

# QUYỀN TỰ DO KINH DOANH TRONG CÁC QUI ĐỊNH VỀ CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN THEO LUẬT DOANH NGHIỆP 2005

*Nguyễn Việt Khoa\**  
*Từ Thanh Thảo\*\**

## 1. Đặt vấn đề

Luật Doanh nghiệp 2005 ra đời tạo ra một khung pháp lý thống nhất cho tất cả các chủ thể kinh doanh không phân biệt thành phần kinh tế và hình thức sở hữu. Bên cạnh đó, Luật Doanh nghiệp 2005 cũng có vai trò quan trọng trong việc tạo ra môi trường kinh doanh bình đẳng giữa các chủ thể kinh doanh, ghi nhận và cụ thể hóa quyền tự do kinh doanh vốn được qui định trong Hiến pháp 1992. Quyền tự do kinh doanh dưới góc độ pháp lý, là quyền của các chủ thể kinh doanh trong việc lựa chọn lĩnh vực ngành nghề để đầu tư vốn, tự do thành lập doanh nghiệp, tự do chọn loại hình doanh nghiệp, tự do xác định loại tài sản góp vốn vào doanh nghiệp, tự do tổ chức bộ máy hoạt động, cách thức tổ chức, quản lý doanh nghiệp... nhằm tiến hành hoạt động kinh doanh<sup>1</sup>. Tuy nhiên, không như kỳ vọng, Luật Doanh nghiệp 2005 còn tồn tại khá nhiều qui định cứng nhắc, bất hợp lý, gây cản trở quyền tự do kinh doanh của các chủ thể kinh doanh, trong đó các qui định về công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) thể hiện rõ nét nhất vấn đề này.

## 2. Quyền tự do kinh doanh trong các qui định về công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên

Công ty TNHH 2 thành viên trở lên là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, không được quyền phát hành cổ phần, thành viên có thể là tổ chức, cá nhân với số lượng thành viên tối thiểu là 2 và tối đa không quá 50

cùng nhau góp vốn, cùng chia lợi nhuận, chịu lỗ tương ứng với phần vốn góp và chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn cam kết góp vào công ty<sup>2</sup>. Quyền tự do kinh doanh trong các qui định về công ty TNHH 2 thành viên trở lên thể hiện ở các khía cạnh sau đây:

### - Thứ nhất, về vấn đề góp vốn của các thành viên

Góp vốn là việc đưa tài sản vào công ty để trở thành chủ sở hữu hoặc các chủ sở hữu chung của công ty<sup>3</sup>. Khi thành lập công ty, các thành viên sáng lập công ty phải tự thỏa thuận và quyết định mức vốn điều lệ của công ty và phần vốn góp của mỗi người. Thành viên phải góp vốn đầy đủ và đúng hạn bằng loại tài sản góp vốn như đã cam kết. *Trường hợp thành viên thay đổi loại tài sản góp vốn đã cam kết thì phải được sự nhất trí của các thành viên còn lại*<sup>4</sup>. Theo chúng tôi, đây là qui định khá cứng nhắc, việc thay đổi tài sản góp vốn là chuyện bình thường xuất phát từ những thay đổi trong cơ cấu tài chính của thành viên, việc thay đổi này đòi hỏi phải có sự đồng ý của tất cả các thành viên (100%) dẫn đến sự thiếu linh hoạt trong việc góp vốn của các thành viên, nên chăng nhà làm luật cần có các qui định thoáng hơn, chẳng hạn như chỉ cần có quá nửa số thành viên đồng ý, hoặc tỷ lệ các thành viên đồng ý trong trường hợp này cụ thể là bao nhiêu sẽ do điều lệ công ty qui định nếu tài sản góp vốn thay đổi nhưng giá

\*ThS., Đại học Kinh tế Tp. Hồ Chí Minh.

\*\* Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Xem: Phan Công Thương, Một số vấn đề về chủ thể kinh doanh, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6/2001.

<sup>2</sup> Xem: Điều 38 Luật Doanh nghiệp 2005.

<sup>3</sup> Điều 4 khoản 4 Luật Doanh nghiệp 2005.

<sup>4</sup> Điều 39 khoản 1 Luật Doanh nghiệp 2005.



trị tài sản góp vốn không thay đổi so với cam kết ban đầu.

Sau thời hạn cam kết lần cuối mà vẫn có thành viên chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được xử lý theo một trong các cách sau đây: (i) *Một hoặc một số thành viên nhận góp đủ số vốn chưa góp*; (ii) *Huy động người khác cùng góp vốn vào công ty*; (iii) *Các thành viên còn lại góp đủ số vốn chưa góp theo tỷ lệ phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty*<sup>5</sup>. Đây cũng là một qui định được cho là quá cứng nhắc và không hợp lý. Việc xử lý số vốn do thành viên cam kết mà không góp đủ không nhất thiết chỉ gói gọn trong ba phương thức nêu trên. Nếu giả sử cả ba phương thức nêu trên đều không thể thực hiện được, khi đó phần vốn chưa góp đủ như cam kết sẽ được xử lý như thế nào? Do vậy, theo chúng tôi, Luật Doanh nghiệp cần dành cho Điều lệ công ty qui định vấn đề này, hoặc cần bổ sung thêm phương thức thứ tư, đó là công ty có quyền điều chỉnh giảm vốn điều lệ khi có thành viên chưa góp đủ số vốn cam kết. Cần lưu ý rằng, các phương thức giảm vốn điều lệ qui định tại khoản 3 Điều 60 Luật Doanh nghiệp năm 2005 không bao gồm việc giảm vốn điều lệ khi có thành viên chưa góp đủ số vốn cam kết.

Trong công ty TNHH, số vốn của các thành viên có thể chỉ là số vốn “cam kết góp” chứ không nhất thiết phải là số vốn “thực góp”. Luật Doanh nghiệp không qui định cụ thể thời hạn “cam kết” là bao lâu, do vậy có thể hiểu thời hạn góp vốn sẽ do các thành viên tự do thỏa thuận. Đây được cho là qui định khá thông thoáng của Luật Doanh nghiệp, tuy nhiên Nghị định 102/2010/NĐ-CP ngày 1/10/2010 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp<sup>6</sup> lại qui định thời hạn mà

thành viên phải góp đủ số vốn cam kết vào vốn điều lệ **không quá 36 tháng**, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc Giấy chứng nhận đăng ký bổ sung, thay đổi thành viên<sup>7</sup>. Rõ ràng qui định này đã hạn chế quyền định đoạt thời hạn góp vốn của các thành viên.

**- Thứ hai, về vấn đề xác lập tư cách thành viên công ty**

Cá nhân, tổ chức có thể xác lập tư cách thành viên công ty TNHH bằng nhiều cách thức khác nhau như góp vốn trực tiếp vào công ty, nhận chuyển nhượng, nhận thừa kế, nhận tặng cho, nhận trả nợ bằng phần vốn góp<sup>8</sup> từ thành viên công ty. Nếu như chủ thể góp vốn trực tiếp vào công ty, nhận chuyển nhượng, nhận thừa kế phần vốn góp của thành viên công ty sẽ *đương nhiên* trở thành thành viên công ty mà không cần có sự phê chuẩn của Hội đồng thành viên (HĐTV) công ty<sup>9</sup> nếu các chủ thể này không thuộc các trường hợp bị cấm góp vốn vào công ty<sup>10</sup>, thì hai trường hợp còn lại đối với chủ thể nhận tặng cho và nhận thanh toán nợ bằng phần vốn góp, việc xác lập tư cách thành viên là không đương nhiên. So với Luật Doanh nghiệp 1999, Luật Doanh nghiệp 2005 có thêm quy định về việc thành viên công ty TNHH 2 thành viên trở lên có thể tặng cho một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác. Tuy nhiên, việc người được tặng cho có đương nhiên trở thành thành viên công ty hay không phải được HĐTV chấp thuận là tùy thuộc vào **quan hệ huyết thống**<sup>11</sup> giữa người

<sup>7</sup> Điều 6 khoản 3 Nghị định 102/2010/NĐ-CP.

<sup>8</sup> Điều 4 khoản 5 Luật Doanh nghiệp: “Phần vốn góp là tỷ lệ vốn mà chủ sở hữu hoặc chủ sở hữu chung của công ty góp vào vốn điều lệ.”

<sup>9</sup> Xem khoản 4 Điều 4, Điều 44, Điều 45 Luật Doanh nghiệp.

<sup>10</sup> Xem khoản 4 Điều 13 Luật Doanh nghiệp.

<sup>11</sup> Qui định này nếu hiểu chặt chẽ thì đối với trường hợp chủ thể tặng cho, chủ thể nhận tặng cho phần vốn góp 1 tổ chức thì chủ thể nhận tặng cho sẽ đương nhiên trở thành thành viên công ty vì quan hệ huyết thống chỉ đặt ra đối với cá nhân.

<sup>5</sup> Điều 39 khoản 3 Luật Doanh nghiệp 2005.

<sup>6</sup> Nghị định 102/2010/NĐ-CP có hiệu lực thi hành kể từ ngày 15 tháng 11 năm 2010 thay thế Nghị định số 139/2007/NĐ-CP ngày 05 tháng 9 năm 2007 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp 2005.



tặng cho và người được tặng cho, theo đó nếu người được tặng cho là người có **cùng huyết thống đến thế hệ thứ ba** với người tặng cho thì họ đương nhiên là thành viên công ty, mà không cần có sự chấp thuận của HĐTV. Nếu người được tặng cho không thuộc trường hợp trên thì họ chỉ trở thành thành viên công ty khi được HĐTV chấp thuận<sup>12</sup>. Việc nhà làm luật đưa ra quan hệ huyết thống đến thế hệ thứ ba để làm điều kiện cho việc xác lập tư cách thành viên của người được tặng cho đã làm hạn chế quyền gia nhập công ty của người được tặng cho và quyền định đoạt phần vốn góp của thành viên công ty. Tương tự, đối với chủ thể nhận thanh toán nợ bằng phần vốn góp, họ chỉ trở thành thành viên của công ty nếu được HĐTV chấp thuận<sup>13</sup>. Về mặt bản chất, dù là người nhận chuyển nhượng, nhận thừa kế hay nhận tặng cho, nhận thanh toán nợ, họ đều là chủ sở hữu phần vốn góp, vì các trường hợp này đều là các căn cứ xác lập quyền sở hữu<sup>14</sup> phần vốn góp. Về nguyên tắc, khi đã trở thành chủ sở hữu phần vốn góp, các chủ thể này sẽ đương nhiên xác lập tư cách thành viên công ty, vì thành viên công ty chính là người sở hữu phần vốn góp<sup>15</sup>. Việc nhà làm luật hạn chế quyền gia nhập công ty của người nhận tặng cho, nhận thanh toán nợ bằng phần vốn góp là qui định không hợp lý, không có cơ sở lý luận thuyết phục. Bên cạnh đó, qui định này cũng không mang tính triệt để vì các thành viên có thể dễ dàng “lách” bằng cách xác lập thỏa thuận chuyển nhượng vốn nhưng thực chất là tặng cho, khi đó người được tặng cho (nhưng dưới danh nghĩa là nhận chuyển nhượng) sẽ đương nhiên trở thành thành viên công ty. Bên cạnh đó, nhà làm luật giới hạn khả năng thực hiện quyền của người nhận thanh toán nợ bằng phần vốn góp chỉ theo hai cách: (i) *Trở thành thành viên của công ty nếu được*

*HĐTV chấp thuận; (ii) Chào bán và chuyển nhượng phần vốn góp đó*. Vậy sẽ có trường hợp xảy ra khi người nhận thanh toán nợ không được HĐTV chấp thuận trở thành thành viên công ty và việc chuyển nhượng phần vốn cũng không thực hiện được, khi đó quyền lợi của người nhận thanh toán nợ sẽ bị thiệt hại nghiêm trọng, họ chưa phải là thành viên công ty nên sẽ không được hưởng bất kỳ các quyền nào của một thành viên như quyền về biểu quyết, chia lợi nhuận..., đồng thời phần vốn của họ không chuyển nhượng được nên họ cũng không thể thu hồi được khoản nợ của mình. Cần lưu ý rằng, người nhận thanh toán nợ bằng phần vốn góp cũng không được quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp đó, vì trường hợp nhận thanh toán nợ không phải là căn cứ để công ty mua lại phần vốn góp theo Điều 43 và khoản 3 Điều 45 Luật Doanh nghiệp. Đây là qui định quá cứng nhắc của Luật Doanh nghiệp, gây cản trở quyền gia nhập công ty và quyền định đoạt phần vốn góp của các thành viên. Nhà làm luật đã can thiệp một cách quá “máy móc” vào quyền định đoạt phần vốn các thành viên. Theo chúng tôi, khi một cá nhân, tổ chức đã xác lập quyền sở hữu phần vốn góp thì họ đương nhiên trở thành thành viên công ty, nhà làm luật cần thừa nhận quyền năng này của các thành viên, đồng thời việc hạn chế khả năng gia nhập vào công ty cũng như hạn chế quyền định đoạt phần vốn góp nên để cho Điều lệ công ty qui định hoặc theo một thỏa thuận khác giữa các thành viên trong từng trường hợp cụ thể.

*- Thứ ba, về cơ chế thông qua các quyết định của HĐTV công ty và vấn đề tổ chức bộ máy công ty TNHH*

Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty TNHH 2 thành viên trở lên *phụ thuộc vào số lượng thành viên* của công ty. Công ty TNHH có từ 11 thành viên trở lên có: HĐTV, Chủ tịch HĐTV, Giám đốc/Tổng giám đốc và Ban kiểm soát. Công ty TNHH có từ 2 đến dưới 11 thành viên có: HĐTV, Chủ tịch HĐTV, Giám đốc/Tổng giám đốc,

<sup>12</sup> Xem khoản 5 Điều 45 Luật Doanh nghiệp.

<sup>13</sup> Xem khoản 6 Điều 45 Luật Doanh nghiệp.

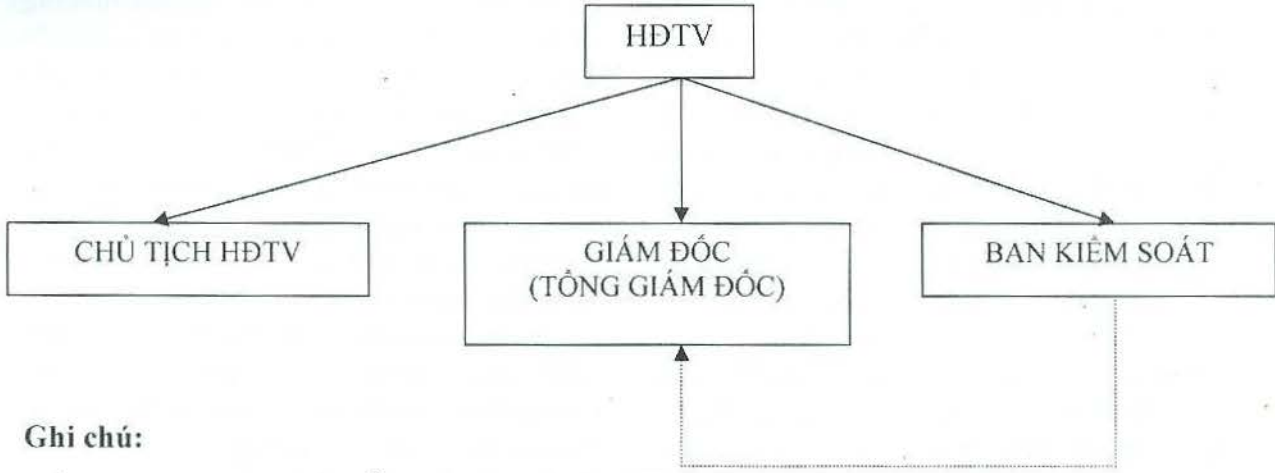
<sup>14</sup> Xem Điều 170 Bộ luật Dân sự 2005.

<sup>15</sup> Xem Điều 4 khoản 4 Luật Doanh nghiệp.



trong trường hợp này Luật Doanh nghiệp không bắt buộc công ty phải có Ban kiểm soát, việc thành lập Ban kiểm soát hay không là tùy thuộc vào nhu cầu quản trị của

công ty<sup>16</sup>. Cơ cấu tổ chức quản lý nội bộ của công ty TNHH 2 thành viên trở lên có thể được minh họa bằng sơ đồ sau:



**Ghi chú:**

- > : Quan hệ quyết định, chịu trách nhiệm
- .....> : Quan hệ kiểm tra, giám sát

Như vậy, bất kỳ công ty TNHH nào có từ 11 thành viên trở lên **đều phải thiết lập Ban kiểm soát**. Đây được xem là một sự can thiệp quá lớn của các nhà làm luật vào việc quản trị công ty TNHH, việc thiết lập Ban kiểm soát dẫn đến tất yếu phát sinh nhiều vấn đề về tài chính như chính sách lương, thưởng, chi phí hoạt động... cho các thành viên Ban kiểm soát. Sự hiện diện của Ban kiểm soát nhiều khi không thật sự cần thiết trong mô hình công ty TNHH dù cho ngay cả khi số lượng thành viên công ty được xem là lớn từ 11 thành viên trở lên. Bản chất của công ty TNHH là mô hình công ty vừa mang tính “đổi vốn”, vừa mang tính “đổi nhân”, do vậy **cơ chế tự kiểm soát** giữa các thành viên là cơ chế hữu hiệu và cần thiết nhất chứ không phải là cơ chế kiểm soát thông qua hoạt động của một cơ quan trung gian là Ban kiểm soát vốn rất dễ bị vô hiệu hóa bởi các thành viên/nhóm thành viên đa số trong công ty. Do vậy, theo chúng tôi, sự hiện diện hay không của Ban kiểm soát trong cơ chế quản trị công ty TNHH trong mọi trường

hợp nên để cho Điều lệ công ty qui định, nhà làm luật không nên can thiệp bắt buộc công ty TNHH phải thành lập Ban kiểm soát như qui định tại Điều 46 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

HĐTV công ty TNHH bao gồm tất cả các thành viên. Như vậy, khác với công ty cổ phần<sup>17</sup>, tất cả các thành viên công ty TNHH 2 thành viên trở lên không phân biệt mức vốn góp đều được coi là thành viên của HĐTV và đương nhiên có quyền tham dự, đưa ra ý kiến thảo luận và biểu quyết tại HĐTV. Tỷ lệ biểu quyết thông qua quyết định của HĐTV phụ thuộc vào hình thức biểu quyết và vấn đề biểu quyết. Quyết định của HĐTV được thông qua tại cuộc họp trong các trường hợp sau đây: (i) **Được số phiếu đại diện ít nhất 65%** tổng số vốn góp

<sup>16</sup> Xem Điều 46 Luật Doanh nghiệp.

<sup>17</sup> Trong công ty cổ phần, chỉ có các cổ đông có quyền biểu quyết mới có quyền tham gia Đại hội đồng cổ đông (khoản 1 Điều 96 Luật Doanh nghiệp 2005).



của các thành viên dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định; (ii) **Được số phiếu đại diện ít nhất 75%** tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận đối với quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, tổ chức lại, giải thể công ty; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Quyết định của HĐQT được thông qua dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản khi **được số thành viên đại diện ít nhất 75%** vốn điều lệ chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định<sup>18</sup>.

So sánh với quy định của Luật Doanh nghiệp 1999, tỷ lệ biểu quyết thông qua các quyết định của HĐQT theo qui định của Luật Doanh nghiệp 2005 có sự thay đổi theo hướng cao hơn. Đối với các quyết định không thuộc điểm b khoản 2 Điều 52 tỷ lệ thông qua là 65% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận, trong khi đó tỷ lệ này trong Luật Doanh nghiệp 1999 là 51%. Tương tự, việc HĐQT thông qua quyết định dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản cũng được quy định tỷ lệ cao hơn trong Luật Doanh nghiệp 1999 từ 65% lên 75%. Khi quyết định được thông qua hợp pháp, nó sẽ có giá trị thi hành đối với cả các thành viên không đồng ý<sup>19</sup>. Như vậy, tuy thuộc vào vấn đề biểu quyết, mà tỷ lệ biểu quyết thông qua các quyết định của HĐQT sẽ khác nhau, **nhưng không được thấp hơn 65% hoặc 75%**. Có ý kiến cho rằng, điều này thể hiện tư duy của nhà làm luật theo hướng bảo vệ mạnh mẽ hơn nữa thành viên thiểu số trong

công ty. Vì để thông qua các quyết định của HĐQT, các thành viên đa số họp nhau lại phải đạt đến tỷ lệ 65% hay 75% như trên là khó khăn hơn tỷ lệ 51% hay 65%. Tuy nhiên, trên quan điểm tôn trọng ý chí của các thành viên đồng thời không hạn chế quyền thoả thuận của các chủ sở hữu công ty, chúng tôi cho rằng, nhà làm luật không nên qui định giới hạn tỷ lệ tối thiểu như vậy mà nên để cho Điều lệ công ty có thể qui định khác, chẳng hạn chỉ cần tỷ lệ 51% để thông qua tất cả các quyết định của HĐQT. Nhiều quốc gia trên thế giới cũng như theo thông lệ quốc tế và ngay cả Luật Doanh nghiệp 1999 đều áp dụng tỷ lệ đa số tối thiểu 51% trong quản trị công ty. Do vậy, dựa vào lý do bảo vệ thành viên thiểu số để nâng tỷ lệ biểu quyết thông qua các quyết định của HĐQT lên quá cao như Luật Doanh nghiệp 2005 là không hợp lý, thậm chí nhiều trường hợp còn gây bế tắc trong hoạt động kinh doanh của công ty. Trên thực tế có thể có trường hợp một thành viên sở hữu chỉ 15,5% hoàn toàn có thể ngăn cản hoạt động của công ty, trì hoãn việc thông qua các quyết định của HĐQT vì Điều lệ quy định quyết định của HĐQT được thông qua nếu được 85% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận<sup>20</sup>. Mặt khác, cần lưu ý rằng, đoạn 502 và 503 trong Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO có quy định: *Các liên doanh theo các cam kết trong Biểu cam kết dịch vụ và các liên doanh được thành lập trước ngày Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực có quyền thoả thuận trong điều lệ liên doanh tỷ lệ đa số phiếu chính xác cần có để đưa ra tất cả các quyết định, bao gồm cả tỷ lệ đa số đơn giản là 51%*. Để “nội luật hóa” cam kết này, Quốc hội Việt Nam đã ban hành Nghị quyết 71/2006/NQ-QH11 để phê chuẩn việc Việt Nam gia nhập WTO, theo đó các cam kết WTO được áp dụng trực tiếp. Liên quan đến Luật Doanh

<sup>18</sup> Xem khoản 2, 3 Điều 52 Luật Doanh nghiệp 2005.

<sup>19</sup> Trong một số trường hợp, thành viên công ty có quyền “không chấp hành” các quyết định của HĐQT, chẳng hạn quyết định của HĐQT về việc tăng vốn điều lệ bằng việc tăng vốn góp của các thành viên hiện hữu, thành viên có quyền phản đối và không góp thêm (Điều 60.2), hoặc trường hợp qui định tại Điều 43.1, Luật Doanh nghiệp 2005.

<sup>20</sup> Xem tại: <http://>

[www.vnjurist.com/vnjurist/?c=66&mc=67&id=1067](http://www.vnjurist.com/vnjurist/?c=66&mc=67&id=1067)



ngiệp 2005, Nghị quyết 71 (Phần Phụ lục) quy định: Công ty TNHH, công ty cổ phần được quyền quy định trong Điều lệ công ty tỉ lệ đa số phiếu cần thiết (*kể cả tỷ lệ đa số 51%*) để thông qua các quyết định của HĐQT, Đại hội đồng cổ đông. Như vậy, giữa qui định của Luật Doanh nghiệp và qui định trong cam kết gia nhập WTO của Việt Nam về tỷ lệ cần thiết để thông qua các quyết định của HĐQT có sự mâu thuẫn nhau, trong trường hợp này, qui định trong cam kết gia nhập WTO sẽ được ưu tiên áp dụng bởi theo khoản 3 Điều 3 Luật Doanh nghiệp 2005 thì trong trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Luật này thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế. Tổ công tác thi hành Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư - Bộ Kế hoạch và Đầu tư cho rằng, việc áp dụng tỷ lệ 51% theo Nghị quyết 71 và Báo cáo của Ban công tác nêu trên chỉ giới hạn trong các doanh nghiệp liên doanh, còn các doanh nghiệp 100% vốn trong nước và 100% vốn nước ngoài đều không có quyền áp dụng<sup>21</sup>. Điều này vô hình trung đã vi phạm nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể kinh doanh trong pháp luật Việt Nam vốn thừa nhận mọi doanh nghiệp đều bình đẳng trước pháp luật. Không doanh nghiệp nào bị phân biệt đối xử hoặc được ưu tiên vì bất cứ lý do gì, trừ trường hợp vì lợi ích công cộng. Nguyên tắc này được quy định rất rõ ràng và cụ thể tại khoản 1 Điều 5 của Luật Doanh nghiệp, theo đó, Nhà nước bảo đảm sự bình đẳng trước pháp luật của các doanh nghiệp không phân biệt hình thức sở hữu và thành phần kinh tế<sup>22</sup>.

**- Thứ tư, về giao dịch chuyển nhượng phần vốn góp**

Chuyển nhượng vốn trong công ty TNHH là việc chủ sở hữu phần vốn góp chuyển quyền sở hữu phần vốn góp của mình cho cá nhân, tổ chức khác và nhận thanh toán giá trị phần vốn góp theo sự thỏa thuận giữa các bên, mức độ chuyển nhượng có thể là một phần hay toàn bộ phần vốn góp. Có rất nhiều trường hợp dẫn đến việc chuyển nhượng phần vốn góp như: (i) Thành viên công ty chuyển nhượng vốn góp cho tổ chức hay cá nhân khác khi có nhu cầu, (ii) Trường hợp yêu cầu công ty mua lại nhưng công ty không mua lại hoặc không đủ điều kiện mua lại hay không thỏa thuận được về giá, (iii) Người thừa kế phần vốn góp của thành viên công ty là cá nhân bị chết không muốn trở thành thành viên công ty, (iv) Người được tặng cho không được HĐQT chấp nhận là thành viên công ty hoặc người được tặng cho không muốn trở thành thành viên công ty, (v) Người được thanh toán nợ bằng phần vốn góp không được chấp nhận là thành viên công ty, (vi) Thành viên công ty là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản<sup>23</sup>. Trong các trường hợp nêu trên, ngoại trừ trường hợp công ty không mua lại phần vốn góp, không thanh toán được phần vốn góp được mua lại hoặc không thỏa thuận được về giá mua lại phần vốn góp như quy định tại Điều 43 của Luật Doanh nghiệp<sup>24</sup>, thì các trường hợp chuyển nhượng phần vốn góp còn lại phải tuân thủ qui định tại Điều 44 Luật Doanh nghiệp, theo đó người chuyển nhượng **phải chào bán** phần vốn đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện và chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày chào bán. Lý giải cho qui định này, nhiều quan điểm cho rằng, xuất

<sup>21</sup> Xem tại:

<http://www.moj.gov.vn/p/tag.idempotent.render.userLayoutRootNode.target.n65.uP?uProot=me&cmd=item&ID=8942>

<sup>22</sup> Xem tại: <http://www.vnjurist.com/vnjurist/?c=66&mc=67&id=1067>

<sup>23</sup> Xem Điều 44, Điều 45 Luật Doanh nghiệp 2005.

<sup>24</sup> Xem khoản 3 Điều 12 Nghị định 139/2007/NĐ-CP ngày 05 tháng 9 năm 2007 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp.



phát từ bản chất “tính đóng” của công ty TNHH nên việc tiếp nhận thành viên mới rất hạn chế, do đó thành viên không được tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho người khác không phải là thành viên. Tuy nhiên, xét dưới góc độ bản chất của quyền sở hữu, rõ ràng qui định hạn chế khả năng chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên như trên là chưa thỏa đáng. Bản chất của chuyển nhượng phần vốn góp là một giao dịch mua bán phần vốn góp, đối tượng của giao dịch là quyền sở hữu phần vốn góp – một loại quyền sở hữu tài sản theo pháp luật dân sự. Do vậy, nhà làm luật không nên “định hướng” cho thành viên về đối tượng nhận chuyển nhượng phần vốn góp là ai, thành viên phải chuyển nhượng cho ai trước, ai sau... Đây là một giao dịch mua bán, và do vậy nhà làm luật nên để cho người bán, người mua tự tìm thấy nhau để thực hiện giao dịch với tất cả ý chí tự do của mình. Mặt khác, nguyên tắc “thừa trong nhà mới ra người ngoài” qui định tại Điều 44 Luật Doanh nghiệp cũng không triệt để, bởi thành viên chuyển nhượng có thể đưa ra giá mua phần vốn góp rất cao để loại trừ khả năng mua của các thành viên hiện hữu, khi đó, thành viên chuyển nhượng sẽ đạt được mục đích là chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho cá nhân, tổ chức bên ngoài công ty với giá “ưu đãi” hơn giá chào bán cho các thành viên hiện hữu ban đầu. Ở đây, rõ ràng nhà làm luật không thể “định hướng” luôn cả về giá chuyển nhượng phần vốn góp, do vậy thành viên chuyển nhượng có toàn quyền quyết định giá chuyển nhượng phần vốn góp của mình trong từng trường hợp chuyển nhượng cụ thể. Như vậy, Luật Doanh nghiệp 2005 (và cả Luật Doanh nghiệp 1999) tuy không còn qui định việc thành viên công ty muốn chuyển nhượng vốn phải được sự đồng ý của các thành viên còn lại<sup>25</sup>, nhưng

với qui định điều kiện chuyển nhượng quá chặt chẽ như trên, phần nào gây cản trở quyền định đoạt phần vốn góp của thành viên. Chúng tôi cho rằng, nhà làm luật nên để các thành viên tự thỏa thuận về việc chuyển nhượng phần vốn góp trong từng trường hợp cụ thể hoặc vấn đề này sẽ do điều lệ công ty qui định thống nhất cho tất cả các trường hợp chuyển nhượng vốn.

### 3. Quyền tự do kinh doanh trong các qui định về công ty TNHH 1 thành viên

Công ty TNHH 1 thành viên là doanh nghiệp do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu (gọi là chủ sở hữu công ty); chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty<sup>26</sup>. Luật Doanh nghiệp 2005 lần đầu tiên quy định về quyền thành lập công ty TNHH 1 thành viên của cá nhân là một tiến bộ đáng kể so với các luật về công ty trước kia ở nước ta. Việc lựa chọn mô hình kinh doanh nào sẽ liên quan trực tiếp đến địa vị pháp lý của nó, chẳng hạn chúng khác nhau về tư cách pháp nhân, chế độ trách nhiệm đối với các khoản nợ, cơ cấu quản trị... Theo Luật Doanh nghiệp 2005, một cá nhân có thể thành lập công ty TNHH 1 thành viên hoặc doanh nghiệp tư nhân, hoặc đồng thời cả hai cùng một lúc. Mặc dù cùng là doanh nghiệp 1 chủ, nhưng chế độ trách nhiệm đối với các khoản nợ của chủ doanh nghiệp tư nhân hoàn toàn khác với chủ sở hữu của công ty TNHH 1 thành viên. Tuy nhiên, về loại hình công ty TNHH 1 thành viên, Luật Doanh nghiệp còn tồn tại khá nhiều qui định bất hợp lý, gây khó khăn cho doanh nghiệp. Chẳng hạn, khác với công ty TNHH 2 thành viên trở lên có thể giảm vốn điều lệ bằng ba

<sup>25</sup> Khoản 2 Điều 25 Luật Công ty 1990 quy định: Việc chuyển nhượng vốn cho người ngoài công ty phải được sự đồng ý của 3/4 số thành viên đại diện cho 90% vốn điều lệ trở lên. Với quy định chặt chẽ

như vậy thì việc chuyển nhượng vốn rất khó khăn, gây cản trở việc di chuyển nguồn vốn của các nhà đầu tư khi họ bỏ vốn ra kinh doanh.

<sup>26</sup> Xem Điều 63 Luật Doanh nghiệp 2005.



cách thức khác nhau<sup>27</sup>, thì công ty TNHH 1 thành viên không được giảm vốn điều lệ<sup>28</sup>. Một nguyên tắc cơ bản của các chủ thể chịu trách nhiệm hữu hạn, đó là khả năng trả nợ và thực hiện các nghĩa vụ tài sản tương ứng với số vốn điều lệ và các nguồn tài sản còn lại của công ty. Do đó, khi vốn điều lệ giảm xuống thì khả năng trả nợ của công ty cũng giảm theo, kéo theo ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ nợ. Trong mô hình công ty TNHH 1 thành viên, mặc dù công ty và chủ sở hữu công ty là hai chủ thể độc lập về mặt pháp lý, tuy nhiên trên thực tế, sự chi phối của chủ sở hữu công ty đối với công ty, trong đó có vấn đề tài chính của công ty là rất lớn và pháp luật rất khó kiểm soát được vấn đề này. Do vậy, nếu cho phép chủ sở hữu công ty được giảm vốn điều lệ sẽ rất dễ dẫn đến trường hợp chủ sở hữu công ty tẩu tán tài sản của công ty. Việc không cho phép công ty TNHH 1 thành viên được giảm vốn điều lệ nhằm khắc phục vấn đề này. Tuy nhiên, quy định như trên có thể dẫn đến tình trạng có thể vốn điều lệ công ty không phản ánh đúng giá trị tài sản thực có của công ty. Chẳng hạn, trường hợp trong quá trình hoạt động giá trị tài sản của công ty bị giảm xuống, khi đó nếu không cho phép công ty giảm vốn điều lệ nghĩa là công ty không thể điều chỉnh vốn điều lệ (số vốn thể hiện trong bản điều lệ), khi đó sẽ có độ chênh giữa con số vốn điều lệ và giá trị tài sản thực tế của công ty, hay nói cách khác con số vốn điều

lệ lúc này là con số “ảo”. Vì vậy, chúng tôi nghĩ rằng nhà làm luật nên cho phép công ty TNHH 1 thành viên được giảm vốn điều lệ trong trường hợp này sẽ phù hợp hơn và sẽ hạn chế rủi ro cho các đối tác của công ty. Cần lưu ý rằng, Luật Doanh nghiệp 1999 (Điều 50) cho phép công ty TNHH 1 thành viên có thể giảm vốn điều lệ bằng hai cách: (i) Giảm vốn góp của chủ sở hữu công ty, hoặc (ii) Điều chỉnh mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản của công ty. Ở đây, cách giảm vốn điều lệ theo cách thứ nhất dường như không hợp lý vì như thế sẽ mâu thuẫn với việc chủ sở hữu công ty không được rút vốn ra khỏi công ty. Việc giảm vốn điều lệ bằng cách giảm vốn góp của chủ sở hữu về bản chất chính là rút vốn trực tiếp ra khỏi công ty. Luật Doanh nghiệp 2005 đã bỏ quy định này, tuy nhiên đáng tiếc là cách thức giảm vốn thứ hai (điều chỉnh mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản công ty giảm xuống) thì Luật Doanh nghiệp 2005 cũng bỏ hẳn. Chúng tôi cho rằng, dường như các nhà làm luật đã “thận trọng” quá mức đến độ bất hợp lý. Chúng ta không thể làm luật theo phương thức “quản không được thì cấm” một cách thiếu cơ sở lý luận và thực tiễn như vậy.

#### 4. Kết luận

Luật Doanh nghiệp 2005 với những qui định về công ty TNHH còn tồn tại nhiều bất cập, hạn chế, gây cản trở quyền tự do kinh doanh, tự do định đoạt hoạt động đầu tư vốn và quản trị công ty của các chủ sở hữu công ty. Thiết nghĩ, trong môi trường kinh doanh hiện nay, khi mà các nguyên tắc thị trường của một xã hội tồn tại theo những qui luật dân sự đã được thừa nhận rộng rãi, nhà làm luật phải thay đổi cách tư duy, theo đó, cần thừa nhận rằng nguyên lý cơ bản trong hoạt động kinh doanh là sự tự thỏa thuận, tự do khế ước và tự do quản trị dựa trên một khung pháp lý minh bạch và hiện đại. Mọi sự can thiệp thông qua công cụ pháp lý dựa trên những ý nghĩ chủ quan chỉ kìm hãm sự phát triển của môi trường kinh doanh.

<sup>27</sup> Khoản 3 Điều 60 Luật Doanh nghiệp 2005: “Theo quyết định của Hội đồng thành viên, công ty có thể giảm vốn điều lệ bằng các hình thức sau đây:

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

b) Mua lại phần vốn góp theo quy định tại Điều 44 của Luật này;

c) Điều chỉnh giảm mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản giảm xuống của công ty”.

<sup>28</sup> Xem khoản 1 Điều 76 Luật Doanh nghiệp 2005.