

BÀN VỀ MỘT SỐ NÉT ĐẶC BIỆT CỦA CHỦ THỂ LÀ “CƠ QUAN NHÀ NƯỚC CÓ THẨM QUYỀN” TRONG HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG - KINH DOANH - CHUYỂN GIAO (BOT)

ĐINH VĂN TUẤN^(*)

Tóm tắt: Chủ thể là một chế định pháp luật có ý nghĩa hết sức quan trọng, nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung và trong quan hệ hợp đồng nói riêng. Nhờ có chế định này mà việc xác định quyền, nghĩa vụ và giải quyết các tranh chấp trên thực tế của các chủ thể trong quan hệ hợp đồng được thực hiện và đảm bảo. Bài viết trình bày, phân tích và đánh giá các quy định pháp luật hiện hành về chủ thể đặc thù là cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nêu lên điểm tích cực và hạn chế trong quá trình chủ thể này tham gia vào quan hệ hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT), từ đó đưa ra một số đề xuất hoàn thiện.

Từ khóa: Chủ thể; chế định pháp luật; hợp đồng; BOT.

Abstract: The legal subject is an important legal institution who can regulate social relations in general and contractual relations in particular. The identification of the legal subject ensures the determination of rights, obligations and settlement of actual disputes of entities in the contractual relationship. The paper analyzed current legal regulations on competent state agencies as a legal subject in Build - Operate - Transfer (BOT) contracts, evaluated the pros and cons of this legal subject in contract relationship, thereby suggesting proposals to improve current regulations on competent state agencies in BOT contracts.

Keywords: Legal subject; legal institution; contract; BOT.

Ngày nhận bài: 28/10/2019; Ngày sửa bài: 14/11/2019; Ngày duyệt đăng bài: 27/02/2020.

Đặt vấn đề

Chủ thể là một trong những điều kiện quan trọng để xác định hiệu lực của hợp đồng. Tùy từng loại hợp đồng mà điều kiện về chủ thể tham gia giao kết hợp đồng là khác nhau nhưng tất cả đều phải đáp ứng điều kiện cơ bản.

Hợp đồng BOT đóng vai trò quan trọng trong phát triển cơ sở hạ tầng và là một công cụ đầy hữu hiệu để huy động nguồn vốn từ đông đảo các nhà đầu tư nhằm phục vụ cho quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Nó vừa giảm gánh nặng ngân sách và những rủi ro cho Nhà nước, vừa tăng nguồn thu cho nhà đầu tư. Do

vậy, việc hiểu đúng, nhận diện các yếu tố đặc thù của chủ thể trong hợp đồng BOT có ý nghĩa lớn trong việc hoàn thiện pháp luật cũng như thúc đẩy phát triển cơ sở hạ tầng nói riêng và nền kinh tế nói chung.

1. Nét đặc biệt của chủ thể là nhà nước trong hợp đồng BOT

Chủ thể của hầu hết các loại hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam là các cá nhân, doanh nghiệp, tổ chức không có chức năng quản lý nhà nước, không phải là cơ quan công quyền. Các cá nhân,

^(*) Th.S. Viện Khoa học và Công nghệ giao thông vận tải.
Email: dinhvantuan@tstt.gov.vn

doanh nghiệp, tổ chức này ký kết hợp đồng và có quyền lợi, nghĩa vụ phát sinh trên cơ sở hợp đồng đã ký. Khác với các loại hợp đồng trên, hợp đồng BOT được ký kết giữa một bên là nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án và một bên là cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Vậy, sự xuất hiện của cơ quan công quyền với vai trò là chủ thể hợp đồng có gì đặc biệt, vì sao lại đặc biệt và mang lại những nét đặc thù gì cho hợp đồng BOT?

Khái niệm hợp đồng BOT được giải thích trong Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư là "hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án để xây dựng công trình hạ tầng; sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án chuyển giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và được quyền kinh doanh công trình đó trong một thời hạn nhất định". Từ khái niệm trên, có thể thấy chủ thể hợp đồng BOT bao gồm: cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án. Như vậy, nét đặc thù về mặt chủ thể của một bên trong hợp đồng BOT chính là sự tham gia của Nhà nước thông qua cơ quan nhà nước có thẩm quyền của mình. Tính đặc biệt này cần được chú ý bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền không chỉ tham gia với tư cách là chủ thể kinh tế mà còn tham gia với tư cách là chủ thể công quyền, quản lý hoạt động của nhà đầu tư theo hợp đồng BOT. Mặc dù nhà nước là tổ chức quyền lực, song trong quan hệ hợp đồng BOT, nhà nước tham gia với cả 2 chức năng, nhân danh là chủ thể quyền lực và đồng thời là chủ thể thương mại thông thường bởi bản chất của hợp đồng là bình đẳng, thỏa thuận.

Tính chất công quyền của chủ thể là

Nhà nước khi tham gia hợp đồng BOT được thể hiện ở chỗ, thông qua việc ký kết các hợp đồng BOT, nhà nước có thêm công cụ giúp thực hiện các chức năng đảm bảo trình cơ sở hạ tầng công cộng vốn dĩ phải do nhà nước đảm nhận, tuy nhiên thông qua các dự án BOT, nhà nước đã được san sẻ gánh nặng trong việc đạt được những mục tiêu kinh tế - xã hội (một chức năng quản lý của nhà nước)¹¹.

Đối tượng của các hợp đồng BOT chính là các công trình cơ sở hạ tầng công cộng, nhà nước đã đưa ra những đảm bảo cho nhà đầu tư để họ tham gia đầu tư vào các công trình này, đồng thời quản lý, theo dõi các hoạt động đầu tư và các cam kết của nhà đầu tư đối với việc phát triển cơ sở hạ tầng.

Khác với mục đích thực hiện quản lý công của Nhà nước, nhà đầu tư tham gia hợp đồng BOT không nhằm mục đích nào khác ngoài kinh doanh kiếm lời, tiến hành hoạt động kinh doanh như tất cả các công việc kinh doanh khác. Chính điều này đã quyết định và chi phối yếu tố tư của hợp đồng BOT, xác định tính chất bình đẳng về địa vị pháp lý của các chủ thể hợp đồng BOT.

Tính đặc thù về mặt chủ thể của hợp đồng BOT đã có những tác động nhất định đến các hoạt động của loại hình hợp tác này, bao gồm cả những tác động tích cực và những mặt còn hạn chế.

Về mặt tích cực:

Với những hợp đồng thông thường như hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại, lợi ích mang lại từ hợp đồng đa phần đều chỉ gắn liền với các cá nhân hoặc các công ty. Tuy nhiên trong hợp đồng BOT, với đặc

¹¹ Nguyễn Thị Láng (2007), "Vấn đề chủ thể hợp đồng BOT trong bối cảnh Việt Nam là thành viên WTO", *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 103.

thủ chủ thể một bên là cơ quan quản lý Nhà nước thì những lợi ích mà hợp đồng mang lại không chỉ bó hẹp cho một cá nhân hay doanh nghiệp mà là lợi ích chung của cả địa phương, cộng đồng nơi thực hiện dự án. Dự án BOT có khả năng san sẻ gánh nặng tài chính cho Nhà nước đồng thời thúc đẩy sự phát triển giao thông, kinh tế, hạ tầng của cả một đơn vị hành chính, từ đó nâng cao đời sống xã hội cho nhân dân.

Thông qua các hợp đồng BOT đặc biệt là các hợp đồng BOT có yếu tố nước ngoài, các bộ ban ngành, địa phương có cơ hội tiếp cận các công nghệ mới, vật liệu mới, các ứng dụng kỹ thuật tiên tiến, cập nhật các phương thức quản lý điều hành hiệu quả.

Với đặc thù chủ thể là nhà nước, hợp đồng BOT được thực hiện bài bản, chặt chẽ từ khâu quyết định chủ trương đầu tư, lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi,... đến khi đưa vào khai thác, quản lý. Có sự tham gia đóng góp ý kiến của nhiều bộ ban ngành, tham vấn ý kiến cộng đồng để tránh rủi ro và tối ưu hóa hiệu quả.

Nhà nước có quyền lực hành chính, lại là chủ thể của hợp đồng BOT do đó nhà nước hiểu rõ những khúc mắc trong quá trình triển khai thực hiện hợp đồng BOT, đồng thời nhà nước có khả năng điều chỉnh các quy định pháp luật sao cho phù hợp với thực tiễn và đạt hiệu quả cao.

Do hợp đồng BOT được sử dụng trong đầu tư kết cấu hạ tầng có liên quan mật thiết đến lợi ích của Nhà nước và của người dân nên công tác kiểm tra, giám sát được đặc biệt chú trọng và được thực hiện bởi chính chủ thể của hợp đồng là nhà nước. Ngoài quyền lợi được quy định trong hợp đồng BOT với vai trò là chủ thể thương mại, nhà nước còn có quyền lực để áp dụng các chế tài buộc các nhà

đầu tư tuân thủ đúng nghĩa vụ hợp đồng, đảm bảo chất lượng, tiến độ công trình.

Với hợp đồng BOT, tùy vào tính chất và yêu cầu thực hiện dự án, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án có thể được nhà nước bảo lãnh cung cấp nguyên liệu, tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ và các nghĩa vụ hợp đồng khác.

Khác với các hợp đồng thông thường, khi một trong hai bên không đảm bảo được các nghĩa vụ trong hợp đồng, hợp đồng sẽ không thể tiếp tục thực hiện. Đối với hợp đồng BOT, nhà nước là chủ thể và nhà nước đảm bảo cho dự án được hoàn thành. Trong trường hợp nhà đầu tư hoặc doanh nghiệp dự án không thực hiện được các nghĩa vụ quy định tại hợp đồng dự án hoặc hợp đồng vay vốn, sau khi tiếp nhận dự án, bên cho vay hoặc tổ chức được bên cho vay chỉ định phải thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tương ứng của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án theo quy định tại hợp đồng dự án và thỏa thuận về quyền tiếp nhận dự án. Đồng thời, mục đích sử dụng đất của dự án được bảo đảm không thay đổi trong toàn bộ thời hạn thực hiện hợp đồng dự án. Như vậy, mục đích sử dụng đất của dự án được nhà nước bảo hộ và trong trường hợp nhà đầu tư không thực hiện được hợp đồng thì bên cho vay sẽ có trách nhiệm tiếp tục thực hiện hợp đồng BOT.

Trong trường hợp cần thiết, việc chuẩn bị và thực hiện dự án BOT có thể được cơ quan nhà nước có thẩm quyền hỗ trợ thông qua việc lựa chọn tổ chức tư vấn độc lập. Tổ chức tư vấn này sẽ giúp tổ chức lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi, báo cáo nghiên cứu khả thi, tổ chức lựa chọn nhà đầu tư theo đúng quy định của pháp luật, thực hiện đúng trách nhiệm, nghĩa vụ theo hợp đồng dự án¹²⁾.

¹²⁾ Khoản 7 Điều 8, Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2018

Về mặt tài chính, việc xây dựng công trình cơ sở hạ tầng đòi hỏi nguồn vốn rất lớn nên để thực hiện hợp đồng BOT các nhà đầu tư luôn phải tìm kiếm các khoản vay từ các bên cho vay. Tuy nhiên, các phương thức bảo đảm cho các khoản vay của nhà đầu tư trong hợp đồng BOT là rất khác so với các hợp đồng vay thông thường khác. Trong các khoản vay thông thường bên cho vay thường yêu cầu có tài sản của nhà đầu tư, có dự án để cầm cố, thế chấp hoặc bảo lãnh. Ngược lại, trong hợp đồng BOT, bên cho vay thường không dựa vào tài sản hiện hữu hoặc hình thành trong tương lai của Doanh nghiệp BOT hay tài sản của nhà đầu tư mà khi quyết định cung cấp tài chính cho nhà đầu tư trong hợp đồng BOT bên cho vay thường xem xét tới nguồn thu của dự án để hoàn trả lại vốn vay thay vì các nguồn bảo đảm truyền thống khác. Nét đặc thù này giúp cho doanh nghiệp giảm được áp lực về cầm cố, thế chấp hay bảo lãnh tài sản của bản thân doanh nghiệp hoặc chủ đầu tư.

Bên cạnh cơ quan Nhà nước có thẩm quyền, chủ thể còn lại trong hợp đồng BOT là các nhà đầu tư trong nước và nước ngoài ký kết và thực hiện hợp đồng BOT cũng mang những nét đặc trưng riêng của mình. Các chủ thể này ký kết hợp đồng BOT không chỉ đơn thuần là một bên trong hợp đồng thông thường mà còn thực hiện hợp đồng BOT với tư cách là nhà đầu tư tiên hành hợp đồng kinh doanh cơ sở hạ tầng nhằm mục đích kiếm lời. Đặc điểm này nhà đầu tư, một trong các chủ thể cơ bản của hợp đồng BOT đã thể hiện rõ nét mối quan hệ biện chứng giữa các quy định về hợp đồng BOT và các vấn đề pháp lý của doanh nghiệp BOT.

Về mặt hạn chế:

Theo Nghị định 63/2018/NĐ-CP và

Thông tư 09/2018/TT-BKHĐT quy định "Bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh là cơ quan nhà nước có thẩm quyền ký kết và thực hiện các quyền, nghĩa vụ quy định trong hợp đồng đối với dự án thuộc chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình hoặc dự án được Thủ tướng Chính phủ giao làm cơ quan nhà nước có thẩm quyền", "Trường hợp dự án thuộc chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của nhiều Bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, các Bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh thống nhất và báo cáo Thủ tướng Chính phủ giao một Bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh làm cơ quan nhà nước có thẩm quyền ký kết, thực hiện hợp đồng dự án"⁽³⁾. Như vậy, đối với các dự án BOT do nhà đầu tư đề xuất, thì chưa có chế định pháp luật xác định rõ ràng cơ quan nào là cơ quan nhà nước có thẩm quyền để chủ trì đàm phán, ký kết hợp đồng BOT với nhà đầu tư trong dự án BOT. Nhà đầu tư không biết chính xác cơ quan nhà nước có thẩm quyền đàm phán, ký kết hợp đồng BOT là cơ quan, đơn vị nào mà tùy từng dự án cụ thể để xác định cơ quan nhà nước có thẩm quyền tương ứng, vì có thể cơ quan chuẩn bị dự án, đồng thời là cơ quan đàm phán ký hợp đồng, song cũng có trường hợp cơ quan chuẩn bị dự án không là cơ quan ký hợp đồng. Ví dụ, các dự án BOT về cung cấp nước thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền thường là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, các dự án BOT về xây dựng nhà máy điện thì thường cơ quan nhà nước có thẩm quyền là Bộ Công thương, các dự án về giao thông, cảng biển thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền thường là Bộ Giao thông vận

⁽³⁾ Điều 8, Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2019 và Điều 3, Thông tư số 09/2018/TT-BKHĐT ngày 28/12/2018.

tải... Việc xác định cơ quan nhà nước có thẩm quyền đứng ra đàm phán ký kết hợp đồng BOT trên thực tế là đang dựa trên thông lệ và được xác định trong từng trường hợp cụ thể. Điều này làm cho các nhà đầu tư e ngại vì họ chưa xác định được chắc chắn cơ quan nhà nước có thẩm quyền nào đứng ra đàm phán ký kết hợp đồng BOT. Mặt khác, cần xem xét lại cụm từ “làm cơ quan nhà nước có thẩm quyền” tại Điều 8, Nghị định 63/2018/NĐ-CP nêu trên vì chưa phù hợp với Luật Tổ chức Chính phủ do không có chế định về việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền phân quyền hoặc ủy quyền cho cơ quan, đơn vị làm cơ quan có thẩm quyền. Hợp đồng BOT có liên quan đến nhiều cam kết chính sách từ phía Chính phủ và cơ chế phân chia, quản lý rủi ro (liên quan đến trách nhiệm của nhiều cơ quan nên cần hạn chế phân cấp, ủy quyền trong ký kết và thực hiện hợp đồng dự án. Cần thiết phân nhóm hợp đồng BOT theo lĩnh vực, quy mô và tính chất của dự án để xác định cơ quan nhà nước có thẩm quyền ký kết và thực hiện hợp đồng BOT.

Một trong các khó khăn khác phát sinh từ những hạn chế trong chế định hiện hành về chủ thể hợp đồng BOT, khiến quá trình đàm phán các hợp đồng BOT bị kéo dài, là tình trạng cơ quan nhà nước có thẩm quyền được giao ký kết hợp đồng nhưng lại không có đầy đủ thẩm quyền để đàm phán về tất cả các vấn đề liên quan trong hợp đồng (mà tùy thuộc vào nội dung được ủy quyền). Do vậy, đôi với rất nhiều chế định như bảo đảm cân đối hoặc hỗ trợ cân đối ngoại tệ, trường hợp bồi thường, mua lại, chấm dứt hợp đồng trước thời hạn, các vấn đề về giá, phí và thuế của dự án... đều phải xin ý kiến của các cơ quan có liên quan.

Trong khi các hợp đồng khác đặc biệt là hợp đồng thương mại, chủ thể của hợp

đồng có thể xác định được mức lợi nhuận hợp đồng đem lại và không bị áp khung lợi nhuận thì hợp đồng BOT nói chung và các hợp đồng thực hiện theo hình thức PPP nói riêng lại có khung lợi nhuận. Tuy nhiên, đến nay chưa có văn bản quy phạm pháp luật của các ngành quy định cụ thể mức khung này nên các nhà đầu tư càng khó xác định mức lợi nhuận có thể đạt được của dự án, gây ảnh hưởng đến các quyết định của nhà đầu tư¹¹.

Một đặc điểm đặc trưng nữa của hợp đồng BOT là để thực hiện hợp đồng BOT là nhà đầu tư phải thành lập doanh nghiệp để thực hiện dự án (Điều 38 Nghị định 63/2018/NĐ-CP). Như vậy, bắt buộc phải có một chủ thể kinh doanh nhằm tiến hành các hình thức kinh doanh trên cơ sở các thỏa thuận trong hợp đồng BOT. Sẽ không thể thực hiện doanh nghiệp BOT nếu không có hợp đồng BOT. Ngược lại, hợp đồng không thể thực hiện được hoặc không có ý nghĩa gì nếu không có doanh nghiệp dự án để thực hiện các quy định và cam kết trong hợp đồng BOT. Đặc trưng nói trên ngoài mang lại những lợi ích trong quá trình thực hiện cũng đồng thời là mặt hạn chế bởi nó làm cho quá trình thực hiện hợp đồng BOT trở nên khó khăn, phức tạp với nhiều quy trình cần phải thực hiện hơn so với các hợp đồng kinh tế thông thường khác.

Trong trường hợp phát sinh các vấn đề mới chưa được quy định cụ thể, ở các hợp đồng thông thường khác, hai bên chủ thể hợp đồng có thể tự thương lượng, thỏa thuận với nhau để giải quyết miễn sao đảm bảo đúng các chế định của pháp luật. Đối với hợp đồng BOT, việc giải quyết các

¹¹ Khoản 2 Điều 73, Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2018.

vấn đề chưa được quy định phức tạp hơn, cụ thể: trường hợp phát sinh các nội dung chưa được quy định tại Nghị định 63/2018/NĐ-CP thì phải báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định.

Các dự án BOT thường là những dự án dài hạn, có thể lên tới cả chục năm. Trong khoảng thời gian dài đó có thể phát sinh nhiều vấn đề từ khi xây dựng cho tới lúc vận hành, khai thác. Với quyền lực hành chính trong tay, chủ thể nhà nước có thể đưa ra các quy phạm pháp luật mới để điều chỉnh các vấn đề phát sinh nhằm đảm bảo hiệu quả của dự án đối với vấn đề an sinh xã hội, tuy nhiên những chế định mới như quyết định tạm dừng thu phí một số trạm BOT, liên tục thay đổi giữa phí và giá... có thể ảnh hưởng tới lợi ích của nhà đầu tư. Ký kết hợp đồng với chủ thể có quyền lực hành chính khiến nhà đầu tư rơi vào thế bị động, tăng mức độ rủi ro mà doanh nghiệp phải chịu khi tham gia dự án BOT.

Về vấn đề khước từ quyền miễn trừ quốc gia: ở các dự án BOT đặc biệt các dự án có yếu tố nước ngoài, vấn đề này rất được các nhà đầu tư quan tâm, chú trọng. Khi tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự, kinh tế theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, quốc gia được hưởng quy chế pháp lý đặc biệt, không những không ngang hàng với các cá nhân và pháp nhân mà còn được hưởng quyền miễn trừ tư pháp.

Cơ sở pháp lý quốc tế của quy chế pháp lý đặc biệt của quốc gia thể hiện ở việc xác định quốc gia là một thực thể có chủ quyền và là chủ thể đặc biệt trong tư pháp quốc tế, được thể hiện ở các nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia và bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia. Theo nguyên tắc này, Nhà nước này hoặc bất kỳ cơ quan nào của nhà nước này không có quyền xét xử nhà nước khác hoặc đại

diện của Nhà nước khác. Khi tham gia vào các quan hệ tư pháp quốc tế, quốc gia được hưởng quyền miễn trừ tư pháp tuyệt đối (được ghi nhận: Công ước Viên 1961 về quan hệ ngoại giao). Quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia là tuyệt đối ở mọi nơi, mọi lúc, trừ trường hợp quốc gia tự nguyện từ bỏ¹⁹.

Hiện nay, pháp luật về hợp đồng BOT ở Việt Nam chưa quy định về vấn đề khước từ quyền miễn trừ quốc gia. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền ký kết và thực hiện hợp đồng BOT với hai tư cách: tư cách là chủ thể thương mại và tư cách là cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền theo dõi, kiểm tra, giám sát hợp đồng. Với đặc thù chủ thể hợp đồng là nhà nước, trong khi pháp luật điều chỉnh về các dự án BOT không quy định về vấn đề khước từ quyền miễn trừ quốc gia, thì khi xảy ra tranh chấp trong quá trình thực hiện hợp đồng sẽ khó có thể đảm bảo được tính công bằng cho hai bên, có thể ảnh hưởng tới lợi ích của nhà đầu tư.

Có thể thấy để thúc đẩy hơn nữa việc phát triển cơ sở hạ tầng phục vụ công cuộc phát triển nền kinh tế theo hướng hiện đại hoá và công nghiệp hoá, việc nhận diện những đặc trưng của chủ thể hợp đồng BOT, mặt tích cực và điểm hạn chế phát sinh từ đặc trưng chủ thể nhà nước sẽ giúp đưa ra các giải pháp nhằm hoàn thiện hơn nữa các quy định pháp luật về chủ thể hợp đồng BOT.

2. Nguyên nhân dẫn đến những nét đặc thù của chủ thể là nhà nước trong hợp đồng BOT

Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa

¹⁹ Luật Dương Gia (2015), "Quốc gia là chủ thể đặc biệt của tư pháp quốc tế", <https://baotuonggia.vn/quoc-gia-la-chu-the-dac-biet-cua-tu-phap-quoc-te/>, ngày 17/8/2015

Việt Nam tham gia vào một số quan hệ pháp luật dân sự, kinh tế với tư cách là chủ thể đặc biệt. Tư cách chủ thể của Nhà nước không đặt ra như tư cách chủ thể của các chủ thể khác. Nhiều cơ quan nhà nước tham gia vào các quan hệ dân sự, kinh tế với tư cách là chủ thể độc lập, bình đẳng nhưng Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam tham gia với tư cách là chủ thể đặc biệt.

Nhà nước là chủ thể đặc biệt trong các quan hệ xã hội nói chung và các quan hệ dân sự, kinh tế nói riêng bởi các lẽ sau⁽⁶⁾:

Thứ nhất, Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân... tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức⁽⁷⁾. Nhà nước nắm quyền lãnh đạo thống nhất, toàn diện về chính trị, kinh tế, văn hóa, đối ngoại theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Nhà nước là người đại diện cho toàn dân và là một tổ chức chính trị - quyền lực.

Nhà nước là đại diện chủ sở hữu đối với tài sản thuộc chế độ sở hữu toàn dân⁽⁸⁾. Nhà nước tự quy định cho mình các quyền trong các quan hệ mà Nhà nước tham gia, trình tự, cách thức thực hiện các quyền và nghĩa vụ trong các quan hệ đó. Đối với hợp đồng BOT, Nhà nước cũng tự quy định các vấn đề thực hiện hợp đồng thông qua các văn bản quy phạm pháp luật như: Nghị định 63/2018/NĐ-CP, Thông tư 09/2018/TT-BKHD, Thông tư 19/2019/TT-BGTVT....

Thứ hai, Nhà nước là chủ thể của tất cả các ngành luật trong hệ thống pháp luật của Nhà nước ta. Do đó, nhà nước có trong tay quyền lực hành chính để chi phối mọi hoạt động của các dự án BOT.

Thứ ba, Nhà nước trực tiếp nắm quyền

định đoạt tối cao đối với các tài sản mà pháp luật quy định thuộc chế độ sở hữu toàn dân. Những tài sản có ý nghĩa quyết định đến nền tảng kinh tế của toàn xã hội. Nhà nước giao quyền của mình cho các cơ quan nhà nước thực hiện quyền quản lý các tài sản, giao cho các tổ chức kinh tế, tổ chức chính trị, chính trị - xã hội và các tổ chức khác, cá nhân thực hiện các quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt các tài sản của Nhà nước; quy định về trình tự, giới hạn thực hiện các quyền đó. Nhà nước ủy quyền cho các cơ quan nhà nước tham gia vào các quan hệ dân sự, kinh tế như: ngân hàng, kho bạc, phát hành các kỳ phiếu, trái phiếu, công trái.

Với tư cách là chủ thể đặc biệt, là người đại diện cho toàn dân và là một tổ chức chính trị - quyền lực, Nhà nước đã tạo ra nhiều nét đặc thù của chủ thể khi tham gia vào hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (BOT). Với những nét đặc thù trên chủ thể là nhà nước hoàn toàn có thể chi phối hoạt động của nhà đầu tư.

3. Khuyến nghị

Khung pháp lý là cơ sở quan trọng nhất quy định quyền, nghĩa vụ của các chủ thể tham gia vào quan hệ pháp luật hợp đồng BOT, đồng thời tạo nên hành lang bảo vệ môi trường đầu tư theo hình thức đối tác công tư BOT. Môi trường pháp lý đầy đủ, đồng bộ, hiệu lực cao luôn là điều kiện cần cho kênh huy động nguồn lực từ phía đối tác tư cho phát triển cơ sở hạ tầng, giảm gánh nặng cho ngân sách Nhà nước. Từ những phân tích ở trên, tác giả đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện các quy

⁽⁶⁾ Chính Phủ (2010). *Tìm hiểu luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước*. NXB Dân Trí.

⁽⁷⁾ Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

⁽⁸⁾ Điều 53 Hiến pháp năm 2013 và Điều 197 Bộ Luật dân sự số 91/2015/QH13.

định pháp luật liên quan đến chủ thể tham gia vào quan hệ pháp luật hợp đồng BOT như sau:

Thứ nhất, cần ban hành một văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành có hiệu lực pháp lý cao (Luật) nhằm điều chỉnh các quan hệ pháp luật về đối tác công tư (PPP) nói chung và Hợp đồng BOT nói riêng, mặc dù Nghị quyết số 137/NQ-UBTVQH14 ngày 21/10/2017 và Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/5/2018 khi được ban hành được ghi nhận là đã tháo gỡ một số khó khăn, pháp lý vướng mắc hiện hành liên quan đến chế định về hợp đồng BOT, tuy nhiên các nhà đầu tư đều đánh giá là khung pháp lý cho hợp đồng BOT hiện nay chưa có tính ổn định cao vì đặc thù của hợp đồng BOT thường dài hạn 20 - 30 năm, nhiều rủi ro, quy mô đầu tư lớn, vấn đề bảo lãnh, ưu đãi... chưa được quan tâm cụ thể, vì vậy chủ thể đầu tư cũng như bên cho vay thường yêu cầu tính bền vững của các quy định pháp luật điều chỉnh hợp đồng. Do vậy, rủi ro khi chủ thể là cơ quan nhà nước có thẩm quyền thay đổi chính sách là hiện hữu đối với các chủ thể đầu tư, dẫn tới việc nhiều nhà đầu tư đề xuất áp dụng bảo lãnh hoặc yêu cầu một mức lợi nhuận cao hơn, thời gian thu hồi vốn dài hơn nhằm bù đắp cho những rủi ro mà nhà đầu tư phải chịu. Điều này gián tiếp làm tăng chi phí của bản thân dự án, chi phí xã hội để thực hiện dự án BOT (thời gian thu phí kéo dài cũng ảnh hưởng tới người dân sử dụng dịch vụ) cũng như chưa thu hút được nhiều nhà đầu tư quốc tế do cam kết từ phía Nhà nước còn thấp. Bên cạnh đó, việc xây dựng khung pháp lý với hiệu lực cao hơn (cấp Luật) góp phần nâng cao hiệu quả thực hiện hợp đồng BOT, khắc phục được các tồn tại, bất cập do khâu thực thi

trong bối cảnh thiếu chế tài đối với hành vi vi phạm.

Thứ hai, về áp dụng nguyên tắc tự do ý chí, bình đẳng, tự nguyện, thỏa thuận.

Mục đích của pháp luật về hợp đồng là nhằm bảo vệ quyền tự do ý chí của các bên và Hợp đồng BOT cũng không là ngoại lệ. Pháp luật về hợp đồng của Việt Nam hiện nay được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại... tuy nhiên, Bộ luật Dân sự được coi là luật gốc quy định các vấn đề chung về hợp đồng, là nền tảng cho pháp luật về hợp đồng, điều chỉnh các quan hệ hợp đồng được xác lập trên nguyên tắc các chủ thể bình đẳng, tự nguyện, tự thỏa thuận và tự chịu trách nhiệm. Các quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự được áp dụng chung cho tất cả các loại hợp đồng, không phân biệt hợp đồng dân sự hay hợp đồng kinh tế, hợp đồng có mục đích kinh doanh hay hợp đồng nhằm đáp ứng các nhu cầu sinh hoạt hàng ngày. Trên cơ sở các quy định chung về hợp đồng của Bộ luật Dân sự, hợp đồng BOT có thể có những đặc thù riêng, nhưng nguyên tắc tự do ý chí, bình đẳng, tự nguyện, thỏa thuận cần được chú trọng quan tâm áp dụng nhằm bảo vệ chủ thể là nhà đầu tư, bởi trong quan hệ hợp đồng BOT, nhà nước tham gia với cả hai chức năng, nhân danh là chủ thể quyền lực và đồng thời là chủ thể thương mại thông thường nhưng bản chất của hợp đồng là bình đẳng, thỏa thuận nên dù có là chủ thể đặc biệt đi nữa thì cũng cần tuân thủ nguyên tắc nêu trên để kênh huy động vốn dưới hình thức hợp đồng BOT ngày càng phát triển, giảm áp lực cho ngân sách, đồng thời đóng góp cho sự phát triển kinh tế xã hội ngày càng bền vững.

Thứ ba, vấn đề chuyển từ quyền miễn trừ quốc gia: Cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ký kết và thực hiện hợp đồng với hai tư cách: tư cách là một bên của hợp đồng và tư cách là một cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền theo dõi, kiểm tra, giám sát hợp đồng. Do cơ quan quản lý Nhà nước tham gia vào quan hệ pháp luật hợp đồng nên cơ quan này phải nên từ bỏ quyền miễn trừ quốc gia. Việc từ bỏ quyền miễn trừ quốc gia này là phù hợp với thông lệ quốc tế.

Thứ tư, về áp dụng pháp luật: Trong các hợp đồng dự án theo hình thức BOT thường có sự tham gia của các nhà đầu tư nước ngoài là một bên chủ thể của dự án, khi đó hợp đồng dự án trở thành hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Vì vậy, việc lựa chọn hệ thống pháp luật áp dụng, điều chỉnh cho việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quyền nghĩa vụ và giải quyết tranh chấp khi xảy ra vi phạm của các bên tham gia cũng là quy định cần thiết và có tính chất bắt buộc. Bởi lẽ, quy định này ảnh hưởng trực tiếp quyền và nghĩa vụ của các bên, tác động đến tâm lý của nhà đầu tư cũng như chính sách thu hút vốn đầu tư nước ngoài vào Việt Nam.

Kết luận

Sự tham gia của chủ thể “cơ quan nhà nước có thẩm quyền” với tư cách là một chủ thể đặc biệt và bắt buộc trong hợp đồng BOT được lý giải bởi chính đôi tượng của hợp đồng BOT. Đó là quyền xây dựng, kinh doanh, chuyển giao các công trình cơ sở hạ tầng, và khi kết thúc thời hạn của dự án sẽ được chuyển giao cho Nhà nước. Sự tham gia của chủ thể Nhà nước là tối cần thiết trong suốt quá trình đầu tư từ khi lập dự án tiến khả thi, khả thi, lựa chọn nhà đầu tư, đàm phán, ký kết hợp đồng xây dựng, khai thác, bảo trì và chuyển giao. Từ những phân tích, đánh giá về những điểm tích cực, hạn chế như trên, tác giả mong

muốn dưới góc độ là chủ thể đặc biệt “cơ quan nhà nước có thẩm quyền” sẽ sớm hoàn thiện pháp luật về hợp đồng BOT để tận dụng khả năng và nguồn vốn của khu vực tư nhân cũng như các nước khác trên thế giới để xây dựng, kinh doanh công trình kết cấu hạ tầng vốn thuộc về trách nhiệm của Nhà nước, làm giảm gánh nặng bội chi trong ngân sách, đồng thời tạo ra cơ chế hữu hiệu trong việc đầu tư của tư nhân phục vụ lợi ích công cộng.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Hiến pháp nước Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam ngày 28/11/2013;
2. Bộ Luật Dân sự số 91/2015/QH13.
3. Công ước Viên 1961 về quan hệ ngoại giao.
4. Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/05/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư.
5. Thông tư số 09/2018/TT-BKHĐT ngày 28/12/2018 hướng dẫn thực hiện một số điều của Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/5/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư.
6. Nguyễn Thị Láng (2007), “Vấn đề chủ thể hợp đồng BOT trong bối cảnh Việt Nam là thành viên WTO”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 103.
7. Luật Dương Gia (2015), “Quốc gia là chủ thể đặc biệt của tư pháp quốc tế”, <https://luatduonggia.vn/quoc-gia-la-chu-the-dac-biet-cua-tu-phap-quoc-te/> ngày 11/8/2015.
8. Chính Phủ (2010), *Tim hiểu luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước*, Nxb. Dân Trí.
9. Nguyễn Thị Láng (2009). Luận án Tiến sỹ đề tài “Hợp đồng BOT trong pháp luật hiện hành và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam”.