

PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HỢP TÁC KINH DOANH (BCC) THEO LUẬT ĐẦU TƯ – NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

ĐẶNG CÔNG TRÁNG

*Khoa Luật, Trường Đại học Công nghiệp thành phố Hồ Chí Minh;
dangcongtrang@iuh.edu.com*

Tóm tắt. Quá trình hội nhập kinh tế quốc tế và thu hút đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI) đã mang lại cho Việt Nam nhiều kết quả khả quan trên các mặt: xuất khẩu, nộp ngân sách, chuyển giao công nghệ, giải quyết việc làm, góp phần cải thiện cán cân thanh toán và góp phần hoàn thành các mục tiêu, nhiệm vụ của Kế hoạch phát triển kinh tế-xã hội của đất nước.

Bài viết phân tích các khía cạnh pháp lý của Hợp đồng BCC ở Việt Nam theo quy định tại Luật đầu tư, quá trình áp dụng thực hiện Hợp đồng này, những điểm thuận lợi cũng như những bất cập còn tồn tại trong quy định của pháp luật để từ đó đề xuất một số kiến nghị góp phần hoàn thiện pháp luật điều chỉnh Hợp đồng BCC theo quy định của Luật Đầu tư và các văn bản pháp luật liên quan. Chỉ ra những bất cập trong quá trình áp dụng hợp đồng BCC, đề xuất một số kiến nghị, giải pháp nhằm góp phần hoàn thiện pháp luật điều chỉnh hợp đồng BCC theo Luật Đầu tư.

Từ khoá: Hợp đồng, BCC, Luật đầu tư.

LAW ON BUSINESS COOPERATION CONTRACT (BCC) UNDER INVESTMENT LAW - THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES

Abstract. More than thirty years since Vietnam officially integrated into the world economy, one of the clear images showing that integration is the formation and development of the integration policy, especially. foreign economic policy in Vietnam. Although it has been more than thirty years since the Law on Foreign Investment in Vietnam took effect in 1988, a series of foreign investment models in Vietnam have been deployed, including the business cooperation contract model. .

We have gained great economic achievements during the implementation process, but the implementation of this model also leaves some shortcomings. Therefore, the author decided to study the article: Business cooperation contract (BCC) under the Investment Law - Theoretical and practical issues.

The paper delves in-depth the aspects of the implementation of this model and gives directions for completion.

Keywords. Contract, BCC, Law On Investment

1. NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ HỢP ĐỒNG HỢP TÁC KINH DOANH (HỢP ĐỒNG BCC)

1.1 Khái niệm

Hợp đồng là hình thức pháp lý thích hợp nhất thể hiện bản chất của các quan hệ tài sản. Hợp đồng dù thể hiện dưới hình thức nào cũng phản ánh bản chất của sự thỏa thuận, sự thống nhất ý chí của các bên nhằm phát sinh, thay đổi và chấm dứt các quyền và nghĩa vụ pháp lý. Hợp đồng hợp tác kinh doanh (hợp đồng BCC) là khái niệm không chỉ được pháp luật Việt Nam ghi nhận, mà còn được ghi nhận trong pháp luật đầu tư của rất nhiều quốc gia trên thế giới. Về bản chất, hợp đồng hợp tác kinh doanh là một văn bản được ký kết giữa các nhà đầu tư (gọi là các bên hợp doanh) để tiến hành đầu tư kinh doanh. Trong đó có quy định trách nhiệm, phân chia lợi nhuận cho mỗi bên trong hợp đồng mà không thành lập pháp nhân mới, và khi tiến hành hợp tác kinh doanh theo cam kết trong hợp đồng BCC các bên vẫn giữ nguyên tư cách pháp lý của chính mình, nhân danh chính mình để thực hiện cam kết.

Theo Luật Đầu tư năm 2020: “Hợp đồng hợp tác kinh doanh là hình thức đầu tư được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập pháp nhân”. Tuy nhiên, khái niệm trên chưa thực sự chính xác do hình thức đầu tư theo hợp đồng BCC mới là một hình thức đầu tư, còn hợp đồng hợp tác kinh doanh về bản chất nó vẫn là một hợp đồng dân sự.

Luật Đầu tư năm 2020 đã khắc phục một mặt hạn chế của khái niệm hợp đồng hợp tác kinh doanh tại Luật Đầu tư năm 2014. Theo Luật đầu tư năm 2020 thì: “Hợp đồng hợp tác kinh doanh là hợp đồng do một hoặc nhiều nhà đầu tư nước ngoài ký kết với một hoặc nhiều nhà đầu tư trong nước (sau đây gọi tắt là các bên hợp doanh) để tiến hành đầu tư, kinh doanh; trong đó có quy định về quyền lợi, trách nhiệm và phân chia kết quả kinh doanh cho mỗi bên hợp doanh mà không thành lập pháp nhân”. Tuy nhiên vẫn có ý kiến cho rằng quy định này cũng chưa thực sự chính xác bởi chỉ hướng đến quan hệ hợp đồng giữa một bên là nhà đầu tư nước ngoài, một bên là nhà đầu tư trong nước, quy định như vậy là không đầy đủ.

Nhằm khắc phục hạn chế về khái niệm hợp đồng BCC quy định tại Luật Đầu tư năm 2014, Luật Đầu tư năm 2020 quy định: “Hợp đồng hợp tác kinh doanh (sau đây gọi là hợp đồng BCC) là hợp đồng được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập tổ chức kinh tế”.

Như vậy, hiểu một cách khái quát nhất thì hợp đồng hợp tác kinh doanh là sự thỏa thuận giữa các nhà đầu tư, theo đó, các bên cùng góp vốn, cùng quản lý kinh doanh, cùng phân chia lợi nhuận và cùng chịu rủi ro trong quá trình đầu tư kinh doanh mà không thành lập một pháp nhân mới. Còn hình thức đầu tư theo hợp đồng BCC là một hình thức đầu tư trực tiếp và được ký kết giữa các nhà đầu tư theo hợp đồng hợp tác kinh doanh. Nói cách khác, đầu tư theo hợp đồng hợp tác kinh doanh là hình thức đầu tư trực tiếp được thực hiện trên cơ sở hợp đồng giao kết giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh, phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập pháp nhân mới.

1.2 Đặc điểm của hợp đồng hợp tác kinh doanh

Hợp đồng BCC mang đầy đủ các đặc điểm của hợp đồng nói chung. Nó là sự thỏa thuận giữa các bên ký kết, tức là sự thỏa hiệp ý chí của các nhà đầu tư. Các bên tham gia tự nguyện, tự do bày tỏ ý chí của mình. Các bên chủ thể của hợp đồng chủ yếu là các chủ thể kinh doanh (thương nhân) và có năng lực chủ thể để thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Người đại diện để ký kết hợp đồng phải là người đại diện hợp pháp của các bên chủ thể hợp đồng. Nội dung của hợp đồng BCC phù hợp với quy định của pháp luật. Mặt khác, mục đích của các bên trong hợp đồng nhằm hướng đến tìm kiếm lợi nhuận, bởi lẽ, các nhà đầu tư chủ yếu là các nhà kinh doanh.

Đầu tư theo hợp đồng BCC là một hình thức đầu tư trực tiếp, được thiết lập trên cơ sở hợp đồng, các nhà đầu tư không chỉ bỏ vốn mà còn trực tiếp tham gia quản lý hoạt động đầu tư. Hoạt động đầu tư này luôn phải có sự hợp tác của hai hay nhiều nhà đầu tư với nhau. Sự hợp tác này là kết quả của quá trình thỏa thuận, rồi đi đến ký kết hợp đồng, mọi quyền và nghĩa vụ cơ bản được ghi nhận trên văn bản có giá trị pháp lý là hợp đồng BCC. Khác với hình thức đầu tư thành lập tổ chức kinh tế, đầu tư theo hợp đồng BCC được thực hiện trên cơ sở pháp lý là hợp đồng BCC, các bên hợp doanh cùng góp vốn, cùng tiến hành hoạt động kinh doanh, cùng hưởng lợi nhuận theo thỏa thuận trong hợp đồng, đồng thời cùng chịu những rủi ro xảy ra trong quá trình hợp tác.

Nội dung quan hệ đầu tư của hợp đồng BCC bao gồm những thỏa thuận thể hiện tính “hợp tác kinh doanh”, đó là các thỏa thuận bỏ vốn để cùng kinh doanh, cùng chịu rủi ro, cùng phân chia kết quả kinh doanh. Đây chính là đặc thù của hợp đồng hợp tác kinh doanh trong sự so sánh với các hợp đồng khác trong thương mại (ở các hợp đồng này, thời điểm chuyển giao rủi ro được các bên thỏa thuận hoặc pháp luật quy định là cơ sở xác định rõ lợi nhuận hay rủi ro thuộc về một trong các bên của hợp đồng). Trong quá trình đầu tư theo hợp đồng BCC, các nhà đầu tư sử dụng tư cách pháp lý của mình một cách hoàn toàn độc lập, mặc dù trong quá trình hợp tác kinh doanh, các bên có thể thỏa thuận thành lập một Ban điều hành để giám sát việc thực hiện hợp đồng nhưng không phải là đại diện pháp lý cho các bên hợp doanh.

Chủ thể của hợp đồng BCC là các nhà đầu tư, bao gồm cả nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài. Số lượng chủ thể trong từng hợp đồng cũng không giới hạn, chủ thể của hợp đồng có thể bao gồm hai hoặc nhiều nhà đầu tư cùng có quan hệ hợp tác kinh doanh với nhau, tùy vào quy mô của dự án cũng như nhu cầu, khả năng và mong muốn của các nhà đầu tư. Đây là đặc điểm phân biệt hợp đồng BCC với các hợp đồng khác trong hoạt động thương mại như hợp đồng mua bán hàng hóa, hợp đồng cung ứng dịch vụ, những hợp đồng này thường chỉ có sự tham gia của hai bên.

Mục đích của các bên tham gia hợp đồng BCC là nhằm thực hiện việc hợp tác kinh doanh tìm kiếm lợi nhuận thông qua hợp đồng mà không thành lập pháp nhân mới.

2. ĐÁNH GIÁ QUY ĐỊNH VỀ HỢP ĐỒNG HỢP TÁC KINH DOANH (BCC) THEO LUẬT ĐẦU TƯ NĂM 2014 VÀ GIẢI PHÁP GÓP PHẦN HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH HỢP ĐỒNG HỢP TÁC KINH DOANH (BCC)

2.1 Đánh giá quy định về Hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) theo Luật Đầu tư 2014

2.1.1 Ưu điểm trong quy định về Hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) theo Luật Đầu tư 2014

Sau gần mười lăm năm kể từ khi Việt Nam gia nhập tổ chức thương mại lớn nhất thế giới WTO vào ngày 7-11-2016, Luật đầu tư năm 2014 được đưa vào áp dụng thực tiễn nhưng có những nút thắt, những quy định chưa thật sự rõ ràng. Luật đầu tư năm 2020 ra đời với những quy định mới, cụ thể rõ ràng hơn, cũng như quy định về việc mở rộng quyền tự do đầu tư để thu hút đầu tư nước ngoài vào Việt Nam. Luật đầu tư năm 2020 có những bước thay đổi tiến bộ thông thoáng hơn so với luật đầu tư 2005. Có thể kể đến một số điểm thuận lợi mà Luật Đầu tư đã mang lại cho các nhà đầu tư cũng như góp phần gia tăng hiệu quả quản lý nền kinh tế của Nhà nước, đưa nền kinh tế Việt Nam phát triển vượt bậc trong những năm qua, đó là:

- **Không còn quy định tách biệt đầu tư trực tiếp và đầu tư gián tiếp:** Luật Đầu tư năm 2020 sử dụng khái niệm “**Đầu tư kinh doanh**” để thay thế hai khái niệm trước đây là “*Đầu tư trực tiếp, đầu tư gián tiếp*” (Luật Đầu tư năm 2014). Việc phân tách giữa hai định nghĩa này trên thực tế gây ảnh hưởng tới sự tự do kinh doanh của các nhà đầu tư. Trong nhiều trường hợp, một nhà đầu tư có thể vừa góp vốn quản lý, vừa có thể mua cổ phiếu, chứng chỉ quỹ từ trung tâm chứng khoán, khi đó việc phân chia này làm cho việc quản lý, sở hữu của họ trở nên phức tạp khi phải tách bạch giữa đầu tư gián tiếp, đầu tư trực tiếp mặc dù đây chỉ là cách thức đầu tư của nhà đầu tư để kiếm lợi nhuận.

- **Quy định cụ thể các hoạt động đầu tư kinh doanh bị cấm:** Cụ thể, theo Luật Đầu tư năm 2014, lĩnh vực cấm đầu tư mang tính chất chung chung, không rõ ràng dễ gây nhầm lẫn cho các nhà đầu tư như: phương hại đến quốc phòng, an ninh, quốc gia Nhưng theo Luật Đầu tư năm 2020, chỉ cấm hoạt động đầu tư kinh doanh được liệt kê tại Luật, cụ thể là **6 hoạt động đầu tư kinh doanh** được quy định tại Luật Đầu tư năm 2020. Với việc quy định cụ thể tại Luật, các nhà đầu tư có thể tìm hiểu trực tiếp mà không cần phải thông qua nhiều văn bản pháp luật khác. Đây được coi là quy định tiến bộ, khẳng định “Nhà đầu tư có quyền thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm” Bên cạnh đó, liên quan đến ngành nghề kinh doanh có điều kiện, Luật Đầu tư năm 2020 đã quy định để liệt kê hàng loạt ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện. Đây là quy định giúp nhà đầu tư tìm hiểu luôn được các ngành nghề kinh doanh có điều kiện tại Việt Nam thay vì trước đây nhà đầu tư phải đi tìm hiểu các văn bản chuyên ngành khác ngay bước đầu có nhu cầu tìm hiểu các quy định về pháp luật đầu tư tại Việt Nam. Quy định này cũng sẽ góp phần đưa ra quy định rõ ràng về lĩnh vực đầu tư có điều kiện tại Việt Nam tránh các cách hiểu khác nhau của người thi hành, áp dụng luật. Góp phần tạo ra một môi trường kinh doanh thông thoáng nhằm thu hút tối đa nhu cầu đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.

- **Quy định rõ về nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài:** Luật đầu tư đã làm rõ khái niệm “nhà đầu tư trong nước”, “nhà đầu tư nước ngoài” và “tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài”. Theo đó:

+ Nhà đầu tư trong nước là cá nhân có quốc tịch Việt Nam hoặc tổ chức kinh tế không có NĐT nước ngoài là thành viên hoặc cổ đông (Luật Đầu tư năm 2020)

+ Nhà đầu tư nước ngoài là cá nhân có quốc tịch nước ngoài, tổ chức thành lập theo pháp luật nước ngoài thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam (Luật Đầu tư năm 2020).

+ Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài là tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài là thành viên hoặc cổ đông.

Việc phân biệt các khái niệm này sẽ quyết định đến phạm vi kinh doanh, điều kiện để được đầu tư kinh doanh, cũng như các quyền và nghĩa vụ của các Nhà đầu tư trong quá trình kinh doanh. Đặc biệt với nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài Luật đầu tư cũng đã phân ra rõ chế độ áp dụng riêng.

- **Tách biệt giữa Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư và Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp:** Luật Đầu tư quy định dự án của nhà đầu tư trong nước sẽ không phải thực hiện thủ tục cấp giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Do đó nhà đầu tư chỉ cần hoạt động theo giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (Giấy

chứng nhận đăng ký doanh nghiệp) là được và đủ, thay vì quy định là dự án đầu tư trong nước có quy mô vốn từ mười lăm tỷ trở lên hoặc dự án đầu tư thuộc lĩnh vực đầu tư có điều kiện thì phải xin giấy chứng nhận đầu tư như Luật đầu tư năm 2014.

Còn đối với Nhà đầu tư nước ngoài và Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài khi có dự án muốn thực hiện ở Việt Nam thì sẽ phải làm hai thủ tục đó là: Thủ tục cấp giấy chứng nhận đăng ký đầu tư (do Luật Đầu tư quy định) và Thủ tục đăng ký doanh nghiệp (do Luật Doanh nghiệp quy định) để xác định tư cách pháp nhân. Việc làm này nhằm tránh tình trạng giấy chứng nhận đầu tư bao gồm cả nội dung đăng ký kinh doanh và đăng ký doanh nghiệp. Khi đó, giấy chứng nhận đầu tư cũng đồng thời là giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Doanh nghiệp rơi vào tình trạng một cổ hai tròng, vừa phải tuân thủ Luật Đầu tư vừa phải tuân thủ Luật Doanh nghiệp.

- **Nới rộng phạm vi áp dụng cấp giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với nhà đầu tư nước ngoài:** Theo Luật Đầu tư năm 2014 tất cả các dự án có vốn nước ngoài không xác định tỷ lệ của nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp vẫn được cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

- **Phân cấp cấp phép đầu tư:** Đối với các dự án có qui mô lớn theo qui định tại Luật Đầu tư dự án sẽ phải xin chấp thuận chủ trương đầu tư từ Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ hoặc UBND cấp tỉnh. Luật Đầu tư đã thừa nhận chính thức thủ tục xin chấp thuận chủ trương đầu tư mà theo Luật Đầu tư năm 2014 chỉ áp dụng không chính thức đối với một số dự án. Dù những dự án phải xin chủ trương đầu tư là những dự án lớn và đặc biệt, tuy nhiên, việc thừa nhận thủ tục phải xin chấp thuận chủ trương đầu tư có thể phát sinh hệ lụy. Thứ nhất là trong bối cảnh Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp sửa đổi mới được ban hành và chưa có thực tế áp dụng, sự cẩn trọng của các cơ quan cấp phép có thể tạo môi trường thuận lợi cho việc áp dụng tràn lan thủ tục xin chủ trương đầu tư. Khi đó, có nguy cơ nhiều dự án không thuộc diện xin chủ trương đầu tư cũng bị bắt buộc phải xin chủ trương đầu tư trong thực tế.

- **Rút ngắn thời gian cấp giấy chứng nhận đăng ký đầu tư:** Theo Luật Đầu tư năm 2020 rút ngắn đáng kể so với Luật Đầu tư năm 2014. Tuy nhiên, xem xét thực tế cấp giấy chứng nhận đầu tư hiện hành, rất ít trường hợp nhà đầu tư được cấp giấy chứng nhận đầu tư đúng thời hạn theo quy định của Luật Đầu tư năm 2014.

+ Mở rộng số vốn đầu tư ra nước ngoài cần được Thủ tướng phê duyệt: chủ trương đầu tư những dự án có vốn đầu tư trên 400 tỷ (Luật cũ 300 tỷ) đối với dự án thuộc lĩnh vực ngân hàng, bảo hiểm, chứng khoán, báo chí, phát thanh, truyền hình, viễn thông, dự án trên 800 tỷ (Luật cũ 600 tỷ) đối với các lĩnh vực khác. Những dự án có số vốn ít hơn quy định trên không phải thực hiện quy trình thẩm tra cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư.

- **Các thay đổi về hình thức đầu tư:** Luật Đầu tư năm 2014 đã bỏ một số hình thức đầu tư như: Hợp đồng BOT, BTO, BT; đầu tư phát triển kinh doanh; đầu tư thực hiện việc sáp nhập và mua lại doanh nghiệp. Đồng thời Luật Đầu tư năm 2014 đã bổ sung hình thức đầu tư theo hợp đồng đối tác công tư (hợp đồng PPP). Theo đó, nhà đầu tư, doanh nghiệp, dự án sẽ ký kết hợp đồng PPP với cơ quan nhà nước có thẩm quyền để thực hiện dự án đầu tư xây dựng mới hoặc cải tạo, nâng cấp, mở rộng, quản lý và vận hành công trình kết cấu hạ tầng hoặc cung cấp dịch vụ công. Tuy nhiên, thực tế đây chỉ là việc gom những hợp đồng trên thành một trong những hình thức của hợp đồng PPP.

So với Luật Đầu tư 2014, Luật Đầu tư 2020 đã quy định chi tiết về điều kiện, thủ tục đầu tư, các nội dung chủ yếu của hợp đồng BCC.

2.1.2 Những hạn chế, bất cập trong quy định về Hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) theo Luật Đầu tư Luật Đầu tư đã khắc phục được nhiều hạn chế của các văn bản pháp luật trước đó trong việc điều chỉnh hoạt động đầu tư theo hợp đồng BCC theo hướng ngày càng hoàn thiện và thống nhất cả về nội dung lẫn hình thức đầu tư. Thêm vào đó, các văn bản hướng dẫn được ban hành cũng đã góp phần nâng cao hơn nữa quá trình thực thi pháp luật đầu tư. Tuy nhiên, vẫn còn những bất cập, hạn chế mà pháp luật đầu tư cần được sửa đổi, bổ sung, cụ thể là:

Thứ nhất, pháp luật đầu tư hiện nay không bắt buộc chủ thể của hợp đồng BCC phải là tổ chức, cá nhân có đăng ký kinh doanh. Điều này được thể hiện qua quy định chung về nhà đầu tư trong nước bao gồm cá nhân có quốc tịch Việt Nam, tổ chức kinh tế không có nhà đầu tư nước ngoài là thành viên hoặc cổ đông. Tuy nhiên, nội dung này có pháp luật đầu tư có phần mâu thuẫn với pháp luật về doanh nghiệp. Theo pháp luật về doanh nghiệp, người thực hiện hành vi kinh doanh phải có đăng ký kinh doanh và hoạt động kinh doanh phải đúng với ngành nghề đã ghi trong Điều lệ (đối với tổ chức kinh tế) và phải thông báo với

cơ quan đăng ký kinh doanh. Nếu theo đúng quy định của pháp luật doanh nghiệp thì quan hệ đầu tư theo hợp đồng BCC phải là quan hệ giữa các nhà kinh doanh và lĩnh vực đầu tư BCC phải phù hợp với đăng ký ngành nghề kinh doanh của các bên. Điều này cho thấy sự thiếu thống nhất giữa pháp luật doanh nghiệp và pháp luật đầu tư.

Thứ hai, một trong những khó khăn mà dự án đầu tư theo hợp đồng BCC đang mắc phải là việc các nhà đầu tư không thành lập pháp nhân mới để thực hiện dự án. Điểm yếu của hình thức đầu tư này là khi các nhà đầu tư không thành lập pháp nhân mới thì phải nhân danh chính mình tiến hành các hoạt động đầu tư. Vậy đối với cá nhân không đăng ký kinh doanh thì sẽ lấy tư cách thương nhân của ai để thực hiện các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng BCC. Hơn nữa, nếu dự án cần giao dịch với bên thứ ba thì nhà đầu tư nào sẽ có thẩm quyền đại diện cho tất cả các bên hợp doanh? Nếu nhà đầu tư dùng tư cách pháp lý độc lập của mình để giao dịch nhằm phục vụ cho dự án chung mà xảy ra các vấn đề không mong muốn thì nghĩa vụ của các nhà đầu tư còn lại ra sao? Các nhà đầu tư có phải chịu trách nhiệm liên đới hay không? Những nội dung này có thể được các nhà đầu tư thỏa thuận trong hợp đồng BCC. Tuy nhiên, pháp luật đầu tư lại chưa có quy định cụ thể đối với tình huống này.

Hơn nữa, do đặc điểm của hình thức đầu tư theo hợp đồng BCC là không thành lập pháp nhân mới nên khi một trong các bên tiến hành góp vốn bằng tài sản thì quyền sở hữu trong hợp doanh ra sao là rất phức tạp, điều này hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí chủ quan của các bên khi thương thảo hợp đồng.

Thứ ba, về điều kiện đầu tư kinh doanh: Theo quy định tại Luật Đầu tư: “*Điều kiện đầu tư kinh doanh đối với ngành, nghề quy định tại khoản 2 Điều này được quy định tại các luật, pháp lệnh, nghị định và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên. Bộ, cơ quan ngang bộ, Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân các cấp, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác không được ban hành quy định về điều kiện đầu tư kinh doanh.*”. Tuy nhiên, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 có hiệu lực ngày 1/7/2016, mà theo đó, tại khoản 1 Điều 11 của Luật này, quy định “*Trong trường hợp văn bản có điều, khoản, điểm mà nội dung liên quan đến quy trình, quy chuẩn kỹ thuật và những nội dung khác cần quy định chi tiết thì ngay tại điều, khoản, điểm đó có thể giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định chi tiết. Văn bản quy định chi tiết chỉ được quy định nội dung được giao và không được quy định lặp lại nội dung của văn bản được quy định chi tiết.*”

Vấn đề đặt ra là theo quy định nêu trên, trường hợp luật chuyên ngành giao thẩm quyền cho bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ ban hành các quy định về điều kiện kinh doanh thì việc ban hành này có trái với quy định của Luật Đầu tư không? Trong trường hợp này có được áp dụng quy định tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015

Thứ tư, về thủ tục đăng ký cấp Giấy chứng nhận đầu tư: Theo Luật Đầu tư đã cải cách mạnh thủ tục đầu tư theo hướng thay thủ tục thẩm tra cấp Giấy chứng nhận đầu tư đối với lĩnh vực đầu tư có điều kiện bằng thủ tục đăng ký cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư và không yêu cầu lấy ý kiến thẩm tra của các bộ, ngành. Cùng với đó, đầu mục hồ sơ đăng ký đầu tư được giảm thiểu đáng kể theo hướng không yêu cầu nhà đầu tư phải chuẩn bị các tài liệu như: giải trình kinh tế - kỹ thuật, giải trình đáp ứng điều kiện... để tạo thuận lợi và giảm thời gian, thủ tục cho nhà đầu tư.

Tuy nhiên, trên thực tế, một số văn bản quy phạm pháp luật được ban hành trước thời điểm Luật Đầu tư có hiệu lực, vẫn yêu cầu thực hiện một số thủ tục khác trong quá trình cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Điều này dẫn đến xung đột giữa các văn bản quy phạm pháp luật, gây khó khăn cho doanh nghiệp, nhà đầu tư và cơ quan đăng ký đầu tư. Cụ thể, theo quy định tại Luật Bảo vệ môi trường năm 2020, 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 hoặc cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Tác giả luận văn nhận thấy việc yêu cầu nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục phê duyệt báo cáo đánh giá tác động môi trường trước thời điểm quyết định chủ trương đầu tư hoặc cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư là không phù hợp với thực tế triển khai dự án đầu tư vì tại thời điểm này, nhà đầu tư mới đề xuất địa điểm và chưa có dự án đầu tư được phê duyệt nên không có đủ căn cứ để lập Báo cáo đánh giá tác động môi trường. Điều này tạo rủi ro rất lớn về chi phí đầu tư cho nhà đầu tư trong trường hợp dự án đầu tư không được chấp thuận vì những lý do không liên quan đến môi trường hoặc buộc phải thay đổi địa điểm thực hiện dự án.

Có thể thấy, sự thiếu thống nhất giữa các văn bản quy phạm pháp luật đang là rào cản lớn, khiến nhiều doanh nghiệp gặp khó khăn, gây rủi ro trong quá trình đăng ký cấp phép đầu tư, tạo tâm lý thiếu tin tưởng

vào sự đồng bộ, thống nhất của hệ thống văn bản luật pháp cũng như việc tuân thủ, triển khai thực hiện của các bộ, ngành và cơ quan quản lý nhà nước.

Thứ năm, về cơ quan giải quyết tranh chấp: Đối với dự án trong nước, pháp luật không mở rộng quyền lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp cho các nhà đầu tư như đối với dự án có yếu tố nước ngoài, pháp luật chỉ giới hạn cho họ quyền lựa chọn giải quyết tại Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam. Quy định này đã loại trừ cơ hội được tiếp cận các cơ chế giải quyết tranh chấp có uy tín và nhiều kinh nghiệm trên thế giới như trọng tài quốc tế tại Anh, Singapore... và gây nên một sự phân biệt giữa các bên hợp doanh là nhà đầu tư trong nước với nhà đầu tư nước ngoài.

Thứ sáu, quy định về việc thành lập Ban điều phối, đây là một trong những thay đổi dễ nhận ra nhất liên quan đến Hợp đồng hợp tác kinh doanh của Luật Đầu tư. Đó là việc các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh bắt buộc thành lập Ban điều phối để thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, dù quy định bắt buộc các bên thành lập Ban điều phối nhưng Luật Đầu tư vẫn chưa quy định cụ thể phạm vi hoạt động, quyền và nghĩa vụ của Ban điều phối. Điều này dẫn đến những Ban điều phối được thành lập chỉ mang tính hình thức cho đúng quy định của pháp luật mà không thực hiện chức năng giám sát, điều hành thực tế đối với dự án đầu tư.

3. GIẢI PHÁP GÓP PHẦN HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HỢP TÁC KINH DOANH (BCC)

Qua việc phân tích những điểm hạn chế, bất cập của quy định về Hợp đồng hợp tác kinh doanh BCC ở phần trên, tác giả luận văn mạnh dạn đề xuất một số ý kiến nhằm hoàn thiện pháp luật về Hợp đồng hợp tác kinh doanh BCC trong Luật Đầu tư như sau:

Thứ nhất, đối với chủ thể đầu tư, Nhà nước cần có quy định chặt chẽ hơn về tư cách pháp lý khi tham gia hợp đồng BCC. Theo đó, nhà đầu tư là cá nhân tham gia đầu tư các dự án phải đăng ký đầu tư, thẩm tra đầu tư thì nên quy định cá nhân đó phải có đăng ký kinh doanh. Quy định này sẽ tạo thuận lợi cho các cơ quan chức năng trong quá trình quản lý hoạt động đầu tư của những đối tượng đầu tư này trong các trường hợp nhất định và phù hợp với thực tiễn hơn.

Thứ hai, Nhà nước cần có quy định cụ thể về giao dịch của các bên hợp doanh với bên thứ ba; trách nhiệm liên đới của các bên khi xảy ra tranh chấp với bên thứ ba... Khi tiến hành đầu tư theo hợp đồng BCC, điểm mạnh là không mất thời gian, công sức thành lập pháp nhân mới, nhưng đây cũng là điểm yếu. Vì nếu nhà đầu tư dùng tư cách pháp lý độc lập của mình để tiến hành giao dịch với bên thứ ba nhằm phục vụ cho dự án chung mà xảy ra các vấn đề không mong muốn thì nghĩa vụ của các nhà đầu tư còn lại sẽ được các bên thỏa thuận thống nhất trong quá trình ký kết hợp đồng. Thiết nghĩ, đối với vấn đề này pháp luật đầu tư cũng cần có những định hướng cụ thể để tạo cơ sở pháp lý giải quyết nếu xảy ra tranh chấp.

Ngoài ra, về quyền sở hữu trong hợp doanh, pháp luật nên thừa nhận các bên hợp doanh có quyền sở hữu đối với những tài sản sau đây:

- Tài sản là vốn góp của các bên hợp doanh vào hợp doanh kể cả giá trị quyền sở hữu trí tuệ như bí quyết công nghệ, nhãn hiệu hàng hóa, chỉ dẫn thương mại, bí mật kinh doanh...
- Tài sản phát sinh trong quá trình kinh doanh như lợi nhuận chưa chia, các khoản được đền bù thiệt hại hoặc các khoản lợi khác phát sinh từ việc hợp doanh tham gia các giao dịch thương mại; các khoản lỗ, các khoản nợ chung chưa phân chia;
- Tài sản có được từ mua bán, trao đổi, vay hoặc từ các nguồn khác dưới tên của hợp doanh (nếu hợp doanh có tên) hoặc dưới tên của một hoặc một số bên hợp doanh vì mục đích chung của hợp doanh; hoặc không dưới tên của hợp doanh cũng không dưới tên của bất kỳ một bên bên hợp doanh nào nhưng có cơ sở để chứng minh rằng tài sản được chuyển giao cho hợp doanh hoặc vì mục đích của hợp doanh; các khoản hoa lợi, lợi tức phát sinh từ các tài sản kể trên...

Thứ ba, đối với hợp đồng BCC được ký kết giữa các nhà đầu tư trong nước với nhau thì không phải làm thủ tục đăng ký đầu tư, Nhà nước cũng cần có quy định về việc thông báo của chủ đầu tư với cơ quan Nhà nước có thẩm quyền. Có như vậy, đối với các dự án đầu tư theo hợp đồng BCC có quy mô vừa và nhỏ, hoạt động quản lý và giám sát của Nhà nước sẽ được tốt hơn. Bên cạnh đó, pháp luật nên quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng BCC, có thể bằng hình thức văn bản thông báo để các cơ quan chức

năng có thể dễ dàng quản lý và kiểm soát các hoạt động đầu tư của các bên hợp doanh, đồng thời có căn cứ để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể liên quan.

Thứ tư, cho phép nhà đầu tư trong nước được tự do lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp, cách thức giải quyết tranh chấp, có thể lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp nước ngoài. Nhưng cũng cần quy định rõ điều kiện để các bên hợp doanh là nhà đầu tư trong nước được quyền lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp thông qua cơ quan giải quyết tranh chấp nước ngoài. Tức là, cần sửa đổi theo hướng hợp đồng hợp tác kinh doanh giữa những nhà đầu tư trong nước với nhau cũng có quyền lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp là Trọng tài nước ngoài.

Thứ năm, quy định cụ thể phạm vi hoạt động, quyền và nghĩa vụ của Ban điều phối, tạo cơ sở để Ban điều phối thực hiện hiệu quả chức năng giám sát, điều hành thực tế đối với dự án đầu tư.

Thứ sáu, Nhà nước cần phải tiến hành rà soát lại toàn bộ hệ thống pháp luật của Việt Nam để tìm ra và loại bỏ những quy định pháp luật chồng chéo, mâu thuẫn nhau giảm thiểu khó khăn, vướng mắc cho các nhà đầu tư khi thực hiện các thủ tục đầu tư cũng như tạo điều kiện thuận lợi cho chủ thể quản lý Nhà nước trong quá trình thực thi nhiệm vụ áp dụng pháp luật.

4. MỘT SỐ KIẾN NGHỊ GÓP PHẦN NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC THI PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG HỢP TÁC KINH DOANH (BCC)

Trong bối cảnh hoạt động đầu tư hiện nay, sự cạnh tranh thu hút vốn đầu tư quốc tế diễn ra khốc liệt; thủ tục cấp giấy phép đầu tư còn rườm rà; chính sách pháp luật nhiều nội dung chưa thực sự rõ ràng; chi phí đầu tư cao... các nhà đầu tư rất nhạy cảm trước mỗi sự thay đổi chính sách, pháp luật, gặp nhiều khó khăn trong việc thực hiện pháp luật. Đòi hỏi cấp bách là phải hoàn thiện sao cho hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh ngày càng hấp dẫn các nhà đầu tư nước ngoài hơn. Vấn đề mà các nhà đầu tư quan tâm là pháp luật quy định về hình thức đầu tư đó như thế nào, có chặt chẽ đầy đủ, rõ ràng không, có bảo vệ được quyền lợi của họ không...

Tác giả đề xuất một số giải pháp để nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật đối với hoạt động đầu tư theo hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh như sau:

Thứ nhất, tiếp tục đổi mới cơ chế chính sách tạo nhiều thuận lợi hơn để thu hút các nhà đầu tư ký kết hợp đồng hợp tác kinh doanh và triển khai dự án trên địa bàn tỉnh; cải thiện mạnh mẽ môi trường đầu tư, đưa ra nhiều chính sách, văn bản liên quan đến hợp đồng hợp tác kinh doanh và triển khai hiệu quả các chính sách, văn bản đó; đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến chính sách, pháp luật về đầu tư theo hợp đồng hợp tác kinh doanh tại các cơ quan, tổ chức, địa phương...

Thứ hai, tăng cường đào tạo đội ngũ cán bộ thực hiện nhiệm vụ trong lĩnh vực đầu tư. Đào tạo đội ngũ cán bộ là một giải pháp cực kỳ quan trọng hiện nay khi hoạt động đầu tư theo hợp đồng hợp tác kinh doanh đi vào chiều sâu và mức độ cạnh tranh giữa các nhà đầu tư ngày càng lớn hơn. Các nhà đầu tư Việt Nam và nhà đầu tư nước ngoài đã phân nào hiểu được cách thức kinh doanh của nhau, biết được kiến thức, kỹ năng quản lý và việc xử lý tình huống cũng như khả năng khai thác các quan hệ kinh doanh trong và ngoài nước. Vì vậy, việc đầu tư vào đội ngũ cán bộ là một vấn đề có tầm quan trọng chiến lược,

Thứ ba, tiếp tục cải tiến chính sách thu hút và sử dụng công nghệ. Công nghệ cần được thu hút từ nhiều phía bao gồm công nghệ tiên tiến và công nghệ trung gian nhưng cần phải bảo đảm khả năng cạnh tranh của sản phẩm trên thị trường và bảo vệ môi trường sinh thái.

Thứ tư, tăng cường phát triển các mối quan hệ quốc tế. Đó là việc chú trọng ký kết các hiệp định liên quan đến hợp tác đầu tư với nước ngoài và phát triển các mối quan hệ với các nước, các tổ chức quốc tế, khai thông quan hệ với các thiết chế tài chính quốc tế, khu vực và toàn cầu. Đây là vấn đề có tầm quan trọng đặc biệt hiện nay.

Thứ năm, nâng cao hiệu quả hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật về đầu tư theo hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh để nhân dân và doanh nghiệp nắm rõ được các quy định pháp luật về lĩnh vực này, tạo điều kiện thuận lợi trong quá trình thực hiện đầu tư.

5. KẾT LUẬN

Định hướng quản lý của Nhà nước có vai trò vô cùng quan trọng trong việc điều tiết nền kinh tế vĩ mô nói chung và đầu tư theo hợp đồng BCC nói riêng. Để phù hợp hơn với thực tiễn kinh doanh vô cùng đa dạng, Nhà nước cần có định hướng cụ thể trong việc hoàn thiện các quy định của pháp luật hợp đồng,

cũng như các quy định cụ thể về hợp đồng BCC một cách đồng bộ, nhất quán theo những định hướng đã đề ra.

Mặt khác, để hoàn thiện pháp luật về hợp đồng BCC cần sự thay đổi có tính định hướng từ nhận thức tới thực tiễn xây dựng và ban hành pháp luật của các nhà làm luật và của các bên thực thi pháp luật.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

Bộ luật dân sự (năm 2015 sửa đổi 2017) và các văn bản hướng dẫn thi hành

Luật Doanh nghiệp (năm 2005) và các văn bản hướng dẫn thi hành;

Luật đầu tư (năm 2014) và các văn bản hướng dẫn thi hành

Luật Doanh nghiệp (năm 2014, 2020) và các văn bản hướng dẫn thi hành;

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (năm 2015) có hiệu lực ngày 1/7/2016

Nghị định (50/2016)/NĐ-CP của Thủ Tướng Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư

Nghị định (40/2020)/NĐ-CP của Thủ Tướng Chính phủ về hướng dẫn thi hành Luật Đầu tư công.

Nghị Định số (31/2021)-NĐ-CP của Thủ Tướng Chính phủ về hướng dẫn chi tiết thi hành Luật đầu tư;

Nghị định (29/2021)/NĐ-CP Thủ Tướng Chính phủ về trình tự, thủ tục thẩm định dự án và giám sát, đánh giá đầu tư

Thông tư (03/2021)/TT-BKHĐT của Bộ kế hoạch & Đầu tư về mẫu văn bản, liên quan đến hoạt động đầu tư

Quyết định 590/QĐ-TTg (năm 2016) của Thủ Tướng Chính phủ về phê duyệt chủ trương chuyển đổi hình thức đầu tư từ Hợp đồng Hợp tác kinh doanh thành Công ty cổ phần Viễn thông di động Vietnamobile do Thủ tướng Chính phủ ban hành

Ngày nhận bài: 23/04/2021

Ngày chấp nhận đăng: 17/07/2021