Chẳng hạn như quyền kiểm tra tính hợp pháp, trung thực, cần trọng của các chức danh quản lý trong công ty, hay thẩm định các báo cáo kết quả kinh doanh trước khi trình chủ sở hữu công ty... Đặc biệt, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã được bổ sung quyền của Kiểm soát viên trong việc xem xét bất kỳ hồ sơ, tài liệu nào của công ty...

Khi Kiểm soát viên có yêu cầu thì các chức danh Chủ tịch công ty, Giám đốc/Tổng Giám đốc phải có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ thông tin.

1.2. Cơ cấu tổ chức quản lý theo mô hình có Hội đồng Thành viên (Mô hình 2)



Ghi chú: —————> Bỏ nhiệm/thuê
 -----> Kiểm soát

Mô hình tổ chức quản lý này phức tạp hơn Mô hình 1, gồm có Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên. Trường hợp chủ sở hữu bỏ nhiệm nhiều người làm người đại diện thì trong cơ cấu tổ chức quản lý của công ty có Hội đồng Thành viên. Do đó, cần lưu ý về sự khác biệt giữa Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên với Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Nếu như Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không phải luôn có trong mọi trường hợp, thì các thành viên trong Hội đồng Thành viên cũng không phải là các chủ sở hữu của công ty mà họ chỉ là người được chủ sở hữu cử để thực hiện các quyền và

nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty. Còn Hội đồng Thành viên trong mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên thì luôn bắt buộc phải có, và Hội đồng Thành viên trong mô hình công ty này gồm tất cả các thành viên của công ty - những chủ sở hữu của công ty.

Thành viên Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do chủ sở hữu công ty bổ nhiệm với số lượng giới hạn từ 03 đến 07 thành viên và có nhiệm kỳ không quá 5 năm. Đây là một quy định mới so với Luật Doanh nghiệp năm 2005, bởi nếu như Luật Doanh nghiệp năm 2005 không hạn chế số lượng người mà chủ sở hữu có thể bổ nhiệm để làm thành viên trong Hội đồng Thành viên, thì Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã giới hạn số lượng từ 03 đến 07 người làm thành viên Hội đồng Thành viên. Như vậy, với quy định này chủ sở hữu công ty không thể ủy quyền cho 02 người hay quá 07 người để làm thành viên Hội đồng Thành viên được. Thực tế thì chính chủ sở hữu sẽ cân nhắc trên cơ sở quy mô kinh doanh để quyết định số lượng thành viên Hội đồng Thành viên. Mô hình này phù hợp với các công ty có quy mô lớn với nhiều ngành, nghề kinh doanh. Việc giới hạn số lượng thành viên Hội đồng Thành viên nhằm bảo đảm công ty không có quá nhiều thành viên trong Hội đồng Thành viên làm ảnh hưởng đến công việc kinh doanh của công ty. Tuy nhiên, trên thực tế, chủ sở hữu thường không bổ nhiệm quá nhiều người bởi sẽ tốn kém nhiều chi phí trong việc vận hành Hội đồng Thành viên, nhưng cũng có trường hợp, chủ sở hữu công ty thấy cần thiết và có đủ khả năng để vận hành Hội đồng Thành viên với số lượng thành viên quá 07 người. Cho nên, việc Luật Doanh nghiệp năm 2014 giới hạn số lượng thành viên Hội đồng Thành viên được nhiều chuyên gia đánh giá là

can thiệp quá sâu của Nhà nước vào hoạt động kinh doanh của công ty.

Vì được chủ sở hữu công ty lập ra nên Hội đồng Thành viên phải nhân danh chủ sở hữu công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty; nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty, trừ quyền và nghĩa vụ của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc; chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và quy định khác của pháp luật có liên quan. Quyền hạn, nhiệm vụ: Điều lệ công ty và pháp luật có liên quan quy định.

- Chủ tịch Hội đồng Thành viên:

Trước đây, theo quy định tại khoản 3 Điều 68 Luật Doanh nghiệp năm 2005, thì chủ sở hữu công ty sẽ chỉ định Chủ tịch Hội đồng Thành viên. Đến Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì bên cạnh việc tiếp tục ghi nhận quyền bổ nhiệm Chủ tịch Hội đồng Thành viên của chủ sở hữu công ty như Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Doanh nghiệp năm 2014 còn bổ sung cơ chế thứ hai để hình thành chức danh Chủ tịch Hội đồng Thành viên là các thành viên Hội đồng Thành viên bầu ra theo nguyên tắc quá bán. Với việc bổ sung này, Chủ tịch Hội đồng Thành viên có thể sẽ do chính các thành viên trong Hội đồng Thành viên chọn ra. Khi này, Chủ tịch Hội đồng Thành viên thường sẽ là người uy tín, đáng tin cậy và có khả năng quản lý công ty tốt hơn.

- Cuộc họp của Hội đồng Thành viên:

+ Thẩm quyền, cách thức triệu tập Hội đồng Thành viên: được quy định tại Điều 58 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

+ Điều kiện tiến hành cuộc họp: Ít nhất 2/3 tổng số thành viên Hội đồng Thành viên dự họp.

+ Nghị quyết Hội đồng Thành viên:

➤ Nghị quyết Hội đồng Thành viên được thông qua: Có hơn một nửa số thành viên Hội đồng Thành viên dự họp tán thành.

➤ Sửa đổi, bổ sung Điều lệ, tổ chức lại công ty, chuyển nhượng phần vốn góp: Được ít nhất 3/4 số thành viên Hội đồng Thành viên dự họp tán thành.

➤ Nghị quyết có hiệu lực kể từ ngày được thông qua hoặc từ ngày ghi trong nghị quyết.

Thẩm quyền, cách thức triệu tập Hội đồng Thành viên trong mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên được thực hiện tương tự như đối với Hội đồng Thành viên trong mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Tuy nhiên, cần lưu ý là điều kiện tiến hành cuộc họp của Hội đồng Thành viên trong mô hình công ty này phụ thuộc vào số lượng thành viên dự họp. Điều này khác biệt với điều kiện tiến hành cuộc họp Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên lại dựa vào tỷ lệ vốn điều lệ tối thiểu.

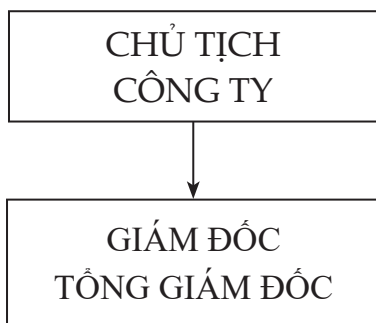
Theo quy định tại khoản 5 Điều 79 Luật Doanh nghiệp năm 2014, cuộc họp của Hội đồng Thành viên được tiến hành khi có ít nhất hai phần ba tổng số thành viên dự họp. Trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác thì mỗi thành viên có một phiếu biểu quyết có giá trị như nhau. Hội đồng Thành viên có thể thông qua quyết định theo hình thức lấy ý kiến bằng văn bản.

Điều kiện để Nghị quyết Hội đồng Thành viên được thông qua và có hiệu lực được quy định tại khoản 6 Điều 79 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Tuy nhiên, điều kiện để thông qua nghị quyết

Hội đồng Thành viên theo hình thức lấy ý kiến bằng văn bản không được Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định, nên Điều lệ công ty cần làm rõ vấn đề này.

Đối với các chức danh như Giám đốc, Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên ở mô hình này cũng tương tự như ở Mô hình 1.

2. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do một cá nhân làm chủ sở hữu



Ghi chú: —————> Bổ nhiệm/thuê

Trước đây là Luật Doanh nghiệp năm 2005, và nay là Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định khá giống nhau, đơn giản về mô hình tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có chủ sở hữu là cá nhân. Theo đó, mô hình này gồm có Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Trong đó, Chủ tịch công ty có thể kiêm nhiệm hoặc thuê người khác làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Có thể thấy rằng, mô hình tổ chức quản lý của công ty đơn giản và gọn hơn so với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có tổ chức làm chủ sở hữu.

Cần lưu ý là, theo khoản 1 Điều 74 Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì chủ sở hữu công ty đồng thời là Chủ tịch công ty, nhưng đến Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì chủ sở hữu không bắt buộc đồng thời là Chủ tịch công ty. Nói cách khác, chủ sở hữu công ty có thể thuê người khác nắm giữ các chức danh quản lý trong công ty của mình, chủ sở hữu không bắt buộc phải là người trực tiếp quản lý công việc kinh doanh hằng ngày của công ty. Quyền, nghĩa vụ của Giám đốc hoặc Tổng 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. Chủ sở hữu công ty là người tạo ra công ty và bộ máy công ty, chủ sở hữu chủ động quyết định lựa chọn chức danh nào trong công ty cho chính mình. Quy định mới này góp phần bảo đảm tốt hơn quyền năng của chủ sở hữu, và hạn chế việc can thiệp quá sâu của Luật Doanh nghiệp năm 2005 đến quyền của chủ sở hữu.

Về người đại diện theo pháp luật, theo khoản 2 Điều 78 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì nếu Điều lệ công ty không quy định thì Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật.

Điểm đặc biệt trong mô hình này là pháp luật không bắt buộc phải thành lập Kiểm soát viên. Kiểm soát viên có vai trò quan trọng trong việc thay mặt chủ sở hữu công ty kiểm tra, giám sát công việc kinh doanh hằng ngày của công ty để bảo đảm tốt nhất quyền lợi của chủ sở hữu. Trong mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do tổ chức làm chủ sở hữu, vì chủ sở hữu không thể tự mình tham gia vào việc kinh doanh nên điều này được thực hiện bởi (các) người đại diện. Vì vậy, chủ sở hữu cần có một cơ quan độc lập để kiểm tra việc kinh doanh và kịp thời báo cáo cho chủ sở hữu. Trong khi đó, ở mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do cá nhân làm chủ sở hữu,

thường thì chủ sở hữu sẽ trực tiếp tham gia vào các công việc kinh doanh của công ty, lúc này chính chủ sở hữu sẽ quyết định hoặc có thể tự thực hiện việc kiểm tra công việc kinh doanh, cho nên không cần đến Kiểm soát viên. Tuy nhiên, nếu xét thấy cần thiết, thì cá nhân chủ sở hữu công ty có thể thiết lập bộ phận Kiểm soát viên.

Tình huống:

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên Thiên Đức (sau đây gọi tắt là Công ty Thiên Đức) được thành lập vào ngày 02/7/2015 với lĩnh vực là kinh doanh cà phê, do ông Đức làm chủ sở hữu duy nhất và là người đại diện theo pháp luật. Vào ngày 15/02/2016, ông Đức có thỏa thuận với ông Hùng về việc tiếp nhận vốn của ông Hùng để chuyển đổi Công ty Thiên Đức thành loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, đồng thời ông Hùng sẽ là thành viên mới của công ty. Thực hiện theo thỏa thuận này, ngày 19/02/2016, ông Hùng đã chuyển khoản cho Công ty Thiên Đức số tiền 300.000.000 đồng và được cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp. Tuy nhiên, đến ngày 15/5/2016, Công ty Thiên Đức vẫn chưa làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp và tiếp nhận ông Hùng làm thành viên của công ty. Ngày 16/5/2016, ông Hùng yêu cầu ông Đức hoàn trả toàn bộ số tiền 300.000.000 đồng kể trên vì cho rằng ông Đức đã vi phạm thỏa thuận góp vốn. Tuy nhiên, vì tình hình kinh doanh của Công ty Thiên Đức gặp khó khăn nên công ty không còn đủ tài sản trả cho ông Hùng.

Vào tháng 10/2016, Bà Dương (bạn của ông Đức) có nhu cầu kinh doanh cà phê và để thuận tiện cho việc kê khai thuế nên đã đặt vấn đề mượn tư cách pháp nhân của Công ty Thiên Đức.

Ông Đức đồng ý với yêu cầu này và làm thủ tục thay đổi người đại diện theo pháp luật sang cho bà Dương. Với tư cách là người đại diện theo pháp luật của Công ty Thiên Đức, bà Dương đã ký kết nhiều hợp đồng kinh doanh với các đối tác, trong đó nợ Công ty trách nhiệm hữu hạn Bình Minh 1 tỷ đồng. Đến hạn trả nợ, Công ty trách nhiệm hữu hạn Bình Minh yêu cầu Công ty Thiên Đức phải trả toàn bộ gốc và lãi, nhưng ông Đức cho rằng Công ty trách nhiệm hữu hạn Bình Minh phải đòi nợ bà Dương vì ông Đức không biết gì về khoản nợ này.

(Tình huống trên được viết lại dựa theo Bản án số 06/2017/KDTM-ST ngày 10/08/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng).

Các vấn đề pháp lý đặt ra:

- Ông Hùng có thể dựa vào những chứng cứ nào để chứng minh việc hoàn thành nghĩa vụ góp vốn cho Công ty Thiên Đức? Vì sao?

- Tư cách thành viên công ty của ông Hùng đã được xác lập hay chưa? Vì sao?

- Nếu thực hiện theo đúng thỏa thuận giữa ông Hùng và Công ty Thiên Đức, thì Công ty Thiên Đức cần thực hiện những thủ tục nào để chuyển đổi sang loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên?

Bình luận:

Liên quan đến thủ tục góp vốn vào doanh nghiệp, pháp luật có một số quy định về vấn đề này mà nhà đầu tư cần đặc biệt lưu tâm. Cụ thể, theo điểm b khoản 1 Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì đối với tài sản không đăng ký quyền sở hữu (trong tình huống trên là 300.000.000 đồng tiền mặt), việc góp vốn phải được thực hiện bằng việc giao nhận tài sản góp vốn có xác nhận

bằng biên bản, biên bản này phải có chữ ký của người góp vốn và người đại diện theo pháp luật của công ty. Tại thời điểm góp đủ phần vốn góp, công ty phải cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp cho thành viên tương ứng với giá trị phần vốn đã góp, Giấy chứng nhận phần vốn góp có các nội dung chủ yếu tại khoản 5 Điều 48 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Các loại văn bản này là những chứng cứ có thể được sử dụng để chứng minh nhà đầu tư đã hoàn thành nghĩa vụ góp vốn của mình. Ông Hùng yêu cầu ông Đức (chủ sở hữu Công ty Thiên Đức) thanh toán lại số tiền góp vốn là 300.000.000 đồng vì ông Đức không thực hiện việc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp từ công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên sang công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên nên ông Hùng không được tham gia vào các hoạt động quản lý của doanh nghiệp. Ông Hùng có thể căn cứ vào Giấy chứng nhận phần vốn góp được Công ty Thiên Đức cấp để minh chứng việc hoàn thành nghĩa vụ góp vốn như thỏa thuận. Ngoài ra, thực tiễn giải quyết các vụ án tranh chấp kinh doanh, thương mại cho thấy các nhà đầu tư còn có thể dựa vào một số nguồn khác để chứng minh việc góp vốn của mình, đơn cử như chứng từ do ngân hàng cấp cho ông Hùng xác nhận việc chuyển khoản tiền vào tài khoản Công ty Thiên Đức. Các chứng từ này thông thường có các thông tin liên quan đến số tiền, thời gian giao dịch, tài khoản nhận tiền và nội dung giao dịch.

Tại thời điểm tháng 02/2016, Công ty Thiên Đức đã có thêm 01 thành viên mới thông qua việc chứng nhận vốn góp vào công ty. Theo quy định tại khoản 1 Điều 77 Luật Doanh nghiệp năm 2014, trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày kết nạp thành viên mới, thì công ty phải tổ chức hoạt động theo loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và

đồng thời thực hiện đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp với Cơ quan đăng ký kinh doanh. Nhưng sau thời điểm ông Hùng góp vốn, ông Đức là chủ sở hữu, đại diện theo pháp luật của Công ty Thiên Đức không thực hiện nghĩa vụ này. Hơn nữa, ông Đức còn thực hiện việc thay đổi thông tin người đại diện theo pháp luật của công ty sang bà Dương. Trong nội dung của Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp lúc này ông Đức vẫn là chủ sở hữu và không có tên người góp vốn là ông Hùng. Như vậy, ông Đức đã vi phạm cam kết về chuyển đổi loại hình doanh nghiệp sau khi chứng nhận góp vốn của thành viên mới.

Chương III

DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Theo các kết quả thống kê vào năm 2010, ở Việt Nam có 3.281 doanh nghiệp nhà nước, kết quả này được duy trì tương đối ổn định qua các năm 2011 (3.265 doanh nghiệp nhà nước) và 2012 (3.239 doanh nghiệp nhà nước)¹. Tuy nhiên, tính đến thời điểm kết thúc năm tài chính 2015, có 652 doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ².

Theo các báo cáo gần đây thì tổng số nợ phải trả của doanh nghiệp nhà nước cao, tăng 26% so với năm 2011 (từ 1.292.400 tỷ đồng lên 1.628.649 tỷ đồng); hiệu suất sinh lời trên vốn kinh doanh của các doanh nghiệp nhà nước đạt 2,1% năm 2015, thấp hơn nhiều so với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (năm 2015 là 5,5%). Lũy kế tính đến 31/12/2016, doanh nghiệp nhà nước đã đầu tư ra nước ngoài trên 7 tỷ USD, có 25,5% dự án báo lỗ, 29% dự án lỗ lũy kế. Lợi nhuận được chia cho bên Việt Nam năm 2016 là 145 triệu USD - tương đương trung bình 2%

1. Bộ Kế hoạch và Đầu tư: *Báo cáo tổng quan về tình hình doanh nghiệp và nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 2014 - 2015*, Hà Nội, 2014.

2. Chính phủ: *Báo cáo số 428/BC-CP về hoạt động đầu tư, quản lý, sử dụng vốn nhà nước tại doanh nghiệp trong phạm vi toàn quốc năm 2015*, Hà Nội, 2016.

tổng vốn đầu tư ra nước ngoài thực hiện. Nhiều dự án đang tiềm ẩn rủi ro về pháp lý tại nước sở tại (như bị rút ngắn thời gian triển khai dự án, tranh chấp đất đai) và rủi ro thị trường (như giá đầu ra giảm mạnh) ảnh hưởng lớn đến hiệu quả dự án... Doanh nghiệp nhà nước chưa thực sự phát huy được vai trò chủ đạo trong nền kinh tế cũng như chưa thực hiện được nhiệm vụ dẫn dắt, thúc đẩy các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế khác phát triển, tạo động lực phát triển kinh tế¹.

Những vấn đề đặt ra:

- Tại sao chỉ trong vòng 3 năm mà số lượng doanh nghiệp nhà nước lại biến động mạnh đến như vậy? (từ 3.239 doanh nghiệp nhà nước vào năm 2012, đến hết năm 2015 chỉ còn 652 doanh nghiệp nhà nước)

- Sự thua lỗ, yếu kém của doanh nghiệp nhà nước là thực tế, vậy có cần thiết phải tiếp tục duy trì doanh nghiệp nhà nước hay không?

I. KHÁI NIỆM VÀ ĐẶC ĐIỂM DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

1. Khái niệm

Doanh nghiệp nhà nước tồn tại ở tất cả các quốc gia trên thế giới, không phụ thuộc vào việc quốc gia đó thuộc hệ thống chính trị nào. Sự tồn tại của doanh nghiệp nhà nước xuất phát từ các lý do mà lịch sử để lại và yêu cầu khách quan của nền kinh tế thị trường.

1. Quốc hội: *Báo cáo về việc thực hiện chính sách, pháp luật về quản lý, sử dụng vốn, tài sản nhà nước tại doanh nghiệp và cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước giai đoạn 2011 - 2016*, Hà Nội, 2018.

Ở nhiều nước bị chiến tranh tàn phá nặng nề về hạ tầng cơ sở, chính phủ các nước đã lập ra các doanh nghiệp nhà nước với sứ mệnh đảm nhận nhiệm vụ khôi phục lại nền kinh tế và khắc phục các hậu quả mà chiến tranh để lại. Trong bối cảnh này, doanh nghiệp nhà nước tập trung vào lĩnh vực quan trọng thiết yếu cho đời sống người dân như dầu mỏ, khí đốt, điện lực, than... Ngoài ra, thành lập doanh nghiệp nhà nước cũng nhằm xóa bỏ các doanh nghiệp do thực dân dựng lên, tiến hành quốc hữu hóa tư liệu sản xuất, xác lập chế độ công hữu. Suốt hành trình này, vai trò của doanh nghiệp nhà nước giữ vị trí đáng kể trong xã hội.

Đến giai đoạn cách mạng khoa học - kỹ thuật, nền kinh tế sản xuất hàng hóa nhiều thành phần phát triển, Nhà nước cần đến doanh nghiệp nhà nước để đầu tư vào những lĩnh vực cần nhiều vốn, phức tạp về công nghệ, rủi ro cao mà khả năng sinh lợi thấp, ví dụ như khai thác mỏ, công nghiệp nặng, hạ tầng cơ sở... Sự ra đời của doanh nghiệp nhà nước còn đóng góp vai trò tích cực cung cấp các sản phẩm công ích cho xã hội, đây là những hàng hóa, dịch vụ cần thiết cho cuộc sống của người dân mà các nhà các nhà đầu tư khác không mấy mặn mà vì khả năng sinh lợi rất thấp hoặc vì tính chất nhạy cảm của một số mặt hàng nhất định (ví dụ: bưu chính viễn thông, đường sắt, năng lượng, y tế, xăng dầu, vũ khí...). Thông qua doanh nghiệp nhà nước, Nhà nước cũng góp phần tìm cách can thiệp vào nền kinh tế nhằm khắc phục các khiếm khuyết của thị trường.

Cũng giống như ở nhiều nước khác, ở Việt Nam việc Nhà nước đầu tư vào kinh doanh đã có truyền thống lâu đời. Từ giai đoạn phong kiến, đến thời kỳ Pháp thuộc, bao cấp và ngày nay doanh nghiệp nhà nước đều có vai trò nhất định trong nền

kinh tế¹. Trong cơ chế tập trung, quan liêu bao cấp, doanh nghiệp nhà nước được gọi với tên gọi “xí nghiệp quốc doanh”. Trong cơ chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, thuật ngữ “doanh nghiệp nhà nước” lần đầu tiên được nhắc đến trong Nghị định số 388/HĐBT ngày 20/11/1991 của Hội đồng Bộ trưởng ban hành quy chế về thành lập và giải thể doanh nghiệp nhà nước. Đến khi Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 1995 ra đời thì nội dung về doanh nghiệp nhà nước mới được luật hóa một cách rõ ràng hơn. Theo đó, Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 1995 định nghĩa “doanh nghiệp nhà nước” là tổ chức kinh tế do nhà nước đầu tư vốn, thành lập và tổ chức quản lý, hoạt động kinh doanh hoặc hoạt động công ích nhằm thực hiện các mục tiêu kinh tế - xã hội do nhà nước giao. Doanh nghiệp nhà nước là tổ chức kinh tế do nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ hoặc cổ phần, phần vốn góp chi phối được tổ chức dưới hình thức công ty nhà nước, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn. Kể đến, Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 ra đời thay thế cho Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 1995 với nhiều điểm mới nổi bật. Chẳng hạn như theo Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 thì nội hàm “doanh nghiệp nhà nước” có nội dung rộng hơn so với Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 1995 bao gồm cả doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu 100% vốn và doanh nghiệp mà Nhà nước có phần vốn góp chi phối.

Theo cách định nghĩa của Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 và Luật Doanh nghiệp năm 1999, khái niệm “doanh nghiệp” được phân biệt dựa theo thành phần kinh tế. Doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác nhau thì không giống nhau

1. Phạm Duy Nghĩa: *Giáo trình Luật kinh tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2015, tr.274.

về bản chất, trong đó doanh nghiệp nhà nước được coi là một loại hình doanh nghiệp tồn tại song song với các hình thức pháp lý của doanh nghiệp thuộc khu vực dân doanh. Điều này tạo nên sự phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác nhau, không thuận lợi cho Việt Nam trong tiến trình đàm phán gia nhập WTO lúc bấy giờ. Cho nên, từ năm 2005 đến năm 2006, trước áp lực gia nhập WTO, một khuôn khổ pháp lý thống nhất về đầu tư, thương mại, bình đẳng, không phân biệt đối xử và phù hợp với các nguyên tắc thương mại quốc tế ra đời. Vì vậy, hàng loạt các đạo luật có liên quan được ra đời ở thời kỳ này, trong đó có Luật Doanh nghiệp năm 2005 thay thế Luật Doanh nghiệp năm 1999 và Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003. Kể từ ngày mà Luật Doanh nghiệp năm 2005 có hiệu lực, Việt Nam hình thành một khung pháp lý thống nhất áp dụng chung cho tất cả các doanh nghiệp và không phân biệt tính chất sở hữu¹.

Theo quy định tại khoản 22 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005, thì doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp mà trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ. Với quy định này, khái niệm doanh nghiệp nhà nước không còn là một hình thức pháp lý, một loại hình doanh nghiệp như trước đây, thay vào đó doanh nghiệp nhà nước mang nội hàm đề cập tỷ lệ phần vốn góp mà nhà nước sở hữu. Do đó, doanh nghiệp nhà nước phải tổ chức hoạt động theo các loại hình tương ứng như các doanh nghiệp dân doanh, chẳng hạn như công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn. Đồng thời, theo khoản 1 Điều 166 Luật Doanh nghiệp năm 2005, thì các doanh nghiệp nhà nước hoạt động theo

1. Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung: *Công ty, vốn, quản lý và tranh chấp theo Luật Doanh nghiệp 2005*, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2009, tr.60.

Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 phải thực hiện chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 với lộ trình chuyển đổi hằng năm, nhưng chậm nhất là trong thời hạn bốn năm kể từ ngày Luật này có hiệu lực. Nghĩa là, các doanh nghiệp nhà nước phải chuyển đổi dần sang loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty cổ phần trước ngày 01/7/2010.

Sự chuyển đổi này mang tính tất yếu của việc xây dựng một nền kinh tế đa thành phần theo cơ chế thị trường, tạo điều cho sự cạnh tranh bình đẳng giữa các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế và đáp ứng yêu cầu của việc hội nhập kinh tế quốc tế¹. Tuy nhiên, trên thực tế việc chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước diễn ra khá chậm, các lãnh đạo doanh nghiệp nhà nước và cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước chưa thật sự quan tâm đúng mức đến vấn đề này. Khi chỉ còn vài tháng là hết thời hạn chuyển đổi nhưng vẫn còn nhiều doanh nghiệp nhà nước chưa thực hiện chuyển đổi, Chính phủ đã phải ban hành Nghị định số 25/2010/NĐ-CP ngày 19/3/2010 quy định việc chuyển đổi công ty nhà nước thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu. Trên cơ sở này, các doanh nghiệp nhà nước thực hiện chuyển đổi “ào ào” bằng thủ tục khá đơn giản, chỉ là sự thay tên hay nói một cách khác là thay tẩm áo khoác bên ngoài². Và như vậy thì mục tiêu của việc chuyển đổi khó đạt được. Thực tế những doanh nghiệp nhà nước hoạt động yếu kém trong thời gian qua đặt ra yêu cầu cấp thiết cần quy định rõ ràng, chặt chẽ về quản trị nội bộ của các doanh nghiệp này

1, 2. Bùi Xuân Hải: *Luật Doanh nghiệp - Bảo vệ cổ đông, pháp luật và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2011, tr.52, 54-55.

trong Luật Doanh nghiệp theo hướng áp dụng những tiêu chuẩn cao hơn so với các doanh nghiệp khác¹. Đây chính là một trong những nguyên nhân dẫn đến sự ra đời của Luật Doanh nghiệp năm 2014 với những điểm mới tiến bộ về doanh nghiệp nhà nước.

Tinh thần Luật Doanh nghiệp năm 2005 về doanh nghiệp nhà nước tiếp tục được Luật Doanh nghiệp năm 2014 kế thừa và phát triển. Theo đó, khoản 8 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 định nghĩa doanh nghiệp nhà nước là *doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ*. Như vậy, khái niệm doanh nghiệp nhà nước ở hai đạo luật này đều được tiếp cận dưới góc độ đề cập tỷ lệ sở hữu vốn của Nhà nước, nhưng trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì tỷ lệ này là 100% vốn điều lệ thay vì là trên 50% như Luật Doanh nghiệp năm 2005. Nói cách khác, doanh nghiệp nhà nước theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, một chủ sở hữu duy nhất, với khái niệm mới này tất yếu doanh nghiệp nhà nước phải được thành lập và hoạt động dưới hình thức công ty doanh nghiệp nhà nước một thành viên do tổ chức làm chủ sở hữu. Việc thay đổi về mặt khái niệm như vậy sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình cổ phần hóa của doanh nghiệp nhà nước và tăng hiệu quả kinh tế sau cổ phần hóa². Đối với các doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ dưới 100% vốn điều lệ, kể cả trong trường hợp vốn Nhà nước chi phối, thì Nhà nước chỉ tham gia với tư cách là một đồng chủ

1. Ủy ban thường vụ Quốc hội: *Báo cáo số 761/BC-UBTVQH13 ngày 28/10/2014 về tiếp thu, chỉnh lý, giải trình dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi)*, Hà Nội, 2014.

2. Ủy ban thường vụ Quốc hội: *Báo cáo số 798/BC-UBTVQH13 ngày 24/11/2014 về tiếp thu, chỉnh lý, giải trình dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi)*, Hà Nội, 2014.

sở hữu, cổ đông của doanh nghiệp như các đồng chủ sở hữu, cổ đông khác của doanh nghiệp; quản trị trong các doanh nghiệp thuộc loại này không có khác biệt. Do vậy, việc tổ chức quản lý của các doanh nghiệp này thực hiện theo quy định tương ứng tại các chương, điều khác của Luật¹.

2. Đặc điểm

Luật Doanh nghiệp năm 2014 mặc dù đã dành hẳn chương IV để điều chỉnh riêng về doanh nghiệp nhà nước (từ Điều 88 đến Điều 109), nhưng không phải tất cả các vấn đề về doanh nghiệp nhà nước đều được quy định trong chương này. Cụ thể, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về quyền và nhiệm vụ của Hội đồng Thành viên và các thành viên của Hội đồng Thành viên, về chế độ làm việc chuyên trách của thành viên Hội đồng Thành viên, điều kiện và thể thức tiến hành họp Hội đồng Thành viên; quy định điều kiện, tiêu chuẩn cao hơn đối với thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc, Kiểm soát viên và Trưởng Ban Kiểm soát; quyền, nhiệm vụ, chế độ làm việc của Ban Kiểm soát. Đồng thời, doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ phải thực hiện công khai hóa thông tin định kỳ và bất thường với mức độ công khai tương tự như công ty cổ phần niêm yết. Những nội dung cơ bản về đại diện chủ sở hữu quản lý phần vốn nhà nước tại các doanh nghiệp, quyền và trách nhiệm của cơ quan đại diện chủ sở hữu, người đại diện chủ sở hữu trực tiếp tại doanh nghiệp, cơ chế tiền lương, tiền thưởng... được quy định thống nhất tại Luật Quản lý, sử dụng

1. Ủy ban thường vụ Quốc hội: *Báo cáo số 761/BC-UBTVQH13 ngày 28/10/2014 về tiếp thu, chỉnh lý, giải trình dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi)*, Hà Nội, 2014.

vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014 sửa đổi, bổ sung năm 2018 (sau đây gọi tắt là Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014) nhằm quản lý chặt chẽ vốn nhà nước tại doanh nghiệp, bao gồm cả doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ và doanh nghiệp chỉ có một phần vốn điều lệ do Nhà nước nắm giữ.

Doanh nghiệp nhà nước theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 tồn tại dưới hình thức pháp lý duy nhất là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, vậy nên doanh nghiệp nhà nước có đầy đủ những đặc trưng pháp lý của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Nghĩa là, doanh nghiệp nhà nước có tư cách pháp nhân, chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp nhà nước trong phạm vi số vốn điều lệ và doanh nghiệp nhà nước không được quyền phát hành cổ phần. Xét về bản chất, doanh nghiệp nhà nước là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên đặc biệt, tính đặc biệt của nó thể hiện ở việc có chủ sở hữu là Nhà nước. Yếu tố đặc biệt quan trọng này chi phối các quy định về địa vị pháp lý của doanh nghiệp nhà nước hiện nay¹.

Nhà nước là tổ chức mang quyền lực công cộng, có chức năng điều tiết và quản lý vĩ mô nền kinh tế theo những mục tiêu nhất định. Khác với các thực thể pháp lý khác, Nhà nước là một chủ thể trừu tượng, thể hiện vai trò của mình thông qua hệ thống chính trị và bộ máy nhà nước, với đông đảo đội ngũ cán bộ,

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2016, tr.216.

công chức được tổ chức chặt chẽ từ Trung ương tới địa phương. Bởi vậy, pháp luật điều chỉnh về quản trị nội bộ trong doanh nghiệp nhà nước là cách thức mà “ông chủ” hướng dẫn đội ngũ nhân viên của mình phải thực hiện theo những nguyên tắc nhất định nhằm đạt được ý đồ của mình. Ngoài ra, nguồn gốc của những đồng vốn mà Nhà nước dùng để đầu tư kinh doanh trong doanh nghiệp nhà nước là nguồn thu từ nhân dân, vì vậy, với trách nhiệm sử dụng hiệu quả nguồn vốn này Nhà nước phải giám sát đội ngũ nhân viên của mình trong việc quản lý, khai thác vốn tại doanh nghiệp nhà nước. Đây là những nguyên lý cơ bản khi nghiên cứu về doanh nghiệp nhà nước.

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ trong doanh nghiệp nhà nước. Theo khoản 2 Điều 2 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014, thì doanh nghiệp nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ bao gồm: (i) Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ là công ty mẹ của tập đoàn kinh tế nhà nước, công ty mẹ của tổng công ty nhà nước, công ty mẹ trong nhóm công ty mẹ - công ty con; (ii) Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên độc lập do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

LÀM RÕ MỤC TIÊU SỞ HỮU DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Chỉ khi làm rõ được mục tiêu của sở hữu, chúng ta mới có thể xác định một cách đúng đắn và hợp lý cách bảo vệ nó. Có ba vấn đề cốt yếu liên quan đến nhau và đều cần được lý giải đồng bộ cả về lý luận lẫn thực tiễn. Đó là: Trong nền kinh tế

thị trường có cần thiết duy trì doanh nghiệp nhà nước hay không?; Nếu có thì ở quy mô và lĩnh vực nào?; Cách thức tổ chức, quản lý và điều hành doanh nghiệp nhà nước ra sao? Ai sẽ là chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước?

Trực tiếp kinh doanh, Nhà nước sẽ cản trở thể chế thị trường

Trong nền kinh tế thị trường, chức năng kinh tế của Nhà nước không mất đi, tuy nhiên có sự thay đổi về chất. Nhà nước (theo bản chất thông thường của nó) không còn “làm kinh doanh”, tức kiếm tiền để “nuôi ngân sách” nữa, mà chỉ còn định hướng, tác động và điều tiết nền kinh tế trên cơ sở chính sách, pháp luật và các công cụ quản lý vĩ mô nhất định. Nếu như vậy, thì quy mô doanh nghiệp nhà nước phải bị thu hẹp lại, và tính chất, mục tiêu của nó phải thay đổi, tức không tham gia cạnh tranh trên thị trường mà chỉ thực hiện các nhiệm vụ mang tính xã hội và công ích.

Nguyên lý chung là như vậy, nhưng tình hình thực tiễn ở nước ta lại khác. Nhà nước, thông qua các doanh nghiệp của mình, vẫn trực tiếp kinh doanh một cách mạnh mẽ và duy trì các chức năng kinh tế khác.

Cho đến nay, vẫn tồn tại hai vướng mắc cơ bản: *Thứ nhất*, đó là mâu thuẫn giữa chủ trương giảm bớt doanh nghiệp nhà nước (doanh nghiệp nhà nước thông qua cơ chế cổ phần hóa và tăng cường sức mạnh của doanh nghiệp nhà nước thông qua chính sách “tập đoàn hóa”). *Thứ hai*, doanh nghiệp nhà nước nói chung đang bị đặt lên vai quá nhiều vai trò và chức năng, bao gồm cả bảo đảm sức mạnh chính trị, duy trì ổn định xã hội, điều tiết kinh tế và “làm ra tiền”, v.v..

Chính điều đó đã “đề” ra rất nhiều các hệ quả và hậu quả khó giải quyết, mà quan trọng nhất, là các khó khăn, cản trở cho việc xây dựng và hoàn thiện các “thể chế kinh tế thị trường”.

Ai quản lý, ai chịu trách nhiệm?

Xét từ góc độ bảo vệ quyền sở hữu, thông thường chủ sở hữu sẽ quan tâm đến hai khía cạnh là: (i) Ai sẽ có trách nhiệm quản lý tài sản và làm tăng giá trị của nó; (ii) Nếu tài sản bị thất thoát thì ai sẽ là người chịu trách nhiệm?

Điều 17 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) xác định doanh nghiệp nhà nước thuộc sở hữu toàn dân. Tuy nhiên, ngay sau đó, Điều 1 của Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 (đã hết hiệu lực) lại thể hiện doanh nghiệp nhà nước thuộc sở hữu Nhà nước. Cụ thể:

Thứ nhất, duy nhất Chính phủ là người chủ sở hữu trực tiếp đối với doanh nghiệp nhà nước.

Thứ hai, các đối tượng còn lại và sau đây là “đại diện chủ sở hữu” doanh nghiệp nhà nước, bao gồm: Các bộ quản lý ngành và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Bộ Tài chính, Tổng Công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước (SCIC), Hội đồng Quản trị của các công ty nhà nước có Hội đồng Quản trị và bản thân công ty nhà nước (đối với phần vốn góp của công ty này tại doanh nghiệp khác).

Đặt hai câu hỏi này vào mối quan hệ với doanh nghiệp nhà nước hiện nay, mặc dù có sự phân định khá rõ ràng như trên, thì câu trả lời vẫn không đơn giản! Thực tế là, trên các diễn đàn của các kỳ họp Quốc hội cũng như qua dư luận, các đại biểu Quốc hội (là người đại diện cho chủ sở hữu toàn dân) đã và đang tiếp tục bức xúc và trăn trở với việc tìm một cơ chế “chịu và quy trách nhiệm” trong rất nhiều trường hợp tài sản, tiền vốn từ ngân sách nhà nước góp vào các doanh nghiệp nhà nước bị thất thoát hoặc kinh doanh thua lỗ. Dư luận xã hội đã từng

nêu ra “ông chủ thật sự” của tài sản nhà nước trong các doanh nghiệp chính là các chủ tịch Hội đồng Quản trị và Tổng Giám đốc các doanh nghiệp nhà nước, là những người có quyền lực “rất lớn” trong việc chiếm hữu và sử dụng các tài sản doanh nghiệp nhà nước, tuy nhiên lại chỉ phải chịu một trách nhiệm rất nhỏ (hoặc thậm chí không chịu chút trách nhiệm nào), trong trường hợp thất thoát và thua lỗ.

Phân loại doanh nghiệp nhà nước theo tiêu chí mới

Trong bối cảnh vẫn tiếp tục có sự duy trì trạng thái doanh nghiệp nhà nước như hiện nay, để xác định được một tư cách và vị thế chủ sở hữu cho rõ ràng, trước hết, cần có sự phân loại các doanh nghiệp nhà nước theo các tiêu chí sau đây:

Nhóm doanh nghiệp nhà nước làm nhiệm vụ “công ích” (cung cấp các tiện ích công cộng và xây dựng, quản lý các hạ tầng cơ sở thiết yếu của nền kinh tế): Nhóm này tồn tại lâu dài cùng với nền kinh tế, thuộc sở hữu hoàn toàn của Nhà nước và không có mục tiêu lợi nhuận cũng như không tham gia cạnh tranh trên thị trường (sau đây gọi là “Nhóm 1”).

Nhóm doanh nghiệp nhà nước làm nhiệm vụ kinh doanh, có thể hoạt động trong mọi lĩnh vực của nền kinh tế, lấy mục tiêu lợi nhuận làm hàng đầu và do đó, cùng tham gia cạnh tranh bình đẳng trên thị trường (“Nhóm 2”).

Nhóm doanh nghiệp nhà nước chiếm hữu và khai thác các đặc quyền phát sinh từ sở hữu của Nhà nước đối với các loại tài nguyên của quốc gia, bao gồm cả tài nguyên trong lòng đất và các “thương quyền” khác mà Nhà nước thấy cần nắm giữ và khai thác như thăm dò, khai thác và chế biến dầu khí, nhập khẩu xăng dầu hay viễn thông trước đây... (“Nhóm 3”).

Xác định sở hữu và quản lý theo nhóm

Về phương diện “sở hữu” và “quản lý”, trên cơ sở khái quát kinh nghiệm chung về sở hữu và quản lý doanh nghiệp nhà nước của các nước như Đức, Thái Lan và Xingapo, hướng xử lý nên như sau:

Đối với Nhóm 1: Sự tồn tại gắn liền với chức năng kinh tế - xã hội của Nhà nước, được phân cấp giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương. Chẳng hạn, chính quyền trung ương chịu trách nhiệm xây dựng và quản lý các sân bay, bến cảng lớn, hệ thống đường cao tốc, nhà máy lọc dầu..., trong khi việc bảo đảm về cung cấp điện, nước, vệ sinh môi trường... thuộc nhiệm vụ của chính quyền địa phương. Do vậy, các doanh nghiệp nhà nước thuộc nhóm này cũng sẽ được phân tiếp thành hai loại chủ thể sở hữu và quản lý: Doanh nghiệp nhà nước của chính quyền trung ương (trực thuộc các bộ, ngành chức năng), và doanh nghiệp nhà nước của chính quyền địa phương (bao gồm cả cấp tỉnh và quận, huyện).

Đối với Nhóm 2: Nhằm đạt mục tiêu bảo toàn vốn và tối đa hóa lợi nhuận, Nhà nước cần lựa chọn các lĩnh vực có tiềm năng nhất. Tuy nhiên, vì Nhà nước vốn đồng thời là chủ thể chính trị, do đó, nhằm tránh xu hướng độc quyền hoá, lạm quyền hay thậm chí nguy hiểm hơn là sự “liên minh giữa kinh tế và chính trị”, cần bảo đảm một số nguyên tắc như: Chỉ tập trung đầu mỗi sở hữu và quản lý về chính quyền trung ương (vì nhiều đầu mỗi sẽ khó kiểm soát, dẫn đến các “lạm dụng”), Nhà nước không nên nắm đa số sở hữu trong các doanh nghiệp liên quan (vì lý do để tư nhân quản lý sẽ hiệu quả hơn). Đầu mỗi quản lý ở Trung ương nên tiếp tục là một hay một số ít công ty đầu tư thuộc sở hữu 100% vốn của Nhà nước (Bộ Tài chính) như mô hình SCIC hiện nay, tuy nhiên, trên cơ sở được nâng cấp và cải tổ.

Nói một cách khác, về mặt tổ chức, sẽ có hai loại doanh nghiệp nhà nước thuộc nhóm này, đó là: Một hay một số ít các doanh nghiệp nhà nước (với sở hữu 100% vốn của Nhà nước), tạm gọi là các “công ty mẹ” với chức năng duy nhất là đầu tư vốn nhà nước vào các doanh nghiệp khác và nhiều doanh nghiệp nhà nước khác có vốn đầu tư của Nhà nước, tạm gọi là “doanh nghiệp có vốn nhà nước”. Vì là “công cụ kinh doanh”, các doanh nghiệp nhà nước loại này không có ý nghĩa thiết yếu hay sống còn với sự tồn tại vĩnh viễn của Nhà nước, do đó, số lượng, quy mô và cấu trúc có thể linh hoạt.

Đối với Nhóm 3: Các “đặc quyền” không thể duy trì lâu dài, thậm chí buộc phải giảm dần trong bối cảnh của nền kinh tế thị trường nói chung và bối cảnh thực hiện các cam kết quốc tế về hội nhập kinh tế nói riêng, mà sự tham gia bình đẳng của các thành phần kinh tế và chủ thể sở hữu khác nhau được khẳng định. Vì vậy, chỉ nên thành lập và duy trì khi thật sự cần thiết, với 100% vốn sở hữu của Nhà nước (Trung ương hoặc địa phương) ở giai đoạn ban đầu, sau đó có thể giảm dần bằng cách bán một phần sở hữu ra công chúng theo thủ tục cổ phần hóa hay tư nhân hóa doanh nghiệp nhà nước.

Cần một mô hình pháp lý điều chỉnh khác

Từ ngày 01/7/2010, Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003 hết hiệu lực, không có đạo luật nào điều chỉnh doanh nghiệp nhà nước trừ một số văn bản ở cấp độ nghị định hoặc thấp hơn điều chỉnh một số khía cạnh nhất định liên quan đến tổ chức và quản lý. Như vậy, một “lỗ hổng” lớn trong pháp luật liên quan đến bảo vệ và quản lý tài sản thuộc sở hữu toàn dân trong lĩnh vực kinh tế sẽ xuất hiện. “Lỗ hổng” này rất cần được “bù lấp”, tuy nhiên, không phải bằng một Luật Doanh nghiệp Nhà nước mới, mà

bằng một “mô hình” và “cơ chế” điều chỉnh pháp lý khác. “Mô hình” và “cơ chế” này sẽ cần được xây dựng trên nền tảng của triết lý tổng quát hơn, đó là sự kiểm soát của xã hội và nhân dân đối với sự tham gia trực tiếp của Nhà nước (hay đúng hơn là của Chính phủ) vào các hoạt động kinh tế.

Sự tham gia của Nhà nước vào nền kinh tế sẽ luôn có ý nghĩa quan trọng hơn so với các hoạt động thuần túy mang tính “doanh nghiệp”, vốn được điều chỉnh bởi “luật tư” (tức luật thương mại, luật công ty và luật dân sự). Về mặt nguyên lý, nếu một tổ chức thuộc 100% sở hữu của Nhà nước thì đó chính là “nhà nước” (thuộc sự điều chỉnh của “luật công”), còn nếu một tổ chức chỉ cần có 1% sự tham gia của tư nhân thì sẽ trở thành tổ chức dân sự và chịu sự điều chỉnh của “luật tư”, với mục đích bảo đảm sự công bằng và bình đẳng. Không nên đi lại “con đường cũ” với một luật chung về doanh nghiệp nhà nước với hàng loạt các văn bản dưới luật sau đó vừa hướng dẫn, đồng thời vừa “sửa đổi” và “bổ sung” Luật Doanh nghiệp Nhà nước, mà nên ban hành các luật đơn lẻ với cách thức điều chỉnh riêng đối với các lĩnh vực khác nhau liên quan đến doanh nghiệp nhà nước như nói ở trên.

Cần có một đạo luật về tư nhân hóa các doanh nghiệp nhà nước để điều chỉnh các trường hợp bán toàn bộ doanh nghiệp nhà nước hay bán từng phần sở hữu (cổ phần) thuộc sở hữu Nhà nước tại các doanh nghiệp. Các văn bản pháp luật hiện hành về “cổ phần hóa” doanh nghiệp nhà nước không thể thay thế đạo luật này vì nó thuộc một phạm trù khác, đó là sắp xếp và cải cách doanh nghiệp nhà nước trong giai đoạn chuyển đổi từ kinh tế kế hoạch sang kinh tế thị trường. Một khi quá trình cải cách này kết thúc, trong điều kiện của nền kinh tế thị trường, xét từ quan điểm bảo vệ sở hữu, đạo luật về tư nhân hóa nói trên vẫn rất cần thiết.

Theo đó, đối với các doanh nghiệp nhà nước thuộc Nhóm 1, Quốc hội sẽ ban hành các luật điều chỉnh việc cung ứng các dịch vụ công khác nhau được thực hiện bởi các tổ chức thuộc chính quyền Trung ương và địa phương. Ví dụ, luật về điện lực sẽ bao gồm cả vấn đề tổ chức và hoạt động của các cơ quan, tổ chức cung ứng điện lực.

Đối với Nhóm 2, Quốc hội cần ban hành các luật riêng điều chỉnh tổ chức, chức năng và hoạt động của các công ty đầu tư nhà nước (tức các công ty mẹ), tương tự như mô hình ở Xingapo. Các “doanh nghiệp có vốn nhà nước”, dù đa sở hay thiểu sở, sẽ lấy Luật Doanh nghiệp hiện hành, hay nói rộng hơn, là hệ thống “luật tư” làm cơ sở điều chỉnh nhằm bảo đảm sự bình đẳng của các doanh nghiệp này với các doanh nghiệp tư nhân khác.

Đối với Nhóm 3, trong nhóm này có hai phạm trù đan xen, đó là bảo vệ quyền sở hữu (toàn dân) đối với các nguồn tài nguyên quốc gia và việc thúc đẩy, tạo điều kiện để khai thác và kinh doanh một cách hiệu quả và có lợi nhất. Xin đề xuất một cơ chế “kép”: Quốc hội ban hành các luật liên quan đến bảo vệ và khai thác các nguồn tài nguyên cụ thể, trong đó, tùy từng loại tài nguyên khác nhau mà có quy định cho các đối tượng chủ đầu tư khác nhau được quyền kinh doanh, khai thác (100% vốn nhà nước, liên doanh hoặc 100% vốn tư nhân).

Nguồn: PGS.TS. Phạm Duy Nghĩa, PGS. TS. Đặng Văn Thanh, LS. Trần Hữu Huỳnh, LS. Nguyễn Tiến Lập: Báo cáo Hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường theo yêu cầu của Nghị quyết số 48/NQ-TW (Báo cáo này được thực hiện với sự tài trợ của UNDP Việt Nam), nguồn tại: <https://thegioiluat.vn/bai-viet-hoc-thuat/LAM-RO-MUC-TIEU-SO-HUU-DOANH-NGHIEP-NHA-NUOC-7756/>

II. CƠ CẤU TỔ CHỨC TRONG DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Theo quy định tại Điều 89 và khoản 1 Điều 78 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định tổ chức quản lý doanh nghiệp nhà nước dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn theo một trong hai mô hình dưới đây:

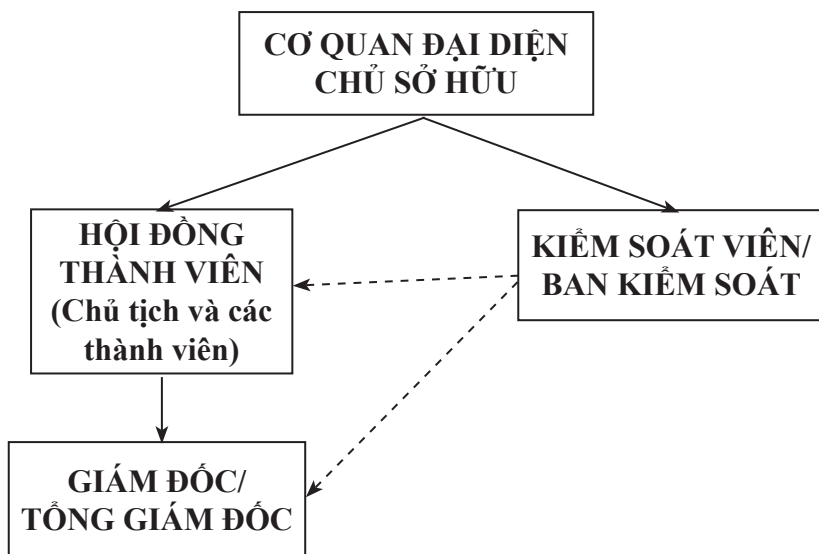
(i) Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên;

(ii) Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên.

Việc quyết định doanh nghiệp nhà nước vận hành theo mô hình 1 hay mô hình 2 phụ thuộc vào quyết định của cơ quan đại diện chủ sở hữu khi cử 01 hay nhiều người đại diện mình thực hiện các quyền và nghĩa vụ tại doanh nghiệp nhà nước. Thường thì việc cử nhiều người sẽ thích hợp hơn đối với các doanh nghiệp nhà nước có quy mô lớn, đa ngành, nghề, đòi hỏi cần có nhiều người am hiểu nhiều lĩnh vực khác nhau. Trong hầu hết các quy định về địa vị pháp lý của từng cơ quan, chức danh ở cả hai mô hình này, nhìn chung đều đặt ra những chuẩn mực cao và khắt khe hơn so với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không phải là doanh nghiệp nhà nước. Biểu hiện rõ nét nhất là trong các quy định về nhiệm kỳ, thẩm quyền, tiêu chuẩn và điều kiện của Chủ tịch Hội đồng Thành viên, thành viên Hội đồng Thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc... Đáng lưu ý là trong đó có các quy định cụ thể về điều kiện, thủ tục miễn nhiệm, cách chức các chức danh trong doanh nghiệp nhà nước.

1. Mô hình 1: Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên

Đây là mô hình mà cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định cử nhiều người thay mình thực hiện các quyền và nghĩa vụ tại doanh nghiệp nhà nước. Với sơ đồ tổng quát như sau:



Ghi chú:

—————→ **Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức**
-----→ **Kiểm soát**

1.1. Hội đồng Thành viên

Về thành phần của Hội đồng Thành viên: Hội đồng Thành viên nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và quy định pháp luật khác có liên quan. Hội đồng Thành viên bao gồm

Chủ tịch và các thành viên khác, số lượng không quá 07 người. Thành viên Hội đồng Thành viên làm việc theo chế độ chuyên trách và do cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức hoặc khen thưởng, kỷ luật. Nhiệm kỳ của Chủ tịch và thành viên khác của Hội đồng Thành viên không quá 05 năm. Thành viên Hội đồng Thành viên có thể được bổ nhiệm lại, nhưng chỉ được bổ nhiệm làm thành viên Hội đồng Thành viên của một công ty không quá 02 nhiệm kỳ.

Ví dụ: Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên Nhà xuất bản Giáo dục Việt Nam (doanh nghiệp nhà nước thuộc Bộ Giáo dục và Đào tạo) với Hội đồng Thành viên gồm có 05 người, trong đó có 01 Chủ tịch, 01 Phó Chủ tịch và 03 thành viên¹. Tuy nhiên, cũng có những doanh nghiệp nhà nước có số lượng thành viên Hội đồng Thành viên vượt quá 07 người, chẳng hạn theo báo cáo của Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn Việt Nam, vào năm 2017, ngân hàng này có 11 thành viên Hội đồng Thành viên². Vì vậy, trong thời gian tới, Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn Việt Nam cần phải giảm số lượng thành viên Hội đồng Thành viên cho phù hợp với Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Quyền và nghĩa vụ của Hội đồng Thành viên: Hội đồng Thành viên nhân danh công ty thực hiện các quyền, nghĩa vụ của

1. <http://business.gov.vn/C%3%B4ngb%E1%BB%91Th%C3%B4ngtin/tabid/222/loaihinhh/8/department/6/b%E1%BB%99-gi%C3%A1o-d%E1%BB%A5c-v%C3%A0-C4%91%C3%A0o-t%E1%BA%A1o-1->

2. Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn Việt Nam: *Báo cáo tài chính hợp nhất năm 2017*, nguồn tại: <http://www.agribank.com.vn/Uploads/175/Jul2018/BAO%20CAO%20TAI%20CHINH%20HOP%20NHAT%202017.pdf>

chủ sở hữu, cổ đông, thành viên đối với công ty do công ty làm chủ sở hữu hoặc sở hữu cổ phần, phần vốn góp. Theo khoản 2 Điều 91 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì Hội đồng Thành viên có các quyền và nghĩa vụ sau đây: Quyết định các nội dung theo quy định tại Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp; quyết định thành lập, tổ chức lại, giải thể chi nhánh, văn phòng đại diện và các đơn vị hạch toán phụ thuộc; quyết định kế hoạch sản xuất kinh doanh hằng năm, chủ trương phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ của công ty; tổ chức hoạt động kiểm toán nội bộ và quyết định thành lập đơn vị kiểm toán nội bộ của công ty; quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của Luật này, pháp luật có liên quan và Điều lệ công ty.

Về tiêu chuẩn và điều kiện đối với thành viên Hội đồng Thành viên (Điều 92 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh hoặc trong lĩnh vực, ngành, nghề hoạt động của doanh nghiệp. Luật Doanh nghiệp năm 2014 không có các quy định cụ thể định lượng tiêu chuẩn này, nên các văn bản pháp luật chuyên ngành có thể đặt ra các tiêu chuẩn về chuyên môn, kinh nghiệm thực tế phù hợp với từng doanh nghiệp nhà nước trong các lĩnh vực khác nhau.

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

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

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

Ngoài ra, còn có các tiêu chuẩn và điều kiện khác được quy định tại Điều lệ công ty.

Về Chủ tịch Hội đồng Thành viên (Điều 94 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

Chủ tịch Hội đồng Thành viên do cơ quan đại diện chủ sở hữu bổ nhiệm. Chủ tịch không được kiêm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty của công ty mình và các doanh nghiệp khác. Chủ tịch Hội đồng Thành viên có quyền và nghĩa vụ sau: Xây dựng kế hoạch hoạt động hằng quý và hằng năm của Hội đồng Thành viên; chuẩn bị chương trình, tài liệu cuộc họp hoặc lấy ý kiến Hội đồng Thành viên; triệu tập và chủ trì cuộc họp Hội đồng Thành viên hoặc lấy ý kiến các thành viên Hội đồng Thành viên; tổ chức thực hiện các nghị quyết của cơ quan đại diện chủ sở hữu và nghị quyết Hội đồng Thành viên; tổ chức giám sát, trực tiếp giám sát và đánh giá kết quả thực hiện mục tiêu chiến lược, kết quả hoạt động của công ty, kết quả quản lý điều hành của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty; tổ chức công bố, công khai thông tin về công ty theo quy định của pháp luật; chịu trách nhiệm về tính đầy đủ, kịp thời, chính xác, trung thực và tính hệ thống của thông tin được công bố; quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, pháp luật có liên quan và Điều lệ công ty.

Khác với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà không phải là doanh nghiệp nhà nước, chức danh Chủ tịch Hội đồng Thành viên có thể được các thành viên trong Hội đồng Thành viên bầu hoặc do chủ sở hữu bổ nhiệm. Ở đây chức danh này chỉ được thiết lập thông qua cơ chế bổ nhiệm của cơ quan đại diện chủ sở hữu. Ngoài ra, cũng cần lưu ý thêm về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp nhà nước. Trong chương IV Luật Doanh nghiệp năm 2014 không có quy định về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp nhà nước, vậy nên từ quy định tại khoản 1 Điều 88 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì người đại diện theo pháp luật ở Mô hình 1 là Chủ tịch Hội đồng Thành viên, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các thành viên Hội đồng Thành viên (Điều 95, 96 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

Với nhiệm vụ được giao phó quản lý doanh nghiệp nhà nước, các thành viên khác của Hội đồng Thành viên phải tham dự cuộc họp Hội đồng Thành viên, thảo luận, kiến nghị, biểu quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền của Hội đồng Thành viên. Đồng thời có quyền kiểm tra, xem xét, tra cứu, sao chép hoặc trích lục sổ ghi chép và theo dõi các giao dịch, sổ kế toán, báo cáo tài chính hằng năm, sổ biên bản họp Hội đồng thành viên, các giấy tờ và tài liệu khác của công ty nhằm thực hiện quyền kiểm tra, giám sát của mình. Ngoài ra, các thành viên còn có các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, pháp luật có liên quan và Điều lệ công ty.

Trách nhiệm của Chủ tịch và các thành viên khác của Hội đồng Thành viên: Tuân thủ pháp luật, Điều lệ công ty, quyết định của chủ sở hữu công ty; thực hiện các quyền và nghĩa vụ

một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm tối đa lợi ích hợp pháp của công ty và Nhà nước; trung thành với lợi ích của công ty và Nhà nước; không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty, địa vị, chức vụ, tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ cho lợi ích của tổ chức, cá nhân khác; thông báo kịp thời, đầy đủ và chính xác cho công ty về các doanh nghiệp mà mình và người có liên quan làm chủ sở hữu hoặc có cổ phần, phần vốn góp. Thông báo này được niêm yết tại trụ sở chính và chi nhánh của công ty; chấp hành các nghị quyết của Hội đồng Thành viên; chịu trách nhiệm cá nhân khi lợi dụng danh nghĩa công ty thực hiện hành vi vi phạm pháp luật; tiến hành kinh doanh hoặc giao dịch khác không nhằm phục vụ lợi ích của công ty và gây thiệt hại cho người khác; thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn khi có nguy cơ rủi ro tài chính có thể xảy ra đối với công ty; trường hợp phát hiện thành viên Hội đồng Thành viên có hành vi vi phạm nghĩa vụ trong thực hiện quyền và nghĩa vụ được giao thì thành viên khác của Hội đồng Thành viên có nghĩa vụ báo cáo bằng văn bản với cơ quan đại diện chủ sở hữu; yêu cầu chấm dứt hành vi vi phạm và có giải pháp khắc phục hậu quả.

Việc Chủ tịch, thành viên Hội đồng Thành viên vi phạm trách nhiệm của mình là căn cứ để cơ quan đại diện chủ sở hữu miễn nhiệm, cách chức theo quy định tại Điều 93 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Về chế độ làm việc, điều kiện và thể thức tiến hành họp Hội đồng Thành viên (Điều 97 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

Hội đồng Thành viên làm việc theo chế độ tập thể; họp ít nhất một lần trong một quý để xem xét và quyết định những

vấn đề thuộc quyền, nghĩa vụ của mình. Đối với những vấn đề không yêu cầu thảo luận thì Hội đồng Thành viên có thể lấy ý kiến các thành viên bằng văn bản theo quy định tại Điều lệ công ty. Hội đồng Thành viên có thể họp bất thường để giải quyết những vấn đề cấp bách theo yêu cầu của cơ quan đại diện chủ sở hữu công ty hoặc theo đề nghị của Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc trên 50% tổng số thành viên Hội đồng Thành viên hoặc Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc.

Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc thành viên được Chủ tịch Hội đồng Thành viên ủy quyền có trách nhiệm chuẩn bị chương trình, nội dung tài liệu, triệu tập và chủ trì cuộc họp Hội đồng Thành viên. Các thành viên Hội đồng Thành viên có quyền kiến nghị bằng văn bản về chương trình họp. Nội dung và các tài liệu cuộc họp phải gửi đến các thành viên Hội đồng Thành viên và các đại biểu được mời dự họp, nếu có trước ngày họp ít nhất 03 ngày làm việc. Tài liệu sử dụng trong cuộc họp liên quan đến việc kiến nghị cơ quan đại diện chủ sở hữu công ty sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, thông qua phương hướng phát triển công ty, thông qua báo cáo tài chính hằng năm, tổ chức lại hoặc giải thể công ty phải được gửi đến các thành viên chậm nhất 05 ngày làm việc trước ngày họp. Thông báo mời họp có thể bằng giấy mời, điện thoại, fax hoặc các phương tiện điện tử khác và được gửi trực tiếp đến từng thành viên Hội đồng Thành viên và đại biểu khác được mời dự họp. Nội dung thông báo mời họp phải xác định rõ thời gian, địa điểm và chương trình họp. Hình thức họp trực tuyến có thể được áp dụng khi cần thiết.

Cuộc họp lấy ý kiến các thành viên của Hội đồng Thành viên họp lệ khi có ít nhất 2/3 tổng số thành viên Hội đồng Thành viên tham dự. Nghị quyết của Hội đồng Thành viên được thông qua

khi có quá nửa tổng số thành viên tham dự biểu quyết tán thành; trường hợp có số phiếu ngang nhau thì nội dung có phiếu tán thành của Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc người được Chủ tịch Hội đồng Thành viên ủy quyền chủ trì cuộc họp là nội dung được thông qua. Thành viên Hội đồng Thành viên có quyền bảo lưu ý kiến của mình và kiến nghị lên cơ quan đại diện chủ sở hữu công ty. Trường hợp lấy ý kiến các thành viên Hội đồng Thành viên bằng văn bản thì nghị quyết của Hội đồng Thành viên được thông qua khi có hơn một nửa tổng số thành viên tán thành.

Căn cứ vào nội dung và chương trình cuộc họp, khi xét thấy cần thiết, Hội đồng Thành viên có quyền hoặc có trách nhiệm mời đại diện có thẩm quyền của các cơ quan, tổ chức có liên quan tham dự và thảo luận các vấn đề cụ thể trong chương trình cuộc họp. Đại diện các cơ quan, tổ chức được mời dự họp có quyền phát biểu ý kiến nhưng không tham gia biểu quyết. Các ý kiến phát biểu của đại diện được mời dự họp được ghi đầy đủ vào biên bản của cuộc họp.

Nội dung các vấn đề thảo luận, các ý kiến phát biểu, kết quả biểu quyết, các quyết định được Hội đồng Thành viên thông qua và kết luận của các cuộc họp của Hội đồng Thành viên phải được ghi biên bản. Chủ tọa và thư ký cuộc họp phải liên đới chịu trách nhiệm về tính chính xác và tính trung thực của biên bản họp Hội đồng Thành viên. Biên bản họp Hội đồng Thành viên phải làm xong và thông qua trước khi kết thúc cuộc họp. Biên bản phải có các nội dung chủ yếu tại khoản 7 Điều 97 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Nghị quyết của Hội đồng Thành viên có hiệu lực kể từ ngày được thông qua hoặc từ ngày có hiệu lực ghi trong nghị quyết đó, trừ các trường hợp phải được cơ quan đại diện chủ sở hữu chấp thuận.

Như vậy, Hội đồng Thành viên của doanh nghiệp nhà nước theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 có nội dung theo hướng chi tiết hơn, chặt chẽ hơn so với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên nói chung. Trong đó, có các quy định cụ thể, rõ ràng hơn về quyền, nhiệm vụ của Hội đồng Thành viên; đặt ra những tiêu chuẩn, điều kiện cao hơn đối với thành viên Hội đồng Thành viên; quy định cụ thể hơn về trách nhiệm của Chủ tịch Hội đồng Thành viên và các thành viên Hội đồng Thành viên; chế độ làm việc, điều kiện và thể thức tiến hành cuộc họp Hội đồng Thành viên cũng được thể hiện chi tiết hơn...

1.2. Giám đốc/Tổng Giám đốc (Điều 99, 100, 101 Luật Doanh nghiệp năm 2014)

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

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc có nhiệm vụ điều hành các hoạt động hằng ngày của công ty và có các quyền, nghĩa vụ theo khoản 2 Điều 99 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Nhìn chung, đây là các quyền năng giúp Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc thực hiện nhiệm vụ điều hành của mình. Ngoài ra, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc doanh nghiệp nhà nước phải có tiêu chuẩn, điều kiện theo Điều 100 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

1.3. Ban Kiểm soát

Theo khoản 1 Điều 102 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì căn cứ quy mô của công ty, cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định

bổ nhiệm 01 Kiểm soát viên hoặc thành lập Ban Kiểm soát gồm 03 đến 05 Kiểm soát viên. Nhiệm kỳ Kiểm soát viên không quá 05 năm và được bổ nhiệm lại, nhưng mỗi cá nhân chỉ được bổ nhiệm làm Kiểm soát viên của một công ty không quá 02 nhiệm kỳ.

Cơ quan đại diện chủ sở hữu, suy cho cùng, cũng không phải là chủ sở hữu thật sự của những nguồn vốn đầu tư trong doanh nghiệp nhà nước, và cũng không thể tự mình trực tiếp kiểm tra, đánh giá tình hình hoạt động của doanh nghiệp nhà nước, vậy nên phải cần đến Kiểm soát viên/Ban Kiểm soát. Đây là cơ quan được thành lập với mục đích kiểm soát, giám sát các hoạt động của những người quản lý trong doanh nghiệp nhà nước góp phần bảo đảm doanh nghiệp nhà nước sử dụng hiệu quả các nguồn vốn của Nhà nước. Khoản 2 Điều 102 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định Ban Kiểm soát có các quyền và nghĩa vụ như:

(i) Giám sát việc tổ chức thực hiện chiến lược phát triển, kế hoạch kinh doanh, thực hiện các mục tiêu chiến lược và mục tiêu kế hoạch của công ty;

(ii) Giám sát và đánh giá việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ của thành viên Hội đồng Thành viên và Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty;

(iii) Giám sát và đánh giá hiệu lực và mức độ tuân thủ quy chế kiểm toán nội bộ, quy chế quản lý và phòng ngừa rủi ro, quy chế báo cáo và các quy chế quản trị nội bộ khác của công ty... Trong quá trình thực hiện chức năng của mình, Kiểm soát viên phải thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tại Điều 106 Luật Doanh nghiệp năm 2014, trường hợp vi phạm hoặc không hoàn thành nhiệm vụ có thể bị miễn nhiệm, cách chức theo Điều 107 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Như vậy, doanh nghiệp nhà nước có thể chỉ có 01 Kiểm soát viên hoặc nhiều Kiểm soát viên, trường hợp có nhiều Kiểm soát viên thì các Kiểm soát viên tạo thành Ban Kiểm soát. Cơ chế làm việc của Ban Kiểm soát có phần khác biệt so với Kiểm soát viên. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 102 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ liệt kê các quyền và nghĩa vụ của Ban Kiểm soát, mà chưa có quy định cụ thể về trách nhiệm của Kiểm soát viên.

Về tiêu chuẩn và điều kiện đối với Kiểm soát viên được quy định tại Điều 103 Luật Doanh nghiệp năm 2014, một trong các điều kiện đó là phải được đào tạo về một trong các chuyên ngành về tài chính, kế toán, kiểm toán, luật, quản trị kinh doanh và có ít nhất 03 năm kinh nghiệm làm việc; Trưởng Ban Kiểm soát phải có ít nhất 05 năm kinh nghiệm làm việc liên quan đến chuyên ngành tài chính, kế toán, kiểm toán, luật, quản trị kinh doanh được đào tạo. Có thể thấy, tiêu chuẩn về chuyên môn và kinh nghiệm làm việc của Kiểm soát viên trong doanh nghiệp nhà nước được Luật Doanh nghiệp năm 2014 định lượng rất chi tiết, khác hẳn so với Kiểm soát viên trong các công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên nói chung.

Để Ban Kiểm soát và Kiểm soát viên thực hiện chức năng giám sát của mình, Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về các quyền của Ban Kiểm soát và Kiểm soát viên:

(i) Tham gia các cuộc họp của Hội đồng Thành viên, các cuộc tham vấn và trao đổi chính thức và không chính thức của cơ quan đại diện chủ sở hữu với Hội đồng Thành viên; có quyền chất vấn Hội đồng Thành viên, thành viên Hội đồng Thành viên và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty về các kế hoạch, dự án hay chương trình đầu tư phát triển và các quyết định khác trong quản lý điều hành công ty.

(ii) Xem xét sổ sách kế toán, báo cáo, hợp đồng, giao dịch và tài liệu khác của công ty; kiểm tra công việc quản lý điều hành của Hội đồng Thành viên, thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc khi xét thấy cần thiết hoặc theo yêu cầu của cơ quan đại diện chủ sở hữu.

(iii) Xem xét, đánh giá thực trạng hoạt động kinh doanh, thực trạng tài chính của công ty, thực trạng vận hành và hiệu lực các quy chế quản trị nội bộ công ty.

(iv) Yêu cầu thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc, Phó Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, Phó Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng và những người quản lý khác báo cáo, cung cấp thông tin về bất cứ việc gì trong phạm vi quản lý và hoạt động đầu tư, kinh doanh của công ty.

(v) Yêu cầu những người quản lý công ty báo cáo về thực trạng tài chính, thực trạng và kết quả kinh doanh của công ty con khi xét thấy cần thiết để thực hiện các nhiệm vụ theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

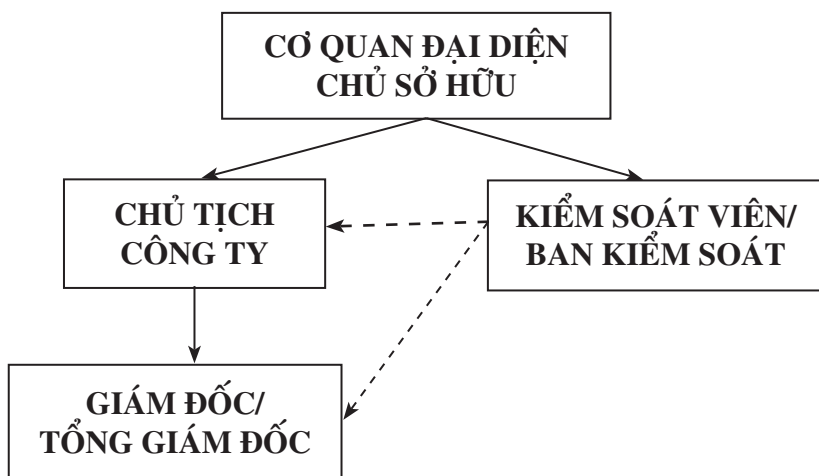
(vi) Trường hợp phát hiện có thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và những người quản lý khác làm trái các quy định về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của họ hoặc có nguy cơ làm trái các quy định đó; hoặc phát hiện hành vi vi phạm pháp luật, làm trái các quy định về quản lý kinh tế, trái quy định Điều lệ công ty hoặc các quy chế quản trị nội bộ công ty phải báo cáo ngay cho cơ quan đại diện chủ sở hữu công ty, các thành viên khác của Ban Kiểm soát và cá nhân có liên quan.

(vii) Đề nghị cơ quan đại diện chủ sở hữu thành lập đơn vị thực hiện nhiệm vụ kiểm toán tham mưu và trực tiếp hỗ trợ Ban Kiểm soát thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao. Thực hiện các quyền khác quy định tại Điều lệ công ty.

Chương IV của Luật Doanh nghiệp năm 2014 không có quy định về trách nhiệm của thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc phải cung cấp tài liệu, thông tin cho Kiểm soát viên khi có yêu cầu, nhưng từ quy định tại điểm d khoản 2 Điều 82 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì đây là nhiệm vụ mà thành viên Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc phải thực hiện để bảo đảm quyền giám sát của Kiểm soát viên.

2. Mô hình 2: Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và Kiểm soát viên

Mô hình 2 là mô hình mà cơ quan đại diện chủ sở hữu cử 01 người thay mình thực hiện các quyền và nghĩa vụ tại doanh nghiệp nhà nước. Mô hình 2 chỉ khác với mô hình 1 duy nhất ở vai trò của Chủ tịch công ty, còn các cơ quan còn lại đều tương tự như mô hình 1.



Ghi chú:

—————> Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức

-----> Kiểm soát

Chủ tịch công ty:

Khoản 1 Điều 98 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định Chủ tịch công ty do cơ quan đại diện chủ sở hữu bổ nhiệm theo quy định của pháp luật. Chủ tịch công ty có nhiệm kỳ không quá 05 năm và có thể được bổ nhiệm lại, nhưng không quá hai nhiệm kỳ. Với quy định này, mỗi cá nhân chỉ có thể đảm nhận vị trí Chủ tịch công ty trong doanh nghiệp nhà nước tối đa hai nhiệm kỳ. Ngoài ra, tiêu chuẩn, điều kiện và các trường hợp miễn nhiệm, cách chức Chủ tịch công ty được thực hiện theo quy định tại Điều 92 và Điều 93 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Chủ tịch công ty thực hiện các quyền, nghĩa vụ của người đại diện chủ sở hữu trực tiếp tại công ty theo quy định của Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp; các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định tại Điều 91 và Điều 96 của Luật Doanh nghiệp năm 2014. Các quyết định này phải được lập thành văn bản, ký tên với chức danh Chủ tịch công ty bao gồm cả trường hợp Chủ tịch công ty kiêm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Quyết định của Chủ tịch công ty có hiệu lực kể từ ngày ký hoặc từ ngày có hiệu lực ghi trong quyết định đó, trừ trường hợp phải được cơ quan đại diện chủ sở hữu chấp thuận.

Chủ tịch công ty sử dụng bộ máy quản lý, điều hành, bộ phận giúp việc (nếu có) và con dấu của công ty để thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình. Trường hợp cần thiết, Chủ tịch công ty tổ chức lấy ý kiến các chuyên gia tư vấn trong và ngoài nước trước khi quyết định các vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền của Chủ tịch công ty. Trường hợp Chủ tịch công ty vắng mặt ở Việt Nam

trên 30 ngày thì phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác thực hiện một số quyền, nghĩa vụ của Chủ tịch công ty; việc ủy quyền phải được thông báo kịp thời bằng văn bản đến cơ quan đại diện chủ sở hữu. Các trường hợp ủy quyền khác thực hiện theo quy định tại quy chế quản lý nội bộ của công ty.

Cũng suy ra từ khoản 2 Điều 78 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì trong mô hình 2 này, Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp nhà nước, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

III. CÔNG BỐ THÔNG TIN

THỰC TRẠNG CÔNG BỐ THÔNG TIN CỦA DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Theo Báo cáo tình hình công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước năm 2019 vừa được Bộ Kế hoạch và Đầu tư trình Thủ tướng Chính phủ, cả nước có 374/529 doanh nghiệp nhà nước, tương ứng với tỷ lệ 70,69% (chưa bao gồm các doanh nghiệp thuộc Bộ Quốc phòng, Bộ Công an), thuộc diện phải thực hiện công bố thông tin đã gửi báo cáo đến Bộ Kế hoạch và Đầu tư. Trong số 155 doanh nghiệp còn lại, chủ yếu là các doanh nghiệp thuộc lĩnh vực thủy nông, thủy lợi, các công ty nông, lâm nghiệp, xổ số kiến thiết của nhiều địa phương. Một số doanh nghiệp lớn chưa gửi báo cáo đầy đủ đến Bộ Kế hoạch và Đầu tư như: Tổng công ty Công nghiệp Tàu thủy Việt Nam, Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn nhà nước, Tổng công ty Giấy Việt Nam, Tổng công ty Đầu tư và Phát triển nhà và đô thị... Đáng lưu ý, có tình trạng một số doanh nghiệp không thực hiện công bố thông tin trong 3 năm liên tiếp dù hằng năm Bộ Kế hoạch và Đầu tư đều nêu tên trong các danh sách

doanh nghiệp nhà nước không thực hiện công bố thông tin, lãnh đạo Chính phủ cũng có chỉ đạo.

Trích từ: Việt Anh, “Hàng trăm doanh nghiệp nhà nước cố tình ém thông tin”, nguồn: <https://baodauthau.vn/doanh-nghiep/hang-tram-dnnn-co-tinh-em-thong-tin-125064.html>

Vấn đề đặt ra:

Tại sao doanh nghiệp nhà nước phải công bố thông tin?

Hiện nay, ngoài Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì Nghị định số 81/2015/NĐ-CP là văn bản pháp luật quy định trực tiếp về trách nhiệm công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước. Theo quy định tại khoản 1 Điều 4 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP, thì việc công bố thông tin của các doanh nghiệp nhà nước nhằm bảo đảm yêu cầu công khai, minh bạch về hoạt động của doanh nghiệp, bảo đảm tính hiệu quả, hiệu lực trong hoạt động quản lý và giám sát của cơ quan nhà nước và của xã hội đối với doanh nghiệp nhà nước. Ngoài ra, việc công bố thông tin còn góp phần đáp ứng quyền được tiếp cận thông tin của người dân, quyền được biết các doanh nghiệp nhà nước đã, đang và sẽ làm gì với nguồn vốn từ ngân sách nhà nước.

Từ quy định về công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 81/2015/NĐ-CP, có thể khái quát một số yêu cầu cơ bản khi công bố thông tin như sau:

1. Việc công bố thông tin phải đầy đủ, chính xác và kịp thời theo quy định của pháp luật

Ý nghĩa của việc công bố thông tin chỉ có thể đạt được khi những thông tin cần thiết liên quan đến doanh nghiệp nhà nước

được công bố đầy đủ, chính xác và kịp thời. Thông tin một khi được công bố có khả năng ảnh hưởng xấu đến uy tín của doanh nghiệp, đặc biệt là trường hợp thông tin được công bố không chính xác, vì vậy, khoản 5 Điều 4 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP quy định trường hợp các thông tin được công bố có sự sai lệch, chưa chính xác, làm ảnh hưởng đến uy tín của doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật hoặc người được ủy quyền công bố thông tin phải xác nhận và điều chỉnh thông tin thay đổi hoặc đính chính thông tin đó trong thời hạn hai mươi bốn giờ kể từ khi nhận được thông tin đó hoặc theo yêu cầu của cơ quan quản lý. Trường hợp có sự thay đổi nội dung thông tin đã công bố, doanh nghiệp phải có văn bản báo cáo giải trình với cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước.

2. Đối với doanh nghiệp nhà nước thì người đại diện theo pháp luật hoặc người được ủy quyền có trách nhiệm công bố thông tin

Nghị định số 81/2015/NĐ-CP nêu rõ trách nhiệm cá nhân trong doanh nghiệp nhà nước phải công bố thông tin. Theo đó, khoản 2 Điều 4 Nghị định này quy định việc công bố thông tin do người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp hoặc người được ủy quyền công bố thông tin thực hiện. Doanh nghiệp, trực tiếp là người đại diện theo pháp luật hoặc người được ủy quyền, chịu trách nhiệm về tính đầy đủ, kịp thời, trung thực và chính xác của thông tin được công bố. Trường hợp doanh nghiệp có nhiều hơn một người đại diện theo pháp luật, thì doanh nghiệp thực hiện thông báo với cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước và Bộ Kế hoạch và Đầu tư, đồng thời công khai trên cổng hoặc trang thông tin điện tử của doanh nghiệp về người đại diện theo pháp luật; thực hiện công bố thông tin theo Phụ lục I kèm theo Nghị định số 81/2015/NĐ-CP.

Trường hợp thực hiện công bố thông tin thông qua người được ủy quyền công bố thông tin, thì doanh nghiệp phải gửi thông báo ủy quyền thực hiện công bố thông tin tới cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước và Bộ Kế hoạch và Đầu tư theo Phụ lục II kèm theo Nghị định số 81/2015/NĐ-CP. Người được ủy quyền công bố thông tin phải là người có thẩm quyền ký, đóng dấu theo quy định nội bộ của doanh nghiệp. Đây chính là cơ sở để các cơ quan nhà nước có thẩm quyền truy cứu trách nhiệm cá nhân khi chậm trễ việc công bố thông tin, hoặc cung cấp các thông tin không chính xác, đầy đủ.

3. Doanh nghiệp nhà nước phải công bố thông tin trên các phương tiện và với các hình thức theo quy định pháp luật

Theo Điều 5 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP về hình thức công bố thông tin gồm: Văn bản và dữ liệu điện tử. Ngày nộp các nội dung công bố thông tin là ngày văn bản đến cơ quan có thẩm quyền, ngày gửi fax, gửi email, ngày công bố trên cổng hoặc trang thông tin điện tử của doanh nghiệp. Ngày công khai thông tin là ngày thông tin xuất hiện trên các phương tiện công bố thông tin.

Việc công bố thông tin phải được thực hiện đồng thời qua các phương tiện công bố thông tin sau:

(i) Đối với doanh nghiệp, phương tiện công bố thông tin gồm: Báo cáo bằng văn bản, cổng hoặc trang thông tin điện tử, ấn phẩm và các phương tiện thông tin đại chúng khác theo quy định của pháp luật;

(ii) Đối với cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước, phương tiện công bố thông tin gồm: Hệ thống tiếp nhận thông tin, cổng hoặc trang thông tin điện tử, ấn phẩm và các phương tiện thông tin đại chúng khác theo quy định của pháp luật;

(iii) Đối với Bộ Kế hoạch và Đầu tư, phương tiện công bố thông tin gồm: Hệ thống tiếp nhận thông tin, Cổng thông tin doanh nghiệp của Bộ (<http://www.business.gov.vn>), ấn phẩm và các phương tiện thông tin đại chúng khác theo quy định của pháp luật.

Việc công bố thông tin trên các phương tiện thông tin đại chúng khác do cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước quy định. Các báo cáo và ấn phẩm khác của doanh nghiệp, Ban Kiểm soát, Kiểm soát viên, cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước của doanh nghiệp thực hiện theo quy định của cơ quan đại diện chủ sở hữu nhà nước.

Ngôn ngữ thực hiện công bố thông tin của doanh nghiệp là tiếng Việt. Trường hợp quy định công bố thông tin bổ sung bằng ngôn ngữ khác, thì ngôn ngữ thực hiện công bố thông tin bao gồm tiếng Việt và ngôn ngữ khác theo quy định.

Hiện nay, theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì doanh nghiệp nhà nước công bố thông tin của doanh nghiệp bao gồm công bố thông tin định kỳ và công bố thông tin bất thường (Điều 108, 109). Đồng thời, Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng giao Chính phủ quy định chi tiết vấn đề này.

Chương IV

CÔNG TY CỔ PHẦN

Thống kê số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới theo loại hình qua các năm¹

TT	Nội dung	Năm 2016			Năm 2017		
		Số lượng (DN)	Vốn (tỷ đồng)	Lao động (Người)	Số lượng (DN)	Vốn (tỷ đồng)	Lao động (Người)
Tổng số		110.100	891.094	1.267.964	126.859	1.295.912	1.161.321
1	Trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên	59.848	313.751	731.382	73.118	422.781	668.385
2	Trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên	27.685	193.897	280.183	29.389	259.122	241.360
3	Doanh nghiệp tư nhân	4.295	6.762	24.490	3.133	3.957	15.048
4	Công ty cổ phần	18.256	376.662	231.796	21.197	609.971	236.378
5	Công ty hợp doanh	16	22	113	22	81	150

1. Theo nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/vn/tin-tuc/598/4337/tinh-hinh-chung-ve-dang-ky-doanh-nghiep--thang-12-va-nam-2017.aspx>. Trong quá trình tổng hợp, có sự nhầm về số liệu khi số vốn được thống kê là 1.295.911, biên tập viên đã chỉnh lại cho chính xác.

Ngoài ra, hiện nay, chưa có số liệu chính thức thống kê về số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới vào năm 2018 và 2019, do vậy tác giả vẫn sử dụng các số liệu tổng hợp từ 3 năm trước đó.

Theo bảng trên, số lượng công ty cổ phần được đăng ký thành lập mới chỉ bằng 1/3 công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và cũng thấp hơn nhiều so với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, nhưng xét về quy mô vốn kinh doanh thì công ty cổ phần lại đứng vị trí cao nhất. Điều này phần nào cho thấy khi cần làm ăn kinh doanh với quy mô vốn lớn, các nhà đầu tư có khuynh hướng ưu tiên lựa chọn mô hình công ty cổ phần.

I. KHÁI NIỆM CHUNG VỀ CÔNG TY CỔ PHẦN

Công ty cổ phần là doanh nghiệp trong đó vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Công ty có lượng cổ đông tối thiểu là ba, có tư cách pháp nhân. Trong quá trình hoạt động, công ty được phát hành cổ phần các loại để huy động vốn (Điều 110, 127 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Chủ sở hữu: Công ty cổ phần có số lượng thành viên tối thiểu là ba và không hạn chế số lượng tối đa. Đồng thời, thành viên của công ty cổ phần có thể là cá nhân hoặc tổ chức.

Vốn của công ty cổ phần: Vốn điều lệ của công ty cổ phần được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Có thể thấy đây là loại hình doanh nghiệp duy nhất mà vốn điều lệ được chia thành các phần bằng nhau. Trong khi đó, ở các loại hình doanh nghiệp khác, ví dụ như công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, vốn điều lệ của công ty không bắt buộc phải chia thành các phần bằng nhau. Vốn điều lệ của công ty được hình thành từ các phần vốn góp của các thành viên.

Công ty cổ phần là một loại hình công ty đối vốn điển hình, theo đó cổ đông được quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác mà không phải chịu những sự hạn chế như trong công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty hợp danh (trừ một số ngoại lệ).

Khả năng huy động vốn: Công ty cổ phần có quyền phát hành chứng khoán các loại để huy động vốn. Đây cũng là loại hình doanh nghiệp có khả năng huy động vốn lớn nhất trong số các mô hình doanh nghiệp hiện nay.

Với các đặc trưng như trên có thể thấy, công ty cổ phần là một loại hình doanh nghiệp phù hợp với nhu cầu kinh doanh ở quy mô lớn, với khả năng huy động vốn lớn cùng với chế độ trách nhiệm hữu hạn, cho nên nếu các công ty này phá sản thì hậu quả sẽ rất lớn. Do đó, vai trò của pháp luật về doanh nghiệp là phải tạo được hành lang pháp lý nhằm thỏa mãn nhu cầu phát triển kinh doanh của nhà đầu tư nhưng vẫn bảo đảm được lợi ích của cộng đồng.

Với bản chất là một mô hình có khả năng huy động vốn lớn, công ty cổ phần được đầu tư và hoạt động trong nhiều lĩnh vực khác nhau của đời sống kinh tế. Chương này chỉ đề cập những vấn đề pháp lý chung nhất của mô hình công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014. Các quy định đặc thù về loại hình doanh nghiệp này trong các lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, chứng khoán chỉ đề cập ở mức độ hạn chế.

II. CỔ PHẦN

1. Khái niệm cổ phần

ĐÒI LẠI VỐN GÓP ĐÃ BÁN

Cuối tháng 5/2005, Vigecam và 4 cổ đông sáng lập cùng thành lập Công ty cổ phần Vinacam, trong đó Vigecam góp 12,5 tỷ đồng (tương đương 36,76% vốn điều lệ của Vinacam). Nguồn vốn góp của Vigecam gồm giá trị xây dựng tòa nhà 28 Mạc Đĩnh Chi - Thành phố Hồ Chí Minh cùng một số bất động sản, tài sản khác.

Sau khi Vinacam được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, Tổng Giám đốc Vigecam đã ký quyết định bàn giao tài sản cho Vinacam, đồng thời khẳng định “kể từ ngày bàn giao, Vigecam từ bỏ mọi quyền lợi và lợi ích liên quan đến tài sản đã bàn giao”.

Chỉ sau bốn tháng góp vốn, Vigecam đã bán lại phần vốn góp tại Vinacam. Trong văn bản gửi Vinacam ngày 19/7/2005, Vigecam đề nghị chuyển nhượng 125.000 cổ phần (tương đương 12,5 tỷ đồng) của mình cho các cổ đông khác trong Vinacam, đồng thời yêu cầu “trong trường hợp các cổ đông không có nhu cầu, đề nghị Hội đồng Quản trị công ty cho chuyển nhượng số cổ phần này cho các đối tượng khác”.

Do không có cổ đông nào mua, Đại hội cổ đông bất thường của Vinacam đã quyết định mua 108.000 cổ phần để làm cổ phiếu quỹ. Số 17.000 cổ phần còn lại sau đó được Vigecam yêu cầu Vinacam mua và giao dịch đã hoàn tất vào giữa năm 2006.

Gần ba năm sau, giữa năm 2008, Vigecam quay lại đòi Vinacam chuyển giao hai tầng của tòa nhà 28 Mạc Đĩnh Chi để làm trụ sở.

Một trong những lý do được Vigecam đưa ra là, trong quá trình thực hiện cổ phần hóa, Vigecam còn thiếu kinh nghiệm nên đã để xảy ra những sai lầm đáng tiếc trong việc quản lý tài sản.

Điều a khoản 1 Điều 110 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định “*Vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần*”. Từ đó, có thể hiểu cổ phần là phần chia nhỏ nhất trong vốn điều lệ của một công ty cổ phần.

So với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, cấu trúc vốn của công ty cổ phần có nhiều khác biệt. Trong công ty trách nhiệm hữu hạn, mỗi thành viên chỉ có một phần vốn góp và phần vốn góp của các thành viên có thể bằng nhau hoặc khác nhau. Tuy nhiên, trong công ty cổ phần, vốn điều lệ của công ty được chia thành nhiều phần bằng nhau. Theo đó, mỗi cổ đông có thể sở hữu một hoặc nhiều phần vốn góp (cổ phần).

Đặc thù này của công ty cổ phần xuất phát từ một triết lý đơn giản: nhiều con suối nhỏ sẽ tạo thành một dòng thác lớn. Công ty cổ phần khác với các công ty khác ở chỗ số lượng cổ đông (người góp tiền vào công ty) không bị hạn chế. Triết lý kinh doanh này tương tự như câu chuyện của cái đập thủy điện: Để có được một lượng nước đủ nhiều có thể chạy được tuốc bin phát điện cần phải bắt đầu từ việc dẫn nước từ những con suối. Sức nước của một con suối không đủ sức làm quay tuốc bin nhưng rất nhiều con suối thì sẽ tạo ra sức mạnh.

Công ty cổ phần chính là công cụ để huy động tiền nhàn rỗi trong xã hội và giao nó cho người có tài kinh doanh để sử dụng theo cách có hiệu quả nhất. Ở Việt Nam, mệnh giá của một cổ phần thông thường là 10.000 đồng. Nếu huy động được số lượng lớn nhà đầu tư với số vốn lớn, thì hiệu quả cũng sẽ tương tự như hiệu quả của đập thủy điện mà ta vừa đề cập.

Trong công ty trách nhiệm hữu hạn, thành viên góp vốn vào công ty trở thành thành viên của công ty. Theo đó, các thành viên của công ty có các quyền và nghĩa vụ như nhau. Mức độ quyết định các vấn đề của công ty sẽ theo tỷ lệ phần vốn góp của họ trong công ty. Trong công ty cổ phần, cổ phần không chỉ có một mà bao gồm nhiều loại khác nhau. Hệ quả là quyền,

nghĩa vụ của các cổ đông sở hữu các loại cổ phần khác nhau cũng sẽ khác nhau.

2. Các loại cổ phần

2.1. Nguyên lý thiết kế cổ phần

Nguyên thủy trong công ty cổ phần chỉ có một loại cổ phần duy nhất, cũng như trong công ty trách nhiệm hữu hạn chỉ có một loại vốn góp mà thôi. Theo đó, các cổ đông sẽ có những quyền và nghĩa vụ như nhau. Nhưng theo thời gian, nhằm nâng cao khả năng thu hút vốn, cổ phần trong công ty cổ phần đã được “biến tấu” để hình thành nên nhiều loại cổ phần khác nhau¹.

Theo đó, việc thiết kế các loại cổ phần trong công ty cổ phần xuất phát từ loại cổ phần “ban đầu”. Trên thực tế, các loại cổ phần sẽ bao gồm loại cổ phần ban đầu và các loại cổ phần phái sinh. Theo pháp luật về doanh nghiệp, cổ phần được chia làm hai loại là: (i) *Cổ phần phổ thông* và (ii) *Cổ phần ưu đãi* (khoản 2 Điều 113 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Cổ phần ưu đãi, như tên gọi của nó, sẽ có những ưu đãi so với cổ phần phổ thông. Việc thiết kế các loại cổ phần ưu đãi phải thỏa mãn đồng thời hai tiêu chí:

Thứ nhất: Loại cổ phần này phải có những ưu đãi nhất định. Qua đó tạo nên sự hấp dẫn cho các nhà đầu tư lựa chọn đầu tư vào công ty.

Thứ hai: Phải bảo đảm sự bình đẳng với những người sở hữu cổ phần phổ thông.

1. Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung: *Công ty: Vốn, quản lý và tranh chấp*, Nxb. Tri thức, Hà Nội, 2009, tr.171.

Do đó, cách thức tạo lập các loại cổ phần trong công ty sẽ theo hướng nếu loại cổ phần này có những ưu đãi về quyền ở mặt này thì sẽ có những hạn chế nhất định ở những mặt khác.

2.2. Các loại cổ phần theo pháp luật về doanh nghiệp

Công ty cổ phần có cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi, trong đó, cổ phần phổ thông là loại cổ phần bắt buộc phải có. Cổ phần ưu đãi có thể có các loại sau đây:

- Cổ phần ưu đãi biểu quyết,
- Cổ phần ưu đãi cổ tức,
- Cổ phần ưu đãi hoàn lại,
- Cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định (khoản 2 Điều 113 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

a) Cổ phần phổ thông:

Cổ phần phổ thông là loại cổ phần 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 các quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều 114, 115 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Tuy nhiên, đối với cổ đông sáng lập thì có một số vấn đề cần lưu ý như sau:

Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán và phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (khoản 2 Điều 119, khoản 1 Điều 112 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Nghĩa vụ phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất là 20% tổng số cổ phần phổ thông là một nghĩa vụ luật định. Nghĩa vụ này

được lý giải thông qua vai trò của cổ đông sáng lập. Cổ đông sáng lập là những người đầu tiên có ý tưởng về thành lập doanh nghiệp, là cổ đông sở hữu ít nhất một cổ phần phổ thông và ký tên trong danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần (khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Do vậy, vai trò của họ đối với công ty là rất lớn. Việc bắt buộc cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua 20% cổ phần phổ thông nhằm làm cho mối quan hệ của họ và công ty gắn bó chặt chẽ hơn, tạo nên cơ sở cho sự gắn kết về quyền lợi giữa các cổ đông này với công ty.

Trong tình huống trên, Vigecam cùng với ba cổ đông khác đóng vai trò là cổ đông sáng lập của công ty. Riêng Vigecam đã góp 12,5 tỷ đồng, tương đương với 36,76% vốn điều lệ của Công ty cổ phần Vinacam.

Công ty cổ phần là một công ty đối vốn điển hình. Một trong những đặc trưng quan trọng của loại hình công ty này là sự chuyển nhượng dễ dàng phần vốn mà thành viên đã góp vào công ty. Tuy nhiên, nguyên tắc này cũng có ngoại lệ:

Trong thời hạn ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho cổ đông sáng lập khác, nhưng chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Trong trường hợp này, cổ đông dự định chuyển nhượng cổ phần không có quyền biểu quyết về việc chuyển nhượng các cổ phần đó và người nhận chuyển nhượng đương nhiên trở thành cổ đông sáng lập của công ty (khoản 3 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Sau thời hạn ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập đều được bãi bỏ (khoản 4 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, trong ba năm đầu, cổ đông sáng lập chỉ có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho các cổ đông sáng lập khác. Việc chuyển nhượng cho người không phải là cổ đông sáng lập, bất kể người đó có phải là cổ đông của công ty hay không đều phải được sự đồng ý của Đại hội đồng cổ đông. Và trong trường hợp này thì cổ đông sáng lập không được biểu quyết.

Các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập được bãi bỏ sau thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Quy định này không áp dụng đối với cổ phần mà cổ đông sáng lập có thêm sau khi đăng ký thành lập doanh nghiệp và cổ phần mà cổ đông sáng lập chuyển nhượng cho người khác không phải là cổ đông sáng lập của công ty (khoản 4 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Thời hạn ba năm này được hiểu là khoảng thời gian cần thiết để một công ty có được sự hoạt động ổn định. Việc giới hạn này không chỉ có ý nghĩa nhằm bảo vệ quyền lợi của công ty, mà còn nhằm bảo đảm cho quyền lợi của bên nhận chuyển nhượng tránh được các rủi ro trong những ngày đầu hoạt động của công ty.

Mặc dù nguyên tắc là thế, nhưng việc áp dụng nguyên tắc này trong quá trình vận hành của công ty cổ phần hiện nay vẫn có những vướng mắc nhất định. Các vướng mắc đó một phần xuất phát từ việc chưa xác định rõ bản chất của cổ phần trong công ty.

RỦI RO TỪ VIỆC NHẬN CHUYỂN NHƯỢNG CỔ PHẦN TỪ CÔNG TY NIÊM YẾT

Tòa án nhân dân Thành phố H. đã tuyên một hợp đồng mua bán cổ phần vô hiệu. Cụ thể, nguyên đơn (sau đây gọi tắt là A) mua cổ phần của một cổ đông ở một công ty cổ phần (gọi tắt là B), chiếm tỷ lệ 30% cổ phần phổ thông với giá 800 triệu đồng. Sau khi ký hợp đồng, A giao cho B 600 triệu đồng, A sẽ thanh toán số tiền còn lại sau khi đã làm thủ tục sang tên.

Tuy nhiên, sau đó A không thấy B cũng như phía công ty đề cập gì đến việc sang tên cổ phần. Do vậy, A yêu cầu B *nếu không sang tên được thì trả lại tiền*.

B cho hay đã liên hệ với Sở Kế hoạch và Đầu tư, B được hướng dẫn là do thành lập hơn ba năm nên không phải chỉnh lại danh sách cổ đông sáng lập. Công ty chỉ cần thông báo cho Phòng Đăng ký kinh doanh của Sở cấp sổ cổ đông cho cổ đông mới là được. Nhưng vì lúc này A chưa thanh toán hết tiền, nên công ty không thể thực hiện việc cấp sổ cổ đông cho A.

Tòa án nhân dân Thành phố H. nhận định hợp đồng không được thực hiện đầy đủ là do hai bên đương sự lẫn phía công ty không thanh toán hết số tiền theo hợp đồng, còn B thì không kết hợp với công ty tiến hành thủ tục đăng ký theo luật định. Từ đó, tòa tuyên hợp đồng chuyển nhượng trên là vô hiệu, không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ pháp lý giữa các bên, A phải trả lại cho B 600 triệu đồng.

Trên thực tế, vấn đề không phải như vậy.

Mô hình công ty cổ phần lúc đầu được xác định là một kênh huy động vốn hữu hiệu. Muốn người ta mạnh dạn đầu tư, pháp luật phải bảo đảm bằng những cơ chế để nhà đầu tư có thể

hưởng lợi từ quá trình đầu tư đó. Cơ chế đó chính là cơ chế *tự do chuyển nhượng cổ phần*. Theo đó, khi giá cổ phiếu tăng cao, nhà đầu tư có thể bán cho người có nhu cầu mua để hưởng chênh lệch. Đó cũng là sự khác biệt căn bản giữa công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn¹. Ở đây, tác giả chỉ bàn về cơ chế chuyển nhượng cổ phần trong các công ty chưa niêm yết. Đối với việc chuyển nhượng cổ phần trong công ty niêm yết, nguyên tắc căn bản thì vẫn thế, nhưng có một vài thay đổi, sẽ không được đề cập.

Nguyên tắc này được ghi nhận một cách đầy đủ trong Luật Doanh nghiệp năm 2005. Theo đó, cổ đông được tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác, trừ hai ngoại lệ: (i) *Cổ phần ưu đãi biểu quyết cấm không được chuyển nhượng* và (ii) *Cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập trong 3 năm đầu khi công ty được thành lập chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông* (điểm d khoản 1 Điều 79 và khoản 5 Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Áp dụng trong tình huống trên, B chuyển nhượng cổ phần cho A, nhưng không thuộc hai trường hợp trên. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì hành vi chuyển nhượng này là hợp pháp. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp năm 2005 cũng quy định: “*Cổ đông sở hữu từ 5% tổng số cổ phần trở lên phải được đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày có được tỷ lệ sở hữu đó*” (khoản 4 Điều 86 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

1. Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn phải chào bán cho các thành viên còn lại trong công ty. Sau khi hết thời hạn 30 ngày mà các thành viên không mua thì mới được bán cho người ngoài.

Đây là cơ sở để Tòa án tuyên giao dịch chuyển nhượng cổ phần này là vô hiệu.

Để xác định giá trị pháp lý của giao dịch chuyển nhượng 30% cổ phần phổ thông nói trên, cần phải hiểu mục đích của quy định này. Theo quy định của khoản 4 Điều 87 Luật Doanh nghiệp năm 2005, *“Sau khi cổ phần được bán, công ty phải phát hành và trao cổ phiếu cho người mua. Công ty có thể bán cổ phần mà không trao cổ phiếu”*. Ý nghĩa của Sổ đăng ký cổ đông chính là bằng chứng ghi nhận quyền sở hữu cổ phần của cổ đông trong trường hợp công ty bán cổ phần mà không trao cổ phiếu. Xét về mặt quy trình, cổ đông bắt buộc phải thanh toán xong cho công ty, đến lượt mình công ty phải ghi tên cổ đông vào sổ đăng ký. Như vậy, các doanh nghiệp hoạt động luôn đặt dưới sự quản lý nhà nước. Do vậy mới có quy định là *cổ đông sở hữu từ 5% tổng số cổ phần trở lên phải được đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh*. Việc đăng ký với cơ quan nhà nước chỉ xảy ra sau khi đã xác lập quyền sở hữu.

Trong tình huống này, cái mà B trao cho A để nhận khoản tiền 800 triệu đồng chính là các quyền của B trong công ty. Do đó, mối quan hệ này về bản chất không ảnh hưởng đến công ty. Do vậy, công ty không có quyền chấp thuận hoặc ngăn cản việc chuyển nhượng. Nếu các bên đã hoàn thành nghĩa vụ với nhau, thì công ty phải có nghĩa vụ thay đổi tên của B thành tên của A trong Sổ đăng ký cổ đông. Đồng thời, chỉ khi nào giao dịch này hoàn tất, A đã có quyền sở hữu 30% cổ phần nói trên, thì mới phát sinh việc đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh.

Với các phân tích trên, việc Tòa án dựa vào quy định tại khoản 4 Điều 86 Luật Doanh nghiệp năm 2005 tuyên hợp đồng này vô hiệu là chưa thỏa đáng.

Khuyến nghị

Việc mua cổ phần ở công ty chưa niêm yết như trong tình huống nêu trên tiềm ẩn rủi ro xuất phát từ quan niệm cứng nhắc về việc đăng ký sở hữu đối với các cổ đông sở hữu cổ phần lớn. Do vậy, nhằm quản trị rủi ro ngay từ đầu, các bên nên tiến hành việc ký kết hợp đồng dựa trên cơ sở có xác nhận của đại diện công ty. Điều này sẽ giúp bên mua dễ dàng yêu cầu công ty cập nhật thông tin của mình vào Sổ đăng ký cổ đông cũng như đăng ký biến động thông tin cổ đông lớn với cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền, qua đó loại trừ khả năng công ty từ chối thực hiện nghĩa vụ cập nhật thông tin với lý do công ty không biết việc chuyển nhượng.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huân: Rủi ro từ việc nhận chuyển nhượng cổ phần của công ty chưa niêm yết, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, ngày 19/9/2013.

Trong công ty cổ phần, pháp luật về doanh nghiệp không chấp nhận tình trạng “nợ vốn”. Tuy nhiên, nguyên tắc này cũng có ngoại lệ. Cụ thể: “*Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp (khoản 2 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014) và các cổ đông phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty hoặc hợp đồng đăng ký mua cổ phần quy định một thời hạn khác ngắn hơn. Hội đồng Quản trị chịu trách nhiệm giám sát, đôn đốc thanh toán đủ và đúng hạn các cổ phần các cổ đông đã đăng ký mua*” (khoản 1 Điều 112 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Về mặt lý thuyết, cũng có thể xảy ra trường hợp cổ đông sáng lập đăng ký một số lượng cổ phần phổ thông, nhưng sau đó lại không mua.

Trường hợp có cổ đông sáng lập không thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua, thì số cổ phần chưa góp đủ đó của cổ đông sáng lập được xử lý theo một trong các cách sau đây:

- Các cổ đông sáng lập còn lại góp đủ số cổ phần đó theo tỷ lệ sở hữu cổ phần của họ trong công ty;

- Một hoặc một số cổ đông sáng lập nhận góp đủ số cổ phần đó;

- Huy động người khác không phải là cổ đông sáng lập nhận góp đủ số cổ phần đó; người nhận góp vốn đó đương nhiên trở thành cổ đông sáng lập của công ty. Trong trường hợp này, cổ đông sáng lập chưa góp cổ phần theo đăng ký đương nhiên không còn là cổ đông của công ty.

- Khi số cổ phần đăng ký góp của các cổ đông sáng lập chưa được góp đủ thì các cổ đông sáng lập cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi giá trị số cổ phần chưa góp đủ đó.

BÁN CÔNG TY GIÁ 1 USD CÓ TRÁI LUẬT?

Báo chí từng xôn xao chuyện một công ty chỉ bỏ ra 1 USD để mua một công ty khác nợ triệu USD. Thương vụ mua bán một doanh nghiệp thuộc top 500 doanh nghiệp tư nhân lớn nhất của Việt Nam với giá chỉ 1 USD tại H.P được mô tả là “*hiện tượng xưa nay chưa từng có*”. Vẫn có nhiều ý kiến quan ngại về việc trốn tránh nghĩa vụ trả nợ khi mà công ty mua (sau đây tạm gọi là công ty A) có vốn điều lệ chỉ vài tỷ đồng.

Những vấn đề đặt ra:

- **Quyền của cổ đông khi góp vốn vào công ty?**
- **Trách nhiệm của công ty hay của cổ đông?**

Trách nhiệm của công ty hay của cổ đông?

Cổ nhân có câu “có gan làm giàu” để phần nào nói lên sự khốc nghiệt của thương trường. Việc kinh doanh luôn bao hàm sự rủi ro. Đánh rằng, làm ăn thành công thì sẽ giàu có, nhưng nếu thất bại thì sao? Ất hẳn sẽ khánh tận. Vì vậy, có nhiều người sẽ do dự không dám kinh doanh. Một xã hội mà không có doanh nhân, không có trao đổi, mua bán thì không phát triển được! Vì lẽ đó, Nhà nước quy định chế độ trách nhiệm hữu hạn để khuyến khích người ta kinh doanh. Bản chất là bảo vệ các doanh nhân trước các rủi ro khánh tận. Nói cho dễ hiểu là: doanh nhân cứ kinh doanh, nếu ông bị rủi ro, tối đa lắm là chỉ mất tài sản mà ông đầu tư vào kinh doanh mà thôi, không cần biết là giá trị khoản nợ là bao nhiêu.

Cách làm như sau: Ông A có một khối tài sản. Ông A thành lập công ty X. Quan hệ giữa doanh nhân A và công ty X như cha mẹ với đứa con đã trưởng thành. Cha mẹ cho đứa con một món tiền để có vốn, ra ở riêng. Sau đó, cha mẹ cứ ở nhà mà hưởng tuổi già, không phải lo lắng gì nữa, vì đứa con đã có tiền và muốn làm gì thì làm. Khi mua bán, giao dịch đứa con phải tự nhân danh mình. Khi đã làm mọi việc bằng danh tính của mình, nếu đứa con khôn ngoan, nó sẽ có nhiều tiền. Nếu làm không thành công, người ngoài sẽ núm áo đứa con mà đòi nợ. Đứa con trả hết tiền mà cha mẹ cho thì thôi, vì không còn gì mà trả. Chủ nợ không thể đòi cha mẹ được, vì nó làm ăn bằng danh tính của nó, nó đã ra riêng, cha mẹ không chịu trách nhiệm.

Tương tự, khi thành lập công ty, doanh nhân A phải xác định tiền đưa vào kinh doanh là bao nhiêu, tiền để ở nhà dùng là bao nhiêu. Ngôn ngữ luật gọi là phân tách tài sản. Tài sản mà doanh nhân A kinh doanh được chuyển tên chủ sở hữu cho công ty X. Công ty X dùng tài sản đó kinh doanh. Từ chỗ chỉ có một doanh nhân A với một khối tài sản, lúc này đã thành ra hai (ông A và công ty X) với hai khối tài sản. Tài sản của ông A là để ông tiêu dùng, tài sản của công ty X là để kinh doanh.

Khi đã phân tách như thế thì “ai làm nấy chịu”. Doanh nhân A có thiếu tiền tiêu thì cũng không thể lấy tài sản của công ty X được. Ngược lại, công ty X làm ăn mà bị nợ, thì tự lấy tài sản của công ty mà trả. Doanh nhân A không có liên quan.

Cổ đông được gì?

Nếu chỉ dừng lại ở đây thì quả là thiếu sót lớn. Vì có người sẽ đặt câu hỏi: “Doanh nhân A vì lý do gì mà phải tự phân tách tài sản như thế?”. Câu trả lời đơn giản lắm: Lợi nhuận! Nếu công ty này làm ăn có lời, doanh nhân A sẽ... lấy hết! (tất nhiên sau khi đã thực hiện xong các nghĩa vụ với các bên có liên quan). Đó cũng chính là động lực để ông A phải “cho” công ty X, để công ty này “ra riêng”. Mặt khác, công ty X không phải là một con người thực sự, mà chỉ là một khái niệm do pháp luật tạo ra (pháp nhân). Do vậy, muốn kiếm lời, ông A phải tham gia điều khiển công ty X.

Như vậy, có thể kết luận, cổ đông công ty khi thành lập công ty, bắt buộc phải chuyển quyền sở hữu tài sản cho công ty. Nói nôm na là mất quyền sở hữu đối với khối tài sản. Đổi lại, cổ đông sẽ được quyền hưởng lợi nhuận và quyền quản trị.

Bán công ty là bán gì?

Doanh nhân A không muốn kinh doanh nữa, thì có thể bán công ty cho doanh nhân B. Ông A sẽ đặt vấn đề như sau: “*Tôi có đứa con là công ty X. Nó rất ngoan. Làm có bao nhiêu tiền lời, nó cũng đều đưa tôi cả mà không có giữ lại. Lúc trước tôi cho nó x đồng. Giờ ông có muốn lấy tiền lời của công ty X không? Nếu có thì ông trả lại x đồng cho tôi, rồi ông thay tôi mà hưởng lợi nhuận*”. Như vậy ta thấy, bản chất là ông A bán cho ông B các quyền lợi của mình tại công ty. Để có các quyền lợi này, ông A đã phải đầu tư. Nay, ông B muốn có các quyền này, thì trả lại khoản đầu tư cho ông A. Chuyện này không liên quan gì đến tài sản của công ty X.

Giá cả mua bán các quyền lợi tại công ty X giữa ông A và ông B như thế nào là chuyện của các bên. Công ty không quan tâm và xã hội cũng không cần quan tâm. Điều này xuất phát từ hai lẽ sau đây:

Một là: Câu chuyện này chỉ ảnh hưởng đến ông A. Vì ông A muốn có các quyền hưởng lợi và quản trị tại công ty X thì phải đầu tư x đồng. Nay, ông A chịu bán quyền đó cho người ta nhằm mục đích thu hồi vốn đã đầu tư. Nếu bán nhiều hơn x đồng thì ông có lời, nếu bán ít hơn x đồng thì coi như ông bị lỗ.

Hai là: Câu chuyện này không ảnh hưởng gì tới công ty và xã hội. Công ty làm có lãi thì không được giữ lại, nên việc đưa tiền lời cho ông A hay ông B, ông C nào đó thì bản chất cũng như nhau.

Điều mà xã hội quan tâm là tài sản trong công ty X vì đó chính là cái dùng để trả nợ. Nhưng chuyện mua bán chỉ liên quan đến quyền hưởng lợi nhuận và quản trị mà không liên quan đến tài sản, nên xã hội cũng không cần quan tâm.

Bán công ty với giá 1 USD có trái luật không?

Với những gì vừa phân tích, nếu bán công ty với giá 1 USD thì có nghĩa là doanh nhân A chấp nhận bỏ đi toàn bộ số tiền đầu tư lúc đầu. Việc mua bán công ty được nhìn nhận từ hai góc độ:

Thứ nhất, góc độ kinh tế:

Người mua đạt được lợi ích gì khi mua công ty này? Thông thường, công ty này đang ở trong tình trạng rất khó khăn, làm ăn thua lỗ và không có lợi nhuận. Bản chất của việc mua bán này là mua quyền hưởng lợi. Tuy nhiên, công ty này đang làm ăn không có lời nên doanh nhân A mới bán với giá tượng trưng như vậy. Nhưng đó là ông A, còn ông B thì khác. Ông này thấy được triển vọng của việc phát triển. Triển vọng này có thể có được nhờ những hướng đi mới cộng với tình trạng tài chính tốt của ông B. Để vực dậy công ty X, ông B sẵn sàng bỏ thêm vốn vào công ty X. Vì nếu thành công, ông B sẽ có lợi rất lớn. Vì ông B không cần phải đầu tư cho phần đầu tư lúc đầu mà chỉ tiếp quản những gì còn lại của ông A.

Như vậy, khi mua công ty với giá 1 USD, người mua phải chuẩn bị phương án kinh doanh và tiền.

Thứ hai, góc độ pháp lý:

Chúng ta chỉ quan tâm đến trách nhiệm của công ty trong việc trả nợ cho các chủ nợ. Giả sử ông A không bán công ty, thì khi công ty vỡ nợ, ông vẫn không trả nợ thay cho công ty (vì là trách nhiệm hữu hạn). Cho nên khi ông A bán công ty cho ông B thì cũng không ảnh hưởng gì đến tình trạng nợ nần của công ty vì hai ông không mua bán tài sản của công ty mà mua bán quyền hưởng lợi nhuận. Việc ông B không có tài sản hay không có phương án kinh doanh cũng không ảnh hưởng gì đến khả năng trả nợ của công ty.

Tóm lại, trong công ty luôn có sự phân tách về tài sản và trách nhiệm với cổ đông. Vì vậy, việc chuyển nhượng cổ phần không ảnh hưởng đến khả năng trả nợ của công ty. Điều cần nói là việc mua bán cả một công ty mà chỉ với giá 1 USD! Và càng lạ hơn khi người đi mua lại không có tiền và cũng không có phương án kinh doanh. Điều này xét dưới góc độ kinh tế là không ổn, nhưng nếu bàn dưới góc độ pháp luật thì không có vấn đề gì. Trên thực tế, có thể việc người mua không có phương án kinh doanh và cũng không có một nguồn vốn lớn sẽ rất khó để vực dậy công ty đang lâm vào tình trạng khó khăn nhưng công dân được phép làm những gì luật không cấm!

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Bán công ty giá 1 USD có trái luật? Báo Diễn đàn doanh nghiệp, ngày 08/8/2012

b) Cổ phần ưu đãi:

Về nguyên tắc, các cổ đông sở hữu cổ phần phổ thông có các quyền và nghĩa vụ như nhau. Các quyền của cổ đông phổ thông gồm hai nhóm quyền cơ bản là nhóm quyền về tài sản và quyền quản lý công ty. Tuy nhiên, trong quá trình hoạt động sẽ có lúc công ty có nhu cầu về vốn. Một vấn đề đặt ra là làm sao huy động được vốn cho công ty mà không làm thay đổi quyền quản lý trong công ty. Mặt khác, trong xã hội người có những khoản tiền nhàn rỗi và họ muốn khoản tiền đó sinh lợi. Họ có thể lựa chọn giữa việc đem gửi ngân hàng để hưởng lợi nhuận hoặc đầu tư vào công ty cổ phần, và họ cũng không quan tâm đến vấn đề quản lý công ty. Từ những nhu cầu như vậy mà cổ phần ưu đãi ra đời.

Tên gọi là cổ phần ưu đãi dễ tạo cảm giác đây là loại cổ phần được ưu đãi hơn so với cổ phần phổ thông. Vấn đề không phải như vậy. Chúng ta nhìn nhận về các quyền và nghĩa vụ cơ bản của cổ đông phổ thông. Nói cách khác, cổ phần phổ thông là gốc, là xuất phát điểm để trên cơ sở đó, người ta thay đổi một vài đặc tính của loại cổ phần này sẽ dẫn đến sự ra đời của các loại cổ phần ưu đãi¹. Khi tạo ra cổ phần ưu đãi, cổ phần này sẽ có một số quyền được ưu đãi hơn so với cổ phần phổ thông, ví dụ cổ tức cao hơn, được ưu tiên hoàn lại vốn... Tuy nhiên, để bảo đảm công bằng giữa các cổ đông, cổ phần ưu đãi sẽ bị hạn chế một số quyền nhất định để tổng các quyền của cổ phần ưu đãi cũng bằng với cổ phần phổ thông.

Khi nghiên cứu về các cổ phần ưu đãi cụ thể, chúng ta sẽ lần lượt tìm hiểu nó là gì? Ai có quyền sở hữu? Các ưu đãi và hạn chế của người sở hữu loại cổ phần ưu đãi này so với cổ phần phổ thông?...

Theo khoản 2 Điều 113 Luật Doanh nghiệp năm 2014, các loại cổ phần ưu đãi là: Cổ phần ưu đãi biểu quyết; Cổ phần ưu đãi cổ tức; Cổ phần ưu đãi hoàn lại; Cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định.

- *Cổ phần ưu đãi biểu quyết:*

Cổ phần ưu đãi biểu quyết là loại cổ phần có số phiếu biểu quyết nhiều hơn so với cổ phần phổ thông.

Dựa trên nguyên lý lấy cổ phần phổ thông làm gốc, pháp luật về doanh nghiệp Việt Nam ghi nhận ưu đãi của loại cổ phần ưu đãi

1. Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung: *Công ty: Vốn, quản lý và tranh chấp*, Sđd, tr.172.

biểu quyết là “*có số phiếu biểu quyết cao hơn so với cổ phần phổ thông*”. Tuy vậy, cao hơn bao nhiêu, cụ thể sẽ do Điều lệ công ty quy định (khoản 1 Điều 116 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Thoạt nhìn, loại cổ phần này không có bất kỳ sự hạn chế nào. Tuy vậy, các hạn chế này của cổ phần ưu đãi biểu quyết thể hiện qua việc nghiên cứu quyền, nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi biểu quyết.

Người sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết được gọi là cổ đông ưu đãi biểu quyết. Tuy vậy, chỉ có tổ chức được Chính phủ ủy quyền và cổ đông sáng lập mới được quyền sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết (khoản 3 Điều 113 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

(i) *Cổ đông sáng lập*: là cổ đông sở hữu ít nhất một cổ phần phổ thông và ký tên trong danh sách cổ đông sáng lập công ty cổ phần (khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Luật Doanh nghiệp năm 2014 phân biệt rõ vai trò của các cổ đông và cổ đông sáng lập. Theo đó, cổ đông sáng lập được hiểu là những người đầu tiên có ý tưởng về việc thành lập doanh nghiệp, là người khởi xướng thành lập, người hoạch định đường lối hoạt động của công ty trong thời gian đầu. Vai trò của loại cổ đông này trong buổi đầu hoạt động của công ty là rất quan trọng. Cụ thể:

“*Công ty cổ phần mới thành lập phải có ít nhất 03 cổ đông sáng lập; công ty cổ phần được chuyển đổi từ doanh nghiệp nhà nước hoặc từ công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc được chia, tách, hợp nhất, sáp nhập từ công ty cổ phần khác không nhất thiết phải có cổ đông sáng lập...*” (khoản 1 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Tuy nhiên, công ty cổ phần là loại công ty đổi vốn. Có nghĩa các vấn đề trong việc quản lý điều hành của công ty cổ phần dựa trên cơ sở vốn góp vào công ty. Ai góp nhiều thì có quyền biểu quyết cao và ngược lại. Nguyên tắc này được áp dụng cho mọi cổ đông trong công ty. Tuy vậy, cổ đông sáng lập có vai trò quan trọng trong thời gian đầu của công ty. Nhưng không phải lúc nào các cổ đông sáng lập cũng có đủ tiềm lực tài chính để có thể đầu tư tới mức kiểm soát được công ty. Cổ phần ưu đãi biểu quyết được nhìn nhận như là một trong những giải pháp cho bài toán này. Tuy nhiên, ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chỉ có hiệu lực trong ba năm. Ba năm được coi là một khoảng thời gian đủ để công ty từ chỗ mới ra đời đến lúc tạo được chỗ đứng trên thương trường.

Chỉ có tổ chức được Chính phủ ủy quyền và cổ đông sáng lập được quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết. Ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chỉ có hiệu lực trong ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau thời hạn đó, cổ phần ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chuyển đổi thành cổ phần phổ thông (khoản 3 Điều 113 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

(ii) *Tổ chức được Chính phủ ủy quyền*: Khác với cổ đông sáng lập, Luật Doanh nghiệp năm 2014 không giới hạn thời gian mà cổ đông này (tổ chức do Chính phủ ủy quyền) được sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết. Cổ đông sáng lập, với đặc thù của cá nhân, việc sở hữu loại cổ phần ưu đãi biểu quyết dễ dàng được chấp thuận. Nhưng tổ chức do Chính phủ ủy quyền tại sao cũng được sở hữu loại cổ phần ưu đãi này? Xuất phát từ nhu cầu quản lý của Nhà nước, “Nền kinh tế Việt Nam là kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa...” (khoản 1 Điều 51 Hiến pháp năm 2013),

“Nhà nước... điều tiết nền kinh tế...” (Điều 52 Hiến pháp năm 2013), trong một số ngành, nghề, lĩnh vực quan trọng có sự tham gia của Nhà nước thông qua các tổ chức do Chính phủ ủy quyền. Tuy nhiên, cũng tương tự như cổ đông sáng lập, Nhà nước có nhu cầu kiểm soát công ty nhưng vốn đầu tư vào doanh nghiệp thấp. Và đó cũng là lý do để tổ chức do Chính phủ ủy quyền được quyền sở hữu loại cổ phần này.

Dưới góc độ một nhà đầu tư, mục tiêu khi tham gia thương trường là lợi nhuận. Một trong những vấn đề then chốt là đầu tư càng nhiều thì rủi ro càng cao, đặc biệt khi tiền của mình đầu tư nhưng lại giao cho người khác sử dụng, quản lý.

Như đã đề cập, quyền biểu quyết trong các công ty đối vốn tỷ lệ thuận với vốn góp. Và việc sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết được nhìn nhận như một ngoại lệ của nguyên tắc này. Cần phải xác định cổ phần ưu đãi biểu quyết nếu sử dụng thích hợp sẽ tạo nên lợi ích to lớn, nhưng nếu lạm dụng thì nguy cơ bị tẩy chay từ phía các nhà đầu tư là có thật. Vấn đề là phải có một chiến lược phát hành cổ phần với tỷ lệ cổ phần ưu đãi biểu quyết thích hợp.

CÂN ĐỐI GIỮA CỔ PHẦN PHỔ THÔNG VÀ CỔ PHẦN ƯU ĐÃI BIỂU QUYẾT¹

Đối với cổ đông sáng lập, loại cổ phần này giúp họ có thể chi phối công ty ngay cả khi không có tỷ lệ vốn cổ phần chi phối. Chẳng hạn, các cổ đông sáng lập muốn thành lập công ty

1. Phần này được trích từ PGS. TS. Phan Huy Hồng: *Tập bài giảng môn Chủ thể kinh doanh*, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, lưu hành nội bộ, 2010, tr.111.

cổ phần với vốn điều lệ là 10 tỷ đồng chia thành 1 triệu cổ phần mệnh giá 10.000 đồng. Họ chỉ có thể cùng nhau đầu tư để nắm giữ một tỷ lệ vốn cổ phần khoảng 40% nhưng lại muốn có khả năng chi phối công ty. Họ có thể chọn một cấu trúc vốn như sau: 70% vốn cổ phần là cổ phần phổ thông, trong đó họ nắm giữ 20% ($20 \times 70 : 100 = 14\%$ [trong tổng vốn điều lệ]); 30% vốn cổ phần là cổ phần ưu đãi biểu quyết với 2 phiếu biểu quyết mỗi cổ phần do họ nắm giữ. Như vậy với vốn cổ phần của mình trong vốn điều lệ bằng 44%, các cổ đông sáng lập có tỷ lệ phiếu biểu quyết là 74/56 và có thể chi phối công ty.

Đối với Nhà nước, loại cổ phần này đặc biệt phù hợp với trường hợp cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước, theo đó Nhà nước muốn bán phần lớn cổ phần, nhưng vẫn giữ quyền chi phối công ty¹. Tương tự như ví dụ trên, Nhà nước chỉ cần nắm giữ một tỷ lệ vốn cổ phần thấp hơn 50% nhưng vẫn có khả năng chi phối để định hướng một công ty cổ phần hoạt động trong một lĩnh vực quan trọng đối với nền kinh tế quốc dân. Tỷ lệ vốn cổ phần lớn hơn dành để bán cho người lao động, người quản lý công ty và gọi vốn từ bên ngoài, là một biện pháp để thực hiện tốt chính sách xã hội hóa sở hữu đối với tư liệu sản xuất.

Tuy nhiên, các cổ đông phổ thông khác chỉ chấp nhận “thiệt thòi” đó nếu họ tin tưởng vào triển vọng phát triển của công ty. Việc phát hành loại cổ phần này vì vậy không dễ dàng. Chỉ có một số ít công ty cổ phần có thể làm được điều này hoặc chỉ một số ít trường hợp cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước có thể áp dụng việc phát hành loại cổ phần này.

1. Phần này được trích từ PGS. TS. Phan Huy Hồng: *Tập bài giảng môn Chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.111.

SỐ PHIẾU BIỂU QUYẾT MỚI ĐÚNG

Trong một bài viết trên *Thời báo Kinh tế Sài Gòn* số 40/2011, tác giả dẫn một tranh chấp liên quan đến quyền biểu quyết của cổ đông: *Một công ty cổ phần có 10 cổ đông. Trong đó có 8 cổ đông nắm giữ 70% cổ phần phổ thông và 2 cổ đông còn lại nắm giữ 30% cổ phần phổ thông. Đại hội đồng cổ đông của công ty thông qua quyết định, trong đó tám thành viên tán thành, hai thành viên (đang nắm giữ 30% cổ phần phổ thông) không có ý kiến.*

Có quan điểm cho rằng quyết định này không có giá trị pháp lý vì những người biểu quyết thông qua quyết định chỉ nắm giữ 70% cổ phần có quyền biểu quyết. Trong khi ý kiến của nhóm cổ đông khác thì cho rằng công ty có 10 cổ đông, 8 cổ đông biểu quyết thông qua. Theo khoản 5 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005, “*Trường hợp thông qua quyết định dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản thì quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định*”. 8/10 người thông qua, nên Nghị quyết này là hợp pháp.

Quan điểm của tác giả, khoản 5 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định chưa được rõ ràng, cần sửa quy định này thành: “*Trường hợp thông qua quyết định dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản thì quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua nếu được số cổ đông đại diện cho ít nhất 75% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ đông hiện hữu chấp thuận, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định*”.

Tuy vậy, nếu xét kỹ hơn thì bản chất của vấn đề dường như không phải như vậy.

Trong công ty cổ phần, có hai vấn đề cần lưu ý: (1) Sở hữu trong công ty cổ phần là sở hữu chung theo phần. Các cổ đông của công ty được xác định là các đồng sở hữu của công ty. Do đó, hệ quả là việc quyết định các vấn đề quan trọng trong công ty là do Đại hội đồng cổ đông (bao gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết của công ty) quyết định; (2) Khác với công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên (theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 là từ 2 cho đến 50 thành viên), vốn trong công ty cổ phần được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Nói cách khác, cổ phần là đơn vị nhỏ nhất cấu thành nên vốn điều lệ của công ty cổ phần.

Xuất phát từ chỗ cổ phần là đơn vị nhỏ nhất cấu thành nên vốn điều lệ, luật về công ty cổ phần thiết kế các quyền lợi của cổ đông cũng trên cơ sở này. Cụ thể, ai sở hữu bao nhiêu cổ phần thì sẽ được chia lợi nhuận tương ứng với số cổ phần đó và quyết định các vấn đề khác trong công ty cũng tương ứng với số cổ phần mà họ nắm giữ. Mặt khác, nếu công ty thua lỗ, người nào sở hữu nhiều cổ phần hơn thì sẽ chịu tổn thất nhiều hơn. Điều đó cũng có nghĩa là nếu cùng sở hữu một cổ phần cùng loại thì quyền biểu quyết và quyền hưởng lợi nhuận là như nhau. Như vậy là rất công bằng. Nguyên tắc nền tảng ban đầu là như vậy.

Theo điểm a khoản 1 Điều 79 Luật Doanh nghiệp năm 2005, mỗi cổ phần phổ thông có một phiếu biểu quyết.

Tuy vậy, theo thời gian, nguyên tắc này có một số biến tấu, quyền lợi, nghĩa vụ của thành viên có sự thay đổi một chút với sự ra đời của các loại cổ phần ưu đãi. Liên quan đến vấn đề đang được bàn ở đây, bài viết chỉ đề cập cổ phần ưu đãi biểu quyết.

Như tên gọi, người sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết sẽ được hưởng một ưu đãi - ưu đãi về biểu quyết. Đã gọi là cổ phần ưu đãi (không phải là phổ thông) có nghĩa là nếu công ty có quy định thì mới có loại cổ phần ưu đãi, nếu công ty không có quy định thì sẽ không có. Lý do là nhà làm luật muốn dành các biệt lệ cho những đối tượng đặc biệt trong công ty¹. Cũng vì đó mà số phiếu biểu quyết của mỗi cổ phần loại này sẽ nhiều hơn 1 phiếu. Về mặt pháp lý, pháp luật về doanh nghiệp không ấn định cụ thể mỗi cổ phần ưu đãi biểu quyết có bao nhiêu phiếu biểu quyết mà dành cho các công ty tự quyết định số phiếu cụ thể trong điều lệ của công ty mình.

Về mặt lý luận, giới học thuật gọi công ty cổ phần là một loại hình công ty đối vốn. Có nghĩa là, mọi việc trong công ty cứ căn cứ vào số vốn nhiều hay ít mà quyết định. Một quyết định của công ty được thông qua khi được cổ đông hoặc nhóm cổ đông nắm giữ phần lớn vốn của công ty chấp thuận (theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 là 65% hoặc 75% tùy từng trường hợp).

Tương ứng với mỗi cổ phần, cổ đông sẽ có một phiếu biểu quyết. Một người sở hữu một cổ phần cũng gọi là cổ đông, sở hữu nhiều cổ phần cũng gọi là cổ đông. Có điều giữa một người sở hữu một cổ phần phổ thông và một người sở hữu nhiều cổ phần phổ thông sẽ khác biệt là người này có một phiếu biểu quyết hay nhiều phiếu biểu quyết. Ở đây rút ra một kết luận: hai cổ đông sở hữu số cổ phần phổ thông khác nhau thì sẽ có số phiếu biểu quyết khác nhau tương ứng với số cổ phần phổ thông mà các cổ đông này đang sở hữu.

1. Lưu ý là không phải cổ đông nào cũng có quyền sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết mà chỉ có cổ đông sáng lập và tổ chức do Chính phủ ủy quyền đại diện phần vốn góp tại doanh nghiệp mới được sở hữu.

Quay lại câu chuyện đang tranh chấp. Lập luận cho rằng công ty có 10 cổ đông nên mỗi người có một phiếu biểu quyết và tổng số phiếu biểu quyết của toàn bộ các cổ đông là 10 nên việc 8/10 cổ đông bỏ phiếu tán thành đồng nghĩa với việc nghị quyết này được sự chấp thuận của 80% tổng số phiếu có quyền biểu quyết, quyết định được thông qua, là một sự nhầm lẫn lớn.

Khi đề cập số phiếu có quyền biểu quyết, khoản 5 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005 muốn nói đến quyền biểu quyết tương ứng với số cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi biểu quyết mà cổ đông sở hữu trong công ty. Một điều chắc chắn đã là cổ đông sở hữu cổ phần có quyền biểu quyết (bao gồm cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi biểu quyết) thì cổ đông sẽ có quyền biểu quyết. Nhưng không vì thế mà khẳng định số phiếu mà mỗi người có là bằng nhau. Do đó, dễ dàng kết luận được ý kiến cho rằng 8/10 cổ đông bỏ phiếu đồng ý có nghĩa quyết định được thông qua với tỷ lệ là 80% số phiếu có quyền biểu quyết là sai.

...

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Số phiếu biểu quyết mới đúng, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, số 41/2011.

- Cổ phần ưu đãi cổ tức:

Cổ phần ưu đãi cổ tức là loại cổ phần được ưu đãi về cổ tức so với cổ phần phổ thông (theo Điều 117 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Cách chia cổ tức: Cổ phần ưu đãi cổ tức là cổ phần được trả cổ tức với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông

hoặc mức ổn định hằng năm (khoản 1 Điều 117 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Nhưng thực tế không phải lúc nào cổ tức ưu đãi cũng cao hơn so với cổ phần phổ thông. Vấn đề bắt đầu từ công thức chia cổ tức ưu đãi:

$$CTHN = CTCĐ + CTT$$

Trong đó:

CTHN: Cổ tức hằng năm

CTCĐ: Cổ tức cố định

CTT: Cổ tức thưởng

Về nguyên tắc, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức sẽ được hưởng một mức cố định hằng năm. Ví dụ: x đồng cho mỗi cổ phần. Mức cổ tức cố định này không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh của công ty. Có nghĩa là công ty kinh doanh lãi hay thua lỗ thì cổ đông ưu đãi cổ tức đều được hưởng khoản cố định này. Điểm này thể hiện sự ưu đãi của loại cổ phần này so với cổ phần phổ thông. Tuy nhiên, nếu trong trường hợp một năm tài chính nào đó công ty kinh doanh tốt, mức cổ tức được chia cho cổ phần phổ thông nhiều hơn so với mức cổ tức cố định hằng năm thì cổ đông ưu đãi cổ tức sẽ được hưởng thêm cổ tức thưởng với mục đích làm sao cho cổ tức hằng năm phải cao hơn so với cổ tức của cổ phần phổ thông trong năm tài chính đó.

Ví dụ: Công ty quy định mỗi cổ phần ưu đãi cổ tức sẽ hưởng mức cổ tức cố định hằng năm là 10 đồng cho mỗi cổ phần ưu đãi cổ tức. Giả sử năm 2008 công việc kinh doanh của công ty

thành công. Công ty quyết định cổ tức cho cổ phần phổ thông là 12 đồng. Vì cổ tức của cổ phần ưu đãi cổ tức thấp hơn (10 so với 12) nên công ty phải dành cho cổ phần này cổ tức thưởng để làm sao khi cộng hai khoản đó sẽ cao hơn 12 đồng được chia cho cổ phần phổ thông¹.

Theo quy định tại Điều 93 Luật Doanh nghiệp năm 2005, cổ tức cố định không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh của công ty không có nghĩa là sẽ luôn được trả mà phải thấy dù là cổ phần ưu đãi cổ tức thì cũng phải thỏa mãn những điều kiện chia cổ tức theo Luật Doanh nghiệp. Công ty cổ phần chỉ được trả cổ tức cho cổ đông khi công ty đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật; trích lập các quỹ công ty và bù đắp đủ lỗ trước đó theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty. Sau khi trả hết số cổ tức đã định, công ty vẫn phải bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác đến hạn. Trong trường hợp làm ăn thua lỗ, công ty sẽ không trả cổ tức cho cổ phần ưu đãi cổ tức mà đây được coi là khoản nợ của công ty đối với cổ đông ưu đãi cổ tức.

Đối chiếu với Luật Doanh nghiệp năm 2014, nguyên tắc thanh toán cổ tức có sự thay đổi. Khoản 1, 2 Điều 132 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định:

“1. Cổ tức trả cho cổ phần ưu đãi được thực hiện theo các điều kiện áp dụng riêng cho mỗi loại cổ phần ưu đãi.

2. Cổ tức trả cho cổ phần phổ thông được xác định căn cứ vào số lợi nhuận ròng đã thực hiện và khoản chi trả cổ tức được

1. Xem thêm Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung: *Công ty: Vốn, quản lý và tranh chấp*, *Sổd*, tr.180.

trích từ nguồn lợi nhuận giữ lại của công ty. Công ty cổ phần chỉ được trả cổ tức của cổ phần phổ thông khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Công ty đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;

b) Đã trích lập các quỹ công ty và bù đắp đủ lỗ trước đó theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty;

c) Ngay sau khi trả hết số cổ tức đã định, công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác đến hạn.”

Như vậy, nguyên tắc ưu tiên cho chủ nợ chỉ áp dụng đối với cổ đông phổ thông mà không áp dụng đối với mọi cổ đông trong công ty. Theo tác giả cuốn sách, quy định này đặt ra vấn đề nên tiếp tục xem xét, nghiên cứu bởi hai lẽ sau:

Một là: Các ưu đãi mà cổ đông ưu đãi cổ tức có được xuất phát từ mối quan hệ giữa các cổ đông. Nói cách khác, sự ưu đãi về thanh toán cổ tức là ưu đãi so với các cổ đông khác. Các thỏa thuận này chỉ có ý nghĩa trong nội bộ các cổ đông với nhau. Trong tương quan với chủ nợ, họ là những người có nghĩa vụ. Họ phải thực hiện nghĩa vụ với chủ nợ.

Hai là: Việc thanh toán cổ tức, cho dù là cổ tức ưu đãi là đi ngược lại với các nguyên tắc được quy định trong Bộ luật Dân sự và pháp luật về phá sản¹.

- *Cổ phần ưu đãi hoàn lại:*

Cổ phần ưu đãi hoàn lại là cổ phần được công ty hoàn lại vốn góp bất cứ khi nào theo yêu cầu của người sở hữu hoặc theo

1. Xem thêm Điều 47, 48 và 59 Luật Phá sản năm 2014.

các điều kiện được ghi tại cổ phiếu của cổ phần ưu đãi hoàn lại (khoản 1 Điều 118 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Ưu đãi của cổ phần này so với cổ phần phổ thông được thể hiện ở yếu tố “hoàn lại”. Trong một môi trường kinh doanh đầy biến động thì nhu cầu rút lại vốn đã góp là một nhu cầu chính đáng. Theo đó, việc rút lại phần vốn đã đầu tư vào công ty cổ phần được thể hiện theo một trong hai cách sau đây:

Hoàn lại bất cứ khi nào theo yêu cầu của người sở hữu.

Hoàn lại theo những điều kiện đã được ghi nhận sẵn trong cổ phiếu của cổ phần ưu đãi.

Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại có các quyền khác như cổ đông phổ thông trừ các quyền biểu quyết, dự họp Đại hội đồng cổ đông, đề cử người vào Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát.

III. TỔ CHỨC QUẢN LÝ TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN

Đa số những doanh nghiệp chủ yếu làm ăn bằng tiền của mình và chỉ bổ nhiệm người của gia đình vào các vị trí then chốt thì thường sẽ khó vươn tới tầm cao. Muốn phát triển lớn mạnh và trường tồn, doanh nghiệp phải sử dụng cả tiền của “thiên hạ” và bổ nhiệm cả “người ngoài”. Khi đó, nhất thiết doanh nghiệp phải được quản trị chuyên nghiệp, và muốn vậy thì phải phân định và tiến tới tách bạch “quyền sở hữu” công ty với “quyền quản lý” công ty. Cho nên, ngạn ngữ có câu: “Muốn đi nhanh, bạn hãy đi một mình, muốn đi xa, bạn phải đi cùng người khác”. Để có thể “đi cùng người khác” - một điều kiện tất yếu để phát triển lớn mạnh và trường tồn - doanh nghiệp nhất thiết sẽ phải chuyển từ “quản trị theo cảm tính” sang “quản trị theo khoa học”, chuyển từ thể chế “gia đình trị” sang “cơ chế trị”.

Và một trong những con đường tối ưu cho việc chuyển đổi này là nghiên cứu và áp dụng “quản trị công ty”¹.

Khác với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần là một loại hình doanh nghiệp trong đó không giới hạn số lượng cổ đông. Trong những công ty có số lượng cổ đông lên đến hàng ngàn người (hoặc thậm chí là nhiều hơn), các cổ đông, chủ sở hữu của công ty không thể tự mình cùng tham gia quản lý công ty. Do vậy, việc quản lý công ty phải trao lại cho các cơ quan quan khác như Hội đồng Quản trị, Giám đốc... Nghịch lý của công ty cổ phần là những người sở hữu thì không quản lý tài sản, trong khi những người trực tiếp quản lý thì lại không phải là chủ sở hữu. Giải quyết nghịch lý này để bảo đảm rằng hoạt động của công ty thuận lợi, quyền, lợi ích hợp pháp của cổ đông không bị xâm hại, người quản lý không trục lợi bất chính từ quá trình quản lý chính là vai trò của quản trị công ty.

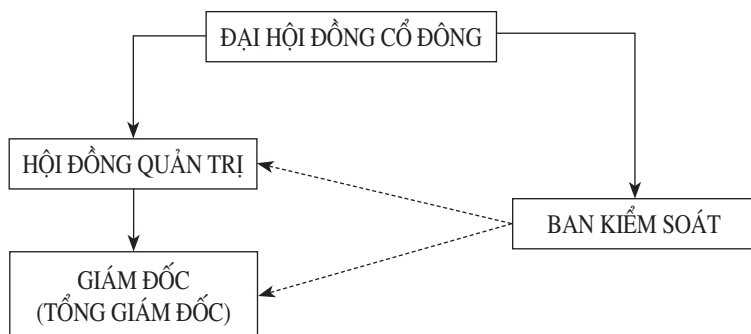
So với Luật Doanh nghiệp năm 2005, vấn đề quản trị công ty cổ phần trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 có nhiều thay đổi. Mặc dù các cơ quan quản lý trong công ty vẫn là Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng Quản trị và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, tuy vậy đã có sự khác biệt trong việc thành lập ra các cơ quan này cũng như sự tồn tại hay không của Ban Kiểm soát².

Theo quy định tại Điều 134 Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty cổ phần được lựa chọn việc quản lý theo một trong hai mô hình sau:

1. Lời giới thiệu của *Gián Tư Trung* cho tác phẩm *Kiểm soát quản trị của Bob Tricker*, Nxb. Thời đại, Hà Nội, 2012, tr.9.

2. Điều 95 Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Điều 134 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

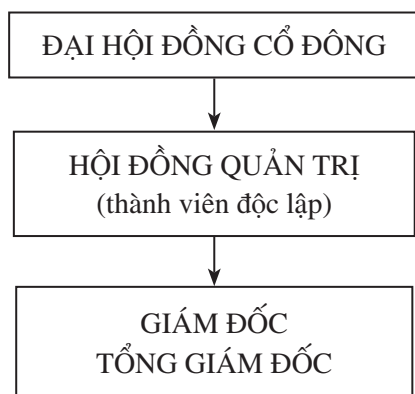
Mô hình 1



Sơ đồ cơ cấu tổ chức của công ty cổ phần theo mô hình 1

Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng Quản trị, Ban Kiểm soát và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Trường hợp công ty cổ phần có dưới 11 cổ đông và các cổ đông là tổ chức sở hữu dưới 50% tổng số cổ phần của công ty thì không bắt buộc phải có Ban Kiểm soát.

Mô hình 2



Sơ đồ khái quát cơ cấu tổ chức của công ty cổ phần theo mô hình 2

Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng Quản trị và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Trường hợp này ít nhất 20% số thành viên Hội đồng Quản trị phải là thành viên độc lập và có Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc Hội đồng Quản trị. Các thành viên độc lập thực hiện chức năng giám sát và tổ chức thực hiện kiểm soát đối với việc quản lý điều hành công ty.

Sự khác biệt lớn nhất liên quan đến vấn đề quản lý công ty cổ phần giữa Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014 là việc Luật Doanh nghiệp năm 2014 dành cho các bên quyền được lựa chọn mô hình quản lý tùy vào nhu cầu và hoàn cảnh cụ thể của mình.

1. Đại hội đồng cổ đông

1.1. Thành phần 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 (khoản 1 Điều 135 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Khác với Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn, Đại hội đồng cổ đông trong công ty cổ phần không bao gồm mọi cổ đông mà chỉ bao gồm các cổ đông có quyền biểu quyết, cụ thể là các cổ đông phổ thông và các cổ đông ưu đãi biểu quyết.

Với đặc trưng số lượng cổ đông không hạn chế, các cổ đông của công ty không thể tham gia việc quản lý công ty một cách thường xuyên. Do đó, Đại hội đồng cổ đông thực hiện chức năng của mình thông qua các cuộc họp. Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông có thể là cuộc họp thường niên hoặc cuộc họp bất thường. Về nguyên tắc, Luật dành cho các bên quyền tự quyết định về

cuộc họp thường niên của Đại hội đồng cổ đông thông qua Điều lệ của công ty. Tuy nhiên, Đại hội đồng cổ đông ít nhất mỗi năm phải họp một lần.

Đại hội đồng cổ đông phải họp thường niên trong thời hạn bốn tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính. Theo đề nghị của Hội đồng Quản trị, cơ quan đăng ký kinh doanh có thể gia hạn, nhưng không quá sáu tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính (khoản 2 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Tuy vậy, có một sự thay đổi liên quan đến địa điểm họp Đại hội đồng cổ đông giữa Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014. Theo đó, địa điểm họp Đại hội đồng cổ đông phải ở trên lãnh thổ Việt Nam. Trường hợp cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được tổ chức đồng thời ở nhiều địa điểm khác nhau thì địa điểm họp Đại hội đồng cổ đông được xác định là nơi chủ tọa tham dự họp (khoản 1 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Nếu theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, việc tổ chức Đại hội đồng cổ đông chỉ ở một địa điểm tập trung trên lãnh thổ Việt Nam, thì với quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, các bên có quyền tiến hành cuộc họp tại nhiều địa điểm khác nhau. Theo tác giả cuốn sách, quy định này giúp các bên thuận lợi hơn trong việc tiến hành cuộc họp, đặc biệt là các công ty có số lượng cổ đông lớn và nằm rải rác ở nhiều địa phương khác nhau.

Để có thể tiến hành cuộc họp Đại hội đồng cổ đông ở nhiều địa điểm khác nhau, có thể tiến hành thông qua hình thức “Video Conference” hoặc các hình thức tương tự. Mặc dù Điều 143 Luật Doanh nghiệp năm 2014 không định nghĩa thế nào là biểu quyết tại cuộc họp, nhưng với việc mở ra khả năng

tiến hành cuộc họp Đại hội đồng cổ đông đồng thời ở nhiều địa điểm khác nhau thì biểu quyết thông qua quyết định sẽ không chỉ là hình thức biểu quyết như hiện nay mà sẽ có khả năng áp dụng cách thức như biểu quyết thông qua internet hoặc các phương thức tương tự khác.

Trong báo cáo năm 2007 về quản trị doanh nghiệp ở châu Á, Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) đưa ra khảo sát về bốn hình thức thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông, gồm: (i) Biểu quyết thông qua người đại diện, (ii) Thư tín, (iii) Email và các phương thức điện tử khác, (iv) Điện thoại/ Video Conference, đối với hai hình thức sau, rất ít quốc gia quy định. Cụ thể:

- Biểu quyết bằng email: 4/13 quốc gia áp dụng;
- Biểu quyết bằng điện thoại/Video Conference: 1/13 quốc gia áp dụng (Xingapo). Đây cũng là quốc gia duy nhất trong 13 quốc gia được khảo sát là áp dụng cả bốn hình thức biểu quyết trên¹.

1.2. Triệu tập Đại hội đồng cổ đông

Đại hội đồng cổ đông có thể họp thường niên hoặc bất thường. Về nguyên tắc, thẩm quyền triệu tập Đại hội đồng cổ đông thuộc về Hội đồng Quản trị (Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Điều lệ công ty, khi xảy ra những trường hợp cần phải họp Đại hội đồng cổ đông bất thường thì Hội đồng Quản trị phải

1. OECD: *Asia: Overview Corporate Governance Frameworks in 2007*, <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/40162910.pdf>, truy cập ngày 18/02/2015.

triệu tập Đại hội đồng cổ đông. Các trường hợp này được liệt kê tại khoản 3 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thời hạn thì Hội đồng Quản trị triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày số thành viên Hội đồng Quản trị còn lại ít hơn số thành viên theo quy định của pháp luật hoặc nhận được yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất 6 tháng hoặc của Ban Kiểm soát (khoản 4 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Trường hợp Hội đồng Quản trị không triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông theo quy định thì Chủ tịch Hội đồng Quản trị và các thành viên Hội đồng Quản trị phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và phải bồi thường thiệt hại phát sinh cho công ty (khoản 4 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Trường hợp Hội đồng Quản trị không triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông theo quy định tại khoản 4 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì trong thời hạn 30 ngày tiếp theo, Ban Kiểm soát thay thế Hội đồng Quản trị triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Trường hợp Ban Kiểm soát không triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông theo quy định thì Ban Kiểm soát phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và bồi thường thiệt hại phát sinh cho công ty.

Trường hợp Ban Kiểm soát không triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông theo quy định tại khoản 5 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông theo quy định tại khoản 2 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014 có quyền đại diện công ty triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 (Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

CỔ ĐÔNG “CHỐI TỪ” TÂN GIÁM ĐỐC

Công ty cổ phần khách sạn du lịch Bạch Đằng do ông P là Chủ tịch Hội đồng Quản trị và ông L là Giám đốc.

Tuy vậy, ông L đã làm Giám đốc của công ty này trong một thời gian dài kể từ khi công ty chưa cổ phần hóa (Công ty khách sạn du lịch Bạch Đằng, tiền thân của Công ty cổ phần khách sạn du lịch Bạch Đằng sau này - giai đoạn từ 1994 đến 2004). Trong thời gian ấy, dù có vị trí kinh doanh khách sạn đẹp nhất nhì Hải Phòng nhưng công ty do ông L làm Giám đốc vẫn lập kỷ lục... lỗ 10 năm liên tục! Do vậy, nhiều lao động đã nghỉ việc hoặc tìm việc khác. Những người ở lại thì luôn nghi ngờ năng lực của vị Giám đốc.

Vì lý do ấy khi cổ phần hóa, người lao động cũng không tha thiết. Nhiều lao động đã bán số cổ phần của họ cho những nhà đầu tư khác, trong đó có ông P và ông L nhưng họ vẫn không bỏ phiếu cho ông L. Kết quả là ông L - dù mua được cổ phần của nhiều cổ đông - đã không trúng cử để trở thành Chủ tịch Hội đồng Quản trị. Mà người được bầu vào chức danh này lại là ông P, nguyên Phó Giám đốc công ty.

Ngày 02/7/2005, một nhóm cổ đông của công ty cổ phần khách sạn du lịch Bạch Đằng - trong đó có gia đình ông L - đã tự tổ chức một Đại hội cổ đông bất thường. Nghị quyết của đại hội bất thường này đã “phế truất” Hội đồng Quản trị do ông P làm Chủ tịch và bầu một Hội đồng Quản trị mới. Hội đồng Quản trị này sau đó đã bầu ông L làm Chủ tịch. Nghị quyết Đại hội đồng cổ đông bất thường do số cổ đông đại diện cho 53,4% vốn điều lệ của công ty thông qua.

Hội đồng Quản trị do ông P làm Chủ tịch đã không thừa nhận tính hợp pháp của nghị quyết của đại hội bất thường, từ chối bàn giao quyền lực công ty cho ông L. Đồng thời, Hội đồng Quản trị do ông P làm Chủ tịch đã xuất trình một văn bản ủng hộ Hội đồng Quản trị có chữ ký các cổ đông đại diện cho 54,3% vốn điều lệ công ty.

Ngày 10/6/2006, ông L cho dán thông báo dừng kinh doanh trước cửa Công ty cổ phần khách sạn du lịch Bạch Đằng. Nội dung: do Hội đồng Quản trị cũ không bàn giao con dấu pháp nhân nên công ty ngừng kinh doanh đến khi có con dấu mới.

Theo nguồn: Diễn đàn doanh nghiệp, ngày 15/6/2006.

Những vấn đề đặt ra:

Quyền dự họp và quyền triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông Điều kiện và thể thức tiến hành của Đại hội đồng cổ đông

a) Quyền dự họp và quyền triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông:

Pháp luật thừa nhận cổ đông (phổ thông) có quyền tham dự và biểu quyết các vấn đề liên quan tại cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông. Tuy vậy, quyền tham dự cuộc họp và quyền triệu tập cuộc họp Đại hội đồng cổ đông là hai quyền hoàn toàn khác nhau. Theo quy định tại Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014, cổ đông không có quyền triệu tập cuộc họp. Mà quyền triệu tập là quyền của Hội đồng Quản trị. Vấn đề mấu chốt nhất của tranh chấp là “ngày 02/7/2005, một nhóm cổ đông của Công ty cổ phần khách sạn du lịch Bạch Đằng - trong đó có gia đình ông L - đã tự tổ chức Đại hội cổ đông bất thường”.

Như vậy, cuộc họp Đại hội đồng cổ đông ngày 02/7/2005 của Công ty cổ phần khách sạn du lịch Bạch Đằng đã vi phạm nghiêm trọng thủ tục tiến hành cuộc họp khi các cổ đông tự nhóm họp mà không phải được tiến hành bởi sự triệu tập của Hội đồng Quản trị. Vì lẽ đó, cuộc họp này không có giá trị pháp lý.

Điều kiện căn bản để cuộc họp Đại hội đồng cổ đông có giá trị pháp lý là phải thỏa mãn đồng thời hai tiêu chí:

- *Tuân thủ trình tự triệu tập và tiến hành theo quy định của Luật Doanh nghiệp,*

- *Bảo đảm yêu cầu về sự hiện diện tối thiểu của cổ đông xác định dựa trên số phiếu biểu quyết mà cổ đông sở hữu theo quy định¹.*

Cần lưu ý một ngoại lệ quan trọng mà Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định. Đó là: “*Các quyết định được thông qua tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông với số cổ đông trực tiếp và ủy quyền tham dự đại diện 100% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết là hợp pháp và có hiệu lực ngay cả khi trình tự và thủ tục triệu tập, nội dung chương trình họp và thể thức tiến hành họp không được thực hiện đúng như quy định*” (khoản 2 Điều 148 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

b) Điều kiện và thể thức tiến hành của Đại hội đồng cổ đông:

Đại hội đồng cổ đông là cơ quan bao gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết trong công ty và là cơ quan quyết định cao nhất. Do đó, để cho cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông có hiệu lực thì phải thỏa mãn một số điều kiện theo quy định của pháp luật. Có hai lưu ý có liên quan:

1. Theo Điều 141, Điều 144, khoản 1 Điều 147 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Thứ nhất: Về nguyên tắc, Điều lệ công ty có thể quy định tỷ lệ cổ đông dự họp cụ thể để tiến hành Đại hội đồng cổ đông. Tuy vậy, phải bảo đảm tỷ lệ tối thiểu mà Luật Doanh nghiệp yêu cầu.

Thứ hai: Trong trường hợp Điều lệ công ty không quy định khác thì mới áp dụng điều kiện do Luật Doanh nghiệp quy định.

Cụ thể:

Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định (khoản 1 Điều 141 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Tuy nhiên, không loại trừ trường hợp Đại hội đồng cổ đông không tiến hành được vì không có đủ số thành viên dự họp theo quy định. Do vậy, Luật quy định cuộc họp Đại hội đồng cổ đông có thể được triệu tập lần thứ hai hoặc thậm chí là lần thứ ba theo quy định sau đây:

Trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến hành theo quy định tại khoản 1 Điều 141 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất, nếu Điều lệ công ty không quy định khác. Cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông triệu tập lần thứ hai được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 33% tổng số phiếu biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Trường hợp cuộc họp triệu tập lần thứ hai không đủ điều kiện tiến hành theo quy định tại khoản 2 Điều 141 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì được triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai, nếu Điều lệ công ty không quy định khác. Trường hợp này, cuộc họp của Đại hội đồng cổ đông được tiến hành không phụ thuộc vào tổng số

phiếu biểu quyết của các cổ đông dự họp (khoản 2, 3 Điều 141 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Công ty cổ phần là một loại công ty đối vốn. Do vậy điều kiện có hiệu lực của Đại hội đồng cổ đông dựa trên cơ sở vốn mà không cần quan tâm số lượng thành viên là bao nhiêu.

KHUẤT TẮT SAU MỘT VỤ TRANH CHẤP CỔ PHẦN

Công ty cổ phần gồm sứ Thái Bình có vốn điều lệ 2,5 tỷ đồng, chia thành 250.000 cổ phần cho 272 cổ đông.

Tháng 4/2008, Đại hội đồng cổ đông công ty nhất trí thông qua kế hoạch tăng vốn điều lệ từ 2,5 tỷ lên 5 tỷ đồng (chia thành 500.000 cổ phần) theo phương thức phát hành cổ phiếu phổ thông để huy động vốn. Danh sách cổ đông được lập đưa quá nửa số người lao động chưa có cổ phần tại công ty vào trong khi nhiều cổ đông của công ty lại không có tên.

Ngày 15/02/2009, Chủ tịch Hội đồng Quản trị công ty ký nghị quyết chào bán 12.280 đồng/cổ phần. Theo đó, thành viên Hội đồng Quản trị mỗi người được mua 10.000 cổ phần. Chủ tịch Hội đồng Quản trị và Giám đốc được mua thêm 10.000 cổ phần, Phó Giám đốc được mua thêm 5.000 cổ phần, Trưởng, phó các phòng, quản đốc... mỗi người được mua thêm 10.000 cổ phần, kế toán trưởng được mua thêm 5.000 cổ phần, nhân viên quản lý là 2.000 cổ phần/người, người lao động làm việc thường xuyên mỗi người được mua thêm 300 cổ phần.

Xác minh trước Tòa án, chỉ có 40% số người được mua cổ phần theo sự phân chia này là lao động của công ty. Còn các cổ đông không phải là lao động của công ty hoàn toàn không được mua.

Cổ đông của công ty khởi kiện yêu cầu được trả lại quyền mua đúng, mua đủ cổ phần mới phát hành theo tỷ lệ vốn họ đang sở hữu. Nguyên đơn cũng đề nghị tòa hủy Nghị quyết ngày 15/02/2009 về chào bán cổ phần mới.

Chủ tịch Hội đồng Quản trị trình bày, việc phát hành cổ phần mới lần này ưu tiên cho người quản lý và người lao động với mục đích là để gắn thêm trách nhiệm, tâm huyết của người lao động với công ty.

Nguồn: P.Thảo: Khuất tất sau một vụ tranh chấp cổ phần, Báo điện tử Dân trí (dantri.com.vn), ngày 23/5/2009.

1.3. Thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông

Thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông được quy định chi tiết tại khoản 2 Điều 135 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Tương tự như Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn, với bản chất là cơ quan có thẩm quyền cao nhất với cơ chế không thường trực, thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông thể hiện thông qua việc quyết định những chính sách lớn của công ty.

Liên quan đến tình huống nêu trên, cần xác định thẩm quyền của các cơ quan có liên quan trong việc phát hành cổ phần mới trong công ty.

Hội đồng Quản trị có quyền: Kiến nghị loại cổ phần và tổng số cổ phần được quyền chào bán của từng loại (điểm b khoản 2 Điều 149 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Đại hội đồng cổ đông có quyền: Quyết định loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán (điểm b khoản 2 Điều 135 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Hội đồng Quản trị quyết định thời điểm, phương thức và giá chào bán cổ phần trong số cổ phần được quyền chào bán (Điều 125 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Theo các quy định trên, việc quyết định phát hành cổ phần mới để huy động vốn sẽ làm tăng vốn điều lệ của công ty. Cũng có nghĩa sẽ làm cho Điều lệ công ty thay đổi. Do đó, thẩm quyền này phải thuộc về cơ quan cao nhất trong công ty là Đại hội đồng cổ đông.

Mối quan hệ giữa Đại hội đồng cổ đông và Hội đồng Quản trị liên quan đến vấn đề phát hành cổ phần mới được xác định như sau:

Hội đồng Quản trị sẽ đề xuất phương án huy động vốn bằng việc phát hành cổ phần mới, tổng số cổ phần và các loại cổ phần. Đề xuất này sẽ được gửi đến cuộc họp Đại hội đồng cổ đông. Trên cơ sở đề xuất này, Đại hội đồng cổ đông sẽ quyết định chấp thuận hoặc không. Tuy vậy, với quy định tại Điều 135 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ dành cho Đại hội đồng cổ đông quyền quyết định có hay không việc phát hành cổ phần mới. Còn việc quyết định thời điểm bán, giá bán, phương thức bán như thế nào sẽ do Hội đồng Quản trị quyết định.

Quyền mua cổ phần và quyền ưu tiên mua cổ phần là hai quyền khác nhau của những nhóm đối tượng khác nhau. Theo đó, quyền mua cổ phần là quyền của mọi cá nhân, tổ chức không bị pháp luật cấm (khoản 3 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Trong khi đó, quyền ưu tiên mua cổ phần là quyền của các cổ đông hiện hữu trong công ty¹.

1. Điểm c khoản 1 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định cổ đông phổ thông “được ưu tiên mua cổ phần mới chào bán tương ứng với tỷ lệ cổ phần phổ thông của từng cổ đông trong công ty”. Đồng thời, các điều 116, 117, 118 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng ghi nhận các cổ đông ưu đãi có quyền này.

Phân tích trên cho thấy, ngoài cổ đông của công ty, thì các đối tượng khác đều không có quyền ưu tiên này. Trong tình huống Chủ tịch Hội đồng Quản trị dành quyền ưu tiên mua cổ phần cho các thành viên quản lý và người lao động trong công ty cổ phần trong khi lại bỏ qua những cổ đông hiện hữu nêu trên là một hành vi vi phạm pháp luật về doanh nghiệp, vi phạm quyền lợi của các cổ đông công ty.

1.4. Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông

a) Hình thức thông qua quyết định:

Về nguyên tắc, quyết định của Đại hội đồng cổ đông có thể được thông qua dưới hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản. Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì quyết định của Đại hội đồng cổ đông về các vấn đề sau đây phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông (khoản 2 Điều 143 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

- Sửa đổi, bổ sung các nội dung của Điều lệ công ty;
- Định hướng phát triển công ty;
- Loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại;
- Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát;
- Quyết định đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty, hoặc một tỷ lệ, giá trị khác nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định,
- Thông qua báo cáo tài chính hằng năm;
- Tổ chức lại, giải thể công ty.

b) Thông qua quyết định:

Vì Đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định dưới hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản do vậy, tương ứng sẽ có hai cách để thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông:

- Thông qua quyết định trong trường hợp biểu quyết tại cuộc họp:

+ Các trường hợp thông thường:

Các nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông được thông qua khi được số cổ đông đại diện cho ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp tán thành.

+ Các trường hợp quan trọng:

Đối với một số vấn đề quan trọng, ảnh hưởng lớn đến công ty khi Đại hội đồng cổ đông quyết định thông qua thì cần phải đạt một sự đồng thuận cao hơn. Cụ thể, nghị quyết về những nội dung sau đây, nếu Điều lệ công ty không quy định khác, thì sẽ được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp tán thành:

(i) Loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại;

(ii) Thay đổi ngành, nghề và lĩnh vực kinh doanh;

(iii) Thay đổi cơ cấu tổ chức quản lý công ty;

(iv) Dự án đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty, hoặc tỷ lệ, giá trị khác nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định;

(v) Tổ chức lại, giải thể công ty;

(vi) Các vấn đề khác do Điều lệ công ty quy định (khoản 1 Điều 144 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

+ Bầu thành viên Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát:

Khác với hai trường hợp trên, việc biểu quyết bầu thành viên Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát áp dụng phương thức bầu dồn phiếu.

Theo đó, bầu dồn phiếu mỗi cổ đông có tổng số phiếu biểu quyết tương ứng với tổng số cổ phần sở hữu nhân với số thành viên được bầu của Hội đồng Quản trị hoặc Ban Kiểm soát và cổ đông có quyền dồn hết hoặc một phần tổng số phiếu bầu của mình cho một hoặc một số ứng cử viên.

Người trúng cử thành viên Hội đồng Quản trị hoặc Kiểm soát viên được xác định theo số phiếu bầu tính từ cao xuống thấp, bắt đầu từ ứng cử viên có số phiếu bầu cao nhất cho đến khi đủ số thành viên quy định tại Điều lệ công ty (khoản 3 Điều 144 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, kết quả của bầu thành viên Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát vẫn phải dựa trên tỷ lệ phiếu biểu quyết. Tuy nhiên, việc bầu thành viên này khác với việc thông qua quyết định tại khoản 1 và 3 Điều 144 Luật Doanh nghiệp năm 2014 ở hai điểm:

+ Không ấn định một tỷ lệ thông qua cố định mà kết quả được xác định theo từng tình huống cụ thể. Theo đó, Đại hội đồng cổ đông sẽ xác định người trúng cử từ trên xuống dưới mà không cần quan tâm tỷ lệ này có đạt đến 51% hay không.

+ Phương thức tiến hành khác biệt. Theo đó, khoản 1 và 3 Điều 144 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định biểu quyết là

theo phương thức phổ thông, trong khi đó bầu thành viên Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát là phương thức bầu dồn phiếu.

Trường hợp mà có từ hai ứng cử viên trở lên *đạt cùng số phiếu bầu như nhau* để chọn thành viên cuối cùng của Hội đồng Quản trị hoặc Ban Kiểm soát thì sẽ tiến hành bầu lại trong số các ứng cử viên có số phiếu bầu ngang nhau hoặc lựa chọn theo tiêu chí quy chế bầu cử hoặc Điều lệ công ty.

BẦU DỒN PHIẾU: TỶ LỆ BAO NHIÊU THÌ ĐỦ?

Tòa án nhân dân Thành phố H. tuyên hủy một nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông của một công ty cổ phần khi nghị quyết này thông qua việc bầu một thành viên Hội đồng Quản trị với tỷ lệ 62,83% tổng số phiếu biểu quyết của các cổ đông dự họp chấp thuận với lý do: *“Nếu thực hiện việc bầu dồn phiếu thì vẫn phải bảo đảm tỷ lệ 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả các cổ đông dự họp chấp thuận như quy định tại khoản 3 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005”*. Vấn đề dường như không phải như vậy.

Bầu dồn phiếu là gì?

Trong công ty cổ phần, người bỏ vốn thành lập công ty (cổ đông) không trực tiếp quản lý công ty mà việc quản lý được giao cho người khác. Những người này sẽ thay mặt và thực hiện việc quản lý vì lợi ích của cổ đông. Nhưng trong Đại hội đồng cổ đông tồn tại nhiều cổ đông với các nhóm lợi ích khác nhau. Ai cũng muốn có người đại diện trong cơ quan quản lý này để phản ánh tiếng nói của mình. Để thành lập cơ quan này, các cổ đông cùng nhau họp lại để bầu lên cơ quan quản lý (Hội đồng Quản trị) trên cơ sở một danh sách xác định các ứng viên.

Theo đó, người nào nắm vốn nhiều thì đề cử nhiều, cổ đông ít vốn thì đề cử ít người hơn trong danh sách đó.

Pháp luật về công ty quy định cứ mỗi cổ phần thì có một phiếu biểu quyết¹. Như vậy, ai vốn nhiều thì phiếu bầu sẽ nhiều. Giả sử công ty có 3 cổ đông với tỷ lệ là 51%, 38% và 11%. Tình huống là cần bầu 5 thành viên Hội đồng Quản trị trong số 8 ứng viên. Nếu theo cách bầu bình thường, mặc dù cổ đông thứ 3 có đề cử người nhưng họ sẽ không thể đưa người mình đã đề cử vào Hội đồng Quản trị được vì số phiếu của họ quá thấp. Theo nguyên tắc, để bầu năm thành viên, cổ đông thứ 3 sẽ có năm lần bỏ phiếu nhưng cổ đông này chỉ bỏ được cho người mà họ đề cử một lần còn lại sẽ bỏ cho các người khác (do các cổ đông khác đề cử) hoặc là bỏ trống. Nói cách khác, họ chỉ sử dụng 1/5 số phiếu mà họ có.

Như vậy, cách thức bầu bình thường làm cho quyền lợi của các cổ đông nhỏ trong công ty không được bảo đảm. Từ đó, pháp luật về công ty mới có phương pháp bầu dồn phiếu. Theo đó, có sự khác biệt lớn giữa bầu bình thường và bầu dồn phiếu. Cụ thể, trong trường hợp bình thường cổ đông chỉ một lần bầu cho người mà mình đề cử. Với phương thức bầu dồn phiếu, cổ đông số 3 sẽ có quyền cộng dồn tất cả số phiếu mà họ có để bầu cho một hoặc một số người mà họ đề cử². Kết quả số phiếu trong trường hợp này sẽ nhiều hơn so với chỉ sử dụng 1/5 như trường hợp bình thường.

Quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005

Như trên đã phân tích, bầu dồn phiếu đi ra ngoài lề thói thông thường của việc bầu cử. Xuất phát từ việc lấy phiếu “dồn” vào

1. Trừ trường hợp của cổ phần ưu đãi biểu quyết là loại đặc biệt, có nhiều hơn một phiếu.

2. Điểm c khoản 3 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

một chỗ nên người được “đồn” sẽ có phiếu bầu cao và ngược lại. Cũng vì tính chất đặc biệt như vậy, việc thông qua quyết định bằng phương thức này cũng mang tính đặc thù. Theo đó, số người được bầu chính là những người có số phiếu bầu cao nhất.

Trên nguyên tắc như vậy, khoản 3 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua tại cuộc họp được chia làm ba trường hợp: (1) các trường hợp bình thường quyết định được thông qua khi được 65% số phiếu biểu quyết của các cổ đông dự họp chấp thuận, (2) các trường hợp quan trọng (*được liệt kê tại điểm b khoản 3 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005*) là 75%, (3) bầu thành viên Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát là bầu dồn phiếu. Để làm rõ ý này, khoản 4 Điều 29 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngày 01/10/2010 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp quy định: “*Người trúng cử thành viên Hội đồng Quản trị hoặc thành viên Ban Kiểm soát được xác định theo số phiếu bầu tính từ cao xuống thấp, bắt đầu từ ứng cử viên có số phiếu bầu cao nhất cho đến khi đủ số thành viên quy định tại Điều lệ công ty*”.

Trở lại với bản án được đề cập ở trên, cơ quan xét xử đã nhìn vấn đề không theo đúng quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005. Nói một cách dễ hiểu, Đại hội đồng cổ đông thông qua các quyết định của mình bằng hai cách: (1) Biểu quyết tại cuộc họp; (2) Lấy ý kiến bằng văn bản. Các trường hợp bắt buộc phải thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp được quy định tại khoản 2 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005. Khi phải biểu quyết để thông qua quyết định thì tỷ lệ cụ thể được áp dụng đối với các trường hợp khác nhau là khác nhau. Từ đó, Luật Doanh nghiệp năm 2005 chia làm ba trường hợp như

phân tích ở trên. Cần phải nhìn một cách tổng thể như thế để thấy rằng tỷ lệ 65% chỉ áp dụng đối với các trường hợp không được điểm b và điểm c khoản 3 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Bầu dồn phiếu: tỷ lệ bao nhiêu thì đủ, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, ngày 15/12/2011.

	Cổ đông 1 (51%)	Cổ đông 2 (38%)	Cổ đông 3 (11%)	Tổng số
A	51 + 51	0	0	102%
B	51	0	0	51%
C	51	0	0	51%
D	51	0	0	51%
E	0	38 + 38	0	76%
F	0	38 + 38	0	76%
G	0	38	0	38%
H	0	0	11 x 5	55%

Theo phương pháp bầu dồn phiếu thì thành viên có quyền dồn hết số phiếu bầu cho một hoặc một số ứng viên mà thành viên đã chọn. Điều này nhằm tạo cho các cổ đông thiểu số có cơ hội có người đại diện cho mình trong Hội đồng Quản trị, Ban Kiểm soát.

Không phải lúc nào bầu dồn phiếu cũng phát huy tác dụng. Người ta cũng có thể hạn chế ảnh hưởng của bầu dồn phiếu bằng cách:

(i) Số lượng thành viên Hội đồng Quản trị thấp,

(ii) Chia nhỏ việc bầu thành viên Hội đồng Quản trị thành nhiều lần¹.

- Thông qua quyết định bằng cách lấy ý kiến bằng văn bản:

Ngoại trừ các trường hợp bắt buộc thông qua quyết định bằng cách biểu quyết tại cuộc họp theo quy định tại khoản 2 Điều 143 Luật Doanh nghiệp năm 2014, có thể thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông bằng cách lấy ý kiến bằng văn bản trong các trường hợp còn lại.

Theo đó, Hội đồng Quản trị có quyền lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản để thông qua nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông khi xét thấy cần thiết vì lợi ích của công ty. Việc lấy ý kiến bằng văn bản so với việc triệu tập Đại hội đồng cổ đông tiết kiệm được nhiều thời gian và chi phí cho doanh nghiệp.

Với bản chất là quyết định của Đại hội đồng cổ đông, nên việc lập danh sách các cổ đông để lấy ý kiến được tiến hành giống với trường hợp biểu quyết tại cuộc họp.

Thủ tục lấy ý kiến cổ đông: Hội đồng Quản trị chuẩn bị phiếu lấy ý kiến, dự thảo nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông, các tài liệu giải trình dự thảo nghị quyết và gửi đến tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết chậm nhất 10 ngày trước thời hạn phải gửi lại phiếu lấy ý kiến nếu Điều lệ công ty không quy định thời hạn khác dài hơn (khoản 2 Điều 145 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

1. Quy định về việc chia nhỏ số thành viên cần bầu thành nhiều đợt có sự thay đổi rất lớn giữa Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014. Cụ thể sẽ được trình bày trong phần Hội đồng Quản trị sau đây.

Ý kiến của cổ đông về các nội dung mà Hội đồng Quản trị yêu cầu, có thể gửi theo cách: (i) Gửi thư và/hoặc (ii) Fax, thư điện tử.

Cho dù là theo phương thức nào, để các ý kiến này được coi là hợp lệ và tính vào tỷ lệ thông qua nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông phải đáp ứng điều kiện bảo mật (có nghĩa là chỉ đến khi mở phiếu thì mới biết ý kiến cổ đông như thế nào) và trong thời hạn mà Hội đồng Quản trị yêu cầu. Do đó, các phiếu lấy ý kiến gửi về công ty sau thời hạn đã xác định tại nội dung phiếu lấy ý kiến hoặc đã bị mở trong trường hợp gửi thư và bị tiết lộ trong trường hợp gửi fax, thư điện tử là không hợp lệ. Phiếu lấy ý kiến không được gửi về được coi là phiếu không tham gia biểu quyết (khoản 4 Điều 145 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Điều kiện thông qua quyết định:

Trường hợp thông qua nghị quyết dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản thì nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết tán thành (khoản 4 Điều 144 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Mặc dù quy trình tiến hành là khác nhau, tuy nhiên nghị quyết được thông qua theo hình thức lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản có giá trị như nghị quyết được thông qua tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông.

2. 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 (khoản 1 Điều 149 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2.1. Thành viên Hội đồng Quản trị

Là người quản lý doanh nghiệp, thành viên Hội đồng Quản trị phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, không thuộc đối tượng không được quản lý doanh nghiệp;

- Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh của công ty và không nhất thiết phải là cổ đông của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định khác (khoản 1 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

So với Luật Doanh nghiệp năm 2005, tiêu chuẩn để trở thành thành viên Hội đồng Quản trị hầu như không có nhiều thay đổi. Cụ thể:

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

- Là cổ đông cá nhân sở hữu ít nhất 5% tổng số cổ phần phổ thông hoặc người khác có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh hoặc trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty (khoản 1 Điều 110 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Đây là các điều kiện được áp dụng trong các công ty cổ phần, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác. Ngoài ra, đối với hai trường hợp sau đây, cần lưu ý:

Thứ nhất: Đối với công ty con mà Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ thì thành viên Hội đồng Quản trị không được là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của Giám đốc, Tổng Giám đốc và người quản lý khác của công ty;

không được là người có liên quan của người quản lý, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ (điểm d khoản 1 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Thứ hai: Theo quy định tại Điều 134 Luật Doanh nghiệp năm 2014, tùy theo nhu cầu và hoàn cảnh của mình mà các bên có thể lựa chọn cấu trúc quản trị theo mô hình 1 hoặc mô hình 2. Trong trường hợp các bên lựa chọn mô hình 2 - mô hình không có Ban Kiểm soát thì trong công ty bắt buộc phải có ít nhất 20% số thành viên Hội đồng Quản trị phải là thành viên độc lập và có Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc Hội đồng Quản trị.

Trong trường hợp này, các thành viên độc lập sẽ thực hiện các chức năng của Ban Kiểm soát như trong mô hình 1. Do vậy, nhằm bảo đảm rằng các thành viên độc lập này không mang tính hình thức, ngoài việc đáp ứng các điều kiện của một thành viên Hội đồng Quản trị, họ còn phải đáp ứng thêm một số điều kiện khác. Cụ thể:

- *Không phải là người đang làm việc cho công ty, công ty con của công ty; không phải là người đã từng làm việc cho công ty, công ty con của công ty ít nhất trong 03 năm liền trước đó;*

- *Không phải là người đang hưởng lương, thù lao từ công ty, trừ các khoản phụ cấp mà thành viên Hội đồng Quản trị được hưởng theo quy định;*

- *Không phải là người có vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột là cổ đông lớn của công ty; là người quản lý của công ty hoặc công ty con của công ty;*

- *Không phải là người trực tiếp hoặc gián tiếp sở hữu ít nhất 1% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết của công ty;*

- *Không phải là người đã từng làm thành viên Hội đồng Quản trị, Ban Kiểm soát của công ty ít nhất trong 05 năm liền trước đó (khoản 2 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2014).*

Một cách khái quát, các điều kiện được quy định tại khoản 2 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2014 là các điều kiện để bảo đảm tính độc lập của các thành viên so với công ty. Điều này là phù hợp với khuynh hướng chung của quản trị hiện đại trên thế giới¹.

2.2. Nhiệm kỳ Hội đồng Quản trị theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014

Có sự khác biệt trong quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014 liên quan đến nhiệm kỳ của thành viên Hội đồng Quản trị và nhiệm kỳ của Hội đồng Quản trị.

1. Theo Bob Tricker: *Kiểm soát quản trị*, Nxb. Thời đại, Hà Nội, 2012, tr.107: Trong những năm gần đây, người ta đã đúc kết một sự phân biệt sâu hơn giữa những thành viên Hội đồng quản trị không tham gia điều hành hoàn toàn độc lập với công ty với những người tuy không tham gia điều hành nhưng vẫn có những mối quan hệ khác với công ty. Bob định nghĩa “Thành viên Hội đồng quản trị độc lập không tham gia điều hành (Independent non-executive director)” là người mà ngoài quan hệ là thành viên Hội đồng quản trị, không có một mối quan hệ nào với công ty có thể ảnh hưởng hoặc được coi là gây ảnh hưởng lên việc đưa ra quyết định độc lập, khách quan của họ. Trong khi đó, một thành viên không tham gia điều hành có quan hệ với công ty (Connected non-executive director) là một người tuy không phải là thành viên của ban điều hành nhưng lại có mối quan hệ nào đó với công ty. Mối quan hệ đó có thể là vì thành viên đó là một Giám đốc điều hành đã về hưu, họ hàng thân thích của Chủ tịch hay CEO do cổ đông lớn chỉ định, một đối tác tài chính lớn, hay thậm chí là một chuyên viên cấp cao đã về hưu của một công ty kiểm toán độc lập.

Luật Doanh nghiệp năm 2005	Luật Doanh nghiệp năm 2014
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.	Hội đồng Quản trị có từ 03 đến 11 thành viên. Điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng thành viên Hội đồng Quản trị.
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 không hạn chế (khoản 1 Điều 109)	<i>Nhiệm kỳ của thành viên Hội đồng Quản trị,</i> thành viên độc lập Hội đồng Quản trị không quá 05 năm và có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế (Điều 150)

Như vậy, trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 không còn quy định nhiệm kỳ của Hội đồng Quản trị mà chỉ quy định nhiệm kỳ của thành viên Hội đồng Quản trị. Bằng việc loại bỏ quy định về nhiệm kỳ của Hội đồng Quản trị, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã tác động lớn đến việc bảo vệ cổ đông thiểu số trong công ty.

HỘI ĐỒNG QUẢN TRỊ CÓ NHIỆM KỲ HAY KHÔNG?

Một tranh chấp về quản trị nội bộ trong một công ty lớn tại Việt Nam đã làm nảy sinh vấn đề trên. Theo đó, đây là một công ty đã niêm yết trên thị trường chứng khoán¹. Trong nội bộ

1. Liên quan đến vấn đề nhiệm kỳ của Hội đồng quản trị, Luật Doanh nghiệp năm 2005 và 2014 quy định đối với công ty niêm yết và chưa niêm yết là như nhau.

công ty chia thành hai nhóm cổ đông đối trọng với nhau là cổ đông A sở hữu 43% và B sở hữu 40% cổ phần phổ thông. Vấn đề là trong việc bầu ra Hội đồng Quản trị, mỗi lần tiến hành, công ty này chỉ bầu 1/3 số thành viên. Do đó, việc thay thế các thành viên Hội đồng Quản trị (*trong trường hợp bình thường, thành viên không bị bãi nhiệm hoặc từ chức đột xuất*) khi thành viên hết nhiệm kỳ 5 năm theo quy định trong Luật Doanh nghiệp. Cũng vì thế mà cổ đông A cho rằng, Hội đồng Quản trị của công ty này không có nhiệm kỳ, là không phù hợp với quy định của pháp luật về doanh nghiệp hiện hành.

Những vấn đề đặt ra:

Hội đồng Quản trị có cần nhiệm kỳ hay không?

Nhiệm kỳ của thành viên Hội đồng Quản trị và nhiệm kỳ của Hội đồng Quản trị có đồng nhất hay không?

Khoản 1 Điều 109 Luật Doanh nghiệp năm 2005 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*”. Nói một cách hình tượng, Hội đồng Quản trị như một cỗ máy, các thành viên Hội đồng Quản trị là các chi tiết của cỗ máy đó. Theo đó, cỗ máy luôn có niên hạn sử dụng, giả sử là 10 năm, các chi tiết máy cũng có niên hạn theo niên hạn này. Tuy vậy, trong quá trình hoạt động có thể có một hoặc vài chi tiết máy bị hỏng. Cách xử lý trong trường hợp này rất đơn giản, chỉ cần thay thế các chi tiết máy hỏng. Như vậy, mặc dù cỗ máy có niên hạn sử dụng là 10 năm, các chi tiết máy thì có thể chỉ sử dụng được tối đa là 10 năm, nhưng cũng có thể ngắn hơn. Khi cỗ máy hết niên hạn sử dụng, các chi tiết máy tự thân nó không thể hoạt động độc lập nên nguyên tắc chung là người ta sẽ bỏ đi cùng với cái máy.

Trong trường hợp có một chi tiết nào đó mới được thay gần đây, người chủ có thể giữ lại. Nhưng chi tiết này phải được gắn vào trong một cỗ máy khác để hoạt động đồng bộ trong cỗ máy mới.

Câu chuyện về tương quan giữa thành viên Hội đồng Quản trị và Hội đồng Quản trị tương tự như giữa cỗ máy với các chi tiết vừa phân tích. Hội đồng Quản trị là cỗ máy, còn thành viên Hội đồng Quản trị là các chi tiết máy. Bởi thế khoản 1 Điều 109 Luật Doanh nghiệp năm 2005 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*”. Cũng như cỗ máy là trong quá trình hoạt động, công ty vẫn có thể nâng cấp cỗ máy Hội đồng Quản trị bằng việc thay thế một hoặc vài *chi tiết* thành viên. Nguyên tắc nâng cấp cỗ máy Hội đồng Quản trị được Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “*Trường hợp có thành viên được bầu bổ sung hoặc thay thế thành viên bị miễn nhiệm, bãi nhiệm trong thời hạn nhiệm kỳ thì nhiệm kỳ của thành viên đó là thời hạn còn lại của nhiệm kỳ Hội đồng Quản trị*” (khoản 3 Điều 109).

Trở lại tình huống ở trên, việc công ty chỉ bầu 1/3 thành viên Hội đồng Quản trị cho mỗi lần và chỉ thay thế thành viên Hội đồng Quản trị khi thành viên hết nhiệm kỳ 5 năm là sai. Vì cách làm này đã vô tình làm cho cỗ máy Hội đồng Quản trị không còn niên hạn sử dụng là 5 năm theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005.

Với việc nắm giữ 43% cổ phần phổ thông thì cổ đông A đang nắm một lợi thế lớn trong việc đề cử và bầu cử thành viên Hội đồng Quản trị của công ty. Theo đó, cổ đông có quyền đề cử tối đa là 4 người trong cuộc bầu cử Hội đồng Quản trị¹.

1. Theo khoản 3 Điều 29 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngày 01/10/2010 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp. Nghị định số 102/2010/NĐ-CP được thay thế bởi Nghị định số 96/2015/NĐ-CP.

Nếu A tìm được sự đồng thuận từ nhóm cổ đông nhỏ còn lại, cơ hội để A kiểm soát Hội đồng Quản trị công ty là rất lớn. Tuy vậy, với cách thức bầu cử được áp dụng theo tỷ lệ 1/3 thành viên cho mỗi lần như được đề cập ở tình huống này khả năng này của A đã bị hạn chế rất nhiều.

Trong điều kiện A là một cổ đông ngoại có tiềm lực tài chính lớn, có nhiều nghi vấn liên quan đến chuyện A đang thực hiện chiến lược thôn tính công ty. Khi muốn vươn lên một vị trí/quy mô lớn hơn, con đường đại chúng hóa là con đường tất yếu. Do vậy, một khi nhà đầu tư đã chấp nhận đầu tư vào công ty theo quy định của pháp luật thì họ có quyền kiểm soát các khoản đầu tư của mình thông qua việc quyết định tại Đại hội đồng cổ đông, đề cử và bầu người vào Hội đồng Quản trị. Đây cũng là câu chuyện bình thường nhìn từ góc độ quản trị công ty. Nếu cần bàn về việc “tự vệ” của các doanh nghiệp nội trước làn sóng thôn tính của các đối thủ ngoại, nó thuộc về chiến lược kinh doanh mà không liên quan đến pháp luật về quản trị.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Hội đồng Quản trị có nhiệm kỳ hay không? Báo Diễn đàn doanh nghiệp, ngày 01/11/2013.

Việc loại bỏ nhiệm kỳ của Hội đồng Quản trị theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 ảnh hưởng một cách rất căn bản đối với phương thức bầu dồn phiếu. Theo đó, bằng việc loại bỏ nhiệm kỳ của Hội đồng Quản trị, các cổ đông lớn của công ty có thể loại bỏ những lợi ích mà phương thức bầu dồn phiếu mang lại đối với cổ đông nhỏ bằng cách chia việc bầu thành viên Hội đồng Quản trị thành nhiều lần. Quay trở lại ví dụ bầu thành viên

Hội đồng Quản trị ở trên¹. Giả sử các bên chia việc bầu 5 thành viên Hội đồng Quản trị thành hai đợt:

Đợt 1 bầu 3 thành viên

Đợt 2 bầu 2 thành viên

Vẫn dựa trên nguyên tắc bầu dồn phiếu là mỗi cổ đông có tổng số phiếu biểu quyết tương ứng với tổng số cổ phần sở hữu nhân với số thành viên được bầu của Hội đồng Quản trị.

Kết quả của đợt 1 là:

	Cổ đông 1 (51%)	Cổ đông 2 (38%)	Cổ đông 3 (11%)	Tổng số
A	51 + 51	0	0	102
B	51	0	0	51
C	0	38 + 38 + 38	0	114
D	0	0	11+11+11	33

Bản chất của bầu dồn phiếu nằm ở khả năng dồn các phiếu bầu. Nhưng bằng việc chia thành nhiều đợt bầu thành viên, việc dồn phiếu này mất đi tính hiệu quả. Nhìn vào kết quả của đợt 1, dù cho cổ đông thứ 3 có dồn như thế nào, nhưng vì chỉ dồn được quá ít, nên ứng cử viên D do họ đề cử vẫn chỉ được tỷ lệ là 33. Cách làm cũng được tiến hành tương tự cho đợt 2.

Như vậy, rõ ràng với sự thay đổi này, các cổ đông lớn có thể chia nhỏ việc bầu thành viên Hội đồng Quản trị, qua đó loại bỏ

1. Xem lại tình tiết của ví dụ trong Phạm Hoài Huân: *Bầu dồn phiếu: tỷ lệ bao nhiêu thì đủ*, *Sđd*.

lợi ích của phương thức bầu dồn phiếu trong việc bảo vệ cổ đông thiểu số.

2.3. Chế độ làm việc

Hội đồng Quản trị làm việc thông qua các cuộc họp. Hội đồng Quản trị có thể họp định kỳ hoặc bất thường. Cuộc họp của Hội đồng Quản trị do Chủ tịch Hội đồng Quản trị triệu tập khi xét thấy cần thiết, nhưng mỗi quý phải họp ít nhất một lần (Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

a) Người triệu tập cuộc họp Hội đồng Quản trị:

Chủ tịch là người triệu tập cuộc họp thường kỳ và bất thường của Hội đồng Quản trị. Ngoài ra, Chủ tịch Hội đồng Quản trị phải triệu tập họp Hội đồng Quản trị khi có một trong các trường hợp sau đây:

- Có đề nghị của Ban Kiểm soát hoặc thành viên độc lập;
- Có đề nghị của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc hoặc ít nhất 05 người quản lý khác;
- Có đề nghị của ít nhất 02 thành viên điều hành của Hội đồng Quản trị;
- Các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định (khoản 4 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Chủ tịch Hội đồng Quản trị phải triệu tập họp Hội đồng Quản trị trong thời hạn 07 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đề nghị. Trường hợp Chủ tịch không triệu tập họp Hội đồng Quản trị theo đề nghị thì Chủ tịch phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại xảy ra đối với công ty; đồng thời người đề nghị có quyền thay thế Chủ tịch triệu tập họp Hội đồng Quản trị (khoản 5 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Tuy vậy, cần phải thấy rằng, không phải trong mọi trường hợp, khi nhận được yêu cầu từ các đối tượng nêu tại khoản 4 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Chủ tịch đều phải triệu tập cuộc họp. Trên thực tế, pháp luật về doanh nghiệp và Điều lệ công ty luôn quy định thể thức đối với việc yêu cầu Chủ tịch triệu tập cuộc họp Hội đồng Quản trị bất thường.

Đề nghị phải được lập thành văn bản, trong đó nêu rõ mục đích, vấn đề cần thảo luận và quyết định thuộc thẩm quyền của Hội đồng Quản trị (khoản 4 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

b) Điều kiện tiến hành cuộc họp Hội đồng Quản trị:

Cuộc họp Hội đồng Quản trị được tiến hành khi có từ ba phần tư tổng số thành viên trở lên dự họp.

Trường hợp cuộc họp được triệu tập theo quy định khoản 8 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014 không đủ số thành viên dự họp theo quy định thì được triệu tập lần thứ hai trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất, trừ trường hợp Điều lệ quy định thời hạn khác ngắn hơn. Trường hợp này, cuộc họp được tiến hành nếu có hơn một nửa số thành viên Hội đồng Quản trị dự họp (khoản 8 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

c) Biểu quyết và thông qua quyết định:

Thành viên Hội đồng Quản trị có nghĩa vụ tham dự và biểu quyết tại cuộc họp Hội đồng Quản trị. So với Luật Doanh nghiệp năm 2005, vấn đề biểu quyết của thành viên Hội đồng Quản trị trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã được mở rộng theo hướng uyển chuyển và phù hợp với việc ứng dụng công nghệ

rộng rãi trong vấn đề quản trị trong các doanh nghiệp hiện nay. Thành viên Hội đồng Quản trị được coi là tham dự và biểu quyết tại cuộc họp trong trường hợp sau đây:

- Tham dự và biểu quyết trực tiếp tại cuộc họp;
- Ủy quyền cho người khác đến dự họp theo quy định tại khoản 10 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014;
- Tham dự và biểu quyết thông qua hội nghị trực tuyến hoặc hình thức tương tự khác;
- Gửi phiếu biểu quyết đến cuộc họp thông qua thư, fax, thư điện tử (khoản 9 Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Nhằm bảo đảm tính khách quan trong biểu quyết, trong trường hợp thành viên Hội đồng Quản trị biểu quyết, Luật Doanh nghiệp năm 2014 yêu cầu đối với trường hợp gửi phiếu biểu quyết đến cuộc họp thông qua thư, phiếu biểu quyết phải đựng trong phong bì kín và phải được chuyển đến Chủ tịch Hội đồng Quản trị chậm nhất một giờ trước khi khai mạc. Phiếu biểu quyết chỉ được mở trước sự chứng kiến của tất cả những người dự họp.

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

2.4. Thẩm quyền của Hội đồng Quản trị

Hội đồng Quản trị là cơ quan quản lý công ty, có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định, thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty không thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông (khoản 1 Điều 149 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Với tính chất đó, thẩm quyền của Hội đồng Quản trị chia thành các nhóm sau (khoản 2 Điều 149 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

a) Nhóm quyền về quản trị nội bộ:

- Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng Quản trị; bổ nhiệm, miễn nhiệm, ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng đối với Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý quan trọng khác;

- Giám sát việc điều hành công việc kinh doanh của công ty;

- Quyết định cơ cấu tổ chức, quy chế quản lý nội bộ của công ty;

- Triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông hoặc lấy ý kiến để Đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định;

- Kiến nghị việc tổ chức lại, giải thể, yêu cầu phá sản công ty.

b) Nhóm quyền về tài chính:

- Kiến nghị loại cổ phần và tổng số cổ phần được quyền chào bán của từng loại;

- Quyết định bán cổ phần mới trong phạm vi số cổ phần được quyền chào bán của từng loại; quyết định huy động thêm vốn theo hình thức khác;

- Quyết định giá bán cổ phần và trái phiếu của công ty;

- Quyết định mua lại cổ phần;

- Trình báo cáo quyết toán tài chính hằng năm lên Đại hội đồng cổ đông;

- Kiến nghị mức cổ tức được trả; quyết định thời hạn và thủ tục trả cổ tức hoặc xử lý lỗ phát sinh trong quá trình kinh doanh.

c) Nhóm quyền liên quan đến hoạt động kinh doanh:

- Quyết định chiến lược, kế hoạch phát triển trung hạn và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty;

- Quyết định thành lập công ty con, lập chi nhánh, văn phòng đại diện và việc góp vốn, mua cổ phần của doanh nghiệp khác;

- Quyết định phương án đầu tư và dự án đầu tư trong thẩm quyền và giới hạn theo quy định của pháp luật;

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

- Thông qua hợp đồng mua, bán, vay, cho vay và hợp đồng khác có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty, nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ hoặc giá trị khác. Quy định này không áp dụng đối với hợp đồng và giao dịch quy định tại điểm d khoản 2 Điều 135, khoản 1 và khoản 3 Điều 162 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Theo đó, cần thiết phải phân biệt thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông và Hội đồng Quản trị liên quan đến các giao dịch được quy định tại điểm h khoản 2 Điều 149 và điểm d khoản 2 Điều 135 Luật Doanh nghiệp năm 2014:

Hội đồng Quản trị	Đại hội đồng cổ đông
Thông qua hợp đồng mua, bán, vay, cho vay và hợp đồng khác có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ hoặc giá trị khác (điểm h khoản 2 Điều 149).	Quyết định đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ hoặc một giá trị khác (điểm d khoản 2 Điều 135).

Việc phân định thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông hay Hội đồng Quản trị không dựa vào giá trị của giao dịch mà dựa vào loại giao dịch. Nếu giao dịch cần phê duyệt là đầu tư hoặc bán số tài sản thì thẩm quyền thuộc về Đại hội đồng cổ đông. Đối với các giao dịch khác có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty thì thẩm quyền thuộc Hội đồng Quản trị.

HỘI ĐỒNG QUẢN TRỊ THAY GIÁM ĐỐC: DỄ HAY KHÓ?

Một vấn đề tưởng như quá rõ ràng, Hội đồng Quản trị thay Giám đốc thì có gì phải bàn cãi. Vì pháp luật về công ty thừa nhận Hội đồng Quản trị là cơ quan có quyền lập ra Giám đốc. Thì hẳn nhiên, Hội đồng Quản trị cũng sẽ là cơ quan có quyền bãi miễn, thay thế Giám đốc. Trên thực tế có một tranh chấp phát sinh liên quan đến vấn đề bổ nhiệm Giám đốc mới. Theo đó, Công ty A có Giám đốc là người đại diện theo pháp luật. Tình huống là Hội đồng Quản trị bổ nhiệm một Giám đốc mới, thay thế cho Giám đốc cũ. Tuy vậy, một nhóm cổ đông sở hữu 27% cổ phần phổ thông không đồng ý với quyết định này.

Điều lệ của công ty

Điều lệ của công ty được coi như một bản hợp đồng của các cổ đông. Đã gọi là hợp đồng thì các bên tùy ý thỏa thuận. Tuy nhiên, giới hạn của sự tùy ý là phải trong khuôn khổ của pháp luật. Để thuận tiện cho các nhà đầu tư khi thành lập công ty, pháp luật đặt ra những yêu cầu mà các nhà đầu tư cần tuân thủ khi xây dựng Điều lệ. Trong pháp luật về doanh nghiệp của Việt Nam, nguyên tắc này được quy định trong Điều 22 Luật Doanh nghiệp năm 2005. Theo đó, có 15 nội dung mà các bản Điều lệ

bắt buộc phải có. Ngoài ra có thể quy định thêm, miễn là không trái với các nguyên tắc của pháp luật về doanh nghiệp.

Một trong các nội dung bắt buộc phải ghi nhận trong Điều lệ công ty là về người đại diện theo pháp luật. Bản chất của việc ghi nhận này có hai mục đích:

- Thuận tiện cho các bên trong quá trình giao dịch với công ty;
- Ràng buộc trách nhiệm của công ty bởi các hành vi của người đại diện.

Thẩm quyền của Hội đồng Quản trị

Đại hội đồng cổ đông bầu ra Hội đồng Quản trị thay mình quản lý công ty. Đến lượt mình, Hội đồng Quản trị bổ nhiệm Giám đốc để điều hành hoạt động hằng ngày của công ty. Về mặt lý thuyết, Hội đồng Quản trị do Đại hội đồng cổ đông lập ra, nên Hội đồng Quản trị hoạt động vì lợi ích của các cổ đông. Nhưng trên thực tế, Đại hội đồng cổ đông bị phân hóa bởi nhiều nhóm cổ đông với nhiều lợi ích khác nhau. Vì thế, hệ quả là Hội đồng Quản trị cũng phân hóa theo các nhóm lợi ích của cổ đông đã bầu ra mình.

Trong công ty cổ phần, người đại diện theo pháp luật có thể là Chủ tịch hoặc Giám đốc. Với chức năng là người điều hành hoạt động hằng ngày của công ty, thực tế có khuynh hướng giao vai trò người đại diện theo pháp luật cho Giám đốc. Vì vậy, khoản 1 Điều 116 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: *“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”*. Nói như thế không có nghĩa là nếu Điều lệ không có quy định Chủ tịch là người đại diện thì suy đoán Giám đốc là người đại diện.

Về mặt pháp lý cũng như thực tiễn về đăng ký doanh nghiệp không chấp nhận phương án suy đoán. Nhưng điều đó nói lên một khuynh hướng khá phổ biến, thường Giám đốc là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

Rắc rối cũng từ đây mà ra. Theo quy định của Điều 22 Luật Doanh nghiệp năm 2005, Điều lệ công ty phải ghi nhận người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp (khoản 8). Vấn đề là Điều lệ công ty ghi chức danh hay ghi tên người? Phương án được cơ quan đăng ký kinh doanh chấp nhận là cả hai. Có nghĩa là ở mục đại diện theo pháp luật phải xác định rõ ai là người đại diện theo pháp luật và người ấy giữ chức vụ gì (Chủ tịch hay Giám đốc).

Trở lại với tình huống được nêu ở trên. Hội đồng Quản trị miễn nhiệm Giám đốc để bổ nhiệm Giám đốc mới. Vấn đề này thuộc thẩm quyền của Hội đồng Quản trị, nhóm cổ đông nắm giữ 27% cổ phần phổ thông không có ý kiến gì. Nhưng vì Giám đốc là người đại diện theo pháp luật, được ghi nhận trong điều lệ, do vậy thay đổi Giám đốc khác cũng đồng nghĩa là phải sửa đổi Điều lệ của công ty. Nhưng khi muốn sửa đổi Điều lệ, vấn đề không còn thuộc thẩm quyền của Hội đồng Quản trị nữa mà đã thuộc quyền của Đại hội đồng cổ đông. Đến đây, không có sự đồng ý của nhóm cổ đông nắm giữ 27% cổ phần phổ thông thì không sửa đổi Điều lệ được¹.

Như vậy, mặc dù việc bổ nhiệm Giám đốc mới được Hội đồng Quản trị tiến hành theo đúng quy định của pháp luật nhưng không thể thực hiện được vì lý do thủ tục.

1. Việc sửa đổi Điều lệ công ty phải được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận (khoản 3 Điều 60 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Người đại diện của công ty: chức danh hay con người?

Công ty là một “con người” do pháp luật tạo ra, có nghĩa là việc thực hiện các chức năng của công ty phải thông qua người đại diện. Ông A, ngoài xã hội là một con người cụ thể với các mối quan hệ phức tạp. Khi vào công ty, ông không hành xử với tư cách là ông A nữa mà là Giám đốc công ty. Ông có quyền năng tương ứng với vị trí mà ông đang đảm nhiệm. Để có được quyền hạn này, ông phải được công ty đồng ý trao quyền. Nhưng khi công ty trao quyền cho Giám đốc, công ty phải chịu trách nhiệm về các hệ quả pháp lý do Giám đốc thực hiện khi nhân danh công ty. Sau này, công ty đổi ông Giám đốc B, công ty vẫn phải chịu trách nhiệm với các giao dịch do ông Giám đốc A đã thực hiện. Công ty không thể lấy lý do là đã đổi Giám đốc nên không chịu trách nhiệm. Các bên muốn khiếu nại công ty, cũng trưng ra bằng chứng là hợp đồng do Giám đốc ký, mà không quan tâm ông Giám đốc ấy hiện thời còn tại vị hay không. Khoa học pháp lý nói pháp nhân độc lập với các cá nhân, tổ chức khác là như vậy.

Cũng vì lẽ đó, pháp luật về doanh nghiệp quy định: *Chủ tịch Hội đồng Quản trị hoặc Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty được quy định tại Điều lệ công ty* (theo Điều 116 Luật Doanh nghiệp năm 2005). Quy định này là hợp lý. Nhưng khi thực thi, cơ quan đăng ký kinh doanh lại quá cẩn thận khi yêu cầu các doanh nghiệp phải chỉ rõ tại thời điểm đăng ký ai đang là người đại diện theo pháp luật với chức vụ là gì. Thiết nghĩ, yêu cầu này của cơ quan quản lý hợp lý trên một vài khía cạnh nhưng nhìn tổng thể, nó lại tỏ ra không ổn. Vì ông B có thể thay thế ông A, nhưng chức danh Giám đốc thì không thay đổi với bấy nhiêu quyền và nghĩa vụ

được quy định trong luật và điều lệ. Nó vẫn bảo đảm việc ràng buộc trách nhiệm đối với công ty. Chưa kể, việc xác định người đại diện theo pháp luật trong tình huống nêu trên có thể gây ra những phiền toái không cần thiết trong việc phải sửa đổi Điều lệ và vô hiệu hóa quyền của Hội đồng Quản trị trong việc bổ nhiệm người điều hành (Giám đốc).

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Hội đồng Quản trị thay Giám đốc: Dễ hay khó?, Báo Diễn đàn doanh nghiệp, ngày 18/10/2012.

2.5. Chủ tịch Hội đồng Quản trị

Hội đồng Quản trị bầu một thành viên của Hội đồng Quản trị làm Chủ tịch. Chủ tịch Hội đồng Quản trị có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty (khoản 1 Điều 152 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Trong thực tiễn về quản trị, vai trò của Chủ tịch và Giám đốc trong công ty là rất lớn. Do vậy, ở một số nước, pháp luật không khuyến khích việc kiêm nhiệm đồng thời chức danh Chủ tịch và Giám đốc. Theo đó, *“vai trò của Chủ tịch và CEO không nên được thực hiện đồng thời bởi một cá nhân. Việc phân chia trách nhiệm giữa Chủ tịch và CEO nên được thực hiện một cách rõ ràng, trình bày dưới dạng văn bản và được cả Hội đồng Quản trị thống nhất”*¹.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 của Việt Nam không cấm việc kiêm nhiệm chức danh Chủ tịch và Giám đốc. Tuy nhiên, nguyên tắc này vẫn có ngoại lệ. Cụ thể, công ty cổ phần do Nhà nước nắm giữ trên 50% tổng số phiếu biểu quyết thì Chủ tịch

1. Nguyên tắc A2.1 Luật tổng hợp về kiểm soát quản trị của Anh, dẫn theo Bob Tricker: *Kiểm soát quản trị*, Sđd, tr.120.

Hội đồng Quản trị không được kiêm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc (khoản 2 Điều 152 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Thẩm quyền của Chủ tịch: Chủ tịch Hội đồng Quản trị có các quyền và nghĩa vụ sau đây (khoản 3 Điều 152 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

- Lập chương trình, kế hoạch hoạt động của Hội đồng Quản trị;
- Chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu phục vụ cuộc họp; triệu tập và chủ tọa cuộc họp Hội đồng Quản trị;
- Tổ chức việc thông qua nghị quyết của Hội đồng Quản trị;
- Giám sát quá trình tổ chức thực hiện các nghị quyết của Hội đồng Quản trị;
- Chủ tọa cuộc họp Đại hội đồng cổ đông, cuộc họp Hội đồng Quản trị;
- Quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Điều lệ công ty.

3. Giám đốc

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc được xác định là người điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty; chịu sự giám sát của Hội đồng Quản trị; chịu trách nhiệm trước Hội đồng Quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao.

Hội đồng Quản trị bổ nhiệm một người trong số họ hoặc thuê người khác làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc.

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc phải điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty theo quy định của pháp luật, Điều lệ công ty, hợp đồng lao động ký với công ty và nghị quyết của Hội đồng Quản trị.

Trường hợp điều hành trái với quy định này mà gây thiệt hại cho công ty thì Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và phải bồi thường thiệt hại cho công ty (Điều 157 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Tiêu chuẩn và điều kiện của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc:

- Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng không được quản lý doanh nghiệp.
- Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản trị kinh doanh của công ty, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Ngoài ra, đối với công ty con của công ty có phần vốn góp, cổ phần do Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ thì ngoài các tiêu chuẩn và điều kiện này, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc không được là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty mẹ và người đại diện phần vốn nhà nước tại công ty đó (khoản 2 Điều 157 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

VAI TRÒ CỦA CHỦ TỊCH VÀ CEO

Vai trò của Chủ tịch và CEO tiếp tục là vấn đề nan giải, gây tranh cãi và chưa có lời đáp trong kiểm soát quản trị. Cho dù đã có nhiều nhà bình luận sử dụng cụm từ “Chủ tịch của công ty - Chairman of the company”, nhưng trên thực tế, Chủ tịch là chủ tịch của Hội đồng Quản trị chứ không phải chủ tịch của công ty. Luật về công ty đề cập tương đối ít về vai trò cụ thể của chủ tịch. Chính những luật lệ nền tảng hay Điều lệ của công ty mới xác định cách thức bổ nhiệm Chủ tịch Hội đồng Quản trị (diễn hình là bằng một quyết định đơn giản của Hội đồng Quản trị), trách nhiệm của Chủ tịch Hội đồng Quản trị và

các khía cạnh khác của vị trí này. Ngược lại, Tổng Giám đốc điều hành (CEO hay “managing director” ở một số nơi) lại là nhân viên của công ty, là một thành viên của ban điều hành.

Một câu hỏi quan trọng cho kiểm soát quản trị hiện đại là liệu vai trò của Chủ tịch và CEO nên tách biệt hay nên kết hợp trong một người. Quan điểm của tất cả các bộ thông lệ tốt về kiểm soát quản trị là nên tách biệt hai vai trò này.

Vai trò của Chủ tịch và CEO không nên được thực hiện đồng thời bởi một cá nhân. Việc phân chia trách nhiệm giữa Chủ tịch và CEO nên được thực hiện một cách rõ ràng, trình bày dưới dạng văn bản và được cả Hội đồng Quản trị thống nhất. Lập luận ở đây là việc tách biệt mang lại quan hệ hai mặt ở cấp lãnh đạo cao nhất trong công ty, tạo ra một cơ chế kiểm soát và cân bằng, tránh các khả năng lạm dụng nếu quyền lực tập trung vào tay một người, cho phép CEO tập trung vào việc điều hành hoạt động kinh doanh trong khi chủ tịch xử lý hoạt động của Hội đồng Quản trị và các mối quan hệ với cổ đông và các chủ thể có quyền lợi liên quan không theo hợp đồng như Chính phủ, các cơ quan quản lý và phương tiện thông tin đại chúng.

Cho dù nhiều nơi trên thế giới, người ta hết sức khuyến nghị rằng Chủ tịch và CEO nên tách biệt, nhưng ở Hoa Kỳ, các vai trò này thường được kết hợp với nhau. Để biện minh cho việc kết hợp hai vai trò này, người ta đưa ra các lập luận rằng các công ty năng động chỉ cần có một lãnh đạo; rằng việc phân chia trách nhiệm lãnh đạo giữa hai người dễ dẫn đến sự mâu thuẫn, rằng các công ty Hoa Kỳ đã hoạt động thành công trong nhiều thế hệ. Trong những năm gần đây, tiếp theo một số vụ sụp đổ công ty hết sức lớn và nghiêm trọng ở Hoa Kỳ mà hầu hết là do việc lạm dụng quyền lực của người đứng đầu công ty, các nhà đầu tư đang

kêu gọi tách rời hai vai trò này. Tuy nhiên, chẳng có gì đáng ngạc nhiên khi quan điểm này bị từ chối bởi những người đang nắm giữ cả hai vai trò kết hợp, bởi việc phân tách sẽ làm suy giảm quyền lực của họ. Tuy nhiên, điều thú vị là, trong vụ sụp đổ ảm đạm nhất, vụ Enron, thì hai vai trò này lại được tách bạch!

Theo nguồn: Bob Tricker: Kiểm soát quản trị, Nxb. Thời đại, Hà Nội, 2012, tr.120-121.

4. Ban Kiểm soát

Ban Kiểm soát là cơ quan chỉ có trong mô hình 1. Theo đó, mô hình này là mô hình bắt buộc phải có Ban Kiểm soát. Chỉ trong trường hợp công ty cổ phần có dưới 11 cổ đông và các cổ đông là tổ chức sở hữu dưới 50% tổng số cổ phần của công ty thì không bắt buộc phải có Ban Kiểm soát¹.

Từ quy định của Điều 134 Luật Doanh nghiệp năm 2014, người đọc dễ liên tưởng pháp luật về doanh nghiệp Việt Nam quy định mô hình 1 chính là cấu trúc hội đồng kép (hội đồng hai tầng) trong luật công ty của các nước châu Âu như Đức hoặc Pháp. Tuy nhiên, trên thực tế, mô hình này của Việt Nam không hoàn toàn theo cấu trúc hội đồng kép. Bởi vai trò của Ban Kiểm soát trong pháp luật Việt Nam không giống với vai trò của cơ quan kiểm soát trong cấu trúc trên. Cũng vì thế, trong báo cáo của mình, Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) cũng chỉ xếp Ban Kiểm soát trong quản trị của Việt Nam nằm vào nhóm các “Ủy ban khác” (Other Committees) chứ không coi đây là cơ quan kiểm soát trong cấu trúc hội đồng hai tầng².

1. Theo khoản 1 Điều 134 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

2. OECD: *Asia: Overview Corporate Governance Frameworks in 2007*, Tlđđ.

CẤU TRÚC QUẢN TRỊ NỘI BỘ CỦA CÔNG TY CỔ PHẦN

Cấu trúc hội đồng kép theo Luật công ty của Đức có hai đặc điểm quan trọng nhất: (i) cấu trúc quản trị - điều hành có hai hội đồng theo thứ bậc (*two-tier board model*), và (ii) có thể có sự tham gia nhất định của đại diện người lao động vào hội đồng phía trên (*co-determination*). Cấu trúc quản trị nội bộ của công ty cổ phần (AG) theo luật Đức gồm có: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng giám sát (*Aufsichtsrat*) và Hội đồng Quản trị (*Vorstand*). Theo luật của Đức, việc quản lý, điều hành công ty cổ phần được phân chia cho hai cơ quan là Hội đồng giám sát và Hội đồng Quản trị như một thiết chế hai tầng mà ở đó Hội đồng giám sát nằm ở tầng trên. Vì thế, giới luật học trên thế giới gọi đây là cấu trúc hội đồng kép (*dual board*) hay hội đồng hai tầng (*two-tier board*).

Về nguyên tắc, Đại hội đồng cổ đông sẽ bầu chọn thành viên của Hội đồng giám sát. Song, người lao động cũng có quyền lựa chọn thành viên của Hội đồng giám sát theo Đạo luật về sự tham gia của người lao động vào quản trị công ty năm 1952 và 1976. Theo đó, tỷ lệ số thành viên của Hội đồng giám sát do người lao động bầu chọn và cổ đông bầu chọn sẽ phụ thuộc vào số lao động của công ty. Đại diện do phía người lao động và cổ đông bầu chọn trong Hội đồng giám sát đều có quyền và nghĩa vụ như nhau. Đối với các công ty cổ phần sử dụng trên 500 lao động, một phần ba tổng số thành viên của Hội đồng giám sát sẽ do phía người lao động bầu chọn. Nếu công ty sử dụng trên 2.000 lao động thì một nửa số thành viên của Hội đồng giám sát phải là đại diện do người lao động và công đoàn bầu chọn, song Chủ tịch của Hội đồng giám sát sẽ phải là người do cổ đông

lựa chọn, và người này sẽ có lá phiếu quyết định khi số phiếu thuận và phiếu chống bằng nhau (casting vote). Hội đồng giám sát có thẩm quyền chọn, bổ nhiệm, cách chức các thành viên của Hội đồng Quản trị (Vorstand). Không những thế, Hội đồng giám sát còn tham gia trực tiếp vào việc đưa ra các quyết định quan trọng trong việc quản trị công ty và giám sát các hoạt động của Hội đồng Quản trị. Hội đồng Quản trị thực hiện chức năng điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty. Các thành viên của Hội đồng Quản trị cùng nhau chịu trách nhiệm về việc điều hành, phát triển chiến lược kinh doanh của công ty trong mỗi liên hệ thường xuyên và báo cáo thường xuyên với Hội đồng giám sát.

Như vậy, Hội đồng giám sát trong cấu trúc hội đồng hai tầng, ví dụ, theo luật Đức, không giống với Ban Kiểm soát hay Hội đồng Quản trị trong các công ty cổ phần ở Việt Nam. Bởi lẽ: (i) Ban Kiểm soát trong công ty cổ phần ở Việt Nam do Đại hội đồng cổ đông bầu và chỉ có chức năng cơ bản nhất là giám sát công tác quản lý, điều hành của bộ máy quản trị; (ii) Ban Kiểm soát không có thẩm quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các thành viên của bộ máy quản lý, điều hành; (iii) Ban Kiểm soát cũng không có chức năng tham gia quyết định các vấn đề quan trọng về quản trị công ty như Hội đồng giám sát theo luật Đức. Hội đồng Quản trị theo pháp luật Việt Nam là cơ quan quản lý công ty do Đại hội đồng cổ đông bầu chọn và chỉ bao gồm các thành viên do cổ đông bầu chọn mà thôi. Khác với ở Đức, người lao động trong các công ty cổ phần ở Việt Nam không có quyền lựa chọn và cử đại diện của mình tham gia Hội đồng Quản trị cũng như Ban Kiểm soát. Hội đồng Quản trị trong các công ty cổ phần ở Việt Nam có thẩm quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm Tổng Giám đốc và những chức danh quản lý quan trọng khác trong

công ty. Nó cũng giám sát bộ máy điều hành, nhưng nó không có chức năng giám sát rộng như Hội đồng giám sát theo luật Đức vì một phần quyền lực này đã thuộc về Ban Kiểm soát của công ty theo luật định. Thêm nữa, thành viên của Hội đồng giám sát theo luật Đức không thể đồng thời có mặt trong Hội đồng Quản trị, trong khi thành viên của Hội đồng Quản trị trong công ty cổ phần của Việt Nam thì có thể nắm giữ các chức vụ điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty.

Theo nguồn: Bùi Xuân Hải: So sánh cấu trúc quản trị nội bộ của công ty cổ phần Việt Nam với các mô hình điển hình trên thế giới, Tạp chí Khoa học pháp lý, tháng 6/2006.

4.1. Thành phần và thẩm quyền của Ban Kiểm soát

Ban Kiểm soát có từ 03 đến 05 thành viên, nhiệm kỳ của Kiểm soát viên không quá 05 năm và Kiểm soát viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế (khoản 1 Điều 163 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, cũng tương tự như Hội đồng Quản trị, Luật Doanh nghiệp năm 2014 không quy định nhiệm kỳ của Ban Kiểm soát mà chỉ quy định nhiệm kỳ của các thành viên Ban Kiểm soát. Để bảo đảm những người quản lý không lạm quyền, cần phải có một cơ chế để giám sát. Tuy vậy, những người thực hiện chức năng giám sát về bản chất cũng chỉ là những người được ủy quyền từ chủ sở hữu. Do đó, nhằm tránh tình trạng chồng chéo về chức năng, cần thiết phải xác định chức năng của Ban Kiểm soát trong cấu trúc quản trị của công ty. Theo đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định *chức năng cơ bản nhất của Ban Kiểm soát là thay mặt chủ sở hữu (cổ đông) giám sát*

Hội đồng Quản trị, Giám đốc và các thành viên quản lý khác trong việc tuân thủ pháp luật, Điều lệ công ty, nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông và việc tuân thủ nghĩa vụ của người quản lý. Từ chức năng cơ bản này, Ban Kiểm soát có thẩm quyền như sau (Điều 165 Luật Doanh nghiệp năm 2014):

- Thực hiện giám sát Hội đồng Quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty.

- Kiểm tra tính hợp lý, hợp pháp, tính trung thực và mức độ cân trọng trong quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh; tính hệ thống, nhất quán và phù hợp của công tác kế toán, thống kê và lập báo cáo tài chính.

- Thẩm định các báo cáo tình hình kinh doanh, báo cáo tài chính, báo cáo đánh giá công tác quản lý của Hội đồng Quản trị và trình báo cáo thẩm định tại cuộc họp thường niên Đại hội đồng cổ đông.

- Rà soát, kiểm tra và đánh giá hiệu lực và hiệu quả của hệ thống kiểm soát nội bộ, kiểm toán nội bộ, quản lý rủi ro và cảnh báo sớm của công ty...

- Các quyền khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Để có thể thực hiện chức năng giám sát, Ban Kiểm soát có quyền xem xét sổ kế toán, ghi chép kế toán và các tài liệu khác của công ty, các công việc quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết hoặc theo nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông hoặc theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông lớn quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Luật cũng cho phép Ban Kiểm soát có quyền tham dự và tham gia thảo luận tại các cuộc họp Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng Quản trị và các cuộc họp khác của

công ty cũng như mở ra khả năng sử dụng tư vấn độc lập, bộ phận kiểm toán nội bộ của công ty để thực hiện các nhiệm vụ trên¹.

4.2. Tiêu chuẩn, điều kiện của Ban Kiểm soát

Xuất phát từ chức năng giám sát hoạt động quản lý và người quản lý trong công ty, yêu cầu đầu tiên để bảo đảm tính hiệu quả là các thành viên Ban Kiểm soát phải độc lập với người quản lý trong công ty.

Mặt khác, hoạt động giám sát là hoạt động mang tính nghề nghiệp về kế toán và kiểm toán. Do đó, trên thực tế, các công ty luôn yêu cầu thành viên Ban Kiểm soát phải là người có năng lực về kế toán/kiểm toán. Cụ thể, theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, thành viên Ban Kiểm soát phải đáp ứng các tiêu chuẩn sau:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và không thuộc đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014;

- Không phải là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột của thành viên Hội đồng Quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý khác;

- Không được giữ các chức vụ quản lý công ty; không nhất thiết phải là cổ đông hoặc người lao động của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác (khoản 1 Điều 164 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Ngoài ra, Điều lệ của các công ty có thể quy định thêm các điều kiện khác.

1. Các quyền của Ban kiểm soát được quy định chi tiết tại Điều 165 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

5. Nghĩa vụ của người quản lý doanh nghiệp

CÚ SẤY CHÂN CỦA TRIBECO VÀ NHỮNG GÓC KHUẤT

Báo chí đưa tin về sự kiện doanh nghiệp Tribeco kinh doanh nước giải khát lớn của Việt Nam có nguy cơ bị giải thể. Nhìn từ góc độ quản trị doanh nghiệp còn nhiều chuyện đáng bàn.

Cổ nhân có câu “đồng tiền đi liền khúc ruột”. Nhưng trong công ty, người quản lý trong không phải là người bỏ tiền thành lập công ty (chủ sở hữu). Từ đó dễ nảy sinh khả năng chiếm đoạt khối tài sản này làm của riêng mình. Do vậy, nhằm bảo đảm những người quản lý trong công ty làm việc mẫn cán cũng như bảo đảm quyền sở hữu của cổ đông, thông thường pháp luật các nước quy định nhiều nghĩa vụ mà người quản lý phải tuân thủ. Chung quy lại, có hai nghĩa vụ quan trọng mà người quản lý phải bảo đảm là (i) *Nghĩa vụ cẩn trọng* và (ii) *Nghĩa vụ trung thành*. Điều đó có nghĩa phạm làm việc gì, người quản lý cũng phải thực hiện một cách cẩn thận. Cẩn thận được hiểu là những người bình thường trong hoàn cảnh như vậy cũng sẽ thực hiện theo cách thức tương tự mà không làm khác đi.

Trung thành có nghĩa là trong quá trình thực hiện việc quản lý, người quản lý doanh nghiệp phải luôn đặt lợi ích của công ty lên hàng đầu (lưu ý rằng, chữ lợi ích ở đây được hiểu theo nguyên nghĩa là lợi ích hợp pháp).

Tuy vậy, như trên đã nói, người quản lý không phải là cổ đông của công ty. Đồng thời với quá trình thực hiện công việc, họ được hưởng lợi ích từ chính quá trình quản lý của họ.

Tùy theo tình hình, nhu cầu cũng như sự phát triển của kỹ thuật lập pháp mà pháp luật mỗi nước sẽ có những quy định cụ thể nhưng nguyên tắc về quản trị doanh nghiệp đại thể là như vậy.

Cần thấy rằng các nghĩa vụ mà người quản lý phải tuân thủ cũng như quyền lợi mà họ được hưởng luôn được nhìn nhận một cách song hành với nhau. Cụ thể hơn, mục đích của công ty thuê những nhà quản trị giỏi để công ty có thể vận hành tốt, qua đó làm ăn có lãi. Như vậy, khi làm ăn có lãi, việc công ty trích một phần lợi ích mà mình kiếm được để trả công cho người quản trị là việc làm không cần phải bàn cãi. Các cổ đông của công ty cũng sẽ không có ý kiến về việc thưởng cho Giám đốc (nhà quản lý) vì các cổ đông chỉ bỏ tiền vào công ty, nhưng công khó nhọc quản lý công ty thì họ không phải làm. “Kẻ góp của, người bỏ công” là một hình dung dễ hiểu. Công ty làm ăn có lãi, người quản lý cũng sẽ có lợi. Lợi ích của công ty và lợi ích của người quản lý là một!

Để công ty làm ăn có lãi, người quản lý phải làm việc rất cẩn thận, lúc nào cũng cố gắng tìm mỗi lợi cho công ty. Bởi vì, nếu không cẩn trọng, không trung thành, công ty sẽ không có lãi và họ cũng sẽ không được thưởng. Động lực cho quá trình quản lý nghiêm túc, sáng tạo cũng từ đó mà ra. Nhưng khi thực hiện điều này cũng chính là người quản lý đang thực hiện nghĩa vụ mà pháp luật quy định cho họ. Như vậy, chính cơ chế gắn lợi ích của người quản lý và công ty đã làm quyền và nghĩa vụ của người quản lý không tách rời nhau. Nói cách khác, người quản lý không có cảm giác bị ép buộc phải thực hiện nghĩa vụ một cách bắt buộc.

Nhưng cũng chính từ việc Giám đốc không phải là người sở hữu công ty nên có một cách khác để họ hưởng lợi mà

không cần phải tuân thủ các nghĩa vụ của người quản lý. Cụ thể, Giám đốc sẽ bằng cách thức khác nhau để biến tài sản của công ty chuyển thành tài sản của mình. Dạng thức của hành vi có thể rất đa dạng, nhưng có thể hình dung việc kiếm lợi của người quản lý bằng cách này thông qua cụm từ “giao dịch nội gián”. Có hai cách để Giám đốc thực hiện các giao dịch này: (i) Tự mình hoặc người thân của mình giao dịch với công ty hoặc (ii) Giúp cho bên thứ ba giao dịch với công ty và hưởng lợi từ bên thứ ba.

Để ngăn ngừa khả năng này, pháp luật cho phép cổ đông có thể khởi kiện đối với người quản lý. Giám đốc sẽ phải bồi thường toàn bộ tổn thất trong trường hợp cổ đông chứng minh được người quản lý vi phạm nghĩa vụ.

Trong vụ việc Công ty Tribeco cần phải làm rõ mấy vấn đề sau:

Việc Tribeco đầu tư mua cổ phiếu của một cổ đông lớn của công ty có phải là hành vi đầu tư bình thường hay đây là hành vi “trợ giúp” cho cổ đông? Khi đầu tư mua một lượng lớn cổ phần như vậy, Công ty Tribeco sẽ đạt lợi ích gì?

Việc đầu tư chéo và mối quan hệ vay mượn giữa Tribeco và các cổ đông có ý nghĩa như thế nào đối với sự phát triển của Tribeco?

Sự khôn khéo của Tribeco chính là việc thành lập Tribeco Bình Dương. Với việc thành lập này, Tribeco Sài Gòn tập trung bán hàng và phân phối, còn Tribeco Bình Dương quản lý hoạt động mua hàng, R&D, logistics và các bộ phận liên quan đến sản xuất. Để đẩy mạnh bán hàng, cần phải xây dựng mạng lưới phân phối. Kết quả của quá trình xây dựng mạng lưới phân phối là mang tính dài hạn, không thể thu hồi vốn trong thời gian ngắn. Cùng với các khoản đầu tư chéo không hiệu quả, Tribeco bị khủng hoảng vốn, bắt buộc phải bán toàn bộ Tribeco

Bình Dương. Lúc này, Tribeco chỉ còn đúng nghĩa là một doanh nghiệp phân phối. Từ chỗ là một doanh nghiệp sản xuất với thương hiệu Tribeco, hãng này đã trở thành nhà phân phối. Một chiến lược khôn ngoan của cổ đông lớn Uni President!

Để hoàn tất việc sở hữu toàn bộ Tribeco, cần phải làm tiếp một bước nữa. Đó là phải đẩy chi phí của Tribeco Bình Dương cho Tribeco. Theo đó, Tribeco vẫn tiếp tục xây dựng mạng lưới phân phối. Tiền thì Tribeco phải tự bỏ ra. Có nghĩa là hãng này vẫn không có lợi nhuận. Việc còn lại là Uni President mua toàn bộ từ các cổ đông khác của công ty với mức giá rẻ, hoàn tất thương vụ thu tóm. Điều quan trọng mà Uni President quan tâm không phải là Công ty Tribeco mà chính là mạng lưới phân phối mà hãng này xây dựng. So với công sức và chi phí mà Uni President phải bỏ ra để tự xây dựng thì việc bỏ tiền mua toàn bộ cổ phần của các cổ đông còn lại là rẻ hơn nhiều.

Như vậy, qua vụ việc này, cần phải đánh giá lại vai trò của nhà quản trị trong tình trạng trì trệ của Tribeco hiện nay. Theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp Việt Nam, cổ đông của Tribeco hoàn toàn có quyền khởi kiện đối với người quản lý nếu có căn cứ cho rằng các quản trị viên của Tribeco đang thực hiện các giao dịch phục vụ lợi ích của người thứ ba¹. Tuy vậy, chứng minh những nghi vấn ở trên là không phải dễ. Đặc biệt là trong bối cảnh của Việt Nam hiện chưa có nhiều các khiếu kiện của cổ đông đối với người quản lý như trong trường hợp này.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huân: Cú sẩy chân của Tribeco và những góc khuất, Báo Dân trí, ngày 15/8/2012.

1. Xem Điều 19 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngày 01/10/2010 hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 2005. Nghị định này bị thay thế bởi Nghị định số 96/2015/NĐ-CP.

TỪ SAI LẦM CHỮ NGHĨA DẪN ĐẾN SAI LẦM THỰC HIỆN

Trước sự đổ vỡ của Vinashin, nhiều biện pháp cứu chữa đã được thực hiện; nhiều ý kiến đã được đề nghị. Vinashin cần phải được phục hồi và phải được điều khiển đúng cách như ở các nước khác người ta làm với một tổ chức như thế. Trong số những ý kiến trên, có ý kiến cho rằng đáng lẽ Vinashin đã phải được quản trị theo các nguyên tắc căn bản của “quản trị công ty” (corporate governance). Ở đây, người viết xin góp ý về biện pháp này. Người viết e ngại, nếu làm theo thì chúng ta sẽ phí tiền mà không hiệu quả bao nhiêu, vì nó chưa thích hợp, giống như chúng ta đã biến Vinashin thành... tập đoàn vậy.

Doanh nghiệp ở ta, xin so sánh, giống như một cây thông. Giám đốc đầu tiên của nó dùng tiền của Nhà nước. Ở các nước khác, Giám đốc cũng là chủ và dùng tiền của mình; nó là cây đa. Cũng ở đó, cây đa kia đã già cả trăm tuổi. Hơn 20 năm trước đây (năm 1990), chúng ta quyết định trồng cây đa thay cây thông. Vì trồng cây đa với các kiến thức về cây thông, nên các từ ngữ sử dụng cho cây giống nhau, nhưng nội dung của chúng lại bị hiểu khác nhau. Cho nên, cần phải nhìn chữ nghĩa theo ngọn nguồn.

Quản trị và “quản trị”

Để điều khiển một công ty cho nó sinh lời lãi, không bị phá sản vì thiếu tiền mặt trả nợ, ở các nước tư bản, người ta dùng từ ngữ “management”. Trước 1975, ở miền Nam, nó được dịch là “quản trị kinh doanh”, hay “quản trị”.

Trong khi đó xí nghiệp quốc doanh ở ta không bị phá sản, nên cho đến trước năm 1990, thuật ngữ tương đương được dùng là “quản lý”. Ngay cả Luật Doanh nghiệp năm 1999 còn dùng từ “quản lý” cho Hội đồng Quản trị; chỉ trong các giảng văn ở đại học, từ quản trị mới được dùng.

Để phân biệt từ ngữ và nội dung, xin tạm dùng quản trị (không ngoặc kép) cho “management” và “quản trị” (có ngoặc kép) cho “corporate governance”. Đi sâu hơn nữa, về cách làm và dựa trên nguồn gốc vốn của công ty, ta ghi nhận quản trị thì khác với quản lý.

Quản trị là một cách điều khiển công ty có tính chất khoa học và ở Hoa Kỳ nó manh nha từ những năm 1910 rồi hoàn thiện vào cuối những năm 1970. Quản trị có ba cấp đi từ thấp lên cao: (i) Giúp sản xuất nhiều với giá thành rẻ; (ii) Sản phẩm không thay đổi chất lượng và (iii) Giúp kiểm soát chặt chẽ trên một diện rộng.

Lại xin dùng hình ảnh. Nếu công ty là một chiếc xe chở khách thì quản trị giúp chiếc xe chạy trơn tru. Chẳng những thế nó còn... “đề” ra tập đoàn! Từ chạy “ngon”, chiếc xe chạy “hung hăng”! Nhiều người bị thiệt hại: cổ đông bỏ tiền sắm nó; khách hàng ngồi trên xe; nhà cửa ở gần nó...

Cổ đông là người hưởng lợi hay chịu thiệt hại trực tiếp và là “shareholder”; khách đi xe, nhà ở gần cũng bị ảnh hưởng nên họ là “stakeholder” (người có quyền lợi). Vì sự kiện ấy nên vào năm 1984, các tổ chức và học giả ở Hoa Kỳ mới đặt vấn đề “corporate governance”. Ấy là “quản trị”.

Năm 1999, các nước trong Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) đưa ra các nguyên tắc về “quản trị”. Riêng ở Hoa Kỳ, sau vụ Enron, thì Quốc hội Hoa Kỳ biến nguyên tắc này thành luật.

“Governance” trong tiếng Anh xuất phát từ tiếng Hy Lạp có nghĩa là “lèo lái”. Người ta quan niệm để cho một con thuyền được lèo lái đến bến an toàn, nó cần có một thuyền trưởng và một thủy thủ đoàn giỏi cộng với những biện pháp tin cậy và

những cách đo lường để tính ra chặng đường con thuyền phải vượt qua. Ấy là ý nghĩa căn bản.

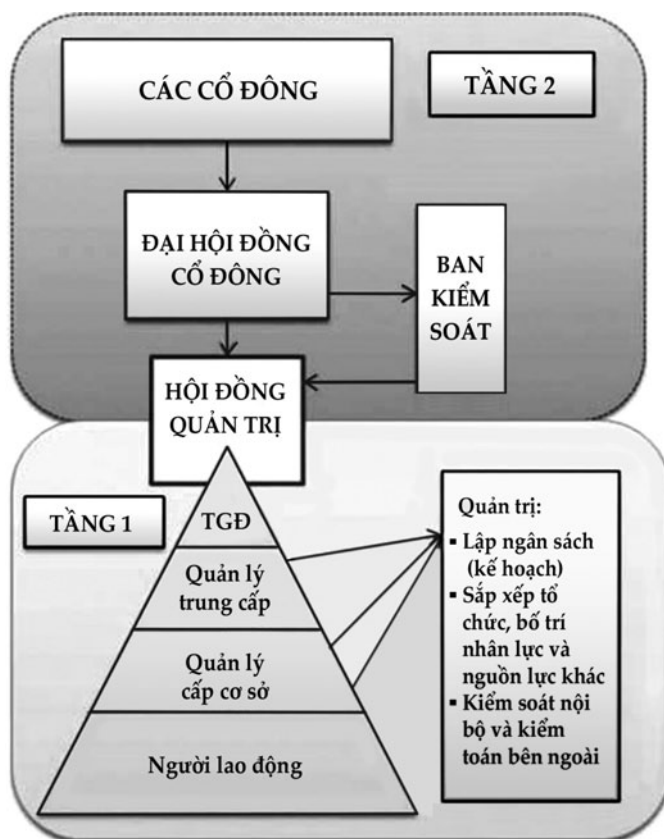
Ở đây, ta hiểu nôm na là: xe chạy “hung hăng” thì phải... “bắn tốc độ”. Tác động của “corporate governance” - “quản trị” là như thế!

“Quản trị” trở thành luật tại Việt Nam vào năm 2007 theo một quyết định của Bộ Tài chính. Trước đó nó được du nhập một cách âm thầm qua một bản mẫu điều lệ cho công ty niêm yết do Văn phòng Chính phủ ban hành năm 2002. Dịch “corporate governance” là “quản trị” là từ quyển sách “Quản trị công ty” do Viện Quản lý kinh tế Trung ương ấn hành năm 1998. Đó là bản dịch báo cáo của OECD về “corporate governance” để “nâng cao năng lực cạnh tranh và tiếp cận nguồn vốn trên thị trường toàn cầu”.

Quá trình sinh trưởng của cây đa trăm tuổi trên thế giới đã cho họ đi từ quản trị đến “quản trị”. Cây thông của chúng ta không biết gì về quản trị, mà chỉ về quản lý; còn cây mới trồng 20 năm thì đa phần - nhất là các doanh nghiệp nhà nước - cũng chưa áp dụng các phương pháp của quản trị. Công ty ở chúng ta còn giống như những chiếc xe chạy chậm, chưa kể hay bị hỏng (vì mất tiền ở các doanh nghiệp nhà nước, hay mất người ở các doanh nghiệp tư nhân) mà hô hào... bắn tốc độ thì chưa phù hợp. Xe còn chạy ì ạch mà chủ nhân bỏ tiền đi mua súng bắn tốc độ! Vấn đề là như thế. Tự hại mình mà không biết! Lý do thực hiện sai lầm là chúng ta lẫn lộn về chữ nghĩa.

Để tránh sự nhầm lẫn về nội dung, từ “quản trị” (“corporate governance”) cần phải thay đổi. Trong quyển sách về công ty của mình, tác giả cuốn sách này dịch nó là “lèo lái” (năm 2002), sau này (năm 2009) là chỉ đạo để phân biệt nó với “quản trị”.

Tiến sĩ Alain Phan, trong một quyển sách về huy động vốn, ông dịch là “kỷ cương công ty”. Là một học giả ở Hoa Kỳ và nhà kinh doanh đã hoạt động trên 40 năm cả ở Hoa Kỳ và Trung Quốc, từ ngữ ông dùng thật chính xác. Chiếc xe chạy cũng phải có kỷ cương; tức là đến khi nào đó thì phải bấm tốc độ! Tuy nhiên, vấn đề căn bản của đại đa số các doanh nghiệp ở ta hiện nay chưa phải kỷ cương mà là quản trị theo khoa học.



Quản trị và Kỷ cương

Hình vẽ ở trên cho thấy sự khác biệt giữa “quản trị” và “kỷ cương”. Kỷ cương là tầng 2, nó tác động lên các bộ phận ở trên đầu của một công ty. Theo pháp luật nước ta, nó là hệ thống các quy tắc để bảo đảm cho công ty được định hướng điều hành và được kiểm soát một cách có hiệu quả, vì quyền lợi của cổ đông và những người liên quan đến công ty. Nó thiết lập những chuẩn mực về hành vi, đạo đức nghề nghiệp của các thành viên Hội đồng Quản trị, Ban Giám đốc, Ban Kiểm soát và cán bộ quản lý của các công ty.

Các nguyên tắc “quản trị” công ty bao gồm: bảo đảm một cơ cấu quản trị hiệu quả; bảo đảm quyền lợi của cổ đông; đối xử công bằng giữa các cổ đông; bảo đảm vai trò của những người có quyền lợi liên quan đến công ty; minh bạch trong hoạt động của công ty; Hội đồng Quản trị và Ban Kiểm soát lãnh đạo và kiểm soát công ty có hiệu quả.

Theo Tiến sĩ Brancato người Mỹ, quy chế này là một hệ thống cho việc kiểm soát và cân bằng (checks and balances) giữa Hội đồng Quản trị, Ban Giám đốc và các nhà đầu tư nhằm tạo nên một công ty hoạt động hữu hiệu, ăn khớp với nhau một cách lý tưởng để tạo nên những giá trị lâu dài.

Kỷ cương là tầng 2 vì nó chỉ xuất hiện sau khi quản trị khoa học đã hoàn thiện. Quản trị là tầng 1. Mục đích của quản trị đã được đề cập ở trên. Nội dung chính của nó được tóm trong khung chữ nhật ở tầng 1 và nó tác động đến các bộ phận, các cấp khác nhau trong nội bộ (phần thân thể) công ty.

Tầng 2 không thể bảo đảm một cơ cấu quản trị hiệu quả nếu tầng 1 quản trị kém cỏi. Tầng 2 cũng không thể làm công việc của tầng 1 vì ở đó không có người. Các yêu cầu, các báo cáo

mà tầng 2 đòi hỏi phải do tầng 1 cung cấp. Tầng 1 hoạt động tốt thì nó phải có các báo cáo đó rồi... cho chính nó. Và nó nộp cho tầng 2.

Các định chế tài chính quốc tế thúc giục chúng ta đẩy mạnh kỷ cương, vì các công ty của nước họ đã làm như thế, và họ nghĩ các công ty ở ta cũng phải làm thì mới “tiếp cận nguồn vốn trên thị trường toàn cầu” được. Đúng!

Nhưng khi thúc đẩy như thế, họ quên cây đa trăm tuổi và cây đa chỉ mới 20 năm và còn èo uột! Vâng, chúng ta nghe họ; nhưng phải nhận ra mình là ai. Và đến đây thì đã thấy ta nên làm gì cho chiếc xe Vinashin chứ không phải... bắn tốc độ!

Theo nguồn: Nguyễn Ngọc Bích: Từ sai lầm chữ nghĩa dẫn đến sai lầm thực hiện, Doanh nhân Sài Gòn cuối tuần, ngày 13/11/2010.

IV. TÀI CHÍNH TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, khái niệm vốn điều lệ của công ty cổ phần có sự khác biệt căn bản so với Luật Doanh nghiệp năm 2005:

- Luật Doanh nghiệp năm 2005:

Về mặt quy trình, khi thành lập doanh nghiệp, các cổ đông sáng lập phải xác định vốn điều lệ của công ty. Nghĩa vụ của họ là phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số vốn (cổ phần) mà họ đã đăng ký¹.

1. Khoản 1 Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “*Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán và phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh*”.

Như vậy, theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, vốn điều lệ của công ty có thể sẽ là một con số ảo. Ví dụ: Các cổ đông sáng lập đăng ký vốn điều lệ của công ty là 1 tỷ đồng, giả thiết rằng công ty chỉ có cổ phần phổ thông. Như vậy, họ chỉ cần đăng ký mua 20%, tức là 200 triệu đồng trong tổng số 1 tỷ mà họ đã đăng ký. 80% phần vốn điều lệ còn lại họ sẽ huy động sau.

Diễn giải ví dụ trên, ta có mấy yếu tố sau:

+ 1 tỷ đồng vốn điều lệ;

+ 200 triệu đồng (20%) mà các cổ đông sáng lập đã mua/ đăng ký mua, gọi là cổ phần đã phát hành (sau đây quy ước gọi là cổ phần đã bán và đã phát hành với cùng một nghĩa);

+ 800 triệu đồng (80%) mà các cổ đông sáng lập không mua/ đăng ký mua, gọi là cổ phần có quyền chào bán. Giáo trình *Pháp luật về chủ thể kinh doanh* của Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh còn gọi là cổ phần có quyền phát hành¹.

Cho nên, Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “*Trường hợp các cổ đông sáng lập không đăng ký mua hết số cổ phần*

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr.128, theo đó, cần phân biệt hai trường hợp:

(1) Vào thời điểm đăng ký doanh nghiệp thành lập công ty thì số cổ phần được quyền phát hành là tổng số cổ phần do cổ đông sáng lập và các cổ đông phổ thông khác đã đăng ký mua tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp (tương ứng vốn điều lệ) và số cổ phần sẽ phát hành thêm trong thời hạn 03 năm, kể từ khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và được ghi tại Điều lệ công ty (khoản 5 Điều 6 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP).

(2) Trong quá trình hoạt động, Đại hội đồng cổ đông có thể quyết định phát hành thêm cổ phần mới để huy động vốn. Số cổ phần này sẽ được quyền chào bán hay phát hành (điểm b khoản 2 Điều 96 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

được quyền chào bán thì số cổ phần còn lại phải được chào bán và bán hết trong thời hạn ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh” (khoản 4 Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Vậy ta có:

Vốn điều lệ = Cổ phần đã phát hành + Cổ phần có quyền chào bán

Nói cách khác, khái niệm vốn điều lệ tại thời điểm thành lập doanh nghiệp đã bao hàm trong nó cổ phần có quyền chào bán. Nhìn vào công thức trên, ta thấy mệnh giá của cổ phần có quyền chào bán tại thời điểm thành lập sẽ dao động từ khoảng 0 đến 80% vốn điều lệ của công ty.

- Luật Doanh nghiệp năm 2014:

Vốn điều lệ công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá cổ phần đã bán các loại. Vốn điều lệ của công ty cổ phần tại thời điểm đăng ký thành lập doanh nghiệp là tổng giá trị mệnh giá cổ phần các loại đã được đăng ký mua và được ghi trong Điều lệ công ty (khoản 1 Điều 111 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, vốn điều lệ chính là cổ phần đã bán. Cổ phần đã bán là số cổ phần được quyền chào bán đã được các cổ đông thanh toán đủ cho công ty. Tại thời điểm đăng ký thành lập doanh nghiệp, cổ phần đã bán là tổng số cổ phần các loại đã được đăng ký mua (khoản 2 Điều 111 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Trong khi đó, cổ phần chưa bán là cổ phần được quyền chào bán và chưa được thanh toán. Tại thời điểm đăng ký thành lập doanh nghiệp, cổ phần chưa bán là tổng số cổ phần mà chưa được

các cổ đông đăng ký mua (khoản 4 Điều 111 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Nhìn vào tương quan giữa vốn điều lệ và mệnh giá của cổ phần có quyền chào bán, ta thấy vốn điều lệ là một phần trong tổng mệnh giá của cổ phần có quyền chào bán. Cụ thể:

Cổ phần được quyền chào bán của công ty cổ phần là tổng số cổ phần các loại mà Đại hội đồng cổ đông quyết định sẽ chào bán để huy động vốn. Số cổ phần được quyền chào bán của công ty cổ phần tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp là tổng số cổ phần các loại mà công ty sẽ bán để huy động vốn, bao gồm cổ phần đã được đăng ký mua và cổ phần chưa được đăng ký mua (khoản 3 Điều 111 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Vậy ta có:

Cổ phần có quyền chào bán = Vốn điều lệ + Cổ phần chưa bán

Như vậy, về mặt quy trình khi thành lập doanh nghiệp, Đại hội đồng cổ đông xác định mệnh giá cổ phần có quyền chào bán. Mệnh giá này là bất kỳ. Tuy nhiên, bên thứ ba và cơ quan nhà nước vẫn có thể xác định mệnh giá này thông qua quy định sau:

Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp (khoản 2 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Số cổ phần phổ thông được quyền chào bán mà cổ đông sáng lập và các cổ đông khác đăng ký chính là vốn điều lệ. Như vậy, sự khác biệt về vốn điều lệ giữa Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014 đó là trong Luật Doanh nghiệp năm 2005, vốn điều lệ vì bao gồm cả mệnh giá cổ phần có quyền

phát hành nên nó có thể mang tính “ảo”, còn trong Luật Doanh nghiệp năm 2014, vốn điều lệ mang tính “xác thực” vì nó được xác định thông qua số cổ phần đã bán.

**VỐN ĐIỀU LỆ CỦA CÔNG TY THEO
QUY ĐỊNH CỦA NGHỊ ĐỊNH SỐ 102/2010/NĐ-CP
NGÀY 01/10/2010 CỦA CHÍNH PHỦ
HƯỚNG DẪN THI HÀNH MỘT SỐ ĐIỀU
CỦA LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2005**

Luật Doanh nghiệp năm 2005 ra đời tạo nên một luồng sinh khí mới cho nền thương nghiệp nước nhà. Trên cơ sở đó, Nghị định số 139/2007/NĐ-CP ngày 05/9/2007 được Chính phủ ban hành hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 2005. Ngày 01/10/2010, Chính phủ ban hành Nghị định số 102/2010/NĐ-CP thay thế cho Nghị định số 139/2007/NĐ-CP. Được ban hành sau hơn 4 năm thực thi Luật Doanh nghiệp năm 2005, Nghị định số 102/2010/NĐ-CP mang đến niềm hy vọng sẽ có những hướng dẫn tích cực trong việc thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2005. Tuy vậy, trên thực tế, vấn đề tài chính của công ty (bao gồm cả công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần) mà chủ yếu là vốn của công ty được hướng dẫn bởi nghị định cần phải được xem xét lại trên cả phương diện lý luận và thực tiễn.

1. Bản chất của vốn góp

Góp vốn là việc thành viên công ty chuyển tài sản vào công ty để trở thành chủ sở hữu hoặc các đồng sở hữu công ty. Trên thực tế, việc góp vốn vào các loại hình doanh nghiệp khác nhau sẽ tạo nên quy chế pháp lý khác nhau đối với người góp vốn. Với vai trò là đạo luật ghi nhận các mô hình kinh doanh, việc tạo lập

nên sự phong phú của các mô hình trong Luật Doanh nghiệp năm 2005 là một điều cần thiết cho các lựa chọn khởi nghiệp. Trong một chừng mực nào đó, Luật Doanh nghiệp năm 2005 của Việt Nam đã thành công trong việc đa dạng hóa các lựa chọn này. Ước mơ khởi nghiệp Việt được trân trọng khi nhà làm luật Việt Nam đã ghi nhận hầu hết những mô hình doanh nghiệp phổ biến của thế giới. Một trong những loại hình doanh nghiệp được lựa chọn nhiều nhất bởi các nhà kinh doanh là mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Một câu hỏi đặt ra là hai loại hình này có ưu điểm gì mà được sự “ưu ái”?

1.1. Vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn

Nếu nhìn nhận từ góc độ của truyền thống luật châu Âu lục địa, người ta thừa nhận rằng, công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình doanh nghiệp kết hợp sự “ưu việt” của mô hình công ty đối nhân và công ty đối vốn. Kết quả của sự kết hợp này là công ty trách nhiệm hữu hạn mang trong mình bản chất của một công ty “đóng” như việc chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên cho người không phải là thành viên của công ty bị hạn chế, việc phát hành cổ phần bị cấm đoán¹... Tóm lại, mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn là mô hình dành cho việc kinh doanh có quy mô vừa và nhỏ. Xuất phát từ đó, vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn được đặc trưng bởi:

Thứ nhất: Vốn điều lệ được xác định bởi con số mà các thành viên công ty góp hoặc cam kết góp vốn. So sánh với công ty cổ phần, vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn là con số “thực”. Nói cách khác, với hành vi góp vốn, số vốn do các thành viên góp trở thành vốn của công ty và được ghi nhận vào

1. Xem thêm Điều 38, Điều 44 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

Điều lệ của công ty. Sự khác biệt giữa việc thực góp và cam kết góp chỉ là yếu tố thời gian. Việc hoàn thành hành vi góp vốn theo cam kết góp vốn được thực hiện tại một thời điểm trong tương lai. Theo Điều 42 Luật Doanh nghiệp năm 2005, nghĩa vụ của thành viên là phải thực hiện đúng cam kết góp vốn.

Thứ hai: Theo phân tích trên, mặc dù công ty trách nhiệm hữu hạn có vốn là một con số xác định và người ta có thể xác định được dễ dàng phần vốn góp của mỗi thành viên công ty là bao nhiêu nhưng luật cũng cho phép tình trạng “nợ” vốn trong công ty trách nhiệm hữu hạn.

Ví dụ: Công ty trách nhiệm hữu hạn A có ba thành viên X, Y, Z có vốn điều lệ là một tỷ đồng. Như vậy, mặc dù có thể thành viên công ty chưa tiến hành việc góp vốn vì chưa đến hạn phải góp theo cam kết nhưng con số một tỷ đồng trên vẫn được xác định là vốn điều lệ của công ty và nó được coi là bảo đảm cho việc trả nợ của công ty với các bên thứ ba. Nếu như có bất kỳ một thiệt hại nào đối với bên thứ ba thì số vốn một tỷ đồng trên sẽ là tài sản trả nợ, đồng thời cũng sẽ rất dễ dàng xác định phần trách nhiệm mà mỗi thành viên công ty phải chịu theo cam kết góp vốn¹.

Tóm lại, trong công ty trách nhiệm hữu hạn, người ta phải xác định một cách rõ ràng số vốn mà công ty có để làm cơ sở xác định trách nhiệm của công ty với bên thứ ba. Nhưng cũng xuất phát từ bản chất là một công ty “đóng” nên việc lựa chọn thời điểm hoàn thành việc góp vốn thuộc quyền định đoạt của các thành viên.

1. Điểm b khoản 1 Điều 38 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “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”.

1.2. Vốn điều lệ của công ty cổ phần

Về mặt lý luận, người ta thừa nhận công ty cổ phần là loại hình công ty “mở”. Vốn điều lệ của công ty cũng phải được xác định từ đầu và phải được ghi vào trong Điều lệ của công ty. Nhưng có sự khác biệt giữa vốn điều lệ của công ty cổ phần và vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn. Nếu vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn là một con số “thực” thì vốn điều lệ trong công ty cổ phần khi mới thành lập công ty có phần nào đó mang tính “ảo”. Cụ thể: khoản 1 Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: *Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán và phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.* Điều đó có nghĩa là nếu vốn điều lệ của công ty cổ phần là 1 tỷ đồng thì theo yêu cầu của Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005, các cổ đông sáng lập chỉ cần góp hoặc cam kết góp 200 triệu đồng (giả định rằng công ty chỉ phát hành cổ phần phổ thông) mà không phải là toàn bộ vốn điều lệ. Như vậy, ta thấy có một “khoảng trống” giữa số vốn điều lệ của công ty và phần vốn mà các cổ đông sáng lập đăng ký mua. Phần vốn còn thiếu không phải là kết quả của một toan tính gian dối trong quá trình vi phạm pháp luật về đăng ký kinh doanh mà nó trở thành một quyền đặc trưng của công ty cổ phần trong việc huy động vốn: *quyền bán cổ phần có quyền chào bán.* Nói cách khác, các cổ đông sáng lập “kê khai” vốn của công ty là 1 tỷ đồng và đã được cơ quan đăng ký kinh doanh ghi nhận điều này vào Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Nhưng các cổ đông không thực hiện hết thì phần vốn còn thiếu được nhìn nhận là một phần không tách rời của số vốn kê khai ở trên. Tuy vậy, việc huy động phần vốn còn “thiếu” kia không

phải là không có thời hạn. Giới hạn luật định trong trường hợp này là 3 năm kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau 3 năm mà công ty không huy động đủ số vốn đã đăng ký thì công ty phải giảm vốn điều lệ tương ứng với phần vốn mà công ty thực tế huy động được.

Sự khác biệt về vốn điều lệ giữa công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn xuất phát từ sự khác biệt giữa hai mô hình doanh nghiệp. Về mặt lý luận, chúng ta thừa nhận công ty cổ phần là một công cụ huy động nguồn vốn nhàn rỗi trong xã hội. Điều đó được thể hiện ở chỗ mệnh giá cổ phần thường là rất thấp (đối với các công ty niêm yết là 10 ngàn đồng). Từ đó, người ta có thể dễ dàng đầu tư vào công ty cổ phần thông qua việc mua một hoặc một số cổ phần tùy theo khả năng tài chính của họ. Đồng thời, nguyên tắc tách bạch giữa sở hữu và quản lý trong công ty tạo nên tính chuyên nghiệp cũng như hiệu quả kinh tế cao trong việc sử dụng vốn của công ty. Điều đó còn thể hiện ở chỗ, cổ đông là người thành lập công ty nhưng việc quản lý thì được giao cho Giám đốc và Hội đồng Quản trị, những người chuyên nghiệp trong quản trị hoặc có kiến thức sâu về lĩnh vực hoạt động của công ty (Điều 55, Điều 110 Luật Doanh nghiệp năm 2005). Thông qua quá trình điều hành doanh nghiệp, những người quản lý mà cụ thể là Hội đồng Quản trị sẽ là người biết rõ về nhu cầu vốn của công ty cũng như khả năng thu hút vốn đầu tư của công ty mà sẽ quyết định việc phát hành cổ phần có quyền chào bán để đáp ứng cho nhu cầu về vốn đó.

Quy định “mở” như trên là phù hợp với bản chất công ty cổ phần. Về nguyên tắc, cổ đông sáng lập có quyền quyết định số vốn điều lệ của công ty. Nhưng mặt khác, họ chỉ góp vốn vào công ty dựa trên khả năng tài chính của các cổ đông hiện hữu và nhu cầu về vốn của công ty. Do đó, việc thừa nhận cổ phần có

quyền chào bán tạo nên sự thuận lợi cho công ty cổ phần khi thực hiện việc huy động vốn từ công chúng mà không cần phải thông qua các thủ tục hành chính với cơ quan đăng ký kinh doanh. Thêm nữa, cơ hội huy động vốn cổ phần từ công chúng của một công ty mới thành lập dường như là một yêu cầu không khả thi. Thời gian 3 năm cho cổ phần có quyền chào bán cũng là khoảng thời gian cần cho công ty trong việc xây dựng niềm tin cho các nhà đầu tư để thu hút vốn đầu tư từ họ.

2. Hướng dẫn của Nghị định số 102/2010/NĐ-CP

Nhận xét chung là Nghị định số 102/2010/NĐ-CP đã điều chỉnh rất sâu vào hoạt động của doanh nghiệp. Về vốn điều lệ, Nghị định số 102/2010/NĐ-CP có nhiều hướng dẫn khá hợp lý. Nhưng những vấn đề chưa được giải quyết trong Nghị định số 139/2007/NĐ-CP thì trong Nghị định số 102/2010/NĐ-CP cũng vẫn còn bỏ ngỏ.

2.1. Vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn

Không có nhiều thay đổi về vốn của công ty trách nhiệm hữu hạn theo hướng dẫn của Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngoại trừ hai điểm sau:

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005, nghĩa vụ góp vốn của thành viên công ty được xác định theo cam kết góp vốn. Tuy vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2005 không có giới hạn về mặt thời gian cho việc hoàn thành nghĩa vụ góp vốn. Nói cách khác, thời hạn để thành viên góp vốn vào công ty là không hạn chế mà thời hạn này dài hay ngắn phụ thuộc vào thỏa thuận góp vốn giữa các thành viên công ty. Cụ thể: nghĩa vụ của thành viên là phải: *“Góp đủ, đúng hạn số vốn đã cam kết và chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào công ty”* (khoản 1 Điều 42

Luật Doanh nghiệp năm 2005). Nhưng ngay cả trong trường hợp thành viên không thực hiện đúng nghĩa vụ góp vốn thì khoản vốn chưa góp được xem là khoản nợ của thành viên đối với công ty (khoản 2 Điều 39 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Tuy vậy, theo quy định của Nghị định số 102/2010/NĐ-CP, thời hạn để thành viên hoàn thành nghĩa vụ góp vốn là 36 tháng kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (khoản 3 Điều 6 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP). Đây là hướng dẫn hợp lý. Kết quả là với hướng dẫn này, Nghị định số 102/2010/NĐ-CP đã tạo cơ sở cho việc chấm dứt tình trạng nợ vốn không thời hạn của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn.

Nhưng có một tồn tại chưa được giải quyết trong Nghị định số 139/2007/NĐ-CP mà đến Nghị định số 102/2010/NĐ-CP vẫn còn bỏ ngỏ. Đó là việc giảm vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn có được đặt ra hay không khi thành viên không hoàn thành nghĩa vụ góp vốn theo cam kết?

Về mặt lý luận, việc một thành viên không hoàn thành nghĩa vụ góp vốn được nhìn nhận ở hai hành vi: Thành viên không hề tiến hành việc góp vốn hoặc có thể chỉ góp một phần theo cam kết góp vốn. Theo đó, giải pháp của Luật Doanh nghiệp năm 2005 là: *“Sau thời hạn cam kết lần cuối mà vẫn có thành viên chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được xử lý theo một trong các cách:*

i) Một hoặc một số thành viên nhận góp đủ số vốn chưa góp;

ii) Huy động người khác cùng góp vốn vào công ty;

iii) Các thành viên còn lại góp đủ số vốn chưa góp theo tỷ lệ phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty” (khoản 3 Điều 39 Luật Doanh nghiệp năm 2005).

Nhưng trong trường hợp không xử lý theo cả ba cách trên, nói cách khác không huy động đủ số vốn điều lệ thì luật bỏ ngỏ. Căn cứ theo khoản 6 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì *“vốn điều lệ là số vốn do các thành viên, cổ đông góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn nhất định và được ghi vào Điều lệ công ty”* thì chưa đủ cơ sở pháp lý để khẳng định nghĩa vụ phải đăng ký giảm vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn trong trường hợp này mặc dù về mặt lý luận chúng ta thừa nhận khả năng này. Điều 60 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định các trường hợp giảm vốn điều lệ của công ty cũng không thừa nhận trường hợp giảm vốn điều lệ trong trường hợp không huy động đủ số vốn điều lệ theo cam kết góp vốn của các thành viên.

2.2. Vốn điều lệ của công ty cổ phần

Như phân tích ở trên, Luật Doanh nghiệp năm 2005 thừa nhận tình trạng vốn “ảo” của công ty cổ phần trong thời hạn 3 năm đầu kể từ ngày doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Nhưng đến hướng dẫn của Nghị định số 102/2010/NĐ-CP đã có sự khác biệt khá lớn với những gì mà chúng ta vừa đề cập ở trên: *“Vốn điều lệ của công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá số cổ phần đã phát hành. Số cổ phần đã phát hành là số cổ phần mà các cổ đông đã thanh toán đủ cho công ty. Tại thời điểm đăng ký kinh doanh thành lập doanh nghiệp, vốn điều lệ của công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá các cổ phần do các cổ đông sáng lập và các cổ đông phổ thông khác đã đăng ký mua và được ghi trong Điều lệ công ty; số cổ phần này phải được thanh toán đủ trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp”* (khoản 4 Điều 6 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP). Theo đó, sẽ không còn tình trạng nợ 80% vốn điều lệ theo quy định của

Luật Doanh nghiệp năm 2005. Hướng dẫn này tạo nên hai mâu thuẫn về mặt lý luận:

Một là, hướng dẫn này dường như trái với quy định của Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005, thừa nhận tình trạng nợ 80% vốn điều lệ của loại hình công ty cổ phần¹.

Hai là, với hướng dẫn này, Nghị định số 102/2010/NĐ-CP đã xóa nhòa ranh giới phân định sự khác biệt đặc trưng giữa công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Bởi vì, trong công ty trách nhiệm hữu hạn, vốn điều lệ của công ty hình thành trên cơ sở số vốn thành viên công ty góp hoặc cam kết góp. Nói cách khác, chủ sở hữu phần vốn này đã được xác định ngay từ khi cam kết góp vốn. Trong khi đó, vốn điều lệ của công ty cổ phần do các cổ đông sáng lập tự thỏa thuận và ghi vào điều lệ của công ty. Nhưng các cổ đông sáng lập có thể mua hoặc không mua hết vốn điều lệ. Nói cách khác, vốn điều lệ của công ty cổ phần, trong trường hợp cổ đông sáng lập chỉ đăng ký con số tối thiểu là 20% cổ phần phổ thông theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005, bao hàm cả phần sở hữu được xác định cụ thể cho từng cổ đông sáng lập và một phần (lớn) chưa được xác định. Chúng ta gọi phần chưa xác định này là cổ phần có quyền chào bán. Đến lúc này, bất cứ người nào, không thuộc các trường hợp bị cấm góp vốn vào doanh nghiệp thì cũng có quyền được mua số cổ phần có quyền chào bán này khi công ty quyết định bán cổ phần để huy động vốn. Đó cũng là đặc trưng của công ty cổ phần mà chúng ta hay gọi là công ty “mở” là vậy.

1. Khoản 4 Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “Trường hợp các cổ đông sáng lập không đăng ký mua hết số cổ phần được quyền chào bán thì số cổ phần còn lại phải được chào bán và bán hết trong thời hạn ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh”.

1. Phát hành cổ phần

Quy trình phát hành chứng khoán có thể hình dung qua tiến trình như sau: chào bán cổ phần, bán cổ phần và mua cổ phần.

1.1. Chào bán cổ phần

a) Khái niệm:

Chào bán cổ phần là việc công ty tăng thêm số lượng cổ phần được quyền chào bán và bán các cổ phần đó trong quá trình hoạt động để tăng vốn điều lệ (khoản 1 Điều 122 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Về mặt quy trình, để có thể tăng thêm số lượng cổ phần được quyền chào bán, công ty phải họp Đại hội đồng cổ đông và ra nghị quyết về vấn đề này.

b) Hình thức chào bán cổ phần:

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, chào bán cổ phần có thể thực hiện theo một trong các hình thức sau đây: Chào bán cho các cổ đông hiện hữu; Chào bán ra công chúng; Chào bán cổ phần riêng lẻ (khoản 2 Điều 122 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Trong đó, luật không quy định hình thức chào bán ra công chúng mà dẫn chiếu sang pháp luật về chứng khoán (khoản 3 Điều 122 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Như vậy, đối với chào bán cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014, các doanh nghiệp chưa niêm yết trên thị trường chứng khoán có thể thực hiện thông qua hai hình thức là: (i) Chào bán cho các cổ đông hiện hữu và (ii) Chào bán cổ phần riêng lẻ.

- Chào bán cho các cổ đông hiện hữu:

Chào bán cổ phần cho cổ đông hiện hữu là trường hợp công ty tăng thêm số lượng cổ phần được quyền chào bán và bán toàn bộ số cổ phần đó cho tất cả cổ đông theo tỷ lệ cổ phần hiện có của họ tại công ty (khoản 2 Điều 124 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Khi thực hiện việc chào bán cổ phần cho các cổ đông hiện hữu của công ty, công ty phải thông báo bằng văn bản đến các cổ đông theo phương thức bảo đảm đến được địa chỉ thường trú hoặc địa chỉ liên lạc của họ trong sổ đăng ký cổ đông chậm nhất 15 ngày trước ngày kết thúc thời hạn đăng ký mua cổ phần. Nội dung của thông báo phải bảo đảm các nội dung:

- + *Tên của cổ đông;*
- + *Tổng số cổ phần dự kiến chào bán và số cổ phần cổ đông được quyền mua;*
- + *Giá chào bán cổ phần;*
- + *Thời hạn đăng ký mua* (điểm b khoản 2 Điều 124 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Trường hợp phiếu đăng ký mua cổ phần không được gửi về công ty đúng hạn như thông báo thì cổ đông coi như đã không nhận quyền ưu tiên mua. Tuy nhiên, khi cổ đông không có nhu cầu mua cổ phần, họ vẫn có quyền chuyển quyền ưu tiên mua cổ phần của mình cho người khác (điểm c khoản 2 Điều 124 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

CHUYỂN NHƯỢNG QUYỀN MUA CỔ PHẦN

Năm 2007, Nhà nước có chủ trương thành lập Ngân hàng thương mại cổ phần Dầu khí thuộc Tập đoàn Dầu khí Việt Nam. Cán bộ, công chức trong tập đoàn sẽ được mua cổ phần

ưu đãi, số cổ phần được mua được xác định dựa trên thâm niên công tác.

Theo đó, ông A có mua từ bà T một bộ hồ sơ quyền mua cổ phần theo năm công tác đứng tên ông Đ với giá 110.000.000 đồng tiền chênh lệch.

Sau đó, ông A thay mặt ông Đ nộp tiền mua 4.800 cổ phần của Ngân hàng tương ứng với số tiền là 48.480.000 đồng. Sau đó, có thông báo là Ngân hàng không được thành lập nên ông A đã được nhận lại số tiền 48.480.000 đồng. Tuy nhiên, số tiền chênh lệch 110.000.000 đồng bà T không đồng ý trả cho ông A.

Tại phiên tòa bà T khai, năm 2007, bà có mua của bà Tr hợp đồng chuyển nhượng quyền mua cổ phần của Ngân hàng Dầu khí mang tên Đ với giá là 100.700.000 đồng và bán lại cho ông A với giá là 110.000.000 đồng.

Do đó, bà T yêu cầu bà Tr trả cho bà số tiền 100.700.000 đồng để bà trả cho ông A.

Trong khi đó, bà Tr trình bày, năm 2007, bà trực tiếp mua bộ hồ sơ quyền mua cổ phiếu ưu đãi của Ngân hàng Dầu khí từ ông Đ với giá 96.900.000 đồng. Sau đó, bà đã bán cho bà T với giá là 100.700.000 đồng. Và tiếp theo, bà T bán cho ai thì bà Tr không biết.

Ông Đ trình bày: Ông công tác 19 năm trong ngành Dầu khí. Do đó, khi vợ chồng bà Tr đề xuất ông bán với giá là 5.100.000 đồng/năm công tác, với tổng số tiền là 96.900.000 đồng, hai bên đồng ý thỏa thuận mua đứt bán đoạn, mọi thủ tục vợ chồng bà Tr làm hết, ông Đ chỉ việc ký. Vì thế, ông không đồng ý trả lại 96.900.000 đồng cho bà Tr vì việc mua bán này hai bên đã

thỏa thuận mua đứt bán đoạn, nên việc sau này cổ phiếu có được phát hành hay không thì ông cũng không phải trả lại tiền.

Nguồn: Trích và biên tập lại từ Bản án số 139/2012/KDTM-PT ngày 16/4/2012 về tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền mua cổ phiếu của Tòa phúc thẩm tại Thành phố H.

Những vấn đề đặt ra:

- ***Quyền ưu tiên mua cổ phần khi cổ phần hóa***
- ***Chuyển nhượng quyền ưu tiên mua***

Trên thực tế, tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền mua cổ phiếu không phải là ít. Chúng ta có thể thấy dạng tranh chấp này trong hàng loạt các dự án cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước, các đơn vị sự nghiệp, thậm chí là quá trình chuyển đổi mô hình doanh nghiệp từ công ty trách nhiệm hữu hạn sang công ty cổ phần.

Mặc dù thực tế người ta hay sử dụng khái niệm quyền ưu tiên mua cổ phần, tuy nhiên về bản chất quyền này hoàn toàn khác với quyền ưu tiên mua cổ phần của cổ đông tại điểm c khoản 1 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014 bởi lẽ: Quyền ưu tiên mua cổ phần là quyền dành cho cổ đông của công ty. Quyền này gắn liền với sự tồn tại của một công ty cổ phần.

Trong khi đó, quyền ưu tiên mua cổ phần của ông D bản chất là một quy định mang tính khuyến khích, ghi nhận sự đóng góp của người lao động. Mục đích của chính sách “ưu tiên” này nhằm tạo sự gắn kết giữa người lao động và đơn vị sử dụng lao động. Quyền ưu tiên này hình thành dựa trên quyết định mang tính đơn phương của đơn vị sử dụng lao động. Quyền này không thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật về doanh nghiệp.

Ngân hàng Dầu khí không được thành lập, quyền ưu tiên của ông Đ không phải là quyền ưu tiên mua cổ phần của cổ đông. Vì quyền ưu tiên này là chính sách của doanh nghiệp dành cho nhân viên và người lao động của mình, nó không phải là hình thức chào bán cổ phần cho cổ đông hiện hữu theo pháp luật về doanh nghiệp. Do đó, người lao động của doanh nghiệp, mà cụ thể là ông Đ có thể chấp nhận mua hoặc có quyền từ chối. Đồng thời, ông không thể chuyển nhượng quyền ưu tiên mua cho người khác giống như quyền ưu tiên mua của cổ đông được.

- Chào bán cổ phần riêng lẻ:

So với việc chào bán cổ phần cho các cổ đông hiện hữu theo tỷ lệ cổ phần của họ, việc chào bán cổ phần riêng lẻ của công ty cổ phần mang tính tự do hơn. Theo đó, chỉ cần công ty ra quyết định về việc phát hành cổ phần riêng lẻ và có thông báo với Cơ quan đăng ký kinh doanh. Cụ thể, quy trình này phải trải qua hai bước sau:

Bước thứ nhất: Hội đồng cổ đông và Đại hội đồng cổ đông của công ty phải:

- + Ra nghị quyết về chào bán cổ phần riêng lẻ;
- + Thông qua phương án chào bán cổ phần riêng lẻ (nếu có).

Nội dung của phương án chào bán này có thể là xác định đối tượng có quyền mua cổ phần, các loại cổ phần, tỷ lệ được mua.

Bước thứ hai: Thông báo việc chào bán cho Cơ quan đăng ký kinh doanh.

Trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày ra quyết định chào bán cổ phần riêng lẻ, công ty phải thông báo việc chào bán cổ phần riêng lẻ với Cơ quan đăng ký kinh doanh. Kèm theo

thông báo chào bán cổ phần riêng lẻ phải có nghị quyết đã được thông qua trong bước thứ nhất (khoản 1 Điều 123 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

1.2. Bán cổ phần

Dù là chào bán cổ phần theo hình thức nào thì chung quy lại, Hội đồng Quản trị vẫn là cơ quan quyết định thời điểm, phương thức và giá bán cổ phần.

Nguyên tắc xác định giá bán cổ phần: giá bán cổ phần không được thấp hơn giá thị trường tại thời điểm chào bán hoặc giá trị được ghi trong sổ sách của cổ phần tại thời điểm gần nhất. Tuy vậy, nguyên tắc này vẫn có những ngoại lệ. Cụ thể là những trường hợp sau đây:

- Cổ phần chào bán lần đầu tiên cho những người không phải là cổ đông sáng lập;

- Cổ phần chào bán cho tất cả cổ đông theo tỷ lệ cổ phần hiện có của họ ở công ty;

- Cổ phần chào bán cho người môi giới hoặc người bảo lãnh. Trường hợp này, số chiết khấu hoặc tỷ lệ chiết khấu cụ thể phải được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định khác;

- Trường hợp khác do Điều lệ quy định (Điều 125 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

1.3. Mua cổ phần

Bản chất của việc mua cổ phần từ công ty phát hành là hành vi góp vốn. Do đó, chủ thể mua phải đáp ứng các điều kiện của người góp vốn vào công ty.

Ngoài ra, đối với những loại cổ phần ưu đãi, pháp luật về doanh nghiệp còn cho phép Đại hội đồng cổ đông xác định đối tượng nào có quyền mua cổ phần ưu đãi. Ví dụ trên thực tế, các doanh nghiệp thường dành quyền mua cổ phần ưu đãi cổ tức cho người lao động trong doanh nghiệp nhằm tạo nên sự gắn kết giữa người lao động và công ty. Trong trường hợp này, nếu không phải là người lao động của doanh nghiệp thì không có quyền mua, mặc dù họ không phải là đối tượng bị cấm góp vốn theo pháp luật về doanh nghiệp.

Cổ phần của công ty cổ phần có thể được mua bằng Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác quy định tại Điều lệ công ty và phải được thanh toán đủ một lần (Điều 128 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2. Trái phiếu

Trái phiếu là loại chứng khoán xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với một phần nợ của tổ chức phát hành (khoản 3 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019¹). Theo đó, người sở hữu trái phiếu là chủ nợ (trái chủ) của công ty. Mặc dù cơ quan nhà nước cũng có quyền phát hành trái phiếu, nhưng trong phạm vi cuốn sách này, các tác giả chỉ trình bày về trái phiếu doanh nghiệp (sau đây gọi tắt là trái phiếu).

Có thể hình dung sự khác biệt giữa trái phiếu và cổ phiếu thông qua bảng sau:

1. Luật Chứng khoán năm 2019 có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/01/2021.

	Cổ phiếu	Trái phiếu
Địa vị pháp lý của người sở hữu	<i>Cổ đông công ty</i>	<i>Chủ nợ</i>
Quyền quản lý công ty	<i>Có</i>	<i>Không</i>
Lợi ích	<i>Được chia cổ tức khi công ty có lợi nhuận</i>	<i>Được trả nợ dù công ty có lợi nhuận hay không</i>
Thứ tự thanh toán khi công ty chấm dứt hoạt động	<i>Được thanh toán sau cùng</i>	<i>Được thanh toán trước</i>

2.1. Phân loại trái phiếu

a) Trái phiếu:

Trái phiếu là một loại chứng khoán nợ do doanh nghiệp phát hành, xác nhận nghĩa vụ trả cả gốc và lãi của doanh nghiệp phát hành đối với người sở hữu trái phiếu.

b) Trái phiếu chuyển đổi:

Ngoài loại trái phiếu thông thường, trong công ty cổ phần còn có trái phiếu chuyển đổi, được hiểu là loại trái phiếu do công ty cổ phần phát hành, có thể chuyển đổi thành cổ phiếu phổ thông của doanh nghiệp phát hành theo điều kiện, điều khoản đã được xác định trong phương án phát hành trái phiếu¹.

Như vậy, trái phiếu chuyển đổi về bản chất vẫn là một loại trái phiếu. Có nghĩa, người sở hữu sẽ được trả cả gốc và lãi khi đáo hạn. Ngoài ra, loại trái phiếu này còn mang lại cho trái

1. Khoản 4 Điều 4 Nghị định số 163/2018/NĐ-CP ngày 04/12/2018 của Chính phủ quy định về phát hành trái phiếu doanh nghiệp (sau đây gọi tắt là Nghị định số 163/2018/NĐ-CP).

chủ quyền mua cổ phần của công ty thông qua việc chuyển đổi từ trái phiếu trở thành cổ phiếu¹.

Như vậy, trái phiếu chuyển đổi có hai đặc điểm quan trọng: (i) Có lãi suất cố định (thông thường sẽ thấp so với các loại trái phiếu khác) và (ii) Quyền chuyển đổi thành loại cổ phiếu phổ thông của công ty.

Về bản chất kinh tế, trái phiếu chuyển đổi được coi là một sản phẩm lồng ghép giữa trái phiếu doanh nghiệp và quyền mua cổ phiếu do chính doanh nghiệp phát hành. Sự khác biệt của trái phiếu chuyển đổi so với trái phiếu thường là quyền chuyển đổi sang cổ phiếu theo một tỷ lệ cố định trong tương lai của trái chủ.

$$\text{Giá trị trái phiếu chuyển đổi} = \text{Giá trị trái phiếu} + \text{Giá trị quyền mua cổ phần}$$

c) Giá trị trái phiếu:

Giá trị trái phiếu được xác định bằng giá trị hiện tại của các dòng tiền thanh toán gốc và lãi trái phiếu trong suốt kỳ hạn của trái phiếu.

Theo đó, lãi suất của trái phiếu được doanh nghiệp xác định căn cứ vào mức độ uy tín của doanh nghiệp, hiệu quả của dự án đầu tư và tình hình thị trường tài chính, tiền tệ cho từng đợt phát hành. Như vậy, lãi suất danh nghĩa trái phiếu có thể xác định theo một trong các phương thức sau:

1. Khoản 5 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019 gọi quyền mua này là chứng quyền: “*Chứng quyền là loại chứng khoán được phát hành cùng với việc phát hành trái phiếu hoặc cổ phiếu ưu đãi, cho phép người sở hữu chứng quyền được quyền mua một số cổ phiếu phổ thông nhất định theo mức giá đã được xác định trước trong khoảng thời gian xác định*”.

- (i) Cố định cho cả kỳ hạn trái phiếu;
- (ii) Thả nổi theo lãi suất thị trường;
- (iii) Kết hợp giữa lãi suất cố định và thả nổi.

Cần lưu ý rằng, trường hợp lãi suất danh nghĩa là lãi suất thả nổi, doanh nghiệp phát hành phải nêu cụ thể cơ sở tham chiếu để xác định lãi suất danh nghĩa tại phương án phát hành và công bố thông tin cho nhà đầu tư mua trái phiếu về cơ sở tham chiếu được sử dụng (điểm b khoản 6 Điều 6 Nghị định số 163/2018/NĐ-CP).

Giá trị quyền mua cổ phần:

Giá trị quyền mua cổ phần được xác định theo giá cổ phiếu. Cụ thể, giá trị của quyền mua được xác định bằng phần chênh lệch giữa giá cổ phiếu hiện hành và giá chuyển đổi.

Ví dụ, điều kiện chuyển đổi là người sở hữu trái phiếu có quyền mua cổ phần của công ty với giá là 23.000 đồng/cổ phần, trong đó giá thị trường của cổ phần trên thị trường là 32.000 đồng. Trong trường hợp này, quyền mua cổ phần có giá trị. Điều này khuyến khích trái chủ chuyển đổi trái phiếu thành cổ phiếu. Nhưng khi chênh lệch giữa giá thị trường và quyền mua < 0 thì lúc đó quyền mua không có giá trị. Khi đó, trái chủ có quyền không mua cổ phần mà họ sẽ lựa chọn lấy tiền mặt và công ty phải chi trả cho họ. Điểm thú vị của loại trái phiếu này là ở chỗ đó.

Như vậy, trong quá trình kinh doanh, cùng đáp ứng nhu cầu về vốn, nhưng người quản trị về tài chính của doanh nghiệp phải biết xác định mục tiêu của doanh nghiệp là gì để có những cách kêu gọi vốn phù hợp. Nếu biết sử dụng một cách hợp lý, trái phiếu chuyển đổi có thể là một công cụ để huy động vốn một cách hiệu quả mà không gây ra những xáo trộn về mặt cơ cấu cổ đông và quản trị trong công ty.

Căn cứ vào tính chất có bảo đảm hay không mà trái phiếu được chia thành các loại sau:

- Trái phiếu có bảo đảm: là loại trái phiếu được bảo đảm thanh toán toàn bộ hoặc một phần gốc, lãi khi đến hạn bằng tài sản của doanh nghiệp phát hành hoặc tài sản của bên thứ ba; hoặc được bảo lãnh thanh toán của tổ chức tài chính, tín dụng có chức năng cung cấp dịch vụ bảo lãnh thanh toán (khoản 5 Điều 4 Nghị định số 163/2018/NĐ-CP).

- Trái phiếu không có bảo đảm: là loại trái phiếu không được bảo đảm thanh toán toàn bộ hoặc một phần gốc, lãi bằng tài sản của tổ chức phát hành hoặc bên thứ ba hoặc bảo lãnh thanh toán của tổ chức tài chính tín dụng.

Người sở hữu trái phiếu chỉ là chủ nợ, bản chất của trái phiếu không làm tăng vốn điều lệ của công ty. Cũng vì thế, thẩm quyền quyết định phát hành trái phiếu thuộc về Hội đồng Quản trị mà không phải là Đại hội đồng cổ đông như việc phát hành cổ phiếu.

“Trường hợp Điều lệ công ty không quy định khác thì Hội đồng Quản trị có quyền quyết định loại trái phiếu, tổng giá trị trái phiếu và thời điểm phát hành, nhưng phải báo cáo Đại hội đồng cổ đông tại cuộc họp gần nhất. Báo cáo phải kèm theo tài liệu và hồ sơ giải trình nghị quyết của Hội đồng Quản trị về phát hành trái phiếu” (khoản 4 Điều 127 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

2.2. Điều kiện phát hành trái phiếu

a) Công ty thanh toán đủ cả gốc và lãi của trái phiếu đã phát hành trước đó.

b) Thanh toán đầy đủ các khoản nợ đến hạn trong 03 năm liên tiếp trước đó.

Cần lưu ý rằng, việc phát hành trái phiếu cho các chủ nợ là tổ chức tài chính được lựa chọn không bị hạn chế bởi quy định tại khoản 2 Điều 127 Luật Doanh nghiệp năm 2014 (khoản 3 Điều 127 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, các quy định này chưa đủ cơ sở để bảo vệ quyền lợi của chủ nợ.

ĐIỀU KIỆN PHÁT HÀNH TRÁI PHIẾU

1. Đối với trái phiếu không chuyển đổi hoặc trái phiếu không kèm theo chứng quyền:

a) Doanh nghiệp phát hành là công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn được thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam;

b) Có thời gian hoạt động tối thiểu từ 01 năm kể từ ngày được cấp lần đầu Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc Giấy phép có giá trị tương đương theo quy định của pháp luật. Đối với doanh nghiệp được tổ chức lại hoặc chuyển đổi, thời gian hoạt động được tính là thời gian hoạt động của doanh nghiệp bị chia (trong trường hợp chia doanh nghiệp), thời gian hoạt động của doanh nghiệp bị tách (trong trường hợp tách doanh nghiệp), thời gian hoạt động dài nhất trong số các doanh nghiệp bị hợp nhất (trong trường hợp hợp nhất doanh nghiệp), thời gian hoạt động của doanh nghiệp nhận sáp nhập (trong trường hợp sáp nhập công ty), thời gian hoạt động của doanh nghiệp trước và sau khi chuyển đổi (trong trường hợp chuyển đổi công ty);

c) Có báo cáo tài chính năm trước liền kề của năm phát hành được kiểm toán bởi tổ chức kiểm toán đủ điều kiện theo quy định tại khoản 7 Điều 4 Nghị định này;

d) Đảm bảo tuân thủ giới hạn về số lượng nhà đầu tư khi phát hành, giao dịch trái phiếu theo quy định tại khoản 2 Điều 4 và khoản 8 Điều 6 Nghị định này;

đ) Có phương án phát hành trái phiếu được cấp có thẩm quyền phê duyệt và chấp thuận theo quy định tại Điều 14 Nghị định này;

e) Thanh toán đầy đủ cả gốc và lãi của trái phiếu đã phát hành trong 03 năm liên tiếp trước đợt phát hành trái phiếu (nếu có);

g) Đáp ứng các tỷ lệ an toàn tài chính, tỷ lệ bảo đảm an toàn trong hoạt động theo quy định của pháp luật chuyên ngành.

2. Đối với phát hành trái phiếu chuyển đổi hoặc trái phiếu kèm chứng quyền:

a) Doanh nghiệp phát hành là công ty cổ phần;

b) Đáp ứng các điều kiện phát hành quy định tại điểm b, điểm c, điểm d, điểm đ, điểm e, điểm g khoản 1 Điều này;

c) Đáp ứng quy định về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài theo quy định của pháp luật trong trường hợp thực hiện chuyển đổi trái phiếu thành cổ phiếu hoặc thực hiện quyền mua của chứng quyền;

d) Các đợt phát hành trái phiếu chuyển đổi phải cách nhau ít nhất sáu tháng;

đ) Trái phiếu chuyển đổi, chứng quyền phát hành kèm theo trái phiếu không được chuyển nhượng trong tối thiểu 01 năm kể từ ngày hoàn thành đợt phát hành, trừ trường hợp chuyển nhượng cho hoặc chuyển nhượng giữa các nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp hoặc theo quyết định của Tòa án hoặc thừa kế theo quy định của pháp luật.

3. Doanh nghiệp phát hành là công ty đại chúng ngoài việc đáp ứng điều kiện phát hành theo quy định tại khoản 1, khoản 2

Điều này còn phải đáp ứng điều kiện chào bán chứng khoán riêng lẻ của công ty đại chúng theo quy định tại Điều 10a của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán¹ (Điều 10 Nghị định số 163/2018/NĐ-CP).

Tuy vậy, như trên đã đề cập, loại trái phiếu chuyển đổi bao hàm trong nó quyền chuyển đổi cổ phần. Khi trái chủ thực hiện việc chuyển đổi này, nó sẽ làm tăng vốn điều lệ. Do đó, thẩm quyền đối với việc phát hành loại trái phiếu này không thuộc về Hội đồng Quản trị mà thuộc Đại hội đồng cổ đông.

“Trường hợp công ty cổ phần phát hành trái phiếu chuyển đổi thành cổ phần thì thực hiện theo trình tự, thủ tục tương ứng chào bán cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và quy định khác của pháp luật có liên quan. Công ty thực hiện đăng ký thay đổi vốn điều lệ trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày hoàn thành việc chuyển đổi trái phiếu thành cổ phần” (khoản 5 Điều 127 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

3. Mua lại cổ phần

3.1. Mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông

Về nguyên tắc, khi góp vốn thành lập công ty, các cổ đông không có quyền rút vốn. Bản chất của vốn trong công ty, ngoài chức năng dùng để kinh doanh, còn nhằm để thanh toán các khoản nợ phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Nên khi dành cho cổ đông quyền rút vốn, có nghĩa làm cho khả năng thanh toán của doanh nghiệp bị giảm sút, qua đó ảnh hưởng đến quyền lợi của chủ nợ và các bên thứ ba có liên quan.

1. Luật Chứng khoán năm 2006 sửa đổi, bổ sung năm 2010 được thay thế bởi Luật Chứng khoán năm 2019 có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2021.

Tuy nhiên, không phải lúc nào các quyết định của Đại hội đồng cổ đông cũng được hình thành trên cơ sở đồng thuận. Ra đời dựa trên nguyên tắc bảo vệ cổ đông thiểu số, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định các cổ đông nhỏ có quyền rút vốn ra khỏi công ty. Tuy vậy, việc rút vốn này phải luôn đặt trong tương quan với quyền lợi của chủ nợ và phải tuân theo các điều kiện rất chặt chẽ.

a) Điều kiện yêu cầu công ty mua lại cổ phần:

- Cổ đông biểu quyết phản đối quyết định về việc tổ chức lại công ty hoặc thay đổi quyền, nghĩa vụ của cổ đông quy định tại Điều lệ công ty;

- Phải có yêu cầu bằng văn bản và được gửi đến công ty trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày Đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định;

- Công ty vẫn phải bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác ngay sau khi thanh toán hết số cổ phần được mua lại (khoản 1 Điều 129 và khoản 1 Điều 131 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

b) Xác định giá mua lại cổ phần:

Theo quy định tại Điều 129 Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty phải mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông với giá thị trường hoặc giá được tính theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ công ty trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu.

Trường hợp không thỏa thuận được về giá thì các bên có thể yêu cầu một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá.

Công ty giới thiệu ít nhất ba tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp để cổ đông lựa chọn và lựa chọn đó là quyết định cuối cùng (khoản 2 Điều 129 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, tinh thần của Luật Doanh nghiệp năm 2014 là dành cho các bên quyền được tự do thỏa thuận về mức giá mua lại cổ phần, miễn sao việc mua lại cổ phần này không nhằm mục đích tẩu tán tài sản, lẩn tránh nghĩa vụ trả nợ với chủ nợ và bên thứ ba. “*Giá thị trường của phần vốn góp hoặc cổ phần* là giá giao dịch trên thị trường cao nhất ngày hôm trước, giá thỏa thuận giữa người bán và người mua, hoặc giá do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp xác định” (khoản 11 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

Như vậy, nhằm tránh xảy ra tranh chấp trong việc xác định giá mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông, các bên nên thỏa thuận trong Điều lệ của công ty nguyên tắc xác định giá mua hoặc yêu cầu ngay từ đầu các tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp để xác định giá mua lại trong trường hợp các cổ đông thực hiện quyền yêu cầu mua lại của mình.

3.2. Mua lại cổ phần theo quyết định của công ty

a) Điều kiện mua lại cổ phần:

- *Số lượng mua lại: không quá 30% tổng số cổ phần phổ thông đã bán, một phần hoặc toàn bộ cổ phần ưu đãi cổ tức đã bán;*

- *Công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác nếu ngay sau khi thanh toán hết số cổ phần được mua lại* (Điều 130 và khoản 1 Điều 131 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

b) Thẩm quyền quyết định mua lại cổ phần:

Thẩm quyền của Hội đồng Quản trị có quyền quyết định mua lại không quá 10% tổng số cổ phần của từng loại đã được chào bán trong 12 tháng. Ngoài ra đều phải do Đại hội đồng cổ đông của công ty quyết định (khoản 1 Điều 130 Luật Doanh nghiệp năm 2014).

**TRANH CHẤP GIỮA CÁC THÀNH VIÊN CÔNG TY
VỀ VIỆC CHUYỂN NHƯỢNG CỔ PHẦN VÀ YÊU CẦU
TUYÊN BỐ HỢP ĐỒNG CHUYỂN NHƯỢNG VÔ HIỆU**

Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L được thành lập năm 2006, vốn điều lệ là 100 tỷ đồng gồm 5 cổ đông, trong đó, ông Lê Tấn H góp vốn tỷ lệ 61% (tương đương 61 tỷ đồng). Ngân hàng Thương mại cổ phần P D góp vốn tỷ lệ 11% (tương đương 11 tỷ đồng). Ngày 07/8/2014, Ngân hàng S và ông Lê Tấn H ký Biên bản thỏa thuận về việc chuyển nhượng cổ phần Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L (nay là Công ty cổ phần P). Theo đó, Ngân hàng S chuyển nhượng cho ông Lê Tấn H 110.000 cổ phần của Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L, tương ứng số tiền 11.000.000.000 đồng. Thời điểm thực hiện chuyển nhượng dự kiến không quá ngày 30/9/2014. Sau đó, Ngân hàng S và ông Lê Tấn H ký kết Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần số 01/2014/HĐCN (không có ngày, tháng) năm 2014. Theo đó, Ngân hàng S chuyển nhượng cho ông Lê Tấn H 110.000 cổ phần (tương ứng với tỷ lệ 11% vốn điều lệ) của Công ty với tổng giá trị chuyển nhượng 100.000 đồng/CP, tương ứng với số tiền là 11.000.000.000 đồng.

Do ông Lê Tấn H không thực hiện nghĩa vụ thanh toán nên Ngân hàng S khởi kiện, yêu cầu ông Lê Tấn H trả cho Ngân hàng số tiền 13.502.500.000 đồng, trong đó, tiền gốc 11.000.000.000 đồng và tiền nợ phạt chậm trả theo quy định của hợp đồng là 2.502.500.000 đồng.

Ông Lê Tấn H có đơn phản tố với nội dung: Việc ký hợp đồng chuyển nhượng cổ phần giữa ông và Ngân hàng S xuất phát từ lý do: Năm 2012, vì Ngân hàng Nhà nước không cho các Ngân hàng thương mại đầu tư ngoài ngành nên Ngân hàng S

rút vốn khỏi Công ty CP đầu tư xây dựng L (nay là Công ty cổ phần P). Đến năm 2014, do không tìm được đối tác mua lại số cổ phần trên nhưng đã hết thời hạn báo cáo với Ngân hàng Nhà nước nên hai bên đã ký kết Hợp đồng chuyển nhượng số 01/2014/HĐCN nhằm mục đích để Ngân hàng S hợp thức hóa hồ sơ báo cáo với Ngân hàng Nhà nước về việc rút vốn khỏi Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L, nên Hợp đồng 01/2014/HĐCN không ghi ngày, tháng, không có thời hạn chuyển nhượng cổ phần, thời hạn thanh toán.

Ông Lê Tấn H không chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của Ngân hàng S. Đồng thời, yêu cầu Tòa án tuyên bố Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần số 01/2014/HĐCN (không ghi ngày, tháng) năm 2014 vô hiệu.

Quá trình tố tụng:

Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 16/2017/KDTM-ST ngày 26/9/2017 của Tòa án nhân dân thành phố T tuyên: Căn cứ khoản 4 Điều 30, điểm a khoản 1 Điều 37, điểm a khoản 3 Điều 38, Điều 200, Điều 266, Điều 273 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015; căn cứ khoản 5 Điều 87 Luật Doanh nghiệp năm 2005; căn cứ Điều 134, Điều 137, khoản 1 Điều 449 Bộ luật Dân sự năm 2005:

1. Không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Ngân hàng S về việc buộc ông Lê Tấn H trả cho Ngân hàng S số tiền 13.502.500.000 đồng.

2. Chấp nhận yêu cầu phản tố của ông Lê Tấn H đối với Ngân hàng S về việc tuyên Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần số 01/2014/HĐCN (không ghi ngày, tháng) năm 2014 giữa Ngân hàng S và ông Lê Tấn H vô hiệu.

3. Ông Lê Tấn H có trách nhiệm hoàn trả cho Ngân hàng S 110.000 cổ phần (tương ứng với tỷ lệ 11% vốn điều lệ) của Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L (nay là Công ty cổ phần P).

4. Ông Lê Tấn H và Công ty cổ phần P có trách nhiệm thực hiện các thủ tục pháp lý cần thiết theo quy định của Luật Doanh nghiệp để Ngân hàng S được nhận lại 110.000 cổ phần (tương ứng với tỷ lệ 11% vốn điều lệ) của Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L (nay là Công ty cổ phần P).

Ngày 09/10/2017, Ngân hàng S kháng cáo, đề nghị Tòa án phúc thẩm:

- Hủy án sơ thẩm.

- Công nhận hiệu lực biên bản thỏa thuận ngày 07/8/2014 giữa Ngân hàng S và ông Lê Tấn H và Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần số 01/2014/HĐCN, đề nghị buộc ông Lê Tấn H phải trả cho Ngân hàng S số tiền 13.502.500.000 đồng như nội dung ban đầu đã khởi kiện.

Do Tòa án cấp sơ thẩm vi phạm nghiêm trọng trong việc thu thập và đánh giá chứng cứ chưa đầy đủ, tại phiên tòa phúc thẩm, Hội đồng xét xử phúc thẩm đã chấp nhận đề nghị của Viện kiểm sát nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng, hủy Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 16/2017/KDTM-ST ngày 26/9/2017 của Tòa án nhân dân thành phố T để xét xử lại vụ án.

Những vấn đề cần rút kinh nghiệm:

1. Về hình thức hợp đồng: Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần số 01/2014/HĐCN giữa ông Lê Tấn H và Ngân hàng S không ghi ngày, tháng, chỉ ghi năm 2014 và không thỏa thuận về thời hạn thanh toán là chưa bảo đảm chặt chẽ về mặt hình thức. Căn cứ khoản 2 Điều 401 Bộ luật Dân sự năm 2005: “Hợp đồng

không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Nhưng bản án sơ thẩm xác định là Hợp đồng vô hiệu để xử không chấp nhận đơn khởi kiện của Ngân hàng S là chưa có căn cứ vững chắc. Bởi lẽ:

Tại Điều 2 Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần số 01/2014/HĐCN có quy định về thời hạn, phương thức thanh toán nhưng không thể hiện cụ thể thời hạn thanh toán là ngày, tháng, năm nào. Sau khi ký kết Hợp đồng, các bên đều không thực hiện nghĩa vụ của mình theo Hợp đồng. Nhưng tại Biên bản họp Đại hội cổ đông ngày 16/4/2015, ông H tham gia và tiếp tục thỏa thuận việc mua 110.000 cổ phần của Ngân hàng S và xác định thời điểm chuyển nhượng là ngày 16/4/2015. Sau đó, Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L làm thủ tục báo cáo lên Phòng Đăng ký kinh doanh - Sở Kế hoạch và đầu tư xin phép đăng ký kinh doanh thay đổi lần thứ 4, nội dung thay đổi bao gồm tên Công ty và phần chuyển nhượng vốn góp của các cổ đông, trong đó, có Ngân hàng S. Giấy phép kinh doanh được cấp ngày 07/5/2015, sửa đổi lần thứ 4, thể hiện ông Lê Tấn H nắm giữ 972.000 cổ phần, chiếm tỷ lệ 97,27%; cổ phần của Ngân hàng S là 0 (không).

Tại Biên bản xác minh ngày 21/9/2017, Phòng Đăng ký kinh doanh - Sở Kế hoạch và đầu tư xác định: Ngân hàng S không phải là cổ đông sáng lập của Công ty, nên việc chuyển nhượng cổ phần của Ngân hàng S cho các cá nhân, tổ chức không phải thông báo cho Phòng Đăng ký kinh doanh, mà chỉ thực hiện thông báo cho nội bộ Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L và ghi nhận trong sổ cổ đông của Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L. Khoản 5 Điều 87 Luật Doanh nghiệp năm 2005 (nay là Điều 126 Luật Doanh nghiệp năm 2014) quy định: Giấy tờ chuyển nhượng

phải được bên chuyển nhượng và bên nhận chuyển nhượng hoặc đại diện ủy quyền của họ ký. Bên chuyển nhượng vẫn là người sở hữu cổ phần có liên quan cho đến khi tên của người nhận chuyển nhượng được đăng ký vào sổ đăng ký cổ đông, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm chưa thu thập tài liệu, chứng cứ “Sổ đăng ký cổ đông” của Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L để xem xét, đánh giá hiệu lực của việc chuyển nhượng cổ phần giữa Ngân hàng S và ông Lê Tấn H đã được đăng ký vào sổ đăng ký cổ đông hay chưa? Án sơ thẩm chỉ căn cứ vào lời khai nhận của ông H và Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L là chưa đủ căn cứ.

2. Về thành phần dự họp: Tại Biên bản họp Đại hội đồng cổ đông ngày 16/4/2015, ông Lê Tấn H – Chủ tịch Hội đồng Quản trị Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L chủ trì họp cho rằng ông Nguyễn Văn L đại diện phần vốn góp Ngân hàng S có tham dự cuộc họp. Ngân hàng S không thừa nhận ông Nguyễn Văn L có tham dự cuộc họp này. Tòa án cấp sơ thẩm chưa lấy lời khai, chưa xác minh ông Nguyễn Văn L và các thành viên góp vốn khác có mặt tại cuộc họp này để làm rõ ông Nguyễn Văn L có tham dự cuộc họp hay không? Nhưng Tòa án cấp sơ thẩm nhận định: Ngày 16/4/2015, Ngân hàng S vẫn còn tư cách cổ đông, có tham gia cuộc họp Đại hội đồng cổ đông với tư cách là cổ đông của Công ty, chiếm 11% tỷ lệ phần vốn góp và xác định đến thời điểm này, Ngân hàng S vẫn còn là cổ đông của Công ty L là chưa đủ căn cứ.

3. Về Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh: Tòa án cấp sơ thẩm tuyên: Buộc ông Lê Tấn H có trách nhiệm hoàn trả cho Ngân hàng S 110.000 cổ phần (tương ứng với tỷ lệ 11% vốn điều lệ) và Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L có trách nhiệm cùng với ông Lê Tấn H thực hiện các thủ tục pháp lý để Ngân hàng S nhận lại 110.000 cổ phần, tương ứng với tỷ lệ 11% vốn

điều lệ của Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L không rõ ràng, khó thi hành án. Vì theo nội dung Công văn số 20/TB-ĐKKD ngày 23/5/2017 của Phòng Đăng ký kinh doanh – Sở Kế hoạch và đầu tư, Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L đăng ký xin Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (thay đổi lần thứ 4): “Nội dung trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp đã cấp chưa chính xác với hồ sơ gốc nên yêu cầu doanh nghiệp hoàn chỉnh và nộp hồ sơ hợp lệ trong thời hạn 30 ngày để xem xét cấp lại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp”. Tại phiên tòa phúc thẩm, ông Lê Tấn H và Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L (nay là Công ty cổ phần P) đều thừa nhận chưa có Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh được cấp mới. Do vậy, Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp lần thứ 4 ngày 07/5/2015 chưa được công nhận nên vốn điều lệ của Công ty cổ phần P chưa được xác định, làm rõ nhưng Tòa án cấp sơ thẩm tuyên án trả 110.000 cổ phần (tương ứng 11% vốn điều lệ) của Công ty, trong khi vốn điều lệ của Công ty chưa được xác định tại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Bản án sơ thẩm tuyên như vậy khó cho việc thi hành án, nếu vốn điều lệ tăng lên hoặc giảm xuống sẽ ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đương sự.

4. Về yêu cầu số tiền hoàn trả: Tại phiên tòa phúc thẩm, người đại diện của bị đơn ông Lê Tấn H, bà Đào Thanh L lại khẳng định: Ông Lê Tấn H chỉ có nghĩa vụ trả cho Ngân hàng S 11% cổ phần chứ không phải trả bằng tiền là 11 tỷ đồng, ông H chỉ hoàn trả số cổ phần đang nắm giữ. Đại diện Ngân hàng S yêu cầu ông H trả 11 tỷ đồng và số tiền nợ phạt do chậm trả là 2.502.500.000 đồng. Sự không thống nhất trong các yêu cầu của các đương sự chưa được bản án sơ thẩm đánh giá, xác định rõ và giải quyết các yêu cầu khởi kiện và phản tố của các đương sự một cách rõ ràng, triệt để. Cụ thể: Không chấp nhận yêu cầu

khởi kiện của nguyên đơn, chấp nhận nội dung phản tố của bị đơn là bao nhiêu so với vốn điều lệ được xác định hợp pháp, đúng pháp luật là bao nhiêu.

Ngoài ra, cấp sơ thẩm chưa xác định, làm rõ thời điểm phát sinh tranh chấp việc chuyển nhượng cổ phần giữa Ngân hàng S và ông Lê Tấn H để làm căn cứ xác định việc chậm nghĩa vụ thanh toán như trong Hợp đồng chuyển nhượng đã ký là chưa đảm bảo đúng pháp luật. Việc ông Lê Tấn H cho rằng việc hai bên ký kết Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần số 01/2014/HĐCN chỉ nhằm mục đích để Ngân hàng hợp thức hóa hồ sơ báo cáo Ngân hàng Nhà nước về việc rút vốn khỏi Công ty cổ phần đầu tư xây dựng L có thực hay không? Có vi phạm việc đầu tư ngoài ngành hay không? Tòa án cấp phúc thẩm không thể khắc phục được các vi phạm nêu trên, cần hủy bản án sơ thẩm để giải quyết lại theo thủ tục sơ thẩm theo đúng pháp luật.

Nguồn: Thông báo số 19/TB-VC2-V3 của Viện kiểm sát nhân cấp cao tại Đà Nẵng về việc rút kinh nghiệm vụ án “Tranh chấp giữa các thành viên công ty với nhau về việc chuyển nhượng cổ phần và yêu cầu tuyên bố hợp đồng chuyển nhượng vô hiệu”, đăng ngày 02/04/2019 tại http://vksdanang.gov.vn/chi-tiet?id=30184&_c=71.

Chương V

CÔNG TY HỢP DANH

***Thống kê số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới
theo loại hình qua các năm¹***

(Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn>)

	Năm 2015	Năm 2016	Năm 2017
Loại hình doanh nghiệp	Số lượng (doanh nghiệp)		
Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên	48.362	59.848	73.118
Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	25.060	27.685	29.389
Công ty cổ phần	15.971	18.256	21.197
Doanh nghiệp tư nhân	5.345	4.295	3.133
Công ty hợp danh	16	16	22

1. Hiện nay, chưa có số liệu chính thức thống kê về số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới vào năm 2018 và 2019, do vậy, tác giả vẫn sử dụng các số liệu tổng hợp từ 3 năm trước đó.

Nếu như mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn được đăng ký thành lập mới chiếm số lượng nhiều nhất qua các năm (2015 đến 2017) thì số lượng công ty hợp danh được khai sinh trên thị trường lại chiếm số lượng ít nhất.

Tại sao các nhà đầu tư lại ít “mặn mữ” với công ty hợp danh?

I. KHÁI QUÁT VỀ LỊCH SỬ HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CỦA CÔNG TY HỢP DANH

Một trong những loại hình tổ chức kinh doanh ra đời sớm nhất trong lịch sử là mô hình *hợp danh* (partnership). Loại hình doanh nghiệp này xuất hiện bởi nhu cầu của các nhà đầu tư, từ chỗ làm ăn đơn lẻ, độc lập, các thương nhân tìm cách liên kết lại với nhau để thích ứng với những thử thách mới của nền sản xuất hàng hóa ngày càng phát triển, đồng thời là cơ hội tốt để tích tụ tư bản, nâng cao năng lực cạnh tranh và chia sẻ rủi ro. Theo tâm lý chung, những thương nhân sẽ ưu tiên tìm đến những người mà mình quen biết, tin cậy để cùng góp vốn làm ăn chung, hình thành nên liên kết đơn giản giữa những người thân quen với nhau. Chính vì vậy mà nguồn gốc hình thành của loại hình công ty này mang đậm nét của công ty đối nhân, các thành viên là những người thân cận, tin tưởng nhau, trọng về nhân thân của nhau hơn là vấn đề về vốn góp.

Đứng dưới góc độ lợi ích của các thành viên trong hợp danh thì hạn chế lớn nhất của hợp danh là chế độ trách nhiệm tài sản vô hạn của các chủ sở hữu, hành vi kinh doanh của từng thành viên có thể đem lại những nghĩa vụ tài sản liên đới và vô hạn cho các thành viên còn lại trong hợp danh. Vì vậy, để tồn tại cần có sự liên kết chặt chẽ giữa các thành viên trong hợp danh, hợp danh chỉ thật sự phù hợp với quy mô kinh doanh vừa và nhỏ,

ít cần đến sự biến động về chủ sở hữu. Đứng từ góc độ lợi ích của các nhà đầu tư thì đặc điểm này là một hạn chế, do đó, một số nước đã cấy ghép chế độ trách nhiệm hữu hạn vào mô hình hợp danh truyền thống nhằm bảo đảm tính thích nghi tốt hơn. Trách nhiệm hữu hạn phát triển từ commenda ở các city-states Ý thời trung cổ (khoảng thế kỉ X). Commenda là công cụ pháp lý được sử dụng chủ yếu trong hoạt động thương mại hàng hải, thông qua đó, những người góp vốn cung cấp tài chính cần thiết cho chủ tàu thực hiện hoạt động thương mại, hàng hải, đổi lại họ nhận được lợi nhuận và chịu trách nhiệm hữu hạn đối với mọi tổn thất. Dần dần hình thức này được sử dụng khắp châu Âu lục địa và với nhiều mục đích khác nhau¹. Trên thế giới mô hình hợp danh tồn tại hai biến thể tiêu biểu nhất là loại hình hợp danh thông thường (general partnership) và hợp danh hữu hạn (limited partnership). Cũng cần lưu ý rằng, ở nhiều nước trên thế giới, mà tiêu biểu là các nước theo hệ thống pháp luật Anh - Mỹ thì chủ thể kinh doanh gồm nhiều loại, bao gồm: thương nhân đơn lẻ (sole trader hay sole proprietorship), hợp danh (partnership) và công ty (company hay corporation), trong đó, hợp danh không phải là một loại hình công ty. Ở phương Đông, người phương Đông cũng không xa lạ với phường, hội, cuộc và đủ loại liên kết bán buôn, tuy nhiên mô hình hợp danh theo pháp luật Anh - Mỹ mới chỉ được du nhập trong một, hai thế kỷ trở lại đây².

Lịch sử phát triển kinh tế nước ta mang đặc trưng là kinh tế nông nghiệp chiếm giữ vị trí chủ đạo, hoạt động thương mại vốn

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.124.

2. Phạm Duy Nghĩa: *Giáo trình Luật kinh tế*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2006, t.1, tr.52.

không phải là thế mạnh. Thương mại Việt Nam chủ yếu diễn ra ở các chợ được tổ chức sơ sài, quan hệ kinh doanh mang tính chất gia đình. Bởi vậy, các loại hình công ty ra đời muộn so với các nước trên thế giới, trong đó có công ty hợp danh. Đến thế kỷ XIX, theo chân thực dân Pháp, người dân Việt Nam được làm quen với các mô hình công ty. Cùng với luật dân sự và thương mại, người Pháp đã mang luật công ty của họ vào Việt Nam như một sự cấy ghép pháp luật cưỡng bức trong điều kiện bóc lột và phân biệt đối xử hà khắc của kẻ xâm lược với người bị thống trị. Vì thế, chỉ một bộ phận rất nhỏ các nhà kinh doanh ở các đô thị lớn, mà chủ yếu là người nước ngoài, mới được biết đến luật công ty thời Pháp thuộc¹. Trong thời kỳ này, các bộ luật như Dân luật Bắc Kỳ 1931 và Dân luật Trung Kỳ 1936 đã dịch các mô hình công ty của Pháp sang tiếng Việt với tên gọi như “hội vốn”, “hội người”, “hội đồng lợi”... trong đó mô hình công ty hợp danh được gọi là “hội người”, gồm “hội hợp danh” và “hội hợp tư”. Tuy nhiên, với chính sách bóc lột nặng nề của thực dân Pháp cộng với việc độc quyền kinh doanh khiến cho người dân Việt Nam không được hưởng lợi từ những sản phẩm pháp luật du nhập từ phương Tây này. Chính vì vậy mà các cụm từ “hội hợp danh”, “hội hợp tư”... trở nên khá lạ tai đối với phần lớn người Việt Nam ngày nay.

Khi miền Bắc Việt Nam được giải phóng năm 1954, chủ trương của Nhà nước là thực hiện nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung, lấy kinh tế quốc doanh làm chủ đạo nên các thành phần kinh tế ngoài quốc doanh không được thừa nhận. Từ Hiến pháp năm 1959, mô hình kinh tế Xô viết được từng bước áp dụng ở

1. Bùi Xuân Hải: “Tiếp nhận pháp luật nước ngoài - lý luận và thực tiễn trong luật công ty Việt Nam”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, số (7), 2006.

Việt Nam. Ngoài các công ty của tư sản mại bản, tay sai và phản động được quốc hữu hóa, thì các công ty và cơ sở kinh doanh tư nhân của người Việt Nam (chủ yếu hình thành sau năm 1954 khi thực dân Pháp rút về nước) được chuyển sang hình thức công ty công - tư hợp doanh¹. Một nền kinh tế khép kín với việc không công nhận sở hữu tư nhân, bên cạnh đó quan hệ sản xuất chưa phù hợp với tính chất và trình độ phát triển của lực lượng sản xuất, nên cơ cấu ngành, nghề không đa dạng, kém phát triển cả về chất và lượng. Thuật ngữ “công ty” vẫn được dùng để chỉ một số nhà máy, xí nghiệp quốc doanh. Các loại hình công ty theo đúng nghĩa thương mại đã bị lãng quên trong các văn bản pháp luật và không xuất hiện trong giai đoạn từ sau năm 1960 đến trước năm 1990².

Kể từ Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI vào cuối năm 1986, Đảng ta chủ trương chuyển từ nền kinh tế tập trung bao cấp sang nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần, hoạt động theo cơ chế thị trường, có sự quản lý của Nhà nước, theo định hướng xã hội chủ nghĩa (nay gọi là kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa) và ghi nhận hình thức sở hữu tư nhân. Từ đây, khu vực kinh tế tư nhân có điều kiện để khôi phục lại và phát triển. Sự ra đời của Luật Công ty năm 1990 và Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 đánh dấu sự ghi nhận chính thức của pháp luật về công ty, tuy nhiên, chưa có ghi nhận về công ty hợp danh trong các văn bản pháp luật này. Kể đến, Luật Doanh nghiệp năm 1999 ra đời với nhiều điểm mới nổi bật, trong đó có việc bổ sung hai loại hình doanh nghiệp mới là công ty

1, 2. Phạm Duy Nghĩa: *Giáo trình Luật kinh tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2015, tr.153, 154.

trách nhiệm hữu hạn một thành viên và công ty hợp danh. Mặc dù chỉ mới là những điều luật còn rất khái quát về công ty hợp danh, nhưng với sự bổ sung này Luật Doanh nghiệp năm 1999 đã góp phần đáp ứng tốt hơn nhu cầu của các nhà đầu tư và mở rộng quyền tự do kinh doanh trong bối cảnh mới. Trên cơ sở kế thừa tinh thần về mô hình công ty hợp danh trong Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp năm 2005 và hiện nay là Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã có điểm mới tiến bộ về quy chế pháp lý thành viên công ty, cơ cấu tổ chức quản lý, các vấn đề tài chính được quy định rõ ràng hơn.

II. KHÁI NIỆM VÀ ĐẶC ĐIỂM CỦA CÔNG TY HỢP DANH

1. Khái niệm

Theo quy định của Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty hợp danh là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, gồm ít nhất hai thành viên là chủ sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty và có thể có thành viên góp vốn chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty.

Về cơ bản thì khái niệm trên trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 giống với Luật Doanh nghiệp năm 2005 và cũng giống với hợp danh ở nhiều nước trên thế giới, theo đó, trong công ty hợp danh tồn tại sợi dây liên kết chặt chẽ giữa các thành viên hợp danh, chính sợi dây liên kết này là điều kiện tiên quyết dẫn đến sự ra đời của mô hình hợp danh. Đây là nguyên lý cơ bản góp phần giải thích các quy định pháp luật có liên quan về công ty hợp danh.

2. Đặc điểm

Công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 có các đặc điểm cơ bản sau đây:

Thứ nhất, công ty hợp danh có ít nhất hai thành viên hợp danh và có thể có thêm thành viên góp vốn.

- Công ty hợp danh có ít nhất hai thành viên hợp danh:

Tên gọi “công ty hợp danh” xuất phát từ nguồn gốc hình thành của nó, đây là loại hình doanh nghiệp với sự liên kết làm ăn chung của nhiều người, tên công ty thường được đặt theo tên riêng của các nhà đầu tư. Theo điểm a khoản 1 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì số lượng thành viên hợp danh tối thiểu là hai, pháp luật không hạn chế số lượng thành viên tối đa trong công ty hợp danh. Cho nên về mặt lý thuyết, công ty hợp danh có thể có hàng chục, hàng trăm thành viên hợp danh, nhưng thực tế số lượng thành viên này trong các công ty hợp danh ở nước ta có số lượng rất khiêm tốn. Các thành viên hợp danh là những người quen biết nhau, thậm chí giữa nhiều thành viên còn có mối quan hệ thân thuộc, họ hàng, bạn bè thân tín của nhau, bởi vậy mà mặc dù pháp luật không khống chế số lượng thành viên hợp danh tối đa nhưng thực tế thì các công ty hợp danh ở nước ta có rất ít thành viên hợp danh. Thành viên hợp danh là loại thành viên bắt buộc phải có trong công ty hợp danh, là những cá nhân cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung. Hành vi “cùng kinh doanh dưới một tên chung” thể hiện ở việc mỗi thành viên hợp danh có thể trực tiếp tiến hành hoạt động kinh doanh trong phạm vi các ngành, nghề kinh doanh của công ty và mỗi thành viên hợp danh là người đại diện theo pháp luật của công ty¹.

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.120.

Nếu như trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, các thành viên liên kết với nhau dựa trên cả yếu tố nhân thân và yếu tố vốn (yếu tố vốn được coi trọng hơn yếu tố nhân thân), nên sợi dây liên kết giữa các thành viên không quá chặt chẽ như các thành viên hợp danh trong công ty hợp danh. Điều này có thể được chứng minh thông qua các chế định về chuyển nhượng phần vốn góp, theo đó, thành viên muốn chuyển nhượng phần vốn góp của mình trước hết phải chào bán phần vốn góp đó cho các thành viên khác trong công ty, nếu các thành viên trong công ty không mua hoặc mua không hết thì thành viên đó có quyền chuyển nhượng cho người không phải là thành viên công ty (Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Hoặc cơ chế tiến hành cuộc họp, biểu quyết tại Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên dựa trên tỷ lệ phần vốn góp, ai có nhiều vốn hơn thì có nhiều quyền cao hơn trong loại công ty này. Trong khi đó, các thành viên hợp danh đặc biệt quan tâm đến nhân thân của nhau, quyền quản trị điều hành dựa trên “đầu người”, việc rút vốn hay thay đổi thành viên hợp danh đều phải được thực hiện theo cơ chế chặt chẽ hơn nhiều so với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Vì bất cứ lý do gì dẫn đến sự thay đổi thành viên hợp danh đều có thể dẫn đến nguy cơ phá vỡ sợi dây liên kết ban đầu.

Công ty hợp danh cũng rất khác biệt so với công ty cổ phần. Trong công ty cổ phần có ít nhất ba cổ đông và pháp luật không giới hạn số lượng cổ đông tối đa, thực tế thì công ty cổ phần có thể có hàng chục, thậm chí hàng trăm, hàng nghìn cổ đông, mỗi liên kết giữa các cổ đông thường khá rời rạc, nhiều cổ đông chẳng biết nhân thân của nhau. Cơ chế làm việc, quyền biểu quyết... nhìn chung đều dựa trên tỷ lệ sở hữu cổ phần, khả năng

chuyển nhượng cổ phần đơn giản, dẫn đến chủ sở hữu của loại hình công ty này có thể biến động mạnh theo từng ngày. Đây là loại công ty đặc trưng của mô hình công ty đối vốn, hoàn toàn trái ngược với mô hình công ty hợp danh - điển hình về công ty đối nhân.

Cũng cần lưu ý về các chủ thể có thể trở thành thành viên hợp danh. Theo điểm b khoản 1 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên hợp danh phải là cá nhân, các loại chủ thể khác (như pháp nhân, hộ gia đình, hộ kinh doanh...) không thể trở thành thành viên hợp danh được. Nguồn gốc của quy định này xuất phát từ lịch sử hình thành của nó, thuở ban đầu thì hợp danh là sự liên kết làm ăn chung giữa các nhà đầu tư cá nhân, trong giai đoạn này chúng ta chưa có ý niệm về “pháp nhân”. Tuy nhiên, cũng không phải mọi cá nhân đều có thể làm thành viên hợp danh được, vấn đề này sẽ được trình bày ở các nội dung tiếp theo.

- Công ty hợp danh có thể có thêm thành viên góp vốn:

Sự xuất hiện của thành viên góp vốn có nguồn gốc từ nhu cầu khắc phục hạn chế về khả năng huy động vốn của công ty hợp danh. Theo đó, chế độ trách nhiệm hữu hạn được bổ sung vào hợp danh để khuyến khích những nhà đầu tư thụ động muốn hưởng lợi tức ổn định nhưng hạn chế rủi ro. Về cơ bản thì thành viên góp vốn chỉ là những người giữ vai trò chia sẻ thêm nguồn tài chính với công ty¹. Dĩ nhiên, như là sự tương thích giữa quyền và trách nhiệm, để được hưởng chế độ trách nhiệm hữu hạn thì

1. Nguyễn Vĩnh Hưng: “Phân biệt công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản theo Luật doanh nghiệp 2014”, Tạp chí *Nghề luật*, số tháng 11/2015, tr.11.

quyền năng của thành viên góp vốn trong công ty hợp danh hẹp hơn nhiều so với thành viên hợp danh.

Nếu như thành viên hợp danh là loại thành viên bắt buộc phải có thì thành viên góp vốn không tồn tại ở tất cả các công ty hợp danh. Việc quyết định có cần thiết đến thành viên góp vốn hay không sẽ do các thành viên hợp danh cân nhắc quyết định dựa trên các nhu cầu và tiềm lực hiện có.

Thứ hai, công ty hợp danh chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty bằng tài sản của công ty, thành viên hợp danh phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ của công ty.

Công ty hợp danh là chủ thể độc lập trong các quan hệ pháp luật, khi tham gia vào các quan hệ pháp luật làm phát sinh các nghĩa vụ tài sản thì chính công ty hợp danh phải dùng toàn bộ tài sản của mình để bảo đảm việc trả nợ. Tuy nhiên, theo điểm đ khoản 2 Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên hợp danh có nghĩa vụ “liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ của công ty”.

Như vậy, khi công ty hợp danh có nghĩa vụ tài sản thì trước hết công ty phải dùng tài sản của mình để trả nợ, nếu công ty không có đủ tài sản để trả nợ thì mới đặt ra trách nhiệm của các thành viên hợp danh. Trách nhiệm của thành viên hợp danh lúc này là trách nhiệm *liên đới* và *vô hạn* đối với các nghĩa vụ còn lại của công ty. Điều đó có nghĩa là thành viên hợp danh không chỉ chịu trách nhiệm bằng tài sản đã góp vốn vào công ty hợp danh mà còn phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản thuộc sở

hữu riêng của mình. Đây cũng là hệ quả được suy ra từ quy định tại điểm b khoản 1 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014, theo đó, thành viên hợp danh phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty. Vì trách nhiệm liên đới nên từ phía chủ nợ của công ty hợp danh, họ có thể yêu cầu bất kỳ ai trong số các thành viên hợp danh phải thanh toán toàn bộ nghĩa vụ còn lại của công ty.

Để lý giải nguyên nhân tại sao các thành viên hợp danh phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn đối với các nghĩa vụ của công ty hợp danh cần xuất phát từ bối cảnh hình thành nên loại hình doanh nghiệp này. Theo đó, trong giai đoạn đầu của quá trình hình thành và phát triển nền sản xuất hàng hóa, khi mà nội dung về “pháp nhân”, “công ty” hay “trách nhiệm hữu hạn” chưa ra đời và với tư duy thiếu thì phải trả nên chủ nợ buộc người mắc nợ thực hiện đến cùng nghĩa vụ của mình mà không có cái gọi là trách nhiệm hữu hạn. Đặc biệt là có một nhóm người cùng nhau chịu trách nhiệm vô hạn - khả năng trả nợ được mở rộng hơn rất nhiều, nên có tác động thu hút được nhiều khách hàng hơn.

Trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, về nguyên tắc thì thành viên/cổ đông chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn góp vào công ty, còn các thành viên hợp danh phải chịu trách nhiệm tài sản vô hạn khi làm ăn kinh doanh dưới hình thức công ty hợp danh. Tuy nhiên, bù lại các thành viên hợp danh được hưởng quy chế pháp lý linh hoạt hơn rất nhiều so với thành viên/cổ đông trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Cụ thể, thành viên hợp danh được quyền tổ chức hoạt động kinh doanh trong công ty, được quyền nhân danh công ty tiến hành kinh doanh trên danh nghĩa công ty, mỗi thành viên hợp danh là mỗi người đại diện theo pháp luật trong điều hành

kinh doanh của công ty... Quyền năng của thành viên hợp danh là rất lớn, hành vi của mỗi thành viên hợp danh có thể đem lại lợi ích, tài sản nhưng có thể tạo ra những khoản nợ cho công ty hợp danh. Bởi vậy, pháp luật đặt ra trách nhiệm liên đới và vô hạn của các thành viên hợp danh để buộc các thành viên hợp danh phải liên kết chặt chẽ với nhau và tăng cường trách nhiệm trong các hoạt động của mình dưới danh nghĩa công ty hợp danh.

Đối với thành viên góp vốn, theo điểm a khoản 2 Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào công ty. Thành viên góp vốn không trực tiếp tham gia vào quản lý hoạt động kinh doanh của công ty, họ chỉ là người góp vốn vào công ty để hưởng lợi nhuận từ kết quả hoạt động kinh doanh của công ty tương ứng với phần vốn họ góp vào công ty. Tương ứng với quyền năng bị hạn chế đó, thành viên góp vốn cũng chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn về các nghĩa vụ của công ty hợp danh. Tuy nhiên, nếu như điểm a khoản 2 Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định giới hạn trách nhiệm của thành viên góp vốn trong phạm vi số vốn “đã cam kết” thì điểm c khoản 2 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định giới hạn này trong phạm vi số vốn “đã góp”, thực trạng này dẫn đến còn nhiều quan điểm khác nhau về giới hạn chịu trách nhiệm của thành viên góp vốn.

Thứ ba, công ty hợp danh là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân.

Hiện nay pháp luật các nước quy định không thống nhất về tư cách pháp lý của công ty hợp danh, nhiều quốc gia thừa nhận tư cách pháp nhân của loại hình doanh nghiệp này, trong khi đó, nhiều nước khác thì ngược lại. Ở nước ta, vấn đề này cũng từng

gây tranh cãi trong khoa học pháp lý về tư cách pháp nhân của công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2005 vì theo Bộ luật Dân sự năm 2005 thì: “thành viên của pháp nhân không chịu trách nhiệm dân sự thay cho pháp nhân đối với nghĩa vụ dân sự do pháp nhân xác lập, thực hiện”. Việc Luật Doanh nghiệp năm 2005 công nhận tư cách pháp nhân của công ty hợp danh là không thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về pháp nhân. Nhưng khoản 3 Điều 87 Bộ luật Dân sự năm 2015 hiện hành quy định rằng người của pháp nhân không chịu trách nhiệm dân sự thay cho pháp nhân đối với nghĩa vụ dân sự do pháp nhân xác lập, thực hiện, trừ trường hợp luật có quy định khác. Như vậy, hiện nay, không còn sự thiếu thống nhất giữa Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Bộ luật Dân sự năm 2015 về trách nhiệm dân sự của pháp nhân và người của pháp nhân¹.

Theo khoản 2 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Đây là điểm khác biệt lớn giữa Luật Doanh nghiệp năm 1999 với các đạo luật về doanh nghiệp sau này. Theo quy định tại Điều 74 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì pháp nhân là tổ chức: được thành lập theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan; có cơ cấu tổ chức theo Điều 83 Bộ luật Dân sự năm 2015; có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình và nhân danh chính mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập.

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.122.

Chính công ty hợp danh là chủ thể độc lập trong các quan hệ pháp luật. Bản thân công ty là nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan trong các quan hệ pháp luật tố tụng. Các thành viên hợp danh mặc dù trực tiếp tiến hành các hoạt động kinh doanh nhưng khi kinh doanh, ký kết hợp đồng phải nhân danh công ty và dưới tên công ty để đưa công ty tham gia vào các quan hệ pháp luật.

Về tài sản của công ty hợp danh, công ty hợp danh có tài sản độc lập. Công ty hợp danh có tài sản thuộc quyền sở hữu của công ty, những tài sản được liệt kê tại Điều 174 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Tài sản này tách bạch với tài sản của các thành viên công ty. Khi thành lập, cũng như góp vốn vào công ty hợp danh, dù là thành viên hợp danh hay thành viên góp vốn cũng phải thực hiện thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản cho công ty. Khi hoàn thành thủ tục này, các thành viên không còn là chủ sở hữu của các tài sản góp vốn, thay vào đó chính công ty hợp danh trở thành chủ sở hữu tài sản góp vốn, còn các thành viên là chủ sở hữu chung đối với công ty. Về trách nhiệm tài sản, như đã phân tích ở trên, công ty hợp danh chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình và thành viên hợp danh liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ còn lại của công ty.

Thứ tư, công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

Theo khoản 3 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào. Điều này đã thu hẹp khả năng huy động vốn của công ty hợp danh, do đó để huy động vốn, công ty có thể lựa chọn các phương án khác như tăng vốn điều lệ từ việc góp thêm vốn của

các thành viên hiện hữu, hay tiếp nhận vốn từ thành viên mới, hoặc vay mượn của các tổ chức, cá nhân khác. Lưu ý, trường hợp tiếp nhận vốn từ thành viên mới phải được thực hiện theo đúng quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Điều lệ công ty, bởi cách huy động vốn này có thể tác động đến sợi dây liên kết vốn rất chặt chẽ giữa các thành viên, đặc biệt là việc kết nạp thành viên hợp danh mới.

III. QUY CHẾ PHÁP LÝ VỀ THÀNH VIÊN CÔNG TY HỢP DANH

1. Quy chế pháp lý về thành viên hợp danh

1.1. Xác lập tư cách thành viên hợp danh

Thành viên hợp danh là lực lượng nòng cốt trong công ty hợp danh, vận mệnh của công ty phụ thuộc rất nhiều vào năng lực điều hành, tổ chức kinh doanh của các thành viên hợp danh. Vai trò lớn là vậy, nên để có trở thành thành viên hợp danh cần đáp ứng đầy đủ những điều kiện theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Khác với thành viên góp vốn, thành viên hợp danh chỉ có thể là cá nhân. Các loại chủ thể khác như pháp nhân hay doanh nghiệp tư nhân không thể trở thành thành viên hợp danh được. Tuy nhiên, cũng không phải mọi cá nhân đều có thể làm thành viên hợp danh. Theo khoản 18 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên hợp danh được xếp vào nhóm người quản lý trong doanh nghiệp, do đó, thành viên hợp danh không được rơi vào các trường hợp bị cấm tại khoản 2 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Như vậy, phạm vi các cá nhân có thể trở thành thành viên hợp danh bị thu hẹp hơn so với việc trở thành chủ sở hữu của một số loại hình doanh nghiệp khác.

Cũng như việc trở thành chủ sở hữu của các loại hình doanh nghiệp khác, tư cách thành viên hợp danh có thể được xác lập trong nhiều trường hợp. Tùy thuộc vào điều kiện, hoàn cảnh và các nhu cầu khác nhau mà các nhà đầu tư có thể cân nhắc lựa chọn phương pháp phù hợp nhất để xác lập tư cách thành viên công ty. Cụ thể:

a) Góp vốn thành lập công ty:

Khi này các nhà đầu tư sẽ chuẩn bị các điều kiện cần thiết về vốn, nhân sự, ngành, nghề kinh doanh, địa điểm, hồ sơ pháp lý... để cùng nhau làm ăn kinh doanh dưới hình thức công ty hợp danh. Trong trường hợp này, tư cách thành viên hợp danh của các nhà đầu tư được xác lập từ thời điểm công ty hợp danh được Nhà nước thừa nhận bằng việc cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

b) Gia nhập công ty hợp danh khi công ty kết nạp thành viên hợp danh mới:

Việc thành lập công ty hợp danh mới đôi khi tốn kém nguồn lực và cần nhiều thời gian để khẳng định vị trí trên thị trường, cho nên nhà đầu tư có thể lựa chọn phương án khác chẳng hạn như gia nhập vào công ty hợp danh khi công ty này có nhu cầu kết nạp thêm thành viên hợp danh mới. Tuy nhiên, vì bản chất hợp danh tồn tại dựa trên liên kết chặt chẽ giữa các thành viên hợp danh, cho nên việc tiếp nhận thành viên hợp danh mới phải được thực hiện theo quy trình khá chặt chẽ.

Theo đó, khoản 1 Điều 181 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định công ty hợp danh có thể tiếp nhận thành viên hợp danh mới nhưng phải được Hội đồng Thành viên chấp thuận. Cơ chế biểu quyết của Hội đồng Thành viên trong trường hợp này là phải

được ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận, nếu Điều lệ công ty không quy định khác (điểm c khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Như vậy, để có thể gia nhập vào công ty khi này cần đến một tỷ lệ biểu quyết khá cao, bởi đây là cách để hình thành nên sợi dây liên kết mới giữa các thành viên hợp danh.

c) Nhận chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên hợp danh:

Theo khoản 3 Điều 175 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì việc chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên hợp danh phải được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại, dù là chuyển nhượng một phần hay toàn bộ phần vốn góp. Khi này, các thành viên hợp danh còn lại sẽ cân nhắc các yếu tố nhân thân của người nhận chuyển nhượng, xem họ có đủ các điều kiện về nhân thân như uy tín, kinh nghiệm, kỹ năng... cần thiết để có thể trở thành thành viên hợp danh hay không. Chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên hợp danh ở đây cần được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm cả việc mua bán, tặng cho phần vốn góp.

d) Được thừa kế phần vốn góp của thành viên hợp danh chết hoặc bị tòa án tuyên bố là đã chết:

Theo quy định tại điểm h khoản 1 Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014, trường hợp thành viên hợp danh chết thì người thừa kế của thành viên được hưởng phần giá trị tài sản tại công ty sau khi đã trừ đi phần nợ thuộc trách nhiệm của thành viên đó. Người thừa kế có thể trở thành thành viên hợp danh nếu được Hội đồng Thành viên chấp thuận. Như vậy, trường hợp thành viên hợp danh chết thì người thừa kế của thành viên hợp danh không đương nhiên trở thành thành viên của công ty như đối với thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn.

Theo quy định tại Điều 181 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên hợp danh mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty, kể cả nghĩa vụ phát sinh trước khi trở thành thành viên hợp danh, trừ trường hợp thành viên hợp danh mới và các thành viên còn lại có thỏa thuận khác. Điều này buộc (các) nhà đầu tư phải tìm hiểu thận trọng, kỹ lưỡng các vấn đề có liên quan của công ty hợp danh trước khi trở thành thành viên hợp danh của công ty đó, đặc biệt là các khoản nợ với đối tác.

1.2. Chấm dứt tư cách thành viên hợp danh

Theo khoản 1 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014, tư cách thành viên hợp danh chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

a) Thành viên hợp danh tự nguyện rút vốn khỏi công ty:

Với việc rút vốn khỏi công ty dẫn đến hệ quả làm giảm vốn điều lệ của công ty, ảnh hưởng trực tiếp đến khả năng trả nợ của công ty, cho nên pháp luật doanh nghiệp đã đặt ra những quy định nhằm hạn chế những rủi ro có thể xảy ra. Theo đó, khoản 2 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về các điều kiện rút vốn khỏi công ty: (i) Được Hội đồng Thành viên chấp thuận, với ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh đồng ý nếu Điều lệ công ty không có quy định khác (khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014), (ii) Thành viên muốn rút vốn phải thông báo bằng văn bản yêu cầu rút vốn chậm nhất 6 tháng trước ngày rút vốn, (iii) Chỉ được rút vốn vào thời điểm kết thúc năm tài chính và báo cáo tài chính của năm tài chính đó đã được thông qua. Từ quy định này, có thể thấy rằng, mặc dù pháp luật tạo cơ chế cho phép thành viên hợp danh được rút vốn khỏi công ty nhưng điều kiện rút vốn cũng được quy định hết sức chặt chẽ.

Đồng thời, để loại trừ khả năng các thành viên hợp danh thông đồng với nhau nhằm thoái thác trách nhiệm của mình, khoản 5 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng đặt ra trách nhiệm của thành viên hợp danh nếu rút vốn khỏi công ty, phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước ngày chấm dứt tư cách thành viên trong thời hạn 02 năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên hợp danh.

Đây là một trong những điểm khác biệt giữa công ty hợp danh với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, thành viên công ty không được rút vốn đã góp ra khỏi công ty dưới mọi hình thức, trừ các ngoại lệ hạn hữu (khoản 2 Điều 51 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Hay trong công ty cổ phần, cổ đông không được rút vốn đã góp bằng cổ phần phổ thông ra khỏi công ty dưới mọi hình thức, trừ trường hợp được công ty hoặc người khác mua lại cổ phần (Điều 115 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Một cách khái quát, ở công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, thành viên/cổ đông nếu muốn rút vốn chủ yếu sử dụng cách thức chuyển nhượng vốn hoặc chuyển nhượng cổ phần, bản chất đây là cách rút vốn gián tiếp không ảnh hưởng đến vốn điều lệ của công ty.

b) Thành viên hợp danh chết, bị tòa án tuyên bố là mất tích, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc mất năng lực hành vi dân sự:

Theo điểm h khoản 1 Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì trường hợp thành viên hợp danh chết, người thừa kế của thành viên được hưởng phần giá trị tài sản tại công ty sau khi

đã trừ đi phần nợ thuộc trách nhiệm của thành viên đó. Người thừa kế có thể trở thành thành viên hợp danh nếu được Hội đồng Thành viên chấp thuận. Đây là trường hợp làm chấm dứt tư cách thành viên hợp danh nhưng cũng có thể dẫn đến việc xác lập tư cách thành viên cho người khác nếu được Hội đồng Thành viên công ty hợp danh chấp thuận.

Đối với trường hợp chấm dứt tư cách thành viên của thành viên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự thì theo khoản 4 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định phần vốn góp của thành viên đó được hoàn trả công bằng và thỏa đáng. Tuy nhiên, như thế nào là “công bằng” và “thỏa đáng” là những nội dung khó định lượng, cần đến sự thiện chí và công tâm của các thành viên hợp danh còn lại trong việc bảo đảm quyền lợi cho thành viên hợp danh bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự.

c) Thành viên hợp danh bị khai trừ khỏi công ty:

Khoản 3 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014 liệt kê các trường hợp thành viên hợp danh bị khai trừ khỏi công ty hợp danh:

- Thành viên hợp danh không có khả năng góp vốn hoặc không góp vốn như đã cam kết sau khi công ty đã có yêu cầu lần thứ hai.

Góp vốn là điều kiện tiên quyết để một chủ thể có thể làm thành viên của bất kỳ loại công ty nào, khoản 1 Điều 173 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng quy định thành viên hợp danh phải góp đủ và đúng hạn số vốn như đã cam kết. Không như các loại hình doanh nghiệp khác, Luật Doanh nghiệp năm 2014 không đặt ra thời hạn cụ thể để buộc thành viên hợp danh phải

hoàn thành nghĩa vụ góp vốn của mình, thay vào đó vấn đề này sẽ để các thành viên hợp danh tự cân nhắc và đốc thúc nhau thực hiện. Điều này góp phần tạo điều kiện cho các thành viên hợp danh có thêm điều kiện về thời gian thực hiện trách nhiệm góp vốn của mình. Mặt khác cũng nhằm răn đe thành viên không có khả năng góp vốn hoặc không góp vốn như đã cam kết sau khi công ty yêu cầu lần thứ hai, Luật Doanh nghiệp năm 2014 cho phép Hội đồng Thành viên công ty hợp danh ra quyết định khai trừ thành viên hợp danh trong trường hợp này.

- Thành viên hợp danh vi phạm quy định tại Điều 175 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Điều 175 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về các trường hợp hạn chế quyền của thành viên hợp danh, đặc biệt là trường hợp thành viên hợp danh vi phạm quy định tại khoản 2 Điều này. Việc thành viên hợp danh nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác thực hiện kinh doanh cùng ngành, nghề kinh doanh của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của chủ thể khác là một căn cứ để Hội đồng Thành viên xem xét khai trừ thành viên hợp danh. Ngoài ra, theo điểm d khoản 2 Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thành viên hợp danh phải hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản đã nhận và bồi thường thiệt hại gây ra đối với công ty trong trường hợp nhân danh công ty, nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để nhận tiền hoặc tài sản khác từ hoạt động kinh doanh của công ty mà không đem nộp cho công ty.

- Thành viên hợp danh tiến hành công việc kinh doanh không trung thực, không cẩn trọng hoặc có hành vi không thích hợp khác gây thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của công ty và các

thành viên khác. Ngoài ra, trường hợp thành viên hợp danh không thực hiện đúng các nghĩa vụ của mình cũng là căn cứ khai trừ thành viên hợp danh khỏi công ty.

Lưu ý về quy định tại khoản 5 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014, trường hợp thành viên hợp danh bị khai trừ khỏi công ty thì trong thời hạn 2 năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên hợp danh, người này vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước ngày chấm dứt tư cách thành viên. Việc khai trừ thành viên hợp danh dẫn đến hệ quả phải hoàn trả vốn cho thành viên đó, điều này có thể dẫn đến nhiều rủi ro cho công ty cũng như chủ nợ của công ty. Vì vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định trách nhiệm của thành viên hợp danh khi bị khai trừ khỏi công ty với mục đích hạn chế các rủi ro có thể xảy ra và tăng cường trách nhiệm của các thành viên hợp danh trong việc xem xét khai trừ thành viên hợp danh.

Ngoài các trường hợp tư cách thành viên hợp danh bị chấm dứt tại khoản 1 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014 còn có những trường hợp khác cũng dẫn đến hệ quả tương tự, chẳng hạn trường hợp thành viên hợp danh chuyển nhượng toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác (Điều 175 Luật Doanh nghiệp năm 2014), hay các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định.

1.3. Quyền và nghĩa vụ của thành viên hợp danh

a) Quyền của thành viên hợp danh:

- Quyền của thành viên hợp danh được quy định tại khoản 1 Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014, gồm những quyền nổi bật dưới đây:

- Quyền tham gia họp, thảo luận và biểu quyết về các vấn đề của công ty, trong đó giá trị biểu quyết của các thành viên hợp danh là như nhau, không phân biệt theo vốn góp nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Về nguyên tắc, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác thì mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết, quyền của các thành viên hợp danh trong việc quyết định các vấn đề của công ty không phụ thuộc vào vốn góp. Nghĩa là, người góp vốn ít có thể có quyền ngang với người góp vốn nhiều, điều này tạo cơ chế khuyến khích những nhà đầu tư có năng lực tài chính thấp nhưng có khả năng kinh doanh tốt ra sức đóng góp vào sự phát triển của công ty. Các quy định khác của Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã cụ thể hóa vấn đề này thông qua cách thức tiến hành biểu quyết tại cuộc họp Hội đồng thành viên, hay biểu quyết cho phép thành viên hợp danh khác chuyển nhượng vốn... chủ yếu dựa trên số lượng thành viên hợp danh. Đây là điểm thể hiện tính chất đối nhân đậm nét của công ty hợp danh, góp phần tạo nên sự khác biệt so với công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty cổ phần.

- Quyền nhân danh công ty tiến hành các hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký; đại diện theo pháp luật cho công ty khi đàm phán, ký kết hợp đồng với những điều kiện mà thành viên hợp danh đó cho là có lợi nhất cho công ty.

Như đã trình bày ở các phần trên, mỗi thành viên hợp danh là mỗi người đại diện theo pháp luật của công ty, hành vi của thành viên hợp danh có thể đem lại những trách nhiệm về tài sản cho công ty và các thành viên hợp danh còn lại. Bởi vậy, khi ký kết hợp đồng, thành viên hợp danh phải xem xét, cân nhắc những điều kiện mà thành viên đó cho là có lợi nhất cho công ty.

Ngoài ra, theo quy định tại khoản 1 Điều 179 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh trong thực hiện công việc kinh doanh hằng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó. Như vậy, về cơ bản thì thỏa thuận phân chia quyền kinh doanh giữa các thành viên hợp danh chỉ có ý nghĩa nội bộ giữa họ.

- Quyền được sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký. Quyền được yêu cầu công ty bù đắp thiệt hại từ hoạt động kinh doanh trong phạm vi quyền nếu thiệt hại đó xảy ra không phải do sai sót cá nhân của chính thành viên đó. Đây là những quyền giúp việc tiến hành kinh doanh của các thành viên hợp danh được thực hiện trên thực tế, đặc biệt trường hợp thành viên hợp danh phải lấy tài sản cá nhân của mình để phục vụ việc kinh doanh của công ty thì có quyền được bù đắp theo quy định pháp luật và Điều lệ công ty.

- Quyền được chia lợi nhuận tương ứng với tỷ lệ vốn góp hoặc theo thỏa thuận quy định tại Điều lệ công ty. Khác với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần việc chia lợi nhuận dựa trên tỷ lệ phần vốn góp vào công ty, đối với công ty hợp danh có thể lựa chọn phương án chia lợi nhuận theo thỏa thuận trong Điều lệ công ty. Điều này có ý nghĩa khích lệ lớn cho các nhà đầu tư ít vốn nhưng giỏi quản trị điều hành kinh doanh.

Ngoài ra, các thành viên hợp danh còn có các quyền khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Chẳng hạn như quyền yêu cầu công ty, thành viên hợp danh khác cung cấp thông tin về tình hình kinh doanh của công ty; kiểm tra tài sản,

sổ kế toán và các tài liệu khác của công ty khi xét thấy cần thiết; khi công ty giải thể hoặc phá sản, được chia một phần giá trị tài sản còn lại tương ứng theo tỷ lệ phần vốn góp vào công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác...

b) Nghĩa vụ của thành viên hợp danh:

Nghĩa vụ của các thành viên hợp danh được quy định tại khoản 2 Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014, một số nghĩa vụ nổi bật như:

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

Trung thực, cẩn trọng và bảo đảm lợi ích tốt nhất cho công ty là những nghĩa vụ của người quản lý ở mọi loại hình doanh nghiệp. Trong công ty hợp danh, điều này càng có ý nghĩa quan trọng, bởi đây là điều kiện để các nhà đầu tư riêng lẻ liên kết lại với nhau hình thành sợi dây ràng buộc giữa các thành viên hợp danh. Khi liên kết này được hình thành, các thành viên hợp danh có quyền nhân danh công ty để ký kết hợp đồng kinh doanh, đưa công ty tham gia vào các quan hệ pháp luật. Dĩ nhiên, “trung thực”, “cẩn trọng” vốn là những cụm từ khó xác định giới hạn nội dung nhưng chúng ta có thể được làm rõ thông qua những vụ việc cụ thể. Với nghĩa vụ này, thành viên hợp danh phải đặt lợi ích của công ty lên trước hết và không để mình rơi vào những tình huống có khả năng xảy ra xung đột lợi ích giữa công ty và lợi ích cá nhân. Việc thành viên hợp danh vi phạm nghĩa vụ này, đồng nghĩa với việc phá vỡ liên kết hợp danh đã được hình thành ban đầu, là cơ sở để công ty xem xét khai trừ thành viên hợp danh ra khỏi công ty.

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

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

- Hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản đã nhận và bồi thường thiệt hại gây ra đối với công ty trong trường hợp nhân danh công ty, nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để nhận tiền hoặc tài sản khác từ hoạt động kinh doanh của công ty mà không đem nộp cho công ty. Từ quy định này, trường hợp thành viên hợp danh nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để nhận tiền hoặc tài sản khác nhưng không từ hoạt động kinh doanh của công ty thì không có trách nhiệm hoàn trả lại cho công ty.

Ví dụ: công ty hợp danh A có hai thành viên hợp danh là A1 và A2, với ngành, nghề mua bán gạo, việc A1 hay A2 nhân danh tư cách cá nhân để nhận tài sản từ việc thực hiện hoạt động kinh doanh văn phòng phẩm (không thuộc ngành, nghề kinh doanh của công ty hợp danh A) thì không có trách nhiệm phải hoàn trả số tài sản này cho công ty hợp danh A. Chế tài này được đặt ra nhằm răn đe các thành viên hợp danh phải trung thành, cẩn trọng và đặt lợi ích của công ty hợp danh lên tối thượng thay vì lợi ích cá nhân hay lợi ích của người khác.

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

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

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

- Các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Điều lệ công ty.

2. Quy chế thành viên góp vốn

2.1. Xác lập và chấm dứt tư cách thành viên góp vốn

Nếu như các thành viên hợp danh là những người quản lý của công ty hợp danh thì thành viên góp vốn lại không được tham gia vào việc điều hành, quản lý doanh nghiệp. Vai trò của thành viên góp vốn gần như một nhà đầu tư thụ động, đơn thuần góp vốn và nhận lợi tức khi công ty kinh doanh có lợi nhuận. Bởi vậy, phạm vi đối tượng có thể trở thành thành viên góp vốn rộng hơn so với đối tượng có thể trở thành thành viên hợp danh. Từ các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, có thể khái quát các trường hợp xác lập tư cách thành viên góp vốn như sau:

(i) Tham gia góp vốn thành lập công ty hợp danh.

(ii) Góp vốn khi công ty tăng thêm vốn điều lệ. Trong trường hợp này theo khoản 1 Điều 181 Luật Doanh nghiệp năm 2014, việc tiếp nhận thành viên mới phải được Hội đồng Thành viên chấp thuận,

(iii) Nhận chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp từ thành viên góp vốn của công ty. Luật Doanh nghiệp năm 2014

không quy định cụ thể về việc chuyển nhượng vốn của thành viên góp vốn, từ quy định tại điểm d khoản 1 Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014 có thể hiểu việc chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên góp vốn dựa trên sự tự nguyện của thành viên này mà không cần phải thông qua thủ tục nào.

(iv) Được thừa kế, được tặng cho phần vốn góp; trường hợp thành viên góp vốn chết hoặc bị tòa án tuyên bố là đã chết thì người thừa kế thay thế thành viên đã chết trở thành thành viên góp vốn của công ty. Người thừa kế trong trường hợp này được thừa kế cả phần vốn góp và tư cách thành viên góp vốn của thành viên đã chết.

(v) Các hình thức khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Trong số các cách thức xác lập tư cách thành viên góp vốn như trên, có trường hợp dẫn đến hệ quả làm chấm dứt tư cách thành viên góp vốn của người khác. Cụ thể:

(i) Thành viên góp vốn là cá nhân bị chết;

(ii) Thành viên tặng cho toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác;

(iii) Thành viên góp vốn bị khai trừ khỏi công ty;

(iv) Thành viên góp vốn chuyển nhượng toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác;

(v) Các hình thức khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Nhìn chung, việc xác lập và chấm dứt tư cách thành viên góp vốn đơn giản hơn so với thành viên hợp danh trong công ty hợp danh. Vì chế độ trách nhiệm hữu hạn mà thành viên góp vốn

cũng không bị ràng buộc trách nhiệm sau khi chấm dứt tư cách thành viên như đối với thành viên hợp danh.

2.2. Quyền và nghĩa vụ thành viên góp vốn

Quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn được quy định tại Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Phạm vi quyền của thành viên góp vốn hẹp hơn so với thành viên hợp danh, tương ứng với đó là trách nhiệm của thành viên này đối với công ty hợp cũng cũng hạn chế hơn. Một số điểm đáng lưu ý về quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn như sau:

Theo điểm a khoản 1 Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên góp vốn có quyền tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng Thành viên về việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn, về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của Điều lệ công ty có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ. Quyền của thành viên góp vốn là vậy nhưng Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại không có những quy định thể hiện cách thức biểu quyết của loại thành viên này, mà phụ thuộc hoàn toàn vào Điều lệ công ty. Khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng chỉ đề cập tỷ lệ biểu quyết của các thành viên hợp danh để thông qua nghị quyết của Hội đồng Thành viên. Cho nên, việc quyền biểu quyết của thành viên góp vốn phụ thuộc rất nhiều vào Điều lệ công ty - sản phẩm bị chi phối rất lớn bởi các thành viên hợp danh.

Theo điểm b khoản 2 Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thành viên góp vốn không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty. Đây là một trong những điểm đặc trưng tạo nên sự khác biệt cơ bản về

địa vị pháp lý của thành viên góp vốn với thành viên hợp danh. Do đó, thành viên góp vốn không phải là người quản lý doanh nghiệp. Điều này góp phần giúp chúng ta lý giải quy định về “thành viên Hội đồng Thành viên” tại khoản 18 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

IV. CÁC VẤN ĐỀ VỀ TÀI CHÍNH CỦA CÔNG TY HỢP DANH

1. Vấn đề góp vốn của thành viên công ty

Muốn tham gia vào hoạt động kinh doanh, một yêu cầu đặt ra là các chủ thể kinh doanh phải có vốn, đây là cơ sở vật chất bảo đảm việc thực hiện các hoạt động kinh doanh được tiến hành. Vốn có vai trò rất quan trọng, ảnh hưởng đến suốt quá trình tồn tại và phát triển của công ty. Trong đó, vốn điều lệ đóng vai trò quan trọng nhất, vốn điều lệ có ý nghĩa là sự cam kết mức trách nhiệm vật chất của các thành viên với khách hàng, đối tác; là vốn đầu tư cho hoạt động của doanh nghiệp và cơ sở để phân chia lợi nhuận cũng như rủi ro trong kinh doanh đối với thành viên góp vốn vào công ty.

Các thành viên công ty hợp danh khi đã cam kết góp vốn vào công ty là họ đã tạo ra một thực thể pháp lý mới, độc lập với các thành viên, thực thể pháp lý đó sẽ nhân danh chính mình thực hiện các hoạt động của mình thông qua hành vi của các thành viên hợp danh. Nghĩa là có sự tách bạch tài sản giữa thành viên và công ty, do đó tài sản của thành viên, sau khi góp vốn vào công ty sẽ chuyển thành sở hữu của công ty.

Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn có nghĩa vụ góp đủ và đúng hạn số vốn như đã cam kết. Thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết gây thiệt hại cho

công ty phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho công ty. Đối với thành viên góp vốn, số vốn chưa góp đủ được coi là khoản nợ của thành viên đó đối với công ty. Việc không thực hiện đúng nghĩa vụ góp vốn như đã cam kết là một trong các căn cứ để khai trừ thành viên khỏi công ty. Theo điểm a khoản 3 Điều 180 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì việc không góp vốn như đã cam kết sau khi công ty đã có yêu cầu lần thứ hai là một trong những căn cứ để khai trừ thành viên hợp danh khỏi công ty. Trong khi đó, theo khoản 3 Điều 173 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên góp vốn không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết có thể bị khai trừ khỏi công ty theo quyết định của Hội đồng Thành viên, mà không cần phân biệt thời điểm yêu cầu góp vốn từ công ty hợp danh.

2. Tăng và giảm vốn điều lệ

Luật Doanh nghiệp năm 2014 không quy định cụ thể phương thức tăng giảm vốn điều lệ đối với công ty hợp danh như các loại hình công ty khác. Tuy vậy, theo các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 có thể thấy việc tăng, giảm vốn điều lệ của công ty hợp danh được thực hiện trong những trường hợp:

a) Tăng vốn điều lệ bằng cách tăng vốn góp của các thành viên hiện hữu. Cách thức để thực hiện việc tăng vốn góp do điều lệ công ty quy định.

b) Tiếp nhận thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn mới. Thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn mới khi được tiếp nhận vào công ty thì phải nộp đủ số vốn đã cam kết vào công ty, điều này có nghĩa là vốn điều lệ của công ty sẽ tăng lên.

Công ty hợp danh có thể giảm vốn điều lệ khi thành viên rút khỏi công ty dưới các hình thức khác nhau mà cùng với đó là

việc hoàn trả phần vốn góp. Theo đó, các trường hợp thành viên hợp danh tự nguyện rút vốn khỏi công ty; bị khai trừ khỏi công ty; chết mà người thừa kế không trở thành thành viên hợp danh; bị Tòa án tuyên bố là mất tích, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc mất năng lực hành vi dân sự; hoặc thành viên góp vốn bị khai trừ khỏi công ty mà hệ quả là công ty hợp danh phải hoàn trả phần vốn góp cho các thành viên này đều dẫn đến việc làm giảm vốn điều lệ của công ty. Các điều kiện rút khỏi công ty hợp danh của các thành viên tuân thủ theo quy định của pháp luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty¹.

Nhìn chung, việc tăng vốn điều lệ được thực hiện khá đơn giản, tuy nhiên việc giảm vốn điều lệ có thể giảm khả năng trả nợ của công ty cho nên Luật Doanh nghiệp năm 2014 đặt ra các điều kiện ràng buộc thành viên hợp danh. Đó là các quy định về chế độ trách nhiệm liên đới và vô hạn của các thành viên hợp danh, thậm chí trường hợp người chấm dứt tư cách thành viên hợp danh rồi vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm vô hạn với các thành viên hợp danh khác theo quy định pháp luật.

3. Phân chia lợi nhuận

Lợi nhuận là kết quả tài chính cuối cùng của hoạt động sản xuất kinh doanh, nó không chỉ là mục tiêu hướng tới của công ty mà còn của các thành viên khi góp vốn vào kinh doanh. Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về nguyên tắc phân chia lợi nhuận trong công ty hợp danh theo hai cách: chia tương ứng với phần vốn góp vào vốn điều lệ hoặc là theo thỏa thuận của các

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.147.

thành viên hợp danh. Cách thức phân chia lợi nhuận có thể khác nhau giữa thành viên góp vốn và thành viên hợp danh. Theo điểm b khoản 1 Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên góp vốn được chia lợi nhuận hằng năm tương ứng với tỷ lệ vốn góp trong vốn điều lệ công ty. Theo điểm e khoản 1 Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thành viên hợp danh được chia lợi nhuận tương ứng với tỷ lệ vốn góp hoặc theo thỏa thuận quy định tại Điều lệ công ty. Với quy định cho phép Điều lệ công ty xác định một cách thức chia lợi nhuận khác với tỷ lệ phần vốn góp, có ý nghĩa tích cực trong việc bảo đảm quyền tự chủ cho các thành viên hợp danh và khuyến khích những cá nhân ít vốn nhưng giỏi quản trị điều hành doanh nghiệp.

V. CƠ CẤU TỔ CHỨC CÔNG TY HỢP DANH

Tình huống:

Công ty hợp danh Thiên Phúc có hai thành viên hợp danh là ông Thiên và bà Phúc, với vốn điều lệ 01 tỷ đồng (ông Thiên góp 600 triệu đồng và bà Phúc góp 400 triệu đồng). Theo Điều lệ công ty thì ông Thiên giữ chức vụ Chủ tịch Hội đồng Thành viên kiêm nhiệm Giám đốc công ty. Ngoài ra, một trong các nội dung được thể hiện trong Điều lệ công ty đó là ông Thiên đảm nhận nhiệm vụ tư vấn và cung cấp dịch vụ kế toán, bà Phúc tư vấn pháp luật và tham gia tranh tụng cho khách hàng.

Ngày 11/8/2017, ông Thiên nhân danh Công ty hợp danh Thiên Phúc ký kết hợp đồng tư vấn pháp luật cho Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý. Khi Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý làm theo lời tư vấn của ông Thiên thì Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý bị thiệt hại 1,5 tỷ đồng. Vậy nên, Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý đã yêu cầu Công ty hợp danh

Thiên Phúc phải bồi thường 1,5 tỷ đồng thiệt hại do ông Thiên đưa ra lời tư vấn sai. Ông Thiên cho rằng theo Điều lệ công ty thì ông Thiên không có quyền nhân danh Công ty hợp danh Thiên Phúc để cung cấp dịch vụ tư vấn pháp luật nên hợp đồng được ký kết với Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý không có giá trị pháp lý. Phía Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý thì cho rằng, do ông Thiên giữ chức vụ Chủ tịch Hội đồng Thành viên kiêm nhiệm Giám đốc công ty nên ông Thiên có quyền đại diện cho mọi giao dịch của Công ty hợp danh Thiên Phúc.

Phân tích:

Theo khoản 1 Điều 179 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Đồng thời, theo điểm a khoản 4 Điều 179 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì Chủ tịch Hội đồng Thành viên và Giám đốc/Tổng Giám đốc quản lý và điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty với tư cách là thành viên hợp danh. Như vậy, trong tình huống trên, ông Thiên và bà Phúc đều là những người đại diện theo pháp luật của công ty, trong việc điều hành các công việc kinh doanh của công ty, bao gồm việc ký kết hợp đồng thì ông Thiên lấy tư cách thành viên hợp danh của công ty - một trong những người đại diện theo pháp luật của Công ty hợp danh Thiên Phúc. Việc ông Thiên giữ chức vụ Chủ tịch Hội đồng Thành viên và kiêm nhiệm Giám đốc không đương nhiên dẫn đến việc ông Thiên có quyền đại diện cho mọi giao dịch của Công ty hợp danh Thiên Phúc như lập luận của phía Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý.

Cũng theo khoản 1 Điều 179 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh trong thực hiện

công việc kinh doanh hằng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó. Do đó, giữa ông Thiên và bà Phúc có thể thỏa thuận với nhau phân chia các công việc kinh doanh giữa các thành viên hợp danh, kể cả việc ông Thiên và bà Phúc thống nhất để mỗi người chỉ được quyền ký kết một hoặc một số loại giao dịch nhất định. Tuy nhiên, thỏa thuận này chỉ có hiệu lực với Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý khi công ty này biết về thỏa thuận đó giữa ông Thiên và bà Phúc. Vậy nên, nếu Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý không biết được sự phân chia thẩm quyền ký kết giao dịch giữa ông Thiên và bà Phúc, thì việc ông Thiên nhân danh Công ty hợp danh Thiên Phúc ký kết hợp đồng tư vấn pháp luật với Công ty trách nhiệm hữu hạn Thiên Quý vẫn ràng buộc trách nhiệm pháp lý cho Công ty hợp danh Thiên Phúc.

Trong công ty hợp danh, chế độ trách nhiệm vô hạn của thành viên hợp danh đối với các khoản nợ của công ty làm cho loại hình này có mức an toàn pháp lý đối với công chúng rất cao. Bên cạnh đó, số lượng thành viên trong công ty hợp danh thường ít và tin tưởng lẫn nhau. Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng như các đạo luật về doanh nghiệp trước đây đều không can thiệp sâu vào việc tổ chức quản lý điều hành công ty hợp danh. Vấn đề này chủ yếu dựa trên sự thỏa thuận của các thành viên được ghi nhận trong Điều lệ công ty. Các quy định về tổ chức và quản lý của công ty hợp danh mang tính nguyên tắc để bảo vệ quyền lợi của người góp vốn, người liên quan đến công ty và bảo đảm cho hoạt động kinh doanh của công ty diễn ra thuận lợi. Từ các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 có thể khái quát về cơ cấu

tổ chức của công ty hợp danh bao gồm: Hội đồng Thành viên và Giám đốc/Tổng Giám đốc. Đồng thời, theo khoản 1 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì Chủ tịch Hội đồng Thành viên có thể kiêm nhiệm Giám đốc/Tổng Giám đốc.

1. Hội đồng Thành viên

Theo khoản 1 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì Hội đồng Thành viên là cơ quan có quyền quyết định tất cả các công việc kinh doanh của công ty, gồm tất cả các thành viên mà đứng đầu là Chủ tịch Hội đồng Thành viên, được Hội đồng Thành viên bầu từ các thành viên hợp danh.

Vì là cơ quan gồm tập thể các thành viên của công ty, cho nên Hội đồng Thành viên làm việc theo cơ chế tập thể thông qua các cuộc họp, lấy ý kiến bằng văn bản hoặc cách thức khác do Điều lệ công ty quy định. Về triệu tập cuộc họp Hội đồng Thành viên, theo khoản 1 Điều 178 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì thẩm quyền triệu tập họp Hội đồng Thành viên thuộc về Chủ tịch Hội đồng Thành viên khi xét thấy cần thiết hoặc theo yêu cầu của thành viên hợp danh. Trường hợp Chủ tịch Hội đồng Thành viên không triệu tập họp theo yêu cầu của thành viên hợp danh thì thành viên đó triệu tập họp Hội đồng thành viên. Thành viên yêu cầu triệu tập họp phải chuẩn bị nội dung, chương trình và tài liệu họp. Việc gửi thông báo mời họp và các tài liệu thảo luận được thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 178 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Chủ tịch Hội đồng Thành viên hoặc thành viên yêu cầu triệu tập họp làm chủ tọa cuộc họp. Cuộc họp của Hội đồng Thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty với các nội dung chủ yếu được quy định tại khoản 3 Điều 178 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Điều kiện thông qua nghị quyết của Hội đồng thành viên: Tùy thuộc vào vấn đề biểu quyết mà quyết định của Hội đồng Thành viên được thông qua dựa trên các tỷ lệ biểu quyết khác nhau. Nếu Điều lệ công ty không có quy định khác thì mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết và trong trường hợp đó, biểu quyết của Hội đồng Thành viên công ty hợp danh là biểu quyết theo thành viên mà không theo phần vốn góp. Cụ thể, quyết định của Hội đồng Thành viên đối với các vấn đề được quy định tại khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014, phải được ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận nếu điều lệ công ty không có quy định khác. Quyết định của Hội đồng Thành viên về các vấn đề khác không quy định tại khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014 phải được ít nhất 2/3 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận, tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

2. Chủ tịch Hội đồng Thành viên và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc công ty

Theo khoản 1 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì 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. Đồng thời, theo khoản 2 Điều 179 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì trong điều hành hoạt động kinh doanh của công ty, thành viên hợp danh phân công nhau đảm nhiệm các chức danh quản lý và kiểm soát công ty.

Qua các quy định trên, có thể thấy rằng các thành viên hợp danh tự phân công nhau công việc quản lý và giữ các chức danh như Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc, tức là ở công ty hợp danh không được thuê người ngoài giữ các chức danh này. Ngoài ra, cũng cần lưu ý rằng cho dù là Chủ tịch

Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc thì việc quản lý doanh nghiệp, điều hành các hoạt động kinh doanh cũng được thực hiện với tư cách thành viên hợp danh. Khoản 1 Điều 179 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng minh thị rất rõ các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty.

Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc có nhiệm vụ chính trong việc triệu tập và tổ chức họp Hội đồng Thành viên, ký các nghị quyết của Hội đồng Thành viên, hay phân công, phối hợp công việc kinh doanh giữa các thành viên hợp danh. Đặc biệt là trong các quan hệ pháp luật với cơ quan nhà nước, Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc 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... Như vậy, Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc có vai trò nổi bật trong các quan hệ pháp luật tố tụng, còn nhìn chung thì quyền hạn của họ cũng như các thành viên hợp danh khác. Sở dĩ Luật Doanh nghiệp năm 2014 ấn định Chủ tịch Hội đồng Thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc là đại diện cho công ty hợp danh trong các quan hệ pháp luật với cơ quan nhà nước và quan hệ pháp luật tố tụng, bởi công ty hợp danh vốn có nhiều thành viên hợp danh - nhiều người đại diện theo pháp luật, điều này không thuận lợi cho Nhà nước khi làm việc với công ty hợp danh do đó cần cá thể hóa cá nhân có trách nhiệm làm việc với mình.

Như vậy, công ty hợp danh tồn tại dựa trên nền tảng gắn kết chặt chẽ giữa các thành viên hợp danh, đặc trưng này thường không dễ dàng đạt được cộng với trách nhiệm liên đới và vô hạn về các nghĩa vụ của công ty hợp danh buộc các nhà đầu tư phải

cân nhắc thận trọng về những ưu và nhược điểm của loại hình công ty này. Trong khi đó các loại hình doanh nghiệp khác, đặc biệt là các mô hình công ty có chế độ trách nhiệm hữu hạn có khả năng giới hạn được rủi ro cho nhà đầu tư và thủ tục đăng ký thành lập đơn giản, những ưu điểm này tác động mạnh đến quyết định lựa chọn của họ. Dĩ nhiên, không có loại hình doanh nghiệp nào là hoàn hảo, các nhà kinh doanh dựa trên các điều kiện, nhu cầu, nguyện vọng, nguồn lực hạn chế của mình để đưa ra quyết định.

Chương VI

DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

***Thống kê số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới
theo loại hình qua các năm¹***

(Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn>)

	Năm 2015	Năm 2016	Năm 2017
Loại hình doanh nghiệp	Số lượng (doanh nghiệp)		
Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên	48.362	59.848	73.118
Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	25.060	27.685	29.389
Công ty cổ phần	15.971	18.256	21.197
Doanh nghiệp tư nhân	5.345	4.295	3.133
Công ty hợp danh	16	16	22

Dưới hiệu lực của Luật Doanh nghiệp năm 1999, doanh nghiệp tư nhân là sự lựa chọn duy nhất nếu nhà đầu tư cá nhân không muốn hùn hạp kinh doanh với bất kỳ nhà đầu tư nào khác, tuy nhiên

1. Hiện nay, chưa có số liệu chính thức thống kê về số lượng doanh nghiệp đăng ký thành lập mới vào năm 2018 và 2019, do vậy tác giả vẫn sử dụng các số liệu tổng hợp từ 3 năm trước đó.

theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 và sau này Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì nhà đầu tư có thể lựa chọn giữa việc thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên (với chế độ trách nhiệm hữu hạn) hay một doanh nghiệp tư nhân (với chế độ trách nhiệm vô hạn).

Vấn đề đặt ra:

Tại sao các nhà đầu tư vẫn sẵn lòng chấp nhận chế độ trách nhiệm vô hạn để làm ăn kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp tư nhân trong khi có thể hạn chế rủi ro khi lựa chọn công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên?

I. KHÁI NIỆM VÀ ĐẶC ĐIỂM CỦA DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

1. Khái niệm

Doanh nghiệp tư nhân là một trong những loại hình doanh nghiệp xuất hiện sớm nhất ở nước ta và hiện đang nhận được sự quan tâm từ rất nhiều nhà đầu tư trong nước. Qua nhiều lần sửa đổi, bổ sung từ Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 đến nay, các quy định của pháp luật doanh nghiệp đối với doanh nghiệp tư nhân đang dần hoàn thiện. Mô hình doanh nghiệp tư nhân được quy định tại Chương VII Luật Doanh nghiệp năm 2014, theo đó, “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”.

2. Đặc điểm

Doanh nghiệp tư nhân có các đặc điểm cơ bản dưới đây:

Thứ nhất, doanh nghiệp tư nhân là loại hình doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ:

Thuật ngữ “doanh nghiệp tư nhân” với tư cách là một loại hình

doanh nghiệp tồn tại song song với các loại hình công ty, chịu sự điều chỉnh của pháp luật về doanh nghiệp. Dù vậy, trên các phương tiện thông tin đại chúng thì cụm từ “doanh nghiệp tư nhân” đang được nhiều người sử dụng với ý nghĩa chỉ các doanh nghiệp của thành phần kinh tế tư nhân nói chung. Với cách hiểu này thì thuật ngữ doanh nghiệp tư nhân có nội hàm rất rộng, bao gồm tất cả các loại hình chủ thể kinh doanh của các nhà đầu tư dân doanh. Tuy nhiên, từ đạo luật về doanh nghiệp đầu tiên ở nước ta cho đến ngày nay, thuật ngữ doanh nghiệp tư nhân luôn được Nhà nước ta sử dụng nhất quán, đề cập đến một trong bốn loại hình doanh nghiệp, với ý nghĩa là một hình thức pháp lý tổ chức kinh doanh để nhà đầu tư lựa chọn.

Doanh nghiệp tư nhân là một chủ thể kinh doanh đặc biệt hơn so với các doanh nghiệp khác bởi vốn trong doanh nghiệp do một cá nhân bỏ vốn ra thành lập và làm chủ, không có sự liên kết, hùn hạp với người khác. Do đó, doanh nghiệp tư nhân thuộc quyền sở hữu của một người, họ vừa là chủ sở hữu, vừa là người sử dụng tài sản, đồng thời cũng là người quản lý hoạt động của doanh nghiệp. Bởi vậy, chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định những vấn đề liên quan tới quản lý doanh nghiệp, thuê người khác điều hành, có quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp, bán doanh nghiệp, tạm ngừng hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật. Chủ doanh nghiệp có thể đưa ra quyết định một cách nhanh chóng, mọi hoạt động kinh doanh đều có thể tiến hành một cách linh hoạt, ứng phó nhanh và hiệu quả. Khác với chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, có thể là cá nhân hoặc tổ chức, chủ sở hữu của doanh nghiệp tư nhân chỉ có thể là cá nhân.

Doanh nghiệp tư nhân là loại hình doanh nghiệp một chủ, điều đó có nghĩa là nếu doanh nghiệp nào có hơn một chủ thì doanh nghiệp đó không là doanh nghiệp tư nhân nữa. Trong trường hợp như vậy, doanh nghiệp tư nhân phải thực hiện thủ tục chuyển đổi sang mô hình doanh nghiệp tương ứng như công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân bán, tặng cho doanh nghiệp hoặc chủ doanh nghiệp tư nhân chết, mất tích thì người mua, người được tặng cho, người được thừa kế phải đăng ký thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân (Điều 47 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP).

Khi đăng ký làm chủ một doanh nghiệp tư nhân, một cá nhân mặc nhiên lấy tư cách, khả năng và tất cả tài sản của mình bảo đảm cho hoạt động của doanh nghiệp, những yếu tố này mang tính đặc thù, riêng biệt và duy nhất đối với mỗi cá nhân. Do đó, không thể sử dụng một cách trùng lặp tại cùng một thời điểm. Khi nào doanh nghiệp tư nhân đó chưa chấm dứt sự tồn tại về mặt pháp lý thì cá nhân đó không thể làm chủ một doanh nghiệp tư nhân khác. Do đó, ở bất cứ thời điểm nào, mỗi cá nhân chỉ có thể làm chủ một doanh nghiệp tư nhân¹.

Thứ hai, chủ doanh nghiệp tư nhân phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ, nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp tư nhân bằng toàn bộ tài sản của mình:

Chủ doanh nghiệp tư nhân phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản thuộc sở hữu của mình đối với các khoản nợ phát sinh trong quá trình hoạt động của doanh nghiệp tư nhân vì doanh nghiệp tư nhân không có khả năng chịu trách nhiệm. Điều đó có

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.83.

nghĩa là chủ doanh nghiệp tư nhân không chỉ chịu trách nhiệm về hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân trong phạm vi số vốn đầu tư đã đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh mà còn phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình để trả các khoản nợ phát sinh từ hoạt động của doanh nghiệp. Đây là điểm khác biệt của doanh nghiệp tư nhân so với công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty cổ phần trong đó những thành viên công ty hay cổ đông chỉ phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi phần vốn góp của mình. Vì vậy, khoa học pháp lý xem doanh nghiệp tư nhân có chế độ trách nhiệm tài sản vô hạn.

Trước đây, dưới hiệu lực của Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990, doanh nghiệp tư nhân phải có mức vốn không thấp hơn vốn pháp định, điều đó nghĩa rằng doanh nghiệp tư nhân phải có ít nhất một số vốn nhất định không thấp hơn mức mà pháp luật yêu cầu khi đăng ký thành lập doanh nghiệp. Quy định này với ý nghĩa góp phần bảo vệ quyền lợi các chủ nợ khi làm ăn kinh doanh với doanh nghiệp tư nhân và tạo ra những doanh nghiệp tư nhân đủ năng lực tham gia vào thị trường. Thế nhưng, nhiều nhà đầu tư đã tìm cách né quy định về mức vốn tối thiểu khi thành lập doanh nghiệp tư nhân bằng nhiều cách, chẳng hạn như chủ doanh nghiệp tư nhân đi vay vốn để chứng minh vốn tối thiểu rồi sau khi doanh nghiệp được thành lập thì đem trả vốn. Hậu quả là nhiều doanh nghiệp tư nhân trên danh nghĩa vẫn có vốn pháp định theo yêu cầu của pháp luật, nhưng thực sự nhiều khi không đạt được mức vốn ấy. Việc yêu cầu doanh nghiệp tư nhân phải có vốn pháp định cho mọi ngành, nghề làm cản trở quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư, hơn nữa, chúng ta cũng đã quy trách nhiệm vô hạn cho chủ doanh nghiệp tư nhân - giới hạn chịu trách nhiệm

rất lớn, nên quy định về vốn pháp định đối với doanh nghiệp tư nhân trong Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 không thật sự cần thiết.

Cũng vì chủ doanh nghiệp tư nhân phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp tư nhân, nên Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định chủ doanh nghiệp tư nhân không được đồng thời là chủ hộ kinh doanh, thành viên công ty hợp danh. Hộ kinh doanh là loại chủ thể kinh doanh cũng có chế độ trách nhiệm tài sản vô hạn, việc cho phép chủ doanh nghiệp tư nhân làm chủ hộ kinh doanh tiềm ẩn rủi ro rất lớn cho cả doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh. Tuy nhiên, việc Luật Doanh nghiệp năm 2014 cấm chủ doanh nghiệp tư nhân làm thành viên công ty hợp danh chưa thật sự hợp lý. Thành viên công ty hợp danh có thể là thành viên hợp danh và thành viên góp vốn, nghĩa là nhà làm luật cấm cả việc chủ doanh nghiệp tư nhân làm thành viên góp vốn của công ty hợp danh. Trong khi thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ của công ty trong phạm vi vốn cam kết góp vào công ty, và thành viên góp vốn cũng không được tham gia quản lý các hoạt động kinh doanh trong công ty hợp danh, cấm chủ doanh nghiệp tư nhân làm thành viên góp vốn là không cần thiết.

Theo quy định tại khoản 4 Điều 183 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì doanh nghiệp tư nhân không được quyền góp vốn thành lập hoặc mua cổ phần, phần vốn góp trong công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần. Doanh nghiệp tư nhân mặc dù là một thực thể pháp lý độc lập với các chủ thể kinh doanh khác, nhưng doanh nghiệp tư nhân lại không có tài sản độc lập, không có tư cách pháp nhân nên không có đủ năng lực để góp vốn vào công ty. Tuy nhiên, cá nhân

chủ doanh nghiệp tư nhân thì vẫn có thể tham gia vào các hoạt động như thành lập công ty, góp vốn, mua cổ phần để tìm kiếm thêm lợi nhuận từ hoạt động đầu tư của mình.

Thứ ba, doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân:

Xét theo các điều kiện để được thỏa mãn có tư cách pháp nhân được quy định trong pháp luật dân sự, doanh nghiệp tư nhân không thỏa mãn đầy đủ các điều kiện này. Doanh nghiệp tư nhân không có tài sản độc lập, bởi vì, tài sản dùng vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân cũng chính là tài sản của chủ doanh nghiệp. Khoản 2 Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng quy định rõ là tài sản được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của chủ doanh nghiệp tư nhân không phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu cho doanh nghiệp. Vì vậy, doanh nghiệp tư nhân cũng không tự chịu trách nhiệm về hoạt động kinh doanh của mình, thay vào đó chủ doanh nghiệp tư nhân chịu trách nhiệm về hoạt động của doanh nghiệp bằng toàn bộ tài sản của mình. Tư cách của doanh nghiệp gắn liền và lệ thuộc vào tư cách của chủ doanh nghiệp tư nhân trong các mối quan hệ kinh doanh. Cũng chính vì vậy mà theo khoản 3 Điều 185 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì 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.

Như vậy, doanh nghiệp tư nhân không tự nhân danh chính mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập được, mà lệ thuộc vào tư cách của cá nhân chủ doanh nghiệp tư nhân. Cũng chính vì vậy mà các nhà lập pháp nước ta, từ Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 đến Luật Doanh nghiệp năm 2014 đều

thể hiện quan điểm nhất quán trong việc xem chủ doanh nghiệp tư nhân là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong các quan hệ pháp luật tố tụng.

Cần lưu ý là tư cách pháp nhân và tư cách chủ thể pháp luật độc lập là hai vấn đề có nội dung và bản chất pháp lý khác nhau. Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp được pháp luật ghi nhận và bảo hộ, do đó, doanh nghiệp tư nhân có tư cách pháp lý độc lập nhưng doanh nghiệp tư nhân lại không có tư cách pháp nhân, vì cơ chế chịu trách nhiệm của doanh nghiệp tư nhân là cơ chế trách nhiệm vô hạn và không có sự tách bạch giữa tài sản của chủ sở hữu với tài sản của doanh nghiệp. Tuy nhiên hiện nay, có một số quan điểm cho rằng dưới hiệu lực của Bộ luật Dân sự năm 2015 thì tổ chức không có tư cách pháp nhân (trong đó có doanh nghiệp tư nhân) không còn là chủ thể trong các quan hệ pháp luật dân sự mà cá nhân thành viên của những tổ chức như vậy mới là chủ thể của các quan hệ pháp luật dân sự tương ứng. Quan điểm này không phù hợp với tinh thần của Bộ luật Dân sự năm 2015 và các văn bản pháp luật chuyên ngành đang điều chỉnh địa vị pháp lý của các tổ chức không có tư cách pháp nhân, ngoài ra cách hiểu như vậy có thể ảnh hưởng không tốt đến sự tồn tại và tham gia của các thực thể không có tư cách pháp nhân vào phát triển kinh tế - xã hội, thậm chí có thể triệt tiêu dần loại hình doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh...¹.

1. Xem thêm: Phan Huy Hồng và Nguyễn Thanh Tú: “Tư cách tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân theo Bộ luật Dân sự năm 2015”, Tạp chí *Khoa học pháp lý*, số 06 (109), 2017, tr.3-11.

TRANH CHẤP GIỮA CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN THƯƠNG MẠI ĐẠI NAM VÀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN NGUYỆT PHƯƠNG¹

Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại Đại Nam (gọi tắt là Công ty Đại Nam) và Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương tranh chấp với nhau về nghĩa vụ thanh toán phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa. Thực hiện nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng, Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương phải có trách nhiệm trả nợ, nhưng sau nhiều lần Công ty Đại Nam đòi nợ mà Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương vẫn không hoàn thành nghĩa vụ của mình. Công ty Đại Nam quyết định khởi kiện Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương tại Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh để xét xử sơ thẩm tranh chấp này. Sau khi có bản án xét xử sơ thẩm, các bên tiếp tục kháng cáo để xét xử lại theo thủ tục phúc thẩm tại Tòa Phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Thành phố Hồ Chí Minh. Cả bản án sơ thẩm và bản án phúc thẩm của các Tòa đều xác định tư cách đương sự như sau:

1. Nguyên đơn: Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại Đại Nam, có trụ sở tại 678-680 Trần Hưng Đạo, quận 5, Thành phố Hồ Chí Minh; do ông Nguyễn Văn Nhiên đại diện theo Giấy ủy quyền ngày 25/3/2008 và ngày 28/4/2008 của Giám đốc Công ty;

2. Bị Đơn: Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương, có trụ sở tại Quốc lộ 22B, ấp Cầu, xã Tân Phong, huyện Tân Biên, tỉnh Tây Ninh; do bà Bùi Ngọc Thúy đại diện theo Giấy ủy quyền

1. Vụ án được tóm tắt lại dựa theo Quyết định Giám đốc thẩm số 03/2009/KDTM-GĐT ngày 09/4/2009 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao về tranh chấp về hợp đồng mua bán hàng hóa.

ngày 08/10/2008 của Chủ Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương - bà Thái Thị Hon).

Liên quan đến cách xác định tư cách đương sự như vậy, Hội đồng Thẩm phán tòa án nhân dân tối cao nhận định: “tòa án các cấp sơ thẩm và phúc thẩm xác định Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương là bị đơn là không chính xác, không đúng quy định tại khoản 3 Điều 143 Luật Doanh nghiệp năm 2005 (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). Trong vụ án này phải xác định bị đơn là Chủ Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương - bà Thái Thị Hon mới đúng”. Đây là một trong các lý do để Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ra quyết định hủy bản án sơ thẩm và bản án phúc thẩm của các Tòa.

Thứ tư, doanh nghiệp tư nhân có khả năng huy động vốn hạn chế:

Khoản 2 Điều 183 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định doanh nghiệp tư nhân không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào. Theo khoản 1 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019 thì “*chứng khoán là tài sản, bao gồm các loại sau đây: cổ phiếu, trái phiếu, chứng chỉ quỹ; chứng quyền, chứng quyền có bảo đảm, quyền mua cổ phần, chứng chỉ lưu ký; chứng khoán phái sinh; các loại chứng khoán khác do Chính phủ quy định*”. Chứng khoán được thể hiện dưới hình thức chứng chỉ, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử.

Trong đó, cổ phiếu là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty đó (khoản 1 Điều 120

Luật Doanh nghiệp năm 2014). Khoản 2 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019 quy định: Cổ phiếu là loại chứng khoán xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với một phần vốn cổ phần của tổ chức phát hành.

Mỗi cổ phiếu xác nhận số cổ phần mà cổ đông nắm giữ tại công ty cổ phần và tương ứng với số cổ phần đó là quyền được hưởng cổ tức, quyền tham gia quản lý công ty và nghĩa vụ chia sẻ rủi ro trong kinh doanh với công ty. Còn *trái phiếu* là loại chứng khoán xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với một phần nợ của tổ chức phát hành (khoản 3 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019).

Mỗi trái phiếu ghi nhận quyền được hưởng lợi tức cố định và quyền đòi nợ của nhà đầu tư đối với tổ chức phát hành khi trái phiếu đến hạn thanh toán. Người sở hữu trái phiếu được hưởng khoản lãi cố định, không phụ thuộc vào kết quả hoạt động của tổ chức phát hành và cũng không có quyền tham gia quyết định các vấn đề nội bộ của tổ chức phát hành.

Phát hành chứng khoán là hoạt động được tiến hành để đáp ứng nhu cầu về vốn của chủ thể phát hành. Đối với các doanh nghiệp thì phát hành chứng khoán giúp các doanh nghiệp có thể huy động được nguồn vốn nhàn rỗi trong dân chúng mà không lệ thuộc quá nhiều vào vốn tín dụng ngân hàng và giảm bớt các khâu trung gian trong hoạt động vay vốn. Hiện nay, không phải tất cả các doanh nghiệp đều có quyền phát hành chứng khoán, chỉ có công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn mới có quyền này. Công ty cổ phần có quyền phát hành cả cổ phiếu và trái phiếu, còn công ty trách nhiệm hữu hạn chỉ có quyền phát hành trái phiếu¹.

1. Nguyễn Văn Tuyên: *Giáo trình Luật chứng khoán*, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, 2011, tr.53.

Từ đó có thể thấy rằng các kênh huy động vốn rộng rãi trong công chúng của doanh nghiệp tư nhân đã được ngăn lại, không cho doanh nghiệp tư nhân sử dụng. Sự hạn chế này phù hợp với các đặc điểm khác của doanh nghiệp tư nhân. Tài sản trong doanh nghiệp tư nhân là một bộ phận trong khối tài sản của chủ doanh nghiệp. Các khoản nợ phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân cũng chính là nợ của chủ doanh nghiệp. Nói cách khác, giả sử cho doanh nghiệp tư nhân quyền phát hành chứng khoán, tức là quyền huy động vốn rộng rãi từ công chúng, thì cũng có nghĩa là cho cá nhân chủ sở hữu của doanh nghiệp tư nhân quyền này. Trong khi hiện nay khó có một cơ chế đủ chặt chẽ, minh bạch, hiệu quả để giám sát hoạt động của một cá nhân đối với tài sản riêng của mình, cũng khó có thể lường trước, ngăn chặn hay giảm thiểu những biến động, rủi ro bất ngờ đến với một cá nhân¹.

Riêng đối việc phát hành cổ phiếu thì đây là quyền đặc trưng chỉ có ở loại hình công ty cổ phần. Hơn nữa, cổ phiếu là loại chứng khoán vốn, mua cổ phiếu thực chất là góp vốn vào doanh nghiệp. Hay nói cách khác, việc mua cổ phiếu là sự kiện pháp lý tạo ra quyền chủ sở hữu đối với một phần vốn của doanh nghiệp, mà doanh nghiệp tư nhân không thể có nhiều chủ. Vì vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định doanh nghiệp tư nhân không được quyền phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

Khi hoạt động kinh doanh phát sinh nhu cầu tăng vốn, chỉ có phương thức phổ biến nhất là chủ doanh nghiệp đầu tư thêm. Chủ doanh nghiệp tư nhân có thể lấy những tài sản khác của mình để đầu tư, hoặc nhân danh cá nhân mình huy động vốn cho doanh nghiệp.

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.87.

II. TỔ CHỨC QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

Thời kỳ đầu, khi muốn tiến hành làm ăn kinh doanh, đặc biệt là với quy mô vừa và nhỏ, các nhà đầu tư thường chủ yếu tự mình bỏ vốn, công sức vào cơ sở kinh doanh. Họ tự mình đầu tư vốn, tự mình lèo lái cơ sở kinh doanh và tự mình chịu trách nhiệm về mọi nghĩa vụ phát sinh. Mô hình tổ chức kinh doanh như vậy bảo đảm tối đa tính linh hoạt cho chủ sở hữu trong việc vận hành cơ sở kinh doanh, bởi họ là chủ duy nhất, là người có toàn quyền tự quyết mọi vấn đề phát sinh, kịp thời đáp ứng tính thời sự của công việc kinh doanh. Trường hợp cơ sở đó ăn nên làm ra thì người chủ có thể chủ động mở rộng quy mô bằng cách mở thêm địa điểm kinh doanh, thuê thêm người làm công, hoặc có thể tự mình thu hẹp lại khi thấy diễn biến kinh doanh gặp khó khăn. Nói cách khác, người chủ có toàn quyền quyết định thay đổi “cái áo khoác” khi thấy nó quá rộng hoặc quá hẹp, đây lại đặc điểm không có ở các mô hình tổ chức kinh doanh nhiều chủ. Điều này góp phần tạo nên sự hấp dẫn cho các nhà đầu tư khi làm ăn dưới hình thức cơ sở kinh doanh như thế.

Ngày nay, nếu nhà đầu tư muốn thiết lập một cơ sở kinh doanh bảo đảm quyền tự quyết tối đa của mình thì họ có thể lựa chọn giữa doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh. Tuy nhiên, vì hộ kinh doanh chỉ phù hợp với quy mô kinh doanh nhỏ, mang tính chất gia đình, nó quá “chật chội” cho những ai muốn phát triển cơ sở kinh doanh ở quy mô lớn hơn, do đó, doanh nghiệp tư nhân sẽ là một lựa chọn tối ưu. Nhờ có hình hài của doanh nghiệp tư nhân, mà nhà đầu tư có thể trở thành thương nhân, một chủ thể kinh doanh chuyên nghiệp để tham gia vào các quan hệ pháp luật. Vì vậy, doanh nghiệp tư nhân thường được ví von là cánh tay nối dài của chủ doanh nghiệp,

là phương tiện để nhà đầu tư cá nhân thực hiện các hoạt động kinh doanh.

Trong doanh nghiệp tư nhân vì mọi tài sản đều thuộc quyền sở hữu của chủ doanh nghiệp cho nên người chủ có toàn quyền quyết định việc định đoạt, sử dụng tài sản ấy như thế nào để bảo đảm hiệu quả nhất, bao gồm cả việc tự mình cân nhắc tổ chức quản lý doanh nghiệp tư nhân. Hiện nay, các vấn đề về tổ chức quản lý trong doanh nghiệp tư nhân được quy định tại Điều 185 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Theo đó, chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền kiểm soát hoàn toàn đối với hoạt động của doanh nghiệp tư nhân, pháp luật không bắt buộc doanh nghiệp tư nhân phải có các cơ quan quản lý nội bộ như Hội đồng Thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn hay Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng Quản trị của Công ty cổ phần. Chủ doanh nghiệp vừa là chủ sở hữu vừa là người quản lý công ty và về cơ bản chủ doanh nghiệp có quyền quyết định bất kỳ vấn đề gì liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp tư nhân miễn là quyết định đó không trái quy định pháp luật. Chủ doanh nghiệp tư nhân có thể tự mình trực tiếp đứng ra tổ chức sản xuất, kinh doanh hoặc thuê người khác đảm nhận nhiệm vụ điều hành doanh nghiệp, cũng như thiết lập các phòng ban, bộ phận theo ý chí của mình.

Trong khi đó, nhà đầu tư cá nhân có thể làm chủ công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên để được hưởng chế độ trách nhiệm hữu hạn, nhưng chủ sở hữu của loại hình doanh nghiệp này không có quyền năng linh hoạt trong việc quyết định các vấn đề về tổ chức quản lý công ty như quyền của chủ doanh nghiệp tư nhân đối với doanh nghiệp tư nhân. Chẳng hạn như, Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định cơ cấu tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do cá nhân làm chủ sở hữu gồm có Chủ tịch

công ty và Giám đốc/Tổng Giám đốc, chủ sở hữu không được quyền rút vốn trực tiếp ra khỏi công ty, nếu công ty hoàn trả một phần vốn góp hoặc chia lợi nhuận phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện luật định... Vì vậy, việc vận hành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có thể làm cho nhà đầu tư phải tốn kém nhiều chi phí tuân thủ hơn so với doanh nghiệp tư nhân.

Cũng cần lưu ý rằng, mặc dù chủ doanh nghiệp tư nhân có thể thuê Giám đốc để quản lý điều hành hoạt động kinh doanh nhưng trong trường hợp này chủ doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm về hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân phải là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, thể hiện mối quan hệ lệ thuộc gắn bó giữa doanh nghiệp tư nhân với chủ doanh nghiệp. Nếu chủ doanh nghiệp tư nhân thuê Giám đốc để quản lý doanh nghiệp tư nhân thì Giám đốc được thuê chỉ là người đại diện theo ủy quyền của chủ doanh nghiệp tư nhân.

III. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA CHỦ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

1. Quyền và nghĩa vụ trong lĩnh vực tài chính

Nghiên cứu các vấn đề về tài chính trong một doanh nghiệp nói chung là tìm hiểu các nội dung liên quan đến việc huy động và phân bổ các nguồn vốn nhằm đáp ứng các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Vì doanh nghiệp tư nhân có mối lệ thuộc, gắn bó với chủ doanh nghiệp, nên các vấn đề về tài chính trong doanh nghiệp tư nhân bị chi phối rất nhiều vào quyền quyết định của chủ doanh nghiệp.

Trong doanh nghiệp tư nhân, pháp luật không đặt ra nghĩa vụ phải chuyển giao quyền sở hữu tài sản của chủ doanh nghiệp cho doanh nghiệp tư nhân, vấn đề tách bạch tài sản

trong doanh nghiệp tư nhân không được đặt ra. Nguồn vốn hoạt động của doanh nghiệp do chủ doanh nghiệp đầu tư và đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh. Toàn bộ vốn và tài sản kể cả vốn vay và tài sản thuê được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp phải được ghi chép đầy đủ vào sổ kế toán và báo cáo tài chính của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật. Đây cũng chính là một trong các nghĩa vụ chung của doanh nghiệp được quy định tại khoản 2 Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Quy định này nhằm bảo đảm cơ chế giám sát của Nhà nước và xã hội được thực hiện thông qua kiểm soát hoạt động tài chính trong doanh nghiệp.

Chủ doanh nghiệp có quyền chủ động trong kê khai vốn đầu tư và có quyền chủ động sử dụng vốn đầu tư một cách linh hoạt theo yêu cầu kinh doanh và nhu cầu bản thân. Chủ doanh nghiệp có quyền đầu tư thêm hoặc rút lại một phần vốn đã đầu tư cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Tuy nhiên, việc tăng hoặc giảm vốn đầu tư thể hiện quy mô kinh doanh và trong một chừng mực nhất định thể hiện sự thay đổi năng lực tài chính, khả năng bảo đảm nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp với các chủ thể có liên quan, nên pháp luật quy định việc tăng giảm vốn đầu tư phải được ghi chép đầy đủ trong sổ sách kế toán, và nếu giảm vốn đầu tư xuống thấp hơn mức vốn đầu tư đã đăng ký thì chỉ được giảm sau khi đã đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh (khoản 3 Điều 184 Luật Doanh nghiệp năm 2014)¹. Tuy nhiên, theo khoản 1 Điều 50 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP thì trường hợp tăng, giảm vốn đầu tư đã đăng ký, chủ doanh nghiệp tư nhân

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.93.

phải gửi thông báo về việc thay đổi vốn đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký. Chế tài xử lý trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân vi phạm nghĩa vụ trên được quy định tại điểm b khoản 1 Điều 38 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP:

“Điều 38. Vi phạm quy định về doanh nghiệp tư nhân

1. Phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau:

b) Không ghi chép đầy đủ việc tăng hoặc giảm vốn đầu tư; toàn bộ vốn và tài sản kể cả vốn vay và tài sản thuê được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp vào sổ kế toán, báo cáo tài chính của doanh nghiệp”.

Về vấn đề sử dụng lợi nhuận của doanh nghiệp tư nhân, vì là chủ đầu tư duy nhất nên chủ doanh nghiệp tư nhân là người duy nhất được hưởng lợi nhuận từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Dĩ nhiên, chủ doanh nghiệp tư nhân cũng là người phải chịu mọi rủi ro, từ thua lỗ cho đến các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính phát sinh trong hoạt động của doanh nghiệp.

2. Quyền và nghĩa vụ trong việc cho thuê doanh nghiệp

Một cách khái quát thì việc đi thuê doanh nghiệp tư nhân là thuê cơ sở kinh doanh của người khác để làm ăn. Xét về ý nghĩa kinh tế đối với việc cho thuê doanh nghiệp tư nhân thì hoạt động cho thuê doanh nghiệp tư nhân đem lại lợi ích cho cả hai bên. Bên thuê sẽ tận dụng tất cả những gì thuộc về doanh nghiệp tư nhân để khai thác tìm kiếm lợi nhuận, điều mà các nhà đầu tư thường phải mất rất nhiều công sức, thời gian để gây dựng. Với việc thuê doanh nghiệp tư nhân của người khác, nhà kinh doanh sẽ dễ dàng giảm chi phí gia nhập thị trường, đặc biệt là đối với các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, rút ngắn giai đoạn đầu tư

phát triển doanh nghiệp. Từ phía chủ doanh nghiệp tư nhân thì họ có thể kiếm lợi nhuận thông qua việc cho thuê doanh nghiệp của mình mà không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh.

Cho thuê doanh nghiệp được hiểu là việc chủ doanh nghiệp tư nhân chuyển giao quyền sử dụng doanh nghiệp tư nhân do mình đăng ký cho người khác trong một thời gian nhất định thông qua hợp đồng cho thuê doanh nghiệp và thu một khoản tiền do người thuê trả. Điều 186 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp tư nhân của chủ doanh nghiệp. Theo đó, cơ sở pháp lý để xác lập mối quan hệ giữa bên thuê và bên cho thuê doanh nghiệp là hợp đồng cho thuê doanh nghiệp, những vấn đề liên quan đến thời gian thuê, lợi nhuận... và các điều khoản bảo đảm khác của hợp đồng sẽ do hai bên thỏa thuận.

Trong quá trình hợp đồng thuê doanh nghiệp có hiệu lực, bên thuê có quyền sử dụng tài sản của doanh nghiệp như nhà xưởng, máy móc, các cơ sở vật chất khác... Bên cạnh tài sản hữu hình, trên thực tế người thuê còn quan tâm đến tài sản vô hình hay các giá trị phi vật chất khác của doanh nghiệp như uy tín đã có trên thương trường, đầu mối giao dịch, mạng lưới bán hàng... Vì vậy, hợp đồng thuê tài sản với hợp đồng thuê doanh nghiệp tư nhân có một số điểm khác biệt cơ bản. Về đối tượng của hợp đồng: một bên là tài sản thuần túy, còn hợp đồng thuê doanh nghiệp tư nhân có đối tượng đặc biệt hơn là chính doanh nghiệp tư nhân (bên cạnh tài sản trong doanh nghiệp tư nhân, người thuê còn thuê có quyền sử dụng tư cách pháp lý của doanh nghiệp tư nhân). Trong thời gian cho thuê, thường thì chủ sở hữu của tài sản không có trách nhiệm đối với tài sản cho thuê. Trong thời gian cho thuê doanh nghiệp tư nhân, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của doanh nghiệp tư nhân. Về mục đích,

việc thuê doanh nghiệp tư nhân để phục vụ cho các mục đích kinh doanh (xuất phát từ bản chất của doanh nghiệp nói chung), còn các loại hợp đồng thuê tài sản thông thường thì người thuê có thể sử dụng tài sản đó vào nhiều mục đích khác nhau.

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp nhưng để bảo đảm tính pháp lý của hợp đồng cho thuê doanh nghiệp và tính hợp pháp của việc chuyển giao quyền sử dụng doanh nghiệp cho bên thuê thì chủ doanh nghiệp tư nhân phải có trách nhiệm thông báo bằng văn bản, kèm theo bản sao hợp đồng cho thuê có công chứng đến cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày hợp đồng cho thuê có hiệu lực thi hành. Quy định này nhằm cập nhật kịp thời thông tin về doanh nghiệp và giúp cho cơ quan thuế xác định đúng, thu đủ các khoản thuế và nghĩa vụ tài chính đối với các đối tượng liên quan. Việc vi phạm nghĩa vụ thông báo là hành vi vi phạm và bị xử phạt theo điểm a khoản 1 Điều 32 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP thì doanh nghiệp bị phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng.

3. Quyền và nghĩa vụ trong việc bán doanh nghiệp

Bán doanh nghiệp tư nhân tất yếu sẽ làm thay đổi chủ sở hữu của doanh nghiệp tư nhân và cũng tương tự như hoạt động cho thuê doanh nghiệp tư nhân, việc bán doanh nghiệp tư nhân đem lại lợi ích cho cả chủ doanh nghiệp tư nhân và người mua doanh nghiệp tư nhân. Từ phía chủ doanh nghiệp tư nhân, việc bán doanh nghiệp tư nhân là một cách thức để rút lui khỏi thị trường hữu hiệu. Nếu chủ doanh nghiệp nhận thấy doanh nghiệp tư nhân của mình hoạt động không hiệu quả, có nguy cơ thua lỗ, phá sản hoặc trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân rơi vào hoàn cảnh ốm đau,

bệnh tật... thì việc bán doanh nghiệp tư nhân sang cho người khác là cách thức tốt để tiếp tục duy trì hoạt động của doanh nghiệp tư nhân đó. Thậm chí, chủ doanh nghiệp tư nhân có thể nhận được một khoản lợi nhuận từ việc bán doanh nghiệp tư nhân như vậy. Từ góc độ lợi ích của nhà đầu tư quyết định mua doanh nghiệp tư nhân thì đây là một cách đầu tư khôn ngoan, bởi việc mua doanh nghiệp tư nhân có thể giúp các nhà đầu tư tiết kiệm thời gian, chi phí và công sức xây dựng thương hiệu trên thị trường. Từ đó, nhà đầu tư có thể tranh thủ và tận dụng những lợi ích hiện có của doanh nghiệp tư nhân để tiếp tục phát triển. Dĩ nhiên trước khi quyết định bỏ vốn để mua một doanh nghiệp tư nhân nào đó, nhà đầu tư phải cân nhắc các yếu tố liên quan, mà quan trọng hơn hết là khả năng sinh lợi của doanh nghiệp đó.

Việc bán doanh nghiệp tư nhân thực chất là bán toàn bộ tài sản còn lại trong doanh nghiệp, vì về nguyên tắc, trước khi bán, doanh nghiệp tư nhân đã thanh toán hết các khoản nợ và thanh lý hết các hợp đồng đã ký kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác giữa các bên có liên quan. Vì vậy, sau khi bán doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác phát sinh trước thời điểm chuyển giao doanh nghiệp, trừ trường hợp người mua, người bán và chủ nợ của doanh nghiệp có thỏa thuận khác¹.

Theo khoản 3 Điều 29, Điều 31 và khoản 4 Điều 187 Luật Doanh nghiệp năm 2014, Điều 47 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP thì chủ doanh nghiệp tư nhân có thể bán, tặng cho doanh nghiệp tư nhân. Tuy nhiên, nếu như trước đây theo khoản 4 Điều 145

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.96.

Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì người mua doanh nghiệp tư nhân phải đăng ký kinh doanh lại, nghĩa là theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì doanh nghiệp tư nhân sau khi bán sẽ chấm dứt sự tồn tại về mặt pháp lý. Còn theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì nếu người mua, người được tặng cho thỏa mãn điều kiện để làm chủ doanh nghiệp tư nhân và mong muốn duy trì sự tồn tại của doanh nghiệp đó, thì chỉ phải đăng ký thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày có thay đổi chủ doanh nghiệp tư nhân. Với điểm mới này, chủ doanh nghiệp tư nhân sẽ có nhiều điều kiện thuận lợi hơn trong việc bán doanh nghiệp tư nhân và duy trì uy tín kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân đã được xây dựng, cũng như đáp ứng tốt hơn nguyện vọng của các nhà đầu tư.

Hoạt động mua bán doanh nghiệp tư nhân có nhiều khác biệt so với việc mua bán công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần. Mua bán công ty có thể được thực hiện bằng nhiều cách thức khác nhau, tiêu biểu là mua phần vốn góp/cổ phần đủ để kiểm soát công ty bị mua. Về nguyên tắc, sau khi hoàn thành các thủ tục chuyển nhượng theo quy định pháp luật thì thành viên/cổ đông không còn chịu trách nhiệm đối với phần vốn đã được chuyển nhượng. Còn việc bán doanh nghiệp tư nhân là bán các tài sản còn lại dùng trong kinh doanh, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về tất cả các khoản nợ mà doanh nghiệp chưa thực hiện, trừ khi có thỏa thuận ba bên về việc chuyển giao cả phần tài sản nợ và nghĩa vụ chưa thực hiện. Ngoài ra, đối tượng của hợp đồng mua bán doanh nghiệp tư nhân chính là doanh nghiệp tư nhân - một chủ thể kinh doanh. Từ đó, dẫn đến sự thay đổi địa vị của chủ sở hữu doanh nghiệp cụ thể là sự chuyển đổi chủ sở hữu của doanh nghiệp từ bên bán sang bên mua, chấm dứt tư cách pháp lý của chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân cũ.

Chương VII

TỔ CHỨC LẠI VÀ GIẢI THỂ DOANH NGHIỆP

I. TỔ CHỨC LẠI DOANH NGHIỆP

Dưới sức ép cạnh tranh gay gắt, để tồn tại và phát triển các doanh nghiệp buộc phải thực hiện đa dạng các chiến lược kinh doanh, bao gồm các chiến lược thu tóm, liên kết, chia nhỏ... nhằm góp phần nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp trên thương trường, thậm chí là triệt tiêu cạnh tranh để tiến tới độc quyền. Các nhà kinh tế học quan tâm đến hiện tượng này nhằm lý giải động cơ, mục đích của các bên khi tiến hành tổ chức lại doanh nghiệp và những thay đổi về quản trị doanh nghiệp trước và sau khi tổ chức lại doanh nghiệp. Trong khi đó, luật học quan tâm đến quyền sở hữu và quản lý nhà nước, cụ thể là chủ thể nào sẽ trở thành chủ sở hữu của doanh nghiệp sau khi tổ chức lại, quyền và nghĩa vụ của các bên được giải quyết ra sao, mức độ cạnh tranh trên thị trường bị tác động như thế nào... Từ đó, Nhà nước xác định sự cần thiết điều chỉnh, cũng như mức độ và cách thức can thiệp những quan hệ xã hội phát sinh từ hoạt động tổ chức lại doanh nghiệp.

1. Khái niệm tổ chức lại doanh nghiệp

Theo khoản 25 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì tổ chức lại doanh nghiệp là việc chia, tách, hợp nhất, sáp nhập hoặc

chuyển đổi loại hình doanh nghiệp. Trong quá trình thực hiện việc tổ chức lại doanh nghiệp phát sinh nhiều mối quan hệ khác nhau từ các quan hệ trong nội bộ doanh nghiệp đến các quan hệ giữa doanh nghiệp với đối tác, khách hàng và Nhà nước. Để điều chỉnh các quan hệ xã hội này, cũng như bảo vệ lợi ích của các chủ thể có liên quan, Nhà nước ban hành một hệ thống các quy phạm pháp luật nhằm điều chỉnh về tổ chức lại doanh nghiệp.

Một cách khái quát nhất thì pháp luật về tổ chức lại doanh nghiệp bao gồm các quy định về: (i) Các hình thức tổ chức lại doanh nghiệp, (ii) Trình tự, thủ tục thực hiện từng hình thức tổ chức lại doanh nghiệp, (iii) Bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan. Một trong những điểm mới của Luật Doanh nghiệp năm 2014 đó là không yêu cầu các công ty cùng loại mới được hợp nhất, sáp nhập, chia, tách. Đây là điểm đổi mới hết sức quan trọng chi phối các vấn đề có liên quan khi tìm hiểu về tổ chức lại doanh nghiệp, điều này cũng góp phần thúc đẩy thị trường mua bán doanh nghiệp.

Hiện nay, nhiều tác giả cũng sử dụng thuật ngữ M&A (Mergers and Acquisitions) có ý nghĩa gần với khái niệm “tổ chức lại doanh nghiệp”. Từ góc độ kinh tế và chính sách cạnh tranh, M&A được hiểu như hoạt động tập trung kinh tế gắn với quá trình mà số lượng các doanh nghiệp độc lập cạnh tranh trên thị trường bị giảm đi thông qua các hành vi sáp nhập, mua lại (theo nghĩa rộng) hoặc thông qua tăng trưởng nội sinh của doanh nghiệp trên cơ sở mở rộng năng lực sản xuất, làm thay đổi của cấu trúc thị trường cạnh tranh. Bản chất của M&A như hoạt động tập trung kinh tế là tăng thêm tư bản do hợp nhất nhiều tư bản hoặc một tư bản này thu hút một tư bản khác. Hiện tại ở Việt Nam, chưa có văn bản pháp luật nào đưa ra giải thích cụ thể về

hoạt động M&A mà chỉ có các khái niệm riêng rẽ về “sáp nhập”, “mua lại”, “hợp nhất” liên quan đến hoạt động M&A. M&A như một hiện tượng kinh tế có nghĩa rất rộng nhưng từ góc độ pháp lý và quản lý nhà nước, pháp luật chỉ lựa chọn điều chỉnh một số hoạt động M&A¹. M&A được quy định rải rác ở các văn bản quy phạm pháp luật khác nhau và hiện chưa có một khung pháp luật hoàn chỉnh và thống nhất điều chỉnh lĩnh vực này. Các giao dịch M &A, tùy từng trường hợp cụ thể, có thể liên quan và chịu sự điều chỉnh của các quy phạm pháp luật về doanh nghiệp, về chứng khoán, về cạnh tranh, về đầu tư và luật hợp đồng.

2. Các hình thức tổ chức lại doanh nghiệp

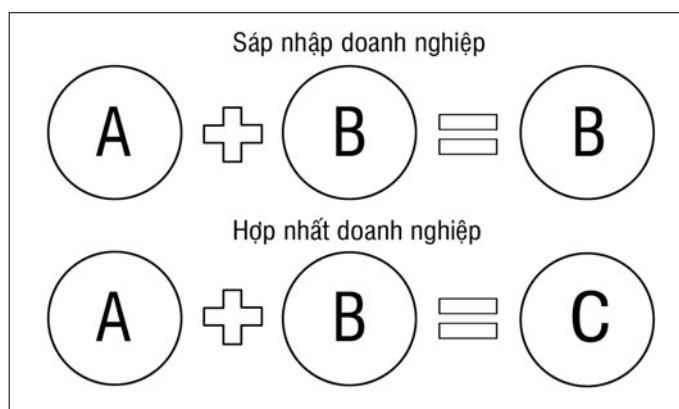
2.1. Sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp

Bản chất kinh tế của sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp là các hoạt động nhằm tích tụ tư bản, tăng sức mạnh thị trường cho doanh nghiệp. Doanh nghiệp sau sáp nhập và hợp nhất có thể tiết kiệm được chi phí vận hành, chẳng hạn như bãi bỏ các phòng ban không cần thiết, tổ chức lại nhân sự, tận dụng được nguồn khách hàng, năng lực tài chính, hệ thống phân phối, máy móc thiết bị, kinh nghiệm, uy tín kinh doanh... từ đó, góp phần tăng lợi nhuận cho doanh nghiệp. Ngoài ra, các doanh nghiệp có thể từ chỗ là đối thủ cạnh tranh của nhau thì nay trở thành một doanh nghiệp với vị thế được khuếch trương hơn so với trước, giảm bớt được một hoặc một số đối thủ cạnh tranh trên thị trường, thậm chí doanh nghiệp có thêm sức mạnh thị trường để đối phó với các doanh nghiệp khác. Sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp có ý nghĩa tích cực đối với tất cả các bên tham gia các hoạt động này.

1. Phạm Trí Hùng: “Một số vấn đề về sáp nhập, mua lại doanh nghiệp theo pháp luật Việt Nam”, Tạp chí *Khoa học pháp lý*, số 05, 2010, tr.27.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 194 Luật Doanh nghiệp năm 2014 hợp nhất doanh nghiệp là việc hai hoặc một số công ty (gọi là công ty bị hợp nhất) có thể hợp nhất thành một công ty mới (công ty hợp nhất) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền và nghĩa vụ, lợi ích hợp pháp sang công ty hợp danh, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị hợp nhất.

Theo khoản 1 Điều 195 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì sáp nhập doanh nghiệp là việc một hoặc một số công ty (công ty bị sáp nhập) có thể sáp nhập vào một công ty khác (công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp từ công ty bị sáp nhập sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập.



a) Đặc điểm:

Thứ nhất, về chủ thể áp dụng:

Luật Doanh nghiệp năm 2014 không quy định bắt buộc chỉ có các công ty cùng loại thì mới được hợp nhất hay sáp nhập với nhau như Luật Doanh nghiệp năm 2005, mà thay vào đó,

khoản 1 Điều 194 Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã mở rộng đối tượng công ty bị hợp nhất ra, thông qua việc cho phép các công ty không cùng một loại vẫn có thể hợp nhất hay sáp nhập với nhau. Do đó, việc sáp nhập hay hợp nhất có thể áp dụng đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần và công ty hợp danh. Và đặc biệt là công ty hình thành sau hợp nhất/sáp nhập không nhất thiết phải cùng loại với các công ty tham gia sáp nhập, hợp nhất. Tuy nhiên, căn cứ vào các quy định khác của Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì chỉ có công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần là có thể thực hiện việc chuyển đổi nên kết quả của việc hợp nhất hoặc sáp nhập công ty hợp danh chỉ có thể dẫn đến việc hình thành các công ty hợp danh mới.

Tình huống:

Công ty trách nhiệm hữu hạn A (có hai thành viên là A1 và A2) hợp nhất với công ty cổ phần B (có 4 thành viên là B1, B2, B3, và B4) tạo thành một công ty mới. Công ty mới có thể tồn tại dưới loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn C (gồm 6 thành viên A1, A2, B1, B2, B3, và B4), hoặc công ty cổ phần C (gồm 6 cổ đông: A1, A2, B1, B2, B3, và B4). Điều này đã mang đến cho các doanh nghiệp có ý định hợp nhất với nhau có thêm sự lựa chọn, đặc biệt là các doanh nghiệp vừa và nhỏ (thông thường là loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn) có thể có cơ hội tìm kiếm để phát triển cùng với các đối tác lớn, có nhiều kinh nghiệm và khả năng huy động vốn tốt hơn (chẳng hạn như loại hình công ty cổ phần)¹.

1. Trần Thanh Bình: *Những quy định về tổ chức lại doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 tạo thuận lợi cho thị trường mua bán sáp nhập doanh nghiệp*, Hội thảo Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư năm 2014: Những đổi mới nhằm hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh, Khoa Luật Thương mại - Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, 2015, tr.76.

Thứ hai, hệ quả của việc sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp:

Theo quy định tại khoản 5 Điều 194 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì sau khi đăng ký doanh nghiệp, các công ty bị hợp nhất chấm dứt tồn tại. Đồng thời, theo điểm c khoản 2 Điều 195 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì sau khi đăng ký doanh nghiệp, công ty bị sáp nhập chấm dứt tồn tại. Do đó, kết quả của việc sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp làm giảm số lượng chủ thể kinh doanh trên thị trường, nhưng góp phần tập trung tư bản, nâng cao khả năng cạnh tranh cho công ty nhận sáp nhập và công ty mới hình thành từ việc hợp nhất doanh nghiệp.

Như đã trình bày ở trên, bản chất của hoạt động sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp có thể nâng cao khả năng cạnh tranh của doanh nghiệp, các doanh nghiệp vốn có thể là các đối thủ cạnh tranh của nhau thì thông qua các hoạt động sáp nhập/hợp nhất trở thành một thể thống nhất, qua đó làm giảm mức độ cạnh tranh trên thị trường. Trong một số trường hợp nhất định, những hoạt động này có khả năng tác động đáng kể đến môi trường cạnh tranh, cho nên bên cạnh Luật Doanh nghiệp thì pháp luật về cạnh tranh còn có những quy định nhằm kiểm soát hành vi này.

Từ góc độ pháp lý, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đặt ra ngưỡng phần trăm thị phần kết hợp của doanh nghiệp sau khi sáp nhập/hợp nhất để điều chỉnh, theo đó, nếu ngưỡng thị phần kết hợp này từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của công ty thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành thực hiện, còn nếu trên 50% trên thị trường có liên quan thì bị cấm thực hiện sáp nhập/hợp nhất, trừ trường hợp pháp luật cạnh tranh có quy định khác. Dưới góc độ pháp luật cạnh tranh thì các hoạt động sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp là

những hành vi tập trung kinh tế, và bị kiểm soát khi thỏa mãn các điều kiện luật định. Điều kiện kiểm soát của Luật Cạnh tranh năm 2004 nhìn chung tương đồng với Luật Doanh nghiệp năm 2014 đối với hoạt động sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp, đều dựa vào ngưỡng thị phần kết hợp của doanh nghiệp sau sáp nhập/hợp nhất. Điểm đáng chú ý là theo Luật Cạnh tranh năm 2004 có quy định về các trường hợp ngoại lệ được miễn trừ (Điều 19) 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 (Điều 18). Còn theo quy định tại Luật Cạnh tranh năm 2018 thì cấm doanh nghiệp thực hiện tập trung kinh tế gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam (Điều 30). Căn cứ để xác định khả năng gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể được luận giải tại Điều 31 Luật Cạnh tranh năm 2018, trong đó yếu tố thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là một trong số các căn cứ, ngưỡng thị phần này phải đạt mức nào mới bị kiểm soát/hay bị cấm thực hiện thì Chính phủ sẽ quy định chi tiết theo Luật Cạnh tranh. Như vậy, dưới hiệu lực của Luật Cạnh tranh năm 2004 thì cần chú ý đến các ngoại lệ của tập trung kinh tế, không phải mọi trường hợp doanh nghiệp sau sáp nhập/hợp nhất đạt ngưỡng trên 50% trên thị trường liên quan đều bị cấm. Còn theo Luật Cạnh tranh năm 2018 thì ngoài yếu tố thị phần kết hợp của doanh nghiệp sau sáp nhập/hợp nhất, cần chú ý đến các yếu tố khác để biết được khi nào hoạt động sáp nhập/hợp nhất bị kiểm soát và bị cấm thực hiện.

Lưu ý, theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty hợp nhất/công ty nhận sáp nhập được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa

thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các công ty bị hợp nhất/công ty bị sáp nhập.

Giữa sáp nhập doanh nghiệp và hợp nhất doanh nghiệp cũng có những điểm khác biệt nhất định. Cụ thể, trong trường hợp hợp nhất doanh nghiệp thì các công ty bị hợp nhất sẽ chấm dứt sự tồn tại và sự hợp nhất này tạo ra một công ty mới; trong khi đó, đối với trường hợp sáp nhập doanh nghiệp thì các công ty bị sáp nhập chấm dứt sự tồn tại, nhưng sự sáp nhập giữa các doanh nghiệp này không tạo ra một công ty mới, mà các công ty bị sáp nhập trở thành bộ phận của một công ty khác đã tồn tại trước đó (công ty nhận sáp nhập).

b) Thủ tục thực hiện:

Thủ tục thực hiện hoạt động sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp được quy định tại Điều 194, 195 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 78/2015/NĐ-CP. Ngoài ra, theo khoản 1 Điều 8 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP thì chia, tách, hợp nhất, sáp nhập đối với doanh nghiệp xã hội được thực hiện trong các trường hợp sau đây: Doanh nghiệp xã hội được chia hoặc tách thành các doanh nghiệp xã hội; Các doanh nghiệp, doanh nghiệp xã hội hợp nhất thành doanh nghiệp xã hội; Sáp nhập doanh nghiệp, doanh nghiệp xã hội vào doanh nghiệp xã hội. Hồ sơ, trình tự, thủ tục chia, tách, hợp nhất, sáp nhập đối với doanh nghiệp xã hội thực hiện theo quy định tương ứng của Luật Doanh nghiệp.

Trong các thủ tục này, một điểm mới của Luật Doanh nghiệp năm 2014 liên quan đến vấn đề hợp nhất doanh nghiệp là trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp của công ty hợp nhất phải kèm theo bản sao của hợp đồng hợp nhất, nghị quyết và biên bản họp thông qua hợp đồng hợp nhất của các công ty bị hợp nhất

(khoản 4 Điều 194 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Nếu như trong trường hợp chia hoặc tách doanh nghiệp là những trường hợp mang tính chất “nội bộ”, nhằm cơ cấu lại bên trong tổ chức của doanh nghiệp bị chia hoặc doanh nghiệp bị tách; đối với hợp nhất doanh nghiệp thì công ty bị hợp nhất cần phải có sự kết nối với bên ngoài, không còn là câu chuyện nội bộ của doanh nghiệp nữa. Do đó, khi các công ty bị hợp nhất liên kết/hợp tác với nhau thì hợp đồng hợp nhất chính là cơ sở pháp lý cho sự liên kết này, và các quyết định và biên bản hợp của từng công ty bị hợp nhất chính là văn bản thể hiện ý chí của các bên trong quan hệ hợp nhất. Bên cạnh đó, chính sự liên kết/hợp tác giữa các doanh nghiệp với nhau có thể dẫn đến độc quyền hoặc tập trung kinh tế theo pháp luật cạnh tranh; cho nên, việc các nhà làm luật yêu cầu trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp của công ty hợp nhất cần phải có các tài liệu trên là hoàn toàn cần thiết, để bảo đảm môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa các doanh nghiệp tại Việt Nam. Tương tự, cũng giống như trường hợp hợp nhất doanh nghiệp, điểm mới của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về vấn đề sáp nhập doanh nghiệp đó là các nhà làm luật quy định hồ sơ đăng ký doanh nghiệp của công ty nhận sáp nhập phải kèm theo bản sao của hợp đồng sáp nhập, nghị quyết và biên bản hợp thông qua hợp đồng sáp nhập của các công ty nhận sáp nhập, và nghị quyết và biên bản hợp thông qua hợp đồng sáp nhập của các công ty bị sáp nhập, trừ trường hợp công ty nhận sáp nhập là thành viên, cổ đông sở hữu trên 65% vốn điều lệ hoặc cổ phần có quyền biểu quyết của công ty bị sáp nhập¹.

1. Trần Thanh Bình: *Những quy định về tổ chức lại doanh nghiệp theo Luật doanh nghiệp năm 2014 tạo thuận lợi cho thị trường mua bán sáp nhập Doanh nghiệp*, *Sđd*, tr.77.

ĐỂ GIẢM RỦI RO KHI SÁP NHẬP DOANH NGHIỆP

Công ty X và Công ty Y giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa. Theo đó, X là bên mua và chưa thanh toán đầy đủ tiền hàng cho Y. Sau đó, X sáp nhập vào Công ty Z. Nhằm thu hồi tiền mua hàng, Công ty Y khởi kiện Công ty Z. Tại tòa, đại diện của Z cho rằng, X sáp nhập vào Z. *Khi nhận bàn giao thì X cam kết tự chịu trách nhiệm về các khoản nợ trước đó*, X đã lừa dối Z, tài sản sáp nhập đã mang thế chấp cho ngân hàng. Z cho rằng số tiền Y đòi nợ Z là không đúng, trách nhiệm thuộc về X, Z chỉ là người có quyền lợi liên quan còn bị đơn phải là X.

Vấn đề đặt ra là bên nhận sáp nhập phải chịu trách nhiệm với chủ nợ hay không và chịu trách nhiệm như thế nào. Câu hỏi này càng trở nên quan trọng trong bối cảnh giá trị tài sản của bên bị sáp nhập không đủ để thanh toán các khoản nợ cho các chủ nợ, thì bên nhận sáp nhập có phải trả nợ thay không?

Hai lựa chọn trong sáp nhập

Hình dung về tình huống một cách đơn giản giống như chuyện của người làm vườn. Ông này đang có một cây (gọi tắt là cây A) cành lá xum xuê. Tuy vậy, theo thời gian, cây bắt đầu bị sâu bọ tấn công và ngày càng nhiều. Nếu trước đây, cây A còn phát triển tốt thì sẽ có cơ chế tự vệ để chống lại sâu bọ. Nhưng vì thời tiết không tốt, cây không tốt như xưa, sâu bọ trên cây thì nhiều, tự mình cây không đủ sức chống chọi lại sâu bệnh, nếu người làm vườn không xử lý kịp thời thì cây sẽ khó mà phát triển bình thường, thậm chí còn chết cây. Trong vườn, ông này có cây B, to lớn, khỏe mạnh hơn cây A. Ông này có hai lựa chọn:

Một là: Chặt cây A, mang ghép vào cây B. Lúc này, A trở thành một phần của cây B. Với quá trình ghép cây đó, người làm vườn sẽ dùng sức đề kháng của cây B để chống lại các sâu bọ trên phần cây A vừa ghép vào. Nếu quá trình này thành công, cây B sẽ phát triển hơn so với lúc trước, vì lúc này nó mang trên mình thêm cả phần cây A mà người làm vườn vừa ghép vào.

Hai là: Tách một nhánh cây từ B ra trồng riêng, gọi là cây B'. Sau đó mang cây A ghép vào cây B' rồi mang cây B' (lúc này đã có A trên mình) ghép lại vào cây B. Quá trình “chữa trị” hoàn tất.

Các lựa chọn của người làm vườn cũng tương tự như việc lựa chọn các hình thức pháp lý trong quá trình thôn tính một doanh nghiệp trên thị trường. Mục đích đều là mua doanh nghiệp khác trong bối cảnh doanh nghiệp bị mua đang ở trong tình trạng khủng hoảng nợ, nhưng lựa chọn khác nhau sẽ dẫn đến những hệ quả khác nhau đối với nhà đầu tư. Hình thức sáp nhập giống như lựa chọn thứ nhất của người làm vườn. Theo đó, doanh nghiệp bị sáp nhập chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập¹. Khi chặt cây A mang ghép vào cây B, mặt tích cực là cây A là một phần của B, bằng sức đề kháng của mình, cây B sẽ tiêu diệt sâu bọ trên phần cây A vừa ghép vào. Tuy vậy, tại thời điểm ghép phần A vào cây B, ngoài phần cây lớn hơn (lợi ích) việc cấy ghép này cũng mang cho B cả phần sâu bọ (nguy cơ).

1. Theo Điều 153 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Lợi và hại

Nhìn từ góc độ pháp lý, doanh nghiệp nhận sáp nhập phải kế thừa các nghĩa vụ của công ty bị sáp nhập trước đó¹. Điều này xuất phát từ nguyên tắc bảo vệ quyền lợi của chủ nợ nhằm tránh tình trạng các doanh nghiệp lợi dụng quá trình sáp nhập mà lẩn tránh nghĩa vụ trả nợ. Như vậy, hệ quả là: A chấm dứt sự tồn tại, nghĩa vụ xử lý sâu bọ được xác định là của B. Mặt khác, tài sản của A chuyển sang trở thành tài sản của B. Điểm mấu chốt của vấn đề là tài sản là của B, nghĩa vụ cũng được xác định là của B. Trong bối cảnh sâu bọ (nợ) nhiều hơn tài sản mà A chuyển sang B, thì vấn đề là B phải dùng tài sản mà mình sở hữu (không kể tài sản này từ A chuyển sang hay không) để trả nợ.

Nhìn từ góc độ của nhà đầu tư, hoạt động sáp nhập như trên chứa đựng rủi ro lớn. Từ đó, một yêu cầu đặt ra phải có giải pháp để một mặt B vẫn mua được A nhưng mặt khác, B không phải trả nợ thay cho A trong trường hợp giá trị tài sản của A không đủ thanh toán. Lựa chọn thứ hai của người làm vườn có thể đáp ứng khía cạnh này. Cơ sở cho lựa chọn này chính là chế độ trách nhiệm hữu hạn của pháp nhân. Theo đó, các chủ nợ không có quyền đòi nợ cổ đông, vì họ không có nghĩa vụ trả nợ thay cho A. Vì thế, để tiến hành thương vụ, trước hết B chuyển một phần tài sản của mình thành lập công ty con là B'. Sau đó, B' sẽ mua A. Điều này cũng tương tự như khi ghép A vào cây B' của người làm vườn. Khi tiến hành thương vụ theo “đường vòng” như vậy có hai cái lợi:

1. Theo điểm c khoản 2 Điều 195 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Thứ nhất: Nếu “sâu bọ” quá nhiều, cùng lắm là chỉ làm chết A và B’, cây B đang ở ngoài cuộc cấy ghép nên sâu bọ không lan qua được.

Thứ hai: Quá trình chuyển hóa từ phần cây A vào B luôn kéo theo những sự xáo trộn nhất định. Với việc dùng B’ để mua A, B đã tránh những sự xáo trộn không cần thiết trong quá trình tiếp nhận A. Tất cả những xáo trộn (nếu có) sẽ do B’ xử lý.

Sau khi B’ đã xử lý xong phần sâu bọ của A và bảo đảm sự ổn định sau sáp nhập, việc còn lại là B hoặc là tiếp tục sáp nhập B’ hoặc đơn giản là để B’ hoạt động một cách độc lập.

Trở lại câu chuyện ở trên, dẫu *khi bàn giao Công ty X cam kết tự chịu trách nhiệm về các khoản nợ trước đó*, nhưng cam kết này lại không có giá trị, mọi quyền lợi và nghĩa vụ sẽ chuyển giao cho bên nhận sáp nhập. Việc chối bỏ trách nhiệm của Z như trên là không hợp lý.

Có nhiều cách thức để các bên lựa chọn trong các thương vụ sáp nhập doanh nghiệp. Nhìn từ góc độ của doanh nghiệp nhận sáp nhập, yêu cầu đặt ra là quá trình sáp nhập phải bảo đảm: (i) Giảm thiểu rủi ro và (ii) Bảo đảm hoạt động bình thường của doanh nghiệp. Với cách thức sáp nhập một cách trực tiếp được tiến hành phổ biến như hiện nay thì chưa đáp ứng được yêu cầu trên. Do đó, lựa chọn phù hợp cho các bên là nên tiến hành sáp nhập bằng cách thành lập một công ty con. Công ty này chỉ có nhiệm vụ duy nhất là mua công ty tiềm năng. Việc thành lập công ty con giúp các bên tránh được những rủi ro như phân tích ở trên.

Theo nguồn: Phạm Hoài Huấn: Để giảm rủi ro khi sáp nhập doanh nghiệp, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, ngày 04/9/2014.

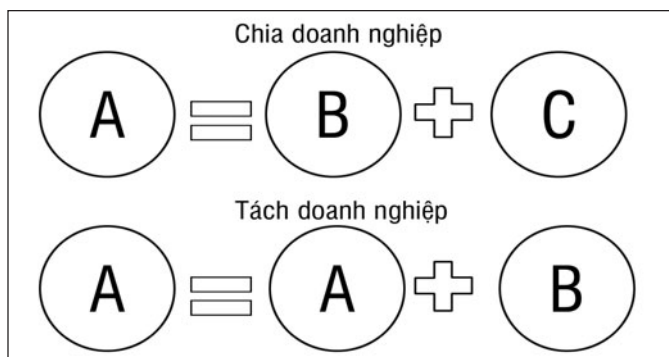
2.2. Chia và tách doanh nghiệp

Trong quá trình kinh doanh không phải lúc nào doanh nghiệp cũng muốn mở rộng quy mô hoạt động, vì nhiều nguyên nhân khác nhau mà đôi khi nhà đầu tư phải quyết định tổ chức lại cơ sở kinh doanh của mình theo hướng “chẻ doanh nghiệp” thành nhiều phần khác nhau. Ví dụ: một doanh nghiệp kinh doanh hai lĩnh vực là thức ăn và nước giải khát, mảng nước giải khát gặp nhiều thuận lợi và thu được nhiều lợi nhuận, trong khi đó, mảng thức ăn thường xuyên thua lỗ và mất thị phần, nếu tiếp tục duy trì song song hai ngành, nghề này có thể làm tổng doanh thu của doanh nghiệp bị suy giảm. Trước bối cảnh ấy, tất yếu nhà đầu tư phải cân nhắc thay đổi chiến lược kinh doanh của mình, một trong số các phương án đó là chia hoặc tách cơ sở kinh doanh để mỗi doanh nghiệp đảm nhận một ngành, nghề nhất định, khi này doanh nghiệp kinh doanh thức ăn có điều kiện để chuyên môn hóa và giải quyết bài toán thua lỗ, còn doanh nghiệp kinh doanh nước giải khát thì có thêm điều kiện tiếp tục phát triển.

Nhìn chung, chia và tách doanh nghiệp đều là các hoạt động nhằm “chẻ doanh nghiệp” thành nhiều phần khác nhau với quy mô nhỏ hơn so với doanh nghiệp ban đầu. Vấn đề đặt ra là nhà đầu tư sẽ lựa chọn chia hay tách doanh nghiệp? Muốn trả lời câu hỏi này cần xem xét đến mong muốn của nhà đầu tư về tính kế thừa của các doanh nghiệp sau khi chia và tách.

Theo khoản 1 Điều 192 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần có thể chia các cổ đông, thành viên và tài sản công ty để thành lập hai hoặc nhiều công ty mới. Theo khoản 1 Điều 193 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì tách doanh nghiệp là việc chuyển một phần tài sản, quyền và

nghĩa vụ của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần hiện có thể thành lập mới một hoặc một số công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần.



Hình khái quát chia và tách doanh nghiệp

a) Đặc điểm:

Thứ nhất, về chủ thể áp dụng:

Việc chia và tách doanh nghiệp được áp dụng đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Khác với Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Doanh nghiệp năm 2014 không quy định việc công ty được hình thành từ hoạt động chia và tách doanh nghiệp phải là công ty cùng loại với công ty bị chia hoặc công ty bị tách. Cụ thể: theo khoản 1 Điều 150 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần có thể được chia thành một số ***công ty cùng loại***”. Cụm từ “công ty cùng loại” ở đây được một số nhà khoa học cho rằng có thể hiểu theo nhiều cách khác nhau, chẳng hạn cùng loại hình pháp lý, cùng ngành, nghề kinh doanh... Tuy nhiên, xét từ ý tứ của câu văn tại khoản 1 Điều 150 Luật Doanh nghiệp năm 2005,

“cùng loại” được đề cập ở đây là cùng loại hình pháp lý. Điều này có nghĩa là một công ty trách nhiệm hữu hạn có thể chia thành một số công ty trách nhiệm hữu hạn, hoặc một công ty cổ phần có thể phân chia thành một số công ty cổ phần, chứ một công ty trách nhiệm hữu hạn thì không thể phân chia thành một số công ty cổ phần và ngược lại. Thực tế này đã phần nào hạn chế quyền tự do kinh doanh của các doanh nghiệp. Vậy nên, quy định về chia và tách doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 chỉ áp dụng cho doanh nghiệp cùng loại đã chứng tỏ là không còn phù hợp với thực tế, cản trở việc thay đổi hoặc mở rộng kinh doanh¹. Với quy định mới trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì doanh nghiệp được chuyển đổi từ công ty trách nhiệm hữu hạn sang công ty cổ phần và ngược lại, qua đó, góp phần đáp ứng nguyện vọng của nhà đầu tư và giản tiện thủ tục hành chính cho họ².

Tình huống:

Công ty cổ phần Thiên Phúc có 05 cổ đông (A, B, C, D, E), mỗi cổ đông đều nắm giữ số cổ phần tương ứng với 20% vốn điều lệ của công ty. Công ty này kinh doanh hai lĩnh vực: thức ăn và nước uống giải khát. Trong quá trình kinh doanh, vì quy mô lớn, nhiều ngành, nghề khác nhau nên các cổ đông đã xảy ra mâu thuẫn và không muốn cùng nhau làm ăn chung, các cổ đông muốn chia nhỏ công ty để giải quyết mâu thuẫn. Khi này, 05 cổ đông tạo thành hai nhóm:

1. Bộ Kế hoạch và Đầu tư: *Bản thuyết minh chi tiết nội dung dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi)*, Hà Nội, 2014.

2. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Sđd, tr.318.

- Nhóm 1 gồm các cổ đông A, B và C muốn chuyên kinh doanh thức ăn;

- Nhóm 2 gồm D và E muốn chuyên kinh doanh nước uống giải khát.

Khi này, dưới hiệu lực của Luật Doanh nghiệp năm 2005, công ty thứ nhất do các cổ đông nhóm 1 phải là công ty cổ phần (cùng loại với Công ty cổ phần Thiên Phúc), nhưng các cổ đông này lại muốn hoạt động dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn. Còn đối nhóm cổ đông 2 lại không thể hoạt động dưới loại hình công ty cổ phần vì không đủ số lượng cổ đông tối thiểu. Nguyên vọng của các cổ đông không được đáp ứng.

Tuy nhiên, với quy định mới của Luật Doanh nghiệp năm 2014, Công ty cổ phần Thiên Phúc có thể chia hoặc tách thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần tùy theo nhu cầu, nguyện vọng của các cổ đông.

Thứ hai, về hệ quả của hoạt động chia hoặc tách doanh nghiệp:

Đối với việc chia doanh nghiệp: theo khoản 4 Điều 192 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty bị chia chấm dứt tồn tại sau khi các công ty mới được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Các công ty mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị chia hoặc thỏa thuận với chủ nợ, khách hàng và người lao động để một trong số các công ty đó thực hiện các nghĩa vụ này.

Đối với việc tách doanh nghiệp: theo khoản 5 Điều 193 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì sau khi đăng ký doanh nghiệp, công ty bị tách và công ty được tách phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và

nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị tách, trừ trường hợp công ty bị tách, công ty mới thành lập, chủ nợ, khách hàng và người lao động của công ty bị tách có thỏa thuận khác.

Trong quá trình hoạt động, công ty có thể có những khoản nợ chưa thanh toán đối với một số tổ chức, cá nhân, đây là các nghĩa vụ mà công ty có trách nhiệm thực hiện bằng tất cả tài sản của mình. Do đó, các doanh nghiệp được hình thành sau hoạt động chia và tách phải cùng nhau có trách nhiệm về các khoản nợ, nghĩa vụ của doanh nghiệp bị chia và doanh nghiệp bị tách. Theo khoản 1 Điều 288 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì nghĩa vụ liên đới là nghĩa vụ do nhiều người cùng phải thực hiện và bên có quyền có thể yêu cầu bất cứ ai trong số những người có nghĩa vụ phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ. Do đó, chủ nợ của doanh nghiệp bị chia và doanh nghiệp bị tách có quyền yêu cầu bất cứ doanh nghiệp nào trong số các doanh nghiệp được hình thành sau hoạt động chia và tách phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ. Đây là cơ chế góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ nợ, khách hàng và người lao động của công ty bị chia hoặc công ty bị tách.

Cả hoạt động chia và tách doanh nghiệp đều dẫn đến hệ quả làm tăng số lượng các doanh nghiệp trên thị trường. Điểm khác biệt cơ bản ở chỗ, nếu như việc chia doanh nghiệp thì công ty bị chia chấm dứt sự tồn tại đồng thời cho ra đời các công ty mới, còn việc tách doanh nghiệp thì công ty bị tách vẫn tồn tại về mặt pháp lý.

b) Các phương thức thực hiện:

Thứ nhất, đối với hoạt động chia công ty:

Theo quy định tại khoản 1 Điều 192 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì việc chia công ty có thể được thực hiện bằng một trong các phương thức sau:

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

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

(iii) Kết hợp cả hai trường hợp trên.

Thứ hai, đối với hoạt động tách công ty:

Theo khoản 2 Điều 193 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì việc tách công ty có thể được thực hiện theo một trong cách dưới đây:

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

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

(iii) Kết hợp cả hai trường hợp trên.

Trước đây, trong Luật Doanh nghiệp năm 2005 không có quy định về các phương thức chia và tách công ty, nên đã gây ra không ít khó khăn cho các doanh nghiệp và cơ quan nhà nước. Cho nên, ngày nay, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã làm rõ vấn đề này thông qua việc chi tiết hóa các cách để doanh nghiệp tiến hành chia và tách công ty.

c) Thủ tục thực hiện:

Tổ chức lại công ty là hoạt động quan trọng ảnh hưởng đến vận mệnh của doanh nghiệp, cho nên việc đưa ra quyết định tổ chức lại doanh nghiệp sẽ do cơ quan có quyền quyết định cao nhất trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần quyết định. Quyết định này phải được gửi đến tất cả các chủ nợ, người lao động biết theo quy định pháp luật. Về trình tự, thủ tục cụ thể được quy định tại Điều 192, 193 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 78/2015/NĐ-CP.

2.3. Chuyển đổi doanh nghiệp

Chuyển đổi doanh nghiệp là tổ chức lại doanh nghiệp, theo đó doanh nghiệp sẽ thay đổi từ hình thức pháp lý này sang hình thức pháp lý khác, thay đổi các yếu tố tạo nên loại hình doanh nghiệp như mối quan hệ giữa các thành viên, mối quan hệ giữa các thành viên với công ty, chế độ trách nhiệm, tổ chức quản lý nội bộ... Chuyển đổi doanh nghiệp có thể dẫn đến thay đổi các mối quan hệ sở hữu, ví dụ: từ doanh nghiệp tư nhân sang công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, hay từ công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên...

Việc chuyển đổi doanh nghiệp không làm chấm dứt hay thay đổi nghĩa vụ trả nợ của doanh nghiệp chuyển đổi vì về nguyên tắc doanh nghiệp là chủ thể trong các quan hệ kinh doanh, bản thân doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của doanh nghiệp. Do đó, pháp luật chỉ can thiệp vào chuyển đổi doanh nghiệp mức độ cần thiết về thủ tục chuyển đổi, các trường hợp chuyển đổi, bảo vệ bên thứ ba, các khoản nợ... Khi chuyển đổi doanh nghiệp mà tài sản

của doanh nghiệp tăng lên, thì khả năng trả nợ của doanh nghiệp tăng lên theo. Tuy nhiên, việc chuyển đổi có thể làm thay đổi chế độ trách nhiệm của (các) chủ sở hữu của doanh nghiệp.

a) Đặc điểm:

Chuyển đổi doanh nghiệp là hoạt động mang tính thủ tục pháp lý, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp vẫn diễn ra bình thường trước, trong và sau quá trình chuyển đổi. Chuyển đổi doanh nghiệp có một số đặc điểm dưới đây:

Về chủ thể quyết định việc chuyển đổi: chủ sở hữu của doanh nghiệp hoặc cơ quan có quyền quyết định cao nhất trong doanh nghiệp quyết định.

Về lý do chuyển đổi: thường xuất phát từ ý chí tự chuyển của (các) chủ sở hữu nhằm triển khai định hướng phát triển công ty phù hợp với điều kiện mới của chủ đầu tư, song cũng có thể mang tính bắt buộc để tránh nguy cơ giải thể (ví dụ khi số lượng thành viên công ty giảm dưới mức tối thiểu, nếu không muốn giải thể, lại không kết nạp thêm thành viên mới thì doanh nghiệp phải chuyển đổi).

Về hệ quả của việc chuyển đổi: (i) làm thay đổi loại hình doanh nghiệp, về thủ tục pháp lý, tất yếu cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền sẽ cấp lại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cho doanh nghiệp sau chuyển đổi, (ii) có thể làm thay đổi chủ sở hữu doanh nghiệp, nếu khi chuyển đổi doanh nghiệp xuất hiện thêm thành viên công ty hay cổ đông mới. Tuy nhiên, cũng có những trường hợp chuyển đổi doanh nghiệp không có sự thay đổi về chủ sở hữu của doanh nghiệp mà chỉ thay đổi về loại hình doanh nghiệp, như chuyển đổi từ doanh nghiệp tư nhân thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do một cá nhân làm chủ.

b) Các hình thức chuyển đổi doanh nghiệp:

Từ quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Điều 25 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP, việc chuyển đổi doanh nghiệp có thể được thực hiện dưới các hình thức sau đây:

+ Công ty trách nhiệm hữu hạn chuyển đổi thành Công ty cổ phần và ngược lại.

+ Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chuyển đổi thành Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và ngược lại.

+ Doanh nghiệp tư nhân chuyển đổi thành Công ty trách nhiệm hữu hạn.

- Công ty trách nhiệm hữu hạn chuyển đổi thành công ty cổ phần:

Khoản 2 Điều 196 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định công ty trách nhiệm hữu hạn có thể chuyển đổi thành công ty cổ phần theo các phương thức sau đây:

+ Chuyển đổi thành công ty cổ phần mà không huy động thêm tổ chức, cá nhân khác cùng góp vốn, không bán phần vốn góp cho tổ chức, cá nhân khác;

+ Chuyển đổi thành công ty cổ phần bằng cách huy động thêm tổ chức, cá nhân khác góp vốn;

+ Chuyển đổi thành công ty cổ phần bằng cách bán toàn bộ hoặc một phần phần vốn góp cho một hoặc một số tổ chức, cá nhân khác;

+ Kết hợp phương thức quy định tại các điểm a, b và c khoản này.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 sử dụng phương pháp liệt kê khi quy định về các phương thức tổ chức lại loại hình doanh nghiệp, nhưng lại khắc phục được nhược điểm của phương pháp

liệt kê bằng cách quy định phương thức cuối cùng bao giờ cũng là sự kết hợp của các phương thức nêu ở trên. Tuy nhiên, phương thức cuối cùng quy định tại điểm d khoản 2 Điều 196 Luật Doanh nghiệp năm 2014 sẽ là bất hợp lý bởi lẽ phương thức (a) tự bản thân nó thì không thể kết hợp với các phương thức (b) và (c) được. Cụ thể, phương thức (a) chỉ đơn thuần là sự chuyển đổi loại hình về mặt hình thức từ công ty trách nhiệm hữu hạn sang công ty cổ phần mà không có huy động thêm tổ chức/cá nhân khác góp vốn cũng như không bán phần vốn góp cho tổ chức/cá nhân khác, với điều kiện là số thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn trong trường hợp này phải chỉ ít từ 03 thành viên trở lên. Do đó, điểm d khoản 2 Điều 196 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ nên quy định “kết hợp phương thức quy định tại các điểm b và c khoản này”¹.

- Công ty cổ phần chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên:

Theo khoản 1 Điều 197 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty cổ phần có thể chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên theo phương thức sau đây:

+ Một cổ đông nhận chuyển nhượng toàn bộ cổ phần, phần vốn góp tương ứng của tất cả các cổ đông còn lại;

+ Một tổ chức hoặc cá nhân không phải là cổ đông nhận chuyển nhượng toàn bộ số cổ phần của tất cả cổ đông của công ty;

1. Trần Thanh Bình: *Những quy định về tổ chức lại doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 tạo thuận lợi cho thị trường mua bán sáp nhập doanh nghiệp*, Sđd, tr.78.

+ Công ty chỉ còn lại một cổ đông trong thời gian vượt quá thời hạn yêu cầu số lượng tối thiểu công ty cổ phần theo quy định tại Điều 110 của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Khác với các trường hợp chuyển đổi loại hình doanh nghiệp khác, trong trường hợp công ty cổ phần chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thì các nhà làm luật chỉ liệt kê ba phương thức có thể xảy ra và kết quả của ba phương thức này đều dẫn đến việc là số lượng chủ sở hữu cuối cùng của doanh nghiệp là một (hoặc cá nhân hoặc tổ chức, hoặc là cổ đông hiện hữu của công ty hoặc một cá nhân/tổ chức khác mà không là cổ đông).

Lưu ý: theo quy định tại khoản 2 Điều 197 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì việc chuyển nhượng hoặc nhận góp vốn đầu tư bằng cổ phần, phần vốn góp quy định tại khoản 1 Điều 197 Luật Doanh nghiệp năm 2014 phải thực hiện theo giá thị trường, giá được định theo phương pháp tài sản, phương pháp dòng tiền chiết khấu hoặc phương pháp khác.

- Công ty cổ phần chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên:

Theo khoản 1 Điều 198 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì công ty cổ phần có thể chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn từ hai thành viên trở lên theo phương thức sau đây:

+ Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn mà không huy động thêm hoặc chuyển nhượng cổ phần cho tổ chức, cá nhân khác;

+ Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn đồng thời với huy động thêm tổ chức, cá nhân khác góp vốn;

+ Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn đồng thời với chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần của toàn bộ hoặc một phần cổ phần cho tổ chức, cá nhân khác góp vốn;

+ Chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn kết hợp các phương thức quy định tại các điểm a, b và c khoản 1 Điều 198.

Trong trường hợp này việc chuyển đổi có thể dẫn đến sự thay đổi số lượng chủ sở hữu của công ty (từ tối thiểu là 03 cổ đông sẽ có thể tăng lên hoặc giảm đi số lượng chủ sở hữu, và giảm trong trường hợp này cũng không được giảm quá 02 vì công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là doanh nghiệp trong đó số lượng thành viên dao động từ 02 đến 50 thành viên). Tuy nhiên, điểm d khoản 1 Điều 198 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ nên quy định “chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn kết hợp các phương thức quy định tại các điểm b và c khoản này” bởi lẽ tự bản thân phương thức “chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn mà không huy động thêm hoặc chuyển nhượng cổ phần cho tổ chức, cá nhân khác” đã loại bỏ phương thức “chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn đồng thời với huy động thêm tổ chức, cá nhân khác góp vốn” và “chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn đồng thời với chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần của toàn bộ hoặc một phần cổ phần cho tổ chức, cá nhân khác góp vốn” rồi¹.

- Doanh nghiệp tư nhân chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn:

Theo khoản 1 Điều 199 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì

1. Trần Thanh Bình: *Những quy định về tổ chức lại doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 tạo thuận lợi cho thị trường mua bán sáp nhập doanh nghiệp*, *Sđd*, tr.78.

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

- + Có đủ các điều kiện theo quy định tại khoản 1 Điều 28 của Luật này;

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

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

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

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

Đây là điểm mới của Luật Doanh nghiệp năm 2014 so với Luật Doanh nghiệp năm 2005. Trên thực tế, trước khi Luật Doanh nghiệp năm 2014 có hiệu lực thì các doanh nghiệp tư nhân nếu muốn chuyển sang loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn thì đều phải thực hiện hai bước, một là giải thể doanh nghiệp tư nhân, và hai là thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn. Điều này có nghĩa là doanh nghiệp phải tốn thời gian và chi phí để

thực hiện cả hai bước này. Để giải quyết bài toán đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã linh hoạt hơn cho doanh nghiệp tư nhân trong trường hợp này, doanh nghiệp chỉ cần phải thực hiện một bước, đó là đăng ký chuyển đổi loại hình doanh nghiệp nếu như doanh nghiệp tư nhân đó thỏa mãn các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 199 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Thủ tục thực hiện việc chuyển đổi được quy định bởi Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Điều 28 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP.

Lưu ý, theo khoản 6 Điều 25 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP (được bổ sung bởi khoản 5 Điều 1 Nghị định số 108/2018/NĐ-CP) thì doanh nghiệp có thể đăng ký chuyển đổi loại hình doanh nghiệp đồng thời đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp khác, trừ trường hợp đăng ký thay đổi người đại diện theo pháp luật. Thông qua đó giúp các nhà đầu tư tiết kiệm chi phí và đơn giản thủ tục hành chính trong việc thực hiện chuyển đổi.

II. GIẢI THỂ DOANH NGHIỆP

1. Khái niệm giải thể doanh nghiệp

Chặng đường hình thành và phát triển của doanh nghiệp luôn trải qua những giai đoạn khác nhau. Thông thường, người ta thường chia tiến trình của con đường kinh doanh làm bảy giai đoạn, bao gồm: “gieo hạt”, khởi động, phát triển, ổn định, mở rộng, suy thoái và cuối cùng là tan rã¹. Trong đó, “tan rã” là giai đoạn mà việc kinh doanh không thể tiếp tục thực hiện, đã đi đến thoái trào, buộc doanh nghiệp phải chấm dứt hoạt động.

1. Xem thêm: *7 giai đoạn của quá trình kinh doanh*, nguồn tại: <https://www.saga.vn/7-giai-doan-cua-qua-trinh-kinh-doanh~34686>

Đây chính là thời điểm chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp khi doanh nghiệp không thể thích ứng được với các yêu cầu của thị trường hoặc khi các chủ doanh nghiệp không có nhu cầu tiếp tục kinh doanh. Chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp trên thương trường là một vấn đề quan trọng thể hiện những nội dung pháp lý cơ bản của doanh nghiệp. Trong khoa học pháp lý, việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp thông thường được thực hiện dưới nhiều cách thức khác nhau và giải thể doanh nghiệp là một cách thức như vậy.

Trong Từ điển tiếng Việt thì giải thể là không còn hoặc làm cho không còn tồn tại như một tổ chức, các thành phần, thành viên phân tán đi¹. Theo đó, giải thể doanh nghiệp có nghĩa là doanh nghiệp không còn hoặc bị làm cho không còn đủ điều kiện tồn tại, các thành viên trong doanh nghiệp phân tán đi, không còn liên kết với nhau nữa. Xuất phát từ đặc điểm doanh nghiệp được tạo nên chủ yếu bởi sự liên kết thì ngược lại giải thể doanh nghiệp chính là việc làm mất, phá vỡ sự liên kết này. Giải thể doanh nghiệp là một cách “khai tử” cho doanh nghiệp. Việc chủ sở hữu doanh nghiệp không muốn tiếp tục thực hiện hoạt động kinh doanh nữa có thể bắt nguồn từ nhiều lý do khác nhau như: tỷ suất lợi nhuận không cao, mâu thuẫn nội bộ doanh nghiệp, triển vọng kinh tế trong lĩnh vực ngành, nghề kinh doanh của doanh nghiệp không có nhiều hứa hẹn trong tương lai... Trong trường hợp này, chủ sở hữu doanh nghiệp có thể đi đến quyết định giải thể để thu hồi vốn hoặc chuyển sang kinh doanh những loại hình doanh nghiệp khác, kinh doanh với những chủ thể khác. Đây hoàn toàn là quyết định mang tính cá nhân của các chủ sở hữu

1. Viện Ngôn ngữ học: *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, 2003, tr.388.

doanh nghiệp (giải thể tự nguyện). Bên cạnh đó, cũng có trường hợp doanh nghiệp buộc phải giải thể theo một quyết định hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (giải thể bắt buộc).

Như vậy, giải thể doanh nghiệp là việc doanh nghiệp chấm dứt hoạt động kinh doanh khi thấy sự tồn tại của doanh nghiệp không còn cần thiết hoặc bị giải thể theo quy định của pháp luật. Nghĩa là bản thân doanh nghiệp có thể tự mình quyết định việc giải thể doanh nghiệp hoặc bị buộc phải tiến hành giải thể theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi vi phạm một trong các quy định pháp luật đặt ra.

Giải thể doanh nghiệp có các đặc trưng cơ bản dưới đây:

Thứ nhất, về tính chất của thủ tục giải thể doanh nghiệp.

Giải thể doanh nghiệp là thủ tục mang tính hành chính. Việc giải thể doanh nghiệp do chủ sở hữu doanh nghiệp hoặc đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp tiến hành theo trình tự, thủ tục pháp luật quy định.

Thứ hai, về nguyên nhân giải thể doanh nghiệp.

Giải thể doanh nghiệp có thể do nhiều nguyên nhân khác nhau như xuất phát từ ý chí tự nguyện của (các) chủ sở hữu của doanh nghiệp hoặc mang tính bắt buộc. Chủ doanh nghiệp tư nhân, tất cả thành viên hợp danh của công ty hợp danh, Hội đồng Thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, Đại hội đồng cổ đông công ty cổ phần đều có quyền quyết định giải thể doanh nghiệp. Đây là trường hợp giải thể mang tính tự nguyện, theo ý chí của nhà đầu tư. Tuy nhiên, pháp luật cũng quy định các trường hợp doanh nghiệp bắt buộc phải giải thể, cụ thể là trong những trường hợp doanh nghiệp không còn đáp ứng các điều kiện

để tiếp tục hoạt động hay vi phạm các quy định của pháp luật. Khi này, doanh nghiệp phải giải thể mà không phụ thuộc vào ý chí của nhà đầu tư.

Thứ ba, về điều kiện giải thể doanh nghiệp.

Doanh nghiệp chỉ được giải thể khi thanh toán các khoản nợ, thanh lý tất cả các hợp đồng mà doanh nghiệp đã ký kết và còn hiệu lực đến trước ngày mà việc giải thể hoàn tất. Điều này có nghĩa là, doanh nghiệp giải thể trước khi tiến hành chấm dứt sự tồn tại của mình trên thị trường phải hoàn thành mọi nghĩa vụ tài chính, khoản nợ mà bên này xác lập đối với các bên. Có thể thấy rằng, đây là một điều kiện tiên quyết để cơ quan có thẩm quyền chấp nhận việc giải thể của doanh nghiệp.

Thứ tư, về hậu quả của giải thể doanh nghiệp:

- Đối với bản thân doanh nghiệp bị giải thể: giải thể doanh nghiệp sẽ dẫn tới việc loại trừ hoạt động kinh doanh, chấm dứt tư cách pháp lý của doanh nghiệp trên thương trường bằng cách xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh.

- Đối với chủ nợ của doanh nghiệp bị giải thể: Theo quy định tại khoản 2 Điều 201 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác và doanh nghiệp không trong quá trình giải quyết tranh chấp tại Tòa án hoặc cơ quan trọng tài. Đồng thời, khoản 7 Điều 202 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp gửi đề nghị giải thể cho Cơ quan đăng ký kinh doanh trong 05 ngày làm việc kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp. Từ các quy định này có thể hiểu rằng (các) chủ nợ của doanh nghiệp bị giải thể được thanh toán hết các khoản nợ

của mình, quyền và lợi ích hợp pháp của họ được bảo đảm đầy đủ, điều này góp phần thể hiện sự khác biệt so với thủ tục phá sản doanh nghiệp. Để góp phần giúp (các) chủ nợ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, pháp luật cũng quy định Cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo tình trạng doanh nghiệp đang làm thủ tục giải thể trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp ngay sau khi nhận được quyết định giải thể của doanh nghiệp, kèm theo thông báo phải đăng tải quyết định giải thể và phương án giải quyết nợ (nếu có). Điều này góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ nợ, đòi hỏi các chủ thể này phải chủ động quan tâm đến việc quản lý công nợ cũng như theo dõi việc thực hiện hợp đồng.

- Đối với người quản lý doanh nghiệp, (các) chủ sở hữu của doanh nghiệp bị giải thể: Việc giải thể doanh nghiệp có thể được nhìn nhận là một cách thức để giúp nhà đầu tư rút lui khỏi thị trường, góp phần bảo đảm quyền tự do kinh doanh cho nhà đầu tư. Tuy nhiên, vì việc giải thể doanh nghiệp đem lại hệ quả là chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp, khi doanh nghiệp hoạt động nó có thể thiết lập nhiều mối quan hệ pháp luật với các chủ thể khác, kể các quan hệ mà nó có nghĩa vụ phải thực hiện. Do đó, khoản 2 Điều 204 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định thành viên Hội đồng Quản trị công ty cổ phần, thành viên Hội đồng Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, chủ sở hữu công ty, chủ doanh nghiệp tư nhân, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc, thành viên hợp danh, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của hồ sơ giải thể doanh nghiệp. Trường hợp hồ sơ giải thể không chính xác, giả mạo, những chủ thể này phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán số nợ chưa thanh toán, số thuế chưa nộp và quyền lợi

của người lao động chưa được giải quyết và chịu trách nhiệm cá nhân trước pháp luật về những hệ quả phát sinh trong thời hạn 05 năm, kể từ ngày nộp hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến Cơ quan đăng ký kinh doanh. Quy định này nhằm quy trách nhiệm cá nhân cho người quản lý của doanh nghiệp, (các) chủ sở hữu của doanh nghiệp, góp phần bảo đảm quyền lợi hợp pháp cho các chủ thể có xác lập quan hệ với doanh nghiệp, đặc biệt là các chủ nợ của doanh nghiệp.

2. Các trường hợp giải thể doanh nghiệp

Căn cứ Điều 201 và Điều 203 Luật Doanh nghiệp năm 2014, doanh nghiệp bị giải thể trong các trường hợp sau đây:

Thứ nhất, giải thể khi kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn.

Điều lệ chính là bản cam kết của các thành viên về việc thành lập và hoạt động của công ty. Khi thành lập công ty, các thành viên đều hướng đến mục tiêu nhất định và hoạch định một thời hạn cụ thể để hoàn thành mục tiêu đó. Thời hạn này sẽ được ghi trong Điều lệ công ty và đến kết thúc mà (các) chủ sở hữu không gia hạn thì công ty phải tiến hành thủ tục giải thể.

Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện quy định này trên thực tế đã xuất hiện trường hợp có nhiều Điều lệ công ty không ghi thời hạn hoạt động. Như vậy, trong trường hợp doanh nghiệp không có sự dự liệu về thời hạn hoạt động hay có nhưng không ghi vào trong Điều lệ công ty thì rõ ràng không thể có căn cứ theo điểm a khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp năm 2014 để thực hiện việc giải thể. Để giải quyết vấn đề này, có quan điểm cho rằng nên bổ sung quy định “thời hạn hoạt động” là một nội dung

đăng ký doanh nghiệp. Theo đó, trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, nội dung Điều lệ công ty nên bổ sung quy định “thời hạn hoạt động” là một trong những nội dung bắt buộc phải có nhằm bảo đảm thực hiện quy định tại điểm a khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp năm 2014¹.

Thứ hai, giải thể theo quyết định của (các) chủ sở hữu doanh nghiệp.

Đây là trường hợp giải thể tự nguyện góp phần thể hiện quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư. (Các) chủ sở hữu doanh nghiệp vì lý do nào đó mà không muốn tiếp tục hoạt động kinh doanh thì họ hoàn toàn có quyền quyết định việc giải thể doanh nghiệp của mình. Trước đây, theo Điều 22 Luật Công ty năm 1990 quy định công ty chỉ được giải thể trong các trường hợp: Kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty; hoàn thành mục tiêu đã định; mục tiêu của công ty không thể thực hiện được nữa hoặc không còn có lợi; công ty bị lỗ 3/4 vốn điều lệ hoặc đang gặp khó khăn không thể vượt qua; có yêu cầu chính đáng của nhóm thành viên đại diện 2/3 vốn điều lệ. Theo Luật Công ty năm 1990 thì các thành viên công ty chỉ có quyền quyết định việc giải thể nếu như thỏa mãn các điều kiện trên. Quy định này có phần máy móc và với cách liệt kê như vậy thì cũng chưa thể dự liệu được hết các lý do mà các thành viên muốn giải thể doanh nghiệp. Do đó, Luật Doanh nghiệp năm 1999 đã sửa đổi theo hướng quy định trường hợp giải thể tự nguyện sẽ do chủ sở hữu doanh nghiệp quyết định, lý do giải thể sẽ hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của chủ sở hữu

1. Lê Ngọc Anh: “Pháp luật Việt Nam về giải thể doanh nghiệp - thực trạng và phương hướng hoàn thiện”, Tạp chí *Nhà nước và Pháp luật*, số 11, 2017, tr.30.

doanh nghiệp. Quy định này của Luật Doanh nghiệp năm 1999 tiếp tục được ghi nhận trong Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014. Chủ sở hữu của doanh nghiệp có toàn quyền quyết định việc giải thể doanh nghiệp. Tùy thuộc vào mỗi loại hình doanh nghiệp, chủ sở hữu của doanh nghiệp có quyền quyết định việc giải thể bao gồm: 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 đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần.

Tuy nhiên, quy định giải thể công ty hợp danh trong trường hợp này có sự mâu thuẫn giữa các điều luật. Cụ thể, Điều 201 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ rõ công ty hợp danh giải thể theo quyết định của tất cả các thành viên hợp danh. Trong khi đó, khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định quyết định giải thể công ty phải được ít nhất $\frac{3}{4}$ tổng số thành viên hợp danh chấp thuận nếu Điều lệ công ty không quy định. Như vậy, trong trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì việc thông qua quyết định giải thể công ty hợp danh sẽ phải theo tỉ lệ ít nhất $\frac{3}{4}$ tổng số thành viên hợp danh chấp thuận, hay phải được sự đồng ý của tất cả thành viên hợp danh? Nếu tất cả các thành viên hợp danh đều thống nhất việc giải thể doanh nghiệp thì không có phát sinh rắc rối giữa hai quy định này, thế nhưng không loại trừ khả năng việc giải thể công ty hợp danh không được sự nhất trí của các thành viên hợp danh. Do đó, cách quy định không thống nhất như vậy sẽ gây khó khăn cho công ty hợp danh khi thông qua quyết định giải thể công ty trong trường hợp Điều lệ công ty không có quy định về vấn đề này.

Thứ ba, công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 6 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp.

Một trong những điều kiện pháp lý để công ty có thể tồn tại và hoạt động đó là công ty phải có đủ số lượng thành viên, cổ đông tối thiểu. Đối với mỗi loại hình công ty, pháp luật quy định số lượng thành viên tối thiểu là khác nhau. Trong quá trình hoạt động, vì lý do nào đó mà có sự ra đi của một hoặc một số thành viên dẫn đến công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của pháp luật. Lúc này, pháp luật không quy định bắt buộc công ty phải giải thể ngay mà dành cho công ty một khoảng thời gian nhất định để công ty kết nạp thêm thành viên mới hoặc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp phù hợp. Như vậy, trong thời hạn 6 tháng, kể từ ngày công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu, công ty phải kết nạp thêm thành viên cho đủ số lượng tối thiểu hoặc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp, nếu không thì doanh nghiệp phải tiến hành thủ tục giải thể.

Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, quy định về việc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp khi công ty không có đủ số lượng thành viên tối thiểu không phù hợp với tất cả các loại hình doanh nghiệp. Chẳng hạn như đối với công ty hợp danh, Luật Doanh nghiệp năm 2014 không có quy định về việc chuyển đổi loại hình doanh nghiệp này, do đó khi công ty hợp danh không đủ số lượng thành viên tối thiểu thì cần kết nạp thành viên mới hoặc phải thực hiện thủ tục giải thể doanh nghiệp.

Thứ tư, doanh nghiệp giải thể khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp là giấy “khai sinh” khẳng định sự tồn tại và hoạt động của doanh nghiệp, đồng thời

là sự thừa nhận tư cách chủ thể hợp pháp trong các quan hệ pháp luật của Nhà nước đối với doanh nghiệp. Khi doanh nghiệp vi phạm các quy định của pháp luật thì chế tài mà Nhà nước áp dụng đối với doanh nghiệp là thu hồi loại giấy này. Khi cơ quan nhà nước ra quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp thì đồng thời cũng là rút lại sự công nhận tư cách chủ thể kinh doanh đối với doanh nghiệp. Do đó, doanh nghiệp bắt buộc phải tiến hành thủ tục giải thể.

Các trường hợp thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được quy định tại khoản 1 Điều 211 Luật Doanh nghiệp năm 2014, cụ thể:

- Nội dung kê khai trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp là giả mạo;
- Doanh nghiệp do những người bị cấm thành lập doanh nghiệp theo khoản 2 Điều 18 của Luật Doanh nghiệp năm 2014 thành lập;
- Doanh nghiệp ngừng hoạt động kinh doanh 01 năm mà không thông báo với Cơ quan đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế;
- Doanh nghiệp không gửi báo cáo theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 209 của Luật Doanh nghiệp năm 2014 đến Cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn 06 tháng, kể từ ngày hết hạn gửi báo cáo hoặc có yêu cầu bằng văn bản;
- Trường hợp khác theo quyết định của Tòa án. Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 78/2015/NĐ-CP không nêu rõ các trường hợp Tòa án ra quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Tuy nhiên, về mặt nguyên tắc, Tòa án chỉ thu hồi giấy này dựa trên những cơ sở pháp luật nhất định, có thể

là căn cứ vào các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 hoặc những văn bản pháp luật chuyên ngành khác¹.

Trình tự, thủ tục cụ thể tiến hành thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được thực hiện theo quy định tại Điều 62, 63 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP. Cần lưu ý rằng, theo khoản 1 Điều 62 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP, ngoài các căn cứ thu hồi tại Điều 211 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp còn có thể bị thu hồi theo quy định tại khoản 26 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Quản lý thuế.

Ngoài ra, khoản 1 Điều 205 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định cụ thể về những hoạt động bị cấm kể từ khi có quyết định giải thể gồm:

- Cất giấu, tẩu tán tài sản;
- Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
- Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp;
- Ký kết hợp đồng mới trừ trường hợp để thực hiện giải thể doanh nghiệp;
- Cầm cố, thế chấp, tặng cho, cho thuê tài sản;
- Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực;
- Huy động vốn dưới mọi hình thức.

Mặc dù vậy, pháp luật hiện vẫn chưa có quy định về chế tài áp dụng đối với doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp

1. Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh: *Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2016, tr.346.

nếu thực hiện các hoạt động bị cấm theo khoản 1 Điều 205 Luật Doanh nghiệp năm 2014 kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp.

3. Trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp

Trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp là các bước, thủ tục mà doanh nghiệp phải thực hiện khi rơi vào các trường hợp giải thể. Thủ tục này được tiến hành theo một trình tự nhất định và mang tính bắt buộc. Trong đó, trước hết là doanh nghiệp xử lý các mối quan hệ trong nội bộ doanh nghiệp, tiếp đến là xử lý các mối quan hệ giữa doanh nghiệp với bên thứ ba. Giải thể doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 nhìn chung chia thành hai trường hợp: (i) giải thể tự nguyện không phải bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, (ii) giải thể và bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

- Thủ tục giải thể doanh nghiệp không phải do bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Trong trường hợp này, trình tự, thủ tục giải thể được quy định cụ thể tại Điều 202, 203, 204 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Điều 59 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP bao gồm các bước sau:

(i) Doanh nghiệp ra quyết định giải thể doanh nghiệp: Việc thông qua quyết định giải thể doanh nghiệp được thực hiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp về triệu tập họp và thông qua quyết định của Hội đồng Thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, của các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh, của Đại hội đồng cổ đông của công ty cổ phần hoặc do chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên quyết định. Quyết định giải thể doanh nghiệp

phải có các nội dung theo quy định tại khoản 1 Điều 202 Luật Doanh nghiệp năm 2014¹.

(ii) Thông báo và đăng ký giải thể doanh nghiệp: Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định quyết định giải thể doanh nghiệp và biên bản họp phải được gửi đến Cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế, người lao động trong doanh nghiệp, chủ nợ, người có quyền lợi và nghĩa vụ có liên quan (kèm theo thông báo phương án giải quyết nợ trong trường hợp doanh nghiệp còn nghĩa vụ tài chính chưa thanh toán) trong thời hạn 7 ngày làm việc, kể từ ngày thông qua. Ngoài ra, quyết định giải thể doanh nghiệp phải được đăng trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp và phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp.

Cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo tình trạng doanh nghiệp đang làm thủ tục giải thể trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp ngay sau khi nhận được quyết định giải thể của doanh nghiệp. Kèm theo thông báo phải đăng tải quyết định giải thể và phương án giải quyết nợ (nếu có).

(iii) Thanh lý tài sản của doanh nghiệp bị giải thể: Pháp luật hiện hành quy định về chủ thể tổ chức thanh lý tài sản và thứ tự thanh toán các khoản nợ. Theo quy định tại khoản 2 Điều 202

-
1. Quyết định giải thể doanh nghiệp phải có các nội dung chủ yếu sau đây:
- a) Tên, địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp;
 - b) Lý do giải thể;
 - c) 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 06 tháng, kể từ ngày thông qua quyết định giải thể;
 - d) Phương án xử lý các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng lao động;
 - đ) Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

Luật Doanh nghiệp năm 2014, chủ doanh nghiệp tư nhân, Hội đồng Thành viên hoặc chủ sở hữu công ty, Hội đồng Quản trị trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định thành lập tổ chức thanh lý riêng. Sau khi đã thanh toán hết các khoản nợ và chi phí giải thể doanh nghiệp, phần còn lại chia cho chủ doanh nghiệp tư nhân, các thành viên, cổ đông hoặc chủ sở hữu công ty theo tỉ lệ sở hữu phần vốn góp, cổ phần.

(iv) Gửi hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến Cơ quan đăng ký kinh doanh để hoàn tất thủ tục giải thể doanh nghiệp.

Trên thực tế, trong quá trình tiến hành thủ tục giải thể xuất hiện trường hợp doanh nghiệp bị rơi vào tình trạng không có khả năng thanh toán các khoản nợ và cũng không thể áp dụng cách thức bảo đảm thanh toán các khoản nợ. Trong khi đó, điều kiện giải thể là doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác. Rõ ràng trong trường hợp này, doanh nghiệp không thể chấm dứt sự tồn tại bằng thủ tục giải thể mà phải chuyển sang áp dụng thủ tục phá sản. Tuy nhiên, hiện nay pháp luật chưa có quy định cụ thể về việc cho phép chuyển tiếp từ thủ tục giải thể sang thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp.

- Thủ tục giải thể doanh nghiệp trong trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc theo quyết định của Tòa án.

Khác với trường hợp giải thể doanh nghiệp tự nguyện theo quyết định của (các) chủ sở hữu doanh nghiệp, theo đó (các) chủ sở hữu doanh nghiệp được quyền quyết định thời hạn tiến hành việc thanh lý các hợp đồng và thanh toán các khoản nợ. Trình tự,

thủ tục giải thể đối với trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được thực hiện theo Điều 203 Luật Doanh nghiệp năm 2014, gồm:

(i) Thông báo tình trạng giải thể và quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp: Cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo tình trạng doanh nghiệp đang làm thủ tục giải thể trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp đồng thời với việc ra quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Kèm theo thông báo phải đăng tải quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

(ii) Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc quyết định của Tòa án có hiệu lực, doanh nghiệp phải triệu tập họp để quyết định giải thể. Quyết định giải thể và bản sao quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc quyết định của Tòa án có hiệu lực phải được gửi đến Cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế, 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.

Trường hợp doanh nghiệp còn nghĩa vụ tài chính chưa thanh toán thì phải đồng thời gửi kèm theo quyết định giải thể của doanh nghiệp phương án giải quyết nợ đến các chủ nợ, người có quyền lợi và nghĩa vụ có liên quan. 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.

(iii) Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp gửi đề nghị giải thể cho Cơ quan đăng ký kinh doanh trong 5 ngày làm việc, kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp.

Sau 180 ngày kể từ ngày thông báo tình trạng giải thể doanh nghiệp mà không nhận phản đối của bên có liên quan bằng văn bản hoặc trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ giải thể, Cơ quan đăng ký kinh doanh chuyển tình trạng pháp lý của doanh nghiệp trong Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp sang tình trạng giải thể nếu không nhận được ý kiến từ chối của cơ quan thuế, đồng thời ra thông báo về việc giải thể của doanh nghiệp.

MỤC LỤC

<i>Lời Nhà xuất bản</i>	5
<i>Lời nói đầu</i>	7

Chương I

KHÁI QUÁT CHUNG VỀ DOANH NGHIỆP	9
I. Khái niệm doanh nghiệp	12
II. Thành lập, quản lý và góp vốn vào doanh nghiệp	24
III. Chi nhánh, văn phòng đại diện và con dấu của doanh nghiệp	36
IV. Ngành, nghề kinh doanh	47
V. Quyền, nghĩa vụ của doanh nghiệp	54
VI. Khuôn khổ cho hoạt động của doanh nghiệp	61
VII. Doanh nghiệp xã hội	67

Chương II

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN	78
A. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	78
I. Khái niệm và đặc điểm công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	79

II. Quy chế pháp lý về thành viên công ty	91
III. Các vấn đề về tài chính của công ty	120
IV. Cơ cấu tổ chức quản lý	132
B. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên	164
I. Khái niệm và đặc điểm công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên	165
II. Quy chế pháp lý về chủ sở hữu công ty	172
III. Các vấn đề tài chính của công ty	178
IV. Cơ cấu tổ chức quản lý	188
<i>Chương III</i>	
DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC	204
I. Khái niệm và đặc điểm doanh nghiệp nhà nước	205
II. Cơ cấu tổ chức trong doanh nghiệp nhà nước	221
III. Công bố thông tin	236
<i>Chương IV</i>	
CÔNG TY CỔ PHẦN	241
I. Khái niệm chung về công ty cổ phần	242
II. Cổ phần	243
III. Tổ chức quản lý trong công ty cổ phần	272
IV. Tài chính trong công ty cổ phần	331
<i>Chương V</i>	
CÔNG TY HỢP DANH	367
I. Khái quát về lịch sử hình thành và phát triển của công ty hợp danh	368
II. Khái niệm và đặc điểm của công ty hợp danh	372

III. Quy chế pháp lý về thành viên công ty hợp danh	381
IV. Các vấn đề về tài chính của công ty hợp danh	396
V. Cơ cấu tổ chức công ty hợp danh	399

Chương VI

DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN	406
I. Khái niệm và đặc điểm của doanh nghiệp tư nhân	407
II. Tổ chức quản lý doanh nghiệp tư nhân	418
III. Quyền và nghĩa vụ của chủ doanh nghiệp tư nhân	420

Chương VII

TỔ CHỨC LẠI VÀ GIẢI THỂ DOANH NGHIỆP	427
I. Tổ chức lại doanh nghiệp	427
II. Giải thể doanh nghiệp	453

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT - 6/86 Duy Tân, quận Cầu Giấy, Hà Nội
ĐT: 080 49 221 • Fax: 080 49 222 • Email: suthat@nxbctqg.vn • Website: www.nxbctqg.vn
CHI NHÁNH TẠI THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH - 72 Trần Quốc Thảo, Quận 3, TP. Hồ Chí Minh
ĐT: (028) 3932 5400 - (028) 3932 5438 • Fax: (028) 3932 5395
Email: chinhanhnxbctqghcm@gmail.com • Website: sachsuthattphcm.com.vn



TS. PHẠM HOÀI HUẤN là giảng viên giảng dạy tại Đại học luật TP. Hồ Chí Minh, Cố vấn pháp lý tại Victory LLC, là người có kiến thức sâu rộng và nhiều kinh nghiệm tư vấn trong lĩnh vực Quản trị doanh nghiệp, Thuế tóm & Sáp nhập, đàm phán Hợp đồng và Chống độc quyền.

Các tác phẩm đã công bố:

• **Công ty tại Việt Nam: Tình huống - Tranh chấp - Bình luận** (Đồng tác giả), Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật.

• **Luật doanh nghiệp: Tình huống - Dẫn giải - Bình luận** (Chủ biên) Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật.

• **Các tranh chấp điển hình trong quản trị doanh nghiệp** (Chủ biên), Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật.

• **Pháp luật kiểm soát thỏa thuận sử dụng giá - Lý thuyết và thực tiễn tại Việt Nam**, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật.



THS. LS. TRẦN THANH TÙNG là thành viên của Công ty luật Global Vietnam Lawyers (GV Lawyers), chuyên phụ trách các lĩnh vực về Doanh nghiệp và Đầu tư, đặc biệt là đầu tư nước ngoài vào Việt Nam; Mua bán và Sáp nhập, Tái cấu trúc doanh nghiệp; Trọng tài Thương mại và Hòa giải viên thương mại - Trung tâm Trọng tài thương mại HTA; là giảng viên thỉnh giảng của Học viện Tư pháp và nhiều trường Đại học. Ông nhiều lần được Tạp chí *Asialaw* vinh danh là một trong những luật sư hàng đầu tại Việt Nam về Mua bán và Sáp nhập (năm 2017), về Tái cấu trúc và Phá sản doanh nghiệp (năm 2016), về Bất động sản và Xây dựng (năm 2015); đồng thời là cây bút sắc sảo với nhiều bài báo trên *Thời Báo Kinh Tế Sài Gòn*, *Tạp chí Doanh nhân và Pháp luật*, *Nhịp cầu Đầu tư*, *Báo Đầu tư* ...



THS. LÊ NHẬT BẢO

Giảng viên Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Nghiên cứu chuyên sâu pháp luật Thương mại và Sở hữu trí tuệ.

ISBN: 978-604-57-5618-8



8 935279 122219



9 786045 175618

Giá: 146.000đ