

VỀ QUYỀN TỰ DO KINH DOANH VÀ NGÀNH NGHỀ ĐƯỢC TỰ DO KINH DOANH

1. Tự do kinh doanh là quyền Hiến định

Trong số các quyền của công dân và quyền của con người theo quy định của Hiến pháp năm 2013 thì có 4 quyền tự do gồm 2 quyền tự do của công dân là tự do đi lại và cư trú ở trong nước, ra nước ngoài; tự do ngôn luận, tự do báo chí, tiếp cận thông tin, hội họp, lập hội, biểu tình và có 2 quyền tự do của con người là tự do tín ngưỡng, tôn giáo và “tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà pháp luật không cấm”¹.

Như vậy, quyền tự do kinh doanh của con người, bao gồm quyền tự do kinh doanh của cả doanh nghiệp, đã được khẳng định trong Hiến pháp năm 2013. Trên cơ sở đó, Luật doanh nghiệp năm 2014 đã quy định, doanh nghiệp được quyền “tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà pháp luật không cấm (khoản 1 Điều 7)”. Trước đó, Luật Doanh nghiệp năm 2005 cũng đã quy định “Doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế có quyền kinh doanh các ngành, nghề mà pháp luật không cấm”². Bản chất đây cũng chính là một dạng quy định về quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp.

Luật doanh nghiệp năm 2014 đã bãi bỏ quy định về nghĩa vụ đầu tiên của doanh nghiệp được quy định trong luật Doanh nghiệp năm 2005 là chỉ được “Hoạt động kinh doanh theo đúng ngành, nghề đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh” (khoản 1 Điều 9).

Tự do kinh doanh là việc doanh nghiệp được tự quyết định các công việc của mình trong hoạt động kinh doanh. Nó không chỉ bao gồm việc doanh nghiệp được kinh doanh những ngành, nghề pháp luật không cấm, mà còn là việc được tự do lựa chọn địa bàn, quy mô, hình thức kinh doanh, được tự do chọn đối tác, giao kết hợp đồng, tự chủ điều hành nội bộ, thuê mướn lao động...

Tuy nhiên, hệ thống pháp luật vẫn còn khá nhiều quy định can thiệp sâu vào quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp. Ví dụ, Nghị định số 86/2014/NĐ-CP quy định, xe ô tô chở khách 10 chỗ trở lên, trước khi thực hiện

¹ Các điều 23, 24, 25 và 33 Hiến pháp năm 2013.

² Khoản 1 Điều 7 về “Ngành, nghề và điều kiện kinh doanh”, Luật doanh nghiệp năm 2005.

hợp đồng với khách du lịch hoặc theo hợp đồng, thì phải “thông báo tới Sở Giao thông vận tải nơi cấp Giấy phép kinh doanh vận tải các thông tin cơ bản của chuyến đi bao gồm: Hành trình, số lượng khách, các điểm đón, trả khách, thời gian thực hiện hợp đồng”³. Các quy định này thể hiện tư duy Nhà nước lo thay cho doanh nghiệp, dẫn dắt quyết định kinh doanh của doanh nghiệp của thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung, không phải việc của Nhà nước trong nền kinh tế thị trường.

Luật doanh nghiệp năm 2014 mới chỉ thay đổi đến mức độ, doanh nghiệp được tự do kinh doanh, nhưng vẫn phải thực hiện việc đăng ký hay khai báo kinh doanh, tức vẫn phải thực hiện các thủ tục hành chính. Nếu không thực hiện thủ tục đăng ký ngành, nghề kinh doanh thì vẫn là hành vi kinh doanh trái phép và bị xử phạt vi phạm. Như vậy, nếu có vi phạm pháp luật trong trường hợp này thì chỉ là vi phạm hành chính, chứ không còn bị xử phạt hình sự về tội kinh doanh trái phép.

Trên thực tế, ngành, nghề tự do kinh doanh cũng rất dễ lẫn với ngành, nghề kinh doanh có điều kiện. Năm 2016, đã có doanh nghiệp đề nghị đăng ký kinh doanh việc tìm kiếm, thu gom, xử lý những đồng tiền lịch sử và một số báu vật quốc gia. Tuy không có lý do từ chối doanh nghiệp đăng ký kinh doanh, vì không thuộc ngành, nghề cấm kinh doanh, nhưng cơ quan đăng ký kinh doanh và cơ quan quản lý có liên quan đã rất lúng túng khi xem xét giải quyết. Nếu cho rằng “đồng tiền lịch sử và một số báu vật quốc gia” thuộc di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia thì thuộc ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện “Mua bán di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia” (số 216) theo quy định của Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017). Ngoài ra, khi đi vào cụ thể ngành, nghề này thì vẫn có một số hành vi bị nghiêm cấm. Chẳng hạn khoản 4 Điều 13, Luật di sản văn hoá năm 2001 (sửa đổi năm 2009), quy định nghiêm cấm 3 trường hợp liên quan đến di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia là “mua bán, trao đổi, vận chuyển trái phép di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia thuộc di tích lịch sử - văn hoá, danh lam thắng cảnh”; mua bán, trao đổi, vận chuyển trái phép “di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia có nguồn gốc bất hợp pháp” và “đưa trái phép di vật, cổ vật, bảo vật

³ Khoản 3 Điều 7 về “Kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng”; khoản 3 Điều 8 về “Kinh doanh vận tải khách du lịch bằng xe ô tô, Nghị định số 86/2014/NĐ-CP ngày 10-9-2014 của Chính phủ về “Kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô.

quốc gia ra nước ngoài”.

Cũng trong năm 2016, một công ty đã đề nghị được phép nhập khẩu bàn mạt chược để sử dụng trong doanh nghiệp. Cơ quan chức năng cũng lúng túng trước hai quan điểm rằng nó thuộc hay không thuộc ngành, nghề kinh doanh có điều kiện. Thực chất, mạt chược chỉ là một môn giải trí thông thường, đã từng có khá nhiều ở miền Nam trước năm 1975. Việc đánh mạt chược cũng giống như việc đánh tú lơ khơ, tổ tôm, cờ tướng,... mà không phải là một hoạt động đánh bạc. Nó không thuộc loại dự án “Hoạt động kinh doanh cá cược, đặt cược, casino” theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 31 về “Thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Thủ tướng Chính phủ”, Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017). Nó cũng không thuộc vào ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện là “Kinh doanh trò chơi điện tử”, “Kinh doanh trò chơi điện tử có thưởng dành cho người nước ngoài”, “Kinh doanh casino”, hay Kinh doanh đặt cược. Vì vậy, không có cơ sở pháp lý để cấm hay áp đặt điều kiện đầu tư, kinh doanh việc mua bán, sử dụng bàn mạt chược.

Việc lợi dụng chơi mạt chược để đánh bạc trái phép thì mới là vi phạm pháp luật, bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc hình sự về “Tội đánh bạc” theo Điều 321, Bộ luật hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) (đánh bạc trái phép được thua trị giá từ 5 triệu đồng trở lên hoặc dưới 5 triệu đồng nhưng đã bị xử phạt vi phạm hành chính).

2. Tự do thành lập doanh nghiệp là nội dung chính của tự do kinh doanh

TTBDDBDO
Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định, cá nhân, pháp nhân có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp; có quyền góp vốn, mua cổ phần, mua phần vốn góp vào công ty cổ phần, công ty TNHH, công ty hợp danh theo quy định của Luật này chỉ trừ 8 trường hợp⁴. Việc chuyển quyền sở hữu đối với tài sản góp vốn cho công ty không phải chịu lệ phí trước bạ⁵.

Thủ tục thành lập doanh nghiệp và đăng ký kinh doanh là một trong những lĩnh vực được cải cách mạnh mẽ và có hiệu quả nhất từ sau khi có Luật

⁴ Điều 18 về “Quyền thành lập, góp vốn, mua cổ phần, mua phần vốn góp và quản lý doanh nghiệp”, Luật doanh nghiệp năm 2014.

⁵ Điều 36 về “Chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn”, Luật doanh nghiệp năm 2014.

doanh nghiệp năm 1999 và năm 2005. Tuy vậy, tổng kết việc thực hiện Luật doanh nghiệp năm 2005, nếu so sánh với quốc tế và khu vực về tính cạnh tranh của môi trường đầu tư, thủ tục thành lập doanh nghiệp và khởi sự kinh doanh ở nước ta vẫn còn phức tạp, tốn kém về thời gian và chi phí. Theo Ngân hàng Thế giới, năm 2013, hoạt động thành lập doanh nghiệp kinh doanh ở nước ta gồm 10 thủ tục với tổng thời gian vào khoảng 34 ngày, xếp hạng thứ 109 trên 189 quốc gia và nền kinh tế⁶.

Luật doanh nghiệp năm 2005 trước đây đã yêu cầu phải có một số điều kiện kinh doanh như bản sao chứng chỉ hành nghề của người quản lý và xác nhận về vốn pháp định trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp khi đăng ký thành lập doanh nghiệp. Quy định này là không hợp lý, gây khó khăn, tốn kém không cần thiết cho việc thành lập doanh nghiệp.

Vì vậy, Luật doanh nghiệp năm 2014 đã tách biệt việc đăng ký thành lập doanh nghiệp và việc xin giấy phép kinh doanh đối với các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện theo hướng, bãi bỏ các yêu cầu về điều kiện kinh doanh tại thời điểm đăng ký thành lập doanh nghiệp, như không yêu cầu về chứng chỉ hành nghề hay xác nhận vốn pháp định như quy định tại Luật doanh nghiệp năm 2005.

Mặt khác, Luật doanh nghiệp năm 2014 cũng đã giảm thiểu sự khác biệt không cần thiết về thủ tục thành lập doanh nghiệp, mua cổ phần, phần vốn góp, thủ tục mở chi nhánh, văn phòng đại diện, thay đổi địa điểm trụ sở chính, chuyển nhượng vốn,... giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài, giữa doanh nghiệp trong nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

Pháp luật quy định, nghiêm cấm cơ quan đăng ký kinh doanh và các cơ quan khác gây phiền hà đối với tổ chức, cá nhân trong khi tiếp nhận hồ sơ và giải quyết việc đăng ký doanh nghiệp⁷.

Tuy nhiên, có một số trường hợp, quyền thành lập doanh nghiệp đồng

⁶ Tờ trình số 166/TTr-CP ngày 22-5-2014 của Chính phủ về dự án Luật doanh nghiệp (sửa đổi).

⁷ Khoản 3 Điều 5 về “Quyền thành lập doanh nghiệp và nghĩa vụ đăng ký doanh nghiệp của người thành lập doanh nghiệp”, Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14-9-2015 của Chính phủ về “Đăng ký doanh nghiệp”.

thời cũng là nghĩa vụ của người hoạt động đầu tư, kinh doanh. Chẳng hạn như quy định, tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản phải thành lập doanh nghiệp hoặc hợp tác xã theo quy định của Luật kinh doanh bất động sản năm 2014⁸. Hay quy định, hộ kinh doanh sử dụng thường xuyên từ 10 lao động trở lên phải thành lập doanh nghiệp theo quy định của chính Luật doanh nghiệp năm 2014⁹.

3. Quyền được tự do mua cổ phần, cổ phiếu

Không có quy định nào của pháp luật hạn chế doanh nghiệp mua ít hay nhiều cổ phần, cổ phiếu, trái phiếu, kể cả trường hợp tiến hành các hoạt động kinh doanh khác. Quy định của pháp luật cũng như trên thực tế lâu nay, thì luôn khuyến khích các doanh nghiệp và cá nhân đầu tư nói chung, mua cổ phần, cổ phiếu nói riêng. Một cá nhân hay pháp nhân có thể thành lập bao nhiêu doanh nghiệp cũng được, trừ một vài ngoại lệ như thành lập công ty hợp danh. Một người có thể mua cổ phần của bao nhiêu công ty cũng được. Một thành viên hay cổ đông có thể sở hữu sát mức 100% cổ phần của một công ty, trừ một vài trường hợp ngoại lệ như cổ phần của ngân hàng. Cũng không có giới hạn nguồn vốn mua cổ phần, tức là không bắt buộc phải mua cổ phần bằng nguồn vốn chủ sở hữu, trừ một vài trường hợp ngoại lệ như việc ngân hàng mua cổ phần của doanh nghiệp khác.

Như vậy, về pháp lý, việc doanh nghiệp mua cổ phần, cổ phiếu, trái phiếu, các giấy tờ có giá khác không phải là hoạt động dịch vụ tài chính hay kinh doanh tài chính, không phải là một ngành, nghề kinh doanh phải có giấy phép kinh doanh, mà chỉ là một hoạt động đầu tư theo quy định tại Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017). Tất nhiên, hoạt động này cũng không thuộc trường hợp phải đăng ký đầu tư.

Qua quy định về việc cho vay để đầu tư kinh doanh cổ phần, cổ phiếu, trái phiếu của các tổ chức tín dụng thì càng thấy rõ điều này. Đây là một hoạt động được quy định rất khắt khe, cụ thể và rõ ràng về điều kiện cho vay, việc cấm và hạn chế cho vay, giới hạn tỷ lệ cho vay, mục đích vay vốn, bảo đảm tiền vay... đồng thời, nó cũng luôn bị theo dõi, quản lý, thanh tra, kiểm tra rất chặt chẽ.

⁸ Khoản 1 Điều 10 về “Điều kiện của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản”, Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

⁹ Khoản 2 Điều 212 về “Hiệu lực thi hành”, Luật doanh nghiệp năm 2014.

Thậm chí Bộ luật hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) còn có riêng một điều luật về tội vi phạm quy định về cho vay trong hoạt động của các tổ chức tín dụng (Điều 1711). Thế nhưng, xưa nay, không có bất cứ quy định nào hay ngân hàng nào đòi hỏi khách hàng vay vốn để mua cổ phần, cổ phiếu phải có đăng ký kinh doanh về hoạt động này. Ngân hàng Nhà nước cũng chưa bao giờ yêu cầu điều này đối với giấy tờ đăng ký mua cổ phần khi thành lập và vay vốn của các ngân hàng, mặc dù đó là hồ sơ đòi hỏi rất. chề nhất về việc góp vốn, mua cổ phần.

4. Quyền tự do hợp tác kinh doanh không cần đăng ký kinh doanh

Cá nhân, doanh nghiệp muốn kinh doanh thì phải đăng ký kinh doanh và nếu kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện thì phải đáp ứng được các điều kiện theo quy định của pháp luật.

Doanh nghiệp hay cá nhân tham gia hoạt động kinh doanh cùng với các doanh nghiệp khác dưới hình thức hợp tác. Đầu tư kinh doanh, theo quy định pháp luật không cần giấy phép, trừ một vài trường hợp ngoại lệ cá biệt. Trong trường hợp hợp tác kinh doanh, người quản lý doanh nghiệp (là chủ sở hữu, giám đốc doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh công ty hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và các chức danh quản lý khác do Điều lệ công ty quy định) trong các trường hợp ấy cũng sẽ không vi phạm pháp luật về điều kiện kinh doanh. Ví dụ, cá nhân, doanh nghiệp không đăng ký kinh doanh bất động sản hay không đủ điều kiện kinh doanh xây dựng thì cũng vẫn được hợp tác kinh doanh bất động sản hay xây dựng.

Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017) giải thích, hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) là hợp đồng được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập tổ chức kinh tế¹⁰. Tuy nhiên, trên thực tế, các bên (nhất là khi có nhà đầu tư nước ngoài) vẫn có thể ký hợp đồng hợp tác kinh doanh để thành lập doanh nghiệp. Sở dĩ có việc này là do quy định của Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1987 trước đây đã từng quy định, đầu tư nước ngoài là việc các tổ chức, cá

¹⁰ Khoản 9 Điều 3 về “Giải thích từ ngữ”, Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017).

nhân nước ngoài hợp tác kinh doanh trên cơ sở hợp đồng hoặc thành lập xí nghiệp liên doanh hoặc xí nghiệp 100% vốn nước ngoài¹¹.

Mặt khác, cần phân biệt rõ đầu tư và kinh doanh là hai hoạt động khác nhau. Diễn đạt một cách đơn giản thì việc bỏ vốn vào đâu là hoạt động đầu tư, còn việc sử dụng vốn đó thế nào là hoạt động kinh doanh. Diễn hình nhất của việc đầu tư là bỏ vốn vào doanh nghiệp, còn việc kinh doanh là vận hành hoạt động của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017) đã không giải thích khái niệm “đầu tư”, mà chỉ giải thích các cụm từ “dự án đầu tư” và “đầu tư kinh doanh”. Theo đó, “dự án đầu tư” là tập hợp đề xuất bỏ vốn trung hạn hoặc dài hạn để tiến hành các hoạt động đầu tư kinh doanh trên địa bàn cụ thể, trong khoảng thời gian xác định. Và “đầu tư kinh doanh” là việc nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư để thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua việc thành lập tổ chức kinh tế; đầu tư góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế; đầu tư theo hình thức hợp đồng hoặc thực hiện dự án đầu tư¹².

Luật doanh nghiệp năm 2014 thì chỉ giải thích từ “kinh doanh”. Theo đó, “kinh doanh” là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi¹³.

Như vậy, cả Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017) và Luật doanh nghiệp năm 2014 đều không phân định được sự khác nhau giữa hoạt động đầu tư và kinh doanh, mà lại giải thích đầu tư gắn liền với kinh doanh và kinh doanh thì lại bao gồm cả hoạt động đầu tư. Thậm chí Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017) đã sử dụng 56 lượt cụm từ “đầu tư kinh doanh” viết liền nhau, không có phân cách bằng dấu phẩy. Vì vậy, nếu dựa theo 2 đạo luật này thì vẫn không thể phân biệt được việc doanh nghiệp mua cổ phần, cổ phiếu khi nào là hoạt động đầu tư và khi nào thì là hoạt động kinh doanh.

¹¹ Khoản 3 Điều 2, Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1987 (sửa đổi, bổ sung năm 1990, 1992).

¹² Khoản 2 khoản 5 Điều 3 về “Giải thích từ ngữ”, Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017).

¹³ Khoản 16 Điều 4 về “Giải thích từ ngữ”, Luật doanh nghiệp năm 2014.

Do đó, các quy định về cấm kinh doanh và điều kiện kinh doanh được đưa vào Luật đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016, 2017) có phần hợp lý, nếu xét trên tổng thể cả nền kinh tế. Tuy nhiên, xét riêng trong mối quan hệ với Luật doanh nghiệp thì lại có phần gượng ép, vì “đầu tư” chỉ được xác định là một giai đoạn của “kinh doanh”.

5. Kinh doanh trái phép đối với ngành, nghề tự do kinh doanh

Dù đầu tư kinh doanh đối với các ngành, nghề tự do kinh doanh, nhưng vẫn phải tiến hành các thủ tục đề nghị đăng ký kinh doanh (khi thành lập doanh nghiệp) và thông báo đăng ký kinh doanh (trong quá trình doanh nghiệp hoạt động).

Cũng giống như đối với ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, nếu không thực hiện việc đăng ký kinh doanh ban đầu hoặc bổ sung thông báo ngành, nghề đầu tư kinh doanh đối với các ngành, nghề tự do đầu tư kinh doanh, thì vẫn vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, nếu như trước đây, hành vi vi phạm này bị xử phạt vi phạm hành chính¹⁴, thậm chí có thể bị xử phạt vi phạm hình sự về tội kinh doanh trái phép, thì hiện nay không còn bị xử phạt và dưới bất kỳ hình thức nào¹⁵.

Chỉ các hành vi kinh doanh các ngành, nghề cấm kinh doanh thì mới bị xử lý hình sự về các tội tương ứng như buôn bán hàng cấm. Còn đối với các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, thì ngoại trừ đối với hành vi kinh doanh theo phương thức đa cấp, còn lại sẽ chỉ bị xử lý hình sự khi cấu thành các tội khác như tội trốn thuế, tội sản xuất, buôn bán hàng giả hay tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản.

TTBD ĐBDC

Như vậy, có thể thấy rằng, các cá nhân và tổ chức doanh nghiệp có quyền kinh doanh, pháp luật bảo hộ tự do kinh doanh trong một khuôn khổ nhất định. Pháp luật khuyến khích các cá nhân, doanh nghiệp kinh doanh, đầu tư...trên cơ sở tuân thủ các quy định của pháp luật và thực hiện đầy đủ các quy định về

¹⁴ Điều 25 về “Vi phạm về việc kinh doanh ngành, nghề không có trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp”, Nghị định số 155/2013/NĐ-CP ngày 11-11-2013 của Chính phủ “Quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư”.

¹⁵ Nghị định số 50/2016/NĐ-CP ngày 01-6-2016 của Chính phủ “Quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư”.

nghĩa vụ đối với nhà nước.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Doanh nghiệp 1999
2. Luật Doanh nghiệp 2005
3. Luật Doanh nghiệp 2014
4. Đặc điểm môi trường kinh doanh ở Việt Nam, NXB tài chính, 2016
5. TS. Nguyễn Thị Dung, Luật Kinh tế chuyên khảo, NXB Lao động, 2017



TTBD ĐBDC

