

Chương 1

PHÁP LUẬT TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI

1. KHÁI QUÁT VỀ HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH - THƯƠNG MẠI

Trong thời kỳ kế hoạch hóa tập trung, thuật ngữ “*Hợp đồng kinh tế*” được sử dụng để chỉ các quan hệ phát sinh trong quá trình hoạt động sản xuất – kinh doanh của các chủ thể kinh tế. Qua các thời kỳ phát triển kinh tế của đất nước, để phù hợp với thông lệ quốc tế và bản chất của quan hệ hợp đồng, thuật ngữ “*hợp đồng kinh tế*” được sử dụng bằng các thuật ngữ như: “*hợp đồng trong kinh doanh – thương mại*” hoặc “*hợp đồng thương mại*”.

Để hiểu rõ hơn về hợp đồng trong kinh doanh - thương mại, chúng ta tìm hiểu về sự hình thành, phát triển hợp đồng thương mại qua các thời kỳ phát triển kinh tế của đất nước.

1.1. Sơ lược về sự hình thành, phát triển của hợp đồng trong kinh doanh - thương mại

1.1.1. Thời kỳ trước khi chuyển sang vận hành theo cơ chế kinh tế thị trường (còn gọi là “*hợp đồng kinh tế*” trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung)

Ở nước ta dưới thời kỳ Pháp thuộc, đã xuất hiện đã xuất hiện hợp đồng trong một số hoạt động kinh doanh của tư bản Pháp và tư bản Việt Nam dưới hình thức các văn bản thoả thuận căn cứ vào luật lệ cũ.

Nhìn chung, các văn bản đề cập đến nội dung của chế độ hợp đồng, phục vụ cho mục tiêu hợp tác kinh tế của Nhà nước trong giai đoạn đó.

Thuật ngữ hợp đồng kinh tế được sử dụng trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung từ những năm 1960. Chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng là các tổ chức xã hội chủ nghĩa và việc ký kết, thực hiện hợp đồng nhằm thực hiện chỉ tiêu, kế hoạch Nhà nước.

Thời kỳ này, kế hoạch sản xuất – kinh doanh được thực hiện thông qua chỉ tiêu kế hoạch Nhà nước. Chỉ tiêu kế hoạch Nhà nước là yếu tố chủ yếu làm hạn chế sự tự do, bình đẳng thoả thuận của các bên tham gia

quan hệ hợp đồng. Nhà nước đã ban hành một số văn bản pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng kinh tế.

Các văn bản pháp luật về hợp đồng kinh tế trong thời kỳ này bao gồm:

- Nghị định số 04/CP ngày 4/1/1960 kèm theo “Bản Điều lệ tạm thời về chế độ hợp đồng kinh tế”.

- Nghị định số 54/CP ngày 10/3/1975 kèm theo Bản Điều lệ về chế độ hợp đồng kinh tế”.

- Ngoài ra, còn có các văn bản quy định về từng chủng loại hợp đồng kinh tế - trong các lĩnh vực, như: xây dựng cơ bản, ngoại thương, vận chuyển hàng hoá, xây dựng...

Có thể nói, thời kỳ này, hợp đồng kinh tế là công cụ pháp lý chủ yếu để Nhà nước quản lý nền kinh tế kế hoạch xã hội chủ nghĩa. Nhà nước quy định rất chặt chẽ các nội dung chủ yếu của hợp đồng kinh tế và buộc các bên phải chấp hành mà không có quyền lựa chọn.

Hợp đồng kinh tế thời kỳ này khác biệt với hợp đồng dân sự hình thành giữa các tổ chức, cá nhân không phải là đơn vị kinh tế nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt, tiêu dùng. Hợp đồng kinh tế mang tính kế hoạch, bị chi phối bởi các chỉ tiêu kế hoạch Nhà nước, còn hợp đồng dân sự được thiết lập trên cơ sở tự do thoả thuận, bình đẳng giữa các bên.

Sau đó, năm 1989, Pháp lệnh hợp đồng kinh tế được ban hành¹, là văn bản trong giai đoạn đầu của thời kỳ đổi mới, ghi nhận sự thay đổi quan niệm về hợp đồng kinh tế.

Theo các quy định của Pháp lệnh hợp đồng kinh tế, hợp đồng kinh tế được hình thành trên cơ sở thoả thuận tự nguyện của các bên tham gia quan hệ hợp đồng. Tồn tại song song với Pháp lệnh hợp đồng kinh tế (điều chỉnh hợp đồng kinh tế) là Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991 (điều chỉnh hợp đồng dân sự). Cả hai văn bản này cùng điều chỉnh quan hệ hợp đồng nhưng ở hai lĩnh vực khác nhau.

Cùng với sự phát triển của nền kinh tế thị trường định hướng xã

¹ Pháp lệnh hợp đồng kinh tế ban hành ngày 25/9/1989.

hội chủ nghĩa và quá trình hội nhập kinh tế - quốc tế, việc phân biệt hai loại hợp đồng kinh tế và hợp đồng dân sự trong pháp luật Việt Nam dẫn đến nhiều bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật và giải quyết tranh chấp kinh tế. Nhiều hợp đồng ký kết giữa các doanh nghiệp nhưng lại bị coi là hợp đồng dân sự vì lý do là doanh nghiệp đó không có tư cách pháp nhân. (Ví dụ: hợp đồng được ký kết giữa hai doanh nghiệp tư nhân với nhau). Đây là một bất cập lớn trong quy định của pháp luật Việt Nam về hợp đồng.

Luật thương mại được Quốc hội khóa XI, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005 (có hiệu lực từ ngày 1 tháng 1 năm 2006) đã khắc phục được những bất cập trên. Những quan hệ trong kinh doanh – thương mại được ký kết giữa các chủ thể kinh doanh không có tư cách pháp nhân được xác định là hợp đồng thương mại. Việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại vẫn thuộc thẩm quyền của Tòa kinh tế hoặc là Trọng tài kinh tế, giống như hợp đồng kinh tế. Như vậy, các quan hệ hợp đồng được quy định trong văn bản pháp luật bị chòng chéo, phức tạp gây khó khăn cho các chủ thể và cả cơ quan công quyền.

Trước yêu cầu của công cuộc đổi mới và bối cảnh hội nhập quốc tế sâu rộng hơn, ngày 14 tháng 6 năm 2005, Quốc hội đã thông qua Bộ luật dân sự² (còn gọi là Bộ luật Dân sự 2005) và Luật thương mại³ (Luật thương mại 2005).

Hai văn bản luật này được ban hành đánh dấu bước phát triển mới của pháp luật về hợp đồng, đó là sự thống nhất pháp luật về hợp đồng Việt Nam.

Tuy nhiên, do đặc điểm của nền kinh tế quản lý theo cơ chế kế

² Bộ luật Dân sự 2005 có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2006 (thay thế Bộ luật Dân sự 1995).

³ Luật Thương mại 2005 có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2006 (thay thế Luật Thương mại 1997).

hoạch hoá tập trung, các quan hệ kinh tế chủ yếu thiết kế theo chiều dọc; phương thức thực hiện chủ yếu bằng hiện vật, các hoạt động kinh tế được kế hoạch chủ quan, tập trung cứng nhắc; việc tính toán giá trị chỉ là hình thức, bị cơ chế cấp phát-giao nộp bóp méo; hợp đồng kinh tế là công cụ để thực hiện kế hoạch Nhà nước, ký kết là một nghĩa vụ, là kỷ luật bắt buộc của Nhà nước với các đơn vị kinh tế khi có quan hệ với nhau.

Quan điểm và nhận thức về hợp đồng kinh tế chưa thật đầy đủ, thiếu khách quan, thậm chí còn sai lệch làm cho pháp luật về hợp đồng kinh tế trong giai đoạn này còn nhiều hạn chế về tính pháp lý trong việc xây dựng và áp dụng pháp luật chưa thật đầy đủ, chính xác; vì thế, chưa phát huy được vai trò và tác dụng của hợp đồng kinh tế.

1.1.2. Thời kỳ sau khi chuyển sang vận hành theo cơ chế kinh tế thị trường (gọi là “hợp đồng kinh tế” trong nền kinh tế thị trường)

Trong điều kiện của cơ chế kinh tế mới, khi quyền tự do kinh doanh được xem như là một nguyên tắc hiến định, thì điều chắc chắn rằng nguyên tắc tự do, tự nguyện, bình đẳng, tính độc lập và tự chịu trách nhiệm về tài sản sẽ được coi là nguyên tắc cơ bản trong quan hệ hợp đồng. Cũng chính nguyên tắc đó, cùng với nguyên tắc tự định đoạt của việc giải quyết tranh chấp đã chi phối quan hệ trao đổi của nền kinh tế thị trường và điều đó dường như đã làm mờ đi ranh giới đã được xác định trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung giữa hợp đồng kinh tế với hợp đồng dân sự.

Ở nước ta, khi chuyển sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, pháp luật về hợp đồng đã thể hiện sự điều chỉnh có sự phân hoá của nó trên cơ sở tiếp tục phân biệt hợp đồng kinh tế với hợp đồng dân sự. Để thích ứng với cơ chế kinh tế mới, hợp đồng kinh tế đã buộc phải xác định lại các tiêu chí nhận dạng là chủ thể, mục đích và hình thức của nó.

Có thể nói, hợp đồng là sự tự nguyện thoả thuận và thống nhất ý chí giữa các chủ thể tham gia.

1.2. Khái niệm hợp đồng trong kinh doanh - thương mại

Ở Việt Nam, khoa học pháp lý và pháp luật thực định đã sử dụng nhiều khái niệm để chỉ hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh - thương mại như: hợp đồng kinh tế (được ghi nhận trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989), hợp đồng thương mại (Luật thương mại 1997, Luật Thương mại 2005), hợp đồng trong kinh doanh - thương mại (Bộ luật tố tụng dân sự 2004).

Pháp luật hiện hành có đề cập đến khái niệm hợp đồng thương mại, hợp đồng trong kinh doanh – thương mại, nhưng không đưa ra định nghĩa cụ thể mà chỉ đưa ra khái niệm chung về hợp đồng dân sự.

Theo quy định của Bộ luật dân sự 2005⁴, “*Hợp đồng dân sự là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự*”.

Với phạm vi áp dụng của Bộ luật Dân sự 2005⁵, các quy định của hợp đồng dân sự được áp dụng cho các hợp đồng nói chung (trong các lĩnh vực dân sự, lao động, thương mại, đầu tư kinh doanh).

Như vậy, có thể nói, khái niệm hợp đồng dân sự được xem là khái niệm chung về hợp đồng bao gồm cả hợp đồng trong lĩnh vực thương mại, đầu tư kinh doanh.

Hợp đồng trong kinh doanh - thương mại là gì? Chúng ta có thể xác định bản chất pháp lý của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại trên cơ sở quy định của Bộ luật Dân sự về hợp đồng. Từ đó cho thấy, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là một dạng cụ thể của hợp đồng dân sự.

Có thể xem xét hợp đồng thương mại trong mối liên hệ với hợp đồng dân sự theo nguyên lý của mối quan hệ giữa cái chung và cái riêng. Nhiều vấn đề về hợp đồng thương mại được điều chỉnh trong Bộ luật Dân sự, như:

- Giao kết hợp đồng;

⁴ Xem Điều 388 - Bộ luật Dân sự 2005.

⁵ Xem Khoản 1 Điều 1 - Bộ luật Dân sự.

- Nguyên tắc giao kết hợp đồng;
- Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng;
- Hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu...

Bên cạnh đó, xuất phát từ yêu cầu của hoạt động thương mại, một số vấn đề về hoạt động trong kinh doanh, thương mại được quy định trong pháp luật thương mại có tính chất là sự phát triển tiếp tục những quy định của dân luật truyền thống về hợp đồng (như chủ thể, hình thức, quyền và nghĩa vụ của các bên, chế tài và giải quyết tranh chấp hợp đồng...).

Tóm lại, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có bản chất của hợp đồng nói chung, được hiểu “là sự thoả thuận của các chủ thể kinh doanh - thương mại nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong quan hệ kinh doanh - thương mại”.

1.3. Đặc điểm của hợp đồng trong kinh doanh – thương mại

Với tư cách là hình thức pháp lý của quan hệ thương mại, hợp đồng kinh doanh thương mại có những đặc điểm nhất định để nhận biết và phân biệt với các loại hợp đồng khác.

Thứ nhất, về chủ thể: hợp đồng thương mại được thiết lập giữa các chủ thể chủ yếu là thương nhân. Khái niệm thương nhân được quy định trong Luật Thương mại.

Theo quy định khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại 2005, “*thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh*”.

Với quy định của pháp luật hiện nay, khái niệm chủ thể kinh doanh đồng nghĩa với khái niệm thương nhân theo Luật Thương mại 2005. Thương nhân là chủ thể của hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài.

Có những quan hệ trong quan hệ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại đòi hỏi các bên đều phải là thương nhân (hợp đồng đại diện cho thương nhân, hợp đồng đại lý thương mại); bên cạnh đó, có những hợp đồng kinh doanh, thương mại chỉ cần ít nhất một bên là thương nhân (hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng dịch vụ bán đấu giá hàng hoá,

hợp đồng môi giới thương mại...).

Thứ hai, về hình thức: hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có thể được thiết lập dưới hình thức văn bản, lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong những trường hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải thiết lập hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bằng hình thức văn bản (hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, hợp đồng dịch vụ khuyến mãi, quảng cáo, hội chợ, triển lãm thương mại...).

Luật Thương mại 2005 cho phép các bên hợp đồng có thể thay thế hình thức văn bản bằng các hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương. Các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu.

Thứ ba, về mục đích: Mục đích phổ biến của các bên trong hợp đồng kinh doanh, thương mại là lợi nhuận.

Có thể nói, mục đích lợi nhuận là đặc trưng của các giao dịch kinh doanh do các bên của hợp đồng đều nhằm thu được lợi nhuận từ việc thực hiện hợp đồng.

Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, một bên của hợp đồng trong kinh doanh không có mục đích lợi nhuận. Những hợp đồng này, về nguyên tắc không đương nhiên chịu sự điều chỉnh của các quy định về pháp luật kinh doanh.

Luật Thương mại 2005 quy định: trường hợp có chủ thể hợp đồng không nhằm mục đích lợi nhuận, thì hợp đồng được áp dụng Luật Thương mại khi bên không nhằm mục đích lợi nhuận lựa chọn áp dụng Luật Thương mại.⁶

1.4. Phân loại hợp đồng thương mại

Việc phân loại hợp đồng thương mại dựa trên nhiều tiêu chí khác nhau và nhiều các phân loại khác nhau.

Việc phân loại hợp đồng nhằm mục đích xác định cơ chế điều hành phù hợp với tính chất của từng loại hợp đồng, nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp luật đối với hợp đồng.

⁶Xem Khoản 3 Điều 1 Luật thương mại 2005.

1.4.1. Cách phân loại thứ nhất

a. Căn cứ vào tính chất hàng hoá tiền tệ của quan hệ hợp đồng, người ta chia ra thành hai loại:

- Hợp đồng mang tính chất đền bù;
- Hợp đồng mang tính chất tổ chức.

b. Căn cứ vào thời gian chia ra thành hai loại:

- Hợp đồng dài hạn;
- Hợp đồng ngắn hạn.

c. Căn cứ dấu hiệu chủ thể, chia làm hai loại:

- Hợp đồng hai bên: Là hợp đồng mà có hai bên tham gia quan hệ hợp đồng.

- Hợp đồng nhiều bên: Là hợp đồng mà có nhiều bên cùng tham gia vào quan hệ hợp đồng

d. Căn cứ vào tính kế hoạch: gồm hai loại:

- Hợp đồng theo chỉ tiêu pháp lệnh;
- Hợp đồng không theo chỉ tiêu pháp lệnh.

đ. Căn cứ vào nội dung của mối quan hệ kinh tế: Chia làm nhiều hợp đồng khác nhau:

- Hợp đồng mua bán hàng hoá;
- Hợp đồng liên doanh liên kết;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá;
- Hợp đồng xây dựng cơ bản;
- Hợp đồng đấu thầu hàng hoá;
- Hợp đồng nghiên cứu khoa học;
- Hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài...

1.4.2. Cách phân loại thứ hai

a. Căn cứ vào mức độ tương xứng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên, hợp đồng nói chung được phân thành hợp đồng đơn vụ và hợp đồng song vụ.

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

- Hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau. Các bên đồng thời là người có quyền và có nghĩa vụ.

b. Căn cứ vào sự phụ thuộc lẫn nhau về hiệu lực giữa các quan hệ hợp đồng, hợp đồng được phân chia thành hợp đồng chính và hợp đồng phụ.

- Hợp đồng chính là hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ.

- Hợp đồng phụ là hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính.

c. Căn cứ vào chủ thể được hưởng lợi từ hợp đồng, hợp đồng được chia thành hợp đồng vì lợi ích của các bên và hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba.

- Hợp đồng vì lợi ích của các bên: là hợp đồng mà việc thực hiện nghĩa vụ của một bên nhằm mang lại lợi ích của bên kia trong quan hệ hợp đồng.

- Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba: là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi từ việc thực hiện nghĩa vụ đó.

d. Căn cứ vào nội dung của mối quan hệ kinh tế, hợp đồng được chia thành các chủng loại khác nhau, như:

- Hợp đồng mua bán hàng hoá;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá;
- Hợp đồng trong xây dựng cơ bản;
- Hợp đồng trong trung gian thương mại;
- Hợp đồng đại diện cho thương nhân;
- Hợp đồng môi giới kinh doanh;
- Hợp đồng đại lý;
- Hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá;
- Hợp đồng dịch vụ trong xuác tiến thương mại;
- Hợp đồng dịch vụ quảng cáo;

- Hợp đồng dịch vụ trung bày;
- Hợp đồng tín dụng;
- Hợp đồng bảo hiểm;
- Hợp đồng trong lĩnh vực đầu tư...

2. GIAO KẾT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

2.1. Nguyên tắc giao kết hợp đồng thương mại

2.1.1. Khái niệm

Nguyên tắc giao kết hợp đồng thương mại là những tư tưởng chỉ đạo ước quán triệt trong các quy phạm pháp luật về hợp đồng đòi hỏi các bên phải tuân theo khi giao kết hợp đồng thương mại.

2.1.2. Các nguyên tắc giao kết

Các nguyên tắc giao kết hợp đồng thương mại gồm:

a. Thứ nhất, nguyên tắc tự nguyện

Việc giao kết hợp đồng thương mại phải dựa trên cơ sở ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng; các cơ quan, tổ chức hay cá nhân đều không có quyền áp đặt ý chí của mình cho các bên tham gia quan hệ hợp đồng.

Khi xác lập quan hệ hợp đồng, các chủ thể đều được quyền tự do bày tỏ thể hiện ý chí và thống nhất ý chí nhằm đạt được mục đích xác định. Các chủ thể có thể tự do lựa chọn bạn hàng, thời điểm giao kết và bàn bạc, thỏa thuận nội dung của hợp đồng.

Trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường ở nước ta hiện nay, không thể không đề cập đến những trường hợp mà sự tự nguyện trong quá trình giao kết hợp đồng của các doanh nghiệp bị hạn chế bởi luật định. Đó là trường hợp giao kết các hợp đồng cung ứng các dịch vụ cơ bản từ các doanh nghiệp có vị trí thống trị trên thị trường (phần lớn tồn tại dưới hình thái độc quyền tự nhiên) như điện, nước, viễn thông, hàng không, bảo hiểm, tín dụng...

Để được đánh giá là một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị

trường⁷, nếu:

- Một doanh nghiệp có thị phần từ 30% trở lên;
- Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên;
- Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên;
- Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan.

Doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thường là doanh nghiệp có quy mô rất lớn, tiềm lực tài chính mạnh và đặc biệt có một hệ thống khách hàng rất đông đảo. Thay vì phải đàm phán với từng khách hàng, các doanh nghiệp loại này đã soạn sẵn các “hợp đồng mẫu” để áp dụng chung cho tất cả các khách hàng.

Trong các hợp đồng này, sự tự do khế ước của khách hàng bị hạn chế. Đây cũng là nguyên nhân giải thích vì sao cơ quan quản lý cạnh tranh phải kiểm soát các hợp đồng mẫu này trước khi chúng được phép thực hiện.

b. Thứ hai, nguyên tắc bình đẳng về quyền và nghĩa vụ

Tính bình đẳng này không phụ thuộc vào quan hệ sở hữu và quan hệ quản lý của chủ thể.

Sự bình đẳng ở đây là sự bình đẳng pháp lý, sự bình đẳng trước pháp luật. Mọi doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế khi ký kết hợp đồng kinh tế thì quyền và nghĩa vụ tương ứng giữa các bên. Không có hợp đồng kinh doanh – thương mại mà trong đó một bên chỉ có quyền còn bên kia chỉ có nghĩa vụ.

c. Thứ ba, nguyên tắc cùng có lợi

Trong quan hệ hợp đồng thương mại, lợi ích chính là động lực thúc đẩy hành động của các chủ thể. Các bên cùng tham gia ký kết và thực hiện hợp đồng để tìm kiếm lợi ích kinh tế. Theo nguyên tắc này, khi ký kết hợp đồng các bên phải cùng nhau xác lập quan hệ hợp đồng và phải bảo đảm sự tương xứng về quyền và nghĩa vụ cũng như lợi ích kinh tế của cả hai bên.

⁷Theo Điều 11 - Luật Cạnh tranh năm 2004.

d. Thứ tư, nguyên tắc trực tiếp chịu trách nhiệm về tài sản

Trực tiếp chịu trách nhiệm về tài sản có nghĩa là các bên tham gia quan hệ hợp đồng thương mại phải tự mình gánh chịu trách nhiệm về mặt tài sản, gồm phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại khi có hành vi vi phạm hợp đồng.

Các cơ quan cấp trên hoặc các tổ chức kinh tế khác không thể đứng ra chịu trách nhiệm tài sản thay cho bên vi phạm.

đ. Thứ năm, nguyên tắc không trái với pháp luật

Nguyên tắc không trái với pháp luật đòi hỏi việc giao kết hợp đồng phải hợp pháp. Điều này có nghĩa là, mọi việc thoả thuận trong hợp đồng phải hoàn toàn phù hợp với những quy định của pháp luật, không được lợi dụng việc giao kết hợp đồng để hoạt động trái pháp luật.

Đây là quy định có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo vệ trật tự và kỷ cương của Nhà nước trong lĩnh vực hợp đồng thương mại.

2.2. Chủ thể giao kết hợp đồng thương mại

2.2.1. Khái niệm chủ thể giao kết hợp đồng kinh doanh - thương mại

Chủ thể giao kết của hợp đồng thương mại là các bên tham gia quan hệ hợp đồng, đó là những người cùng nhau thỏa thuận để xác lập nên quan hệ hợp đồng và cùng nhau thực hiện quyền và nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ hợp đồng.

2.2.2. Chủ thể và thẩm quyền giao kết hợp đồng kinh doanh - thương mại

Theo quy định của Luật Thương mại 2005, chủ thể chủ yếu của hợp đồng thương mại là các thương nhân hoạt động thương mại theo quy định của Luật thương mại.

Khi ký kết hợp đồng thương mại, mỗi bên chỉ cần một người ký vào văn bản hợp đồng hoặc một người đứng ra đại diện thoả thuận hợp đồng.

Nếu chủ thể hợp đồng là pháp nhân thì người có thẩm quyền giao kết hợp đồng là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Đó là người được bổ nhiệm hoặc được bầu vào chức vụ đứng đầu của pháp

nhân. Người đại diện của pháp nhân có thể ủy quyền cho người khác giao kết thay mình. Việc ủy quyền phải được lập thành văn bản và tuân theo các quy định của pháp luật. Người ủy quyền không được ủy quyền cho người thứ ba.

Nếu chủ thể là cá nhân có đăng ký kinh doanh thì chính cá nhân đó có thẩm quyền giao kết hợp đồng. Họ cũng có thể ủy quyền cho người khác giao kết hợp đồng và phải tuân thủ các quy định của pháp luật về ủy quyền.

2.3. Thủ tục giao kết hợp đồng thương mại

Có hai cách giao kết hợp đồng: giao kết trực tiếp và giao kết gián tiếp.

Dù giao kết trực tiếp hay gián tiếp hợp đồng thương mại đều có hiệu lực pháp lý như nhau, các bên phải nghiêm chỉnh thực hiện các điều khoản đã cam kết.

Để xác lập hợp đồng thương mại cần có sự thoả thuận giữa những người đã giao kết. Sự thoả thuận đó thể hiện ở các yếu tố:

- (1). Đề nghị giao kết hợp đồng;
- (2). Chấp nhận đề nghị hợp đồng;
- (3). Thời điểm giao kết và hiệu lực của hợp đồng.

Những vấn đề này không được Luật Thương mại quy định, vì vậy các quy định của Bộ luật Dân sự sẽ được áp dụng đối với việc giao kết hợp đồng thương mại.

2.3.1. Đề nghị giao kết hợp đồng

Đề nghị giao kết hợp đồng nói chung có bản chất là hành vi pháp lý đơn phương của một chủ thể, có nội dung bày tỏ ý định giao kết hợp đồng với chủ thể khác theo những điều kiện xác định.

Từ quy định của Bộ luật Dân sự, có thể định nghĩa: “*giao kết hợp đồng thương mại là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể*”⁸.

⁸ Xem Điều 390 - Bộ luật Dân sự 2005.

- Hình thức giao kết hợp đồng: Bộ luật Dân sự cũng như Luật Thương mại 2005 không quy định về hình thức của đề nghị hợp đồng thương mại, song có thể dựa vào quy định về hình thức của hợp đồng để xác định hình thức của đề nghị hợp đồng, theo đó đề nghị hợp đồng có thể được thể hiện bằng văn bản, lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc kết hợp giữa các hình thức này⁹.

- Hiệu lực giao kết hợp đồng: Đề nghị hợp đồng được gửi đến cho một hay nhiều chủ thể xác định. Hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng thông thường được bên đề nghị ấn định. (Ví dụ trong vòng một tháng). Trường hợp bên đề nghị không ấn định thời điểm có hiệu lực của đề nghị hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó.

Căn cứ xác định bên được đề nghị đã nhận được đề nghị giao kết hợp đồng là:

- Đề nghị được chuyển đến nơi cư trú (bên được đề nghị là cá nhân) hoặc trụ sở của bên được đề nghị (trường hợp bên được đề nghị là pháp nhân);

- Đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của bên được đề nghị;

- Bên được đề nghị biết được đề nghị giao kết hợp đồng thông qua các phương thức khác.

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

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi hoặc rút lại giao kết hợp đồng trong các trường hợp:

- Bên được đề nghị nhận được thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị trước hoặc cùng với thời điểm nhận được đề nghị;

⁹ Xem Điều 24 - Luật thương mại 2005.

- Điều kiện thay đổi hoặc rút lại đề nghị phát sinh trong trường hợp bên đề nghị có nêu rõ về việc được thay đổi hoặc rút lại đề nghị khi điều kiện đó phát sinh.

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

2.3.2. Chấm dứt hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực pháp luật trong năm trường hợp:

- Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận;
- Hết thời hạn trả lời chấp nhận;
- Thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực;
- Thông báo về việc hủy bỏ đề nghị có hiệu lực;
- Theo thỏa thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

2.3.3. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

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

2.3.4. Thời hạn chấp nhận giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị ký kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị.

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

- *Thứ nhất*, khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; Nếu bên đề nghị ký kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề nghị mới của bên chậm trả lời.

Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến

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

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

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

2.3.5. Thời điểm giao kết hợp đồng thương mại

Về nguyên tắc chung, hợp đồng thương mại được ký kết vào thời điểm các bên đạt được sự thỏa thuận. Thời điểm ký kết hợp đồng được quy định khác nhau phụ thuộc vào cách thức ký kết và hình thức của hợp đồng.

Theo Bộ luật Dân sự 2005 có thể xác định thời điểm ký kết hợp đồng thương mại theo các trường hợp sau:

- *Hợp đồng được giao kết trực tiếp bằng văn bản*: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản;

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

- *Hợp đồng được giao kết bằng lời nói*: thời điểm ký kết hợp đồng là thời điểm các bên đã thỏa thuận về nội dung của hợp đồng. Các bên có thể sử dụng những biện pháp, chứng cứ hợp pháp để chứng minh việc “các bên đã thỏa thuận” về nội dung của hợp đồng thương mại bằng lời nói.

Cần lưu ý, sự im lặng của bên được đề nghị cho đến khi hết thời hạn trả lời cũng có thể là căn cứ xác định hợp đồng thương mại đã được ký kết, nếu có thỏa thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

Hợp đồng thương mại có hiệu lực từ thời điểm ký kết, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

2.4. Nội dung của hợp đồng kinh doanh - thương mại

2.4.1. Khái niệm

Nội dung của hợp đồng thương mại là các điều khoản do các bên thỏa thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng.

2.4.2. Nội dung

Luật Thương mại 2005 không quy định các bên phải thỏa thuận những nội dung cụ thể nào trong hợp đồng thương mại, các bên có thể xác định dựa trên những quy định mang tính “khuyến nghị”, “định hướng” của pháp luật, thói quen và tập quán thương mại, nhưng trong điều kiện nhận thức của nhà kinh doanh còn nhiều hạn chế, thì điều này tiềm ẩn nguy cơ dẫn đến những rủi ro pháp lý, những tranh chấp trong hoạt động kinh doanh, thương mại.

Trên cơ sở các quy định của Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại, xuất phát từ tính chất của quan hệ hợp đồng thương mại trong lĩnh vực thương mại, có thể thấy những điều khoản quan trọng của hợp đồng thương mại bao gồm:

(1). Ngày, tháng, năm ký kết hợp đồng; tên, địa chỉ, số tài khoản và ngân hàng giao dịch của các bên; họ tên người đại diện, người đứng tên đăng ký kinh doanh;

(2). Đối tượng hợp đồng tính bằng số lượng, khối lượng hoặc giá trị quy ước để thỏa thuận;

(3). Chất lượng, chủng loại, quy cách, tính đồng bộ của sản phẩm, hàng hoá hoặc yêu cầu kỹ thuật của công việc;

(4). Giá cả;

(5). Bảo hành;

(6). Phương thức thanh toán;

(7). Thời hạn và địa điểm thực hiện hợp đồng;

(8). Cơ quan giải quyết tranh chấp;

(9). Các thoả thuận khác.

Căn cứ vào vai trò của các điều khoản mà người ta chia nội dung của hợp đồng thương mại thành ba loại điều khoản: điều khoản chủ yếu, điều khoản thường lệ và điều khoản tùy nghi.

- Điều khoản chủ yếu: Là các điều khoản không thể thiếu được của một hợp đồng, nếu các bên tham gia chưa thỏa thuận được những điều khoản căn bản theo hợp đồng coi như chưa được ký kết.

- Điều khoản thường lệ: là những điều khoản pháp luật đã quy định, nếu khi ký kết hợp đồng các bên không thỏa thuận theo những điều khoản này mặc nhiên được công nhận và thực hiện. Đối với các điều khoản này, có thể có thể thỏa thuận hoặc không thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng khi có tranh chấp xảy ra, cơ quan có thẩm quyền căn cứ vào các quy định của pháp luật để giải quyết.

- Điều khoản tùy nghi: xuất phát từ nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết thỏa thuận được pháp luật dân sự quy định, trong quan hệ hợp đồng pháp luật cho phép các chủ thể giao kết hợp đồng thỏa thuận các điều khoản ngoài những điều khoản cơ bản nhưng không được trái pháp luật và đạo đức xã hội.

Cũng cần lưu ý rằng, đối với từng loại hợp đồng cụ thể, pháp luật có thể quy định về những nội dung bắt buộc phải có (nội dung chủ yếu) của hợp đồng.

2.5. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

2.5.1. Khái niệm các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng được hiểu dưới hai phương diện: phương diện khách quan và phương diện chủ quan.

- *Phương diện khách quan*: là quy định của pháp luật cho phép các chủ thể trong quan hệ hợp đồng kinh doanh-thương mại thỏa thuận các biện pháp bảo đảm cho nghĩa vụ chính được thực hiện, xác định quyền và nghĩa vụ chính được thực hiện, đồng thời xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong các biện pháp đó.

- *Phương diện chủ quan*: là sự thỏa thuận giữa các chủ thể về các

biện pháp bảo đảm đã được pháp luật quy định mang tính chất dự phòng nhằm đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng cũng được áp dụng đối với các hợp đồng kinh doanh – thương mại theo nguyên tắc áp dụng luật chung và luật chuyên ngành.

2.5.2. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng được quy định trong Bộ luật Dân sự 2005, Mục 5 về “Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự” từ Điều 318 đến điều 373. Gồm bảy biện pháp sau:

- Thế chấp tài sản¹⁰;
- Cầm cố tài sản¹¹;
- Đặt cọc¹²;
- Ký cược¹³;
- Ký quỹ;
- Bảo lãnh¹⁴;
- Tín chấp¹⁵.

Để hiểu rõ hơn về các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng, chúng ta sẽ tìm hiểu từng biện pháp theo quy định của pháp luật.

a. Thứ nhất, thế chấp tài sản

Thế chấp tài sản là việc một bên (gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng đối với bên kia (gọi là bên thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp.

Các quy định về thế chấp tài sản được pháp luật ghi nhận như sau:

¹⁰ Xem Điều 342 đến Điều 357 - Bộ luật Dân sự 2005.

¹¹ Xem Điều 326 đến Điều 341- Bộ luật Dân sự 2005.

¹² Xem Điều 358- Bộ luật Dân sự 2005.

¹³ Xem Điều 359 - Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁴ Xem Điều 361 đến Điều 371- Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁵ Xem Điều 372, 373 Bộ luật Dân sự 2005.

- *Đối tượng của thế chấp*: Đối tượng của thế chấp là bất động sản và động sản (như nhà ở, công trình xây dựng gắn liền với đất, kể cả các tài sản gắn liền với nhà ở, công trình xây dựng đó, các tài sản gắn liền với đất,...).

Tài sản thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Người có nghĩa vụ không thể dùng tài sản thuộc sở hữu của người khác để thế chấp mặc dù theo quy định của pháp luật họ đang chiếm hữu hợp pháp (đang thuê, mượn) hoặc tài sản thế chấp thuộc sở hữu chung của nhiều người phải có sự đồng ý của các đồng chủ sở hữu. Tài sản thế chấp phải được phép giao dịch và không có tranh chấp.

- *Hình thức của thế chấp tài sản*: Việc thế chấp phải được lập thành văn bản gọi là hợp đồng thế chấp. Hợp đồng thế chấp có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính.

Hợp đồng thế chấp phải có công chứng hoặc chứng thực nếu các bên có thỏa thuận, nếu trong trường hợp pháp luật quy định phải có công chứng, chứng thực thì các bên phải tuân theo.

- *Đăng ký thế chấp tài sản*: Đăng ký giao dịch bảo đảm theo quy định tại Điều 323 Bộ luật dân sự.

- *Nội dung của thế chấp tài sản*: Bên thế chấp phải giao toàn bộ giấy tờ (bản chính) về tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp như giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, chứng nhận quyền sử dụng đất,... Bên thế chấp phải thông báo cho bên nhận thế chấp biết các quyền của người thứ ba đối với tài sản thế chấp. Nếu tài sản được thế chấp nhiều nghĩa vụ thì bên thế chấp phải thông báo cho bên nhận thế chấp về việc tài sản đã đem thế chấp những lần trước đó.

Trong trường hợp bên thế chấp vẫn giữ tài sản thế chấp thì có quyền khai thác, sử dụng tài sản, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản (trừ trường hợp có thỏa thuận khác). Bên thế chấp có nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản không được bán tài sản (trừ trường hợp quy định tại khoản 3 và khoản 4 Điều 349 Bộ luật dân sự), có quyền cho thuê, cho mượn tài sản thế chấp.

Bên thế chấp được dùng tài sản thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự khác, nếu giá trị lớn hơn tổng giá trị được bảo đảm (nếu

có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định).

- *Xử lý tài sản thế chấp*: Trong trường hợp đã đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên thế chấp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, thì bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bán đấu giá tài sản thế chấp để thực hiện nghĩa vụ dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Như vậy việc xử lý tài sản thế chấp theo hai phương thức:

+ *Một là*, theo thỏa thuận của các bên trong hợp đồng thế chấp. Pháp luật cho phép các bên có quyền thỏa thuận các biện pháp xử lý tài sản thế chấp.

+ *Hai là*, yêu cầu cơ quan Nhà nước có thẩm quyền bán đấu giá tài sản để thực hiện nghĩa vụ dân sự thông qua trung tâm bán đấu giá tài sản hoặc tổ chức có thẩm quyền khác (doanh nghiệp có chức năng bán đấu giá tài sản).

b. Thứ hai, cầm cố tài sản

Cầm cố tài sản là việc một bên (gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên kia (gọi là bên nhận cầm cố) để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

Các quy định về cầm cố tài sản được ghi pháp luật ghi nhận như sau:

- *Đối tượng của cầm cố tài sản*: Tài sản cầm cố phải là bất động sản hoặc động sản (trừ trường hợp pháp luật có quy định khác, *Ví dụ*: Luật Nhà ở năm 2005 chỉ quy định thế chấp nhà ở. Tài sản cầm cố phải thuộc sở hữu của bên cầm cố, được phép giao dịch và không có tranh chấp.

Việc cầm cố tài sản theo đó người có nghĩa vụ giao tài sản cho người có quyền, trong trường hợp bên cầm cố không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ cam kết thì tài sản cầm cố được xử lý theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Do vậy, tài sản cầm cố phải thuộc sở hữu của bên cầm cố, nếu là sở hữu chung của nhiều người thì phải có sự đồng ý của tất cả các đồng chủ sở hữu.

Việc xác định tài sản thuộc sở hữu của bên cầm cố hay không trước hết dựa vào giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu đối với tài sản có đăng ký như phương tiện vận tải (ô tô, mô tô, tàu biển,...). Cũng có những tài sản không có đăng ký quyền sở hữu thì được dựa trên cơ sở suy đoán

là của người đang chiếm hữu thực tế. Thực tiễn nhiều trường hợp bên nhận cầm cố bị lừa dối nên phải trả lại tài sản cho chủ sở hữu, do vậy việc bảo đảm trong quan hệ nghĩa vụ không thực hiện được.

- *Hình thức của cầm cố tài sản*: Việc cầm cố tài sản phải lập thành văn bản gọi là hợp đồng cầm cố, văn bản cầm cố có thể lập riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính, trong đó phải đảm bảo các nội dung chủ yếu sau:

- + Nghĩa vụ được bảo đảm;
- + Mô tả tài sản cầm cố;
- + Giá trị tài sản cầm cố (nếu các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định);
- + Bên giữ tài sản cầm cố;
- + Quyền và nghĩa vụ của các bên;
- + Các trường hợp xử lý và phương thức xử lý tài sản cầm cố;
- + Các thỏa thuận khác.

- *Nội dung của cầm cố tài sản*: Nội dung của cầm cố tài sản là các quyền và nghĩa vụ của các bên do các bên thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

Bên cầm cố và bên nhận cầm cố tài sản có các nghĩa vụ và quyền theo quy định từ Điều 330 đến Điều 333 Bộ luật dân sự 2005.

- *Xử lý tài sản cầm cố*: Khi đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên cầm cố tài sản không thực hiện hoặc thực hiện nghĩa vụ không đúng thỏa thuận thì tài sản cầm cố được xử lý theo phương thức do các bên đã thỏa thuận hoặc được bán đấu giá để thực hiện nghĩa vụ. Bên nhận cầm cố được ưu tiên thanh toán từ số tiền bán tài sản cầm cố, sau khi trừ chi phí bảo quản, chi phí bán đấu giá tài sản. (Phương thức xử lý tài sản cầm cố xem phần xử lý tài sản thế chấp)

c. Thứ ba, bảo lãnh tài sản

Bảo lãnh là việc người thứ ba (gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là bên được bảo lãnh) nếu khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

Các quy định về bảo lãnh tài sản được pháp luật ghi nhận như sau:

- *Chủ thể của bảo lãnh*: Chủ thể của bảo lãnh bao gồm các đối tượng sau:

- + Bên bảo lãnh;
- + Bên được bảo lãnh;
- + Bên nhận bảo lãnh.

- *Phạm vi của bảo lãnh*: Là một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng (theo như thỏa thuận) nếu các bên không thỏa thuận cụ thể thì phạm vi bảo lãnh được xác định là toàn bộ nên người bảo lãnh phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ thay cho người được bảo lãnh như tiền nợ gốc, lãi, bồi thường thiệt hại (nếu có).

- *Đối tượng và hình thức của bảo lãnh*: Việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản (hợp đồng bảo lãnh).

d. Thứ tư, đặt cọc tài sản

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

Trong trường hợp các bên thực hiện đúng thỏa thuận trong thời hạn (hợp đồng được giao kết, thực hiện) thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ vào nghĩa vụ trả tiền theo hợp đồng.

Trong trường hợp có sự vi phạm trong giao kết, thực hiện hợp đồng thì xử lý như sau:

- Nếu bên đặt cọc từ chối giao kết, thực hiện hợp đồng thì tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc.

- Nếu bên nhận đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng, thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc, đồng thời phải trả một khoản tiền tương đương với giá trị tài sản đặt cọc (trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác).

Để có căn cứ giải quyết khi có tranh chấp xảy ra pháp luật quy định việc đặt cọc phải được lập thành văn bản.

Trong thực tiễn nhiều trường hợp các bên thỏa thuận bằng văn bản không rõ ràng như hợp đồng mua bán nhà để làm trụ sở kinh doanh có giấy đặt cọc nhưng nội dung lại trả trước một nửa tiền, hoặc để làm tin bên mua trả cho bên bán 300 triệu (cọc). Những trường hợp trên rất khó xác định đâu là tiền đặt cọc (để đảm bảo giao kết hoặc thực hiện hợp đồng), đâu là tiền mà các bên đã thanh toán cho nhau theo hợp đồng dân sự.

Ngoài ra, quy định tại Điều 358: "Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác" còn có cách hiểu khác nhau:

Có quan điểm cho rằng, pháp luật cho các bên giao kết hợp đồng được thỏa thuận về khoản phạt cọc thì dù có thỏa thuận gấp bao nhiêu số tiền đặt cọc cũng phải công nhận. Trong trường hợp này, tôn trọng tự do tự nguyện cam kết thỏa thuận của các bên.

Có quan điểm cho rằng các bên có thể thỏa thuận phạt cọc gấp bao nhiêu lần tiền cọc, nhưng khi có tranh chấp xảy ra thì chỉ công nhận và giải quyết theo Điều 358 Bộ luật Dân sự, nếu các bên thỏa thuận thấp hơn quy định của Điều 358 thì công nhận sự thỏa thuận đó.

Những vấn đề trên các cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn cụ thể để cho việc áp dụng thống nhất.

đ. Thứ năm, ký cược

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

e. Thứ sáu, ký quỹ

Là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản phong tỏa tại ngân hàng để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

g. Thứ bảy, tín chấp

Là việc tổ chức chính trị - xã hội bảo đảm bằng uy tín cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác để sản xuất kinh doanh, làm dịch vụ.

3. CÁC ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG

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

Căn cứ vào Điều 122 và các quy định có liên quan, có thể xác định một hợp đồng thương mại có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau:

3.1. Chủ thể và thẩm quyền giao kết hợp đồng

3.1.1. Chủ thể giao kết hợp đồng

Chủ thể tham gia giao kết hợp đồng thương mại phải có năng lực chủ thể để thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Trong thực tiễn kinh doanh, chủ thể tham gia hoạt động thương mại chủ yếu là các thương nhân. Khi tham gia hợp đồng thương mại nhằm mục đích kinh doanh, các thương nhân phải đáp ứng điều kiện có đăng ký doanh nghiệp phù hợp với nội dung của hợp đồng.

3.1.2. Thẩm quyền giao kết hợp đồng

Đại diện tham gia giao kết hợp đồng phải đúng thẩm quyền. Đại diện hợp pháp của chủ thể hợp đồng có thể là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo uỷ quyền.

Theo quy định của Bộ luật dân sự¹⁶, khi người không có quyền giao kết, thực hiện hợp đồng, sẽ không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên hợp đồng được đại diện trừ trường hợp được người đại diện hợp pháp của bên được đại diện chấp nhận.

Bên đã giao kết với người không có quyền đại diện phải thông báo cho bên kia để trả lời trong thời hạn ấn định.

Nếu hết thời hạn này mà không có trả lời thì hợp đồng đó không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên được đại diện, nhưng người không có quyền đại diện vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên đã giao

¹⁶ Xem Điều 145 - Bộ luật Dân sự 2005

kết hợp đồng với mình, trừ trường hợp bên đã giao dịch biết hoặc phải biết về việc không có quyền đại diện.

3.2. Mục đích và nội dung của hợp đồng

Mục đích của hợp đồng thương mại: Là lợi ích mà các bên mong muốn đạt tới khi xác lập giao dịch trong thương mại.

Nội dung của hợp đồng thương mại: Là tổng hợp các điều khoản cam kết trong giao dịch, qui định các quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể.

Hàng hoá, dịch vụ là đối tượng của hợp đồng không bị cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tuy thuộc vào từng giai đoạn phát triển của nền kinh tế, xuất phát từ yêu cầu quản lý nhà nước mà những hàng hoá, dịch vụ bị cấm kinh doanh được pháp luật quy định một cách phù hợp.

Trong trường hợp, hợp đồng thương mại có mục đích và nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật hoặc trái đạo đức xã hội thì không được thừa nhận, không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên.

3.3. Nguyên tắc giao kết

Hợp đồng thương mại được giao kết phải đảm bảo nguyên tắc của hợp đồng theo quy định của pháp luật. Việc quy định này nhằm đảm bảo sự thoả thuận phù hợp với ý chí của các bên. Bản chất của quan hệ hợp đồng mang yếu tố ý chí, đó là sự thống nhất ý chí của các chủ thể tham gia.

Do vậy, muốn xác định các chủ thể có tự nguyện hay không cần dựa vào sự thống nhất biện chứng giữa hai yếu tố: ý chí và bày tỏ ý chí. Đây là hai mặt của một vấn đề có quan hệ khăng khít với nhau. Sự tự nguyện hoàn toàn đó chính là sự thống nhất ý chí bên trong và sự bày tỏ ý chí ra bên ngoài; chỉ khi sự biểu lộ ý chí ra bên ngoài phản ánh khách quan, trung thực những mong muốn bên trong của các chủ thể mới coi là tự nguyện. Thiếu sự tự nguyện: hợp đồng giả tạo, hợp đồng do bị nhầm lẫn, hợp đồng do bị lừa dối hoặc bị đe dọa.

3.4. Hình thức hợp đồng

Hình thức hợp đồng phải phù hợp với quy định của pháp luật, chỉ là điều kiện có hiệu lực nếu pháp luật có quy định.

Để hợp đồng thương mại có hiệu lực, hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức pháp luật thừa nhận. Theo quy định của Luật Thương mại¹⁷, hợp đồng thương mại được thể hiện bằng lời nói, văn bản hoặc hành vi cụ thể.

Đối với các hợp đồng mà pháp luật quy định phải bằng văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp một bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải bằng văn bản, sẽ là lý do dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu.

4. HỢP ĐỒNG VÔ HIỆU VÀ XỬ LÝ HỢP ĐỒNG VÔ HIỆU

4.1. Khái niệm

Hợp đồng vô hiệu là hợp đồng khi vi phạm với các quy định của pháp luật (không thoả mãn đầy đủ các điều kiện có hiệu lực theo quy định của pháp luật).

Khi các nội dung về quyền và nghĩa vụ của các bên được xác lập trái với những quy định của pháp luật thì không có hiệu lực thực hiện.

4.2. Các trường hợp vô hiệu

4.2.1. Hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội

Hợp đồng này vô hiệu ngay từ thời điểm giao kết không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên. Các bên tham gia vào hợp đồng có thể biết hoặc không biết là mình đã tham gia vào giao dịch trái pháp luật. Tùy theo tính chất và mức độ vi phạm thì tài sản giao dịch và hoa lợi, lợi tức thu được bị tịch thu sung công quỹ nhà nước.

Trong trường hợp có thiệt hại mà các bên đều có lỗi, thì mỗi bên tự chịu phần thiệt hại của mình; nếu chỉ một bên có lỗi, thì bên đó phải bồi thường thiệt hại cho bên kia.

¹⁷ Xem Điều 24 - Luật Thương mại 2005

4.2.2. Hợp đồng vô hiệu do giả tạo¹⁸

Là hợp đồng không có sự thoả thuận và thống nhất ý chí của các bên nhằm làm phát sinh một quan hệ hợp đồng thực tế mà nhằm mục đích che dấu một giao dịch hợp đồng khác, trốn tránh pháp luật. Trong trường hợp này, hợp đồng giả tạo vô hiệu, còn hợp đồng bị che dấu vẫn có hiệu lực nếu hợp đồng đó tuân thủ đầy đủ các điều kiện có hiệu lực được quy định tại điều 121 Bộ luật Dân sự 2005, trừ trường hợp hợp đồng đó không nhằm làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên thì cũng vô hiệu.

4.2.3. Hợp đồng vô hiệu do người chưa thành niên, người bị mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập¹⁹

Hợp đồng vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình²⁰.

4.2.4. Hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn²¹

Là trường hợp các bên hình dung sai về chủ thể hoặc nội dung của hợp đồng mà tham gia vào giao dịch gây thiệt hại cho mình hoặc cho bên kia.

4.2.5. Hợp đồng vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa²²

- *Thứ nhất*, hợp đồng được xác lập do bị lừa dối: Lừa dối là hành vi cố ý của một bên nhằm làm cho bên kia nhầm lẫn về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của giao dịch nên đã xác lập giao dịch đó. Do vậy, khác với nhầm lẫn thì lừa dối do thủ đoạn cố ý của một bên làm cho bên kia tin tưởng nên thúc đẩy việc xác lập giao dịch.

- *Thứ hai*, hợp đồng được xác lập do bị đe dọa: Đe dọa là hành vi cố ý, có ý thức của một bên làm cho bên kia sợ hãi mà phải thực hiện

¹⁸ Xem Điều 129 - Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁹ Xem Điều 130 - Bộ luật Dân sự 2005.

²⁰ Xem Điều 133 - Bộ luật Dân sự 2005.

²¹ Xem Điều 131- Bộ luật Dân sự 2005.

²² Xem Điều 132 - Bộ luật Dân sự 2005.

giao dịch nhằm tránh những thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản của mình hoặc của những người thân thích.

Hợp đồng được xác lập do bị đe dọa không phù hợp với lợi ích của bên bị đe dọa, nói cách khác thiếu sự thể hiện ý chí đích thực của các chủ thể tham gia hợp đồng. Các căn cứ để xác định có sự đe dọa bao gồm: có sự sợ hãi (về thể chất hoặc tinh thần); có hành vi cố ý đe dọa của một bên; Sự đe dọa là bất hợp pháp.

4.2.6. Hợp đồng vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức²³

Hình thức hợp đồng phải phù hợp với quy định của pháp luật.

Để hợp đồng thương mại có hiệu lực, hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức pháp luật thừa nhận. Theo quy định của Luật thương mại²⁴, hợp đồng kinh doanh - thương mại được thể hiện bằng lời nói, văn bản hoặc hành vi cụ thể.

Đối với các hợp đồng mà pháp luật quy định phải bằng văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp một bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải bằng văn bản, sẽ là lý do dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu.

4.3. Phân loại hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu

Về phương diện lý luận cũng như theo pháp luật của một số nước khi nghiên cứu các loại giao dịch dân sự vô hiệu có thể phân chia thành:

- *Hợp đồng vô hiệu tuyệt đối*: hợp đồng này không có hiệu lực ngay từ thời điểm giao kết nhằm bảo vệ lợi ích nhà nước, lợi ích công cộng. Chẳng hạn hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật (mua bán hàng lậu, ma túy, pháo nổ...).

- *Hợp đồng vô hiệu tương đối*: hợp đồng vô hiệu tương đối tuy có vi phạm một trong các điều kiện có hiệu lực nhưng vẫn coi là có giá trị pháp lý nếu các bên tham gia vẫn tự nguyện thực hiện, Tòa án chỉ tuyên bố vô hiệu khi có yêu cầu của các bên tham gia.

- *Hợp đồng vô hiệu toàn bộ*: Khi vi phạm các điều kiện có hiệu lực

²³ Xem Điều 134 - Bộ luật Dân sự 2005.

²⁴ Xem Điều 24 - Luật Thương mại 2005

của hợp đồng được quy định ở Điều 122 Bộ luật Dân sự 2005.

Hợp đồng vô hiệu toàn bộ không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của các bên từ thời điểm giao kết; các bên phải khôi phục lại tình trạng ban đầu.

Việc phục lại tình trạng ban đầu được thực hiện theo quy định sau:

+ Các bên hoàn trả lại cho nhau những gì đã nhận. Nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì hoàn trả bằng tiền (trừ trường hợp tài sản bị tịch thu theo quy định của pháp luật).

+ Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường cho bên kia.

- *Hợp đồng vô hiệu một phần*: Khi một phần của của giao dịch vô hiệu nhưng không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của phần còn lại của hợp đồng.

Đối với hợp đồng vô hiệu từng phần, các bên phải sửa đổi điều khoản vi phạm theo đúng quy định của pháp luật rồi tiếp tục thực hiện.

5. TRÁCH NHIỆM VẬT CHẤT TRONG HỢP ĐỒNG KINH DOANH - THƯƠNG MẠI

5.1. Khái niệm

Trách nhiệm vật chất trong hợp đồng kinh doanh - thương mại được hiểu theo hai nghĩa: khách quan và chủ quan.

- *Theo nghĩa khách quan*: Trách nhiệm vật chất trong quan hệ pháp luật là một chế định pháp lý của pháp luật hợp đồng kinh doanh - thương mại. Nó điều chỉnh quan hệ kinh tế phát sinh giữa các chủ thể của hợp đồng thương mại do có sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Chế định này quy định căn cứ làm phát sinh trách nhiệm vật chất, các chế tài quy định trách nhiệm vật chất và các căn cứ miễn trách nhiệm vật chất.

- *Theo nghĩa chủ quan*: Trách nhiệm vật chất là việc gánh chịu hậu quả bất lợi do hành vi vi phạm nghĩa vụ gây ra.

5.2. Ý nghĩa của chế độ trách nhiệm vật chất

Việc quy định chế độ trách nhiệm vật chất trong quan hệ hợp đồng kinh doanh thương mại nhằm các mục đích sau:

- Củng cố quan hệ hợp đồng kinh doanh - thương mại giữa các chủ thể kinh doanh.

- Nâng cao kỷ luật hợp đồng, phòng ngừa các hành vi vi phạm;
- Giáo dục ý thức tôn trọng pháp luật;
- Khôi phục lợi ích kinh tế của các bên vi phạm.

5.3. Căn cứ áp dụng trách nhiệm vật chất

Những căn cứ làm phát sinh trách nhiệm vật chất trong quan hệ hợp đồng thương mại bao gồm:

- (1). Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- (2). Có thiệt hại thực tế xảy ra;
- (3). Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế;
- (4). Có lỗi của bên vi phạm.

Hành vi vi phạm hợp đồng: là hành vi không thực hiện hợp đồng đã ký kết hoặc thực hiện không đúng như thoả thuận và quy định của pháp luật.

Ví dụ: không giao hàng đúng số lượng, chất lượng,...không chấp hành đúng thời gian, thanh toán chậm...

Thiệt hại thực tế xảy ra: là sự giảm bớt lợi ích về tài sản như mất mát, hư hỏng tài sản tính được thành tiền hay những chi phí phải bỏ ra để khắc phục hậu quả xấu do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Thiệt hại này phải có thực, tồn tại khác quan và không suy diễn.

- *Mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế:* bên vi phạm chỉ phải chịu trách nhiệm vật chất khi nào thiệt hại xảy ra là kết quả của chính hành vi vi phạm của họ. Hành vi này là nguyên nhân gây ra hậu quả, là thiệt hại về tài sản. Giữa nguyên nhân là hành vi gây ra hậu quả và thiệt hại có mối quan hệ nhân quả. Thiệt hại phát sinh là do kết quả tất yếu của hành vi vi phạm, không có sự vi phạm thì không có thiệt hại đó. Bên bị thiệt hại nếu muốn được bồi thường phải chứng minh được mối quan hệ nhân quả đó.

- *Lỗi của bên vi phạm:* Lỗi được hiểu là trạng thái tâm lý và mức độ nhận thức của một người đối với hành vi của họ và hậu quả

của hành vi đó.

Khi áp dụng chế độ trách nhiệm pháp lý bao giờ cũng phải tính đến yếu tố chủ quan trong việc vi phạm nghĩa vụ pháp lý; nghĩa là, xem xét bên vi phạm có lỗi hay không.

Trong Luật thương mại không phân biệt lỗi cố ý hay vô ý như trong Luật Dân sự hay Luật Hình sự.

Trong quan hệ hợp đồng kinh doanh - thương mại, bên vi phạm nghĩa vụ bị coi là có lỗi nếu như không chứng minh được rằng: Sự vi phạm đó là điều không thể tránh được, là do hoàn cảnh khách quan dẫn đến, bên vi phạm đã sử dụng mọi biện pháp mà điều kiện kinh tế, kỹ thuật cho phép nhưng cũng không tránh được sự vi phạm.

5.4. Các loại trách nhiệm vật chất trong hợp đồng kinh doanh-thương mại

Trách nhiệm vật chất trong thương mại gồm 6 loại sau:

5.4.1. Buộc thực hiện đúng hợp đồng

Buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh.

Trường hợp bên vi phạm giao thiếu hàng hoặc cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng thì phải giao đủ hàng hoặc cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận trong hợp đồng. Trường hợp bên vi phạm giao hàng hoá, cung ứng dịch vụ kém chất lượng thì phải loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng.

Bên vi phạm không được dùng tiền hoặc hàng khác chủng loại, loại dịch vụ khác để thay thế nếu không được sự chấp thuận của bên bị vi phạm. Trong trường hợp bên vi phạm không thực hiện theo quy định thì bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác để thay thế theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải trả khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan nếu có; có quyền tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ và bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

Bên bị vi phạm phải nhận hàng, nhận dịch vụ và thanh toán tiền hàng, thù lao dịch vụ, nếu bên vi phạm đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ theo quy định.

Trường hợp bên vi phạm là bên mua thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua trả tiền, nhận hàng hoặc thực hiện các nghĩa vụ khác của bên mua được quy định trong hợp đồng.

5.4.2. Phạt vi phạm

Phạt vi phạm là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng nếu trong hợp đồng có thoả thuận, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm. Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thoả thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, trừ trường hợp quy định tại Điều 266 của Luật thương mại.

5.4.3. Bồi thường thiệt hại

Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm. Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.

Trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 của Luật thương mại, trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh khi có đủ các yếu tố sau đây:

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

5.4.4. Tạm ngừng thực hiện hợp đồng

Tạm ngừng thực hiện hợp đồng là việc một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng;

- Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.
- Hợp đồng bị tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của Luật thương mại.

5.4.5. Đình chỉ thực hiện hợp đồng

Trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 của Luật thương mại, đình chỉ thực hiện hợp đồng là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng thuộc một trong các trường hợp sau đây:

(1). Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để đình chỉ hợp đồng;

(2). Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng. Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định.

5.4.6. Huỷ bỏ hợp đồng

Huỷ bỏ hợp đồng bao gồm huỷ bỏ toàn bộ hợp đồng và huỷ bỏ một phần hợp đồng.

- *Huỷ bỏ toàn bộ hợp đồng*: Là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện tất cả các nghĩa vụ hợp đồng đối với toàn bộ hợp đồng.

- *Huỷ bỏ một phần hợp đồng*: Là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Trừ các trường hợp miễn trách nhiệm pháp luật quy định, chế tài huỷ bỏ hợp đồng được áp dụng trong các trường hợp sau đây:

+ Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để huỷ bỏ hợp đồng;

+ Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Trừ trường hợp quy định tại Điều 313 của Luật thương mại, sau khi huỷ bỏ hợp đồng, hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết,

các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng, trừ thoả thuận về các quyền và nghĩa vụ sau khi huỷ bỏ hợp đồng và về giải quyết tranh chấp.

Các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời; trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền.

Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

5.5. Các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng

Bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong các trường hợp sau đây:

- Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận;
- Xảy ra sự kiện bất khả kháng;
- Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia;
- Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm. Bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra.

Khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết; nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

Bên vi phạm có nghĩa vụ chứng minh với bên bị vi phạm về trường hợp miễn trách nhiệm của mình.

Chương 2

MỘT SỐ HỢP ĐỒNG THÔNG DỤNG TRONG THƯƠNG MẠI

1. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ TRONG THƯƠNG MẠI

1.1. Khái niệm chung về hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

1.1.1. Khái niệm hàng hoá

“Hàng hoá” theo nghĩa rộng được hiểu là sản phẩm lao động của con người, được tạo ra nhằm mục đích trao đổi để thoả mãn nhu cầu mang tính xã hội. Nhu cầu của con người phong phú và biến thiên liên tục vì vậy hàng hoá cũng luôn phát triển phong phú và đa dạng.

1.1.2. Khái niệm mua bán hàng hoá

Mua bán hàng hoá là quan hệ chuyển giao quyền sở hữu hàng hoá để đổi lấy tiền, *theo đó người bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển tiền sở hữu hàng hoá cho người mua và nhận tiền; còn người mua có nghĩa vụ nhận hàng hoá và trả tiền cho người bán theo thoả thuận của hai bên.*

1.1.3. Khái niệm hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Quan hệ mua bán hàng hoá được xác lập và thực hiện thông qua hình thức pháp lý là hợp đồng mua bán hàng hoá.

Hợp đồng mua bán hàng hoá có bản chất chung của một hợp đồng. Luật Thương mại 2005 không đưa ra định nghĩa về Hợp đồng mua bán hàng hoá, song dựa trên các quy định của Bộ luật dân sự về hợp đồng mua bán tài sản²⁵ có thể xác định bản chất pháp lý của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại như sau:

“Hợp đồng mua bán hàng hoá là sự thoả thuận của các chủ thể kinh doanh, theo đó người bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển tiền sở hữu hàng hoá cho người mua và nhận tiền; còn người mua có nghĩa vụ nhận hàng

²⁵ Xem Điều 428 - Bộ luật Dân sự 2005.

hoá và trả tiền cho người bán theo thoả thuận của hai bên”.

1.2. Đặc điểm hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Hợp đồng mua bán hàng hoá có những đặc điểm sau:

1.2.1. Thứ nhất, về chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá

- Hợp đồng mua bán hàng hoá được thiết lập giữa các chủ thể chủ yếu là các thương nhân.

Theo quy định của Luật Thương mại 2005²⁶, thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh.

Thương nhân là chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài.

Chủ thể chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại là các thương nhân, xuất phát từ lý do:

+ Hợp đồng này được hình thành trong hoạt động sản xuất kinh doanh, hay nói cách khác, nhờ có hoạt động sản xuất kinh doanh mới có hoạt động mua bán này.

+ Muốn tham gia vào quan hệ này, phải có những điều kiện nhất định, như: tiền vốn, vật tư, nguyên, nhiên liệu, sản phẩm và điều kiện quan trọng nhất là phải đảm bảo tư cách chủ thể, được thể hiện ở Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

- Ngoài các chủ thể là thương nhân, các tổ chức, cá nhân không phải là thương nhân cũng có thể là chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá. Hợp đồng thương mại mà chủ thể không phải là thương nhân và không nhằm mục đích lợi nhuận trong quan hệ Hợp đồng mua bán hàng hoá phải tuân theo Luật Thương mại khi chủ thể này lựa chọn áp dụng Luật Thương mại.

1.2.2. Thứ hai, về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hoá

Hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại có thể được thiết

²⁶ Xem Khoản 1 Điều 6 - Luật thương mại 2005.

lập theo cách thức nào mà các bên thể hiện được sự thoả thuận mua bán hàng hoá giữa các bên.

Hợp đồng mua bán hàng hoá có thể được thể hiện dưới hình thức lời nói, văn bản hoặc hành vi cụ thể của các bên giao kết.

Điều 24 Luật Thương mại 2005 quy định: “*Hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được thành lập bằng văn bản thì phải tuân theo các quy định đó*”.

Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế là một ví dụ về trường hợp bắt buộc phải tuân theo bằng hình thức văn bản.

Theo quy định của pháp luật²⁷, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải được thể hiện dưới hình thức văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương, như: điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu.

1.2.3. Thứ ba, về đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa

Hợp đồng mua bán hàng hoá có đối tượng là hàng hóa.

Hàng hoá là sản phẩm lao động của con người, được tạo ra để nhằm mục đích thoả mãn nhu cầu của con người. Dựa vào tính chất pháp lý, hàng hoá được chia thành nhiều loại khác nhau, như: bất động sản, động sản, tài sản hữu hình, tài sản vô hình hoặc các quyền về tài sản (quyền mua cổ phần, quyền sử dụng đất..).

Hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá được quy định ngày càng hoàn thiện hơn.

Trước đây, theo Luật Thương mại 1997²⁸ hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá chỉ bao gồm: Máy móc, thiết bị, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, hàng tiêu dùng, các động sản khác được lưu thông trên thị trường; nhà ở để kinh doanh dưới hình thức cho thuê, mua, bán.

Quy định này có phạm vi hẹp so với khái niệm về hàng hóa của

²⁷ Xem Khoản 2 Điều 27 - Luật thương mại 2005.

²⁸ Xem Khoản 2 Điều 3- Luật Thương mại 1997.

các nước trên thế giới. Trên thực tế, các hoạt động mua bán có tính chất thương mại ở Việt Nam không chỉ dừng lại ở những loại hàng hóa này, ví dụ như cổ phiếu, trái phiếu, quyền sử dụng đất...

Hiện nay, khắc phục sự bất cập của Luật Thương mại 1997 về khái niệm hàng hoá, Luật Thương mại 2005²⁹ quy định, hàng hóa bao gồm: tất cả các loại động sản, kể cả các động sản thành trong tương lai, những vật gắn liền với đất đai.

Với cách hiểu về hàng hóa như vậy, hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán có thể là hàng hóa hiện đang tồn tại hoặc hàng hóa sẽ có trong tương lai; hàng hóa là động sản hoặc bất động sản được phép lưu thông thương mại.

1.2.4. Thứ tư, quá trình thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại chính là quá trình chuyển giao quyền sở hữu và quyền quản lý tài sản trên cơ sở ngang giá, nghĩa là, trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá, bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận hàng hóa và trả tiền cho bên bán.

- Đặc điểm này cho phép phân biệt hợp đồng mua bán hàng hoá với hợp đồng thuê tài sản.

Trong hợp đồng thuê tài sản, quyền chiếm hữu và sử dụng tài sản được chuyển dịch từ người cho thuê sang người thuê, song người cho thuê vẫn là chủ sở hữu tài sản cho thuê (không có sự chuyển dịch về sở hữu đối với tài sản, chỉ chuyển quyền chiếm hữu và sử dụng).

- Đặc điểm này phân biệt với hợp đồng tặng, cho tài sản.

Hợp đồng mua bán là hợp đồng song vụ, có tính chất đền bù ngang giá, giá của hàng hóa luôn được xác định. Việc chuyển dịch quyền sở hữu luôn kèm theo yêu cầu đền bù tương ứng với giá trị của hàng hóa. Trong khi đó, hợp đồng tặng cho tài sản là hợp đồng đơn vụ. Khi tặng, cho tài sản, bên tặng cho giao tài sản và giao quyền sở hữu cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù (giống nhau là đều chuyển quyền sở hữu. Khác nhau là không có sự đền bù ngang giá).

²⁹ Xem Khoản 3 điều 5 - Luật Thương mại 2005.

- Đặc điểm này phân biệt với hợp đồng cung ứng dịch vụ.

Hợp đồng dịch vụ là hình thức của các quan hệ dịch vụ thương mại, có thể các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hóa, như: (dịch vụ trung gian thương mại, dịch vụ xúc tiến thương mại, dịch vụ logistic) và các dịch vụ không gắn trực tiếp với mua bán hàng hóa như: dịch vụ xây dựng, dịch vụ bảo hiểm, dịch vụ ngân hàng...

+ *Dịch vụ trung gian thương mại*: là phương thức giao dịch mà mọi việc thiết lập quan hệ giữa người mua và người bán phải thông qua một người trung gian. Như: môi giới thương mại, đại diện thương nhân, uỷ thác mua, bán...

+ *Dịch vụ xúc tiến thương mại*: là hoạt động thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội mua bán hàng hóa và cung ứng dịch vụ, bao gồm: các hoạt động khuyến mại, quảng cáo thương mại, trưng bày, giới thiệu hàng hóa, dịch vụ và hội chợ, triển lãm thương mại.

+ *Dịch vụ logistic* (dịch vụ giao nhận hàng hoá): là dịch vụ luôn gắn với hợp đồng mua, bán, vận chuyển hàng hóa, như: tổ chức việc vận chuyển hàng hóa, giao hàng hóa, làm các giấy tờ thủ tục cần thiết để vận chuyển hàng hóa, nhận hàng từ người vận chuyển để giao hàng cho người nhận hàng...

Trong nền kinh tế thị trường, việc một thương nhân, chỉ bằng năng lực của mình, thực hiện tất cả các công đoạn của quá trình giao lưu thương mại ngày càng khó khăn, bởi phải qua nhiều công đoạn và mất nhiều thời gian. Bởi vì, chỉ để chuyển được hàng đến người mua, thương nhân bán hàng có thể phải thực hiện nhiều hoạt động phụ trợ khác nhau, như: đóng gói hàng hóa, ghi kí mã hiệu, làm thủ tục hải quan và các giấy tờ khác để gửi hàng, nhận hàng, xếp dỡ hàng hóa, lưu kho bãi, giao hàng cho người mua...

Thương nhân bán hàng có thể tự mình thực hiện tất cả các công đoạn đó nhưng do không có năng lực chuyên môn, hơn nữa, việc tự tiến hành các hoạt động phụ trợ phát sinh nhiều chi phí cho thương nhân. Để giảm chi phí sản xuất, các thương nhân có nhu cầu sử dụng những dịch vụ khác nhau liên quan đến việc vận chuyển hàng hóa đến người mua. Vì vậy, dịch vụ giao nhận hàng hóa ra đời và ngày càng khẳng định được vai trò và ý nghĩa của mình trong lưu thông hàng hóa.

1.3. Phân loại hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Khi phân loại hợp đồng mua bán hàng hoá, người ta dựa vào các căn cứ sau:

1.3.1. Căn cứ vào yếu tố chủ thể, đối tượng, nơi xác lập và thực hiện hợp đồng, người ta chia thành hợp đồng mua bán hàng hoá trong nước với hợp đồng mua bán hàng hoá có yếu tố nước ngoài (hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế).

- *Hợp đồng mua bán hàng hoá trong nước*: là hợp đồng được các chủ thể trong nước ký kết, có đối tượng hợp đồng, việc giao kết và thực hiện hợp đồng được thực hiện ở trong nước.

- *Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế*: Được xác định là hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế khi có một trong các yếu tố sau:

+ Đối tượng hợp đồng: hàng hóa là đối tượng của hợp đồng đang tồn tại ở nước ngoài (kể cả trường hợp các bên giao kết hợp đồng có cùng quốc tịch và hợp đồng được thực hiện ngay ở nước mình.

+ Địa điểm giao kết: hợp đồng được giao kết ở nước ngoài (nước mà các bên chủ thể giao kết không mang quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú hoặc không có trụ sở) và có thể được thực hiện ở nước mình hay nước thứ ba.

+ Chủ thể giao kết hợp đồng không cùng quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú.

1.3.2. Căn cứ vào nội dung và phương thức thực hiện hợp đồng, người ta chia ra các loại sau

- Hợp đồng bán vật tư, mua nông sản (Hợp đồng thương mại 2 chiều).

- Hợp đồng mua bán điện phục vụ sản xuất.

- Hợp đồng hàng đổi hàng (Hợp đồng H-H).

- Hợp đồng đặt hàng.

1.4. Nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Nội dung của Hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại: là

các điều khoản do các bên thoả thuận, thực hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng thương mại.

Trong thực tiễn, các bên thoả thuận nội dung hợp đồng càng chi tiết thì càng thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng.

Nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá trong kinh doanh - thương mại bao gồm các điều khoản sau:

- *Điều khoản đối tượng của hợp đồng*: “Đối tượng của hợp đồng” hay nói cách khác là “tên gọi của hàng hóa” phải được nêu tên hàng bằng những danh từ thông dụng nhất (tiếng phổ thông) để các bên hợp đồng và các cơ quan hữu quan đều có thể hiểu được. Bởi hàng hoá có thể tồn tại dưới dạng tư liệu tiêu dùng, vật tư và tư liệu sản xuất khác;

Trong trường hợp mua bán vật tư, sản phẩm chúng ta vẫn có thể ghi tên loại hợp đồng này dưới dạng cụ thể như:

- + Hợp đồng mua bán vật tư;
- + Hợp đồng mua bán sản phẩm.

Đối tượng của hợp đồng chỉ hợp pháp khi nó là loại hàng hoá được phép lưu thông; nếu đối tượng của loại hợp đồng này là hàng quốc cấm thì hợp đồng trở thành vô hiệu. Ví dụ: hợp đồng mua bán pháo, chất nổ, ma tuý..

- *Điều khoản về số lượng hàng hoá*: Số lượng vật tư, hàng hoá phải được ghi nhận chính xác, rõ ràng theo sự thoả thuận của các bên chủ thể và tính theo đơn vị đo lường hợp pháp của Nhà nước với từng loại hàng như; kg, tạ, tấn, cái, chiếc, KW/h, KV,... Nếu tính trọng lượng thì phải ghi cả trọng lượng cả bì.

- *Điều khoản về chất lượng, qui cách hàng hoá*: Phải ghi rõ trong hợp đồng phẩm chất, qui cách, tiêu chuẩn, kỹ thuật, kích thước, màu sắc, mùi vị, độ ẩm, tạp chất... Nhưng tùy từng loại hàng mà hai bên có thể thoả thuận về các điều kiện phẩm chất, qui cách cho phù hợp.

Một là, căn cứ tiêu chuẩn để thoả thuận chất lượng: Thông thường sản phẩm công nghiệp được tiêu chuẩn hoá, có các loại tiêu chuẩn Nhà nước (TCVN), tiêu chuẩn địa phương, tiêu chuẩn ngành kinh tế (TCN).

Hai là, nếu chưa được tiêu chuẩn hoá các bên phải thoả thuận chất

lượng bằng sự mô tả tỉ mỉ, không được dùng các khái niệm chung chung, khó qui trách nhiệm vi phạm như: “Chất lượng phải tốt”, Hàng hoá “phải bảo đảm” hoặc “hàng phải khô” hay “còn ăn được”.

Ba là, đối với hàng hoá có chất lượng ổn định thường được thoả thuận theo mẫu hàng, đó là được sản phẩm hàng loạt. Yêu cầu khi chọn mẫu phải tuân theo nguyên tắc:

- + Phải chọn mẫu của chính lô hàng ghi trong hợp đồng;
- + Mẫu hàng phải mang tính chất tiêu biểu cho loại hàng đó.
- + Số lượng mẫu ít nhất là ba, trong đó mỗi bên giữ một mẫu và giao cho người trung gian giữ một mẫu.

Mẫu hàng là một bộ phận không tách rời hợp đồng nên phải cặp chì, đánh dấu, ghi số hợp đồng vào mẫu... để đề phòng mất mát và tránh tranh chấp xảy ra sau này.

Ngoài ba phương pháp quy định chất lượng hàng hoá phổ biến trên, trong thực tế ký kết hợp đồng còn áp dụng những phương pháp sau:

- Xác định chất lượng theo điều kiện kỹ thuật;
- Xác định sau khi đã xem sơ bộ;
- Xác định theo hàm lượng từng chất trong hàng hoá;
- Xác định theo sản lượng thành phần;
- Xác định theo nhãn hiệu hàng hoá;
- Xác định theo trọng lượng tự nhiên;
- Xác định theo biểu kê các thông số kỹ thuật khắc hoạ tính chất hàng hoá;
- Xác định theo hiện trạng hàng hoá;
- Xác định theo phẩm chất bình quân tương đương.
- *Điều khoản về bao bì và ký mã hiệu*

Bao bì có tác dụng bảo vệ hàng hoá, tăng vẻ mỹ quan của hàng hoá làm cho hàng hoá hấp dẫn người mua với cách đóng gói và ký mã hiệu được ghi trên bao bì trong điều kiện kinh tế thị trường và hình thức bao bì. Do vậy, phải mô tả bao bì trong hợp đồng một cách tỉ mỉ về: hình dáng, kích cỡ bao bì, chất liệu, độ bền và cả các đóng gói hàng, vị trí ký

mã hiệu, nội dung ký mã hiệu, trên bao bì phải đảm bảo ghi nhận đầy đủ các dấu hiệu đặc trưng từng loại hàng như: tên hàng, tên cơ sở sản xuất, trọng lượng hàng, số hiệu đơn hàng phải có những chỉ dẫn đặc biệt về vận chuyển, bảo quản bóc xếp.

- *Điều khoản về thời gian, địa điểm giao nhận và phương thức giao nhận*: Những nội dung liên quan đến điều khoản giao nhận hàng, như: địa điểm, phương thức, thời gian giao nhận thường được các bên thoả thuận phù hợp với đặc điểm của hàng hóa trong hợp đồng.

Trường hợp các bên không thoả thuận những vấn đề này, thì áp dụng quy định của pháp luật, cụ thể:

- Theo Luật Thương mại 2005, trường hợp chỉ có thoả thuận về thời hạn giao hàng mà không xác định thời điểm cụ thể thì bên bán có quyền giao hàng vào bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua; trường hợp không có thoả thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng.

- Trường hợp bên bán giao hàng trước thời hạn đã thoả thuận thì bên mua có quyền nhận hoặc không nhận hàng nếu các bên không có thoả thuận khác³⁰.

- *Thời gian giao nhận*: Phải ghi vào hợp đồng thời gian giao nhận cụ thể, cần chia theo đợt, theo ngày, tháng...

- *Phương thức giao nhận hàng*: Giao nhận hàng phải qua cân, đong, đo, đếm...

- *Địa điểm giao hàng*: Cần thoả thuận cụ thể. Bên bán phải giao hàng đúng địa điểm đã thoả thuận trong hợp đồng.

Nếu các bên không thoả thuận về địa điểm giao hàng thì địa điểm giao hàng được xác định như sau:

+ Trường hợp hàng hóa là vật gắn liền với đất đai thì bên bán phải giao hàng tại nơi có hàng hóa đó.

³⁰ Điều 38 Luật Thương mại 2005.

+ Trường hợp trong hợp đồng có quy định về vận chuyển hàng hóa thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho người vận chuyển đầu tiên.

+ Trường hợp trong hợp đồng không có quy định về vận chuyển hàng hóa, nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng, các bên biết được địa điểm kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng hoặc nơi sản xuất thì bên bán phải giao hàng tại địa điểm đó.

+ Trong các trường hợp khác, bên bán phải giao hàng tại địa điểm kinh doanh của bên bán, nếu không có địa điểm kinh doanh, thì phải giao hàng tại nơi cư trú của bên bán được xác định tại thời điểm giao kết hợp đồng mua bán³¹.

- *Điều khoản về bảo hành hàng hoá và giấy hướng dẫn sử dụng:*
Về nguyên tắc, những hàng hoá có tính năng kỹ thuật, người sản xuất phải có trách nhiệm bảo hành trong thời hạn nhất định, có thể là 3 tháng hoặc là 6 tháng, đến 1 năm v.v.. đồng thời họ phải làm giấy hướng dẫn sử dụng cần thiết cho loại hàng đó, nhất là hàng dược liệu, mỹ phẩm và phương tiện kỹ thuật.

Đối với loại hàng có in nhãn hiệu ghi luôn phiếu bảo hành và hướng dẫn sử dụng trong đó, thì không phải thoả thuận điều này trong văn bản hợp đồng.

Trong nhiều trường hợp bên bán hàng và người trực tiếp sản xuất ra hàng là hai chủ thể khác nhau thì người mua sử dụng hàng hoá sẽ đưa thẳng tới cơ sở sản xuất yêu cầu thực hiện trách nhiệm bảo hành.

- *Điều khoản về giá cả:* Khi định giá hàng trong hợp đồng mua, bán cần nêu rõ: đơn vị tính giá và phương pháp định giá, cụ thể: xác định đơn vị tính giá; phương pháp định giá

- *Điều khoản về thanh toán:* Thanh toán là nghĩa vụ quan trọng nhất của bên mua trong quan hệ Hợp đồng mua bán hàng hoá. Điều khoản thanh toán được các bên thoả thuận thông thường, bao gồm:

+ Đồng tiền thanh toán;

³¹ Khoản 2 Điều 35 Luật Thương mại 2005

- + Địa điểm thanh toán;
- + Thủ tục thanh toán;
- + Phương thức thanh toán (tiền mặt, H - H, uỷ nhiệm chi (chuyển tiền), bằng séc, bằng thư tín dụng (L/C)).

- *Điều khoản có hiệu lực của hợp đồng*: Các bên xác định thời hạn hợp đồng có hiệu lực từ ngày nào, kết thúc ngày nào...

- *Điều khoản về trách nhiệm vật chất*: Trong hợp đồng mua bán hàng hoá, điều khoản này quy tụ lại những điều cam kết rất cụ thể về sự quyết tâm thực hiện nghiêm túc mọi điều khoản đã thoả thuận.

Trong đó, cần xác định một cách cụ thể những trường hợp phải bồi thường do trách nhiệm liên đới, xác định các mức phạt cụ thể do vi phạm về phẩm chất, qui cách hàng hoá, vi phạm do thiếu số lượng hàng, phụ tùng, phụ kiện thiếu đồng bộ; mức phạt được chọn từ 2%-8% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm, trường hợp có bị vi phạm về thời gian và địa điểm giao nhận bên kia có quyền lập biên bản và đòi phạt vi phạm ở mức tương ứng so với tổng giá trị hàng hoá trong hợp đồng.

- *Thủ tục giải quyết tranh chấp hợp đồng*: Phần này, các bên cần thoả thuận ba vấn đề cơ bản:

- + Xác định trách nhiệm thông báo cho nhau biết tiến độ thực hiện hợp đồng;

- + Thoả thuận giải quyết mọi tranh chấp nên áp dụng sự thương lượng giữa hai bên là chủ yếu, trong trường hợp không đạt được sự nhất trí đôi bên mới đưa vụ việc ra một cơ quan có thẩm quyền để giải quyết.

- + Các bên thoả thuận luôn trách nhiệm trả chi phí về kiểm tra và tài phán do bên nào chịu (thường lệ ai có lỗi bên đó phải gánh chịu loại chi phí bất đắc dĩ này).

- *Điều khoản về hiệu lực hợp đồng*: Trong điều khoản này, hai bên căn cứ vào khối lượng công việc trong hợp đồng để xác định thời hạn hợp đồng bắt đầu có hiệu lực từ ngày nào, kết thúc ngày nào, xác định thời gian tổ chức họp thanh lý ngày nào (thường quy định sau khoảng tối đa 10 ngày khi hợp đồng hết hiệu lực).

Có thể quy định cụ thể cho một bên lãnh trách nhiệm đứng ra tổ

chức cuộc họp thanh lý hợp đồng, có lập biên bản để ghi nhận ưu khuyết điểm của các bên, đặc biệt là chuyển giao mọi nghĩa vụ, trách nhiệm còn lại của hợp đồng vào biên bản này để hai bên tiếp tục thực hiện cho thật hoàn chỉnh trách nhiệm với nhau và cả trách nhiệm với các cơ quan hữu quan khác.

- *Điều khoản về thoả thuận khác (nếu có):* Trong trường hợp xét thấy các bên có thể đưa vào hợp đồng những vấn đề cụ thể nào đó mà pháp luật về hợp đồng chưa quy định để thoả thuận cho đầy đủ và rõ ràng vì lợi ích của một bên hoặc để tránh những khả năng xấu có thể xảy ra do kinh nghiệm giao kết và thực hiện nhiều hợp đồng đã cho họ bài học về sự thận trọng và thẳng thắn “mắt lòng trước đờc lòng sau”, miễn là sự thoả thuận không trái với pháp luật.

2. HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HOÁ TRONG KINH DOANH -THƯƠNG MẠI

2.1. Khái niệm hợp đồng vận chuyển hàng hóa

Ngành vận tải đóng vai trò rất quan trọng trong nền kinh tế và nó đợc xem là ngành sản xuất vật chất đặc biệt.

Tuy không tạo ra sản phẩm, nhưng nó là bộ phận quan trọng không thể thiếu đợc trong việc cấu thành giá trị của sản phẩm. Không có vận tải, sản phẩm đợc sản xuất ra không đợc phân phối và không thể tái sản xuất mở rộng.

Có thể nói, ngành vận tải chiếm vị trí của một khâu chủ yếu nhất, giúp các ngành khác hoàn thành tốt nhiệm vụ của mình. Để thực hiện đợc nhiệm vụ của mình, phải thông qua hình thức hợp đồng vận chuyển hàng hóa.

“Hợp đồng vận chuyển hàng hóa là sự thoả thuận giữa bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển. Theo đó, bên vận chuyển có nghĩa vụ vận chuyển một số lượng hàng hóa nhất định đến địa điểm đã ấn định đúng thời gian và giao số hàng đó cho người nhận hàng, còn bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ trả cho bên thuê vận chuyển một khoản tiền công gọi là cước phí vận chuyển”.

2.2. Đặc điểm hợp đồng vận chuyển hàng hóa

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có các đặc điểm sau:

- *Về đối tượng của hợp đồng*: Là hoạt động vận chuyển một số lượng hoặc khối lượng hàng hoá nhất định trên một đoạn đường nhất định.

- *Về chủ thể của hợp đồng*: Gồm có bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển.

Bên vận chuyển phải có: phương tiện vận chuyển, có chức năng hành nghề vận chuyển. Bên vận chuyển có thể là doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp tư nhân, các loại hình công ty, hợp tác xã... Có thể là đơn vị vận tải ô tô, vận tải đường sông, vận tải đường biển, vận tải đường sắt...

Bên thuê vận chuyển có thể là pháp nhân hay cá nhân nhưng phải đủ điều kiện là chủ thể của hợp đồng thương mại có nhu cầu thuê vận chuyển.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng, có thể có sự tham gia của bên thứ ba. Trong nhiều trường hợp bên vận chuyển và chủ phương tiện vận chuyển độc lập với nhau. Chủ hàng và bên thuê vận chuyển cũng khác nhau. Người nhận hàng có thể không phải là người chủ hàng hay người thuê vận chuyển.

Điều cần xác định cụ thể trong nội dung hợp đồng vận chuyển hàng hoá là sự tương quan về quyền và nghĩa vụ giữa bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển.

- *Về hình thức hợp đồng*: Theo quy định của Luật thương mại, có thể lựa chọn hình thức bằng văn bản, miệng hay hành vi thực tế. Thực tế, các bên thường sử dụng văn bản và được cụ thể hoá bằng các vận đơn.

Một hợp đồng vận chuyển hàng hoá có thể bao gồm một hoặc nhiều vận đơn. Nếu hợp đồng chỉ vận chuyển một chuyến thì cần một vận đơn.

Vận đơn có giá trị pháp lý như một hợp đồng. Nội dung vận đơn phải ghi rõ:

- + Người gửi hàng;
- + Người nhận hàng;

- + Nơi gửi;
- + Nơi nhận;
- + Số lượng hàng hoá vận chuyển;
- + Cước phí...

Vận đơn được sao thành nhiều bản và giao cho các bên có liên quan đến vận chuyển, mỗi bên giữ một bản.

2.3. Phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hóa

Dựa vào phương tiện vận chuyển, người ta phân định thành:

- Hợp đồng vận chuyển đường biển;
- Hợp đồng vận chuyển đường sông;
- Hợp đồng vận chuyển đường sắt;
- Hợp đồng vận chuyển đường ô tô;
- Hợp đồng vận chuyển đường hàng không;
- Hợp đồng vận chuyển đường ống;

2.4. Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá

2.4.1. Khái niệm

Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá là các điều khoản cơ bản, quy định quyền và nghĩa vụ của các bên.

2.4.2. Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá, bao gồm các điều khoản: khối lượng hàng và các mặt hàng; địa điểm giao nhận hàng; phương thức giao nhận hàng; giá cước vận chuyển; phương thức thanh toán; trách nhiệm của các bên; cơ quan giải quyết tranh chấp; hiệu lực của hợp đồng; các điều khoản khác.

2.4.3. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Từ các điều khoản trên, các bên có các quyền và nghĩa vụ sau:

a. Thứ nhất, quyền và nghĩa vụ của bên vận chuyển

Bên vận chuyển có các quyền và nghĩa vụ sau:

- Sau khi hợp đồng được xác lập và cụ thể hoá thành vận đơn, bên vận chuyển có nghĩa vụ đưa phương tiện vận chuyển phù hợp đến đúng thời gian, địa điểm nhận hàng.

- Nghĩa vụ quan trọng nhất của bên vận chuyển là vận chuyển đầy đủ, nguyên vẹn số hàng hoá đến nơi nhận án toàn và giao hàng hoá đó cho người nhận đúng thời gian, địa điểm. nghĩa vụ áp tải, bảo vệ hàng hoá dọc đường thường do chủ hàng hoặc bên vận chuyển đảm nhiệm.

- Bên vận chuyển có quyền kiểm tra trạng thái giá trị của hàng hoá, có quyền không vận chuyển những hàng hoá không đúng như nội dung thoả thuận trong hợp đồng (về chủng loại, quy cách, bao bì, đóng gói...), có quyền đòi cước phí vận chuyển đúng số lượng đã thoả thuận trong hợp đồng.

b. Thứ hai, quyền và nghĩa vụ của bên thuê vận chuyển

Bên thuê vận chuyển có các quyền và nghĩa vụ sau:

- Bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ đưa hàng hoá đúng chủng loại, đúng số lượng đã thoả thuận đúng thời gian, địa điểm quy định.

- Có nghĩa vụ đảm bảo yêu cầu kỹ thuật của số hàng hoá cần vận chuyển (bao bì, đóng gói, ký mã hiệu, những giấy tờ cần thiết khác...).

- Có trách nhiệm thanh toán số tiền cước phí vận chuyển và cước phụ phí cho bên vận tải theo đúng thời hạn đã thoả thuận trong hợp đồng và thanh toán các khoản chi phí cần thiết khác trong quá trình vận chuyển.

- Việc xếp, dỡ hàng hoá lên xuống phương tiện vận chuyển có thể thuộc nghĩa vụ của bên thuê vận chuyển, bên vận chuyển hoặc bên thứ ba tùy theo sự thoả thuận khi ký kết hợp đồng vận chuyển giữa các bên.

2.5. Những nguyên tắc cơ bản khi soạn thảo hợp đồng vận chuyển hàng hoá

2.5.1. Nguyên tắc thuê chở, nhận chở

Khi ký kết hợp đồng, tức là hai bên đã có sẵn yêu cầu và khả năng đáp ứng. Để tạo thuận lợi cho nhau, hai bên được phép thoả thuận thuê chuyển (5T, 7T, 10T, 100T...) thuê chở hàng lẻ, thuê chở khoán từng khối lượng nhất định...

Việc thuê theo hình thức nào phải ghi rõ vào hợp đồng, ghi cụ thể loại hàng gửi vận chuyển, tính chất hàng hoá (kỵ ướt, dễ vỡ...), đơn vị tính (tấn, bao...). Đối với đơn vị tính chưa xác định được, hai bên phải quy đổi theo quy định. Trong hợp đồng vận chuyển, hai bên thường không quan tâm ghi cụ thể vào hợp đồng nên dẫn đến khó khăn khi tính cước phí, nhiên liệu v.v..

2.5.2. Nguyên tắc giao nhận hàng vận chuyển

Giao nhận hàng hoá nhanh gọn, tốt là biểu hiện kế hoạch tốt, vận chuyển tốt, bảo quản tài sản Nhà nước được chu đáo, năng suất phương tiện được khai thác hợp lý, quan hệ giữa vận tải với chủ hàng tốt. Quan trọng hơn nữa là dễ dàng quy được trách nhiệm cho hai bên. Muốn vậy, khi lập hợp đồng cần lưu ý:

- Hợp đồng phải ấn định thật cụ thể và chính xác địa điểm giao nhận (ghi rõ đường, phường xã, quận huyện,...) để không gây lãng phí và ảnh hưởng đến kế hoạch vận chuyển, đồng thời làm cơ sở cho việc tính cự ly, tính cước và tính nhiên liệu.

- Hợp đồng phải ghi rõ phương pháp giao nhận: “nhận sao, giao vậy”, ghi cụ thể, tránh chung chung.

2.5.3. Nguyên tắc xếp dỡ hàng hoá

Xếp dỡ hàng hoá góp phần bảo vệ tốt hàng hoá và phương tiện, giúp cho phương tiện tăng vòng quay vận chuyển, đồng thời tăng năng suất vận chuyển.

Xét về nguyên tắc chung thì bên vận chuyển phụ trách xếp dỡ tại các địa điểm có tổ chức xếp dỡ của cơ quan giao thông vận tải (bến xe, trạm luân chuyển, cảng, kể các xí nghiệp, công, nông, lâm trường, các kho...). Phí tổn xếp dỡ chủ hàng chịu.

Việc giao nhận hàng do chủ hàng đảm nhận. Trong trường hợp chủ hàng phụ trách xếp dỡ thì bên vận tải có trách nhiệm hướng dẫn về kỹ thuật xếp dỡ.

Tại các địa điểm có chuyển tải mà không có áp tải đi theo, bên vận tải phải xếp dỡ nhưng chỉ được hưởng các chi phí nếu tại địa điểm này các cơ quan giao thông vận tải đã có thông báo trước.

Xếp dỡ phải được tiến hành cả ngày lẫn đêm kể cả ngày lễ và chủ nhật, chủ hàng phải báo trước 24 giờ. Khi xếp dỡ ngày lễ và chủ nhật, cần ghi rõ vào hợp đồng. Tuy nhiên, nếu có khó khăn về bến bãi, phương tiện bốc dỡ, hai bên có thoả thuận thời gian xếp dỡ cho phù hợp với thực tế và ghi vào hợp đồng để làm cơ sở tính thưởng phạt. Đây là quyền lợi của chủ hàng nên chủ hàng luôn luôn phải quan tâm.

Thời hạn chuẩn bị xếp dỡ đối với ô tô là: mỗi lần xe đến địa điểm giao nhận hàng, nếu chủ hàng đảm nhiệm thì phải bắt đầu xếp dỡ sau 30 phút, đối với đường sông là 3 giờ, đường biển là 2 giờ sau giờ vận tải báo phương tiện đến bến. Hai bên cần quy định và ghi vào hợp đồng thời hạn này để có cơ sở tính phạt chờ đợi khi đã qua thời gian chuẩn bị. Thực tế nếu có khó khăn về thuê mướn, huy động nhân công, hai bên được phép thương lượng kéo dài thêm thời hạn chuẩn bị và ghi rõ trong hợp đồng. Chẳng hạn 1/2 ngày đối với ô tô hoặc xà lan....

Tuỳ từng loại phương tiện và loại hàng, trong trường hợp Nhà nước chưa ban hành định mức cụ thể thì hai bên được thoả thuận định mức thích hợp ghi vào hợp đồng, vận đơn. Căn cứ vào đó mà ấn định thời gian xếp dỡ. Cần chú ý có thưởng phạt để nâng cao trách nhiệm và động viên khuyến khích.

2.5.4. Cước phụ phí vận tải và cách thanh toán

Trong vận chuyển, ngoài giá cước chính, bên vận chuyển còn được thu các khoản phụ phí vận chuyển (nếu có) theo thể lệ hiện hành như:

- Phí tổn điều xe (đường sông gọi là huy động phí);
- Cước qua phà;
- Chi phí chuyển tải;
- Phí tổn vật dụng chèn lót, chuồn củi;
- Giá chênh lệch xăng dầu;
- Lệ phí bến đỗ, kê khai giá trị hàng hoá, cảng phí, hoa tiêu phí...);
- Việc thanh toán phải căn cứ vào thể lệ thanh toán của ngân hàng mà chọn hình thức thích hợp;
- Chủ hàng thanh toán chậm phải chịu phạt lãi theo thể lệ ngân hàng;

- Trong việc thực hiện hợp đồng vận chuyển, thường chủ hàng hay giữ tiền cước để khấu trừ bồi thường hàng hoá bị hư hỏng, mất mát.

2.5.5. Nguyên tắc bồi thường và phạt vi phạm hợp đồng

Bên nào trong quá trình thực hiện hợp đồng để xảy ra vi phạm hợp đồng sẽ bị phạt theo chế độ hợp đồng kinh tế và nếu xếp dỡ chậm hoặc đưa phương tiện đến lấy hàng chậm thì bị phạt bồi thường phí tồn chờ đợi theo quy định của pháp luật.

- Hàng hoá vận chuyển bị mất sẽ phải bồi thường theo giá thị trường tự do ở thời điểm nơi hàng đến.

- Hàng hoá vận chuyển bị hư hỏng nếu:

+ Thuộc loại hàng không thể sửa chữa được như lương thực, thực phẩm, nông, lâm, thủy sản bị giảm phẩm chất thì dựa trên cơ sở phẩm chất hàng hoá khi nhận chở và khi giao hàng mà hai bên thoả thuận tỷ lệ bồi thường. Nếu không thoả thuận được thì hai bên yêu cầu cơ quan chuyên môn giám định và xác định tỷ lệ bồi thường.

+ Thuộc loại có thể sửa chữa được như máy móc, dụng cụ, phụ tùng... thì chủ hàng sửa chữa, bên vận tải đòi thợ phí tổn. Nếu sửa chữa xong vẫn không phục hồi được như cũ thì bên vận tải phải bồi thường theo loại hàng hư hỏng không sửa chữa được.

- Hợp đồng phải ghi rõ trách nhiệm vật chất của hai bên nhưng việc giải quyết tiền bồi thường và thanh toán cước phí phải tách riêng.

Trường hợp hàng không đóng gói, khai không đúng sự thật, bên chủ hàng phải chịu phạt bằng 20% số tiền cước phải trả.

2.5.6. Các trường hợp miễn bồi thường, miễn cước phí

- Bên vận chuyển có trách nhiệm bảo quản tốt hàng hoá vận chuyển nhưng nếu gặp các trường hợp sau thì được xét miễn giảm bồi thường:

+ Thiệt hại vì tai nạn hoặc thiên tai gây ra mà bên vận chuyển đã chuẩn bị mọi phương tiện đề phòng và đã cố gắng hết sức phòng ngừa nhưng không khắc phục được;

+ Hàng hoá đã được đóng gói, đã được quy ước giao nhận theo số lượng mà khi trả hàng, thùng hàng bao bì nguyên vẹn, dấu cặp chì,

gắng xi, niêm phong, đai kiện không thay đổi, nhưng hàng hoá bên trong bị thiệt hại hoặc hư hỏng;

+ Người áp tải (nếu có) không làm tròn nhiệm vụ bảo quản trong hợp đồng và vận đơn;

+ Hàng hoá phải huỷ bỏ dọc đường hoặc bị truy thu, trưng dụng theo lệnh của Nhà nước;

+ Ký mã hiệu thiếu hoặc sai;

+ Hàng hoá tự biến chất, hư thối, bốc hơi hoặc giảm phẩm chất trong trường hợp phương tiện bị các cơ quan kiểm soát của Nhà nước giữ lại quá thời hạn vận chuyển mà không do lỗi của bên vận tải;

+ Hoả hoạn không do lỗi của bên vận tải;

+ Cấp cứu sinh mạng người, phương tiện và hàng hoá;

+ Súc vật chết không do lỗi bên vận tải;

+ Hàng hoá bị mất mát, hư hỏng do lỗi của chủ hàng.

- Chủ hàng được miễn cước phí và phụ phí trong các trường hợp sau:

+ Hàng bị mất trong trường hợp mà bên vận tải chịu trách nhiệm bồi thường;

+ Hàng bị mất mát, hao hụt do thiên tai, đã cố gắng phòng ngừa, khắc phục như không được;

+ Phần hao hụt quá tỷ lệ đối với hàng hoá có định tỷ lệ hao hụt.

Cần lưu ý hai bên ký hợp đồng không được tùy tiện xét cho miễn giảm. Muốn miễn giảm phải có đầy đủ chứng từ kèm theo. Trường hợp hàng bị mất, bên vận chuyển đã giải quyết bồi thường hoặc chưa giải quyết nhưng sau đó lại tìm được thì bên chủ hàng phải nhận số hàng này và phải trả bồi thường nếu đã nhận.

Nguyên tắc bồi thường là bồi thường bằng tiền, không thực hiện bằng hiện vật.

2.5.7. Thời hạn hợp đồng

- Hợp đồng phải ghi rõ thời gian hiệu lực thi hành.

- Thời hạn hợp đồng vận chuyển chủ yếu nói đến thời gian vận

chuyển. Nguyên tắc tính thời gian vận chuyển là từ lúc hàng hoá được xếp xong trên phương tiện đến lúc phương tiện đến bến trả hàng. Nếu bên vận tải đảm nhận cả việc xếp dỡ thì thời gian xếp hàng ở bến đi và thời gian dỡ hàng ở bến đỗ được tính vào thời gian vận chuyển. Bên vận chuyển có trách nhiệm vận chuyển hàng hoá đúng theo thời hạn mà hai bên đã thoả thuận với nhau trong hợp đồng và bên chủ hàng phải đảm bảo có hàng hoá cho bên vận chuyển.

- Cần chú ý để cho thời hạn vận chuyển được hai bên thoả thuận trong hợp đồng thực hiện tốt. Hai bên ký hợp đồng phải căn cứ theo từng loại đường, cầu, phương tiện vận tải và tính chất từng loại hàng mà ấn định cho chính xác và cụ thể.

Biên bản thanh lý là cơ sở pháp lý xác nhận trách nhiệm giải quyết của mỗi bên đối với các tổn tại sau khi thực hiện hợp đồng. Do đó, hai bên phải bàn bạc kỹ, xác định số liệu, trách nhiệm thật cụ thể, chính xác. Bên vận tải chịu trách nhiệm chủ trì chủ hàng đến dự họp thanh lý vào một thời gian và địa điểm dự kiến trong hợp đồng.

2.5.8. Những việc cần thiết khi ký hợp đồng để phòng ngừa vi phạm hoặc tranh chấp

- Hợp đồng ký xong ngoài các bản hai bên giữ, cần phải gửi thêm cho ngân hàng mà hai bên có mở tài khoản để làm cơ sở cho vay và thanh toán.

- Hợp đồng phải được đại diện hợp pháp của hai bên ký tên và đóng dấu. Nếu vì một vài điều khoản mà hai bên chưa thống nhất thì trong hợp đồng, mỗi bên có thể bảo lưu quan điểm của mình và ký với những điều khoản đã thống nhất. Trong điều kiện chưa thống nhất nên ghi rõ vào hợp đồng ý kiến bảo lưu của các bên. Sau đó, báo cho các cơ quan chủ quản cấp trên để xử lý.

- Trong tình hình hiện nay, các doanh nghiệp vận tải (Nhà nước, tập thể, tư nhân) thường khoán vận chuyển cho từng đầu phương tiện (kể cả khoán cho đi khai thác hàng). Nhiều chủ hàng hay ký trực tiếp với lái xe, chủ tàu... mà không ký với đơn vị vận tải.

Về nguyên tắc những hợp đồng như vậy là không đúng pháp luật.

Nhưng quan trọng hơn là khi có tranh chấp xảy ra (như mất mát hàng hoá) thì đơn vị vận tải chủ quản không chịu trách nhiệm giải quyết và cơ quan tài phán không xem xét, giải quyết được do hợp đồng không được ký kết bởi những chủ thể theo quy định của pháp luật. Vì vậy, chủ hàng cần cương quyết tranh chấp khiếu kiện hợp đồng trên.

3. HỢP ĐỒNG DỊCH VỤ TRONG KINH DOANH - THƯƠNG MẠI

3.1. Khái niệm hoạt động dịch vụ và hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh – thương mại

3.1.1. Khái niệm hoạt động dịch vụ

Hoạt động dịch vụ là hoạt động kinh doanh quan trọng trong xã hội và không thể thiếu được trong quá trình sản xuất kinh doanh. Bên cạnh việc thường xuyên tham gia vào các quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá, các doanh nghiệp luôn chú trọng tham gia vào các quan hệ dịch vụ để đảm bảo cung ứng những điều kiện cần thiết cho sản xuất, vận tải, áp dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật và công nghệ mới, tăng năng suất lao động, cải tiến các dây chuyền sản xuất và phục vụ các nhu cầu xã hội.

Thực chất của hoạt động dịch vụ là loại hoạt động kinh doanh lấy công làm lãi. Nó không tạo ra sản phẩm mới như hoạt động sản xuất và cũng không phải là hoạt động phân phối lưu thông như trong hoạt động kinh doanh thương mại.

Hoạt động dịch vụ nhằm cung ứng những điều kiện vật chất kỹ thuật để đáp ứng các nhu cầu trong sản xuất kinh doanh và sinh hoạt xã hội. Có thể liệt kê một số hoạt động dịch vụ thông dụng và hiện nay đang được phát triển mạnh trong đời sống kinh tế xã hội ở nước ta hiện nay như:

- + Bảo trì, bảo dưỡng, sửa chữa máy móc, nhà cửa, tàu thuyền;
- + May đo quần áo;
- + Các công tác bảo hiểm;
- + Công tác kiểm dịch;
- + Hướng dẫn triển khai áp dụng các tiến bộ khoa học kỹ thuật vào sản xuất, lập các chương trình;
- + Phân tích tính toán, xử lý số liệu;

- + Thử nghiệm, kiểm nghiệm sản phẩm;
- + Biên soạn tài liệu, hướng dẫn kỹ thuật nghiệp...

3.1.2. Khái niệm, đặc điểm của hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh - thương mại

3.1.2.1. Khái niệm hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh -thương mại

Từ việc tìm hiểu về hoạt động dịch vụ như trên, chúng ta có thể nêu khái quát về hợp đồng dịch vụ trong thương mại như sau:

“Hợp đồng dịch vụ trong thương mại là sự thoả thuận bằng văn bản giữa các chủ thể của hợp đồng thương mại. Theo đó, bên nhận dịch vụ tiến hành những hoạt động nhất định bằng chính lao động và kỹ nghệ của mình nhằm thoả mãn một nhu cầu nào đó của bên thuê dịch vụ và được nhận một khoản tiền công gọi là dịch vụ phí. Bên thuê dịch vụ có trách nhiệm cung ứng những điều kiện vật chất cần thiết và các yêu cầu để thực hiện các dịch vụ đó, đồng thời có nghĩa vụ tiếp nhận các kết quả dịch vụ và thanh toán dịch vụ phí”.

3.1.2.2. Đặc điểm của hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh -thương mại

a. Đối tượng hợp đồng

Đặc trưng cơ bản nhất của hợp đồng dịch vụ trong thương mại để có thể phân biệt với các hợp đồng thương mại khác (hợp đồng mua bán hàng hoá) chính là đặc điểm của đối tượng hợp đồng.

Trong hợp đồng mua bán hàng hoá, đối tượng của nó là hàng hoá, còn trong hợp đồng dịch vụ, đối tượng của hợp đồng lại là một hoạt động cung ứng những nhu cầu nhất định, là một công việc cụ thể cho các chủ thể hợp đồng xác định theo những yêu cầu của bên đặt dịch vụ.

Đây là một loại hợp đồng thương mại đặc thù nên việc ký kết và thực hiện các hợp đồng dịch vụ trong thương mại phải theo những nguyên tắc, những qui định chung của Bộ luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005.

b. Hình thức hợp đồng

Theo quy định của Luật thương mại, có thể lựa chọn hình thức

bằng văn bản, miệng hay hành vi thực tế nhưng thực tế, các bên thường sử dụng bằng hình thức văn bản.

c. Chủ thể hợp đồng

Gồm có hai bên: Bên nhận dịch vụ và Bên thuê dịch vụ:

- *Bên nhận dịch vụ:* Là bên tiến hành những hoạt động nhất định bằng chính lao động và kỹ nghệ của mình nhằm thoả mãn một nhu cầu nào đó của bên thuê dịch vụ và được nhận một khoản tiền công gọi là dịch vụ phí.

Bên nhận dịch vụ phải đáp ứng điều kiện về chủ thể của hợp đồng thương mại.

- *Bên thuê dịch vụ:* Là bên có nhu cầu cần thuê bên nhận dịch vụ đáp ứng nhu cầu của mình theo những tiêu chuẩn, điều kiện nhất định.

Bên thuê dịch vụ có trách nhiệm cung ứng những điều kiện vật chất cần thiết và các yêu cầu để thực hiện các dịch vụ đó, đồng thời có nghĩa vụ tiếp nhận các kết quả dịch vụ và thanh toán dịch vụ phí.

Bên thuê dịch vụ có thể là cá nhân, tổ chức và đáp ứng điều kiện về chủ thể của quan hệ hợp đồng thương mại.

d. Phân loại hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh – thương mại

Mỗi loại hoạt động dịch vụ có đặc điểm riêng, vì vậy căn cứ vào đối tượng của hợp đồng dịch vụ người ta chia hợp đồng dịch vụ thành nhiều loại như:

- Hợp đồng dịch vụ thu công (sửa chữa, vận chuyển, chế biến...);
- Hợp đồng dịch vụ bảo hiểm;
- Hợp đồng dịch vụ cho thuê mướn tài sản;
- Hợp đồng dịch vụ kiểm dịch;
- Hợp đồng dịch vụ khoa học kỹ thuật;

3.2. Nội dung của hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh – thương mại

3.2.1. Thứ nhất, điều khoản đối tượng của hợp đồng (công việc giao dịch)

Các bên cần xác định rõ các nội dung sau:

- Xác định cụ thể, rõ ràng số lượng, khối lượng công việc sửa chữa

vào biên bản, kiểm tra xe, máy... trước khi đưa vào thực hiện.

- Xác định rõ chất lượng công việc.

3.2.2. Thứ hai, Điều khoản về vật tư

Trong điều khoản này, cần quy định rõ các nội dung sau:

- Vật tư cũ, hư hỏng không sử dụng được, tháo ra từ ...(xe, máy) do Bên nào thu hồi.

- Bên nào chịu trách nhiệm cung cấp vật tư, phụ tùng thay thế, chịu trách nhiệm về các vật tư đó.

- Thời gian cung cấp vật tư.

- Nếu có khó khăn, vướng mắc phải kịp thời thông báo để các bên bàn bạc, có biện pháp giải quyết.

- Hoặc có thể quy định cụ thể phương thức thu mua vật tư, cách kiểm tra chất lượng vật tư, trách nhiệm của mỗi Bên trong việc cung cấp vật tư v.v..

- Biện pháp để bảo đảm chất lượng các vật tư, phụ tùng thay thế.

3.2.3. Thứ ba, điều khoản giá cả

Trong hợp đồng kinh tế dịch vụ thu công, giá cả đã được tính toán trong bảng chiết tính, các Bên cùng chấp nhận.

Trong điều khoản này, ghi giá theo bảng chiết tính.

Các Bên có quyền thoả thuận nguyên tắc thủ tục để thực hiện việc thay đổi giá khi có sự biến động giá cả thị trường trong quá trình thực hiện hợp đồng kinh tế.

Đối với công việc cơ quan Nhà nước có thẩm quyền định giá hoặc có khung giá thì thoả thuận trong bảng chiết tính phải phù hợp với quy định đó.

3.2.4. Thứ tư, điều khoản nghiệm thu

Phải quy định rõ thể thức nghiệm thu, thời gian, thành phần tham gia nghiệm thu.

Nếu công việc đơn giản thực hiện trong thời gian ngắn thì nghiệm thu một lần.

Nếu công việc phức tạp thực hiện trong thời gian dài thì nên quy định nghiệm thu hai hoặc nhiều lần (lần thứ nhất nghiệm thu khi công việc đạt 50% giá trị hợp đồng và nghiệm thu lần cuối khi hoàn tất).

3.2.5. Thứ năm, điều khoản bảo hành

- Thời gian bảo hành theo quy định của Nhà nước.
- Nếu công tác dịch vụ không được Nhà nước quy định thì các Bên thoả thuận.
- Phải quy định rõ trách nhiệm của các Bên khi xảy ra hư hỏng trong thời gian bảo hành.

Khi tài sản được sửa chữa, sử dụng trong thời gian bảo hành bị hư hỏng, Bên chủ tài sản (A) phải thông báo bằng văn bản cho Bên sửa chữa (B) biết. Khi nhận được thông báo, Bên B phải tổ chức cùng Bên A kiểm tra tìm nguyên nhân gây ra hư hỏng, xác định trách nhiệm sửa chữa các hư hỏng đó thuộc về Bên nào, thời gian sửa chữa, lập biên bản quy định trách nhiệm và thời gian thực hiện.

3.2.6. Thứ sáu, điều khoản thanh toán

Phương thức thanh toán do các Bên thoả thuận nhưng không được trái với quy định của pháp luật hiện hành.

3.2.7. Thứ bảy, điều khoản thời hạn hợp đồng

Quy định rõ ràng, cụ thể thời hạn trong hợp đồng là khoảng thời gian để các Bên thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình trong hợp đồng từ khi hợp đồng có hiệu lực pháp luật đến khi mà các Bên đã thoả thuận là hợp đồng đã thực hiện xong.

3.2.8. Thứ tám, điều khoản trách nhiệm do vi phạm hợp đồng

- Quy định rõ trách nhiệm tài sản khi vi phạm hợp đồng.
- Căn cứ vào Luật Thương mại và các văn bản pháp luật liên quan để soạn thảo mức thưởng, phạt do vi phạm hợp đồng.

3.2.9. Thứ chín, điều khoản các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

Nếu cả hai bên đều thấy cần thiết và đồng ý thoả thuận thì trong điều khoản này có thể quy định biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005.

Ngoài ra, có thể thoả thuận thêm các điều khoản khác nếu thấy cần thiết và không trái pháp luật.

3.3. Những điều cần lưu ý khi ký kết và thực hiện hợp đồng kinh doanh dịch vụ thu công

- Nội dung điều khoản đối tượng của hợp đồng phải được trình bày rõ ràng, chính xác, tránh tình trạng thực chất là mua bán nhưng do các đơn vị dịch vụ không có chức năng mua bán nên ký kết hợp đồng với nội dung dịch vụ và thường dẫn đến tranh chấp.

- Tổ chức nghiệm thu phải đầy đủ các thành phần cần thiết, bảo đảm biên bản nghiệm thu hợp pháp.

- Điều khoản vật tư phải được soạn thảo kỹ lưỡng, quy định chặt chẽ khi thực hiện hợp đồng nếu có vướng mắc, hai bên phải kịp thời họp bàn giải quyết.

- Nếu hết thời hạn hợp đồng mà vẫn chưa giải quyết được phải ký phụ lục gia hạn hợp đồng hoặc tìm các biện pháp khác giải quyết dứt điểm.

- Hết hạn hợp đồng, hai bên đã nghiệm thu bàn giao xe, máy, v.v.. đảm bảo chất lượng, thanh toán đầy đủ... thì phải thanh lý hợp đồng.

Sau khi thanh lý hợp đồng, trong thời gian bảo hành xe, máy v.v.. bị hư hỏng nếu lỗi do bên sửa chữa thì phải tiếp tục có trách nhiệm sửa chữa đảm bảo chất lượng như hợp đồng đã ký kết.

Hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh - thương mại khi thực hiện hợp đồng thường xảy ra vướng mắc. Vì vậy, quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng các bên cần có sự hợp tác chặt chẽ, hoàn tất hợp đồng đúng thời hạn để sớm đưa sản phẩm vào hoạt động phục vụ sản xuất kinh doanh.

Chương 3

PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH

1. KHÁI NIỆM TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH

Trong điều kiện nền kinh tế thị trường, với sự tham gia hoạt động kinh doanh của mọi thành phần kinh tế thuộc các hình thức sở hữu khác nhau thì tranh chấp xảy ra giữa các chủ thể kinh doanh là điều không tránh khỏi.

Về mặt học thuật, tranh chấp kinh tế và tranh chấp trong kinh doanh là những khái niệm có nội hàm rộng hẹp khác nhau. Có quan điểm cho rằng, “tranh chấp kinh tế được hiểu là sự bất đồng chính kiến về một sự kiện pháp lý, là sự mâu thuẫn hay xung đột về lợi ích, về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể tham gia vào các quan hệ kinh tế ở các cấp độ khác nhau”³². Có quan điểm khác cho rằng, “tranh chấp kinh tế là những mâu thuẫn hay bất đồng liên quan đến quyền và lợi ích kinh tế của các tổ chức, cá nhân khi tham gia các quan hệ kinh tế”³³...

Tuy còn nhiều ý kiến khác nhau, song đa số các nhà khoa học đều thống nhất rằng, tranh chấp kinh tế được hiểu là sự bất đồng chính kiến, sự mâu thuẫn hay xung đột về lợi ích, về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể tham gia vào các quan hệ kinh tế ở các cấp độ khác nhau. Trong các loại hình tranh chấp kinh tế, tranh chấp trong kinh doanh là loại hình tranh chấp phổ biến nhất. Theo đó, tranh chấp kinh tế có thể có các dạng

³² Nguyễn Thị Kim Vinh (2002), Luận án tiến sĩ luật học “*Pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế bằng con đường Tòa án ở Việt Nam*”, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội.

³³ Đào Văn Hội (2003), Luận án tiến sĩ luật học “*Giải quyết tranh chấp kinh tế trong điều kiện kinh tế thị trường ở Việt Nam*”, Trường Đại học Luật Hà Nội.

cơ bản sau:

- Tranh chấp trong kinh doanh: được diễn ra giữa các chủ thể tham gia kinh doanh. Cụ thể, những tranh chấp phát sinh trong các khoản đầu tư, sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc thực hiện dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi.

- Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với quốc gia tiếp nhận đầu tư: Loại hình tranh chấp này nảy sinh trong việc thực hiện các hợp đồng BTO, BT, BOT, thực hiện các điều ước quốc tế về khuyến khích và bảo hộ đầu tư song phương và đa phương.

- Tranh chấp giữa các quốc gia trong việc thực hiện các điều ước quốc tế về thương mại song phương và đa phương.

- Tranh chấp giữa các quốc gia với các thiết chế kinh tế quốc tế trong việc thực hiện các điều ước quốc tế về thương mại đa phương.

Thực tế cho thấy, trong các loại hình tranh chấp kinh tế trên, tranh chấp trong kinh doanh là loại hình tranh chấp phổ biến nhất và do đó trong một số trường hợp khái niệm tranh chấp trong kinh doanh và khái niệm tranh chấp kinh tế được sử dụng với ý nghĩa tương đương nhau.

Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi năm 2011) cũng đã liệt kê các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền của tòa án, gồm có:

- Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận bao gồm: Mua bán hàng hoá; cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý; ký gửi; thuê, cho thuê, thuê mua; xây dựng; tư vấn, kỹ thuật; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thuỷ nội địa; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác.

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận.

- Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động,

giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty.

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Từ những nội dung xem xét nêu trên, có thể hiểu: tranh chấp trong kinh doanh là sự bất đồng về một hiện tượng pháp lý phát sinh trong đời sống kinh tế giữa các chủ thể tham gia kinh doanh trong quá trình thực hiện các hoạt động thương mại.

Do đó, có thể khái quát những đặc điểm tranh chấp trong kinh doanh như sau: luôn gắn liền với các hoạt động kinh doanh của các chủ thể; các chủ thể tranh chấp trong kinh doanh thường là các thương nhân; là sự biểu hiện ra bên ngoài, là sự phản ánh của những xung đột về mặt lợi ích kinh tế của các bên³⁴; tranh chấp gắn liền với lợi ích riêng biệt của mỗi chủ thể và luôn thuộc quyền từ định đoạt của họ.

Trong cơ chế kế hoạch hóa tập trung, các tranh chấp trong kinh doanh chủ yếu tồn tại dưới dạng các tranh chấp về hợp đồng kinh tế. Trong điều kiện kinh tế thị trường, sự tham gia của nhiều thành phần kinh tế kéo theo sự đa dạng về đối tượng chủ thể và lợi ích cần bảo vệ, sự xuất hiện của các phương thức kinh doanh, thị trường và các yếu tố sản xuất phi truyền thống làm phát sinh nhiều dạng tranh chấp mới, ví dụ như: tranh chấp giữa thành viên công ty với công ty, giữa các thành viên công ty với nhau trong quá trình thành lập, hoạt động và giải thể công ty; tranh chấp về liên doanh, liên kết kinh tế, ...

2. CÁC HÌNH THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI.

Ở góc độ khái quát chung, giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – Thương mại là việc lựa chọn các hình thức, biện pháp thích hợp để giải tỏa các mâu thuẫn, bất đồng, xung đột lợi ích giữa các bên, tạo lập lại sự cân bằng về mặt lợi ích mà các bên có thể chấp nhận được. Chính vì vậy,

³⁴ Trần Đình Hảo, “*Hoà giải thương lượng trong việc giải quyết tranh chấp hợp đồng kinh tế*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1 năm 2000, tr.28.

giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại phải nhanh chóng, thuận lợi, không làm hạn chế, cản trở các hoạt động kinh doanh; quyết định giải quyết phải có giá trị thi hành cao; khôi phục và duy trì các quan hệ hợp tác, tín nhiệm giữa các bên trong kinh doanh; giữ bí mật kinh doanh, uy tín các bên trên thương trường; chi phí giải quyết thấp.

Tranh chấp trong kinh doanh – thương mại có thể được giải quyết bằng các phương thức khác nhau như thương lượng, hòa giải, trọng tài thương mại và giải quyết thông qua tòa án. Khi tranh chấp phát sinh, các bên có thể lựa chọn một phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp hoặc sử dụng phối hợp nhiều phương thức nhằm đạt hiệu quả cao.

2.1. Thương lượng

Là hình thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại cần đến vai trò của người thứ ba. Đặc điểm cơ bản của thương lượng là các bên cùng nhau trình bày quan điểm, chính kiến, bàn bạc, tìm các biện pháp thích hợp và đi đến thống nhất thỏa thuận để tự giải quyết bất đồng. Thương lượng đòi hỏi trước hết các bên phải có thiện chí, trung thực, hợp tác, và phải có đầy đủ những am hiểu cần thiết về chuyên môn và về pháp lý. Đối với sự việc phức tạp, mỗi bên có thể chỉ định những chuyên gia, những tổ chức có trình độ chuyên môn thay mặt và đại diện cho mình để tiến hành thương lượng.

Kết quả của thương lượng thường là những cam kết, thỏa thuận về những giải pháp cụ thể nhằm tháo gỡ những bế tắc hoặc bất đồng phát sinh mà các bên thường không ý thức được trước đó.

Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng thể hiện hàng loạt ưu điểm như: đơn giản, không bị ràng buộc bởi các thủ tục pháp lý phiền hà; ít tốn kém; không làm phương hại đến quan hệ hợp tác vốn có giữa các bên trong kinh doanh; giữ được các bí mật kinh doanh. Tuy nhiên, giải quyết tranh chấp bằng thương lượng cũng bộc lộ yếu điểm nhất định, đó là: mang tính tự phát, theo truyền thống mà chưa có sự điều chỉnh pháp lý thích hợp. Do đó, giá trị pháp lý của kết quả thương lượng không được xác định rõ ràng nên thường bị các bên lợi dụng để kéo dài thời gian phải thực hiện nghĩa vụ; nhiều trường hợp bên có quyền lợi bị vi phạm mất quyền khởi kiện tại tòa án hoặc trọng tài do hết thời hiệu khởi kiện.

2.2. Hòa giải

Là hình thức giải quyết tranh chấp mà trong đó các bên trong quá trình thương lượng có sự tham gia của bên thứ ba độc lập do hai bên cùng chấp nhận hay chỉ định làm vai trò trung gian để hỗ trợ cho các bên nhằm tìm kiếm những giải pháp thích hợp cho việc giải quyết xung đột nhằm chấm dứt các tranh chấp, bất đồng.

Hoà giải là giải pháp mang tính chất tự nguyện, tùy thuộc vào sự lựa chọn của các bên. Đặc biệt là bên thứ ba với tính chất trung gian hoà giải phải có vị trí độc lập đối với các bên. Điều đó có ý nghĩa là, bên thứ ba này không ở vị trí xung đột lợi ích đối với các bên hoặc không có những lợi ích gắn liền với lợi ích của một trong các bên trong các vụ việc đang có tranh chấp; Bên thứ ba làm trung gian hòa giải không phải là những đại diện bất kỳ của bên nào và cũng không có quyền quyết định, phán xét như một trong tài.

Theo thông lệ chung, hòa giải có thể được tiến hành ngoài thủ tục tố tụng và cũng có thể được thực hiện theo thủ tục tố tụng của tòa án hoặc trọng tài

- *Hòa giải ngoài tố tụng*: là việc hòa giải qua trung gian được các bên tiến hành trước khi đưa vụ tranh chấp ra cơ quan tài phán. Chẳng hạn, một trong những chức năng của Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam là giúp các thành viên trong việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, khi được yêu cầu (Xem khoản 9, điều 5 Điều lệ Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam). Các bên tranh chấp thông tin cho nhau và trình bày quan điểm của mình, người hòa giải hướng các bên tham gia vào việc tìm kiếm những giải pháp thích hợp nhằm loại trừ những ý kiến bất đồng, những xung đột về lợi ích phát sinh giữa các bên. Sự nhất trí trong việc giải quyết tranh chấp được thể hiện bằng văn bản, có sự xác nhận của bên đứng ra làm trung gian hòa giải và có giá trị ràng buộc với các bên tham gia.

Hiện nay, trong hoạt động thương mại quốc tế, phương pháp hoà giải rất được ưa chuộng dùng để giải quyết tranh chấp và các quy tắc hoà giải của các tổ chức thường được lựa chọn là quy tắc hoà giải không bắt buộc của phòng thương mại quốc tế ICC (năm 1998); quy tắc hoà giải

của Ủy ban Liên hiệp quốc về luật thương mại (1980); quy tắc hoà giải của Trung tâm hoà giải Bắc kinh (1987); quy tắc hoà giải thương mại của hiệp hội trọng tài Mỹ AAA (1992).

Giải quyết tranh chấp bằng hòa giải có các ưu điểm tương tự như giải quyết tranh chấp bằng thương lượng. Ngoài ra, nhờ có sự hỗ trợ của người trung gian nên các bên dễ đạt được phương án hoà giải hơn việc tự thương lượng. Tuy nhiên, cũng như giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, hạn chế của giải quyết tranh chấp bằng hòa giải cũng có những bất lợi như thương lượng và phải mất chi phí cho người trung gian.

- *Hòa giải trong tố tụng*: là hòa giải được tiến hành tại tòa án hay trọng tài khi các cơ quan này giải quyết tranh chấp theo yêu cầu của các bên.

Người trung gian hòa giải trong trường hợp này là tòa án hoặc trọng tài (cụ thể là thẩm phán hoặc trọng tài viên phụ trách vụ việc).

Hòa giải trong tố tụng được xem là một giai đoạn trong quá trình giải quyết tranh chấp bằng con đường tòa án hay trọng tài và chỉ có thể được tiến hành khi một bên có đơn khởi kiện đến tòa án hoặc đơn yêu cầu trọng tài giải quyết và đơn này đã được thụ lý.

Khi các đương sự đạt được thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp thì tòa án hay trọng tài lập biên bản hòa giải thành và ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự và quyết định này có hiệu lực, được thi hành như một bản án của tòa án hay phán quyết của trọng tài.

2.3. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng trọng tài thương mại

Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng trọng tài là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của trọng tài viên, với tư cách là bên thứ ba độc lập nhằm chấm dứt xung đột bằng việc đưa ra một phán quyết buộc các bên tranh chấp phải thực hiện.

Cũng như thủ tục tố tụng tòa án, trong quá trình giải quyết các tranh chấp kinh doanh trọng tài cũng phải tuân theo các trình tự, thủ tục nhất định mà pháp luật quy định, từ việc khởi kiện, xét xử, thi hành phán

quyết trọng tài, quyền và nghĩa vụ của những người tham gia,... Đây chính là thủ tục tố trọng tài. Nói cách khác, tố tụng trọng tài được hiểu là trình tự, thủ tục mà pháp luật quy định để giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại bằng trọng tài.

a. Quá trình tổ chức và hoạt động của các tổ chức trọng tài ở Việt Nam

- Sự ra đời của Hội đồng trọng tài ngoại thương và Hội đồng trọng tài hàng hải - các tổ chức trọng tài phi chính phủ đầu tiên ở Việt Nam

Năm 1960, sau khi thành lập hệ thống cơ quan trọng tài kinh tế nhà nước để giải quyết các tranh chấp kinh tế trong nước, trong các năm 1963 và 1964, hai tổ chức trọng tài phi chính phủ đầu tiên được thành lập là Hội đồng trọng tài ngoại thương được thành lập trên cơ sở Nghị định 59/CP ngày 30 tháng 4 năm 1963 và Hội đồng trọng tài hàng hải được thành lập trên cơ sở Nghị định số 153-CP ngày 05/10/1964, có thẩm quyền giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế.

Hội đồng trọng tài ngoại thương: là một tổ chức phi chính phủ được thành lập theo Nghị định số 59/CP ngày 30/04/1963 với chức năng giải quyết tranh chấp phát sinh giữa một bên Việt Nam với một bên nước ngoài về hợp đồng, giao dịch ngoại thương. Đó là các tranh chấp liên quan đến thanh toán, trao đổi hàng hoá, vận chuyển hàng hoá, bảo hiểm...khi có ít nhất một trong các bên đương sự cư trú ngoài lãnh thổ Việt Nam. Nhìn chung, thẩm quyền của Hội đồng trọng tài ngoại thương chỉ hạn chế đối với các giao dịch ngoại thương. Hoạt động xét xử của Hội đồng trọng tài này chủ yếu đối với các tranh chấp giữa các tổ chức, cá nhân kinh tế Việt Nam với tổ chức, cá nhân kinh tế các nước xã hội chủ nghĩa trong phạm vi thi hành hiệp định.

Hội đồng trọng tài hàng hải: đây là một tổ chức trọng tài phi chính phủ ra đời theo quyết định số 135/CP của Chính phủ Việt Nam ngày 05/10/1964. Nhìn chung, Hội đồng trọng tài hàng hải có điều lệ và quy tắc hoạt động giống như Hội đồng trọng tài ngoại thương. Sự khác nhau giữa hai Hội đồng trọng tài chỉ ở thẩm quyền. Theo điều 2 Điều lệ của Hội đồng trọng tài hàng hải, Hội đồng trọng tài hàng hải có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về các vấn đề giao thông vận tải đường biển

khi có ít nhất một bên chủ thể tham gia là nước ngoài như: việc thuê tàu, vận chuyển hàng hoá bằng đường biển, công tác đại lý tàu biển, bảo hiểm hàng hải... Cũng như Hội đồng trọng tài ngoại thương, Hội đồng trọng tài hàng hải không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp về hợp đồng dân sự hoặc kinh tế do các nhân hoặc tổ chức Việt Nam ký kết cả về tranh chấp đầu tư.

- Giai đoạn 1994 đến trước ngày Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003 có hiệu lực (1/7/2003)

Từ năm 1986, thực hiện đường lối đổi mới do Đảng khởi xướng, nước ta chuyển sang xây dựng nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần vận hành theo cơ chế thị trường, có sự quản lý của Nhà nước. Trong điều kiện cơ chế kinh tế mới, sự tồn tại của trọng tài kinh tế với tư cách là một cơ quan có chức năng quản lý Nhà nước tỏ ra không còn phù hợp. Sự phát triển đa dạng của các loại hình kinh tế cùng với sự tham gia của nhiều thành phần kinh tế có hình thức sở hữu khác nhau dẫn đến sự thay đổi về hình thức, tính chất hợp tác và đi liền nó là nội dung tranh chấp, phương pháp giải quyết tranh chấp trong kinh tế do vậy đòi hỏi cũng được đổi mới.

+ Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam

Ngày 28/04/1993, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định 204/TTg thành lập Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) đặt bên cạnh Phòng thương mại công nghiệp Việt Nam trên cơ sở hợp nhất Hội đồng trọng tài ngoại thương và Hội đồng trọng tài hàng hải. Theo quyết định này, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam là một tổ chức trọng tài phi chính phủ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh trong quan hệ kinh tế quốc tế như hợp đồng mua bán ngoại thương, hợp đồng đầu tư, du lịch, vận tải và bảo hiểm quốc tế, chuyển giao công nghệ, tín dụng và thanh toán quốc tế,... Khi một bên hay các bên đương sự là thể nhân hay pháp nhân nước ngoài và trước hay sau khi xảy ra tranh chấp, các bên đương sự thoả thuận đưa vụ việc ra trước Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam, hoặc nếu có một điều ước quốc tế ràng buộc các bên phải đưa vụ tranh chấp ra trước Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam.

Tuy nhiên, do nhu cầu phát triển và thu hút các doanh nghiệp mà

Thủ tướng Chính phủ đã ra Quyết định số 114-TTg ngày 16/02/1992 cho phép Trung tâm VIAC có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ kinh doanh trong nước. Đây chính là cơ sở mà Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam thông qua quy tắc tố tụng trọng tài trong nước của Trung tâm trọng tài thương mại quốc tế Việt Nam ngày 26/03/1996. Như vậy, cho đến trước khi Pháp lệnh Trọng tài thương mại có hiệu lực, trọng tài quốc tế ở Việt Nam có thẩm quyền giải quyết mọi tranh chấp mà không giới hạn bởi tranh chấp đó là tranh chấp trong nước hay tranh chấp quốc tế.

+ *Trung tâm trọng tài kinh tế phi chính phủ theo Nghị định 116/CP*

Chính phủ đã ban hành Nghị định 116/CP ngày 05/09/1995 về tổ chức và hoạt động của trọng tài kinh tế tồn tại dưới dạng các trung tâm trọng tài kinh tế.

Theo Nghị định này, các trung tâm trọng tài kinh tế được tổ chức dưới hình thức là một tổ chức xã hội nghề nghiệp (tổ chức phi chính phủ). Đây là lần đầu tiên, pháp luật Việt Nam quy định cho phép một tổ chức không phải của Nhà nước được giao thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh tế theo yêu cầu và theo sự thoả thuận của các bên tranh chấp (mà trước đây đều thuộc thẩm quyền của cơ quan nhà nước).

Tổ chức trọng tài kinh tế theo Nghị định này được thành lập bởi các trọng tài viên tư nhân, họ sẽ tự thiết lập điều lệ và quy tắc của mình trên cơ sở tuân theo quy định của pháp luật. Hơn thế nữa, thẩm quyền của trung tâm trọng tài kinh tế được mở rộng mà cụ thể là: Các tranh chấp về hợp đồng kinh tế; các tranh chấp giữa công ty và thành viên của công ty; các tranh chấp giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập hoạt động và giải thể của công ty; các tranh chấp liên quan đến mua bán cổ phiếu, trái phiếu.

Tuy nhiên, so với sự phát triển chung của các tổ chức trọng tài trên thế giới và quá trình hội nhập kinh tế của Việt Nam trong những năm gần đây thì các trung tâm trọng tài kinh tế không thể đảm đương nổi việc giải quyết tranh chấp kinh tế cho nhu cầu phát triển kinh tế của Việt Nam, và do nhiều nguyên nhân mà pháp luật trọng tài thương mại Việt

Nam cần phải có sự thay đổi cho phù hợp.

Theo đánh giá chung thì tổ chức và hoạt động của hai loại trọng tài này trong thời gian qua đều gặp những hạn chế giống nhau, cụ thể:

Một là, các văn bản điều chỉnh hoạt động trọng tài do cơ quan hành pháp ban hành nên giá trị pháp lý thấp.

Hai là, phạm vi điều chỉnh hẹp từ việc quy định nội hàm khái niệm hoạt động thương mại hẹp nên vụ việc giải quyết bị hạn chế, chưa phù hợp pháp luật một số nước.

Ba là, hình thức giải quyết tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập (ad-hoc) chưa được quy định.

Bốn là, cơ chế bảo đảm thực hiện quyết định trọng tài chưa được xác lập

Năm là, quan hệ giữa trọng tài và tòa án chưa quy định v.v...

Những hạn chế này đã ít nhiều ảnh hưởng đến hiệu quả hoạt động của các cơ quan trọng tài.

Trước yêu cầu đổi mới cơ chế quản lý kinh tế, hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực, Nhà nước ta đã ban hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại (do Ủy ban Thường vụ Quốc hội thông qua ngày 25/2/2003) quy định về tổ chức và tổ tụng trọng tài để giải quyết các tranh chấp trong hoạt động kinh doanh.

Pháp lệnh Trọng tài thương mại về cơ bản phù hợp với pháp luật và thông lệ quốc tế trong việc điều chỉnh các vấn đề chủ yếu của trọng tài như: quy định về hiệu lực của thoả thuận trọng tài, điều kiện trở thành trọng tài viên, về trọng tài vụ việc, mở rộng thẩm quyền chọn trọng tài viên, ghi nhận mối quan hệ giữa trọng tài và tòa án bằng một loạt các quy định cụ thể như hỗ trợ thi hành thoả thuận trọng tài, chỉ định trọng tài viên, giải quyết khiếu nại về thẩm quyền của hội đồng trọng tài, áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, giải quyết yêu cầu huỷ quyết định trọng tài, lưu trữ hồ sơ trọng tài, ...

Mặc dù đã có những quy định khá tiến bộ so với trước đây, Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003 vẫn chưa tạo được cơ sở pháp lý đầy đủ cho việc thực hiện chủ trương của Nhà nước khuyến khích các bên sử

dụng trọng tài trong giải quyết các tranh chấp thương mại và các tranh chấp khác, cần được khắc phục bằng việc ban hành một đạo luật mới về trọng tài thương mại.

Luật Trọng tài thương mại được Quốc hội thông qua ngày 17/6/2010, có hiệu lực từ ngày 01/01/2011, thay thế cho Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003. Với 13 chương, 82 điều, Luật Trọng tài thương mại đã thể chế hoá một cách đồng bộ cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ở nước ta trên cơ sở kế thừa các quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại. Bên cạnh đó, so với Pháp lệnh Trọng tài thương mại, Luật Trọng tài thương mại có nhiều quy định mới nhằm đáp ứng đòi hỏi của thực tiễn và yêu cầu hội nhập quốc tế trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp trong kinh doanh - thương mại hiện nay.

b. Khái niệm và đặc điểm của trọng tài thương mại

Khái niệm về trọng tài đã được nhiều tác giả đưa ra và tiếp cận ở những quan điểm, cấp độ khác nhau. Giáo trình “*Tư pháp Quốc tế*” của Liên Xô trước đây, xuất phát từ quan điểm coi trọng tài là một cơ quan tài phán đã đưa ra khái niệm: “*Trọng tài bao gồm những cá nhân được các bên lựa chọn để để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các vụ việc dân sự của họ*”. Cùng quan điểm này nhưng Từ điển Luật học Black’s lại nhìn nhận trọng tài như một quá trình mà theo đó: “*Trọng tài là quá trình giải quyết tranh chấp do các bên tự nguyện lựa chọn, trong đó bên thứ ba trung lập (trọng tài viên) sau khi nghe các bên trình bày, sẽ ra quyết định có tính chất bắt buộc đối với các bên tranh chấp ấy*”.

Philippe Fouchar, giáo sư Đại học tổng hợp Paris II, lại xuất phát từ bản chất của trọng tài để xây dựng định nghĩa: “*Trọng tài là một phương pháp nhằm ủy thác bằng thỏa thuận cho một tư nhân (trọng tài viên) quyền giải quyết một tranh chấp nào đó đối lập với các bên trong thỏa thuận ấy*”.

Theo Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế (dưới đây gọi tắt là Luật Mẫu) của Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên hiệp quốc (UNCITRAL) thì: “*Trọng tài nghĩa là mọi hình thức trọng tài có hoặc không có sự giám sát của một tổ chức thường trực*” (Điều 2 - Luật Mẫu).

Theo Luật Trọng tài thương mại 2010 thì: “*Trọng tài thương mại*

là phương thức giải quyết tranh chấp do các bên thoả thuận và được tiến hành theo quy định của Luật này” (khoản 1 Điều 3).

Pháp luật trọng tài của nhiều nước trên thế giới cho phép phạm vi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài rất rộng ở hầu hết các lĩnh vực dân sự, thương mại, nhưng chủ yếu là trong lĩnh vực thương mại. Tuy nhiên, trọng tài trong lĩnh vực thương mại, tức trọng tài thương mại, được quy định khác nhau phụ thuộc vào quan điểm về khái niệm thương mại ở từng quốc gia.

Theo Luật mẫu về trọng tài thương mại Quốc tế được ủy ban Liên Hợp Quốc về Luật Thương mại quốc tế thông qua ngày 21/06/1985 (sau đây gọi tắt là UNCITRAL), các hoạt động mang bản chất thương mại gồm: những giao dịch nhằm cung ứng trao đổi hàng hoá dịch vụ, hợp đồng tiêu thụ, đại diện, môi giới thương mại, gia công, thuê mua, xây dựng, tư vấn lắp đặt, lixăng, đầu tư, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, hợp đồng khai thác liên doanh và các hình thức hợp tác kinh doanh, chuyên chở hàng hoá, chuyên chở hành khách bằng đường hàng không, bằng hàng hải, bằng đường sắt, bằng đường bộ. Như vậy, Luật mẫu (UNCITRAL) đã đưa ra một khái niệm rất rộng về hoạt động thương mại để các quốc gia có thể tham khảo và trên cơ sở đó, quy định thể nào là trọng tài thương mại.

Từ các phân tích về trọng tài và trọng tài thương mại nói trên có thể thấy rằng trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp với những đặc điểm cơ bản sau:

- Trọng tài thương mại là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh chủ yếu trong lĩnh vực thương mại.

- Trọng tài thương mại là một loại hình tổ chức phi chính phủ, một tổ chức mang tính chất xã hội – nghề nghiệp, hoạt động theo pháp luật và quy chế trọng tài.

- Tổ tụng trọng tài là sự kết hợp giữa hai yếu tố thỏa thuận và tài phán. Cụ thể, thỏa thuận làm tiền đề cho phán quyết và không thể có những phán quyết thoát ly những yếu tố đã được thỏa thuận.

- Tổ tụng trọng tài đảm bảo cho đương sự quyền tự định đoạt của mình một cách cao nhất, các đương sự có quyền lựa chọn trọng tài viên,

quyền lựa chọn địa điểm giải quyết tranh chấp, lựa chọn quy tắc tố tụng,...

- Phán quyết của trọng tài có giá trị chung thẩm và không thể kháng cáo trước bất cứ cơ quan, tổ chức nào. Về nguyên tắc, trọng tài không xét xử công khai, do đó ngoài nguyên đơn và bị đơn, trọng tài chỉ triệu tập các đương sự khác khi cần thiết.

c. Phân loại trọng tài

Có nhiều tiêu chí khác nhau được sử dụng để phân loại trọng tài:

- Căn cứ vào cách thức thành lập và hoạt động của trọng tài, trọng tài được tổ chức dưới hai hình thức là trọng tài quy chế và trọng tài vụ việc (trọng tài ad-hoc).

- Căn cứ vào phạm vi thẩm quyền, có hai loại trọng tài là trọng tài có thẩm quyền chuyên trách và trọng tài có thẩm quyền chung

- Căn cứ vào phạm vi lãnh thổ thì trọng tài được phân loại thành trọng tài trong nước và trọng tài quốc tế

d. Thành lập trung tâm trọng tài

- Điều kiện và thủ tục thành lập trung tâm trọng tài

Trung tâm trọng tài được thành lập khi có ít nhất năm sáng lập viên là công dân Việt Nam có đủ điều kiện là trọng tài viên quy định tại Điều 20 của Luật này đề nghị thành lập và được Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp giấy phép thành lập.

Hồ sơ đề nghị thành lập trung tâm trọng tài gồm: Đơn đề nghị thành lập; dự thảo điều lệ của trung tâm trọng tài theo mẫu do Bộ Tư pháp ban hành; danh sách các sáng lập viên và các giấy tờ kèm theo chứng minh những người này có đủ điều kiện quy định tại Điều 20 của Luật này.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ đầy đủ và hợp lệ, Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp giấy phép thành lập trung tâm trọng tài và phê chuẩn điều lệ của trung tâm trọng tài; trường hợp từ chối phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do.

- Đăng ký hoạt động của trung tâm trọng tài

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được giấy phép thành lập,

trung tâm trọng tài phải đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Hết thời hạn này nếu trung tâm trọng tài không đăng ký thì giấy phép không còn giá trị.

Sở Tư pháp cấp giấy đăng ký hoạt động cho trung tâm trọng tài chậm nhất 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu đăng ký.

- Công bố thành lập trung tâm trọng tài

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày được cấp giấy đăng ký hoạt động, trung tâm trọng tài phải đăng báo hằng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng ký hoạt động trong ba số liên tiếp về những nội dung chủ yếu sau đây: tên, địa chỉ trụ sở của trung tâm trọng tài; lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài; số giấy đăng ký hoạt động, cơ quan cấp, ngày, tháng, năm cấp; thời điểm bắt đầu hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trung tâm trọng tài phải niêm yết tại trụ sở những nội dung quy định tại khoản 1 Điều này và danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài.

e. Tổ chức và hoạt động của trung tâm trọng tài

Luật Trọng tài thương mại đã dành sự ưu tiên thích đáng đối với vấn đề tổ chức và hoạt động của trung tâm trọng tài. Theo quy định của Luật Trọng tài thương mại, trung tâm trọng tài là một tổ chức phi chính phủ có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng, hoạt động không vì mục đích lợi nhuận, hoạt động theo điều lệ do chính trung tâm trọng tài xây dựng. Trung tâm trọng tài được thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài. Ngoài ra, các trung tâm trọng tài nước ngoài cũng được phép mở chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Luật đã dành toàn bộ chương XII để quy định về chức năng, các điều kiện và phạm vi hoạt động của các trung tâm trọng tài nước ngoài tại Việt Nam. Đây là bước chuẩn bị và là sự hỗ trợ kịp thời để hoạt động của trọng tài ở Việt Nam hội nhập với quốc tế. Đồng thời, điều này cũng mang lại sự cạnh tranh lành mạnh giữa các trung tâm trọng tài và tạo điều kiện cho các doanh nghiệp có nhiều lựa chọn hơn khi cần tới sự trợ giúp từ các trung tâm trọng tài.

Luật cũng quy định cơ cấu tổ chức của trung tâm trọng tài gồm có Ban điều hành và Ban thư ký, trong đó Ban điều hành gồm:

- Chủ tịch trung tâm trọng tài do các trọng tài viên bầu ra.
- Một hoặc các Phó Chủ tịch do các trọng tài viên bầu ra.
- Có thể có Tổng thư ký do Chủ tịch trung tâm trọng tài cử.

Theo quy định của Luật Trọng tài thương mại, trung tâm trọng tài có các quyền và nghĩa vụ sau: xây dựng điều lệ và quy tắc tố tụng của trung tâm trọng tài phù hợp với những quy định của Luật này; xây dựng tiêu chuẩn trọng tài viên và quy trình xét chọn, lập danh sách trọng tài viên, xóa tên trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của tổ chức mình; gửi danh sách trọng tài viên và những thay đổi về danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài cho Bộ Tư pháp để công bố; chỉ định trọng tài viên để thành lập Hội đồng trọng tài trong những trường hợp quy định tại Luật này; cung cấp dịch vụ trọng tài, hoà giải và các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại khác theo quy định của pháp luật; cung cấp các dịch vụ hành chính, văn phòng và các dịch vụ khác cho việc giải quyết tranh chấp; thu phí trọng tài và các khoản hợp pháp khác có liên quan đến hoạt động trọng tài; trả thù lao và các chi phí khác cho trọng tài viên; tổ chức bồi dưỡng nâng cao trình độ và kỹ năng giải quyết tranh chấp cho trọng tài viên; báo cáo định kỳ hằng năm về hoạt động của trung tâm trọng tài với Sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng ký hoạt động; lưu trữ hồ sơ, cung cấp các bản sao quyết định trọng tài theo yêu cầu của các bên tranh chấp hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Luật Trọng tài cũng ghi nhận những trường hợp chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài tại Điều 29 của Luật Trọng tài thương mại. Khi chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải nộp lại giấy phép thành lập trung tâm trọng tài cho cơ quan đã cấp giấy phép. Trình tự, thủ tục chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài do Chính phủ quy định.

f. Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại bằng trọng tài thương mại

- Các nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài
 - + Trọng tài viên phải tôn trọng thoả thuận của các bên nếu thoả

thuận đó không vi phạm điều cấm và trái đạo đức xã hội.

+ Trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư và tuân theo quy định của pháp luật.

+ Các bên tranh chấp đều bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Hội đồng trọng tài có trách nhiệm tạo điều kiện để họ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình.

+ Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

+ Phán quyết trọng tài là chung thẩm.

- Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp của trọng tài

Để bảo đảm sự tương thích giữa các văn bản pháp luật hiện hành như Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, Luật Thương mại, Luật Đầu tư và các luật chuyên ngành khác với Luật Trọng tài thương mại. Luật Trọng tài thương mại đã dỡ bỏ hạn chế của Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003 về thẩm quyền giải quyết các tranh chấp thương mại của trọng tài thông qua việc mở rộng phạm vi thẩm quyền của trọng tài tới nhiều loại tranh chấp liên quan đến quyền và lợi ích của các bên. Theo đó, ngoài các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại, Luật Trọng tài thương mại cho phép giải quyết bằng hình thức trọng tài đối với cả những tranh chấp chỉ cần ít nhất một bên có hoạt động thương mại và những tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng trọng tài (Điều 2).

- Trình tự giải quyết tranh chấp tại trọng tài thương mại

+ Thỏa thuận trọng tài

Theo khoản 1 Điều 5 Luật Trọng tài thương mại, tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài nếu các bên có thỏa thuận trọng tài. Thỏa thuận trọng tài có thể được lập trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp. Thỏa thuận trọng tài là thỏa thuận giữa các bên cam kết giải quyết bằng trọng tài các vụ tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh trong hoạt động thương mại.

Thỏa thuận trọng tài phải được xác lập dưới dạng văn bản. Các hình thức thỏa thuận sau đây cũng được coi là xác lập dưới dạng văn

bản; thỏa thuận được xác lập qua trao đổi giữa các bên bằng telegram, fax, telex, thư điện tử và các hình thức khác theo quy định của pháp luật; thỏa thuận được xác lập thông qua trao đổi thông tin bằng văn bản giữa các bên; thỏa thuận được luật sư, công chứng viên hoặc tổ chức có thẩm quyền ghi chép lại bằng văn bản theo yêu cầu của các bên; trong giao dịch các bên có dẫn chiếu đến một văn bản có thể hiện thỏa thuận trọng tài như hợp đồng, chứng từ, điều lệ công ty và những tài liệu tương tự khác; qua trao đổi về đơn kiện và bản tự bảo vệ mà trong đó thể hiện sự tồn tại của thỏa thuận do một bên đưa ra và bên kia không phủ nhận.

Thỏa thuận trọng tài có thể được xác lập dưới hình thức điều khoản trọng tài trong hợp đồng hoặc dưới hình thức thỏa thuận riêng. Thỏa thuận trọng tài hoàn toàn độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng vô hiệu hoặc không thể thực hiện được không làm mất hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.

Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại toà án thì toà án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được.

Theo quy định của Luật Trọng tài thương mại, thỏa thuận trọng tài vô hiệu trong những trường hợp sau đây: tranh chấp phát sinh trong các lĩnh vực không thuộc thẩm quyền của trọng tài quy định tại Điều 2 của Luật này; người xác lập thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền theo quy định của pháp luật; người xác lập thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật Dân sự; hình thức của thỏa thuận trọng tài không phù hợp với quy định tại Điều 16 của Luật này; một trong các bên bị lừa dối, đe dọa, cưỡng ép trong quá trình xác lập thỏa thuận trọng tài và có yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài đó là vô hiệu; thỏa thuận trọng tài vi phạm điều cấm của pháp luật.

Trường hợp các bên đã có thỏa thuận trọng tài nhưng không chỉ rõ hình thức trọng tài hoặc không thể xác định được tổ chức trọng tài cụ thể, thì khi có tranh chấp, các bên phải thỏa thuận lại về hình thức trọng tài hoặc tổ chức trọng tài cụ thể để giải quyết tranh chấp. Nếu không thỏa thuận được thì việc lựa chọn hình thức, tổ chức trọng tài để giải quyết

tranh chấp được thực hiện theo yêu cầu của nguyên đơn. Với quy định này sẽ ngăn chặn và giảm bớt tình trạng thỏa thuận trọng tài bị vô hiệu hoặc tình trạng không có cơ quan nào giải quyết tranh chấp.

Đối với các tranh chấp giữa nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ và người tiêu dùng, mặc dù điều khoản trọng tài đã được ghi nhận trong các điều kiện chung về cung cấp hàng hoá, dịch vụ do nhà cung cấp soạn sẵn thỏa thuận trọng tài thì người tiêu dùng vẫn được quyền lựa chọn trọng tài hoặc tòa án để giải quyết tranh chấp. Nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ chỉ được quyền khởi kiện tại trọng tài nếu được người tiêu dùng chấp thuận.

+ Nộp đơn kiện và thụ lý đơn kiện

Trường hợp giải quyết tranh chấp tại trung tâm trọng tài, nguyên đơn phải làm đơn khởi kiện gửi đến trung tâm trọng tài mà các bên đã thỏa thuận lựa chọn. Trường hợp vụ tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài vụ việc, nguyên đơn phải làm đơn khởi kiện và gửi cho bị đơn. Kèm theo đơn kiện, nguyên đơn phải gửi bản chính hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài, bản chính hoặc bản sao các tài liệu, chứng cứ. Các bản sao phải có chứng thực hợp lệ. Đồng thời, nguyên đơn phải nộp tạm ứng phí trọng tài nếu các bên không thỏa thuận khác.

Nguyên đơn có thể sửa đổi, bổ sung, rút đơn kiện trước khi hội đồng trọng tài ra phán quyết trọng tài.

Trước khi xem xét nội dung vụ tranh chấp, hội đồng trọng tài phải xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài; thỏa thuận trọng tài có thể thực hiện được hay không và xem xét thẩm quyền của mình. Trong trường hợp vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của mình thì hội đồng trọng tài tiến hành giải quyết tranh chấp theo quy định của Luật này. Trường hợp không thuộc thẩm quyền giải quyết của mình, thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc xác định rõ thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được thì hội đồng trọng tài quyết định đình chỉ việc giải quyết và thông báo ngay cho các bên biết.

• Trường hợp thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài

Nếu các bên không có thỏa thuận khác hoặc quy tắc tổ tụng của trung tâm trọng tài không có quy định khác, trong thời hạn 10 ngày, kể

từ ngày nhận được đơn khởi kiện, các tài liệu kèm theo và chứng từ nộp tạm ứng phí trọng tài, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn khởi kiện của nguyên đơn và những tài liệu theo quy định tại khoản 3 Điều 30 của Luật Trọng tài thương mại.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện và yêu cầu chọn trọng tài viên do trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải chọn trọng tài viên cho mình và báo cho trung tâm trọng tài biết hoặc đề nghị Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên. Nếu bị đơn không chọn trọng tài viên hoặc không đề nghị Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên cho bị đơn.

Trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện do trung tâm trọng tài gửi đến, các bị đơn phải thống nhất chọn trọng tài viên hoặc thống nhất yêu cầu chỉ định trọng tài viên cho mình. Nếu các bị đơn không chọn được trọng tài viên, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên cho các bị đơn.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày các trọng tài viên được các bên chọn hoặc được Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định, các trọng tài viên này bầu một trọng tài viên khác làm Chủ tịch hội đồng trọng tài. Hết thời hạn này mà việc bầu không thực hiện được, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định Chủ tịch hội đồng trọng tài.

Trường hợp các bên thỏa thuận vụ tranh chấp do một trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không chọn được trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện, thì theo yêu cầu của một hoặc các bên và trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu, Chủ tịch trung tâm trọng tài sẽ chỉ định trọng tài viên duy nhất.

Trọng tài viên duy nhất làm nhiệm vụ như một hội đồng trọng tài. Quyết định của trọng tài viên duy nhất có hiệu lực thi hành như quyết định của hội đồng trọng tài.

- Trường hợp hội đồng trọng tài do các bên thành lập

Nếu các bên không có thoả thuận khác, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn, bị đơn phải chọn trọng tài viên và thông báo cho nguyên đơn biết trọng tài viên mà mình chọn. Hết thời hạn này, nếu bị đơn không thông báo cho nguyên đơn tên trọng tài viên mà mình chọn và các bên không có thoả thuận khác về việc chỉ định trọng tài viên, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên cho bị đơn.

Trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn, thì các bị đơn phải thống nhất chọn trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn và các tài liệu kèm theo. Hết thời hạn này, nếu các bị đơn không chọn được trọng tài viên và nếu các bên không có thoả thuận khác về việc chỉ định trọng tài viên, thì một hoặc các bên có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên cho các bị đơn.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày được các bên chọn hoặc được tòa án chỉ định, các trọng tài viên bầu một trọng tài viên khác làm Chủ tịch hội đồng trọng tài. Trong trường hợp không bầu được Chủ tịch hội đồng trọng tài và các bên không có thoả thuận khác thì các bên có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định Chủ tịch hội đồng trọng tài.

Trong trường hợp các bên thoả thuận vụ tranh chấp do một trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không chọn được trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện, nếu các bên không có thoả thuận yêu cầu một trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên, thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên duy nhất.

Trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu của các bên quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 của Điều 41 của Luật Trọng tài thương mại, Chánh án tòa án có thẩm quyền phải phân công một thẩm phán chỉ định trọng tài viên và thông báo cho các bên.

+ Phiên họp giải quyết tranh chấp

Thời gian mở phiên họp giải quyết vụ tranh chấp do Chủ tịch hội đồng trọng tài quyết định, nếu các bên không có thoả thuận khác.

Giấy triệu tập các bên tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp

phải gửi cho các bên chậm nhất ba mươi ngày trước ngày mở phiên họp, nếu các bên không có thoả thuận khác.

Phiên họp giải quyết vụ tranh chấp không công khai. Trong trường hợp có sự đồng ý của các bên, hội đồng trọng tài có thể cho phép những người khác tham dự phiên họp.

Trình tự, thủ tục tiến hành phiên họp giải quyết tranh chấp do quy tắc tố tụng trọng tài của Trung tâm trọng tài quy định; đối với trọng tài vụ việc do các bên thỏa thuận.

+ Phán quyết trọng tài và vấn đề hủy phán quyết trọng tài

Phán quyết trọng tài là phán quyết do hội đồng trọng tài ban hành nhằm giải quyết chung thẩm các vấn đề được đưa ra hội đồng trọng tài giải quyết.

Phán quyết trọng tài được lập theo nguyên tắc đa số; trường hợp biểu quyết không đạt được đa số thì phán quyết trọng tài được lập theo ý kiến của Chủ tịch hội đồng trọng tài.

Phán quyết trọng tài là chung thẩm, các bên phải thi hành, trừ các trường hợp toà án huỷ Phán quyết trọng tài theo quy định của Luật Trọng tài thương mại.

Phán quyết trọng tài bị hủy nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây: không có thoả thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu; thành phần hội đồng trọng tài, thủ tục tố tụng trọng tài không phù hợp với thoả thuận của các bên hoặc trái với các quy định của Luật này; vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài; trường hợp phán quyết trọng tài có nội dung không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài thì nội dung đó bị huỷ; chứng cứ do các bên cung cấp mà hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo; trọng tài viên nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác của một bên tranh chấp làm ảnh hưởng đến tính khách quan, công bằng của phán quyết trọng tài; phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Hậu quả của hủy phán quyết trọng tài: Theo khoản 8 Điều 71 Luật Trọng tài thương mại thì các bên có thể thỏa thuận lại để đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết tại trọng tài hoặc một bên có quyền khởi kiện tại

tòa án.

+ Thi hành phán quyết trọng tài

Sau thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn thi hành phán quyết trọng tài, nếu một bên không tự nguyện thi hành và cũng không yêu cầu huỷ phán quyết trọng tài theo quy định tại Điều 69 của Luật Trọng tài thương mại, bên được thi hành phán quyết trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài.

Trình tự, thủ tục và thời hạn thi hành phán quyết trọng tài theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự.

g. Sự hỗ trợ của tòa án đối với hoạt động của trọng tài thương mại

Một trong những điểm mới của Luật Trọng tài thương mại 2010 chính là mối quan hệ giữa tòa án và trọng tài trong quá trình tố tụng trọng tài đã được quy định khá chặt chẽ. Những quy định này, nhìn chung đã khắc phục được những bất cập của Pháp lệnh Trọng tài thương mại, tạo điều kiện để các tòa án và hội đồng trọng tài cũng như các bên tranh chấp tránh được lúng túng trong các trường hợp cụ thể, góp phần tạo điều kiện thuận lợi để trọng tài hoạt động có hiệu quả.

Mối quan hệ giữa tòa án và trọng tài, trong đó tòa án đóng vai trò hỗ trợ và giám sát trọng tài trong quá trình tố tụng, thể hiện qua:

**** Sự hỗ trợ của tòa án đối với trọng tài***

+ Sự hỗ trợ của tòa án để đảm bảo thi hành Điều khoản thỏa thuận trọng tài

Nếu các bên tranh chấp đã có thỏa thuận điều khoản trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài mà một trong các bên không thực hiện thì tòa án hỗ trợ để đảm bảo thi hành. Tiếp nhận Luật mẫu UNCITRAL (Điều 8), đồng thời tham khảo kinh nghiệm luật trọng tài các nước, Điều 6 Luật Trọng tài thương mại quy định “Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại toà án thì toà án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được.”.

+ Sự hỗ trợ của tòa án để đảm bảo thực hiện các lệnh của trọng

tài trong quá trình tố tụng trọng tài.

Luật Trọng tài thương mại đã quy định rõ sự hỗ trợ của tòa án đối với trọng tài trong việc áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời. Theo quy định tại điều này thì trong quá trình hội đồng trọng tài giải quyết vụ tranh chấp, nếu quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại hoặc có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại, một bên có quyền làm đơn gửi đến tòa án có thẩm quyền yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời sau đây: bảo toàn chứng cứ trong trường hợp chứng cứ đang bị tiêu hủy hoặc có nguy cơ bị tiêu hủy; kê biên tài sản tranh chấp; cấm chuyển dịch tài sản tranh chấp; cấm thay đổi hiện trạng tài sản đang tranh chấp; phong tỏa tài sản ở những nơi giữ giữ; phong tỏa tài khoản tại ngân hàng hoặc một bên có quyền yêu cầu tòa án thay đổi, bổ sung, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời.

Bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải chịu trách nhiệm về yêu cầu của mình. Trong trường hợp bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng và gây thiệt hại cho bên kia hoặc cho người thứ ba thì phải bồi thường.

+ Sự hỗ trợ của tòa án đối với hội đồng trọng tài do các bên thành lập

Sự hỗ trợ của tòa án đối với trọng tài cũng được quy định rõ tại Điều 41 Luật Trọng tài thương mại trong trường hợp các bên tự thành lập hội đồng trọng tài (trọng tài vụ việc). Theo đó, trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác thì khi nguyên đơn gửi đơn kiện cho bị đơn, bị đơn phải chọn trọng tài viên và thông báo cho nguyên đơn biết trọng tài viên mà mình chọn. Nếu quá thời hạn luật định bị đơn không chọn được trọng tài viên thì nguyên đơn có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên cho bị đơn. Hai trọng tài viên được chọn hoặc được tòa án chỉ định phải thống nhất chọn trọng tài viên thứ ba làm Chủ tịch hội đồng trọng tài. Nếu hai trọng tài viên được chọn hoặc được chỉ định không chọn được trọng tài viên thứ ba, các bên có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên thứ ba. Trong các trường hợp này, Chánh án sẽ giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên cho bị đơn hoặc trọng tài viên thứ ba và thông báo cho các bên.

Đối với vụ tranh chấp do hội đồng trọng tài vụ việc giải quyết, việc thay đổi trọng tài viên sẽ do các thành viên còn lại của hội đồng trọng tài quyết định. Trong trường hợp các thành viên còn lại của hội đồng trọng tài không quyết định được hoặc nếu các trọng tài viên hay trọng tài viên duy nhất từ chối giải quyết tranh chấp, thì trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu của một hoặc các trọng tài viên nói trên, của một hoặc các bên tranh chấp, Chánh án toà án có thẩm quyền phân công một thẩm phán quyết định về việc thay đổi trọng tài viên.

Ngoài ra, theo quy định tại khoản 1 Điều 62 của Luật Trọng tài thương mại thì đối với vụ tranh chấp được giải quyết bằng hội đồng trọng tài do các bên thành lập (trọng tài vụ việc) thì theo yêu cầu của một hoặc các bên tranh chấp, phán quyết của trọng tài vụ việc được đăng ký tại tòa án nơi hội đồng trọng tài đã ra phán quyết trước khi yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền tổ chức thi hành phán quyết trọng tài đó.

- Sự kiểm tra, giám sát của tòa án đối với trọng tài

Một trong những biểu hiện của việc kiểm tra, giám sát này đó là việc pháp luật đã trao cho tòa án thẩm quyền kiểm tra hiệu lực của phán quyết trọng tài, cụ thể tòa án có thẩm quyền xem xét hủy quyết định trọng tài trong những điều kiện và lý do mà luật đã quy định. Theo quy định tại khoản 1 Điều 69 của Luật Trọng tài thương mại “trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được phán quyết trọng tài, nếu một bên có đủ căn cứ để chứng minh được rằng hội đồng trọng tài đã ra phán quyết thuộc một trong những trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 68 của Luật này, thì có quyền làm đơn gửi tòa án có thẩm quyền yêu cầu hủy phán quyết trọng tài. Đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài phải kèm theo các tài liệu, chứng cứ chứng minh cho yêu cầu hủy phán quyết trọng tài là có căn cứ và hợp pháp”.

Luật Trọng tài thương mại cũng quy định trình tự, thủ tục mà tòa án xem xét yêu cầu hủy quyết định trọng tài. Theo đó, sau khi thụ lý đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, tòa án có thẩm quyền thông báo ngay cho trung tâm trọng tài hoặc các trọng tài viên của hội đồng trọng tài vụ việc, các bên tranh chấp và viện kiểm sát cùng cấp. Trong thời hạn 07

ngày làm việc, kể từ ngày thụ lý, Chánh án toà án chỉ định một hội đồng xét đơn yêu cầu gồm ba thẩm phán, trong đó có một thẩm phán làm chủ tọa theo sự phân công của Chánh án tòa án. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày được chỉ định, hội đồng xét đơn yêu cầu phải mở phiên họp để xét đơn yêu cầu huỷ phán quyết trọng tài. Tòa án phải chuyển hồ sơ cho viện kiểm sát cùng cấp nghiên cứu trong thời hạn 07 ngày làm việc trước ngày mở phiên họp để tham dự phiên họp của tòa án xét đơn yêu cầu. Hết thời hạn này, viện kiểm sát phải gửi trả lại hồ sơ cho tòa án để mở phiên họp xem xét đơn yêu cầu.

Phiên họp được tiến hành với sự có mặt của các bên tranh chấp, luật sư của các bên, nếu có, kiểm sát viên viện kiểm sát cùng cấp. Trường hợp một trong các bên yêu cầu hội đồng xét đơn vắng mặt hoặc đã được triệu tập hợp lệ mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc rời phiên họp mà không được hội đồng chấp thuận thì hội đồng vẫn tiến hành xét đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài.

Khi xét đơn yêu cầu, hội đồng xét đơn yêu cầu căn cứ vào các quy định tại Điều 68 của Luật Trọng tài thương mại và các tài liệu kèm theo để xem xét, quyết định; không xét xử lại nội dung vụ tranh chấp mà hội đồng trọng tài đã giải quyết. Sau khi xem xét đơn và các tài liệu kèm theo, nghe ý kiến của những người được triệu tập, nếu có, kiểm sát viên trình bày ý kiến của viện kiểm sát, hội đồng thảo luận và quyết định theo đa số.

2.4. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng tòa án

Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng tòa án là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của cơ quan tài phán nhà nước, nhân danh quyền lực nhà nước để đưa ra phán quyết buộc các bên có nghĩa vụ thi hành, kể cả bằng sức mạnh cưỡng chế.

Do đó, các đương sự thường tìm đến sự trợ giúp của tòa án như một giải pháp cuối cùng để bảo vệ có hiệu quả các quyền, lợi ích của mình khi họ thất bại trong việc sử dụng cơ chế thương lượng hoặc hoà giải và cũng không muốn vụ tranh chấp giữa họ được giải quyết bằng con đường trọng tài.

Tuỳ thuộc vào trình độ phát triển kinh tế - xã hội, về các điều kiện văn hoá, tập quán và truyền thống xây dựng pháp luật, toà án các quốc gia này được tổ chức hết sức khác nhau. Tuy nhiên, người ta thường thấy có hai mô hình tổ chức toà án để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh là:

- Thành lập các toà chuyên trách với tên gọi là toà kinh tế hay toà thương mại độc lập về mặt tổ chức với toà án thường để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh. Mô hình này thường gặp ở các nước theo dòng họ pháp luật châu Âu lục địa (CONTINENTAL LAW) như: Cộng hoà Pháp, Cộng hoà liên bang Đức....

- Trao thẩm quyền giải quyết tranh chấp trong kinh doanh cho toà dân sự. Ở các quốc gia theo mô hình này không có sự phân biệt rạch ròi giữa tranh chấp dân sự và tranh chấp kinh doanh. Vì theo họ, tranh chấp trong kinh doanh về bản chất là một dạng của tranh chấp dân sự và do đó không cần phải phân hoá điều chỉnh pháp luật về thủ tục tố tụng đến mức phải có luật tố tụng cho các tranh chấp trong kinh doanh. Mô hình tổ chức này thường gặp ở các quốc gia theo dòng họ pháp luật Anh - Mỹ (COMMON LAW) như Vương quốc Anh, Hợp chủng quốc Hoa Kỳ và một số quốc gia chuyển đổi như Trung Quốc, Cộng hoà Séc....

Thẩm quyền của cơ quan tài phán nhà nước ở các quốc gia khác nhau nhưng đa số tập trung vào các lĩnh vực tranh chấp phổ biến là:

- Tranh chấp hợp đồng thương mại.
- Tranh chấp liên quan đến tổ chức và hoạt động của công ty, bao gồm: tranh chấp giữa công ty với các thành viên và giữa các thành viên công ty với nhau..
- Tranh chấp liên quan đến việc bảo hộ nhãn hiệu thương mại.
- Tranh chấp thương mại hàng hải.
- Tranh chấp liên quan đến hoạt động phát hành và kinh doanh chứng khoán.

So với phương thức giải quyết tranh chấp bằng con đường trọng tài, việc giải quyết tranh chấp tại toà án đã bộc lộ nhiều ưu thế hơn hẳn về trình tự, trình tự tố tụng chặt chẽ và tính khả thi của hiệu lực phán

quyết. Mặc dù vậy, thủ tục giải quyết tranh chấp bằng toà án thường dài hơn và chi phí cao hơn so với giải quyết bằng trọng tài. Thêm vào đó, nguyên tắc xét xử công khai tại toà án không được giới doanh nghiệp nhìn nhận là một nguyên tắc có thể bảo vệ được bí mật kinh doanh và uy tín của họ trên thương trường.

Khi các bên tranh chấp sử dụng phương thức thương lượng và hòa giải mà không đạt được kết quả, họ có thể sử dụng phương thức giải quyết bằng trọng tài thương mại hoặc Toà án.

Toà án là phương thức giải quyết tranh chấp tại cơ quan xét xử nhân danh quyền lực Nhà nước, được tiến hành theo một trình tự, thủ tục chặt chẽ. Bản án hoặc phán quyết của Toà án về vụ tranh chấp nếu không có sự tự nguyện tuân thủ sẽ được đảm bảo thực hiện hành bằng sự cưỡng chế của Nhà nước.

Ở nước ta, tranh chấp thương mại chủ yếu thuộc thẩm quyền giải quyết của toà kinh tế. Tổ tụng giải quyết tranh chấp thuộc tổ tụng dân sự. Tổ tụng dân sự hiện hành được quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự đã được quốc hội thông qua ngày 15/06/2004 và có hiệu lực từ ngày 01/01/2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2011).

(1) Những nguyên tắc cơ bản của tố tụng dân sự tại toà án

Tranh chấp kinh doanh, thương mại là một trong những vụ việc dân sự, khi được giải quyết tại toà án phải tuân theo những nguyên tắc cơ bản sau đây:

- Bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa trong tố tụng dân sự.
- Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền yêu cầu toà án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người khác.
- Quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự.
- Các đương sự có quyền và nghĩa vụ cung cấp chứng cứ và chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp.
- Bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự.
- Bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự.
- Toà án có trách nhiệm tiến hành hoà giải và tạo điều kiện thuận

lợi để các đương sự hoà giải;

- Hội thẩm nhân dân tham gia xét xử vụ án dân sự;
- Thẩm phán và hội thẩm nhân dân xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật;
- Trách nhiệm của cơ quan, người tiến hành tố tụng dân sự;
- Tòa án xét xử tập thể và quyết định theo đa số;
- Xét xử công khai;
- Bảo đảm sự vô tư của những người tiến hành hoặc tham gia tố tụng dân sự. Pháp luật quy định những người không được tiến hành hoặc tham gia tố tụng;
- Thực hiện hai cấp xét xử là sơ thẩm và phúc thẩm;
- Giám đốc việc xét xử: Tòa án cấp trên giám đốc việc xét xử của tòa án cấp dưới;
- Bảo đảm hiệu lực của bản án, quyết định của tòa án. Tòa án nhân dân và các cơ quan tổ chức được giao nhiệm vụ thi hành bản án, quyết định của tòa án phải nghiêm chỉnh chấp hành và chịu trách nhiệm trước pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ này;
- Tiếng nói và chữ viết dùng trong tố tụng dân sự là tiếng Việt. Người tham gia tố tụng dân sự có quyền dùng tiếng nói và chữ viết của dân tộc mình, trong trường hợp này cần có người phiên dịch;
- Viện kiểm sát nhân dân kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong tố tụng dân sự;
- Trách nhiệm chuyển giao tài liệu, giấy tờ của Tòa án;
- Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng dân sự;
- Bảo đảm quyền khiếu nại, tố cáo trong tố tụng dân sự;

(2) Thẩm quyền của Tòa án trong việc giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại

a. Thẩm quyền theo vụ việc

Theo Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự 2004, có bốn nhóm tranh

chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Bao gồm:

1. Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận bao gồm:

- a) Mua bán hàng hoá;
- b) Cung ứng dịch vụ;
- c) Phân phối;
- d) Đại diện, đại lý;
- đ) Ký gửi;
- e) Thuê, cho thuê, thuê mua;
- g) Xây dựng;
- h) Tư vấn, kỹ thuật;
- i) Vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thuỷ nội địa;
- k) Vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển;
- l) Mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác;
- m) Đầu tư, tài chính, ngân hàng;
- n) Bảo hiểm;
- o) Thăm dò, khai thác.

2. Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận.

3. Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty.

4. Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Điều 30 Bộ luật tố tụng dân sự sửa đổi 2011 quy định về yêu cầu về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án.

1. Yêu cầu liên quan đến việc Trọng tài thương mại Việt Nam giải quyết các vụ tranh chấp theo quy định của pháp luật về Trọng tài thương mại.

2. Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của Tòa án nước ngoài hoặc không công nhận bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của Tòa án nước ngoài mà không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam.

3. Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định kinh doanh, thương mại của Trọng tài nước ngoài.

4. Các yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

b. Thẩm quyền theo cấp Tòa án

Ở Việt Nam có hai cấp Tòa án tiến hành xét xử sơ thẩm là Tòa án cấp huyện và Tòa án cấp tỉnh.

- *Toà án cấp huyện*: có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại từ điểm a đến điểm i Khoản 1 Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự.

Toà án cấp tỉnh: có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án còn lại, trừ những tranh chấp thuộc thẩm quyền của Tòa án cấp huyện.

Khi cần thiết Tòa án cấp tỉnh có thể lấy lên để giải quyết những tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án cấp huyện.

c. Thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ

Khi đã xác định tranh chấp được giải quyết tại Tòa án cấp nào, còn phải xác định Tòa án ở địa phương nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Để tạo điều kiện thuận lợi cho việc xác minh, thu thập tài liệu, chứng cứ và thi hành án, Bộ luật tố tụng dân sự 2004 quy định:

- Tòa án có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ án về kinh doanh

thương mại là Toà án nơi bị đơn cư trú, làm việc của bị đơn (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi bị đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức).

- Để đảm bảo quyền tự định đoạt của các bên, pháp luật tố tụng còn quy định các bên có tranh chấp cũng có quyền tự thỏa thuận với nhau bằng văn bản Toà án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cá nhân) hoặc nơi nguyên đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức) giải quyết vụ án.

- Trường hợp vụ án liên quan đến bất động sản thì Toà án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết.

d. Thẩm quyền xét xử theo sự lựa chọn của nguyên đơn

Trong thực tế, khi xác định thẩm quyền của Toà án theo cấp nào và theo lãnh thổ sẽ có trường hợp có nhiều Toà án cùng có thẩm quyền giải quyết một vụ án. Chính vì vậy bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn, tạo điều kiện thuận lợi cho nguyên đơn khi tiến hành khởi kiện, pháp luật còn quy định nguyên đơn có quyền lựa chọn Toà án để yêu cầu giải quyết vụ án trong trường hợp sau đây:

- Nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở bị đơn, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi có tài sản, nơi có trụ sở hoặc nơi cư trú cuối cùng của bị đơn giải quyết.

- Nếu tranh chấp phát sinh từ hoạt động của chi nhánh tổ chức, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu Toà án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết

- Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết.

- Nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau, thì nguyên đơn theo yêu cầu Toà án một trong các bị đơn cư trú, làm việc có trụ sở giải quyết.

- Nếu tranh chấp đến bất động sản mà bất động sản ở nhiều nơi khác nhau, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi có một trong các bất động sản giải quyết.

(3) Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại thực hiện theo quy định chung của tố tụng dân sự. Có thể khái quát thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại Tòa án có những giai đoạn cơ bản sau:

- Khởi kiện và thụ lý vụ án.
- Hoà giải và chuẩn bị xét xử.
- Xét xử sơ thẩm.
- Xét xử phúc thẩm.
- Thủ tục xét xử lại đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật.

(Nội dung cụ thể phần này sẽ được nghiên cứu cụ thể trong môn học Luật tố tụng dân sự)

Chương 4

PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

1. NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ PHÁ SẢN

1.1. Khái niệm

Trong điều kiện của nền kinh tế thị trường, hoạt động kinh tế diễn ra rất đa dạng và phức tạp. Sự đa dạng về chủ thể, về hình thức sở hữu,... đã tạo nên một thị trường sôi động và nhiều biến đổi.

Lợi nhuận chính là động lực, là mục đích và phương tiện tồn tại của các chủ thể kinh doanh. Mục đích tối đa hoá lợi nhuận của các chủ thể kinh doanh đã thúc đẩy họ nâng cao khả năng cạnh tranh của hàng hoá, sản phẩm của mình.

Chính trong môi trường cạnh tranh gay gắt đó của nền kinh tế thị trường, có nhiều chủ thể kinh doanh nhờ vào tài năng kinh doanh và tầm hiểu biết sâu sắc thị trường, tuân thủ những quy luật khách quan của cơ chế thị trường nên ngày càng phát triển, mở rộng hoạt động sản xuất kinh doanh, ngày càng thu lợi nhuận nhiều hơn.

Bên cạnh những chủ thể kinh doanh làm ăn có lợi nhuận như vậy thì cũng có không ít những chủ thể kinh doanh không tuân thủ các quy luật khách quan của thị trường, không đáp ứng được yêu cầu khắt khe của thương trường, kinh doanh không mang lại lợi nhuận mà còn thua lỗ, không trả được các khoản nợ dẫn đến tình trạng phải giải thể, phá sản.

Vì vậy, có thể nói, phá sản là hiện tượng tất yếu của nền kinh tế thị trường với sự cạnh tranh quyết liệt. Mức độ phổ biến và quy mô của hiện tượng này phụ thuộc vào nhiều yếu tố, song nhìn chung, ở đâu có sự cạnh tranh ngày càng gay gắt và phổ biến thì ở đó, phá sản cũng sẽ ngày càng phổ biến và nghiêm trọng hơn.

Thuật ngữ “Phá sản” đã có từ lâu và được lý giải khác nhau về nguồn gốc, xuất xứ nhưng theo một số chuyên gia thì danh từ “Phá sản” có từ một tập quán thời trung cổ ở Ý là từ ‘banca rupta’ (nghĩa là ‘chiếc

ghế bị gãy"), trong trường hợp này thì nó được hiểu như là một sự nhục nhã cho xã hội hay là sự trừng phạt cho một cá nhân hay thực thể của một nền kinh tế, những người mà tài năng và sở trường của họ là ít hơn những cá nhân khác.

Trong tiếng Việt, theo Luật Thương mại 1972 của chính quyền Sài Gòn trước đây, thuật ngữ “khánh tận: dùng để chỉ phá sản thương gia, còn thuật ngữ “vỡ nợ” dùng để chỉ sự phá sản cá nhân. Ngoài ra, phá sản còn được nhìn nhận là một thủ tục tư pháp thanh toán tài sản.

Hiện nay, trên cơ sở Luật Phá sản 1993 và Luật phá sản 2004, khái niệm phá sản được xem xét dưới hai góc độ: Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản và phá sản là thủ tục phục hồi hoặc xử lý nợ đặc biệt.

Tóm lại: Cho dù có sự lý giải khác nhau về xuất xứ của thuật ngữ “Phá sản” và những quan điểm về sự phá sản trong nền kinh tế thị trường hiện đại đã có sự phát triển xa hơn nguồn gốc của nó, song khái niệm phá sản đều được sử dụng để chỉ sự đổ vỡ, sự ‘khánh tận’, mất khả năng thanh toán các khoản nợ trong hoạt động kinh doanh của một chủ thể kinh doanh.

1.2. Phá sản là hệ quả tất yếu của nền kinh tế thị trường

Trong thực tiễn hoạt động sản xuất, kinh doanh, mặc dù có nhiều chủ thể kinh doanh đã xây dựng phương án kinh doanh tối ưu cho tổ chức mình, họ cũng đã tính toán, lường định mọi bất trắc, rủi ro có thể xảy ra và các giải pháp để khắc phục. Tuy nhiên, trong nền kinh tế thị trường, sự cạnh tranh tất yếu dẫn đến việc “cá lớn nuốt cá bé”. Vì vậy, mọi sự tính toán, lường định trước chỉ có tính hạn chế, chứ không thể đảm bảo an toàn tuyệt đối cho mọi hoạt động kinh doanh của tổ chức, các giải pháp đối phó có lúc trở thành vô hiệu. Trong trường hợp đó, tất nhiên dẫn đến phá sản. Có phá sản sẽ dẫn đến có pháp luật phá sản, để một mặt giải quyết hậu quả pháp lý của sự cạnh tranh giữa các chủ thể kinh doanh, mặt khác nhằm tạo ra môi trường kinh doanh lành mạnh.

Như vậy, phá sản là một phạm trù luôn luôn được đặt ra trong hoạt động kinh doanh của tổ chức kinh tế dưới nền kinh tế thị trường. Pháp luật phá sản là một chế định pháp luật nhằm bảo vệ quyền lợi cho các bên liên quan đến tổ chức kinh tế bị phá sản và thiết lập một trật, kỷ

cương trong kinh doanh.

1.3. Tiêu chí xác định chủ thể kinh doanh lâm vào tình trạng phá sản

Trên thế giới, để xác định một doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, người ta thường căn cứ vào các tiêu chí sau đây:

1.3.1. Thứ nhất, tiêu chí định lượng

Theo tiêu chí này, một doanh nghiệp bị coi là lâm vào tình trạng phá sản do không thanh toán được một món nợ đến hạn có giá trị tối thiểu đã được ấn định trong luật. Ví dụ: Luật phá sản ở Vương quốc Anh, số tiền này là 50 bảng, ở Xingapo là trên 2000 đô la Xingapo, ở Austraylia là 2000 đô la Úc và thời gian trả nợ là 21 ngày kể từ ngày đòi nợ.

Tiêu chí này được xây dựng nhằm cho phép toà án có thể mở thủ tục phá sản doanh nghiệp trong bất kỳ trường hợp nào mà không cần phải điều tra về tình hình tài chính của doanh nghiệp mắc nợ; từ đó, có thể bảo vệ lợi ích chính đáng cho các chủ nợ và kịp thời có phương án khắc phục, phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, có thể dễ dàng nhận thấy, trong quá trình thực hiện tiêu chí định lượng, cũng bộc lộ nhiều hạn chế, đó là: không bảo đảm tính chính xác trong việc đánh giá tình trạng tài chính của doanh nghiệp mắc nợ vì nhiều doanh nghiệp do nhiều nguyên nhân khác nhau có thể mất khả năng thanh toán nhất định; doanh nghiệp trước sức ép của thủ tục phá sản đã buộc phải bán tài sản của mình với giá quá thấp hoặc phải đi đến những thoả hiệp bất bình đẳng trước sức ép của các chủ nợ.

1.3.2. Thứ hai, tiêu chí kế toán

Tiêu chí này được thực hiện thông qua sổ sách kế toán của doanh nghiệp mắc nợ. Nếu như các số liệu kế toán của doanh nghiệp cho thấy tổng giá trị tài sản nợ lớn hơn tổng giá trị tài sản có thì doanh nghiệp đó đã lâm vào tình trạng phá sản.

So với tiêu chí định lượng thì tiêu chí này có một ưu điểm lớn là đã phân nào chính xác tình trạng tài chính của doanh nghiệp mắc nợ từ đó cho phép mở thủ tục phá sản một cách chính xác và có thể

thu hẹp phạm vi những doanh nghiệp bị mở thủ tục phá sản. (những doanh nghiệp chỉ mất khả năng thanh toán nợ trong một thời hạn nhất định).

1.3.3. Thứ ba, tiêu chí định tính

Tiêu chí này quan tâm trực tiếp đến tính ‘*tức thời của việc trả nợ*’, có nghĩa là, quan tâm đến khả năng thanh toán nợ tức thời của doanh nghiệp mắc nợ mà không có sự quan tâm đến số lượng tài sản hiện có của doanh nghiệp mắc nợ.

Với quan điểm này, thì doanh nghiệp bị lâm vào phá sản không chỉ là doanh nghiệp không còn hoặc còn rất ít tài sản mà thậm chí còn rất nhiều tài sản, song vì nhiều nguyên nhân khác nhau mà không thể hoặc chưa thể có số tài sản đó ngay trả nợ.

So với hai tiêu chí trước, thì tiêu chí này đã có bước tiến hơn trong việc đưa khả năng mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp sớm hơn để có thể có những giải pháp phục hồi hoặc cho phá sản doanh nghiệp đó một cách kịp thời để bảo vệ một cách có hiệu quả quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp mắc nợ và các chủ nợ, ngăn chặn hiện tượng phá sản dây chuyền.

Ở Việt Nam, tiêu chí xác định chủ thể kinh doanh lâm vào tình trạng phá sản căn cứ vào các quy định của các văn bản pháp luật về phá sản.

a. Theo Luật Phá sản 1993

Theo Luật Phá sản 1993 và được quy định cụ thể tại Điều 3 Nghị định 189/CP ngày 23 tháng 12 năm 1994, có các dấu hiệu sau:

- Doanh nghiệp hoạt động kinh doanh thua lỗ trong hai năm liên tiếp đến mức không thanh toán được các khoản nợ.
- Không trả được lương cho người lao động trong 3 tháng liên tiếp.
- Doanh nghiệp đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết để khắc phục tình trạng mất khả năng thanh toán nợ.

Sau khi đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà doanh nghiệp vẫn không thanh toán được nợ đến hạn thì doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản và phải được xử lý theo quy định của luật phá sản.

b. Theo Luật Phá sản 2004

Điều 3 Luật Phá sản 2004 quy định dấu hiệu xác định doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn có tiến bộ hơn, phù hợp với thông lệ quốc tế, đó là:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn.

- Việc thanh toán này không thực hiện được khi chủ nợ có yêu cầu.

Như vậy, Luật Phá sản 2004 quy định tiến bộ hơn và phù hợp với thông lệ quốc tế, tạo điều kiện cho doanh nghiệp sớm mở thủ tục phá sản cũng như khả năng phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

1.4. Phân loại phá sản

Dựa vào các căn cứ khác nhau, phá sản được phân loại như sau:

a. Căn cứ vào nguyên nhân gây ra phá sản, phá sản được chia ra: phá sản trung thực và phá sản gian trá.

- *Phá sản trung thực*: là hiện tượng phá sản do những nguyên nhân khách quan hay những rủi ro trong kinh doanh gây ra. Ví dụ: do thiên tai, địch họa làm đình trệ quá trình kinh doanh, từ đó làm mất khả năng thanh toán nợ đến hạn; hoặc do một sự biến động chính trị nào đó làm mất hẳn thị trường tiêu thụ sản phẩm kéo theo là sự đổ vỡ của các doanh nghiệp sản xuất sản phẩm đó.

- *Phá sản gian trá*: là hiện tượng phá sản do con nợ có những thủ đoạn gian trá, có sự sắp đặt trước nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác. Ví dụ: Gian lận trong ký kết hợp đồng, tẩu tán tài sản, cố tình báo cáo sai... và sau đó tạo ra lý do phá sản.

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xác định thái độ đối xử của pháp luật đối với con nợ. Đối với phá sản trung thực, khi giải quyết yêu cầu phá sản, pháp luật chỉ tập trung giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lý tài sản; còn đối với phá sản gian trá, khi giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, pháp luật không chỉ tập trung giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lý tài sản mà còn giải quyết các vấn đề liên quan đến nhân thân của chủ doanh nghiệp.

Khoản 3 Điều 8 Luật Phá sản 2004 quy định: *Trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản, nếu phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì Thẩm phán*

cung cấp tài liệu (bản sao) cho Viện Kiểm sát cùng cấp để xem xét việc khởi tố về hình sự và vấn đề tiến hành thủ tục phá sản theo quy định của pháp luật.

b. Căn cứ vào cơ sở phát sinh quan hệ pháp lý, phá sản chia ra: phá sản tự nguyện và phá sản bắt buộc.

- *Phá sản tự nguyện*: là phá sản do chính chủ doanh nghiệp tự nguyện yêu cầu khi thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Theo Luật Phá sản, việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là nghĩa vụ của doanh nghiệp khi thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

- *Phá sản bắt buộc*: là phá sản được thực hiện theo yêu cầu của chủ nợ hoặc của đại diện chủ sở hữu của doanh nghiệp nhà nước, công ty cổ phần, công ty hợp danh.

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xây dựng hồ sơ phá sản cũng như khi thẩm phán lựa chọn thủ tục phá sản thích hợp trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản.

c. Dựa vào đối tượng và phạm vi điều chỉnh, phá sản chia ra: phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân.

- *Phá sản doanh nghiệp*: là phá sản đối với một tổ chức được coi là doanh nghiệp hay là hợp tác xã.

- *Phá sản cá nhân*: là phá sản đối với một con người, một thực thể khi tham gia kinh doanh.

Việc phân chia này có ý nghĩa trong việc áp dụng pháp luật khi giải quyết vụ việc phá sản.

Ở Việt Nam, Luật Phá sản được áp dụng đối với các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế và hợp tác xã; còn đối với các cá nhân (gồm hộ kinh doanh cá thể, tổ hợp tác, hộ gia đình) nếu lâm vào tình trạng phá sản thì áp dụng trình tự tố tụng dân sự.

1.5. Phân biệt phá sản và giải thể

Khi phân biệt giải thể và phá sản chúng ta cần nêu những điểm khác nhau như sau:

- *Thứ nhất, lý do dẫn đến giải thể và phá sản là khác nhau.*

Lý do giải thể rộng hơn nhiều so với phá sản. Điều này được thể

hiện ở chỗ các chủ thể kinh doanh có thể chấm dứt hoạt động của mình trong nhiều trường hợp khác nhau, như: khi không thực hiện được mục tiêu đề ra hay đã hoàn thành nhiệm vụ được giao, đã hết thời hạn ghi trong ghi trong điều lệ doanh nghiệp mà không gia hạn thêm hay bị giải thể do bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Về cơ bản, lý do giải thể phụ thuộc vào ý chí của chủ doanh nghiệp (trừ trường hợp giải thể bắt buộc).

Lý do phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã duy nhất chỉ có một lý do: đó là sự mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu. Vì vậy, về cơ bản, lý do phá sản nằm ngoài ý muốn của chủ doanh nghiệp.

- Thứ hai, điều kiện để cơ quan nhà nước cho phép giải thể và phá sản.

Về nguyên tắc, đối với giải thể thì việc giải quyết trên cơ sở yêu cầu của bản thân doanh nghiệp. Một doanh nghiệp chỉ được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp nhận cho phép giải thể khi doanh nghiệp đó đảm bảo thanh toán hết các khoản nợ và thanh lý mọi hợp đồng đã ký kết trên cơ sở yêu cầu của doanh nghiệp. Khi thanh toán nợ nần thì chính bản thân doanh nghiệp đứng ra trả nợ.

Trong khi đó, thủ tục phá sản: Chỉ được mở trên cơ sở đơn yêu cầu của chủ nợ, của người lao động hoặc của chính doanh nghiệp mắc nợ khi chính doanh nghiệp đó lâm vào tình trạng phá sản.

Chính điều này đã dẫn đến một điểm khác biệt ở thể thức thanh toán, thể hiện ở chỗ, trong giải thể thì chủ nợ trực tiếp thanh toán cho các chủ nợ và không theo trình tự ưu tiên do đủ khả năng thanh toán nợ đến hạn. Trái lại, trong phá sản, doanh nghiệp không trực tiếp thanh toán nợ mà thông qua trung gian do Tòa án chủ trì và theo thứ tự ưu tiên thanh toán.

- Thứ ba, thủ tục giải thể và phá sản: Thủ tục giải thể là một thủ tục hành chính do cơ quan hành chính thực hiện hoặc chấp thuận trong quá trình giám sát việc giải thể doanh nghiệp. Điều này thể hiện ở chỗ, các doanh nghiệp tự quyết định việc giải thể của chính mình và họ chỉ có một nghĩa vụ duy nhất với cơ quan đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh là thông báo để xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh (đối với

doanh nghiệp hoạt động theo Luật doanh nghiệp) hay là cơ quan ra quyết định thành lập (đối với doanh nghiệp nhà nước)

- Thứ tư, hậu quả pháp lý của giải thể và phá sản.

Giải thể doanh nghiệp bao giờ cũng dẫn đến việc loại trừ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, chấm dứt tư cách pháp lý và thực tế của doanh nghiệp trên thương trường bằng cách xoá tên trong sổ đăng ký kinh doanh.

Trong khi đó, phá sản một doanh nghiệp không phải bao giờ cũng đem lại kết quả như vậy, chẳng hạn như trường hợp toàn bộ doanh nghiệp bị phá sản được mua lại, giữ nguyên tên, cả nhãn hiệu hàng hoá sản phẩm, tiếp tục hoạt động sản xuất kinh doanh. Trong trường hợp này, chỉ có sự thay đổi chủ sở hữu của doanh nghiệp chứ không hề có sự chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp trên thực tế.

- Thứ năm, chế tài pháp lý đối với người quản lý, điều hành doanh nghiệp.

Chế tài pháp lý đối với chủ doanh nghiệp hoặc người quản lý điều hành doanh nghiệp cũng rất khác nhau.

Giải thể không đặt ra vấn đề hạn chế, cấm đảm nhiệm các chức vụ điều hành, quản lý doanh nghiệp hoặc cấm thực hiện một số hoạt động kinh doanh. Trái lại, trong trường hợp phá sản thì pháp luật phá sản của các nước trên thế giới và pháp luật phá sản nước ta thường áp dụng chế tài cấm hành nghề hoặc cấm đảm nhiệm các chức vụ điều hành, quản lý doanh nghiệp đối với các đối tượng trên từ một đến ba năm.

2. QUÁ TRÌNH HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CỦA PHÁP LUẬT PHÁ SẢN Ở VIỆT NAM VÀ VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT PHÁ SẢN

2.1. Quá trình hình thành và phát triển của pháp luật phá sản ở Việt Nam

Việt Nam đã ban hành hai đạo luật về phá sản, đó là Luật Phá sản doanh nghiệp 1993 được Quốc hội khoá IX kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 30 tháng 12 năm 1993 (có hiệu lực thi hành từ ngày 1 tháng 7 năm 1994) và Luật Phá sản 2004 được Quốc hội khoá XI kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004 (có hiệu lực từ ngày 15 tháng 10 năm 2004).

Luật Phá sản 2004 bao gồm là tổng thể các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Như vậy, Luật Phá sản 2004 điều chỉnh hai nhóm quan hệ xã hội: quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ và quan hệ giữa các đương sự với cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Việt Nam cũng như đa số các nước khác trên thế giới đều quan tâm xây dựng chế định pháp luật về phá sản với mục tiêu hạn chế đến mức thấp nhất những hậu quả do phá sản gây ra, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia quan hệ kinh tế trước rủi ro trong kinh doanh, từ đó góp phần ổn định trật tự đời sống xã hội.

Bên cạnh đó, sự bùng nổ của xu hướng toàn cầu hoá, nhu cầu về hội nhập kinh tế quốc tế đã ảnh hưởng đến hệ thống pháp luật của mỗi nước. Pháp luật phá sản của mỗi nước không chỉ phản ánh những đặc điểm kinh tế, xã hội, chính trị của quốc gia mà còn phản ánh những xu hướng chung của thời đại.

Thực tiễn ở nước ta đã chứng minh điều đó. Nền kinh tế Việt nam trước năm 1986 là nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, là nền kinh tế mà mọi nhu cầu chủ yếu trong đời sống xã hội cũng như hoạt động sản xuất kinh doanh đều chịu sự điều tiết của Nhà nước. Các doanh nghiệp hoạt động dưới sự quản lý của nhà nước, nếu thua lỗ nhà nước sẽ can thiệp bằng các biện pháp hành chính như chia, tách, hợp nhất, sáp nhập...

Do vậy, trong nền kinh tế kế hoạch đó, vấn đề phá sản không được đặt ra và đương nhiên cũng không tồn tại pháp luật về phá sản.

Từ sau năm 1986, nhà nước ta chủ trương chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch sang nền kinh tế thị trường theo định hướng Xã hội Chủ nghĩa. Canh tranh chính là quy luật của nền kinh tế thị trường.

Dưới sự tác động của quy luật cạnh tranh, các doanh nghiệp, hợp tác xã cạnh tranh khốc liệt với nhau. Trong môi trường ấy, những doanh nghiệp, hợp tác xã làm ăn có hiệu quả sẽ tồn tại, còn những doanh nghiệp, hợp tác xã làm ăn thua lỗ sẽ bị phá sản. Pháp luật về phá sản ra đời nhằm đáp ứng yêu cầu “thoát khỏi thị trường” của những doanh

ng nghiệp đã không chịu được sức ép của thị trường.

Hiện nay, Việt Nam đang là thành viên của nhiều tổ chức, diễn đàn quốc tế. Do vậy, việc hoàn thiện pháp luật phá sản phải phù hợp với xu thế hội nhập nhằm làm cho pháp luật phá sản của Việt Nam không chỉ phù hợp với tình hình kinh tế xã hội của đất nước mà còn phù hợp với xu thế hội nhập kinh tế của khu vực kinh tế thế giới.

2.2. Vai trò của pháp luật phá sản

Pháp luật phá sản có vai trò rất quan trọng đối với đời sống kinh tế - xã hội. Điều đó được thể hiện ở những nội dung cơ bản sau:

- *Thứ nhất*, pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích chính đáng của các chủ nợ, cung cấp cho các chủ nợ một công cụ để thực hiện việc đòi nợ.

Khi doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn, pháp luật phá sản trao cho chủ nợ quyền khởi động thủ tục phá sản như một biện pháp đòi nợ đặc biệt. Trong quá trình giải quyết, pháp luật phá sản các cơ chế cho phép các chủ nợ có khả năng bảo vệ tối đa lợi ích của mình như: kiểm tra, giám sát các hoạt động, hành vi con nợ, tham gia giải quyết những vấn đề liên quan đến tới quyền lợi mình...nhằm mục đích thu hồi các khoản nợ.

- *Thứ hai*, pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích chính đáng của con nợ, đem lại cho các doanh nghiệp đang trong tình trạng lâm vào phá sản một cơ hội phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc rút khỏi thương trường có trật tự.

Pháp luật phá sản không chỉ bảo vệ lợi ích của chủ nợ mà còn bảo vệ lợi ích của con nợ, như: giảm bớt gánh nặng tài chính bằng việc ấn định thời điểm ngừng trả nợ, tạo điều kiện cho con nợ thương lượng với chủ nợ để giảm nợ, xoá nợ...; buộc các chủ nợ phải vào khuôn khổ chung trong quá trình đòi nợ; tạo điều kiện cho các con nợ khôi phục tình hình tài chính và phục hồi hoạt động sản xuất kinh doanh...

- *Thứ ba*, pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của người lao động

Hậu quả đáng lưu ý nhất gắn liền với phá sản là thu nhập và việc làm của người lao động; Vì vậy đây luôn luôn là vấn đề được pháp luật phá sản quan tâm bảo vệ. Bằng những quy định cụ thể, pháp luật xác định cơ sở pháp lý cho việc bảo vệ lợi ích hợp pháp và hạn chế những thiệt thòi vật chất mà phá sản có thể gây ra cho người lao động. Trong quá trình giải quyết phá sản, người lao động có quyền cử người đại diện tham gia để bảo vệ lợi ích của mình; Các khoản tiền lương, và lợi ích chính đáng của người lao động bao giờ cũng thuộc diện ưu tiên trong thứ tự phân chia tài sản.

- *Thứ tư*, pháp luật phá sản góp phần tổ chức và cơ cấu lại nền kinh tế.

Khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, pháp luật phá sản tạo ra một cơ chế thiết thực và có hiệu quả giúp doanh nghiệp mắc nợ có cơ hội khôi phục lại tình hình tài chính và hoạt động sản xuất kinh doanh, có khả năng thoát khỏi tình trạng phá sản.

Đây là biện pháp góp phần tạo dựng một nền kinh tế ổn định.

Mặt khác, khi việc lựa chọn tổ chức lại không khả thi thì áp dụng thủ tục thanh lý doanh nghiệp và đi tới chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp là tất yếu.

Trong trường hợp này, thanh lý thể hiện như một cơ chế hữu hiệu để loại bỏ triệt để những doanh nghiệp kinh doanh yếu kém, góp phần làm trong sạch môi trường.

- *Thứ năm*, pháp luật phá sản góp phần bảo đảm trật tự, kỷ cương xã hội.

Khi con nợ lâm vào tình trạng phá sản, trước nguy cơ có thể mất các khoản nợ của mình, các chủ nợ phải thực hiện những hành vi chống lại con nợ. Nếu không có sự can thiệp của pháp luật thì những hành vi bất hợp pháp của các chủ nợ dễ xảy ra, họ sẽ áp dụng “luật rừng” đối với con nợ gây nên tình trạng lộn xộn trong đời sống xã hội.

Bằng việc giải quyết thỏa đáng mối quan hệ về lợi ích giữa con nợ và chủ nợ cũng như giữa các chủ nợ với nhau, pháp luật về phá sản đã góp phần hạn chế những mâu thuẫn, bất đồng giữa họ, góp phần đảm bảo trật tự, kỷ cương xã hội.

3. CÁC QUY ĐỊNH VỀ PHÁ SẢN THEO LUẬT PHÁ SẢN 2004

3.1. Đối tượng, phạm vi điều chỉnh của Luật Phá sản

3.1.1. Đối tượng áp dụng của Luật Phá sản

Luật này chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật.

Tuy nhiên, có những doanh nghiệp đặc biệt trực tiếp phục vụ an ninh quốc phòng, doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong các lĩnh vực công ích thiết yếu, Chính phủ sẽ có những quy định cụ thể khi áp dụng Luật Phá sản.

3.1.2. Phạm vi điều chỉnh của Luật Phá sản

Luật Phá sản quy định điều kiện nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; xác định nghĩa vụ về tài sản và các biện pháp bảo toàn tài sản trong thủ tục phá sản; điều kiện; thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh; thủ tục thanh lý tài sản và tuyên bố phá sản; quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm của những người tham gia giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản.

3.2. Thẩm quyền của Tòa án

Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là tòa án nhân dân cấp huyện) có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện đó.

Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là tòa án nhân dân cấp Tỉnh) có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh đó.

Trường hợp cần thiết, tòa án cấp tỉnh có thể lấy lên để tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã thuộc thẩm quyền của tòa án huyện.

Toà án tỉnh nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đó.

3.3. Thủ tục phá sản

Thủ tục phá sản được áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã

lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản;
- Phục hồi hoạt động kinh doanh;
- Thanh lý tài sản, các khoản nợ;
- Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, căn cứ vào quy định cụ thể của Luật, Thẩm phán quyết định áp dụng một trong hai thủ tục, hoặc là phục hồi hoạt động kinh doanh hay là thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc quyết định chuyển từ áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sang áp dụng thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

3.3.1. Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

3.3.1.1. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Luật phá sản quy định các đối tượng sau có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục giải quyết phá sản. Bao gồm:

a. Thứ nhất, đối tượng là chủ nợ

Theo quy định của Luật phá sản, chủ nợ bao gồm các loại sau:

- *Chủ nợ có bảo đảm*: Là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba.

- *Chủ nợ có bảo đảm một phần*: Là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba mà giá trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó.

- *Chủ nợ không có bảo đảm*: Là chủ nợ có khoản nợ không được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba.

Luật phá sản quy định quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản cho các chủ nợ, nhưng chỉ có các chủ nợ không có bảo đảm hoặc chủ nợ có bảo đảm một phần mới được nộp đơn.

Quy định này xuất phát từ quan điểm cho rằng quyền đòi nợ của các chủ nợ có bảo đảm luôn được ưu tiên thanh toán bằng tài sản của

doanh nghiệp. Vì vậy, quy định quyền nộp đơn cho chủ nợ có bảo đảm toàn bộ là không cần thiết. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản chỉ đặt ra cho các chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm bảo một phần nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

Để tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ nợ thực hiện quyền nộp đơn, Luật phá sản 2004 đã loại bỏ quy định về nghĩa vụ của các chủ nợ khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

Điều này là tiến bộ và phù hợp với điều kiện hiện nay. Thực tiễn hơn 10 năm thi hành Luật phá sản cho thấy, chủ nợ chỉ biết họ gửi giấy đòi nợ đến hạn nhưng không được trả nợ. Họ khó có khả năng cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

b. Thứ hai, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của người lao động

Luật phá sản 1993 quy định người lao động có quyền nộp đơn với điều kiện: “doanh nghiệp không trả được lương cho người lao động trong 3 tháng liên tiếp”.

Luật phá sản 2004 đã tiến bộ hơn khi cho phép người lao động được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong trường hợp nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản mà không cần điều kiện.

Tuy nhiên, để tránh việc tùy tiện trong việc nộp đơn, người lao động phải cử người đại diện hoặc thông qua đại diện công đoàn nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Việc cử người đại diện phải được quá nửa số người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã tán thành bằng bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ ký.

Đơn phải được gửi cho Tòa án theo quy định của pháp luật và phải có nội dung theo quy định.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của người làm đơn;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Số tháng nợ tiền lương, tổng số tiền lương và các khoản nợ khác mà doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được cho người lao động;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được gửi cho Tòa án có thẩm quyền theo quy định.

Sau khi nộp đơn, đại diện cho người lao động hoặc đại diện công đoàn được coi là chủ nợ.

c. Thứ ba, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước

Theo quy định, đại diện của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước khi nhận thấy doanh nghiệp đó lâm vào tình trạng phá sản mà doanh nghiệp không nộp thực hiện đúng nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước nộp đơn khi có điều kiện sau:

- Khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản;
- Doanh nghiệp đó không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong thời hạn 3 tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

d. Thứ tư, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ các cổ đông công ty cổ phần

Cổ đông của công ty cổ phần có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty cổ phần lâm vào tình trạng phá sản.

Trong trường hợp này, cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của điều lệ công ty; nếu điều lệ của công ty không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội cổ đông.

Trường hợp điều lệ công ty không quy định mà không tiến hành được đại hội cổ đông thì *cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần phổ thông trong một thời gian liên tục ít nhất 6 tháng* có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty cổ phần đó.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã, trừ các giấy tờ, tài liệu quy định tại các điểm d, đ, e K4 Đ 15 Luật phá sản. (d. Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản, các khoản nợ; đ. Danh sách và thông tin về những người mắc nợ của doanh nghiệp, các khoản nợ của người mắc nợ; e. Danh sách và thông tin của các thành viên nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ty có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ của doanh nghiệp).

đ. Thứ năm, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của thành viên hợp danh

Thành viên hợp danh có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ kèm theo được thực hiện theo quy định của Luật phá sản 2004.

3.3.1.2. Nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

Theo quy định của Luật phá sản, khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của pháp luật.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được nộp cho toà án có thẩm quyền theo quy định. Kèm theo đơn phải có các tài liệu pháp luật quy định.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;

- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được gửi cho Tòa án có thẩm quyền quy định của pháp luật.

Luật phá sản quy định, phải nộp kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản các giấy tờ, tài liệu sau đây:

- Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận;

- Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện, nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn;

- Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã và địa điểm nơi có tài sản nhìn thấy được;

- Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của các chủ nợ; ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

- Danh sách những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của họ; ngân hàng mà họ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

- Danh sách ghi rõ tên, địa chỉ của các thành viên, nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ty có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp;

- Những tài liệu khác mà Tòa án yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải cung cấp theo quy định của pháp luật.

Bên cạnh việc quy định về thủ tục nộp đơn, Luật phá sản còn quy định về thời hạn phải nộp đơn (3 tháng kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp

lâm vào tình trạng phá sản) và trách nhiệm của chủ doanh nghiệp nếu không nộp đơn theo quy định của pháp luật.

Cụ thể, Luật phá sản quy định: Trong thời hạn ba tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

3.3.2. Mở thủ tục phá sản

3.3.2.1. Thủ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Sau khi nhận đơn toà án sẽ xem xét nếu thấy cần sửa đổi, bổ sung tài liệu thì toà án yêu cầu người nộp đơn thực hiện việc sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày nhận đơn. Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn đã nộp tiền tạm ứng phí phá sản. Toà án trả lại đơn yêu cầu: Toà án trả lại đơn yêu cầu nếu:

- Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản;
- Người nộp đơn không có quyền nộp đơn;
- Có toà án khác mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không khách quan;
- Doanh nghiệp, hợp tác xã chứng minh được mình không lâm vào tình trạng phá sản.

3.3.2.2. Quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản

Trong thời gian 30 ngày kể từ ngày thụ lý đơn, Tòa án phải ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản. Tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản khi có căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Tòa án có thể quyết định không mở thủ tục phá sản nếu thấy doanh nghiệp, hợp tác xã chưa lâm vào tình trạng phá sản.

Nếu Tòa án quyết định mở thủ tục phá sản thì phải thông báo mở quyết định mở thủ tục phá sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã và Viện

kiểm sát cùng cấp; thông báo quyết định cho chủ nợ, những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn tiến hành bình thường nhưng phải chịu giám sát của thẩm phán và tổ quản lý, thanh lý tài sản.

Tuy nhiên, để đảm bảo cho việc giải quyết phá sản được đúng đắn, bảo vệ quyền lợi của chủ nợ, pháp luật nghiêm cấm doanh nghiệp, hợp tác xã tiến hành các hành vi như: cất giấu, tẩu tán tài sản; thanh toán tài sản không có bảo đảm; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp.

Một số hoạt động phải được sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán mới được thực hiện như: Cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bảo lãnh, tặng cho, cho thuê tài sản; nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng; chấm dứt hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật; vay tiền; bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển đổi quyền sở hữu tài sản...

3.3.2.3. Hội nghị chủ nợ

Hội nghị chủ nợ bao gồm các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ; đại diện người lao động, đại diện công đoàn được người lao động ủy quyền, người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

- *Triệu tập Hội nghị chủ nợ*: Luật phá sản quy định: Trường hợp việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản kết thúc trước ngày lập xong danh sách chủ nợ thì trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập Hội nghị chủ nợ; nếu việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã kết thúc sau ngày lập xong danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Các Hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được Thẩm phán triệu tập vào bất kỳ ngày làm việc nào trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản theo đề nghị của Tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất một phần ba tổng số nợ không có bảo đảm.

Giấy triệu tập Hội nghị chủ nợ phải được gửi cho người có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ và người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 62 và Điều 63 của Luật phá sản, chậm nhất là mười lăm ngày trước ngày khai mạc Hội nghị. Kèm theo giấy triệu tập Hội nghị phải có chương trình, nội dung của Hội nghị và các tài liệu khác, nếu có.

Hội nghị chủ nợ do Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chủ trì.

- *Quyền tham gia Hội nghị chủ nợ:* Những người sau đây có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ:

(1) Các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ: Chủ nợ có thể uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia Hội nghị chủ nợ và người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

(2) Đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn được người lao động uỷ quyền. Trong trường hợp này đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

(3) Người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này họ trở thành chủ nợ không có bảo đảm.

- *Nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ:* Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật phá sản có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ; trường hợp không tham gia được thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia Hội nghị chủ nợ.

Người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như người uỷ quyền nếu họ tham gia Hội nghị chủ nợ; đối với doanh nghiệp tư nhân mà chủ doanh nghiệp tư nhân đã chết thì người thừa kế hợp pháp của chủ doanh nghiệp đó tham gia Hội nghị chủ nợ.

Trường hợp không có người đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản quy định tham gia Hội nghị chủ nợ thì Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chỉ định người đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã đó tham gia Hội nghị chủ nợ.

- *Nội dung Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất:* Hội nghị chủ nợ lần thứ

nhất bao gồm những nội dung sau đây:

a) Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản thông báo cho Hội nghị chủ nợ về tình hình kinh doanh, thực trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản; kết quả kiểm kê tài sản, danh sách chủ nợ, danh sách người mắc nợ và các nội dung khác nếu xét thấy cần thiết;

b) Chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã trình bày ý kiến về các nội dung do Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo cho Hội nghị, đề xuất phương án, giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, khả năng và thời hạn thanh toán nợ;

c) Hội nghị chủ nợ thảo luận về các nội dung do Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo và các ý kiến của chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã;

d) Hội nghị chủ nợ thông qua Nghị quyết. Nghị quyết được lập thành văn bản và phải được quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại Hội nghị đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên thông qua. Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ có hiệu lực ràng buộc đối với tất cả các chủ nợ;

đ) Trường hợp Hội nghị chủ nợ xét thấy phải thay người đại diện cho các chủ nợ trong thành phần Tổ quản lý, thanh lý tài sản thì Hội nghị bầu người thay thế.

e) Đề nghị thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Trường hợp cần phải tổ chức Hội nghị chủ nợ tiếp theo thì chương trình, nội dung của Hội nghị tiếp theo do Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản quyết định theo đề nghị của những người quy định tại khoản 2 Điều 61 của Luật Phá sản.

- *Điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ*: Hội nghị chủ nợ chỉ hợp lệ khi có đầy đủ các điều kiện sau đây:

(1) Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia;

(2) Có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ

nợ quy định tại Điều 63 của Luật Phá sản.

- *Hoãn Hội nghị chủ nợ*: Hội nghị chủ nợ có thể được hoãn một lần nếu có một trong các trường hợp sau đây:

a) Không đủ quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia;

b) Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại Hội nghị chủ nợ biểu quyết đề nghị hoãn Hội nghị chủ nợ;

c) Người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 63 của Luật này vắng mặt có lý do chính đáng.

Trường hợp Thẩm phán ra quyết định hoãn Hội nghị chủ nợ thì trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày ra quyết định hoãn Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập lại Hội nghị chủ nợ.

- *Đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản khi có người tham gia Hội nghị chủ nợ vắng mặt*

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản trong những trường hợp sau đây:

(1) Sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần, nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại Điều 13 và Điều 14 của Luật Phá sản không tham gia Hội nghị chủ nợ được triệu tập lại;

(2) Trường hợp chỉ có người quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật Phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 63 của Luật Phá sản không đến tham gia Hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng;

(3) Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút lại đơn yêu cầu; nếu những người quy định tại các điều 13, 14, 15, 16, 17 và 18 của Luật Phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà chỉ có một hoặc một số người rút lại đơn yêu cầu thì toà án vẫn tiến hành thủ tục phá sản.

3.3.2.4. Phục hồi hoạt động kinh doanh

- *Điều kiện để áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh*:

Thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi hội nghị chủ nợ lần 1 thông qua nghị quyết đồng ý với các

giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hội nghị chủ nợ lần 1 thông qua nghị quyết, doanh nghiệp, hợp tác xã xây dựng phương án phục hồi kinh doanh của mình và nộp cho thẩm phán.

- *Nội dung, phương án phục hồi hoạt động kinh doanh*: Phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi kinh doanh, các điều kiện, thời hạn, kế hoạch thanh toán nợ; các biện pháp huy động vốn; thay đổi mặt hàng kinh doanh; tổ chức lại bộ máy.

- *Xem xét, thông qua phương án phục hồi kinh doanh*: Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, Thẩm phán phải xem xét phương án phục hồi hoạt động kinh doanh để ra một trong các quyết định:

+ Thứ nhất, đưa phương án ra Hội nghị chủ nợ xem xét, quyết định;

+ Thứ hai, đề nghị sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh nếu thấy phương án đó chưa bảo đảm các nội dung quy định của Luật Phá sản.

Trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản ra Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập Hội nghị chủ nợ để xem xét, thông qua phương án phục hồi.

Hội nghị chủ nợ xem xét, thảo luận phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được thông qua khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành

- *Công nhận nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh*: Thẩm phán ra quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ

nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan.

Toà án phải gửi quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và các chủ nợ trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày ra quyết định.

Sau khi Thẩm phán ra quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, Tổ quản lý, thanh lý tài sản giải thể.

Sáu tháng một lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi cho Toà án báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ở doanh nghiệp, hợp tác xã.

Chủ nợ có nghĩa vụ giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- *Thời hạn thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh* là: 3 năm kể từ ngày cuối cùng công bố quyết định của toà án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

- *Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh*: Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản nếu có một trong các trường hợp sau đây:

+ Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;

+ Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ.

Toà án phải gửi và thông báo công khai quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã theo quy định tại Điều 29 của Luật Phá sản.

- *Hậu quả pháp lý của việc đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh:* Trường hợp Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì doanh nghiệp, hợp tác xã đó được coi không còn lâm vào tình trạng phá sản.

Trường hợp việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án bị đình chỉ theo quy định tại Điều 57 của Luật phá sản, chưa được thi hành hoặc chưa được giải quyết thì ngay sau khi ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án được tiếp tục.

Toà án ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi phải gửi trả lại hồ sơ vụ án cho Toà án có thẩm quyền để giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật.

3.3.2.5. Thanh lý tài sản

- *Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản trong trường hợp đặc biệt:*

Trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ đã được Nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì Toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần phải triệu tập Hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi.

- *Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi hội nghị chủ nợ không thành:* Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi Hội nghị chủ nợ không thành trong những trường hợp sau đây:

+ *Thứ nhất*, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không tham gia Hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng hoặc sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại Điều 13 và Điều 14 của Luật phá sản;

+ *Thứ hai*, không đủ số chủ nợ tham gia Hội nghị chủ nợ sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu

mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật Phá sản.

- *Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi có quyết định của hội nghị chủ nợ lần một:* Sau khi Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, nếu có một trong các trường hợp sau đây thì Toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã:

+ *Một là,* doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn quy định;

+ *Hai là,* hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;

+ *Ba là,* doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên liên quan có thoả thuận khác.

- *Khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản:*

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phần quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã liên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình.

Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Toà án đã ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Toà án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

- *Giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý*

tài sản: Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, Tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;

- Sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;

- Huỷ quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án cấp dưới tiếp tục thủ tục phục hồi theo quy định của Luật này.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

- *Tài sản phá sản và thứ tự phân chia tài sản*: Tài sản phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm: Tài sản và quyền tài sản có tại thời điểm tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; các khoản lợi nhuận, các tài sản và quyền tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi Tòa án thụ lý; tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; giá trị quyền sử dụng đất...

Điều 49 Luật Phá sản quy định cụ thể tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Tài sản và quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã có tại thời điểm tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Các khoản lợi nhuận, các tài sản và các quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác

xã. Trường hợp thanh toán tài sản là vật bảo đảm được trả cho các chủ nợ có bảo đảm, nếu giá trị của vật bảo đảm vượt quá khoản nợ có bảo đảm phải thanh toán thì phần vượt quá đó là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

- Giá trị quyền sử dụng đất của doanh nghiệp, hợp tác xã được xác định theo quy định của pháp luật về đất đai.

Tài sản của doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản bao gồm tài sản và tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh.

Trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh có tài sản thuộc sở hữu chung thì phần tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh đó được chia theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005 và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

- Thứ tự phân chia tài sản được quy định như sau:

+ Thứ nhất, phí tài sản.

+ Thứ hai, các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội và các quyền lợi khác theo thoả ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký

+ Thứ ba, các khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ.

- Đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản: Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản trong các trường hợp: Con nợ không còn tài sản để thực hiện phương án phân chia tài sản; Phương án phân chia tài sản đã thực hiện xong.

3.3.2.6. Tuyên bố phá sản

Thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản.

- Các trường hợp đặc biệt tòa án tuyên bố phá sản: Điều 87 Luật Phá sản quy định trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn nộp tiền tạm ứng phí phá sản do Tòa án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không còn tiền và tài sản khác để nộp tiền

tạm ứng phí phá sản thì Toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và nhận các tài liệu, giấy tờ do các bên có liên quan gửi đến, Toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản.

- *Thông báo ra quyết định tuyên bố phá sản:* Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, Toà án phải gửi và thông báo công khai quyết định theo quy định.

Trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật, Toà án phải gửi quyết định cho cơ quan đăng ký kinh doanh để xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh; trong trường hợp Toà án nhân dân tối cao ra quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị theo quy định tại Điều 92 của Luật phá sản thì thời hạn có thể dài hơn, nhưng không quá hai mươi lăm ngày.

- *Khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản:* Những người theo quy định của pháp luật có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Toà án đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Toà án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không bị khiếu nại, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị.

- *Giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản:* Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá

sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Toà án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Toà án cấp dưới;

- Huỷ quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Toà án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Toà án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

3.4. Các biện pháp đảm bảo tài sản trong giải quyết phá sản

Để bảo toàn tài sản phục vụ cho việc giải quyết phá sản, Luật Phá sản đã có những quy định nhằm bảo toàn tài sản. Các biện pháp đó bao gồm:

3.4.1. Các giao dịch bị coi là vô hiệu

Trong thời gian 3 tháng trước ngày Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giao dịch sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã bị coi là vô hiệu:

- Tặng, cho động sản và bất động sản cho người khác;
- Thanh toán hợp đồng song vụ trong đó phần nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã, rõ ràng là lớn hơn phần nghĩa vụ của bên kia;
- Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn;
- Thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ;
- Các giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản.

Khi các giao dịch trên bị tuyên bố vô hiệu thì những tài sản đó phải được thu hồi nhập vào khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản, chủ nợ không có bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố các giao dịch trên của doanh nghiệp, hợp tác xã là vô hiệu.

3.4.2. Đình chỉ hợp đồng đang có hiệu lực

Trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản, nếu xét thấy việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa thực hiện sẽ có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã thì hợp đồng đó bị đình chỉ thực hiện, Chủ nợ, con nợ, tổ trưởng quản lý, thanh lý tài sản có quyền yêu cầu Tòa án ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng.

3.4.3. Áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong trường hợp cần thiết, theo đề nghị tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản, thẩm phán có quyền ra quyết định áp dụng một trong các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản. Các biện pháp đó bao gồm:

- Cho, bán hàng hoá dễ hư hỏng hoặc sắp hết thời gian sử dụng;
- Kê biên, niêm phong tài sản;
- Phong toả tài khoản của doanh nghiệp, hợp tác xã tại ngân hàng;
- Niêm phong kho quỹ, thu giữ, quản lý sổ sách kế toán, tài liệu liên quan của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Cấm hoặc buộc doanh nghiệp, hợp tác xã, cá nhân, tổ chức khác có liên quan thực hiện một số hành vi nhất định.

MỘT SỐ CÂU HỎI VÀ BÀI TẬP TÌNH HUỐNG ÔN TẬP

Câu 1. Cho ví dụ cụ thể về quan hệ hợp đồng kinh doanh- thương mại, trong đó nêu rõ và phân tích các yếu tố: đối tượng, chủ thể, mục đích hợp đồng, hình thức và các thoả thuận khác (nếu có).

Câu 2. Thương nhân là gì? Phân tích các loại thương nhân theo pháp luật Việt Nam.

Câu 3. Cho một ví dụ về thương nhân Việt Nam và một ví dụ về thương nhân nước ngoài.

Câu 4. Cho ví dụ cụ thể về hình thức hợp đồng bằng: văn bản, lời nói, hành vi giao dịch thực tế.

Câu 5. So sánh hợp đồng kinh doanh - thương mại với hợp đồng dân sự.

Câu 6. So sánh giải thể với phá sản doanh nghiệp?

Câu 7. Công ty cổ phần A (trụ sở chính ở Hà nội) ký hợp đồng mua bán với công ty TNHH B (trụ sở chính ở Hàn quốc). Khi có tranh chấp xảy ra, áp dụng luật pháp nước nào để giải quyết tranh chấp:

- a. Pháp luật Việt Nam.
- b. Pháp luật Hàn Quốc.
- c. Pháp luật của cả hai nước.
- d. Theo sự lựa chọn của hai bên.
- e. Áp dụng pháp luật của nước thứ ba.

Câu 8. Thẩm quyền giải quyết phá sản thuộc:

- a. Toà án nhân dân.
- b. Trọng tài thương mại.
- c. Cả hai cơ quan đều có thẩm quyền.

Câu 9. Toà án nào có thẩm quyền giải quyết phá sản:

- a. Toà án cấp Tỉnh.
- b. Toà án cấp Huyện.

c. Cả hai cấp đều có thẩm quyền giải quyết tùy theo vụ việc.

Câu 10. Hình thức của hợp đồng kinh doanh - thương mại phải được thể hiện bằng:

- a. Văn bản.
- b. Miệng.
- c. Hành vi cụ thể.
- d. Tất cả các hình thức trên.

Câu 11. Hợp đồng ký kết bằng văn bản có giá trị pháp lý, khi:

- a. Có chữ ký và đóng dấu của các bên.
- b. Có chữ ký mà không cần có dấu của các bên.
- c. Có dấu mà không có chữ ký của các bên.
- d. Cả a và b đều đúng.
- e. Cả a,b,c đều đúng.

Câu 12. Việc giải quyết tranh chấp kinh doanh - thương mại bằng trọng tài có thể được giải quyết bởi:

- a. Một trọng tài.
- b. Một Hội đồng trọng tài.
- c. Cả hai trường hợp.

Tình huống 1

Nhân dịp tết nguyên đán, ông An chủ doanh nghiệp tư nhân An Bình ký hợp đồng bằng văn bản với Công ty Trách nhiệm hữu hạn thương mại và dịch vụ Hoàng Mai để mua 50 chai rượu vang Pháp. Hợp đồng trên là hợp đồng thương mại hay hợp đồng dân sự? Phải làm rõ những nội dung gì để trả lời?

Tình huống 2

Công ty thương mại Tỉnh A ký hợp đồng mua của Công ty Dệt Tỉnh B 50.000 mét vải các loại (trong đó có 5000 mét vải lanh và 10.000 mét vải lụa). Trị giá số hàng là 230.000 triệu đồng VNĐ.

Theo thoả thuận, hàng được giao làm hai đợt. Đợt 1 từ ngày mùng

1 đến ngày mùng 5 tháng 2 năm 2006, số hàng là 30.000 mét vải (trong đó có 5000 mét vải lanh và 10.000 mét vải lụa). Đợt 2 từ ngày mùng 1 đến ngày mùng 5 tháng 4 năm 2006: giao nốt phần còn lại.

Ngày 10.1.2006, Công ty B đã giao cho A 15.000 mét vải trị giá 70 triệu đồng (trong đó có 3000 mét vải lanh và 5000 mét vải lụa). Nhưng đến ngày 25.5.2006, Công ty B mới giao tiếp cho công ty A 35.000 mét vải còn lại (trong đó có 2000 mét vải lanh và 5000 mét vải lụa). Công ty A chỉ nhận và thanh toán số tiền đợt 1 và không thanh toán tiền hàng đợt 2.

Công ty B đã kiện lên cơ quan có thẩm quyền yêu cầu Công ty A phải thanh toán tiền hàng đợt 2.

Bằng kiến thức lý luận và thực tế, Anh (Chị) hãy cho biết:

1. Hợp đồng trên có hiệu lực không? Vì sao?
2. Cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết?
3. Các giải quyết cụ thể như thế nào?

Biết rằng: Trong hợp đồng hai bên đã thoả thuận về phạt vi phạm như sau:

- Vi phạm về chất lượng: phạt 6% giá trị hợp đồng bị vi phạm.

- Vi phạm về thời hạn thực hiện hợp đồng: phạt 0,5% trên giá trị phần hợp đồng bị vi phạm cho phạt cho 10 ngày đầu tiên, phạt 1% cho 10 ngày tiếp theo và tiếp tục phạt theo thời hạn vi phạm cho tới khi tổng mức phạt không vượt quá 8%.

- Vi phạm về thanh toán: áp dụng lãi suất quá hạn của Ngân hàng nhân với thời gian chậm trả trên số tiền vi phạm.

- Không thực hiện hợp đồng: phạt mức cao nhất là 8% trên giá trị hợp đồng bị vi phạm.

Tình huống 3

Công ty TNHH An Hoà có trụ sở tại Thành phố Huế ký hợp đồng với Công ty Cổ phần sữa Vinamilk - trụ sở tại thành phố Hồ Chí Minh. Hai bên thoả thuận bên Công ty An Hoà sẽ nhận cung ứng sữa độc quyền tại Huế, thời hạn là một năm.

Theo Anh (Chi):

1. Đây là loại hợp đồng gì? Dân sự hay kinh doanh - thương mại?
Cần phải làm rõ những nội dung gì để xác định được loại hợp đồng theo yêu cầu của đề bài?

2. Thuộc lĩnh vực nào? Vì sao?

- a. Mua bán hàng hoá.
- b. Vận chuyển hàng hoá.
- c. Hợp đồng dịch vụ.
- d. Hợp đồng đấu thầu.

Tình huống 4

Tháng 3/2006, công ty chăn nuôi và chế biến nông sản A tỉnh M ký hợp đồng với công ty chuyên chế biến cao su B tỉnh N mua lốp xe ô tô các loại trị giá 1 tỷ VNĐ. Công ty A đã ứng trước cho công ty B 300 triệu đồng. Theo hợp đồng, ngày 1/3/2000, công ty B giao hàng đợt một cho công ty A trị giá là 400 triệu đồng. Số hàng còn lại sẽ giao tiếp vào đợt hai vào ngày 10/3/2000.

Đến ngày 25/3/2000, theo giấy báo của công ty B, công ty A đến nhận hàng. Qua kiểm tra thấy chất lượng hàng hoá không đảm bảo, do vậy đã từ chối không nhận hàng và yêu cầu cơ quan có thẩm quyền giải quyết.

Biết rằng: Trong hợp đồng, các bên có thoả thuận:

- Vi phạm về chất lượng hàng hoá, phạt 6% trên giá trị phần hợp đồng bị vi phạm.

- Không thực hiện hợp đồng, phạt 8% trên giá trị phần hợp đồng bị vi phạm.

Dựa vào kiến thức lý luận và thực tiễn, Anh (Chi) hãy cho biết:

1. Hợp đồng trên có hiệu lực không? Vì sao?
2. Cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết?
3. Hướng giải quyết như thế nào?

TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. Văn bản quy phạm pháp luật

1. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi 2001).
2. Bộ luật dân sự năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
3. Bộ luật tố tụng dân sự 2004 và văn bản hướng dẫn thi hành.
4. Luật thương mại năm 2005 và văn bản hướng dẫn thi hành.
5. Luật phá sản năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
6. Luật đầu tư năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
7. Luật đấu thầu năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành
8. Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
9. Nghị định số 25/2003/NĐ -CP ngày 15.1.2004 của Chính Phủ quy định thi hành một số quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại.
10. Nghị quyết số 05/03/NQ - HĐTP TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại.
11. Nghị quyết số 01/05/NQ - HĐTP TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định trong phần thứ nhất “*những quy định chung của Bộ luật tố tụng 2004*”.
12. Luật Trọng tài thương mại 2010
13. Nghị định 63/2011/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Trọng tài thương mại.

II. Giáo trình, tài liệu tham khảo

12. Giáo trình Luật thương mại (2006) - Phần 2 - Đại học Luật Hà nội – NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
13. Giáo trình Luật kinh tế Việt Nam (1997), Khoa luật, Đại học Khoa học xã hội và nhân văn, Đại học Quốc gia Hà Nội.
14. Giáo trình Luật kinh tế (1998), Trung tâm Đào tạo Từ xa, Đại học Huế.
15. Giáo trình pháp luật kinh tế (2005), Trường Đại học Kinh tế

Quốc dân, Hà Nội.

16. Trần Đình Hảo (2000), Hoà giải thương lượng trong việc giải quyết tranh chấp HDKT, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1, tr.28.

17. TS. Nguyễn Thị Dung (chủ biên) (2008), “*Pháp luật về hợp đồng trong thương mại và đầu tư - Những vấn đề pháp lý cơ bản*” – Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia.

18. TS. Đoàn Đức Lương (2008) “*Chuyên đề Pháp luật về hợp đồng*” - Khoa Luật - Đại học Khoa học Huế.

19. ThS. Lê Thị Hải Ngọc (2009) “*Tài liệu học tập Luật kinh tế*” – Nhà xuất bản Đại học Huế.

20. ThS. Cao Đình Lành (2007) “*Tập bài giảng Luật thương mại - Phần 2*” - Khoa Luật - Đại học Khoa học Huế.

21. ThS. Lê Thị Hải Ngọc (2009) “*Chuyên đề Luật phá sản* - Khoa Luật - Đại học Huế.

22. Tạp chí: *Nhà nước và Pháp luật, Luật học, chứng khoán Việt Nam, Tài chính, Dân chủ và Pháp luật, Tòa án nhân dân...*

NHÀ XUẤT BẢN ĐẠI HỌC HUẾ

07 Hà Nội, Huế - Điện thoại: 054.3834486; Fax: 054.3819886

Chịu trách nhiệm xuất bản

Giám đốc: Nguyễn Xuân Khoát

Tổng biên tập: Hoàng Đức Khoa

Biên tập nội dung

TS. Nguyễn Duy Phương

Biên tập kỹ - mỹ thuật

Bình Tuyên

Trình bày bìa

Bình Tuyên

Chế bản vi tính

Ngọc Anh

Tài liệu học tập LUẬT THƯƠNG MẠI 2

In 1.000 bản, khổ 16x24cm tại Công ty TNHH In và Bao bì Hưng Phú, Khu phố 1A phường An Phú, thị xã Thuận An, tỉnh Bình Dương. Số đăng ký KHXB: 210 - 2013/CXB/29 - 03/ĐHH. Quyết định xuất bản số: 98/QĐ-ĐHH-NXB, ngày 06/07/2013. In xong và nộp lưu chiểu quý III năm 2013.

