

1. TỔNG QUAN

Thời gian gần đây, hệ thống pháp luật về kinh doanh của nước ta dần được hoàn thiện và có những bước tiến đáng kể trong tư duy quản lý và cách thức thiết kế chính sách. Những đạo luật quan trọng tác động trực tiếp đến doanh nghiệp, môi trường đầu tư kinh doanh như Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư đã có những cải cách và thúc đẩy quyền tự do kinh doanh mạnh mẽ. Hầu hết các lĩnh vực kinh doanh đặc thù, cần kiểm soát, đã được các Luật chuyên ngành và văn bản hướng dẫn quy định, tạo ra hành lang pháp lý khá đầy đủ cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Bên cạnh những điểm tích cực trên thì hệ thống pháp luật về kinh doanh của nước ta đang đối mặt với vấn đề *bất cập lớn*, đó là sự *thiếu thống nhất, chống chéo* giữa các văn bản luật khi cùng điều chỉnh về hoạt động đầu tư, kinh doanh. Theo quy định của pháp luật, từ bắt đầu cho đến khi đưa hoạt động đầu tư, kinh doanh vào thực tế, nhà đầu tư phải trải qua rất nhiều giai đoạn, tương ứng với từng giai đoạn là các điều kiện và thủ tục hành chính kèm theo. Các điều kiện, thủ tục này được quy định trong rất nhiều văn bản pháp luật khác nhau (ví dụ: dự án đầu tư trong lĩnh vực bất động sản sẽ chịu sự điều chỉnh của Luật Đầu tư, Luật Bảo vệ môi trường, Luật Xây dựng, Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Quy hoạch Đô thị, Luật Đấu thầu, Luật Phòng cháy và chữa cháy...). Trong khi đó, thủ tục, điều kiện quy định tại một số văn bản pháp luật lại không thống nhất, chống chéo với nhau, nhiều khi khiến nhà đầu tư không biết nên thực hiện thủ tục nào trước, thủ tục nào sau hay có phải thực hiện thủ tục đó không? Sự thiếu nhất quán của các văn bản pháp luật khiến cho quy trình triển khai dự án bị kéo dài, thậm chí là đình trệ, không thể triển khai, gia tăng chi phí về thời gian, tiền bạc và rủi ro đối với doanh nghiệp, khiến môi trường kinh doanh trở nên kém thuận lợi.

Từ góc độ của các nhà quản lý, cũng nhận thấy rõ sự lúng túng của các cơ quan thực thi khi “gặp” phải những quy định chống chéo này. Nếu thực hiện linh hoạt tạo thuận lợi cho doanh nghiệp thì sẽ có nguy cơ trái luật, nhưng nếu thực hiện theo đúng quy định thì quy trình trở nên rất rắc rối, kéo dài và thậm chí không thể thực hiện được. Nhiều cơ quan thực thi cấp địa phương đang phải đối mặt với sức ép của việc cải cách, đơn giản hóa thủ tục hành chính, tuy nhiên lại “bất lực” vì sự thiếu thống nhất giữa các quy định của pháp luật.

Từ thực tế trên, trong năm 2019, VCCI đã thực hiện việc thu thập ý kiến từ doanh nghiệp, hiệp hội, cơ quan nhà nước ở địa phương và tiến hành một chương trình rà soát các văn bản pháp luật liên quan. Mục tiêu của chương trình này là góp phần nhận diện được những điểm chưa thống nhất giữa các văn bản pháp luật về kinh doanh, thực trạng chống chéo đang làm “khó” doanh nghiệp cũng như cán bộ thực thi và đưa ra các kiến nghị để sửa đổi.

Chương trình khảo sát các chống chéo của văn bản pháp luật kinh doanh của VCCI đã nhận được 333 ý kiến từ hơn 40 hiệp hội, doanh nghiệp và hàng chục cơ quan địa phương khác nhau. Từ các thông tin này, VCCI đã tiến hành rà soát, phân tích hơn 20 luật, hàng chục văn bản dưới luật để xác định các điểm thiếu thống nhất, chưa rõ ràng giữa các văn bản pháp luật điều chỉnh quá trình đầu tư, kinh doanh của nhà đầu tư.

Trong quá trình rà soát, VCCI nhận thấy sự chống chéo, mâu thuẫn giữa các quy định tập trung chủ yếu trong 15 luật, đó là: Luật Trọng tài năm 2018, Luật Đấu giá tài sản năm 2016, Luật Đầu tư năm

2014, Luật Đất đai năm 2013, Luật Xây dựng năm 2014, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Luật Đấu thầu năm 2013, Luật Tài nguyên nước năm 2012, Luật Khoáng sản năm 2010, Luật Quy hoạch đô thị năm 2009, Luật Đa dạng sinh học năm 2008, Luật Hóa chất năm 2007, Luật Thương mại năm 2005.

Mâu thuẫn, chồng chéo nhiều nhất liên quan đến điều kiện, trình tự, thủ tục đầu tư, tập trung tại các Luật về: đầu tư, đất đai, xây dựng, kinh doanh bất động sản, nhà ở, khoáng sản, bảo vệ môi trường, tài nguyên nước..., cụ thể là các vấn đề:

- Chưa thống nhất về điều kiện cấp phép;
- Không rõ thực hiện thủ tục nào trước, thủ tục nào sau;
- Chưa thống nhất về thẩm quyền cấp phép (hai hoặc nhiều cơ quan khác nhau cùng có thẩm quyền cấp một loại giấy phép);
- Chồng lấn khi thực hiện thủ tục hành chính (nhiều cơ quan quản lý nhà nước cùng thẩm định, xét duyệt về một vấn đề);
- Chưa thống nhất về hồ sơ xin cấp phép (yêu cầu những loại tài liệu mà văn bản pháp luật khác không quy định);
- Chưa thống nhất về thời hạn thực hiện thủ tục hành chính (cùng một thủ tục hành chính nhưng giữa các Luật quy định khác nhau về thời gian giải quyết).

Ngoài ra, giữa các văn bản pháp luật về kinh doanh còn có sự thiếu thống nhất khi quy định về các khái niệm; sự chồng lấn khi ban hành các Danh mục ngành nghề, lĩnh vực cấm kinh doanh hoặc kinh doanh có điều kiện... Sự chồng chéo này tạo ra rủi ro lớn cho các doanh nghiệp, nhất là liên quan đến các chính sách về hạn chế quyền kinh doanh, chẳng hạn: đối với văn bản pháp luật này thì hàng hóa, dịch vụ này doanh nghiệp có thể sản xuất kinh doanh nhưng ở văn bản pháp luật khác lại trở thành hàng hóa, dịch vụ bị cấm kinh doanh. Có nghĩa là hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp từ hợp pháp sẽ thành vi phạm, tùy theo áp dụng văn bản pháp luật nào.

Một điểm nổi bật khi rà soát các văn bản pháp luật về kinh doanh đó là sự chồng chéo giữa "luật chung" và "luật riêng", "luật chuyên ngành" là khá nhiều. Cụ thể, Luật Đầu tư được xem là "luật chung" trong pháp luật về đầu tư. Luật này quy định về hồ sơ, trình tự thủ tục đầu tư của dự án đầu tư và không có quy định theo hướng các luật khác có thể quy định thêm về hồ sơ, trình tự thủ tục đầu tư. Điều này được hiểu, hồ sơ, trình tự thủ tục đầu tư trong mọi dự án đầu tư của các lĩnh vực khác nhau (thuộc diện phải thực hiện thủ tục đầu tư) phải thực hiện hồ sơ, trình tự, thủ tục tại Luật Đầu tư.

Tuy nhiên, một số "luật chuyên ngành" khác lại *yêu cầu thêm* về tài liệu trong hồ sơ thực hiện thủ tục đầu tư hoặc yêu cầu thực hiện thủ tục đầu tư đối với các loại dự án đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư không phải thực hiện bất kỳ thủ tục nào.

Điểm đáng lưu ý, nguyên tắc áp dụng pháp luật theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật là *áp dụng theo thời gian ban hành* nếu văn bản quy phạm pháp luật có cùng hiệu lực pháp lý thì văn bản ban hành sau sẽ được ưu tiên áp dụng. Và không có khái niệm "luật chung", "luật riêng", "luật chuyên ngành". Điều này cũng có thể khiến cho văn bản pháp luật ban hành sau sẽ được ưu tiên áp dụng so với văn bản pháp luật ban hành trước. Thực tế này làm cho hệ thống pháp luật kinh doanh trở lên thiếu thống nhất và hay thay đổi.

Cũng theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì một văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực trong các trường hợp: i) hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản; ii) được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng văn bản quy phạm pháp luật mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó; iii) bị bãi bỏ bằng một văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; iv) văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết cũng đồng thời hết hiệu lực¹.

Thực tế, có những văn bản quy phạm pháp luật ban hành trước đó rất lâu, các văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau, quy định một số nội dung đã có và cũng không tuyên bố bãi bỏ các quy định này trong văn bản quy phạm pháp luật trước. Điều này dẫn đến tình trạng hai văn bản quy phạm pháp luật cùng có hiệu lực pháp lý nhưng lại xung đột với nhau về nội dung. Luật Thương mại là một ví dụ điển hình cho tình trạng này. Rất nhiều quy định trong Luật Thương mại đã trở nên "lỗi thời" nhưng không hề bị bãi bỏ và đang có tình trạng quy định trong một số luật và Luật Thương mại cùng quy định khác nhau về một vấn đề (sẽ được phân tích cụ thể ở phần sau).

Mặc dù trên thực tế các quy định tại Luật Thương mại không được áp dụng và các đối tượng áp dụng không thấy sự xung đột nào trong quá trình áp dụng, nhưng về lý thuyết, việc các luật đang có hiệu lực quy định khác nhau về một vấn đề sẽ khiến cho hệ thống pháp luật trở nên thiếu nhất quán.

Những mâu thuẫn chồng chéo không chỉ có trong quy định giữa các luật mà còn xuất hiện ở các văn bản dưới luật: mâu thuẫn giữa nghị định với luật, giữa các nghị định, giữa thông tư với nghị định, giữa các thông tư với nhau... Đây là các dạng mâu thuẫn: văn bản quy phạm pháp luật "cấp dưới" hướng dẫn "vượt quá" văn bản quy phạm pháp luật cấp trên; giữa các văn bản quy phạm pháp luật có cùng hiệu lực pháp lý không đồng nhất khi quy định về một vấn đề...

Tóm lại, qua rà soát có thể thấy mâu thuẫn xuất hiện giữa luật - luật, luật - nghị định, nghị định - nghị định, nghị định - thông tư, thậm chí luật - thông tư là khá nhiều. Trong Báo cáo này, nhóm nghiên cứu tập trung phần lớn nội dung nêu ra những điểm thiếu thống nhất giữa các văn bản luật.

1. Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

2. NHỮNG PHÁT HIỆN

Từ 333 kiến nghị của doanh nghiệp, hiệp hội và các cơ quan nhà nước địa phương, sau khi tiến hành rà soát hơn 20 luật cùng hàng chục văn bản dưới luật, nhóm nghiên cứu của VCCI đã nhận diện được những điểm mâu thuẫn, chồng chéo, thiếu rõ ràng giữa các quy định trong các luật, cụ thể như sau:

1. Chưa thống nhất về thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư quy định tại Luật Đầu tư và Luật Nhà ở

Khoản 2 Điều 170 Luật Nhà ở quy định, đối với dự án xây dựng nhà ở thuộc diện quyết định chủ trương đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư thì thực hiện theo quy định của Luật Đầu tư. Đối với dự án không thuộc diện quyết định chủ trương đầu tư theo Luật Đầu tư thì phải thực hiện chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định của Chính phủ². Nghị định 99/2015/NĐ-CP quy định chi tiết về các trường hợp và thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư của các dự án đầu tư về nhà ở.

Quy định này được hiểu là *bất kỳ dự án xây dựng nhà ở* nào cũng phải thực hiện thủ tục liên quan đến đầu tư trước khi triển khai dự án.

Trong khi đó, theo quy định tại Điều 30, 31, 32, 36 của Luật Đầu tư thì những dự án không thuộc diện phải chấp thuận chủ trương đầu tư, những dự án có vốn đầu tư nước ngoài trong đó nhà đầu tư nước ngoài sở hữu dưới 51% thì sẽ *không phải thực hiện bất kỳ thủ tục nào* liên quan đến chấp thuận chủ trương đầu tư trước khi triển khai dự án đầu tư³.

Như vậy, giữa Luật Nhà ở và Luật Đầu tư đang chưa thống nhất về các thủ tục liên quan đến đầu tư của các dự án không thuộc diện phải chấp thuận chủ trương đầu tư.

Sự thiếu thống nhất trong quy định trên khiến cả cơ quan nhà nước và nhà đầu tư không xác định được phải áp dụng theo luật nào. Trên thực tế đối với thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư dự án xây dựng nhà ở, một số địa phương chỉ yêu cầu nhà đầu tư thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư một lần; nhiều địa phương khác lại yêu cầu nhà đầu tư phải thực hiện quy trình thủ tục hai lần theo quy định của Luật Đầu tư và Luật Nhà ở. Có thể thấy, việc thiếu thống nhất trong quy định về thủ tục chấp thuận đầu tư đối với dự án đầu tư về nhà ở khiến cho cơ quan thực thi lúng túng trong thực hiện và nhà đầu tư gặp khó khăn khi thực hiện các thủ tục đầu tư.

2. Điều 170. Quyết định chủ trương đầu tư dự án xây dựng nhà ở

2. Đối với dự án xây dựng nhà ở khác thuộc diện quyết định chủ trương đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư thì thực hiện theo quy định của Luật Đầu tư. Đối với dự án không thuộc diện quyết định chủ trương đầu tư theo Luật Đầu tư thì phải thực hiện chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định của Chính phủ.

3. Điều 36. Trường hợp thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư

1. Các trường hợp phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư:

a) Dự án đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài;

b) Dự án đầu tư của tổ chức kinh tế quy định tại khoản 1 Điều 23 của Luật này.

2. Các trường hợp không phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư:

a) Dự án đầu tư của nhà đầu tư trong nước;

b) Dự án đầu tư của tổ chức kinh tế quy định tại khoản 2 Điều 23 của Luật này;

c) Đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế.

3. Đối với dự án đầu tư quy định tại các điều 30, 31 và 32 của Luật này, nhà đầu tư trong nước, tổ chức kinh tế quy định tại khoản 2 Điều 23 của Luật này thực hiện dự án đầu tư sau khi được quyết định chủ trương đầu tư.

2. Chưa thống nhất về hồ sơ thực hiện thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư quy định tại Luật Đầu tư và Luật Nhà ở

Khoản 1 Điều 33 Luật Đầu tư quy định về các tài liệu trong hồ sơ dự án đầu tư để thực hiện thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư⁴ và không có câu quét "các tài liệu khác theo quy định của pháp luật". Quy định này được hiểu, hồ sơ dự án đầu tư chỉ gồm những tài liệu được liệt kê tại Luật Đầu tư, các văn bản pháp luật khác không được quyền yêu cầu thêm tài liệu.

Tuy nhiên, khoản 2 Điều 171 Luật Nhà ở lại yêu cầu thêm các loại tài liệu ngoài các tài liệu đã quy định tại Luật Đầu tư:

"Đối với những trường hợp quyết định chủ trương đầu tư theo Luật Đầu tư thì ngoài hồ sơ đề nghị chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư còn phải có các giấy tờ sau đây:

a) Văn bản đề nghị chấp thuận chủ trương dự án xây dựng nhà ở, trong đó nêu rõ cơ sở pháp lý, các nội dung cần chấp thuận và lý do đề nghị chấp thuận;

b) Bản vẽ quy hoạch chi tiết khu vực có dự án đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt".

Như vậy, giữa hai Luật này đang quy định chưa thống nhất về hồ sơ thực hiện thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư đối với dự án đầu tư xây dựng nhà ở. Điều này khiến nhà đầu tư phải mất thêm chi phí về thời gian, tiền bạc và nhân lực để cung cấp các tài liệu. Ngoài ra, sự không thống nhất giữa hai Luật này khiến cơ quan đăng ký về đầu tư gặp lúng túng khi thẩm định hồ sơ chấp thuận chủ trương đầu tư, thực hiện theo Luật Đầu tư hay theo Luật Nhà ở? Cơ sở đâu để thẩm định các tài liệu yêu cầu thêm tại Luật Nhà ở?

4. Điều 33. Hồ sơ, trình tự, thủ tục quyết định chủ trương đầu tư của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh

1. Hồ sơ dự án đầu tư gồm:

- a) Văn bản đề nghị thực hiện dự án đầu tư;
- b) Bản sao chứng minh nhân dân, thẻ căn cước hoặc hộ chiếu đối với nhà đầu tư là cá nhân; bản sao Giấy chứng nhận thành lập hoặc tài liệu tương đương khác xác nhận tư cách pháp lý đối với nhà đầu tư là tổ chức;
- c) Đề xuất dự án đầu tư bao gồm các nội dung: nhà đầu tư thực hiện dự án, mục tiêu đầu tư, quy mô đầu tư, vốn đầu tư và phương án huy động vốn, địa điểm, thời hạn, tiến độ đầu tư, nhu cầu về lao động, để xuất hướng ưu đãi đầu tư, đánh giá tác động, hiệu quả kinh tế - xã hội của dự án;
- d) Bản sao một trong các tài liệu sau: báo cáo tài chính 02 năm gần nhất của nhà đầu tư; cam kết hỗ trợ tài chính của công ty mẹ; cam kết hỗ trợ tài chính của tổ chức tài chính; bảo lãnh về năng lực tài chính của nhà đầu tư; tài liệu thuyết minh năng lực tài chính của nhà đầu tư;
- đ) Đề xuất nhu cầu sử dụng đất; trường hợp dự án không đề nghị Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thì nộp bản sao thỏa thuận thuê địa điểm hoặc tài liệu khác xác nhận nhà đầu tư có quyền sử dụng địa điểm để thực hiện dự án đầu tư;
- e) Giải trình về sử dụng công nghệ đối với dự án quy định tại điểm b khoản 1 Điều 32 của Luật này gồm các nội dung: tên công nghệ, xuất xứ công nghệ, sơ đồ quy trình công nghệ; thông số kỹ thuật chính, linh kiện sử dụng của máy móc, thiết bị và dây chuyền công nghệ chính;
- g) Hợp đồng BCC đối với dự án đầu tư theo hình thức hợp đồng BCC.

3. Chưa rõ ràng, cụ thể trong lựa chọn nhà đầu tư thông qua đấu giá đất, đấu thầu dự án có gắn liền với quyền sử dụng đất quy định tại Luật Đất đai và Luật Đấu thầu

Điều 118 Luật Đất đai quy định các trường hợp đấu giá, không đấu giá đất, theo đó:

1. Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất theo hình thức đấu giá quyền sử dụng đất trong các trường hợp sau đây, trừ các trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này:
 - a) Đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc cho thuê hoặc cho thuê mua;
 - b) Đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê;
 - c) Sử dụng quỹ đất để tạo vốn cho đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng;
 - d) Sử dụng đất thương mại, dịch vụ; đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp;
 - đ) Cho thuê đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích để sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối;
 - e) Giao đất, cho thuê đất đối với đất Nhà nước thu hồi do sắp xếp lại, xử lý trụ sở làm việc, cơ sở hoạt động sự nghiệp, cơ sở sản xuất, kinh doanh mà tài sản gắn liền với đất thuộc sở hữu nhà nước;
 - g) Giao đất ở tại đô thị, nông thôn cho hộ gia đình, cá nhân;
 - h) Giao đất, cho thuê đất đối với các trường hợp được giảm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất.
2. Các trường hợp không đấu giá quyền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất, cho thuê đất bao gồm:
 - a) Giao đất không thu tiền sử dụng đất;
 - b) Sử dụng đất được miễn tiền sử dụng đất, tiền thuê đất quy định tại Điều 110 của Luật này;
 - c) Sử dụng đất quy định tại các điểm b, g khoản 1 và khoản 2 Điều 56 của Luật này;
 - d) Sử dụng đất vào mục đích hoạt động khoáng sản;
 - đ) Sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở tái định cư, nhà ở xã hội và nhà ở công vụ;
 - e) Giao đất ở cho cán bộ, công chức, viên chức chuyển nơi công tác theo quyết định điều động của cơ quan có thẩm quyền;
 - g) Giao đất ở cho hộ gia đình, cá nhân có hộ khẩu thường trú tại xã mà không có đất ở và chưa được Nhà nước giao đất ở;
 - h) Giao đất ở cho hộ gia đình, cá nhân có hộ khẩu thường trú tại thị trấn thuộc vùng có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn mà không có đất ở và chưa được Nhà nước giao đất ở;
 - i) Các trường hợp khác do Thủ tướng Chính phủ quyết định".

Khoản 3 Điều 1 Luật Đấu thầu quy định "lựa chọn nhà đầu tư thực hiện dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư (PPP), dự án đầu tư có sử dụng đất" phải thực hiện đấu thầu. Điều 1 Nghị định 30/2015/NĐ-CP⁵ hướng dẫn chi tiết khoản 3 Điều 1 Luật Đấu thầu về các dự án lựa chọn nhà đầu tư, cụ thể:

- a) Dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư (PPP) theo quy định của Chính phủ về đầu tư PPP;
- b) Dự án đầu tư sử dụng các khu đất, quỹ đất có giá trị thương mại cao, cần lựa chọn nhà đầu tư thuộc danh mục dự án được phê duyệt theo quy định tại Điểm b Khoản 1 Điều 10 Nghị định này để xây dựng công trình thuộc đô thị, khu đô thị mới; nhà ở thương mại; công trình thương mại và dịch vụ; tổ hợp đa năng mà không thuộc các trường hợp quy định tại Điểm a Khoản này".

Tuy nhiên, giữa Luật Đất đai và Luật Đấu thầu không quy định rõ đối với một mảnh đất, trường hợp nào thì đấu giá quyền sử dụng đất và xác định chủ đầu tư theo hình thức đấu giá, trường hợp nào thì đấu thầu để xác định chủ đầu tư?

Điều này dẫn đến sự lúng túng của các địa phương trong việc áp dụng các quy phạm pháp luật đối với các dự án đầu tư có sử dụng đất và nhà đầu tư không nhận biết được chính sách của Nhà nước đối với các dự án mà họ muốn bắt đầu đầu tư.

5. Nghị định 30/2015/NĐ-CP ngày 17/02/2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư.

4. Chưa thống nhất về thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư theo quy định tại Luật Đất đai và Luật Đầu tư

Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 32 Luật Đầu tư thì Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh sẽ có thẩm quyền chấp thuận chủ trương đầu tư đối với dự án có yêu cầu chuyển mục đích sử dụng đất, không phân biệt loại đất được chuyển⁶.

Điều 58 Luật Đất đai⁷ quy định điều kiện cho phép chuyển mục đích sử dụng đất trong đó phải có Nghị quyết của Hội đồng nhân dân (HĐND) cấp tỉnh đối với trường hợp chuyển mục đích sử dụng dưới 10 héc ta đất trồng lúa, dưới 20 héc ta đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng (điểm b khoản 1); đối với dự án sử dụng đất tại đảo và xã, phường, thị trấn biên giới, ven biển thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ được quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất khi được sự chấp thuận bằng văn bản của các bộ, ngành có liên quan (khoản 2).

Như vậy quy định tại Luật Đất đai, Luật Đầu tư là chưa thống nhất và chưa rõ ràng về thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất, cụ thể:

- Đối với những dự án đầu tư có đề xuất chuyển mục đích dưới 10 héc ta đất trồng lúa, dưới 20 héc ta đất rừng phòng hộ, rừng đặc dụng thì thẩm quyền thuộc UBND hay HĐND? UBND chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư nhưng không có Nghị quyết của HĐND thì giải quyết thế nào?
- Đối với những dự án đầu tư có đề xuất chuyển mục đích dưới 10 héc ta đất trồng lúa, dưới 20 héc ta đất rừng phòng hộ, rừng đặc dụng tại đảo, xã, phường, thị trấn biên giới, ven biển thì sẽ phải xin chấp thuận của bao nhiêu cơ quan? (UBND, HĐND, bộ, ngành có liên quan?) Và các thủ tục sẽ thực hiện như thế nào? Thủ tục nào trước, thủ tục nào sau?...

Điều này khiến cho các nhà đầu tư không nhận biết được thủ tục mình sẽ phải thực hiện. Hơn nữa, sự thiếu rõ ràng, chông chéo về mặt thẩm quyền cũng khiến khó xác định được trách nhiệm của cơ quan quản lý khi các dự án đầu tư ở các trường hợp trên có vấn đề.

6. Điều 32. Thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh

1. Trừ những dự án thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh theo pháp luật về đầu tư công và các dự án quy định tại Điều 30 và Điều 31 của Luật này, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định chủ trương đầu tư đối với các dự án sau đây:

a) Dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất không thông qua đấu giá, đấu thầu hoặc nhận chuyển nhượng; dự án có yêu cầu chuyển mục đích sử dụng đất;

7. Điều 58. Điều kiện giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư

1. Đối với dự án có sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng vào các mục đích khác mà không thuộc trường hợp được Quốc hội quyết định, Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ được quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất khi có một trong các văn bản sau đây:

a) Văn bản chấp thuận của Thủ tướng Chính phủ đối với trường hợp chuyển mục đích sử dụng từ 10 héc ta đất trồng lúa trở lên; từ 20 héc ta đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng trở lên;

b) Nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh đối với trường hợp chuyển mục đích sử dụng dưới 10 héc ta đất trồng lúa; dưới 20 héc ta đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng.

2. Đối với dự án sử dụng đất tại đảo và xã, phường, thị trấn biên giới, ven biển thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ được quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đối khi được sự chấp thuận bằng văn bản của các bộ, ngành có liên quan.

3. Người được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư phải có các điều kiện sau đây:

a) Có năng lực tài chính để bảo đảm việc sử dụng đất theo tiến độ của dự án đầu tư;

b) Ký quỹ theo quy định của pháp luật về đầu tư;

c) Không vi phạm quy định của pháp luật về đất đai đối với trường hợp đang sử dụng đối do Nhà nước giao đất, cho thuê đất để thực hiện dự án đầu tư khác.

4. Chính phủ quy định chi tiết Điều này.

5. Chống lẩn khi thực hiện thủ tục giao đất, cho thuê đất quy định tại Luật Đất đai và Luật Đầu tư

Theo quy định tại Luật Đầu tư, UBND cấp tỉnh sẽ có thẩm quyền chấp thuận chủ trương đầu tư đối với các dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất không thông qua đấu giá, đấu thầu hoặc chuyển nhượng (điểm a khoản 1 Điều 32 Luật Đầu tư).

Trong thủ tục quyết định chủ trương đầu tư của UBND cấp tỉnh (Điều 33 Luật Đầu tư*), nhà đầu tư sẽ đề xuất nhu cầu sử dụng đất (đề nghị Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất) và cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ thẩm định về vấn đề quy hoạch, giao đất trong quá trình xem xét chấp thuận chủ trương đầu tư.

8. Điều 33. Hồ sơ, trình tự, thủ tục quyết định chủ trương đầu tư của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh

1. Hồ sơ dự án đầu tư gồm:
 - a) Văn bản đề nghị thực hiện dự án đầu tư;
 - b) Bản sao chứng minh nhân dân, thẻ căn cước hoặc hộ chiếu đối với nhà đầu tư là cá nhân; bản sao Giấy chứng nhận thành lập hoặc tài liệu tương đương khác xác nhận tư cách pháp lý đối với nhà đầu tư là tổ chức;
 - c) Đề xuất dự án đầu tư bao gồm các nội dung: nhà đầu tư thực hiện dự án, mục tiêu đầu tư, quy mô đầu tư, vốn đầu tư và phương án huy động vốn, địa điểm, thời hạn, tiến độ đầu tư, nhu cầu về lao động, đề xuất hưởng ưu đãi đầu tư, đánh giá tác động, hiệu quả kinh tế - xã hội của dự án;
 - d) Bản sao một trong các tài liệu sau: bảo cấp tài chính 02 năm gần nhất của nhà đầu tư; cam kết hỗ trợ tài chính của công ty mẹ; cam kết hỗ trợ tài chính của tổ chức tài chính; bảo lãnh về năng lực tài chính của nhà đầu tư; tài liệu thuyết minh năng lực tài chính của nhà đầu tư;
 - e) Giải trình về sử dụng công nghệ đối với dự án quy định tại điểm b khoản 1 Điều 32 của Luật này gồm các nội dung: tên công nghệ, xuất xứ công nghệ, sơ đồ quy trình công nghệ; thông số kỹ thuật chính, tình trạng sử dụng của máy móc, thiết bị và dây chuyền công nghệ chính;
 - g) Hợp đồng BCC đối với dự án đầu tư theo hình thức hợp đồng BCC.
2. Nhà đầu tư nộp hồ sơ quy định tại khoản 1 Điều này cho cơ quan đăng ký đầu tư.
3. Trong thời hạn 35 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ dự án đầu tư, cơ quan đăng ký đầu tư phải thông báo kết quả cho nhà đầu tư.
4. Trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ dự án đầu tư, cơ quan đăng ký đầu tư gửi hồ sơ lấy ý kiến thẩm định của cơ quan nhà nước có liên quan đến những nội dung quy định tại khoản 6 Điều này.
5. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ dự án đầu tư, cơ quan được lấy ý kiến có ý kiến thẩm định những nội dung thuộc phạm vi quản lý nhà nước của mình và gửi cơ quan đăng ký đầu tư.
6. Cơ quan quản lý về đất đai chịu trách nhiệm cung cấp trích lục bản đồ; cơ quan quản lý về quy hoạch cung cấp thông tin quy hoạch để làm cơ sở thẩm định theo quy định tại Điều này trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được yêu cầu của cơ quan đăng ký đầu tư.
7. Trong thời hạn 25 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ dự án đầu tư, cơ quan đăng ký đầu tư lập báo cáo thẩm định trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Nội dung báo cáo thẩm định gồm:
 - a) Thông tin về dự án đầu tư, mục tiêu, quy mô, địa điểm, tiến độ thực hiện dự án;
 - b) Đánh giá việc đáp ứng điều kiện đầu tư đối với nhà đầu tư nước ngoài (nếu có);
 - c) Đánh giá sự phù hợp của dự án đầu tư với quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội, quy hoạch phát triển ngành và quy hoạch sử dụng đất; đánh giá tác động, hiệu quả kinh tế - xã hội của dự án;
 - d) Đánh giá về ưu đãi đầu tư và điều kiện hưởng ưu đãi đầu tư (nếu có);
 - đ) Đánh giá còn cơ sở pháp lý về quyền sử dụng địa điểm đầu tư của nhà đầu tư. Trường hợp có đề xuất giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thì thực hiện thẩm định nhu cầu sử dụng đất, điều kiện giao đất, cho thuê đất và cho phép chuyển mục đích sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai;
 - e) Đánh giá về công nghệ sử dụng trong dự án đầu tư đối với dự án quy định tại điểm b khoản 1 Điều 32 của Luật này.
8. Nội dung quyết định chủ trương đầu tư của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định chủ trương đầu tư, trường hợp từ chối phải thông báo bằng văn bản và nêu rõ lý do.
 - a) Nhà đầu tư thực hiện dự án;
 - b) Tên, mục tiêu, quy mô, vốn đầu tư của dự án, thời hạn thực hiện dự án;
 - c) Địa điểm thực hiện dự án đầu tư;
 - d) Tiến độ thực hiện dự án đầu tư; tiến độ góp vốn và huy động các nguồn vốn; tiến độ xây dựng cơ bản và đưa công trình vào hoạt động (nếu có); tiến độ thực hiện từng giai đoạn đối với dự án đầu tư có nhiều giai đoạn;
 - e) Công nghệ áp dụng;
 - f) Ưu đãi, hỗ trợ đầu tư và điều kiện áp dụng (nếu có);
 - g) Thời hạn hiệu lực của quyết định chủ trương đầu tư.
9. Chính phủ quy định chi tiết hồ sơ, thủ tục thực hiện thẩm định dự án đầu tư do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định chủ trương đầu tư.

Trong trình tự, thủ tục thẩm định nhu cầu sử dụng đất, thẩm định điều kiện giao đất, thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất quy định tại khoản 1 Điều 68⁹ Nghị định 43/2015/NĐ-CP hướng dẫn Luật Đất đai, thì việc thẩm định điều kiện giao đất, thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất sẽ không thực hiện đối với dự án đầu tư đã được Quyết định quyết định chủ trương đầu tư hoặc Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư. Điều này đồng nghĩa, dự án do UBND chấp thuận chủ trương đầu tư vẫn phải trải qua quy trình thẩm định điều kiện giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất và nhà đầu tư vẫn có nguy cơ không được giao đất, kể cả trong trường hợp đã được UBND cấp tỉnh chấp thuận chủ trương đầu tư trước đó.

Như vậy, đối với dự án đầu tư có đề xuất sử dụng đất, cơ quan nhà nước sẽ hai lần thẩm định về điều kiện giao đất tại hai thủ tục khác nhau. Điều này vừa tạo ra sự lãng phí về nguồn lực từ phía cơ quan quản lý nhà nước (sẽ phải thực hiện hai lần thẩm định điều kiện giao đất tại thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư và thủ tục giao đất) vừa tạo ra những rủi ro, khó khăn cho nhà đầu tư (nhà đầu tư đứng trước nguy cơ không được giao đất mặc dù đã được chấp thuận chủ trương đầu tư).

9. Điều 68. Trình tự, thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng vào mục đích khác
1. Trình tự, thủ tục thẩm định nhu cầu sử dụng đất, thẩm định điều kiện giao đất, thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất được quy định như sau:

- a) Người xin giao đất, thuê đất, xin phép chuyển mục đích sử dụng đất nộp hồ sơ thẩm định tại cơ quan tài nguyên và môi trường.
Đối với dự án đầu tư đã được Quốc hội quyết định chủ trương đầu tư hoặc Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư thì không phải thực hiện thủ tục thẩm định quy định tại Khoản này;
- b) Trong thời hạn không quá 30 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan tài nguyên và môi trường có văn bản thẩm định gửi đến chủ đầu tư để lập hồ sơ xin giao đất, thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất.
Thời hạn quy định tại điểm này không bao gồm thời gian làm thủ tục cho phép chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng để thực hiện dự án đầu tư quy định tại Khoản 2 Điều này;
- c) Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định cụ thể về thẩm định nhu cầu sử dụng đất, thẩm định điều kiện giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất.

6. Chưa thống nhất về thủ tục đánh giá tác động môi trường quy định tại Luật Đầu tư và Luật Bảo vệ môi trường

Khoản 2 Điều 25 Luật Bảo vệ môi trường quy định "quyết định phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường là căn cứ để cấp có thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư dự án... trong trường hợp pháp luật quy định dự án phải quyết định chủ trương đầu tư". Có nghĩa là nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục xin phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường trước khi thực hiện thủ tục xin quyết định chủ trương đầu tư.

Tuy nhiên, thủ tục quyết định chủ trương đầu tư của Luật Đầu tư (Điều 33) không yêu cầu nhà đầu tư phải nộp quyết định phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường trong Hồ sơ.

Như vậy, hai Luật này đang có xung đột trong quy định về thời điểm đánh giá tác động môi trường của dự án đầu tư. Điều này khiến cho nhà đầu tư không biết phải thực hiện thủ tục nào trước: xin quyết định chấp thuận đầu tư hay báo cáo đánh giá tác động môi trường và cơ quan thực thi cũng lúng túng trong "chọn" luật áp dụng.

7. Chưa thống nhất về thời điểm và thời gian xác định nhu cầu sử dụng đất quy định tại Luật Đất đai và Luật Đầu tư

Theo quy định tại Điều 33 Luật Đầu tư¹⁰ thì nhà đầu tư sẽ đề xuất nhu cầu sử dụng đất (nếu có nhu cầu) trong Hồ sơ thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư, các cơ quan có thẩm quyền sẽ thẩm định về nhu cầu sử dụng đất cùng các yếu tố khác trong thủ tục quyết định chủ trương đầu tư.

Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 52 Luật Đất đai thì nhà nước sẽ giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất căn cứ trên “nhu cầu sử dụng đất thể hiện trong dự án đầu tư, đơn xin giao đất, thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất”. Cơ quan nhà nước quản lý về đất đai sẽ thẩm định nhu cầu sử dụng đất tại thời điểm thực hiện thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất (trừ các dự án đầu tư đã được Quốc hội hoặc Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư)¹¹.

Đối với những dự án đầu tư do UBND cấp tỉnh chấp thuận chủ trương đầu tư thì thời điểm thẩm định nhu cầu sử dụng đất là *khác nhau* và thực hiện hai lần (thời điểm chấp thuận chủ trương đầu tư và thời điểm giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất). Hơn nữa, thời gian thẩm định cũng khác nhau: đối với thủ tục thẩm định trong pháp luật đầu tư là 15 ngày, trong khi theo pháp luật đất đai là 30 ngày; cơ quan tiếp nhận hồ sơ thủ tục cũng khác nhau: một bên là cơ quan đăng ký đầu tư, một bên là cơ quan tài nguyên và môi trường.

Như vậy, giữa Luật Đất đai và Luật Đầu tư đang quy định thiếu thống nhất về thời điểm thẩm định nhu cầu sử dụng đất, thời gian thẩm định và cơ quan tiếp nhận và trả hồ sơ đối với dự án đầu tư thuộc thẩm quyền quyết định đầu tư của UBND cấp tỉnh.

Việc chồng lấn về thủ tục sẽ khiến cho Nhà nước bị lãng phí về nguồn nhân lực, thủ tục hành chính bị kéo dài và giảm cơ hội của các nhà đầu tư.

10. Điều 33. Hồ sơ, trình tự, thủ tục quyết định chủ trương đầu tư của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh

đ) Đề xuất nhu cầu sử dụng đất; trường hợp dự án không đề nghị Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thì nộp bản sao thỏa thuận thuê địa điểm hoặc tài liệu khác xác nhận nhà đầu tư có quyền sử dụng địa điểm để thực hiện dự án đầu tư;

5. Cơ quan quản lý về đất đai chịu trách nhiệm cung cấp trích lục bản đồ; cơ quan quản lý về quy hoạch cung cấp thông tin quy hoạch để làm cơ sở thẩm định theo quy định tại Điều này trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được yêu cầu của cơ quan đăng ký đầu tư.

6. Trong thời hạn 25 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ dự án đầu tư, cơ quan đăng ký đầu tư lập báo cáo thẩm định trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Nội dung báo cáo thẩm định gồm:

đ) Đánh giá căn cứ pháp lý về quyền sử dụng địa điểm đầu tư của nhà đầu tư. Trường hợp có đề xuất giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thì thực hiện thẩm định nhu cầu sử dụng đất, điều kiện giao đất, cho thuê đất và cho phép chuyển mục đích sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai;

11. Điều 68 Nghị định 43/2015/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Đất đai.

8. Chống lẩn về thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư và thủ tục phê duyệt nhiệm vụ và đồ án quy hoạch đô thị thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ quy định tại Luật Quy hoạch đô thị và Luật Đầu tư

Theo quy định của Luật Quy hoạch đô thị (Điều 44), Thủ tướng Chính phủ có thẩm quyền phê duyệt quy hoạch chuyên ngành hạ tầng kỹ thuật đô thị của thành phố trực thuộc Trung ương là đô thị loại đặc biệt; Quy hoạch chung, quy hoạch phân khu, quy hoạch chi tiết của khu vực có ý nghĩa đặc biệt quan trọng về chính trị, kinh tế - xã hội, văn hóa, lịch sử của quốc gia. Các quy hoạch trên có nội dung liên quan đến định hướng phát triển không gian, hạ tầng kỹ thuật đô thị (trung tâm thương mại, dịch vụ, công cộng, công trình ngầm...); quy hoạch tổng mặt bằng sử dụng đất, hệ thống công trình hạ tầng kỹ thuật đô thị trong phân khu...¹².

Điều 31 Luật Đầu tư quy định thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ đối với một số dự án đầu tư cụ thể. Xét bản chất thì những dự án cụ thể quy định tại Luật Đầu tư phải phù hợp với quy hoạch đô thị chung do Thủ tướng Chính phủ phê duyệt tại Luật Quy hoạch đô thị (ví dụ: dự án phát triển kết cấu hạ tầng khu công nghiệp, khu chế xuất, khu chức năng trong khu kinh tế quy định tại Luật Đầu tư sẽ nằm trong quy hoạch phân khu, quy hoạch chung tại Luật Quy hoạch đô thị...).

Như vậy, theo quy định trên thì Thủ tướng Chính phủ đã phê duyệt quy hoạch chung, tổng thể trong đó có quy hoạch xây dựng, quy hoạch phát triển ngành... sau đó lại tiếp tục xem xét và chấp thuận những dự án cụ thể có trong những quy hoạch đó. Quy định này dẫn đến việc Thủ tướng phải thực hiện thủ tục hai lần phê duyệt cho những nội dung có sự tương đồng. Hơn nữa, thủ tục theo quy trình được Thủ tướng phê duyệt thường mất rất nhiều thời gian dẫn đến nhiều dự án, nhà đầu tư đã phải ngừng kế hoạch đầu tư do không thể chờ đợi trong một khoảng thời gian quá dài, trong khi đó một số trường hợp có thể phân cấp cho cơ quan cấp dưới thẩm định trên cơ sở quy hoạch chung đã được Thủ tướng duyệt. Điều này sẽ khiến cho quy trình triển khai dự án được rút ngắn và tạo thuận lợi cho các nhà đầu tư.

12. Nghị định 37/2010/NĐ-CP ngày 07/04/2010 của Chính phủ về lập, thẩm định, phê duyệt và quản lý quy hoạch đô thị.

9. Chưa thống nhất về điều kiện năng lực tài chính của chủ đầu tư trong hoạt động kinh doanh bất động sản giữa các quy định của Luật Kinh doanh bất động sản và Luật Đất đai

Theo quy định tại Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản thì điều kiện để doanh nghiệp tham gia vào hoạt động kinh doanh bất động sản là phải có *"vốn pháp định không được thấp hơn 20 tỷ đồng"*. Theo khoản 1 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản thì *"Kinh doanh bất động sản là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản"*. Như vậy, theo hai điều khoản này thì doanh nghiệp chỉ cần có 20 tỷ là có thể xây dựng bất động sản để kinh doanh.

Trong khi đó Điều 14 Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai quy định điều kiện về năng lực tài chính của chủ đầu tư dự án *"có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 héc ta; không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 héc ta trở lên"*. Điều này có nghĩa là doanh nghiệp phải có một khoản vốn tối thiểu tương ứng với tỷ lệ một tỷ lệ nhất định (15% hoặc 20% tùy trường hợp) của tổng mức đầu tư theo từng dự án mới được phép thực hiện đầu tư xây dựng bất động sản để kinh doanh. Và khoản *"vốn tối thiểu"* này thay đổi theo tổng mức đầu tư của từng dự án, mà không phải cố định ở một mức cụ thể nào - do đó nó có thể cao hơn hoặc thấp hơn 20 tỷ đồng.

Như vậy, giữa các quy định của hai Luật này đang có sự không tương thích về điều kiện tài chính của doanh nghiệp khi hoạt động kinh doanh bất động sản.

Mặt khác, xét về tính hợp lý, việc Luật Kinh doanh bất động sản yêu cầu vốn pháp định chung cho bất kỳ doanh nghiệp kinh doanh bất động sản nào là chưa hợp lý và ít ý nghĩa khi pháp luật đất đai và pháp luật về đầu tư đã quy định về điều kiện tài chính của chủ đầu tư các dự án có sử dụng đất.

10. Chưa thống nhất và rõ ràng về chế độ sử dụng đất trong khu công nghiệp, trong quy định của Luật Đất đai và Luật Đầu tư

Luật Đất đai yêu cầu việc xây dựng khu nhà ở, công trình công cộng phục vụ đời sống người lao động làm việc trong khu công nghiệp, khu chế xuất phải đặt bên ngoài khu công nghiệp, khu chế xuất (khoản 1 Điều 149)¹³.

Luật Đầu tư cũng quy định cho phép các địa phương gặp khó khăn trong bố trí quỹ đất để phát triển nhà ở, công trình dịch vụ, tiện ích công cộng cho người lao động làm việc trong khu công nghiệp được điều chỉnh quy hoạch khu công nghiệp để dành một phần diện tích đất phát triển nhà ở, công trình, dịch vụ, tiện ích công cộng (Điều 21)¹⁴. Tuy nhiên, quy định tại Luật Đầu tư không xác định rõ phần diện tích để phát triển nhà ở sẽ nằm trong hay ngoài khu công nghiệp.

Thực tế, các địa phương lúng túng không biết quy hoạch phần diện tích phát triển nhà ở, công trình công cộng phục vụ cho người lao động. Để an toàn, nhiều địa phương đã điều chỉnh quy hoạch đưa diện tích đất này ra ngoài khu công nghiệp để phù hợp với Luật Đất đai.

13. Điều 149. Đất khu công nghiệp, khu chế xuất, cụm công nghiệp, làng nghề
1. Việc sử dụng đất xây dựng khu công nghiệp, khu chế xuất, cụm công nghiệp, làng nghề phải phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, quy hoạch chi tiết xây dựng đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt.
Khi quy hoạch, thành lập khu công nghiệp, khu chế xuất phải đồng thời lập quy hoạch, xây dựng khu nhà ở, công trình công cộng nằm ngoài khu công nghiệp, khu chế xuất phục vụ đời sống người lao động làm việc trong khu công nghiệp, khu chế xuất.
14. Điều 21. Phát triển nhà ở và công trình dịch vụ, tiện ích công cộng cho người lao động trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế
1. Căn cứ quy hoạch tổng thể phát triển khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh lập quy hoạch và bố trí quỹ đất để phát triển nhà ở, công trình dịch vụ, tiện ích công cộng cho người lao động làm việc trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế.
2. Đối với các địa phương gặp khó khăn trong bố trí quỹ đất phát triển nhà ở, công trình dịch vụ, tiện ích công cộng cho người lao động trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế, cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định việc điều chỉnh quy hoạch khu công nghiệp để dành một phần diện tích đất phát triển nhà ở, công trình dịch vụ, tiện ích công cộng.

11. Chưa thống nhất về việc chấm dứt dự án đầu tư và thu hồi đất của dự án đầu tư trong quy định của Luật Đầu tư và Luật Đất đai

Luật Đầu tư quy định dự án sẽ bị chấm dứt nếu sau 12 tháng mà nhà đầu tư không thực hiện hoặc không có khả năng thực hiện và không thuộc trường hợp được giãn tiến độ thực hiện dự án đầu tư (điểm g khoản 1 Điều 48)¹⁵.

Luật Đất đai (điểm i khoản 1 Điều 64) cho phép gia hạn sử dụng đất 24 tháng sau khi đất (được Nhà nước giao, cho thuê để thực hiện dự án đầu tư) không được sử dụng trong thời hạn 12 tháng liên tục hoặc tiến độ chậm 24 tháng và nhà đầu tư phải nộp cho Nhà nước khoản tiền tương ứng với mức tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với thời gian chậm tiến độ thực hiện dự án.

Như vậy, giữa Luật Đất đai và Luật Đầu tư chưa thống nhất về căn cứ thu hồi đất của dự án đầu tư (đối với dự án không được triển khai sau 12 tháng thì theo Luật Đầu tư phải bị thu hồi còn theo Luật Đất đai lại được gia hạn). Điều này khiến các địa phương lúng túng trong việc lựa chọn giải pháp để thực hiện. Nhiều dự án đã ban hành quyết định chấm dứt hoạt động do vi phạm thời hạn triển khai dự án theo Luật Đầu tư nhưng không thể thu hồi đất vì vướng quy định của Luật Đất đai cho phép nhà đầu tư gia hạn thời gian sử dụng đất thêm 24 tháng. Nhiều dự án không thể đưa ra quyết định chấm dứt dự án theo Luật Đầu tư vì "sợ" vi phạm quy định của Luật Đất đai.

15. Điều 48. Chấm dứt hoạt động của dự án đầu tư

...

g) Sau 12 tháng mà nhà đầu tư không thực hiện hoặc không có khả năng thực hiện dự án theo tiến độ đăng ký với cơ quan đăng ký đầu tư và không thuộc trường hợp được giãn tiến độ thực hiện dự án đầu tư theo quy định tại Điều 46 của Luật này;

12. Chống lấn về thủ tục xin phép chuyển nhượng dự án bất động sản quy định tại Luật Đầu tư và Luật Kinh doanh bất động sản

Khoản 3 Điều 48¹⁶ Luật Kinh doanh bất động sản quy định, việc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định việc đầu tư đồng ý bằng văn bản. Điều 51 Luật Kinh doanh bất động sản quy định về thủ tục chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản, theo đó nhà đầu tư phải xin Quyết định cho phép chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản của UBND cấp tỉnh¹⁷.

Điều 45¹⁸, khoản 4 Điều 40¹⁹ Luật Đầu tư quy định nhà đầu tư có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án cho nhà đầu tư khác khi đáp ứng đủ điều kiện. Khi thay đổi nhà đầu tư, cơ quan đăng ký đầu tư thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư trước khi điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư.

Như vậy, theo các quy định trên, để thực hiện chuyển nhượng dự án nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư và thủ tục xin phép chuyển nhượng dự án tại cùng một cơ quan có thẩm quyền quyết định đầu tư. Các bước thực hiện hai thủ tục này có nhiều sự trùng lặp về các bước thực hiện, ví dụ: cơ quan có thẩm quyền đưa ra quyết định cuối cùng (UBND cấp tỉnh hoặc Thủ tướng Chính phủ tùy thuộc vào loại dự án chuyển nhượng); các cơ quan chuyên môn được tham vấn ý kiến trong quá trình thẩm định (Sở Xây dựng, Sở Tài nguyên và Môi trường, Sở Kế hoạch và Đầu tư, Cục Thuế hoặc Bộ quản lý ngành tùy thuộc vào loại dự án).

Sự trùng lặp về thủ tục này gây lãng phí, kéo dài thời gian và rủi ro cho nhà đầu tư trong quá trình thực hiện dự án đầu tư, lãng phí nguồn lực Nhà nước trong việc quản lý và thực hiện các thủ tục hành chính.

16. Điều 48. Nguyên tắc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản

3. Việc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định việc đầu tư đồng ý bằng văn bản. Chủ đầu tư nhận chuyển nhượng được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc được đăng ký biến động vào giấy chứng nhận đã cấp cho chủ đầu tư chuyển nhượng theo quy định của pháp luật về đất đai.

17. Điều 51. Thủ tục chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản

1. Chủ đầu tư gửi hồ sơ đề nghị chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đến Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi có dự án hoặc cơ quan được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ủy quyền.

18. Điều 45. Chuyển nhượng dự án đầu tư

1. Nhà đầu tư có quyền chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đầu tư cho nhà đầu tư khác khi đáp ứng các điều kiện sau đây:

- a) Không thuộc một trong các trường hợp bị chấm dứt hoạt động theo quy định tại khoản 1 Điều 48 của Luật này;
- b) Đáp ứng điều kiện đầu tư áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài trong trường hợp nhà đầu tư nước ngoài nhận chuyển nhượng dự án thuộc ngành, nghề đầu tư có điều kiện áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài;
- c) Tuân thủ các điều kiện theo quy định của pháp luật về đất đai, pháp luật về kinh doanh bất động sản trong trường hợp chuyển nhượng dự án gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất;
- d) Điều kiện quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc theo quy định khác của pháp luật có liên quan (nếu có).

19. Điều 40. Điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư

4. Đối với các dự án thuộc diện phải quyết định chủ trương đầu tư, khi điều chỉnh dự án đầu tư liên quan đến mục tiêu, địa điểm đầu tư, công nghệ chính, tăng hoặc giảm vốn đầu tư trên 10% tổng vốn đầu tư, thời hạn thực hiện, thay đổi nhà đầu tư hoặc thay đổi điều kiện đối với nhà đầu tư (nếu có), cơ quan đăng ký đầu tư thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư trước khi điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư

13. Chồng lấn về vấn đề cấp phép xả thải ra nguồn nước quy định tại Luật Tài nguyên nước và Luật Bảo vệ môi trường

Theo quy định tại khoản 2 Điều 27²⁰ Luật Bảo vệ môi trường thì những dự án lớn, có nguy cơ tác động xấu đến môi trường chỉ được vận hành sau khi cơ quan phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường kiểm tra, xác nhận hoàn thành công trình bảo vệ môi trường. Để được cấp giấy xác nhận hoàn thành công trình bảo vệ môi trường, chủ dự án phải gửi báo cáo kết quả thực hiện các công trình bảo vệ môi trường phục vụ giai đoạn vận hành của dự án²¹, trong đó có các nội dung về công trình xử lý nước thải²² (mạng lưới thu gom nước thải, thoát nước; công trình xử lý nước thải đã được xây lắp; kết quả vận hành thử nghiệm công trình xử lý nước thải).

Điều 37 Luật Tài nguyên nước quy định: dự án xây dựng, cải tạo, nâng cấp cơ sở sản xuất kinh doanh phải có hạng mục đầu tư xây dựng hệ thống xử lý nước thải, hệ thống tiêu thoát, dẫn nước thải bảo đảm tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật²³, tổ chức, cá nhân xả nước thải vào nguồn nước phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép²⁴. Một trong những căn cứ để cấp phép xả nước thải vào nguồn nước là "tiêu chuẩn, quy chuẩn quốc gia về chất lượng nước thải, chất lượng của nguồn nước tiếp nhận nước thải; các yêu cầu về bảo vệ môi trường đối với hoạt động xả nước thải đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt"²⁵. Điều kiện để cấp phép xả nước thải vào nguồn nước bao gồm: Có đề án, báo cáo phù hợp với quy hoạch tài nguyên nước, khả năng tiếp nhận nước thải của nguồn nước; nhân lực, thiết bị thực hiện việc vận hành hệ thống xử lý nước thải và quan trắc hoạt động xả nước thải đối với trường hợp đã có công trình xả nước thải...

Như vậy, đối với dự án đầu tư có hoạt động xả nước thải vào nguồn nước, chủ đầu tư phải xin hai loại giấy phép (giấy xác nhận hoàn thành công trình bảo vệ môi trường và giấy phép xả nước thải vào nguồn nước) có cùng tính chất như nhau (kiểm soát nguồn nước thải vào nguồn nước để đảm bảo bảo vệ môi trường). Căn cứ để cấp phép có nhiều điểm tương đồng. Việc yêu cầu chủ đầu tư phải xin hai giấy phép có tính chất giống nhau tạo ra sự phiền phức và khó khăn trong quá trình hoạt động.

20. Điều 27. Trách nhiệm của chủ đầu tư trước khi đưa dự án vào vận hành.

21. Phải báo cáo cơ quan phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường kết quả thực hiện các công trình bảo vệ môi trường phục vụ vận hành dự án đối với dự án lớn, có nguy cơ tác động xấu đến môi trường do Chính phủ quy định. Những dự án này chỉ được vận hành sau khi cơ quan phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường kiểm tra, xác nhận hoàn thành công trình bảo vệ môi trường.

22. Điểm c khoản 2 Điều 12 Thông tư 27/2015/TT-BTNMT.

23. Phụ lục 3.2 Thông tư 27/2015/TT-BTNMT.

24. Khoản 2.

25. Khoản 3.

26. Điểm a khoản 2 Điều 19 Nghị định 201/2013/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Tài nguyên nước.

14. Chưa thống nhất giữa Luật Đầu tư và Luật Khoáng sản về việc cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với dự án khai thác khoáng sản

Theo quy định tại khoản 1 Điều 59 Luật Khoáng sản thì trong hồ sơ cấp giấy phép khai thác khoáng sản, doanh nghiệp phải có "Dự án đầu tư khai thác khoáng sản kèm theo quyết định phê duyệt bản sao giấy chứng nhận đầu tư", có nghĩa tất cả dự án đầu tư khai thác khoáng sản đều phải quyết định phê duyệt và giấy chứng nhận đầu tư.

Trong khi đó, theo quy định tại Điều 36 Luật Đầu tư (2014) thì các dự án đầu tư của nhà đầu tư trong nước trong trường hợp không phải xin chấp thuận chủ trương đầu tư không phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. "Khai thác khoáng sản" không phải là trường hợp xin chấp thuận chủ trương đầu tư, trừ trường hợp dự án đầu tư này có quy mô vốn²⁶ hoặc phải đi đàm phán định cư²⁷.

Như vậy, giữa Luật Khoáng sản và Luật Đầu tư đang chưa thống nhất về cấp giấy chứng nhận đầu tư đối với dự án khai thác khoáng sản của nhà đầu tư trong nước. Điều này tạo ra sự lúng túng cho các cơ quan thực thi trong việc áp dụng luật và gây khó khăn cho các nhà đầu tư khi thực hiện thủ tục hành chính (không biết nên chuẩn bị hồ sơ theo quy định của Luật Đầu tư hay Luật Khoáng sản).

26. Khoản 2 Điều 31 Luật Đầu tư.

Điều 31. Thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Thủ tướng Chính phủ

2. Dự án không thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này có quy mô vốn đầu tư từ 5.000 tỷ đồng trở lên;

27. Điểm a khoản 1 Điều 31 Luật Đầu tư

1. Dự án không phân biệt nguồn vốn thuộc một trong các trường hợp sau:

a) Di dân tái định cư từ 10.000 người trở lên ở miền núi, từ 20.000 người trở lên ở vùng khác;

15. Chưa rõ ràng giữa Luật Đầu tư và Luật Đất đai về thủ tục giao đất, chấp thuận chủ trương đầu tư

Theo quy định tại khoản 3 Điều 118 Luật Đất đai²⁸ thì trường hợp không thể đấu giá quyền sử dụng đất (không có người tham gia hoặc chỉ có một người đăng ký tham gia hoặc đấu giá không thành) thì “Nhà nước thực hiện việc giao đất, cho thuê đất mà không phải đấu giá quyền sử dụng đất”.

Điểm a khoản 1 Điều 32 Luật Đầu tư quy định, những “Dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất không thông qua đấu giá, đấu thầu hoặc nhận chuyển nhượng, dự án có yêu cầu chuyển mục đích sử dụng đất” (không thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ) phải xin chấp thuận chủ trương đầu tư của UBND.

Như vậy, câu hỏi đặt ra là, trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 118 Luật Đất đai dự án đầu tư có phải xin chấp thuận chủ trương đầu tư không hay là chỉ cần thực hiện thủ tục xin giao đất?

Việc thiếu rõ ràng trong quy định giữa các luật khiến cho cả nhà đầu tư lẫn cơ quan nhà nước gặp vướng mắc trong quá trình thực thi.

28. Điều 118. Các trường hợp đấu giá quyền sử dụng đất và các trường hợp không đấu giá quyền sử dụng đất

3. Trường hợp đất đưa ra đấu giá quyền sử dụng đất theo quy định tại khoản 1 Điều này mà không có người tham gia hoặc trường hợp chỉ có một người đăng ký tham gia đấu giá hoặc đấu giá ít nhất là 02 lần nhưng không thành thì Nhà nước thực hiện việc giao đất, cho thuê đất mà không phải đấu giá quyền sử dụng đất.

16. Chưa thống nhất về khái niệm “nhà ở riêng lẻ” trong quy định tại Luật Xây dựng và Luật Nhà ở

Khoản 2 Điều 3 Luật Nhà ở quy định *“Nhà ở riêng lẻ là nhà ở được xây dựng trên thửa đất ở riêng biệt thuộc quyền sử dụng hợp pháp của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, bao gồm nhà biệt thự, nhà ở liền kề và nhà ở độc lập”*. Theo quy định này, tổ chức có quyền sử dụng hợp pháp đối với “nhà ở riêng lẻ”.

Khoản 29 Điều 3 Luật Xây dựng quy định *“Nhà ở riêng lẻ là công trình được xây dựng trong khuôn viên đất ở thuộc quyền sử dụng của hộ gia đình, cá nhân theo quy định của pháp luật”*. Theo quy định này thì tổ chức không có quyền sử dụng đối với “nhà ở riêng lẻ”.

Như vậy, khái niệm “nhà ở riêng lẻ” đang được Luật Xây dựng và Luật Nhà ở giải thích khác nhau, đặc biệt về chủ thể có quyền sử dụng đối với loại tài sản này. Điều này gây khó khăn trên thực tế triển khai khi tổ chức xin cấp giấy phép xây dựng cho nhà ở riêng lẻ theo Luật Xây dựng nhưng lại không có căn cứ để cấp phép, trong khi theo Luật Nhà ở thì lại có quyền.

17. Chưa thống nhất giữa Luật Xây dựng và Luật Đất đai về quyền của người sử dụng đất trong việc xây dựng mới nhà ở

Khoản 2 Điều 49 Luật Đất đai quy định "Trường hợp quy hoạch sử dụng đất đã được công bố mà chưa có kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện thì người sử dụng đất được tiếp tục sử dụng và được thực hiện các quyền của người sử dụng đất theo quy định của pháp luật". Có nghĩa là người sử dụng đất được quyền xây dựng mới nhà ở, công trình, cải tạo, sửa chữa nhà ở, công trình hiện có kể cả trong trường hợp không phù hợp với mục đích sử dụng đất.

Trong khi đó, theo quy định tại Luật Xây dựng thì khi xây dựng đối với nhà ở riêng lẻ phải xin cấp giấy phép xây dựng. Căn cứ để cấp giấy phép xây dựng là "phù hợp với mục đích sử dụng đất theo quy hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt" (điểm a khoản 1 Điều 93).

Như vậy, đối với trường hợp đã có quy hoạch sử dụng đất nhưng chưa có kế hoạch sử dụng đất hàng năm, nằm trong khu vực phải chuyển đổi mục đích sử dụng đất, theo Luật Đất đai thì người sử dụng đất có quyền xây dựng mới nhà ở, trong khi theo Luật Xây dựng thì lại không được cấp phép xây dựng vì không phù hợp với mục đích sử dụng đất.

Việc thiếu thống nhất trong quy định về việc thực hiện quyền của người sử dụng đất trong việc xây dựng mới nhà ở khiến cho cả người dân gặp khó khăn và chính quyền lúng túng trong việc thực hiện.

18. Chưa thống nhất về thủ tục chuyển đổi mục tiêu dự án sang đầu tư xây dựng nhà ở giữa các quy định của các Luật Nhà ở, Luật Đầu tư và Luật Đất đai

Khoản 4 Điều 40 Luật Đầu tư quy định *"đối với các dự án thuộc diện phải quyết định chủ trương đầu tư, khi điều chỉnh dự án đầu tư liên quan đến mục tiêu, địa điểm đầu tư... cơ quan đăng đầu tư thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư trước khi điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư"*. Theo quy định này, khi dự án thuộc diện phải quyết định chủ trương đầu tư điều chỉnh mục tiêu đầu tư, phải thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư đối với dự án.

Khoản 2 Điều 22 Luật Nhà ở quy định các hình thức lựa chọn chủ đầu tư xây dựng dự án nhà thương mại, đó là: đấu giá quyền sử dụng đất; đấu thầu dự án có sử dụng đất; chỉ định chủ đầu tư. Khoản 1 Điều 57 Luật Đất đai quy định, khi *"chuyển đất xây dựng công trình sự nghiệp, đất sử dụng vào mục đích công cộng có mục đích kinh doanh, đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp không phải là đất thương mại, dịch vụ sang đất thương mại, dịch vụ; chuyển đất thương mại, dịch vụ, ở xây dựng công trình sự nghiệp sang đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp"*.

Dựa vào các quy định trên thì khi một dự án đầu tư có mục tiêu thuộc lĩnh vực thương mại, dịch vụ hoặc sản xuất công nghiệp - thuộc diện phải quyết định chủ trương đầu tư, khi điều chỉnh mục tiêu dự án sang xây dựng, kinh doanh nhà ở, sẽ không biết phải thực hiện theo thủ tục nào, cụ thể:

Theo Luật Đầu tư thì dự án này phải thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư;

Theo quy định tại Luật Nhà ở thì các hình thức để lựa chọn chủ đầu tư xây dựng dự án nhà thương mại không có thủ tục quyết định chủ trương đầu tư;

Theo Luật Đất đai thì khi chuyển mục đích sử dụng đất, chủ đầu tư phải thực hiện thủ tục xin chuyển mục đích sử dụng đất và không thấy có mối liên hệ nào với thủ tục đầu tư quy định tại Luật Đầu tư.

Tóm lại giữa các Luật Nhà ở, Luật Đất đai và Luật Đầu tư đang quy định chưa thống nhất về thủ tục đầu tư đối với dự án có thay đổi mục tiêu dự án. Trên thực tế, nhiều dự án đầu tư phải thay đổi mục tiêu dự án nhưng lại gặp vướng về thủ tục, điều này khiến cho hoạt động đầu tư, kinh doanh của nhà đầu tư gặp rất nhiều khó khăn, thậm chí bị đình trệ.

19. Chưa thống nhất về hình thức của hợp đồng giao dịch về bất động sản trong quy định giữa Luật Nhà ở và Luật Kinh doanh bất động sản

Khoản 1 Điều 122 Luật Nhà ở quy định hợp đồng mua bán nhà ở thương mại phải thực hiện công chứng, chứng thực trừ một số trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 122²⁹. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng.

Khoản 2 Điều 17 Luật Kinh doanh bất động sản quy định, hợp đồng kinh doanh bất động sản phải được lập thành văn bản, việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận, trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà, công trình xây dựng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên là hộ gia đình, cá nhân thì phải công chứng hoặc chứng thực. Thời điểm có hiệu lực là do thỏa thuận, nếu không có thỏa thuận thì thời điểm ký kết.

Như vậy, giữa hai Luật Nhà ở và Luật Kinh doanh bất động sản đang chưa thống nhất về hình thức của hợp đồng mua bán nhà ở thương mại. Điều này còn ảnh hưởng đến thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng và điều này ảnh hưởng không nhỏ đến quyền lợi của các bên khi phát sinh tranh chấp trên thực tế.

29. 2. Đối với trường hợp tổ chức tặng cho nhà tình nghĩa, nhà tình thương; mua bán, cho thuê mua nhà ở thuộc sở hữu nhà nước; mua bán, cho thuê mua nhà ở xã hội, nhà ở phục vụ tái định cư; góp vốn bằng nhà ở mà có một bên là tổ chức; cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở thì không bắt buộc phải công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp các bên có nhu cầu.

20. Chưa thống nhất về điều kiện kinh doanh sản phẩm xử lý chất thải quy định tại Luật Chăn nuôi, Luật Đầu tư và Luật Bảo vệ môi trường

Điều 62, 63³⁰ Luật Chăn nuôi quy định về quản lý sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi, trong đó các nội dung về:

Quản lý chất lượng sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi (yêu cầu công bố tiêu chuẩn áp dụng, công bố hợp quy; phải khảo nghiệm trước khi công bố sản phẩm lần đầu được sản xuất, nhập khẩu vào Việt Nam có chứa chất mới chưa được khảo nghiệm ở Việt Nam);

Điều kiện kinh doanh đối với cơ sở sản xuất sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi.

Quy định trên là chưa phù hợp với Luật Đầu tư và chưa thống nhất với pháp luật về bảo vệ môi trường, cụ thể:

Về khái niệm: Luật Chăn nuôi không có định nghĩa về khái niệm “sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi”. Pháp luật về môi trường có quy định về “chế phẩm sinh học trong xử lý chất thải”. Xét bản chất, hai khái niệm này có nhiều điểm tương đồng;

Trong Danh mục ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện không có ngành nghề “kinh doanh sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi” mà lại có ngành nghề “kinh doanh chế phẩm sinh học trong xử lý chất thải”;

Hiện tại, pháp luật về môi trường đang quy định về các điều kiện kinh doanh đối với ngành nghề “kinh doanh chế phẩm sinh học trong xử lý chất thải”³¹ và các cơ chế quản lý đối với chế phẩm sinh học trong xử lý chất thải (khảo nghiệm chế phẩm sinh học, đăng ký lưu hành chế phẩm sinh học). Như vậy, nếu một doanh nghiệp kinh doanh chế phẩm sinh học xử lý chất thải trong đó chế phẩm này có thể xử lý được chất thải trong chăn nuôi thì vừa phải đáp ứng điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật về môi trường vừa phải đáp ứng điều kiện kinh doanh theo Luật Chăn nuôi. Đồng thời sản phẩm doanh nghiệp kinh doanh vừa phải công bố hợp quy theo quy định của Luật Chăn nuôi vừa phải xin giấy phép lưu hành theo quy định của pháp luật về môi trường.

Như vậy, việc Luật Chăn nuôi quy định về sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi nhưng không làm rõ khái niệm này và mối liên hệ với chế phẩm sinh học xử lý chất thải trong quy định pháp luật về môi trường khiến cho các quy định giữa các quy định pháp luật có sự chồng chéo và tạo gánh nặng về thủ tục cho doanh nghiệp.

30. Điều 62. Quản lý sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi

1. Sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi trước khi lưu thông trên thị trường phải đáp ứng các yêu cầu sau đây:

- Công bố tiêu chuẩn áp dụng và công bố hợp quy theo quy định của pháp luật;
- Có chất lượng phù hợp với tiêu chuẩn đã công bố áp dụng;
- Thông tin về sản phẩm đã được đăng tải trên Cổng thông tin điện tử của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn;
- Sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi lần đầu được sản xuất hoặc nhập khẩu vào Việt Nam có chứa chất mới chưa qua khảo nghiệm ở Việt Nam phải khảo nghiệm trước khi công bố sản phẩm.

2. Chính phủ quy định chi tiết Điều này.

Điều 63. Quản lý cơ sở sản xuất sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi

1. Quản lý cơ sở sản xuất sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi bao gồm:

- Địa điểm sản xuất nằm trong khu vực không bị ô nhiễm bởi chất thải nguy hại;
- Báo cáo đánh giá tác động môi trường hoặc kế hoạch bảo vệ môi trường theo quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường;
- Dây chuyền, trang thiết bị phù hợp để sản xuất sản phẩm;
- Thiết bị, dụng cụ đo lường để giám sát chất lượng, bảo đảm độ chính xác theo quy định của pháp luật về đo lường;
- Kho bảo quản sản phẩm xử lý chất thải, chăn nuôi cần chế độ bảo quản riêng;
- Người phụ trách kỹ thuật có trình độ từ đại học trở lên về một trong các chuyên ngành chăn nuôi, thú y, hóa học, công nghệ sinh học, công nghệ môi trường.

2. Chính phủ quy định chi tiết Điều này.

31. Nghị định 60/2016/NĐ-CP quy định một số điều kiện đầu tư kinh doanh trong lĩnh vực tài nguyên và môi trường

21. Chồng lấn về Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu quy định tại Luật Đa dạng sinh học, Luật Trồng trọt

Luật Đa dạng sinh học, Luật Trồng trọt đang có sự chồng lấn khi quy định về Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu, cụ thể: Theo quy định của hai Luật này có 2 Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu, đó là: Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu (điểm c khoản 3 Điều 73 Luật Đa dạng sinh học); Danh mục nguồn gen giống cây trồng cấm xuất khẩu (khoản 2 Điều 12 Luật Trồng trọt).

Xét về bản chất, Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu của Luật Đa dạng sinh học đã bao trùm lên Danh mục nguồn gen giống cây trồng cấm xuất khẩu của Luật Trồng trọt. Như vậy, xảy ra tình trạng hoặc có sự *chồng lấn* về đối tượng của hai Danh mục (khi Danh mục nguồn gen giống cây trồng cấm xuất khẩu trùng khớp với Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu) hoặc có sự thiếu thống nhất (khi Danh mục nguồn gen giống cây trồng cấm xuất khẩu khác với Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu). Sẽ có trường hợp không xác định được một loại hàng hóa có thuộc trường hợp bị cấm kinh doanh hay không (ví dụ: hàng hóa không thuộc Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu theo quy định của Luật Đa dạng sinh học, có nghĩa được phép kinh doanh, nhưng lại thuộc Danh mục nguồn gen giống cây trồng cấm xuất khẩu, có nghĩa không được phép kinh doanh). Điều này là rất rủi ro cho doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực này.

22. Chưa thống nhất về khái niệm “nhà đầu tư”, “chủ đầu tư” trong quy định tại Luật Đất đai, Luật Đầu tư, Luật Quy hoạch đô thị, Luật Xây dựng, Luật Nhà ở

Khoản 13 Điều 3 Luật Đầu tư quy định “Nhà đầu tư là tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh, gồm nhà đầu tư trong nước, nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài”. Luật Đầu tư sử dụng khái niệm “nhà đầu tư” để quy định các vấn đề liên quan đến chủ thể thực hiện các dự án đầu tư.

Luật Đất đai cũng quy định về khái niệm “nhà đầu tư”, “chủ đầu tư” là chủ thể thực hiện các thủ tục về đất đai, thực hiện các nghĩa vụ và hưởng các quyền lợi liên quan đến việc sử dụng đất.

Trong khi đó, Luật Xây dựng lại quy định cả hai khái niệm “chủ đầu tư”, “nhà đầu tư” trong đó “nhà đầu tư” là khái niệm với nghĩa rộng hơn “chủ đầu tư”³² (“chủ đầu tư” là “nhà đầu tư” được lựa chọn để thực hiện đầu tư, xây dựng các công trình). Tương tự, Luật Nhà ở, Luật Quy hoạch đô thị cũng có quy định tương đồng với Luật Xây dựng về hai khái niệm này.

Thiếu thống nhất giữa các luật khi quy định về khái niệm “chủ đầu tư”, “nhà đầu tư” khiến cho các đối tượng thực hiện không có cách hiểu thống nhất về chủ thể thực hiện dự án đầu tư và khó khăn trong xác định các quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Theo phản ánh, một số dự án đầu tư bất động sản bị vướng vì sự khác nhau giữa các luật khi quy định hai khái niệm này, cụ thể:

Theo quy định tại Luật Đầu tư thì nhà đầu tư được cấp quyết định chủ trương đầu tư đối với dự án đầu tư.

Trong khi đó theo khoản 7 Điều 19 Luật Quy hoạch đô thị thì “chủ đầu tư dự án đầu tư xây dựng tổ chức lập quy hoạch chi tiết khu vực được giao đầu tư”, Điều 28 Luật Xây dựng quy định “Đồ án quy hoạch chi tiết xây dựng được phê duyệt là cơ sở để cấp giấy phép xây dựng và lập dự án đầu tư xây dựng”.

Trên thực tế, một số cơ quan địa phương không nhận hồ sơ để xem xét quy hoạch chi tiết khu vực được giao đầu tư mặc dù nhà đầu tư đã có Quyết định chấp thuận chủ trương đầu tư của UBND tỉnh, bởi vì Quyết định chấp thuận chủ trương đầu tư được cấp cho “nhà đầu tư” trong khi lập quy hoạch chi tiết là do “chủ đầu tư” (“nhà đầu tư” phải do cơ quan nhà nước công nhận mới trở thành “chủ đầu tư”) thực hiện.

Điều này khiến cho nhiều dự án bị ách tắc, không thể triển khai³³.

32. Điều 7, Điều 44 Luật Xây dựng

Điều 7. Chủ đầu tư

1. Chủ đầu tư do người quyết định đầu tư quyết định trước khi lập dự án hoặc khi phê duyệt dự án.

c) Đối với dự án thực hiện theo hình thức hợp đồng dự án, hợp đồng đối tác công tư, chủ đầu tư là doanh nghiệp dự án do nhà đầu tư thỏa thuận thành lập theo quy định của pháp luật;

Điều 44. Cắm mốc giới xây dựng ngoài thực địa

3. Sau khi đồ án quy hoạch xây dựng được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt, Ủy ban nhân dân các cấp có trách nhiệm sau:

b) Tổ chức triển khai cắm mốc giới ngoài thực địa đối với đồ án quy hoạch chi tiết xây dựng sau khi đã có nhà đầu tư được lựa chọn.

33. <https://vietstock.vn/2019/09/hang-tram-du-an-ke-cung-vi-cau-chuyen-con-ga-qua-trung-4222-704308.htm> - Hàng trăm dự án “kẹt cứng” vì câu chuyện

23. Chồng lấn trong quy định về thủ tục liên quan đến ứng phó sự cố hóa chất tại Luật Bảo vệ môi trường và Luật Hóa chất

Khoản 4 Điều 36 Luật Hóa chất quy định “*Chủ đầu tư dự án hoạt động hóa chất thuộc Danh mục quy định tại khoản 1 Điều 38 của Luật này phải xây dựng Kế hoạch phòng ngừa, ứng phó sự cố hóa chất và trình cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền phê duyệt; chỉ được đưa dự án vào hoạt động sau khi Kế hoạch phòng ngừa, ứng phó sự cố hóa chất đã được phê duyệt. Trường hợp mở rộng quy mô, thay đổi phạm vi hoạt động phải sửa đổi, bổ sung Kế hoạch phòng ngừa, ứng phó sự cố hóa chất và trình cơ quan có thẩm quyền phê duyệt*”.

Luật Bảo vệ môi trường quy định:

“Sự cố môi trường là sự cố xảy ra trong quá trình hoạt động của con người hoặc biến đổi của tự nhiên, gây ô nhiễm, suy thoái hoặc biến đổi môi trường nghiêm trọng” (khoản 10 Điều 3);

Chủ cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ, phương tiện vận tải có nguy cơ gây ra sự cố môi trường phải “*lập kế hoạch phòng ngừa và ứng phó sự cố môi trường*” (điểm a khoản 1 Điều 108);

Điều 18 quy định các đối tượng phải đánh giá tác động môi trường³⁴. Việc đánh giá tác động môi trường phải thực hiện trong giai đoạn chuẩn bị dự án (khoản 3 Điều 19). Báo cáo đánh giá tác động môi trường phải có nội dung: “*Đánh giá, dự báo các nguồn thải và tác động của dự án đến môi trường và sức khỏe cộng đồng*”, “*Đánh giá, dự báo xác định biện pháp quản lý rủi ro của dự án đến môi trường và sức khỏe cộng đồng*” (Điều 22). Đối với các dự án thuộc loại hình sản xuất công nghiệp có nguy cơ gây ô nhiễm môi trường, trong báo cáo đánh giá tác động môi trường phải có phương án phòng ngừa và ứng phó sự cố môi trường đối với khí thải, phương án phòng ngừa và ứng phó sự cố môi trường đối với nước thải (khoản 4 Điều 1 Nghị định 40/2019/NĐ-CP³⁵);

“*Sản xuất hóa chất*” thuộc nhóm các loại hình sản xuất công nghiệp có nguy cơ gây ô nhiễm môi trường phải có báo cáo đánh giá tác động môi trường trong đó có nội dung về “*phương án phòng ngừa và ứng phó sự cố môi trường đối với khí thải, phương án phòng ngừa và ứng phó sự cố môi trường đối với nước thải*” (khoản 4 Điều 1 Nghị định 40/2019/NĐ-CP, Nhóm I Phụ lục IIa Nghị định 40/2019/NĐ-CP).

34. Điều 18. Đối tượng phải thực hiện đánh giá tác động môi trường

1. Đối tượng phải thực hiện đánh giá tác động môi trường gồm:

a) Dự án thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Quốc hội, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ;

b) Dự án có sử dụng đất của khu bảo tồn thiên nhiên, vườn quốc gia, khu di tích lịch sử - văn hóa, khu di sản thế giới, khu dự trữ sinh quyển, khu danh lam thắng cảnh đã được xếp hạng;

c) Dự án có nguy cơ tác động xấu đến môi trường.

35. Nghị định 40/2019/NĐ-CP của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ môi trường

Các quy định trên cho thấy đối với một dự án có hoạt động, chủ đầu tư sẽ phải thực hiện các nghĩa vụ sau:

Đánh giá tác động môi trường trong đó có các biện pháp để ứng phó với sự cố môi trường. Thủ tục này do cơ quan quản lý về môi trường thẩm duyệt;

Lập kế hoạch ứng phó với sự cố môi trường;

Lập Kế hoạch phòng ngừa, ứng phó sự cố hóa chất và phải thực hiện thủ tục để cơ quan quản lý về hóa chất phê duyệt.

Xét bản chất thì "sự cố hóa chất" là một dạng của "sự cố môi trường", "ứng phó sự cố hóa chất" cũng là "ứng phó sự cố môi trường". Trong Báo cáo đánh giá tác động môi trường được xem xét và phê duyệt trong giai đoạn chuẩn bị dự án có nhiều nội dung tương tự như Kế hoạch ứng phó sự cố hóa chất. Như vậy, doanh nghiệp sẽ phải lập hai Kế hoạch gần như tương tự nhau và gửi cho hai cơ quan có thẩm quyền khác nhau thẩm định và phê duyệt. Điều này gây ra sự chồng lấn về mặt quản lý và gia tăng về gánh nặng hành chính cho doanh nghiệp.

24. Không thống nhất giữa các Danh mục liên quan đến điều kiện kinh doanh quy định trong Luật Thương mại và Luật Đầu tư

VỀ DANH MỤC NGÀNH NGHỀ CẤM ĐẦU TƯ KINH DOANH VÀ DANH MỤC HÀNG HÓA, DỊCH VỤ CẤM KINH DOANH

Luật Đầu tư quy định cấm đối với một số hoạt động đầu tư kinh doanh³⁶, pháp luật về thương mại (Luật Thương mại trao quyền cho Chính phủ) quy định về các loại hàng hóa, dịch vụ cấm sản xuất, kinh doanh. Về bản chất, hai Danh mục này có tính chất tương tự nhau, cấm hoạt động đầu tư kinh doanh đối với một số hàng hóa, dịch vụ nhất định.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp 2013 *"Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng"*. Như vậy, quy định tại Luật Thương mại trao quyền cho Chính phủ quy định hàng hóa, dịch vụ cấm sản xuất, kinh doanh là chưa phù hợp về mặt pháp lý. Tuy nhiên, chưa có văn bản pháp luật nào bãi bỏ quy định về Danh mục hàng hóa, dịch vụ cấm sản xuất, kinh doanh tại Nghị định 59/2006/NĐ-CP, Nghị định 43/2009/NĐ-CP vì vậy đến nay quy định tại hai văn bản này vẫn còn hiệu lực.

Mặc dù Danh mục hàng hóa, dịch vụ cấm sản xuất, kinh doanh theo quy định của pháp luật về thương mại ít được biết đến và không được áp dụng, nhưng về mặt lý thuyết cùng tồn tại hai Danh mục liên quan đến hạn chế quyền tự do kinh doanh cùng tồn tại, có sự mâu thuẫn cho thấy sự thiếu thống nhất trong các quy định pháp luật về kinh doanh.

VỀ DANH MỤC NGÀNH NGHỀ ĐẦU TƯ KINH DOANH CÓ ĐIỀU KIỆN VÀ DANH MỤC HÀNG HÓA, DỊCH VỤ KINH DOANH CÓ ĐIỀU KIỆN

Luật Đầu tư năm 2014 (sửa đổi Phụ lục năm 2016) quy định Danh mục các ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện, tập hợp tất cả các ngành nghề đầu tư kinh doanh hiện hành trong hệ thống pháp luật về kinh doanh. Khoản 1 Điều 9 Nghị định 118/2015/NĐ-CP quy định: *"Cá nhân, tổ chức kinh tế được quyền kinh doanh trong ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện quy định tại Phụ lục 4 Luật Đầu tư kể từ khi đáp ứng đủ điều kiện và phải bảo đảm đáp ứng các điều kiện đó trong quá trình hoạt động đầu tư kinh doanh."* Pháp luật về đầu tư kiểm soát các điều kiện đối với chủ thể kinh doanh các ngành nghề kinh doanh có điều kiện.

Luật Thương mại³⁷ cũng quy định về Danh mục hàng hóa, dịch vụ kinh doanh có điều kiện (được cụ thể tại Nghị định 59/2006/NĐ-CP³⁸). Khoản 2 Điều 25 Luật Thương mại quy định *"Đối với hàng hoá hạn chế kinh doanh, hàng hoá kinh doanh có điều kiện, việc mua bán chỉ được thực hiện khi hàng hoá và các bên mua bán hàng hóa đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo quy định của pháp luật"*. Pháp luật về thương mại kiểm soát cả điều kiện của chủ thể kinh doanh và hàng hóa, dịch vụ kinh doanh.

36. Điều 6 Luật Đầu tư 2014, Điều 1 Luật Đầu tư sửa đổi năm 2016

37. Điều 25. Hàng hoá cấm kinh doanh, hàng hoá hạn chế kinh doanh, hàng hóa kinh doanh có điều kiện

1. Căn cứ vào điều kiện kinh tế - xã hội của từng thời kỳ và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên, Chính phủ quy định cụ thể danh mục hàng hoá cấm kinh doanh, hàng hoá hạn chế kinh doanh, hàng hoá kinh doanh có điều kiện và điều kiện để được kinh doanh hàng hóa đó.

2. Đối với hàng hoá hạn chế kinh doanh, hàng hoá kinh doanh có điều kiện, việc mua bán chỉ được thực hiện khi hàng hoá và các bên mua bán hàng hóa đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo quy định của pháp luật.

38. Quy định về hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh; hạn chế kinh doanh và kinh doanh có điều kiện.

Về mặt hình thức thì đây là hai nhóm Danh mục khác nhau (một áp dụng cho chủ thể, một áp dụng cho sản phẩm). Tuy nhiên, trên thực tế hai nhóm Danh mục này có rất nhiều điểm chồng lấn về bản chất thì mỗi hàng hóa, dịch vụ - sản phẩm đầu ra của quá trình đầu tư kinh doanh - phải gắn liền với chủ thể kinh doanh nào đó. Nếu đã cấm chủ thể kinh doanh thì đương nhiên không tồn tại sản phẩm kinh doanh (do đó không cần đến Danh mục hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh). Nếu đã kiểm soát chủ thể kinh doanh bằng điều kiện kinh doanh thì đồng nghĩa các sản phẩm kinh doanh đó đã được kiểm soát ngay từ ban đầu thông qua các điều kiện kinh doanh chủ thể (chẳng hạn, dịch vụ cấm đồ được xác định là ngành nghề kinh doanh có điều kiện, đủ hiểu, để kinh doanh ngành nghề này các chủ thể phải đáp ứng các điều kiện nhất định).

Trên thực tế, Danh mục ngành nghề kinh doanh có điều kiện tại Luật Đầu tư hiện nay được tính kế đi theo loại hàng hóa, dịch vụ rồi (vì ngành nghề phải gắn với sản phẩm).

Hơn nữa, trong thời gian có hiệu lực, Nghị định 59/2006/NĐ-CP (được sửa đổi bởi Nghị định 43/2009/NĐ-CP) dường như chưa thực hiện được "sứ mệnh" của mình, bởi vì các hàng hóa, dịch vụ được liệt kê trong Nghị định không đầy đủ và không có bất kỳ cơ chế nào kiểm soát hiệu quả các hàng hóa, ngành nghề kinh doanh có điều kiện hiện tại đang tồn tại ở nước ta. Do đó, rất nhiều trường hợp, doanh nghiệp, cơ quan nhà nước gần như không biết đến sự tồn tại của Nghị định này cũng như hiệu lực áp dụng của nó.

Việc tồn tại cùng lúc hai Danh mục khiến cho quy định kiểm soát về điều kiện kinh doanh có chồng lấn và chồng chéo, mặc dù trên thực tế Danh mục theo pháp luật về thương mại không được áp dụng.

25. Không thống nhất giữa Luật Thương mại và Luật Đấu giá tài sản về tổ chức đấu giá tài sản

Mục 2 Chương VI Luật Thương mại quy định về đấu giá hàng hóa (đối tượng đấu giá, người tổ chức đấu giá, nguyên tắc, trình tự thủ tục đấu giá, ...) trong đó quy định *"Người tổ chức đấu giá là thương nhân có đăng ký kinh doanh dịch vụ đấu giá hoặc là người bán hàng của mình trong trường hợp người bán hàng tự tổ chức đấu giá"*³⁹. Theo quy định này thì đấu giá hàng hóa không phải là ngành nghề kinh doanh có điều kiện.

Theo quy định tại Luật Đầu tư, Luật Đấu giá tài sản thì "hành nghề đấu giá tài sản" là ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện và Luật Đấu giá tài sản quy định các điều kiện đối với doanh nghiệp đấu giá tài sản, điều kiện của người hành nghề đấu giá tài sản.

Luật Đấu giá tài sản cũng không bãi bỏ các quy định về đấu giá hàng hóa tại Luật Thương mại. Mặc dù, hiện tại các quy định này tại Luật Thương mại không được áp dụng trên thực tế, nhưng việc hai luật cùng quy định về đấu giá tài sản và đang có xung đột khiến cho hệ thống pháp luật kinh doanh trở nên thiếu thống nhất.

39. Khoản 1 Điều 196 Luật Thương mại.

3. MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

Để khắc phục tình trạng chồng chéo giữa các văn bản pháp luật, lý tưởng nhất là cần tiến hành soát lại toàn bộ hệ thống pháp luật về kinh doanh để có cái nhìn tổng thể và cùng điều chỉnh những điểm còn mâu thuẫn. Đây là yêu cầu cần có thời gian và nhân lực. Trước mắt, đối với những điểm mâu thuẫn trên, cần xác định một số nguyên tắc sau:

- Đối với hồ sơ, trình tự thủ tục về đầu tư: Luật Đầu tư cần thống nhất nguyên tắc, Luật Đầu tư sẽ quy định các tài liệu trong hồ sơ, các văn bản pháp luật chuyên ngành khác *không được yêu cầu thêm* về tài liệu trong hồ sơ này đối với các dự án đầu tư trong lĩnh vực thuộc phạm vi điều chỉnh của luật chuyên ngành đó;
- Đối với những thủ tục có sự chồng lấn về các bước thẩm định ở các thủ tục cấp phép khác nhau: Đối với những thủ tục đã được thực hiện trước đó thì không cần phải thực hiện lại ở các thủ tục sau (chẳng hạn: đối với những dự án đầu tư có đề xuất sử dụng đất thuộc diện phải xin chấp thuận chủ trương đầu tư việc thẩm định nhu cầu sử dụng đất đã được thực hiện trong giai đoạn chấp thuận chủ trương đầu tư thì sẽ không phải thực hiện lại trong thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho chuyển mục đích sử dụng đất...);
- Đối với sự chồng chéo về điều kiện cấp phép: với những điều kiện cấp phép đã được quy định trong văn bản pháp luật thì văn bản pháp luật khác không được quy định lại mà chỉ dẫn chi tới văn bản đã quy định;
- Đối với sự thiếu rõ ràng trong việc xác định các thủ tục liên quan đến dự án đầu tư: Có thể nhìn thấy giữa Luật Đầu tư, Luật Đất đai, Luật Đấu thầu đang có một số quy định liên quan đến thủ tục đầu tư chưa đủ rõ ràng, nhất là khi xác định thủ tục nào trước, thủ tục nào sau (ví dụ: trường hợp không đấu giá quyền sử dụng đất được thì chủ đầu tư phải thực hiện thủ tục giao đất hay là thủ tục xin chấp thuận chủ trương đầu tư; trường hợp nào thì đấu thầu để lựa chọn nhà đầu tư, trường hợp nào thì đấu giá quyền sử dụng đất...). Cần xác định rõ về nguyên tắc trong Luật Đầu tư và các Luật khác phải tuân thủ theo quy định của Luật Đầu tư;
- Đối với sự thiếu thống nhất giữa các khái niệm, cần quy định khái niệm này trong một luật khác luật khác chỉ dẫn chiếu mà không quy định lại;
- Liên quan đến Luật Thương mại: Có thể thấy Luật Thương mại đã ban hành và phát sinh hiệu lực gần 15 năm, nhiều chế định trong luật này đã trở nên "lỗi thời" và đã được quy định trong các luật khác (ví dụ: Luật Đấu giá tài sản, Luật Quảng cáo, Luật Đấu thầu, Luật Đầu tư...). Tuy nhiên, những quy định này vẫn còn hiệu lực pháp lý do không bị bãi bỏ bởi bất kỳ luật nào. Điều này tạo ra sự không thống nhất trong hệ thống pháp luật về kinh doanh. Có lẽ đã đến lúc phải đánh giá lại vai trò của Luật Thương mại và tiến hành sửa đổi Luật này.

Tóm lại, để đảm bảo tính thống nhất giữa các quy định điều chỉnh hoạt động đầu tư, kinh doanh của doanh nghiệp, đề nghị tiến hành rà soát tổng thể các luật có liên quan, trong đó xây dựng cơ chế trình tự khi bắt đầu cho đến khi đưa hoạt động đầu tư vào hoạt động, ở mỗi giai đoạn cần xác định rõ do luật nào đang điều chỉnh, điều chỉnh như thế nào, có sự chồng lấn và/hoặc chồng chéo giữa các luật không, để tiến hành sửa đổi. Và quan trọng là trong quy trình soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật, các cơ quan có vai trò "gác cửa" cần kiểm soát tốt được yếu tố về tính thống nhất trong các quy định của luật.

PHỤ LỤC

CÁC QUY ĐỊNH CHÔNG CHÉO, MÂU THUẪN, CHƯA RÕ RÀNG TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VỀ KINH DOANH

STT	Vấn đề	Quy định pháp luật	Quy định pháp luật
1	Chưa thống nhất về thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư	Điều 170 Luật Nhà ở	Điều 31, 32, 33, 36 Luật Đầu tư
2	Chưa thống nhất về Hồ sơ thực hiện thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư	Điều 171 Luật Nhà ở	Điều 33 Luật Đầu tư
3	Chưa rõ ràng, cụ thể trong lựa chọn nhà đầu tư thông qua đấu giá đất, đấu thầu dự án có gắn liền với quyền sử dụng đất	Điều 118 Luật Đất đai	Khoản 3 Điều 1 Luật Đấu thầu Điều 1 Nghị định 30/2015/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư
4	Chưa thống nhất về thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư.	Điều 32 Luật Đầu tư	Điều 58 Luật Đất đai
5	Chống lẩn khi thực hiện thủ tục giao đất, cho thuê đất	Điều 33 Luật Đầu tư	Điều 58 Luật Đất đai Điều 68 Nghị định 43/2015/NĐ-CP hướng dẫn Luật Đất đai
6	Chưa thống nhất về thủ tục đánh giá tác động môi trường	Điều 25 Luật Bảo vệ môi trường	Điều 33 Luật Đầu tư
7	Chưa thống nhất về thời điểm và thời gian xác định nhu cầu sử dụng đất	Điều 33 Luật Đầu tư	Điều 52, Điều 67 Luật Đất đai
8	Chống lẩn về thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư và thủ tục phê duyệt nhiệm vụ và đồ án quy hoạch đô thị thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ	Điều 44 Luật Quy hoạch đô thị Luật số 35/2018/QH14 ngày 20 tháng 11 năm 2018 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung một số điều của 37 luật có liên quan đến quy hoạch	Điều 31 Luật Đầu tư
9	Chưa thống nhất về điều kiện năng lực tài chính của chủ đầu tư trong hoạt động kinh doanh bất động sản	Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản	Điều 14 Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai
10	Chưa thống nhất và rõ ràng về chế độ sử dụng đất trong khu công nghiệp	Điều 149 Luật Đất đai	Điều 21 Luật Đầu tư
11	Chưa thống nhất về việc chấm dứt dự án đầu tư và thu hồi đất của dự án đầu tư	Điểm g khoản 1 Điều 48 Luật Đầu tư	Điều 64 Luật Đất đai

STT	Vấn đề	Quy định pháp luật	Quy định pháp luật
12	Chống lấn về thủ tục xin phép chuyển nhượng dự án bất động sản	Điều 48, Điều 51 Luật Kinh doanh bất động sản	Điều 40, Điều 45 Luật Đầu tư
13	Chống lấn về vấn đề cấp phép xả thải ra nguồn nước	Điều 27 Luật Bảo vệ môi trường	Điều 37 Luật Tài nguyên nu
14	Chưa thống nhất về quy định cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với dự án khai thác khoáng sản	Điều 59 Luật Khoáng sản	Điều 36 Luật Đầu tư
15	Chưa rõ ràng về thủ tục giao đất, chấp thuận chủ trương đầu tư	Điều 118 Luật Đất đai	Điều 32 Luật Đầu tư
16	Chưa thống nhất về khái niệm "nhà ở riêng lẻ"	Khoản 2 Điều 3 Luật Nhà ở	Khoản 29 Điều 3 Luật Xây d
17	Chưa thống nhất về quyền của người sử dụng đất trong việc xây dựng mới nhà ở	Điều 49 Luật Đất đai	Điều 93 Luật Xây dựng
18	Chưa thống nhất về thủ tục chuyển đổi mục tiêu dự án sang đầu tư xây dựng nhà ở	Điều 40 Luật Đầu tư	Điều 22 Luật Nhà ở Điều 57 Luật Đất đai
19	Chưa thống nhất về hình thức của hợp đồng giao dịch về bất động sản	Điều 122 Luật Nhà ở	Điều 17 Luật Kinh doanh bất động sản
20	Chưa thống nhất về điều kiện kinh doanh sản phẩm xử lý chất thải	Điều 62, Điều 63 Luật Chăn nuôi	Pháp luật về môi trường quy định về "Chế phẩm sinh học trong xử lý chất thải" Trong Danh mục ngành nghề kinh doanh có điều kiện không có ngành nghề "kinh doanh sản phẩm xử lý chất thải chăn nuôi" mà lại có ngành nghề "kinh doanh chế phẩm sinh học trong xử lý chất thải". Điều 17 Nghị định 60/2016, CP quy định một số điều kiện đầu tư kinh doanh trong lĩnh vực tài nguyên và môi trường
21	Chống lấn về Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu	Điểm c khoản 3 Điều 73 Luật Đa dạng sinh học có Danh mục nguồn gen bị cấm xuất khẩu	Khoản 2 Điều 12 Luật Trồng cây trồng cấm xuất khẩu

STT	Vấn đề	Quy định pháp luật	Quy định pháp luật
22	Chưa thống nhất về khái niệm "nhà đầu tư", "chủ đầu tư"	Khoản 13 Điều 3 Luật Đầu tư	Điều 7, Điều 44 Luật Xây dựng
23	Chồng lấn trong quy định về thủ tục liên quan đến ứng phó sự cố hóa chất	Khoản 4 Điều 36 Luật Hóa chất	Khoản 10 Điều 3, điểm a khoản 1 Điều 108 Luật Bảo vệ môi trường quy định khoản 4 Điều 1 Nghị định 40/2019/NĐ-CP, Nhóm I Phụ lục IIa Nghị định 40/2019/NĐ-CP
24	Không thống nhất giữa các Danh mục liên quan đến điều kiện kinh doanh	Luật Đầu tư quy định <ul style="list-style-type: none"> • Các hoạt động đầu tư kinh doanh bị cấm • Danh mục các ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện 	Luật Thương mại quy định <ul style="list-style-type: none"> • Danh mục hàng hóa, dịch vụ cấm sản xuất, kinh doanh • Danh mục hàng hóa, dịch vụ hạn chế kinh doanh • Danh mục hàng hóa, dịch vụ kinh doanh có điều kiện
25	Không thống nhất về điều kiện kinh doanh của tổ chức đầu giá tài sản	Điều 186 Luật Thương mại	Luật Đầu tư quy định "Hành nghề đầu giá tài sản" là ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện. Điều 23 Luật Đầu giá tài sản