**MỞ ĐẦU**

Sự phát triển của nền kinh tế thị trường ở Việt Nam đòi hỏi một khung pháp luật kinh tế hoàn chỉnh, trong đó pháp luật về doanh nghiệp có vai trò quan trọng. Luật doanh nghiệp ra đời làm tăng số lượng doanh nghiệp được đăng kí và việc chuyển đổi từ các hộ kinh doanh sang doanh nghiệp đăng kí chính thức theo Luật doanh nghiệp hoặc việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp phù hợp đã trở thành một nhu cầu thực sự.

Tình huống đề bài đưa ra là : “A, B và C thành lập công ty TNHH ABC. Vốn điều lệ của công ty là 2 tỷ đồng, trong đó: A cam kết góp 1 tỷ đồng bằng tiền mặt; B góp một số máy móc, thiết bị với giá trị là 600 triệu đồng; C góp 400 triệu đồng là số tiền cho công ty ABC thuê ngôi nhà tại phố N thành phố H làm trụ sở giao dịch trong thời hạn 5 năm.

Theo Điều lệ công ty: A là giám đốc, B là chủ tịch HĐTV, C là kế toán trưởng của công ty. Điều lệ công ty cũng quy định: " Mọi thành viên đều là người đại diện theo pháp luật của công ty và có quyền nhân danh công ty để ký kết các hợp đồng".

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, các thành viên thực hiện việc góp vốn vào vốn điều lệ của công ty. A góp 500 triệu đồng; số vốn còn lại (500 triệu đồng) các thành viên thỏa thuận A phải góp đủ trước ngày 01/12/2011, nhưng trên thực tế đến ngày 31/12/2011 A vẫn chưa góp đầy đủ số vốn như cam kết. Kết thúc năm tài chính 2011, lợi nhuận sau thuế của công ty là 150 triệu VNĐ. HĐTV quyết định chia hết số lợi nhuận này cho các thành viên, nhưng mức chia cụ thể cho các thành viên thì không có sự thống nhất.

Với lý do A không thực hiện đúng nghĩa vụ góp vốn, trên cương vị Chủ tịch HĐTV, B ra quyết định chia đều số lợi nhuận cho các thành viên, theo đó mỗi thành viên được nhận 50 triệu. A phản đối phương án phân chia lợi nhuận này, vì cho rằng theo tỷ lệ vốn góp, A được nhận 50% lợi nhuận (75 triệu đồng). Do không được công ty giải quyết, A làm đơn yêu cầu công ty cho mình chuyển nhượng toàn bộ phần vốn góp. Tại cuộc họp hội đồng thành viên, A đề nghị chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho B và C, nhưng B và C không đồng ý mua. A đề nghị chuyển nhượng cho T là người quen của A, B và C nhưng B và C không đồng ý”.

Dưới đây là phần giải quyết tình huống liên quan tới Công ty TNHH của nhóm 2

**GIẢI QUYẾT TÌNH HUỐNG**

**1. Người đại diện theo pháp luật của công ty ABC**

Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình doanh nghiệp có tư cách pháp nhân được pháp luật thừa nhận (Luật Doanh nghiệp) và mỗi một doanh nghiệp cần phải có một người đại diện theo pháp luật của công ty. Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là người đứng đầu doanh nghiệp, được doanh nghiệp uỷ quyền, thay mặt doanh nghiệp thực hiện các giao dịch vì lợi ích của doanh nghiệp, với đối tác, khác hàng và với cơ quan Nhà nước. Quyền, nghĩa vụ và chức danh của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp được quy định trong điều lệ doanh nghiệp, các giấy tờ giao dịch phải ghi rõ điều đó.

Công ty ABC nêu trong tình huống trên là công ty TNHH hai thành viên trở lên căn cứ theo Điều 38 luật Doanh nghiệp thì công ty ABC đáp ứng đủ yêu cầu để trở thành công ty TNHH hai thành viên trở lên; Công ty ABC hiện tại có 3 thành viên là A, B và C. Vốn điều lệ của công ty thì A cam kết góp1 tỷ và đã góp 500 triệu; B góp một số máy móc, thiết bị với giá trị là 600 triệu đồng; C góp 400 triệu đồng là số tiền cho công ty ABC thuê ngôi nhà tại phố N thành phố H làm trụ sở giao dịch trong thời hạn 5 năm.

Người đại diện theo pháp luật trước tiên được quy định trong Bộ luật Dân sự, khoản 4 Điều 141 BLDS năm 2005 quy định Đại diện theo pháp luật bao gồm: “4. Người đứng đầu pháp nhân theo quy định của điều lệ pháp nhân hoặc quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền”. Mặt khác, Điều 46 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định cơ cấu tổ chức quản lý công ty TNHH hai thành viên trở lên: “ Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty theo quy định của Điều lệ công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú tại Việt Nam; trường hợp vắng mặt ở Việt Nam trên ba mươi ngày thì phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại Điều lệ của công ty để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty”. Như vậy, theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp thì đại diện theo pháp luật của công ty TNHH hai thành viên trở lên được xác định cụ thể và chỉ có thể là một cá nhân.

Theo tình huống, trong công ty ABC thì A là Giám đốc, B là Chủ tịch HĐTV, còn C là kế toán trưởng. Như vậy, người đại diện theo pháp luật của công ty TNHH ABC phải là một trong hai người có chức vụ Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc giám đốc. Tuy nhiên Điều lệ của công ty này quy định: “Mọi thành viên đều là người đại diện theo pháp luật của công ty và có quyền nhân danh công ty để ký kết các hợp đồng”. Đối chiếu Điều lệ của công ty ABC với các quy định của pháp luật về người dại diện theo pháp luật thì quy định trong điều lệ của công ty ABC là không đúng với quy định pháp luật. Điều khoản này của Điều lệ công ty ABC này vô hiệu vì người đại diện theo pháp luật của công ty TNHH hai thành viên trở lên chỉ có thể là Chủ tịch hội đồng thành  viên hoặc giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Theo đó công ty ABC sẽ cần quy định lại về vấn đề người đại diện theo pháp luật cho đúng với quy định của luật doanh nghiệp 2005.

Như vậy, A hoặc B có thể trở thành người đại diện theo pháp luật của công ty ABC tùy thuộc vào việc quy định lại người đại diện theo pháp luật trong Điều lệ công ty.

**2.     Quyết định của B về việc phân chia lợi nhuận.**

A cam kết góp 1 tỷ đồng tiền mặt vào công ty TNHH ABC nhưng A mới chỉ  góp 500 triệu đồng. Số vốn còn lại (500 triệu đồng) các thành viên thoả thuận A phải góp đủ trước ngày 1/12/2011. Đến ngày 31/12/2011, A vẫn chưa góp đầy đủ số vốn như cam kết. Kết thúc năm tài chính 2011, lợi nhuận sau thuế của công ty là 150 triệu VNĐ. Với lý do A không thực hiện đúng nghĩa vụ góp vốn, nên khi chia lợi nhuận, B – với cương vị Chủ tịch HĐTV ra quyết định chia đều số lợi nhuận cho các thành viên, cụ thể là mỗi thành viên được nhận 50 triệu.

Theo quy định tại điểm d Khoản 1 Điều 41 Luật doanh nghiệp năm 2005 thì thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có quyền: “d) Được chia lợi nhuận tương ứng với phần vốn góp sau khi công ty đã nộp đủ thuế và hoàn thành các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;”. Do vậy, mà với lợi nhuận sau thuế mà công ty có được là 150 triệu VNĐ, cả ba thành viên A, B, C đều được chia lợi nhuận.

Theo khoản 12 Điều 22 Luật doanh nghiệp năm 2005 thì “nguyên tắc phân chia lợi nhuận sau thuế” sẽ được quy định trong Điều lệ công ty. Khoản 2 Điều 49 Luật doanh nghiệp quy định các quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên, trong đó không nêu việc Chủ tịch Hội đồng thành viên được phép phân chia lợi nhuận công ty.  Như vậy, nếu Điều lệ công ty TNHH ABC có quy định về việc Chủ tịch Hội đồng thành viên được phép quyết định mức chia lợi nhuận thì B có thể dùng cương vị này để ra quyết định phân chia lợi nhuận cho các thành viên.

Trong trường hợp B được phép ra quyết định phân chia lợi nhuận cho các thành viên thì quyết định chia đều số lợi nhuận cho các thành viên của B là trái pháp luật.

Theo điểm d khoản 1 Điều 41 Luật doanh nghiệp năm 2005 thì các thành viên “được chia lợi nhuận tương ứng với phần vốn góp”. Đối với trường hợp A chưa góp đủ số vốn cam kết thì Khoản 3 Điều 18 nghị định 102/2010/NĐ – CP của Chính phủ ngày 1/10/2010 hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của luật doanh nghiệp có quy định: “Trong thời hạn chưa góp đủ số vốn theo cam kết, thành viên có số phiếu quyết và được chia lợi tức tương ứng với tỷ lệ số vốn thực góp, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định khác”.

Như vậy, lợi nhuận sẽ được chia theo phần trăm số vốn góp vào công ty trong năm 2011 (1,5 tỷ  đồng) như sau:

• A:  500 triệu chiếm 33,33% tổng số vốn góp năm 2011.

• B: 600 triệu chiếm 40% tổng số vốn góp năm 2011.

• C: 400 triệu chiếm 26,67% tổng số vốn góp năm 2011.

Kết thúc năm tài chính 2011, lợi nhuận sau thuế của công ty là 150 triệu VNĐ. Vậy:

• A nhận được 33,33% của 150 triệu đồng.

• B nhận được 40% của 150 triệu đồng.

• C nhận được 26,67% của 150 triệu đồng.

**3. Việc chuyển nhượng phần vốn góp của A cho T**

Loại hình công ty TNHH khác với các loại hình công ty khác, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn không thể tự do chào bán phần vốn góp của mình trên thị trường, mà chỉ có thể chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác theo quy định của pháp luật. Thành viên muốn chuyển nhượng phần vốn góp của mình, trước hết phải chào bán phần vốn đó cho thành viên của công ty theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện. Nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc mua không hết thì thành viên muốn chuyển mới được chuyển nhượng cho người ngoài không phải là thành viên.

Xét vào tình huống của trên , A cam kết góp 1 tỷ đồng tiền mặt nhưng A chỉ mới góp 500 triệu đồng, số tiền 500 triệu đồng còn lại các thành viên thỏa thuận A phải gốp đủ trước ngày 01/12/2011, tuy nhiên đến ngày 31/12/2011 A vẫn chưa góp đủ số vốn như cam kết. Vì vậy, số tiền 500 triệu đồng chưa góp đủ  trở thành nợ của A đối với công ty ABC. Đối với số tiền 500 triệu đồng A đã góp, A trở thành thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn ABC, do đó A hoàn toàn có đầy đủ các quyền với tư cách là một thành viên của công ty, trong đó có quyền định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách chuyển nhượng, để thừa kế, tặng cho và cách khác theo quy định của pháp luật và điều lệ của công ty (Điểm h Điều 41 Luật doanh nghiệp năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009). Như vậy, trong trường hợp này, A hoàn toàn có quyền chuyển nhượng phần vốn góp của mình.

Theo quy định về mua lại phần vốn góp tại Điều 43 Luật doanh nghiệp 2005 và theo quy định tại Điều 44 Luật doanh nghiệp năm 2005: “Trừ trường hợp quy định tại khoản 6 Điều 45 của Luật này, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác theo quy định sau đây:

1. Phải chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện;

2. Chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày chào bán.”

Khoản 6 Điều 45 quy định: “Trường hợp thành viên sử dụng phần vốn góp để trả nợ thì người nhận thanh toán có quyền sử dụng phần vốn góp đó theo một trong hai cách sau đây:

a) Trở thành thành viên của công ty nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận;

b) Chào bán và chuyển nhượng phần vốn góp đó theo quy định tại Điều 44 của Luật này.”

Theo quy định của Điều luật này thì thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên không được tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình mà phải ưu tiên chuyển nhượng cho các thành viên còn lại. Việc chuyển nhượng phần vốn góp cho các thành viên còn lại có mục đích đảm bảo tính “đóng” của công ty trách nhiệm hữu hạn, tức là hạn chế sự tham gia của người ngoài vào công ty. Vấn đề này có thể được giải thích như sau: trong công ty trách nhiệm hữu hạn, ngoài quan hệ về vốn là chủ yếu còn có các quan hệ giữa các thành viên với nhau về bí quyết, bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ… Để hạn chế việc lộ những vấn đề này ra bên ngoài nên việc tham gia của người ngoài vào công ty là rất hạn chế so với công ty cổ phần. Tuy nhiên, trong trường hợp các thành viên còn lại không mua hoặc không mua hết trong thời hạn 30 ngày thì người chuyển nhượng có quyền chuyển nhượng phần vốn góp đó cho người ngoài. Theo tình huống, tại cuộc họp hội đồng thành viên, A đã đề nghị chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho B và C, như vậy, A đã thực hiện việc ưu tiên chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho các thành viên còn lại trong công ty là B và C, nhưng B và C lại không đồng ý. Do đó, trong thời hạn 30 ngày kể từ thời điểm A chào bán phần vốn góp của mình, nếu B và C vẫn không đồng ý mua thì A có quyền chào bán phần vốn góp đó cho T cho dù có được B và C đồng ý hay không. Nếu trong trường hợp vẫn chưa hết thời hạn 30 ngày này thì A không có quyền chuyển nhượng phần vốn góp đó cho T.

**4.     Nhận xét quy định của Luật Doanh nghiệp và Nghị định 102/2010/NĐ-CP về các vấn đề pháp lý có liên quan đến tình huống trên.**

Trong nền kinh tế thị trường, nhất là với bối cảnh kinh tế – xã hội cụ thể của Việt Nam, việc hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp có thể được coi là một trong những động thái chính, một bước tiên quyết trong việc hoàn thiện pháp luật thương mại. Xuất phát từ vai trò của doanh nghiệp – là những chủ thể kinh doanh thương mại chủ yếu của nền kinh tế, có thể nói, sự ra đời của Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã đáp ứng một số yêu cầu quan trọng của việc hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp. Kể từ khi có Luật Doanh nghiệp 2005, Chính phủ đã ban hành các nghị định hướng dẫn thi hành trong các lĩnh vực cụ thể như đăng ký kinh doanh, vốn pháp định… Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện, ở một số văn bản hướng dẫn vẫn còn một vài vấn đề vướng mắc, gây khó khăn cho các doanh nghiệp và các nhà đầu tư trong việc bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình, trong đó Nghị định 102/2010/NĐ-CP ban hành ngày 01/10/2010 hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp là một trong những ví dụ điển hình. Nghị định 102/2010/NĐ-CP đã giải quyết được hầu hết các vấn đề còn chưa rõ và gây nhiều tranh cãi trong Luật Doanh nghiệp 2005, tuy nhiên, khi nghiên cứu nội dung của Nghị định này, chúng tôi nhận thấy vẫn còn một số quy định mâu thuẫn với Luật Doanh nghiệp 2005, gây khó khăn trong việc lựa chọn luật áp dụng và chưa thực sự phù hợp với đặc thù của từng loại hình doanh nghiệp, cần thiết phải được luận bàn cụ thể hơn.

Quy định Luật Doanh nghiệp 2005 và Nghị định 102/2010/NĐ-CP về các vấn đề pháp lý trong tình huống trên.

-  Vấn đề thực hiện việc góp vốn và các quyền, nghĩa vụ liên quan đến việc góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên:

Theo quy định tại Khoản 1b, Điều 38, Luật Doanh nghiệp “Thành viên chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn cam kết góp vào doanh nghiệp”.

Khoản 2 điều 39 Luật DN quy định: Trường hợp có thành viên không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được coi là khoản nợ của thành viên đó đối với công ty, thành viên đó phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết".

Hai quy định này của Luật Doanh nghiệp 2005 tạo ra một hệ quả pháp lý là: Kể cả trong trường hợp thành viên không góp đủ vốn thì thành viên vẫn phải chịu trách nhiệm trong phạm vi số vốn đã cam kết góp. Ngoài ra giả sử thành viên không góp đủ vốn đúng hạn thì số vốn chưa góp vẫn được coi là nợ của thành viên đối với công ty. Như vậy, trách nhiệm của thành viên không giới hạn trong phạm vi số vốn đã thực góp mà được giới hạn bởi phạm vi số vốn cam kết góp nên về nguyên tắc quyền lợi của thành viên cũng phải được tính toán dựa trên số vốn cam kết góp mới đảm bảo tính công bằng và hợp lý. Do đó, nếu thành viên chưa góp đủ vốn theo cam kết góp mà phần góp thiếu chưa được góp thay thì thành viên được phân chia lợi nhuận và biểu quyết theo số vốn cam kết góp. Chẳng hạn: Ông A cam kết góp 1 tỷ đồng, nhưng sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp ông mới chỉ góp 500 triệu, phần còn lại các thành viên thỏa thuận A phải góp đủ trước ngày 01/12/2011. Như vậy, trong  Điều lệ của công ty vẫn ghi nhận ông A góp 1 tỷ đồng, mặc dù thực tế ông A mới góp 500 triệu. Khi Điều lệ đã ghi  nhận phần vốn cam kết góp, trách nhiệm của thành viên cam kết góp vốn (ông A) đối với các khoản nợ của doanh nghiệp trong quá trình thực hiện các hoạt động kinh doanh sẽ được giới hạn trong phạm vi vốn đã cam kết góp là 1 tỷ đồng. Song song với trách nhiệm của thành viên như đã nêu ở trên, quyền hưởng lợi nhuận và quyền biểu quyết của thành viên cũng được Luật Doanh nghiệp quy định tại điểm d Khoản 1, Điều 41:“Được chia lợi nhuận tương ứng với phần vốn góp sau khi công ty đã nộp đủ thuế và hoàn thành các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật” và thành viên “có số phiếu biểu quyết tương ứng với phần vốn góp”.

Trái ngược với tinh thần của Luật Doanh nghiệp, Điều 18, khoản 3, Nghị định 102/2010/NĐ-CP đã quy định: “Trong thời hạn chưa góp đủ số vốn theo cam kết, thành viên có số phiếu biểu quyết và được chia lợi tức tương ứng với tỷ lệ số vốn thực góp, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định khác”. Như vậy, Nghị định 102/2010/NĐ-CP đã khẳng định, nếu thành viên chưa góp đủ phần vốn đã cam kết thì khi chia lợi nhuận chỉ được hưởng phần lợi nhuận và có số phiếu biểu quyết tương ứng với số vốn đã thực góp. Trong khi đó, Nghị định này không đề cập tới trách nhiệm của thành viên góp vốn trong công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên, vì thế, về vấn đề trách nhiệm của thành viên sẽ được giới hạn trong phạm vi phần vốn cam kết góp theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

Ngoài ra Nghị định này còn quy định thời hạn góp vốn của công ty, theo đó thời hạn góp vốn được giới hạn trong vòng 36 tháng kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng kí doanh nghiệp hoặc giấy chứng nhận đăng kí bổ xung thay đổi thành viên nhằm nâng coa ý thức của thành viên trong vấn đề góp vốn, tuy nhiên vấn đề này cần phải xem xét vì luật doanh nghiệp không hề  có quy định khống chế thời hạn góp vốn.

Tuy nhiên với vấn đề vốn góp, chúng ta cần chú ý tới khoản 3 điều 39 của Luật DN quy định: Sau thời hạn cam kết lần cuối mà vẫn có thành viên chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được xử lí theo một trong các cách sau đây:

a) Một hoặc một số thành viên nhận  góp đủ số vốn chưa góp;

b) Huy động người khác cùng góp vốn vào công ty

c) Các thành viên còn lại góp đủ số vốn chưa góp theo tỉ lệ phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ của công ty.

Tuy nhiên phần biện pháp chế tài lại ghi: Sau khi số vốn còn lại chưa được góp đủ theo quy định tại khoản

này, thành viên chưa góp vốn theo cam kết đương nhiên không còn là thành viên của công ty và công ty phải đăng kí thay đổi nội dung đăng kí kinh doanh theo quy định của pháp luật.

Việc quy định như trên của luật dn khiến cho nhiều người nhầm tưởng rằng nếu thành viên chưa góp đủ( đã thực góp nhưng chưa đủ)số vốn đã cam kết thì đương nhiên không còn là thành viên của công ty, nhưng trên thực tế thì chỉ có các thành viên chưa góp vốn đã cam kết mới chịu chế tài này.

Với cách quy định như trên thực sự đã có sự “khập khiễng” giữa cơ chế xác định quyền và nghĩa vụ của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên. Cụ thể, trách nhiệm đối với các khoản nợ của công ty giới hạn trong một phạm vi rộng – phạm vi phần vốn đã cam kết góp và vốn Điều lệ, nhưng quyền lợi (bao gồm quyền hưởng lợi nhuận và quyền biểu quyết) thì hạn chế hơn, chỉ được tính trong phạm vi phần vốn mà thành viên đã thực góp.

Một cách công bằng, bình đẳng và hợp lý nhất, việc phân chia lợi nhuận, quyền lực và rủi ro trong một loại hình doanh nghiệp phải được xác định trên cùng một tiêu chí.  Luật Doanh nghiệp 2005 đã làm được điều này khi quy định về tiêu chí để xác định lợi nhuận, quyền lực và rủi ro chỉ là dựa trên cơ sở phần vốn cam kết. Trong khi đó, Nghị định 102/2010/NĐ-CP lại lựa chọn đến hai tiêu chí để phân chia những mục tiêu mà các nhà đầu tư hướng tới, cụ thể là tiêu chí phân chia quyền lực (biểu quyết) và lợi nhuận dựa trên cơ sở phần vốn thực góp; tiêu chí phân chia rủi ro lại trên cơ sở phần vốn cam kết góp. Hậu quả của quy định này trong Nghị định 102/2010/NĐ-CP đã tạo ra sự bất hợp lý trong việc xác định quyền lợi và trách nhiệm của nhà đầu tư, từ đó đã gián tiếp triệt tiêu sự tự do trong việc lựa chọn cách thức góp vốn của các nhà đầu tư vào công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên. Một thực tế là, đứng trước quy định này, nhận thấy trách nhiệm quá lớn mà quyền lợi thì hạn hẹp, nhà đầu tư sẽ không tiếp tục lựa chọn việc cam kết góp vốn, mặc dù hành vi cam kết góp vốn, nếu được điều chỉnh theo tinh thần của Luật Doanh nghiệp 2005 thực sự sẽ mang lại những lợi ích nhất định đối với cả nhà đầu tư và đối với doanh nghiệp. Do đó, chúng ta cần phải tiếp tục nghiên cứu để sửa đổi các quy định trong Nghị định 102/2010/NĐ-CP mâu thuẫn với Luật Doanh nghiệp, đồng thời cũng phải tính đến vấn đề sửa đổi một số quy định bất hợp lý của Luật Doanh nghiệp nhằm đạt được mục tiêu phát triển kinh tế xã hội của Việt Nam.

Nghị định 102/2010/NĐ-CP không có quy định cụ thể về vấn đề pháp lí người đại diện theo pháp luật của công ty và vấn đề chuyển nhượng phần vốn góp của các thành viên trong công ty. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp 2005 đã có quy định về vấn đề này:

Về vấn đề người đại diện theo pháp luật của công ty TNHH ABC, theo Điều lệ của công ty quy định: "Mọi thành viên đều là người đại diện theo pháp luật của công ty và có quyền nhân danh công ty để ký kết các hợp đồng". Nhưng theo luật Doanh nghiệp 2005 quy định: Người đại diện theo pháp luật của công ty TNHH có 2 thành viên trở lên là chủ tịch HĐTV(Chủ tịch HĐTV đương nhiên phải là thành viên công ty) hoặc Giám đốc (tổng giám đốc) (Giám đốc (Tổng GĐ) có thể là thành viên công ty, cũng có thể là người được HĐTV thuê làm Giám đốc, Người đại diện theo Pháp luật). Tuy nhiên, luật Doanh nghiệp 2005 có lẽ cũng cần bổ sung điều khoản quy định rõ về người đại diện theo pháp luật, thay vì chỉ xác định ai là người đại diện và tiêu chuẩn và điều kiện làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc .v.v. như hiện nay. Theo cách tiếp cận khác, luật công ty tại nhiều nước không có chức danh người đại diện theo pháp luật như của Việt Nam. Quyền hạn và trách nhiệm của người đại diện theo pháp luật được trao cho một ban giám đốc hoặc ban quản trị, trong đó từng giám đốc có quyền đại diện cho công ty về những vấn đề trong phạm vi quyền hạn của họ. Vì thế khi làm việc với các Công ty nước ngoài, ta thường thấy họ giới thiệu nhiều chức danh Giám đốc (CEO) như Giám đốc Tài chính, Giám đốc nhân sự, Giám đốc Marketing, Giám đốc bán hàng .v.v. Quy định như vậy có vẻ vừa sức hơn, đủ điều kiện để các Giám đốc thi thố tài năng cũng như giám sát họ cũng dễ dàng hơn, không bị lệ thuộc quá nhiều vào một người .v.v..

Về vấn đề chuyển nhượng phần vốn góp, Theo Điều 44. Chuyển nhượng phần vốn góp.Trừ trường hợp quy định tại khoản 6 Điều 45 của Luật này, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác theo quy định sau đây:

1. Phải chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện;

2. Chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày chào bán”

Như vậy, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn không được quyền tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình mà phải ưu tiên chuyển nhượng cho các thành viên còn lại. Việc chuyển nhượng phần vốn góp cho các thành viên còn lại có mục đích đảm bảo tính “đóng” của công ty trách nhiệm hữu hạn. Ngoài quan hệ về vốn là chủ yếu, công ty trách nhiệm hữu hạn còn có quan hệ giữa các thành viên với nhau về bí quyết, bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ … cho nên việc tham gia của người ngoài công ty bị hạn chế rất nhiều so với công ty cổ phần.

Có thể thấy, Luật Doanh nghiệp 2005 và nghị định 102/2010/NĐ-CP đã có những quy định khá hợp lí đối với loại hình công ty TNHH 2 thành viên trở lên này, tuy nhiên vẫn gặp phải không ít vướng mắc. Đặc biệt là sự mâu thuẫn giữa luật và nghị định trong vấn đề góp vốn. Do đó, cần có những sửa đổi và bổ sung hợp lí, kịp thời nhằm phát triển loại hình công ty này ở nước ta.