



Tổ chức Hợp tác Kỹ thuật Đức

CIEM

Viện Nghiên cứu
Quản lý Kinh tế Trung ương

Chương trình Phát triển
Liên Hợp Quốc



THỜI ĐIỂM CHO SỰ THAY ĐỔI:

Đánh giá Luật doanh nghiệp và kiến nghị



Hà Nội - Việt Nam
Tháng 11/2004

Giấy phép xuất bản số: 303/QĐ-QLXB Do Cục Xuất bản,
Bộ Văn Hoá Thông tin cấp ngày 26 tháng 11 năm 2004.

Ảnh bìa: KTS
Thiết kế mỹ thuật: Đặng Hữu Cự/UNDP Việt Nam

Báo cáo

**ĐÁNH GIÁ CÁC ĐIỂM MẠNH
VÀ YẾU CỬA LUẬT DOANH NGHIỆP
KIẾN NGHỊ GIẢI PHÁP BỔ SUNG SỬA ĐỔI**

Hà Nội, tháng 11/2004

Tóm tắt nội dung

Luật doanh nghiệp đánh dấu một bước tiến dài trong đổi mới tư duy và thực hiện cải cách kinh tế và cải cách hành chính ở Việt nam trong mấy năm qua. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật về đăng ký kinh doanh vẫn còn tản mạn và phức tạp một cách không cần thiết. Báo cáo này đánh giá các điểm mạnh và điểm yếu của Luật Doanh Nghiệp năm 1999 để hỗ trợ và cung cấp thông tin cho các nỗ lực soạn thảo và ban hành văn bản pháp luật nhằm tiếp tục thúc đẩy tăng trưởng kinh tế, tạo công ăn việc làm - thông qua việc “chuyển tải” được sự thành công của Luật Doanh Nghiệp hiện hành sang cả khu vực doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

Những mặt được của Luật Doanh nghiệp:

- Đơn giản hóa thủ tục thành lập và đăng ký kinh doanh, kết hợp với bãi bỏ hàng trăm giấy phép không cần thiết nhằm xóa bỏ và giảm mạnh rào cản gia nhập thị trường.
- Quy định rõ những quyền cơ bản của doanh nghiệp được kinh doanh ở tất cả các ngành, nghề mà pháp luật không cấm; và
- Đa dạng hóa loại hình tổ chức kinh doanh; đồng thời, xác định được khung quản trị công ty với các thành tố cơ bản của nó.

Tuy nhiên, Luật Doanh Nghiệp hiện hành chỉ áp dụng đối với các doanh nghiệp tư nhân trong nước - một khu vực mới xuất hiện với quy mô còn nhỏ và chỉ chiếm khoảng 10% GDP và 5% tổng số việc làm của cả nước. Các Doanh nghiệp Nhà nước (DNNN) và các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài - chiếm khoảng trên 50% GDP của cả nước - lại hoạt động theo Luật Doanh nghiệp Nhà nước và Luật Khuyến khích Đầu tư nước ngoài. Điều này làm cho không những các loại hình sở hữu khác nhau được đối xử một cách khác nhau nhưng bản chất của sự khác biệt này lại thường không rõ ràng.

Xác định những khiếm khuyết trong quá trình thực hiện Luật Doanh nghiệp - và các biện pháp phù hợp để khắc phục các khiếm khuyết này - là cần thiết để mở rộng phạm vi hoạt động của Luật. Ngoài ra cũng cần phải phân tích sâu hơn các vấn đề khó khăn có thể nảy

sinh khi áp dụng Luật Doanh nghiệp Chung với các loại hình doanh nghiệp mới không có trong Luật Doanh Nghiệp hiện hành chỉ dành cho các doanh nghiệp như nhân trong nước. Một trong những thách thức nổi bật nhất là công tác quản trị doanh nghiệp của các công ty mà ở đó động cơ lợi nhuận không rõ ràng là nguyên tắc quản lý nội bộ của công ty. Nói cách khác, đó là vấn đề quản trị doanh nghiệp của các doanh nghiệp nhà nước.

Những khiếm khuyết của Luật Doanh nghiệp được đề cập trong báo cáo này bao gồm:

- Chưa thiết lập được nguyên tắc kiểm soát việc ban hành giấy phép mới và chưa thường xuyên đánh giá hiệu lực và tính hữu ích của giấy phép, và các điều kiện kinh doanh hiện hành khác. Giấy phép không cần thiết, thậm chí trái luật chưa được ngăn chặn hiệu quả, hoặc chưa bãi bỏ kịp thời.
- Chưa kiểm soát được tên doanh nghiệp, doanh nghiệp trùng tên hoặc có tên có thể gây nhầm lẫn trên phạm vi cả nước chưa được ngăn chặn mà trái lại đang tăng lên.
- Hạn chế góp vốn của nhà đầu tư nước ngoài vào doanh nghiệp theo Luật doanh nghiệp quá khắt khe, có trường hợp đến mức vô lý.
- Góp vốn bằng tài sản không phải là tiền mặt, nhất là giá trị quyền sử dụng đất đang gặp khó khăn(thủ tục không rõ ràng, phức tạp và chi phí cao), thậm chí không thực hiện được.
- Quyền của cổ đông nhất là cổ đông thiểu số còn yếu và chưa đầy đủ.
- Những yêu cầu cơ bản về cuộc họp cổ đông còn tối thiểu so với chuẩn mực quốc tế
- Cơ cấu quản trị công ty trách nhiệm hữu hạn chưa tính đến sự tách biệt giữa chủ sở hữu và người quản lý. Vì vậy, có thể chưa phù hợp với các công ty trách nhiệm hữu hạn mà các thành viên của nó là pháp nhân.
- Cơ chế giám sát trực tiếp của các thành viên, cổ đông, hoặc gián tiếp thông qua các thể chế như kiểm toán, kiểm soát nội bộ.v.v.. chưa được quy định đầy đủ, hoặc chưa phát huy được hiệu lực như mong muốn.
- Nhóm người có liên quan cũng như sự giám sát các giao dịch của họ với công ty chưa được quy định đầy đủ, hợp lý và chưa được thực hiện có hiệu quả.
- Chế độ công khai hoá thông tin cho cổ đông, thành viên cũng như đối với công chúng còn mờ nhạt, và kém hiệu quả trên thực tế.

Rõ ràng, không thể phủ nhận thành công chung của Luật Doanh nghiệp, nhưng các khiếm khuyết nói trên đã và đang hạn chế không nhỏ đến sự phát triển của từng công ty nói riêng và của toàn bộ nền kinh tế nói chung ở Việt Nam. Bởi vì các nhà đầu tư tiềm tàng có thể do dự trong việc quyết định đầu tư vào Việt Nam khi họ cảm thấy thiếu tin tưởng là các thoả thuận về đầu tư sẽ được triển khai thực hiện một cách đúng đắn.

Giải quyết các điểm yếu ở trên, rõ ràng, là một quá trình lâu dài. Tuy nhiên không có lý do gì để không tích cực bắt đầu quá trình này ngay từ bây giờ. Tương tự như vậy, việc đưa tất cả các loại hình doanh nghiệp vào một bộ luật về kinh doanh chắc chắn sẽ phải đối mặt với rất nhiều thách thức. Có thể tiếp tục duy trì một số ưu đãi cho một số loại hình doanh nghiệp nhất định. Tuy nhiên, việc xây dựng Luật Doanh Nghiệp Chung có ý nghĩa rất quan trọng, bởi vì nó giúp các quyết định như vậy được minh bạch hơn – vì nó sẽ tạo điều kiện để các nhà lập pháp và các đối tượng bị tác động trong xã hội được tham vấn đầy đủ hơn. Điều này có thể giúp giảm thiểu các nhầm lẫn và các cách diễn giải khác nhau trong quá trình triển khai thực hiện các quy định của pháp luật ở cấp địa phương.

LỜI MỞ ĐẦU

Kể từ khi có hiệu lực, Luật Doanh nghiệp được đánh giá là bước đột phá trong cải cách kinh tế nói chung và cải thiện môi trường kinh doanh nói riêng ở Việt nam. Ngoài ra, có ý kiến còn cho rằng Luật Doanh nghiệp có thể được coi là “hình mẫu” trong soạn thảo và thực thi pháp luật ở nước ta. Trong hơn 4 năm qua, Chính phủ, các cơ quan có liên quan, các hiệp hội, các nhà nghiên cứu và cả các nhà tài trợ đã liên tục có những đánh giá về tác động của Luật Doanh nghiệp.

So với các báo cáo đánh giá trước đây về Luật Doanh nghiệp, Báo cáo này có một số điểm khác sau đây: (i). Mục đích của báo cáo không phải là để tiếp tục đẩy mạnh thực hiện Luật Doanh nghiệp, mà là làm cơ sở cơ bản cho việc soạn thảo Luật Doanh nghiệp thống nhất (tức là để nâng cao chất lượng của Luật Doanh nghiệp; (ii). Báo cáo đánh giá này tập trung chính vào nội dung của Luật, tức là các điểm mạnh và yếu trong chính nội dung của Luật, chứ không phải là những mặt được và chưa được của việc thực hiện Luật.

Báo cáo sẽ đánh giá nội dung từng điều, khoản và từng chương của Luật. Mức độ và phạm vi đánh giá ở từng điều khoản tùy thuộc vào vấn đề nảy sinh bởi chính nội dung của từng điều khoản đó. Tuy nhiên, việc đánh giá được thực hiện theo phương thức như sau: (i) Trong từng điều khoản trước hết sẽ xem xét đến mục tiêu của chúng; (ii) Nội dung cơ bản của từng điều khoản; (iii) Tính đầy đủ, tính cụ thể và hợp lý (chưa đầy đủ, chưa cụ thể và chưa hợp lý) của các điều khoản; (iv) Tính hiệu lực, tức là có sự khác biệt và mức độ khác biệt giữa nội dung của điều khoản với thực tế thi hành các điều khoản đó; (v) Những khó khăn, vướng mắc nảy sinh và vấn đề cần giải quyết; (vi) Nguyên nhân và kiến nghị giải pháp.

Báo cáo được thực hiện dựa vào các tư liệu: (i) Các báo cáo đánh giá về Luật Doanh nghiệp, nhất là báo cáo của Tổ công tác thi hành Luật Doanh nghiệp và các chuyên gia, các nhà nghiên cứu có quan tâm; (ii) Ý kiến, đánh giá chuyên gia; (iii). Những vướng mắc, khó khăn và bất đồng có tính điển hình trong quan hệ giữa các nhà đầu tư, các nhà đầu tư và doanh nghiệp, trong nội bộ doanh nghiệp và giữa doanh nghiệp, nhà đầu tư và các cơ quan nhà nước có liên quan; (iv) Những khó khăn, vướng mắc và vấn đề nảy sinh từ phía cơ quan nhà nước trong thực hiện Luật; (v) Kinh nghiệm quốc tế, xu thế cải cách Luật Doanh nghiệp nói chung và quản trị doanh nghiệp nói riêng trong khu vực và trên thế giới v.v...

I. NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG

Phạm vi áp dụng

1. Luật Doanh nghiệp quy định 4 loại hình pháp lý của tổ chức kinh doanh, bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân (sau đây gọi chung là loại hình doanh nghiệp). Đây là bốn loại hình doanh nghiệp đặc trưng trong tất cả các nền kinh tế thị trường (ngoài ra, còn có một số loại hình “phái sinh” khác, tức là loại hình doanh nghiệp được phát triển từ các loại hình cơ bản trên đây để đáp ứng yêu cầu về tính thực tiễn và tính đa dạng của hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, ở hầu hết các nước Đông á và Đông Nam á, pháp luật cũng chỉ quy định 4 loại hình cơ bản nói trên).

2. Tuy vậy, 4 loại hình doanh nghiệp cơ bản quy định trong Luật Doanh nghiệp chủ yếu chỉ áp dụng đối với khu vực kinh tế tư nhân (chính thức); không áp dụng đối với khu vực doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp cho đến nay mới chiếm khoảng 10% GDP với hơn 2 triệu lao động (tức khoảng hơn 5% lực lượng lao động); đầu tư của các doanh nghiệp nhóm này trong tổng đầu tư xã hội đang tăng dần trong mấy năm nay, nhưng cũng chỉ chiếm khoảng 27% tổng vốn đầu tư toàn xã hội.¹

Như vậy, là một đạo luật về cơ bản phù hợp với thực tế, phù hợp với nguyên tắc của thị trường, với tiêu chuẩn quốc tế chung, nhưng phạm vi điều chỉnh và đối tượng của Luật Doanh nghiệp còn rất hạn chế. Do đó, tác động của nó vẫn còn giới hạn, đang bị “chặn lại” trước các khu vực, các tác nhân kinh tế (actors) lớn trong nền kinh tế.

3. Hạn chế này của Luật Doanh nghiệp có tính lịch sử và tính thực tiễn của nó. Xây dựng và phát triển “kinh tế nhiều thành phần”² được coi là một trong những quan điểm và định hướng của công cuộc đổi mới ở Việt Nam. Tuy vậy, các thành phần kinh tế không xuất hiện cùng một lúc và có vị thế khác nhau trong nền kinh tế. Kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và kinh tế tư nhân là “sản phẩm” của quá trình đổi mới; xuất hiện, được thừa nhận và phát triển cùng với phạm vi và mức độ của đổi mới. Do đó, pháp luật, nhất là pháp luật về loại hình doanh nghiệp đã hình thành một cách riêng lẻ theo thời gian, tách biệt theo thành phần kinh tế. Xét về thực tiễn, thì năm 1999, yêu cầu “thống nhất” các loại hình doanh nghiệp không phân biệt sở hữu vẫn chưa rõ nét; các yếu tố về quan điểm đổi mới, chủ trương đổi mới, thể chế và bộ máy quản lý nhà nước đều chưa chuẩn bị cho việc chuyển đổi áp dụng thống nhất các loại hình doanh nghiệp như quy định ở Luật Doanh nghiệp hiện hành.

Luật Doanh nghiệp và Luật chuyên ngành

4. Điều 2 Luật Doanh nghiệp quy định: “Việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của doanh nghiệp trên lãnh thổ Việt Nam áp dụng theo quy định của Luật này và

¹ Về tỷ trọng DNNN (38%) và doanh nghiệp FDI (13%).

² Các thành phần cơ bản bao gồm: kinh tế nhà nước, kinh tế hợp tác, kinh tế tư bản tư nhân và kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài.

các quy định pháp luật khác có liên quan. Trường hợp có sự khác biệt giữa quy định của Luật này và quy định của Luật chuyên ngành về cùng một vấn đề thì áp dụng theo quy định của Luật chuyên ngành”.

5. Nội dung của Điều 2 có 3 điểm đáng lưu ý. *Một là*, khái niệm “Luật chuyên ngành” hay “pháp luật chuyên ngành” ở đây được hiểu là luật hay quy định của pháp luật về một lĩnh vực hay ngành kinh doanh cụ thể, không phải là Luật chuyên ngành theo ý nghĩa pháp lý.³ *Hai là*, nếu có sự khác biệt giữa Luật Doanh nghiệp và Luật chuyên ngành về các điều kiện thành lập, cơ cấu tổ chức quản lý và mức độ chủ động kinh doanh, thì các quy định tương ứng của Luật chuyên ngành được áp dụng. Ngược lại, nếu có sự khác biệt hay mâu thuẫn giữa các Pháp lệnh hay Nghị định chuyên ngành so với Luật Doanh nghiệp về điều kiện thành lập, tổ chức quản lý và quyền tự chủ kinh doanh, thì áp dụng các quy định tương ứng của Luật Doanh nghiệp. *Ba là*, về các hoạt động, nhất là kinh doanh có điều kiện, thì doanh nghiệp áp dụng các quy định chuyên ngành tương ứng.

6. Quy định áp dụng Luật chuyên ngành, thay vì Luật Doanh nghiệp vào năm 1999, có phần trái với nguyên tắc áp dụng pháp luật quy định tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Tuy vậy, quy định đó đã giải quyết thoả đáng “thực tế” chưa thể khác được về phạm vi áp dụng của Luật Doanh nghiệp. Cụ thể là, đến năm 1999 (và cả cho đến nay), doanh nghiệp của tư nhân trong nước vẫn bị hạn chế kinh doanh trên một số lĩnh vực (báo chí, in, xuất bản, phát thanh, truyền hình), và trên một số lĩnh vực khác (giáo dục, dịch vụ y tế, v.v...), việc tư nhân cung cấp các loại dịch vụ nói trên theo nguyên tắc thương mại vẫn chưa được thừa nhận một cách nhất quán trên cả quan điểm phát triển, quan niệm, tâm lý xã hội và pháp lý. Mặt khác, quy định như trên cũng nhằm loại bỏ dư địa, trong đó một số cơ quan, hay cấp chính quyền địa phương với những lý do khác nhau, kiến nghị hoặc ban hành quy định về điều kiện thành lập và quyền tự chủ kinh doanh áp dụng riêng cho ngành hoặc địa phương mình. Đó cũng là cơ sở pháp lý cho quy định hết sức dứt khoát và rõ ràng tại Khoản 2 Điều 2 Nghị định số 02/2000/NĐ-CP (nay là Khoản 2 Điều 2 Nghị định số 109/2004/NĐ-CP): “Các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương không được ban hành các quy định về đăng ký kinh doanh áp dụng riêng cho ngành hoặc địa phương mình”. Thực tế cho thấy các quy định nói trên đã hạn chế đáng kể nguy cơ tùy tiện trong áp dụng Luật, làm cho Luật Doanh nghiệp được áp dụng tương đối thống nhất và nhất quán trong những năm qua. Không phải ngẫu nhiên là trong số các loại thủ tục, thì thủ tục đăng ký kinh doanh được thực hiện ở mức độ thống nhất cao nhất trên địa bàn cả nước.⁴

7. Thực tế hơn 4 năm qua đã phát sinh một số vấn đề đáng quan tâm. *Một là*, vẫn có Pháp lệnh, Nghị định (ví dụ Pháp lệnh về luật sư) đưa ra các quy định trái với “nguyên tắc” nói trên; và vẫn có yêu cầu đòi hỏi phải thực hiện các quy định đó từ các cơ quan nhà nước có liên quan. *Hai là*, trong thời gian qua, không ít các “Luật chuyên ngành” đã được ban hành hoặc đang soạn thảo; và một số luật đã đưa ra những quy định không tương đồng với quy định tương ứng của Luật Doanh nghiệp. Điều đó đã phần nào “thu hẹp” thêm phạm vi tác dụng của Luật Doanh nghiệp.

8. Thực tế nói trên phần nào chứng tỏ tính chưa nhất quán, thống nhất và thông suốt trong bộ máy nhà nước nói riêng và trong xã hội nói chung về định hướng giải quy chế, giảm rào cản và mở rộng quyền tự do kinh doanh. Nội dung Điều 2 Luật Doanh

³ Các luật được xác định là “chuyên ngành” bao gồm Luật Tổ chức tín dụng, Luật Khoáng sản, Luật Dầu khí, Luật Tài nguyên nước, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam, Luật Xuất bản, Luật Báo chí, Luật Giáo dục, Bộ Luật hàng hải...

⁴ VNCCI-VCCI

nghiệp (dù vẫn còn hạn chế về gia nhập thị trường đối với kinh tế tư nhân), nhưng vẫn chưa được thực hiện nghiêm túc; vẫn còn bị vi phạm bởi một số cơ quan nhà nước. Điều quan tâm hơn là chưa có thể chế đẩy lùi, thu hẹp và loại bỏ được thực trạng nói trên.

Người có liên quan

9. Có thể nói, trong quy định pháp luật ở nước ta, Luật Doanh nghiệp lần đầu tiên xác định khái niệm “người có liên quan”. Mục đích của việc xác định người có liên quan là để ngăn ngừa và giám sát các giao dịch có nguy cơ tư lợi, đảm bảo các giao dịch đó được thực hiện công bằng theo giá thị trường, không gây tổn hại cho lợi ích của công ty và của các cổ đông thiểu số.

10. Thực tế cũng cho thấy khái niệm này còn khá xa lạ trong ý thức pháp luật cũng như trong soạn thảo, ban hành và thực thi pháp luật ở nước ta. Tuy nhiên, quan sát ban đầu có thể thấy các giao dịch tư lợi với những người có liên quan trên thực tế ở nước ta là không ít, nhất là trong các doanh nghiệp nhà nước⁵. Chính vì vậy, việc xác định đúng, đủ những người có liên quan là cần thiết, nhất là khi áp dụng Luật Doanh nghiệp thống nhất cho cả doanh nghiệp có góp vốn hay cổ phần của Nhà nước.

11. Đúng là, khái niệm người có liên quan trong Luật Doanh nghiệp chưa bao quát hết các trường hợp;⁶ và cách viết liệt kê như Khoản 14 Điều 3 sẽ không bao giờ đạt được mục đích đó. Tuy nhiên, cách viết này lại cụ thể, dễ hiểu hơn, và như vậy, có thể dễ thực hiện hơn.

Tuy vậy, việc chưa có khái niệm bao quát hết các trường hợp người có liên quan làm cho những người có liên quan (chưa được quy định) dễ dàng che dấu các giao dịch, thực hiện được các giao dịch tư lợi thu vén cho lợi ích nhóm hoặc cá nhân họ. Điều đó gây bất lợi cho các cổ đông thiểu số. Trên thực tế, đa số các vi phạm về quản trị công ty thường có liên hệ đến giao dịch tư lợi với những người có liên quan. Cần phải có một định nghĩa bao quát hơn về những người có liên quan bổ sung cho những gì đã được quy định tại khoản 14 Điều 3 Luật Doanh nghiệp.

12. Mekong Capital đã kiến nghị bổ sung, sửa đổi khoản 14 Điều 3 như sau:

- Thay thế điểm (đ) bằng “ Vợ, chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, cháu, cháu nuôi, anh, chị, em của người quản lý doanh nghiệp, hoặc bất kỳ cổ đông nào nắm giữ cổ phần kiểm soát, dưới hình thức cá nhân hoặc cùng với các bên khác, cụ thể là nắm hơn 10% cổ phần thuộc thuộc bất kỳ loại nào trong tổng số cổ phần của doanh nghiệp”.

- Bổ sung điểm (e) bằng “ Bất kỳ người nào sống trong cùng hộ gia đình với những quy định tại các điểm (a) đến (đ), bất kỳ thành viên nào của doanh nghiệp được quản lý trực tiếp hoặc gián tiếp bởi những người quy định tại các điểm từ (a) đến (đ), dưới hình thức cá nhân hoặc cùng với những người khác, bất kỳ thành viên nào của doanh nghiệp trong đó có những người quy định tại các điểm từ (a) đến (đ) có sở hữu hơn 10%

⁵ Ông chủ tịch HĐQT tổng công ty quyết định chỉ định thầu cho Trung tâm nghiên cứu do con rể làm Giám đốc

⁶ Ví dụ, người đại diện của cổ đông đa số, hay một cổ đông do một cổ đông đa số sở hữu v.v... không được coi là người có liên quan.

số cổ phần dưới hình thức cá nhân hoặc cùng với những người khác, hoặc bất kỳ nhân viên nào của những người quy định tại các điểm từ (a) đến (đ).

- Bổ sung điểm (f) bằng “ Bất kỳ cá nhân nào được đề cử vào các vị trí quy định tại các điểm (a) đến (e) hoặc bất kỳ nhân viên nào của những người quy định tại các điểm (a) đến (e) hành động thay mặt người sử dụng lao động dưới hình thức chính thức hoặc không chính thức”

- Bổ sung điểm (g) bằng “ Bất kỳ người nào nhận trực tiếp hoặc thông qua những người quy định tại các điểm từ (a) đến (e) các khoản hoa hồng, những hình thức chi trả tương tự hoa hồng hoặc các quyền lợi có liên quan tới bất kỳ các phân chia cổ phần mới của công ty, hoặc bất kỳ hoạt động mua hàng nào của công ty”.

Ngành, nghề kinh doanh

13. Điều 6 Luật Doanh nghiệp quy định phân loại ngành, nghề kinh doanh. Có thể nói, nội dung Điều 6 là một “đặc thù” của Luật Doanh nghiệp 1999. Theo quy định của Điều 6, thì ngành, nghề kinh doanh trong nền kinh tế được chia thành một số loại, bao gồm: (i) ngành, nghề cấm kinh doanh; (ii) ngành, nghề kinh doanh có điều kiện; và (iii) ngành, nghề tự do kinh doanh (những ngành, nghề không thuộc loại cấm kinh doanh hoặc kinh doanh có điều kiện đều là ngành, nghề tự do kinh doanh).

14. Khoản 2 Điều 6 đã quy định đặc tính của những ngành, nghề bị cấm kinh doanh; sau đó, Chính phủ công bố danh mục ngành, nghề cụ thể cấm kinh doanh. Căn cứ Khoản 2 Điều 6 Luật Doanh nghiệp, Chính phủ đã xác định và công bố danh mục 12 nhóm ngành, nghề cấm kinh doanh⁷. Tuy vậy, danh mục 12 nhóm ngành này vẫn chưa cụ thể và việc áp dụng trên thực tế vẫn phải “chờ” đến Thông tư hay Quyết định của các Bộ có liên quan.

15. Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện được chia thành một số loại. Có loại điều kiện được thể hiện bằng giấy phép hay giấy chứng nhận đủ điều kiện do cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền cấp; có điều kiện không thể hiện bằng giấy phép mà thể hiện bằng các quy định (ví dụ) về tiêu chuẩn vệ sinh môi trường, vệ sinh an toàn thực phẩm, an toàn giao thông v.v... Có điều kiện phải có trước khi đăng ký kinh doanh, hợp thành một phần của điều kiện thành lập doanh nghiệp như vốn pháp định, chứng chỉ hành nghề. Còn lại, phần lớn các điều kiện kinh doanh là sau đăng ký kinh doanh. Tuy nhiên, tất cả các doanh nghiệp đều phải tuân thủ đúng nội dung của các điều kiện trong suốt quá trình hoạt động kinh doanh. Ngoài ra, Điều 6 Luật Doanh nghiệp chỉ xác định các loại ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, còn nội dung của các điều kiện kinh doanh cụ thể, cơ chế và bộ máy thực hiện các điều kiện kinh doanh đó do Luật, Pháp lệnh hoặc Nghị định chuyên ngành quy định.

16. Thực tế hơn 4 năm qua cho thấy quy định Điều 6 Luật Doanh nghiệp (như phân tích trên đây) đã đạt được một số tiến bộ rất đáng ghi nhận. Một là, lần đầu tiên, thẩm quyền “cấm” hay “hạn chế” kinh doanh được “giới hạn” vào 3 cơ quan thẩm quyền cao nhất (Quốc hội, Ủy ban thường vụ quốc hội và Chính phủ). Sự “giới hạn” số cơ quan có thẩm quyền đã có 2 tác động trực tiếp. Một mặt, nó là cơ sở pháp lý cho việc bãi bỏ 116 giấy phép, chuyển 46 giấy phép sang điều kiện kinh doanh không cần giấy phép

⁷ Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 03/2000/NĐ-CP ngày 3 tháng 2 năm 2000 của Chính phủ.

hoặc sang quản lý theo phương thức khác. Mặt khác, đã hạn chế được một cách đáng kể sự tùy tiện, chủ quan hay cục bộ trong việc cấm và hạn chế kinh doanh.⁸ Hai là, lần đầu tiên, các ngành, nghề cấm hay hạn chế kinh doanh được xác định theo phương thức “negative list”; là điều kiện cơ bản hiện thực hoá được nguyên tắc “doanh nghiệp được quyền kinh doanh tất cả ngành, nghề mà pháp luật không cấm”; và nhờ đó, quyền tự do và tự chủ kinh doanh của doanh nghiệp nhìn chung đã được bảo đảm. Tuy nhiên, những tiến bộ này cũng chỉ áp dụng đối với các doanh nghiệp tư nhân trong nước mà thôi.

17. Tuy vậy, về nội dung và hiệu lực thực tế của các quy định về ngành, nghề kinh doanh, nhất là cấm và hạn chế kinh doanh, hiện còn một số khiếm khuyết. Thực ra, về pháp lý, Khoản 2 Điều 6, được cụ thể hoá bằng danh mục 12 nhóm ngành nghề cấm kinh doanh chưa phải là “tất cả” đối với các doanh nghiệp tư nhân trong nước.

Các doanh nghiệp của tư nhân còn bị cấm kinh doanh trong một số ngành, nghề khác được quy định tại Luật, Pháp lệnh, Nghị định chuyên ngành và một số Nghị định khác (đây là những ngành nghề chỉ “dành” cho DNNN, doanh nghiệp của các tổ chức chính trị xã hội). Ví dụ, kinh doanh nghề in (trừ in bao bì), dịch vụ báo chí, phát thanh, truyền hình, các dịch vụ cơ bản của bưu chính, viễn thông, dịch vụ đưa người Việt Nam lao động có thời hạn ở nước ngoài, dịch vụ đấu giá v.v... đều thuộc “khu vực” cấm đối với tư nhân trong nước.

18. Trong hơn 4 năm qua, một số Bộ, Ủy ban nhân dân ở nhiều tỉnh đã ra lệnh (bằng văn bản hoặc truyền miệng) cấm kinh doanh áp dụng riêng cho địa phương mình. Phổ biến nhất là nhóm ngành, nghề được coi là “nhạy cảm”. Luận điểm “cung đã vượt cầu” vẫn tiếp tục được sử dụng để cấm những người “đến sau” (cấm mở thêm dịch vụ taxi ở Đà Nẵng hay chế biến bột sắn ở Tây Ninh v.v...). Doanh nghiệp của tư nhân còn có thể bị “từ chối” quyền kinh doanh do chưa có quy hoạch, hoặc không “nằm” trong quy hoạch. Điều đáng nói thêm là, trong hơn 4 năm qua, Thủ tướng Chính phủ đã 3 lần chỉ thị yêu cầu Ủy ban nhân dân các tỉnh bãi bỏ ngay các quy định không đúng thẩm quyền tạm dừng (về thực chất là cấm) kinh doanh; cũng như bổ sung sửa đổi lại các quy hoạch không còn phù hợp đảm bảo thực hiện đúng quyền tự do kinh doanh theo Luật Doanh nghiệp⁹. Tuy vậy, hiện tượng này không những không giảm, mà trái lại đang lan rộng và phổ biến hơn¹⁰. Có một số bộ đã xuất phát từ quan điểm riêng của bộ mình (mà không căn cứ vào quy định của pháp luật) để trả lời về việc từ chối cấp đăng ký kinh doanh¹¹.

19. Việc kinh doanh các ngành, nghề mới xuất hiện hoặc “chưa quen” đối với cán bộ có liên quan cũng có thể bị từ chối (vận chuyển tiền, dịch vụ xin cấp visa v.v...). Ngoài ra, do nhận thức khác nhau về ngành, nghề kinh doanh, mà một số nơi doanh nghiệp đã bị từ chối quyền kinh doanh. Dịch vụ đào tạo các loại và dịch vụ tư vấn pháp lý là những trường hợp điển hình. Do không được coi là nghề kinh doanh, doanh nghiệp ở Bắc Ninh

⁸ Theo thống kê chưa đầy đủ của Tổ Công tác Thi hành Luật Doanh nghiệp, thì đến tháng 6/2004 vẫn có một số bộ và 11 tỉnh thành phố trực thuộc trung ương còn duy trì các lệnh cấm, hoặc tạm dừng đăng ký kinh doanh không đúng với quy định của Luật Doanh nghiệp.

⁹ Chỉ thị 29/2000/CT-TTg, Chỉ thị 17/2001/CT-TTg và Chỉ thị số 27/2003/CT-TTg.

¹⁰ Theo thống kê chưa đầy đủ của Tổ công tác thi hành Luật Doanh nghiệp, thì đến tháng 6/2004 vẫn có một số bộ và 12 tỉnh thành phố trực thuộc trung ương còn duy trì các lệnh cấm, hoặc tạm dừng đăng ký kinh doanh không đúng với quy định của Luật Doanh nghiệp.

¹¹ Công văn số 552/NHNN-PHKQ ngày 28/5/2004 “Vận chuyển tiền mạt, tài sản quý, giấy tờ có giá là vận chuyển hàng hoá đặc biệt, kinh doanh dịch vụ này có tính chất đặc thù đòi hỏi phải có điều kiện an ninh trật tự, an toàn do nhà nước quy định cụ thể”. Công văn số 664 BCA (V11) ngày 27/4/2004 của Bộ Công an có nội dung “...xét từ góc độ đảm bảo an ninh, trật tự thì chưa nên cấp giấy phép cho các doanh nghiệp ngoài ngành ngân hàng thực hiện dịch vụ vận chuyển tiền mạt, tài sản quý, giấy tờ có giá”.

đã không được đăng ký và lập các trung tâm dạy nghề (trong khi đó, ở Hà Nội và một số thành phố khác, thì dạy nghề được xếp vào loại “ưa chuộng” kinh doanh). Vụ “Vinajuco” cũng có thể coi là một trường hợp điển hình trong đó quan niệm khác nhau (trong xã hội và cơ quan nhà nước) là một trong những nguyên nhân làm cho doanh nghiệp đã không được kinh doanh như dự tính.

20. Việc phân loại ngành nghề theo mức độ điều tiết như quy định ở Luật Doanh nghiệp về cơ bản tương tự như ở các nước khác. Ở đó, về mặt pháp lý, người ta phân biệt ngành, nghề kinh doanh bị điều tiết (regulated industries) và ngành nghề tự do kinh doanh (unregulated industries); và tùy theo mức độ điều tiết, mà ngành, nghề kinh doanh bị điều tiết cũng được chia thành một số loại khác nhau). Tuy vậy, trong hầu hết các quốc gia, việc phân loại ngành, nghề đều thực hiện theo nguyên tắc loại trừ (Negative List).

21. Ở một số quốc gia, không có ngành, nghề bị cấm kinh doanh, mà chỉ có một số ngành, nghề chỉ dành cho nhà nước. (Ví dụ, ở Cộng Hoà Séc, chỉ có Nhà nước mới khai thác, buôn bán, vận chuyển và sử dụng chất phóng xạ). Các chuyên gia cho rằng ở các nước có quy định pháp luật về ngành, nghề cấm kinh doanh, thì sự cấm đó mang ý nghĩa chính trị hơn là kinh tế và pháp lý. Ví dụ, ở Nga người ta cấm thành lập doanh nghiệp kinh doanh quỹ đạo vệ tinh. Đó là ý tưởng của Đại biểu ĐUMA, người đã từng là nhà du hành vũ trụ của Liên Xô¹². Nói cách khác, khó có thể tìm ra những giải thích thoả đáng và hợp lý cho việc cấm kinh doanh ở một ngành, nghề nào đó.

22. Về đối tượng áp dụng ngành, nghề cấm kinh doanh, thì có ngành, nghề kinh doanh cấm đối với tất cả các nhà đầu tư; và có ngành, nghề kinh doanh chỉ cấm đối với nhà đầu tư nước ngoài. Ví dụ, ở Thái lan, ngoài ngành, nghề cấm kinh doanh áp dụng chung cho cả người đầu tư trong nước và người đầu tư nước ngoài, thì Luật về kinh doanh ngoại quốc (Alient Business Law) còn quy định danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh đối với người đầu tư nước ngoài. Thông thường ở các nước đang phát triển, người đầu tư nước ngoài còn gặp phải những hạn chế kinh doanh trong những ngành, nghề không khuyến khích. Tức là, điều kiện gia nhập thị trường đối với người đầu tư nước ngoài trong các ngành, nghề đó khắt khe hơn (cao hơn) so với người đầu tư trong nước. Tuy vậy, trong việc cấm hay hạn chế kinh doanh đối với người đầu tư nước ngoài người ta luôn tuân thủ đúng nguyên tắc MFN.

23. Về ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, cũng có một số điểm đáng bàn. Luật Doanh nghiệp không chỉ ra một cách cụ thể những ngành, nghề kinh doanh có điều kiện cũng như nội dung các điều kiện kinh doanh tương ứng. Các nội dung đó được quy định trong Luật, Pháp lệnh và Nghị định chuyên ngành.

Đối với điều kiện kinh doanh bằng giấy phép, đến tháng 11 năm 2003, VCCI đã tập hợp được 246 giấy phép (có mẫu theo quy định) còn hiệu lực trong nền kinh tế. Trong số nói trên, vẫn còn giấy phép trái với quy định Điều 6 Luật Doanh nghiệp và Quyết định 19/2000/QĐ-TTg ngày 3 tháng 2 năm 2000 của Thủ tướng Chính phủ.¹³ Ngoài giấy phép loại này, còn có các loại “phép khác” (ví dụ, giấy chấp thuận mở tuyến xe khách liên tỉnh, giấy chấp thuận biểu đồ chạy xe, giấy chấp thuận phù hợp quy hoạch v.v...) chưa tập hợp. Số này có lẽ cũng không ít, đang tồn tại “rải rác” ở các địa phương và ngành kinh tế. Điều đáng nói là, loại giấy này thường được quy định ở Thông tư, Quyết định của các Bộ, Ủy

¹². Theo báo cáo của Ông chủ tịch Hiệp hội các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hoá Liên Bang nga với Đoàn khảo sát của CIEM về kinh nghiệm cải cách kinh tế và tư nhân hoá ở Nga.

¹³ Giấy chứng nhận đại lý vận đơn hàng không thứ cấp; ...

ban nhân dân các cấp với điều kiện, thủ tục và thời hạn cấp thường không rõ ràng; và có người (cơ quan) không coi đó là giấy phép. Vì vậy, việc quản lý, giám sát và bãi bỏ nó là không dễ.

24. Trong hơn 4 năm qua đã có hàng chục giấy phép được ban hành mới (so với số đã bãi bỏ được). Xem xét quy trình tạo ra giấy phép mới và bản chất của một số giấy phép, không ít người lo ngại về sự xuất hiện ngày càng nhiều số giấy phép không cần thiết; làm tăng chi phí giao dịch (cả về thời gian và tiền bạc), tăng thêm dư địa cho người có liên quan sách nhiễu, gây phiền hà cho doanh nghiệp. Môi trường kinh doanh, do đó, sẽ không được cải thiện như mong muốn. Ngoài ra, đối với các loại giấy phép đang có hiệu lực, chưa có nghiên cứu, phân tích đánh giá một cách có hệ thống, chỉ ra được costs và benefits, sự hợp lý và bất hợp lý của hồ sơ, thủ tục và điều kiện cấp phép, tính hiệu lực của từng loại giấy phép. Vì vậy, không có cơ sở tạo ra cải cách, thay đổi như đã từng thấy vào đầu năm 2000.

25. Sử dụng khái niệm “điều kiện kinh doanh không cần giấy phép” là một điểm mới của Luật Doanh nghiệp. Nó đã góp phần làm thay đổi tư duy, phương thức và cách thức quản lý nhà nước nói chung và quản lý điều kiện kinh doanh nói riêng. Nó đã làm giảm đáng kể chi phí thủ tục hành chính; đồng thời, tăng đáng kể quyền tự do và chủ động kinh doanh của doanh nghiệp. Cách quản lý mới cũng đã tăng thêm trách nhiệm của cả cơ quan quản lý và doanh nghiệp trong việc thực hiện các điều kiện kinh doanh.

26. Tuy nhiên, khác với “giấy phép”, cho đến nay vẫn chưa tập hợp được các điều kiện kinh doanh không cần giấy phép trong nền kinh tế. Ngoài ra, liên quan đến điều kiện kinh doanh không cần giấy phép, còn có một số điểm đáng lưu ý. Số văn bản quy định điều kiện kinh doanh loại này ngày càng nhiều. Không chỉ Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chính phủ (theo đúng thẩm quyền), mà cả các Bộ, Ủy ban nhân dân các cấp ban hành các văn bản quy định điều kiện kinh doanh¹⁴. Như vậy, hạn chế đối với hoạt động kinh doanh theo đó cũng tăng lên, gây thêm tổn kém cho doanh nghiệp và quản lý nhà nước. Không ít các điều kiện đưa ra là không hợp lý (không rõ mục đích chính đáng cần phải đạt); trái lại, có xu hướng tạo độc quyền kinh doanh cho một số doanh nghiệp, cho một nhóm người đang hoạt động trong ngành đó; tạo đặc quyền cho một số người có liên quan đến việc “hoàn thành” các điều kiện kinh doanh.¹⁵ Có điều kiện đưa ra không những trái thẩm quyền mà còn chưa có bộ máy, cơ chế và cách thức thực hiện¹⁶.

Hộp 1. Điều kiện áp dụng giấy phép ở OECD

Điều kiện kinh doanh nói chung là tập hợp đa dạng các công cụ mà Chính phủ sử dụng để đặt ra các yêu cầu đối với công dân và doanh nghiệp.

Các điều kiện nội dung được xếp thành 2 nhóm, đó là điều kiện kinh tế và điều kiện xã hội. Điều kiện kinh tế can thiệp trực tiếp vào các quyết định của thị trường như định giá, cạnh tranh, gia nhập hay rút khỏi thị trường; còn điều kiện xã hội là để bảo vệ các lợi ích cộng đồng như sức khỏe, an toàn xã hội, môi trường và đoàn kết xã hội. Các điều kiện được xác định để sử dụng giấy phép như một điều kiện kinh doanh chỉ khi rõ ràng có mối

¹⁴ Quyết định 1247/21001/QĐ-BGTVT của Bộ giao thông vận tải, Quyết định.21/2004/QĐ-BTC của Bộ tài chính; Quyết định năm 2001 của Ủy ban nhân dân tỉnh Bến Tre.

¹⁵ Các điều kiện về dịch vụ kinh doanh hàng hải (Nghị định số 10/2001/NĐ-CP); Thẻ hướng dẫn viên du lịch (Nghị định số 27/2001/ND-CP) v.v... là những ví dụ điển hình.

¹⁶ Công văn tháng 8/2003 của Ủy ban nhân dân tỉnh Quảng Ninh về điều kiện kinh doanh dịch vụ ăn uống nhà nổi.

nguy hại đến công chúng do hoạt động kinh doanh đó tạo ra và thực sự có vấn đề về thông tin đối với người tiêu dùng.

Nguồn: “*From red tape to smart tape: administrative simplification in OECD countries, 2003*”.

27. Thực tế hơn 4 năm qua cho thấy việc kiểm soát và giám sát quá trình tạo ra “điều kiện kinh doanh không cần giấy phép” còn khó và ít hiệu quả hơn nhiều so với giấy phép. Xét về góc độ thực hiện, thì ngoài kém hiệu lực của những điều kiện bất hợp lý (như trình bày trên đây), phương thức, cơ chế và bộ máy quản lý nhà nước đối với điều kiện kinh doanh loại này cũng chưa hình thành một cách rõ nét; hoạt động chưa hiệu quả.

28. Nguyên nhân của thực trạng này là gì?

- Trước hết và quan trọng nhất có lẽ là còn thiếu hẳn tầm nhìn về cải cách và xây dựng thể chế cải thiện môi trường kinh doanh;

- Thiếu tính cương quyết, cam kết chính trị vững chắc và nhất quán thúc đẩy cải cách;

- Thiếu phương pháp luận định hướng cho hành động cải cách cụ thể;

- Thiếu bộ máy chuyên trách, đủ năng lực chuyên môn, đủ thẩm quyền và nguồn lực để cải cách.

Quá trình nghiên cứu soạn thảo Luật Doanh nghiệp thống nhất có thể góp phần hoàn thiện thêm phương pháp luận định hướng cho cải cách trong lĩnh vực điều kiện kinh doanh. Đó rõ ràng là cần thiết, nhưng hoàn toàn chưa đủ, để có thể tạo ra bước đột phá và sự bền vững của các biện pháp cải cách.

29. Từ nhiều năm nay, nhiều quốc gia, nhất là các nước OECD, đã liên tục nghiên cứu, báo cáo, rút ra bài học và đề xuất định hướng về cải cách thể chế. Cải cách thể chế bãi bỏ, đơn giản hoá thủ tục hành chính, giảm, bãi bỏ các ràng buộc có tính kinh tế và xã hội để giảm chi phí xã hội, tăng mức độ linh hoạt của môi trường kinh doanh đã liên tục được thực hiện.

Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp

30. Quy định về quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp (trong Luật Doanh nghiệp) là một “đặc thù” của Luật về doanh nghiệp ở nước ta. Trong cơ chế kế hoạch hoá trước đây, doanh nghiệp chỉ được làm những gì cơ quan nhà nước cho phép; các quyền của doanh nghiệp cũng như cách thức thực hiện quyền đó đều theo mệnh lệnh hành chính tập trung theo chiều dọc từ trên xuống. Vì vậy, việc luật định một cách cụ thể các quyền năng của doanh nghiệp là cần thiết. Đó là một yếu tố chứng minh sự “thoát khỏi” cơ chế cũ; tạo thêm sự an tâm và lòng tin cho các nhà đầu tư bỏ vốn kinh doanh.

31. Theo quy định tại Điều 7, thì doanh nghiệp áp dụng theo Luật Doanh nghiệp có đầy đủ các quyền; do đó, có đầy đủ quyền tự chủ kinh doanh. Thực tế cho thấy các doanh nghiệp về cơ bản đã có được quyền theo luật định và thụ hưởng được các quyền đó. So với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, về điểm này, doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp có ưu thế vượt trội.

32. Điều 8 quy định 8 loại nghĩa vụ của doanh nghiệp. Cũng tương tự như đối với quyền của doanh nghiệp, nội dung cụ thể các nghĩa vụ và cách thức thực hiện các nghĩa vụ áp dụng theo các quy định pháp luật tương ứng.

Khác với các quyền, có nhận xét chung là ý thức chấp hành nghĩa vụ và mức độ thực hiện các nghĩa vụ của doanh nghiệp còn thấp, nhất là nghĩa vụ quy định tại các Khoản 2, 3 và 5 Điều 8.

33. Khác với thực hiện các quyền, việc thực hiện các nghĩa vụ đòi hỏi phải có cả bộ máy quyền lực bắt buộc phải tuân thủ. Mức độ kém hiệu lực của các quy định về nghĩa vụ bắt nguồn từ một số nguyên nhân. Nội dung cụ thể các nghĩa vụ và cách thức thực hiện nghĩa vụ chưa hợp lý, chưa minh bạch. Bộ máy thực hiện chưa đủ mạnh về chuyên môn, chưa trang bị đủ về ngân sách hoạt động và phương tiện; cách thức tổ chức thực hiện chưa công bằng, chưa minh bạch; chưa chiếm được lòng tin và sự tín nhiệm của công chúng nói chung và của doanh nghiệp nói riêng.

II. THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP VÀ ĐĂNG KÝ KINH DOANH

Các mặt được tổng quát

34. Đơn giản hoá thủ tục thành lập và đăng ký kinh doanh được coi là một trong những tiến bộ đột phá của Luật Doanh nghiệp. Đó chính là một trong những điểm tạo ra sự khác biệt giữa Luật Doanh nghiệp so với các Luật khác.

Luật Doanh nghiệp về cơ bản đã tạo lập được sự bình đẳng về cơ hội kinh doanh. Ngày nay, mọi tổ chức, cá nhân (không thuộc đối tượng cấm kinh doanh), nếu có cơ hội hoặc sáng kiến kinh doanh, đều thành lập được doanh nghiệp phù hợp với yêu cầu và hoàn cảnh cụ thể để thực hiện cơ hội hoặc sáng kiến kinh doanh đó. Luật Doanh nghiệp đã trở thành khâu đột phá về cải cách hành chính, thể hiện chủ yếu trên 3 mặt. *Một là*, đơn giản hoá được trình tự, thủ tục và hồ sơ thành lập doanh nghiệp. Nhờ đó, theo số liệu điều tra từ nhiều nguồn khác nhau, thời gian thành lập doanh nghiệp đã giảm từ khoảng hơn 90 ngày trước đây xuống trung bình còn khoảng 7 ngày, kể từ khi nhận đủ hồ sơ hợp lệ; ở nhiều tỉnh, thời gian đăng ký kinh doanh đã rút xuống còn 2 đến 4 ngày; ở Thành phố Hồ Chí Minh đã thử nghiệm đăng ký kinh doanh qua mạng, rút ngắn thời hạn đăng ký kinh doanh xuống chỉ còn 1 giờ. Chi phí cho việc đăng ký kinh doanh cũng đã giảm đáng kể, từ khoảng trung bình 10 triệu đồng, xuống còn khoảng 500 nghìn đồng. *Hai là*, tạo được cơ sở pháp lý phân định rõ quyền của nhà nước, của cán bộ công chức nhà nước với quyền của người đầu tư và của doanh nghiệp; từng bước xoá bỏ thói quen ôm đồm, làm thay và gây phiền hà, khó khăn cho doanh nghiệp từ phía các cơ quan nhà nước. *Ba là*, đã bãi bỏ được khoảng 150 loại giấy phép kinh doanh, qua đó, xoá bỏ được một phần không nhỏ những cản trở hành chính bất hợp lý đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Luật Doanh nghiệp đã mở rộng quyền tự chủ, sáng tạo cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp; đồng thời, tạo cơ sở pháp lý đảm bảo tính ổn định về chính sách của nhà nước, tính minh bạch trong quan hệ giữa cơ quan nhà nước và doanh nghiệp. Hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp trong nhiều ngành, nghề trở nên ổn định và chắc chắn hơn; không còn bị giới hạn bởi nội dung hạn hẹp, cứng nhắc và thời hạn ngặt nghèo của

giấy phép. Nhờ đó, đã giảm được đáng kể những rủi ro và chi phí kinh doanh phát sinh trong việc xin phép, xin gia hạn giấy phép.

Tất cả những yếu tố đó đã góp phần làm cho doanh nghiệp an tâm và tự tin hơn trong việc khởi sự kinh doanh, trong đầu tư mở rộng phạm vi và quy mô kinh doanh.

Những điểm chưa được

35. Về cách soạn thảo và nội dung quy định liên quan đến thành lập doanh nghiệp và đăng ký kinh doanh còn có một số điểm đáng bàn.

Luật Doanh nghiệp phân biệt và tách biệt quyền thành lập, quyền góp vốn và quyền quản lý. Và như vậy, theo Luật thì có 3 nhóm người: nhóm 1 gồm những người có cả 3 quyền: thành lập, góp vốn và quản lý; nhóm 2 chỉ có 2 quyền góp vốn và quản lý; và nhóm 3 chỉ có quyền góp vốn (không có cả quyền quản lý).

Khác với trước đây, quyền thành lập doanh nghiệp để kinh doanh là quyền của người dân; và thủ tục thành lập doanh nghiệp đòi hỏi phải có một số kỹ năng và chuyên môn. Vì vậy, người đầu tư đã có xu hướng uỷ quyền cho người khác thực hiện các thủ tục thành lập doanh nghiệp. Về hình thức, chính những người tư vấn mới là người thành lập doanh nghiệp.

Việc ngăn cấm quyền quản lý khỏi quyền góp vốn là điều không bình thường; bởi vì, quyền quản lý là “hệ quả” của quyền góp vốn; người góp vốn đương nhiên phải có quyền quản lý. Nếu luật pháp tước đi của họ quyền quản lý, thì phải “đền bù lại” cho họ lợi ích hay quyền khác tương đương. Nếu không, thì có thể xảy ra một số khả năng: (i) họ chỉ góp vốn ngắn hạn vào những cơ hội đầu tư mang lại lợi nhuận siêu ngạch; (ii) họ chỉ góp vốn khi tìm được người và phương thức quản lý thay thế như họ đang có quyền quản lý; (iii) cuối cùng là họ không góp vốn.

36. Điều 9 Luật Doanh nghiệp quy định 8 trường hợp không được quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp; và Điều 9 quy định 3 trường hợp có quyền góp vốn mà không có quyền thành lập và quản lý. Trước hết, việc sử dụng phương pháp “loại trừ” là một tiến bộ đáng ghi nhận. Bảy trường hợp (từ 1 đến 7) đều là những người bị cấm quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp được quy định ở những văn bản pháp luật khác. Trường hợp thứ 8 là “tổ chức và cá nhân nước ngoài”. Việc “loại bỏ” tổ chức và cá nhân nước ngoài là đương nhiên; bởi vì, ngay từ đầu, Luật Doanh nghiệp đã được xác định là không áp dụng đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

37. Xét về hiệu lực thực tế, quy định cấm cán bộ công chức, sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, cán bộ quản lý trong các DNNN thành lập và quản lý doanh nghiệp riêng của mình đều không đạt được mục tiêu đề ra. Tức là không ngăn chặn được việc lạm dụng quyền lực công được giao phục vụ, hay gây ảnh hưởng có lợi cho doanh nghiệp của gia đình họ, hay người có liên quan với họ. Quan sát sơ bộ cho thấy không ít các doanh nghiệp của tư nhân hiện nay do vợ, con, người thân của một số cán bộ cao cấp, của chủ tịch, thành viên HĐQT hay Tổng giám đốc v.v... của Tổng công ty và doanh nghiệp nhà nước khác. Khi cơ quan nhà nước còn có quyền phân chia, ban phát, xin - cho (ví dụ trong lĩnh vực quyền sử dụng đất), hay doanh nghiệp nhà nước còn có đặc quyền, tính minh bạch và trách nhiệm giải trình trong bộ máy nhà nước chưa cao, thì các quy

định nói trên sẽ còn kém hiệu lực. Ngoài ra, trên thực tế vẫn có cán bộ, công chức ở cấp địa phương đứng tên thành lập doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp.

38. Người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đang phải chấp hành hình phạt tù v.v... (Khoản 6 Điều 9) thuộc nhóm người bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp. Quy định này mới chỉ xét đến tính thời điểm mà chưa tính đến quá trình diễn biến cuộc sống thực tế. Trên thực tế có không ít người bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc bị phạt tù, (nhưng không bị tịch thu tài sản) sau khi đã thành lập và trực tiếp quản lý doanh nghiệp. Áp dụng quy định tại Khoản 6 Điều 9 đối với trường hợp nói trên sẽ tạo ra không công bằng và bất hợp lý đối với chính người đó và những người có liên quan; và có thể dẫn tới phải giải thể, thậm chí phá sản doanh nghiệp.

39. Theo Khoản 8 Điều 9 và Khoản 2 Điều 10, thì tổ chức nước ngoài, người nước ngoài không thường trú tại Việt Nam chỉ được quyền góp vốn, mà không có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp; và việc góp vốn của họ lại thực hiện theo Luật Khuyến khích đầu tư trong nước. Điều 5 Luật Khuyến khích đầu tư trong nước quy định “ Thủ tướng Chính phủ quyết định những trường hợp cụ thể cho phép nhà đầu tư là người nước ngoài góp vốn, mua cổ phần của doanh nghiệp Việt Nam tới mức không quá 30% vốn điều lệ của doanh nghiệp”.

40. Như vậy, đối với đầu tư nước ngoài, Luật phân biệt nhà đầu tư là “người thường trú” và nhà đầu tư là “người không thường trú”. Đối với người nước ngoài thường trú ở Việt Nam, thì họ được quyền đầu tư góp vốn như nhà đầu tư Việt Nam; còn đối với nhà đầu tư không thường trú, thì họ chỉ được góp vốn tới mức không quá 30% vốn điều lệ của doanh nghiệp theo Quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Nội dung này sau đó được giải thích tại Điều 5 Nghị định số 51/1999/NĐ-CP¹⁷.

41. Giải thích ở Điều 5 Nghị định 51 có 4 điểm đáng lưu ý. *Một là*, không rõ ràng về phân biệt nhà đầu tư nước ngoài là thường trú hay không thường trú như quy định Điều 5 của Luật. *Hai là*, Thủ tướng Chính phủ quyết định về danh mục ngành, nghề trong đó nhà đầu tư nước ngoài được quyền góp vốn, mua cổ phần không quá 30% vốn điều lệ (những trường hợp cụ thể được hiểu là danh mục ngành nghề được phép đầu tư)¹⁸. *Ba là*, đối với góp vốn vào DNNN cổ phần hoá, chuyển đổi sở hữu, thì tiếp nhận nhà đầu tư nước ngoài là thành viên hay cổ đông do Bộ trưởng hay Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh quyết định tương ứng. *Bốn là*, đối với doanh nghiệp của thành phần kinh tế khác, thì việc góp vốn hay mua cổ phần thực hiện theo thoả thuận giữa nhà đầu tư nước ngoài và doanh

¹⁷ Điều 5: Thẩm quyền quyết định về việc mua cổ phần, góp vốn đối với nhà đầu tư là người nước ngoài

1. Người nước ngoài được góp vốn hoặc mua cổ phần với mức không quá 30% vốn điều lệ của doanh nghiệp Việt Nam vào những ngành, nghề, lĩnh vực thuộc Danh mục do Thủ tướng Chính phủ phê duyệt cho từng thời kỳ theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Kế hoạch và Đầu tư.

2. Việc nhà đầu tư là người nước ngoài góp vốn hoặc mua cổ phần với mức không quá 30% vốn điều lệ của doanh nghiệp nhà nước thuộc danh mục do Thủ tướng Chính phủ phê duyệt được quy định như sau:

a) Đối với doanh nghiệp Trung ương quản lý do Bộ trưởng Bộ Tài chính quyết định;
b) Đối với doanh nghiệp địa phương quản lý do Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quyết định theo đề nghị của Giám đốc Sở Kế hoạch và Đầu tư.

3. Việc nhà đầu tư là người nước ngoài góp vốn hoặc mua cổ phần với mức không quá 30% vốn điều lệ của doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác thuộc ngành, nghề, lĩnh vực quy định tại Danh mục đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt được thực hiện theo hợp đồng ký giữa nhà đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có liên quan. Trường hợp này, doanh nghiệp phải thông báo bằng văn bản cho cơ quan đã cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp chậm nhất 15 ngày sau khi đã thực hiện việc góp vốn hoặc mua cổ phần.

¹⁸. Trên thực tế có 2 Quyết định. Quyết định 145/1999/QĐ-TTg và Quyết định 260/2002/QĐ-BKH. Sau đó, Quyết định 36/2003/QĐ-TTg thay thế quyết định 145/1999/QĐ-TTg nói trên.

ng nghiệp có liên quan, nhưng phải thông báo cho cơ quan đăng ký kinh doanh 15 ngày sau khi đã thực hiện việc góp vốn hoặc mua cổ phần.

42. Tóm lại, hạn chế đối với đầu tư nước ngoài theo Luật Doanh nghiệp bao gồm:

- (i) Khống chế về tỷ lệ sở hữu tối đa 30 % vốn điều lệ;
- (ii) Khống chế về ngành, nghề: chỉ trong danh mục do Thủ tướng quyết định hoặc Bộ trưởng Bộ Kế hoạch và đầu tư quyết định theo uỷ quyền của Thủ tướng Chính phủ.
- (iii) Không có quyền quản lý doanh nghiệp;
- (iv) Thủ tục hành chính thực hiện đầu tư (góp vốn, mua cổ phần) không được quy định rõ ràng, không cụ thể về hồ sơ, thủ tục, trình tự, điều kiện, thời hạn chấp thuận, hay đăng ký v.v....

43. Điều đáng nói thêm là việc khống chế góp vốn của người đầu tư nước ngoài vào “ danh mục các ngành, nghề được phép” là không có hiệu lực trên thực tế. Bởi vì, trên thực tế các doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp đều kinh doanh đa dạng trong nhiều ngành, nghề mà pháp luật không cấm, trong đó, có một hoặc một số ngành, nghề mà pháp luật cho phép người nước ngoài góp vốn. Kết quả là vốn góp, vốn cổ phần của người nước ngoài được sử dụng cho hoạt động kinh doanh chung của doanh nghiệp chứ không chỉ kinh doanh các ngành, nghề mà họ được quyền góp vốn. Nói cách khác, không thể phân định được việc mua cổ phần, góp vốn của người nước ngoài theo ngành, nghề kinh doanh đối với các doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp. Doanh nghiệp chỉ cần đăng ký bổ sung thêm ngành, nghề thuộc danh mục quy định sẽ có quyền huy động thêm sự góp vốn, mua cổ phần của người nước ngoài. Như vậy, quy định danh mục ngành, nghề trong đó người nước ngoài có quyền góp vốn, mua cổ phần trở nên không cần thiết và kém hiệu lực trong quản lý nhà nước. Trái lại, nó lại tạo thêm những chi phí giao dịch cho doanh nghiệp và cơ quan nhà nước có liên quan; đồng thời, làm cho người đầu tư nước ngoài cảm thấy chưa được tin cậy, vẫn bị đối xử bất bình đẳng. Tất cả những điều đó góp phần làm cho môi trường đầu tư ở nước ta kém hấp dẫn và kém cạnh tranh hơn so với các nước khác.

44. Rõ ràng, hạn chế đối với đầu tư nước ngoài theo Luật Doanh nghiệp còn khắt khe hơn nhiều so với đầu tư theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam. Trong khi đó, các quyền lợi của họ lại không được quy định rõ và chắc chắn là không cao hơn, nhiều hơn so với các nhà đầu tư nước ngoài khác. Những hạn chế trên đây khắt khe đến mức chông là người nước ngoài không được làm quản lý doanh nghiệp do chính vợ của anh ta làm chủ sở hữu (có người nói hạn chế này là quá khắt khe đến mức phi lý).

45. Cho đến nay, số đầu tư nước ngoài theo Luật Doanh nghiệp là không nhiều.

46. Có hàng loạt các câu hỏi đặt ra. Tại sao lại khống chế tỷ lệ sở hữu 30%? (trong khi theo luật khác, thì họ được quyền nắm giữ 100% sở hữu); Cũng tương tự như vậy, tại sao lại “tước đi” quyền quản lý của người đầu tư nước ngoài? Lấy căn cứ nào đưa ra danh mục cho phép đầu tư? Tại sao danh mục này lại khác so với danh mục áp dụng theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam? Tại sao chỉ được đầu tư tối đa là 30% vốn điều lệ mà thủ tục lại không rõ ràng, không cụ thể và phức tạp đến mức không thể làm được? Tại sao cơ quan có thẩm quyền “cấp phép” lại khác nhau đối với đầu tư theo Luật Khuyến khích đầu tư trong nước và Luật Đầu tư nước ngoài? v.v... Hình như, trong quá trình xây dựng cũng như thực hiện chính sách, các câu hỏi nói trên không được bàn đến; và chính sách cứ thông qua và thực hiện theo một thói quen hành chính tùy tiện.

Nội dung và cách thức thực hiện chính sách trong lĩnh vực này rõ ràng không tương thích với chủ trương cải cách mở cửa, đa dạng hoá phương thức huy động nguồn lực và chủ động hội nhập kinh tế của Đảng và Nhà nước ta.

47. Điều 12, 13, 14, 15, 16, 17 và 18 Luật Doanh nghiệp quy định trình tự, loại và nội dung hồ sơ, điều kiện, thời hạn và thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Những điều khoản nói trên của Luật Doanh nghiệp chủ yếu quy định việc thực hiện mối quan hệ giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong đăng ký thành lập doanh nghiệp. Sự rõ ràng, cụ thể, dễ hiểu và nhất quán về từng loại hồ sơ, nội dung của chúng, về trình tự và thủ tục, về quyền và trách nhiệm của người đầu tư, về thẩm quyền và trách nhiệm của cơ quan nhà nước có liên quan, về điều kiện “cấp” và “được cấp” đăng ký kinh doanh, thời điểm được quyền kinh doanh là một điểm mạnh nổi bật của Luật Doanh nghiệp so với các luật khác.

48. Tuy nhiên, thành lập doanh nghiệp không phải chỉ là đăng ký kinh doanh; mà là một quá trình: từ việc hình thành ý tưởng, tìm kiếm cơ hội đầu tư, điều tra, nghiên cứu xây dựng dự án đầu tư, dự tính hiệu quả và quyết định đầu tư, tìm kiếm và lựa chọn đối tác đầu tư, lựa chọn công nghệ, địa điểm đầu tư, chiến lược kinh doanh¹⁹ v.v... Tất cả các công việc đó là của người đầu tư, do chính người đầu tư tự quyết định trên cơ sở tuân thủ các quy định pháp luật có liên quan. Việc đăng ký kinh doanh chỉ là thiết lập nên “công cụ”, hay chủ thể pháp lý để thực hiện. Sự thành công của khởi sự kinh doanh có lẽ phụ thuộc vào chất lượng của tất cả các công việc “chuẩn bị” kinh doanh; thủ tục đăng ký kinh doanh đơn giản chỉ tạo điều kiện dễ dàng hơn cho việc thực hiện ý tưởng, sáng kiến kinh doanh và cơ hội kinh doanh mà thôi.

49. Hiện nay, đăng ký kinh doanh chỉ là một thủ tục gia nhập thị trường. Sau đăng ký kinh doanh, lần lượt là: khắc dấu (ở cơ quan Công an), đăng ký mã số thuế, mua hoá đơn thuế giá trị gia tăng, đăng ký nội quy lao động, đăng ký mã số hải quan (để xuất khẩu và nhập khẩu trực tiếp), xin phép kinh doanh (đối với ngành, nghề kinh doanh đòi hỏi phải có giấy phép).

Khảo sát của Ban nghiên cứu của Thủ tướng Chính phủ và Hiệp hội công thương thành phố Hà Nội(2003) cho thấy phải mất từ 54 đến 63 ngày mới có thể hoàn thành được 3 “công đoạn” nói trên. Nghiên cứu của Ngân hàng thế giới (2004) cho thấy ở Nước ta phải làm 11 thủ tục với chi phí 63 ngày và khoảng 170 đô la (tức 1/3 GDP bình quân/người) mới hoàn thành công đoạn “gia nhập thị trường”; trong khi đó, ở Úc người ta chỉ có 2 thủ tục mất 2 ngày và 2% GDP/người; ở Singapore cần 7 thủ tục trong 8 ngày với mức chi phí bằng 1,2% GDP/người. Những phát hiện nói trên chứng tỏ, tuy đã được đơn giản rất nhiều trong mấy năm qua, nhưng thủ tục gia nhập thị trường ở nước ta vẫn chỉ ở mức trung bình của thế giới; và còn có thể rút ngắn thủ tục, thời gian và chi phí.

50. Trong hơn 4 năm qua, không ít hiện tượng làm trái quy định về đăng ký kinh doanh vẫn tiếp tục tồn tại. Sau đây, xin nêu hai hiện tượng tương đối phổ biến. Một là, đòi hỏi nộp thêm hồ sơ trái quy định. Các hồ sơ đó thường là: xác nhận (UBND phường, xã) lý lịch tư pháp của người chủ doanh nghiệp (đối với công ty cổ phần có nhiều cổ đông có thể là cổ đông lớn nhất), xác nhận địa chỉ trụ sở chính, chi nhánh và văn phòng đại diện, xác nhận hay bản sao chứng minh tài sản góp vốn, hợp đồng thuê trụ sở, thuê địa điểm

¹⁹ Đây là giai đoạn chuẩn bị thành lập do những người sáng lập thực hiện gồm 3 loại công việc: khám phá (tìm kiếm cơ hội đầu tư để phát triển), điều tra và nghiên cứu (thu thập thông tin, phân tích xem cơ hội đầu tư có khả thi hay không) và cuối cùng tìm kiếm và tập hợp các nguồn lực và điều kiện cần thiết để thành lập doanh nghiệp và tổ chức kinh doanh.

kinh doanh v.v... Hai là, đặt thêm các thủ tục trái quy định như xác nhận hợp đồng của Ủy ban nhân dân quận, huyện đối với một số ngành nghề, hay đòi hỏi giấy chứng nhận điều kiện kinh doanh trước khi đăng ký thành lập doanh nghiệp.

51. Xem xét cụ thể thêm về thực tế của các hiện tượng làm trái quy định Luật Doanh nghiệp cho thấy một số điểm đáng lưu ý sau đây. Trước hết, về xác nhận nhân thân, thì Ủy ban nhân dân phường, xã nơi đương sự có hộ khẩu là cơ quan xác nhận. Trên thực tế, không ít người không thường trú tại nơi đăng ký hộ khẩu. Nội dung xác nhận, điều kiện xác nhận, thời hạn xác nhận hoàn toàn không được quy định. Vì vậy, việc xác nhận hoàn toàn tùy thuộc vào ý muốn của cán bộ được yêu cầu xác nhận. Những vấn đề tương tự cũng xuất hiện trong các “xác nhận” khác. Đặt ra các yêu cầu, thủ tục trên chỉ làm tăng thêm chi phí, thời gian thành lập doanh nghiệp, mà không đạt được mục đích như mong muốn.²⁰ Những vụ lạm dụng mua hoá đơn và hoàn thuế giá trị gia tăng xảy ra ngay cả ở những địa phương đặt ra những hồ sơ, quy định trái với Luật Doanh nghiệp.

52. Có một số nguyên nhân dẫn đến các hiện tượng nói trên. Một số cán bộ công chức liên quan có thẩm quyền lo lắng đến quản lý nhà nước. Theo họ, không xác nhận nhân thân, không xác nhận địa điểm thì làm sao biết được người thành lập doanh nghiệp là người tốt, không lạm dụng việc thành lập doanh nghiệp để làm ăn phi pháp. Một số khác thì lo lắng cho trách nhiệm của mình; và yêu cầu xác nhận để có người cùng chia sẻ, nếu có ai đó lợi dụng đăng ký kinh doanh như là công cụ làm ăn phi pháp. Một số nơi yêu cầu thêm thủ tục để tránh tập trung kinh doanh một số ngành, nghề vào một khu vực dẫn đến “cung vượt quá cầu”, ảnh hưởng xấu đến môi trường sống v.v...

53. Thực tế cho thấy trong một số năm đầu thực hiện Luật Doanh nghiệp có hiện tượng lợi dụng đăng ký kinh doanh để trục lợi phi pháp thông qua việc mua, bán hoá đơn và hoàn thuế giá trị gia tăng. Trong đó, một số người đã lợi dụng và trục lợi cho chính bản thân họ; và một số người khác “được thuê” đứng tên để những “người thuê” trục lợi phi pháp. Những người “được thuê” thường thuộc nhóm người nghèo, trình độ văn hoá thấp và không được đào tạo về chuyên môn tay nghề v.v... Các hiện tượng nói trên đã được sử dụng làm căn cứ (ít nhất là như thế) để xuất sử dụng một số thủ tục và yêu cầu xác nhận nhân thân như trước đây; hoặc tiếp tục “duy trì” một số xác nhận và thủ tục trái Luật Doanh nghiệp như trình bày trên đây.

54. Hiện tượng nói trên chủ yếu xảy ra trong 2 năm đầu thi hành Luật Doanh nghiệp; bởi vì, (i) việc lợi dụng quy định và cơ chế hoàn thuế giá trị gia tăng để trục lợi chưa được quản lý và ngăn chặn một cách có hiệu quả; (ii) cán bộ đăng ký kinh doanh đã hiểu và thực hiện một cách “máy móc” một số thẩm quyền và trách nhiệm của họ, không đối chiếu thẩm tra ở mức tối thiểu ngay từ đầu tính trung thực của nội dung hồ sơ; và (iii) công tác quản lý nhà nước nói chung còn chưa quen với những thay đổi và đòi hỏi mới của Luật Doanh nghiệp, chưa có sự phối hợp hiệu quả giữa các cơ quan có thẩm quyền có liên quan.

Công bố thông tin về nội dung đăng ký kinh doanh

55. Luật Doanh nghiệp yêu cầu cả cơ quan đăng ký kinh doanh và doanh nghiệp “công bố” thông tin nội dung đăng ký kinh doanh. Theo Khoản 1 Điều 20, Cơ quan đăng ký kinh doanh, trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh

²⁰ Báo cáo tổng kết 4 năm thi hành Luật Doanh nghiệp, tháng 10/2003.

doanh, giấy chứng nhận thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh, phải gửi bản sao giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho 3 cơ quan nhà nước là: (i) Cục thuế, (ii) Sở quản lý ngành tương ứng, và (iii) Ủy ban nhân dân quận, huyện nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính.

56. Mục đích quy định nói trên là để tạo cơ sở, điều kiện thuận lợi để các cơ quan quản lý nhà nước có liên quan cùng phối hợp một cách có hiệu quả trong việc quản lý doanh nghiệp sau đăng ký. Đó là một yêu cầu hợp lý. Tuy vậy, trong quá trình thực hiện đã nảy sinh một số vấn đề. *Một là*, ngành, nghề kinh doanh rất đa dạng, trong khi đó, ngành, nghề trong phạm vi thẩm quyền quản lý nhà nước của một Sở chuyên ngành thường bị giới hạn. Vì vậy, trong nhiều trường hợp, cơ quan đăng ký kinh doanh không biết phải “chia sẻ” thông tin cùng với cơ quan nào để phối hợp; hoặc khi nhận được, thì Sở tương ứng không quan tâm, do ngành, nghề đó không thuộc “thẩm quyền quản lý của họ”. *Hai là*, các Sở và Ủy ban nhân dân cấp huyện không thiết lập “đầu mối” chuyên trách nhận, cập nhật và phân tích các thông tin nhận được về doanh nghiệp. *Ba là*, cơ quan thuế và cơ quan đăng ký kinh doanh có hệ thống và phương thức khác nhau trong quản lý doanh nghiệp; nên sự phối hợp với nhau cũng kém hiệu quả. Kết quả là, việc thực hiện các quy định nói trên thực tế không đạt được mục tiêu như mong muốn; các cơ quan có liên quan, nhất là các Sở chuyên ngành, vẫn phần nào là họ không có thông tin về doanh nghiệp, không biết được hiện có bao nhiêu doanh nghiệp ngoài quốc doanh đang hoạt động trong ngành do họ quản lý v.v...

57. Điều 21 Luật Doanh nghiệp yêu cầu doanh nghiệp trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày đăng ký phải công bố trên báo địa phương hoặc báo hàng ngày trung ương trong 3 số liên tiếp một số thông tin cơ bản về doanh nghiệp.²¹ Nếu có thay đổi về các nội dung đó, thì doanh nghiệp công bố các thay đổi đó với phương thức tương tự.

58. Quy định về công báo tại Điều 21 Luật Doanh nghiệp là nhằm cung cấp thông tin ban đầu về doanh nghiệp cho những ai có quan tâm; tạo thuận lợi cho họ trong việc theo dõi, giám sát và thiết lập giao dịch với doanh nghiệp. Tuy vậy, việc thực hiện các quy định nói trên thực tế vẫn rất kém hiệu quả. *Một là*, báo địa phương và báo hàng ngày trung ương là những báo nào, có gồm cả các báo ngành? Báo hàng ngày (cả địa phương và trung ương) trong thời gian qua là chưa nhiều; phần lớn các báo cách ngày, hoặc chỉ 3,4 và 5 kỳ/tuần. *Hai là*, tỷ lệ số doanh nghiệp đăng báo là không nhiều, có thể nói là rất ít. Phần lớn doanh nghiệp đăng bố cáo thành lập là ở các thành phố. *Ba là*, chi phí đăng bố cáo thành lập cao, từ 450.000 đến 1.000.000 đồng, tùy thuộc vào tờ báo, số lượng thông tin và trang tin v.v... (cao gấp 3 đến 5 lần so với mức lệ phí đăng ký kinh doanh). *Bốn là*, không có biện pháp chế tài hiệu quả đối với doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ công báo; và cuối cùng là hiệu lực và tính hữu ích của thông tin không cao.

59. Thực tế cho thấy nếu thiết lập được hệ thống thông tin thống nhất toàn quốc, thì mục tiêu của các quy định nói trên sẽ thực hiện được một cách hiệu quả, mà không gây thêm tổn kém cho các bên có liên quan. Kết quả ban đầu của hệ thống mạng thông tin doanh nghiệp ở Thành phố Hồ Chí Minh đã chứng minh điều đó.

Vốn, tài sản góp vốn, góp vốn và một số vấn đề khác có liên quan

²¹ Tên, địa chỉ trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện (nếu có), mục tiêu, ngành, nghề kinh doanh, vốn điều lệ (đối với công ty) và vốn đầu tư ban đầu (đối với doanh nghiệp tư nhân), tên và địa chỉ của chủ sở hữu, của tất cả thành viên sáng lập, tên, địa chỉ người đại diện theo pháp luật, nơi đăng ký kinh doanh.

60. Không sử dụng mức vốn tối thiểu bắt buộc như một điều kiện để thành lập doanh nghiệp và đăng ký kinh doanh, không yêu cầu xác nhận vốn v.v... là những đổi mới được thừa nhận rộng rãi của Luật Doanh nghiệp. Những thay đổi đó đã giúp giảm chi phí thành lập doanh nghiệp, phát huy được cơ hội, sáng kiến và các yếu tố cần thiết khác (năng lực quản lý, trình độ chuyên môn, tay nghề v.v...) đối với vận hành và phát triển một doanh nghiệp; đồng thời, loại bỏ được việc lợi dụng “chấp thuận”, “xác nhận” một cách hình thức chỉ nhằm có đủ thủ tục quy định để trục lợi phi pháp.

61. Trong thời kỳ đầu thi hành Luật Doanh nghiệp, có người đã lo lắng về hiện tượng thành lập doanh nghiệp mà không có vốn; có người lo rằng sẽ có doanh nghiệp đăng ký vốn chỉ có vài nghìn đồng; và như vậy, doanh nghiệp đó đã “phá sản” ngay khi vừa mới thành lập (nhìn từ quan điểm cân đối tài chính). Thực tế cho thấy về tổng thể số vốn thực tế đầu tư ở từng địa phương thường không thấp hơn số vốn đăng ký trong cùng thời kỳ. Số vốn đăng ký thấp nhất/doanh nghiệp là 5 triệu đồng (thường là kinh doanh dịch vụ ăn uống, du lịch, bán lẻ hàng hoá v.v...). Còn số vốn đăng ký cao nhất là trên 200 tỷ đồng (thường trong lĩnh vực kinh doanh xây dựng và phát triển hạ tầng). Quan sát thực tế cho thấy có hiện tượng đăng ký vốn thấp hơn số thực tế sử dụng trong lĩnh vực kinh doanh xây dựng. Mục đích kê khai tăng hơn so với thực tế là để đáp ứng điều kiện dự thầu. Như vậy, nâng cao hiệu quả công tác quản lý đầu tư, xây dựng, nhất là đánh giá đúng năng lực các nhà thầu, sẽ góp phần đáng kể vào việc loại bỏ hiện tượng “khai khống” vốn đăng ký kinh doanh.

62. Khoản 4 Điều 3 Luật Doanh nghiệp quy định tài sản góp vốn có thể là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, trị giá quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác ghi trong điều lệ công ty do các thành viên góp tạo thành vốn của công ty. Như vậy, về nguyên tắc, bất cứ loại tài sản nào cũng có thể sử dụng để góp vốn, nếu được các thành viên chấp thuận và ghi vào điều lệ công ty.

63. Thực tế cho thấy đại đa số (80%) vốn đăng ký được góp bằng tiền mặt. Giá trị quyền sử dụng đất hầu như chưa được sử dụng để góp vốn. Mặc dù Luật đất đai từ năm 1998 đã xác nhận việc sử dụng giá trị quyền sử dụng đất là một trong các quyền cơ bản của người được giao đất hoặc thuê đất. Điều này phần nào chứng tỏ một phần đáng kể nguồn lực vẫn chưa được huy động và sử dụng vào mục đích sản xuất.

Hộp 3. “Tư bản chết” ở các nước đang phát triển

Có hàng tỷ người ở các nước đang phát triển đang sống trong các nhà ổ chuột, không có chứng thư sở hữu. Nhìn bề ngoài, thì đó là những ngôi nhà rẻ tiền với giá trị không kể. Nhưng lại có rất nhiều nhà cửa như vậy, và tổng hợp giá trị của chúng tạo thành số của cải vượt xa số của cải của những người giàu có cộng lại. Ở Haiti tất cả bất động sản không có chứng thư sở hữu ở thông quê và thành thị khoảng 5,2 tỷ US\$, gấp 4 lần tổng tài sản của tất cả các công ty hoạt động hợp pháp ở Haiti, gấp 9 lần số tài sản của Chính phủ, và bằng 158 lần tổng giá trị tất cả các khoản đầu tư nước ngoài ghi chép được ở Haiti. Ở Peru, giá trị các bất động sản không có chứng thư sở hữu khoảng 74 tỷ US\$, bằng 5 lần tổng định giá của Sở giao dịch chứng khoán Lima (trước khi sụp đổ vào năm 1998), hơn 11 lần giá trị của các doanh nghiệp và cơ sở của Chính phủ có khả năng được tư nhân hoá và bằng 14 lần tổng tất cả các khoản đầu tư nước ngoài trong lịch sử thành văn của đất nước này. Tình hình ở Haiti và Peru hoàn toàn không phải là ngoại lệ,

Nguồn: *Sự Bí ẩn của Tư bản (bản tiếng Việt do Nguyễn Quang A dịch 2003)*

64. Có sự bất hợp lý trong quá trình chuyển mục đích sử dụng đất, nhất là, sự cứng nhắc, chậm chạp và thủ tục hành chính phiền hà. Điều đáng tiếc là chuyển quyền sử dụng đất cũng đồng nghĩa với việc người nông dân mất quyền sử dụng đất. Và số “tư bản chết” ở nước ta cũng chắc chắn là con số không nhỏ.

65. Có ý kiến cho rằng một thành công cơ bản của cuộc cách mạng Việt Nam là đưa lại ruộng đất cho nông dân; nay thành quả đó đang bị mất dần đi do thủ tục và cách phân chia bất hợp lý những lợi ích thu được từ thay đổi mục đích sử dụng đất. Sự bất hợp lý đó đã hạn chế “cung” về đất sử dụng để phát triển công nghiệp và đô thị, đồng thời, “kích” thêm cầu; và mất cân đối “cung-cầu” ngày càng lớn. Sự bất hợp lý đã làm phát sinh ngày càng nhiều khó khăn và mâu thuẫn trong quá trình công nghiệp hoá và đô thị hoá. Điều đó đang là một trong những cản trở cơ bản đối với quá trình công nghiệp hoá, đô thị hoá nói riêng và quá trình phát triển nói chung ở nước ta.

66. Nhận thức được bất hợp lý nói trên, lãnh đạo một tỉnh đã kiến nghị cơ chế 70/30; tức là, đất nông nghiệp được chuyển sang sử dụng cho phát triển công nghiệp hoặc đô thị hoá, thì hộ gia đình nông dân vẫn tiếp tục “có quyền sử dụng” đối với 30% phần đất đã chuyển mục đích sử dụng; và nhà nước 70% còn lại.²² Với cơ chế phân chia này, hy vọng người nông dân sẽ có tài sản để góp vốn vào công ty; và ý tưởng “cổ đông hoá” nông dân mới có cơ sở thành hiện thực.

67. Có ý kiến lại đề nghị cho phép các hộ nông dân thoải thuận chuyển đổi đất sang sử dụng làm mặt bằng sản xuất công nghiệp, mà không cần sự can thiệp của nhà nước. Thực tế cho thấy trong thời gian qua đã từng bước hình thành “phân công lao động” rõ nét giữa các hộ nông dân ở một số địa phương, nhất là ở vùng có ngành, nghề truyền thống. Một số hộ đã bỏ hẳn nghề nông, mà tập trung vào kinh doanh. Như vậy, họ không còn trực tiếp sử dụng diện tích đất mà họ được giao để sản xuất nông nghiệp. Trước yêu cầu đô thị hoá và phát triển cụm công nghiệp, một số đất nông nghiệp đã phải chuyển mục đích sử dụng. Nhưng do quy hoạch, đất của những hộ “chuyên” sản xuất nông nghiệp lại được lấy để phát triển cụm công nghiệp; còn đất của các hộ “công nghiệp” lại được sử dụng để phát triển nông nghiệp. Sáng kiến chính sách ở đây là để cho chính người dân tự chuyển đổi đất mà họ được giao (có thể có sự hướng dẫn của chính quyền địa phương). Với cách làm này, các hộ nông nghiệp có nhiều đất hơn để sản xuất nông nghiệp; các hộ “công nghiệp” có đất đủ làm mặt bằng sản xuất kinh doanh mà không cần bỏ thêm chi phí; còn nhà nước thúc đẩy được phát triển cả công nghiệp và nông nghiệp, mà không nhất thiết phải bỏ thêm vốn đầu tư từ ngân sách.

Hộp 4. ... Cả thôn góp ruộng lập công ty

Thôn Bắc Vọng, xã Bắc Phú, Huyện Sóc Sơn ngoại thành Hà Nội là một địa phương thuần nông với 800 lao động. Vào đầu năm 2003, Anh Thực (kỹ sư nông nghiệp) đã đề xuất sáng kiến cùng dân làng góp ruộng làm ăn lớn, đánh đổ tư duy làm ăn cò con, sợ rủi ro của bà con nông dân. Sáng kiến của anh được các cấp chính quyền thành phố, chi bộ và bà con nông dân ủng hộ. Một số nhà đầu tư như công ty giống cây trồng trung ương I và Công ty bia Việt Hà cũng ủng hộ và cùng hợp tác kinh doanh. Đến đầu tháng 5 năm 2004, 227 hộ nông dân đã ký hợp đồng góp từng thửa ruộng nhỏ của mình cho công ty và trở thành cổ đông của công ty; 43 hộ khác ký hợp đồng cho công ty thuê dài hạn. Một kế

²² Cơ chế này có phần tương tự như chế độ “đất năm phần trăm” trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung trước đây.

hoạch kinh doanh lớn trên cơ sở sử dụng đất do bà con nông dân góp đang được triển khai. Với cách làm này, công ty cổ phần Bắc Vọng ngay từ lúc thành lập đã có 50 ha đất mà không mất một đồng đền bù, giải toả.

Nguồn: Báo pháp luật Thành phố HCM ngày 14/7/2004.

68. Nhiều ý kiến cho rằng cách làm như thôn Bắc Vọng vừa hiệu quả vừa nhận được sự đồng thuận chung trong xã hội. Việc cho người sử dụng đất góp vốn sản xuất kinh doanh bằng giá trị quyền sử dụng đất giải toả được tâm lý sợ mất đất của nông dân như trong các dự án thu hồi đất lâu nay vẫn thường làm. Người nông dân vẫn cảm nhận được quyền của họ đối với mảnh ruộng mà họ đã góp vốn vào công ty, được hưởng cổ tức ít nhất bằng mức hoa lợi sản xuất nông nghiệp truyền thống. Ngoài ra, còn được tuyển dụng lao động làm công ăn lương. Cơ chế này cũng tạo thuận lợi và đa dạng hoá phương thức tiếp cận đất đai cho các nhà đầu tư với chi phí thấp, nhưng lại có đất kinh doanh ổn định, lâu dài.

69. Trên thực tế, có rất nhiều nơi, nhiều dự án mà ở đó người dân và chủ đầu tư có thể tự thoả thuận, dàn xếp được trên nguyên tắc vừa đảm bảo được lợi ích của các bên, vừa tuân thủ đúng quy hoạch sử dụng đất, mà không tốn kém chi phí và công sức của cơ quan nhà nước có liên quan.

70. Quyền sở hữu tài sản, nhất là tài sản có thể mong muốn được sử dụng để góp vốn, chưa được xác nhận một cách rõ ràng; thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản còn phức tạp, tốn kém; chưa có cơ chế và định chế định giá chuyên nghiệp, khách quan, có chất lượng và được tin cậy đều là những rào cản đối với việc sử dụng tài sản không phải bằng tiền mặt để góp vốn.

Hộp 5. Không thể góp vốn bằng nhà do thủ tục không rõ ràng

Ông Anh²³ là cổ đông công ty cổ phần H.A. đăng ký kinh doanh tại Thành phố HCM. Năm 2001 các cổ đông đã nhất trí để ông Anh mua thêm cổ phần bằng căn nhà số X, đường T.Đ, quận 3 Thành phố HCM. Khi đến phòng đăng ký kinh doanh để làm thủ tục, thì Công ty cổ phần H.A được hướng dẫn đến Sở địa chính-nhà đất. Khi đến Sở địa chính-nhà đất (Trung tâm thông tin và đăng ký nhà đất), thì được giới thiệu về Phòng công chứng số 1. Đến phòng Công chứng số 1, thì nhận được trả lời “....Hiện nay chúng tôi không thấy có quy định nào của pháp luật về việc công ty tăng vốn điều lệ bằng cách tiếp nhận phần góp vốn là bất động sản (nhà ở) của thành viên công ty mà không phát hành cổ phiếu mới”. Và cuối cùng, việc mua của phần bằng căn nhà nói trên của ông Anh đã không thực hiện được.

71. Về “cơ chế” định giá tài sản góp vốn không phải bằng tiền mặt, Điều 23 Luật Doanh nghiệp phân biệt 2 trường hợp: góp vốn ngay khi thành lập và góp vốn trong quá trình hoạt động kinh doanh. Đối với góp vốn ngay khi thành lập, thì tất cả các thành viên sáng lập đều tham gia định giá; và trị giá tài sản góp vốn được thông qua theo nguyên tắc nhất trí. Còn đối với trường hợp thứ 2, thì HĐQT (công ty cổ phần), HĐTV (công ty trách nhiệm hữu hạn) và tất cả thành viên hợp danh (công ty hợp danh) là người định giá tài sản góp vốn. Khoản 4 Điều 23 còn quy định rõ nghĩa vụ của người định giá đối với trị giá được định của tài sản và trách nhiệm liên đới của họ đối với trường hợp định giá sai gây thiệt hại cho công ty và các bên có liên quan.

²³ . Tên cổ đông và tên công ty sử dụng trong box này đã thay đổi.

72. Thực tế cho thấy quy định nói trên có một số điểm mạnh và điểm yếu. Điểm mạnh cơ bản là linh hoạt, thuận lợi và đáp ứng được yêu cầu của người khởi nghiệp ở nước ta. Cụ thể là, đại bộ phận những người cùng nhau khởi nghiệp là các thành viên cùng gia đình, anh em và họ hàng thân thích. Họ biết rõ về nhau và cả về “thực trạng” tài sản của từng người. Và vì vậy, việc thừa nhận định giá của họ vừa hợp lý, vừa tiết kiệm được chi phí thành lập doanh nghiệp. Nguyên tắc nhất trí được sử dụng để thông qua trị giá tài sản góp vốn bảo đảm được tính công bằng giữa những người cùng góp vốn.

73. Mặt yếu của quy định nói trên thể hiện trên một số điểm. *Một là*, có nguy cơ định giá cao hơn thực tế, và vốn đăng ký của công ty cao hơn giá trị thực tế của nó. Điều này có thể gây bất lợi cho chủ nợ thiếu kinh nghiệm. *Hai là*, chưa định rõ nguyên tắc áp dụng để thông qua định giá tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động. Giao HĐQT công ty cổ phần định giá tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động tạo “lỗ hổng” có thể gây hại đến lợi ích của công ty và của cổ đông thiểu số. Những biện pháp xử lý đối với định giá sai lệch (không phân biệt cố ý và ngay tình) là còn nhẹ; và chưa rõ cơ chế thực thi. Trên thực tế, việc thực thi cũng còn kém hiệu lực.

74. Tuy vậy, thực tế cho thấy quy định của Điều 23 đã phù hợp với thực tế là thị trường ở nước ta, nhất là thị trường về các tài sản góp vốn còn kém phát triển; các tổ chức định giá chuyên nghiệp chưa phát triển, chưa cung cấp được các dịch vụ chuyên môn cao và chưa được tin cậy. Tuy nhiên, cùng với việc hoàn thiện thể chế thị trường, các quy định nói trên cần được bổ sung để tôn thêm điểm mạnh và khắc phục được các điểm yếu như đã nói trên.

Tên, đặt tên doanh nghiệp và trụ sở của doanh nghiệp

75. Khoản 1 Điều 24 Luật Doanh nghiệp quy định về tên và đặt tên đối với doanh nghiệp. Luật đã đưa ra 4 yêu cầu đối với tên doanh nghiệp, gồm: (i) không trùng, không gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp khác; (ii) không vi phạm truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc; (iii) phải viết bằng tiếng Việt và nếu viết thêm bằng chữ nước ngoài với khổ chữ nhỏ hơn; và (iv) phải ghi rõ loại hình doanh nghiệp.

76. So với Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân (1990)²⁴, thì quy định nói trên của Luật Doanh nghiệp có tiến bộ thêm một bước. Tuy vậy, quy định nói trên còn thiếu cụ thể và chưa đủ để xử lý các vấn đề liên quan đến tên doanh nghiệp phát sinh trong thực tế. Việc áp dụng trên thực tế đã phát sinh không ít khó khăn.

77. Trước hết, quy định nói trên về tên doanh nghiệp chỉ áp dụng cho doanh nghiệp đăng ký theo Luật Doanh nghiệp. Vì vậy, không có cơ sở pháp lý hướng dẫn về tên và cách đặt tên thống nhất áp dụng cho tất cả doanh nghiệp không phân biệt sở hữu.

78. Chưa làm rõ các nội dung, các khái niệm “tên trùng”, “tên gây nhầm lẫn”. Trên thực tế, tên của một doanh nghiệp có thể gồm: (i) tên viết đầy đủ bằng tiếng Việt; (ii) tên viết bằng tiếng nước ngoài (thường là tiếng Anh); và (iii) tên viết tắt (có thể viết tắt từ tên bằng tiếng Việt, hoặc từ tiếng Anh). Không có quy định về mối liên hệ giữa tên viết bằng tiếng Việt và tên viết bằng tiếng nước ngoài, nên có một số doanh nghiệp đặt tên bằng tiếng Việt và tên bằng tiếng nước ngoài là hoàn toàn khác nhau. Cho đến nay, do

²⁴ Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân (1990) cho phép doanh nghiệp tự do đặt tên.

chưa nổi mạng thống nhất trong cả nước, việc quản lý tên trùng và tên gây nhầm lẫn chỉ mới có thể thực hiện được trong phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Do đó, việc phân biệt trùng tên, và tên gây nhầm lẫn trên thực tế là chưa thực hiện được.²⁵

79. Chưa xác định rõ nội hàm của “truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc”. Việt Nam là quốc gia đa dân tộc (54 dân tộc anh em); và điều đó làm cho việc xác định rõ nội hàm của quy định nói trên lại càng trở nên khó khăn hơn. Thực tế cho thấy quan niệm này trong rất nhiều trường hợp phụ thuộc vào sự đánh giá chủ quan của từng người hay nhóm người²⁶. Thực tế cho thấy nếu còn tiếp tục duy trì quy định này, thì nên trao quyền cho cơ quan đăng ký kinh doanh trong việc đánh giá và chấp thuận hay từ chối đối với tên còn có “ý kiến khác nhau”.

80. Ngay cả quy định “tên phải viết bằng tiếng Việt” cũng chưa được hiểu và giải thích một cách thống nhất. Các câu hỏi thường gặp phải là thế nào là tiếng Việt? Có không ít doanh nghiệp đã đặt tên không có nghĩa (trong tiếng Việt), cấu trúc chữ và âm không có trong tiếng Việt (như Công ty IES, Công ty ARTECH) v.v...

81. Những khuyến nghị nói trên đã góp phần gây ra một số tác động tiêu cực. Trước hết, hiện tượng tên trùng và tên gây nhầm lẫn ngày càng gia tăng; có nguy cơ gây ảnh hưởng đến lợi ích của doanh nghiệp, của người tiêu dùng. Tranh chấp về tên doanh nghiệp giữa các doanh nghiệp có liên quan, giữa cơ quan đăng ký kinh doanh và người thành lập doanh nghiệp ngày một tăng thêm. Cơ quan đăng ký kinh doanh ngày càng gặp nhiều khó khăn trong thống nhất quản lý tên doanh nghiệp. Những khó khăn nói trên phần nào đã được giải quyết bằng việc bổ sung thêm chương về đặt tên doanh nghiệp trong Nghị định số 109/2004/NĐ-CP ngày 2 tháng 4 năm 2004 thay thế Nghị định số 02/2000/NĐ-CP ngày 3/2/2000 về đăng ký kinh doanh.

III. CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN

Đòi điều về khái niệm công ty trách nhiệm hữu hạn

82. Trước hết, Luật Doanh nghiệp phân biệt 2 loại công ty trách nhiệm hữu hạn. Đó là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên. Tuy vậy, chỉ có “tổ chức”²⁷ mới được quyền thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên; còn cá nhân không được sử dụng loại hình doanh nghiệp này để kinh doanh.

83. Quy định nói trên đã đa dạng hoá loại hình doanh nghiệp, tạo thêm thuận lợi cho các tổ chức chính trị xã hội, các hiệp hội tận dụng và phát huy được những nguồn lực và lợi thế của mình để tổ chức kinh doanh mà không cần phải liên kết một cách hình thức

²⁵ Hà Nội có đến hàng ngàn công ty có tên riêng là “Thăng Long”; và trong số đó có đến hàng trăm công ty trùng tên viết tắt hoặc tên viết bằng tiếng Anh.

²⁶ Ví dụ, ở Thành phố Hồ Chí Minh có Công ty trách nhiệm hữu hạn An Nam. Có một số cựu chiến binh coi đặt tên “An Nam” là không thể chấp nhận được, vì “tên này” gắn với một thời kỳ bi thương của dân tộc. Nhưng ngược lại, có người lại cho rằng hiểu như thế là chưa đúng; bởi vì, Đảng ta cũng đã có thời lấy “An Nam” đặt tên cho mình. Tuy vậy, dưới ảnh hưởng của một cựu chiến binh, doanh nghiệp này cuối cùng cũng phải đổi tên khác.

²⁷ “Tổ chức” là khái niệm chính trị hơn là pháp lý. Trong các văn bản pháp luật hiện hành chưa có định nghĩa về “tổ chức.”

với người khác như trước đây. Nhờ đó, việc quản lý và sử dụng tài sản của các tổ chức nói trên đã hiệu quả hơn²⁸. Nó cũng tạo thuận lợi cho các doanh nghiệp chủ động và tự chủ trong việc mở rộng quy mô, địa bàn và ngành nghề kinh doanh. Hàng nghìn doanh nghiệp đã sử dụng “công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên” để mở rộng đầu tư sang tỉnh, thành phố khác hoặc để kinh doanh ngành, nghề khác.

Tuy vậy, việc không cho phép cá nhân thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên đã bộc lộ một số hạn chế. Trước hết, nó hạn chế các nhà đầu tư cá nhân trong việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp; không tạo điều kiện thuận lợi cho người không muốn kinh doanh chung với người khác hạn chế và phân bổ hợp lý rủi ro trong kinh doanh.

84. Khảo sát thực tế cho thấy người Việt vẫn có xu hướng ưa chuộng kinh doanh một mình, hoặc cùng với các thành viên khác trong gia đình. Hạn chế nói trên đã buộc nhiều người phải “lách” luật bằng cách có thêm một thành viên danh nghĩa. Thành viên này “được cho” hoặc “thuê” đứng tên danh nghĩa với một tỷ lệ góp vốn không đáng kể²⁹. Họ thường ký hợp đồng “bí mật” với thành viên danh nghĩa về việc đứng tên mà không tham gia các công việc của công ty với tư cách thành viên. Hệ quả của sự “lách” luật như nói trên là: (i) quy định của Luật không có hiệu quả như mong muốn; một bộ phận không nhỏ công ty trách nhiệm hữu hạn về bản chất vẫn thuộc sở hữu một người, do chính người đó toàn quyền quản lý và điều hành; (ii) gây ra một số mâu thuẫn tranh chấp giữa thành viên thực và thành viên danh nghĩa³⁰. Trong các tranh chấp nói trên, thành viên danh nghĩa luôn là người “thắng”, bởi vì, họ xét về mặt pháp lý là thành viên đầy đủ của công ty, có các quyền, quyền lợi và nghĩa vụ theo Luật định. Điều này không chỉ gây tổn hại đến lợi ích của công ty, mà có khi cả các quan hệ khác như tình bố con, anh em, bạn bè v.v... những mối quan hệ mà giá trị của nó rất được đề cao trong lối sống và văn hoá Việt Nam.

85. Tóm lại, không cho phép cá nhân thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên vừa không tạo cho cá nhân người đầu tư quyền tự do hơn nữa trong lựa chọn loại hình doanh nghiệp, hạn chế và phân bổ rủi ro hợp lý; vừa có nguy cơ gây ra những hệ quả tiêu cực không đáng có đối với một số người đầu tư và công ty có liên quan. Không ít công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân vẫn tồn tại trên thực tế.

Công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên

86. Về tổng thể, công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên đã được quy định tương đối cụ thể, tương thích với các nguyên tắc phổ biến được thừa nhận ở hệ thống luật pháp của các nước khác. Thực tế thi hành Luật Doanh nghiệp cho thấy loại hình này

²⁸ Ví dụ, các nhà nghỉ, khách sạn của các tổ chức chính trị xã hội đã chính thức đăng ký thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên; việc hạch toán kinh doanh đã rõ ràng hơn; vừa có nộp thuế, vừa tạo thêm nguồn thu chính đáng cho các tổ chức.

²⁹ Có chủ sở hữu công ty với quy mô kinh doanh lên đến vài trăm triệu đô la đã thừa nhận một cách công khai là đã “thuê” thêm 2 thành viên danh nghĩa để cho đứng thủ tục.

³⁰ Có công ty trách nhiệm hữu hạn ở Hà Nội, trong đó bố cho con gái đứng tên danh nghĩa (30%); khi công ty kinh doanh phát đạt, người con chuyển đến sinh sống ở thành phố khác. Lúc đó, con với tư cách là thành viên đã đòi bố hoàn lại phần sở hữu 30%. Bố đã buộc phải “đền bù” cho con gái, nếu không 30% phần góp vốn của công ty sẽ chuyển nhượng cho người khác.

tương đối được ưa chuộng ở nước ta³¹; phù hợp với tập quán và cách thức quản lý của các nhà đầu tư tư nhân trong nước. Tuy vậy, quá trình thực hiện cũng dần bộc lộ một số khiếm khuyết.

Về quyền của thành viên Công ty trách nhiệm hữu hạn

87. Quy định và cơ chế bảo vệ lợi ích của thành viên thiểu số chưa thật đầy đủ, cụ thể và hiệu quả. Lợi ích chính đáng của thành viên thiểu số được quy định tại Khoản 2 Điều 29, Điều 31 (mua lại phần góp vốn), Điều 38 (điều kiện và thể thức tiến hành họp Hội đồng thành viên). Khoản 2 Điều 29 chỉ mới xác định quyền của nhóm cổ đông thiểu số yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên, nhưng lại không quy định cụ thể trình tự, thủ tục và thẩm quyền thực hiện quyền đó.

Ngoài ra, Khoản 2 Điều 29 dành quyền tùy ý lựa chọn “tỷ lệ” thiểu số thấp hơn 35% sở hữu. Đây là quy định linh hoạt và tiến bộ, có lợi cho nhóm thiểu số. Tuy vậy, trên thực tế, một phần rất lớn công ty trách nhiệm hữu hạn có thành viên thiểu số nhỏ hơn 35% sở hữu, nhưng lại không quy định tỷ lệ nhỏ hơn tương ứng trong điều lệ. Kết quả là, khi lợi ích hợp pháp của họ, và của cả chính công ty bị hại, thì họ không có ngay cả quyền yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên. Do những khiếm khuyết nói trên, mà quyền yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên đã không được thực hiện; lợi ích chính đáng có liên quan của họ cũng chưa được bảo vệ một cách có hiệu quả³².

88. Quy định yêu cầu mua lại phần vốn góp như một công cụ bảo vệ lợi ích của cổ đông thiểu số cũng chưa thực sự có hiệu quả. Chưa có giá thị trường để tham khảo cho việc định giá mua lại phần góp vốn; và Điều lệ của các công ty (được nghiên cứu) đều không quy định nguyên tắc định giá mua lại phần góp vốn. Luật chưa quy định chế tài đối với trường hợp công ty không mua lại phần góp vốn như quy định. Kết quả trên thực tế là hoặc thành viên tiếp tục chấp nhận “ở lại” công ty với các quyền và lợi ích có thay đổi so với trước, hoặc chấp nhận bán rẻ phần góp vốn của mình để rút khỏi công ty.

89. Quy định (Điểm g Khoản 1 Điều 29) xác định quyền của thành viên khởi kiện Giám đốc, Tổng giám đốc tại Tòa án khi Giám đốc (Tổng giám đốc) không thực hiện đúng các nghĩa vụ của mình gây thiệt hại đến lợi ích của thành viên đó là một tiến bộ về pháp lý. Mục đích của quy định nói trên là tạo thêm áp lực để người quản lý điều hành thực hiện đúng các nghĩa vụ của mình, ngăn ngừa họ lạm dụng quyền lực gây thiệt hại đến công ty và người có liên quan. Tuy vậy, quyền này trên thực tế vẫn ít được thực hiện. Điều này có phần do “văn hoá ít thưa kiện”, và phần khác, do chưa có quy định tố tụng tương ứng để thực hiện.

90. Công ty trách nhiệm hữu hạn là công ty “đóng”. Do đó, việc chuyển nhượng phần vốn góp không được tự do như đối với công ty cổ phần. Điều 32 và Điều 33 Luật Doanh nghiệp đã quy định rất khắt khe về một số hình thức chuyển nhượng. Cụ thể là:

³¹ Hiện nay, công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên chiếm khoảng 50.8% tổng số doanh nghiệp đăng ký (so với khoảng ...% trong thời kỳ trước năm 2000).

³² Trường hợp khá phổ biến trên thực tế là thành viên đa số, chiếm hơn 65% sở hữu, đồng thời là người đại diện theo pháp luật của công ty, bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Với các khiếm khuyết nói trên, các thành viên còn lại đã gặp khó khăn, thậm chí không thể họp được Hội đồng thành viên để bầu người đại diện mới thay thế. Hậu quả là, ngay cả hoạt động, giao dịch bình thường hàng ngày cũng có thể coi là bất hợp pháp, và có nguy cơ bị đình trệ.

- Thành viên muốn bán phần vốn góp cho người khác, thì trước hết phải chào bán cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty; nếu các thành viên không mua hoặc không mua hết mới được bán cho người ngoài;

- Đối với phần vốn góp của thành viên là cá nhân bị chết, thì người thừa kế trở thành thành viên của công ty nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận. Cũng tương tự như vậy, nếu thành viên bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, thì quyền và nghĩa vụ của thành viên đó được thực hiện thông qua người giám hộ, nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận.

- Phần góp vốn của thành viên là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản được công ty mua lại hoặc chuyển nhượng như quy định tại Điều 32.

91. Thực tế thi hành đã phát sinh một số vướng mắc, nhất là khi thành viên đa số (thường đồng thời là người đại diện theo pháp luật của công ty) bị chết hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự. Trong trường hợp này, một số bất hợp lý phát sinh, gồm:

- Không triệu tập được họp Hội đồng thành viên, công việc kinh doanh của công ty không được tiến hành một cách bình thường và các giao dịch của công ty có thể bị coi là vô hiệu (như đã nói trên). Do đó, ngay cả việc quyết định về chấp nhận người thừa kế là thành viên của công ty cũng không thực hiện được.

- Nếu công ty đang kinh doanh thuận lợi, các thành viên còn lại thường có xu hướng không chấp thuận để người thừa kế làm thành viên của công ty. Do đó, phần vốn góp như một tài sản được thừa kế sẽ được công ty mua lại. Tuy vậy, việc mua lại, nếu được thực hiện, cũng không được công bằng như đã trình bày trên đây.

- Quy định nói trên đã hạn chế đáng kể việc sử dụng phần góp vốn để thế chấp, cầm cố. Bởi vì, người nhận thế chấp cầm cố không có khả năng định đoạt phần góp vốn một cách có lợi nhất trong trường hợp cần thiết.

Tóm lại, quy định quá khắt khe về các hình thức chuyển nhượng phần góp vốn trong một số trường hợp đã gây thiệt hại đến lợi ích chính đáng của thành viên đa số, và làm cho hoạt động bình thường của công ty cũng trở nên khó khăn. Ngoài ra, còn chưa có quy định về các trường hợp cho, tặng, biếu phần góp vốn của thành viên cho người khác. Có thể nói, những khiếm khuyết nói trên đã hạn quá mức quyền định đoạt phần góp vốn của thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn.

Một số vấn đề về quản trị nội bộ công ty

92. Cơ cấu quản trị nội bộ công ty trách nhiệm hữu hạn bao gồm Hội đồng thành viên và Giám đốc (hoặc Tổng giám đốc). Giám đốc (Tổng giám đốc) là người điều hành hoạt động hàng ngày của công ty; còn Hội đồng thành viên vừa là “người” quyết định tất cả các công việc của công ty, vừa là người giám sát hoạt động của Giám đốc (Tổng giám đốc), (Hội đồng thành viên làm chức năng của Đại hội đồng cổ đông, và của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần).

93. Như vậy, xét về nguyên tắc, ở công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên, không có sự tách biệt giữa chủ sở hữu và người quản trị; các thành viên đồng thời tham gia trực tiếp quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh ở công ty. Tuy vậy, điều này chỉ đúng với thành viên là cá nhân. Đối với các thành viên là tổ chức, thì người tham

gia Hội đồng thành viên chỉ là người được uỷ quyền; và người được uỷ quyền này trong nhiều trường hợp không phải “nhận lệnh” từ chủ sở hữu cuối cùng, mà là từ người được uỷ quyền khác ở cấp cao hơn. Chính vị thế này có thể làm phát sinh một số vấn đề liên quan đến người được uỷ quyền trong Hội đồng thành viên.

94. Người được uỷ quyền có thể bị thành viên đa số trong nhóm chi phối³³ phục vụ cho lợi ích của chính người đó; làm hại đến lợi ích của thành viên thiểu số và người khác có liên quan. Những người được uỷ quyền ở các cấp khác nhau liên kết lại thống nhất hành động phục vụ cho lợi ích của họ, làm hại đến lợi ích của công ty, và của người khác, kể cả chủ sở hữu. Hoặc chính từng người được uỷ quyền lạm dụng địa vị của mình để phục vụ cho lợi ích của chính bản thân. Các vấn đề trên có thể trầm trọng thêm, nếu chính người được uỷ quyền kiêm luôn Giám đốc (Tổng giám đốc).

95. Rõ ràng, những vấn đề nói trên rất đáng được quan tâm, khi mở rộng Luật Doanh nghiệp áp dụng cho cả các doanh nghiệp có phần góp vốn của nhà nước và của các nhà đầu tư nước ngoài.

96. Hội đồng thành viên được quy định họp ít nhất mỗi năm một lần là quá ít so với chức năng, vị thế và thẩm quyền của nó. So với Chủ tịch Hội đồng thành viên, các thành viên khác tham gia họp một cách tương đối bị động. Không có quy định cho phép họ tác động, ảnh hưởng đến nội dung họp, ngay cả khi họ (thành viên, nhóm thành viên thiểu số) yêu cầu triệu tập họp.

97. Liên quan đến các “cơ chế” vận hành nội bộ công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên, Luật Doanh nghiệp có các quy định linh hoạt, mở (có chặn dưới). Cụ thể là:

- Chương trình và tài liệu họp Hội đồng thành viên phải được gửi cho các thành viên trước ngày khai mạc cuộc họp, nhưng thời hạn gửi trước do Điều lệ công ty quy định (Khoản 3 Điều 37).

- Cuộc họp của Hội đồng thành viên có hiệu lực pháp lý khi có số thành viên tham dự đại diện ít nhất 65%; nhưng Điều lệ được quyền ấn định một tỷ lệ khác cao hơn (Khoản 1 Điều 38).

- Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua tại cuộc họp, nếu có sự đồng ý của ít nhất 51% số phiếu của thành viên dự họp đối với các quyết định thông thường, và ít nhất 75% đối với các quyết định đặc biệt; Điều lệ công ty có quyền quy định một tỷ lệ khác cao hơn (Điểm a và b Khoản 2 Điều 39).

- Trường hợp Hội đồng thành viên thông qua quyết định dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản, thì quyết định được thông qua nếu có được sự đồng ý của số thành viên đại diện cho ít nhất 65% vốn điều lệ; Điều lệ công ty có quyền quy định tỷ lệ khác cao hơn (Điểm e Khoản 2 Điều 39).

98. Điểm mạnh được thừa nhận rộng rãi của các quy định nói trên là tạo ra sự linh hoạt và dư địa cho các thành viên cùng nhau thoả thuận, tìm ra được “khoảng tối ưu” phù hợp với đặc điểm cơ cấu sở hữu và năng lực thực tế của từng thành viên trong công ty. Qua đó, các thành viên tự bảo vệ tốt nhất lợi ích của mình ở công ty.

³³. Ví dụ, thành viên đa số sẽ trả “thù lao” mua quyền biểu quyết của “người được uỷ quyền” để biểu quyết cho lợi ích của thành viên đó.

99. Tuy vậy, thực tế vận hành các quy định nói trên cũng bộc lộ một số điểm yếu. Trước hết giới hạn tối thiểu trong các quy định nói trên là thấp (so với các nước khác)³⁴. Nói cách khác, “độ mở” là quá rộng. Trong nhiều trường hợp, các thành viên nói chung, và thành viên thiểu số nói riêng, không nhận thức được cơ hội mà họ có quyền sử dụng để tạo ra “quản trị” phù hợp nhất với điều kiện cụ thể của công ty, đảm bảo hài hoà được quyền và lợi ích của các thành viên. Trong các trường hợp khác, các thành viên thiểu số có nhận thức được quyền mà Luật tạo ra cho họ, nhưng không đủ vị thế và năng lực để đàm phán, tạo được vị thế có lợi hơn trong quản trị công ty. Kết quả của các trường hợp nói trên là quyền, quyền lợi hợp pháp của các thành viên thiểu số bị vi phạm, thành viên đa số với 65% sở hữu nắm toàn quyền chi phối quản lý và hoạt động của công ty. Ngoài ra, lợi ích của chủ nợ cũng có thể bị vi phạm, nếu thành viên đa số là chủ sở hữu của nhóm công ty (corporate group).

100. Trong công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên, các thành viên vừa là chủ sở hữu, vừa là người quản lý. Là chủ sở hữu, họ được hưởng lợi nhuận; là người quản lý, họ được hưởng lương. Điều này rất cần được phân định rõ ràng nhằm nâng cao tính minh bạch trong quản trị nội bộ công ty. Nó đặc biệt cần thiết, khi một số thành viên chỉ là người được uỷ quyền thực hiện quyền chủ sở hữu. Những người này chỉ được hưởng lương và lợi ích khác, mà không được hưởng lợi nhuận. Tuy nhiên, đối với những người này, họ có thể có “hai lương” tương ứng với hai địa vị pháp lý của họ. Đó vừa là người được uỷ quyền, vừa là người quản lý. Chủ sở hữu trả lương cho “người được uỷ quyền” và công ty trả lương cho “người quản lý”. Mức lương hợp lý, rõ ràng và công khai hoá chế độ lương và lợi ích khác đối với nhóm người này trong quan hệ “tay ba” nói trên là hết sức cần thiết, góp phần làm lành mạnh, minh bạch quản lý nội bộ, cũng như quyền, trách nhiệm và lợi ích của họ trong tổ chức quản lý và hoạt động của công ty.

101. Khoản 2 Điều 35 Luật Doanh nghiệp quy định Hội đồng thành viên quyết định dự án đầu tư lớn hơn 50% giá trị ghi trong sổ sách kế toán, thông qua hợp đồng vay, cho vay, bán tài sản bằng hoặc lớn hơn 50% giá trị tài sản trong sổ sách kế toán. Các giao dịch quy mô lớn của công ty, nhất là các hợp đồng bán tài sản, vay cho vay, tác động lớn đến cơ cấu tài chính công ty, có nguy cơ tác động tiêu cực đến vị thế và lợi ích của từng thành viên công ty. Do đó, những quy định này là hợp lý xét về thẩm quyền của Hội đồng thành viên đảm bảo lợi ích của thành viên trong công ty.

102. Ưu điểm của quy định này là rõ ràng, dễ hiểu, dễ thực hiện, nhất là trong bối cảnh các quy tắc ứng xử của người quản lý chưa hình thành, những kiến thức về kinh tế thị trường trong xã hội nói chung chưa nhiều, và toà án vẫn là công cụ chưa đủ tin cậy để giải quyết các tranh chấp thương mại nói chung và trong nội bộ công ty nói riêng.

103. Tuy vậy, phải thừa nhận rằng “giá trị sổ sách kế toán” chưa phải là thước đo chính xác về tầm quan trọng của giao dịch. Và do đó, việc sử dụng một tỷ lệ phần trăm nhất định của nó làm “ranh giới” phân chia thẩm quyền trong một số trường hợp có thể là quá gò bó; nhưng trong một số trường hợp khác lại không đủ chặt chẽ (tức là, “thước đo” áp dụng đã không bao quát được trường hợp giá trị giao dịch của các loại nói trên thấp hơn 50% giá trị sổ sách kế toán, nhưng về bản chất thực đáng ra, phải được Hội đồng thành viên thông qua). Trong thực hiện, phát sinh vấn đề là làm giả các quyết định của Hội đồng thành viên. Trong nhiều trường hợp, làm giả là “ngay tình” để hoàn chỉnh hồ sơ để vay vốn (chẳng hạn), thực sự phục vụ cho việc kinh doanh của công ty. Nếu giao dịch được hoàn tất và có kết quả, thì không có hệ quả pháp lý phát sinh. Nhưng ngược lại, thì

³⁴ Tỷ lệ này ở nhiều nước châu Á là 75% (so sánh quản trị công ty một số nước Châu Á, CIEM-VNCCI-2004).

liệu cán bộ tín dụng (không phát hiện ra được “hồ sơ giả”) có liên đới chịu trách nhiệm, thậm chí bị truy cứu về thiếu tinh thần trách nhiệm. Có cán bộ ngân hàng cho rằng quy định trên đây là một trong các nguyên nhân làm cho các ngân hàng vẫn dè dặt, vẫn ưa chuộng có thể chấp trong quan hệ tín dụng với các doanh nghiệp ngoài quốc doanh.

Giám sát giao dịch với những người có liên quan

104. Quy định giám sát các giao dịch của công ty với những người có liên quan đảm bảo các giao dịch đó được thực hiện một cách công bằng là điểm mới và tiến bộ của Luật Doanh nghiệp 1999.

Tuy vậy, ngoài việc xác định chưa đầy đủ các trường hợp người có liên quan, như trình bày trên đây, thì Điều 42 chỉ yêu cầu Hội đồng thành viên chấp thuận “hợp đồng” của công ty với những người có liên quan. Như vậy, có thể hiểu các giao dịch mà không ký hợp đồng sẽ không cần có chấp thuận đặc biệt của Hội đồng thành viên. Đây có thể là kẽ hở để những người có liên quan lạm dụng.

Tuy nhiên, việc thực hiện giám sát các giao dịch có nguy cơ tư lợi giữa công ty và những người có liên quan đảm bảo công bằng cho tất cả các bên là không dễ. Điều này đòi hỏi điều tra, thu thập chứng cứ, phân tích và đánh giá các giao dịch.

105. Ngay nội dung Điều 42 vẫn còn một số điểm chưa rõ. Nội dung của hợp đồng được thông báo cho các thành viên chưa được quy định; và nhìn chung, các thành viên phải tự mình thu thập chứng cứ để tự đánh giá về khả năng tư lợi của hợp đồng. Ai chịu phí tổn về công việc này? Có nguy cơ lớn về tình trạng “mặc kệ và ăn theo”. Nếu thành viên đánh giá và cho là giao dịch không công bằng, nhưng Hội đồng thành viên vẫn chấp thuận, thì có được khởi kiện ra tòa? Trình tự và thủ tục khởi kiện? Ai gánh chịu chi phí phát sinh từ vụ kiện? Quy định việc vô hiệu hợp đồng, nếu chưa được chấp thuận của Hội đồng thành viên, cũng có phần chưa hợp lý và chưa thực tế. Bởi vì, có thể hợp đồng đó đã được thực hiện một cách ngay tình và công bằng. Trái lại, vẫn chưa có giải pháp xử lý cho trường hợp những người có liên quan không bồi thường thiệt hại phát sinh, không hoàn trả các khoản lợi đã thu được từ việc thực hiện hợp đồng.

IV. CÔNG TY CỔ PHẦN

Khái niệm công ty cổ phần

106. Cũng như đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, có sự thống nhất chung là, “công ty cổ phần” được thiết kế trong Luật Doanh nghiệp nhìn chung tương thích với các nguyên tắc và quy định phổ biến đã được áp dụng rộng rãi ở hệ thống pháp luật ở các nước khác.

107. Tuy vậy, về quyền huy động cổ phần, Khoản 2 Điều 51 quy định “công ty cổ phần có quyền phát hành chứng khoán ra công chúng theo quy định của pháp luật về chứng khoán”. Một số người đã đặt ngay câu hỏi là, công ty cổ phần có được phát hành cổ phần hẹp, không ra công chúng?. Hàm ý của quy định trên là nếu công ty phát hành

không ra công chúng, thì thực hiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Đáng tiếc là, việc “phát hành hẹp” nói chung và đối với từng loại cổ phần nói riêng³⁵ chưa được quy định trong Luật Doanh nghiệp hiện hành. Vì vậy, khi việc phát hành rộng rãi ra công chúng chưa phải là công cụ được ưa chuộng, thì “phát hành hẹp” cũng chưa thực hiện được.

Cổ phần và các loại chứng khoán khác

108. Về các công cụ huy động vốn, Luật Doanh nghiệp đã quy định cổ phần phổ thông và một số loại cổ phần ưu tiên (chưa quy định các loại công cụ phái sinh như quyền lựa chọn mua cổ phần v.v...). Điều này hạn chế khả năng của các công ty cổ phần trong việc tạo ra các hội ưu đãi cho nhân viên trong việc mua cổ phần, cũng như huy động thêm vốn.

109. Luật Doanh nghiệp đã sử dụng cổ phần ưu đãi biểu quyết. Mục đích của cổ phần ưu đãi biểu quyết theo Luật Doanh nghiệp là tạo điều kiện cho các cổ đông sáng lập nắm quyền kiểm soát và chi phối phát triển công ty như họ mong muốn trong những năm đầu, nếu xét thấy cần thiết. Tuy vậy, trên thực tế, công cụ này hầu như không được sử dụng.

110. Trong khi Luật Doanh nghiệp quy định về cổ phần ưu đãi biểu quyết, thì Luật DNNN và Nghị định về “cổ phần hoá” lại quy định “cổ phần, phần góp vốn chi phối”. Về bản chất, cổ phần ưu đãi biểu quyết và cổ phần chi phối đem lại cho người chủ của nó quyền biểu quyết cao hơn so với các cổ đông khác. Tuy vậy, về mức độ “ưu đãi” thì cổ phần chi phối có quyền lực “tuyệt đối”³⁶; và khi nhà nước đã nắm cổ phần chi phối thì quyền biểu quyết của các cổ đông khác hoàn toàn không còn giá trị. Đây là một trong số không ít sự không tương thích giữa Luật Doanh nghiệp và Luật Doanh nghiệp nhà nước; làm phát sinh một số vấn đề đối với các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hoá chuyển sang áp dụng theo Luật Doanh nghiệp.

111. Về việc góp vốn cổ phần, quy định tại Điểm đ Khoản 1 Điều 14 và Khoản 5 Điều 15 có phần mâu thuẫn với Khoản 1 Điều 51. Điểm b Khoản 1 Điều 51 hàm ý cổ phần phải được thanh toán đủ ngay khi mua. Tuy vậy, trong các hồ sơ thành lập, các cổ đông chỉ cần cam kết số cổ phần dự định mua, và cho phép “mua chịu”. Mâu thuẫn nói trên đã tạo ra sơ hở cho một số người trở thành cổ đông sáng lập của công ty mà chưa cần góp vốn; đồng thời, không cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty ngay cả trong phạm vi giá trị cổ phần đã cam kết mua. Trên thực tế nội dung Điều 14 và 15 đã được thực hiện một cách khá phổ biến trong 3 năm đầu thi hành Luật Doanh nghiệp.

Quyền của cổ đông phổ thông

³⁵ Cổ phần phổ thông, cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ phần ưu đãi hoàn lại v.v...

³⁶ Trong doanh nghiệp nhà nước có cổ phần, phần góp vốn chi phối (50% sở hữu trở lên), thì Nhà nước có quyền chi phối đối với doanh nghiệp đó (Khoản 5 Điều 3 Luật DNNN 2003). Và “Quyền chi phối đối với doanh nghiệp là quyền định đoạt đối với điều lệ hoạt động, việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý chủ chốt, việc tổ chức quản lý và các quyết định quan trọng khác của doanh nghiệp đó” (Khoản 8 Điều 3 Luật DNNN 2003).

112. Điều 53 Luật Doanh nghiệp đã quy định được phân lớn các quyền cơ bản của cổ đông phổ thông. Các quyền được quy định đều tương thích với các thông lệ tốt nhất tương ứng. Tuy vậy, so với các bộ thông lệ tốt nhất về quản trị công ty và các vấn đề thực tế phát sinh, về quyền của cổ đông còn có một số khiếm khuyết.

113. Các cổ đông không được cung cấp, không có quyền tiếp cận đến tất cả các thông tin, hồ sơ, tài liệu của công ty. Các cổ đông không được bảo đảm quyền xem xét sổ sách kế toán, biên bản họp đại hội cổ đông, hội đồng quản trị và các thông tin quan trọng khác làm cơ sở để quyết định đầu tư. Ngoài ra, Điều 93 có đề cập đến tóm tắt báo cáo tài chính, nhưng không quy định cụ thể nội dung phải có của tóm tắt báo cáo tài chính. Không có quyền tiếp cận đến thông tin đầy đủ và kịp thời về việc công ty sẽ làm tăng rủi ro cho các cổ đông, nhất là cổ đông thiểu số; đồng thời, gây thêm khó khăn cho họ trong bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình ở công ty.

114. Cổ đông chỉ được quyền tiếp cận thông tin về mình trong Sổ đăng ký cổ đông và Danh sách cổ đông có quyền dự họp Đại hội đồng. Chỉ cổ đông hoặc nhóm cổ đông có sở hữu 10% cổ phần trở lên mới được quyền xem và nhận bản sao hoặc trích lục danh sách cổ đông có quyền dự họp. Quy định nói trên là chưa công bằng; đã ngăn chặn các cổ đông nhỏ, thiểu số bàn bạc, trao đổi, tập hợp thành nhóm để biểu quyết cùng nhau bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Nói cách khác, việc hạn chế nói trên đã làm cho cổ đông nhỏ, thiểu số đã yếu lại càng yếu hơn (nếu đã phân tán, thì sẽ còn phân tán hơn).

115. Khoản 2 Điều 53 đã chú ý đến một số quyền của cổ đông thiểu số. Cụ thể là, cổ đông hoặc nhóm cổ đông có sở hữu 10% cổ phần phổ thông (hoặc tỷ lệ nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định) trong thời hạn 6 tháng liên tục có quyền: (i) đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát; (ii) yêu cầu triệu tập họp đại hội đồng cổ đông; (iii) xem, nhận bản sao hoặc trích lục danh sách cổ đông có quyền tham dự họp đại hội đồng cổ đông; và (iv) kiến nghị nội dung chương trình họp Đại hội đồng cổ đông (Khoản 2 Điều 73). Các quy định nói trên nhằm mục đích vừa tạo thêm điều kiện và công cụ bảo vệ lợi ích cổ đông thiểu số, vừa ngăn ngừa nguy cơ cổ đông thiểu số lạm dụng gây nhiễu, thậm chí làm hại đến lợi ích của công ty và của các cổ đông khác.

116. Quyền đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát là tạo điều kiện để cổ đông thiểu số có đại diện trong các cơ quan quản lý công ty. Tuy vậy, Luật chưa quy định nguyên tắc xác định số lượng mà họ được đề cử; ngoài nhóm cổ đông này, thì còn ai khác được đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát; liệu có thứ tự ưu tiên trong lựa chọn danh sách cuối cùng các ứng cử viên trước khi bầu chính thức? v.v...³⁷

117. Quyền yêu cầu triệu tập Đại hội đồng cổ đông của nhóm cổ đông thiểu số chỉ giới hạn trong các trường hợp: (i) HĐQT vi phạm nghĩa vụ của người quản lý, hoặc ra quyết định vượt quá thẩm quyền (Điểm b Khoản 2 Điều 71)³⁸. Ngoài ra, Luật chưa quy định rõ hình thức và nội dung của yêu cầu, thời hiệu thực hiện yêu cầu. Hạn chế nói trên đã góp phần gây ra 2 hệ quả trái ngược nhau trên thực tế. Trong một số trường hợp, cổ đông thiểu số đã không tìm được cách sử dụng quyền của mình một cách có hiệu quả; hoặc nhóm cổ đông thiểu số (với sự hỗ trợ của một số công chức nhà nước) đã sử dụng công cụ này “gây áp lực” thay đổi HĐQT nhằm đạt được ý đồ và mục đích riêng của họ.

³⁷ Các tồn tại nói trên là một trong số các nguyên nhân tạo ra cách hiểu và lý giải khác nhau về hiệu lực pháp lý của HĐQT và Ban kiểm soát nhiệm kỳ II Công ty cổ phần Khách sạn Phan Thiết.

³⁸ Người đọc đã phải “nói” Điểm b Khoản 2 Điều 53 với Điểm b Khoản 2 Điều 71 mới hiểu được phạm vi quyền của cổ đông thiểu số trong yêu cầu triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông.

Thực tế cũng cho thấy các quyền này không thể thực hiện được một cách có hiệu quả, nếu thiếu hệ thống giải quyết tranh chấp độc lập, chuyên nghiệp và hiệu quả.

118. Về hạn chế chuyển nhượng cổ phần của cổ đông sáng lập. Trước hết, người sáng lập công ty thường thực hiện 3 loại công việc. Tuy vậy, Luật Doanh nghiệp lấy “tham gia thông qua điều lệ đầu tiên” làm “chứng cứ” thừa nhận người sáng lập. “Chứng cứ” được lựa chọn là rõ ràng, cụ thể và có ý nghĩa pháp lý. Tuy vậy, thực tế cho thấy “chứng cứ” nói trên áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước cổ phần hoá là chưa hợp lý cả về bản chất của sáng lập viên và hạn chế chuyển nhượng cổ phần (như trình bày dưới đây).

119. Luật Doanh nghiệp về cơ bản đã thừa nhận quyền tự do chuyển nhượng cổ phần. Hạn chế chuyển nhượng duy nhất áp dụng đối với cổ phần của cổ đông sáng lập; và thời hạn cấm cũng chỉ 3 năm kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Mục đích của hạn chế nói trên được lý giải là để “gắn chặt” trách nhiệm và rủi ro của các nhà sáng lập đối với dự án kinh doanh của họ; và điều này được coi như công cụ bảo vệ lợi ích của người đến sau. Hạn chế đó cũng nhằm ngăn ngừa khả năng một số người lợi dụng “vị thế sáng lập” lừa đảo chiếm đoạt vốn, tài sản của người khác, nhất là những người thiếu hiểu biết và kinh nghiệm.

120. Nội dung Điều 58 Luật Doanh nghiệp có điểm chưa rõ. Theo quy định tại Điều 58, thì các cổ đông sáng lập phải cùng nhau nắm giữ ít nhất 20% số cổ phần phổ thông được quyền chào bán; và cổ phần phổ thông của các cổ đông sáng lập chỉ được chuyển nhượng cho người ngoài không phải là cổ đông, nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Vấn đề phổ biến thường gặp trên thực tế là có phải các cổ đông sáng lập chỉ được chuyển nhượng một phần (có thể là hầu như tất cả) số cổ phần của họ; tối thiểu 20% số cổ phần phổ thông phải được nắm giữ bởi tất cả cổ đông sáng lập (chứ không phải một hoặc một số) trong 3 năm đầu kể từ khi đăng ký kinh doanh?

121. Trong hơn 4 năm qua, chưa có trường hợp lợi dụng “sáng lập” để chiếm đoạt vốn của người khác. Điều đó không hoàn toàn có nghĩa là quy định đã hoàn toàn đạt được mục tiêu của nó. Ngược lại, ngay trong “thời gian bị hạn chế” đã có không ít cổ đông muốn chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác (đã tìm được người mua); nhưng đã không thực hiện được, hoặc phải chuyển nhượng ngầm. Cụ thể là, họ nhận chuyển nhượng nhưng không đăng ký lại cổ đông trong sổ đăng ký cổ đông; người nhận chuyển nhượng “ủy quyền” cho người chuyển nhượng tiếp tục tham gia họp, biểu quyết ở Đại hội đồng cổ đông và thực hiện các quyền khác của cổ đông theo chỉ đạo của người nhận chuyển nhượng (cổ đông thực). Nói cách khác, người nhận chuyển nhượng đã được hưởng và thực hiện tất cả các quyền cổ đông theo Luật định, chỉ trừ chưa đăng ký tên chính thức vào sổ đăng ký cổ đông. Ngược lại, có trường hợp cổ đông đã có quyền chuyển nhượng, nhưng việc chuyển nhượng không thể hoàn tất, vì HĐQT đã khước từ việc đăng ký người nhận chuyển nhượng vào sổ đăng ký cổ đông để trở thành cổ đông của công ty. Các hiện tượng nói trên xảy ra khá phổ biến ở các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hoá.

122. Rõ ràng, hạn chế bất hợp lý chuyển nhượng cổ phần đã làm phát sinh một số tác động tiêu cực. Trước hết, đó là một trong số các rào cản đối với việc mở rộng và công khai hoá hoạt động của thị trường cổ phiếu nói riêng và thị trường vốn nói chung. Hạn chế chuyển nhượng cổ phần cũng làm giảm áp lực đối với người quản lý, hạn chế sự xuất hiện và phát triển của thị trường quản trị công ty. Giá của các cổ phần được chuyển nhượng ngầm trong đó người chuyển nhượng luôn yếu thế chắc chắn thấp hơn giá thị trường; gây thiệt hại đến lợi ích chính đáng của cổ đông. Chuyển nhượng ngầm gây không ít khó khăn cho quản lý nhà nước; và làm tăng thêm tính kém minh bạch trong

quản trị công ty. Bởi vì, những người có quan tâm, kể cả người bên trong và bên ngoài công ty, không biết được cổ đông đích thực của công ty, không biết được cụ thể người nào (nhóm người nào) đang thực sự nắm quyền kiểm soát công ty; do đó, càng không biết rõ chiến lược, chính sách và định hướng phát triển thực sự của công ty. Thực tế những năm qua cũng cho thấy sự kém minh bạch như miêu tả trên đây trong quản lý công ty đã tạo cho những can thiệp hành chính thiếu rõ ràng (có thể vô tình, hoặc cố ý) vào quản trị nội bộ công ty. Và những can thiệp như thế thường làm cho các tranh chấp nội bộ công ty vốn đã phức tạp, càng phức tạp thêm.

123. Những tác động tiêu cực nói trên phát sinh từ những hạn chế chuyển nhượng cổ phần rất đáng xem xét một cách nghiêm túc. Bởi vì, ngay từ những ngày đầu của quá trình soạn thảo Luật Doanh nghiệp thống nhất, có ý kiến đã cho rằng cần hạn chế chuyển nhượng đối với cổ phần của cổ đông nước ngoài và cổ phần của nhà nước, khi mở rộng áp dụng Luật Doanh nghiệp cho cả doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn góp của nhà nước.

124. Trình bày trên đây cho thấy quyền của cổ đông trong Luật Doanh nghiệp chưa được quy định một cách đầy đủ. Xem xét thực tế thi hành còn cho thấy đã xảy ra không ít vi phạm các quyền cơ bản của cổ đông. Điều lệ không ít công ty, kể cả công ty niêm yết, đã quy định cổ đông, nhóm cổ đông có sở hữu ít nhất 1% (hoặc có lượng giá trị tuyệt đối như 50, 100 hoặc 500 triệu đồng) số cổ phần mới có quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông. Việc chuyển nhượng cổ phần ở một số công ty đã không thể thực hiện được, do HĐQT không “cho phép”, và không đăng ký người mua vào danh sách cổ đông. Việc phần lớn cổ đông không tiếp cận được với thông tin của công ty, hoặc không tiếp cận được thông tin đầy đủ, chính xác và trung thực là hiện tượng phổ biến v.v... Cổ đông thiểu số hầu như không nhận được thông báo về các quyết định của đại hội đồng cổ đông, không nhận được tóm tắt báo cáo tài chính hàng năm, không nhận được cả thông báo về việc trả cổ tức. Các cổ đông đều phải đến tận trụ sở chính của công ty để nhận cổ tức; và điều đó đã gây thêm không ít hao phí không cần thiết đối với các cổ đông ở xa trụ sở chính của công ty.

125. Bên cạnh việc các quyền cơ bản của cổ đông đang bị vi phạm, thì còn hiện tượng lạm dụng quyền cổ đông. Có hai hiện tượng lạm dụng khá phổ biến. Một là, khi diễn biến đại hội cổ đông không tiến triển như ý muốn, một số cổ đông thiểu số đã quấy rối, cản trở tiến trình đại hội cổ đông bằng cả những cách không liên quan đến quyền cổ đông³⁹. Hiện tượng lạm dụng thứ 2 liên quan đến cổ đông là nhà nước. Trong không ít các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hoá, một số cán bộ, cơ quan nhà nước có liên quan không phân biệt được quyền cổ đông và quyền quản lý hành chính; đã can thiệp hành chính trực tiếp vào các công việc quản trị nội bộ công ty như không cho phép triệu tập đại hội cổ đông, hoặc chỉ đạo triệu tập đại hội đồng cổ đông, chỉ định bổ nhiệm, thay thế thành viên HĐQT, Ban kiểm soát v.v... Các hiện tượng lạm dụng quyền cổ đông nói trên xảy ra chủ yếu trong các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hoá.⁴⁰

126. Thực tế cũng cho thấy không ít cổ đông, nhất là cổ đông thiểu số, cổ đông là người lao động, không nhận thức và hiểu biết được các quyền của mình theo Luật định. Trước hết, họ không phân biệt được quyền của họ với tư cách là cổ đông, và quyền của họ

³⁹ Giật micro, vứt tài liệu, giật giấy tờ tài liệu cuar chủ toạ, cản trở chủ toạ điều khiển họp đại hội, quấy rối đại hội từ cả bên ngoài và bên trong phòng họp.

⁴⁰ Công ty cổ phần khách sạn Phan Thiết, công ty nhiếp ảnh Hà nội, công ty cổ phần khách sạn Hữu Nghị, công ty dịch vụ thương mại Hải Phòng, công ty cổ phần xây lắp và vật liệu xây dựng Nam định.v.v... là những ví dụ điển hình.

với tư cách là người lao động. Vì vậy, trong một số công ty cổ phần (chuyển đổi từ DNNN cổ phần hoá) Đại hội đồng cổ đông được tổ chức giống như đại hội công nhân viên chức. Thói quen ỷ lại, dựa dẫm vào nhà nước vẫn còn nặng. Hiện tượng phổ biến là khi HĐQT vi phạm điều lệ, không thực hiện đúng chức năng, thẩm quyền và trách nhiệm được giao, thì các cổ đông không thực hiện quyền của mình để thay thế HĐQT, mà viết đơn tố cáo gửi đến các cơ quan hành chính nhà nước và yêu cầu can thiệp; khi công ty có dấu hiệu vi phạm quy định chế độ quản lý tài chính, thì không yêu cầu Ban kiểm soát công ty kiểm tra làm rõ, mà lại yêu cầu cơ quan nhà nước thanh, kiểm tra v.v... Sự không hiểu biết này của một số cổ đông cũng đã bị một số người lợi dụng để quấy rối quản trị công ty và chia rẽ, gây mâu thuẫn nội bộ giữa các cổ đông; làm cho hoạt động kinh doanh của công ty bị đình trệ; làm nản lòng không ít cổ đông, nhất là cổ đông thiểu số. Và chính họ đã hưởng lợi bằng cách mua lại cổ phần của số cổ đông nói trên với giá thấp hơn giá thị trường.

127. Khác với công ty trách nhiệm hữu hạn 2 thành viên trở lên, trong công ty cổ phần chưa có quy định cho phép cổ đông, nhóm cổ đông khởi kiện thành viên HĐQT. Kinh nghiệm cho thấy quy định cho phép khởi kiện huỷ bỏ quyết định của Đại hội đồng cổ đông đã có những dấu hiệu đáng khích lệ. Ở một số công ty⁴¹, cổ đông thiểu số đã khởi kiện yêu cầu Tòa án huỷ bỏ quyết định của Đại hội đồng cổ đông; và một số quyết định không công bằng, trái pháp luật đã được Tòa án huỷ bỏ⁴².

128. Giá chào bán cổ phần?. Điều 61 Luật Doanh nghiệp quy định giá chào bán cổ phần không được thấp hơn giá thị trường tại thời điểm chào bán, trừ một số trường hợp⁴³. Có ý kiến⁴⁴ cho rằng trong thông lệ chuẩn về việc phát hành cổ phần mới, ở nhiều nước các công ty hoặc người bảo lãnh phát hành phải bán cổ phần với giá chiết khấu nhằm khuyến khích sự tham gia của các nhà đầu tư. Do đó, quy định như Điều 61 có thể gây cản trở đối với các công ty trong việc phát hành cổ phần mới.

129. Ngoài ra, khái niệm “giá thị trường” khá quen thuộc và thường xuyên nhắc đến, nhưng vẫn chưa có nhận thức thống nhất về bản chất và nội dung của khái niệm nói trên⁴⁵. Ngay cả khi có được sự thống nhất, thì trong bối cảnh thị trường còn kém phát triển, việc thu thập thông tin để nhận định về mức giá thị trường là không dễ. Vì vậy, việc thực thi quy định này trên thực tế là chưa đơn giản.

130. Mua lại cổ phần. Luật Doanh nghiệp phân biệt 2 trường hợp mua lại cổ phần: mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông và mua lại cổ phần theo quyết định của công ty. Điều 64 Luật Doanh nghiệp quy định cổ đông bỏ phiếu phản đối quyết định của Đại hội đồng cổ đông về việc tổ chức lại công ty hoặc thay đổi quyền và nghĩa vụ của cổ đông quy định tại Điều lệ có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần của mình; thời hạn yêu cầu là 15 ngày kể từ ngày Đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định. Trong trường hợp này, theo quy định, công ty buộc phải mua lại cổ phần của cổ đông theo giá thị trường,

⁴¹ Ở Hàn Quốc, từ năm 1997-2003 chỉ có 3 vụ cổ đông kiện HĐQT.

⁴² Cũng có trường hợp Tòa án phán quyết chưa công bằng và không huỷ bỏ quyết định không công bằng, trái pháp luật của Đại hội đồng cổ đông.

⁴³ Cổ phần chào bán lần đầu sau đăng ký kinh doanh; cổ phần chào bán cho tất cả cổ đông theo tỷ lệ cổ phần hiện có của họ trong công ty; cổ phần chào bán cho người mới giới và người bảo lãnh (trong trường hợp này chênh lệch là khoản hoa hồng dành cho môi giới và bảo lãnh).

⁴⁴ Mekong Captial : “Vietnam Private Sector Obstacle Status Report”, 10/2003.

⁴⁵ Trong kinh tế học, người ta định nghĩa giá thị trường là mức giá mà tại một thời điểm nhất định cả người mua và người bán với thông tin đầy đủ nhất và không bị bất kỳ ép buộc nào (người mua không buộc phải mua, và người bán không buộc phải bán) chấp thuận. Khái niệm này đã được sử dụng trong các văn bản pháp luật có liên quan ở hầu hết các nước trên thế giới.

hoặc theo giá được định theo nguyên tắc đã quy định trong Điều lệ công ty. Nếu không thoả thuận được về giá thì các bên có quyền yêu cầu trọng tài hoặc toà án giải quyết theo quy định của pháp luật.

131. Mục đích của quy định này là nhằm bảo vệ lợi ích của cổ đông thiểu số trong trường hợp cổ đông hay nhóm cổ đông đa số lạm dụng vị thế chi phối đưa ra những quyết định làm hại đến lợi ích chính đáng của nhóm thiểu số. Khi ở vào vị thế nói trên, các cổ đông bị ảnh hưởng có thể rút khỏi công ty bằng cách chuyển nhượng cổ phần cho người khác. Tuy vậy, đặt ra yêu cầu công ty mua lại như Điều 64 nói trên là do thị trường, nhất là thị trường vốn cổ phần, ở nước ta chưa phát triển; việc chuyển nhượng cho người khác chưa thuận lợi và dễ dàng. Hơn nữa, trong khi bị “chèn ép”, giá cổ phần được thanh toán có thể không bằng với giá trị thực tế của nó.

132. Bên cạnh quy định yêu cầu mua lại cổ phần, Luật Doanh nghiệp cũng quy định điều kiện thực hiện việc mua lại. Cụ thể là, công ty chỉ mua lại và thanh toán cổ phần mua lại, nếu sau khi thanh toán hết số cổ phần mua lại, công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ đến hạn và các nghĩa vụ tài sản khác. Quy định nói trên nhằm bảo đảm việc công ty mua lại cổ phần theo yêu cầu của một nhóm cổ đông không ảnh hưởng đến lợi ích của chủ nợ và của công ty.

133. Cho đến nay, sau hơn 4 năm thi hành Luật Doanh nghiệp chưa xảy ra trường hợp có cổ đông yêu cầu công ty mua lại cổ phần như quy định tại Điều 64. Tuy nhiên, xét về khía cạnh thực hiện, những vấn đề như xác định giá mua, trình tự, thủ tục và thẩm quyền giải quyết tranh chấp về giá, về việc công ty không mua lại như yêu cầu của cổ đông v.v... có lẽ đều chưa giải quyết được một cách công bằng và hiệu quả. Vì vậy, quy định nói trên chưa thể có hiệu lực thực tế.

134. Ý kiến khác⁴⁶ cho rằng quy định buộc công ty mua lại cổ phần như quy định tại Điều 64 có thể tạo ra nguy cơ buộc công ty có liên quan phải dùng tất cả các khoản tiền mặt hiện có để mua lại cổ phần; và điều đó làm cho công ty có thể bị phá sản; đồng thời, làm tăng rủi ro cho các cổ đông không phản đối tổ chức lại hoặc thay đổi quyền của cổ đông quy định tại Điều lệ công ty. Những người có ý kiến này còn cho rằng không nước nào có quy định tương tự như Điều 64; và họ kiến nghị bãi bỏ Điều 64 này.

135. Cuối cùng, Luật Doanh nghiệp chưa dự liệu và quy định tình huống trong đó một nhóm cổ đông thiểu số bất đồng ngăn cản việc hoàn tất quá trình bán lại toàn bộ công ty cổ phần cho người khác (người thứ ba). Họ làm việc đó bằng cách từ chối bán cổ phần của họ cho người mua. Tình huống này có thể làm giảm tính hấp dẫn, thậm chí làm hỏng toàn bộ việc mua lại công ty, gây hại đến lợi ích chính đáng của đại đa số cổ đông còn lại.

Điều 65 Luật Doanh nghiệp quy định quyền của công ty trong việc mua lại cổ phần đã phát hành với một số điểm đáng lưu ý, gồm: (i) số cổ phần mua lại không vượt quá 30% số cổ phần đã phát hành; (ii) việc mua lại hơn 10% số cổ phần đã phát hành do Đại hội đồng cổ đông quyết định, còn việc mua lại số cổ phần với tỷ lệ thấp hơn thuộc thẩm quyền quyết định của HĐQT; (iii) giá mua lại cổ phần do HĐQT quyết định nhưng không được cao hơn giá thị trường đối với cổ phần phổ thông tại thời điểm mua lại⁴⁷; đối với các loại cổ phần khác, thì giá mua lại không được thấp hơn giá thị trường; (iv) công ty có thể mua lại cổ phần của từng cổ đông theo tỷ lệ tương ứng với tỷ lệ cổ phần của họ trong công ty.

⁴⁶ Mekong Captial. Tài liệu đã dẫn.

⁴⁷ Trừ trường hợp mua lại cổ phần theo tỷ lệ cổ phần của từng cổ đông trong công ty.

136. Quy định này, một mặt, tạo điều kiện cho công ty cơ cấu lại nguồn vốn kinh doanh, hoàn trả một phần vốn sở hữu cho cổ đông, nhất là khi công ty chỉ được trả cổ tức cho cổ đông, khi kinh doanh có lãi; mặt khác, ngăn ngừa khả năng cổ đông đa số lạm dụng “mua lại cổ phần” để rút vốn công ty phục vụ cho lợi ích riêng. Trong điều kiện các quy định pháp luật nói chung còn kém hiệu lực, mục đích nói trên chưa chắc đã được thực hiện một cách đầy đủ.

137. Việc giao thẩm quyền HĐQT quyết định mua lại cổ phần trong giới hạn 10% số cổ phần đã phát hành có thể tạo nguy cơ gây thiệt hại cho công ty, cho cổ đông thiểu số và chủ nợ. Xác suất xảy ra có thể lớn trong hoàn cảnh của nước ta, khi trong hầu hết các công ty, thành viên HĐQT đồng thời là những cổ đông lớn. Trong trường hợp công ty gặp khó khăn, hoặc tiềm năng phát triển của công ty đã “tới hạn”, các cổ đông lớn (những người trong cuộc) hiểu rõ được tình thế và từng bước rút vốn khỏi công ty thông qua việc công ty mua lại cổ phần. Họ có thể làm điều đó bằng việc quyết định mua lại cổ phần trong một số đợt, mỗi đợt không quá 10% số cổ phần đã phát hành. Hạn chế quy định tại Điều 66⁴⁸ có lẽ chưa đủ để ngăn chặn khả năng lạm dụng này.

138. Như trên đã nói, quy định công ty mua lại cổ phần của từng cổ đông theo tỷ lệ tương ứng với tỷ lệ cổ phần của họ trong công ty về thực chất là công cụ để công ty hoàn trả lại một phần vốn chủ sở hữu cho cổ đông; và sau khi “mua lại” cơ cấu sở hữu và cơ cấu quyền lực trong công ty hoàn toàn không thay đổi. Tuy vậy, quy định này chỉ hợp lý và có thể thực hiện được đối với công ty quy mô nhỏ, số cổ đông không nhiều, và có thể họ đều quen biết nhau. Đối với các công ty lớn, nhiều cổ đông, nhất là công ty niêm yết, quy định này không hợp lý và kém hiệu lực. Và do đó, việc thực hiện trên thực tế có thể bị lạm dụng và không công bằng đối với các cổ đông. Một số cổ đông có cơ hội bán cổ phần; còn số khác có thể không có cơ hội để làm điều đó.

139. Sổ đăng ký cổ đông có thể coi như tài liệu gốc xác nhận, lưu giữ thông tin về sở hữu công ty. Điều 60 Luật Doanh nghiệp đã quy định những nội dung cơ bản bắt buộc phải có trong Sổ đăng ký cổ đông. Chỉ khi các thông tin như quy định của người nắm giữ cổ phần của công ty được ghi vào Sổ cổ đông, thì người đó mới được thừa nhận là cổ đông của công ty, và được hưởng các quyền và lợi ích theo Luật định.

140. Khác với Sổ đăng ký thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, Sổ đăng ký cổ đông không được đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh. Và vì vậy, việc thay đổi cổ đông, chuyển nhượng cổ phần không cần phải đăng ký, mà chỉ cần ghi đủ và đúng thông tin cần thiết tương ứng vào Sổ đăng ký cổ đông. Điểm lợi ở đây là sự linh hoạt, giảm được chi phí trong việc lập, lưu giữ Sổ đăng ký cổ đông, cũng như đối với chuyển nhượng cổ phần và thay đổi cổ đông.

141. Tuy vậy, qua thực tế, người đầu tư đã có một số lo ngại. Trước hết, họ lo ngại về việc quyền sở hữu của họ không được bảo đảm một cách chắc chắn. Người chịu trách nhiệm “quản lý” có thể chậm trễ, cố tình sai lệch hoặc từ chối thực hiện “đăng ký cổ đông” cho họ. Nếu điều như vậy xảy ra, thì quyền và lợi ích hợp pháp của họ sẽ bị vi phạm một cách nghiêm trọng. Trong khi hệ thống giải quyết tranh chấp và xử lý vi phạm còn yếu kém, thì lo ngại nói trên là có căn cứ. Trên thực tế, như đã nói trên, ở một số công ty HĐQT đã từ chối đăng ký chuyển nhượng cổ phần và đăng ký thay đổi cổ đông. Những khiếm khuyết nói trên phần nào tác động không tốt đến môi trường kinh doanh, không khuyến khích phát triển góp vốn, mua cổ phần như một hình thức đầu tư.

⁴⁸ Công ty chỉ được quyền thanh toán cổ phần mua lại nếu ngay sau khi thanh toán hết số cổ phần mua lại, công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài chính khác.

Cơ cấu quản trị nội bộ công ty cổ phần

142. Cơ cấu quản trị công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp bao gồm: Đại hội đồng cổ đông, Ban kiểm soát, HĐQT và Giám đốc (Tổng giám đốc). Đại hội đồng cổ đông là công cụ để cổ đông thực hiện các quyền quản lý của họ đối với công ty; là cơ quan quyết định có quyền lực cao nhất trong công ty. Xét về thẩm quyền, thì sau Đại hội đồng cổ đông là HĐQT, có toàn quyền quản lý công ty, trừ các quyền thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông. HĐQT ra quyết định quản lý, chỉ đạo và giám sát Giám đốc (Tổng giám đốc) trong điều hành hoạt động kinh doanh của công ty. Ban kiểm soát là “cơ quan” của Đại hội đồng, được uỷ quyền giám sát HĐQT trong việc thực hiện thẩm quyền và trách nhiệm của cả Hội đồng nói chung và từng thành viên nói riêng.

143. Như vậy, có thể nói, cơ cấu quản trị nội bộ công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp có phần khác so với mô hình “đơn hội đồng” trong Thông luật, và cả mô hình “lưỡng hội đồng” áp dụng phổ biến ở một số nước châu Âu, nhất là Cộng hoà Liên bang Đức.

144. Như trên đã nói, Luật Doanh nghiệp về cơ bản đã quy định được hầu hết các quyền của cổ đông, cũng như cơ chế và công cụ để thực hiện các quyền đó. Tuy vậy, trong công ty cổ phần quy mô lớn hoặc/và có cổ phần nhà nước, cổ phần của các nhà đầu tư nước ngoài, thì người trực tiếp thực hiện các quyền đó không phải là cổ đông thực sự, mà là người đại diện của cổ đông. Trong một số trường hợp, người đại diện có thể được chỉ đạo và giám sát chặt chẽ, có hiệu quả của cổ đông. Trong các trường hợp khác, người được uỷ quyền có thể tuỳ ý hành động mà thiếu sự giám sát hợp lý và có hiệu quả của cổ đông. Vì vậy, cách thức mà người được uỷ quyền thực hiện quyền sở hữu không hoàn toàn giống với cách mà người chủ sở hữu thực hiện các quyền của họ; không phục vụ cho lợi ích của cổ đông, của công ty và của những người có liên quan.

145. Quyền cổ đông được thực hiện bởi “thế hệ được uỷ quyền F1”, thì quyền quản lý và giám sát có thể được thực hiện bởi “thế hệ được uỷ quyền F2”. Trong bối cảnh nói trên, nguy cơ những người được uỷ quyền lạm dụng quyền lực để phục vụ cho lợi ích riêng của họ là rất lớn, nhất là trong điều kiện thể chế thị trường chưa phát triển như ở nước ta. Luật Doanh nghiệp chưa dự liệu đến các tình huống nói trên. Đây là một khiếm khuyết chắc chắn phải được khắc phục khi mở rộng áp dụng Luật Doanh nghiệp cho cả doanh nghiệp có cổ phần, phân góp vốn của nhà nước và của các nhà đầu tư nước ngoài.

146. Luật Doanh nghiệp về cơ bản đã quy định hợp lý thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông, cách thức trình tự triệu tập họp đại hội đồng, quyền dự họp, điều kiện, thể thức họp và thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông. Ngoài ra, Luật còn quy định Đại hội đồng có thể thông qua quyết định bằng việc lấy ý kiến bằng văn bản.

147. Điều 71 quy định HĐQT có thẩm quyền triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông; nếu HĐQT không triệu tập, thì Ban kiểm soát hoặc nhóm cổ đông yêu cầu⁴⁹ triệu tập. Quy định này xét về tổng thể là hoàn toàn hợp lý. Nhưng, trên thực tế có phát sinh một số vướng mắc kỹ thuật. Trước hết, HĐQT một số công ty đã không triệu tập họp Đại hội đồng thường niên như quy định. Hành vi này có được coi là “HĐQT vi phạm nghiêm trọng” quyền và nghĩa vụ của họ? Trong trường hợp này, cổ đông cũng như Ban kiểm soát đã không yêu cầu triệu tập họp Đại hội đồng. Hai là, chưa có quy định nghĩa vụ và trách

⁴⁹ Khoản 2 Điều 53 Luật Doanh nghiệp.

nhệm của HĐQT, mối quan hệ giữa HĐQT với Ban kiểm soát hoặc nhóm cổ đông yêu cầu trong trường hợp HĐQT không triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông. HĐQT quản lý con dấu, sổ đăng ký cổ đông, sổ sách và tất cả các thiết bị, công cụ khác; quản lý cả đội ngũ nhân viên công ty. Do đó, nếu họ không sẵn sàng, hoặc không buộc phải chia sẻ với Ban kiểm soát hoặc nhóm cổ đông yêu cầu, thì việc triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông của Ban kiểm soát hoặc nhóm cổ đông khó có thể thành công được.

148. Điều 72 và Điều 73 về cơ bản đã quy định hợp lý về lập danh sách cổ đông có quyền dự họp đại hội và lập chương trình họp. Danh sách cổ đông có quyền dự họp, như đã trình bày trên đây không công bố công khai là một khiếm khuyết hạn chế việc thực hiện quyền của cổ đông thiểu số. Quy định Khoản 4 Điều 72 chưa công bằng. Cổ đông lớn có thể lấy được cả danh sách, còn cổ đông nhỏ riêng lẻ thì không có quyền đó. Ngoài ra, chưa quy định giải pháp xử lý trong trường hợp HĐQT không sửa đổi thông tin trong danh sách như yêu cầu của cổ đông có liên quan (Khoản 5).

149. Cũng tương tự như vậy, chưa có biện pháp xử lý trong trường hợp HĐQT từ chối đưa đề nghị của nhóm cổ đông thiểu số vào chương trình họp Đại hội cổ đông.

150. Điều 76 và 77 Luật Doanh nghiệp đã quy định các “định túc số” cơ bản của Đại hội đồng cổ đông. Cũng tương tự như đối với Hội đồng thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, các định túc số đều “mở” có chặn dưới; tức là, Luật chỉ giới hạn mức tối thiểu, còn Điều lệ công ty có quyền đặt ra mức giới hạn cao hơn. Mục đích là tạo điều kiện cho tất cả các cổ đông cùng nhau thoả thuận, xác định các “định túc số” phù hợp nhất với điều kiện cụ thể của họ, thoả mãn được một cách tốt nhất quyền và lợi ích của họ. Tuy vậy, trên thực tế, rất ít (thậm chí chưa có) “tập thể” cổ đông sử dụng quyền và cơ hội này để thoả thuận điều lệ “khác hơn” so với Luật.

151. Hiện diện của 51% số cổ phần có quyền biểu quyết là yêu cầu tối thiểu để cuộc họp của Đại hội đồng có hiệu lực pháp lý. Và 51% của tổng số cổ phần của tất cả cổ đông dự họp là điều kiện tối thiểu để thông qua các quyết định thông thường của Đại hội đồng; còn việc thông qua các quyết định “đặc biệt”⁵⁰ thì phải có sự chấp thuận của ít nhất 65%. Tỷ lệ tối thiểu 65% để thông qua các quyết định đặc biệt là mức thấp nhất so với các nước trong khu vực⁵¹. Tỷ lệ thấp đối với các quyết định đặc biệt đã ngăn cản, thậm chí loại bỏ ảnh hưởng của các cổ đông thiểu số trong việc ra quyết định quan trọng. Trong khi đó, các quyết định đặc biệt thường tác động lớn đến vị thế và lợi ích của cổ đông thiểu số.

152. Ngoài việc thông qua quyết định bằng họp Đại hội đồng, Hội đồng cổ đông còn có quyền thông qua quyết định bằng việc lấy ý kiến bằng văn bản. Quy định này là để Hội đồng cổ đông có thể thông qua được quyết định, trong trường hợp không thể triệu tập họp Đại hội cổ đông kịp thời đáp ứng yêu cầu kinh doanh của công ty hoặc không cần thiết triệu tập họp Hội đồng cổ đông (do tốn kém về chi phí).

153. Tuy vậy, Luật không quy định cụ thể điều kiện hay hạn chế đối với thông qua quyết định bằng cách lấy ý kiến bằng văn bản; mà để cho HĐQT tùy ý quyết định. Vì vậy, trên thực tế đã có sự lạm dụng. Có công ty cổ phần 3 năm liền không họp Đại hội đồng cổ đông; HĐQT đã lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản để quyết định cả các vấn đề như tăng vốn điều lệ, sửa đổi điều lệ công ty, thông qua báo cáo tài chính hàng năm v.v... Phần lớn các vấn đề nói trên đòi hỏi phải thông qua bằng quyết định đặc biệt của Đại hội

⁵⁰ Quyết định về loại cổ phần và số lượng cổ phần được quyền chào bán của từng loại, sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty, tổ chức lại, giải thể công ty, về bán hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong sổ sách kế toán.

⁵¹ Bangladesh 75%; Trung Quốc 66,6%; Hongkong 75%; Ấn Độ 75%; Malaixia 75%; Phillipines 66,6%; Singapore 75%; Hàn Quốc 66,6%; Thái Lan 75%.

đồng cổ đông. Như vậy, tỷ lệ 51% tổng số phiếu biểu quyết⁵² áp dụng để thông qua tất cả các quyết định của Hội đồng cổ đông, không phân biệt loại quyết định, cũng đã tạo điều kiện thuận lợi hơn cho sự lạm dụng nói trên. Sự lạm dụng nói trên về thực chất là việc các cổ đông đa số đã “lách hợp pháp” yêu cầu phải có sự chấp thuận của đại đa số để thông qua các quyết định đặc biệt. Điều này tất nhiên sẽ bất lợi đối với cổ đông thiểu số, ngay cả khi họ nắm đến 49% số cổ phần.

154. Luật Doanh nghiệp yêu cầu tất cả các quyết định của Đại hội đồng cổ đông phải được thông báo đến tất cả cổ đông có quyền dự họp; và biên bản họp Đại hội đồng cổ đông phải được thông qua trước khi bế mạc. Nói cách khác, chỉ có cổ đông phổ thông và cổ đông có cổ phần ưu đãi biểu quyết mới nhận được thông tin về họp đại hội đồng cổ đông. Có ý kiến cho rằng quy định như vậy đã làm cho các cổ đông không dự họp không nắm được diễn biến và nội dung họp Đại hội đồng. Tóm lại, đây là một trong số các khiếm khuyết về quyền của cổ đông được cung cấp hoặc tiếp cận đầy đủ đến các thông tin của công ty.

155. Căn cứ các quy định có liên quan, có thể hiểu rằng các quyết định của Đại hội đồng cổ đông đương nhiên có hiệu lực kể từ khi được thông qua. Tuy vậy, trên thực tế thì hành, còn có một số trục trặc kỹ thuật. Thời điểm thông qua quyết định trước thời điểm bế mạc. Có đại hội đã thông qua tất cả hoặc một số nội dung của chương trình, nhưng “bị giải tán” trước khi bế mạc (nghĩa là không có lễ bế mạc). Có ý kiến cho rằng quyết định của các cuộc họp như vậy là chưa có hiệu lực pháp lý. Trong một số trường hợp, quyết định của Đại hội cổ đông, nhất là quyết định thay thế thành viên HĐQT, không được thi hành. Lý do là thành viên nhiệm kỳ cũ đã bị thay thế không bàn giao lại cho HĐQT nhiệm kỳ mới⁵³. Đây có lẽ cũng là một vấn đề cần tính đến trong điều kiện cụ thể ở nước ta.

156. Luật Doanh nghiệp (Điều 79) giao thẩm quyền cho Tòa án huỷ bỏ quyết định của Đại hội đồng cổ đông trong 2 trường hợp. *Một là*, trình tự và thủ tục triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông không theo đúng quy định của Luật Doanh nghiệp và của Điều lệ công ty. *Hai là*, nội dung quyết định vi phạm quy định của pháp luật hoặc Điều lệ công ty. Cổ đông, thành viên HĐQT và Ban kiểm soát đều có quyền yêu cầu Tòa án huỷ bỏ quyết định của Đại hội đồng, nếu xét thấy cần thiết và thời hiệu của quyền này là 90 ngày kể từ ngày Đại hội đồng thông qua quyết định.

157. Quy định này rõ ràng là cần thiết tạo thêm cơ hội và công cụ cho cổ đông, thành viên HĐQT và Ban kiểm soát trong việc giám sát hoạt động của Đại hội đồng, nhất là của cổ đông đa số; ngăn ngừa họ lạm dụng quyền lực một cách bất hợp pháp. Đồng thời, quy định nói trên cũng góp phần ngăn ngừa cổ đông thiểu số lợi dụng “quấy rối” hoạt động của công ty. Tuy vậy, thực tế thi hành trong mấy năm qua chưa đạt được hiệu quả như mong muốn. Tòa án một số địa phương còn yếu kém về chuyên môn, còn thụ động và thiếu khách quan trong việc giải quyết yêu cầu như quy định tại Điều 79 Luật Doanh nghiệp. Chưa quy định rõ về hiệu lực của quyết định còn bị khiếu nại của Đại hội đồng cổ đông theo quy định⁵⁴. Chưa có quy định về hệ quả phát sinh do phán quyết của Tòa án, nhất là khi Tòa án phán quyết huỷ bỏ quyết định tương ứng của Đại hội đồng cổ đông.

⁵² Luật Công ty Singapore quy định một quyết định đặc biệt được thông qua bằng văn bản với ít nhất 75% số cổ phần biểu quyết chấp thuận.

⁵³ Thực tế cho thấy chỉ cần không bàn giao “con dấu” là HĐQT nhiệm kỳ mới không thể hoạt động bình thường được; và tất cả các giao dịch của công ty đều có thể bị coi là vô hiệu.

⁵⁴ Thực tế ở một số nơi khi có khiếu nại, quyết định đó chưa được thi hành.

Hội đồng quản trị

158. Hội đồng quản trị được xác định là “cơ quan quản lý công ty” và “có toàn quyền nhân danh công ty để giải quyết tất cả các vấn đề, trừ các vấn đề thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông”. Khoản 2 Điều 80 đã quy định khá đủ quyền và nhiệm vụ của HĐQT⁵⁵. Tuy vậy, trên thực tế, hình như HĐQT nói chung và từng thành viên nói riêng không sử dụng các quy định về chức năng, nhiệm vụ và thẩm quyền theo Luật định làm cơ sở cho các hành động của họ. Nếu đúng như vậy, thì các quy định tương ứng của Luật chưa phù hợp với thực tế và chưa có hiệu lực.

159. So với trách nhiệm của HĐQT xác định trong Bộ các nguyên tắc quản trị tốt nhất của OECD (Bộ thông lệ OECD), thì vai trò, chức năng và nhiệm vụ của HĐQT được quy định ở Luật Doanh nghiệp có một số điểm khác. Trước hết, vai trò của HĐQT được quy định tại Luật Doanh nghiệp có thiên hướng nghiêng về trực tiếp quản lý, trong khi đó, vai trò của HĐQT trong Bộ thông lệ OECD thiên về giám sát, định hướng đối với phát triển cũng như quản trị công ty. Vì vậy, các quy định về thẩm quyền và trách nhiệm của HĐQT trong Luật Doanh nghiệp là tương đối cụ thể, trong đó ở Bộ thông lệ OECD có tính bao quát và định tính. Ví dụ, về đầu tư, HĐQT theo Luật Doanh nghiệp quyết định phương án đầu tư, nhưng HĐQT trong Bộ thông lệ OECD thì giám sát các chi phí đầu tư chủ yếu, mua và bán lại các hoạt động đầu tư chủ yếu. Vai trò và chức năng của Hội đồng quản trị trong Bộ thông lệ OECD tập trung nhiều đến tính mục tiêu, tính hệ thống, tính nhất quán của công ty như một chủ thể kinh doanh; trong đó, có một số nội dung như đặt mục tiêu phát triển của công ty và giám sát thực hiện mục tiêu đó, giám sát và quản lý các nguy cơ xung đột lợi ích của quản lý, HĐQT và cổ đông, kể cả việc sử dụng sai trái tài sản của công ty và lạm dụng trong các giao dịch tư lợi, đảm bảo tính thống nhất của hệ thống kế toán và báo cáo tài chính của công ty, đảm bảo các hệ thống kiểm tra nội bộ cần thiết hoạt động có hiệu quả, đặc biệt là hệ thống quản lý rủi ro, hệ thống kiểm tra tài chính và kiểm tra hoạt động kinh doanh, đảm bảo hoạt động công ty tuân thủ đúng quy định của pháp luật và các quy tắc xã hội khác.v.v.v. Đó là những nội dung không có trong quy định về trách nhiệm của HĐQT trong Luật Doanh nghiệp.

160. Hội đồng quản trị gồm không quá 11 thành viên (các nước thế nào). Do cơ cấu “lưỡng hội đồng tách biệt”, nên thành viên HĐQT đều tham gia điều hành; không có thành viên “độc lập” như thường thấy trong các công ty cổ phần ở các nước theo trường phái Thông luật.

161. Nhiệm kỳ, tiêu chuẩn và số lượng cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Quy định này tạo linh hoạt cho các nhà đầu tư quyết định phù hợp với hoàn cảnh và điều kiện cụ thể của họ. Thực tế cho thấy các nhà đầu tư tư nhân trong nước rất đa dạng về trình độ văn hoá, trình độ chuyên môn, nghề nghiệp, lứa tuổi v.v... và họ, nhất là cổ đông lớn, đều là thành viên HĐQT. Vì vậy, Luật không quy định tiêu chuẩn thành viên HĐQT là phù hợp khi Luật mới chỉ áp dụng cho các doanh nghiệp tư nhân trong nước.

162. Quy định này có thể không còn phù hợp với các trường hợp khi thành viên HĐQT là “những người được uỷ quyền” (và có thể là uỷ quyền của người được uỷ quyền). Đối với các trường hợp này, thì tiêu chuẩn phải có được quy định là điều cần thiết để các

⁵⁵ Có ý kiến cho rằng thẩm quyền của HĐQT theo Luật Doanh nghiệp còn bị bó hẹp; chưa đủ để “ra chợ quyết định mua cái gì, mua bao nhiêu, mua như thế nào” phục vụ tốt nhất cho lợi ích của công ty.

thành viên HĐQT được chọn hoàn thành được quyền và trách nhiệm của họ; đồng thời, góp phần giám sát và ngăn chặn nguy cơ lạm dụng quyền lực của nhóm người được uỷ quyền hành động chỉ vì lợi ích của riêng họ (người thực hiện quyền cổ đông cũng là người được uỷ quyền).

163. Luật Doanh nghiệp không quy định chế độ “cuốn chiếu” trong thay thế thành viên HĐQT để bảo đảm tính liên tục và ổn định trong hoạt động của HĐQT. Nếu thực hiện chế độ “cuốn chiếu”, thì hạn chế tối đa được trường hợp toàn bộ thành viên HĐQT bị thay thế cùng một lúc. Điều này có thể loại bỏ được trường hợp HĐQT bị miễn nhiệm “kháng lệnh” của Đại hội đồng cổ đông; gây nên sự bất ổn, đảo lộn trong hoạt động kinh doanh bình thường của công ty.

164. Khoản 3 Điều 81 quy định khi Chủ tịch HĐQT vắng mặt hoặc mất khả năng làm việc, thì Chủ tịch uỷ quyền một thành viên thay thế; và nếu không có người được uỷ quyền thì các thành viên còn lại chọn một người trong số họ tạm thời giữ chức Chủ tịch HĐQT. Xét về nội dung, quy định này là hoàn toàn chặt chẽ và hợp lý. Tuy vậy, nó chưa dự liệu hết một số điểm kỹ thuật⁵⁶. Chủ tịch HĐQT thường đồng thời là người đại diện theo pháp luật của công ty; và thay thế người đại diện theo pháp luật của công ty đòi hỏi phải đăng ký mới có hiệu lực thi hành. Trong trường hợp này, người tạm thời thay thế Chủ tịch HĐQT không thể hoàn thành một số nhiệm vụ của mình, nếu thiếu người đại diện theo Pháp luật của doanh nghiệp.

165. Chủ tịch HĐQT được giao thẩm quyền triệu tập họp HĐQT (và không ai khác ngoài chủ tịch có quyền này); còn thủ tục triệu tập và tổ chức họp lại do Điều lệ công ty quy định. Thực tế cho thấy Điều lệ của đại đa số công ty cổ phần đều không quy định thủ tục triệu tập họp. Thực tế nói trên đã làm cho một số công ty không thể thay thế được Chủ tịch HĐQT (nhất là trường hợp Chủ tịch kiêm người đại diện theo pháp luật). Chủ tịch đã trì hoãn, thậm chí từ chối triệu tập họp HĐQT ngay cả khi có yêu cầu của các thành viên khác của HĐQT. Thiếu quy định cụ thể về thủ tục triệu tập họp HĐQT sẽ tạo thêm cơ hội cho Chủ tịch “loại bỏ” sự tham gia của các thành viên bất đồng ý kiến vào việc ra quyết định của HĐQT; và số thành viên này không hoàn thành được quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của mình theo Luật định. Sự phát triển của công ty nhất định sẽ bị ảnh hưởng tiêu cực.

166. Khoản 1 Điều 84 quy định 2 trường hợp theo đó thành viên HĐQT bị miễn nhiệm⁵⁷; còn các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định. Trên thực tế, Điều lệ các công ty đều không quy định “trường hợp khác” ngoài 2 trường hợp luật định. Như vậy, kết quả là thành viên HĐQT chỉ có thể bị thay thế khi hết nhiệm kỳ, không phụ thuộc vào năng lực, hiệu quả và mức độ hoàn thành các nghĩa vụ của họ. Cơ cấu này rõ ràng chưa tạo đủ áp lực buộc thành viên HĐQT phải hoạt động với hiệu năng cao nhất, thực hiện đầy đủ nhất các nghĩa vụ và trách nhiệm của họ. Khiếm khuyết này không gây tác động tiêu cực trong trường hợp thành viên HĐQT đồng thời là cổ đông như hiện nay. Nhưng, tình hình về cơ bản có thể sẽ khác nếu mở rộng áp dụng Luật Doanh nghiệp cho cả doanh nghiệp có cổ phần, phần vốn góp của nhà nước và/hoặc của nước ngoài. Hướng sửa đổi cần tạo ra áp lực và thể chế mà thành viên HĐQT có thể bị thay thế bất cứ khi nào, nếu

⁵⁶ Ví dụ, Chủ tịch HĐQT đồng thời là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp bị thay thế bằng người khác; và sự thay đổi này phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh. Để hoàn tất hồ sơ, chủ tịch HĐQT bị thay thế phải ký vào đơn yêu cầu thay đổi người đại diện theo pháp luật; nhưng ông/bà này đã không ký. Kết quả là không đăng ký được việc thay đổi người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

⁵⁷ Bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự, hoặc từ chức.

không hoàn thành được các quyền, nhiệm vụ được giao, không thực hiện đúng các nghĩa vụ và trách nhiệm theo Luật định⁵⁸.

Ban kiểm soát

167. Như trên đã nói, Ban kiểm soát trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp được thiết kế như một “cơ quan” trong cơ cấu quản trị công ty. Về địa vị pháp lý, Ban kiểm soát là “cơ quan” của Đại hội đồng cổ đông, được các cổ đông uỷ nhiệm giám sát, đánh giá hoạt động của HĐQT. Tuy vậy, Luật Doanh nghiệp chưa quy định đủ rõ về địa vị pháp lý của Ban kiểm soát trong công ty cổ phần. Như vậy, Ban kiểm soát theo Luật Doanh nghiệp về bản chất và địa vị khác về cơ bản so với Hội đồng giám sát trong công ty cổ phần ở Cộng hoà Liên bang Đức.

168. Khoản 1 Điều 88 quy định công ty cổ phần có 11 thành viên trở lên mới phải lập Ban kiểm soát. Quy định này xuất phát từ giả định là các công ty cổ phần quy mô nhỏ, ít cổ đông, chưa có sự tách biệt giữa người quản lý và người chủ sở hữu. Các cổ đông đồng thời là thành viên HĐQT. Khi số cổ đông chưa vượt quá 11 người, thì tất cả cổ đông có thể đồng thời là thành viên HĐQT⁵⁹. Trong trường hợp này, không cần thiết phải có thêm Ban kiểm soát.

169. Giả định này sẽ không còn hợp lý khi mở rộng áp dụng Luật Doanh nghiệp cho cả doanh nghiệp có vốn góp, cổ phần của nhà nước và/hoặc của đầu tư nước ngoài. Bởi vì, lúc đó, trong nhiều trường hợp không phải là cổ đông đích thực, mà là người được uỷ quyền, thực hiện các quyền của cổ đông; và quản lý công ty có thể tách biệt tuyệt đối với chủ sở hữu. Trong cơ cấu nói trên, không chỉ cần kiểm soát nội bộ qua Ban kiểm soát, mà còn cần cả giám sát khách quan từ bên ngoài.

170. Điều 89 quy định cung cấp thông tin cho Ban kiểm soát. Đây là một tiến bộ tạo điều kiện để Ban kiểm soát hoạt động có hiệu quả và thiết thực hơn. Tuy vậy, cơ chế cung cấp thông tin vẫn thụ động. Nghĩa là, chỉ cung cấp thông tin cho Ban kiểm soát khi Ban kiểm soát có yêu cầu, và chỉ cung cấp những thông tin như yêu cầu mà thôi. Với số lượng thông tin đó, Ban kiểm soát không thể theo dõi, giám sát thường xuyên hoạt động của người quản lý; không thể kịp thời phát hiện các vấn đề nảy sinh. Do đó, Ban kiểm soát vẫn chưa thể ngăn ngừa khả năng lạm dụng quyền lực của người quản lý. Một cơ chế cung cấp thông tin để Ban kiểm soát có thông tin ít nhất ngang bằng với HĐQT là điều cần thiết khi bổ sung, sửa đổi Luật Doanh nghiệp.

171. Điều 90 quy định những người không được làm thành viên Ban kiểm soát; nhưng không quy định tiêu chuẩn của thành viên Ban kiểm soát. Công việc của Ban kiểm soát chủ yếu mang tính nghề nghiệp; và do đó, họ phải là các nhà chuyên môn cao về quản lý, nhất là quản lý tài chính.

172. Thực tế cho thấy vai trò thực sự của Ban kiểm soát còn yếu hơn cả trong quy định của pháp luật. Ban kiểm soát thường bị HĐQT chi phối. Bởi vì, thành viên HĐQT đều đồng thời là những cổ đông lớn; và cũng chính họ đã lựa chọn và bầu các thành viên Ban kiểm soát; đồng thời, quyết định cả về công ăn việc làm, về địa vị của thành viên ban kiểm soát trong công ty, về tiền lương và thu nhập khác của các thành viên Ban kiểm soát.

⁵⁸ Luật Công ty ở các nước khác cho phép cổ đông bãi miễn thành viên HĐQT bất cứ lúc nào mà không cần nêu lý do.

⁵⁹ Khoản 4 Điều 80 Luật Doanh nghiệp quy định HĐQT công ty cổ phần không vượt quá 11 thành viên.

Thành viên Ban kiểm soát thường là những người chuyên môn không cao; có thể thiếu cả nhiệt tình đấu tranh cho công bằng, lẽ phải và hợp lý. Với vị thế như trình bày trên đây, thì các thành viên Ban kiểm soát khó có thể làm tốt hơn nhiệm vụ của mình.

Giám đốc (Tổng Giám đốc)

173. Giám đốc theo tư duy của người Việt là người toàn quyền điều hành hoạt động hàng ngày của công ty; và các Phó giám đốc chỉ là người giúp việc cho Giám đốc, phụ trách một, một số lĩnh vực riêng. Như vậy, vị trí của người “phó” luôn luôn là phụ thuộc, là giúp việc; không có thẩm quyền quyết định, và cũng không chịu trách nhiệm cụ thể.

174. Luật Doanh nghiệp có dự liệu một cơ cấu mới, trong đó người điều hành đứng đầu là Tổng giám đốc, tiếp đến là các Giám đốc chuyên môn. Cơ cấu này sẽ đề cao thẩm quyền, quyền, trách nhiệm và tính độc lập của những nhà điều hành chuyên theo tính chất công việc (như giám đốc sản xuất, giám đốc tiếp thị, giám đốc tài chính v.v...).

Tiền lương cho người quản lý và Ban kiểm soát

175. Luật Doanh nghiệp mới quy định thẩm quyền quyết định lương và thù lao cho HĐQT, Ban kiểm soát và Giám đốc (Tổng giám đốc)⁶⁰. Luật hoàn toàn chưa quy định nguyên tắc hay căn cứ xác định lương, lợi ích khác; chưa yêu cầu công khai hoá tiền lương và thu nhập khác của họ. Công khai hoá các nguyên tắc xác định lương, mức thu nhập cụ thể hàng năm của những người quản lý là một trong những nội dung của các bộ nguyên tắc quản trị tốt nhất. Quy định cụ thể nguyên tắc xác định hợp lý tiền lương và các lợi ích khác mà những người quản lý được hưởng sẽ là động lực mạnh mẽ cho họ phát huy hết tài năng, sáng kiến, hết lòng và tận tâm quản lý công ty. Điều đó kết hợp với việc công khai hoá tiền lương và thu nhập hàng năm sẽ là công cụ giám sát hiệu quả hoạt động của họ; ngăn ngừa được họ lạm dụng quyền lực thu vén cho lợi ích cá nhân. Điều này đặc biệt cần thiết, khi những người quản lý tách biệt độc lập khỏi chủ sở hữu; và tiền lương trở thành động lực vật chất cơ bản thúc đẩy ứng xử của họ. Những nội dung thuộc loại này chắc chắn phải bổ sung để Luật Doanh nghiệp áp dụng được cho cả doanh nghiệp có phần góp vốn, cổ phần của nhà nước và của đầu tư nước ngoài.

176. Tuy vậy, làm được việc này trong bối cảnh hiện nay ở nước ta là hoàn toàn không dễ. Khác với các nước khác, nhất là các nước phát triển, các doanh nghiệp không thể đồng thời tuân thủ đúng luật pháp và duy trì, phát triển được hoạt động kinh doanh. Họ thường phải dút lót, thông đồng với một số công chức trong bộ máy nhà nước có liên quan; họ phải lập 2 thậm chí 3 loại chứng từ, sổ sách kế toán, phải khai báo sai lệch về doanh thu, chi phí và lợi nhuận.v.v.... Trong bối cảnh nói trên, mọi thước đo hay căn cứ để xác định tiền lương và thu nhập của người quản lý đều có thể phản ánh không đúng sự thực.

⁶⁰ Lương và thù lao cho HĐQT và Ban kiểm soát do Đại hội đồng cổ đông quyết định; còn lương của Giám đốc (Tổng Giám đốc) do HĐQT quyết định.

177. Tâm lý lo ngại về công khai hoá thu nhập cũng rất đáng kể. Nhìn chung, tâm lý khá phổ biến là “che đậy”, chứ không phải khuyếch trương sự giàu có, nếu có. Tâm lý đố kỵ với người, nhóm người có thu nhập cao hơn trong xã hội có lẽ vẫn còn tồn tại. Ngay trong bộ máy nhà nước, một quan chức hành chính nhà nước có thể chưa sẵn sàng chấp nhận có mức thu nhập thấp hơn một giám đốc, hay thành viên HĐQT. Điều này thể hiện khá rõ trong các đợt cải cách tiền lương và trong các thang bảng lương hiện hành áp dụng đối với cán bộ, công chức, và người lao động trong khu vực nhà nước. Ngược lại, một giám đốc doanh nghiệp nhà nước quy mô lớn hơn không thể đồng ý với mức lương thấp hơn thu nhập của giám đốc doanh nghiệp có quy mô nhỏ hơn nhưng hiệu quả cao hơn. Các giám đốc và thành viên HĐQT các doanh nghiệp nhà nước cũng luôn muốn so sánh địa vị của mình với các cấp bậc hành chính như vụ trưởng, thứ trưởng.v.v.v. Nói tóm lại, phương pháp luận “đẳng cấp - giá trị” và “giá trị - đẳng cấp” đang khá phổ biến nhất là trong khu vực nhà nước.

178. Các vấn đề liên quan đến giao dịch với người có liên quan (Điều 87) về cơ bản tương tự như công ty trách nhiệm hữu hạn (xem các Điểm 104,105 trong báo cáo này).

179. Luật Doanh nghiệp nói chung không yêu cầu kiểm toán các công ty. Ngay cả đối với công ty cổ phần, Luật Doanh nghiệp cũng không đòi hỏi phải được kiểm toán. Quy định đó xuất phát từ hoàn cảnh đa số công ty của khu vực kinh tế tư nhân còn nhỏ; chưa có sự tách biệt giữa sở hữu và quản lý. Đội ngũ kiểm toán ở nước ta số lượng chưa nhiều, trình độ còn yếu. Hơn nữa, trong thời kỳ đầu phát triển, tâm lý dè dặt, lo ngại về kiểm toán, công khai hoá còn khá phổ biến.

180. Tuy vậy, tình hình hiện nay đã đổi khác; yêu cầu công khai, minh bạch trong quản lý doanh nghiệp đã ngày càng rõ nét; bất lợi của quản lý phi chính thức, thiếu minh bạch cũng đã dần bộc lộ. Khiếm khuyết này rõ ràng phải khắc phục khi mở rộng áp dụng Luật Doanh nghiệp cho cả doanh nghiệp có vốn góp của nhà nước và vốn góp của nhà đầu tư nước ngoài.

V. CÔNG TY HỢP DANH

181. Trước hết, “công ty hợp danh” được quy định tại Luật Doanh nghiệp là một tiến bộ so với trước đây. Nhờ đó, loại hình doanh nghiệp ở nước ta đã trở nên đa dạng hơn; tạo thêm cơ hội cho người đầu tư lựa chọn loại hình thích hợp để kinh doanh. Tuy vậy, công ty hợp danh có lẽ là loại hình doanh nghiệp ít phổ biến nhất, hay ít được ưa chuộng nhất ở nước ta⁶¹. Điều này có thể do nhiều nguyên nhân (người đầu tư hiểu và chưa quen với “công ty hợp danh”, “các lợi ích” về vật chất, tâm lý và văn hoá của người Việt v.v... còn chưa vượt một cách thuyết phục so với “cái không lợi”, quy định luật pháp về công ty hợp danh còn chưa đầy đủ v.v...).

182. Luật Doanh nghiệp chỉ có 4 điều⁶² quy định về công ty hợp danh. Vì vậy, nội dung chưa đầy đủ, chưa toàn diện, thậm chí chưa chính xác là điều tất yếu. Phần lớn các nội dung này được hướng dẫn thêm, cụ thể hoá thêm bởi Nghị định số 03/2000/NĐ-CP ngày 3 tháng 2 năm 2000 của Chính phủ hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp.

⁶¹ Hiện mới chỉ có không quá 15 công ty hợp danh đăng ký trên địa bàn cả nước.

⁶² Điều 95 đến 98.

183. Trước hết, Luật Doanh nghiệp chưa phân biệt một cách rõ ràng các loại công ty hợp danh. Ở các nước khác người ta thường phân biệt 2 loại công ty hợp danh: đó là hợp danh thường và hợp danh hữu hạn⁶³. Điều 95 Luật Doanh nghiệp định nghĩa về công ty hợp danh bao gồm cả 2 loại: hợp danh thường và hợp danh hữu hạn. Có thể nói, về công ty hợp danh các việc mà Luật Doanh nghiệp đã làm được là: định nghĩa công ty hợp danh và phân biệt được 2 loại thành viên (thành viên hợp danh và thành viên góp vốn) cùng với một số quyền và nghĩa vụ tương ứng của họ.

184. Sau đó, Nghị định số 03/2000/NĐ-CP ngày 3 tháng 2 năm 2000 của Chính phủ hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp đã hướng dẫn, bổ sung chi tiết thêm một số nội dung. Cụ thể là:

- Khoản 4 Điều 10 quy định nội dung cơ bản của Điều lệ công ty hợp danh; Khoản 4 Điều 11 quy định nội dung Danh sách thành viên hợp danh;
- Điều 26 phân biệt rõ 2 loại công ty hợp danh: hợp danh thường và hợp danh hữu hạn;
- Điều 27 quy định 5 quyền và 8 nghĩa vụ của thành viên hợp danh;
- Điều 28 quy định cụ thể 4 quyền và 3 nghĩa vụ của thành viên góp vốn;
- Điều 29 quy định về tổ chức quản lý công ty hợp danh;
- Điều 30 quy định về tiếp nhận thành viên; Điều 31 quy định về chấm dứt tư cách thành viên và Điều 32 quy định về rút khỏi công ty hợp danh.

Xem xét nội dung các điều khoản có liên quan của Luật và Nghị định hướng dẫn thi hành bước đầu rút ra một số điểm sau đây:

- Chưa nghiên cứu và chưa hiểu hết bản chất của Công ty hợp danh cả về lý thuyết và thực tiễn, nhất là về tư cách pháp nhân, các loại quan hệ, nội dung các mối quan hệ giữa các thành viên, thành viên với công ty, và với bên thứ ba, cũng như cách thức quản lý và điều hành hoạt động của công ty.
- Không quy định cách thức góp vốn bằng cung cấp dịch vụ;
- Chưa quy định rõ cơ cấu vốn và tài sản của công ty hợp danh; tách biệt với tài sản của các thành viên;
- Chưa phân định và phân biệt rõ các mối quan hệ giữa các thành viên với nhau, giữa các thành viên với công ty và các mối quan hệ giữa các thành viên với những người có giao dịch với công ty;
- Trong các mối quan hệ nói trên, thì quyền và trách nhiệm của từng loại thành viên, và sự liên đới của họ liên quan đến trách nhiệm được quy định chưa đủ và chưa cụ thể;
- Chế độ ra quyết định, chế độ quản lý, và nhất là chế độ thông tin, báo cáo trong quản trị nội bộ hầu như chưa được quy định;
- Chưa quy định chuyển đổi và hợp nhất công ty hợp danh;
- Chưa quy định rõ các trường hợp giải thể công ty của công ty hợp danh; cũng như quyền và trách nhiệm của các loại thành viên sau khi giải thể.

⁶³ Hợp danh đăng ký và hợp danh không đăng ký là cách phân biệt khác.

185. Có ý kiến cho rằng Luật không quy định bắt buộc kinh doanh một số ngành nghề phải thực hiện dưới hình thức công ty hợp danh là một khiếm khuyết. Theo ý kiến này, thì đáng ra việc cung cấp các loại dịch vụ như chăm sóc sức khỏe, kiểm toán, dịch vụ pháp lý, tư vấn và thiết kế kiến trúc, công trình v.v... phải được thực hiện dưới hình thức hợp danh. Trong khi đó, Nghị định 03/2000/NĐ-CP lại yêu cầu các thành viên hợp danh phải có trình độ chuyên môn, nghề nghiệp tương ứng đối với ngành, nghề kinh doanh. Quy định này có thể thực sự không cần thiết đối với phần lớn các loại ngành nghề.

186. Thực ra, luật pháp hầu hết các nước đều có quy định bắt buộc phải là công ty hợp danh trong cung cấp một số loại dịch vụ. Tuy vậy, do môi trường kinh doanh ngày càng được tự do hoá và năng động với mức độ rủi ro kinh doanh ngày càng cao, xu hướng cải cách ở hầu hết các nước là tạo điều kiện thuận lợi và giảm thiểu rủi ro cho các nhà đầu tư. Vì vậy, ở các nước người ta đang có xu hướng dần bỏ quy định bắt buộc phải sử dụng công ty hợp danh trong việc cung cấp một số dịch vụ như vừa kể trên. Thay vào đó, người ta sử dụng chế độ bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp.

187. Vấn đề này đã được thảo luận và quyết định (như ta thấy trong Luật Doanh nghiệp) trong sự tác động của xu thế thay đổi đó. Tuy vậy, quyết định không có quy định bắt buộc một số ngành, nghề kinh doanh phải thực hiện bằng hình thức hợp danh không xuất phát từ nguyên nhân nói trên, mà xuất phát từ thực tiễn. Cụ thể là, cho đến năm 2000, các loại dịch vụ (theo truyền thống phải được cung cấp bằng công ty hợp danh) hầu như vẫn do các doanh nghiệp nhà nước và các doanh nghiệp FDI cung cấp. Các doanh nghiệp đó đều là công ty trách nhiệm hữu hạn theo pháp luật Việt Nam. Vấn đề đặt ra là, nếu có quy định bắt buộc phải thành lập công ty hợp danh trong kinh doanh một số loại dịch vụ, thì các công ty trách nhiệm hữu hạn có liên quan buộc phải chuyển đổi thành công ty hợp danh? Như vậy, hàng loạt các doanh nghiệp nhà nước phải chuyển đổi; nhưng các vấn đề liên quan đến chuyển đổi lại chưa được nghiên cứu và chưa có hướng giải quyết cụ thể. Hơn nữa, chưa có nghiên cứu đánh giá các mặt được và chưa được của doanh nghiệp (không phải là công ty hợp danh) trong cung cấp các dịch vụ kể trên; và do đó, chưa có căn cứ thuyết phục bắt buộc phải thành lập công ty hợp danh để kinh doanh một số loại dịch vụ như thường thấy ở một số quốc gia khác.

188. Cho đến nay, cả nước chỉ có không quá 10 công ty hợp danh đăng ký, chiếm một tỷ trọng hoàn toàn không đáng kể trong số các doanh nghiệp đăng ký, chứng tỏ công ty hợp danh chưa phải là loại hình doanh nghiệp phổ biến ở nước ta. Điều đó có thể do quy định chưa đầy đủ, chưa hợp lý như vừa kể trên, hoặc do đặc điểm và tính cách doanh nhân nước ta, hoặc do đây là loại hình doanh nghiệp vẫn ít được biết đến ở nước ta.

VI. DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

189. Doanh nghiệp tư nhân là loại hình tổ chức kinh doanh khá đơn giản, và tương đối được ưa chuộng ở nước ta. Cho đến nay, hoạt động của doanh nghiệp tư nhân theo quy định của Luật Doanh nghiệp về cơ bản là tốt. Các vấn đề phát sinh là không đáng kể, nhưng ở đây, chúng tôi xin điểm lại một số điểm có thể cần hoàn thiện thêm.

190. Doanh nghiệp tư nhân do một cá nhân đứng tên làm chủ, thành lập, quản lý và chịu trách nhiệm vô hạn về tất cả các khoản nợ và nghĩa vụ khác của doanh nghiệp. Xét về trách nhiệm, doanh nghiệp và cá nhân chủ sở hữu là một và chỉ một, không tách rời. Luật không quy định hạn chế một cá nhân chỉ được quyền thành lập và làm chủ một

doanh nghiệp tư nhân. Trong quá trình thực hiện, đã không ít cá nhân, với nhiều lý do khác nhau, đã xin thành lập hơn 1 doanh nghiệp tư nhân của mình. Trong một số trường hợp, đã xảy ra tranh chấp giữa người đăng ký kinh doanh và cán bộ đăng ký. Sau này, căn cứ vào bản chất của doanh nghiệp tư nhân, Nghị định 125/2004/NĐ-CP ngày 19 tháng 5 năm 2004 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 03/2000/NĐ-CP ngày 03 tháng 02 năm 2000 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp đã hướng dẫn là một cá nhân chỉ được quyền thành lập 1 doanh nghiệp tư nhân.

191. Hộ kinh doanh cá thể về bản chất pháp lý hoàn toàn giống với doanh nghiệp tư nhân. Tuy nhiên, quy định tương ứng của Luật Doanh nghiệp hàm ý rằng doanh nghiệp có quy mô lớn hơn hộ kinh doanh cá thể. Tuy vậy, trên thực tế không ít hộ kinh doanh cá thể có quy mô lớn hơn nhiều so với Luật Doanh nghiệp; và các quy định tương ứng của Luật thực sự đã chưa thành công nhiều trong việc khuyến khích và cả bắt buộc hộ kinh doanh có quy mô lớn đăng ký doanh nghiệp. Có lẽ hộ kinh doanh cá thể còn có một số lợi thế xét về nghĩa vụ nộp thuế so với doanh nghiệp. Cụ thể là, hộ kinh doanh cá thể không bắt buộc phải ghi chép đầy đủ sổ sách kế toán như đối với doanh nghiệp; và vẫn được nộp thuế theo chế độ khoán. Khảo sát thực tế cho thấy ngay cả chính quyền một số quận, huyện “không muốn” hộ kinh doanh cá thể đăng ký thành doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp. Bởi vì, làm như vậy, họ sẽ bị mất “đối tượng” quản lý⁶⁴.

192. Điều 108 quy định bán doanh nghiệp tư nhân. Bán doanh nghiệp tư nhân về thực chất là bán tài sản, gồm tất cả các tài sản hữu hình sử dụng vào việc kinh doanh, các tài sản vô hình và các quyền có liên quan. Tuy vậy, nội dung điều này chưa quy định hoặc dẫn chiếu các quy định pháp luật áp dụng đối với việc bán tài sản. Vì vậy, trên thực tế một số chủ doanh nghiệp đã lúng túng khi muốn bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Trong các trường hợp khác, họ thường làm thủ tục giải thể doanh nghiệp, sau đó, thực hiện bán tài sản. Cách làm này đã không bảo đảm tính liên tục trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, mà cả người bán và người mua đều không muốn như vậy.

193. Tuy có quy định về bán, nhưng lại không có quy định về cho, tặng và thừa kế doanh nghiệp tư nhân. Do đó, việc cho, tặng và thừa kế cũng phải được thực hiện theo cách có thể không duy trì tính liên tục xét về mặt vật chất, quan niệm xã hội về sự tồn tại và hoạt động của doanh nghiệp. Đây là điều mà có thể các bên có liên quan đều không muốn có.

VII. TỔ CHỨC LẠI DOANH NGHIỆP

194. Luật Doanh nghiệp đã quy định năm hình thức tổ chức lại doanh nghiệp, gồm chia, tách, hợp nhất, sáp nhập và chuyển đổi doanh nghiệp. Đó cũng là những hình thức phổ biến về tổ chức lại doanh nghiệp được áp dụng và quy định trong Luật công ty của hầu hết các quốc gia khác. Nội dung các quy định về các hình thức tổ chức lại nói trên dựa nhiều vào các nguyên tắc cơ bản có liên quan quy định trong Bộ Luật Dân sự 1995.

195. Về tổ chức lại doanh nghiệp, còn thiếu một số hình thức. Trước hết, thực tế thời gian qua cho thấy có nhu cầu chuyển đổi từ doanh nghiệp tư nhân sang công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần. Tuy vậy, do luật cấm hoặc không quy định, chủ các doanh nghiệp tư nhân có liên quan đã phải qua “đường vòng”, giải thể

⁶⁴ Theo phân cấp hiện hành về quản lý thuế, thì hộ kinh doanh cá thể thuộc thẩm quyền quản lý của Chi cục; còn doanh nghiệp thuộc Cục thuế.

doanh nghiệp tư nhân và sử dụng chính tài sản đó để thành lập mới công ty trách nhiệm hữu hạn. Cách làm này có ưu điểm là bảo vệ được lợi ích của chủ nợ; thu thuế cho nhà nước cũng an toàn hơn. Nhưng nó gây không ít bất lợi cho chủ sở hữu. Đó là chi phí “chuyển đổi” cao; và không tận dụng được hết các lợi thế, mối quan hệ kinh doanh đã tạo ra trước đây, gắn với doanh nghiệp tư nhân đã bị giải thể. Ngoài ra, thu tóm công ty, một hình thức tổ chức lại doanh nghiệp khá phổ biến ở các nước khác, vẫn còn rất ít biến đến và chưa được quy định tại Luật Doanh nghiệp.

196. Những thủ tục tổng thể tương ứng đối với các hình thức tổ chức lại doanh nghiệp cũng đã được quy định tại Luật Doanh nghiệp (tương ứng các điều 105, 106, 107, 108, 109 và 110). Tuy vậy, trình tự và thủ tục nói chung còn sơ sài, được xác định theo “logic” của sự việc hơn là dựa vào những hiểu biết và kinh nghiệm thực tế sâu sắc về các vấn đề có liên quan. Trong tổ chức lại doanh nghiệp, lợi ích của cổ đông thiểu số, của chủ nợ và của người lao động đã được cân nhắc và quan tâm bảo vệ. Tuy vậy, so với các nước khác, các biện pháp bảo vệ chủ nợ và người lao động còn rất sơ sài; chủ nợ mới chỉ được thông báo về quyết định của chủ sở hữu về tổ chức lại; chưa có quy định về thời hạn phải được thông báo trước và chưa tạo công cụ và cơ hội để chủ nợ có quyền yêu cầu thanh toán trước khi tổ chức lại v.v...

197. Quan sát thực tế gần 5 năm qua cho thấy hầu như các doanh nghiệp không tổ chức lại theo các hình thức chia, hợp nhất, sáp nhập⁶⁵ theo Luật Doanh nghiệp. Tách doanh nghiệp xảy ra thường xuyên và phổ biến hơn. Có lẽ đây là hình thức tổ chức lại không được ưa chuộng ở nước ta. Ngoài ra, chuyển đổi doanh nghiệp từ công ty trách nhiệm hữu hạn thành công ty cổ phần cũng đã xảy ra ở một số trường hợp.

198. Quan sát thực tế cho thấy các trường hợp tách doanh nghiệp xảy ra trên thực tế không giống như quy định ở Luật Doanh nghiệp. Nguyên nhân tách doanh nghiệp thường là do mâu thuẫn nội bộ giữa các thành viên, hoặc các thành viên đều muốn có công ty riêng của mình, hoặc là để “chia nhỏ” hoạt động kinh doanh do các yếu tố tâm lý hoặc do các chính sách ưu đãi của nhà nước. Trên thực tế, có công ty gồm 5 thành viên; và 4 thành viên lần lượt rút khỏi công ty ban đầu và lập công ty riêng của mình. Khi rút khỏi công ty, các thành viên được chia một phần tài sản của công ty ban đầu và tài sản đó đã được sử dụng để lập công ty mới. Kết quả là từ 1 công ty, sau gần 7 năm hoạt động, đã được tách thành 5 công ty khác nhau. Tuy nhiên, chỉ có tên công ty ban đầu là giữa nguyên, không đổi.

199. Việc tách doanh nghiệp trên thực tế không thực hiện đúng như quy định của Luật. Nói cách khác, những quy định thủ tục tách doanh nghiệp có thể không bao quát hết các yêu cầu và diễn biến thực tế. Trên thực tế, có thể không ít trường hợp “tách” doanh nghiệp diễn ra một cách tự phát, chứ không phải xuất phát từ những quyết định có mục đích rõ ràng và đã được cân nhắc cẩn trọng; hoặc tách doanh nghiệp được biểu hiện dưới hình thức thành lập một doanh nghiệp khác hoàn mới, không liên quan đến doanh nghiệp hiện có.

200. Tách doanh nghiệp dù dưới dạng nào đều là hình thức tổ chức lại doanh nghiệp. Nó đã tạo điều kiện mở rộng quy mô và đa dạng hoá hoạt động kinh doanh; thu hút được thêm vốn và nguồn lực khác và sử dụng có hiệu quả hơn các nguồn lực đó trong hoạt động kinh doanh.

⁶⁵. Sáp nhập bằng biện pháp hành chính thường được thực hiện đối với DNNN. Các doanh nghiệp đang thua lỗ, nợ nần chồng chất, lao động thiếu việc làm được “sắp xếp, tổ chức lại” bằng “lệnh” sáp nhập vào doanh nghiệp khác đang kính doanh có hiệu quả hơn.

201. Có thể nói rằng, tách doanh nghiệp luôn ảnh hưởng đến lợi ích của chủ nợ. Trong các trường hợp “tách” thường thấy ở nước ta như nói trên đây, về lý thuyết quyền lợi của các chủ nợ chưa được bảo vệ, ít nhất bằng quy định của pháp luật. Tuy vậy, nếu các biện pháp bảo vệ lợi ích của chủ nợ trở nên quá mạnh mẽ, thì việc tách doanh nghiệp sẽ không xảy ra, hoặc sau khi tách, năng lực kinh doanh của các doanh nghiệp có liên quan bị tổn hại nghiêm trọng, khó có thể duy trì và phát triển kinh doanh. Ví dụ, một thành viên vì nhiều lý do khác nhau muốn rút khỏi công ty hiện có để thành lập công ty của riêng mình. Trước lúc rút khỏi công ty và được chia 1 phần tài sản, các chủ nợ được thông báo; kết quả là một số chủ nợ yêu cầu thành toán nợ trước thời hạn. Rõ ràng, điều đó chắc chắn sẽ ảnh hưởng đến năng lực tài chính của công ty hiện có, cũng như số tài sản “chia” cho thành viên rút khỏi công ty. Việc thành lập công ty của thành viên này, do đó, cũng có thể bị ảnh hưởng. Cũng tương tự như vậy đối với trường hợp chủ sở hữu sử dụng một phần tài sản đang kinh doanh để thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn khác.

202. Như trên đã nói, thôn tính như một hình thức cơ cấu lại doanh nghiệp chưa được quy định tại Luật Doanh nghiệp. Thôn tính doanh nghiệp có lẽ là hình thức cơ cấu lại thường được áp dụng đối với công ty cổ phần hơn là các loại hình doanh nghiệp khác. Nhìn chung, các chuyên gia đều thống nhất chung là thôn tính công ty nên được quy định tại Luật công ty ở các nước chuyển đổi⁶⁶; và cần phải được quy định một cách chính xác, cụ thể và chặt chẽ. Ví dụ, cần xác định cụ thể tỷ lệ cổ phần chi phối (30% số cổ phần? hay một tỷ lệ cụ thể khác?), kể trường hợp tỷ lệ này do một nhóm cổ đông có liên quan nắm giữ; và thôn tính nên chỉ áp dụng đối với công ty cổ phần có một số lượng cổ đông đủ lớn; luật cũng nên quy định về giá chào mua tối thiểu, thời hạn chào mua và các điều kiện chào mua khác của cổ đông chi phối đối với các cổ đông khác còn lại.

203. Thôn tính doanh nghiệp về bản chất là thay đổi cổ đông chi phối công ty. Một khi quyền chi phối công ty “chuyển giao” cho cổ đông khác, thì khả năng các cổ đông thiểu số bán cổ phần của mình với giá hợp lý cũng không còn. Giá cổ phần lúc này không còn phụ thuộc vào hiệu quả thực tế của công ty, mà phụ thuộc vào các sự kiện không liên quan đến ứng xử của họ hoặc tiềm năng của công ty. Trong trường hợp này, luật pháp các nước quy định các công cụ vừa bảo vệ lợi ích của cổ đông thiểu số, vừa tạo điều kiện hoàn thành vụ thôn tính. Để bảo vệ cổ đông thiểu số, luật pháp các nước thường quy định một khi cổ đông nào đó đã nắm giữ một tỷ lệ cổ phần chi phối ở một công ty cổ phần, thì cổ đông đó phải chào mua số cổ phần còn lại với giá công bằng. Công cụ này tạo cơ hội cho các cổ đông còn lại cơ hội quyết định liệu nên ở lại công ty cùng với cổ đông chi phối mới hay rút vốn khỏi công ty. Giá tối thiểu chào mua phải bằng giá cổ phần mà cổ đông hoặc nhóm cổ đông đó đã mua để nắm quyền thầu tóm công ty; thời hạn chào mua tối thiểu 6 tháng kể từ ngày nắm được quyền kiểm soát công ty. Đồng thời, luật cũng cần quy định những biện pháp chế tài cụ thể và khắt khe đối với trường hợp vi phạm yêu cầu mua lại cổ phần như đã trình bày trên đây.

204. Luật cũng nên quy định yêu cầu thông báo trước ý định thôn tính công ty. Yêu cầu này tạo điều kiện cho những người quản lý công ty có cơ hội tìm kiếm người mua với giá cao hơn từ những nhà đầu tư tiềm năng hoặc cổ đông khác.; hoặc đối với trường hợp những người quản lý mua lại, thì người ngoài cũng có cơ hội tham gia với giá cao hơn. Ngoài ra, Luật cũng cần quy định cấm những hành vi mà những người quản lý có thể làm để ngăn cản việc thầu tóm công ty, thay đổi cổ đông chi phối.

⁶⁶ Các nguyên tắc chung về luật công ty ở các nước chuyển đổi được chuyển bị với sự trợ giúp của OECD.

Giải thể doanh nghiệp

205. Luật Doanh nghiệp đã quy định bốn trường hợp dẫn đến giải thể doanh nghiệp, trong đó có 2 trường hợp giải thể bắt buộc. Đó là khi doanh nghiệp bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và khi công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 6 tháng liên tục. Đồng thời, Luật Doanh nghiệp cũng đã quy định trình tự và thủ tục giải thể. Việc giải thể doanh nghiệp do chính doanh nghiệp thực hiện với sự giám sát của cơ quan đăng ký kinh doanh.

206. Thực tế gần 5 năm qua cho thấy số lượng doanh nghiệp giải thể theo đúng trình tự quy định của luật là không nhiều; thấp xa so với số doanh nghiệp đã giải thể trên thực tế. Tổng kết 4 năm thi hành Luật Doanh nghiệp cho thấy số doanh nghiệp không còn hoạt động (đã giải thể trên thực tế) chiếm từ 20 đến 35% số doanh nghiệp đăng ký (tức khoảng 16000 đến 35000), nhưng số doanh nghiệp giải thể có đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ đạt tới vài nghìn mà thôi. Không ít ý kiến cho rằng thực trạng nói trên đã phần nào làm xấu đi môi trường kinh doanh, làm cho môi trường kinh doanh kém lành mạnh.

207. Thực tế nói trên do nhiều nguyên nhân. Khảo sát thực tế cho thấy thủ tục quy định phức tạp, tốn kém và chưa phù hợp là một nguyên nhân chủ yếu. Tính phức tạp và tốn kém có lẽ bắt nguồn từ việc quy định đã quá nhấn mạnh đến bảo vệ lợi ích của chủ nợ, và của người lao động. Ngay cả cơ quan đăng ký kinh doanh cũng chần chừ và ngần ngại trong việc tuyên bố giải thể doanh nghiệp. Bởi vì, giải thể và xoá tên một công ty trong sổ đăng ký kinh doanh có thể được coi là xoá luôn cả số thuế mà doanh nghiệp đó đang nợ nhà nước. Và bằng cách đó, người ta có thể lợi dụng giải thể công ty để trốn thuế.

208. Xin nói thêm một số điểm về một số thủ tục. Đa số doanh nghiệp ở nước ta đều quy mô nhỏ, sở hữu gia đình; tính phi hình thức và các nguyên tắc xử sự khác (quan hệ huyết thống, họ tộc, bàn bè.v.v..) còn phổ biến và chi phối trong các quan hệ quản trị nội bộ công ty. Vì vậy, ngay cả các quyết định về đầu tư, phân công nhau quản lý công ty, phân chia lợi ích v.v... đều là bất thành văn, thì đòi hỏi quyết định giải thể phải bằng văn bản với các nội dung như khoản 1 Điều 112 là chưa phù hợp với thực tế⁶⁷. Lao động làm việc trong hầu hết các doanh nghiệp vừa và nhỏ đều là người nhà, anh em, họ hàng và bạn bè. Trong bối cảnh nói trên, việc giải thể doanh nghiệp có thể được coi là một mất mát, thiệt hại lớn cho cả gia đình, dòng họ, hơn là phát sinh nghĩa vụ mà chủ sở hữu cần xử lý.

209. Việc yêu cầu đăng báo quyết định giải thể doanh nghiệp, yêu cầu gửi quyết định giải thể doanh nghiệp cho tất cả các chủ nợ biết là để bảo vệ chủ nợ. Tuy vậy, yêu cầu nói trên lại gây ra một số bất hợp lý và có thể không cần thiết đối với tất cả các trường hợp. Trước hết, như đã nói trên, trong phần lớn các trường hợp, giải thể doanh nghiệp chỉ là việc “từ bỏ kinh doanh” một cách im lặng, chứ không phải bằng một quyết định thành văn. Kết quả là chẳng có gì để đăng báo và thông báo như quy định. Hai là, đại bộ phận các doanh nghiệp vừa và nhỏ đều vay vốn từ bạn bè, anh em và những người thân thiết

⁶⁷ Quyết định giải thể doanh nghiệp phải có các nội dung: tên doanh nghiệp, lý do giải thể, thời hạn và thủ tục thanh lý hợp đồng, thanh toán các khoản nợ, phương án xử lý các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng lao động, thành lập tổ thanh lý tài sản với các quyền và nghĩa vụ được quy định trong phụ lục kèm theo.

khác⁶⁸. Vì vậy, tất cả họ biết việc giải thể công ty, nếu có, mà không cần phải thông báo chính thức như quy định. Ba là, việc đăng báo ở nước ta tốn một khoản chi phí lên tới hàng triệu đồng. Bốn là, khảo sát thực tế cho thấy, các chủ doanh nghiệp đều coi giải thể công ty là “một thất bại” của cuộc đời; và xét về mặt tâm lý họ không muốn cho người khác biết về thất bại đó. Vì vậy, họ rất ngại đăng báo về việc giải thể doanh nghiệp.

210. Tóm lại, các trình tự và thủ tục giải thể doanh nghiệp là quá phức tạp, tốn kém và không phù hợp, nhất là đối với các doanh nghiệp vừa và nhỏ. Các quy định như thế đã không đạt được mục tiêu đề ra, không có hiệu lực thực tế mà còn gây ra tổn kém không cần thiết cho cả cơ quan nhà nước và các chủ doanh nghiệp có liên quan.

VII. QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC, KHEN THƯỞNG VÀ KỶ LUẬT

211. Quản lý nhà nước luôn là một nội dung thường thấy trong các luật kinh tế ban hành trong thời kỳ chuyển đổi, Luật Doanh nghiệp không phải là ngoại lệ. Chương XIII “Quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp” có 4 điều quy định về nội dung quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp (Điều 114), về cơ quan quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp (Điều 115), về quyền hạn và trách nhiệm của Cơ quan đăng ký kinh doanh (Điều 116), về thanh tra hoạt động của doanh nghiệp (Điều 117) và về năm tài chính và báo cáo tài chính của doanh nghiệp (Điều 118).

212. Rõ ràng, nội dung chương quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp còn giản đơn, chưa đầy đủ và phiến diện. Trước hết, nội dung quản lý nhà nước còn thiên về chức năng hành chính, hành pháp của nhà nước, mà chưa chú ý đến chức năng tư pháp. Điều này thể hiện rất rõ nét ở Điều 115 của Luật, theo đó, cơ quan lập pháp và tư pháp không được quy định là “cơ quan quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp”. Có lẽ chính vì vậy, mà có người coi Tòa án xét xử, giải quyết tranh chấp giữa cổ đông và công ty không phải là quản lý nhà nước. Ngược lại, việc Thanh tra nhà nước cấp địa phương thanh tra tính hợp pháp quyết định của Đại hội đồng cổ đông công ty cổ phần là hoạt động quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp. Xét về ban hành và thực hiện luật pháp, thì không chỉ có các văn bản pháp luật về doanh nghiệp (như Khoản 1 Điều 114), mà cả hệ thống pháp luật liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp (có thể nói hầu như cả hệ thống pháp luật quốc gia).

213. Quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp hầu như chưa đề cập một cách rõ nét đến thực hiện và giám sát thực hiện các điều kiện kinh doanh; một công việc trọng tâm của quản lý nhà nước. Vì vậy, các cơ quan nhà nước có liên quan đã gặp phải lúng túng, thậm chí suy nghĩ sai lệch, cho rằng Luật Doanh nghiệp đã buông lỏng quản lý nhà nước.

214. Cơ quan đăng ký kinh doanh, một cơ quan đầu mối trong quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp, chưa được quy định rõ, cụ thể và chưa có tính hệ thống, nhất là về vị trí, địa vị pháp lý và cơ cấu tổ chức của nó trong hệ thống cơ quan quản lý nhà nước. Ở cấp trung ương không thành lập “cơ quan đăng ký kinh doanh”⁶⁹. Chính vì vậy, trong thực

⁶⁸ . Khảo sát 2003 của Bộ Lao động thương binh và xã hội cho thấy vốn vay chỉ bằng 8% số vốn chủ sở hữu của các doanh nghiệp nhỏ và vừa; và chỉ khoảng một nửa số doanh nghiệp vừa và nhỏ có vay vốn để kinh doanh (Thời báo kinh tế Sài Gòn số 31-2004 ngày 29/7/2004).

⁶⁹ Đây là nguyên nhân chủ yếu của thực trạng sau gần 5 năm thi hành Luật Doanh nghiệp, cơ quan đăng ký kinh doanh ở Trung ương chưa hình thành một cách rõ nét; không trở thành “trung tâm” kết nối cơ quan đăng ký kinh doanh thành hệ thống. Trong khi đó, thực tiễn về đăng ký kinh doanh và quản lý nhà nước đối

hiện đã có không ít tranh luận, thảo luận với hàng loạt các vấn đề chưa thống nhất; giải pháp không nhất quán, không dứt khoát; phần lớn là nửa vời và thoả hiệp.

215. Trong khi đó, có thể nói Điều 117 về thanh tra hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp là không cần thiết. Bởi vì, đã có cả một hệ thống quy định riêng về thanh tra, trong đó có riêng một Nghị định và hàng loạt văn bản về thanh tra hoạt động của doanh nghiệp.

216. Báo cáo tài chính là một công việc quản lý nhà nước. Điều 118 đã yêu cầu doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh nộp báo cáo tài chính đến cơ quan thuế và cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn 30 ngày và công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần trong thời hạn 90 ngày, kể từ khi kết thúc năm tài chính. Trường hợp có công ty con, thì phải kèm theo bản sao có công chứng báo cáo tài chính cùng năm của công ty con.

217. Thực tế cho thấy quy định này còn một số khiếm khuyết. *Một là*, không phân biệt báo cáo tài chính của doanh nghiệp với cơ quan thuế và cơ quan đăng ký kinh doanh. Mục đích báo cáo tài chính với cơ quan thuế hoàn toàn khác với báo cáo với cơ quan đăng ký kinh doanh. *Hai là*, chưa quy định rõ nội dung báo cáo tài chính cần có đối với cơ quan đăng ký kinh doanh. *Ba là*, không quy định yêu cầu báo cáo tài chính thống nhất và hợp nhất đối với các công ty có công ty con, mà chỉ yêu cầu bản sao báo cáo tài chính của công ty con.

218. Thực tế gần 5 năm qua cho thấy tỷ lệ nộp báo cáo tài chính rất thấp. Trung bình cả nước chỉ khoảng 20-25% tổng số doanh nghiệp đăng ký. Ở một số địa phương, cơ quan đăng ký kinh doanh đơn giản hoá mẫu báo cáo tài chính, thì tỷ lệ nộp cao hơn, khoảng 60-70%. Thông tin báo cáo tài chính thường không đầy đủ và không chính xác. Có thể nói, quy định về báo cáo tài chính còn chưa hợp lý; thực hiện trên thực tế vừa kém hiệu lực, không đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước cũng như công khai hoá kết quả tài chính của doanh nghiệp đối với các bên có liên quan.

219. Quy định về khen thưởng và xử lý vi phạm ở Luật Doanh nghiệp cũng tương tự như các luật khác ở nước ta. Cụ thể là, Luật chỉ liệt kê một số vi phạm và cách thức xử lý (kỷ luật, xử lý hành chính, hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự), tùy thuộc vào mức độ và tính chất của vi phạm. Luật có quy định vi phạm bởi người cấp đăng ký kinh doanh và người đăng ký kinh doanh. Trong quá trình thực hiện mức xử phạt hành chính đã được cụ thể hoá đối với các loại vi phạm; mà chưa có quy định cụ thể hóa về truy cứu trách nhiệm hình sự.

220. Về vi phạm của người cấp đăng ký kinh doanh có 2 loại: (i) cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho người không đủ điều kiện; và (ii) từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho người đủ điều kiện. Thực tế cho thấy chỉ có xử lý đối với trường hợp thứ nhất; còn hoàn toàn không có xử lý đối với trường hợp thứ 2. Trong thời gian qua, không ít cơ quan, công chức nhà nước có liên quan đã vi phạm quy định này và hoàn toàn không bị xử lý dưới bất kỳ hình thức nào. Đây là những vi phạm được thực hiện bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền cả trung ương và địa phương. Trong khi đó, chưa có quy định và thể chế tương ứng thực hiện xử lý đối với loại đối tượng này. Điều đáng bàn thêm là, chính những người tuân thủ đúng quy định của Luật lại bị chính những người vi

với doanh nghiệp yêu cầu cơ quan đăng ký kinh doanh phải là một hệ thống đang ngày càng trở nên cần thiết.

phạm luật xử lý⁷⁰. Đây thực sự là một trong những điểm chưa thành công của việc thực hiện Luật Doanh nghiệp.

221. Có thể nói, chỉ có 2 loại vi phạm áp dụng đối với cơ quan nhà nước là chưa đủ. Những vi phạm khác như can thiệp trái pháp luật vào hoạt động kinh doanh, vào quản trị nội bộ doanh nghiệp, thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh không đúng quy định đang xảy ra khá phổ biến, mà không bị xử lý.

222. Về các hành vi vi phạm bởi người đăng ký kinh doanh, Luật Doanh nghiệp chưa quy định hành vi làm giả hồ sơ, giả mạo thông tin kê khai đăng ký kinh doanh, “đội lốt” doanh nghiệp dưới các hình thức (thành lập doanh nghiệp không để kinh doanh, góp vốn giả mạo, hoặc không góp vốn, góp vốn rồi sau đó rút ra khi doanh nghiệp đã thành lập v.v...), hành vi lợi dụng quyền hạn trong quản lý doanh nghiệp để nhận hối lộ, chiếm đoạt tài sản công ty dưới các hình thức khác nhau, hoặc để tham ô tài sản của công ty v.v... Tóm lại, các hành vi vi phạm quy định ở Luật Doanh nghiệp chủ yếu mới chú ý đến giai đoạn đăng ký kinh doanh, mà chưa chú ý đúng mức đến các vi phạm thường thấy trong quá trình hoạt động kinh doanh, nhất là trong quản trị công ty.

223. Như trên đã nói, biện pháp truy cứu trách nhiệm hình sự tương ứng với mức độ và tính chất vi phạm chưa được quy định cụ thể. “Truy cứu trách nhiệm hình sự” không thể quy định hướng dẫn bằng văn bản dưới luật. Do “hình luật” chỉ được quy định ở Luật Hình sự, nên có khoảng trống hoặc không tương thích giữa các tội quy định ở Luật Hình sự và những vi phạm với mức độ và tính chất cần xử lý hình sự ở Luật Doanh nghiệp. Trong trường hợp này, có những vi phạm đáng ra phải xử lý bằng hình sự thì chỉ xử lý hành chính hoặc hoàn toàn không bị xử lý. Thực tế cho thấy khiếm khuyết này đã làm cho một số vi phạm Luật Doanh nghiệp không được xử lý đúng mức và kịp thời; qua đó, có khi đã làm tăng thêm sự nghi ngờ vào tính đúng đắn và hợp lý của Luật Doanh nghiệp.

⁷⁰ Một số cán bộ đăng ký kinh doanh đã bị cách chức, cho thôi việc hoặc chuyển công tác khác bởi vì đã không tuân lệnh của cấp trên từ chối cấp đăng ký kinh doanh theo đúng điều kiện mà Luật định.



Chương trình Phát triển Liên Hợp quốc - Việt Nam

25-29 Phan Bội Châu, Hà Nội- Việt Nam

Tel.: (84 4) 942 1495

Fax: (84 4) 942 2267

e-mail: registry.vn@undp.org

www.undp.org.vn