NHỮNG BẤT CẬP VÀ RÀO CẢN TỪ THỦ TỤC ĐĂNG KÍ KINH DOANH HIỆN NAY CẦN ĐƯỢC LOẠI BỎ TRONG LUẬT DOANH NGHIỆP MỚI

Luật sư Trần Thanh Huyền
Văn phòng luật sư NHQuang & Cộng sự

Đơn giản và minh bạch các thủ tục hành chính sẽ giúp doanh nghiệp giảm chi phí gia nhập thị trường và quan trọng hơn sẽ tạo niềm tin từ các nhà đầu tư vào một hệ thống hành chính chuyên nghiệp và có trách nhiệm. Các quy định pháp luật được thống nhất giải thích và áp dụng sẽ giúp cho doanh nghiệp, nhà đầu tư tin tưởng vào hệ thống pháp luật và sự ổn định của quản lý vĩ mô. Tuy nhiên, thực tế thi hành Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư cho thấy, còn nhiều quy định của Luật không rõ ràng, trong khi văn bản hướng dẫn Luật lại không thống nhất làm nảy sinh các yếu tố chủ quan của con người. Dưới đây, xin đơn cử một số bất cập trên thực tế:

1. Không thụ lý hồ sơ đối với trường hợp Công ty cổ phần tăng vốn và phát hành cho tổ chức cá nhân bên ngoài (không phải là cổ đông của Công ty)

Theo quy định tại khoản 3 Điều 77 Luật Doanh nghiệp năm 2005, Công ty cổ phần được quyền phát hành các loại chứng khoán để huy động vốn. Từ quy định này của Luật Doanh nghiệp, trước khi Nghị định 01/2010/NĐ-CP ngày 04/01/2010 có hiệu lực, doanh nghiệp phát hành thêm cổ phần để huy động vốn từ tổ chức, cá nhân bên ngoài hoặc cổ đông hiện hữu, doanh nghiệp thực hiện thủ tục thay đổi đăng kí kinh doanh tăng vốn điều lệ và thông báo bổ sung cổ đông góp vốn.

Theo Nghị định 01/2010/NĐ-CP ngày 04/01/2010 (hiện tại đã được thay thế bằng Nghị định 52/2012/NĐ-CP ngày 20/7/2012), trường hợp Công ty cổ phần tăng vốn và phát hành cho tổ chức cá nhân bên ngoài (không phải là cổ đông hiện hữu của Công ty) thuộc trường hợp phát hành cổ phần riêng lẻ. Nghị định 01/2010/NĐ-CP đến Nghị định 52/2012/NĐ-CP đều quy định rất rõ về trình tự, thủ tục cho việc phát hành cổ phần riêng lẻ này. Tuy nhiên, từ khi Nghị định 01/2010/NĐ-CP có hiệu lực (ngày 25/02/2010) đến nay, hầu hết các phòng đăng kí kinh doanh đều không nhận hồ sơ phát hành cổ phần riêng lẻ của doanh nghiệp với lí do: chưa có hướng dẫn từ Bộ Kế hoạch Đầu tư. Trong khi, việc tăng vốn để đáp ứng nhu cầu của hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp là không thể dừng lại, do vậy, trên thực tế, doanh nghiệp phải chấp nhận thực hiện thủ tục theo hai bước sau:

- Bước 1: Tăng vốn và bán cho các cổ đông hiện hữu của Công ty để không thuộc trường hợp phát hành cổ phần riêng lẻ;

- Bước 2: Cổ đông công ty chuyển nhượng lại một phần cổ phần cho các tổ chức, cá nhân có nhu cầu mua cổ phần của Công ty.

Luật Doanh nghiệp không quy định rõ ràng, dẫn đến nghị định hướng dẫn thi hành đã đẩy thị trường vào chỗ bất ổn. Nghị định này đã được thay thế bằng một

nghị định khác nhưng rồi vẫn không được áp dụng nên đã gây khó khăn rất nhiều cho doanh nghiệp. Vấn đề này cần được xem xét tháo gỡ vì đang làm giảm lòng tin từ các nhà đầu tư.

2. **Doanh nghiệp không được đăng kí ngành nghề chưa có mã ngành hoặc không được quy định cụ thể trong văn bản pháp luật**

Luật Doanh nghiệp quy định "*Doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế có quyền kinh doanh các ngành, nghề mà pháp luật không cấm*"[1] nhưng doanh nghiệp không dám kinh doanh nếu chưa đăng ký kinh doanh ngành nghề dự định kinh doanh vì rủi ro của việc xử phạt vi phạm hành chính nếu kinh doanh trái pháp luật[2]. Tuy nhiên, doanh nghiệp lại không thể đăng ký kinh doanh nếu không có mã ngành của ngành nghề dự định kinh doanh. Theo quy định tại Nghị định 43/2010/NĐ-CP "*Ngành, nghề kinh doanh trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được ghi và mã hóa theo ngành cấp bốn trong Hệ thống ngành kinh tế Việt Nam, trừ những ngành, nghề cấm kinh doanh... Đối với những ngành, nghề kinh doanh không có trong Hệ thống ngành kinh tế Việt Nam nhưng được quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật khác thì ngành, nghề kinh doanh trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được ghi theo ngành, nghề quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật đó. Đối với những ngành, nghề kinh doanh không có trong Hệ thống ngành kinh tế Việt Nam và chưa được quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật khác thì cơ quan đăng ký kinh doanh thông báo cho Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Tổng cục Thống kê) để xem xét bổ sung mã mới*"[3]

Căn cứ quy định nêu trên, từ khi Nghị định 43/2010/NĐ-CP có hiệu lực (ngày 01/6/2010), cơ quan đăng kí kinh doanh chỉ cấp cho doanh nghiệp những ngành nghề được quy định trong Quyết định 10/2010/QĐ-TTg và Quyết định số 337/2010/QĐ-BKHĐT (hai văn bản quy định và mã hóa về ngành nghề đăng kí kinh doanh) và những ngành nghề được quy định cụ thể trong văn bản pháp luật. Nếu không thuộc một trong hai yếu tố này, ngành nghề mà doanh nghiệp yêu cầu đăng kí sẽ bị cơ quan đăng kí kinh doanh từ chối cấp phép.

Để giải quyết vấn đề này, Nghị định 05/2013/NĐ-CP ngày 09/01/2013 sửa đổi, bổ sung Nghị định 43/2010/NĐ-CP bổ sung quy định sau: "*Đối với những ngành, nghề kinh doanh không có trong Hệ thống ngành kinh tế Việt Nam và chưa được quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật khác thì* ***cơ quan đăng ký kinh doanh xem xét*** *ghi ngành, nghề kinh doanh này vào Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp nếu không thuộc ngành, nghề cấm kinh doanh, đồng thời thông báo cho Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Tổng cục Thống kê) để bổ sung mã mới*".

[1] Luật Doanh nghiệp: Điều 7 khoản 1

[2] *Nghị định 53/2007/NĐ-CP ngày 04/4/2007 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư.*

[3] Nghị định 43/2010/NĐ-CP: Điều 7

Quy định trên của Nghị định 05/2013/NĐ-CP có vẻ giải quyết được câu chuyện về mã ngành nghề, tuy nhiên, thực tế thực hiện doanh nghiệp còn gặp phải nhiều khó khăn để được cơ quan đăng kí kinh doanh xem xét. Theo quy định tại Nghị định 43/2010/NĐ-CP "*Việc mã hóa ngành, nghề đăng ký kinh doanh trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp chỉ có ý nghĩa trong công tác thống kê*", do vậy, câu chuyện về mã hóa ngành nghề nên chuyển sang thành công việc, nhiệm vụ của cơ quan Nhà nước có liên quan hơn là đẩy sang thành trách nhiệm của doanh nghiệp và doanh nghiệp "*có quyền kinh doanh các ngành, nghề mà pháp luật không cấm"* theo đúng tinh thần của Luật Doanh nghiệp.

3. Phải cung cấp giấy tờ gì để chứng minh việc "thường trú" tại Việt Nam của Người đại diện theo pháp luật là người nước ngoài.

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp: "*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 uỷ quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại Điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty",* Khái niệm "thường trú" được hiểu như thế nào? Đối với người đại diện theo pháp luật là người Việt Nam việc thường trú là rõ ràng, tuy nhiên, đối với người đại diện theo pháp luật là người nước ngoài, câu chuyện về "thường trú" trở nên phức tạp. Khái niệm "thường trú" sẽ được hiểu theo hệ thống Luật cư trú, Luật Quốc tịch, xuất nhập cảnh: người nước ngoài sinh sống và làm ăn lâu dài tại Việt Nam được cấp thẻ thường trú hoặc định cư tại Việt Nam hay "thường trú" chỉ có nghĩa là sinh sống và có mặt tại Việt Nam 30 ngày hay 180 ngày… Do không có cách hiểu thống nhất nên thực tế người đại diện theo pháp luật là người nước ngoài phải cung cấp các giấy tờ khác nhau (theo yêu cầu của cơ quan đăng kí kinh doanh) để chứng minh việc "thường trú" tại Việt Nam. Khoản 3 Điều 24 Nghị định 43/2010/NĐ-CP yêu cầu cung cấp "***giấy đăng kí tạm trú do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp***". Giấy đăng kí tạm trú được hiểu là: thẻ tạm trú do Cục Quản lý Xuất Nhập cảnh cấp hay Giấy đăng kí tạm trú do Công an xã, phường, thị trấn cấp? Vấn đề này chưa được thống nhất trên thực tế, do vậy, có cơ quan đăng kí kinh doanh chấp thuận Giấy đăng kí tạm trú do Công an xã, phường, thị trấn cấp, có cơ quan đăng kí kinh doanh chỉ chấp thuận thẻ tạm trú hoặc thẻ thường trú. Vấn đề này cần phải được làm rõ trong Luật Doanh nghiệp và hệ thống văn bản hướng dẫn Luật.

4. Không thực hiện thủ tục giảm vốn đối với Công ty cổ phần

Công ty cổ phần có được giảm vốn điều lệ không? Vấn đề này không được quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2005. Tuy nhiên, Nghị định 43/2010/NĐ-CP tại Điều 40 quy định rõ về hồ sơ, thủ tục thực hiện việc giảm vốn đối với Công ty cổ phần. Như vậy, doanh nghiệp hiểu rằng: họ được phép thực hiện thủ tục này. Tuy nhiên, trên thực tế, các cơ quan đăng kí kinh doanh không thụ lý hồ sơ giảm vốn điều lệ đối với Công ty cổ phần vì Luật Doanh nghiệp 2005 không cho phép. Luật Doanh nghiệp cần quy định cụ thể vấn đề này nhằm tháo gỡ khó khăn cho doanh nghiệp.

5. Không thụ lý hồ sơ thay đổi đăng kí kinh doanh cho các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã được cấp đăng kí kinh doanh

Do cách hiểu không thống nhất giữa khái niệm "nhà đầu tư nước ngoài" và "doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài" nên nhiều cơ quan có thẩm quyền đã hiểu theo cách: doanh nghiệp có một đồng vốn của nhà đầu tư nước ngoài là nhà đầu tư nước ngoài, cách hiểu này dẫn đến thực tế sau:

- Khi doanh nghiệp Việt Nam đã được cấp Giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh bán cổ phần/phần vốn góp cho nhà đầu tư nước ngoài (bất kể với tỉ lệ bao nhiêu), phòng đăng kí kinh doanh – nơi đã cấp giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh cho doanh nghiệp đều từ chối thụ lý hồ sơ của doanh nghiệp với lí do: có vốn đầu tư nước ngoài, đề nghị doanh nghiệp thực hiện thủ tục đầu tư tại phòng đầu tư nước ngoài để được cấp giấy chứng nhận đầu tư thay cho giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh. Khi thực hiện thủ tục đầu tư, cơ quan có thẩm quyền sẽ thẩm tra lại toàn bộ ngành nghề đã đăng kí kinh doanh của doanh nghiệp và trong nhiều trường hợp loại bỏ đi khá nhiều ngành nghề kinh doanh dù cho doanh nghiệp đang triển khai hoạt động lĩnh vực ngành nghề này rất hiệu quả trên thực tế và nhà đầu tư nước ngoài đồng ý mua cổ phần, vốn góp của doanh nghiệp vì lí do này. Phải mất rất nhiều thời gian, công sức, chi phí, doanh nghiệp mới có thể hoàn thành thủ tục. Tuy nhiên, khi hoàn thành thủ tục, doanh nghiệp được cấp một Giấy chứng nhận đầu tư mà không có bất kì quy định nào ghi nhận thời gian hoạt động trước đó của họ, họ giống như một pháp nhân hoàn toàn mới. Nhiều doanh nghiệp than phiền rằng: chỉ vì có vốn đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp đã phải loại bỏ đi kinh nghiệm và năng lực nhiều năm trước đây của họ.

- Các doanh nghiệp có vốn của nhà đầu tư nước ngoài dưới 50% vốn điều lệ được thành lập theo giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh trên cơ sở quy định của nghị định 139/2007/NĐ-CP trong một thời gian dài không thay đổi được nội dung đăng kí kinh doanh tại cơ quan cấp phép (dù là thay đổi địa chỉ, số điện thoại, người đại diện theo pháp luật…), họ được hướng dẫn để thành lập lại doanh nghiệp theo thủ tục cấp giấy chứng nhận đầu tư như đã nêu ở trên. Hiện tại, các doanh nghiệp này chỉ thực hiện được thủ tục thay đổi đối với một số nội dung không liên quan đến bổ sung ngành nghề kinh doanh, vốn điều lệ, vốn góp của nhà đầu tư nước ngoài nhưng cơ quan đăng kí kinh doanh chỉ cấp phép sau khi đã rà soát lại toàn bộ ngành nghề của doanh nghiệp và loại bỏ những ngành nghề liên quan đến mua bán hàng hoá và ngành nghề không được cam kết trong Biểu Cam kết WTO.

Cần minh định khái niệm "nhà đầu tư nước ngoài" và có hướng dẫn cụ thể để doanh nghiệp không bị "kẹt" bởi chính các quy định pháp luật hiện hành.

6. Doanh nghiệp không được thành lập địa điểm kinh doanh khi thành lập Công ty

Thực tế đăng kí kinh doanh cho thấy, có rất nhiều doanh nghiệp, ngay khi thành lập Công ty họ đã có nhu cầu thành lập địa điểm kinh doanh tại một số địa bàn khác ngoài trụ sở chính. Luật doanh nghiệp và văn bản hướng dẫn Luật Doanh nghiệp không quy định về vấn đề này. Do vậy, các cổ đông/thành viên không được phép đăng kí luôn việc thành lập địa điểm kinh doanh khi thành lập Công ty. Các phòng đăng kí kinh doanh đều yêu cầu tách thành hai bước:

- Bước 1: Thành lập Công ty;
- Bước 2: Thay đổi đăng kí kinh doanh bổ sung địa điểm kinh doanh.

Việc lập địa điểm kinh doanh chỉ cần cung cấp thông báo về việc lập địa điểm kinh doanh, do vậy, yêu cầu doanh nghiệp tách thành hai thủ tục như đã nêu ở trên gây lãng phí và mất thời gian cho doanh nghiệp, do vậy, cần nghiên cứu và cho phép doanh nghiệp thành lập luôn địa điểm kinh doanh khi nộp hồ sơ thành lập doanh nghiệp.