

# HỢP TÁC CÔNG TƯ: BẢN CHẤT VÀ CÁC RỦI RO PHÁP LÝ<sup>1</sup>

Võ Trí Hảo\*

**Tóm tắt:** Hợp tác công tư (PPP) trên thực tế đã xuất hiện ở nước ta dưới dạng các hợp đồng BOT, BTO... Tuy nhiên, các quy định pháp lý điều chỉnh loại quan hệ này xuất hiện muộn hơn và còn sơ sài. Bài viết phân tích bản chất PPP, các rủi ro pháp lý, và đưa ra các khuyến nghị.

**Abstract:** Public Private Partnership (PPP) has existed in Vietnam under the contracts of BOT, BTO, etc. However, laws and regulations for PPP have been enacted in a later stage and insufficient. This article analyses the nature and legal risks of PPP and provides relevant recommendations.

## 1. Nhận dạng các hình thức PPP

Trong thời gian gần đây, vấn đề hợp tác công tư (Public - Private - Partnership) (PPP) được dư luận quan tâm dưới góc độ là một phương thức đầu tư. Tuy nhiên, PPP theo nghĩa rộng còn bao gồm cả hình thức hợp tác ở chiều ngược lại, trong đó tư nhân không phải là bên cung cấp dịch vụ, thu tiền, mà tư nhân với tư cách là bên sử dụng dịch vụ và trả tiền cho nhà nước theo những thỏa thuận ad-hoc (thỏa thuận riêng, mang tính vụ việc), không tuân theo mức phí và điều kiện chung. Ví dụ: việc kỹ sư thông tin đi kéo đường dây, lắp thiết bị cho các công ty viễn thông; cảnh sát bảo vệ cho các ngân hàng. Các thỏa thuận này được các luật gia luật hành chính các nước thuộc hệ thống châu Âu lục địa gọi là hợp đồng hành chính<sup>2</sup>. Trong bài viết này, tác giả chỉ tập trung phân tích chiều thứ nhất - chiều phổ biến hơn.

Ở chiều thứ nhất, tư nhân tham gia quan hệ đối tác với tư cách là nhà đầu tư tìm kiếm lợi nhuận, còn nhà nước và xã hội tham gia với tư cách là khách hàng mua lại sản phẩm của nhà đầu tư bằng tiền từ ngân sách, tiền phí, giá trị quyền sử dụng đất hoặc đánh đổi bằng đặc quyền mà xưa nay nhà nước vẫn khai thác. PPP ở chiều thứ nhất này có thể diễn ra dưới sáu dạng phổ biến sau<sup>3</sup>:

- Thứ nhất, nhượng quyền khai thác (Franchise), là hình thức mà theo đó cơ sở hạ tầng được nhà nước xây dựng và sở hữu nhưng giao (thường là thông qua đấu giá) cho tư nhân vận hành và khai thác.

- Thứ hai, mô hình thiết kế - xây dựng - vận hành DBO (Design - Build - Operate), khu vực tư nhân sẽ thiết kế, xây dựng và vận hành (ví dụ bệnh viện, nhà tù) và nhà nước sẽ mua lại dịch vụ<sup>4</sup>.

\* TS., Khoa Luật, Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Nghiên cứu này nhận được sự tài trợ của Quỹ NAFOSTED.

<sup>2</sup> Albert Bleckmann (1999), *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I: Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleicher Sicht*, Normos Verlagsgesellschaft, S.267, S.332, S.342.

<sup>3</sup> Địa ốc online (2011), *Mô hình PPP là giải pháp tối ưu cho đô thị Việt Nam*, ngày 06.3.2011. (<http://www.diaocvietonline.vn/Tin-tuc/N8918/N7/Mo-hinh-PPP-la-giai-phap-toi-uu-cho-do-thi-Viet-Nam.aspx>)

<sup>4</sup> Th. Dương (2011), *Hợp tác nhà nước - tư nhân: Hướng đi mới cần khung pháp lý mở rộng*, ngày 03.3.2011,

([http://www.phapluat24h.com/home/2\\_24959\\_news\\_HOP-TAC-NHA-NUOC---TU-NHAN:-HUONG-](http://www.phapluat24h.com/home/2_24959_news_HOP-TAC-NHA-NUOC---TU-NHAN:-HUONG-)



• *Thứ ba*, mô hình thiết kế - xây dựng - tài trợ - vận hành DBFO (Design- Build - Finance - Operate), khu vực tư nhân sẽ đứng ra xây dựng, tài trợ và vận hành công trình nhưng nó vẫn thuộc sở hữu nhà nước.

• *Thứ tư*, xây dựng - vận hành - chuyển giao BOT (Build - Operate - Transfer), là mô hình mà ở đó công ty thực hiện dự án sẽ đứng ra xây dựng và vận hành công trình trong một thời gian nhất định, sau đó chuyển giao toàn bộ cho nhà nước. Mô hình này khá phổ biến ở Việt Nam.

• *Thứ năm*, khác biệt một chút với mô hình BOT, trong mô hình BTO (xây dựng - chuyển giao - vận hành), quyền sở hữu cơ sở hạ tầng được chuyển giao ngay cho nhà nước sau khi xây dựng xong, nhưng công ty thực hiện dự án vẫn giữ quyền khai thác công trình.

• *Thứ sáu*, phương thức xây dựng - sở hữu - vận hành BOO (Build - Own - Operate). Ở mô hình này, công ty thực hiện dự án sẽ đứng ra xây dựng công trình, sở hữu và vận hành nó, nhà nước mua lại sản phẩm đầu ra theo giá cam kết. Mô hình BOO rất phổ biến đối với các nhà máy điện cả ở Việt Nam và trên thế giới.

Ngoài sáu hình thức phổ biến trên, ở một số quốc gia có hệ thống pháp luật hoàn thiện, cho phép hợp tác công tư sâu hơn, đa dạng hơn, có thể cho phép chào bán với nhà nước các dịch vụ cốt lõi đặc trưng của nhà nước, mà hoạt động giữ gìn an ninh của Blackwater tại Iraq và Afghanistan là một ví dụ<sup>5</sup>. Hoạt động của Blackwater tại hai chiến trường này khác với việc cơ quan nhà nước

thuê các đoàn biểu diễn nghệ thuật phục vụ các sự kiện quốc gia ở một số điểm và được hiểu là một dạng PPP chứ không phải là việc mua bán hàng hóa (dịch vụ):

- Hoạt động giữ gìn an ninh cho *đại chúng*, là công việc truyền thống của quân đội, cảnh sát, là phần hoạt động đặc trưng của nhà nước. Thực tế, khi hoạt động, nhân viên Blackwater được trang bị và hành xử tựa như quân nhân;

- Hoạt động của Blackwater đặt dưới sự chỉ huy của quân đội Mỹ, phối hợp cùng quân đội Mỹ, chứ không phải là một gói dịch vụ biệt lập;

- Blackwater hoạt động dưới danh nghĩa quân đội Mỹ, chứ không phải dưới danh nghĩa một công ty bảo vệ tư nhân cung cấp dịch vụ cho các khách hàng tại hai chiến trường nêu trên; nên quân đội Mỹ vẫn phải chịu trách nhiệm về các hành vi của nhân viên Blackwater.

Với các đặc trưng nêu trên, tạm gọi mô hình này là mô hình SO (Supply Operation).

## 2. Đặc điểm của PPP

Qua việc nhận dạng các hình thức phổ biến của PPP ở chiều thứ nhất cho thấy, *đều liên quan đến chữ O* (Operation) và có thể khái quát một số đặc trưng, giúp phân biệt PPP với hoạt động đầu tư công khác:

- *Đối tượng của hợp đồng*: PPP chiều thứ nhất *liên quan đến hoạt động cung cấp hàng hóa công cộng đặc biệt* (dịch vụ công) cho công chúng, cho nhà nước như cung cấp điện, nước, dịch vụ y tế, nhà tù, dịch vụ an ninh, quốc phòng. Đặc trưng này phân biệt với hoạt động mua sắm công như mua máy tính, mua trụ sở của nhà nước.

- *Mục đích của hợp đồng*: Bên cạnh việc khai thác tiềm năng về vốn, công nghệ lắp đặt, thì các dự án PPP khác với các dự án đầu tư công khác ở điểm: PPP khai thác

[DI-MOI-CAN-KHUNG-PHAP-LY-MO-RONG.html](#)).

<sup>5</sup> Hoàng Duy (2010), *Đạo đức người bảo vệ*, cập nhật ngày 11/11/2010 - 00:46, (<http://plo.vn/the-gioi/dao-duc-nguoi-bao-ve-161763.html>).



công nghệ quản lý, vận hành của đối tác tư nhân - điểm mà nhà nước thường thua kém.

- *Điều kiện áp dụng*: PPP được áp dụng khi không thể hoặc khó áp dụng phương pháp cổ phần hóa và một lý do nào đó nhà nước không thể tham gia trực tiếp. Việc cổ phần hóa cũng kéo theo sự bắt tay giữa nhà nước và tư nhân, nhưng hoạt động này chịu sự điều chỉnh chung của Luật doanh nghiệp và nhà nước tham gia quan hệ với tư cách giống như các cổ đông khác mà không có địa vị pháp lý đặc thù của nhà nước.

- *Phương thức xác lập*: PPP được xác lập thông qua các thỏa thuận ad-hoc giữa nhà nước và tư nhân. Đặc trưng này giúp phân biệt PPP với các quyết định hành chính hay hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

- *Sự hợp tác*: PPP khác với các hợp đồng mua đứt bán đoạn ở chỗ, các dự án PPP chiều thứ nhất thường có thời gian dài, có sự phối hợp giữa hai bên trong suốt thời gian thực thi dự án. Đặc trưng này giúp phân biệt PPP với các dự án thuần túy hợp tác về vốn BT (Build – Transfer); BF (Build - Financing)... Chính điều này dẫn tới các dự án PPP thường gánh chịu rất nhiều rủi ro pháp lý và phần thiệt thường thuộc về nhà đầu tư tư nhân, vì điều chỉnh hệ thống pháp luật là thuộc quyền của nhà nước. Vì vậy, các dự án PPP sẽ chưa có sức hấp dẫn nhà đầu tư chừng nào hệ thống pháp luật quốc gia còn khó dự đoán và khuôn khổ pháp lý cho PPP chưa rõ ràng<sup>6</sup>.

- *Nguồn luật*: Nguồn luật điều chỉnh các thỏa thuận PPP khác với nguồn luật điều

chỉnh hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh doanh truyền thống, vì quyền tự do thỏa thuận của các bên trong dự án PPP bị hạn chế rất nhiều bởi các quy định chung của luật công như các quy định về thuế (lợi nhuận đối với chủ đầu tư), phí (giao thông, viện phí), hạn chế chống tham nhũng... Để có lợi nhuận thì những nội dung này cần đưa vào thỏa thuận PPP. Tuy nhiên, đó lại không phải là nội dung của hợp đồng dân sự, kinh doanh truyền thống và đôi khi nằm ngoài tầm kiểm soát của chính cơ quan nhà nước tham gia ký kết PPP. Ví dụ: Ủy ban nhân dân cấp thành phố là cơ quan ký kết PPP dự án xây dựng cầu, nhưng phí giao thông lại thuộc về thẩm quyền của Bộ Giao thông vận tải, thuế thu nhập doanh nghiệp lại thuộc thẩm quyền của Quốc hội. Chính vì vậy, các quốc gia châu Âu lục địa thường coi các thỏa thuận PPP là hợp đồng hành chính, chứ không phải là hợp đồng dân sự hay thương mại<sup>7</sup>.

- *Cơ chế giải quyết tranh chấp PPP*: Ở các nước common law, hệ thống tòa án của họ không phân chia thành các tòa án chuyên ngành, nên tòa án thường sẽ thụ lý tất cả các tranh chấp có tính chất pháp lý, nếu như tranh chấp không rơi vào các lĩnh vực đặc thù. Vì vậy, khi nhận đơn khởi kiện tòa án không phải xem xét tranh chấp trong đơn kiện là tranh chấp dân sự, kinh doanh, lao động hay hành chính. Các tranh chấp PPP cũng không gặp trở ngại nào ở nhiều quốc gia châu Âu lục địa, mặc dù các quốc gia này có hệ thống tòa án chuyên ngành; bởi ở đó quyền tiếp cận công lý với tư cách là nhân quyền của công dân được bảo đảm,

<sup>6</sup> Lieven Jacquemyn - Nasir (2010), *Hoạt động PPP tại Việt Nam: Chờ hành lang pháp lý*, cập nhật 07.3.2010, (<http://news.vibonline.com.vn/Home/Xay-dung-phap-luat/2802/Hoat-dong-PPP-tai-VN-Cho-hanh-lang-phap-ly>)

<sup>7</sup> Albert Bleckmann (1999), *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I: Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichernder Sicht*, Normos Verlagsgesellschaft, S.267ff.



nên khi tranh chấp PPP được đưa ra tòa án thì tòa án không được phép từ chối, còn việc phân công cho tòa án chuyên ngành nào là việc nội bộ của nhà nước. Nhưng cơ chế giải quyết tranh chấp PPP ở Việt Nam lại là một đặc trưng lớn, bởi tòa hành chính, tòa kinh tế, tòa dân sự, tòa lao động chưa có căn cứ rõ ràng<sup>8</sup> để thụ lý tranh chấp PPP, nhất là khi tranh chấp này liên quan đến một văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau khi dự án PPP được ký kết, nhưng có nội dung trái với thỏa thuận PPP.

### 3. Rủi ro pháp lý của PPP

PPP hứa hẹn nhiều cơ hội kinh doanh cho các doanh nhân và góp phần giải tỏa cơn khát vốn cho đầu tư công. Tuy nhiên, những cơ hội này vẫn ở dạng tiềm năng mà chưa đưa lại những kết quả như mong đợi của cả hai bên, hay nói cách khác, PPP chưa có sức hấp dẫn thu hút nhà đầu tư như đáng lẽ nó phải có. Một trong những nguyên nhân làm cho xã hội - nhà đầu tư - nhà nước - còn quan ngại với PPP là việc thiếu một khuôn khổ pháp lý cần thiết, dẫn đến các bên phải đối mặt với ba loại rủi ro: tham nhũng, rủi ro do biến động về chính sách pháp luật, rủi ro về tổ tụng.

#### 3.1. Rủi ro về tham nhũng

Về phía Nhà nước và xã hội rất quan ngại các nhà đầu tư tư nhân sẽ dành được rất nhiều đặc quyền từ nhà nước với giá rẻ mạt<sup>9</sup> thông qua việc chi tiền hối lộ. Quan

<sup>8</sup> Xem Điều 25 - Điều 32 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004, Điều 28 Luật Tố tụng Hành chính 2010.

<sup>9</sup> Thực tế có những dự án hạ tầng giao thông (Cầu Cỏ May) do dành được đặc quyền thu phí giao thông cao, nên thực tế sau 5 năm đã thu hồi đủ vốn so với kế hoạch thu hồi vốn trong 15 năm; có lợi nhuận sớm hơn 10 năm. Xem: Tư Giang (2010), Diễn đàn doanh nghiệp: *Để nhà nước không "ngại" tư nhân*, ngày 13.3.2010, (<http://www.baomoi.com/De-nha-nuoc-khong-ngai-tu-nhan/45/3974829.epi>)

ngại này tồn tại ở hầu hết các lĩnh vực đầu tư công, đặc biệt trong hợp tác PPP.

Khác với các hợp đồng mua sắm công - đã được kiểm soát bởi các quy định về đấu thầu, hợp đồng PPP nếu có được đấu thầu thì tính cạnh tranh cũng rất thấp. Bởi vì tính phức tạp và quy mô dự án PPP thường rất lớn, kéo dài trong hàng chục năm, đòi hỏi vốn lớn và trường vốn nên sẽ không có nhiều nhà đầu tư đủ điều kiện tham gia đấu thầu. Không đấu thầu hoặc đấu thầu cạnh tranh hạn chế bản thân nó đã tiềm ẩn nhiều cơ hội cho tham nhũng. Bên cạnh đó, mỗi dự án PPP lại có những đặc thù rất riêng, khó vận dụng các quy định chung để hạn chế tham nhũng. Mặt khác, đặc thù của dự án PPP cho phép giữa nhà nước và các đối tác tư nhân một phạm vi thỏa thuận rất rộng lớn; bên nhà nước đem các lợi ích công, đặc quyền của nhà nước ra mặc cả để đổi lại những dịch vụ hoặc nguồn tiền đầu tư của tư nhân, mà các đặc quyền này khó xác định theo giá thị trường, vì không có "hàng hóa" cùng loại để so sánh.

Tính cạnh tranh thấp, khó trị giá bằng tiền các lợi ích, đặc quyền khai thác trong dự án PPP và sự thiếu vắng các quy định chi tiết về PPP làm cho nguy cơ tham nhũng trong lĩnh vực này cao hơn các lĩnh vực khác.

#### 3.2. Rủi ro biến động về chính sách pháp luật

Khác với các hợp đồng mua đứt bán đoạn, hợp đồng PPP kéo dài trong hàng chục năm và gần như không thể tìm được đối tác thay thế trong hàng chục năm đó; và quá trình đó là một quá trình hợp tác phức tạp, đòi hỏi nhiều lần điều chỉnh xuất phát từ yêu cầu của cả hai phía. Nhưng quan trọng hơn, đặc thù về đối tượng, mục đích hợp đồng làm cho rủi ro của dự án PPP tăng lên nhiều, đặc biệt khi một bên đối tác là cơ



quan địa phương (theo Dự thảo Nghị định về PPP, dự kiến là Bộ, chính quyền cấp tỉnh đều có thể trở thành các bên đối tác đại diện nhà nước).

Hiện nay, đa phần các dự án PPP ở Việt Nam được ký kết giữa cơ quan trung ương và các đối tác nước ngoài. Loại dự án này có những thuận lợi tương đối so với dự án PPP ký kết với các cơ quan địa phương. *Thứ nhất*, việc duy trì các đặc quyền khai thác của nhà đầu tư phụ thuộc vào các quy định pháp luật ở các cấp khác nhau. Nhưng hiện nay, hầu hết các vấn đề về thuế, phí, giá cung cấp dịch vụ được ấn định bởi các cơ quan trung ương. Vì vậy, trong các cam kết PPP dành ưu đãi cho nhà đầu tư thì việc duy trì các cam kết này trong suốt hàng chục năm nằm trong tầm tay (thẩm quyền) của cơ quan ký kết. *Thứ hai*, các dự án PPP loại này thường được sự quan tâm của các Chính phủ nước ngoài, vì vậy, trước khi ký PPP giữa cơ quan trung ương và một đối tác tư nhân nước ngoài, giữa hai nhà nước có thể ký kết một nghị định thư. Và khi bên cơ quan nhà nước Việt Nam không thực hiện đúng cam kết thì các cơ quan ngoại giao của nước ngoài sẽ dùng các biện pháp gây áp lực ngoại giao để buộc thực hiện; trong khi đó đối tác tư nhân là các doanh nghiệp Việt Nam sẽ không có được lợi thế này.

Nhưng ngay cả trong trường hợp hợp đồng PPP được ký kết giữa một bên là cơ quan nhà nước ở trung ương và một bên là đối tác nước ngoài thì rủi ro pháp luật không hề thấp. Bởi vì hợp đồng chỉ được ký kết với một cơ quan trung ương, nhưng có tới trên ba mươi cơ quan trung ương có quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật; và một trong số các cơ quan này có thể ban hành các văn bản trái với cam kết PPP. Tuy nhiên, các đối tác nước ngoài trong trường hợp này vẫn được hưởng **lợi thế thứ**

**ba**, nếu như khi ký kết cơ quan nhà nước trung ương nhân danh Nhà nước Việt Nam để ký kết, chứ không phải nhân danh cơ quan mình. Trong trường hợp này, thông lệ quốc tế coi Nhà nước Việt Nam là một pháp nhân công quyền và pháp nhân công quyền phải chịu trách nhiệm về hành vi của các thành viên, bất kể đó là thành viên nào. Hay nói cách khác, các cơ quan trung ương trong trường hợp này phải liên đới cùng chịu trách nhiệm thực thi hợp đồng PPP vì mình là một thành viên của pháp nhân công quyền (Nhà nước).

Nếu hợp đồng PPP được ký kết với các cơ quan chính quyền địa phương, thì rủi ro pháp lý sẽ tăng lên gấp nhiều lần so với đối tác tư nhân, bất kể là thương nhân nước ngoài hay thương nhân Việt Nam, bởi phương án coi: “chính quyền địa phương là một pháp nhân công quyền” vẫn chưa được chấp nhận trong lần sửa đổi Hiến pháp năm 2013<sup>10</sup>. Hay nói cách khác, chính quyền địa phương với tư cách tập hợp tất cả các cơ quan địa phương vẫn chưa phải là một thực thể pháp lý. Điều này có nghĩa, khi ký kết hợp đồng với chính quyền cấp tỉnh thì đối tác tư nhân phải ký là Ủy ban nhân dân (UBND) hoặc Hội đồng nhân dân (HĐND) của tỉnh đó, chứ không phải với “chính quyền địa phương cấp tỉnh”.

Điều này có nghĩa, PPP ký kết với chính quyền địa phương thì sẽ đối mặt với hai loại rủi ro. **Loại rủi ro thứ nhất**, nằm ở tính tập quyền của hệ thống chính trị Việt Nam, hầu hết các quy phạm pháp luật do cơ quan trung ương ban hành, trong đó có các quy định về chuyên ngoại tệ ra nước ngoài, thuế, phí, lệ phí... Lợi nhuận của nhà đầu tư

<sup>10</sup> Võ Trí Hào (2013), Pháp nhân công quyền – điểm đột phá tư duy, Sài Gòn tiếp thị, truy cập 09/08/2013 14:44 (<http://www.baomoi.com/Phap-nhan-cong-quyen--diem-dot-pha-tu-duy/144/11670109.epi>)



phụ thuộc rất nhiều vào sự thay đổi của các quy định này, mà sự thay đổi các quy định này hoàn toàn nằm ngoài tầm kiểm soát của chính quyền địa phương; các cơ quan trung ương lại không có nghĩa vụ tuân thủ các cam kết mà chính quyền địa phương đã ký kết với nhà đầu tư. Hiện nay, Điều 11 khoản 3 Luật Đầu tư 2005 có đề cập đến bảo đảm quyền lợi của nhà đầu tư trong trường hợp có thay đổi về chính sách và pháp luật, nhưng còn chung chung, chưa đủ an toàn cần thiết cho nhà đầu tư.

**Loại rủi ro thứ hai**, nằm ở chỗ chính quyền địa phương không chịu nhiều áp lực ngoại giao như nhà nước trung ương. Việc coi UBND, HĐND, các sở, phòng, ban là các pháp nhân riêng lẻ, nên khi hợp đồng PPP ký kết với UBND thì theo quan niệm của pháp luật Việt Nam hiện nay, nó hoàn toàn không có giá trị ràng buộc đối với HĐND; và vì vậy, HĐND có thể ban hành một loại phí, thay đổi quy hoạch theo hướng bất lợi cho đối tác tư nhân của dự án PPP, đối tác tư nhân đó cũng không thể kiện HĐND được. Nguồn thu của nhà đầu tư sẽ như thế nào, nếu UBND thành phố ký kết dự án BOT xây dựng đường bộ với yêu cầu thiết kế có làn xe hai bánh; nhưng năm năm sau đó, HĐND thông qua nghị quyết cấm xe hai bánh lưu thông trên toàn thành phố?

Những rủi ro nói trên trong các dự án PPP ký kết với chính quyền địa phương phần nào giải thích lý do hầu hết các dự án PPP ở Việt Nam hiện nay được ký kết bởi chính quyền trung ương; trong khi chính quyền địa phương cũng rất khát nguồn vốn đầu tư, phát huy hiệu quả sử dụng vốn, nâng cấp hạ tầng giao thông, nâng cao dịch vụ công ích thông qua PPP.

Trở ngại này tồn tại đối với chính quyền địa phương bởi Hiến pháp năm 2013 vẫn chưa du nhập khái niệm pháp nhân công

quyền; không coi chính quyền địa phương là một thực thể pháp luật<sup>11</sup>. Các nền hành chính, tư pháp hiện đại trên thế giới tách bạch ba vấn đề: pháp nhân theo luật tư, pháp nhân công quyền (pháp nhân theo luật công hay còn gọi là pháp nhân công pháp) và con dấu của tổ chức. Việc thiếu vắng sự tách bạch này, hay nói cách khác, vì đồng nhất ba vấn đề này, nên khi muốn hạn chế quyền lực của các phòng, ban cấp huyện trong các thủ tục hành chính, để đi tới cơ chế “một cửa, một dấu”, thì người ta đã tiến hành thu hồi con dấu của các phòng, ban của cấp huyện; nhưng việc bị thu hồi con dấu lại cản trở các cơ quan này tiến hành các giao dịch dân sự theo luật tư.

Ngoài ra, truyền thống tập quyền và tư duy “kế hoạch hóa, tập trung” vẫn còn hiện hữu khá rõ trong Hiến pháp năm 2013. Điều này dẫn tới sự phân quyền giữa trung ương và địa phương thiếu ổn định, thiếu rõ ràng và làm cho các dự án PPP tăng thêm rủi ro pháp luật. Hiến pháp quy định rất mờ nhạt về lát cắt giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương; không nói đến sự khác nhau giữa HĐND các cấp tỉnh, huyện xã; từ lời văn của Hiến pháp cũng không thể suy ra được lĩnh vực nào chỉ thuộc thẩm quyền của địa phương, chính quyền trung ương không được can thiệp vào. Khi Hiến pháp quy định mờ nhạt, thì việc phân quyền giữa các cấp trên thực tế sẽ được định đoạt bởi các văn bản của chính quyền trung ương, như luật, pháp lệnh, nghị định, thông tư. Hay nói cách khác, chính quyền trung ương sẽ có được những quyền lực mà họ muốn bằng cách ban hành các văn bản tự quy định

<sup>11</sup> Chính quyền địa phương là một legal entity theo quan niệm của người Anh hay Rechtsträger theo quan niệm của người Đức, còn Việt Nam vẫn chưa chấp nhận quan niệm này.



cho chính quyền trung ương quyền đó. Khi quyền quyết định “ranh giới quyền lực” giữa trung ương và địa phương thực tế chỉ thuộc về một bên (tức chính quyền trung ương) dẫn tới hiện tượng “tập quyền cơ giã” và sự phân cấp quản lý nhà nước thiếu ổn định, nhất quán; vì phân quyền nào cho địa phương, thu hồi quyền nào của địa phương sẽ được quyết định một cách đơn phương, mà việc phân cấp quản lý đất đai trong 20 năm sau đổi mới là một ví dụ cho sự xê dịch đường ranh giới này. Điều này có nghĩa, các cơ quan địa phương khó có thể duy trì các cam kết về chính sách trong hợp đồng PPP khi quyền năng đó được chuyển lên trên.

Nhằm hạn chế bớt rủi ro biến động chính sách, các nhà đầu tư có thể yêu cầu chính quyền trung ương đứng ra bảo lãnh. Tuy nhiên, Điều 66 Dự thảo của Nghị định về PPP chỉ mới đề cập đến việc chính quyền trung ương đứng ra bảo lãnh doanh thu tối thiểu, mà chưa đề cập cụ thể cơ chế bồi thường tổn thất do biến động chính sách, pháp luật và trách nhiệm của chính quyền trung ương trong trường hợp này như thế nào.

Mặt khác, khi nhà đầu tư muốn kéo chính quyền trung ương và các cơ quan nhà nước khác vào cùng liên đới trong dự án PPP để hạn chế bớt rủi ro chính sách, thì chi phí giao dịch sẽ tăng lên và kéo dài. Và đặc biệt, trong hàng chục năm hoạt động, mỗi lần điều chỉnh dự án PPP thì lại phải xin sự chấp thuận của rất nhiều cơ quan - một quá trình khá tốn kém ở một quốc gia có thứ tự xếp hạng minh bạch thấp như Việt Nam.

### **3.3. Rủi ro không thu hồi được nợ khi thắng kiện**

Các thỏa thuận PPP không chỉ “xác lập, thay đổi, chấm dứt” các quyền và nghĩa vụ dân sự, mà còn tạo ra nhiều loại quyền và nghĩa vụ khác nhau, vốn không thuộc thẩm

quyền xét xử của Tòa dân sự, Tòa hành chính truyền thống<sup>12</sup>. Điều 70 Dự thảo Nghị định về PPP đã nhìn thấy và khắc phục khe hở thẩm quyền tòa án trong trường hợp này bằng cách cho phép các bên lựa chọn trọng tài, bao gồm cả trọng tài nước ngoài, để giải quyết tranh chấp PPP.

Tuy nhiên, kể cả khi nhà đầu tư thắng kiện qua thủ tục tố tụng trọng tài, họ vẫn đối diện nguy cơ không thu hồi được nợ, nhận được tiền bồi thường do hai đặc thù sau đây của pháp luật Việt Nam:

#### **3.3.1. Cơ quan ký kết PPP không có quyền sở hữu đối với tài sản công**

Khi thắng kiện, nếu các cơ quan nhà nước không tự nguyện thi hành thì nhà đầu tư có thể yêu cầu các cơ quan thi hành án áp dụng các thủ tục sai áp, bắt giữ tài sản để thu hồi nợ. Tuy nhiên, tài sản nào của cơ quan nhà nước có thể bị áp dụng thủ tục sai áp lại là vấn đề không đơn giản.

Theo Điều 53 Hiến pháp sửa đổi năm 2013, đối với tài sản công, nhà nước không phải là chủ sở hữu, toàn dân mới là chủ sở hữu; nhà nước chỉ là “đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý” tài sản công. Liệu nhà nước khi không có tư cách chủ sở hữu, mà chỉ với tư cách “đại diện chủ sở hữu” có quyền định đoạt tất cả các loại tài sản công hay không? Do không phải là “chủ sở hữu”, nên quyền quản lý đối với một tài sản công cụ thể có thể được chuyển qua chuyển lại giữa các cơ quan nhà nước khác nhau. Ví dụ, tại thời điểm ký kết PPP, quyền sử dụng đất đối với một mảnh đất cụ thể thuộc về UBND thành phố, nhưng sau khi ký kết, chính quyền trung ương phát triển một dự án loại A trên địa bàn thành phố và chuyển

<sup>12</sup> Xem: Điều 388 Bộ luật Dân sự 2005, Điều 25 - Điều 32 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004, Điều 28 Luật Tố tụng Hành chính 2010.



quyền định đoạt mảnh đất đó về cho chính quyền trung ương. Liệu giá trị quyền sử dụng mảnh đất đó có thể trở thành đối tượng để áp dụng thủ tục sai áp, đòi nợ cho chủ đầu tư dự án PPP?

Thực tế, cơ quan nhà nước nắm giữ, sở hữu năm loại tài sản công chủ yếu:

(a) Đất đai, tài nguyên thiên nhiên, bao gồm: tài nguyên thiên nhiên ở vùng biển, thềm lục địa, đáy biển;

(b) Các công trình công cộng như: sân bay, bến cảng, đường giao thông, trụ sở, bảo tàng, thư viện, công viên, bao gồm cả tài sản là trụ sở cơ quan ngoại giao ở nước ngoài...

(c) Các phương tiện thiết bị như máy bay, tàu thủy...;

(d) Phần vốn nhà nước đầu tư vào các doanh nghiệp;

(e) Ngân sách.

Nếu ngân sách cơ quan nhà nước ký kết PPP không đủ trả nợ cho chủ đầu tư, thì loại tài sản nào nêu trên có thể sai áp để đòi nợ là điều chưa rõ ràng trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Ngay cả đối với ngân sách, thì phần nào của ngân sách có thể bị áp dụng thủ tục sai áp để trả nợ? Trong tập quán xây dựng dự toán ngân sách hiện nay ở Việt Nam, chưa có phần dự toán cho bồi thường thiệt hại phát sinh từ PPP.

### 3.3.2. Chính quyền địa phương không thể phá sản

Liên quan chặt chẽ với tính chịu trách nhiệm tài sản hạn chế của cơ quan nhà nước là vấn đề phá sản của chính quyền địa phương. Ở các quốc gia phương Tây, chính quyền chịu trách nhiệm tới cùng trước các đối tác tư nhân về các khoản nợ tài sản; khi không trả được nợ, chính quyền địa phương không chỉ dùng ngân sách, mà phải bán các tài sản có tính thanh khoản cao như bảo

tàng, sân vận động, các hòn đảo<sup>13</sup> để trả nợ cho đối tác tư nhân. Nếu vẫn không trả được nợ, thì chính quyền địa phương có thể bị áp dụng thủ tục phá sản<sup>14</sup>. Nếu bị áp dụng thủ tục phá sản, tất cả tài sản của chính quyền địa phương sẽ bị sai áp để trả nợ cho các chủ nợ, không phân biệt đó là tài sản gì.

Ở Việt Nam, với quan niệm “Nhà nước là công cụ bạo lực của giai cấp này đối với giai cấp khác”, nên Nhà nước chỉ có thể bị lật đổ bởi các cuộc cách mạng, mà không thể bị tuyên bố phá sản theo thủ tục tố tụng dân sự.

Bởi không thể bị tuyên bố phá sản và quyền tài sản của chính quyền địa phương không rạch ròi, nên tính chịu trách nhiệm tài sản của cơ quan ký kết PPP rất hạn chế. Điều này thấy rõ qua năm năm thi hành Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước 2009, đến nay trong một số vụ án hành chính, chính quyền cấp xã – vốn ngân sách rất eo hẹp – bị Tòa án hành chính buộc bồi thường cho người dân, nhưng không có tiền để bồi thường (trụ sở, đất đai thì không được bán; ngân sách chỉ đủ chi dùng cho hoạt động thường xuyên). Kết cục, người dân thắng kiện cũng như không.

### 3.4. Rủi ro về nhận thức pháp lý của các cơ quan nhà nước tham gia ký kết PPP tiếp nhận đầu tư

Khi tham gia ký kết các hợp đồng PPP với các đối tác nước ngoài, với thói quen tư duy thời kỳ bao cấp, cộng với khả năng đánh giá các quy định liên quan thương mại

<sup>13</sup> Minh Long (2010), *Hy Lạp bán đảo để trả nợ*, truy cập 26/6/2010 08:10 GMT+7, (<http://vnexpress.net/tin-tuc/the-gioi/hy-lap-ban-dao-de-tra-no-2167127.html>)

<sup>14</sup> Hung Ninh (2012), *Cả loạt thành phố phá sản: Nước Mỹ rừng động*, truy cập 05:00 | 17/08/2012, (<http://m.vietnamnet.vn/vn/kinh-te/84857/ca-loat-thanh-pho-pha-san--nuoc-my-rung-dong.html>)



xuyên biên giới, các cơ chế giải quyết tranh chấp kinh tế quốc tế, có thể khiến các cơ quan Việt Nam gặp rắc rối pháp lý. Rắc rối này, không phải vì sự thiếu ổn định hay thiếu rõ ràng của pháp luật, mà chủ yếu vì sự chủ quan, vì tư duy “quyền miễn trừ tư pháp của nhà nước” của thời kỳ bao cấp. Chính vì vậy, tác giả coi đây là rủi ro về nhận thức pháp lý, chứ không phải là rủi ro do bản thân các quy định pháp luật thiếu rõ ràng, thiếu ổn định gây ra.

Cơ quan nhà nước thường không dành phần ngân sách cho chi phí dịch vụ pháp lý thuê ngoài, mà chủ yếu dựa vào đội ngũ chuyên viên pháp chế ở các sở, phòng, ban, vốn không thạo pháp luật về thương mại quốc tế. Vậy nên rủi ro sẽ lớn hơn khi cơ quan nhà nước là bị đơn trong các tranh chấp theo PPP.

Các tranh chấp PPP có thể liên quan đến ba cơ chế giải quyết tranh chấp phức tạp như:

*Thứ nhất*, các Trung tâm trọng tài quốc tế liên Chính phủ, được thiết chế chuyên để giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước như ICSID (International Centre for Settlement of Investment Dispute) thuộc World Bank hay UNCITRAL thuộc Liên hợp quốc.

*Thứ hai*, các cơ chế giải quyết tranh chấp được thiết lập theo các hiệp định đầu tư song phương (BITs) mà Việt Nam đã và sẽ tham gia nhiều trong tương lai.

*Thứ ba*, các cơ chế giải quyết tranh chấp theo điều ước quốc tế đa phương như WTO, WIPO... khi nhà đầu tư ở một quốc gia thành viên cho rằng, họ bị phân biệt đối xử khi đầu tư ở một quốc gia thành viên khác.

Chính vì những rủi ro nêu trên, nên thông lệ quốc tế cho thấy, những hợp đồng PPP có lúc lên đến hàng nghìn trang giấy -

điều mà tư duy các nhà quản lý nhà nước ở Việt Nam chưa quen và các rủi ro pháp lý thường bị đánh giá không đúng mức.

### **Kết luận:**

1. Khi phân tích bản chất pháp lý và đi tìm cách hành xử thích hợp với PPP cho thấy, PPP và hợp đồng hành chính nói chung cần được tiếp tục nghiên cứu sâu, bởi không dễ gì ghép PPP và hợp đồng hành chính vào quan niệm về Luật Dân sự, Luật Thương mại, Luật Hành chính theo cách hiểu truyền thống. Cách tiếp cận của quan niệm về ngành luật truyền thống – mỗi ngành luật có đối tượng điều chỉnh độc lập - trở nên xơ cứng, lúng túng khi phải cố tình gán ghép PPP vào dân sự, kinh doanh thương mại hay hành chính.

2. Nếu chấp nhận một thực tế rằng, có nhiều tranh chấp pháp lý không dễ gì gán ghép vào quan hệ dân sự, kinh doanh thương mại hay hành chính, thì việc tổ chức, phân công nhiệm vụ giữa các tòa án chuyên trách (tòa dân sự, hình sự, kinh tế, lao động, hành chính) cần phải linh hoạt, mềm dẻo. Để bảo đảm quyền tiếp cận công lý, tòa án không được phép từ chối xét xử các tranh chấp pháp lý, ví dụ tranh chấp PPP, với lý do không ghép được tranh chấp này vào tranh chấp dân sự, hôn nhân, gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động hay tranh chấp hành chính.

3. Khi các rủi ro nêu trên chưa được khắc phục, thì trong hợp đồng PPP, nhà đầu tư PPP nên tìm kiếm cơ chế bảo lãnh, cơ chế liên đới trách nhiệm của càng nhiều cơ quan nhà nước càng tốt, mặc dù có chút phiền phức. Đặc biệt, trong hợp đồng PPP, cần lựa chọn trọng tài để giải quyết tranh chấp, vì tòa án Việt Nam hiện nay chưa có cơ sở để thụ lý các tranh chấp PPP liên quan đến việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật.



4. Bản thân các cơ quan nhà nước khi tham gia ký kết hợp đồng PPP, cần đặc biệt lưu ý tới các điều ước quốc tế mà quốc gia mình đã ký kết và cần trọng trong việc sử dụng các chuyên gia pháp lý để đánh giá đúng mức các rủi ro pháp lý có thể phát sinh.

5. Muốn làm cho PPP trở nên hấp dẫn, huy động được vốn tư nhân vào sự nghiệp phát triển hạ tầng, dịch vụ công ở Việt Nam, các nhà lập pháp phải tìm cách loại trừ, giảm bớt các rủi ro nêu trên.

---

*(Tiếp theo trang 9 – Những luận điểm cho việc ...)*

với các kiểu chính quyền địa phương đã và đang áp dụng trên thế giới như tập quyền, tán quyền, phân cấp quản lý, phân quyền thì tự quản địa phương là mô hình ưu việt nhất, điều đó được chứng minh bằng tính quốc tế cũng như những giá trị về dân chủ, quyền con người mà chính quyền tự quản địa phương mang lại ở nhiều nước tiên tiến trên thế giới.

Cần khẳng định rằng tự quản địa phương không đồng nghĩa với thoát ly và tự trị, quyền lực nhà nước vốn là thống nhất và thuộc về nhân dân, và tự quản địa phương là cách thức tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước chứ không phải là cách phân chia quyền lực nhà nước.

---

*(Tiếp theo trang 14 – Hoàn thiện các quy định về ...)*

cần ưu tiên cho việc khiếu nại đề cơ quan, người có thẩm quyền sửa chữa sai sót của mình. Tuy nhiên, quy định này đã tạo ra sự thiếu thống nhất trong các quy định pháp luật về các loại khiếu kiện hành chính khi các loại khiếu kiện khác lại không cần phải khiếu nại trước khi khởi kiện. Quy định này còn gây khó khăn cho công dân trong việc tiến hành các thủ tục để khởi kiện vụ án hành chính. Do đó, để tạo sự đồng bộ trong việc áp dụng pháp luật, thiết nghĩ Luật TTHC và Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội, Luật Bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân

hiện hành cần phải có sự điều chỉnh theo hướng cho phép công dân được quyền khởi kiện ngay vụ án hành chính mà không buộc khiếu nại trước khi khởi kiện.

Có thể thấy, khiếu kiện danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân đã được Luật TTHC quy định cụ thể hơn so với các văn bản pháp luật tổ tụng trước đây. Tuy nhiên, một số quy định còn chưa rõ ràng, đầy đủ dẫn đến việc áp dụng trong thực tiễn phát sinh những vướng mắc, do vậy cần sớm được hoàn thiện.