

**Tham luận về một số vấn đề liên quan đến quyền của nhà đầu tư (NĐT),
doanh nghiệp dự án (DNDA) đối với công trình dự án và chế định hợp đồng
trong dự án Luật PPP (Dự thảo trình Quốc hội tháng 05/2020)**

PGS. TS. Dương Đăng Huệ

Nguyên Vụ trưởng Vụ pháp luật dân sự, Bộ Tư pháp

Trọng tài viên, Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam

Đến nay, dự thảo Luật PPP đã được chuẩn bị đưa ra xem xét, thông qua tại kỳ họp Quốc hội tháng 5/2020. Mặc dù đã được hoàn thiện hơn nhiều so với trước đây nhưng dự án luật này vẫn còn một số vấn đề rất quan trọng liên quan đến quyền và lợi ích của NĐT và DNDA nhưng lại chưa được giải quyết một cách thấu đáo, do đó, rất cần được tiếp tục nghiên cứu, giải quyết. Nhằm mục đích góp phần hoàn thiện hơn nữa dự thảo Luật, tôi xin tham luận về hai (02) vấn đề sau đây:

(i) Về bản chất pháp lý của Quyền tài sản của NĐT và Quyền tài sản của DNDA đối với công trình dự án; và

(ii) Về một số hạn chế cơ bản trong chế định về hợp đồng PPP.

I. Về bản chất pháp lý của quyền tài sản của NĐT và quyền tài sản của DNDA đối với công trình dự án

1.1 Tầm quan trọng của việc giải quyết vấn đề này

Một trong những đặc điểm rất cơ bản của hợp đồng dự án PPP là trong một bên của hợp đồng lại có sự tham gia của hai (02) chủ thể có tư cách pháp lý độc lập với nhau, đó là NĐT và DNDA. Sự hợp tác của hai (02) chủ thể này đã tạo ra một tài sản là công trình dự án. Như vậy, công trình dự án (tài sản) thì chỉ có một, trong khi đó, lại có hai (02) chủ thể có quyền và lợi ích liên quan đến tài sản này. Trong hoàn cảnh như vậy, đã phát sinh một vấn đề pháp lý rất quan trọng mà Luật PPP cần phải giải quyết là: mỗi chủ thể (NĐT, DNDA) có quyền gì đối với tài sản này; họ có quyền sở hữu chung hay sở hữu theo phần hay mỗi bên lại có một loại quyền tài sản riêng, độc lập nào khác đối với tài sản là công trình dự án và nếu có quyền riêng biệt này thì đó là quyền gì và bản chất của nó ra sao? Việc làm rõ được bản chất pháp lý của quyền tài sản mà từng chủ

thể có được trong mối quan hệ với cùng một loại tài sản (công trình dự án) là hết sức quan trọng, giúp nhà làm luật (Quốc hội) xây dựng được một chế độ pháp lý phù hợp, góp phần ghi nhận và bảo vệ một cách có hiệu quả quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể này. Ví dụ: trong pháp luật hiện hành về PPP có không ít quy định mà theo tôi là đã vi phạm quyền của NĐT, DNDA. Cụ thể, tại Quyết định số 07/2017/QĐ-TTg ngày 27/3/2017 của Thủ tướng Chính phủ về việc thu giá dịch vụ sử dụng đường bộ theo hình thức điện tử tự động không dừng ("**Quyết định 07**") đã có quy định rằng, NĐT phải bàn giao toàn bộ các trạm thu phí đang vận hành cho nhà cung cấp dịch vụ để thực hiện thu phí tự động không dừng, và hiện nay, trong dự thảo Quyết định sửa đổi, bổ sung Quyết định 07 nêu trên do Bộ GTVT soạn thảo và đang trình Thủ tướng Chính phủ ban hành cũng có một số quy định hạn chế quyền của NĐT, DNDA trong quá trình xây dựng, quản lý, vận hành, thu phí công trình dự án, trong khi đó lại giao cho nhà cung cấp dịch vụ thu phí quá nhiều quyền, lợi ích. Những quy định như vậy không phải tự nhiên mà có, mà nó xuất phát từ sự nhận thức chưa hoàn toàn đúng đắn về bản chất pháp lý của quyền của NĐT và quyền của DNDA đối với công trình dự án. Một khi Nhà nước thừa nhận NĐT có quyền sở hữu còn DNDA có quyền kinh doanh công trình với tư cách là những quyền tài sản độc lập và quan trọng của các chủ thể này thì chắc chắn sẽ không thể có những quy định như vừa nêu trên.

1.2 Bản chất pháp lý của quyền tài sản của NĐT đối với công trình dự án

a. Quan điểm trong pháp luật hiện hành

Vấn đề bản chất pháp lý của quyền tài sản mà NĐT có được đối với công trình dự án đã được đề cập đến trong pháp luật hiện hành mà cụ thể là trong Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/5/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư ("**Nghị định 63**"). Theo Nghị định này thì quyền của NĐT đối với công trình dự án được xác định là quyền sở hữu. Nhận định này của tôi không phải là tùy tiện mà được rút ra từ hai (02) căn cứ là (i) tên gọi của Điều 66 và (ii) cơ chế bảo vệ quyền này được ghi nhận trong Nghị định 63. Cụ thể là:

- Về tên gọi: Điều 66 Nghị định 63 có tên gọi là: "Bảo vệ quyền sở hữu"

Như vậy, Chính phủ đã cho rằng, quyền của NĐT đối với công trình dự án chính là quyền sở hữu mà không phải là một loại quyền gì khác.

- Về cơ chế bảo vệ quyền: Khoản 2 Điều 66 Nghị định 63 viết: “*Trường hợp Nhà nước trưng mua, trưng dụng tài sản vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai thì nhà đầu tư được thanh toán, bồi thường theo quy định của pháp luật về đầu tư, pháp luật về trưng mua, trưng dụng tài sản và các điều kiện thỏa thuận tại hợp đồng dự án*”.

Cơ chế bảo vệ này là cơ chế áp dụng cho chủ sở hữu tài sản nói chung và vì vậy, quy định này đã gián tiếp khẳng định quyền của NĐT đối với công trình dự án là quyền sở hữu.

b. Quan điểm của dự thảo Luật

Nghiên cứu dự thảo Luật cho thấy, khác với Nghị định 63 nêu trên, dự thảo Luật không có quy định nào ghi nhận quyền này. Điều đó có thể được hiểu là nhà làm luật đã theo đuổi một quan điểm khác, theo hướng không công nhận tư cách chủ sở hữu của NĐT đối với công trình dự án.

c. Quan điểm của cá nhân tôi về vấn đề này

Thứ nhất, pháp luật luôn thể hiện ý chí của Nhà nước. Việc Nhà nước công nhận hay bác bỏ một quyền dân sự nào đó (trong đó có quyền sở hữu, với tư cách là một loại quyền dân sự cơ bản của pháp nhân, cá nhân) là chuyện bình thường và đúng thẩm quyền. Tuy nhiên, cách hành xử đó của Nhà nước, nhất là hành xử theo hướng phủ định quyền thì lại không thể tùy tiện mà phải dựa trên các cơ sở khoa học và thực tiễn rõ ràng và đầy đủ. Vì vậy, trong trường hợp không thừa nhận quyền sở hữu tài sản của NĐT đối với công trình dự án thì nhà làm luật phải nêu rõ lý do. Rất tiếc là, trong tờ trình của Chính phủ cho Quốc hội về dự thảo Luật này đã không có bất kỳ lý giải nào về việc tại sao lại xóa bỏ tư cách chủ sở hữu của NĐT đối với công trình dự án do chính họ tạo ra, đặc biệt là trong bối cảnh quyền này đã được Nhà nước ta ghi nhận từ trước (Nghị định 63 nêu trên). Đối với NĐT, thì không có gì quan trọng bằng tư cách chủ sở hữu của mình đối với tài sản là công trình dự án (vì nếu mất tư cách này thì đồng nghĩa với việc NĐT sẽ bị tước bỏ đi rất nhiều quyền và lợi ích mà pháp luật, đặc biệt là Bộ luật Dân sự 2015 đã dành cho họ với tư cách là chủ sở hữu tài sản).

Vì vậy, việc không tiếp tục ghi nhận quyền sở hữu của NĐT đối với công trình dự án phải được coi là một thiếu sót rất lớn của dự thảo Luật này, do đó, cần phải được xem xét lại.

Thứ hai, tại sao phải tiếp tục ghi nhận quyền sở hữu của NĐT đối với công trình dự án.

Công trình dự án không phải tự nhiên mà có mà nó là kết quả hoạt động lâu dài, vất vả và tốn kém của nhiều chủ thể có liên quan, đặc biệt là của NĐT và DNDA và vì vậy, nó phải có chủ sở hữu mà không thể là vô chủ. Điều này đã được pháp luật Việt Nam ghi nhận. Cụ thể là, theo Khoản 4 Điều 8 Bộ luật Dân sự năm 2015 (Căn cứ xác lập quyền dân sự) thì một trong những căn cứ để xác lập quyền sở hữu cho một chủ thể (pháp nhân, cá nhân) nào đó chính là: “*kết quả lao động, sản xuất kinh doanh*”. Vì vậy, công trình dự án là thành quả hoạt động của NĐT mà NĐT lại không được công nhận là chủ sở hữu của tài sản này thì thật là vô lý, nếu không nói là đã vi phạm nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự Việt Nam về sở hữu, theo đó, ai tạo ra tài sản thì người đó là chủ sở hữu của tài sản đó.

Thứ ba, tại sao DNDA lại không được coi là đồng chủ sở hữu đối với công trình dự án?

Mặc dù có vai trò rất quan trọng trong việc xây dựng, quản lý, vận hành, bảo vệ, thu phí công trình dự án nhưng DNDA không được coi là đồng chủ sở hữu của công trình này. Điều đó là vì DNDA do NĐT thành lập ra với mục đích duy nhất là để ký kết hợp đồng dự án và thực hiện các công việc khác có liên quan đến việc xây dựng, quản lý, vận hành, bảo vệ, thu phí công trình dự án (theo định nghĩa nêu tại Khoản 7 Điều 4 của dự thảo Luật thì “*Doanh nghiệp dự án PPP là doanh nghiệp do nhà đầu tư thành lập có mục đích duy nhất là ký kết và thực hiện hợp đồng dự án PPP*”). Tóm lại, chủ sở hữu công trình dự án là NĐT mà không thể là ai khác, kể cả DNDA. Mặc dù không là đồng chủ sở hữu nhưng DNDA cũng có một loại quyền nhất định đối với công trình dự án, được gọi là Quyền kinh doanh công trình như Nghị định 63 và dự thảo Luật đã ghi nhận và sẽ được tôi phân tích làm rõ ở phần sau.

1. 3. Về bản chất pháp lý của quyền tài sản của DNDA đối với công trình dự án

Như đã phân tích ở trên, công trình dự án phải được coi là tài sản thuộc quyền sở hữu của NĐT. Tuy nhiên, trên thực tế, tài sản này lại do DNDA trực tiếp quản lý, vận hành, bảo vệ và thu phí. Tóm lại, chính DNDA mới là chủ thể có quan hệ thường xuyên và trực tiếp đối với tài sản này. Chính vì có vị trí, vai trò quan trọng như vậy nên Nghị định 63 và dự thảo Luật đã dành không ít điều khoản để xác định địa vị pháp lý của DNDA, trong đó có việc xác định quyền của doanh nghiệp này đối với công trình dự án. Cụ thể là, theo quy định tại Điều 65 và Điều 81 Dự thảo Luật thì DNDA có một quyền tài sản rất quan trọng và nó được định danh là Quyền kinh doanh công trình dự án. Đó là một thành công lớn của dự thảo Luật. Tuy nhiên, sau khi nghiên cứu các quy định trong dự thảo Luật có liên quan đến Quyền kinh doanh công trình dự án, tôi thấy cần phải tiếp tục hoàn thiện nghiên cứu để làm rõ một số vấn đề cơ bản sau đây:

Thứ nhất, cần phải xác định Quyền kinh doanh công trình dự án không chỉ là một loại quyền tài sản thông thường mà là một loại vật quyền hạn chế, tồn tại song song và độc lập với quyền sở hữu công trình dự án của NĐT. Quyền này của DNDA cũng có bản chất tương tự như một số quyền tài sản khác đã được ghi nhận trong pháp luật Việt Nam hiện hành như: (i) Quyền sử dụng đất (được Hiến pháp ghi nhận tại Điều 54, theo đó “*Người sử dụng đất được chuyển quyền sử dụng đất, thực hiện các quyền và nghĩa vụ theo quy định của luật. Quyền sử dụng đất được pháp luật bảo hộ*”) và (ii) Quyền đối với bất động sản liền kề; (iii) Quyền hưởng dụng và (iv) Quyền bề mặt (đã được quy định tại Mục 1, Mục 2 và Mục 3 Chương XIV của Bộ luật Dân sự 2015).

Xin lấy một ví dụ về quyền sử dụng đất để minh họa cho tính tất yếu của việc phải thừa nhận tư cách vật quyền hạn chế của Quyền kinh doanh công trình dự án. Ở Việt Nam hiện nay, đất đai thuộc sở hữu toàn dân, do Nhà nước đại diện chủ sở hữu (Điều 53 Hiến pháp). Tuy nhiên, Nhà nước với tư cách là chủ thể của quyền lực công nên không có nhu cầu trực tiếp sử dụng đất như các chủ thể khác (doanh nghiệp, hợp tác xã, hộ gia đình...). Do đó, Nhà nước phải giao đất cho các chủ thể này sử dụng để làm ra của cải vật chất cho xã hội. Đồng thời với việc giao đất thì Nhà nước phải giao cho người có nhu cầu sử dụng đất một loại quyền nhất định vì nếu được giao đất mà không có quyền gì đối với đất thì người sử dụng đất cũng chẳng thể tăng gia sản xuất được. Quyền này ở Việt Nam gọi là Quyền sử dụng đất. Đó là lý do tại sao, ở Việt Nam, bên cạnh Quyền sở hữu toàn dân về đất đai lại có một loại quyền khác trên đất là “Quyền

sử dụng đất” với tư cách là một loại quyền tài sản (mà theo tôi, cần phải được coi là một loại vật quyền hạn chế). Quyền này có một số đặc điểm sau đây:

- Chủ thể là pháp nhân, cá nhân (người có nhu cầu sử dụng đất);
- Khách thể là từng thửa đất cụ thể;
- Nội dung là các quyền năng mà Nhà nước giao cho người sử dụng đất được hưởng (quyền này rộng hay hẹp, nhiều hay ít, thời gian tồn tại ngắn hay dài là do Nhà nước quyết định căn cứ vào mục đích sử dụng đất, loại đất, đối tượng được giao đất,...).

Như vậy, Quyền sử dụng đất là một loại quyền tài sản, tuy phái sinh (bắt nguồn) từ quyền sở hữu toàn dân về đất đai nhưng lại tồn tại một cách độc lập với quyền sở hữu. Với tư cách là một loại quyền tài sản, Quyền sử dụng đất đã được Luật Đất đai quy định cụ thể. Vì ở Việt Nam chưa áp dụng lý thuyết vật quyền nên Quyền sử dụng đất chưa được công nhận là một loại vật quyền hạn chế mà chỉ được coi là một loại quyền tài sản thông thường (mặc dù trong Nghị quyết của Đảng cũng đã khẳng định đất đai là tài sản đặc biệt và Quyền sử dụng đất tuy không phải là quyền sở hữu nhưng rất cần được Nhà nước và pháp luật quan tâm bảo vệ). Việc chưa thừa nhận Quyền sử dụng đất là một loại vật quyền hạn chế, theo tôi không chỉ là hạn chế của pháp luật đất đai hiện hành mà còn là một nguyên nhân rất cơ bản làm ảnh hưởng xấu đến quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất vì chỉ khi nào Quyền sử dụng đất được coi là một loại vật quyền hạn chế thì cơ chế và biện pháp bảo vệ quyền này mới thực sự được Nhà nước quan tâm hơn.

Tóm lại, quan hệ giữa Quyền sở hữu toàn dân về đất đai với Quyền sử dụng đất cũng giống như quan hệ giữa Quyền sở hữu của NĐT với Quyền kinh doanh công trình của DNDA.

1.4 Kiến nghị

a. Để hoàn thiện các quy định pháp luật liên quan đến Quyền kinh doanh công trình dự án, tôi đề nghị dự thảo Luật phải tiếp tục được hoàn thiện để ghi nhận một cách chính thức các vấn đề sau đây:

- NĐT có quyền sở hữu còn DNDA thì có quyền kinh doanh công trình dự án.
- Quyền kinh doanh công trình dự án là một loại vật quyền hạn chế chứ không đơn thuần là một quyền tài sản thông thường. Nếu vì lý do khoa học pháp lý Việt Nam chưa phát triển và trên thực tiễn lập pháp ở Việt Nam chưa sử dụng thuật ngữ vật quyền

thì Quốc hội nên giải quyết vấn đề này giống như cách mà Quốc hội đã từng xử lý với các quyền tài sản trong Bộ luật Dân sự 2015. Trong quá trình xem xét, thông qua Bộ luật Dân sự 2015, mặc dù Chính phủ đã đề nghị sử dụng tên chương XIV là “Quyền sở hữu và các vật quyền khác” nhưng Quốc hội đã từ chối sử dụng thuật ngữ “vật quyền” mà đã quyết định thay nó bằng một thuật ngữ khác là “quyền khác đối với tài sản”. Tuy nhiên, điều đáng mừng là mặc dù không gọi quyền đối với bất động sản liền kề (quyền địa dịch), quyền hưởng dụng, quyền bề mặt là các loại vật quyền hạn chế nhưng quy chế pháp lý của ba quyền tài sản này đã được Quốc hội xây dựng theo hướng đó là các loại vật quyền hạn chế. Vì vậy, theo tôi, vẫn có thể coi Quyền kinh doanh công trình dự án như một loại quyền tài sản nhưng phải thiết kế các quy định về Quyền kinh doanh công trình dự án trên quan điểm lý thuyết vật quyền, tương tự như Quốc hội đã từng xử lý đối với các quyền tài sản trong Bộ luật Dân sự 2015.

- Đối tượng của quyền: Luật phải xác định công trình dự án, với tư cách là khách thể của quyền kinh doanh công trình bao gồm những hạng mục gì.

- Nội dung của Quyền kinh doanh công trình bao gồm những quyền năng gì. Theo tôi, Quyền kinh doanh công trình là một tập hợp bốn quyền năng đó là: quyền quản lý, vận hành, bảo vệ và thu phí.

- Quan hệ giữa Quyền kinh doanh công trình của DNDA với Quyền sở hữu của NĐT (Quyền sở hữu là quyền độc lập còn Quyền kinh doanh công trình dự án là quyền phụ thuộc; Quyền sở hữu là quyền có trước còn Quyền kinh doanh công trình dự án là quyền phái sinh, Quyền sở hữu là quyền đầy đủ còn Quyền kinh doanh công trình dự án là quyền hạn chế,...).

- Căn cứ phát sinh quyền kinh doanh công trình (khi nào thì quyền này được coi là đã phát sinh).

- Cơ chế bảo vệ quyền là như thế nào.

Các nội dung nêu trên không nhất thiết phải được quy định gộp vào trong một chương, một mục nào của dự thảo Luật mà có thể được quy định rải rác trong Luật. Điều quan trọng là, các vấn đề đó cần phải được giải quyết một cách đúng đắn, đồng bộ, đủ để giải quyết các vấn đề phát sinh liên quan đến quyền kinh doanh công trình với tư cách là một quyền tài sản độc lập (vật quyền hạn chế), tồn tại độc lập với quyền sở hữu của NĐT.

b. Trên cơ sở phân tích ở các mục 1.2, 1.3 và 1.4 nêu trên, tôi kiến nghị sửa Điều 65 như sau:

“Điều 65. Quyền, nghĩa vụ của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP trong quản lý, kinh doanh công trình dự án

1. Công trình dự án, hệ thống cơ sở hạ tầng do nhà đầu tư xây dựng là tài sản thuộc quyền sở hữu của nhà đầu tư, do doanh nghiệp dự án PPP quản lý, kinh doanh theo quy định của pháp luật và hợp đồng PPP (phần này tôi kiến nghị bổ sung để ghi nhận ý tưởng về việc nhà đầu tư là chủ thể có quyền sở hữu, còn doanh nghiệp dự án là chủ thể có quyền kinh doanh công trình dự án).

2. Trong quá trình quản lý, kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng, doanh nghiệp dự án PPP có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

a. Quyền (phần này tôi kiến nghị bổ sung để khắc phục hạn chế của Điều 65 Dự thảo là chỉ quy định nghĩa vụ mà không quy định về quyền cho doanh nghiệp dự án):

- Thu phí sử dụng công trình hoặc các lợi ích vật chất khác theo quy định pháp luật và hợp đồng dự án;

- Tổ chức bộ máy và phương tiện thích hợp để bảo đảm việc thu phí được thực hiện một cách nhanh chóng, thuận lợi, chính xác;

- Được áp dụng các biện pháp thích hợp để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Trong trường hợp các biện pháp này không phát huy hiệu quả thì có quyền yêu cầu các cơ quan công an nơi có công trình dự án áp dụng các biện pháp cần thiết để ngăn chặn các hành vi phá hoại công trình hoặc cản trở việc thực hiện quyền kinh doanh công trình một cách bình thường của doanh nghiệp dự án.

b. Nghĩa vụ (phần này giữ nguyên như trong Điều 65 của Dự thảo Luật):

- Cung cấp sản phẩm, dịch vụ công và thực hiện các nghĩa vụ khác theo yêu cầu, điều kiện thỏa thuận tại hợp đồng.

- Bảo đảm việc sử dụng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng theo các điều kiện quy định trong hợp đồng.

- Đối xử bình đẳng với tất cả các đối tượng sử dụng các sản phẩm, dịch vụ công do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp; không được sử dụng quyền kinh doanh công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng để khước từ cung cấp dịch vụ cho các đối tượng sử dụng.

- Tiếp nhận, xử lý kịp thời góp ý của các đối tượng sử dụng về chất lượng sản phẩm, dịch vụ công do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp.

- Sửa chữa, bảo dưỡng định kỳ, bảo đảm công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng vận hành an toàn theo đúng thiết kế hoặc quy trình đã cam kết tại hợp đồng.

II. Về một số vấn đề liên quan đến chế định hợp đồng PPP

2.1. Về những điểm thành công

a. Dự thảo Luật đã xác định đúng mối quan hệ giữa Bộ luật Dân sự với dự án Luật PPP trong lĩnh vực hợp đồng.

Hợp đồng dự án PPP có vị trí rất quan trọng trong dự án Luật PPP nên đã được dành riêng một chương (chương IV) với hơn mười (10) điều luật (từ điều 45-điều 57). Tôi cho rằng, để có sự đánh giá một cách khách quan về thành công cũng như hạn chế của chương này thì phải xuất phát từ sự nhận thức đúng về mối quan hệ giữa Luật này và các văn bản pháp luật khác có liên quan, đặc biệt là với Bộ luật Dân sự năm 2015. Trên thế giới cũng như ở Việt Nam ta, các quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự luôn được coi là các quy định gốc, cơ bản, nền tảng, còn các quy định về hợp đồng trong các lĩnh vực khác (hợp đồng tín dụng, hợp đồng thương mại, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng kinh doanh bất động sản...) là các quy định mang tính chất chi tiết, cụ thể, do đó còn được gọi là các quy định mang tính chất chuyên ngành. Hoạt động PPP là một lĩnh vực hoạt động kinh doanh đặc thù, rất khác so với các lĩnh vực hoạt động kinh doanh khác nên cũng cần phải có các quy định riêng, đặc thù cho việc ký kết và thực hiện các quan hệ hợp đồng phát sinh trong lĩnh vực này. Chính vì vậy, trong dự thảo Luật PPP phải có chương IV về hợp đồng.

Quan hệ giữa các quy định pháp luật trong Bộ luật Dân sự 2015 với Luật PPP là quan hệ giữa cái chung và cái riêng, cái phổ biến và cái đặc thù. Nói cách khác, các quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực PPP, xét về bản chất, cũng là quan hệ dân sự, do đó, sẽ được áp dụng các quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự để điều chỉnh. Tuy nhiên, do quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực PPP có những đặc thù nhất định, do đó, trong

Luật PPP phải có những quy định riêng để ghi nhận (thể hiện) những vấn đề có tính chất đặc thù, riêng biệt này. Vì vậy, việc Luật PPP dành một chương về hợp đồng là hoàn toàn cần thiết. Các quy định pháp luật trong chương này không nên nhắc lại nội dung của các quy định có tính chất chung, phổ biến, áp dụng chung cho mọi loại hợp đồng đã có trong Bộ luật Dân sự mà phải là những quy định mới, thể hiện được các đặc thù trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng trong lĩnh vực PPP. Sau khi nghiên cứu chương này, tôi cho rằng, Ban soạn thảo đã quán triệt được yêu cầu này (mối quan hệ giữa Bộ luật Dân sự và Luật PPP) nên đã không quy định tất cả các vấn đề chung về hợp đồng mà chỉ dành mười một (11) điều để quy định về các đặc thù liên quan đến hợp đồng trong lĩnh vực PPP. Đây là một cách làm đúng đắn, hợp lý, có cơ sở khoa học và thực tiễn không những ở nước ta mà còn ở nhiều nước khác trên thế giới.

b. Hợp đồng được ký kết trong lĩnh vực PPP là rất đa dạng. Điều 53 Dự thảo Luật với việc liệt kê sáu (06) loại hợp đồng đã nói lên điều đó. Ngoài sự đa dạng về chủng loại hợp đồng (BOT, BTO, BOO, O&M, BTL...), mỗi loại hợp đồng lại có các đặc thù riêng. Vì vậy, việc dự thảo Luật dành mười một (11) điều cho vấn đề này quả là không thể đầy đủ (muối bỏ biển). Ở các Hội thảo trước, sự bất tương thích giữa tính đa dạng và phức tạp của vấn đề hợp đồng PPP với tính ít ỏi, nghèo nàn của các quy định trong dự thảo Luật đã được đưa ra bàn luận và tôi rất vui mừng vì cơ quan soạn thảo đã nhận thức ra vấn đề này và đã đưa ra phương án để khắc phục. Cụ thể là, dự thảo Luật đã bổ sung một (01) khoản mới mà trước đây chưa hề có là Khoản 2 Điều 48 với nội dung: *“Chính phủ quy định việc ban hành hợp đồng mẫu đối với các nhóm hợp đồng quy định tại Điều 46 của Luật này”* để xử lý một cách khôn ngoan hạn chế này.

Tôi tán thành với giải pháp này vì trong Luật không thể quy định một cách đầy đủ và chi tiết tất cả các hợp đồng trong lĩnh vực PPP, vì vậy, Luật này chỉ quy định về những vấn đề cơ bản nhất, liên quan đến mọi hợp đồng trong lĩnh vực PPP; còn các vấn đề cụ thể, đặc trưng cho từng hợp đồng thì sẽ giao cho Chính phủ và các cơ quan hành pháp có liên quan ban hành văn bản pháp luật để xử lý, trong đó, có việc ban hành hợp đồng mẫu. Tuy nhiên, tôi đề nghị để Luật này được thi hành ngay sau khi có hiệu lực thì Chính phủ phải chuẩn bị sẵn sàng các văn bản hướng dẫn về vấn đề này (có thể là Nghị định hướng dẫn việc ký kết và thực hiện các hợp đồng trong lĩnh vực PPP) để tất cả các văn bản pháp luật có liên quan (Luật và các Nghị định hướng dẫn thi hành) đều

có hiệu lực tại một thời điểm nhất định. Kinh nghiệm lập pháp ở nước ta trong thời gian qua cho thấy, Luật được ban hành mà chưa có Nghị định hướng dẫn thì Luật cũng không phát huy được hiệu lực, hiệu quả trong cuộc sống. Pháp luật chỉ phát huy được hiệu lực khi nó đảm bảo được tính đồng bộ, tính hệ thống và do đó, tình trạng cái có, cái không, cái được ban hành sớm, cái được ban hành muộn sẽ vô hiệu hóa tác dụng của Luật cho dù nó được Quốc hội - cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước ta ban hành. Vì vậy, vì lợi ích của nhà đầu tư PPP – đối tượng chịu sự tác động trực tiếp và quan trọng nhất của Luật này, tôi đề nghị các Nghị định hướng dẫn thi hành Luật phải được soạn thảo và gửi trình Quốc hội cùng với dự án Luật.

2.2. Về một vài hạn chế của chương này

Qua nhiều lần sửa đổi, bổ sung, dự án Luật nói chung và chương IV về hợp đồng PPP nói riêng đã có nhiều tiến bộ. Một trong số những tiến bộ đáng kể đó là cơ quan soạn thảo đã khắc phục được tình trạng bất bình đẳng giữa nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án với đối tác bên kia của hợp đồng là cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Tuy nhiên, dự thảo này vẫn còn một số hạn chế cần phải nghiên cứu kỹ để chỉnh sửa, cụ thể như sau:

a. Hạn chế thứ nhất, **Dự thảo Luật chưa quy định rõ quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của NĐT và DNDA trong từng quan hệ với bên ngoài, do đó, có thể dẫn đến hậu quả pháp lý không đáng có là không xác định được một cách rõ ràng quyền lợi, nghĩa vụ và trách nhiệm giữa hai (02) chủ thể này khi có tranh chấp xảy ra với cơ quan ký kết hợp đồng và các chủ thể khác có liên quan.**

- Tác hại của hạn chế này:

Như trên đã trình bày, một trong những đặc thù rất cơ bản của hợp đồng dự án PPP là trong khi bên kia của hợp đồng chỉ có một chủ thể duy nhất (thông thường là cơ quan nhà nước có thẩm quyền) thì bên này lại có hai chủ thể độc lập với nhau là NĐT và DNDA. Vì vậy, một vấn đề tất yếu được đặt ra là khi tham gia vào các quan hệ với bên ngoài (bên thứ ba ví dụ như với ngân hàng thương mại để vay vốn) thì nhà làm luật phải quy định làm sao để xác định rõ khi nào thì quyền và nghĩa vụ phát sinh từ các quan hệ với bên thứ ba đó được áp dụng (có hiệu lực) cho cả hai chủ thể và khi nào thì chỉ áp dụng cho một chủ thể mà thôi. Nếu dự thảo Luật không giải quyết được vấn đề này thì sẽ phát sinh hai hệ quả xấu đó là:

+ Khi có lợi ích cũng như nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ hợp đồng với bên ngoài (bên thứ 3) thì NĐT, DNDA sẽ không biết căn cứ vào đâu để phân chia cho hợp lý; và

+ Các đối tác cũng không biết liên hệ với ai trong số DNDA, NĐT để giải quyết các vấn đề phát sinh và như vậy sẽ ảnh hưởng xấu đến việc thực hiện các công việc liên quan đến công trình dự án.

- Hạn chế nêu trên được thể hiện như thế nào trong dự thảo:

Xin lấy một vài ví dụ cụ thể để chứng minh về sự không rõ ràng trong các quy định của dự thảo Luật về mối quan hệ về quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm giữa NĐT và DNDA trong quan hệ với bên ngoài.

Ví dụ 1: Ví dụ này thể hiện sự không rõ ràng trong quy định về cơ chế chịu trách nhiệm pháp lý giữa NĐT và DNDA do có hành vi vi phạm hợp đồng dự án.

Cụ thể là Khoản 1 Điều 50 (Ký kết hợp đồng dự án PPP) viết: “1. Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP hợp thành một bên và cùng ký vào hợp đồng với cơ quan ký kết hợp đồng. Nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án PPP cùng chịu trách nhiệm về quyền và nghĩa vụ được cam kết trong hợp đồng”.

Khác với các loại hợp đồng khác, hợp đồng dự án PPP có đặc thù rất riêng là có hai (02) loại chủ thể độc lập (nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án) cùng đứng về một phía (là một bên) của hợp đồng PPP. Theo Khoản 1 Điều 50 nêu trên thì nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án cùng chịu trách nhiệm về quyền và nghĩa vụ cam kết trong hợp đồng. Điều đó có nghĩa là, khi phát sinh một trách nhiệm (nghĩa vụ) pháp lý nào đó với đối tác thì hai (02) chủ thể này cùng chịu; khi có quyền lợi thì hai (02) chủ thể này cùng hưởng. Tuy nhiên, cơ chế chịu trách nhiệm và cơ chế hưởng quyền này là như thế nào thì Khoản 1 Điều 50 lại không làm rõ. Vì vậy, theo tôi, đây là một hạn chế rất lớn của dự thảo, cần phải được khắc phục. Tôi đề nghị làm rõ các trách nhiệm mà nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án “phải cùng chịu” là loại trách nhiệm gì? là trách nhiệm liên đới hay trách nhiệm theo phần hay là một thứ trách nhiệm gì khác. Tóm lại, đây là vấn đề rất quan trọng liên quan đến phân định trách nhiệm pháp lý (chủ yếu là trách nhiệm tài sản) giữa nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án khi các chủ thể này có hành vi vi phạm hợp đồng, do đó, không thể quy định một cách chung chung (cùng chịu trách nhiệm) như Dự thảo đã quy định được.

Ngoài ra, về mặt khoa học pháp lý cũng như về thực tiễn lập pháp thì không có khái niệm “cùng chịu trách nhiệm về quyền”. Quyền là cái mà chủ thể hưởng, do đó không thể có khái niệm “cùng chịu trách nhiệm về quyền” như Dự thảo đang quy định mà chỉ có khái niệm “cùng chịu trách nhiệm về nghĩa vụ”. Vì vậy, tôi xin kiến nghị sửa lại quy định như sau: “Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án cùng chịu trách nhiệm, cùng hưởng quyền, cùng gánh vác nghĩa vụ được cam kết trong hợp đồng”.

Ví dụ 2: Ví dụ này thể hiện sự không rõ ràng trong quy định về thành phần chủ thể phải chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng dự án. Cụ thể là:

+ Điều 54.1 viết: “trường hợp nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án vi phạm nghiêm trọng việc thực hiện các nghĩa vụ quy định tại hợp đồng dự án PPP và không thể khắc phục vi phạm trong một thời gian nhất định theo quy định tại hợp đồng dẫn tới phải chấm dứt hợp đồng theo quy định Điều 53 của Luật này, cơ quan ký kết hợp đồng tiếp quản dự án PPP nhằm đảm bảo tính liên tục của việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công...”.

Điều 55.1 viết: “trường hợp nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án vi phạm quy định hợp đồng tín dụng dẫn tới việc chấm dứt hợp đồng, nhằm bảo đảm tính liên tục trong việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công, bên cho vay thực hiện việc tiếp quản dự án như sau...”.

Như vậy, trong cả hai trường hợp nêu trên buộc phải có tình tiết (sự việc) là cả hai chủ thể (NĐT, DNDA) cùng vi phạm hợp đồng hay chỉ cần một trong số họ vi phạm là đủ để phía bên kia có quyền áp dụng biện pháp chế tài tương ứng đã được luật định (quyền tiếp quản dự án). Nếu chỉ cần một chủ thể vi phạm là đủ để áp dụng chế tài thì phải có cách thể hiện khác (ví dụ, phải viết là: NĐT hoặc DNDA mà không thể diễn đạt như trong dự thảo là NĐT, DNDA).

Kiến nghị: Vì vậy, tôi đề nghị phải rà soát lại dự thảo để thể hiện cho rõ: khi nào thì cả hai chủ thể (NĐT và DNDA) phải cùng nhau vi phạm hợp đồng còn khi nào thì chỉ cần một trong số họ vi phạm là đã đủ làm phát sinh hậu quả pháp lý. Việc xác định đúng thành phần chủ thể vi phạm hợp đồng là rất quan trọng vì nó liên quan đến việc quy trách nhiệm cho các chủ thể có liên quan: khi nào thì cả hai cùng vi phạm hợp đồng do đó phải cùng chịu trách nhiệm và khi nào thì chỉ có một bên vi phạm và do đó, chỉ có bên đó chịu hậu quả pháp lý mà thôi.

b. Hạn chế thứ hai: **một số quy định không đảm bảo tính thống nhất (còn mâu thuẫn) giữa các điều trong dự thảo Luật.**

Ví dụ thứ nhất: Sự mâu thuẫn trong nội dung Điều 49 và Điều 51

Điều 49 viết: “**Điều 49. Bảo đảm thực hiện hợp đồng dự án PPP**

1. *Bảo đảm thực hiện hợp đồng là việc nhà đầu tư được lựa chọn thực hiện một trong các biện pháp đặt cọc, ký quỹ hoặc nộp thư bảo lãnh của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức bảo hiểm hoạt động hợp pháp theo pháp luật Việt Nam để bảo đảm trách nhiệm thực hiện hợp đồng của nhà đầu tư.*

2. *Nhà đầu tư được lựa chọn phải thực hiện biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng trước thời điểm hợp đồng có hiệu lực.*

3. *Căn cứ quy mô, tính chất của dự án, giá trị bảo đảm thực hiện hợp đồng được quy định trong hồ sơ mời thầu theo mức xác định từ 1% đến 3% tổng mức đầu tư của dự án.*

4. *Thời gian có hiệu lực của bảo đảm thực hiện hợp đồng tính từ ngày hợp đồng có hiệu lực cho đến ngày các bên hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc ngày chuyển sang thực hiện nghĩa vụ bảo hành, bảo trì đối với dự án áp dụng loại hợp đồng BT. Trường hợp cần kéo dài thời hạn thực hiện hợp đồng, phải yêu cầu nhà đầu tư gia hạn tương ứng thời gian có hiệu lực của bảo đảm thực hiện hợp đồng.*

5. *Nhà đầu tư không được hoàn trả bảo đảm thực hiện hợp đồng trong trường hợp sau đây:*

a) *Từ chối thực hiện hợp đồng khi hợp đồng đã có hiệu lực;*

b) *Vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng dẫn đến việc phải chấm dứt hợp đồng trước thời hạn theo quy định tại điểm d khoản 2 Điều 54 của Luật này;*

c) *Yêu cầu cơ quan ký kết hợp đồng kéo dài thời hạn thực hiện hợp đồng nhưng từ chối gia hạn hiệu lực của bảo đảm thực hiện hợp đồng”.*

Như vậy, theo Điều 49 này thì chỉ có nhà đầu tư được lựa chọn là chủ thể duy nhất có trách nhiệm thực hiện biện pháp bảo đảm hợp đồng. Trong khi đó, Khoản 3 Điều 51 lại quy định: “3. Sau khi ký kết hợp đồng, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP

phải thực hiện biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng theo quy định tại Điều 49 của Luật này”. Như vậy, theo quy định này thì chủ thể có nghĩa vụ thực hiện biện pháp bảo đảm hợp đồng không chỉ có một mình nhà đầu tư mà còn có cả doanh nghiệp dự án. Rõ ràng, ở đây đã có sự không thống nhất trong quy định của hai (02) điều luật và nếu quy định này được ban hành thì không biết doanh nghiệp dự án sẽ phải tuân thủ quy định tại điều nào của Luật: Điều 49 (theo đó, doanh nghiệp dự án không chịu trách nhiệm thực hiện biện pháp bảo đảm hợp đồng) hay Khoản 3 Điều 51 (doanh nghiệp dự án phải chịu trách nhiệm này cùng với nhà đầu tư).

Ví dụ thứ hai: Về sự mâu thuẫn giữa Điều 80 và Điều 81

Điều 80 viết: “Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP được hưởng các ưu đãi về thuế, tiền sử dụng đất, tiền thuê đất và các ưu đãi khác theo quy định của pháp luật về thuế, đất đai, đầu tư và pháp luật có liên quan khác”;

Điều 81.1.a lại viết: “Doanh nghiệp dự án PPP được Nhà nước giao đất, cho thuê đất hoặc cho phép sử dụng tài sản công khác để thực hiện hợp đồng PPP”.

Nội dung hai điều luật nêu trên là mâu thuẫn với nhau ở chỗ theo Điều 80 thì cả hai chủ thể đều được hưởng các ưu đãi, trong đó có ưu đãi về tiền thuê đất. Trong khi đó, theo Điều 81.1.a thì chỉ có một mình DNDA được giao đất, cho thuê đất mà thôi. Như vậy, NĐT không được giao đất, cho thuê đất (theo Điều 81.1.a) nêu trên mà lại được quyền hưởng ưu đãi về tiền sử dụng đất, tiền thuê đất là điều vô lý.

c. Hạn chế thứ ba, **một số hạn chế liên quan đến quy định về việc sửa đổi hợp đồng (Điều 52)**

Điều 52 có tên là: “*Sửa đổi, bổ sung hợp đồng dự án PPP*” có một số hạn chế sau đây:

Thứ nhất, cần làm rõ vấn đề về việc khi nào thì Hợp đồng được sửa đổi.

Bộ luật Dân sự 2015 với tư cách là luật chung, luật gốc đã có Điều 421 để quy định về cách trường hợp sửa đổi hợp đồng. Với tư cách là một luật chuyên ngành, dự án Luật PPP đã dành một điều để ghi nhận các trường hợp đặc thù của việc sửa đổi hợp đồng trong lĩnh vực PPP. Cụ thể là, theo Điểm a Khoản 1 Điều 52 thì hợp đồng PPP có thể được sửa đổi khi “dự án bị ảnh hưởng ... có sự thay đổi về quy hoạch, chính sách

pháp luật có liên quan gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến phương án kỹ thuật, tài chính của dự án, giá, phí sản phẩm, dịch vụ do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp”. Quy định này có nghĩa là không phải hề có sự thay đổi bất kỳ nào trong quy hoạch, chính sách pháp luật có liên quan đều là căn cứ để các bên yêu cầu sửa đổi hợp đồng mà việc chỉ được thực hiện khi các sự thay đổi đó “gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến phương án kỹ thuật, tài chính của dự án...”. Chính vì vậy, để quy định này được thực thi trong cuộc sống một cách bình thường mà không bị cản trở bởi sự tranh cãi giữa các bên thì phải làm rõ thế nào là “gây ảnh hưởng nghiêm trọng”. Vì vậy, tôi kiến nghị dự thảo Luật phải có quy định để làm rõ về khái niệm này cũng như trong Bộ luật Dân sự năm 2015 đã làm liên quan đến khái niệm “hoàn cảnh thay đổi cơ bản” với tư cách là một trong các trường hợp mà các bên được sửa đổi hợp đồng. Cụ thể, Điểm c Khoản 1 Điều 420 Bộ luật Dân sự đã quy định hoàn cảnh thay đổi cơ bản là “*Hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác*”. Cũng tương tự như vậy, Luật Thương mại năm 2005 tại Khoản 13 Điều 3 (Giải thích từ ngữ) đã định nghĩa khái niệm vi phạm cơ bản là: “*Vi phạm cơ bản là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng*”.

Thứ hai, một số quy định vi phạm nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể.

Ví dụ, Điểm d Khoản 1 Điều 52 quy định về một trong các trường hợp sửa đổi hợp đồng là: “*Trường hợp khác thuộc thẩm quyền của cơ quan ký kết hợp đồng mà không làm thay đổi chủ trương đầu tư, mang lại hiệu quả cao hơn về tài chính, kinh tế - xã hội cho dự án*”.

Như vậy, theo quy định này thì chỉ có cơ quan ký kết hợp đồng mới có quyền sửa đổi hợp đồng với điều kiện sự sửa đổi đó “không làm thay đổi chủ trương đầu tư, mang lại hiệu quả cao hơn về tài chính, kinh tế - xã hội cho dự án”. Vấn đề đặt ra là tại sao chỉ có cơ quan ký kết hợp đồng mới có quyền này mà phía bên kia của hợp đồng (nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án) thì lại không? Tôi cho rằng, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án cũng cần phải được Luật ghi nhận cho quyền này vì nếu có sáng kiến, biện pháp giúp nâng cao hơn hiệu quả về tài chính, kinh tế - xã hội của dự án thì tại sao họ lại không được quyền nêu ra với bên kia để sửa đổi hợp đồng? Một việc làm “vừa ích nước

vừa lợi nhà” như vậy, tại sao Luật này lại không cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án thực hiện. Vì vậy, tôi kiến nghị sửa lại Điểm d Khoản 1 Điều 52 như sau:

“Trường hợp khác với điều kiện thuộc thẩm quyền của cơ quan ký kết hợp đồng mà không làm thay đổi chủ trương đầu tư, mang lại hiệu quả cao hơn về tài chính, kinh tế - xã hội cho dự án”.

Như vậy, theo quy định mới này thì bất cứ bên nào trong hợp đồng cũng đều có quyền đề nghị sửa đổi hợp đồng nếu đề nghị của họ có lợi cho Nhà nước, xã hội.

Thứ ba, thừa chữ “bổ sung”.

Tôi cho rằng chữ này thừa vì ba (03) lý do sau đây:

Một là, bổ sung là một hình thức của sửa đổi, do đó, nói sửa đổi hợp đồng là đã bao gồm cả bổ sung;

Hai là, Bộ luật Dân sự 2015 của nước ta (Bộ luật gốc quy định về hợp đồng), tại Điều 421 có tên gọi là: “Sửa đổi, chấm dứt hợp đồng” mà không có từ bổ sung;

Ba là, ở các nước, trong đó có Cộng hòa Liên bang Nga, trong Bộ luật Dân sự hiện hành (ban hành năm 1993 và được nhiều lần sửa đổi), tên của chương 29 là: “Sửa đổi, chấm dứt hợp đồng” chứ không chữ “bổ sung”.

Tóm lại, Điều 52 nên có tên gọi là “Sửa đổi hợp đồng dự án PPP”.

Hà Nội, ngày 30/4/2020.