

Bản đóng góp ý kiến cho Dự thảo Luật Khoáng sản 5

Tác giả

Jennifer Cook Clark, J.D., LL.M
Chuyên gia Tư vấn Pháp luật Khoáng sản, Diễn đàn Doanh nghiệp Việt Nam

Ngày 4 tháng 4 năm 2010

Đóng góp ý kiến cho Dự thảo Luật Khoáng sản 5

Trên quan điểm quốc tế, Dự thảo 5 Luật khoáng sản (gọi tắt là “DTLKS5” hay “dự luật”) đã cho thấy những chuyển biến tích cực so với Luật Khoáng sản 2005/1996 và chứng tỏ ban soạn thảo đã có quan tâm đáng kể đến những vấn đề được nêu ra trong thời gian soạn thảo cũng như đã tính đến những kinh nghiệm về tác động môi trường và xã hội của ngành khoáng sản ở Việt nam. Tuy nhiên, trên góc độ quốc tế, trong dự thảo luật vẫn tồn tại một số vấn đề cần quan tâm trong đó có những quy định gần như cấm hay cản trở nghiêm trọng đầu tư nước ngoài vào các dự án thăm dò và khai thác lớn, trừ trường hợp nhà đầu tư được miễn áp dụng các điều khoản này bằng thỏa thuận hay phương thức khác.

Thứ nhất, những sửa đổi tích cực trong Dự luật là:

- Thẩm quyền cấp phép hoạt động khoáng sản trên danh nghĩa được tập trung về Bộ Tài Nguyên Môi trường (BTNMT), là cơ quan chủ trì cấp phép hoạt động khoáng sản;
- Hoạt động khảo sát, thăm dò được gộp chung trong giấy phép thăm dò;
- “Quyền ưu tiên cấp phép khai thác” (quyền khai thác) đã được công nhận là một trong những quyền của người có giấy phép thăm dò;
- Đơn vị thăm dò có tham gia điều tra cơ bản địa chất được “ưu tiên” trong đấu giá khoáng sản.

Những tồn tại chính xét trên quan điểm thông lệ quốc tế trong DTLKS5 là:

- Vẫn tồn tại một số mâu thuẫn về thẩm quyền trong ngành khoáng sản khi Dự thảo quy định Bộ Công Thương soạn thảo chính sách, chiến lược, quy hoạch, sau đó trình phê duyệt còn BTNMT đảm nhiệm mọi vấn đề về cấp phép. Do tất cả các hoạt động khoáng sản theo Dự thảo phải được phê duyệt phù hợp với quy hoạch nên sẽ có khả năng xảy ra mâu thuẫn trong nội dung này.
- Về phân định trách nhiệm giữa các Bộ trung ương, và uỷ ban nhân dân tỉnh cũng còn một số mâu thuẫn thường trực. Nên bổ sung thêm vào các điều khoản liên quan đến các cấp địa phương một quy định rằng hoạt động của cấp địa phương phải phù hợp với chủ trương, chính sách, quy chế của các bộ ngành trung ương. Hơn nữa, cần có quy định rõ ràng hơn về cách thức giải quyết tranh chấp hay bất đồng giữa các bộ và cũng như giữa cấp trung ương và cấp địa phương. Nên bổ sung thêm quy định rằng một phần thẩm quyền của BTNMT là tổ chức tập huấn cho tuyến tỉnh và các cấp chính quyền có thẩm quyền quản lý khoáng sản khác.
- Các quy định giới hạn/hạn chế xuất khẩu nguyên liệu thô và quặng có nguy cơ vi phạm các nghĩa vụ WTO và chắc chắn sẽ không có tác dụng khuyến khích đầu tư nước ngoài;
- Lý do/trình tự quy định các khu vực địa lý có triển vọng là khu vực dự trữ khoáng sản còn chưa rõ ràng – xem thêm phần nhận xét ở dưới;
- Về bồi thường phí tổn thăm dò khoáng sản cho doanh nghiệp trong trường hợp không được cấp phép khai thác còn rất nhiều vấn đề, đặc biệt nếu áp dụng cơ chế đơn giá do bên thứ ba quy định; trong dự luật cũng không thấy quy định bồi hoàn cho doanh nghiệp

đủ mức lợi suất đầu tư vì doanh nghiệp không thực hiện thăm dò chỉ vì mục đích thăm dò – các chính phủ ở các nền kinh tế mở có thể làm như vậy nhưng những doanh nghiệp tư nhân phải kinh doanh có lãi để tồn tại thì không thể.

- Quy định phải “ché biến tối đa” trong chế biến quặng khoáng sản là không thực tiễn theo từ ngữ quốc tế và có thể không phù hợp với điều kiện của nhà đầu tư vì họ chỉ có thể đầu tư chế biến khi đạt được quy mô sản xuất khả thi về mặt kinh tế;
- Việc chuyển nhượng giấy phép có thể bị hạn chế và/hoặc bị Bộ Tài chính áp thuế một cách không thích đáng – Thông lệ quốc tế tốt nhất thường ấn định một mức thuế chuyển nhượng tối đa 10% giá trị giao dịch;
- Diện tích khu vực thăm dò và thời hạn tối đa là không thực tế xét về mức độ phát triển của ngành khoáng sản Việt nam; chẳng hạn, ở Lào, dự án Sepon (13 năm thăm dò; diện tích khu vực khai thác 1000 km²+) sẽ không thể thực hiện được nếu chiếu theo các quy định về thời hạn và diện tích trong DTLKS5; ở Papua New Guinea khi bắt đầu dự án Ok Tedi có khoảng 70% diện tích nước này được phép thăm dò. Nên cân nhắc lại quy định này – nếu không sẽ là một cản trở lớn đối với các dự án đầu tư khai thác khoáng sản lớn.
- Những vấn đề về tài chính vẫn là những cản trở nổi cộm và chưa tính đến việc những vấn đề này phải được đánh giá toàn diện trong ngành khoáng sản dựa trên phương pháp đánh giá Thuế suất thực tế (ETR);
- Các quy định về năng lực tài chính trong góp vốn xét trên phương diện quốc tế chưa thực tế đối với nhà đầu quốc tế; quy định này chỉ có thể phù hợp với các doanh nghiệp nhỏ trong nước hay trong khu vực có hoạt động khoáng sản;
- Dự luật được xây dựng trên quan điểm rằng luật pháp quản lý hành chính nói chung cũng áp dụng cho ngành khoáng sản; theo kinh nghiệm quốc tế tốt nhất, những nước thành công nhất là những nước có cơ chế cụ thể riêng cho ngành khoáng sản với những quy định toàn diện cho ngành vì ngành này có những đặc thù riêng, khác hẳn các ngành khác; Hơn nữa, nếu chỉ xét trên khía cạnh một công ty phải tuân thủ những quy định, văn bản pháp luật của nhiều cơ quan, ban ngành khác trong khi những quy định này có thể và trên thực tế sẽ thay đổi là một lý do nữa khiến luật khoáng sản phải quy định đầy đủ và toàn diện. Nếu không có một cơ quan chủ trì hiệu được các nguy cơ và quy luật kinh tế của ngành này thì các nhà đầu tư lớn sẽ nhận thấy những luật áp dụng chung này là quá thiếu thống nhất và không liên quan đến khai thác khoáng sản. Nội dung luật và việc luật định có thể thay đổi mà không cần xét đến hiệu quả kinh tế của dự án làm nảy sinh quá nhiều rủi ro và lo ngại về vòng đời của mỏ để các nhà đầu tư lớn quyết định mạo hiểm đầu tư.
- Các định nghĩa ở Điều 3: “Tài nguyên khoáng sản” là một thuật ngữ được quốc tế công nhận chung là có một phần ý nghĩa về thu hồi lợi ích kinh tế. Có một số cách phân loại cụ thể như JORC; Phân loại của LHQ và phân loại McKelvey của Mỹ. Tuy việc sử dụng thuật ngữ này là tùy thuộc vào thực tế từng nước nhưng ở thời điểm này cần cân nhắc cải cách đáng kể khu vực nhà nước trong việc thống nhất ngôn ngữ và cách phân loại với tập quán quốc tế vì lợi ích của chính các ngành khoa học, địa chất và khai khoáng trong nước nhờ tận dụng được thông tin quốc tế cũng như bảo đảm lợi ích của nhà đầu tư;

- Nhiều điều khoản về thăm dò và khai thác quy định giới hạn thời gian rất không linh hoạt; nếu bổ sung những từ “nếu không có lý do chính đáng” vào các điều khoản hết hạn giấy phép sẽ tạo cho nhà đầu tư nhiều sự linh hoạt hơn trong trường hợp gặp điều kiện thời tiết, cung ứng, chu kỳ giá cả hàng hoá khắc nghiệt và những vấn đề khác không được coi là bất khả kháng nhưng cũng có thể khiến dự án kéo dài quá thời hạn quy định trong điều khoản này. Như vậy, nhà nước vẫn có thể xử lý những doanh nghiệp chây ỳ không chịu triển khai dự án hay có mục đích đầu cơ.
- Nói chung còn có quá nhiều quy định về “phê duyệt”. Một doanh nghiệp tốt phải được phép hoạt động trong khuôn khổ thông lệ quốc tế phù hợp và chỉ cần thông báo cho nhà nước về hoạt động của mình, nhưng các quy định về phê duyệt sẽ cản vụn “quyền khai thác”, nhất là khi những quy trình xét duyệt này, như đã nêu trên, thuộc thẩm quyền của các bộ, ngành khác không am hiểu những đặc thù của ngành khoáng sản, cũng như có các quy định riêng có thể thay đổi vì những lý do không liên quan gì đến khoáng sản. Nếu như trong trường hợp này, các quy định về xét duyệt được áp dụng nhằm kiểm soát các công ty nhỏ không chứng minh được đầy đủ bằng chứng về năng lực kỹ thuật để triển khai hoạt động, thì biện pháp quản lý các doanh nghiệp này phải là cấp hay từ chối cấp phép thăm dò và tiếp đến là giám sát tình hình tuân thủ kế hoạch hoạt động dựa trên vòng đời thăm dò và khai thác.
- “Phê duyệt” kết quả thăm dò khoáng sản: tuy điều khoản này được đưa vào với mục đích bảo đảm để các doanh nghiệp thực sự tiến hành thăm dò và xử lý kết quả thăm dò phù hợp, nhưng từ ngữ sử dụng trong điều khoản sẽ là một cản trở đối với đầu tư vì các doanh nghiệp sẽ hành động dựa trên yếu tố kinh tế của dự án và của doanh nghiệp. Sự can thiệp bằng các quyết định của nhà nước dù là về mặt kỹ thuật hay kinh tế đều sẽ gây ra rất nhiều vấn đề. Xem phần nhận xét về quản lý doanh nghiệp nhỏ ở trên.
- Đối với khu vực thăm dò hay khai thác: có cần thiết phải phân loại cụ thể những khu vực này trong quy hoạch không hay chỉ cần là những khu vực chưa có ai đăng ký, tương tự như thông lệ chung quốc tế? Một trong những khái niệm quan trọng nhất trong thăm dò trên quốc tế là quyền sử dụng đất đai để thăm dò – nếu đất bị thu hồi không chính đáng hay những khu vực có triển vọng nhất lại bị coi là khu vực dự trữ phục vụ nhu cầu khai thác sau này thì nhà đầu tư sẽ đi nơi khác;
- Một số từ ngữ đột nhiên “xuất hiện” trong các điều khoản, như “doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài” lần đầu được nhắc đến trong Điều 50(2) và “giấy chứng nhận đầu tư” ở Điều 54(1)(e), trước đó chưa được nhắc đến hay có định nghĩa.
- Một số từ ngữ còn có ý nghĩa quá rộng, chẳng hạn “cơ quan quản lý khoáng sản” ở Điều 56(1)(b).
- Về khai thác “tận thu” hay thứ cấp: cần làm rõ Điều 60 để liệt kê những hoạt động không cần giấy phép;
- Phần 3 trong Khai thác – “Đóng cửa mỏ”: tập quán quốc tế hợp lý là hoạt động đóng cửa mỏ phải là một phần trong kế hoạch ngay từ đầu giai đoạn xây dựng mỏ. Sẽ không có đủ điều kiện nguồn lực để thực hiện đóng cửa mỏ nếu lập kế hoạch đóng cửa mỏ không phải là quy định bắt buộc hay chỉ được bắt đầu vào cuối chu kỳ khai thác.
- Cần xác định chính xác nguồn vốn khôi phục, cải tạo môi trường, quản lý vốn này như thế nào, ai quản lý. Nếu không đây sẽ lại là một nghĩa vụ tài chính nữa mà nhà đầu tư

không thể tính toán được trước khi quyết định có tham gia hoạt động khoáng sản hay không.

- Điều 69 về chế biến khoáng sản còn có vấn đề vì một lần nữa lại cho phép nhà nước có thẩm quyền can thiệp bằng quyết định hành chính đối với một dự án trong khi doanh nghiệp muốn các yếu tố kinh tế của dự án quyết định quy mô chế biến phù hợp.
- Trong Điều 70, các doanh nghiệp khai thác được phép nhập khẩu thiết bị, vật tư v.v. Vậy doanh nghiệp thăm dò có được phép nhập khẩu tương tự hay không?
- Quy định về phí đền bù tài nguyên khoáng sản trong Điều 71 còn chưa rõ ràng. Thuế tài nguyên được định nghĩa và công nhận trên quốc tế là khoản phí đền bù đối với nhà nước từ hoạt động khai thác tài nguyên khoáng sản của quốc gia. Có lẽ các khái niệm “phí đền bù” và “thuế tài nguyên khoáng sản” trong điều khoản này là khác nhau, nếu không sẽ phải liệt kê “phí đền bù” tách riêng khỏi thuế tài nguyên. Vấn đề này sẽ làm nảy sinh những câu hỏi về tính pháp lý của những khoản được tính là thuế, thuế tài nguyên, “phí đền bù”, lệ phí v.v và mức độ am hiểu của chính phủ về ngành khoáng sản. Xem nhận xét về Điều 72 dưới đây.
- Các nhận xét chung về đấu giá, mời xem các nhận xét trước đây đối với các bản dự thảo trước;
- “Định giá tài nguyên khoáng sản chưa khai thác” ở Điều 72 – chính phủ các nước có ngành khoáng sản luôn tìm cách định giá tài nguyên khoáng sản của mình từ ít nhất hơn 100 năm nay. Kinh nghiệm tối ưu quốc tế đã hình thành và phát triển trong thời gian này đến trình độ mà chính phủ các nước có ngành khai khoáng thành công khẳng định rằng “phần ăn chia” lợi ích kinh tế thực tiễn và có lợi nhất của nhà nước là nguồn thu từ thuế và thuế tài nguyên. Việc định giá tài nguyên/trữ lượng là một công việc khoa học và kinh tế phức tạp, thường xuyên biến động theo cung cầu hàng hoá quốc tế và được phản ánh một phần trong biến động giá cả các mặt hàng. Định giá tài nguyên là một việc làm đặc biệt khó khăn và hầu hết chính phủ các nước có lịch sử khai khoáng lâu dài đều không làm việc này. Hơn nữa, các doanh nghiệp nước ngoài có trình độ sẽ xem việc nhà nước định giá trữ lượng tài nguyên là dấu hiệu cho thấy giới lãnh đạo của nhà nước đó không am hiểu về ngành khoáng sản. Tập quán quốc tế cho thấy ở đâu giới lãnh đạo không am hiểu về ngành khoáng sản thì ở đó có nhiều quyết định chủ quan hơn, gây ảnh hưởng xấu cho dự án và cản trở nghiêm trọng đầu tư.
- Điều 73: Quy định này chưa nêu rõ cơ chế pháp lý nào sẽ áp dụng cho hoạt động thăm dò và khai thác ở những khu vực đấu giá, vì về mặt tài chính các cơ chế này sẽ khác nhau. Lợi ích kinh tế sẽ được phân chia ra sao nếu một doanh nghiệp tham gia và thắng thầu? Liệu quy định này có áp dụng cho dầu khí hay không? Luật về đấu giá khai thác dầu khí ở quốc tế thường rất phức tạp vì những sản phẩm này được thăm dò, thu hồi và vận chuyển theo nhiều cách khác nhau với những công nghệ khác nhau đến mức chúng thường không được quy định chung trong cùng một văn bản.

Nếu quý vị có câu hỏi, thắc mắc nào về những vấn đề nêu trên, tôi luôn xin hân hạnh được cung cấp thêm thông tin, tài liệu.