



Original Article

Violations of the Investor in the PPP Contract and the Compensation by the State in case of Premature Termination of PPP Contract

Cao Thi Thuy Nhu*

Thu Dau Mot University, No. 6 Tran Van On, Phu Hoa, Thu Dau Mot, Binh Duong, Vietnam

Received 15 September 2021

Revised 13 August 2021; Accepted 13 June 2022

Abstract: Although the termination of a PPP contract due to a breach of a private partner rarely occurs, the possibility of such termination is still substantial. In such cases, the State's compensation to the investor before receiving the project needs to be foreseen. Thus, this paper will focus on analyzing a number of aspects related to this issue, including the violations of investors leading to the termination of PPP contracts, the State's compensation to investors and other considerations of the State when deciding to terminate the contracts. The paper's findings will be concluded by examining Vietnam's legal regulations, referring to UNCITRAL's recommendations, and considering the experience in dealing with similar cases in some countries.

Keywords: Breach of PPP contract; compensation; premature termination of contract.

* Corresponding author.

E-mail address: nhuctt@tdmu.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4393>

Vi phạm của nhà đầu tư trong hợp đồng PPP và vấn đề bồi thường của Nhà nước khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn

Cao Thị Thùy Như*

Trường Đại học Thủ Dầu Một, Số 6, Trần Văn Ôn, Phú Hòa, Thủ Dầu Một, Bình Dương, Việt Nam

Nhận ngày 15 tháng 9 năm 2021

Chỉnh sửa ngày 13 tháng 8 năm 2021; Chấp nhận đăng ngày 13 tháng 6 năm 2022

Tóm tắt: Việc chấm dứt hợp đồng PPP do vi phạm của phía đối tác tư nhân mặc dù ít có tiền lệ nhưng hoàn toàn có khả năng xảy ra. Khi đó, vấn đề bồi thường của Nhà nước đối với nhà đầu tư trước khi tiếp nhận công trình dự án là một vấn đề cần được dự liệu trước. Bài viết sẽ tập trung phân tích một số khía cạnh liên quan đến vấn đề này, bao gồm những vi phạm của nhà đầu tư dẫn đến chấm dứt hợp đồng PPP, việc bồi thường của Nhà nước đối với nhà đầu tư và những cân nhắc của Nhà nước khi quyết định chấm dứt hợp đồng. Kết quả nghiên cứu của bài viết sẽ được thực hiện dựa trên quy định pháp luật Việt Nam, tham khảo khuyến nghị của UNCITRAL và kinh nghiệm giải quyết những vụ việc tương tự ở một số quốc gia trên thế giới.

Từ khóa: Vi phạm hợp đồng PPP, bồi thường, chấm dứt hợp đồng trước hạn.

1. Giới thiệu

Phương thức đối tác công tư (PPP) được đánh giá là phương thức mua sắm mang tính ưu việt hơn so với phương thức mua sắm công truyền thống, đặc biệt phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của các quốc gia đang phát triển [1]. Khi quyết định sử dụng phương thức mua sắm này, hầu hết các quốc gia đều tin rằng dự án sẽ được triển khai thành công. Tuy nhiên trên thực tế, không ít dự án phải kết thúc trong thất bại. Theo thống kê của Ngân hàng Thế giới, 364/8173 (chiếm 4,5%) dự án PPP được triển khai phải chấm dứt trước hạn [2]. Trong khi đó, ở châu Mỹ La Tinh, 75% số dự án PPP trong lĩnh vực cấp nước của khu vực này đã phải đàm phán lại chỉ trung bình 1,6 năm sau khi ký kết [3].

Một trong những nguyên nhân dẫn đến việc hợp đồng PPP phải chấm dứt trước hạn là do nhà

đầu tư (sau đây viết tắt là NĐT) vi phạm nghĩa vụ hợp đồng dẫn đến hiệu quả dự án không đạt được như kỳ vọng của Nhà nước và của người sử dụng dịch vụ. Khi đó, với vai trò là một bên đối tác trong hợp đồng PPP và là chủ thể bảo vệ lợi ích công cộng, Nhà nước có thể tiến hành can thiệp bằng nhiều biện pháp. Chẳng hạn, thông qua một hành động không chính thức bằng cách cảnh báo với NĐT về việc các vi phạm cần được khắc phục; hoặc thông qua một hành động chính thức và cứng rắn hơn bằng cách áp dụng chế tài xử lý vi phạm hợp đồng (giảm phí dịch vụ/ phạt vi phạm); hoặc trường hợp xấu nhất là rút lại quyền thực hiện dự án bằng cách chấm dứt hợp đồng dự án [4]. Thực chất, chấm dứt hợp đồng là biện pháp không được khuyến khích do lo ngại về những hậu quả để lại sau đó. Tuy nhiên, khi không còn sự kỳ vọng nào về sự thành công của dự án thì chấm dứt hợp đồng vẫn là một giải pháp tất yếu.

* Tác giả liên hệ.

Địa chỉ email: nhuctt@tdmu.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4393>

Có rất nhiều mối quan tâm trước và sau khi chấm dứt hợp đồng PPP, bao gồm trường hợp nào nên áp dụng loại chế tài nghiêm khắc này, khoản tiền bồi thường cho NĐT khi chấm dứt hợp đồng, hướng xử lý những công việc còn dang dở trong dự án và đặc biệt là quyền lợi của người sử dụng dịch vụ. Do vậy, việc cân nhắc cân trọng trước khi quyết định áp dụng chế tài này cũng như tính toán hướng xử lý hậu quả để lại là rất quan trọng. Tuy nhiên, điều này sẽ khó khăn hơn trong trường hợp hợp đồng PPP chưa dự liệu trước các vấn đề liên quan đến việc chấm dứt hợp đồng trước hạn, bởi sự lạc quan quá mức của các bên vào thời điểm ký kết hợp đồng [3].

Xuất phát từ những lý do trên và với mong muốn cung cấp một số khuyến nghị liên quan đến việc chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn do NĐT vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, bài viết sẽ tập trung phân tích ba vấn đề: i) hành vi vi phạm hợp đồng PPP dẫn đến việc chấm dứt hợp đồng trước hạn; ii) hậu quả pháp lý của việc chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn (chủ yếu tập trung vào vấn đề bồi thường của Nhà nước đối với NĐT); và iii) những cân nhắc của Nhà nước khi quyết định chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn (vấn đề tập trung vào những lo ngại của Nhà nước liên quan đến vấn đề bồi thường cho NĐT). Trong quá trình phân tích các nội dung trên, bài viết sẽ tham khảo một số khuyến nghị của Ủy ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL) cũng như kinh nghiệm giải quyết một số vụ việc tương tự ở một số quốc gia trên thế giới.

2. Cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu

2.1. Cơ sở lý thuyết

Hai lý thuyết thuộc trường phái kinh tế học pháp luật được tác giả sử dụng để luận giải cho các nội dung được đề cập trong bài viết đó là Lý thuyết về hợp đồng và Lý thuyết về các bên liên quan. Lý do sử dụng hai lý thuyết trên, trước hết, hợp đồng PPP dù là hợp đồng giữa hai bên đối tác công tư nhưng vẫn mang bản chất của một hợp đồng nói chung. Do vậy, các vấn đề liên quan đến vi phạm hợp đồng, bồi thường hợp đồng hay nguyên tắc thiện chí trong việc thực

hiện và chấm dứt hợp đồng đều phải được giải thích thông qua Lý thuyết về hợp đồng. Sau đó, với vai trò đặc biệt của mình trong quan hệ PPP, Nhà nước không chỉ tính đến quyền lợi của mình khi thực hiện và chấm dứt hợp đồng PPP mà còn phải tính đến quyền lợi của các bên liên quan khác (NĐT, cộng đồng) và xa hơn là duy trì, phát triển thị trường PPP Việt Nam. Lý thuyết về các bên liên quan sẽ được sử dụng để luận giải vấn đề trên.

Câu hỏi đặt ra khi nghiên cứu chủ đề bài viết đó là “Vi phạm nào của NĐT có thể dẫn đến chấm dứt hợp đồng PPP? Vấn đề bồi thường của Nhà nước đối với NĐT được giải quyết như thế nào và liệu rằng điều đó có ảnh hưởng gì đến quyết định chấm dứt hợp đồng của phía Nhà nước?”. Giả thuyết ban đầu được đặt ra, chỉ những vi phạm nghiêm trọng và không còn kỳ vọng nào về sự thành công của dự án mới là căn cứ để phía đối tác công đề nghị chấm dứt hợp đồng PPP. Khi đó, vấn đề bồi thường (hay đền bù) đối với những gì mà NĐT đã đầu tư vào dự án là một vấn đề chưa có sự thống nhất. Và đôi khi, chính điều đó sẽ trở thành rào cản khi Nhà nước quyết định chấm dứt hợp đồng dự án.

2.2. Phương pháp nghiên cứu

Để trả lời câu hỏi nghiên cứu và chứng minh giả thuyết nghiên cứu, bài viết sẽ sử dụng chủ yếu ba phương pháp nghiên cứu sau: i) phương pháp nghiên cứu lý thuyết để làm rõ những vấn đề lý luận và pháp lý về đối tượng nghiên cứu; ii) phương pháp so sánh để làm rõ sự tương đồng và khác biệt trong quan điểm lập pháp của Việt Nam với khuyến nghị của UNCITRAL và một số quốc gia trên thế giới liên quan đến đối tượng nghiên cứu; và iii) phương pháp quan sát thực tế được sử dụng để khảo sát thực tiễn giải quyết một số vụ việc liên quan đến đối tượng nghiên cứu, làm cơ sở để đánh giá và đề xuất quan điểm cá nhân.

3. Kết quả nghiên cứu và thảo luận

3.1. Vi phạm hợp đồng PPP làm căn cứ chấm dứt hợp đồng trước hạn

Với bản chất là một hợp đồng, hợp đồng PPP ràng buộc hai bên đối tác công và tư bằng những nghĩa vụ cụ thể. Và khi nghĩa vụ bị vi phạm, bên bị vi phạm có quyền áp dụng chế tài đối với bên còn lại. Điều này được ủng hộ trong Lý thuyết về hợp đồng khi cho rằng hợp đồng cần thiết kế trước “cái giá phải trả” khi vi phạm hợp đồng để các bên cân nhắc lựa chọn trước khi vi phạm [5]. Bàn về hợp đồng PPP, các tác giả cũng ủng hộ mạnh mẽ việc hợp đồng PPP cần thiết kể những điều khoản liên quan đến vấn đề giám sát dự án và xử lý vi phạm như một công cụ tác động đến hành vi và hiệu quả hoạt động của phía đối tác tư nhân trước sự không chắc chắn những gì có thể xảy ra trong khoảng thời gian dài thực hiện dự án [6]. Dù vậy, việc áp dụng một biện pháp chế tài đặc biệt nghiêm khắc như chấm dứt hợp đồng lại là vấn đề không đơn giản.

Câu hỏi đầu tiên được đặt ra khi bàn về việc áp dụng chế tài chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn đó là, liệu rằng những vi phạm nào sẽ là căn cứ để Nhà nước chấm dứt hợp đồng với đối tác của mình. Suy luận theo logic thông thường, chắc hẳn đây sẽ phải là những vi phạm đặc biệt nghiêm trọng (về tính chất hành vi và hậu quả) thì mới có thể áp dụng biện pháp chế tài nghiêm khắc nhất. Về phía UNCITRAL, tổ chức này cho rằng chế tài chấm dứt hợp đồng chỉ nên được áp dụng với những hành vi vi phạm nghiêm trọng, lặp đi lặp lại và không còn sự kỳ vọng nào về việc có thể tiếp tục hợp đồng với NĐT¹. Cách giải thích trên có vẻ hợp lý và đơn giản, thế nhưng câu hỏi tiếp theo được đặt ra đó là thế nào được xem là “vi phạm nghiêm trọng” hay “vi phạm đặc biệt nghiêm trọng” làm cơ sở để chấm dứt hợp đồng. Bởi lẽ, đây là thuật ngữ khá chung chung và nhiều khả năng sẽ dẫn đến tranh chấp giữa các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng nếu không được giải thích rõ ràng.

Theo cách giải thích của Bộ luật Dân sự 2015, vi phạm nghiêm trọng là việc không thực hiện đúng nghĩa vụ của một bên đến mức làm

cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng². Quan điểm tương tự cũng được áp dụng trong thực tiễn xét xử các vụ tranh chấp hợp đồng tại Nhật Bản, khi Tòa án tối cao nước này cho rằng vi phạm nghĩa vụ phụ trong hợp đồng không được xem là vi phạm nghiêm trọng, bởi mục đích của hợp đồng về cơ bản không bị ảnh hưởng nhiều [7].

Về phía pháp luật PPP, Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư 2020 (sau đây viết tắt là Luật PPP 2020) có đề cập đến vấn đề chấm dứt hợp đồng PPP khi một trong các bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng³. Tuy nhiên, Luật không giải thích thế nào là vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng PPP, đồng thời cũng không liệt kê trường hợp nào được xem là vi phạm nghiêm trọng làm căn cứ chấm dứt hợp đồng. Điều này ngụ ý rằng các vấn đề liên quan sẽ được giải quyết theo quy định chung của pháp luật hợp đồng.

Tham khảo Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, tài liệu này không cố gắng giải thích thế nào là vi phạm nghiêm trọng dẫn đến chấm dứt hợp đồng PPP. Thay vào đó, UNCITRAL chỉ khuyến nghị rằng khái niệm trên cần được các bên thể hiện trong hợp đồng dự án. Và nếu có thể, nên đưa ra một vài trường hợp ví dụ về vi phạm nghiêm trọng, nhưng không nên cố gắng liệt kê danh sách các trường hợp này bởi chúng rất đa dạng trên thực tế⁴. Dù vậy, UNCITRAL lại nhấn mạnh một loại vi phạm được xem là vi phạm nghiêm trọng làm căn cứ để chấm dứt hợp đồng PPP, đó là trường hợp NĐT gian lận/ hối lộ để có được dự án hoặc để được cấp phép thực hiện công trình dự án. Căn cứ chấm dứt hợp đồng này được đặc biệt ủng hộ từ khi Công ước của Liên Hiệp quốc về chống tham nhũng (*United Nations Convention against Corruption*) có hiệu lực và các quốc gia nỗ lực hành động để chống tham nhũng theo tinh thần của Công ước⁵.

¹ UNCITRAL Legislative Guide on Public - Private Partnerships (phiên bản 2020) (sau đây gọi là Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL), Đoạn 17 Mục V-D-1.

² Khoản 2 Điều 423 Bộ Luật Dân sự 2015.

³ Điểm d khoản 2 Điều 52 Luật PPP 2020.

⁴ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 18 Mục V-D-1.

⁵ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 19 Mục V-D-1.

Ngoài trường hợp vi phạm trên, UNCITRAL cũng liệt kê khá nhiều vi phạm điển hình làm căn cứ chấm dứt hợp đồng PPP để các quốc gia tham khảo trong quá trình thiết kế hợp đồng. Theo đó, các vi phạm này được chia thành 3 nhóm, đó là i) vi phạm xảy ra trước giai đoạn xây dựng công trình; ii) vi phạm xảy ra trong giai đoạn xây dựng công trình; và iii) vi phạm xảy ra trong quá trình vận hành công trình, cung cấp dịch vụ công.

Về nhóm vi phạm trước khi xây dựng, nếu NĐT không tiến hành xây dựng công trình hoặc không thể xây dựng công trình hoặc không nộp kế hoạch, thiết kế xây dựng theo yêu cầu trước khi bắt đầu xây dựng công trình thì xem như NĐT vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng. Tuy nhiên, nếu vi phạm này xuất phát từ lỗi của phía Nhà nước, chẳng hạn NĐT không được cấp phép xây dựng mà không phải do lỗi của NĐT, thì đó lại là trường hợp loại trừ⁶.

Về nhóm vi phạm trong quá trình xây dựng, các vi phạm được liệt kê bao gồm i) không tuân thủ quy định, thông số kỹ thuật của công trình hoặc các tiêu chuẩn thiết kế, hiệu suất tối thiểu và không thể hoàn thành công việc theo đúng tiến độ; ii) không tuân thủ các quy định pháp luật lao động, an sinh xã hội đối với người lao động; iii) không cung cấp/ gia hạn các biện pháp bảo đảm theo yêu cầu; và iv) các vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng khác. Dù liệt kê khá nhiều vi phạm được xem là nghiêm trọng, nhưng UNCITRAL cũng nhấn mạnh rằng việc áp dụng chế tài chấm dứt hợp đồng cần xem xét đến sự tương xứng giữa mức độ vi phạm và hậu quả. Chẳng hạn, nếu Nhà nước đã ấn định ngày hoàn thành công trình trong hợp đồng và ngày này có ý nghĩa quan trọng trong việc xúc tiến một công việc khác, thì việc NĐT vi phạm tiến độ công trình làm ảnh hưởng đến tiến độ công việc tiếp theo sẽ là căn cứ để chấm dứt hợp đồng⁷.

Về nhóm vi phạm trong quá trình vận hành công trình, các vi phạm được liệt kê bao gồm i) không cung cấp dịch vụ công theo tiêu chuẩn

chất lượng đã thỏa thuận trong hợp đồng và trong pháp luật liên quan, bao gồm cả việc bỏ qua các biện pháp kiểm soát giá dịch vụ; ii) tạm ngừng hoặc gián đoạn việc cung cấp dịch vụ công mà không có sự chấp thuận của Nhà nước; iii) không bảo trì công trình theo thỏa thuận hoặc chậm trễ trong việc bảo trì mà không có lý do chính đáng; iv) không tuân thủ các biện pháp xử lý vi phạm do Nhà nước đưa ra đối với các hành vi vi phạm trong quá trình vận hành công trình. Ngoài ra, UNCITRAL cũng nhấn mạnh rằng có thể xem hành vi gian lận thuế hoặc hành vi hối lộ của NĐT đối với công chức nhà nước để bỏ qua những vi phạm trong quá trình vận hành công trình là hành vi vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng. Đây là cơ chế chống tham nhũng hiệu quả và khuyến khích NĐT khiếu nại nếu bị công chức nhà nước nhũng nhiễu trong quá trình thực hiện dự án PPP⁸.

Các vi phạm được UNCITRAL liệt kê trên có phần tương thích với loại hợp đồng PPP có điều khoản xây dựng và vận hành, điển hình là hợp đồng BOT đang được áp dụng phổ biến ở nước ta. Qua các hành vi được liệt kê, có thể nhận thấy rằng UNCITRAL rất chú trọng đến vấn đề chất lượng công trình/ dịch vụ công, tiến độ thực hiện dự án và tính liên tục của việc cung cấp dịch vụ. Điều này phù hợp với quan điểm của UNCITRAL thể hiện xuyên suốt trong Hướng dẫn lập pháp về PPP của mình, đó là bảo vệ quyền lợi của công chúng những người sử dụng dịch vụ.

Ở nước ta, việc chấm dứt hợp đồng PPP do vi phạm của NĐT dường như chưa có nhiều tiền lệ. Năm 2014, dự án BOT mở rộng Quốc lộ 14 qua tỉnh Đắk Lắk do Công ty Cổ phần BOT Quang Đức làm doanh nghiệp dự án đã từng bị đề nghị chấm dứt hợp đồng do chậm tiến độ xây dựng và để xảy ra tranh chấp kéo dài với các đơn vị thi công xây lắp, nhưng sau đó chế tài này không được áp dụng [8]. Thời điểm gần nhất, dự án BOT đoạn tuyến nối đường Võ Văn Kiệt đến

⁶ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 21, 22 Mục V-D-1.

⁷ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 23, 24 Mục V-D-1.

⁸ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 25, 26 Mục V-D-1.

cao tốc TP. Hồ Chí Minh – Trung Lương do Công ty Yên Khánh làm NĐT đang trong giai đoạn thực hiện các thủ tục chấm dứt hợp đồng trước hạn. Nguyên nhân được cho là do NĐT vi phạm thỏa thuận về tiến độ xây dựng, không chứng minh được nguồn vốn chủ sở hữu và vốn vay để thực hiện hợp đồng, đồng thời NĐT đang bị cáo buộc liên quan đến việc gian lận trong một dự án khác [9]. Dù không tiếp cận được các điều khoản hợp đồng của hai dự án trên, nhưng có thể nhận thấy rằng các vi phạm dẫn đến đề nghị chấm dứt hợp đồng PPP là các vi phạm liên quan đến tiến độ xây dựng, bố trí nguồn vốn xây dựng và chất lượng công trình dự án. Đây là các vi phạm cơ bản của hợp đồng và chế tài chấm dứt hợp đồng được đề nghị áp dụng sau khi cơ quan có thẩm quyền đã làm việc với NĐT mà không còn kỳ vọng nào về việc NĐT có thể khắc phục vi phạm.

Như vậy, có thể kết luận rằng vi phạm dẫn đến chấm dứt hợp đồng PPP phải là những vi phạm nghiêm trọng và đi kèm với đó sẽ là những hậu quả dẫn đến việc các bên không đạt được mục đích đặt ra khi ký kết hợp đồng. Dù không thể liệt kê chi tiết và đầy đủ tất cả những vi phạm nào được xem là vi phạm nghiêm trọng, nhưng khuyến nghị của UNCITRAL có thể là một nguồn tham khảo cho cơ quan ký kết hợp đồng khi thiết lập hợp đồng PPP. Song song đó, cũng không loại trừ một định nghĩa bao quát về “vi phạm nghiêm trọng” để có thể linh hoạt áp dụng trong từng trường hợp cụ thể, cộng với một cơ chế giải quyết tranh chấp hiệu quả để phòng trường hợp có bất đồng quan điểm của các bên trong việc xác định vi phạm nghiêm trọng làm căn cứ chấm dứt hợp đồng PPP.

3.2. Vấn đề bồi thường của Nhà nước khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn

Câu hỏi đầu tiên được đặt ra khi đề cập đến vấn đề này đó là tại sao Nhà nước phải bồi thường cho NĐT trong khi NĐT mới chính là chủ thể vi phạm hợp đồng dẫn đến hợp đồng bị

chấm dứt trước hạn. Theo cách lý giải của UNCITRAL, cần phân biệt khoản bồi thường đã thỏa thuận trong hợp đồng PPP với khoản thiệt hại phải trả cho hành vi vi phạm hợp đồng. Cụ thể, khoản tiền bồi thường ở đây không mang bản chất bồi thường thiệt hại hay trừng phạt hành vi vi phạm, mà mang tính chất đền bù một cách công bằng và thỏa đáng khoản đầu tư mà NĐT đã bỏ ra và khoản lợi nhuận chưa thu hồi được do hợp đồng chấm dứt sớm⁹. Điều này có vẻ không thực sự hợp lý, bởi quyền lợi của bên vi phạm không nên được tính đến. Thế nhưng, UNCITRAL lại khuyến nghị rằng dù hợp đồng PPP bị chấm dứt vì bất kỳ lý do gì, dù có vi phạm hay không, thì quyền lợi chính đáng của các bên đều cần phải được tính đến¹⁰. Điều này có nghĩa rằng NĐT không bắt buộc phải chuyển giao miễn phí tài sản dự án cho Nhà nước hoặc NĐT mới, mà giá trị tài sản đó cần được đền bù thỏa đáng.

Quan điểm trên được ủng hộ bởi Lý thuyết về các bên liên quan [10]. Theo đó, với vai trò là chủ thể mang quyền lực công và kêu gọi đầu tư vào thị trường PPP, Nhà nước chính là trung tâm trong mối quan hệ PPP cùng với các bên liên quan là NĐT và cộng đồng. Khi đó, nếu Nhà nước vô trách nhiệm với các bên liên quan, thờ ơ trước quyền lợi của họ thì thị trường PPP khó có thể phát triển bền vững. Đặc biệt, trong một dự án PPP thất bại, khoản tiền bồi thường có thể là khoản tiền duy nhất mà NĐT nhận được khi chấm dứt hợp đồng, nên nếu việc bồi thường không được giải quyết thỏa đáng thì có thể sẽ giảm động lực đầu tư vào thị trường PPP.

Khảo sát quy định pháp luật Việt Nam, chúng ta có đề cập đến vấn đề bồi thường khi chấm dứt hợp đồng PPP như là một nội dung trong hợp đồng¹¹. Tuy nhiên, điểm đáng chú ý đó là Luật cho rằng vấn đề bồi thường chỉ được đặt ra khi hợp đồng dự án chấm dứt do lỗi của phía Nhà nước hoặc vì lý do lợi ích quốc gia, quốc phòng, an ninh, bí mật nhà nước. Riêng đối với trường hợp hợp đồng chấm dứt do vi phạm của NĐT, vấn đề bồi thường không được đặt ra. Thay

⁹ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 47 Mục V-E-2.

¹⁰ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 50 Mục V-E-2.

¹¹ Điểm h, k Khoản 1 Điều 47 Luật PPP 2020.

vào đó, NĐT có trách nhiệm chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp trong doanh nghiệp dự án cho NĐT thay thế¹². Với quy định trên, Nhà nước dường như đứng ngoài cuộc chơi trong trường hợp này và câu chuyện chỉ liên quan đến hai NĐT (NĐT cũ và NĐT thay thế).

Thực tế, việc NĐT mới trả một khoản bồi thường cho NĐT cũ để tiếp nhận dự án là vấn đề đã được UNCITRAL đề cập trong Hướng dẫn lập pháp về PPP của mình¹³. Điều này hoàn toàn hợp lý nhưng chỉ xảy ra trong trường hợp Nhà nước/ bên cho vay tìm kiếm được NĐT thay thế. Riêng đối với những dự án đã được xác định là không thể tìm kiếm lợi nhuận thì việc NĐT mới tiếp nhận dự án gần như không thể. Vậy nên, việc Nhà nước tiếp nhận dự án để đảm bảo tính liên tục của dịch vụ công là tất yếu và cũng cần được pháp luật PPP dự liệu.

Câu hỏi tiếp theo được đặt ra đó là làm thế nào để tính toán mức bồi thường cho NĐT khi chấm dứt hợp đồng. Vấn đề này thường không được điều chỉnh trong pháp luật PPP. Bởi lẽ, giai đoạn thực hiện hợp đồng dự án là giai đoạn đã xuất hiện “luật riêng” của các bên (tức hợp đồng dự án) nên pháp luật PPP thường sẽ nhường quyền cho các bên thỏa thuận vấn đề này trong hợp đồng, thay vì đặt ra một quy định cứng trong văn bản luật. Pháp luật PPP Việt Nam cũng không ngoại lệ.

Theo khảo sát của Trung tâm chuyên môn về PPP Châu Âu (*European PPP Expertise Centre - EPEC*), cách thiết kế điều khoản bồi thường chấm dứt hợp đồng của 16 quốc gia Châu Âu có sự khác nhau. Thậm chí, trong cùng một quốc gia như Trung Quốc, mỗi địa phương lại có cách tính toán khoản bồi thường khác nhau [2]. Vì vậy, không có một cách tính toán nào được xem là đúng hay chuẩn mực. Thay vào đó, chỉ có thể tham khảo một số cách được sử dụng trong một số hợp đồng PPP trên thực tế.

Theo khuyến nghị của UNCITRAL, trong trường hợp hợp đồng PPP chấm dứt do lỗi của NĐT, Nhà nước sẽ bồi thường số vốn mà NĐT

đã đầu tư vào dự án để có thể tiếp nhận phần công trình dự án đã được đầu tư¹⁴. Cách thức tương tự cũng được sử dụng trong một dự án PPP được thực hiện ở Vương quốc Anh – dự án Phòng thí nghiệm vật lý quốc gia (*National Physical Laboratory - NPL*). Hợp đồng dự án được ký kết vào năm 1998 giữa Bộ Thương mại và Công nghiệp (*Department of Trade and Industry*) với NĐT là Công ty Laser. Theo hợp đồng, Laser sẽ xây dựng và quản lý các cơ sở mới cho NPL và nhận khoản phí cố định là 11,5 triệu bảng Anh khi các công trình này được đưa vào sử dụng. Tuy nhiên, việc tính toán sai các vấn đề về kỹ thuật của công trình dẫn đến Laser không thể hoàn thành công trình như thỏa thuận với Nhà nước. Hai bên thỏa thuận chấm dứt hợp đồng trước thời hạn và vấn đề bồi thường cho Laser được đặt ra. Khi đó, khoản bồi thường được Nhà nước trả cho Laser là 75 triệu bảng Anh, bao gồm khoản tiền Laser đã bỏ ra đầu tư và khoản nợ Laser chưa thanh toán. Nói cách khác, Laser sẽ nhận được khoản vốn chủ sở hữu mà họ đã bỏ ra, cộng với khoản vốn vay để đầu tư vào dự án. Sau đó, Nhà nước tiếp quản công trình và tiếp tục đầu tư.

Theo đánh giá, khoản tiền bồi thường cho Laser trong dự án trên là thỏa đáng. Mặc dù Laser không thể hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng dẫn đến dự án thất bại và chậm 5 năm so với tiến độ dự kiến, nhưng những công việc mà họ đã thực hiện chính là nền tảng để Nhà nước tiếp tục công việc còn dang dở. Bên cạnh đó, khi phân tích nguyên nhân dẫn đến thất bại, hai bên thừa nhận rằng phía đối tác công cũng có một phần lỗi khi không can thiệp vào thiết kế xây dựng công trình ngay từ đầu bởi lo ngại “trách nhiệm và bị đổ lỗi” nếu sự can thiệp đó không đúng. Chính sự thiếu hợp tác này là một phần nguyên nhân dẫn đến việc NĐT mất cơ hội sửa chữa kịp thời sai sót mà đáng ra có thể sửa chữa ngay từ đầu [2].

Như vậy, có thể khẳng định rằng vấn đề bồi thường (hay đền bù) cho NĐT khi chấm dứt hợp đồng PPP là cần thiết để bù đắp một phần tổn

¹² Khoản 2, 6 Điều 52 Luật PPP 2020.

¹³ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 43 Mục V-E-1.

¹⁴ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 48 Mục V-E-2.

thất của NĐT theo nguyên tắc thiện chí giữa hai bên đối tác. Tuy nhiên, việc xác định nguyên tắc bồi thường cũng như cách tính toán khoản tiền bồi thường là vấn đề mà các bên cần thỏa thuận cụ thể trong hợp đồng dự án để tránh rơi vào thế bị động khi chấm dứt hợp đồng cũng như tránh những tranh chấp không đáng có.

3.3. Những cân nhắc của phía đối tác công khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn

Việc áp dụng chế tài chấm dứt hợp đồng có thể là một việc làm phổ biến trong thực tiễn, nhưng lại ít có tiền lệ trong lĩnh vực PPP. Theo thống kê ở Bồ Đào Nha, không có NĐT dự án PPP nào bị áp dụng chế tài chấm dứt hợp đồng sau 15 năm kể từ ngày ký kết hợp đồng PPP đầu tiên ở nước này [3]. Nguyên nhân, theo một số nhận định, là do tổn thất mà hai bên đối tác công tư và cả cộng đồng phải gánh chịu khi chấm dứt hợp đồng PPP là rất lớn. Hơn nữa, đối với những hợp đồng PPP mà trong đó điều khoản về việc chấm dứt hợp đồng không được thiết kế tốt, tranh chấp kéo dài liên quan đến vấn đề này cũng được xem là một rào cản. Điều này đòi hỏi Nhà nước phải cân nhắc nhiều yếu tố khi quyết định chấm dứt hợp đồng PPP.

Trong số rất nhiều mối quan tâm của Nhà nước khi chấm dứt hợp đồng PPP, vấn đề bồi thường cho đối tác tư nhân là một vấn đề nổi bật. Khi đó, lo ngại của Nhà nước sẽ liên quan trước hết đến việc xác định mức bồi thường như thế nào để cân bằng lợi ích giữa hai bên. Và sau đó, nguồn kinh phí nào có thể được Nhà nước sử dụng để bồi thường trong điều kiện ngân sách nhà nước hạn hẹp.

Thứ nhất, về việc xác định mức bồi thường cho NĐT.

Như đã đề cập, việc xác định mức bồi thường cho NĐT khi chấm dứt hợp đồng PPP không được quy định cụ thể trong pháp luật PPP mà được các bên tùy nghi thỏa thuận trong hợp đồng dự án. Khi đó, vấn đề sẽ trở nên rắc rối nếu hợp đồng dự án không thỏa thuận cụ thể về vấn đề này, hoặc tệ hơn là thỏa thuận những điều khoản bất lợi cho phía đối tác công. Điều này hoàn toàn có thể xảy ra nếu nội dung hợp đồng PPP không

được giám sát tốt trong giai đoạn đàm phán và ký kết, hoặc do các bên quá lạc quan vào mối quan hệ hợp tác mà không dự liệu trước rủi ro phát sinh trong tương lai.

Trong ví dụ trên của Laser, đây là trường hợp hiểm hoi mà hai bên thỏa thuận được với nhau về mức bồi thường khi chấm dứt hợp đồng dự án. Thế nhưng, trong một số trường hợp khác, việc thiết kế hợp đồng PPP với điều kiện chấm dứt hà khắc cho phía đối tác công có thể là một rào cản lớn khi đề nghị chấm dứt hợp đồng. Chẳng hạn, ở Bồ Đào Nha, một số hợp đồng PPP tồn tại điều khoản cho phép NĐT thực hiện hàng loạt cơ chế khiếu nại để trì hoãn việc chấm dứt hợp đồng của Nhà nước. Bên cạnh đó, điều kiện để Nhà nước chấm dứt hợp đồng là họ phải bồi thường cho NĐT toàn bộ khoản vốn đã đầu tư vào dự án (kể cả vốn vay), phần lợi nhuận đáng lẽ được hưởng tính trên vốn chủ sở hữu từ thời điểm chấm dứt hợp đồng đến khi kết thúc hợp đồng theo dự kiến, cộng với 20% hợp đồng hỗ trợ kỹ thuật cho dự án. Khoản bồi thường quá lớn làm giảm hiệu quả dự án và gây bất lợi cho cộng đồng là nguyên nhân dẫn đến Bồ Đào Nha chưa bao giờ đề nghị đơn phương chấm dứt những hợp đồng PPP được thiết kế như trên [3].

Ngoài ra, ở Bồ Đào Nha, một số hợp đồng PPP còn có thể kèm theo điều khoản thỏa thuận rằng nếu có xung đột xảy ra giữa hai bên và xung đột này không được giải quyết trong một thời gian ngắn thì buộc Nhà nước phải mua lại dự án (đương nhiên kèm theo việc chi trả số tiền bồi thường trên) [3]. Khi đó, Nhà nước sẽ rất bất lợi trong việc đàm phán lại hợp đồng và giải quyết tranh chấp. Và dường như, hợp đồng PPP với những điều khoản ràng buộc như vậy vô hình trung lại là một công cụ để vô hiệu hóa cơ chế giải quyết tranh chấp khi phán quyết của cơ quan tài phán không còn có tác dụng bảo vệ quyền lợi của phía đối tác công.

Tóm lại, điều khoản hợp đồng PPP liên quan đến vấn đề bồi thường khi chấm dứt hợp đồng trước hạn có thể là một rào cản đối với phía Nhà nước khi đưa ra đề nghị chấm dứt hợp đồng. Với những nội dung không chắc chắn và không được quy định cụ thể trong pháp luật PPP như vậy, sẽ hiệu quả hơn nếu nó được lường trước trong giai

đoạn chuẩn bị dự án, được thể hiện trong Báo cáo nghiên cứu khả thi và được chi tiết hóa trong hợp đồng dự án. Điều này cũng không loại trừ một cơ chế giám sát hiệu quả để chắc chắn rằng nội dung được thể hiện trong các tài liệu trên không gây bất lợi cho Nhà nước và cộng đồng, nhưng cũng bảo vệ được quyền lợi chính đáng của NĐT.

Thứ hai, về nguồn kinh phí bồi thường cho NĐT khi chấm dứt hợp đồng PPP.

Nguồn kinh phí để bồi thường cũng là một vấn đề làm “đau đầu” phía đối tác công khi quyết định chấm dứt hợp đồng PPP, đặc biệt là khi phương án tài chính của dự án không bố trí khoản kinh phí này và việc sử dụng quỹ ngân sách nhà nước không dễ dàng.

Tham khảo quy định pháp luật Việt Nam liên quan đến việc lập phương án tài chính dự án PPP, nội dung phương án tài chính có đề cập đến thông tin về phần vốn nhà nước tham gia trong dự án. Tuy nhiên, đây là phần vốn để hỗ trợ xây dựng công trình, vốn thanh toán cho NĐT (đối với dự án do Nhà nước thanh toán phí dịch vụ) và vốn để chi trả kinh phí bồi thường, giải phóng mặt bằng, hỗ trợ tái định cư, hỗ trợ xây dựng công trình tạm¹⁵. Nói cách khác, phần vốn nhà nước bố trí tham gia dự án không được sử dụng để bồi thường cho NĐT nếu xảy ra rủi ro chấm dứt hợp đồng dự án.

Một vấn đề khá “nóng” ở nước ta trong thời gian gần đây đó là việc Bộ Giao thông Vận tải đề xuất Nhà nước mua lại một số dự án BOT đang đối mặt nguy cơ thất bại. Nguồn vốn được Bộ đề xuất là nguồn vốn ngân sách nhà nước trong kế hoạch đầu tư công trung hạn giai đoạn 2021 - 2025. Trước đề xuất trên, Ủy ban Kinh tế của Quốc hội đã đưa ra nhận định của mình trong báo cáo gửi Quốc hội, đó là không chấp nhận đề xuất.

¹⁵ Phương án tài chính dự án PPP được thể hiện trong Báo cáo nghiên cứu khả thi của dự án được lập trong giai đoạn chuẩn bị dự án.

Xem thêm: Mẫu số 1 Phụ lục III ban hành kèm theo Nghị định 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư.

¹⁶ Báo cáo của Ủy ban Kinh tế về kết quả giám sát về thực hiện Nghị quyết số 437/NQ-UBTVQH14 ngày 21/10/2017

Lý do được Ủy ban Kinh tế đưa ra đó là đề xuất trên của Bộ chưa hợp lý và thiếu minh bạch, tạo tiền lệ xấu cho các dự án khác, đồng thời không bố trí được vốn ngân sách để mua lại dự án. Bên cạnh đó, việc thực hiện dự án PPP phải theo nguyên tắc “lời ăn lỗ chịu” thay vì yêu cầu Nhà nước mua lại khi dự án thất bại¹⁶. Câu trả lời trên của Ủy ban Kinh tế có thể nhận được nhiều ý kiến trái chiều từ phía NĐT và cộng đồng. Ở đây, tác giả không bình luận sâu về nguyên nhân dẫn đến việc dự án thất bại và tính hợp lý trong hướng giải quyết trên của Ủy ban Kinh tế. Tuy nhiên, tác giả chỉ nhấn mạnh rằng việc bố trí nguồn vốn dự phòng rủi ro dự án thất bại dường như chưa được chú trọng trong quá trình lập và triển khai dự án PPP ở nước ta.

Tham khảo khuyến nghị của UNCITRAL, tổ chức này cho rằng việc chấm dứt hợp đồng trước hạn có thể gây thiệt hại tài chính cho cả hai bên. Bản thân phía đối tác công cũng sẽ không được loại trừ nghĩa vụ tài chính với phía đối tác tư khi dự án thất bại. Điều này đòi hỏi phía đối tác công phải dự tính nguồn tài chính dự phòng để giải quyết rủi ro này. Theo đó, trước hết, rủi ro về việc chấm dứt hợp đồng trước hạn cần được đánh giá nghiêm túc trong ma trận rủi ro khi chuẩn bị dự án. Sau đó, hợp đồng PPP phải tồn tại điều khoản mở rộng liên quan đến quyền và nghĩa vụ tài chính của các bên khi hợp đồng chấm dứt. Đồng thời, dự phòng ngân sách cho các khoản thanh toán của phía đối tác công (khoản bồi thường do chấm dứt hợp đồng hoặc khoản thanh toán cho việc nhận chuyển giao tài sản) cần được phân bổ đầy đủ trước thời điểm các khoản thanh toán đó phát sinh¹⁷.

Tóm lại, dự liệu nguồn kinh phí để giải quyết hậu quả khi chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn cũng là một vấn đề quan trọng không kém việc thỏa thuận mức bồi thường chấm dứt hợp đồng.

của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về một số nhiệm vụ và giải pháp tiếp tục hoàn thiện và đẩy mạnh việc thực hiện chính sách pháp luật về đầu tư và khai thác các công trình giao thông theo hình thức hợp đồng xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (BOT).

¹⁷ Hướng dẫn lập pháp về PPP của UNCITRAL, Đoạn 46 Mục V-E-2.

Theo đó, khoản kinh phí này cần được tính toán trong phương án tài chính của dự án ngay từ khi lập dự án, xem như một phần của phương án tài chính và được bố trí trong kế hoạch đầu tư công nhằm tránh sự bị động trong quá trình giải quyết hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng PPP.

4. Kết luận

PPP là mô hình phù hợp để phát triển hệ thống cơ sở hạ tầng và dịch vụ công ở nước ta. Tuy nhiên, nếu trước đây chúng ta xem mô hình này như “đũa thần” thì đến thời điểm hiện tại, chúng ta đã có sự cẩn trọng nhất định. Vi phạm hợp đồng của NĐT liên quan đến tiến độ, chất lượng công trình ngày càng diễn ra phổ biến trong các dự án PPP ở nước ta và việc chấm dứt hợp đồng trước hạn để tìm kiếm giải pháp hiệu quả hơn cho dự án là vấn đề mà chúng ta cần phải tính toán, ít nhất là ngay thời điểm này. Sẽ có rất nhiều vấn đề cần thảo luận liên quan đến việc chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn. Trong phạm vi hẹp của bài viết, tác giả chỉ tập trung thảo luận những hành vi vi phạm nghiêm trọng hợp đồng PPP và vấn đề bồi thường cho NĐT. Tuy vậy, cũng cần nhấn mạnh rằng các bên liên quan trong quan hệ PPP với Nhà nước còn có cộng đồng (đặc biệt là người sử dụng dịch vụ) và quyền lợi của chủ thể này cũng cần phải được Nhà nước tính đến khi quyết định chấm dứt hợp đồng PPP trước hạn. Đây sẽ là nội dung cần được tiếp tục khai thác trong những công trình nghiên cứu tiếp theo.

Tài liệu tham khảo

- [1] Đ. K. Ánh, Hợp tác công - tư trong cải cách các khu vực công ở Việt Nam, Tạp chí Quản lý Nhà nước. 229 (2015) 64-69. <https://www.quanlynhanuoc.vn/2018/05/04/hop-tac-cong-tu-trong-cai-cach-khu-vuc-cong-o-viet-nam/> (truy cập ngày 26/6/2021).
- [2] W. Xiong & Y. Han, Incentives of Early Termination Compensation in Public-Private Partnership Projects”, IEEE Transactions on Engineering Management. https://www.researchgate.net/profile/Wei-Xiong-34/publication/351642653_Incentives_of_Early_Termination_Compensation_in_Public-Private_Partnership_Projects/links/60a49b94a6fdc2cb2cc214047/Incentives-of-Early-Termination-Compensation-in-Public-Private-Partnership-Projects.pdf, 2021 (accessed 26 June 2021).
- [3] R. C. Marques. S. V. Berg, Public-Private Partnership Contracts: A Tale of Two Cities with Different Contractual Arrangements, Public Administration. 04 (2011) 1585-1603. <https://images.template.net/wp-content/uploads/2016/07/22112403/Public-Private-Partnership-Contract.pdf> (accessed 26 June 2021).
- [4] M. D. Groot, Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law, European Procurement & Public Private Partnerships Law Review. 04 (2015) 243-253. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/epppl2015&div=37&id=&page=> (accessed 26 June 2021).
- [5] L. Nét, Kinh tế Luật, NXB Tri thức, Thành phố Hồ Chí Minh, 2006, tr. 85.
- [6] E. H. Klijn & J. Koppenjan, The impact of contract characteristics on the performance of public-private partnerships (PPPs), Public Money & Management. 6 (2016) 455-462. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/09540962.2016.1206756> (accessed 26 June 2021).
- [7] N. T. H. Nhung, Một số quy định về vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng theo pháp luật Việt Nam - so sánh với pháp luật Nhật Bản, Tạp chí Công thương. <https://tapchicongthuong.vn/bai-viet/mot-so-quy-dinh-ve-vi-pham-nghia-vu-trong-hop-dong-theo-phap-luat-viet-nam-so-sanh-voi-phap-luat-nhat-ban-50939.htm>, 2017 (truy cập ngày 30/6/2021).
- [8] Báo Đắk Lắk, Chấm dứt hợp đồng xây dựng Quốc lộ 14 (đoạn qua Đắk Lắk) do nhà đầu tư yếu kém. <http://baodaklak.vn/channel/3501/201407/cham-dut-hop-dong-xay-dung-quoc-lo-14-doan-qua-dak-lak-do-nha-dau-tu-yeu-kem-2323402/>, 2014 (truy cập ngày 27/6/2021).
- [9] Báo Thanh niên, TP.HCM: Đề xuất chấm dứt hợp đồng dự án BOT liên quan đến Út ‘trọc’. <https://thanhnien.vn/thoi-su/tphcm-de-xuat-cham-dut-hop-dong-du-an-bot-lien-quan-den-ut-troc-1333497.html>, 2021 (truy cập ngày 27/6/2021).
- [10] T. Donaldson, L. E. Preston, The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications, Academy of Management Review. 01 (1995) 65-91. <https://journals.aom.org/doi/abs/10.5465/amr.1995.9503271992> (accessed 26 June 2021).