

Tiểu luận

Luật phá sản doanh nghiệp

Luật Phá sản được Quốc hội khóa X, kỳ họp thứ 10 thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004 và có hiệu lực thi hành từ ngày 15 tháng 10 năm 2004, thay thế cho luật Phá sản doanh nghiệp cũ năm 1993. Sau nhiều năm đi vào hoạt động, luật Phá sản năm 2004 đã thể hiện được vai trò quan trọng, đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn, phục vụ phát triển kinh tế xã hội và hội nhập kinh tế quốc tế.

Thế chế hóa được chính sách kinh tế của nhà nước, tạo điều kiện thuận lợi cho các doanh nghiệp, hợp tác xã đang trong tình trạng sản xuất kinh doanh khó khăn, thua lỗ có cơ hội để rút khỏi thị trường một cách có trật tự, góp phần tái phân phối tài sản; thúc đẩy sự lưu thông vốn trong nền kinh tế thị trường, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động và các chủ nợ, đóng vai trò là một trong những công cụ quan trọng của quá trình thu hồi nợ hiện nay. Theo số liệu thống kê, hiện nay nước ta có khoảng 500 nghìn doanh nghiệp, 200 nghìn hợp tác xã. Số lượng doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản ngày càng tăng. Chỉ tính riêng năm 2008 cả nước có khoảng 70 doanh nghiệp, hợp tác xã bị tòa án tuyên bố phá sản. Số lượng 70 doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản là quá ít so với thực tế hiện nay. ở Việt Nam, đặc biệt hàng loạt doanh nghiệp trong lĩnh vực dệt, may, da, giày và hàng xuất khẩu đang phải gánh chịu hậu quả của cuộc khủng hoảng kinh tế thế giới trong những năm gần đây. Nguyên nhân dẫn đến phá sản rất nhiều. Nó có thể do năng lực quản lý yếu kém, do thay đổi chính sách, pháp luật, do tác động của nền kinh tế thế giới, do thiên tai, dịch họa hoặc rất nhiều những nguyên nhân khác dẫn đến phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

#### 1. Dấu hiệu xác định doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

Phá sản là thuật ngữ dùng để chỉ tình trạng mất cân đối giữa thu và chi của một doanh nghiệp, hợp tác xã mà biểu hiện của sự mất cân đối đó là tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn hoặc tổng nợ phải trả lớn hơn tổng tài sản có. Các chỉ tiêu này có thể tính toán được trên cơ sở các chỉ tiêu tài sản và nguồn vốn trên bảng cân đối kế toán của doanh nghiệp, hợp tác xã. Hiện nay trong Điều 13 - luật Phá sản năm 2004 chỉ đưa ra thuật ngữ lâm vào tình trạng phá

sản mà không đưa ra thuật ngữ phá sản. Bởi vì, theo tôi được hiểu lâm vào tình trạng phá sản tức doanh nghiệp, hợp tác xã đó còn có cơ hội phục hồi lại, còn phá sản là bằng quyết định của Tòa án và sẽ xóa tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh. Vậy doanh nghiệp, hợp tác xã bị coi là lâm vào tình trạng phá sản khi có hai điều kiện sau.

Không có khả năng thanh toán nợ đến hạn:

Các khoản nợ đến hạn là các khoản nợ mà đến một thời hạn nhất định nào đó doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ phải có nghĩa vụ thanh toán cho các chủ nợ. Ví dụ: Công ty A vay của công ty B số tiền là 1 tỷ đồng, thời hạn vay là 1 năm, thời điểm vay là ngày 01/01/2007 đến 31/12/2007 là 1 năm, như vậy bước qua ngày 01/01/2008 là thời điểm công ty A phải trả nợ và khoản vay này được coi là khoản nợ đến hạn.

Theo quy định của luật Phá sản năm 2004 thì có ba loại chủ nợ đó là chủ nợ có đảm bảo, chủ nợ có đảm bảo một phần và chủ nợ không có bảo đảm. Tuy nhiên, luật phá sản chỉ cho phép chủ nợ không có bảo đảm hoặc chủ nợ có bảo đảm một phần (chỉ tính phần không có bảo đảm) mới được quyền nộp đơn lên Tòa án để yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã; còn chủ nợ có bảo đảm không có quyền nộp đơn. Các khoản nợ phải được các bên xác nhận, có đầy đủ giấy tờ tài liệu chứng minh và không có tranh chấp.

- Chủ nợ đã có yêu cầu thanh toán nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã không thanh toán: Không phải cứ có các khoản nợ đến hạn là lập tức chủ nợ được gửi đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà chủ nợ phải xuất trình những căn cứ chứng minh là đã yêu cầu thanh toán nhưng không được doanh nghiệp, hợp tác xã thanh toán, thể hiện qua các văn bản đòi nợ, văn bản khất nợ.

2. Đối tượng có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã

Theo quy định của luật Phá sản năm 2004 từ điều 13 đến điều 18 thì đối tượng có quyền nộp yêu cầu phá sản doanh nghiệp:

- Chủ nợ không có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần (Điều 13); Đại diện công đoàn hoặc đại diện người lao động (Điều 14);

- Chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã (Điều 15);
- Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước (Điều 16);
- Các cổ đông công ty cổ phần (Điều 17);
- Thành viên hợp danh công ty hợp danh (Điều 18)

Tuy nhiên, đối với các cơ quan như: Tòa án, Viện Kiểm sát, cơ quan công an, cơ quan thanh tra, cơ quan quản lý vốn, tổ chức kiểm toán, cơ quan quyết định thành lập doanh nghiệp khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình phát hiện thấy doanh nghiệp, hợp tác xã bị lâm vào tình trạng phá sản thì không có quyền nộp đơn nhưng phải thông báo cho đối tượng có quyền nộp đơn biết. Đây là điểm mới so với luật Phá sản doanh nghiệp năm 1993.

### 3. Cơ quan có thẩm quyền giải quyết

Điều 17- Luật phá sản năm 2004 có quy định về thẩm quyền giải quyết phá sản đó là Tòa án, trong đó Tòa án cấp huyện có thẩm quyền giải quyết phá sản đối với hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan cấp huyện. Tòa án nhân dân cấp tỉnh (cụ thể là Tòa kinh tế) sẽ giải quyết các doanh nghiệp, hợp tác xã đã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh. Trong một số trường hợp đặc biệt, Tòa án nhân dân cấp tỉnh nếu thấy cần thiết, vụ việc phức tạp có thể tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện. Thủ tục tiến hành phá sản sẽ do một thẩm phán hoặc tổ thẩm phán gồm 3 thẩm phán phụ trách tùy thuộc vào vụ án phá sản đó.

### 4. Thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã

Sau khi các đối tượng có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu phá sản tại Tòa án có thẩm quyền. Tòa án sẽ vào sổ thụ lý đơn, xem xét hồ sơ trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận đơn và ra một trong hai quyết định: Quyết định mở thủ tục phá sản khi có căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã đã lâm vào tình trạng phá sản; quyết định không mở thủ tục phá sản khi không có căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã đó lâm vào tình trạng phá sản. Sau khi Tòa án đã ra quyết định mở thủ tục phá sản, tùy từng trường hợp mà thẩm phán ra quyết định.

- Thứ nhất, phục hồi hoạt động kinh doanh nếu xét thấy doanh nghiệp, hợp tác xã còn có khả năng hồi phục và tiếp tục tồn tại nếu được sự hỗ trợ.
- Thứ hai, sẽ áp dụng thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ mà không áp dụng

thủ tục phục hồi khi doanh nghiệp, hợp tác xã đó thua lỗ đã được nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi nhưng không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ yêu cầu.

- Thứ ba, tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản nếu doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản; hoặc chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà không còn tiền hoặc tài sản khác để nộp tạm ứng án phí. Đồng thời Thẩm phán phải ra quyết định thành lập Tổ quản lý, thanh lý tài sản để làm nhiệm vụ quản lý và thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Thứ tư, phục hồi hoạt động kinh doanh: Trong thời gian 30 ngày kể từ lúc lập xong danh sách chủ nợ, thẩm phán triệu tập Hội nghị chủ nợ, Hội nghị chủ nợ sẽ xem xét và thông qua việc đồng ý hay không đồng ý cho doanh nghiệp, hợp tác xã phục hồi hoạt động kinh doanh. Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoặc được các chủ nợ đồng ý thì thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi kinh doanh và doanh nghiệp, hợp tác xã được coi là không còn lâm vào tình trạng phá sản nữa. Thứ năm, thanh lý tài sản và các khoản nợ cho các chủ nợ trong danh sách theo thứ tự được quy định tại Điều 37 luật Phá sản năm 2004 đó là: Phí phá sản;- Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội và quyền lợi khác theo thoả thuận đã ký kết với người lao động.

- Các khoản nợ không có bảo đảm theo nguyên tắc nếu giá trị tài sản đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ đều được thanh toán đủ số nợ của mình, nếu không đủ thì mỗi chủ nợ được thanh toán một phần khoản nợ theo tỷ lệ tương ứng.

Ví dụ: Tài sản còn lại của doanh nghiệp A là 2 tỷ đồng, tổng số nợ là 4 tỷ đồng, chủ nợ B cho vay 2 tỷ, tương ứng là 50% số nợ, C cho vay 1 tỷ tương ứng tỷ lệ là 25%, D cho vay 1 tỷ tương ứng tỷ lệ 25%. Số tiền thanh toán cho từng chủ nợ là B 1 tỷ; C 500 triệu, D 500 triệu.

- Phần tài sản còn lại nếu còn sẽ thuộc những chủ sở hữu, thành viên công ty, hợp tác xã.

## 5. Các hoạt động bị cấm hoặc hạn chế của doanh nghiệp, hợp tác xã

- Theo quy định tại Điều 30 của luật Phá sản, mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản vẫn được tiến hành bình thường nhưng phải đặt dưới sự giám sát của Thẩm phán và Tổ quản lý, thanh lý tài sản. Điều 31 quy định nghiêm cấm mọi hoạt động nhằm cất giấu, tẩu tán tài sản, thanh toán các khoản nợ không có bảo đảm, chuyển nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ.

- Các hoạt động cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, tặng cho tài sản, vay tiền, bán cổ phần, thanh toán nợ mới phát sinh đều phải được sự đồng ý bằng văn bản của Thẩm phán. Các giao dịch được thực hiện trong khoảng thời gian ba tháng trước ngày Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản bị coi là vô hiệu: Tặng cho tài 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 nợ chưa đến hạn, thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ, các giao dịch khác nhằm tẩu tán tài sản.

## 6. Hậu quả của doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản

Theo quy định tại Điều 94 luật Phá sản năm 2004 thì những người giữ các chức vụ Giám đốc, Tổng giám đốc, Chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị công ty, tổng công ty 100% vốn nhà nước bị tuyên bố phá sản không được cử đảm đương các chức vụ đó ở bất kỳ doanh nghiệp nhà nước nào, kể từ ngày công ty, tổng công ty nhà nước bị tuyên bố phá sản. Người được giao đại diện phần vốn góp của nhà nước ở doanh nghiệp khác mà doanh nghiệp đó bị tuyên bố phá sản không được cử đảm đương các chức vụ quản lý ở bất kỳ doanh nghiệp nào có vốn của nhà nước. Chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh công ty hợp danh của công ty hợp danh, Giám đốc (Tổng giám đốc), Chủ tịch và thành viên Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên của doanh nghiệp, Chủ nhiệm, các thành viên Ban quản trị Hợp tác xã bị tuyên bố phá sản không được quyền thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã, không được làm người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời gian từ một đến ba năm kể từ ngày doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản.

Tìm hiểu những vấn đề cơ bản của luật Phá sản năm 2004, nhằm góp phần nâng cao nhận thức về phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã trong vòng trật tự do pháp luật quy định; giúp cho lực lượng Cảnh sát nhân dân nói chung và lực lượng Cảnh sát điều tra tội phạm về trật tự quản lý kinh tế và chức vụ nói riêng nắm được những thủ đoạn gian dối trong các trường hợp phá sản gian trá nhằm chiếm đoạt tài sản của các đối tác kinh doanh và xâm phạm tới quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động để qua đó đưa ra các biện pháp đấu tranh phòng chống tội phạm đạt hiệu quả./.

Đối chiếu với tình trạng nợ đọng phổ biến của doanh nghiệp Nhà nước và sự bùng nổ của hàng chục vạn doanh nghiệp dân doanh mỗi năm trong đó vô số doanh nghiệp làm ăn yếu kém hoặc vỡ nợ lặn lẽ rút lui dần khỏi thị trường, sự vắng bóng của một trật tự pháp luật dàn xếp quyền lợi của chủ nợ và doanh nghiệp mắc nợ một cách văn minh đang đặt ra nhiều vấn đề cần có lời giải đáp. Sự cần thiết của luật phá sản

Trong nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung do kiểm soát và định đoạt mọi nguồn lực sản xuất, Nhà nước trở thành một xí nghiệp không lồ, các đơn vị kinh doanh không có động lực để cạnh tranh, sự tồn tại của chúng được duy trì theo ý chí của Nhà nước. Kinh tế bao cấp không cần tới luật phá sản. Dấu hiệu sụp đổ của mô hình này có thể nhận thấy khi các doanh nghiệp "vượt rào", ngày càng giành lấy nhiều quyền tự chủ trong hoạch định và tổ chức kinh doanh. Cùng với sự gia nhập của đầu tư nước ngoài, sự nổi lòng tự do kinh doanh cho tư nhân, môi trường cạnh tranh tái xuất hiện và trở nên gay gắt nhanh chóng ngay trên thị trường nội địa, vai trò của Nhà nước với tư cách là một chủ đầu tư chịu trách nhiệm hữu hạn trong các doanh nghiệp Nhà nước mới dần dần hiện rõ. Khi tự do kinh doanh và cạnh tranh tái xuất hiện, nhu cầu điều tiết vỡ nợ các đơn vị kinh tế vốn thuộc quyền quản lý của Nhà nước mới trở nên cấp bách. Đáng lưu ý: nhu cầu điều chỉnh cấp bách bậc nhất của pháp luật phá sản trong các quốc gia chuyển đổi chính là các doanh nghiệp Nhà nước thua lỗ hàng loạt khi bước vào cạnh tranh với một tư thế thiếu năng động so với khu vực kinh tế tư nhân và tư bản nước ngoài. Năm 1986 Trung Quốc ban hành một đạo luật phá sản, chỉ áp dụng riêng cho khối doanh nghiệp Nhà nước. Tương tự như vậy, theo lời

tư vãn phương Tây, ở Liên Xô cũ, Trung và Đông Âu, pháp luật phá sản trước hết được dùng như một công cụ tái cơ cấu, giải quyết sự vỡ nợ hàng loạt của các doanh nghiệp Nhà nước đang chuyển đổi sang các Công ty tư nhân. Công cụ này, như sẽ phân tích dưới đây, đã không được dùng phổ biến.

Luật phá sản doanh nghiệp được Quốc hội thông qua ngày 30/12/1993 và có hiệu lực từ ngày 01/7/1994. Chính phủ ban hành Nghị định số 189/CP ngày 23/12/1994 hướng dẫn thi hành luật này. Vào thời điểm soạn thảo Luật PSDN 1993 và cho đến tận ngày nay, doanh nghiệp Nhà nước là đối tượng được đặc biệt quan tâm trong chính sách đổi mới. Bởi vậy, dường như Luật PSDN 1993 được thiết kế với trọng tâm đặt vào việc tái cơ cấu doanh nghiệp Nhà nước. Triết lý cơ bản của Luật PSDN 1993 phản ánh tư tưởng và chính sách kinh tế được du nhập từ kinh nghiệm của những nền kinh tế chuyển đổi, chứ chưa phải từ những nền kinh tế thị trường lâu đời. Luật này áp dụng cho doanh nghiệp phá sản trong quá trình kinh doanh, không áp dụng cho cá nhân vỡ nợ dân sự, không tuyên bố xóa nợ, không phân chia tái tổ chức và thanh lý sản nghiệp như là hai sự lựa chọn cơ bản cho chủ nợ và doanh nghiệp mắc nợ. Vì nhiều lý do khác nhau, từ khi được ban hành Luật PSDN 1993 đã rất ít được sử dụng trong thực tế- một đạo luật về cơ bản đã không thành công so với mục tiêu ban đầu.

Vì sao ít được dùng

Phá sản doanh nghiệp Nhà nước:

Nếu xem xét như một công cụ nhằm mục đích tái tổ chức doanh nghiệp Nhà nước, Luật PSDN 1993 có những hạn chế của nó, như đã được minh chứng trong các nền kinh tế chuyển đổi. Có thể tóm lược ba nguyên nhân đã làm cho thủ tục phá sản doanh nghiệp Nhà nước ít xảy ra ở các nước này như sau:

1. Phá sản một doanh nghiệp lớn thường đe dọa đổ vỡ dây chuyền và thất nghiệp hàng loạt, uy hiếp trực tiếp tới ổn định xã hội. Vì lợi ích chính trị, các cơ quan chủ quan từ trung ương đến địa phương đều né tránh việc doanh nghiệp thuộc quyền quản lý của mình bị thụ lý và tuyên bố phá sản để che lấp dấu hiệu quản lý kinh tế yếu kém. Sự can thiệp của chính trị thường mạnh mẽ hơn cả pháp luật, bởi vậy khi giới hoạch định chính sách dè dặt với phá sản, thì công cụ này ít được.



2. Trong khi phương Tây dùng luật phá sản để tạo cơ hội cho chủ nợ can thiệp vào điều hành và tái cơ cấu doanh nghiệp mắc nợ, các chủ nợ trong những nền kinh tế chuyển đổi thường là Ngân hàng và các doanh nghiệp Nhà nước khác. Một khoản nợ tuy không dễ đòi, song vẫn thuộc sản nghiệp của chủ nợ, van hiện hữu trên bảng kê tài sản. Bởi vậy, chủ nợ có nhiều lý do để tránh yêu cầu tòa án thanh lý sản nghiệp của doanh nghiệp mắc nợ.

3. Do hệ thống tư pháp chưa được chuẩn bị cho chức năng tái cơ cấu doanh nghiệp, phần việc này được thực hiện có hiệu quả hơn bởi các cơ quan hành chính quản lý kinh tế, quyết định cấp vốn bổ sung, hoãn nợ, xoá nợ, phân tách, sáp nhập, cho thuê, khoán hoặc bán doanh nghiệp cho tư nhân suy cho cùng là những cuộc phẫu thuật giải quyết tình trạng nợ đọng hoặc vỡ nợ tiềm ẩn của doanh nghiệp Nhà nước. Khác với phương Tây, ở những nước có nền kinh tế chuyển đổi những biện pháp này phần lớn không được thực hiện bởi tòa án và các chủ nợ, mà bởi sự can thiệp của cơ quan hành chính.

Tóm lại, phá sản chỉ là một trong vô số phương cách tái cơ cấu doanh nghiệp Nhà nước. Chữa trị căn bệnh mất khả năng thanh toán trong điều kiện hệ thống tư pháp, kế toán, kiểm toán và hỗ trợ tư pháp chưa phát triển cần dựa vào những thiết chế và công cụ đã có sẵn trong các nền kinh tế chuyển đổi. Việc vay mượn luật phá sản từ phương Tây vào nước ta cũng cần được nhìn nhận trong một bối cảnh như vậy.

Phá sản doanh nghiệp dân doanh:

Số vụ phá sản doanh nghiệp dân doanh đã được tòa thụ lý cho đến nay cũng rất ít, cho thấy hiện tượng vỡ nợ đã được giải quyết bằng vô số phương cách tự phát, mà chưa theo mô hình phá sản do nhà làm luật thiết kế. Những phương cách đó chắc đã bắt nguồn từ thói quen, văn hóa kinh doanh và truyền thống đối xử của người Việt Nam đối với người vỡ nợ. Có thể nhận thấy một số nguyên nhân dưới đây đã dẫn tới hiện tượng này:

1. Vỡ nợ suy cho cùng cũng là một tranh chấp kinh doanh kéo dài, cách giải quyết tranh chấp của thương nhân Việt Nam xưa cũng như nay, phần lớn chưa dựa vào tòa án.

2. Liên kết doanh nghiệp dựa trên quan hệ tạo ra những dây kinh doanh có chức năng dàn xếp mâu thuẫn về lợi ích giữa các thành viên, nâng đỡ, ngăn ngừa vỡ nợ, hoặc nếu vỡ nợ xảy ra những dây kinh doanh này có những cách hành xử riêng, sự chuyển giao tài sản của người vỡ nợ cho các chủ nợ diễn ra trong nội bộ các dây kinh doanh này, ẩn dưới những hợp đồng gán nợ, sang tên, chuyển nhượng.

3. Do Luật PSDN 1993 không tuyên bố xoá nợ vĩnh viễn đối với chủ doanh nghiệp tư nhân, người, hộ kinh doanh (cá thể), các thành viên hợp danh trong các doanh nghiệp tư nhân vỡ nợ. Bởi vậy những người kinh doanh này không có lợi khi tự nguyện làm đơn yêu cầu tòa tuyên bố phá sản.

4. Do tính chịu trách nhiệm hữu hạn được tiếp nhận trong các xã hội phương Đông không giống như phương Tây, tuyên bố phá sản không mang lại cho thành viên Công ty hoặc con nợ lợi ích của sự xoá nợ vĩnh viễn như ở phương Tây. Thêm nữa, vỡ nợ ẩn chứa nhiều dấu hiệu vi phạm pháp luật hình sự, BLHS 1999 cung cấp vô số tội danh có thể vận dụng để trừng trị người vỡ nợ, người quản trị, điều hành các Công ty vỡ nợ. Bởi vậy những người thường này né tránh yêu cầu tuyên bố phá sản tự nguyện.

5. Do việc thi hành án đến nay vẫn kém hiệu quả, thứ tự ưu tiên thanh toán còn bất lợi cho chủ nợ dân doanh, bởi vậy phá sản bắt buộc doanh nghiệp mắc nợ chưa phải là sự lựa chọn tối ưu đối với nhiều chủ nợ.

Phá sản cá nhân:

Cá nhân nếu không tham gia kinh doanh mà vỡ nợ dân sự do vay mượn vì mục đích tiêu dùng, chưa là đối tượng điều chỉnh của pháp luật phá sản hiện hành. Khi nhu cầu tiêu dùng và tín dụng tiêu dùng gia tăng, có thể dự báo nhu cầu thiết lập một trật tự thanh toán nợ văn minh cho những người vỡ nợ dân sự, tránh tình trạng xiết nợ phần có vẻ tùy tiện đã bắt đầu diễn ra ở nước ta.

Nghiệp vụ của tòa án và hệ thống hỗ trợ tư pháp:

Nếu nhìn nhận trình tự phá sản là một phương cách tái cơ cấu doanh nghiệp, hiệu quả của phương cách này phụ thuộc một cách đáng kể vào năng lực quản lý tài sản của tòa án, quản tài viên và hệ thống hỗ trợ tư pháp. Trong khi hệ thống toà đặc trưng thụ lý việc phá sản đã hình thành từ hàng trăm năm nay ở

phương Tây, hệ thống tư pháp nước ta mới đang tập làm quen với chức năng này. Từ triệu tập, chủ trì, điều hành các cuộc họp của chủ nợ, phê duyệt dự án tái cơ cấu, giám sát thực hiện, định giá sản nghiệp, kiểm kê công nợ và phát mại sản nghiệp của con nợ, cho đến thanh toán cho các chủ nợ theo thứ tự ưu tiên - toà án và hệ thống hỗ trợ tư pháp Việt Nam đang đứng trước những thách thức nghiệp vụ mới lạ trong quản trị kinh doanh. Không chỉ là trừng phạt người vỡ nợ, phá sản trước hết là một cuộc phẫu thuật. Một khi thẩm phán, kiểm toán viên, quản trị viên, luật sư.. chưa tích lũy đủ kỹ năng tối thiểu cho những cuộc phẫu thuật đó, căn bệnh mất khả năng thanh toán tất yếu sẽ được chữa trị bằng những thể chế và phương cách khác.

Một số nguyên nhân khác:

Doanh nhân chỉ sử dụng trình tự phá sản, khi niềm tin vào tòa án gia tăng. Chừng nào cơ hội đòi nợ đọng từ doanh nghiệp mắc nợ thông qua thủ tục phá sản còn thấp, thì trình tự phá sản chưa thể hấp dẫn chủ nợ. Trong bối cảnh pháp luật kế toán và kiểm toán mới bắt đầu được xây dựng, kỷ luật khai báo sổ sách trung thực của doanh nhân thấp, hệ thống đăng ký bất động sản sơ khai, các dòng tiền chưa tập trung qua hệ thống ngân hàng, sự hoán đổi nợ thành cổ phần trong doanh nghiệp mắc nợ chưa diễn ra thuận tiện... trình tự phá sản chưa thể nhanh chóng trở thành một công cụ hiệu quả bảo vệ lợi ích các chủ nợ.

Một số góp ý dự thảo luật phá sản (sửa đổi)

Sau hơn mười năm thực hiện không thành công, Luật PSDN 1993 đang được xem xét sửa đổi. Vượt ra khỏi những hạn chế mang tính kỹ thuật lập pháp, tính chưa đồng bộ của các đạo luật tố tụng và cách triển khai thực hiện đạo luật này, cần xem xét nguyên nhân của sự bất thành này trong khung cảnh của nhiều công cụ tái tổ chức doanh nghiệp thua lỗ. Những bình luận tổng quan ở trên cho phép dự báo vai trò của pháp luật phá sản trong tương lai sẽ không thay đổi đáng kể.

Đối với doanh nghiệp Nhà nước, Luật phá sản sẽ vẫn chỉ là một công cụ tái tổ chức yếu ớt Tòa án sẽ không thể mau chóng thay thế các cơ quan hành chính chủ quản trong việc phục hồi doanh nghiệp. Đối với doanh nghiệp dân doanh, chừng nào khái niệm trách nhiệm hữu hạn chưa trở thành phổ biến và cá nhân

chủ nợ không được tuyên bố miễn trách, chừng đó các thiết chế đòi nợ tập thể có sẵn trong xã hội Việt Nam sẽ thay thế Luật phá sản.

Mất khả năng thanh toán là dấu hiệu đầu tiên cần được làm rõ bởi pháp luật phá sản. Chỉ khi lâm vào tình trạng này, các thiết chế của tái tổ chức hoặc thanh lý tư pháp mới được áp dụng. Cần làm rõ và lựa chọn một trong hai khái niệm: (1) mất khả năng thanh toán và (2) lâm vào tình trạng phá sản. Tình trạng thua lỗ trầm trọng, kéo dài, không mang tính chất kẹt tiền tức thời này đã phần nào được nhận diện qua các dấu hiệu quy định tại Điều 6, Nghị định số 189/CP [1994].

Tuy nhiên, cần nhấn mạnh các dấu hiệu này chỉ để suy đoán doanh nghiệp đang mất khả năng thanh toán, chứ không có ý nghĩa doanh nghiệp đã phá sản, cần phải thu hồi, phát mại và thanh lý sản nghiệp. Vì lý do đó, nhiều nước đã đổi tên luật phá sản thành luật mất khả năng thanh toán. Thêm nữa, mất khả năng thanh toán thường dựa trên tiêu chí không thanh toán nợ đến hạn (dòng tiền) hoặc tổng nợ vượt quá tài sản có (cân đối tài sản). Muốn áp dụng rộng rãi luật mất khả năng thanh toán như là một biện pháp tái cơ cấu, phải mở rộng và đơn giản hóa đối tượng áp dụng, tránh dùng các tiêu chí khó định lượng. Cách quy định của Điều 3 Dự thảo, theo thiện ý của tôi, đã đi đúng xu hướng này.

Tên gọi của đạo luật, theo tôi nên giữ như cũ (Luật phá sản doanh nghiệp) hoặc đổi thành Luật mất khả năng thanh toán. Không nên đổi tên đạo luật thành "Luật phá sản và chia đối tượng áp dụng thành doanh nghiệp và hợp tác xã, bởi HTX, tuy có vài đặc điểm riêng do tính dân chủ, tương trợ và cộng đồng, song về bản chất vẫn là một loại hình doanh nghiệp, một pháp nhân có thể phá sản.

Luật PSDN 1993 áp dụng cho "doanh nghiệp", không phân biệt phá sản cá nhân và phá sản Công ty, phá sản trong kinh doanh và phá sản của người tiêu dùng. Tuy nhiên đối tượng có thể bị tuyên bố phá sản vẫn có thể bao gồm cá nhân, ví dụ chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp doanh trong các Công ty hợp danh. Đối với cá nhân vỡ nợ, cần nhấn mạnh tuyên bố miễn trách, xoá nợ, tạo cho họ cơ may lập nghiệp mới, một hệ quả đặc biệt mang tính nhân đạo của phá sản cá nhân so với phá sản Công ty. Đối với Công ty vỡ nợ, cần phân tách sản nghiệp Công ty và các thành viên, không nhầm lẫn giữa trách nhiệm của

Công ty và các thành viên. Điều 94 của Dự thảo có thể nên được xem xét chỉnh sửa theo xu hướng này.

Toàn bộ sản nghiệp của con nợ sau khi có quyết định thụ lý vụ phá sản của tòa án hợp thành một khối, gọi là tài sản phá sản. Luật PSDN 1993 chưa dùng khái niệm này, mà chỉ dùng khái niệm “tài sản còn lại”, song chưa giải nghĩa rõ ràng. Vì sự thiếu rõ ràng đó, cần định nghĩa... tài sản phá sản và phân biệt khái niệm này với số tài sản qua phát mại mà thu hồi được để thanh toán cho các chủ nợ theo thứ tự và tỷ lệ ưu tiên.

Theo Điều 39 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế, Tòa án đang giải quyết vụ án kinh tế phải ra quyết định đình chỉ vụ án khi có quyết định mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Trong khi đó, thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản theo Luật PSDN 1993 không đương nhiên bao gồm những tranh chấp phải sinh. Điều này gây thêm khó khăn cho Tòa án, bởi vậy thẩm phán giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản cần đồng thời có quyền giải quyết các vụ án kinh tế liên quan.

Sau hơn mười năm thực hiện không thành công, Luật PSDN 1993 đang được xem xét sửa đổi. Vượt ra khỏi những hạn chế mang tính kỹ thuật lập pháp, tính chưa đồng bộ của các đạo luật tố tụng và cách triển khai thực hiện đạo luật này, cần xem xét nguyên nhân của sự bất thành này trong khung cảnh của nhiều công cụ tái tổ chức doanh nghiệp thua lỗ. Những bình luận tổng quan ở trên cho phép dự báo vai trò của pháp luật phá sản trong tương lai sẽ không thay đổi đáng kể. Đối với doanh nghiệp nhà nước, Luật phá sản sẽ vẫn chỉ là một công cụ tái tổ chức yếu ớt; tòa án sẽ không thể mau chóng thay thế các cơ quan hành chính chủ quản trong việc phục hồi doanh nghiệp. Đối với doanh nghiệp dân doanh, chừng nào khái niệm trách nhiệm hữu hạn chưa trở thành phổ biến và cá nhân chủ nợ không được tuyên bố miễn trách, chừng đó các thiết chế đòi nợ tập thể có sẵn trong xã hội Việt Nam sẽ thay thế Luật phá sản.

Xác định tình trạng mất khả năng thanh toán:

Mất khả năng thanh toán là dấu hiệu đầu tiên cần được làm rõ bởi pháp luật phá sản. Chỉ khi lâm vào tình trạng này, các thiết chế của tái tổ chức hoặc thanh lý tư pháp mới được áp dụng. Cần làm rõ và lựa chọn một trong hai khái niệm: (i)

mất khả năng thanh toán và (ii) lâm vào tình trạng phá sản. Tình trạng thua lỗ trầm trọng, kéo dài, không mang tính chất kẹt tiền tức thời này đã phần nào được nhận diện qua các dấu hiệu quy định tại điều 6, Nghị định số 189/CP [1994]. Tuy nhiên, cần nhấn mạnh các dấu hiệu này chỉ để suy đoán doanh nghiệp đang mất khả năng thanh toán, chứ không có ý nghĩa doanh nghiệp đã phá sản, cần phải thu hồi, phát mại và thanh lý sản nghiệp. Vì lý do đó, nhiều nước đã *đổi tên luật phá-sản thành luật mất khả năng thanh toán*. Thêm nữa, *mất khả năng thanh toán* thường dựa trên tiêu chí không thanh toán nợ đến hạn (dòng tiền) hoặc tổng nợ vượt quá tài sản có (cân đối tài sản). Muốn áp dụng rộng rãi luật mất khả năng thanh toán như là một biện pháp tái cơ cấu, phải mở rộng và đơn giản hoá đối tượng áp dụng, tránh dùng các tiêu chí khó định lượng. Cách quy định của điều 3 Dự thảo, theo thiên ý của tôi, đã đi đúng xu hướng này.

Tên gọi của đạo luật, nên giữ như cũ (Luật phá sản doanh nghiệp) hoặc đổi thành Luật mất khả năng thanh toán. Không nên đổi tên đạo luật thành "Luật phá sản" và chia đối tượng áp dụng thành doanh nghiệp và hợp tác xã, bởi HTX, tuy có vài đặc điểm riêng do tính dân chủ, tương trợ và cộng đồng, song về bản chất vẫn là một loại hình doanh nghiệp, một pháp nhân có thể phá sản.

Phá sản cá nhân và phá sản công ty: Luật PSDN 1993 áp dụng cho "doanh nghiệp", không phân biệt phá sản cá nhân và phá sản công ty, phá sản trong kinh doanh và phá sản của người tiêu dùng. Tuy nhiên đối tượng có thể bị tuyên bố phá sản vẫn có thể bao gồm cá nhân, ví dụ chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp doanh trong các công ty hợp danh. Đối với cá nhân vỡ nợ, cần nhấn mạnh tuyên bố miễn trách/ xoá nợ, tạo cho họ cơ may lập nghiệp mới- một hệ quả đặc biệt mang tính nhân đạo của phá sản cá nhân so với phá sản công ty. Đối với công ty vỡ nợ, cần phân tách sản nghiệp công ty và các thành viên, không nhầm lẫn giữa trách nhiệm của công ty và các thành viên. Điều 94 của Dự thảo có thể nên được xem xét chỉnh sửa theo xu hướng này.

Tài sản phá sản:

Toàn bộ sản nghiệp của con nợ sau khi có quyết định thụ lý vụ phá sản của toà án hợp thành một khối, gọi là tài sản phá sản. LPSDN 1993 chưa dùng khái

niệm này, mà chỉ dùng khái niệm "tài sản còn lại", song chưa giải nghĩa rõ ràng. Vì sự thiếu rõ ràng đó, cần định nghĩa "tài sản phá-sản" và phân biệt khái niệm này với số tài sản qua phát mại mà thu hồi được để thanh toán cho các chủ nợ theo thứ tự và tỷ lệ ưu tiên.

Quan hệ giữa vụ phá sản và các vụ kiện khác: Theo Điều 39 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế, tòa án đang giải quyết vụ án kinh tế phải ra quyết định đình chỉ vụ án khi có quyết định mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Trong khi đó, thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản theo LPSDN 1993 không đương nhiên bao gồm những tranh chấp phát sinh. Điều này gây thêm khó khăn cho tòa án, bởi vậy thẩm phán giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản cần đồng thời có quyền giải quyết các vụ án kinh tế liên quan.

Đạt mục đích bằng nhiều công cụ khác nhau: Sau hơn mười năm thực hiện không thành công, Luật PSDN 1993 đang được xem xét sửa đổi. Vượt ra khỏi những hạn chế mang tính kỹ thuật lập pháp, tính chưa đồng bộ của các đạo luật tổ tụng và cách triển khai thực hiện đạo luật này, cần xem xét nguyên nhân của sự bất thành này trong khung cảnh của nhiều công cụ tái tổ chức doanh nghiệp thua lỗ. Những bình luận tổng quan ở trên cho phép dự báo vai trò của pháp luật phá sản trong tương lai sẽ không thay đổi đáng kể. Đối với doanh nghiệp nhà nước, Luật phá sản sẽ vẫn chỉ là một công cụ tái tổ chức yếu ớt; tòa án sẽ không thể mau chóng thay thế các cơ quan hành chính chủ quản trong việc phục hồi doanh nghiệp. Đối với doanh nghiệp dân doanh, chừng nào khái niệm trách nhiệm hữu hạn chưa trở thành phổ biến và cá nhân chủ nợ không được tuyên bố miễn trách, chừng đó các thiết chế đòi nợ tập thể có sẵn trong xã hội Việt Nam sẽ thay thế Luật phá sản.

Xác định tình trạng mất khả năng thanh toán: Mất khả năng thanh toán là dấu hiệu đầu tiên cần được làm rõ bởi pháp luật phá sản. Chỉ khi lâm vào tình trạng này, các thiết chế của tái tổ chức hoặc thanh lý tư pháp mới được áp dụng. Cần làm rõ và lựa chọn một trong hai khái niệm: (i) mất khả năng thanh toán và (ii) lâm vào tình trạng phá sản. Tình trạng thua lỗ trầm trọng, kéo dài, không mang tính chất kẹt tiền tức thời này đã phần nào được nhận

diện qua các dấu hiệu quy định tại điều 6, Nghị định số 189/CP [1994]. Tuy nhiên, cần nhấn mạnh các dấu hiệu này chỉ để suy đoán doanh nghiệp đang mất khả năng thanh toán, chứ không có ý nghĩa doanh nghiệp đã phá sản, cần phải thu hồi, phát mại và thanh lý sản nghiệp. Vì lý do đó, nhiều nước đã *đổi tên luật phá-sản thành luật mất khả năng thanh toán*. Thêm nữa, mất khả năng thanh toán thường dựa trên tiêu chí không thanh toán nợ đến hạn (dòng tiền) hoặc tổng nợ vượt quá tài sản có (cân đối tài sản). Muốn áp dụng rộng rãi luật mất khả năng thanh toán như là một biện pháp tái cơ cấu, phải mở rộng và đơn giản hoá đối tượng áp dụng, tránh dùng các tiêu chí khó định lượng. Cách quy định của điều 3 Dự thảo, theo thiện ý của tôi, đã đi đúng xu hướng này.

Tên gọi của đạo luật, theo tôi nên giữ như cũ (Luật phá sản doanh nghiệp) hoặc đổi thành Luật mất khả năng thanh toán. Không nên đổi tên đạo luật thành "Luật phá sản" và chia đối tượng áp dụng thành doanh nghiệp và hợp tác xã, bởi HTX, tuy có vài đặc điểm riêng do tính dân chủ, tương trợ và cộng đồng, song về bản chất vẫn là một loại hình doanh nghiệp, một pháp nhân có thể phá sản.

Phá sản cá nhân và phá sản công ty: Luật PSDN 1993 áp dụng cho "doanh nghiệp", không phân biệt phá sản cá nhân và phá sản công ty, phá sản trong kinh doanh và phá sản của người tiêu dùng. Tuy nhiên đối tượng có thể bị tuyên bố phá sản vẫn có thể bao gồm cá nhân, ví dụ chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp doanh trong các công ty hợp danh. Đối với cá nhân vỡ nợ, cần nhấn mạnh tuyên bố miễn trách/ xoá nợ, tạo cho họ cơ may lập nghiệp mới- một hệ quả đặc biệt mang tính nhân đạo của phá sản cá nhân so với phá sản công ty. Đối với công ty vỡ nợ, cần phân tách sản nghiệp công ty và các thành viên, không nhầm lẫn giữa trách nhiệm của công ty và các thành viên. Điều 94 của Dự thảo có thể nên được xem xét chỉnh sửa theo xu hướng này.

Tài sản phá sản: Toàn bộ sản nghiệp của con nợ sau khi có quyết định thụ lý vụ phá sản của toà án hợp thành một khối, gọi là tài sản phá sản. LPSDN 1993 chưa dùng khái niệm này, mà chỉ dùng khái niệm "tài sản còn lại", song chưa giải nghĩa rõ ràng. Vì sự thiếu rõ ràng đó, cần định nghĩa "tài sản phá-sản" và phân biệt khái niệm này với số tài sản qua phát mại mà thu hồi được để thanh toán cho các chủ nợ theo thứ tự và tỷ lệ ưu tiên.



Quan hệ giữa vụ phá sản và các vụ kiện khác: Theo Điều 39 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế, toà án đang giải quyết vụ án kinh tế phải ra quyết định đình chỉ vụ án khi có quyết định mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Trong khi đó, thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản theo LPSDN 1993 không đương nhiên bao gồm những tranh chấp phá sản. Điều này gây thêm khó khăn cho toà án, bởi vậy thẩm phán giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản cần đồng thời có quyền giải quyết các vụ án kinh tế liên quan.

1. Phương cách truyền thống giải quyết tình trạng mất khả năng thanh toán ở nước ta

Hiếm thấy một đạo luật nào tốn tiền biên soạn mà ít được dùng trong thực tế như Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993. Từ gần 10 năm nay, tổng số đơn nại đến toà án yêu cầu phá sản doanh nghiệp (PSDN) trên toàn quốc chỉ đếm được trên đầu ngón tay [1[1]]. Đối chiếu với tình trạng nợ đọng phổ biến của doanh nghiệp nhà nước và sự bùng nổ của hàng chục vạn doanh nghiệp dân doanh mỗi năm- trong đó vô số doanh nghiệp làm ăn yếu kém hoặc vỡ nợ lặng lẽ rút lui dần khỏi thị trường, sự vắng bóng của một trật tự pháp luật dàn xếp quyền lợi của chủ nợ và doanh nghiệp mắc nợ một cách văn minh đang đặt ra nhiều vấn đề cần có lời giải đáp.

Bài viết dưới đây nghiên cứu hiện tượng phá sản trong bối cảnh văn hoá, chính trị, kinh tế và các thiết chế xã hội Việt Nam. Bắt đầu bằng việc tìm hiểu phương cách giải quyết hiện tượng phá sản trong truyền thống của người Việt Nam, phần viết nghiên cứu sự hình thành và mục đích của pháp luật phá sản Phương Tây, quá trình du nhập chúng vào nước ta, từng bước nhận diện các nguyên nhân làm cho Luật PSDN 1993 trở thành một đạo luật kém hiệu lực thực tế, và bình luận đôi điều về xu hướng sửa đổi đạo luật này.

Khái niệm phá sản : Trong tiếng Việt, vỡ nợ, khánh tận, mất khả năng thanh toán hay phá sản được dùng để chỉ tình trạng không trả được nợ. Phương cách giải quyết vỡ nợ gắn liền với quan niệm sống và cách hành xử của Việt tộc về

---

may rủi, sa cơ lỡ vận và cùng đường không trả được nợ. Bởi vậy, khi các đạo luật phá sản theo mô hình Phương Tây khi du nhập vào nước ta (cũng như các nước Phương Đông như Nhật Bản, Trung Quốc, Mông Cổ, hoặc các nước đang chuyển đổi như Tiệp, Hungari), chúng đều không mang lại hiệu quả như ở nơi nguyên xứ. Không riêng Việt Nam, luật phá sản đều ít được dùng ở các nước này- số vụ phá sản ở cường quốc kinh tế Nhật Bản không thể so sánh được với hơn một triệu vụ phá sản cá nhân và 38.000 vụ phá sản công ty diễn ra hàng năm ở Mỹ.

**Đảm bảo trả nợ trong cổ luật :** Các đạo luật cổ Việt Nam còn lưu lại đến ngày nay dự liệu nhiều điều khoản bắt người kết ước phải thi hành cam kết, ấn định hình phạt đối với người vi phạm. Thông thường những điều khoản này liên quan đến mua bán ruộng đất hay cho vay- những khế ước thông dụng nhất trong xã hội nông nghiệp thời đó [2[3]]. Đặc biệt, trong các khế ước vay nợ, cổ luật Việt Nam dự liệu các biện pháp bảo đảm và xử lý tình trạng khi người mắc nợ không trả được gốc và lãi. Về đại thể, có bốn phương cách cơ bản sau đây: trả thay- bảo lãnh, điển cố – cầm cố tài sản và nhân công, con phải trả nợ thay cho cha mẹ và bắt nợ.

**Bảo lãnh :** Theo điều 590 Bộ luật Hồng Đức, nếu người mắc nợ bỏ trốn, thì người bảo chủ phải trả tiền nợ gốc. Nhưng nếu trong khế ước định rõ phải trả thay cho đồng bạn, thì người bảo chủ phải trả như người mắc nợ (cả gốc và lãi); trái luật thì phải phạt 80 trượng. Quy định này cho thấy quan niệm về bảo lãnh không xa lạ trong cổ luật Việt Nam: một người thứ ba cam kết trả nợ thay thế cho người mắc nợ, nếu người này không trả được nợ. Phạm vi trả nợ thay (gốc hoặc gốc và lãi) phụ thuộc vào nội dung khế ước. Sau cùng, điều 590 còn quy định “nếu kẻ mắc nợ có con, thì được đòi ở con”. Như vậy, các con được pháp luật ấn định có nghĩa vụ trả nợ cho cha mẹ, ngay cả lúc cha mẹ còn sống hoặc trong trường hợp thừa kế – một tình trạng bảo lãnh pháp định.

**Cầm cố đồ vật, cầm cố nhân công :** Cầm cố các động sản và ruộng đất để vay nợ diễn ra phổ biến trong xã hội nông nghiệp Việt Nam. Việc cầm cố đồ dùng

---

thường bằng thoả thuận miệng, ngược lại khế ước điển cố ruộng đất thường bằng văn bản. Theo Vũ Văn Mẫu, có thể khái quát 3 hình thức cầm cố ruộng đất như sau: thế ruộng đất để vay một khoản tiền nhỏ, đáo hạn chủ nợ hoàn lại ruộng đất sau khi đã tính toán bù trừ hoa lợi do chủ nợ thu hoạch và số nợ gốc và lãi, người vay không phải chuộc lại ruộng đất; thế ruộng đất để vay một khoản tiền tương đương với giá trị tài sản đó, đáo hạn người vay phải chuộc lại ruộng đất bằng số tiền đã vay; thế ruộng đất để vay tiền, đáo hạn nếu người vay không có tiền chuộc, thì phải cam kết bán ruộng đất cho chủ nợ.

Ngoài cầm cố đồ vật và ruộng đất, người vay có thể bảo đảm trả nợ bằng lao động- bản thân người vay, hoặc vợ, con.. đi ở đợ, ở tại nhà chủ nợ để làm trả nợ. Giá nhân công và thời hạn làm trả nợ thường do các bên tự thoả thuận, hoặc pháp luật ấn định trong những trường hợp cụ thể. Người ở đợ không được bỏ trốn, trái luật phải trả tiền phạt theo mức ấn định và bắt giao hoàn lại cho chủ. Thân phận của người ở đợ không thể sung sướng, nhưng cổ pháp đối xử với họ khác biệt với nô tỳ. Gia chủ có thể thích chữ vào trán nô tỳ, song không được thích chữ vào mặt người ở đợ, trái luật phải tội lưu và đền bù tiền tẩy chữ và tiền phạt cho gia đình nạn nhân. Ngoài ra gia chủ không được đối xử tàn tệ với người ở đợ, nếu đánh người bị thương hoặc chết thì bị xử tội. Đối chiếu với thân phận hoàn toàn mất tự do của người nô-lệ, được xem như đồ vật của chủ sở hữu trong các xã hội Phương Tây và nô lệ da đen trong xã hội Mỹ cho đến thời cận đại, có thể thấy người ở đợ trong xã hội Việt Nam truyền thống là một người làm công để trả nợ thay trong quan hệ khế ước với chủ nợ.

“Phụ trái tử hoàn”: Cha mẹ mắc nợ con phải trả : Trong xã hội Phương Đông gia đình là nền tảng của khế ước và nghĩa vụ, được đại diện bởi gia trưởng. Quyền và nghĩa vụ của gia đình được truyền tiếp cho thế hệ sau, bởi thế cha mẹ mắc nợ thì các con phải trả. Lệ này dường như xuất hiện rất lâu trước khi luật thành văn ra đời ở nước ta, áp dụng ngay cả khi cha mẹ còn sống cũng như đã chết. Như đã trích dẫn điều 590 Bộ luật Hồng Đức, nếu người vay có con, thì chủ nợ có quyền đòi thanh toán ở con. So với những xã hội dựa trên chủ nghĩa cá nhân Phương Tây, việc trả nợ thay cho cha mẹ là một dấu hiệu riêng biệt của người Việt Nam. Cho đến ngày nay lệ này vẫn được chấp nhận một cách tự

nhân, mặc dù dân luật hiện đại không quy định con có nghĩa vụ liên đới chịu trách nhiệm trả nợ thay cho cha mẹ.

**Bắt nợ :** Trong hai bộ luật cổ Hồng Đức và Gia Long đều có những quy định ít nhiều liên quan đến việc bắt đồ đạc, của cải và thân nhân của người mắc nợ-dân gian quen gọi là bắt nợ. Về nguyên tắc, từ khi có xã hội văn minh, nguyên tắc tự xử bị hạn chế, bởi vậy chủ nợ không được tự tiện chiếm đoạt tài sản của con nợ để trừ vào các khoản nợ. “Người đòi nợ không thừa quan mà bắt đồ đạc của người mắc nợ, quá số tiền trong văn tự thì phải phạt 80 trượng”. Chủ nợ cũng không được tự tiện bắt vợ, con của người vay để trừ nợ, trái luật, sẽ phải phạt 100 trượng; nếu chủ nợ ép lấy và thông dâm, phải tội giảo, người bị bắt được trả lại cho thân nhân con nợ và số tiền nợ sẽ không được đòi nữa. Không rõ hiệu lực của những điều cấm này trong thực tiễn ra sao, song hai bộ luật nhà Lê và Nguyễn đều không quy định cương quyết cấm bắt nợ một cách tuyệt đối: bởi lẽ nếu chủ nợ đã bắt đồ đạc, thì pháp luật chỉ buộc họ hoàn lại cho người mắc nợ những tài sản dư sau khi bù trừ nợ. Như vậy, một cách gián tiếp, việc chiếm đoạt tài sản để trừ nợ được nhà làm luật dung túng trong một chừng mực nhất định.

**Bắt giữ con nợ để cưỡng bách trả nợ:** Khác với Bộ Luật Gia Long và luật pháp Phương Tây, Bộ Luật Hồng Đức không có quy định nào cho phép chủ nợ bắt giữ con nợ để cưỡng bách trả nợ. Vì quan Việt Nam không thể xử án mà không dẫn chiếu điều luật, có thể dự đoán luật pháp đời Lê không thừa nhận quyền bắt giữ con nợ của chủ nợ, góp phần bênh vực thân phận các con nợ trong quan hệ với chủ nợ. Ngược lại, theo luật Gia Long, chủ nợ có thể cầm tù người mắc nợ để cưỡng bách trả nợ: nếu số nợ dưới 30 lạng bạc, sau khi bị giam giữ quá 1 năm, nếu quả thực mất khả năng thanh toán, con nợ sẽ không bị đòi nợ nữa và bị đánh trượng tùy theo số nợ; nếu số nợ vượt quá 30 lạng bạc, quá hạn giam giữ 1 năm, vụ việc được tâu lên nhà vua để tâu vua chung quyết.

**Thanh toán tài sản:** Một quy định gần gũi với pháp luật pháp sản ngày nay có thể tìm thấy trong điều 592 Bộ Luật Hồng Đức [1460], theo đó nếu người mắc nợ “là quan tù cừu phẩm trở lên, mắc nợ nhiều quá mà không có đủ tài sản trả hết tất cả các chủ nợ, được quyền tâu xin thanh toán tài sản, chia cho các chủ nợ

tùy theo số nợ nhiều hay ít... Người mắc nợ không được giấu diếm tài sản, trái luật bị phạt 80 trượng. Chủ nợ nào tìm được tài sản giấu được phép xin lấy đủ số nợ”. Đường như người làm luật đã có ý thức về khối tài sản của người mắc nợ - (sản nghiệp) và một trình tự đơn sơ để thu hồi và phân chia số tài sản này theo một trật tự nhất định cho các chủ nợ. Điều đáng lưu ý là quy định này chỉ được áp dụng cho người có quan tước từ cửu phẩm trở nên, không áp dụng cho dân thường.

Trong một xã hội nông nghiệp, các khế ước mua bán, vay nợ suy cho cùng đều liên quan đến ruộng đất. Dù các phương cách bảo đảm thực hiện khế ước đã được dự liệu phong phú, song khi việc mất khả năng thanh toán xảy ra, chủ nợ có thể: đòi nợ ở con của người mắc nợ hoặc người bảo lãnh - nếu có; yêu cầu người mắc nợ hoặc thân nhân của họ ở đợ để làm công trả nợ; bắt giữ đồ đạc hoặc giam giữ con nợ để cưỡng bách trả nợ tùy theo sự dung túng của luật pháp từng thời kỳ. Một trình tự thanh toán tài sản có những nét tương đồng với pháp luật phá sản ngày nay đã xuất hiện trong Bộ Luật Hồng Đức năm 1460, tuy nhiên quy chế này chỉ được áp dụng hạn chế đối với một số quan lại.

## 2. Triết lý của luật phá sản Phương Tây

*Cesio bonorum*: Thanh toán tài sản theo luật La Mã : Vỡ nợ là một hiện tượng cho đến ngày nay vẫn còn gây cảm giác vừa đáng thương, vừa đáng ghét, hổ thẹn và sợ hãi. Tình cảm này có nguồn gốc từ cách nhìn nhận của xã hội đối với những con nợ khánh kiệt, một thái độ tuy đã thay đổi rất đáng kể trong lịch sử Phương Tây. Từ khi La Mã trở thành đế quốc, một thị trường thống nhất trải rộng từ London tới Constantinople (Istanbul ngày nay) đã hình thành. Lệ bẫm xác con nợ thành nhiều mảnh rồi đem chia cho các chủ nợ đã dần được thay thế bởi một luật văn minh hơn. Tài sản của con nợ được thu tóm và phân chia theo một trật tự nhất định- một trình tự thanh toán tài sản tư pháp đã ra đời (*cesio bonorum*). Đôi khi sản nghiệp của người mắc nợ bị thu tóm và thanh lý (*distractio bonorum*), đôi khi người mắc nợ và các chủ nợ thoả hiệp cách thu hồi nợ (*remisio dilatio*)- mầm mống của tái tổ chức và giải thể cưỡng bức đã xuất hiện từ đó.

Banca rotta : Sau khi nền thương mại của người La Mã sụp đổ, thủ tục thanh toán tài sản bị lãng quên cùng với một hệ thống pháp luật vốn đã hoàn chỉnh và phát triển. Người vỡ nợ bị tống giam và đối xử như tội phạm- một hiện tượng còn kéo dài nhiều thập kỷ và chỉ bắt đầu chấm dứt trong thế kỷ 19 theo pháp luật Anh Mỹ. Từ thế kỷ thứ X, nền kinh tế thương mại tái xuất hiện, thương nhân là những người đầu tiên áp dụng lại trình tự thanh toán khi vỡ nợ của người La Mã. Nếu vỡ nợ, thương nhân bị mất nơi bán hàng trên chợ, tài sản bị thu và phân chia cho chủ nợ tương tự như *cesio bonorum*. *Banca rotta*: hình ảnh quây hàng của thương nhân bị thu mất thời Trung Cổ đã trở thành nguồn gốc của chữ phá sản trong nhiều ngôn ngữ Phương Tây (*bankrotte*, *bankruptcy*). Mặc dù luật lệ của thương nhân hoặc được thu nạp từng phần vào thông luật Anh, hoặc được pháp điển hoá trong Bộ luật thương mại Pháp 1807- bộ luật của những người hàng xóm, trình tự phá sản như là luật riêng giữa các thương nhân thời Trung Cổ, trong một thời gian dài, đã không có ảnh hưởng đáng kể đến thói quen xem vỡ nợ như tội phạm ở các nước Phương Tây. So với sự khắc nghiệt của hình phạt đối với người vỡ nợ ở Phương Tây thời kỳ này, tư duy phân chia tài sản trong điều 592 Bộ Luật Hồng Đức năm 1460 của nhà Lê lập lách nhiều điểm tiến bộ và nhân đạo hơn hẳn.

Từ bắt giam tới xoá nợ : Cho đến đầu thế kỷ XX, vỡ nợ vẫn được pháp luật nhiều nước Âu Mỹ xem như một dạng tội phạm, có thể bị trừng phạt tù giam cho tới tử hình. Theo Buchbinder, vào những năm 1820 ở nhiều bang của nước Mỹ, 3 trong số 5 tội phạm bị bắt giam vì tội vỡ nợ. Chủ nợ có thể bắt giữ người mắc nợ vì hai lý do: để cưỡng bách người mắc nợ xuất hiện trước toà án; để cưỡng bách trả nợ. Luật phá sản kế tiếp nhau ra đời từ Tây Ban Nha, Pháp, Đức cho tới Anh quốc, song mục đích trước hết của chúng là bảo vệ lợi ích của chủ nợ và trừng phạt người vỡ nợ. Từ đạo luật Anne năm 1705 của nước Anh, một tư duy mới manh nha xuất hiện: thay vì trừng phạt, pháp luật nước Anh tuyên bố xoá nợ cho con nợ trung thực dưới những điều kiện nhất định. Sau khi đã giao nộp sản nghiệp và hoàn tất thủ tục thanh toán, con nợ được tuyên bố xoá mọi khoản nợ và có thể bắt đầu một sự nghiệp mới. Từ thủ tục phá sản chỉ dành riêng cho thương nhân, pháp luật mở rộng đối tượng áp dụng thủ tục phá sản

cho mọi cá nhân. Cho đến khi các công ty và thuyết về phá sản xuất hiện, luật phá sản cũng được áp dụng cho công ty và những pháp nhân khác. Do lịch sử phát triển đặc thù đó, ở Anh và Mỹ người ta vẫn duy trì các quy định về phá sản cá nhân (hoặc người tiêu dùng) riêng biệt với phá sản công ty, trong khi ở nhiều nước châu Âu pháp luật về phá sản về cơ bản vẫn chỉ áp dụng cho thương nhân. Đối với phá sản cá nhân, pháp luật ngày càng mang tính nhân đạo, nhấn mạnh sự xoá nợ và tạo cơ hội lập thân mới cho người vỡ nợ hoặc định rõ các nguồn thu và tài sản không bị thu gom để thanh toán cho chủ nợ.

Từ phân chia tài sản tới tái tổ chức kinh doanh : Phá sản không chỉ bao gồm trình tự thu hồi tài sản và thanh toán theo một thứ tự nhất định cho các chủ nợ (phát mại tài sản). Ngay từ cổ luật La Mã, thủ tục phá sản còn một khía cạnh thứ hai đáng lưu ý: tạo cơ hội cho người mắc nợ và chủ nợ thoả thuận, tái tổ chức kinh doanh và lập một kế hoạch trả nợ phù hợp. Kế hoạch đó trở nên bắt buộc đối với mọi chủ nợ và người mắc nợ, được giám sát thực hiện bởi toà án và tạo cơ hội cho các chủ nợ thu hồi được một phần hợp lý các khoản nợ của mình. Ngày nay, đối với các doanh nghiệp thua lỗ, luật phá sản không đồng nghĩa với giải thể doanh nghiệp và phát mại sản nghiệp của người mắc nợ, mà còn trở thành một *công cụ tái tổ chức* kinh doanh. Sau khi thủ tục phá sản bắt đầu, mọi khoản nợ đều được ngừng trả, tạo cho người mắc nợ cơ hội ổn định tình hình tài chính, cắt giảm nguồn chi. Chủ nợ dùng ảnh hưởng của mình để thay đổi người quản trị sản nghiệp, tác động tới kế hoạch kinh doanh và trả nợ- bắt đầu một quá trình tái phân bổ và sử dụng nguồn lực một cách hợp lý hơn.

### 3. Tiếp nhận pháp luật phá sản Phương Tây vào Việt Nam

Du nhập pháp luật phá sản thời thuộc Pháp: Sau năm 1864 người Pháp áp dụng Bộ luật thương mại (BLTM) Pháp vào nhượng địa Nam Kỳ; và bắt chấp quy chế tự quản giả hiệu của xứ bảo hộ, sau Hoà ước Giáp Thân 1884 đạo luật này được áp dụng cho cả Bắc Kỳ; sau 1892 vào tất cả các toà án Pháp tại Trung Kỳ. Về lý thuyết, BLTM Pháp chỉ chính thức hết hiệu lực ở miền Nam sau ngày 20/12/1972 khi chính quyền Việt Nam Cộng hoà ban hành Luật thương mại thay thế tình trạng thương luật phiên toái trước đó. Là một phần của thương luật Pháp, pháp luật về phá-sản và thanh toán tư-pháp được áp dụng trực tiếp vào

nước ta, mà không có một thử nghiệm đáng kể nào để chuyển hoá chúng thành tiếng Việt trong suốt một nửa thế kỷ đầu tiên của thời kỳ đô hộ.

Khánh tặn trong BLTM 1942: BLTM Trung phần, (sau đây viết tắt là BLTM TP) ban hành ngày 12/06/1942 theo Dụ số 46 của Bảo Đại là đạo luật thương mại đầu tiên của người Việt Nam, có hiệu lực từ 25/01/1944 và chính thức hết hiệu lực ở miền Nam ngày 20/12/1972. Vay mượn pháp luật phá sản của Pháp, đạo luật này phân tách khánh-tặn và thanh-toán tư-pháp, trong đó hai thuật ngữ phá-sản và khánh-tặn được dùng hầu như đồng nghĩa. Áp dụng cho sự ngưng trả nợ của thương nhân (Điều 180, BLTM TP), người vỡ nợ được xem như tội phạm, cùng với án khánh tặn phải truyền bắt giam người khánh tặn (Điều 189, BLTM TP), kèm theo quy chế khánh tặn là một số tội danh (tội tiểu hình liên quan đến khánh tặn, điều 253-255 BLTM TP). Như vậy quy chế khánh tặn theo BLTM TP không áp dụng cho vỡ nợ dân sự. Kết thúc khánh tặn, đạo luật này chỉ dự liệu một giải pháp duy nhất là phát mại sản nghiệp (điều 224 BLTM TP). Người khánh tặn ngoài việc bị mất quyền quản trị, tài sản bị niêm phong, còn bị tước quyền bầu cử, bị cấm một số hành vi kinh doanh và quản lý, án khánh tặn được ghi vào lý lịch tư pháp của người vỡ nợ (điều 201, BLTM TP).

Thanh toán tư pháp trong BLTM 1942: So với khánh tặn, thanh toán tư pháp là một thủ tục mang tính khoan hồng so với người vỡ nợ ngay tình. Khi lâm vào tình trạng không trả được nợ, con nợ ngay tình có thể nộp đơn yêu cầu thụ lý án thanh toán tư pháp (khánh tặn và thanh toán tư án đều được BLTM TP xem như một vụ án). Theo trình tự này, người mắc nợ được hưởng một vài quy chế giảm nhẹ như sau: không bị bắt giam (điều 240 BLTM TP); không bị mất quyền quản trị, mà được tiếp tục chiếm giữ và quản lý sản nghiệp dưới sự giám sát của kiểm soát viên do toà án ấn định; tiếp tục được hành nghề và thực hiện các hành vi mà toà án cho phép; có thể thoả hiệp với các chủ nợ, toà sẽ ban hành án công nhận thoả hiệp này. Nếu có dấu hiệu gian tình, thủ tục thanh toán tư pháp có thể chuyển thành một vụ án khánh tặn.

Luật thương mại (VNCH) 1972: Để đầy đủ, cần nhắc tới Luật thương mại được chính quyền Việt Nam Cộng hoà ban hành ngày 20/12/1972. Chủ yếu dựa vào mô hình pháp luật phá sản Pháp, ngoài một số cải biên mang tính kỹ thuật,



đạo luật này không có một triết lý mới mẻ đáng kể nào so với BLTH TP 1942. Hai thủ tục khánh tận và thanh toán tư pháp vẫn được duy trì, áp dụng riêng cho thương nhân; tuy nhiên so với BLTM TP 1942, thuật ngữ phá-sản chỉ được dùng cho các tội danh liên quan đến khánh tận. Ra đời trong điều kiện chiến tranh và sự sụp đổ, tan rã toàn diện của Việt Nam Cộng hoà đang tới gần, đạo luật này hầu như chỉ có giá trị sử liệu, mà ít có ảnh hưởng thực tế.

Chuyển đổi kinh tế và pháp luật phá sản: Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, do kiểm soát và định đoạt mọi nguồn lực sản xuất, nhà nước trở thành một xí nghiệp khổng lồ; các đơn vị kinh doanh không có động lực để cạnh tranh, sự tồn tại của chúng được duy trì theo ý chí của nhà nước. Kinh tế bao cấp không cần tới luật phá sản. Dấu hiệu sụp đổ của mô hình này có thể nhận thấy khi các doanh nghiệp “vượt rào”, ngày càng giành lấy nhiều quyền tự chủ trong hoạch định và tổ chức kinh doanh. Cùng với sự gia nhập của đầu tư nước ngoài, sự nói lỏng tự do kinh doanh cho tư nhân, môi trường cạnh tranh tái xuất hiện và trở nên gãy gãy nhanh chóng ngay trên thị trường nội địa- vai trò của nhà nước với tư cách là một chủ đầu tư chịu trách nhiệm hữu hạn trong các doanh nghiệp nhà nước mới dần dần hiện rõ. Khi tự do kinh doanh và cạnh tranh tái xuất hiện, nhu cầu điều tiết vỡ nợ các đơn vị kinh doanh vốn thuộc quyền quản lý của nhà nước mới trở nên cấp bách. Đáng lưu ý: nhu cầu điều chỉnh cấp bách bậc nhất của pháp luật phá sản trong các quốc gia chuyển đổi chính là các doanh nghiệp nhà nước thua lỗ hàng loạt khi bước vào cạnh tranh với một tư thế thiếu năng động so với khu vực kinh tế tư nhân và tư bản nước ngoài. Năm 1986 Trung Quốc ban hành một đạo luật phá sản, chỉ áp dụng riêng cho khối doanh nghiệp nhà nước. Tương tự như vậy, theo lời tư vấn Phương Tây, ở Liên Xô cũ, Trung và Đông Âu, pháp luật phá sản trước hết được dùng như một công cụ tái cơ cấu, giải quyết sự vỡ nợ hàng loạt của các doanh nghiệp nhà nước đang chuyển đổi sang các công ty tư nhân. Công cụ này, như sẽ phân tích dưới đây, đã không được dùng phổ biến.

Luật phá sản doanh nghiệp (LPSDN) 1993 : Luật phá sản doanh nghiệp được Quốc hội thông qua ngày 30.12.1993 và có hiệu lực từ ngày 01.07.1994. Chính phủ ban hành Nghị định số 189/CP ngày 23.12.1994 hướng dẫn thi hành luật

này. Vào thời điểm soạn thảo LPSDN 1993- và cho đến tận ngày nay, doanh nghiệp nhà nước là đối tượng được đặc biệt quan tâm trong chính sách đổi mới. Bởi vậy, dường như LPSDN 1993 được thiết kế với trọng tâm đặt vào việc tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước. Triết lý cơ bản của Luật PSDN 1993 phản ánh tư tưởng và chính sách kinh tế được du nhập từ kinh nghiệm của những nền kinh tế chuyển đổi, chứ chưa phải từ những nền kinh tế thị trường lâu đời. Luật này áp dụng cho doanh nghiệp phá sản trong quá trình kinh doanh, không áp dụng cho cá nhân vỡ nợ dân sự, không tuyên bố xoá nợ, không phân chia tái tổ chức và thanh lý sản nghiệp như là hai sự lựa chọn cơ bản cho chủ nợ và doanh nghiệp mắc nợ. Vì nhiều lý do khác nhau, từ khi được ban hành Luật PSDN 1993 đã rất ít được sử dụng trong thực tế- một đạo luật về cơ bản đã không thành công so với mục tiêu ban đầu.

Vì sao Luật phá sản doanh nghiệp 1993 ít được dùng?

Phá sản doanh nghiệp nhà nước: Nếu xem xét như một công cụ nhằm mục đích tái tổ chức doanh nghiệp nhà nước, Luật PSDN 1993 có những hạn chế của nó, như đã được minh chứng trong các nền kinh tế chuyển đổi. Có thể tóm lược ba nguyên nhân đã làm cho thủ tục phá sản doanh nghiệp nhà nước ít xảy ra ở các nước này như sau:

Phá sản một doanh nghiệp lớn thường đe dọa đổ vỡ dây chuyền và thất nghiệp hàng loạt, uy hiếp trực tiếp tới ổn định tự xã hội. Vì lợi ích chính trị, các cơ quan chủ quản từ trung ương đến địa phương đều né tránh việc doanh nghiệp thuộc quyền quản lý của mình bị thụ lý và tuyên bố phá sản để che lấp dấu hiệu quản lý kinh tế yếu kém. Sự can thiệp của chính trị thường mạnh mẽ hơn cả pháp luật, bởi vậy khi giới hoạch định chính sách dè dặt với phá sản, thì công cụ này ít được dùng.

Trong khi Phương Tây dùng luật phá sản để tạo cơ hội cho chủ nợ can thiệp vào điều hành và tái cơ cấu doanh nghiệp mắc nợ, các chủ nợ trong những nền kinh tế chuyển đổi thường là ngân hàng và các doanh nghiệp nhà nước khác. Một khoản nợ tuy không dễ đòi, song vẫn thuộc sản nghiệp của chủ nợ, vẫn hiện hữu trên bảng kê tài sản. Bởi vậy, chủ nợ có nhiều lý do để tránh yêu cầu toà án thanh lý sản nghiệp của doanh nghiệp mắc nợ.

Do hệ thống tư pháp chưa được chuẩn bị cho chức năng tái cơ cấu doanh nghiệp, phần việc này được thực hiện có hiệu quả hơn bởi các cơ quan hành chính quản lý kinh tế. Quyết định cấp vốn bổ sung, hoãn nợ, xoá nợ, phân tách, sáp nhập, cho thuê, khoán hoặc bán doanh nghiệp cho tư nhân suy cho cùng là những cuộc phẫu thuật giải quyết tình trạng nợ đọng hoặc vỡ nợ tiềm ẩn của doanh nghiệp nhà nước. Khác với Phương Tây, ở những nước có nền kinh tế chuyển đổi những biện pháp này phần lớn không được thực hiện bởi toà án và các chủ nợ, mà bởi sự can thiệp của cơ quan hành chính.

Tóm lại, phá-sản chỉ là một trong vô số phương cách tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước. Chữa trị căn bệnh mất khả năng thanh toán trong điều kiện hệ thống tư pháp, kế toán, kiểm toán và hỗ trợ tư pháp chưa phát triển cần dựa vào những thiết chế và công cụ đã có sẵn trong các nền kinh tế chuyển đổi. Việc vay mượn luật phá sản từ Phương Tây vào nước ta cũng cần được nhìn nhận trong một bối cảnh như vậy.

Phá sản doanh nghiệp dân doanh : Số vụ phá sản doanh nghiệp dân doanh đã được toà thụ lý cho đến nay cũng rất ít, cho thấy hiện tượng vỡ nợ đã được giải quyết bằng vô số phương cách tự phát, mà chưa theo mô hình phá-sản do nhà làm luật thiết kế. Những phương cách đó chắc đã bắt nguồn từ thói quen, văn hoá kinh doanh và truyền thống đối xử của người Việt Nam đối với người vỡ nợ. Có thể nhận thấy một số nguyên nhân dưới đây đã dẫn tới hiện tượng này:

Thứ nhất , vỡ nợ suy cho cùng cũng là một tranh chấp kinh doanh kéo dài, cách giải quyết tranh chấp của thương nhân Việt Nam xưa cũng như nay, phần lớn chưa dựa vào toà án.

Thứ hai , liên kết doanh nghiệp dựa trên quan hệ tạo ra những dây kinh doanh có chức năng dàn xếp mâu thuẫn về lợi ích giữa các thành viên; nâng đỡ, ngăn ngừa vỡ nợ; hoặc nếu vỡ nợ xảy ra những dây kinh doanh này có những cách hành xử riêng; sự chuyển giao tài sản của người vỡ nợ cho các chủ nợ diễn ra trong nội bộ các dây kinh doanh này, ẩn dưới những hợp đồng gán nợ, sang tên, chuyển nhượng.

Thứ ba, do Luật PSDN 1993 không tuyên bố xoá nợ vĩnh viễn đối với chủ doanh nghiệp tư nhân, người/hộ kinh doanh (cá thể), các thành viên hợp danh

trong các doanh nghiệp tư nhân vỡ nợ- bởi vậy những người kinh doanh này không có lợi khi tự nguyện làm đơn yêu cầu tòa tuyên bố phá sản.

Thứ tư, do tính chịu trách nhiệm hữu hạn được tiếp nhận trong các xã hội Phương Đông không giống như Phương Tây, tuyên bố phá sản không mang lại cho thành viên công ty hoặc con nợ lợi ích của sự xoá nợ vĩnh viễn như ở Phương Tây. Thêm nữa, vỡ nợ ẩn chứa nhiều dấu hiệu vi phạm pháp luật hình sự; BLHS 1999 cung cấp vô số tội danh có thể vận dụng để trừng trị người vỡ nợ, người quản trị, điều hành các công ty vỡ nợ. Bởi vậy những người thường này né tránh yêu cầu tuyên bố phá sản tự nguyện.

Thứ năm, do việc thi hành án đến nay vẫn kém hiệu quả, thứ tự ưu tiên thanh toán còn bất lợi cho chủ nợ dân doanh, bởi vậy phá sản bắt buộc doanh nghiệp mắc nợ chưa phải là sự lựa chọn tối ưu đối với nhiều chủ nợ.

Phá sản cá nhân : Cá nhân nếu không tham gia kinh doanh mà vỡ nợ dân sự do vay mượn vì mục đích tiêu dùng, chưa là đối tượng điều chỉnh của pháp luật phá sản hiện hành. Khi nhu cầu tiêu dùng và tín dụng tiêu dùng gia tăng, có thể dự báo nhu cầu thiết lập một trật tự thanh toán nợ văn minh cho những người vỡ nợ dân sự, tránh tình trạng xiết nợ phần có vẻ tùy tiện đã bắt đầu diễn ra ở nước ta.

Nghiệp vụ của tòa án và hệ thống hỗ trợ tư pháp: Nếu nhìn nhận trình tự phá sản là một phương cách tái cơ cấu doanh nghiệp, hiệu quả của phương cách này phụ thuộc một cách đáng kể vào năng lực quản lý tài sản của tòa án, quản tài viên và hệ thống hỗ trợ tư pháp. Trong khi hệ thống tòa đặc tụng thụ lý việc phá sản đã hình thành từ hàng trăm năm nay ở Phương Tây, hệ thống tư pháp nước ta mới đang tập làm quen với chức năng này. Từ triệu tập, chủ trì, điều hành các cuộc họp của chủ nợ, phê duyệt dự án tái cơ cấu, giám sát thực hiện, định giá sản nghiệp, kiểm kê công nợ và phát mại sản nghiệp của con nợ, cho đến thanh toán cho các chủ nợ theo thứ tự ưu tiên - tòa án và hệ thống hỗ trợ tư pháp Việt Nam đang đứng trước những thách thức nghiệp vụ mới lạ trong quản trị kinh doanh. Không chỉ là trừng phạt người vỡ nợ, phá sản trước hết là một cuộc phẫu thuật. Một khi thẩm phán, kiểm toán viên, quản trị viên, luật sư.. chưa tích lũy đủ kỹ năng tối thiểu cho những cuộc phẫu thuật đó, căn bệnh mất

khả năng thanh toán tất yếu sẽ được chữa trị bằng những thể chế và phương cách khác.

Một số nguyên nhân khác: Doanh nhân chỉ sử dụng trình tự phá sản, khi niềm tin vào toà án gia tăng. Chừng nào cơ hội đòi nợ đọng từ doanh nghiệp mắc nợ thông qua thủ tục phá sản còn thấp, thì trình tự phá sản chưa thể hấp dẫn chủ nợ. Trong bối cảnh pháp luật kế toán và kiểm toán mới bắt đầu được xây dựng, kỷ luật khai báo sổ sách trung thực của doanh nhân thấp, hệ thống đăng ký bất động sản sơ khai, các dòng tiền chưa tập trung qua hệ thống ngân hàng, sự hoán đổi nợ thành cổ phần trong doanh nghiệp mắc nợ chưa diễn ra thuận tiện..., trình tự phá-sản chưa thể nhanh chóng trở thành một công cụ hiệu quả bảo vệ lợi ích các chủ nợ.

Đạt mục đích bằng nhiều công cụ khác nhau : Sau hơn mười năm thực hiện không thành công, Luật PSDN 1993 đang được xem xét sửa đổi. Vượt ra khỏi những hạn chế mang tính kỹ thuật lập pháp, tính chưa đồng bộ của các đạo luật tổ tụng và cách triển khai thực hiện đạo luật này, cần xem xét nguyên nhân của sự bất thành này trong khung cảnh của nhiều công cụ tái tổ chức doanh nghiệp thua lỗ. Những bình luận tổng quan ở trên cho phép dự báo vai trò của pháp luật phá sản trong tương lai sẽ không thay đổi đáng kể.

Đối với doanh nghiệp nhà nước, Luật phá sản sẽ vẫn chỉ là một công cụ tái tổ chức yếu ớt; tòa án sẽ không thể mau chóng thay thế các cơ quan hành chính chủ quản trong việc phục hồi doanh nghiệp. Đối với doanh nghiệp dân doanh, chừng nào khái niệm trách nhiệm hữu hạn chưa trở thành phổ biến và cá nhân chủ nợ không được tuyên bố miễn trách, chừng đó các thiết chế đòi nợ tập thể có sẵn trong xã hội Việt Nam sẽ thay thế Luật phá sản.

Xác định tình trạng mất khả năng thanh toán: Mất khả năng thanh toán là dấu hiệu đầu tiên cần được làm rõ bởi pháp luật phá sản. Chỉ khi lâm vào tình trạng này, các thiết chế của tái tổ chức hoặc thanh lý tư pháp mới được áp dụng. Cần làm rõ và lựa chọn một trong hai khái niệm: mất khả năng thanh toán và lâm vào tình trạng phá sản. Tình trạng thua lỗ trầm trọng, kéo dài, không mang tính chất kẹt tiền tức thời này đã phần nào được nhận diện qua các dấu hiệu quy định tại điều 6, Nghị định số 189/CP [1994].

Tuy nhiên, cần nhấn mạnh các dấu hiệu này chỉ để suy đoán doanh nghiệp đang mất khả năng thanh toán, chứ không có ý nghĩa doanh nghiệp đã phá sản, cần phải thu hồi, phát mại và thanh lý sản nghiệp. Vì lý do đó, nhiều nước đã đổi tên luật phá-sản thành luật mất khả năng thanh toán. Thêm nữa, mất khả năng thanh toán thường dựa trên tiêu chí không thanh toán nợ đến hạn (dòng tiền) hoặc tổng nợ vượt quá tài sản có (cân đối tài sản). Muốn áp dụng rộng rãi luật mất khả năng thanh toán như là một biện pháp tái cơ cấu, phải mở rộng và đơn giản hoá đối tượng áp dụng, tránh dùng các tiêu chí khó định lượng. Cách quy định của điều 3 Dự thảo, theo thiên ý của tôi, đã đi đúng xu hướng này.

Tên gọi của đạo luật, theo tôi nên giữ như cũ (Luật phá sản doanh nghiệp) hoặc đổi thành Luật mất khả năng thanh toán. Không nên đổi tên đạo luật thành "Luật phá sản" và chia đối tượng áp dụng thành doanh nghiệp và hợp tác xã, bởi HTX, tuy có vài đặc điểm riêng do tính dân chủ, tương trợ và cộng đồng, song về bản chất vẫn là một loại hình doanh nghiệp, một pháp nhân có thể phá sản.

Phá sản cá nhân và phá sản công ty : Luật PSDN 1993 áp dụng cho "doanh nghiệp", không phân biệt phá sản cá nhân và phá sản công ty, phá sản trong kinh doanh và phá sản của người tiêu dùng. Tuy nhiên đối tượng có thể bị tuyên bố phá sản vẫn có thể bao gồm cá nhân, ví dụ chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp doanh trong các công ty hợp danh. Đối với cá nhân vỡ nợ, cần nhấn mạnh tuyên bố miễn trách/ xoá nợ, tạo cho họ cơ may lập nghiệp mới- một hệ quả đặc biệt mang tính nhân đạo của phá sản cá nhân so với phá sản công ty. Đối với công ty vỡ nợ, cần phân tách sản nghiệp công ty và các thành viên, không nhầm lẫn giữa trách nhiệm của công ty và các thành viên. Điều 94 của Dự thảo có thể nên được xem xét chỉnh sửa theo xu hướng này.

Tài sản phá sản : Toàn bộ sản nghiệp của con nợ sau khi có quyết định thụ lý vụ phá sản của toà án hợp thành một khối, gọi là tài sản phá sản. LPSDN 1993 chưa dùng khái niệm này, mà chỉ dùng khái niệm "tài sản còn lại", song chưa giải nghĩa rõ ràng. Vì sự thiếu rõ ràng đó, cần định nghĩa „tài sản phá sản“ và phân biệt khái niệm này với số tài sản qua phát mại mà thu hồi được để thanh toán cho các chủ nợ theo tứ tự và tỷ lệ ưu tiên.

Quan hệ giữa vụ phá sản và các vụ kiện khác : Theo Điều 39 của Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế, toà án đang giải quyết vụ án kinh tế phải ra quyết định đình chỉ vụ án khi có quyết định mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Trong khi đó, thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản theo LPSDN 1993 không đương nhiên bao gồm những tranh chấp phá sản. Điều này gây thêm khó khăn cho toà án, bởi vậy thẩm phán giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản cần đồng thời có quyền giải quyết các vụ án kinh tế liên quan.

Phá sản là hiện tượng kinh tế khách quan trong nền kinh tế thị trường mà hậu quả của nó là sự xung đột lợi ích của các bên tham gia quan hệ kinh doanh. Phá sản không chỉ là sự xung đột lợi ích giữa con nợ mất khả năng thanh toán với các chủ nợ của nó mà còn dẫn đến sự xung đột với lợi ích của tập thể người lao động làm việc tại cơ sở của con nợ, đến lợi ích chung của xã hội, đến tình hình trật tự trị an tại một địa phương, vùng lãnh thổ nhất định nào đó. Ban hành pháp luật phá sản là mong muốn của nhà làm luật sử dụng những thuộc tính của pháp luật với tư cách là công cụ điều chỉnh các quan hệ xã hội trong điều kiện tồn tại Nhà nước như tính quy phạm, tính bắt buộc chung... nhằm tác động một cách hiệu quả nhất đến quan hệ giữa các chủ thể quan hệ phá sản, giải quyết xung đột lợi ích của các chủ thể đó theo đúng bản chất vốn có của nó. Ngoài ra, việc giải quyết xung đột lợi ích này cũng không thể không tính đến những nhiệm vụ cụ thể đặt ra trước các nhà làm luật ở mỗi quốc gia trong từng thời kỳ phát triển kinh tế của mình.

Như vậy phá sản là hiện tượng bình thường và cần thiết của kinh tế thị trường, còn pháp luật phá sản là sự can thiệp có ý thức của Nhà nước vào hiện tượng này nhằm hạn chế tối đa những hậu quả tiêu cực và khai thác những mặt tích cực của nó. Thông qua pháp luật phá sản, Nhà nước và Tòa án có thể can thiệp vào quá trình hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp với một cách nhìn hiện đại, năng động và hết sức mềm dẻo.

Tiếp theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam ngày 29/12/1987, Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân 1990, Luật Phá sản doanh nghiệp (LPSDN)

1993 được nhìn nhận như là sự tiếp nối logic trong việc thể chế chính sách đổi mới kinh tế của Đảng và Nhà nước ta.

LPSDN 1993 là đạo luật về phá sản đầu tiên của Nhà nước CHXHCN Việt Nam được ban hành trong khoảng thời gian ngắn ngủi khi chúng ta mới bước vào nền kinh tế thị trường. Kinh nghiệm của chúng ta về kinh tế thị trường nói chung và về phá sản nói riêng còn rất hạn chế, ít ỏi. Kinh nghiệm lập pháp về phá sản hoàn toàn không có. Có thể nói LPSDN 1993 được xây dựng chủ yếu dựa trên cơ sở nghiên cứu kinh nghiệm lập pháp của nước ngoài.

Theo báo cáo của Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), kể từ khi LPSDN 1993 có hiệu lực từ tháng 7/1994, đến hết năm 2002, toàn Ngành Tòa án chỉ thụ lý có 151 đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp, trong đó chỉ tuyên bố được 46 doanh nghiệp bị phá sản. Như vậy, bình quân hàng năm Tòa án chỉ thụ lý khoảng 17 đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp. Tính theo tỷ lệ so với tổng số doanh nghiệp thì các doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản chỉ chiếm khoảng 0,02 - 0,05%. So với một số quốc gia khác, ví dụ tại Pháp tỷ lệ này trong năm 1999 là 2,3% (46.000 doanh nghiệp phá sản so với 2 triệu doanh nghiệp đang hoạt động)<sup>1</sup> thì số lượng doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản ở Việt Nam là quá thấp và không phản ánh đúng thực trạng tài chính và hiệu quả hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp.

Theo đánh giá của TANDTC – cơ quan soạn thảo Dự án Luật Phá sản (LPS) 2004 thì nguyên nhân chính của tình hình trên là do những hạn chế của LPSDN 1993. Nội dung của LPSDN 1993 có quá nhiều bất cập. Giữa mục tiêu và giải pháp của luật không có sự nhất quán. Nguyên tắc, mục tiêu trước hết của LPSDN 1993 là khôi phục hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Nhưng LPSDN 1993 chưa tạo được những điều kiện tối đa cho phục hồi doanh nghiệp, mà chỉ tập trung giải quyết hậu quả và thanh lý. Do đó, khó có thể đạt được mục tiêu hỗ trợ doanh nghiệp. Một tồn tại nữa là thiếu thống nhất giữa văn bản luật và các văn bản hướng dẫn, thiếu thống nhất về nguyên tắc xử lý xung đột giữa quy phạm của pháp luật phá sản với quy phạm của các ngành luật khác. Ví dụ điển hình nhất là quy định điều kiện doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. LPSDN 1993 chỉ quy định doanh nghiệp gặp khó khăn hoặc thua lỗ trong



hoạt động kinh doanh sau khi đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà vẫn mất khả năng thanh toán nợ đến hạn; nhưng Nghị định 189/CP hướng dẫn lại bổ sung thêm điều kiện là phải kinh doanh thua lỗ trong 2 năm liên tiếp. Đây là một trong những nguyên nhân khiến cho việc giải quyết thủ tục phá sản đối với nhiều doanh nghiệp trở nên khó khăn, do không đáp ứng được điều kiện về thời gian, mặc dù doanh nghiệp đã hoàn toàn mất khả năng thanh toán nợ đến hạn và sự tồn tại của nó là hoàn toàn không cần thiết.

LPS 2004 ra đời được đánh giá như là một cố gắng mới của các nhà lập pháp nước ta trong việc nâng cao hiệu quả điều chỉnh của pháp luật đối với hiện tượng kinh tế khách quan có vai trò không nhỏ này trong đời sống kinh tế bằng việc khắc phục những hạn chế, bất cập của LPSDN 1993, bổ sung những nội dung mới trên cơ sở tổng kết thực tiễn 9 năm áp dụng LPSDN 1993, tham khảo kinh nghiệm nước ngoài, thể chế hóa chính sách kinh tế của Đảng, Nhà nước ta trong giai đoạn phát triển mới của đất nước.

## I. MỘT SỐ TIẾN BỘ CỦA LPS 2004

### 1. Hoàn thiện khái niệm *phá sản* hay khái niệm *doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản*

Đây là khái niệm cực kỳ quan trọng của pháp luật phá sản. Theo tác giả Nguyễn Tấn Hôn, định nghĩa phá sản “có lẽ là khó nhất đối với các nhà lập pháp”<sup>2</sup>. Tùy thuộc vào định nghĩa này trong pháp luật phá sản của mỗi quốc gia mà sự can thiệp của Nhà nước vào hiện tượng phá sản sớm hay muộn, lập trường của Nhà nước nghiêng về bảo vệ lợi ích của ai nhiều hơn: chủ nợ hay con nợ.

Trong LPSDN 1993 khái niệm này dường như được xây dựng trên cơ sở kết hợp một cách mỹ mãn tiêu chí định lượng và tiêu chí định tính. Tính định lượng thể hiện ở quy định về việc chủ nợ có quyền nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản nếu con nợ không trả nợ sau thời hạn 30 ngày kể từ ngày đòi nợ, quy định về thời hạn 3 tháng nợ lương liên tiếp với người lao động. Tính định tính còn thể hiện ở quy định về những tài liệu cần thiết mà con nợ phải gửi cho Tòa án sau khi Tòa án thụ lý đơn yêu cầu giải quyết tuyên bố phá sản để Tòa án đánh giá tổng số nợ và tổng tài sản của con nợ như danh sách chủ nợ kèm theo số nợ,

báo cáo về tình trạng tài chính, tài sản và khả năng thanh toán nợ của con nợ... Khái niệm phá sản còn phải gắn với lý do khó khăn, thua lỗ trong hoạt động kinh doanh hoặc lý do bất khả kháng. Với khái niệm như vậy, trên thực tế các chủ nợ sẽ không bao giờ thực hiện được quyền nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản đối với con nợ của mình bởi lẽ họ phải chứng minh là con nợ thua lỗ trong hoạt động kinh doanh. Chủ nợ chỉ có thể chứng minh là con nợ đã trễ hạn thực hiện nghĩa vụ thanh toán nợ, còn vì sao con nợ trễ hạn thanh toán – không trả nợ thì chủ nợ có thể không biết mà cũng không cần biết. Những thông tin này thuộc phạm vi bí mật kinh doanh của con nợ và chỉ có thể xác định trên cơ sở sổ sách kế toán của con nợ. Điều này hoàn toàn ngoài khả năng của con nợ.

LPS 2004 (Điều 3) khi đưa ra khái niệm phá sản đã đoạn tuyệt với nguyên nhân khó khăn, thua lỗ trong hoạt động kinh doanh và thời hạn thua lỗ. “Không đủ tiền và tài sản để thanh toán các khoản nợ đến hạn bất luận vì lý do gì mà không thể khắc phục được thì đều được coi là đã lâm vào tình trạng phá sản”<sup>3</sup>. Theo ý kiến của chúng tôi, đây là một bước tiến lớn của pháp luật phá sản nước ta, thể hiện sự can thiệp sớm của Nhà nước vào hiện tượng phá sản. Tính chất nghiêm trọng về hậu quả có tính dây chuyền của hiện tượng phá sản trong đời sống kinh tế đòi hỏi khách quan sự can thiệp sớm của Nhà nước.

## 2. LPS 2004 khẳng định thủ tục phá sản là một thủ tục tư pháp đặc biệt

Một trong những dấu hiệu đặc biệt chính là cấu trúc đặc thù của thủ tục phá sản. Nếu như tố tụng hình sự, tố tụng dân sự là một quá trình hoạt động của Tòa án và những người tham gia tố tụng hình thành từ những giai đoạn nối tiếp nhau, giai đoạn trước là nền tảng cho giai đoạn sau, giai đoạn sau kiểm tra tính hợp pháp, khắc phục những thiếu sót của giai đoạn trước thì thủ tục phá sản là một quá trình hoạt động có cấu trúc hoàn toàn khác. Theo Điều 5 LPS 2004 thủ tục phá sản là một thủ tục lớn bao gồm nhiều thủ tục cấu thành (thủ tục nhỏ) và giữa những thủ tục cấu thành đó có mối liên hệ với nhau theo những nguyên tắc khác nhau. Tính thứ tự, nối tiếp nhau không phải là yếu tố bắt buộc giữa các thủ tục cấu thành. Đây là bước phát triển về lý luận của pháp luật phá sản nước ta.

Luật PSDN 1993 tuy cũng có những quy định về phục hồi hoạt động kinh doanh, thanh lý tài sản của doanh nghiệp nhưng Luật chưa thừa nhận những nội

dung đó là những thủ tục cấu thành độc lập, chưa nhìn nhận được tính đặc thù về mối quan hệ giữa các thủ tục đó. Trong Luật PSDN 1993, phục hồi hoạt động kinh doanh gần như là một hoạt động bắt buộc trước hoạt động thanh lý. Chỉ sau khi phục hồi không thành công – thực hiện kế hoạch tổ chức lại hoạt động kinh doanh không đem lại kết quả, con nợ vi phạm cam kết hoặc Hội nghị chủ nợ không chấp nhận kế hoạch phục hồi hoặc con nợ không có kế hoạch thì lúc đó Tòa án mới có thể quyết định chuyển sang tuyên bố phá sản với con nợ và thanh lý tài sản của nó. Giải quyết mối quan hệ giữa hai thủ tục phục hồi và thanh lý như vậy là cứng nhắc và máy móc. Thực tế cho thấy trong nhiều trường hợp tại thời điểm thụ lý đơn yêu cầu giải quyết tuyên bố phá sản đã có nhiều con nợ ngừng hoạt động, hoàn toàn không còn khả năng phục hồi nhưng do Luật quy định, thẩm phán vẫn phải tuân tực thực hiện các quy định của thủ tục phục hồi. Điều này chỉ làm kéo dài thời gian vô ích, không có ý nghĩa gì cả. Quan điểm của tác giả Nguyễn Tấn Hơ cho rằng thủ tục phá sản là một quá trình bao gồm ba giai đoạn chính yếu:

+ *Giai đoạn thứ nhất*: Giai đoạn điều tra khả năng thanh toán nợ của doanh nghiệp. Trong giai đoạn này nếu con nợ không muốn rơi vào giai đoạn sau thì phải chứng minh cho Tòa án khả năng thanh toán nợ của mình. Nếu Tòa án nhận thấy con nợ không còn khả năng thanh toán nợ đến hạn thì áp dụng ngay giai đoạn tiếp theo.

+ *Giai đoạn thứ hai*: Giai đoạn giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản. Giai đoạn này có nội dung chủ yếu là xây dựng phương án hòa giải, phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Nếu không hòa giải được hoặc phương án hòa giải thực hiện không thành công thì Tòa án chuyển sang giai đoạn tiếp theo.

+ *Giai đoạn thứ ba*: Giai đoạn phá sản và thanh lý tài sản của doanh nghiệp.<sup>4</sup> Cách tiếp cận thủ tục phá sản như là hoạt động bao gồm nhiều giai đoạn nối tiếp nhau như trên vừa không phù hợp về lý luận, vừa không phù hợp với thực tiễn. Mỗi giai đoạn tố tụng có nhiệm vụ riêng của mình nhưng việc giải quyết nhiệm vụ của giai đoạn trước luôn là tiền đề cho việc thực hiện nhiệm vụ của giai đoạn tiếp theo và xét cho cùng là thực hiện nhiệm vụ chung của toàn bộ tiến trình tố tụng. Ví dụ trong tố tụng hình sự giai đoạn điều tra có nhiệm vụ

khác với nhiệm vụ của giai đoạn xét xử sơ thẩm. Đó là nhiệm vụ phát hiện nhanh chóng kịp thời tội phạm và kẻ phạm tội, thu thập đầy đủ các chứng cứ về các tình tiết sự kiện của vụ án. Thực hiện nhiệm vụ của giai đoạn điều tra là cơ sở để thực hiện nhiệm vụ của giai đoạn xét xử sơ thẩm là xét xử đúng người, đúng tội, không làm oan người vô tội. Không giải quyết nhiệm vụ của giai đoạn điều tra thì không thể giải quyết nhiệm vụ của giai đoạn xét xử sơ thẩm và đồng thời cũng không thực hiện được nhiệm vụ chung của tố tụng hình sự.

Trong thủ tục phá sản nhiệm vụ của các thủ tục cấu thành có tính độc lập với nhau rất lớn. Thực hiện nhiệm vụ của thủ tục này không phải lúc nào cũng là tiền đề để thực hiện nhiệm vụ của thủ tục kia. Ví dụ như nhiệm vụ của thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác hẳn với nhiệm vụ của thủ tục thanh lý tài sản và thực hiện nhiệm vụ của thủ tục phục hồi không phải là tiền đề cho thủ tục thanh lý tài sản mà có thể loại trừ sự cần thiết của chính thủ tục thanh lý tài sản doanh nghiệp...

Điểm tiến bộ được ghi nhận trong LPS 2004 chính là những quy định về mối quan hệ đặc thù giữa các thủ tục cấu thành trong thủ tục phá sản. Điều này cho phép Tòa án giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản một cách uyển chuyển tùy thuộc vào những tình huống cụ thể. Tòa án có thể quyết định tuyên bố phá sản với con nợ ngay mà không cần thụ lý đơn yêu cầu tuyên bố phá sản (khoản 1 Điều 87 LPS 2004) hoặc sau khi thụ lý (khoản 2 Điều 87) hoặc khi đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản (Điều 86). Thủ tục phục hồi không còn là một thủ tục bắt buộc trước thủ tục thanh lý tài sản trong tiến trình giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản. Không những thế, khi mà nhiệm vụ của thủ tục này không thể thực hiện được hoặc thực hiện không thành công thì có thể chuyển đổi sang thủ tục thanh lý tài sản ngay (Điều 79, 80).

### 3. LPS 2004 bảo vệ lợi ích của các chủ nợ triệt để hơn

Bản chất của thủ tục phá sản là thủ tục đòi nợ đặc biệt – đòi nợ tập thể của các chủ nợ thông qua việc yêu cầu Tòa án tuyên bố con nợ bị phá sản để thu hồi vốn của mình. Chừng nào cơ hội đòi nợ thông qua thủ tục phá sản còn thấp thì thủ tục đó không thể hấp dẫn các chủ nợ, không thể nhanh chóng trở thành một công cụ hiệu quả bảo vệ lợi ích các chủ nợ.<sup>5</sup>

LPSDN 1993 hạn chế khả năng thu hồi vốn của các chủ nợ. Ví dụ như quy định về nghĩa vụ của chủ nợ phải chứng minh con nợ mất khả năng thanh toán vì thua lỗ trong hoạt động kinh doanh khi nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản, quy định thời hạn hai năm thua lỗ hoặc khó khăn trong kinh doanh như là một yếu tố bắt buộc của khái niệm “lâm vào tình trạng phá sản”, quy định về trình tự phục hồi như là giai đoạn bắt buộc trong mọi trường hợp sau khi có quyết định mở thủ tục giải quyết tuyên bố phá sản... LPS 2004 đã khắc phục những hạn chế đó, mở rộng khả năng đòi nợ của các chủ nợ.

*Thứ nhất* là quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ nợ. Khi thực hiện quyền này chủ nợ không có nghĩa vụ nào ngoài các nghĩa vụ sau:

- + Chứng minh mình là chủ nợ;
- + Chứng minh khoản nợ đã đến hạn thanh toán (xuất hiện quyền đòi nợ);
- + Chứng minh mình đã yêu cầu con nợ thanh toán nợ nhưng con nợ không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ trả nợ của mình.

Như chúng ta thấy, các nghĩa vụ này hoàn toàn trong tầm tay của các chủ nợ.

*Thứ hai* là LPS 2004 đã bổ sung nhiều biện pháp bảo toàn tài sản của con nợ; điều này cũng có nghĩa là mở rộng khả năng thu hồi nợ của các chủ nợ. Từ cổ xưa, pháp luật phá sản đã xác định việc bảo toàn tối đa tài sản của con nợ nhằm bảo vệ lợi ích tài sản của các chủ nợ như là nhiệm vụ trung tâm của thủ tục phá sản. Nhiệm vụ này được quy định đầy đủ hơn trong LPS 2004 so với LPSDN 1993. LPS 2004 đã dành hẳn một chương về những biện pháp bảo toàn tài sản của con nợ với nhiều biện pháp chưa được biết đến trong LPSDN 1993. Cụ thể:

- + Cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp theo yêu cầu của Hội nghị chủ nợ nếu xét thấy người quản lý của doanh nghiệp không có khả năng điều hành hoặc nếu tiếp tục điều hành hoạt động kinh doanh sẽ không có lợi cho việc bảo toàn tài sản của doanh nghiệp (Điều 30);
- + Bù trừ nghĩa vụ (Điều 48);
- + Đình chỉ thi hành án dân sự (Điều 57);
- + Giải quyết vụ án bị đình chỉ trong thủ tục phá sản (Điều 58);
- + Áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời (Điều 55);
- + Đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực (Điều 54);

+ Chủ nợ không có bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu (Điều 44).

## II. MỘT SỐ HẠN CHẾ CỦA LPS 2004

### 1. LPS 2004 chưa làm rõ bản chất của thủ tục phá sản

Thủ tục phá sản là một thủ tục đòi nợ đặc biệt. Tính chất đặc biệt của đó đã được đề cập đến ở phần trên. Về vấn đề này không có nhiều ý kiến khác biệt. Tuy nhiên, về bản chất của thủ tục phá sản nhìn từ góc độ hoạt động của Tòa án thì còn có ý kiến khác nhau. Quan điểm phổ biến hiện nay không nhìn nhận thủ tục phá sản như là một thủ tục mà trong đó hoạt động của Tòa án là hoạt động thực hiện chức năng xét xử. Đây cũng là quan điểm của Ban soạn thảo Luật tổ chức TAND

2002. Nó được thể hiện tại quy định “Tòa án xét xử những vụ án hình sự, dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh tế, hành chính và giải quyết những việc khác theo quy định của pháp luật” (Điều 1). Như vậy, theo quan điểm này thì “xét xử” và “giải quyết” là hai khái niệm khác nhau. Quan điểm này đã được LPSDN 1993 tiếp thu và LPS 2004 tiếp tục kế thừa. Việc phá sản không được thừa nhận như một tranh chấp pháp lý nên hoạt động của Tòa án khi giải quyết phá sản không chịu sự chi phối của những nguyên tắc Hiến định trong hoạt động xét xử của Tòa án. Đây là các nguyên tắc như khi xét xử phải có Hội thẩm nhân dân tham gia, Hội thẩm nhân dân ngang quyền với thẩm phán, nguyên tắc xét xử tập thể và quyết định theo đa số. Nội dung của những nguyên tắc này không thể hiện trong các quy định của LPSDN 1993, LPS 2004. Trong thủ

tục phá sản không có sự hiện diện của Hội thẩm nhân dân và theo Luật thì việc phá sản có thể được giải quyết bởi một thẩm phán. Tuy nhiên, bên cạnh đó Luật quy định quyết định tuyên bố phá sản có thể bị kháng cáo, kháng nghị và quyết định của Tòa án cấp trên là quyết định cuối cùng. Câu hỏi then chốt và có lẽ khó trả lời nhất đối với những người theo quan điểm này là nếu Tòa án không xét xử, chỉ giải quyết việc phá sản thì Tòa án thực hiện chức năng gì trong thủ tục phá sản? Theo Hiến pháp thì Tòa án là cơ quan xét xử (Điều 127).

Vậy phải chăng ngoài chức năng xét xử – chức năng hiến định, Tòa án còn thực hiện các chức năng khác nữa?

Để làm rõ vấn đề này, theo chúng tôi, trước hết phải làm rõ yêu cầu tuyên bố phá sản là gì? Đó có phải là một tranh chấp pháp lý hay không?

Yêu cầu tuyên bố phá sản là một tranh chấp pháp lý. Khi các chủ nợ thực hiện quyền đòi nợ của mình nhưng yêu cầu đó không được đáp ứng từ phía con nợ thì xuất hiện xung đột lợi ích tài sản giữa chủ nợ với con nợ. Xung đột này là xung đột pháp lý, bởi lẽ các quan hệ giữa con nợ và chủ nợ luôn là các quan hệ pháp luật nảy sinh trên cơ sở các hợp đồng khác nhau. Trong quan hệ hợp đồng giữa các bên vừa có sự thống nhất lợi ích vì hợp đồng chỉ có thể giao kết khi các bên đều thấy có lợi, vừa có sự đối lập lợi ích. Lợi ích của bên này phụ thuộc vào sự chấp hành các cam kết của phía bên kia. Sự vi phạm, không chấp hành hoặc chấp hành không đầy đủ nghĩa vụ của một bên đương nhiên ảnh hưởng, vi phạm đến lợi ích của bên đối tác. Để có thể bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình, chủ nợ buộc phải liên hệ đến Tòa án với yêu cầu tuyên bố phá sản con nợ, vì chỉ như vậy chủ nợ mới có thể thu hồi được nợ. Tại thời điểm Tòa án thụ lý yêu cầu giải quyết tuyên bố phá sản là đã tồn tại xung đột hay tranh chấp pháp lý giữa chủ nợ và con nợ. Trường hợp con nợ tự nguyện nộp đơn yêu cầu thì bản chất mối quan hệ giữa con nợ và chủ nợ cũng không thay đổi, bởi lẽ con nợ chỉ nộp đơn khi tự nhận thấy đang ở trong tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn, có nghĩa là con nợ đang trong tình trạng xâm phạm đến lợi ích hợp pháp của các chủ nợ (không trả được nợ đến hạn). Nói một cách khác là chủ nợ và con nợ đang trong tình trạng xung đột lợi ích pháp lý. Còn tại Hội nghị chủ nợ các bên có thể chấp nhận hoặc không chấp nhận kế hoạch tổ chức lại hoạt động kinh doanh của con nợ thì đây cũng là hình thức hòa giải để giải quyết xung đột pháp lý giữa các bên. Điều này cũng giống như hòa giải để giải quyết xung đột pháp lý giữa các bên đương sự để giải quyết tranh chấp trong các thủ tục tư pháp khác. Việc phá sản là một tranh chấp pháp lý. Như vậy bản chất của thủ tục phá sản là thủ tục giải quyết trước hết các xung đột hay tranh chấp lợi ích pháp lý có tính chất tài sản giữa con nợ và chủ nợ.

Còn hoạt động của Tòa án khi giải quyết tranh chấp, xung đột pháp lý đó là gì? Khi có yêu cầu tuyên bố phá sản thì Tòa án phải thụ lý khi người nộp đơn đáp ứng đủ điều kiện theo luật định. Tiếp theo đó Tòa án phải giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản, tức là xem xét yêu cầu đó có chính đáng hay không, nghĩa là có căn cứ và có đúng là con nợ mất khả năng thanh toán hay không? Tòa án phải căn cứ vào các bằng chứng, tài liệu do các bên cung cấp để trả lời câu hỏi đó. Nội dung thứ nhất mà Tòa án phải thực hiện là khẳng định có hay không tình trạng “mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn”. Nếu Tòa án xác định con nợ đã mất khả năng thanh toán thì tùy thuộc từng trường hợp cụ thể Tòa án căn cứ vào các quy định của Luật có thể ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoặc thủ tục thanh lý, tuyên bố con nợ bị phá sản. Hai hoạt động quan trọng trên của Tòa án trong thủ tục phá sản chính là nội dung cốt lõi của khái niệm xét xử. Vậy “hoạt động xét xử” có những đặc trưng gì? Trước hết đó là việc tìm kiếm, xác định và minh định cho sự kiện xảy ra. Và trên cơ sở sự kiện khách quan xảy ra trong mối quan hệ giữa chủ nợ và con nợ, “chủ thể của hoạt động tư pháp phải đưa ra được những đánh giá pháp lý cho các sự kiện đó”<sup>6</sup>. Như vậy, việc phá sản là một tranh chấp pháp lý và giải quyết phá sản là một hình thức thực hiện chức năng xét xử của Tòa án.

Quan niệm này sẽ có thể làm thay đổi nhiều nội dung của thủ tục phá sản theo hướng mở rộng tính công khai, tranh tụng giữa các bên có lợi ích đối lập nhau như là một tiền đề khách quan cần thiết cho các quyết định đúng pháp luật, có căn cứ của Tòa án. Ví dụ, quyết định mở hay không mở thủ tục giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản của Tòa án cần được thực hiện trong hình thức phiên tòa công khai, có sự hiện diện của bên yêu cầu tuyên bố phá sản và bên còn lại (tùy thuộc ai là người đã nộp đơn yêu cầu), có sự tham gia của người bảo vệ quyền lợi hợp pháp của họ, các bên có quyền trình bày ý kiến của mình theo thể thức tranh tụng trước khi Tòa án ra quyết định của mình, v.v..

## 2. Khái niệm phá sản

Mặc dù khái niệm này có sự hoàn thiện hơn so với LPSDN 1993 nhưng vẫn còn hạn chế ở tính thiếu triệt để của nó. Điều 3 LPS 2004 không quy định rõ số nợ và thời gian quá hạn không thực hiện nghĩa vụ thanh toán của con nợ. Vì



vậy về hình thức, con nợ chỉ cần mắc nợ số tiền là 1.000 đồng và quá hạn thanh toán 01 ngày sau khi chủ nợ có đơn yêu cầu đòi nợ cũng có thể bị xem là lâm vào tình trạng phá sản. Điều này có thể dẫn đến sự lạm dụng quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản từ phía các chủ nợ. Kinh nghiệm của một số nước khi xây dựng khái niệm phá sản theo trường phái định lượng thì thường có quy định về số nợ cụ thể, về thời hạn trễ hạn thanh toán nợ từ phía con nợ sau khi chủ nợ có yêu cầu đòi nợ. Ví dụ như Luật Phá sản của Liên bang Nga quy định số nợ không thấp hơn 100.000 rúp với chủ nợ là pháp nhân và 10.000 rúp với chủ nợ là cá nhân. Theo Luật Công ty của Úc chủ nợ có thể yêu cầu Tòa án ra quyết định bắt đầu thủ tục thanh toán tài sản của một công ty vì lý do vỡ nợ nếu công ty đó có một khoản nợ đến hạn ít nhất là AUD \$2000 và công ty không chứng minh được khả năng trả khoản nợ đến hạn đó.<sup>7</sup>

Thuật ngữ “các khoản nợ” trong Điều 3 không được giải thích. Phân tích Điều 37 cho thấy “các khoản nợ” được hiểu là các nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp hình thành từ các hợp đồng dân sự, thương mại và lao động. Còn các khoản nợ thuế, các nghĩa vụ tài sản khác như nghĩa vụ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, nghĩa vụ thanh toán các khoản phạt hành chính... của doanh nghiệp không được đề cập đến. Vậy giải quyết các nghĩa vụ có tính chất tài sản này của doanh nghiệp như thế nào khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản?

### 3. Về các loại chủ nợ

Luật chỉ phân biệt chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ không bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần (Điều 6). Các chủ nợ khác nhau thì có địa vị pháp lý khác nhau trong thủ tục phá sản. Chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ không có bảo đảm có quyền và nghĩa vụ khác nhau trong quá trình tham gia vào thủ tục phá sản. Điều này thấy rõ trong so sánh về quyền và nghĩa vụ giữa chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ không có bảo đảm. Về nguyên tắc, LPS 2004 đã thể hiện tinh thần bảo vệ lợi ích của chủ nợ có bảo đảm triệt để hơn so với chủ nợ không có bảo đảm. Đó là lẽ đương nhiên. Nếu lợi ích của chủ nợ không có bảo đảm không được bảo vệ trong thủ tục phá sản thì bản thân chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của Bộ luật Dân sự sẽ không còn ý nghĩa. Tuy nhiên một số quy định của LPS 2004 không phù hợp với tinh thần chủ đạo đó. Cụ thể, ngay từ khi có quyết định thụ

lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì quyền được thanh toán nợ đến hạn của chủ nợ có bảo đảm đã bị hạn chế – bị tạm đình chỉ cho đến khi có quyết định thanh lý tài sản (Điều 27, Điều 35), trừ trường hợp được Tòa án cho phép. Trong khi đó, các chủ nợ không có bảo đảm vẫn có thể được thanh toán các khoản nợ đến hạn của mình sau khi có quyết định thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Việc thanh toán các khoản nợ không có bảo đảm chỉ bị cấm sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản (Điều 31).

Chủ nợ có khả năng bù trừ nghĩa vụ với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản cũng có lợi thế hơn chủ nợ có bảo đảm. Theo Điều 48 chủ nợ này có quyền thỏa thuận với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản để thực hiện việc bù trừ và không có bất kỳ sự hạn chế nào của Luật, không chịu sự giám sát của thẩm phán. Theo ý kiến của chúng tôi, quy định như vậy là không hợp lý.

Ngoài chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ không có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần còn một loại chủ nợ nữa mà Luật không đề cập đến mặc dù sự hiện diện của loại chủ nợ này trong thủ tục phá sản là hoàn toàn hiện thực và chủ nợ này có những quyền đặc trưng của mình. Đó là chủ nợ mới – chủ nợ xuất hiện trên cơ sở các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản. Luật đề cập đến các khoản nợ mới (Điều 31, điểm e) nhưng Luật lại không nói về chủ nợ mới. Luật thừa nhận sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp vẫn tiến hành bình thường nhưng phải chịu sự giám sát, kiểm tra của Thẩm phán, Tổ quản lý tài sản (Điều 30). Điều này có nghĩa là doanh nghiệp có thể giao kết hợp đồng mới – xuất hiện những chủ nợ mới, các khoản nợ mới. Đây là sự thiếu lôgic và không chặt chẽ của Luật. Về lý thuyết, các chủ nợ mới – khác với các chủ nợ cũ (những chủ nợ xuất hiện trên cơ sở các hợp đồng giao kết trước khi có quyết định mở thủ tục phá sản) luôn có quyền được ưu tiên thanh toán trong mọi trường hợp. Chỉ có như vậy các quy định của Luật về thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp mới có tính khả thi. Nếu không có sự bảo đảm của Luật về quyền ưu tiên thanh toán thì không một chủ nợ nào lại giao kết hợp đồng với một con nợ đã có quyết định mở thủ tục phá sản và mọi cố gắng phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản chỉ là

mong muốn chủ quan của nhà lập pháp mà thôi. Quyền ưu tiên thanh toán của chủ nợ mới cần được thừa nhận trong cả thủ tục thanh lý tài sản.

Một vấn đề được đặt ra: Các chủ nợ mới có quyền tham gia vào danh sách chủ nợ hay không? Câu hỏi này không được trả lời rõ ràng trong Luật. Các chủ nợ có bảo đảm mặc dù có quyền ưu tiên thanh toán nhưng vẫn phải có tên trong danh sách chủ nợ để có quyền đòi nợ, có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ. Theo logic này thì các chủ nợ mới cũng phải có tên trong danh sách chủ nợ. Tuy nhiên yêu cầu này có một số khó khăn. Vấn đề là danh sách chủ nợ được lập trong thời hạn 75 ngày kể từ ngày cuối cùng đăng báo quyết định của Tòa án mở thủ tục phá sản. Sau 13 ngày niêm yết và giải quyết khiếu nại nếu có thì danh sách này được đóng lại. Trong khi đó doanh nghiệp có quyết định mở thủ tục phá sản vẫn tồn tại, vẫn hoạt động kinh doanh, vẫn phải ký kết các giao dịch mới, có các chủ nợ mới và chỉ chấm dứt hoạt động kinh doanh khi có quyết định thanh lý tài sản (Điều 82). Theo chúng tôi, để giải quyết khó khăn này, Luật cần quy định khả năng bổ sung danh sách chủ nợ trong những trường hợp cần thiết.

#### 4. Về giao dịch vô hiệu (Điều 43)

Luật quy định các giao dịch của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản quy định ở khoản 1 Điều 43 được thực hiện trong khoảng thời gian ba tháng trước ngày Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản bị coi là vô hiệu. Nói cách khác là Luật thừa nhận khả năng hồi tố với các loại giao dịch này dù chúng đã thực hiện xong nhằm bảo toàn tài sản của con nợ. Tuy nhiên quy định này của Luật không thể áp dụng cho các giao dịch tương tự thực hiện trong khoảng thời gian từ khi có quyết định thụ lý đến khi có quyết định mở thủ tục phá sản – thời gian này là 30 ngày. Luật chỉ quy định những giao dịch bị cấm hoặc bị hạn chế sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản (Điều 31). Đây là sự sơ hở của LPSDN 1993 mà LPS 2004 vẫn không khắc phục được.

#### 5. Về người bảo lãnh

Khoản 2 Điều 39 quy định trường hợp người bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản thì người được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với người nhận bảo lãnh. Quy định này xung đột với các quy phạm của Bộ luật Dân sự

(BLDS). Theo khoản 2 Điều 4 LPS 2004 thì khi có sự khác nhau giữa quy định của Luật Phá sản và quy định của luật khác về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của Luật Phá sản. Khác nhau có thể hiểu là trái ngược nhau được không? BLDS bảo vệ quyền, lợi ích của chủ nợ có bảo đảm trong mọi trường hợp. Chủ nợ có bảo đảm là chủ nợ mà quyền đòi nợ luôn được bảo đảm bằng chính tài sản bảo đảm. Quy định của khoản 2 Điều 39 LPS 2004 lại biến các chủ nợ có bảo đảm thành các chủ nợ không có bảo đảm. Điều này là một bất lợi lớn cho các chủ nợ có bảo đảm. Hơn thế nữa, quy định này tự nó đã mâu thuẫn với nội dung chủ đạo của LPS 2004 là bảo vệ lợi ích của chủ nợ có bảo đảm trong thủ tục phá sản. Con nợ của chủ nợ có bảo đảm lâm vào tình trạng phá sản thì chủ nợ có bảo đảm có thể tham gia vào thủ tục phá sản để thu hồi nợ và được ưu tiên thanh toán. Còn khi người bảo lãnh của con nợ lâm vào tình trạng phá sản thì chủ nợ có bảo đảm lại không được tham gia vào thủ tục phá sản của người bảo lãnh để thu hồi nợ và chỉ có quyền yêu cầu con nợ – người được bảo lãnh trả nợ cho mình? Logic nào ở đây? Trong mối quan hệ giữa chủ nợ có bảo đảm – người nhận bảo lãnh và người bảo lãnh phải chăng người bảo lãnh không phải là con nợ của chủ nợ có bảo đảm?

Khoản 3 Điều 62 quy định người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ với tư cách là chủ nợ không có bảo đảm. Trường hợp đến thời điểm mở thủ tục phá sản mà người bảo lãnh vẫn chưa thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho con nợ – người được bảo lãnh thì lúc này ai có quyền tham gia vào danh sách chủ nợ và Hội nghị chủ nợ? Chủ nợ có bảo đảm chăng? Câu trả lời ở đây là không. Ở khía cạnh pháp lý và khía cạnh tâm lý không chủ nợ có bảo đảm nào lại muốn tham gia vào thủ tục phá sản con nợ của mình khi đã có người bảo lãnh. Chủ nợ có bảo đảm trong trường hợp này là chủ nợ có bảo đảm bằng tài sản của người bảo lãnh do vậy không có lý do gì để chủ nợ có bảo đảm phải tham gia vào thủ tục phá sản con nợ – người được bảo lãnh. Tham gia vào để làm gì? Vậy người bảo lãnh chăng? Câu trả lời cũng là không vì đơn giản là tại thời điểm mở thủ tục phá sản người bảo lãnh chưa trả nợ thay cho con nợ, chưa được thừa nhận là chủ nợ không có bảo đảm của con nợ – người được bảo lãnh. Không được tham

gia thủ tục phá sản của con nợ – người được bảo lãnh, người bảo lãnh sẽ ở trong tình trạng bất lợi. Một mặt, đối với chủ nợ có bảo đảm, người bảo lãnh vẫn phải thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho người được bảo lãnh, mặt khác sau khi thực hiện nghĩa vụ này người bảo lãnh có thể sẽ không bao giờ thực hiện được quyền yêu cầu người được bảo lãnh trả nợ lại cho mình. Lý do cũng rất đơn giản là người được bảo lãnh lúc đó đã bị tuyên bố phá sản, tài sản đã bị thanh lý, đã bị xóa sổ, chấm dứt tồn tại với tư cách là chủ thể kinh doanh. Đây là vấn đề còn bỏ ngỏ của LPS 2004.

#### 6. Về thủ tục phục hồi

Nội dung của thủ tục phục hồi trong LPS 2004 có nhiều tiến bộ hơn so với LPSDN 1993. Doanh nghiệp muốn hồi phục ngoài ý chí chủ quan của các bên thể hiện trong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cần có những điều kiện cần thiết về khả năng tài chính và có sự khuyến khích của Nhà nước. Một trong những khuyến khích của Nhà nước có thể có ở đây là quy định không tính lãi đối với các khoản nợ khi áp dụng thủ tục phục hồi nhằm giảm nhẹ gánh nặng tài chính cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Tuy nhiên LPS 2004 không áp dụng quy định này ở thủ tục phục hồi mà lại áp dụng ở thủ tục thanh lý (Điều 34). Việc giảm nhẹ khó khăn tài chính cho con nợ như giảm nợ, không tính lãi... hoàn toàn phụ thuộc vào kết quả hòa giải giữa con nợ với các chủ nợ. Nói một cách khác là không có sự hỗ trợ, khuyến khích của Luật đối với thủ tục phục hồi...

Về hậu quả của quyết định công nhận Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh: Theo Điều 72 LPS 2004, 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. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan. Kể từ ngày Nghị quyết có hiệu lực hoạt động của doanh nghiệp bị chi phối bởi phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Doanh nghiệp có nghĩa vụ tuân thủ phương án này và chịu sự giám sát của các chủ nợ và thẩm phán. Một câu hỏi được đặt ra khi Nghị quyết này có hiệu lực thì những điều cấm, hạn chế đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp do Luật định tại Điều 31 có đương nhiên chấm dứt hay không? Luật không quy định cụ thể. Nhưng với suy

luận logic thì câu trả lời ở đây là các điều cấm, hạn chế hoạt động kinh doanh của Điều 31 đương nhiên phải tạm đình chỉ trong thời hạn tối đa là 3 năm – thời hạn thực hiện phương án phục hồi hoặc phải chấm dứt hiệu lực. Mọi hoạt động của doanh nghiệp không phù hợp với phương án phục hồi đã được Hội nghị chủ nợ thông qua và Tòa án công nhận đều là các giao dịch trái pháp luật có thể bị tuyên bố vô hiệu. Vì vậy LPS 2004 cần bổ sung quy định về hậu quả này khi thẩm phán công nhận Nghị quyết về phương án phục hồi của Hội nghị chủ nợ.

#### 7. Về mối quan hệ giữa thanh lý tài sản và tuyên bố phá sản

Theo truyền thống, tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản là tiền đề pháp lý cho việc thanh lý tài sản của nó. Có nghĩa là phải tuyên bố phá sản với doanh nghiệp sau đó mới có lý do để thanh lý tài sản của nó- chuyển hóa khối tài sản thành tiền và thực hiện việc phân chia số tiền thu được theo thứ tự do luật định để bảo đảm sự công bằng. LPSDN 1993 đi theo truyền thống đó. Còn LPS 2004 lại thừa nhận thủ tục thanh lý tài sản là thủ tục độc lập với thủ tục tuyên bố phá sản và đảo lộn thứ tự của chúng. Người ta tiến hành thủ tục thanh lý tài sản của con nợ trước sau đó mới tuyên bố nó bị phá sản. Thẩm phán ra quyết định tuyên bố con nợ bị phá sản đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản (Điều 86). Ở đây có mấy điểm cần bàn.

*Thứ nhất* là việc thanh lý tài sản của con nợ mà thực chất là việc định đoạt tài sản trái với ý chí của con nợ dựa trên cơ sở pháp lý nào? Trong quyết định mở thủ tục thanh lý (Điều 81) chỉ nói về căn cứ của việc áp dụng thủ tục thanh lý – tức là khi nào thẩm phán có thể áp dụng thủ tục này chứ không nói đến lý do, cơ sở vì sao Tòa án có thể định đoạt tài sản của một doanh nghiệp đang tồn tại hợp pháp trái với ý muốn của nó? Chúng ta thử hình dung có thể có tình huống sau trong tổ tụng dân sự được không: người ta bán tài sản của bị đơn trước rồi sau đó mới tuyên bản án xác định nghĩa vụ trả nợ của bị đơn – cơ sở pháp lý và lý do bán tài sản để thi hành bản án? Trong thủ tục giải thể doanh nghiệp cũng có hai nội dung gắn liền nhau giống như thủ tục phá sản là thanh lý tài sản của doanh nghiệp để giải quyết công nợ của nó với các chủ nợ và chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp với tư cách là chủ thể kinh doanh. Trong mối quan hệ giữa hai nội dung này thì thanh lý tài sản là bước sau. Người ta chỉ tiến hành thanh

lý tài sản và thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp sau khi có quyết định giải thể nó. Quyết định giải thể doanh nghiệp chính là cơ sở pháp lý để thanh lý tài sản của nó và thanh toán công nợ của nó với các chủ nợ (Điều 112 Luật Doanh nghiệp 1999). Rõ ràng trình tự như LPS 2004 là không ổn. Trình tự này cho người ta cảm tưởng rằng việc thanh lý tài sản của con nợ là nội dung quan trọng hơn việc tuyên bố phá sản. Trong khi đó về lý luận thì tuyên bố phá sản đối với con nợ là một cách thức pháp lý thu hồi nợ của các chủ nợ. Các chủ nợ thu hồi nợ bằng yêu cầu Tòa án tuyên bố phá sản với con nợ. Tuyên bố con nợ phá sản phải là cái có trước.

*Thứ hai* là với trình tự như vậy thì thủ tục phá sản trở nên rườm rà hơn. Có hai quyết định của Tòa án: quyết định mở thủ tục thanh lý và quyết định tuyên bố phá sản. Cả hai quyết định này đều có thể bị khiếu nại và kháng nghị và đòi hỏi thời gian giải quyết. Nếu chúng ta coi thanh lý tài sản chỉ là một nội dung của thủ tục tuyên bố phá sản, dựa trên quyết định tuyên bố phá sản thì thủ tục phá sản gọn nhẹ hơn và logic hơn. Thanh lý tài sản có thể có hoặc có thể không nhưng tuyên bố phá sản là một trong những mục tiêu chính của thủ tục phá sản (khi không thể phục hồi doanh nghiệp).

### Tài liệu tham khảo

- 1 Nhà Pháp luật Việt – Pháp: *Tài liệu Hội thảo pháp luật về phá sản doanh nghiệp.*
- 2 Nguyễn Tấn Hôn, *Phá sản doanh nghiệp – Một số vấn đề thực tiễn*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội .
- 3 Đặng Văn Thanh, *Dấu hiệu xác định doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp.
- 4 Nguyễn Tấn Hôn, Sđd.
- 6 Đào Trí Úc, *Vị trí, vai trò, đặc trưng và các nguyên tắc của hoạt động tư pháp*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật.
- 7 Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ, *Một số định hướng hoàn thiện pháp luật phá sản*, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.