



Quyền tự do kinh doanh: Tương thích và bất cập

30/04/2016 3:51:37 CH

LS. Lê Bích Trâm - LS. Châu Huy Quang (*)



(TBKTSG) - Pháp luật Việt Nam có bước phát triển quan trọng khi ghi nhận quyền tự do kinh doanh trong Hiến pháp 2013, trong bối cảnh Việt Nam tham gia đàm phán, ký kết các hiệp định về thương mại với các nước và khu vực. Sự tương quan giữa khung pháp lý nội địa với các cam kết quốc tế, việc thực thi quyền tự do kinh doanh (TDKD) vẫn là một vấn đề cần hoàn thiện.

Theo Nghị quyết 19/NQ-CP ngày 12-3-2015, Chính phủ chỉ đạo rút ngắn thời gian thực hiện các thủ tục cấp phép kinh doanh cho doanh nghiệp tối đa chỉ sáu ngày. Nhưng theo thống kê gần đây của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, hiện tồn tại đến 5.826 điều kiện đầu tư kinh doanh, áp dụng đối với 267 ngành, nghề đầu tư

kinh doanh có điều kiện. 50% số này được ban hành không đúng thẩm quyền.

Liên quan câu chuyện "kinh doanh trái phép" của ông Nguyễn Văn Tấn đang làm nóng dư luận suốt tuần rồi, ngay cả trong trường hợp các cơ quan tư pháp của huyện Bình Chánh công tâm khởi tố đúng người, đúng tội danh, xét cả yếu tố chủ quan, khách quan, có lẽ lỗi ngay tình không hẳn của riêng ông Tấn, mà còn lỗi của cả một "hệ thống" cấp phép, đăng ký kinh doanh. Theo thông tin báo chí đăng tải, nếu tính từ tháng 8-2015 đến khi bị khởi tố, thì hơn tám tháng sau kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, ông chủ doanh nghiệp nhỏ này vẫn chưa thể tiến hành kinh doanh, vì chưa có giấy phép chính, giấy phép con để khởi nghiệp ở quy mô nhỏ.

Tự do kinh doanh là quyền Hiến định

Quyền TDKD lần đầu tiên được ghi nhận chính thức tại điều 57, Hiến pháp 1992. Kế thừa tinh thần đó, điều 33 Hiến pháp 2013 khẳng định người dân có quyền TDKD trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm. Cụ thể hóa, Luật Doanh nghiệp 2014 (LDN) và Luật Đầu tư 2014 (LĐT) khẳng định doanh nghiệp có quyền tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà luật không cấm.

Quyền TDKD về cơ bản được cụ thể hóa qua một số quyền như quyền tự do thành lập doanh nghiệp, lựa chọn ngành nghề kinh doanh, quyền tiếp cận thị trường, quyền bình đẳng, tự do cạnh tranh lành mạnh, quyền được đảm bảo sở hữu tài sản của doanh nghiệp.

Kể từ thập niên 90 của thế kỷ trước, Việt Nam đã ký nhiều hiệp định song phương. Tuy nhiên, các hiệp định thường có phạm vi bảo hộ hẹp, chỉ áp dụng cho các hoạt động đầu tư trực tiếp, không bao gồm hoạt động đầu tư gián tiếp. Đến thế hệ các hiệp định FTA, đặc biệt là hiệp định TPP, phạm vi cam kết đa phương rộng hơn với các yêu cầu mở cửa thị trường, bao gồm các quy định đối xử quốc

gia, đối xử tối huệ quốc, các chuẩn mực đối xử tối thiểu, các nguyên tắc về thể quyền, cơ chế bồi thường đầu tư, cơ chế giải quyết tranh chấp.

Tinh thần chung của TPP theo nguyên tắc "chọn bỏ", nhằm mở rộng và thực thi quyền TDKD toàn diện, đầy đủ hơn cho nhà đầu tư giữa các nước thành viên.

Mục tiêu LDN và LĐT là đơn giản hóa điều kiện, thủ tục cấp phép, dỡ bỏ hàng loạt hạn chế, bất cập của quy định cũ, mở rộng các nhóm quyền tự quyết của doanh nghiệp.

LDN hiện nay gia tăng các quyền của doanh nghiệp, bao gồm điều tiết nguồn vốn trong kinh doanh, tăng giảm vốn điều lệ, quyền tự do biểu quyết, một doanh nghiệp có nhiều hơn một chức danh giám đốc, quyền được giữ chức danh giám đốc đồng thời cho nhiều doanh nghiệp, quyền tự khắc và quản lý con dấu. Nhà đầu tư nước ngoài có quyền lựa chọn phương thức bảo hộ, giải quyết các tranh chấp đầu tư ngoài hệ thống cơ quan tư pháp tòa án của một quốc gia, như được chọn cơ chế giải quyết theo trọng tài thương mại quốc tế, cơ chế giải quyết tranh chấp bảo hộ đầu tư (ISCID)..

Bộ luật Hình sự mới (Số 100/2015/QH13) cũng đã bỏ tội danh kinh doanh trái phép. Nhà nước chủ trương tránh hình sự hóa các quan hệ kinh tế - dân sự, tôn trọng và bảo đảm nguyên tắc người dân, doanh nghiệp được kinh doanh những gì mà pháp luật không cấm. Thực tế, khi áp dụng Điều 159, BLHS 1999, rủi ro pháp lý có thể xảy ra cho bất kỳ chủ doanh nghiệp kinh doanh đa năng, đa ngành nào, vì nguy cơ dễ bị "xét nét" và đối mặt tội danh kinh doanh không có đăng ký hoặc kinh doanh không đúng nội dung đã đăng ký.

Quy định đăng ký ngành nghề kinh doanh liệu đã tương thích?

Qua gần một năm thực thi LDN, LĐT 2014 (hiệu lực từ 1-7-2015), danh mục ngành nghề cấm kinh doanh hay kinh doanh có điều kiện vẫn còn khá nhiều điểm chưa tương thích các nguyên tắc cam kết tại các hiệp định như TPP, FTA.

Ngay từ khâu đăng ký kinh doanh, nhà đầu tư có thể vấp phải rào cản thủ tục mã hóa ngành nghề dựa vào Hệ thống ngành kinh tế của Việt Nam.

Hiện quy định hệ thống mã số ngành căn cứ theo Quyết định 10/2007/QĐ-TTg ngày 23-1-2007 của Thủ tướng Chính phủ và Biểu cam kết thương mại dịch vụ của Việt Nam trong Tổ chức Thương mại Thế giới ("Cam kết WTO"). Nghị định 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp tại điều 7.5 quy định đối với những ngành, nghề kinh doanh không có trong hệ thống ngành kinh tế của Việt Nam, cơ quan đăng ký kinh doanh xem xét ghi nhận ngành, nghề kinh doanh này vào cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp nếu không thuộc ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh.

Tuy vậy, không ít nhà đầu tư gặp khó khăn nếu chọn kinh doanh những ngành nghề không thuộc danh mục ban hành. Yêu cầu "mã hóa" ngành nghề kinh doanh tương thích với hệ thống ngành kinh tế của Việt Nam là một cản trở đối với doanh nghiệp khi mở rộng đầu tư theo nhu cầu của mình.

Nếu LDN đã ghi nhận quyền TDKD trong những ngành, nghề mà luật không cấm, việc quy định tương tự như yêu cầu đăng ký ngành nghề tương thích với quy định Hệ thống ngành kinh tế của Việt Nam (áp dụng từ năm 2007) có lẽ không còn tương thích.

Tại một số nước thành viên khác của TPP như Malaysia, Singapore, thủ tục đăng ký kinh doanh được tối giản, thực hiện qua các kênh trực tuyến. Giấy chứng nhận thành lập do Cơ quan Đăng ký doanh nghiệp của Singapore (Certificate of Incorporation) cấp chỉ nhằm ghi nhận việc thành lập công ty với dung lượng thông tin trong phạm vi một trang giấy A4 mà không phải liệt kê áp mã ngành nghề. Nhiều quốc gia thành viên TPP như Úc hay New Zealand từ lâu cũng đơn giản hóa thủ tục cấp phép. Họ không yêu cầu phải ghi thông tin mục đích và phạm vi hoạt động kinh doanh, bao gồm cả thông tin về người đại diện và vốn đầu tư trên giấy chứng nhận thành lập. Việc này giúp doanh nghiệp có thể tự do rút gọn hoặc mở rộng ngành nghề kinh doanh, không phụ thuộc vào thủ tục sửa đổi giấy chứng nhận thành lập doanh nghiệp như cách áp dụng hiện tại của ta.

Điều kiện đầu tư kinh doanh theo cam kết quốc tế

Ngoài nguyên tắc "chọn bỏ" đã đề cập ở trên, để tạo thuận lợi cho doanh nghiệp, Hiệp định TPP dành riêng một chương định hướng loại bỏ các rào cản kỹ thuật không cần thiết đối với thương mại. Cũng theo yêu cầu về đầu tư, điều 9.9 của TPP quy định, về nguyên tắc, trong trường hợp thành lập, mua lại, mở rộng, điều hành, triển khai, vận hành, kinh doanh hoặc các hình thức chuyển nhượng dự án đầu tư mà nhà đầu tư của bên tham gia hoặc không tham gia hiệp định thực hiện trong lãnh thổ của mình, không thành viên nào có quyền đặt ra hoặc đưa vào áp dụng các yêu cầu, hoặc có quyền ban hành cam kết riêng lẻ.

Pháp luật kinh doanh của Việt Nam chưa sát với lộ trình hội nhập

Đơn cử là ngành nghề đại lý vận tải hàng hóa - logistics, theo cam kết WTO. Từ 1-1-2014, các nhà đầu tư nước ngoài được thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài đối với ngành nghề này. Tuy nhiên, Nghị định 140/2007 liên quan lĩnh vực này, được áp dụng gần 10 năm qua, vẫn yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài phải thành lập liên doanh với nhà đầu tư Việt Nam. Mặc dù yêu cầu về tỷ lệ sở hữu vốn đối với bên nước ngoài trong liên doanh là không hạn chế, có thể đạt 99,9%. Điều này gây ra việc áp dụng pháp luật khác nhau tại nhiều địa phương, không hiệu quả gì về kinh tế, lại gây trở ngại cho nhà đầu tư.

Đối với các ngành dịch vụ chưa cam kết, về nguyên tắc nhà đầu tư phải xin ý kiến của Chính phủ, cơ quan chuyên ngành, để xem xét quyết định. Dưới góc độ của nhà đầu tư, việc đưa ra một quyết định đầu tư kinh doanh trong trường hợp tương tự là khó khăn, vì việc cấp phép dựa trên cơ chế "xin-cho" theo sự vụ.

Theo quy định tại chương 9 của TPP, thì sau khi hiệp định này có hiệu lực, Việt Nam sẽ mở cửa đối với tất cả ngành nghề, ngoại trừ một số ngành cam kết tại phụ lục 1 và 2 của hiệp định này. Tuy nhiên, LĐT vừa ban hành năm 2014 vẫn kèm theo một phụ lục khá lớn các ngành nghề được phân loại thuộc "ngành nghề kinh doanh có điều kiện", trong đó bao gồm nhiều ngành mà Việt Nam đã cam kết mở cửa theo TPP.

Theo lộ trình, Hiệp định TPP cần thời gian hai năm để các nước thành viên phê chuẩn hiệu lực. Tuy nhiên việc rà soát, xây dựng hành lang pháp luật kinh doanh có lẽ phải bắt đầu từ bây giờ. Quá trình rà soát, ban hành và công bố danh mục "ngành nghề kinh doanh có điều kiện" được tiến hành khá chậm. Cho đến nay, chưa có văn bản từ nghị định trở xuống quy định thống nhất về danh mục

“ngành nghề kinh doanh có điều kiện” cũng như các điều kiện đầu tư kinh doanh, trong khi thời hạn bãi bỏ điều kiện đầu tư kinh doanh tại các thông tư là ngày 1-7-2016 đã đến gần. Do đó, các điều kiện đầu tư kinh doanh trong các văn bản dưới luật vẫn là quan ngại của doanh nghiệp.

Giải phóng quyền tự do kinh doanh đến đâu

Do đặc thù phát triển mỗi nước khác nhau, mỗi quốc gia có những quan tâm khác nhau, trình độ phát triển kinh tế-xã hội khác nhau, nên luật pháp luôn có độ vênh nhất định. Tuy nhiên, một khi chọn hội nhập, hệ thống pháp luật nội địa buộc phải tương thích với các cam kết, điều ước, hiệp định thương mại quốc tế.

Việt Nam tiếp tục phải tháo dỡ các rào cản từ khung pháp lý đến thể chế. Chính phủ, bộ ban ngành cần quyết liệt hơn cho “khai tử” hệ thống giấy phép con, giảm mệnh lệnh hành chính ảnh hưởng đến quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp.

Đảm bảo quyền tự do kinh doanh thực chất là yêu cầu giải phóng năng lực cho doanh nghiệp trong môi trường đầu tư đòi hỏi có hệ thống chính sách để tiếp cận, thân thiện, nhất quán và minh bạch. Giải phóng quyền này thành công hay không, phần lớn phụ thuộc vào quyết tâm của Việt Nam thực hiện triệt để đến đâu phương châm không mới “Công dân được làm những gì pháp luật không cấm, viên chức chỉ được làm những gì pháp luật cho phép”. Có như vậy, doanh nghiệp, người dân mới có thể tin rằng những quyết định “hình sự hóa” như vụ việc ông Nguyễn Văn Tấn, sẽ sớm thành “án lệ xấu”, để không bao giờ có cơ hội lặp lại.

() Hãng luật Rajah & Tann LCT Lawyers; Trọng tài Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC).*