**Cái gì đã ảnh hưởng đến sức sống của Luật PPP trong thời gian qua?**

***PGS. TS. Dương Đăng Huệ - Cố vấn Pháp lý***

***Hiệp hội các Nhà đầu tư công trình giao thông đường bộ Việt Nam***

Sắp tới, Chính phủ sẽ tổng kết hai năm thi hành Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (Luật PPP). Đây là một nhiệm vụ thường xuyên mà Chính phủ phải làm đối với bất cứ đạo luật nào. Tuy nhiên, đối với Luật PPP thì việc làm này của Chính phủ lại càng có ý nghĩa trong điều kiện hiện nay, khi mà hình như mục đích ban hành luật này trên thực tế đã không mấy thành công. Theo tôi được biết, số lượng các dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư sau ngày Luật PPP có hiệu lực không những không tăng mà còn giảm đi một cách đáng kể. Thực tế này buộc chúng ta phải suy ngẫm một cách nghiêm túc để tìm ra lý do của nó. Thông qua bài viết này, tôi muốn đưa ra một vài căn cứ dưới góc độ pháp lý để lý giải tại sao lại xảy ra hiện tượng đáng buồn này. Theo tôi, không nhiều thì ít, có bốn vấn đề sau đây đã ảnh hưởng đến sức sống của Luật PPP trong thời gian qua.

**1. Có sự bất tương xứng giữa quy mô to lớn của các vấn đề phát sinh trong thực tiễn đầu tư PPP với sự nghèo nàn, đơn giản của pháp luật về lĩnh vực đầu tư này.**

Pháp luật được xây dựng là để điều chỉnh các quan hệ xã hội, nhằm đưa quan hệ xã hội đó vào trật tự, nề nếp, vận hành theo đúng định hướng mà Nhà nước mong muốn. Do đó, ở đâu có quan hệ xã hội thì ở đó phải có pháp luật; ở đâu có quan hệ xã hội càng phức tạp, càng đa dạng, thì ở đó pháp luật càng phải được xây dựng một cách đồng bộ, đầy đủ, bao quát được tất cả các vấn đề phát sinh; không để một quan hệ xã hội nào cần phải được điều chỉnh bằng pháp luật lại tồn tại ngoài pháp luật. Có như vậy, pháp luật mới thực sự đóng được vai trò là công cụ chủ yếu để Nhà nước quản lý mọi mặt của đời sống xã hội, trong đó có hoạt động kinh tế.

Trong lĩnh vực đầu tư PPP xuất hiện nhiều nhóm quan hệ xã hội khác nhau về tính chất và quy mô. Có quan hệ liên quan đến việc cấp, sử dụng, thu hồi đất đai, tài nguyên; có quan hệ xã hội liên quan đến việc tín dụng ngân hàng; có quan hệ liên quan đến xây dựng, quản lý, vận hành công trình dự án; có quan hệ liên quan đến sử dụng ngân sách nhà nước; có quan hệ liên quan đến việc ký kết và thực hiện các chủng loại hợp đồng phát sinh tronh lĩnh vực đầu tư PPP... Sự đa dạng về tính chất, quy mô của các quan hệ xã hội trong lĩnh vực này là nguyên nhân cơ bản dẫn đến hậu quả là pháp luật PPP phải trở thành một lĩnh vực pháp luật đồ sộ, đa ngành, đa tính chất. Vì vậy, pháp luật PPP (mà đứng đầu là Luật PPP) nếu không được xây dựng một cách bài bản, có hệ thống, đủ chi tiết chặt chẽ thì chắc chắn hệ thống này sẽ không đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn.

Trong khi đó, qua nghiên cứu thực trạng hệ thống pháp luật hiện hành về PPP cho thấy, hệ thống này đang có nhiều hạn chế rất cơ bản, trong số đó cần phải kể đến là:

- Về mặt số lượng văn bản: Hiện nay chỉ mới có một Luật PPP, hai nghị định hướng dẫn thi hành và một số nghị định, thông tư có liên quan.

- Về mặt nội dung: Các văn bản nêu trên có nội dung hết sức sơ sài, ngắn gọn, do đó chưa đủ để điều chỉnh một cách toàn diện các vấn đề phát sinh trong thực tiễn đầu tư PPP. Hậu quả là còn rất nhiều vấn đề chưa được pháp luật quy định, hoặc chỉ được quy định một cách nửa vời, và điều đó đã gây ra rất nhiều khó khăn cho các bên trong quá trình ký kết và thực hiện các hợp đồng dự án PPP.

Ngoài sự không đầy đủ, pháp luật PPP hiện hành còn có nhiều hạn chế khác như tính mâu thuẫn, không đồng bộ, tính bất hợp lý. Tất cả những hạn chế về hình thức và nội dung này đã làm cho pháp luật PPP hiện hành của Nhà nước ta trở nên không hiệu quả, chưa đóng được vai trò là một công cụ pháp lý hữu hiệu để giúp các nhà đầu tư thực hiện thành công hoạt động đầu tư PPP của mình.

**2. Chưa khẳng định rõ được một vấn đề mà các nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án rất quan tâm hiện nay, đó là: công trình dự án do họ làm ra có thuộc sở hữu của họ hay không và nếu không thì họ có những quyền gì đối với tài sản này (vấn đề về quyền của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án đối với tài sản là công trình dự án).**

Một trong những vấn đề pháp lý rất quan trọng đối với nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án, đó là họ có những quyền gì đối với công trình mà mình đã đầu tư tiền bạc và công sức để tạo nên. Đây là vấn đề cốt yếu mà Luật PPP phải giải quyết, không thể bỏ quên vì lợi ích của nhà đầu tư và doanh nghiệp dự án được bảo vệ đến đâu, như thế nào là phụ thuộc vào việc xác định được bản chất và nội dung của quyền mà luật quy định cho các chủ thể này. Đọc Luật PPP cho thấy đã có một bước lùi trong việc ghi nhận quyền tài sản của NĐT, DNDA so với pháp luật trước đây (Nghị định 63/2018/NĐ-CP ngày 4/5/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác Công tư (Nghị định 63)).

Theo khoản 2, Điều 66 của Nghị định 63 về bảo đảm quyền sở hữu tài sản, thì Nhà nước ta đã coi công trình dự án PPP là tài sản của nhà đầu tư, và do đó đã quy định rằng: "*Trường hợp Nhà nước trưng mua, trưng dụng tài sản vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai thì nhà đầu tư được thanh toán, bồi thường theo quy định của pháp luật về đầu tư, pháp luật về trưng mua, trưng dụng tài sản và các điều kiện thỏa thuận tại hợp đồng dự án*". Tuy nhiên, khác với Nghị định 63 (đã hết hiệu lực), Luật PPP 2020 cũng như các nghị định hướng dẫn thi hành lại không có điều khoản nào quy định về việc công trình dự án thuộc quyền sở hữu của ai (của Nhà nước hay của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án). Tôi cho rằng, đây là một bước lùi trong hoạt động lập pháp, ảnh hưởng xấu đến quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư. Vì vậy, một trong những vấn đề pháp lý quan trọng hiện nay đặt ra cho giới khoa học pháp lý và giới hoạt động lập pháp, lập quy là cần phải tiếp tục nghiên cứu để làm rõ hai vấn đề cơ bản sau đây:

- Một là, công trình dự án thuộc quyền sở hữu của ai (Nhà nước hay nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án).

- Hai là, nếu công trình dự án thuộc sở hữu nhà nước, thì nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án có quyền gì đối với công trình dự án. Bản chất và nội dung của quyền tài sản này là gì.

Về vấn đề thứ nhất, theo tôi, công trình dự án là tài sản thuộc sở hữu nhà nước vì một số lý do sau đây:

- Nhà nước là người quyết định chủ trương đầu tư dự án, đồng thời cũng là người có nhiều đóng góp trong việc hình thành, triển khai, xây dựng,… công trình dự án.

- Công trình dự án là công trình được xây dựng để cung cấp dịch vụ công mà việc cung cấp dịch vụ này lại thuộc trách nhiệm của Nhà nước.

- Theo thông lệ của các nước trên thế giới thì Nhà nước luôn được coi là chủ sở hữu của các công trình này.

Về vấn đề thứ hai, trong khi không phải là chủ sở hữu công trình dự án thì nhà đầu tư là ai và họ có quyền gì đối với tài sản này? Theo tôi Luật PPP đã đúng khi quy định rằng, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án tuy không có quyền sở hữu nhưng lại có một quyền tài sản khác rất quan trọng và cần thiết đối với họ, đó là *quyền kinh doanh công trình* (khoản 1, Điều 63 và điểm a, khoản 4, Điều 80 Luật PPP). Vậy quyền kinh doanh công trình là gì, nó có nội dung ra sao, và có mối quan hệ thế nào đối với quyền sở hữu của Nhà nước đối với công trình dự án. Luật PPP chưa có quy định cụ thể để trả lời cho các câu hỏi này. Vì vậy, theo tôi cần bổ sung các quy định theo hướng: (1) Quyền kinh doanh công trình là một loại quyền tài sản đặc biệt (là một loại vật quyền hạn chế, tồn tại song song với quyền sở hữu của Nhà nước đối với công trình sự án), (2) quyền này được trao cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án, (3) quyền này có nội dung bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, khai thác và thu phí sử dụng công trình. Bên cạnh việc thực hiện các quyền năng này, nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án phải thực hiện một số nghĩa vụ nhất định như quy định tại khoản 1, Điều 64 Luật PPP, trong đó có nghĩa vụ: "đối xử bình đẳng với tất cả các đối tượng sử dụng sản phẩm, dịch vụ công do doanh nghiệp dự án PPP cung cấp; không được từ chối cung cấp sản phẩm, dịch vụ công cho các đối tượng sử dụng" (điểm c, khoản 1, Điều 64 Luật PPP).

**3. Chưa làm rõ cơ chế bảo vệ đặc thù của nhà nước đối với quyền kinh doanh công trình của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án.**

Như phần trên đã trình bày, một trong những quyền tài sản mà nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án có được là quyền kinh doanh công trình dự án. Không thực hiện được quyền này thì coi như nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án không đạt được mục tiêu của mình. Mặc dù đã được pháp luật quy định (tuy không trực tiếp mà là gián tiếp), nhưng trên thực tế quyền này đang bị xâm phạm một cách thường xuyên. Ở một số địa phương trong thời gian qua đã xảy ra không ít trường hợp chủ phương tiện giao thông và người dân địa phương nơi có dự án đi qua đã tự phát thực hiện các hành vi nhằm cản trở việc lưu thông qua các chậm thu phí dưới các hình thức như: (1) Dừng xe để cản trở giao thông qua trạm thu phí mà không có lý do chính đáng, (2) thanh toán bằng tiền lẻ nhằm kéo dài thời gian dừng xe, (3) cử người ngồi đếm xe ở trạm thu phí, và (4) khi bị nhân viên thu phí ngăn cản thì đánh, đập phá tài sản của doanh nghiệp. Những hành vi này được coi là bất hợp pháp, vi phạm quyền kinh doanh công trình của doanh nghiệp dự án, làm gián đoạn hoạt động lưu thông bình thường, gây thiệt hại không chỉ cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án mà còn cho cả các chủ phương tiện giao thông và người dân đi lại. Trong khi đó, doanh nghiệp dự án (với tư cách là một tổ chức kinh tế, không phải là cơ quan công quyền) nên không thể áp dụng các biện pháp mạnh, có tính chất cưỡng chế nhà nước để chấm dứt các hành vi này. Vì vậy, trong thời gian qua nhiều doanh nghiệp dự án đã phải nhờ công an nơi có trạm thu phí can thiệp, giúp đỡ nhưng hiệu quả không cao vì các cơ quan này cho rằng không có cơ sở pháp lý đầy đủ để họ thực hiện các biện pháp cưỡng chế mạnh đối với những người có hành vi vi phạm. Vì vậy, theo tôi, phải có các quy định để lấp lỗ hổng này trong pháp luật hiện hành, tạo cơ sở pháp lý vững chắc và đầy đủ để trước hết là nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án và sau đó là các cơ quan nhà nước, đặc biệt là các cơ quan công an có thể can thiệp một cách kịp thời nhằm một mặt bảo đảm trật tự an toàn trên tuyến giao thông, mặt khác góp phần bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư kinh doanh công trình giao thông đường bộ. Tóm lại, với tư cách là một loại vật quyền hạn chế (chứ không phải chỉ là một quyền tài sản thông thường), quyền kinh doanh công trình của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án cần phải được bảo vệ một cách chặt chẽ, nghiêm khắc, mau lẹ, thông qua một cơ chế pháp lý tương tự như cơ chế pháp lý áp dụng đối với chủ sở hữu tài sản: Bảo vệ quyền kinh doanh công trình không chỉ là quyền của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án mà còn phải được coi là trách nhiệm cơ bản của các cơ quan nhà nước có liên quan.

Trên cơ sở phân tích ở điểm 2 và 3 nêu trên, tôi kiến nghị sửa đổi, bổ sung pháp luật PPP hiện hành theo hướng:

- Cần phải định danh một cách chính xác quyền tài sản của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án đối với công trình dự án theo hướng: công trình dự án thuộc sở hữu của Nhà nước, còn nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án tuy không có quyền sở hữu nhưng lại có một loại quyền tài sản đặc biệt là quyền kinh doanh công trình dự án.

- Cần làm rõ hơn nữa nội hàm của quyền kinh doanh công trình dự án (với tư cách là chủ thể của quyền kinh doanh công trình thì NĐT, DNDA có những quyền và nghĩa vụ cơ bản gì).

- Làm rõ mối quan hệ giữa quyền sở hữu của Nhà nước và quyền kinh doanh công trình của nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án đối với công trình dự án.

**4. Chưa có cơ chế thích hợp để khuyến khích nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án thực hiện các hạng mục công trình phụ trợ dọc theo tuyến cao tốc.**

Nhà đầu tư, DNDA là người có công lớn, giữ vai trò quyết định trong việc xây dựng, vận hành, khai thác công trình giao thông đường bộ. Để đảm bảo giao thông thông suốt và khai thác hiệu quả công dụng của công trình dự án thì đi kèm với các tuyến cao tốc luôn có các hạng mục phụ trợ như trạm xăng dầu, trạm dừng nghỉ, khu khách sạn, biển quảng cáo,... Việc xây dựng, vận hành, khai thác các công trình phụ trợ này trên thực tế đem lại không ít lợi ích cho nhà đầu tư, nhân dân địa phương và Nhà nước nói chung. Hiện nay đang có tình trạng chính quyền một số địa phương (UBND cấp tỉnh) nơi có dự án cao tốc đi qua đã tuỳ tiện quyết định ai là người có quyền xây dựng, khai thác công dụng các công trình phụ trợ này. Tôi cho rằng cần phải nghiên cứu để quy định vấn đề này một cách hợp lý theo hướng cần phải ưu tiên giao các công việc này cho các nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án đã có công thực hiện công trình dự án vì những lý do chính sau đây:

- Một là, chính nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án mới là người có công tạo ra con đường cao tốc, và nhờ có con đường cao tốc đó mới làm xuất hiện các công trình phụ trợ. Do vậy, việc giao cho các chủ thể này quyền xây dựng, vận hành, khai thác chúng là hoàn toàn hợp tình hợp lý.

- Hai là, việc giao cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án xây dựng, quản lý, kinh doanh các công trình phụ trợ là nhằm tạo điều kiện giúp họ nhanh chóng thu hồi được vốn đầu tư vì tuy là các công trình phụ trợ, nhưng việc khai thác công trình này đem lại không ít thu nhập cho họ.

- Ba là, việc làm này cũng phù hợp với nguyên tắc chung của pháp luật nước ta trong việc giải quyết các vấn đề tương tự phát sinh trong cuộc sống. Ví dụ, theo Luật Nhà ở 2014, người đang thuê nhà có quyền được ưu tiên mua chính căn nhà đó khi chủ nhà có ý định bán nhà (khoản 1, Điều 127); khi một chủ sở hữu chung muốn bán phần quyền sở hữu của mình thì các chủ sở hữu chung khác (các đồng sở hữu chủ còn lại) có quyền ưu tiên mua (khoản 2, Điều 126). Công ty TNHH có quyền ưu tiên mua lại phần vốn góp của thành viên và chỉ khi "công ty không thanh toán được phần vốn góp được yêu cầu mua lại thì thành viên đó có quyền tự do nhượng phần vốn góp của mình cho thành viên khác hoặc người không phải thành viên công ty".

Đó là những ví dụ cụ thể cho thấy pháp luật nước ta luôn ưu tiên bảo vệ quyền của những người có liên quan trực tiếp với nhau. Trường hợp ưu tiên cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án được quyền xây dựng, quản lý, khai thác công trình phụ trợ trên các tuyền đường bộ cao tốc cũng tương tự như vậy, và do đó cần được ủng hộ./.