

GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT ĐẦU TƯ THEO HÌNH THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ
CHƯƠNG X: GIẢI QUYẾT KIẾN NGHỊ, TRANH CHẤP
VÀ XỬ LÝ VI PHẠM

Bà Vũ Thị Hằng

Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam

A. MỘT SỐ NHẬN XÉT CHUNG

Chương X của Dự thảo hiện được xây dựng tương đối ngắn gọn với 05 điều luật:

- Điều 101 – 102: Quy định về giải quyết kiến nghị trong giai đoạn lựa chọn nhà đầu tư

- Điều 103: Quy định về giải quyết tranh chấp trong giai đoạn ký kết và thực hiện hợp đồng PPP, gồm các nhóm: (i) tranh chấp giữa nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP với cơ quan ký hết hợp đồng, cơ quan nhà nước có thẩm quyền; (ii) tranh chấp giữa doanh nghiệp dự án PPP với các tổ chức kinh tế tham gia thực hiện dự án hoặc với tổ chức, cá nhân sử dụng công trình, dịch vụ của dự án

- Điều 104: Quy định về giải quyết tranh chấp trong giai đoạn lựa chọn nhà đầu tư

- Điều 105: Quy định về các chế tài đối với các vi phạm trong đầu tư theo hình thức đầu tư PPP

Thấy rằng, nếu dựa trên trình tự về mặt thời gian thì **thứ tự các điều luật nên được điều chỉnh. Cụ thể, đưa Điều 104 hiện nay lên trước Điều 103 để các vấn đề liên quan đến giai đoạn lựa chọn nhà đầu tư (cụ thể hơn là quy trình đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư tham gia dự án do các cơ quan nhà nước chịu trách nhiệm thực hiện) được xếp cạnh nhau và logic theo sự tiến triển của các xung đột/ tranh chấp:**

❖ Về Điều 101 – 102 (giữ nguyên theo dự thảo): quy định về giai đoạn giải quyết kiến nghị trong giai đoạn đấu thầu chọn nhà đầu tư.

❖ Điều 103 mới (Điều 104 cũ của Dự thảo): quy định về giai đoạn khởi kiện các tranh chấp trong giai đoạn lựa chọn nhà đầu tư tại Tòa án.

❖ Điều 104 mới (Điều 103 cũ của Dự thảo): quy định về giải quyết tranh chấp trong giai đoạn ký kết và thực hiện hợp đồng PPP.

❖ Điều 105 (giữ nguyên theo dự thảo): quy định về các chế tài đối với các vi phạm trong đầu tư theo hình thức đầu tư PPP.

B. NHẬN XÉT VÀ GÓP Ý VỀ TỪNG ĐIỀU KHOẢN CỤ THỂ:

1. Về Điều 101-102: quy định về giai đoạn giải quyết kiến nghị trong giai đoạn đấu thầu chọn nhà đầu tư.

Nội dung điều 101, 102 của Dự thảo gần như học tập hoàn toàn từ nội dung Điều 91 và 92 của Luật Đấu thầu, giúp đảm bảo tính thống nhất trong các quy định và cách tiếp cận của nhà làm luật: Đây là giai đoạn mới phát sinh mâu thuẫn giữa các bên tham gia đấu thầu và các cơ quan nhà nước đang thực hiện tổ chức đấu thầu và chấm thầu; cách tiếp cận được lựa chọn là các mâu thuẫn/xung đột này sẽ được giải quyết ở mức “kiến nghị” trước, nhằm giải quyết sớm các mâu thuẫn, giảm bớt khả năng dẫn tới tranh chấp. Các bước giải quyết kiến nghị được mô tả chi tiết, dễ hiểu tại Điều 102 giúp nhà đầu tư tham gia dự thầu có thể nắm rõ được quyền và nghĩa vụ của mình nếu có mong muốn gửi kiến nghị trong giai đoạn lựa chọn nhà đầu tư.

2. Về Điều 104 của Dự thảo: Giải quyết tranh chấp trong lựa chọn nhà đầu tư tại Tòa án

Nội dung Điều 104 cũng được học tập gần như toàn bộ từ nội dung Điều 93 và 94 của Luật Đấu thầu 2013. Với cách diễn đạt như hiện nay của Điều 104:

Nội dung điều luật	Nhận xét
Điều 104. Giải quyết tranh chấp trong lựa chọn nhà đầu tư tại tòa án 1. Việc giải quyết tranh chấp trong lựa chọn nhà đầu tư tại Tòa án được thực hiện theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự. 2. Khi khởi kiện, các bên có quyền yêu cầu Tòa án quyết định áp dụng biện	Tại phần tên điều luật “tòa án” không được viết hoa nên có thể hiểu rằng tòa án được nhắc tới là nói chung cho cả phương thức tố tụng tòa án (litigation) có thể là tòa án Việt Nam hoặc tòa án nước ngoài. Tại Khoản 1 và Khoản 2, “Tòa án” được viết hoa như tên riêng. Theo Điều 1

Nội dung điều luật	Nhận xét
pháp khẩn cấp tạm dừng ngay việc đóng thầu, phê duyệt danh sách ngân, phê duyệt kết quả lựa chọn nhà đầu tư, ký kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng và các biện pháp khác theo quy định của pháp luật.	BLTTDS 2015, các viết hoa này là rút ngắn của “Toà án nhân dân”; hay nói cách khác, toà án có thẩm quyền được nhắc tới ở Điều 104 là Toà án nhân dân của Việt Nam (Trường hợp này khó có thể mở rộng tới toà án nước ngoài nơi cũng tồn tại mô hình Toà án nhân dân).

Như vậy, điều khoản này sẽ được giải thích rằng: các tranh chấp phát sinh từ quá trình lựa chọn nhà đầu tư sẽ thuộc thẩm quyền “độc quyền” (thẩm quyền riêng biệt) của Toà án Việt Nam và theo thủ tục tố tụng dân sự của Việt Nam.

Trước hết, về cách tiếp cận *việc giải quyết tranh chấp trong giai đoạn lựa chọn nhà đầu tư chỉ được sử dụng phương thức tố tụng toà án* có lẽ xuất phát từ nhận định rằng trong toàn bộ quy trình đấu thầu do các cơ quan nhà nước được chỉ định thực hiện sẽ xuất hiện rất nhiều các quyết định hành chính được ban hành cho các bước, các giai đoạn của quy trình đấu thầu (Chương 6: Lựa chọn nhà đầu tư và Chương 7: Lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư qua mạng – Luật đấu thầu 2013).; do đó, nếu trao cho các bên quyền lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp (như trọng tài thương mại) đối với các tranh chấp trong giai đoạn này thì có rủi ro rằng các phương thức thay thế nói trên không có thẩm quyền rộng lớn như Toà án để giải quyết các vấn đề liên quan tới các quyết định hành chính có liên quan tới tranh chấp.

Chúng tôi thấy rằng, hiện nay, rà soát Bộ luật tố tụng dân sự - luật được dẫn chiếu tới từ Điều 104 của Dự thảo (cũng như điều 91, 92 của Luật Đấu thầu 2013) không có quy định nào quy định về việc giải quyết tranh chấp trong lựa chọn nhà thầu; chỉ có quy định về biện pháp khẩn cấp tạm thời mà Toà án có thẩm quyền áp dụng nếu một bên có yêu cầu đối với loại tranh chấp này (Điều 114 Khoản 15 và Điều 130 BLTTDS 2015); điều này sẽ gây khó khăn nếu nhà đầu tư thấy rằng đã có vi phạm trong quy trình lựa chọn nhà đầu tư (VD: *nhà đầu tư không thắng thầu cho rằng có vi phạm trong việc lựa chọn nhà đầu tư thắng thầu và/hoặc kiến nghị của nhà đầu tư không được lựa chọn đã không được giải quyết hoặc giải quyết chưa thoả đáng, nhà đầu tư này muốn khởi kiện*

cơ quan/ tổ chức phụ trách giai đoạn chấm thầu thì sẽ cần khởi kiện tại toà án nào theo thủ tục tố tụng dân sự?)

Chúng tôi xin mạnh dạn đánh giá rằng các nhà đầu tư kể cả trong nước và nước ngoài đã được cung cấp đầy đủ các kênh: (1) theo Luật tố tụng hành chính và các nghị định về xử phạt vi phạm hành chính – nếu nhà đầu tư mong muốn tiếp cận theo hướng quan hệ hành chính; và (2) theo pháp luật hình sự - thực hiện tố giác tội phạm tới các cơ quan điều tra nếu phát hiện có dấu hiệu của tội phạm; đối với nhóm nhà đầu tư nước ngoài, thì hiện nay Việt Nam đã tham gia rất nhiều hiệp định bảo hộ đầu tư cũng như các hiệp định thương mại đa phương thế hệ mới, cung cấp thêm (3) cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư cho nhóm nhà đầu tư này. **Do đó, việc cung cấp thêm một kênh tiếp cận theo hướng dân sự nói trên có thể không thực sự cần thiết.**

Mặt khác, đối với nhóm các nhà đầu tư nước ngoài (theo định nghĩa tại Điều 3 Khoản 14 Luật Đầu tư 2014), việc buộc các nhà đầu tư này chỉ được lựa chọn giải quyết tranh chấp dân sự của họ tại hệ thống toà án Việt Nam và theo pháp luật tố tụng dân sự của Việt Nam có rủi ro sẽ trái với quy định tại Điều 14 Khoản 4 của Luật đầu tư 2014.

3. Về Điều 103. Giải quyết tranh chấp

Nhìn chung, Điều 103 đã quy định rất rõ ràng cụ thể về mặt chủ thể, đối tượng tranh chấp và hình thức giải quyết tranh chấp tương ứng. Đây là một điểm rất đáng ghi nhận khi dự thảo không chỉ tiếp thu tinh thần về giải quyết tranh chấp đầu tư từ các văn bản pháp luật về đầu tư trước đây mà còn làm rõ hơn cũng như khắc phục được những điểm chưa phù hợp.

Tuy nhiên, dự thảo vẫn còn một số quy định chưa rõ ràng, chưa phù hợp với chính sách chung đối với nhà đầu tư theo Luật Đầu tư 2014. Về vấn đề này, quan điểm của chúng tôi là nhà đầu tư hoạt động theo hình thức đầu tư PPP cũng được coi là nhà đầu tư theo Luật Đầu tư 2014 và do đó cũng chịu sự điều chỉnh của luật này. Do đó, để đảm bảo quyền lợi của nhà đầu tư, đặc biệt là nhà đầu tư “có vốn nước ngoài”, quy định của Luật Đầu tư PPP không nên quá khác so với Luật Đầu tư 2014.

Ngoài ra, về mặt thuật ngữ, Điều 103 nhắc tới chủ thể là nhà đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư trong nước nhưng Điều 4 dự thảo không cung cấp định nghĩa cụ thể. Thực tế, bản dự thảo tháng 02/2020 đã có định nghĩa “nhà đầu tư PPP

trong nước” và “nhà đầu tư PPP nước ngoài”, tuy nhiên đã được lược bỏ trong dự thảo tháng 04/2020 này. Chúng tôi xin đề xuất bổ sung các định nghĩa này vào dự thảo, trên cơ sở tham khảo định nghĩa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài tại khoản 14, 15 Điều 3 Luật Đầu tư 2014.

Phần góp ý dưới đây được đưa ra dựa trên cơ sở định nghĩa “nhà đầu tư PPP trong nước” và “nhà đầu tư PPP nước ngoài” nêu tại dự thảo tháng 02/2020 (do có sự khác nhau giữa hai định nghĩa này và định nghĩa trong Luật Đầu tư 2014). Nếu dự thảo được bổ sung hai định nghĩa này phù hợp với định nghĩa trong Luật Đầu tư 2014 thì phần sửa đổi nội dung tương ứng tại khoản 3 như đề xuất dưới đây là không cần thiết.

a. Về Khoản 1 Điều 103 (Khoản 1 Điều 117 Dự thảo 02/2020):

Điều 103. Giải quyết tranh chấp

1. Tranh chấp giữa Cơ quan nhà nước có thẩm quyền, Cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư hoặc doanh nghiệp dự án PPP và tranh chấp giữa doanh nghiệp dự án PPP với các tổ chức kinh tế tham gia thực hiện dự án hoặc với tổ chức, cá nhân sử dụng công trình, dịch vụ của dự án được giải quyết bằng các biện pháp: thương lượng, hòa giải, trọng tài hoặc tòa án.

Nhận xét:

Nội dung Khoản 1 đã phân nhóm rõ ràng các loại tranh chấp hợp đồng PPP theo đối tượng, theo đó, có 2 loại tranh chấp với chủ thể như sau:

(i) Cơ quan nhà nước có thẩm quyền/ Cơ quan ký kết hợp đồng – Nhà đầu tư/ Doanh nghiệp dự án PPP;

(ii) Doanh nghiệp dự án PPP – Tổ chức kinh tế tham gia thực hiện dự án hoặc/ Tổ chức, cá nhân sử dụng công trình, dịch vụ của dự án

Các loại tranh chấp trên có thể được giải quyết bằng 04 hình thức, bao gồm thương lượng, hòa giải, trọng tài hoặc tòa án.

Quy định này phù hợp với quy định tại Luật Đầu tư 2014 (Điều 14) và quy định về đầu tư của một số hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên như EVFTA.

Phương án đề xuất sửa đổi, góp ý:

Giữ nguyên, đồng ý với Dự thảo.

b. Về Khoản 2 Điều 103 (Khoản 2 Điều 117 Dự thảo 02/2020)

2. Tranh chấp giữa các bên trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng, hòa giải. Trường hợp không giải quyết được bằng thương lượng, hòa giải, các bên có thể đưa vụ tranh chấp ra giải quyết tại tòa án hoặc tổ chức trọng tài theo quy định tại các khoản 3, 4 và 5 Điều này.

Nhận xét:

Khoản 2 đã nêu rõ cấu trúc của mô hình giải quyết tranh chấp hợp đồng PPP là mô hình “giải quyết tranh chấp đa tầng” (multi-layer dispute resolution): Thương lượng và hòa giải → trọng tài hoặc tòa án.

Việc quy định thương lượng và hòa giải là một bước bắt buộc cũng phù hợp với tinh thần của Luật Đầu tư 2014 (khoản 1 Điều 14), Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg về việc ban hành Quy chế Phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế và Hiệp định EVFTA (Chương 15 Mục B). Theo đó, các quy định này đều thúc đẩy và khuyến khích các phương thức giải quyết tranh chấp thân thiện, không mang tính tài phán. Khoản 2 của dự thảo thậm chí còn tiến xa hơn quy định của EVFTA khi bắt buộc các bên tranh chấp thực hiện cả thương lượng và hòa giải, trong khi EVFTA chỉ bắt buộc tham vấn còn hòa giải là tùy chọn. Việc nâng cao tính bắt buộc đối với cả 2 phương thức này giúp các bên ít nhất có suy nghĩ và thử nỗ lực hòa giải, từ đó giảm thiểu rủi ro trải qua giai đoạn tố tụng phức tạp và tốn kém thời gian, chi phí như trọng tài và tòa án.

Phương án đề xuất sửa đổi, góp ý:

Giữ nguyên, đồng ý với Dự thảo.

c. Về Khoản 3 và khoản 4 của Điều 103 (Khoản 3 và khoản 4 Điều 117 Dự thảo 02/2020)

3. Tranh chấp giữa Cơ quan nhà nước có thẩm quyền, Cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư trong nước hoặc doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư trong nước thành lập; tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong nước; tranh chấp giữa nhà đầu tư trong nước hoặc doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư trong nước thành lập với các tổ chức kinh tế Việt Nam được giải quyết tại tổ chức trọng tài hoặc toà án Việt Nam.

4. Tranh chấp giữa Cơ quan nhà nước có thẩm quyền, Cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư nước ngoài hoặc với doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư nước ngoài thành lập được giải quyết tại tổ chức trọng tài hoặc Toà án Việt Nam, trừ trường hợp có thoả thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác

Nhận xét:

Khoản 3 đã liệt kê các nhóm tranh chấp được giải quyết tại tổ chức trọng tài hoặc toà án Việt Nam. Để tránh đi những sự hiểu sai không đáng có, **chúng tôi đề xuất bổ sung rõ hơn phần cuối thành “tại tổ chức trọng tài Việt Nam hoặc Toà án Việt Nam”, đồng thời cũng phù hợp với cách viết hoa tên riêng của Toà án nhân dân của Việt Nam và phân biệt giữa trọng tài Việt Nam và trọng tài nước ngoài nhắc tới tại khoản 5.**

Các nhóm tranh chấp thuộc phạm vi điều chỉnh của Khoản 3 – **chỉ giải quyết tranh chấp tại tổ chức trọng tài Việt Nam và Toà án Việt Nam** bao gồm:

✓ Nhóm 1: Cơ quan nhà nước có thẩm quyền/ Cơ quan ký kết hợp đồng – Nhà đầu tư trong nước / Doanh nghiệp dự án PPP trong nước;

✓ Nhóm 2: Giữa các nhà đầu tư trong nước;

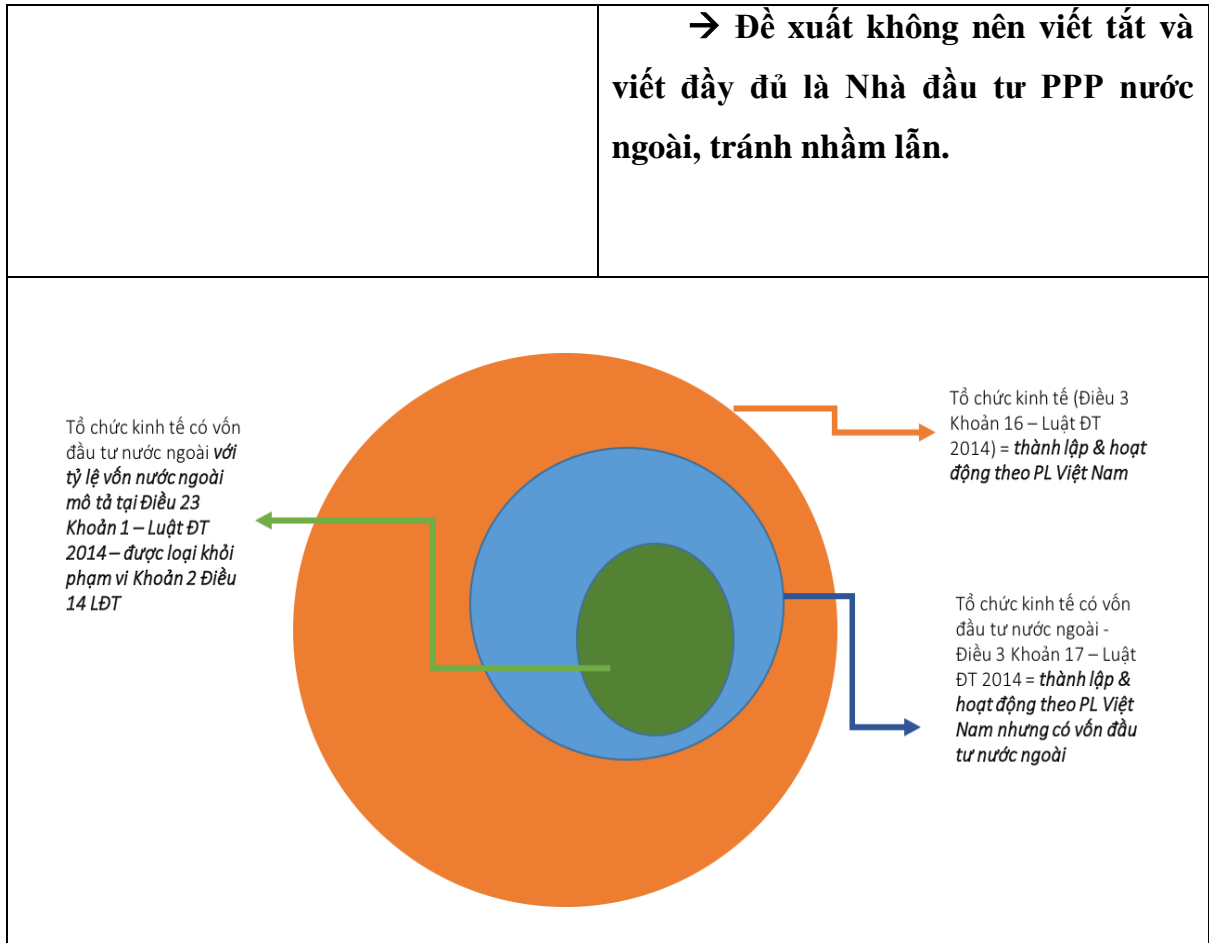
✓ Nhóm 3: Nhà đầu tư trong nước/ Doanh nghiệp PPP trong nước – tổ chức kinh tế Việt Nam

Các nhóm tranh chấp thuộc phạm vi điều chỉnh của Khoản 4 – **giải quyết tại tổ chức trọng tài Việt Nam và Toà án Việt Nam hoặc theo thoả thuận tại hợp đồng/ theo quy định tại ĐUQT Việt Nam tham gia bao gồm:**

✓ Cơ quan nhà nước có thẩm quyền/ Cơ quan ký kết hợp đồng – *Nhà đầu tư nước ngoài / Doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư nước ngoài thành lập;*

Nhận thấy rằng, các thuật ngữ sử dụng tại khoản 3 và khoản 4 giống với thuật ngữ sử dụng tại Điều 14 Luật Đầu tư 2014 nhưng nội dung giải thích của các thuật ngữ trong Dự thảo lại không hoàn toàn trùng với nội dung giải thích tại Luật đầu tư 2014. Cụ thể như sau:

Giải thích từ ngữ (Điều 3 Luật DT 2014):	Giải thích từ ngữ (Điều 4 Dự thảo tháng 02/2020 Luật đầu tư theo hình thức PPP. Dự thảo tháng 04/2020 thiếu toàn bộ phần giải thích này)
<p><i>Nhà đầu tư trong nước</i> = cá nhân có quốc tịch Việt Nam + tổ chức kinh tế không có nhà đầu tư nước ngoài là thành viên hoặc cổ đông.</p> <p>→ Theo định nghĩa này, <u>nhóm DN FDI sẽ không được coi là Nhà đầu tư trong nước.</u></p>	<p><i>Nhà đầu tư trong nước</i> = Nhà đầu tư PPP trong nước = tổ chức được thành lập theo pháp luật Việt Nam = “Tổ chức kinh tế” – theo định nghĩa tại Luật DT 2014 do đó bao gồm cả trường hợp có vốn đầu tư nước ngoài.</p> <p>→ Phạm vi điều chỉnh rộng hơn rất nhiều khi <u>toàn bộ nhóm doanh nghiệp FDI tham gia hoạt động đầu tư theo hình thức PPP cũng sẽ được gọi là Nhà đầu tư PPP trong nước.</u></p> <p>→ Đề xuất không nên viết tắt và viết đầy đủ là Nhà đầu tư PPP trong nước, tránh nhầm lẫn.</p>
<p><i>Nhà đầu tư nước ngoài:</i> là cá nhân có quốc tịch nước ngoài, tổ chức thành lập theo pháp luật nước ngoài thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam.</p>	<p><i>Nhà đầu tư nước ngoài</i> = Nhà đầu tư PPP nước ngoài = tổ chức được thành lập theo pháp luật nước ngoài.</p>



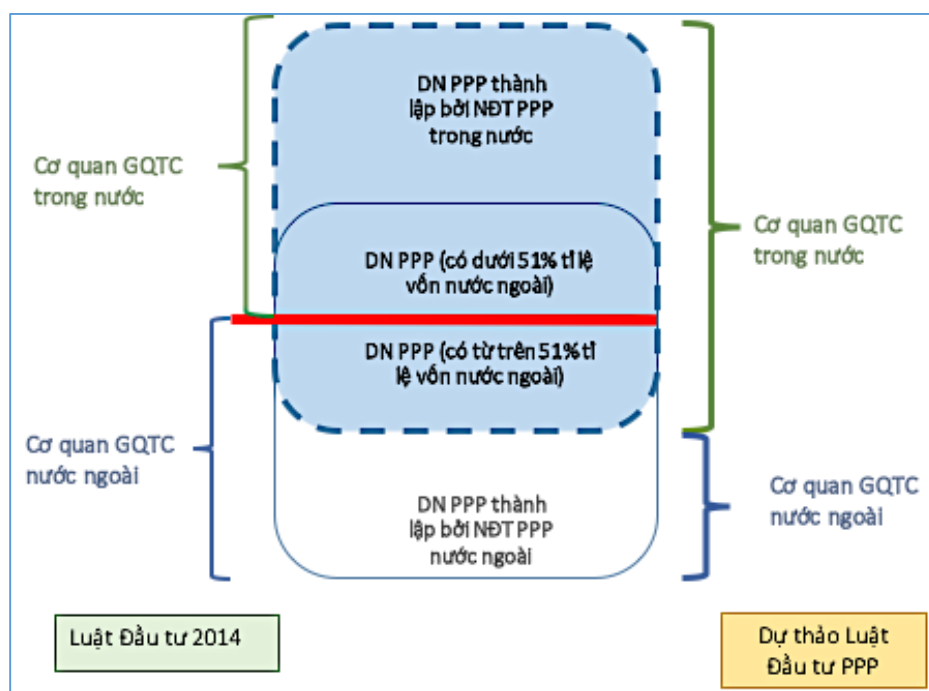
Khoản 3 và khoản 4 nhắc đến hai loại chủ thể là doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư trong nước thành lập và doanh nghiệp dự án PPP do nhà đầu tư nước ngoài thành lập. Đối chiếu với định nghĩa về doanh nghiệp dự án PPP tại khoản 9 Điều 4 dự thảo, thì doanh nghiệp dự án PPP có thể được thành lập bởi nhiều nhà đầu tư (trong nước và/hoặc nước ngoài). Như vậy, Điều 103 khoản 3 và khoản 4 đã bỏ sót trường hợp tranh chấp mà 1 bên chủ thể là doanh nghiệp dự án PPP có tỷ lệ sở hữu vốn trộn lẫn giữa cả nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài thành lập (hay còn gọi là doanh nghiệp có vốn nước ngoài). Ngoài ra, không chỉ có doanh nghiệp dự án PPP, mà các chủ thể “nhà đầu tư” và “tổ chức kinh tế Việt Nam” cũng có thể có tỷ lệ vốn nước ngoài nhất định trong các mô hình này.

Dự thảo hiện không cung cấp định nghĩa về “tổ chức kinh tế Việt Nam”. Trong khi đó, Luật đầu tư 2014 đã đưa ra định nghĩa về “Tổ chức kinh tế” và “Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài” tại các Khoản 16, 17 Điều 3 Luật Đầu tư 2013. Theo đó, “Tổ chức kinh tế” là để chỉ chung các tổ chức được thành lập và hoạt động theo pháp

luật Việt Nam và “Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài” là bộ phận nhỏ hơn, với sự tham gia của vốn nước ngoài trong tổ chức đó.

Khi so sánh phạm vi các nhóm tranh chấp cũng được giải quyết tại Trọng tài Việt Nam và Tòa án Việt Nam được liệt kê tại Điều 14 Khoản 2 Luật Đầu tư 2014 với các nhóm tranh chấp mà Điều 103 Khoản 3 Dự thảo đang nêu ra, chúng tôi thấy rằng, (i) Dự thảo đã “bỏ sót” một số trường hợp được nhắc tới trong phạm vi điều chỉnh của Luật Đầu tư; và (ii) không cần thiết có diễn đạt là “tổ chức kinh tế Việt Nam” và chỉ cần diễn đạt là “tổ chức kinh tế” cùng với các sửa đổi là đã có thể đảm bảo phạm vi điều chỉnh của Khoản 2 Điều 14 Luật Đầu tư 2014 sẽ trùng với Khoản 3 Điều 103 của Dự thảo.

Đối chiếu với Luật Đầu tư khoản 2 và 3 Điều 14 và khoản 1 Điều 23, có thể thấy rằng chỉ những tổ chức kinh tế/doanh nghiệp/nhà đầu tư đáp ứng được những điều kiện nhất định về phần trăm vốn nước ngoài mới có thể chọn cơ quan giải quyết tranh chấp nước ngoài (trọng tài nước ngoài hoặc tòa án nước ngoài). Trong khi đó, Điều 103 của Dự thảo đang quy định chỉ những doanh nghiệp PPP có 100% vốn nước ngoài, nhà đầu tư PPP nước ngoài hoặc cá nhân tổ chức kinh tế nước ngoài mới được chọn cơ quan giải quyết tranh chấp nước ngoài (phần trăm vốn nước ngoài quy định cao hơn so với Luật Đầu tư).



Xét về phạm vi điều chỉnh, Luật Đầu tư 2014 có phạm vi điều chỉnh rộng hơn dự thảo Luật Đầu tư PPP. Theo đó, Luật Đầu tư 2014 đưa ra các quy định cơ bản về đầu tư nói chung, đặt ra khung pháp lý tiêu chuẩn về quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư mà các luật chuyên ngành có phạm vi điều chỉnh hẹp hơn phải đảm bảo không được vượt quá. Dự thảo Luật Đầu tư PPP là luật đặc thù, có phạm vi điều chỉnh hẹp hơn – đầu tư theo phương thức đối tác công tư, do đó chỉ quy định chi tiết hơn về hình thức đầu tư PPP. Cũng do tính đặc thù của phương thức đầu tư này, việc kiểm soát quyền của nhà đầu tư PPP nói chung và quyền chọn hình thức giải quyết tranh chấp nói riêng cần được kiểm soát chặt chẽ, nhưng vẫn phải nằm trong khung pháp lý tiêu chuẩn mà Luật đầu tư đề ra (giới hạn hơn hoặc bằng). Dự thảo quy định theo hướng giới hạn hơn quyền của nhà đầu tư PPP nước ngoài so với Luật Đầu tư và chúng tôi cho rằng điều này là phù hợp.

Phương án đề xuất sửa đổi

Giữ nguyên, đồng ý với Dự thảo.

d. Về Khoản 5 Điều 103 (Khoản 5 Điều 117 Dự thảo tháng 02/2020)

5. Tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong đó có ít nhất một nhà đầu tư nước ngoài; tranh chấp giữa nhà đầu tư hoặc doanh nghiệp dự án PPP với tổ chức, cá nhân nước ngoài được giải quyết tại một trong các cơ quan, tổ chức sau đây:

a. Tòa án Việt Nam;

b. Trọng tài Việt Nam;

c. Trọng tài nước ngoài;

d. Trọng tài quốc tế;

đ. Trọng tài do các bên tranh chấp thoả thuận thành lập

Nhận xét:

Có thể thấy rằng, quy định tại khoản 5 như trên là tương tự quy định tại Điều 14 Luật Đầu tư 2014. Quy định này có sự chưa chính xác trong việc phân loại các hình thức giải quyết tranh chấp bởi “trọng tài quốc tế” và “trọng tài do các bên thoả thuận thành lập” thực chất nhắc tới tính chất của thủ tục trọng tài được thực hiện chứ không

phù hợp với tiêu chí về quốc tịch và địa điểm trọng tài (seat of arbitration) dùng để phân chia 03 hình thức tại điều a, b, c phía trên.

Cụ thể, “trọng tài quốc tế” – Một tổ chức trọng tài tại Việt Nam, ví dụ, Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam có thể thực hiện các thủ tục trọng tài có tính quốc tế (có bên tranh chấp là DN nước ngoài, luật áp dụng là luật nước ngoài, các bước thủ tục tương tự với thủ tục trọng tài quốc tế, ngôn ngữ trọng tài là tiếng nước ngoài, v.v.);

Hay “trọng tài do các bên thoả thuận thành lập” – trọng tài vụ việc (trong phân loại với trọng tài quy chế do các trung tâm trọng tài thực hiện) có thể được thực hiện với địa điểm trọng tài là Việt Nam sẽ được gọi là Trọng tài Việt Nam – Thủ tục trọng tài được điều chỉnh bởi Luật TTTM Việt Nam và phán quyết trọng tài có quốc tịch Việt Nam; hoặc cũng có thể là Trọng tài nước ngoài nếu địa điểm trọng tài đặt ở nước ngoài.

Phương án đề xuất sửa đổi

Bỏ điểm d và đ của khoản 5.

e. Về Khoản 6 Điều 103

6. Tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài theo quy định tại hợp đồng PPP và các hợp đồng liên quan là tranh chấp thương mại. Phán quyết của trọng tài nước ngoài được công nhận và thi hành theo quy định của pháp luật về công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài

Nhận xét:

Việc có quy định pháp luật cụ thể xác định rõ tranh chấp đầu tư nào có tính chất thương mại và có thể được giải quyết bằng trọng tài thương mại là vô cùng quan trọng, góp phần giải quyết dứt điểm các tranh chấp trên cơ sở quy định hợp đồng và pháp luật thương mại mà không cần đưa lên giải quyết bằng quy định tại các điều ước quốc tế như hiệp định thương mại tự do, hiệp định đầu tư song phương và đa phương.

Phương án đề xuất sửa đổi

Giữ nguyên, đồng ý với Dự thảo.

3. Về Điều 105: Xử lý vi phạm trong đầu tư theo phương thức đầu tư PPP

Điều 105 mong muốn liệt kê các loại chế tài có thể áp dụng với các vi phạm trong giao dịch đối tác công tư, theo đó: Khoản 1, Khoản 2 nêu ra chế tài hành chính và chế tài hình sự, Khoản 4 nêu ra chế tài áp dụng riêng cho đối tượng cán bộ, công chức, viên chức vi phạm.

Khoản 3 có quy định: “*Chấm dứt, đình chỉ hợp đồng khi phát hiện có hành vi vi phạm hợp đồng hoặc quy định của Luật này và pháp luật có liên quan*”. Thấy rằng, khoản 3 đang nêu ra các chế tài dân sự, thương mại (Điều 422 BLDS 2015 và Điều 292 Khoản 5 Luật thương mại 2005).

Nhằm đảm bảo rằng hợp đồng đối tác công tư cần trước hết giữ nguyên bản chất là một hợp đồng giữa các bên, được tự do giao kết với các quyền và nghĩa vụ cân bằng, do các bên tự do thoả thuận theo quy định của pháp luật, **chúng tôi đề xuất khoản 3 không ấn định chế tài “chấm dứt, đình chỉ hợp đồng” cho mọi “hành vi vi phạm hợp đồng hoặc quy định của Luật này và pháp luật có liên quan”, mà chỉ quy định theo hướng: “Các chế tài thương mại, dân sự do các bên tự thoả thuận trong hợp đồng và theo quy định của pháp luật liên quan”, thống nhất với cách tiếp cận về chế tài dân sự, thương mại tại BLDS 2015 và Luật Thương mại 2005.**