

LUẬT ĐẦU TƯ NĂM 2005 - MỘT SỐ VẤN ĐỀ BẤT CẬP

THS. ĐOÀN TRUNG KIÊN *

Sự ra đời của Luật đầu tư năm 2005 là bước đột phá trong việc hoàn thiện hệ thống pháp luật về đầu tư của Việt Nam theo hướng không phân biệt, tạo lập sân chơi chung cho mọi thành phần kinh tế và hình thức sở hữu được tự do đầu tư, kinh doanh bình đẳng và cạnh tranh lành mạnh. Sự phân biệt về môi trường pháp lí điều chỉnh hoạt động đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài hầu như đã được xoá bỏ. Tuy nhiên, đứng trước những yêu cầu đổi mới của nền kinh tế và đòi hỏi của tiến trình mở cửa, hội nhập kinh tế quốc tế, Luật đầu tư năm 2005 vẫn tồn tại một số vấn đề bất cập, cần tiếp tục hoàn thiện. Bài viết này xin phân tích một số vấn đề bất cập của Luật đầu tư năm 2005 và hướng hoàn thiện trong thời gian tới.

1. Về thủ tục đầu tư

Luật này vẫn còn có sự phân biệt đối xử giữa đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài, cụ thể như sau:

- Một là, phân biệt thủ tục đầu tư giữa dự án đầu tư trong nước và dự án đầu tư nước ngoài

Luật đầu tư năm 2005 đã lấy tiêu chí nguồn vốn đầu tư và quy mô vốn đầu tư để phân loại dự án đầu tư, theo đó thủ tục đầu tư được quy định khác nhau giữa 3 nhóm dự án đầu tư là dự án đầu tư không phải làm thủ tục đăng kí đầu tư, dự án đầu tư phải làm thủ tục đăng kí đầu tư và dự án đầu tư phải thực hiện thủ tục thẩm tra đầu tư.

Dự án đầu tư không phải làm thủ tục đăng kí đầu tư chỉ áp dụng cho các dự án đầu tư trong nước có quy mô vốn đầu tư dưới 15 tỉ đồng Việt Nam và không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện.

Dự án đầu tư phải làm thủ tục đăng kí đầu tư áp dụng đối với các dự án đầu tư trong nước có quy mô vốn đầu tư từ 15 tỉ đồng Việt Nam đến dưới 300 tỉ đồng Việt Nam và không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện và các dự án đầu tư nước ngoài có quy mô vốn đầu tư dưới 300 tỉ đồng Việt Nam và không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện.

Dự án đầu tư phải thực hiện thủ tục thẩm tra đầu tư áp dụng đối với các dự án có quy mô vốn đầu tư từ 300 tỉ đồng Việt Nam trở lên và không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện hoặc là các dự án thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện.

Với quy định trên, có thể thấy rằng Luật đầu tư năm 2005 vẫn còn phân biệt về thủ tục đầu tư giữa dự án đầu tư trong nước và dự án đầu tư nước ngoài. Theo đó, chỉ có các dự án đầu tư trong nước mới có thể thuộc diện không phải làm thủ tục đăng kí đầu tư, còn dự án đầu tư nước ngoài thì bắt buộc phải thực hiện thủ tục đăng kí đầu tư hoặc thủ tục thẩm tra đầu tư.

* Giảng viên Khoa pháp luật kinh tế
Trường Đại học Luật Hà Nội

- Hai là, phân biệt thủ tục đầu tư gắn với việc thành lập tổ chức kinh tế giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài

Theo khoản 1 Điều 50 Luật đầu tư năm 2005: “Nhà đầu tư nước ngoài lần đầu đầu tư vào Việt Nam phải có dự án đầu tư và làm thủ tục đăng ký đầu tư hoặc thẩm tra đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư để được cấp giấy chứng nhận đầu tư. Giấy chứng nhận đầu tư đồng thời là giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh”. Khoản 4 Điều 2 Nghị định của Chính phủ số 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 quy định chi tiết và thi hành một số điều của Luật đầu tư đã giải thích khái niệm “Nhà đầu tư nước ngoài lần đầu đầu tư vào Việt Nam là nhà đầu tư nước ngoài đầu tư thành lập tổ chức kinh tế lần đầu tại Việt Nam”.

Với quy định trên, nhà đầu tư nước ngoài lần đầu đầu tư vào Việt Nam mà thành lập tổ chức kinh tế thì phải có dự án đầu tư. Trong trường hợp này nhà đầu tư nước ngoài chỉ cần thực hiện thủ tục đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư để được cấp giấy chứng nhận đăng ký đầu tư mà không phải tiến hành thủ tục đăng ký kinh doanh cho tổ chức kinh tế mà họ thành lập. Bởi vì, giấy chứng nhận đầu tư cấp cho dự án đầu tư đó đã đồng thời là giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho tổ chức kinh tế. Nói cách khác, trường hợp này Luật đầu tư năm 2005 đã thống nhất thủ tục đăng ký kinh doanh và thủ tục đầu tư. Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và giấy chứng nhận đầu tư là một.

Quy định trên không được áp dụng cho nhà đầu tư trong nước. Nhà đầu tư trong nước khi thành lập tổ chức kinh tế mới

không nhất thiết phải có dự án đầu tư. Mà nếu nhà đầu tư trong nước có dự án đầu tư gắn với việc thành lập tổ chức kinh tế thì trước hết họ phải tiến hành thủ tục đăng ký kinh doanh cho tổ chức kinh tế theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2005 và pháp luật có liên quan và sau đó họ phải tiến hành thủ tục đầu tư cho dự án theo quy định của Luật đầu tư năm 2005 và Nghị định của Chính phủ số 108/2006/NĐ-CP. Như vậy, trường hợp này, Luật đầu tư năm 2005 đã tách biệt thủ tục đăng ký kinh doanh và thủ tục đầu tư, giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và giấy chứng nhận đầu tư là hai giấy khác biệt do hai cơ quan khác nhau cấp.

- Ba là, không thống nhất trong việc cấp giấy chứng nhận đầu tư cho các dự án đầu tư thuộc diện phải làm thủ tục đăng ký đầu tư

Đối với dự án đầu tư trong nước thuộc diện phải làm thủ tục đăng ký đầu tư thì trường hợp nhà đầu tư có nhu cầu cấp giấy chứng nhận đầu tư và yêu cầu xác nhận ưu đãi đầu tư thì cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh mới cấp giấy chứng nhận đầu tư. Trong khi đó, đối với dự án đầu tư nước ngoài, nhà đầu tư làm thủ tục đăng ký đầu tư theo mẫu đăng ký đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh để cơ quan này cấp giấy chứng nhận đầu tư. Đây là quy định nhằm đơn giản hóa thủ tục hành chính cho các dự án đầu tư trong nước song nó đã tạo ra sự không thống nhất về việc cấp giấy chứng nhận đầu tư cho các dự án đầu tư.

- Bốn là, dự án đầu tư trong nước có thể phải tiến hành thủ tục đăng ký đầu tư hoặc thủ tục thẩm tra đầu tư

Trước kia, theo Luật khuyến khích đầu tư

trong nước và pháp luật có liên quan thì nhà đầu tư trong nước không phải tiến hành thủ tục đăng kí đầu tư hoặc thẩm tra đầu tư cho dự án đầu tư của mình. Chẳng hạn, nếu nhà đầu tư có dự án đầu tư gắn với việc thành lập tổ chức kinh tế thì nhà đầu tư chỉ cần tiến hành thủ tục đăng kí kinh doanh để cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh cho tổ chức kinh tế mà không cần phải tiến hành thủ tục đăng kí đầu tư hoặc thẩm tra đầu tư cho dự án. Nếu dự án đầu tư này thuộc diện khuyến khích đầu tư thì nhà đầu tư chỉ cần tiến hành thêm thủ tục xác nhận ưu đãi đầu tư tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền để được hưởng các ưu đãi đầu tư theo quy định của pháp luật. Nếu dự án thuộc lĩnh vực đầu tư có điều kiện thì nhà đầu tư làm việc với cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lí ngành, lĩnh vực đầu tư để giải trình các điều kiện phải đáp ứng để được cấp phép hoặc chấp thuận đầu tư mà không phải tiến hành thủ tục đầu tư tại cơ quan quản lí nhà nước về đầu tư cấp tỉnh.

Tuy nhiên, hiện nay, theo quy định của Luật đầu tư năm 2005, các dự án đầu tư trong nước có quy mô vốn đầu tư từ 15 tỉ đồng Việt Nam trở lên hoặc thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện thì phải tiến hành thủ tục đăng kí đầu tư hoặc thủ tục thẩm tra đầu tư. Như vậy, thủ tục đầu tư theo Luật đầu tư năm 2005 đã không tạo điều kiện thuận lợi hơn mà còn kéo theo những thủ tục bất lợi cho nhà đầu tư trong nước. Những thủ tục đầu tư vốn trước kia chỉ áp dụng cho nhà đầu tư nước ngoài.

2. Về tiêu chí phân biệt dự án đầu tư trong nước và dự án đầu tư nước ngoài

- Tiêu chí phân biệt dự án đầu tư trong nước và dự án đầu tư nước ngoài

Luật đầu tư năm 2005 quy định thủ tục đầu tư khác nhau giữa dự án đầu tư trong nước và dự án đầu tư nước ngoài. Nếu dự án đầu tư có hàm lượng 100% vốn của nhà đầu tư trong nước hoặc 100% vốn của nhà đầu tư nước ngoài thì không có gì phải bàn. Tuy nhiên, đối với dự án đầu tư có nguồn vốn hỗn hợp của nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài thì dự án đó là dự án đầu tư trong nước hay dự án đầu tư nước ngoài? Thủ tục đầu tư cho dự án đó ra sao? Câu hỏi này Luật đầu tư năm 2005 và Nghị định của Chính phủ số 108/2006/NĐ-CP còn bỏ ngỏ, mặc dù khoản 4 Điều 29 Luật đầu tư năm 2005 quy định: “*Nhà đầu tư nước ngoài được áp dụng điều kiện đầu tư như nhà đầu tư trong nước trong trường hợp các nhà đầu tư Việt Nam sở hữu từ 51% vốn Điều lệ của doanh nghiệp trở lên*”. Tuy nhiên, quy định này dường như chỉ áp dụng cho lĩnh vực đầu tư đối với hình thức đầu tư thành lập tổ chức kinh tế liên doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài còn có áp dụng cho lĩnh vực đầu tư đối với các hình thức đầu tư khác hay không và có áp dụng để xác định thủ tục đầu tư hay không thì vẫn là một câu hỏi.

- Chưa hợp lí trong việc sử dụng tiêu chí tỉ lệ vốn góp vào vốn điều lệ của doanh nghiệp để xác định điều kiện đầu tư cho nhà đầu tư nước ngoài.

Khoản 4 Điều 29 Luật đầu tư năm 2005 quy định: “*Nhà đầu tư nước ngoài được áp*

dụng điều kiện đầu tư như nhà đầu tư trong nước trong trường hợp các nhà đầu tư Việt Nam sở hữu từ 51% vốn điều lệ của doanh nghiệp trở lên". Với quy định này, Luật đầu tư năm 2005 đã sử dụng tiêu chí tỉ lệ vốn góp vào vốn điều lệ của doanh nghiệp để xác định điều kiện đầu tư cho nhà đầu tư nước ngoài. Việc sử dụng tiêu chí đó có lẽ chỉ phù hợp trong bối cảnh nhiều lĩnh vực đầu tư hiện nay, Nhà nước ta mới chỉ cho nhà đầu tư nước ngoài đầu tư dưới hình thức thành lập tổ chức kinh tế liên doanh và bên nước ngoài được góp tối đa 49% vốn điều lệ của doanh nghiệp hoặc để xác định trong trường hợp tổ chức kinh tế liên doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài được thành lập là công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty hợp danh (vì hai loại hình doanh nghiệp này không được phát hành cổ phiếu ra công chúng) hoặc là cộng ty cổ phần (chưa niêm yết cổ phiếu trên sở giao dịch chứng khoán hoặc trung tâm giao dịch chứng khoán).

Tuy nhiên, việc sử dụng tiêu chí trên sẽ không hợp lí sau khi Việt Nam hoàn tất lộ trình mở cửa thị trường đầu tư cho nhà đầu tư nước ngoài hoặc rất khó xác định trong trường hợp tổ chức kinh tế liên doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài là công ty cổ phần đã niêm yết cổ phiếu trên sở giao dịch chứng khoán hoặc trung tâm giao dịch chứng khoán. Bởi vì đối với những công ty cổ phần loại này rất khó xác định chính xác tỉ lệ cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ trong khoảng thời gian ngắn. Vì chỉ sau mỗi phiên khớp lệnh giao dịch chứng khoán của công ty trong ngày thì tỉ lệ nắm giữ cổ phần của nhà đầu tư nước

ngoài cũng có thể bị thay đổi dưới hoặc trên ngưỡng 51% tổng số cổ phần của công ty.

3. Về đầu tư gián tiếp ra nước ngoài

Với sự ra đời của Luật đầu tư năm 2005 (tại Chương VII chủ yếu dành các điều luật quy định về đầu trực tiếp ra nước ngoài) và Nghị định của Chính phủ số 78/2006/NĐ-CP ngày 9/8/2006 hướng dẫn chi tiết Luật đầu tư về đầu tư trực tiếp ra nước ngoài thì hành lang pháp lí cho hoạt động đầu tư trực tiếp ra nước ngoài của Việt Nam đã tương đối đầy đủ và chi tiết, đáp ứng được nhu cầu và nguyện vọng của nhiều nhà đầu tư tại Việt Nam muốn đầu tư trực tiếp ra nước ngoài để khai thác những lợi thế so sánh của nước tiếp nhận đầu tư; tạo dựng thị trường cung cấp nguyên liệu dồi dào, ổn định với giá rẻ; mở rộng được thị trường tiêu thụ sản phẩm; kéo dài chu kì sống của sản phẩm mới được tạo ra trong nước; tránh được các hàng rào thuế quan và phi thuế quan của nước tiếp nhận đầu tư và mang về cho đất nước lượng ngoại tệ đáng kể góp phần vào công cuộc xây dựng và phát triển đất nước theo hướng công nghiệp hoá và hiện đại hoá. Bên cạnh đó, theo Luật đầu tư năm 2005, đối với hoạt động đầu tư nước ngoài vào Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài không chỉ được đầu tư vào Việt Nam dưới hình thức đầu tư trực tiếp mà cả dưới hình thức đầu tư gián tiếp. Theo đó, nhà đầu tư nước ngoài thực hiện hoạt động đầu tư gián tiếp tại Việt Nam theo các hình thức như mua cổ phần, cổ phiếu, trái phiếu và các giấy tờ có giá khác, thông qua quỹ đầu tư chứng khoán hoặc thông qua các chế định tài chính trung gian khác. Thủ tục đầu tư gián tiếp nước ngoài vào Việt Nam được thực

hiện theo quy định của pháp luật về ngân hàng, pháp luật về chứng khoán và các quy định của pháp luật liên quan. Hiện nay, hành lang pháp lý cho hoạt động đầu tư gián tiếp nước ngoài vào Việt Nam được quy định khá đầy đủ và chi tiết tại Luật ngân hàng, Luật các tổ chức tín dụng, Luật kinh doanh bảo hiểm, Luật chứng khoán... Thực tiễn cho thấy hoạt động đầu tư gián tiếp nước ngoài vào Việt Nam trong những năm qua đã và đang có những vai trò rất quan trọng trong việc làm tăng tổng vốn đầu tư nước ngoài vào Việt Nam, thúc đẩy sự phát triển của thị trường tài chính, chứng khoán tại Việt Nam, góp phần hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường và tích cực chủ động hội nhập kinh tế quốc tế của đất nước.

Tuy nhiên, đối với hoạt động đầu tư gián tiếp ra nước ngoài thì pháp luật về đầu tư của Việt Nam hiện nay đang thiếu nhiều quy định chi tiết. Luật đầu tư năm 2005 chỉ dành quy định trực tiếp về vấn đề này tại khoản 2 Điều 76 như sau: "*Việc đầu tư ra nước ngoài theo hình thức đầu tư gián tiếp phải tuân thủ các quy định của pháp luật về ngân hàng, chứng khoán và các quy định khác của pháp luật có liên quan*". Nhưng cho đến thời điểm này, pháp luật về ngân hàng, chứng khoán và các văn bản pháp luật có liên quan ở Việt Nam cũng chưa có quy định cụ thể nào về vấn đề này. Điều đó đồng nghĩa với việc nếu các nhà đầu tư Việt Nam có dự án đầu tư gián tiếp ra nước ngoài thì hiện nay họ vẫn chưa biết phải đáp ứng các điều kiện gì, thủ tục đầu tư tiến hành như thế nào, cơ quan nào cấp giấy chứng nhận đầu tư cho dự án đầu tư của họ. Điều này đã và đang gây

khó khăn cho không ít nhà đầu tư có dự án đầu tư gián tiếp ra nước ngoài, thậm chí ngay cả cơ quan quản lý nhà nước về đầu tư cũng lúng túng không biết phải giải quyết như thế nào khi nhà đầu tư gửi hồ sơ dự án xin được đầu tư gián tiếp ra nước ngoài.

4. Về khái niệm dự án đầu tư

Theo khoản 8 Điều 3 Luật đầu tư năm 2005: "*Dự án đầu tư là tập hợp các đề xuất bỏ vốn trung và dài hạn để tiến hành các hoạt động đầu tư trên địa bàn cụ thể, trong khoảng thời gian xác định*". Với khái niệm này, có thể khẳng định, dự án đầu tư luôn xác định về mặt thời gian. Một dự án đầu tư dù quy mô nhỏ hay lớn thì đều có thời gian, tiến độ thực hiện cụ thể, không có dự án đầu tư nào là vô thời hạn. Việc xác định thời gian, tiến độ cụ thể là yêu cầu bắt buộc để dự án được đầu tư, xây dựng và vận hành đúng kế hoạch và đạt được mục tiêu đề ra đồng thời làm căn cứ để kiểm tra, đánh giá hiệu quả của dự án. Vì vậy tất cả các khâu, các bước triển khai dự án đều phải đảm bảo yêu cầu này. Tuy nhiên, Luật đầu tư quy định, dự án đầu tư là tập hợp các đề xuất bỏ vốn trung và dài hạn. Vậy phải chăng những dự án là tập hợp các đề xuất về việc bỏ vốn ngắn hạn không được coi là dự án đầu tư? Nếu không coi đó là dự án đầu tư thì quy định nói trên mâu thuẫn với phạm vi điều chỉnh của Luật đầu tư năm 2005 vì Luật này điều chỉnh mọi hoạt động đầu tư nhằm mục đích kinh doanh (Điều 1). Phải chăng Luật đầu tư quy định dự án đầu tư là tập hợp các đề xuất bỏ vốn trung và dài hạn để áp dụng thủ tục đầu tư cho các dự án đầu tư loại này (dự án đầu tư trung và dài hạn) tại Luật đầu tư còn các tập

hợp các đề xuất về việc bỏ vốn ngắn hạn (dự án đầu tư ngắn hạn) thì thủ tục đầu tư được quy định trong hệ thống pháp luật chuyên ngành như ngân hàng, chứng khoán... Tuy nhiên, dù thủ tục đầu tư được quy định ở đâu thì khái niệm dự án đầu tư được giải thích tại Luật đầu tư cũng cần phải bao quát hết được các dự án mà nhà đầu tư thực hiện được trong hành trình kiến tạo của mình.

Trên đây là một số vấn đề bất cập điển hình của Luật đầu tư năm 2005. Để đáp ứng yêu cầu của tiến trình mở cửa, hội nhập, tự do hóa thương mại, cải thiện môi trường đầu tư kinh doanh ở Việt Nam, theo tôi, trong thời gian tới Luật đầu tư của Việt Nam cần tiếp tục hoàn thiện một số vấn đề sau:

- Phải áp dụng thống nhất thủ tục đầu tư cho các dự án đầu tư không phân biệt nguồn vốn đầu tư trong nước hay nước ngoài.

- Tách biệt thủ tục đầu tư và thủ tục đăng kí kinh doanh; giấy chứng nhận đầu tư và giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh. Theo đó, nếu nhà đầu tư thành lập doanh nghiệp thì trước hết nhà đầu tư phải làm thủ tục đăng kí kinh doanh cho doanh nghiệp (thủ tục này xác nhận sự ra đời và địa vị pháp lí của doanh nghiệp), sau khi doanh nghiệp được thành lập, nếu có dự án đầu tư, doanh nghiệp tiến hành thủ tục đăng kí đầu tư cho dự án (thủ tục này xác nhận tính hợp pháp của dự án đầu tư của doanh nghiệp). Nếu Luật đầu tư năm 2005 quy định: “*Giấy chứng nhận đăng kí đầu tư đồng thời là giấy chứng nhận đăng kí kinh doanh*” thì Luật này đã “lấn sân”. Luật đầu tư năm 2005 đã dành quyền “khai sinh” cho doanh nghiệp, cái quyền mà đáng lẽ chỉ thuộc về Luật doanh

nghiệp năm 2005 - đạo luật có phạm vi điều chỉnh việc thành lập, hoạt động và tổ chức quản lí mọi loại hình doanh nghiệp ở Việt Nam không phân biệt tính chất sở hữu và thành phần kinh tế.

- Quy định rõ, chi tiết tỉ lệ vốn đầu tư trong các dự án có nguồn vốn hỗn hợp giữa nhà đầu tư trong nước với nhà đầu tư nước ngoài để áp dụng thủ tục đầu tư theo dự án đầu tư trong nước hay dự án đầu tư nước ngoài (trong bối cảnh vẫn duy trì sự phân biệt về thủ tục đầu tư giữa dự án đầu tư trong nước hay dự án đầu tư nước ngoài).

- Khoản 2 Điều 79 Luật đầu tư năm 2005 quy định: “*Chính phủ quy định cụ thể lĩnh vực khuyến khích, cấm, hạn chế đầu tư ra nước ngoài; điều kiện đầu tư, chính sách ưu đãi đối với dự án đầu tư ra nước ngoài; trình tự, thủ tục và quản lí hoạt động đầu tư ra nước ngoài*”. Đây chính là cơ sở pháp lí để giao cho Chính phủ hướng dẫn chi tiết hoạt động đầu tư gián tiếp ra nước ngoài. Vì vậy, Chính phủ phải khẩn trương ban hành Nghị định hướng dẫn chi tiết về trình tự, thủ tục đầu tư gián tiếp ra nước ngoài để tạo điều kiện cho các nhà đầu tư tại Việt Nam đa dạng hoá được hình thức đầu tư, mở ra hướng đầu tư mới và bước đầu xâm nhập và dần khẳng định vị thế của mình tại thị trường tài chính, chứng khoán ở nước ngoài.

- Xây dựng lại khái niệm dự án đầu tư theo hướng mở rộng tới tất cả các dự án mà các nhà đầu tư thực hiện trong hoạt động đầu tư của mình, có thể như sau: “Dự án đầu tư là tập hợp các đề xuất bỏ vốn để hình thành tài sản tiến hành các hoạt động đầu tư trên địa bàn cụ thể, trong khoảng thời gian xác định”./.