**SỬA ĐỔI LUẬT ĐẦU TƯ TRÊN NỀN TẢNG TƯ DUY ĐỘT PHÁ MỚI**

*Luật sư Nguyễn Tiến Lập[[1]](#footnote-1)*

Trên thực tế, mới hơn ba năm thực hiện kể từ tháng 7/2015, một lần nữa Luật Đầu tư 2014, đạo luật được cho là đầy tinh thần cải cách, đã lại được đòi hỏi phải sửa đổi. Cứ đà này, nhiều quy phạm pháp luật có nguy cơ biến thành giải pháp chính sách tình thế và thay đổi liên tục, phá vỡ tính ổn định của môi trường thể chế và trật tự pháp luật mà chúng ta đang nối lực xây dựng. Hệ quả rất có thể trở thành hệ luỵ đối với mục tiêu chung là thu hút đầu tư cho tăng trưởng và phát triển bền vững.

*Nhìn lại lịch sử Luật Đầu tư*

Ngay từ khi thảo luận Luật Đầu tư 2014, nhiều quan điểm đã cho rằng các luật về đầu tư đã hoàn thành sứ mệnh lịch sử của nó và không còn cần thiết nữa. Hoặc nếu có thì như Bộ Trưởng Bộ Kế hoạch và Đầu tư Bùi Quang Vinh lúc đó đã phát biểu tại Quốc hội, rằng việc quản lý nhà nước về đầu tư cần đơn giản hoá bằng cách thay vì tiếp cận truyền thống “chọn – cho” (*positive approach*), có nghĩa là chọn ra những lĩnh vực cho đầu tư, nay chuyển sang “chọn – bỏ” (*negative approach)*, có nghĩa là chọn ra những lĩnh vực không cho đầu tư, như thế giới vẫn làm. Kết quả là xu hướng ấy đã được coi là thành công bằng việc chọn ra 267 ngành nghề được gọi với cái tên hiền hoà là “đầu tư – kinh doanh có điều kiện”.

Phải chăng nay, bởi vì 267 ngành nghề đó vẫn bị kêu là quá nhiều và thực chất, với hàng ngàn “giấy phép con” đi theo nó, các điều kiện đầu tư đã biến thành hạn chế và cản trở đầu tư, nên mới cần sửa luật ? Và theo logic này, có lẽ vài năm sau sẽ lại sửa luật tiếp và tiếp nữa theo để giảm dần con số trên… Lịch sử phát triển của thế giới chắc chắn không chờ chúng ta cải cách “nhẩn nha” từng bước một như vậy.

*Câu hỏi tại sao cải cách khó ?*

Từ khi xây dựng các luật về đầu tư và doanh nghiệp mới năm 2005, một tinh thần đổi mới đã được thổi vào làm nức lòng giới doanh nhân. Đó là doanh nghiệp được “làm tất cả những gì mà luật không cấm”, doanh nghiệp “tự kê khai và tự chịu trách nhiệm”, rồi sẽ chỉ còn là “tiền đăng – hậu kiểm” v.v.. Không phủ nhận là đã có rất nhiều quy định của luật đã thể hiện các nguyên tắc này. Tuy nhiên, thực tế thi hành luật dường như đã vẽ nên một bức tranh khác: doanh nghiệp tự kê khai (chẳng hạn nộp thuế) nhưng không được tự chịu trách nhiệm trước pháp luật mà vẫn phải định kỳ bị kiểm tra, “tiền đăng” đã không là quyền đương nhiên mà biến tướng thành cấp phép, còn “hậu kiểm” thì thực sự đã trở thành vấn nạn thanh tra. Tại sao lại thế ? Tôi nhớ sự e ngại có tính dự báo của chính Bộ trưởng Bùi Quang Vinh về câu chuyện này: *“Làm thế nào để con người thực thi luật này tốt thì chúng ta mới minh bạch, còn nếu con người vẫn lợi dụng cái này thì chúng ta không chắc làm tốt chuyện này”*.

Như vậy, cái “tử huyệt” của sự cải cách nhẩn nha và các bước đi luẩn quẩn ấy đã được điểm rõ rồi. Con người thực thi pháp luật và pháp luật được thực thi vì chính con người. Đã thế, nhưng nếu không thể thay thế được con người của bộ máy chính sách và pháp luật thì phải chăng chúng ta có thể thay đổi được cách tư duy và thái độ của họ ?

*Thay đổi tư duy theo hướng nào ?*

Đã đến lúc chín muồi cho một tư duy khác về quản lý đầu tư. Từ góc độ thị trường, đầu tư là hoạt động hàng ngày của doanh nghiệp và các dự án chỉ là phương thức thực hiện. Bên cạnh đó, nếu một doanh nghiệp được thành lập chỉ để thực hiện một dự án đầu tư duy nhất thì về bản chất, đó chỉ là một giải pháp pháp lý được Luật Doanh nghiệp cho phép. Khi quyết định đầu tư, doanh nghiệp quan tâm nhất đến tiền vốn và tiếp thị sản phẩm đầu ra thì cả hai khâu này đều là vấn đề của thị trường mà không thuộc phạm trù “quản lý nhà nước”. Tiếp đến là việc tiếp cận đất đai, xây dựng công trình, tuyển dụng lao động, tuân thủ tiêu chuẩn môi trường, tiêu chuẩn an toàn sản phẩm v.v.. thì đã có các luật chuyên ngành điều chỉnh. Như vậy, một luật chuyên biệt về đầu tư nói chung cần làm gì nữa, chưa nói tới cả một bộ máy quản lý riêng đi kèm với các quy trình và thủ tục hành chính tinh vi và phức tạp để quản lý ?

Đọc Luật Đầu tư hiện hành trong so sánh với các luật khác, có lẽ chỉ có hai nội dung có ý nghĩa thực chất là việc phê duyệt dự án đầu tư theo phân cấp từ Quốc hội, Chính phủ đến UBND cấp tỉnh và danh mục các ngành nghề đầu tư – kinh doanh có điều kiện. Phê duyệt một dự án đầu tư có nghĩa là phải chịu trách nhiệm về nó, bao hàm cả tuân thủ pháp luật và số phận thị trường của dự án. Vậy, tại sao lại bắt cả Quốc hội, Chính phủ và UBND phải làm điều khổ nhọc này như đeo một gánh nặng quá sức, trong khi chức năng vốn có và trọng đại của cả ba cơ quan này, là hiện thân của bộ máy nhà nước, không phải như vậy ? Theo kinh nghiệm các nước, để quản trị nền kinh tế theo các tiêu chuẩn chuyên nghiệp và pháp quyền, luật pháp phải xác định rõ ranh giới của thị trường và thẩm quyền can thiệp của Nhà nước được gọi là “chủ quyền điều chỉnh” (*right to regulate*). Theo đó, Nhà nước có quyền can thiệp bằng một quyết định hành chính mà không cần giải thích khi mọi hành vi của doanh nghiệp gây tác động bất lợi cho an ninh quốc gia hoặc lợi ích công cộng. Chẳng hạn, hành động đầu tư mua bán doanh nghiệp *(M&A)* là quyền tự do theo thị trường, tuy nhiên, nếu bất cứ khi nào xét thấy lợi ích công bị xâm phạm, Chính phủ hay thậm chí Quốc hội đều có quyền ngăn cản và đó là thẩm quyền Hiến định.

Đối với các điều kiện đầu tư – kinh doanh đối với các ngành nghề cụ thể, bất cứ nước nào cũng quy định các điều kiện như vậy, thậm chí khá nhiều và khá tinh vi, phức tạp. Tuy vậy, dường như không có ai than phiền bởi phải nó không phải là các điều kiện để đầu tư hay khởi sự doanh nghiệp theo kiểu “giấy phép con” để gia nhập thị trường, mà chính là các tiêu chuẩn pháp lý – kỹ thuật mà mỗi doanh nghiệp đều phải tuân thủ trong hoạt động hàng ngày của mình. Về cơ bản, các điều kiện này được tạo ra như là bảo đảm các tiêu chuẩn kinh doanh chuyên nghiệp, đồng thời nhằm bảo vệ lợi ích của người tiêu dùng mà không phải từ nhu cầu “quản lý nhà nước”. Trong trường hợp có vi phạm, doanh nghiệp sẽ đối mặt với các rủi ro pháp lý rất đa dạng, từ khả năng giao dịch bị vô hiệu, ngân hàng từ chối cấp vốn, bị hiệp hội người tiêu dùng phản đối cho đến nguy cơ bị Thanh tra chuyên ngành của chính quyền xử phạt. Lưu ý rằng chính xã hội và thị trường sẽ giám sát hiệu quả việc tuân thủ các điều kiện và tiêu chuẩn này. Chẳng hạn, một công ty tư vấn xây dựng ký một hợp đồng thiết kế mà không có nhân sự với đủ chứng chỉ chuyên môn cần thiết thì khi có tranh chấp xảy ra, rất có thể cơ quan tài phán sẽ tuyên hợp đồng đó vô hiệu và doanh nghiệp mất quyền đòi tiền. Chỉ cần phán quyết đó được công khai hoá, doanh nghiệp đó sẽ có thể bị chính thị trường loại bỏ.

*Nếu chưa cải cách triệt để thì cần sửa đổi những điểm mấy chốt gì ?*

Ai cũng biết cải cách thật sư bao giờ cũng khó. Do đó, phản hồi về những điểm chính nổi cộm trước mắt trong các điều khoản liên quan của cả Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp, tôi xin nêu ý kiến như sau:

*Thứ nhất, trở lại vấn đề danh mục các ngành nghề đầu tư – kinh doanh có điều kiện và các giấy phép con.* Cuộc chiến với “điều kiện đầu tư – kinh doanh và giấy phép con” có thể được ví như câu chuyện chặt đầu Phạm Nhan thời đánh giặc Nguyên xưa, giảm và bỏ mãi vẫn chưa hết. Nó thậm chí đã dẫn đến sự biến tướng là trong khi Bộ ngành này đặt nhiệm vụ bỏ điều kiện và giấy phép như một thành tích thì ở Bộ ngành khác, các điều kiện và giấy phép mới lại tìm cách “mọc lên”. Vậy, như trên đã nói, phải chăng cần có cách tiếp cận lại vấn đề ? Cụ thể, có thể chuyển từ “điều kiện” thành “tiêu chuẩn” kinh doanh với điều kiện các tiêu chuẩn đó sẽ do các hiệp hội ngành nghề xây dựng và được cơ quan nhà nước phê chuẩn. Song song với điều đó, cần tạo điều kiện để hình thành các cơ chế tự quản và tự giám sát của xã hội và thị trường. Theo đó, Nhà nước không cần phải chăm lo hay chịu trách nhiệm về việc tuân thủ của các doanh nghiệp mà chỉ tập trung vào thanh tra, xử phạt các vi phạm gắn với hậu quả khi được tố giác và giải quyết tranh chấp bằng con đường tư pháp khi có khiếu nại. Đi theo xu hướng này, cái gọi là hệ thống cơ quan quản lý thị trường rất đồ sộ và vốn chỉ tồn tại ở Việt Nam sẽ tới lúc cáo chung để lùi vào lịch sử.

*Thứ hai, vấn đề trách nhiệm và thời hạn góp vốn điều lệ của doanh nghiệp.* Luật Doanh nghiệp 2014 đã quy định một cách xác quyết rằng thời hạn này phải là 90 ngày kể từ thời điểm doanh nghiệp được thành lập với lý sự rằng để chống lại hành vi tiêu cực là khai vốn khống. Vậy, trước hết cần hỏi tại sao đã tự nguyện đăng ký vốn mà các nhà đầu tư lại phải “khống”, tức sau đó không nộp vào đúng hạn ? Đi theo logic của họ sẽ thấy lý do đơn giản chính là thị trường. Tôi thành lập doanh nghiệp để kinh doanh và coi vốn chỉ là một điều kiện đầu vào. Theo đó, một khi thị trường chưa đòi hỏi thì tôi không cần bỏ vốn ra để giam chết nó. Còn từ góc độ pháp luật, nếu vốn điều lệ được coi là mức chịu trách nhiệm tối thiểu của chủ doanh nghiệp thì việc này đâu có nhất thiết phụ thuộc vào việc phải bỏ vốn ra ngay ? Vậy thì một khi đã chấp nhận vốn điều lệ có thể là 1 Đồng, như thực tế ở nhiều nước, tại sao chúng ta không mạnh dạn bỏ luôn cái gọi là “thời hạn góp vốn điều lệ” ? Ngoài ra, cũng cần lưu ý thêm rằng cách thức quản lý đầu tư thông qua giám sát tiền vốn đã trở nên lỗi thời trong thời đại ngày nay, khi đang có rất nhiều các hình thức đầu tư thật sự không cần đến tiền nữa mà thay vào đó là các quyền pháp lý hay thương quyền.

*Thứ ba, quản lý các giao dịch M&A có vốn ngoại.* Đây là lĩnh vực rắc rối nhất và trở thành khó hiểu đối với các nhà đầu tư cả trong nước và nước ngoài. Nó đi ngược với cả chính sách thu hút FDI nói chung và thông lệ đầu tư quốc tế, theo đó M&A đã và đang là xu thế phổ biến. Quy định hiện hành yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài phải đăng ký để được chấp thuận, tức xin giấy phép con, trước khi tiến hành mua cổ phần của doanh nghiệp trong nước. Điều này được lý giải bởi lý do rà soát các điều kiện mở cửa thị trường trong cam kết hội nhập. Tuy nhiên, nếu vậy thì nhà đầu tư có thể tự rà soát mà không cần việc làm thay của cả một bộ máy các cơ quan nhà nước. Hãy làm theo thông lệ các nước khi họ coi M&A là hoạt động thông thường và tự do và chỉ kiểm soát các trường hợp đặc biệt vì lý do an ninh quốc gia và lợi ích công cộng, hoặc nếu có vi phạm luật tự do cạnh tranh và chống độc quyền. Đề xuất ở đây là việc sửa luật cần tiếp thu cách làm đó, theo nguyên tắc “chọn – bỏ”, chỉ liệt kê các tình huống và điều kiện mà một giao dịch M&A cần phê duyệt để có hiệu lực, bổ sung thêm quyền can thiệp và “veto” của cơ quan nhà nước cao nhất là Thủ tướng Chính phủ hoặc Quốc hội khi phát hiện một giao dịch “có vấn đề”.

*Thứ tư, kiểm soát của Nhà nước đối với đầu tư ra nước ngoài.* Trong bối cảnh thị trường tự do toàn cầu, hoạt động đầu tư xuyên biên giới quốc gia theo cả hai hướng “vào” và “ra” ngày càng trở nên bình thường và không còn bị phân biệt đối xử. Ứng phó với tình thế này, chúng ta cần đổi mới tư duy và cũng chỉ cần làm theo thông lệ quốc tế. Một sự cho phép hay thậm chí cả đăng ký hành chính với cơ quan nhà nước như hiện nay là không còn cần thiết và chỉ mang tính hình thức. Thay vào đó, Chính phủ cần kiểm soát năm khía cạnh sau đây một cách chặt chẽ cho các mục tiêu thực dụng hơn. *Một là*, kiểm soát đầu tư ra nước ngoài của doanh nghiệp nhà nước vì đó là tài sản của nhân dân. *Hai là*, kiểm soát đầu tư ra nước ngoài nhưng sử dụng tín dụng của ngân hàng trong nước, có thể được gọi đó là hạn chế “chảy máu nguồn vốn nội tệ”. *Ba là*, kiểm soát dòng chảy của ngoại hối ra nước ngoài bởi trong khi Đồng Việt Nam chưa có khả năng tự do chuyển đổi, dự trữ ngoại tệ được coi là vấn đề an ninh tiền tệ . *Bốn là*, đó là kiểm soát các giao dịch đầu tư gắn với chuyển giao công nghệ có ý nghĩa an ninh quốc gia ra nước ngoài. Và *cuối cùng,* cần thiết kiểm soát các dự án đầu tư vào các quốc gia thuộc danh sách cấm vận quốc tế hoặc có rủi ro chính trị cao, qua đó bảo vệ cho chính doanh nghiệp đầu tư và ngăn ngừa các liên luỵ bất lợi cho nền kinh tế trong nước.

Với tinh thần nói trên, ý tưởng và đề xuất của tác giả chính là xây dựng và ban hành một hoặc một số luật mới mà không phải là sửa Luật Đầu tư hiện hành./.

2/2019

1. Thành viên NHQuang & Cộng sự, Trọng tài viên Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) [↑](#footnote-ref-1)