

**VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI**

NGUYỄN THANH LÝ

**KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TỰ
LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHỨNG THEO
PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI – 2017

VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI

NGUYỄN THANH LÝ

**KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TỰ
LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHÚNG THEO
PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Chuyên ngành : Luật Kinh tế

Mã số : 62 38 01 07

Người hướng dẫn khoa học: PGS.TS. Bùi Nguyên Khánh

HÀ NỘI – 2017

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu khoa học của riêng tôi. Các số liệu, ví dụ và trích dẫn trong luận án đảm bảo độ tin cậy, chính xác và trung thực. Những kết luận khoa học của luận án chưa từng được ai công bố trong bất kỳ công trình nào.

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Nguyễn Thanh Lý

LỜI CẢM ƠN

Để hoàn thành luận án này, tôi đã nhận được rất nhiều sự giúp đỡ của các thầy cô giáo, đồng nghiệp, bạn bè và người thân.

Tôi xin bày tỏ lòng biết ơn sâu sắc đến người thầy hướng dẫn PGS.TS. Bùi Nguyên Khánh đã tận tình hướng dẫn, chỉ bảo, động viên tôi trong suốt thời gian thực hiện luận án.

Xin gửi lời cảm ơn đến Lãnh đạo Học viện Khoa học xã hội, các thầy cô ở Khoa Luật, Học viện Khoa học xã hội đã chỉ bảo, góp ý, hỗ trợ tôi rất nhiều trong việc tìm kiếm tư liệu cũng như nâng cao phương pháp, kỹ năng viết luận án.

Xin cảm ơn các anh chị em là đồng nghiệp tại Học viện Khoa học xã hội, đặc biệt là phòng Biên tập – trị sự, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội đã cổ vũ, tạo điều kiện cho tôi trong suốt quá trình học tập, nghiên cứu.

Cuối cùng, tôi xin gửi lời cảm ơn chân thành đến gia đình, người thân và bạn bè đã thổi lửa, tiếp sức cho tôi vượt qua những khó khăn để hoàn thành luận án.

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Nguyễn Thanh Lý

MỤC LỤC

MỞ ĐẦU	1
Chương 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU, CƠ SỞ LÝ THUYẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU	7
1.1. Tình hình nghiên cứu trong nước và nước ngoài	7
1.2. Đánh giá tình hình nghiên cứu và các vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu	24
1.3. Cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu	28
KẾT LUẬN CHƯƠNG 1	32
Chương 2: LÝ LUẬN VỀ KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHÚNG	33
2.1. Khái niệm và đặc điểm của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng	33
2.2. Ảnh hưởng tiêu cực của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng và nhu cầu kiểm soát	40
2.3. Lý luận pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng	47
KẾT LUẬN CHƯƠNG 2	73
Chương 3: THỰC TRẠNG KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHÚNG THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM HIỆN NAY	74
3.1. Thực trạng quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam	74
3.2. Thực trạng thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay	101
KẾT LUẬN CHƯƠNG 3	116
Chương 4: PHƯƠNG HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP NHẪM NÂNG CAO HIỆU QUẢ KIỂM SOÁT CÁC GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHÚNG THEO PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM	118
4.1. Phương hướng nhằm nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam	118

4.2. Hoàn thiện quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng	121
4.3. Nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng	135
KẾT LUẬN CHƯƠNG 4	146
KẾT LUẬN	148
TÀI LIỆU THAM KHẢO	150

DANH MỤC CÁC KÝ HIỆU, CÁC CHỮ VIẾT TẮT

BKS	: Ban Kiểm soát
CT	: Công ty
CTCP	: Công ty cổ phần
DN	: Doanh nghiệp
DNNN	: Doanh nghiệp nhà nước
ĐHĐCĐ	: Đại hội đồng cổ đông
IFC	: Tổ chức Tài chính quốc tế
GD	: Giám đốc
HDQT	: Hội đồng quản trị
HNX	: Sở Giao dịch chứng khoán thành phố Hà Nội
HOSE	: Sở Giao dịch chứng khoán thành phố Hồ Chí Minh
LDN	: Luật Doanh nghiệp
OECD	: Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế
TGD	: Tổng Giám đốc
TNHH	: Trách nhiệm hữu hạn

DANH MỤC CÁC BẢNG, HÌNH, HỘP

TT	Nội dung	Trang
Bảng 3.1	So sánh điều kiện tiến hành họp và thông qua Nghị quyết/Quyết định ĐHĐCĐ giữa Luật Doanh nghiệp 2005 và Luật Doanh nghiệp 2014	81
Bảng 3.2	Đánh giá thực hiện các tiêu chí quản trị công ty 3 năm (2009-2011)	104
Bảng 4.1	Tiêu chí đánh giá hiệu quả pháp luật	119
Bảng 4.2	Các thiết chế liên quan tới quản trị công ty đại chúng tại Việt Nam.	139
Hộp 3.1.	Vi phạm tại Công ty cổ phần Dầu thực vật Tường An	PL
Hộp 3.2	Hạn chế quyền tham dự ĐHĐCĐ trong các công ty đại chúng	PL
Hộp 3.3	Bắt lạt quản trị, cổ đông thành bù nhìn	PL
Hộp 3.4	Vi phạm của Tổng công ty Hàng Hải	PL
Hộp 3.5	Vai trò của thành viên HĐQT độc lập tại ACB	PL
Hộp 3.6.	Vụ việc vi phạm của Ngân hàng Agribank	PL
Hộp 3.7	Lương, thưởng của HĐQT, Ban Giám đốc và việc không chia cổ tức của một số công ty đại chúng/niêm yết tại Việt Nam	PL
Hộp 3.8	Thủ đoạn làm giá chứng khoán của Ban lãnh đạo Cty cổ phần Dược Viễn Đông (DVD)	PL
Hộp 3.9.	Vụ việc vi phạm của Công ty cổ phần PJICO	PL
Hộp 4.1	Quy định về các bên liên quan theo Chuẩn mực Kế toán quốc tế	141
Sơ đồ 1.1	Sơ đồ cấu trúc pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng	65
Sơ đồ 4.1.	Sơ đồ tổ chức của Ban kiểm soát, Kiểm toán nội bộ và ủy ban kiểm toán trong công ty.	130

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của nghiên cứu

Lý thuyết về vấn đề đại diện, vấn đề xung đột lợi ích, sự phân tách giữa chủ sở hữu và quản lý đưa ra những lập luận cho thấy người đại diện có thể hành động không vì mục tiêu tối đa hóa lợi nhuận của cổ đông mà có thể vì lợi ích của chính bản thân họ. Phương thức để tư lợi phổ biến nhất là thông qua các giao dịch của công ty – giao dịch có khả năng tư lợi.

Công ty đại chúng với đặc điểm là công ty đối vốn điển hình, có những công ty có tới hàng triệu cổ đông ở rải rác khắp nơi trên thế giới mà họ không hề quen biết nhau. Thậm chí cổ đông chỉ quan tâm đến số vốn của họ trong công ty mà không quan tâm đến hoạt động nội bộ của công ty bởi việc chuyển nhượng cổ phiếu rất dễ dàng, tạo nên sự tách biệt giữa sở hữu và quản lý công ty. Trong tình thế đó, các thành viên trong công ty (đặc biệt là các vị trí quản lý, điều hành, giám sát) rất có thể bỏ qua lợi ích của công ty, của các chủ sở hữu khác để mưu lợi và thu lợi riêng cho bản thân thông qua các giao dịch của công ty.

Các giao dịch tư lợi nảy sinh sẽ gây thiệt hại về tài sản, uy tín của công ty, ảnh hưởng đến quyền lợi của các cổ đông công ty, của các chủ thể có quyền lợi liên quan, kéo theo đó là ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ nợ của công ty khi công ty không còn đủ tài sản để thanh toán các khoản nợ cho các chủ nợ. Ở phạm vi rộng hơn, các giao dịch tư lợi làm thất thoát tài sản của Nhà nước và xã hội, dẫn đến nhiều hệ quả nghiêm trọng làm ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh, đạo đức kinh doanh và nền kinh tế của quốc gia.

Ở Việt Nam, nếu như Luật Doanh nghiệp tư nhân 1990 và Luật Công ty 1990, gần như vắng bóng các quy định phòng, chống giao dịch có khả năng tư lợi, thì Luật Doanh nghiệp 1999 đã tạo những bước khởi đầu cho việc xác lập cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Nhưng những quy định trong Luật Doanh nghiệp 1999 còn vướng phải nhiều vấn đề bất hợp lý trong khung quản trị. Tương tự như vậy, khung quản trị đối với các đại chúng theo Luật Doanh nghiệp 2005; Luật Chứng khoán 2006 và các quy định về điều lệ mẫu áp dụng cho công ty đại chúng, vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi nằm rải rác ở nhiều văn bản và không được đề cập thích đáng. Với việc ban hành Luật doanh nghiệp 2014, các chuẩn mực pháp lý về kiểm soát

các giao dịch tư lợi đã được nâng lên sát với các chuẩn mực pháp lý quốc tế. Mặc dù vậy, việc khắc phục những hạn chế của pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong Luật Doanh nghiệp 2014 so với Luật Doanh nghiệp 2005 vẫn chưa có được những khởi sắc như kỳ vọng của nhà đầu tư trong nền kinh tế thị trường. Đồng thời, so sánh với những thông lệ tốt về quản trị công ty trên thế giới thì pháp luật quản trị công ty của Việt Nam còn rất non kém, đặc biệt là các quy định pháp luật về quản trị công ty đại chúng và pháp luật điều chỉnh về hoạt động kiểm soát giao dịch tư lợi trong các công ty này.

Đáng lưu ý, vấn đề kiểm soát giao dịch tư lợi thông qua cơ chế kiểm soát nội bộ trong công ty không được coi trọng, đặc biệt là các văn bản nội bộ công ty còn vắng bóng hoặc nếu tồn tại thì chỉ là mặt hình thức thiếu hẳn những nội dung kiểm soát nội bộ hay cơ chế đảm bảo thực hiện. Minh chứng cho những bất cập và hạn chế của các quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi và quản trị công ty đại chúng là hàng loạt những vi phạm của các công ty như: CTCP Dầu thực vật Tường An; Tổng công ty Hàng Hải; CTCP PJICO; Tổng công ty Công nghệ Năng lượng Dầu khí Việt Nam (PV EIC); Tổng CTCP xuất nhập khẩu và xây dựng Việt Nam;... Vậy là, trong khi chúng ta vẫn có các quy định về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cũng như những quy định về quản trị công ty thì việc giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi vẫn liên tiếp diễn ra và ngày càng phức tạp. Điều này cho thấy lỗ hổng không chỉ nằm trong các quy định pháp luật mà còn ở chính hoạt động áp dụng pháp luật.

Ngày nay, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi không chỉ là nội dung cơ bản của lĩnh vực luật công ty và luật chứng khoán ở các nước trên thế giới mà còn thu hút sự quan tâm và chú ý của nhiều tổ chức quốc tế khác: UNDP, OECD, WB, Group of Seven-G7,... [18]. Ở Việt Nam, quá trình hội nhập kinh tế quốc tế đang diễn ra mạnh mẽ, việc hạn chế và kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng đóng vai trò quan trọng trong việc tạo ra một môi trường kinh doanh lành mạnh, qua đó, tạo niềm tin và khả năng thu hút nguồn vốn của các nhà đầu tư trong nước và quốc tế.

Như vậy, việc nghiên cứu đề tài ***“Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam”*** là rất cần thiết và cấp bách nhằm đáp ứng những đòi hỏi về cơ sở lý luận, cơ sở pháp lý, cơ sở thực tiễn và nhu cầu của quá trình hội nhập, phát triển.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

2.1. Mục đích nghiên cứu

Mục đích nghiên cứu của luận án là đưa ra các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam trong thời gian tới.

2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Để thực hiện mục đích nghiên cứu trên, Luận án có các nhiệm vụ nghiên cứu sau đây:

- Nghiên cứu làm sáng tỏ những vấn đề lý luận về giao dịch có khả năng tư lợi và pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng;
- Nghiên cứu kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi ở một số nước;
- Phân tích, đánh giá thực trạng quy định pháp luật và thực trạng thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam;
- Nghiên cứu việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi thông qua Điều lệ công ty và các văn bản nội bộ của công ty;
- Đánh giá những mặt đạt được và mặt còn hạn chế về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay và đưa ra nguyên nhân của những hạn chế;
- Nghiên cứu, đề xuất các định hướng, giải pháp hoàn thiện pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam trong thời gian tới;
- Nghiên cứu, đề xuất các giải pháp tăng cường hiệu quả thực thi pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của luận án là giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng và hoạt động kiểm soát các giao dịch này bằng pháp luật. Đối tượng mà luận án sử dụng để đạt được mục đích nghiên cứu là:

- Các quan điểm khoa học đã được các tác giả, cá nhân và các tổ chức công bố trong các nghiên cứu về quản trị công ty đại chúng nói chung và vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng nói riêng cả trong và ngoài nước.

- Hệ thống các quan điểm, đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước về quản trị doanh nghiệp trong nền kinh tế;
- Các quy định của pháp luật Việt Nam về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng;
- Thực tiễn áp dụng pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong các công ty đại chúng ở Việt Nam;
- Pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở một số quốc gia trên thế giới; các tổ chức quốc tế;
- Các báo cáo, tổng kết tình hình thực thi pháp luật về quản trị công ty đại chúng ở Việt Nam;

3.2. Phạm vi nghiên cứu

Với tính chất là một luận án tiến sỹ luật học, luận án nghiên cứu về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi dưới góc độ khoa học pháp lý.

Luận án chỉ tập trung nghiên cứu về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong mô hình công ty đại chúng. Luận án đi sâu nghiên cứu các quy định liên quan đến kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo Luật Doanh nghiệp, đồng thời có sự liên hệ với các quy định trong một số luật liên quan như: Luật Chứng khoán, Bộ luật Dân sự; Bộ luật Tố tụng Dân sự, Bộ luật Hình sự, pháp luật kế toán, kiểm toán, Luật Đấu thầu, Luật Phá sản,... và các văn bản điều chỉnh dưới luật dành riêng cho công ty đại chúng. Bên cạnh đó, luận án nghiên cứu kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi một cách toàn diện thông qua pháp luật điều chỉnh chung và đặc biệt là cơ chế kiểm soát nội bộ của công ty.

4. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

Luận án được thực hiện trên cơ sở phương pháp luận là chủ nghĩa Mác - Lênin; tư tưởng Hồ Chí Minh; đường lối chính sách của Đảng Cộng sản Việt Nam và pháp luật của Nhà nước.

Luận án sử dụng các phương pháp nghiên cứu như: phương pháp tổng hợp; phương pháp nghiên cứu phân tích pháp lý (phương pháp nghiên cứu pháp luật truyền thống); phương pháp phân tích tình huống thực tiễn (case study examination); phương pháp so sánh luật; phương pháp diễn giải, quy nạp... để giải quyết các vấn đề và nhiệm vụ của luận án.

5. Những điểm mới của luận án

- Về cách tiếp cận: Luận án tiếp cận vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi không chỉ dưới góc nhìn của pháp luật chung, mà còn nghiên cứu cơ chế kiểm soát nội bộ của công ty. Pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng sẽ được nhìn nhận một cách toàn diện theo các quy định của luật doanh nghiệp, luật chứng khoán, luật dân sự...; các văn bản dưới luật; các văn bản nội bộ của công ty đại chúng (Điều lệ mẫu, Quy chế nội bộ về quản trị công ty, Bộ Quy tắc ứng xử, quy trình giao kết hợp đồng...).

- Trên cơ sở tiếp thu có chọn lọc những kết quả nghiên cứu về giao dịch có khả năng tư lợi, luận án đưa ra khái niệm và làm rõ đặc điểm của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Đồng thời, luận án làm rõ các thành tố của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

- Luận án là công trình nghiên cứu công phu về thực trạng điều chỉnh pháp luật và thực trạng thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi ở Việt Nam hiện nay. Đặc biệt, luận án đã phát hiện và chỉ ra: (1) Những khiếm khuyết, hạn chế của pháp luật doanh nghiệp, pháp luật chứng khoán và các văn bản liên quan; (2) Những khiếm khuyết, bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật vào xây dựng các văn bản nội bộ của công ty đại chúng nhằm kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

- Luận án đưa ra các định hướng và đề xuất giải pháp từ tổng thể đến cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật điều chỉnh chung cũng như các văn bản nội bộ của công ty. Đây là những giải pháp mang tính toàn diện từ thể chế, thiết chế đến các biện pháp bảo đảm thực hiện.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận án

- Về mặt lý luận, luận án đưa ra góc nhìn đa chiều, toàn diện về vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng; xây dựng khung lý thuyết cơ bản để nhận diện và kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng; cung cấp những luận cứ khoa học cho việc nghiên cứu và hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

- Về mặt thực tiễn, kết quả nghiên cứu về thực trạng kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi theo pháp luật ở Việt Nam hiện nay cung cấp cho các nhà nghiên cứu, nhà đầu tư, nhà quản trị, người quản lý... những thông tin toàn diện, chi tiết để phục vụ

quá trình nghiên cứu và làm việc. Những giải pháp mà luận án đưa ra sẽ là tài liệu tham khảo hữu ích cho quá trình hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng nói riêng, hoàn thiện pháp luật doanh nghiệp nói chung ở Việt Nam. Bên cạnh đó, luận án có thể dùng làm tài liệu giảng dạy và học tập trong chuyên ngành luật kinh tế.

7. Cơ cấu của luận án

Ngoài mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo luận án được kết cấu gồm 04 chương và 01 phụ lục:

Chương 1: Tổng quan tình hình nghiên cứu, cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu.

Chương 2: Lý luận về giao dịch có khả năng tư lợi và kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật.

Chương 3: Thực trạng kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam hiện nay.

Chương 4: Phương hướng, giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật ở Việt Nam.

Phụ lục: Các vụ việc vi phạm pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

Chương 1

TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU, CƠ SỞ LÝ THUYẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU

1.1. Tình hình nghiên cứu trong nước và ngoài nước

Trên thế giới, những nghiên cứu về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty không còn là vấn đề xa lạ. Bởi, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi là một phần không thể thiếu trong các nghiên cứu về quản trị công ty. Đáng nói là, trong những thập kỷ gần đây, quản trị doanh nghiệp (đặc biệt là quản trị công ty đại chúng) đã và đang là vấn đề quan tâm hàng đầu của các quốc gia trên thế giới và cộng đồng quốc tế, trong đó có Việt Nam. Bởi, đây chính là chìa khóa để giải quyết các mối quan hệ và hài hòa hóa các quan hệ về lợi ích giữa các nhà đầu tư, người quản lý doanh nghiệp, lợi ích của Nhà nước và xã hội.

Có thể sắp xếp các công trình nghiên cứu liên quan đến kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng của các tác giả trong và ngoài nước thành những nhóm sau:

1.1.1. Các học thuyết pháp lý – lý thuyết gốc của vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty

Những lý thuyết được cho là gốc của vấn đề quản trị công ty như: lý thuyết về đại diện (*agency theory*) và lý thuyết về xung đột lợi ích. Lý thuyết về đại diện có nguồn gốc từ lý thuyết kinh tế, được phát triển bởi Alchian và Demsetz năm 1972 sau đó được Jensen và Meckling phát triển thêm. Tiêu biểu như nghiên cứu của Jensen.MC và Meckling.WH (1976), *Theory of Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics. Trong lý thuyết này, các cổ đông là các chủ sở hữu hoặc là người đứng đầu công ty, thuê những người khác thực hiện công việc. Bên cạnh việc phân tích những ưu điểm của quan hệ đại diện trong nền kinh tế hiện đại, lý thuyết đại diện còn chỉ ra những hạn chế mà người đại diện có thể lạm dụng để trục lợi cá nhân. Trong khi các cổ đông kỳ vọng những người đại diện, quản lý hành động vì lợi ích của cổ đông. Thì chính vấn đề đại diện và sự phân tách giữa sở hữu và quản lý có thể dẫn tới việc nhà quản lý hành động không nhằm mục tiêu tối đa hóa giá trị của cổ đông, mà có thể vì lợi ích của chính bản thân họ. Do đó, một cơ chế kiểm soát cần được thiết lập để bảo vệ lợi ích của các cổ đông.

Lý thuyết về xung đột lợi ích lần đầu được Adam Smith nhấn mạnh trong thế kỷ XVIII, sau đó được khám phá bởi Ross năm 1973, và lý thuyết về đại diện của của Jensen, Meckling lại tiếp tục mô tả chi tiết hơn vấn đề này. Các nghiên cứu như: Ross.S.A (1973), *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, The American Economic Review; Jensen.MC và Meckling.WH (1976), *Theory of Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics. Theo đó, xung đột lợi ích có thể tồn tại ngay trong mỗi bộ phận quản trị, chẳng hạn giữa các cổ đông (cổ đông đa số và cổ đông thiểu số; cổ đông kiểm soát và cổ đông không kiểm soát; cổ đông cá nhân và cổ đông tổ chức); giữa các thành viên HĐQT (điều hành và không điều hành; bên trong và bên ngoài; độc lập và phụ thuộc) [63].

Lý thuyết về sự phân chia quyền lực trong công ty hiện đại đã xuất hiện từ những năm 30 của thế kỷ trước. Khái niệm về vấn đề phát sinh từ việc phân tách quyền sở hữu và kiểm soát trong lý thuyết đại diện đã được xác nhận bởi Davis.JH, Schoorman.FD và Donaldson.L năm 1997 trong công trình nghiên cứu: Davis, JH, Schoorman, FD và Donaldson, L (1997), *Towards a Stewardship Theory of Management*, Academy of Management Review. Các học giả về luật công ty hiện đại quan tâm đến sự phân tách giữa sở hữu và quản trị (*the separation of ownership and control*), đặc biệt trong các CTCP có nhiều cổ đông, nhất là các công ty niêm yết (*listed firms*), nơi mà các cổ đông chỉ quan tâm đến giá trị cổ phiếu trên thị trường, cùng với một quyền rất quan trọng là lựa chọn các nhà quản trị mang lại giá trị cao nhất có thể cho cổ phần của họ.

Lý thuyết bất cân xứng thông tin (Asymmetric information) là một trong những lý thuyết kinh tế quan trọng liên quan mật thiết đến hoạt động chào bán chứng khoán trên thị trường. Theo đó, thông tin được xem là một loại tài sản quan trọng đối với các nhà đầu tư. Nhưng không phải ai cũng có cơ hội sở hữu một lượng thông tin chính xác, kịp thời, đầy đủ như nhau. Sự bất cân xứng thông tin xảy ra khi các bên tham gia giao dịch cố tình che đậy thông tin, làm cho nhà đầu tư đưa ra những quyết định sai lầm gây thiệt hại cho lợi ích của họ, trong khi đó những kẻ che đậy thông tin lại thu được những lợi ích nhất định. Thậm chí, sự bất cân xứng thông tin là nguyên nhân sâu xa của những giao dịch nội gián trên thị trường chứng khoán.

Ở Việt Nam, trong những năm gần đây, các học thuyết pháp lý này đã du nhập và được các nhà nghiên cứu luật học, kinh tế học tiếp nhận, truyền bá. Tiêu biểu như các

bài viết của: TS. Bùi Xuân Hải (2007), *Học thuyết đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4/2007; TS. Nguyễn Ngọc Thanh (2010), *Vấn đề chủ sở hữu và người đại diện: một số gợi ý về chính sách cho Việt Nam*, in trong: Chuyên san Kinh tế và kinh doanh, tập 26, số 1/2010; Nhâm Phong Tuân và Nguyễn Anh Tuấn (2013), *Quản trị công ty vấn đề đại diện của các công ty đại chúng tại Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Kinh tế và kinh doanh, tập 29, số 1/2013... Các vấn đề liên quan đến giao dịch tư lợi và nhu cầu kiểm soát giao dịch tư lợi được các tác giả khai thác, đề cập ở nhiều vấn đề khác nhau như: bất cân xứng thông tin; sự phân tách giữa sở hữu và điều hành; nghĩa vụ của người quản lý... nhưng nhìn chung đều xoay quanh mối quan hệ giữa chủ sở hữu và người đại diện.

1.1.2. Nhóm các nghiên cứu đề cập đến giao dịch có khả năng tư lợi trong hoạt động quản trị chung của công ty

Bên cạnh những học thuyết kinh điển trong lĩnh vực luật kinh tế về quản trị công ty như vấn đề đại diện, sự bất cân xứng thông tin, xung đột lợi ích, sự phân tách quyền sở hữu và kiểm soát, còn rất nhiều những nghiên cứu khác về quản trị công ty đề cập đến nội dung kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, đặc biệt là trong mô hình công ty đại chúng. Khi công ty ngày càng khẳng định vai trò quan trọng trong hoạt động kinh doanh, vấn đề quản trị công ty được các quốc gia đề cao, có thể nhận thấy, chưa bao giờ kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi mà đằng sau nó là mối quan hệ giữa cổ đông và nhà quản trị được đem ra mổ xẻ nhiều đến thế.

Đầu tiên phải kể đến là những lý thuyết pháp lý về quản trị công ty đại chúng hiện đại đã xuất hiện từ những năm 30 của thế kỷ trước được đánh dấu bằng công trình nghiên cứu mang tính kinh điển của Berle và Means [59] trong Adolf A. Berle & Gardiner C. Means (1932/1968), *The Modern Corporation and Private Property*, MacMilan, New York (Mô hình công ty hiện đại và tài sản cá nhân) [77]. Sau đó là nghiên cứu của Eugene F. Fama and Michael C. Jensen Source (1983), *Separation of Ownership and Control Author(s)*, Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 2 (Tách quyền sở hữu và kiểm soát) [78]. Các nghiên cứu này, bên cạnh phân tích các nội dung của quản trị công ty, đã chỉ ra tác động của việc tách quyền sở hữu và kiểm soát trong hoạt động của công ty đại chúng đối với kiểm soát vấn đề lợi ích cá nhân của người quản lý. Theo đó, trong các công ty khi mà quyền sở hữu tách ra khỏi quyền

quản lý điều hành thì logic truyền thống về lợi ích và thua lỗ gắn liền với quyền sở hữu sẽ không còn đúng nữa. Điều này nhấn mạnh vai trò lèo lái của nhà quản lý, điều hành công ty [59, Phần 1, quyển IV]. Chính việc tách bạch sở hữu và kiểm soát, phân tách quyền ra quyết định và quá trình thực hiện không chỉ là đòi hỏi đảm bảo về mặt chức năng, chuyên môn quản lý rủi ro của công ty, mà còn là một phương pháp hữu hiệu để kiểm soát hiệu quả các vấn đề lợi ích cá nhân của người quản lý, điều hành trong công ty [62].

Song song với hoạt động quản trị của công ty, việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cũng được thực hiện. Chẳng hạn như vai trò của HĐQT đối với việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Berle và Means cũng nhận định như lý thuyết đại diện đặt ra, đó là thiết lập cấu trúc Hội đồng quản trị nhằm đảm bảo lợi ích của các cổ đông, những người chủ sở hữu của công ty. Trong việc thiết lập HĐQT, theo quan điểm của Berle và Means: HĐQT được thiết lập để hỗ trợ sự kiểm soát của đội ngũ quản lý, tạo ra kết quả hoạt động vượt trội dựa trên sự hiểu biết tường tận tình hình công ty của BGD điều hành hơn là các thành viên HĐQT độc lập bên ngoài. Khác với quan điểm của Berle và Means ở nghiên cứu trên, Fama và Jensen cho rằng: HĐQT được thiết lập để tối thiểu hóa các “chi phí đại diện” thông qua các cấu trúc cho phép thành viên HĐQT bên ngoài phê chuẩn và giám sát các hành vi của đội ngũ quản lý, vì vậy cũng giảm thiểu được sự khác nhau (xung đột) về mặt lợi ích giữa cổ đông và nhà quản lý. Nghiên cứu của Pama và Jensen đã chỉ ra rằng, thành viên HĐQT không điều hành có nhiều động lực hơn trong việc bảo vệ lợi ích của các cổ đông. Thành viên HĐQT không điều hành khó có khả năng tư lợi và họ sẽ hành động bằng năng lực chuyên môn để bảo vệ danh tiếng của họ trên thị trường. Bên cạnh đó, nghiên cứu đặc biệt đề cao yếu tố hiệu quả của việc giám sát bên từ bên ngoài đối với các công ty đại chúng. Giám sát bên ngoài này tạo ra áp lực để định hướng một quá trình ra quyết định và hành động của nhà điều hành công ty hướng tới lợi ích của chủ sở hữu hơn là vì trục lợi cá nhân [62].

Một trong những cấu trúc quan trọng bậc nhất của quản trị công ty là cấu trúc lãnh đạo với vị trí, vai trò của giám đốc điều hành và chủ tịch HĐQT. Trước đó, trong nghiên cứu của Rechner và Dalton (1991), *CEO duality and organizational performance: a longitudinal study* Strategic Management Journal, 12/1991 đã bàn về thuyết nhị nguyên trong quản trị của giám đốc (chế độ kiêm nhiệm hay cấu trúc lãnh

đạo hợp nhất) và hiệu năng tổ chức của nó. Tiếp theo là nghiên cứu của Huining Chen, *CEO duality and firm performance: an empirical study of EU listed firms*, University of Twente Jupiterstraat 85 7521JJ Enschede The Netherlands.

Cấu trúc lãnh đạo hợp nhất mà chúng ta thường gọi là chế độ kiêm nhiệm diễn ra khi giám đốc (người đại diện pháp lý của công ty) đảm nhiệm cùng một lúc hai vai trò: giám đốc điều hành và chủ tịch HĐQT. Việc phân tách được diễn ra khi vị trí giám đốc điều hành và chủ tịch HĐQT được đảm nhiệm bởi hai người khác nhau. Chủ tịch HĐQT với vai trò chính là giám sát đội ngũ quản lý để bảo vệ lợi ích của các cổ đông. Vì vậy, việc hợp nhất vai trò của giám đốc điều hành và chủ tịch HĐQT sẽ tạo ra một vị trí có quyền lực tuyệt đối. Điều này dẫn đến việc chủ tịch HĐQT giám sát đội ngũ quản lý kém hiệu quả, chức năng giám sát của HĐQT cũng bị tê liệt theo. Đồng thời, giám đốc điều hành với quyền lực to lớn của mình sẽ dễ dàng tư lợi cho bản thân thông qua các giao dịch của công ty khi nắm trong tay quyền lực giám sát.

Trước nghiên cứu này, các nghiên cứu về CEO nhị nguyên chủ yếu được tiến hành dựa trên các doanh nghiệp của Mỹ. Nghiên cứu của Huining Chen điều tra ảnh hưởng của CEO nhị nguyên qua hiệu suất hoạt động của các công ty niêm yết EU. Nghiên cứu đánh giá tính hai mặt của thuyết CEO nhị nguyên để tìm ra câu trả lời cho câu hỏi nghiên cứu: Khi nào thì CEO nhị nguyên ảnh hưởng đến hiệu quả hoạt động của công ty?

Trên cơ sở đánh giá tính hai mặt của CEO nhị nguyên bằng việc đưa ra lập luận của các trường phái: ủng hộ CEO nhị nguyên; phản đối CEO nhị nguyên; và quan điểm cho rằng CEO nhị nguyên không có ảnh hưởng đến quản trị công ty. Kết luận được đưa ra là: đối với hoạt động của các công ty niêm yết EU thì CEO nhị nguyên không ảnh hưởng nhiều đến hiệu quả hoạt động chung của công ty bởi tính hai mặt của nó. Tuy nhiên, đánh giá về ảnh hưởng của CEO nhị nguyên đối với việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng cho thấy nó làm tăng khả năng xảy ra các giao dịch tư lợi trong công ty.

Ở Việt Nam, khi viết về quản trị công ty, các tác giả cũng đề cập đến kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi như một nội dung cơ bản trong quản trị công ty. Các công trình nghiên cứu tiêu biểu như: sách giáo trình PGS.TS. Nguyễn Như Phát (chủ biên, 2008) *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam* của Viện Đại học Mở Hà Nội, Nxb. Công an Nhân dân; PGS.TS Ngô Huy Cương (chủ biên, 2013), *Giáo trình Luật Thương mại* –

Phần chung và thương nhân, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội,... Hay ở các công trình nghiên cứu dưới dạng đề tài khoa học: Tổ chức Tài chính quốc tế - IFC (2010), *Cẩm nang quản trị công ty*; Viện nghiên cứu quản lý kinh tế trung ương (CIEM) theo sự hỗ trợ của Tổ chức Hợp tác kỹ thuật Đức (GTZ) (TS. Nguyễn Đình Cung chủ biên, 2008), “*Quản trị CTCP ở Việt Nam – quy định của pháp luật, hiệu lực thực tế và vấn đề*”. Các công trình này đi sâu nghiên cứu cơ cấu tổ chức và hoạt động của công ty, phân tích những nét cơ bản của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, đồng thời coi kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi là một trong những thành tố quan trọng góp phần nâng cao hiệu quả quản trị công ty.

1.1.3. Nhóm các nghiên cứu đề cập đến việc nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty

Thứ nhất, quan điểm, khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi được nhiều công trình đề cập ở các góc độ khác nhau, tùy theo vấn đề mà các tác giả muốn lý giải. Có thể kể đến một số công trình nghiên cứu như:

- Nghiên cứu của John H. Farrar and Professor Susan Watson (2012), *Self dealing, fair dealing and related party transactions – History, Policy and Reform*, (Giao dịch tư lợi, giao dịch công bằng, giao dịch với người có liên quan – Lịch sử, chính sách, giải pháp) đưa ra quan điểm về giao dịch tư lợi, giao dịch công bằng, giao dịch với bên có liên quan của công ty [65] [79]. Theo đó, giao dịch tư lợi (self-dealing transaction) về cơ bản là giao dịch có sự dịch chuyển lợi ích của chủ sở hữu sang cho bản thân người được chủ sở hữu ủy thác thực hiện giao dịch. Để làm rõ hơn khái niệm giao dịch có khả năng tư lợi, tác giả đưa ra định nghĩa về giao dịch công bằng và giao dịch với người có liên quan: (1) Giao dịch công bằng (fair dealing) bao gồm cả các giao dịch có khả năng tư lợi được thực hiện trên cơ sở công khai đầy đủ, không vì lợi thế cá nhân, đảm bảo công bằng và trung thực; (2) Giao dịch với người có liên quan (related party transaction) có thể mở rộng bao gồm các hành vi tăng lợi cho giám đốc, lợi dụng cơ hội kinh doanh của công ty, và việc thuận lợi trong mua bán cổ phần đối với các mối quan hệ nhạy cảm của giám đốc.

- Nghiên cứu của Zohar Goshen (2003), *The Efficiency of Controlling Corporate Self - Dealing: Theory Meets Reality* (Hiệu quả kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty: thuyết ứng dụng) cho rằng: Giao dịch có khả năng tư lợi là giao dịch phát sinh khi có liên quan đến vấn đề xung đột lợi ích [76] [80]. Về mặt chủ thể,

nghiên cứu cho thấy đây là loại giao dịch phức tạp, có thể tìm thấy các giao dịch này trong hoạt động của công ty với nhóm cổ đông hay chỉ với một cổ đông, quan hệ của công ty và một giám đốc hay giữa công ty với bất kỳ một nhân viên nào của công ty, thậm chí là giao dịch của công ty với người có liên quan.

- Theo Bộ Quy tắc về quản trị công ty của OECD: Giao dịch có khả năng tư lợi (self dealing) là giao dịch có hành vi lạm dụng kinh doanh để tư lợi (abusive self-dealing), hành vi này xảy ra khi các cá nhân có quan hệ thân thiết với công ty, bao gồm cả cổ đông nắm quyền kiểm soát, lợi dụng các quan hệ đó gây tổn hại cho công ty và nhà đầu tư. Ở nghĩa đó, giao dịch có khả năng tư lợi bao gồm cả giao dịch nội gián (insider trading) [74]. Trong khi đó,

- Từ điển Black's Law định nghĩa giao dịch tư lợi (self dealing transactions) là giao dịch mà người tham gia giao dịch để thu lợi cho bản thân thay vì làm lợi cho người mà mình đang nhận nghĩa vụ ủy thác [60].

- Theo bài viết của Ths. Lê Đình Vinh (2004), *Kiểm soát các giao dịch tư lợi trong công ty theo Luật Doanh nghiệp*, Tạp chí Luật học số 1/2004 thì giao dịch tư lợi (self-interested transaction) là cách nói tắt để chỉ những giao dịch có sự tham gia của công ty mà những giao dịch này có nguy cơ bị trục lợi bởi một hoặc một nhóm thành viên hay cổ đông của công ty...

Thứ hai, khi bàn về các loại giao dịch có khả năng tư lợi hay nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty, các nghiên cứu ở trong và ngoài nước đều đi sâu phân tích về một loại giao dịch cụ thể. Chẳng hạn như:

- Võ Thị Thanh Tâm (2007), *Giao kết trục lợi trong nền kinh tế thị trường ở nước ta và những giải pháp pháp lý nhằm hạn chế, khắc phục*, Luận án tiến sĩ. [83]

Nghiên cứu này đề cập một cách toàn diện các vấn đề về giao kết trục lợi trên các phương diện lý luận, thực trạng và giải pháp. Về mặt lý luận, sau khi phân tích về sự ủy thác, tính đại diện trong hoạt động kinh doanh của pháp nhân và sự hình thành giao kết trục lợi, tác giả đưa ra khái niệm: “giao kết trục lợi là việc người đại diện của các pháp nhân, cá nhân nhân danh lợi ích của chủ thể mà mình đại diện, tiến hành các giao kết hợp đồng, nhưng lại làm thiệt hại đến lợi ích của chủ thể đã ủy quyền, nhằm trích xuất nguồn lợi đó để đem lại lợi ích riêng cho bản thân, cho nhóm hay cho người thân của mình”. Tác giả chỉ ra ba dấu hiệu để nhận diện giao kết trục lợi là: có sự lợi dụng quyền lực được trao; có sự chiếm hưởng trong giao kết; có sự cấu kết của các bên hợp đồng.

Đây là nghiên cứu khá rộng, bởi dựa vào các dấu hiệu để phân biệt như: chủ thể bị hại; nội dung hợp đồng, mối quan hệ giữa các bên; phương thức thực hiện hành vi... thì nó bao gồm các giao kết trong thị trường chứ không chỉ riêng trong công ty. Tương tự như vậy, công trình chủ yếu tập trung vào các dạng thức trực lợi tài sản và khái quát ở tầm vĩ mô: trực lợi bằng việc làm sai lệch giá cả; trực lợi bằng các hợp đồng giả tạo; trực lợi bằng phương thức chấp nhận rủi ro cho doanh nghiệp mình, nhường lợi nhuận cho đối tác; trực lợi qua hợp đồng với người có liên quan; trực lợi qua hợp đồng tín dụng ngân hàng. Vì vậy mà tác giả nhận định: “đặc điểm của pháp luật phòng chống giao kết trực lợi là tính phân tán, tính tổng hợp, đa ngành. Nó không nằm hẳn trong một văn bản pháp luật nào mà được quy định rải rác trong nhiều văn bản, ở nhiều chế định, thuộc nhiều lĩnh vực.” Tuy nhiên, cốt lõi vẫn là pháp luật kinh tế với các nội dung cơ bản: quy định về thẩm quyền, trách nhiệm của các chủ thể; quy định ranh giới hành vi được phép và không được phép tiến hành giao kết; quy định về hoạt động kiểm toán, kế toán, quản lý tài chính và công khai, minh bạch.

- Nguyễn Thị Vân Anh (2015), *Kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan*, Luận án tiến sĩ.

Giao dịch với người liên quan là một dạng của giao dịch có khả năng tư lợi. Công trình này đã nghiên cứu khá toàn diện các vấn đề về giao dịch với người liên quan từ cơ sở lý luận đến thực tiễn và giải pháp. Tác giả đã đưa ra khái niệm về giao dịch giữa công ty với người có liên quan là “giao dịch được xác lập giữa công ty với người có liên quan của công ty – là bên được trao quyền quyết định hoặc có khả năng chi phối đến việc xác lập giao dịch; hàm chứa yếu tố xung đột lợi ích và có khả năng gây thiệt hại cho tài sản của công ty và các thành viên, cổ đông của công ty”. Qua đó, nhận diện rõ nét giao dịch và các dạng của giao dịch với người liên quan, cũng như vai trò của việc kiểm soát giao dịch với người liên quan bằng pháp luật nhằm ngăn ngừa vi phạm, khắc phục, xử lý vi phạm.

- GS.TS. Lê Hồng Hạnh (1999), *Buôn bán nội gián trong hoạt động của các công ty trên thị trường chứng khoán*, Tạp chí Luật học số 5/1999. [82]

Nghiên cứu của GS.TS. Lê Hồng Hạnh thực hiện khi nước ta dự định mở các trung tâm giao dịch chứng khoán và Luật Doanh nghiệp 1999 chưa có hiệu lực. Tác giả gọi thị trường chứng khoán là loại thị trường nhạy cảm, dễ biến động, gây phản ứng dây chuyền. Vì vậy, tác hại của hành vi buôn bán nội gián là rất lớn: tạo sự bất

bình đẳng giữa họ và người mua nhằm đầu cơ trục lợi nhờ vào thông tin có được từ cương vị trong công ty; có thể tạo ra những cú sốc trên thị trường chứng khoán; gây tổn thất về lợi nhuận cho công ty; vi phạm nguyên tắc cơ bản của thị trường chứng khoán (công khai và trung thực – disclosure and fairness); phá vỡ nguyên tắc quan trọng trong mối quan hệ nội bộ giữa viên chức công ty với các cổ đông và bản thân công ty...

Chống hành vi buôn bán nội gián là cần thiết xuất phát từ lý do kinh tế và lý do pháp lý của nó. Theo tác giả nguồn gốc của hai lý do này bắt nguồn từ đời sống nội bộ của công ty và trách nhiệm bảo vệ thị trường chứng khoán trước sự thao túng hoặc điều khiển của các công ty nhằm trục lợi. Tác giả cũng phân biệt hành vi buôn bán nội gián (inside dealing) và hành vi buôn bán ngoại gián (outside dealing). Bên cạnh đó, tác giả đưa ra cách tiếp cận giao dịch nội gián của pháp luật một số nước như: Australia, Anh, Mỹ, Singapore. Theo đó hành vi buôn bán nội gián được coi là vi phạm quy định trách nhiệm hình sự và được quy định trong luật về công ty hay luật về chứng khoán.

Khi đề cập đến hệ thống pháp luật: Luật Doanh nghiệp 1999; Nghị định 48/CP/1998/NĐ về chứng khoán và kinh doanh chứng khoán, bài viết đã chỉ ra những quy định pháp luật mạnh mẽ cho việc chống lại giao dịch nội gián. Đồng thời, bài viết nhấn mạnh vai trò của Bộ luật Hình sự trong việc xác định trách nhiệm hình sự khi thực hiện hành vi buôn bán nội gián. Tác giả cho rằng: “Khi xây dựng các quy định về buôn bán, cần phải lưu ý đến đặc thù của loại vi phạm này. Hành vi buôn bán nội gián kết hợp trong đó việc vi phạm các nghĩa vụ mang tính nội bộ công ty và sự vi phạm các quy định pháp luật về thị trường chứng khoán. Khi xác định cấu thành của loại tội này và lượng hóa hình phạt cần căn cứ vào các quy định pháp luật của Nhà nước lẫn cả điều lệ, quy chế của công ty, nhất là xác định có hay không hành vi vi phạm pháp luật” và “Hình phạt tiền nên áp dụng mạnh hơn so với hình phạt tù”, “áp dụng hình phạt tiền ở mức cao có thể loại bỏ được động cơ trục lợi của những người muốn thực hiện hành vi này”.

- PGS.TS Ngô Huy Cương (chủ biên, 2013), *Giáo trình Luật Thương mại – Phần chung và thương nhân*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.

Ngoài các giao dịch cần đặt dưới sự kiểm soát chặt chẽ như: giao dịch có giá trị lớn, giao dịch với bên liên quan, trong nghiên cứu của PGS.TS. Ngô Huy Cương còn

chỉ ra một loại giao dịch bất thường có khả năng bị trục lợi cao cần kiểm soát như: việc đơn phương từ bỏ một vật quyền; hay đơn phương hủy bỏ hợp đồng; xóa nợ, giãn nợ...[9, tr.190]. Đồng thời, tác giả cũng chỉ ra một số bất cập của Luật Doanh nghiệp 2005 khi xử lý các giao dịch tư lợi.

Thứ ba, khi xem xét đặc điểm của giao dịch có khả năng tư lợi, đa phần các công trình nghiên cứu đưa ra đặc điểm của giao dịch có khả năng tư lợi trong mô hình CTCP, trong DNNN hay đặc điểm chung của giao dịch có khả năng tư lợi trong các mô hình công ty hiện hành. Chẳng hạn như các công trình: Ngô Thị Bích Phương (2007), *Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005*, Luận văn thạc sĩ; Trần Thị Lan (2014), *Những giải pháp pháp lý nhằm kiểm soát các giao dịch tư lợi trong hoạt động doanh nghiệp nhà nước ở Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ; Ths. Nguyễn Thanh Lý (2015), *Pháp luật về kiểm soát giao dịch tư lợi trong CTCP*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 3/2015;... Các nghiên cứu này đã chỉ ra các căn cứ pháp lý xác định giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi: chủ thể trong quan hệ giao dịch là người có liên quan; người đại diện tiến hành giao dịch; giá trị của giao dịch. Nhưng chưa làm rõ được đặc điểm, căn cứ pháp lý xác định giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

1.1.4. Nhóm các nghiên cứu đề cập đến cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi và các thành tố của nó

Về tổng quát, cách thức kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được một số công trình đề cập và phân tích như: PGS.TS. Nguyễn Như Phát (chủ biên, 2008), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam* của Viện Đại học Mở Hà Nội, Nxb. Công an Nhân dân. Tác giả đề cập đến kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi như một nội dung cơ bản trong quản trị công ty, đặc biệt là CTCP. Đồng thời, tổng kết hai cách thức kiểm soát dịch tư lợi: (1) Cấm đoán những người có liên quan của công ty thiết lập giao dịch với công ty và cấp công ty giao dịch với những công ty khác mà ở đó người quản lý công ty có lợi ích; (2) vẫn cho phép thiết lập và thực hiện giao dịch, nhưng phải đặt giao dịch này dưới sự kiểm soát chặt chẽ. Tác giả cũng đưa ra quan điểm ủng hộ giải pháp thứ hai bởi “hiển nhiên là những giao dịch tư lợi vẫn có thể mang lại lợi ích cho công ty nếu chúng được thực hiện một cách vô tư, khách quan, đúng pháp luật” [23, tr.140].

Tương tự như, PGS.TS. Nguyễn Như Phát, trong bài viết của Ths. Lê Đình Vinh (2004), *Kiểm soát các giao dịch tư lợi trong công ty theo Luật Doanh nghiệp*, Tạp chí

Luật học số 1/2004, tác giả đánh giá hai giải pháp kiểm soát giao dịch tư lợi. Tác giả phân tích ưu điểm, nhược điểm của hai giải pháp, và đưa ra nhận định đề ủng hộ quan điểm thứ hai.

Cụ thể hóa cách thức kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, khi đề cập đến cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, các nghiên cứu thường quan tâm, phân tích theo các nội dung cơ bản của quản trị công ty. Tiêu biểu như:

- Simeon Djankova , Rafael La Portab , Florencio Lopez-de-Silanes , Andrei Shleiferd (2008), *The law and economics of self-dealing* (Vấn đề pháp luật và kinh tế của giao dịch tư lợi) [72]

Ở nghiên cứu này, tác giả xem xét giao dịch tư lợi toàn diện trên các phương diện lý thuyết và thực nghiệm. Phương pháp sử dụng để lấy thông tin là dựa trên khảo sát bằng bảng hỏi ở 102 công ty đại chúng lớn ở các nước phát triển. Nghiên cứu nhấn mạnh vấn đề bảo vệ cổ đông thiểu số chống lại việc bị những người trong nội bộ công ty chiếm đoạt lợi ích. Cổ đông thiểu số khó có thể bảo vệ lợi ích của mình, của công ty bị xâm phạm bởi các giao dịch tư lợi khi mà các giao dịch này được chấp thuận qua HĐQT, điều này diễn ra phổ biến ở các công ty đại chúng.

Tác giả cho rằng, về mặt lý thuyết chúng ta có thể xây dựng các điều khoản và điều kiện đối với các giao dịch của công ty nhằm tránh vấn đề xung đột lợi ích. Khi kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần thực hiện trên một quá trình từ khi phê chuẩn giao dịch đến khi thực hiện giao dịch. Bởi ngay cả khi một giao dịch hợp lệ lúc phê chuẩn nhưng trong quá trình thực hiện vẫn có thể phát sinh tư lợi. Về cơ chế kiểm soát giao dịch này, tác giả nhấn mạnh vấn đề công khai hóa thông tin của người mua và người bán; trước khi giao dịch được chấp thuận cần có sự tham gia của bên thứ ba độc lập (chẳng hạn như chuyên gia tài chính); và trách nhiệm khi vi phạm. Giám đốc có thể phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do giao dịch gây ra nếu có thể chứng minh rằng: (1) họ đã hành động với đức tin xấu (vi phạm về mặt đạo đức); (2) họ đã hành động với sơ suất (yếu kém của năng lực); hoặc (3) giao dịch này là không công bằng hoặc tham gia một cuộc xung đột về lợi ích (vi phạm về mặt hình thức).

Tuy nhiên, thực tế vấp phải một khó khăn lớn khi xử lý vi phạm, đặc biệt là việc chứng minh những gian lận liên quan đến nền tảng đạo đức. Vai trò của tòa án gần như vô hiệu khi giao dịch là gian lận hoặc thực hiện trong đức tin xấu. Đồng thời, tác giả cũng chỉ ra các hình thức xử lý áp dụng khi một giao dịch tư lợi được chấp thuận. Đối

tượng phải đối mặt với trách nhiệm vi phạm này không chỉ có giám đốc - người trực tiếp ký giao dịch, mà còn bao gồm cả những cổ đông vi phạm, thậm chí đối với cổ đông nhỏ không tham gia vào việc bỏ phiếu chấp thuận giao dịch nhưng dùng sự ảnh hưởng của mình để giao dịch được thông qua vẫn bị xử lý. Hình thức trừng phạt bao gồm bồi thường thiệt hại và biện pháp hình sự.

Trên cơ sở nghiên cứu mô hình pháp luật của Ý và Anh trong việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi, bên cạnh thể hiện nội dung pháp luật các nước, tác giả đã đưa ra sự khác biệt trong việc kiểm soát giao dịch tư lợi của hai nước này. Ở Ý, pháp luật đề cao tư cách đạo đức của giám đốc và vai trò của kiểm toán độc lập đối với những quyết định của HĐQT khi thông qua giao dịch. Giám đốc không phải chịu trách nhiệm đối với những hợp đồng có sự phê duyệt của HĐQT khi giám đốc đã thực hiện công khai các vấn đề xung đột lợi ích trong giao dịch và chứng minh được rằng mình đã thực hiện giao dịch một cách cẩn thận, siêng năng và chuyên nghiệp. Cổ đông cũng không phải chịu trách nhiệm khi họ bỏ phiếu trắng cho việc thông qua giao dịch. Khi nghi ngờ một giao dịch bị tư lợi, các cổ đông nắm giữ từ 5% cổ phiếu có thể báo cáo các sự kiện đến tòa án.

Ở Anh, các quy định pháp luật hiện tại về giao dịch tư lợi được phát triển từ nguyên tắc cơ bản bảo vệ vốn chủ sở hữu. Theo đó, giám đốc là người được ủy quyền, không có quyền tham gia và các giao dịch của công ty khi họ vì một lợi ích cá nhân hoặc xung đột lợi ích với cổ đông (một lý do là đủ). Không chỉ là xung đột lợi ích hiện hữu mà ngay cả xung đột lợi ích tiềm năng cũng chịu sự áp dụng của quy tắc này. Đây là quy tắc triệt tiêu mọi giao dịch có khả năng xung đột lợi ích. Tuy nhiên, ngoại lệ cho quy tắc này là hợp đồng vẫn có thể ký kết nếu như các xung đột lợi ích được công khai cho các cổ đông và được cổ đông phê duyệt. Những giao dịch cần sự quyết định của HĐQT và các cổ đông gồm: (1) giao dịch tài sản đáng kể (tức là, nó vượt quá £ 100,000 hoặc 10% giá trị tài sản của công ty); (2) giao dịch với người có liên quan. Trước khi tham gia vào bỏ phiếu, các cổ đông phải đảm bảo rằng đã được thông báo đầy đủ gồm: các thông tin, tài liệu liên quan đến bản chất, mức độ giao dịch; lợi ích của giám đốc trong giao dịch; bản cam kết vô tư trong thực hiện giao dịch của giám đốc và BGD đã được tư vấn bởi một cố vấn độc lập. Khi hợp đồng được chấp thuận thì việc thực hiện hợp đồng cũng phải công khai và có báo lại cho các cổ đông trong cuộc

hợp hàng năm. Khác với pháp luật Ý, ở Anh, bất kỳ cổ đông nào cũng có quyền khởi kiện khi phát hiện giao dịch tư lợi.

- John H. Farra (2000), *A Note on Dealing with Self Interested Transactions by Directors* (Lưu ý đối với kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi bởi Giám đốc). [64]

Nghiên cứu này cho thấy việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi bằng pháp luật luôn luôn được cân nhắc để hoàn thiện trong từng giai đoạn. Tuy nhiên, đối với mỗi công ty khác nhau lại có những đặc thù riêng biệt, đạo đức kinh doanh và năng lực điều hành, quản lý của mỗi giám đốc cũng khác nhau. Vì vậy việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi bởi giám đốc thay vì chỉ phụ thuộc vào pháp luật, các công ty cần xây dựng cho mình một cơ chế kiểm soát nội bộ hiệu quả. Điều này tác giả đề cao vai trò các văn bản nội bộ của công ty đặc biệt là Điều lệ công ty.

Đối với giám đốc, sự cầu thả, thiếu cẩn trọng khi tham gia giao dịch làm thất thoát tài sản của công ty tương đương với việc tư lợi. Một giám đốc tham gia vào một giao dịch của công ty sẽ thực hiện tốt các nhiệm vụ được giao phó và được coi là hợp pháp nếu: (1) Công bố các xung đột lợi ích liên quan đến giao dịch được thực hiện và được chủ sở hữu công ty phê chuẩn; (2) các giao dịch công bằng cho các công ty đối tác khi ký kết; hoặc là nó được thực hiện bởi giám đốc không vụ lợi; hoặc là nó được phê chuẩn bởi BGD (các giám đốc) không vụ lợi; hoặc là nó được ủy quyền hoặc phê chuẩn bởi các cổ đông không vụ lợi và giao dịch không làm lãng phí tài sản của công ty.

- John H. Farrar and Professor Susan Watson (2012), *Self dealing, fair dealing and related party transactions – History, Policy and Reform* (Giao dịch tư lợi, giao dịch công bằng, giao dịch với người có liên quan – Lịch sử, chính sách, giải pháp) [87]

Nghiên cứu chỉ ra hai lý thuyết quan trọng áp dụng cho việc kiểm soát các giao dịch này là: (1) lý thuyết về xung đột lợi ích nhìn tất cả các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty sẽ làm xói mòn trách nhiệm được ủy thác đại diện; đạo luật thành văn đầu tiên tiếp cận lý thuyết này là cách chức giám đốc nếu để xảy ra xung đột lợi ích; (2) lý thuyết tính hiệu quả của giao dịch, coi các giao dịch với người liên quan của công ty là một dạng lợi thế cho doanh nghiệp, và doanh nghiệp sử dụng mối quan hệ của người đại diện để thu lợi cho công ty. Giải thích cho lý thuyết tính hiệu quả của giao dịch, nghiên cứu chỉ ra rằng trong thực tế, nhiều công ty khi tuyển chọn giám đốc, người ra tuyển chọn những người có các mối quan hệ rộng, và công ty sẽ khai thác lợi ích từ các mối quan hệ đó.

Đối với việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, trong hệ thống thông luật hiện nay dựa vào cách: (1) công khai lợi ích và trình tự đặc biệt biểu quyết đồng ý thông qua giao dịch; (2) công khai và xác định nguyên tắc giá trị công bằng của giao dịch. Tác giả cho rằng giao dịch có khả năng tư lợi bị vô hiệu cho đến khi được ĐHĐCĐ thông qua hoặc cho đến khi được BGD thông qua (theo luật của Anh và Úc). Tuy nhiên, tác giả chỉ ra khi áp dụng, nhất là đối với các công ty đại chúng có quy mô lớn mọi giao dịch có khả năng tư lợi đều được thông qua bởi ĐHĐCĐ là không thực tế và phiên hà. Tác giả cho rằng, trao quyền quản lý kinh doanh cho BGD là linh hoạt, ít tốn kém hơn việc thông qua ĐHĐCĐ. Trong trường hợp này, chỉ cần các nhà đầu tư dành mỗi quan tâm đến hiệu quả hoạt động của công ty và các giám đốc vì danh tiếng của họ sẽ ngăn cản những trường hợp xung đột lợi ích trong các công ty đại chúng. Dù vậy, điều này sẽ gây ra nguy cơ cao hơn đối với các công ty phi đại chúng.

Kiểm soát giao dịch tư lợi ở Bắc Mỹ coi giao dịch có giá trị nếu đảm bảo tính công khai và công bằng. Tính công khai và công bằng được đánh giá bởi một cơ quan độc lập, không có lợi ích liên quan. Việc đánh giá này dẫn đến thuyết tương đối, vì nó phụ thuộc vào từng loại giao dịch và hoàn cảnh giao dịch. Luật của Bang California yêu cầu giám đốc và những người quản lý phải thực hiện quyền lực của mình một cách thiện chí và vì lợi ích công ty. Giao dịch có khả năng tư lợi của công ty hoặc giao dịch với người có liên quan có thể sẽ bị vô hiệu nếu giám đốc có lợi ích liên quan hiện diện ở cuộc họp bỏ phiếu thông qua giao dịch. Các điều kiện cho giao dịch này là: (i) Các lợi ích về tài chính được công khai và giao dịch được thông qua bởi sự thiện chí của BGD mà không bao gồm lá phiếu của giám đốc có liên quan; (ii) lợi ích tài chính được công khai đến các cổ đông và họ đã thông qua giao dịch với thiện chí bởi đa số phiếu; (iii) giao dịch là công bằng và hợp lý với công ty tại thời điểm nó được thông qua.

- Zohar Goshen (2003), *The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality* (Hiệu quả kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty: thuyết ứng dụng) [87]

Tác giả xem xét cách thức kiểm soát giao dịch tư lợi của công ty bằng các quy định pháp luật hoặc bởi các lực lượng thực thi tự do không bị giới hạn trong thị trường. Cơ chế kiểm soát phụ thuộc vào tùy chọn trong mỗi trường hợp gồm: một lệnh cấm tuyệt đối với các giao dịch tư lợi; một cuộc biểu quyết chấp thuận giao dịch của các cổ đông và một sự áp đặt nghĩa vụ cho nhà quản lý. Quy tắc sử dụng để kiểm soát

là “quy tắc tài sản” và “quy tắc trách nhiệm” không chỉ trong bối cảnh các quyền cá nhân và còn trong bối cảnh quyền nhóm. Trong mỗi trường hợp nhất định chúng ta có thể sử dụng linh hoạt quy tắc quyền biểu quyết của cổ đông hay là quy tắc trách nhiệm của người đại diện. Tác giả cho rằng, pháp luật của công ty phải kết hợp với một số hình thức bảo vệ cổ đông thiểu số đối với các giao dịch tư lợi và không có giải pháp kiểm soát nào hữu hiệu trong mọi trường hợp, phù hợp với mọi quốc gia mà các giải pháp kiểm soát phụ thuộc vào điều kiện nhất định (chi phí và năng lực).

Vấn đề cốt lõi của giao dịch có khả năng tư lợi là xét một cách toàn diện giao dịch này có đem lại hiệu quả hay không hiệu quả cho công ty. Tác giả phê phán, việc cấm toàn bộ các giao dịch có khả năng tư lợi được thực hiện là biểu hiện tiêu cực, cứng nhắc của thuyết xung đột lợi ích. Việc làm này sẽ triệt tiêu mọi giao dịch có xung đột lợi ích nhưng cũng đồng nghĩa với việc công ty loại bỏ đi những giao dịch đem lại lợi ích cho công ty. Do đó, cách thức kiểm soát này không đảm bảo mục tiêu tính hiệu quả của giao dịch.

Bên cạnh đó, trái ngược với quan điểm cấm giao dịch như trên là quan điểm không hành động - không can thiệp đối với các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Như vậy sẽ thuận lợi cho hoạt động của giám đốc (so sánh như vị tướng) linh hoạt làm việc với hi vọng danh tiếng và uy tín quản lý của họ là công cụ hữu hiệu để họ hành động theo chuẩn mực. Theo quan điểm này, giá của chứng khoán trên thị trường sẽ phản ánh hiệu quả quản trị công ty và giá trị của việc kiểm soát các giao dịch của công ty. Đương nhiên chi phí quản lý đắt đỏ sẽ ảnh hưởng đến giá chứng khoán, vì vậy việc thả lỏng sẽ giúp cho các nhà đầu tư vốn đã ít quan tâm đến quản trị nội bộ có thể lựa chọn được giá cả chứng khoán phù hợp. Tuy nhiên, tác giả cho rằng quan điểm này chỉ có tác dụng trong thị trường hoàn hảo. Thực tế, thị trường vốn không bao giờ hoàn hảo, nó được quyết định bởi hệ thống các điều kiện kinh tế và pháp lý. Do vậy, không can thiệp sẽ tạo ra một sự thất bại cho quản trị các công ty đại chúng cũng như hiệu quả hoạt động của nó trên thị trường chứng khoán.

Tác giả tiếp tục phân tích về cách thức kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi thông qua cơ chế bỏ phiếu của cổ đông. Cơ chế bỏ phiếu chấp thuận giao dịch được xem như sự thể hiện ý chí của nhóm để tạo ra một quyết định chung, một lập trường duy nhất, nhưng nó không biểu hiện cho chỉ số hiệu quả của giao dịch đó. Vì vậy, bên cạnh việc bỏ phiếu của các cổ đông cần có các cơ chế khác phối hợp. Tác giả cũng

nhấn mạnh, nguyên tắc công bằng, công khai thông tin trong giao dịch của công ty. Sự kết hợp này sẽ tạo ra một giải pháp hiệu quả nhất.

Melvin Aron Eisenberg (1988), *Self-Interested Transactions in Corporate Law* (Giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty) [88].

Công trình này đã chỉ ra hàng loạt các lưu ý đối với việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, tuy nhiên những giải pháp cho vấn đề này không được tác giả chú trọng, đặc biệt là cơ chế xử lý giao dịch có khả năng tư lợi bởi suy luận và phán quyết của Tòa án.

Nghiên cứu đề cập đến sự phát triển của giao dịch có khả năng tư lợi, những năm cuối thế kỷ XIX, các giao dịch có khả năng tư lợi bị vô hiệu hóa bởi sự phát triển đơn thuần của các công ty. Khi đó mô hình công ty nhỏ, chủ sở hữu đồng thời là người quản lý, điều hành, sự ủy thác gần như là không có. Nhưng từ đầu những thế kỷ XX, với sự phát triển của các mô hình công ty, ủy thác xuất hiện và ngày càng phổ biến, giao dịch có khả năng tư lợi cũng phát triển. Bên cạnh đó, sự đa dạng của hàng hóa trên thị trường cũng là một trong những yếu tố nảy sinh giao dịch tư lợi. Bởi tác giả cho rằng trong thị trường hoàn hảo, hàng hóa là đồng nhất thì sự lựa chọn sẽ là như nhau. Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đòi hỏi luôn hướng tới giá trị công bằng, nhưng giá trị công bằng có hai khía cạnh cơ bản: giá trị đúng đắn và giá cả hợp lý. Thực tế người ta chỉ quan tâm đến giá cả mà không quan tâm hoặc khó có thể tiếp cận giá trị đúng đắn.

Thực tế, thị trường hàng hóa phát triển, những người được ủy thác bởi chủ sở hữu công ty có nhiều lựa chọn hơn, và họ có thể tư lợi cho bản thân thông qua những lựa chọn hàng hóa thay thế. Tác giả chứng minh rằng trong một giao dịch việc xem xét và so sánh về giá cả là không đủ, bởi sự hiện diện của các hàng hóa thay thế. Do đó, thông tin mà chủ sở hữu cần phải nắm bắt được còn bao gồm cả chất lượng của giao dịch (chất lượng của hàng hóa).

Tác giả cũng phân tích nếu chỉ dựa vào lòng trung thành của người được ủy thác là không đáng tin. Quy định pháp luật về đạo đức của người quản lý khác xa với thực tiễn và không thể biểu đạt hết thực tiễn. Chính vì vậy, không chỉ dựa vào nghĩa vụ trung thành của người quản lý để kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty, mà còn cần xem xét đến các cơ chế quản lý thông qua bỏ phiếu của các chủ sở hữu và cơ chế công khai hóa thông tin. Trong các công ty lớn (tập đoàn) cần lưu ý tính chính

xác của thông tin, giám đốc có thể cung cấp những thông tin không lành mạnh. Trong giao dịch có khả năng tư lợi, lợi ích mà giám đốc hướng tới ở đây có thể là tiền, quan hệ tài chính hoặc lợi ích gia đình. Giám đốc có thể công khai những lợi ích về mặt vật chất, nhưng những lợi ích phi vật chất thì khó mà kiểm soát được.

- Tổ chức tài chính quốc tế (2010), *Cẩm nang quản trị công ty*.

Đây là nghiên cứu nằm trong dự án Quản trị công ty tại Việt Nam được thực hiện bởi Tổ chức Tài chính Quốc tế phối hợp với Ủy ban Chứng khoán Nhà nước. Trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam hội nhập ngày càng sâu rộng với kinh tế khu vực và thế giới, sự ra tăng mạnh mẽ của các CTCP đại chúng, áp lực cạnh tranh gay gắt, nghiên cứu này đã cung cấp các nội dung vô cùng hữu ích cho việc quản trị công ty tiếp cận gần hơn với các chuẩn mực quốc tế. Chẳng hạn như: tập hợp và phân tích đầy đủ, toàn diện các quy định hiện hành về quản trị công ty ở nước ta; giới thiệu chọn lọc các thực tiễn, thông lệ tốt trên thế giới; đưa ra những giải pháp hữu ích nhất áp dụng cho quản trị công ty ở Việt Nam.

Đặc biệt, công trình nghiên cứu này đã giới thiệu những tài liệu nội bộ về quản trị công ty: điều lệ công ty; quy chế nội bộ công ty; quy tắc quản trị công ty; quy tắc đạo đức kinh doanh trong công ty. Đây là những tài liệu vô cùng quan trọng trong việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng mà tác giả muốn đề cập trong luận án.

TS. Nguyễn Đình Cung (CIEM) theo sự hỗ trợ của Tổ chức Hợp tác kỹ thuật Đức (2008), *Quản trị công ty cổ phần ở Việt Nam – quy định của pháp luật, hiệu lực thực tế và vấn đề*.

Nghiên cứu này được thực hiện khi Luật Doanh nghiệp 2005 áp dụng vào thực tiễn được ba năm và được cho là đã có bước tiến khá dài trong hoàn thiện khung quản trị công ty. Nội dung của nghiên cứu này giới thiệu và phân tích thực trạng quản trị công ty, mà chủ yếu là quản trị CTCP ở Việt Nam, với ba phần chính: Phần 1 giới thiệu sơ lược quá trình phát triển khung pháp lý về quản trị công ty ở Việt Nam; Phần 2 tập hợp, giới thiệu và phân tích các quy định pháp luật có liên quan tạo thành khung quản trị CTCP ở nước ta; Phần 3 trình bày sự vận hành thực tế và hiệu lực của từng bộ phận hợp thành nói riêng và toàn bộ khung quản trị CTCP ở nước ta nói chung; có so sánh với khung quản trị theo quy định của pháp luật đã trình bày ở phần 2 và thực tiễn vận hành quản trị công ty ở Nhật Bản và Trung quốc.

Nghiên cứu rất chú ý đến vấn đề kiểm soát giao dịch với các bên liên quan – một loại giao dịch có khả năng tư lợi. Bên cạnh đó, những nội dung liên quan đến nghĩa vụ của người quản lý; lương thưởng của giám đốc, người quản lý; quyền của cổ đông; vấn đề công khai hóa thông tin và hoạt động của kiểm soát nội bộ... được nghiên cứu đề cập trên phương diện từ quy định pháp luật đến thực tiễn trong các CTCP là tài liệu hữu ích cho việc tham khảo khi nghiên cứu pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

- Ngô Thị Bích Phương (2007), Luận văn thạc sỹ “*Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005*”.

Luận văn thạc sỹ này được thực hiện năm 2007 – sau 2 năm Luật Doanh nghiệp 2005 đi vào thực tiễn. Tác giả nghiên cứu về kiểm soát giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong các mô hình công ty TNHH, CTCP theo quy định của Luật doanh nghiệp 2005. Tuy nhiên, với tên đề tài này, tác giả chưa có những nghiên cứu sâu về cơ chế kiểm soát nội bộ đối với các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi. Những lỗ hổng pháp luật mà tác giả phát hiện trong Luật Doanh nghiệp 2005 và giải pháp tác giả đưa ra về cơ bản đã được nhiều công trình nghiên cứu đề cập, Luật Doanh nghiệp 2014 ra đời cũng đã phần nào khắc phục những nhược điểm này.

1.2. Đánh giá tình hình nghiên cứu và các vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu

1.2.1. Những kết quả đạt được của hoạt động nghiên cứu

Kết quả đạt được của hoạt động nghiên cứu thông qua việc đánh giá tổng quan các công trình nghiên cứu trong nước và ngoài nước liên quan đến pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng thể hiện qua các yếu tố: tầm quan trọng của kiểm soát giao dịch tư lợi; yêu cầu cần kiểm soát; nhận diện giao dịch tư lợi; cơ chế kiểm soát; bài học kinh nghiệm. Cụ thể:

Thứ nhất, các nghiên cứu đều rất coi trọng vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty, đặc biệt là đối với các CTCP, công ty đại chúng. Vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được xem là một trong những nội dung quan trọng của quản trị công ty. Bất kỳ nghiên cứu về quản trị công ty đều đề cập đến vấn đề kiểm soát giao dịch tư lợi. Ở Việt Nam, khi các nghiên cứu về học thuyết đại diện được tiếp thu ngày càng trọn vẹn thì vấn đề kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty cũng được nghiên cứu nhiều hơn.

Thứ hai, trong các nghiên cứu, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đã trở thành nhu cầu tất yếu được các nghiên cứu lý giải từ phương diện lý luận đến thực tiễn. Về phương diện lý luận, những lập luận hợp lý về khả năng tư lợi của người đại diện và vấn đề bảo vệ cổ đông – chủ sở hữu của công ty được nhấn mạnh. Các nghiên cứu ngoài nước: Jensen.MC và Meckling.WH (1973), *Theory of Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*; Ross.S.A (1973), *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, *The American Economic Review*;... và trong nước như: TS. Bùi Xuân Hải (2011), *Học thuyết đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam*; TS. Nguyễn Ngọc Thanh, *Vấn đề chủ sở hữu và người đại diện: một số gợi ý về chính sách cho Việt Nam*; Nhâm Phong Tuân và Nguyễn Anh Tuấn (2013), *Quản trị công ty vấn đề đại diện của các công ty đại chúng tại Việt Nam*”, *Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Kinh tế và kinh doanh*, tập 29, số 1/2013;... cung cấp cho chúng ta nền tảng lý luận sâu sắc về nguồn gốc của vấn đề và nhu cầu kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

Bên cạnh đó, những nghiên cứu thực nghiệm đối với các công ty trong nước và ngoài nước tiếp tục bổ sung cơ sở thực tiễn cho nhu cầu hoàn thiện pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi: Simeon Djankova, Rafael La Portab, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, *The law and economics of self-dealing*; Tổ chức tài chính quốc tế - IFC (2010), *Cẩm nang quản trị công ty*;...

Thứ ba, khi nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi, phần lớn các nghiên cứu tập trung vào các giao dịch với người có liên quan. Các nghiên cứu tiêu biểu như: Mark Koflbeck (2004), *Related party transaction*; Michele Pizzo, *Related party transaction in Corporate Governance*; OECD (2009), *Guide on fighting abusive related party transaction*; Nguyễn Thị Vân Anh (2015), *Kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan*, Luận án tiến sĩ... Việc kiểm soát đối với các giao dịch giữa công ty và người có liên quan được các công trình nghiên cứu toàn diện từ lý luận, đến thực tiễn và giải pháp. Kiểm soát đối với một số giao dịch có khả năng tư lợi khác như giao dịch có giá trị lớn, giao dịch bất thường ít được đề cập trong các nghiên cứu riêng hơn. Chúng ta chỉ có thể tìm thấy việc kiểm soát các giao dịch này thông qua những nghiên cứu chung về vấn đề quản trị công ty.

Thứ tư, khi nghiên cứu cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, các nghiên cứu đã cung cấp cho chúng ta cái nhìn toàn diện, đa chiều và tiếp cận vấn đề ở nhiều

góc độ khác nhau. Từ tổ chức và hoạt động của HĐQT, vai trò và ảnh hưởng của thành viên HĐQT độc lập. Quyền lợi và nghĩa vụ của giám đốc, người quản lý, cơ chế kiểm nhiệm của giám đốc (thuyết nhị nguyên). Đến các vấn đề công khai hóa thông tin và hoạt động của BKS... Bên cạnh đó, một số nghiên cứu đã phân tích cách thức kiểm soát giao dịch tư lợi: cấm toàn bộ các giao dịch chứa đựng xung đột lợi ích của người đại diện và công ty; hay vẫn để các giao dịch này diễn ra nhưng kiểm soát chặt chẽ hơn. Đồng thời, đưa ra những lý giải khi lựa chọn cách thức kiểm soát chặt chẽ các giao dịch có chứa đựng vấn đề xung đột lợi ích. Các nghiên cứu tiêu biểu như: PGS.TS. Nguyễn Như Phát (chủ biên, 2008), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb. Công an Nhân dân, 2008; Ths. Lê Đình Vinh (2004), “Kiểm soát các giao dịch tư lợi trong công ty theo Luật Doanh nghiệp”, *Tạp chí Luật học*, số 1/2004...

Thứ năm, các nghiên cứu đã tổng kết kinh nghiệm nhiều nước trên thế giới về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi từ quy định của luật đến cơ chế thực thi. Kinh nghiệm của các quốc gia như: Bỉ, Pháp, Italia, Anh, Canada, Mỹ... là tài liệu hữu ích khi so sánh và rút ra bài học cho việc hoàn thiện pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi ở Việt Nam. Một số công trình nghiên cứu như: OECD (2012), *Nghiên cứu về giao dịch giữa công ty với người có liên quan và quyền lợi của cổ đông thiểu số*; IFC (2010), *Cẩm nang quản trị công ty*;... với ưu điểm là vừa nghiên cứu quy định pháp luật và cơ chế áp dụng pháp luật trong các công ty đại chúng ở Việt Nam vừa đưa ra những thông lệ quốc tế tốt để so sánh và tham khảo nhằm rút ra những giải pháp hữu hiệu nhất áp dụng cho các công ty ở Việt Nam.

1.2.2. Một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu

Tình hình nghiên cứu trong nước và ngoài nước cho thấy vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty luôn được coi trọng và bước đầu đã đạt được những thành tựu nhất định. Các công trình nghiên cứu tiếp cận vấn đề ở nhiều khía cạnh khác nhau, đến nay chưa có công trình nghiên cứu riêng về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Ở Việt Nam, những nghiên cứu về kiểm soát giao dịch tư lợi chỉ mới được quan tâm trong những năm gần đây, còn rất nhiều vấn đề tiếp cận chưa sâu, thiếu toàn diện, và không đủ thuyết phục, đặc biệt là kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng – mô hình công ty đang nhận được rất nhiều sự quan tâm của nhà đầu tư, nhà quản lý doanh nghiệp, nhà

nghiên cứu và Chính phủ bởi sự phức tạp trong cơ cấu vốn, tổ chức quản lý, cũng như quy mô và vai trò của nó trong nền kinh tế.

Trên cơ sở tiếp thu những kết quả đã đạt được từ các công trình nghiên cứu trước, tác giả tiếp tục nghiên cứu và giải quyết một số vấn đề mà các nghiên cứu trước chưa xem xét hoặc nghiên cứu chưa sâu. Ở cấp độ của một luận án tiến sỹ, tác giả sẽ nghiên cứu toàn diện về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam từ lý luận đến thực tiễn và giải pháp hoàn thiện quy định pháp luật cũng như cơ chế thực thi pháp luật. Cụ thể:

- Nghiên cứu nhằm làm rõ về khái niệm, đặc điểm, tác động tiêu cực của giao dịch có khả năng tư lợi. Đồng thời, nhận diện những giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng cần có cơ chế kiểm soát chặt chẽ. Nghiên cứu của luận án không chỉ dừng ở những giao dịch giữa công ty với người có liên quan mà còn xem xét đến những giao dịch có giá trị lớn, những giao dịch bất thường của công ty.

- Trên cơ sở phân tích những nguyên tắc cơ bản của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi và vấn đề quản trị công ty đại chúng, luận án sẽ nghiên cứu cấu trúc của pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Đặc biệt, nhấn mạnh vai trò của điều lệ mẫu và các văn bản nội bộ của công ty (được xem là luật nội bộ công ty) trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi – vấn đề mà các nghiên cứu trước chưa đề cập thích đáng.

- Luận án phân tích thực trạng quy định pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam hiện hành: Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán, Luật Phá sản, Bộ luật Dân sự... và các văn bản hướng dẫn thi hành. Đáng lưu ý, nếu như ở những công trình nghiên cứu trước, các tác giả mới chỉ xoay quanh các quy định của Luật Doanh nghiệp 2005. Luận án sẽ nghiên cứu những quy định hiện hành của Luật Doanh nghiệp 2014 và các luật, văn bản pháp luật liên quan điều chỉnh hoạt động quản trị của công ty đại chúng. Về thực tiễn áp dụng pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, luận án sẽ chọn mẫu nghiên cứu là mô hình công ty đại chúng. Đồng thời, tác giả đi sâu nghiên cứu các cơ chế kiểm soát nội bộ của công ty đại chúng, vấn đề áp dụng điều lệ mẫu và các văn bản nội bộ khác (quy chế quản trị nội bộ công ty; quy tắc đạo đức kinh doanh trong công ty...). Qua đó, luận án sẽ phát hiện và tổng kết những khó khăn,

vướng mắc trong thực tiễn áp dụng pháp luật và những khoảng trống pháp lý về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

- Trên cơ sở lý luận và thực tiễn, nghiên cứu sẽ tìm ra những giải pháp nhằm hoàn thiện quy định pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật. *Thứ nhất*, giải pháp hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng sẽ được nghiên cứu trên hai phương diện pháp luật điều chỉnh chung và các văn bản nội bộ công ty. Đặc biệt, nghiên cứu sẽ chỉ ra những giải pháp cho việc hoàn thiện văn bản quản trị nội bộ công ty để khắc phục những khiếm khuyết của văn bản pháp luật điều chỉnh chung. *Thứ hai*, giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi sẽ được luận án nghiên cứu toàn diện từ nhận thức, tuân thủ pháp luật, đến triển khai, tổ chức, thực hiện pháp luật của các đối tượng chủ sở hữu doanh nghiệp, nhà quản lý doanh nghiệp, người có liên quan... và vai trò của cơ quan quản lý.

1.3. Cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu

1.3.1. Cơ sở lý thuyết

Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng là một trong những nội dung quan trọng khi hoàn thiện pháp luật về quản trị công ty ở Việt Nam. Đặc biệt là hiện nay, Việt Nam đang nỗ lực không ngừng để hội nhập khu vực và quốc tế nhằm tìm kiếm cơ hội từ các nhà đầu tư và tiếp thu những kinh nghiệm tốt để phát triển. Trong bối cảnh đó, **các câu hỏi nghiên cứu được đặt ra là:**

- Bản chất của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng là gì? Nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng?

- Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng bằng pháp luật như thế nào? Cấu trúc pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng?

- Thực tiễn kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay ra sao? Những lỗ hổng pháp lý và vướng mắc khi thực thi? Vai trò của kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi qua cơ chế nội bộ của công ty và giá trị của các văn bản nội bộ trong việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi?

- Giải pháp hoàn thiện pháp luật và khắc phục vướng mắc trong áp dụng pháp luật là gì? Giải pháp nâng cao vai trò và giá trị pháp lý của các văn bản nội bộ trong công ty để kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi như thế nào?

Dựa trên câu hỏi nghiên cứu, giả thiết được đặt ra trong nghiên cứu này là:

- Giao dịch tư lợi tác động rất tiêu cực đến hoạt động của công ty; quyền lợi của cổ đông, tâm lý của nhà đầu tư, lợi ích của người liên quan, môi trường kinh doanh, và nền kinh tế;

- Thực trạng kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam còn nhiều vướng mắc, bất cập: Những quy định của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng bộc lộ nhiều lỗ hổng; Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi qua cơ chế nội bộ nhiều hạn chế, giá trị của nội quy doanh nghiệp chưa được sử dụng thích đáng; Hoạt động áp dụng pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng còn yếu kém, tình trạng vi phạm xảy ra nhiều đáng báo động;

- Cần có những giải pháp để hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

Để trả lời cho các câu hỏi nghiên cứu trên, lý thuyết nghiên cứu mà luận án sử dụng là:

- Lý thuyết về đại diện là gốc của vấn đề, bên cạnh đó luận án còn sử dụng các lý thuyết về xung đột lợi ích; lý thuyết bất cân xứng thông tin, lý thuyết hành vi... để lý giải mối quan hệ giữa cổ đông và người quản lý trong quan hệ đại diện (quan hệ ủy thác).

Nếu như lý thuyết về đại diện chỉ ra rằng cổ đông và người đại diện đều muốn tối đa hóa lợi ích của mình (xung đột lợi ích), thì có cơ sở để tin rằng người đại diện công ty sẽ không luôn luôn hành động vì lợi ích tốt nhất cho chủ sở hữu (tức các cổ đông) [16], từ đó cung cấp những lập luận nhằm kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Thì lý thuyết bất cân xứng thông tin chỉ ra những lợi thế của người đại diện trong việc nắm bắt và kiểm soát thông tin của công ty, đồng thời cũng chỉ ra những bất lợi của cổ đông, nhà đầu tư đối với các thông tin về hoạt động kinh doanh cũng như các giao dịch của công ty, nhằm xác định những biện pháp cơ bản để nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Tương tự như vậy, lý thuyết hành vi – một dạng lý thuyết tâm lý nghiên cứu hành vi của con người nói chung, người đại diện nói riêng luôn có xu hướng hành động vì lợi ích của bản thân thay vì lợi ích của tập thể. Nghiên cứu lý thuyết hành vi để củng cố thêm những luận chứng cho nhu cầu kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty.

- Nguyên tắc pháp lý về người quản lý công ty, đặc biệt là xác định ai là người quản lý và các nghĩa vụ pháp lý của họ (director's duties). Lẽ hiển nhiên, để có thể tồn tại, công ty phải xác lập giao dịch với các chủ thể khác nhưng với tư cách là một pháp nhân, tự bản thân nó không thể xác lập giao dịch cho chính mình [16, Xem án lệ *Ferguson v Wilson* (1866), LR 2 Ch App 77, tr. 89-90] mà phải thông qua con người cụ thể - người quản lý - người đại diện trong giao dịch [16]. Lý thuyết này cung cấp cho chúng ta các lập luận về việc tăng cường quyền lực của cổ đông (ĐHĐCĐ) và nghĩa vụ trung thành, miễn cán của người quản lý cũng như cơ chế công khai thông tin liên quan đến giao dịch có khả năng tư lợi và trách nhiệm giải trình.

- Lý thuyết về quản trị công ty đại chúng liên quan đến cơ cấu tổ chức và hoạt động của mô hình công ty đại chúng, đặc biệt là sự phân tách giữa quyền sở hữu và quyền quản lý trong công ty. Việc tách bạch cần được hiểu một cách toàn diện, tách bạch ở đây không chỉ bao gồm tách bạch về mặt tài sản mà còn cả tách bạch về mặt lợi ích. Tách bạch về mặt tài sản là tiền đề cho việc tách bạch về mặt lợi ích. Tài sản công ty thuộc về nhà đầu tư (chủ sở hữu), còn người đại diện là người làm công ăn lương, lợi ích của họ được hưởng từ công việc mà chủ sở hữu ủy thác. Trong hoạt động quản trị công ty chính sự yếu kém, nhập nhằng trong việc tách bạch lợi ích của người đại diện và lợi ích của công ty (mà bản chất là lợi ích của chủ sở hữu) dẫn đến tư lợi.

Công ty đại chúng có sự đặc thù hơn những mô hình công ty khác bởi với đặc điểm là công ty đối vốn điển hình, có những công ty có tới hàng triệu cổ đông ở rải rác khắp nơi trên thế giới mà họ không hề quen biết nhau [9]. Thậm chí cổ đông trong công ty chỉ quan tâm đến giá trị cổ phiếu và tài sản đầu tư của họ mà không quan tâm đến hoạt động quản trị công ty bởi việc chuyển nhượng cổ phần rất dễ dàng. Vì vậy, công ty đại chúng đòi hỏi phải có một cơ cấu quản trị chặt chẽ, được thiết kế nhằm bảo vệ quyền lợi, tài sản của các cổ đông - chủ sở hữu công ty, đặc biệt là chống lại sự tư lợi của người quản lý.

1.3.1. Phương pháp nghiên cứu

Luận án được thực hiện trên cơ sở phương pháp luận là chủ nghĩa Mác Lê-nin (*khách quan, toàn diện, lịch sử cụ thể, phát triển, thực tiễn*); tư tưởng Hồ Chí Minh; Đường lối chính sách của Đảng Cộng sản Việt Nam và pháp luật của Nhà nước về hình thành và phát triển nền kinh tế thị trường năng động, có hiệu quả, có trật tự, kỷ cương trong môi trường kinh doanh cạnh tranh lành mạnh, công khai, minh bạch; các

chính sách cải cách pháp luật, đổi mới, hội nhập trong giai đoạn hiện nay và giai đoạn tiếp theo. Bên cạnh đó, đề tạo sự phong phú trong cách tiếp cận và giải quyết vấn đề, một số quan điểm về chính sách quản trị doanh nghiệp của các quốc gia trên thế giới, các tổ chức quốc tế cũng sẽ được tham khảo.

Luận án sẽ sử dụng kết hợp nhiều phương pháp nghiên cứu khoa học pháp lý. Cụ thể:

Phương pháp tổng hợp: Phương pháp tổng hợp được sử dụng chủ yếu trong luận án từ chương 2 đến chương 4. Qua việc thu thập các tài liệu, tổng hợp các ý kiến khác nhau để giải quyết các vấn đề về mặt lý luận nhằm nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi và đưa ra cấu trúc pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Chương 3 của luận án sử dụng phương pháp tổng hợp để cung cấp bức tranh toàn diện, đa chiều về thực trạng kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

Phương pháp phân tích: Phương pháp này dùng để phân tích, giải thích và hệ thống hóa các quy định cụ thể của các hệ thống pháp luật được nghiên cứu. Mục đích của việc sử dụng phương pháp này là cung cấp một cái nhìn toàn diện, đầy đủ về các quy định liên quan đến kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

Phương pháp so sánh: Phương pháp này được dùng để xác định những điểm giống nhau và khác nhau của các quy định trong các hệ thống pháp luật được nghiên cứu liên quan đến hoạt động kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi giữa pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế, qua đó thấy được sự tương đồng, khác biệt của Việt Nam và quốc tế làm luận cứ xác thực cho việc đưa ra các giải pháp khắc phục những bất cập của pháp luật hiện nay về kiểm soát giao dịch tư lợi..

Phương pháp nghiên cứu phân tích tình huống thực tiễn: Một số các tình huống thực tiễn liên quan đến hoạt động kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng sẽ được lựa chọn để phân tích. Việc phân tích các tình huống nhằm tìm hiểu và đánh giá việc áp dụng các quy định liên quan trên thực tiễn, tìm ra những điểm chưa đầy đủ, những điểm còn bất hợp lý trong các quy định của pháp luật. Đồng thời việc sử dụng phương pháp nghiên cứu tình huống thực tiễn sẽ hỗ trợ cho những lý lẽ, luận giải và kiến nghị mà nghiên cứu đưa ra.

Phương pháp diễn giải, quy nạp: Phương pháp này được sử dụng chủ yếu trong chương 4 của luận án để đưa ra phương hướng và giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Tổng quan tình hình nghiên cứu liên quan đến đề tài luận án **“Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam”**, chúng ta rút ra một số kết luận sau:

1. Nghiên cứu đề tài thể hiện tính cần thiết và cấp bách nhằm đáp ứng những đòi hỏi về cơ sở lý luận, cơ sở pháp lý, cơ sở thực tiễn và nhu cầu của quá trình hội nhập. Với tư cách là một trong những nội dung quan trọng của quản trị công ty, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đã, đang và sẽ ngày càng được coi trọng.

2. Các công trình nghiên cứu trong nước và ngoài nước liên quan đến đề tài đã đạt được một số kết quả và thành tựu nhất định, cho chúng ta cái nhìn đa chiều khi nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi cần kiểm soát; cũng như xác định cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Mặc dù vậy, còn một số vấn đề mà chúng ta cần tiếp tục nghiên cứu sâu sắc và toàn diện hơn như: xác định giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng cần kiểm soát bằng pháp luật bao gồm cả giao dịch có giá trị lớn, giao dịch bất thường,... chứ không chỉ dừng lại ở những giao dịch với người có liên quan; nghiên cứu cấu trúc pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng; vai trò của điều lệ mẫu trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi; mối liên kết giữa Luật Doanh nghiệp và các luật chuyên ngành: Luật Chứng khoán, Luật Đấu thầu, Luật Phá sản... trong việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi....

3. Thông qua đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu, phân tích cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu của luận án, có thể khẳng định rằng, đến nay, chưa có công trình nghiên cứu nào về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng như cách tiếp cận của đề tài. Việc nghiên cứu đề tài **“Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam”** là rất có ý nghĩa cả về mặt lý luận và thực tiễn.

Chương 2

LÝ LUẬN VỀ KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHÚNG

2.1. Khái niệm và đặc điểm của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

2.1.1. Khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi

Để có thể tồn tại, công ty phải xác lập giao dịch với các chủ thể khác nhưng với tính chất là một tổ chức có tư cách pháp nhân, tự bản thân nó không thể xác lập giao dịch cho chính mình mà phải thông qua con người cụ thể - người quản lý - người đại diện trong giao dịch. Lý thuyết về đại diện lý giải mối quan hệ giữa cổ đông và người quản lý trong quan hệ đại diện (hay quan hệ ủy thác). Mối quan hệ này được coi như là quan hệ hợp đồng mà theo đó các cổ đông (những người chủ – *principals*), bổ nhiệm người khác (người thụ ủy – *agents*), để thực hiện việc quản lý công ty cho họ mà trong đó bao gồm cả việc trao thẩm quyền để ra quyết định định đoạt tài sản của công ty [16]].

Được cho là lý thuyết gốc của vấn đề quản trị công ty, lý thuyết về đại diện cho rằng, nếu cả hai bên trong mối quan hệ này (cổ đông và người quản lý công ty) đều muốn tối đa hóa lợi ích của mình (xung đột lợi ích), thì có cơ sở để tin rằng người quản lý công ty sẽ không luôn luôn hành động vì lợi ích tốt nhất cho người chủ, tức các cổ đông và công ty [16]. Bên cạnh đó học thuyết hành vi cũng có những lập luận hợp lý cho thấy tâm lý chung của con người luôn hướng tới lợi ích của cá nhân và chính lợi ích này đã điều khiển hành vi của họ trong công việc. Đặc biệt, trong quá trình đại diện công ty để ký kết và thực hiện giao dịch với các chủ thể khác, họ có khả năng sẽ chuyển dịch lợi ích của công ty sang bản thân. Những giao dịch này được gọi chung là giao dịch có khả năng tư lợi.

Có rất nhiều cách hiểu và quan điểm khác nhau về khái niệm giao dịch có khả năng tư lợi. Tiêu biểu như:

- Từ điển Black's Law định nghĩa giao dịch tư lợi (self dealing transactions) là giao dịch mà người tham gia giao dịch để thu lợi cho bản thân thay vì làm lợi cho người mà mình đang nhận nghĩa vụ ủy thác. [60]

- Theo Bộ quy tắc của OECD về Quản trị công ty, giao dịch có khả năng tư lợi (self dealing) là giao dịch có hành vi lạm dụng kinh doanh để tư lợi (abusive self-

dealing), hành vi này xảy ra khi các cá nhân có quan hệ thân thiết với công ty, bao gồm cả cổ đông nắm quyền kiểm soát, lợi dụng các quan hệ đó gây tổn hại cho công ty và nhà đầu tư. Ở nghĩa đó, giao dịch có khả năng tư lợi bao gồm cả giao dịch nội gián (insider trading) [74].

- John H.Parrar và Susan Watson của Đại học Auckland, Newzeland đưa ra khái niệm rất ngắn gọn: giao dịch có khả năng tư lợi về cơ bản là việc tự bán tài sản của người ủy thác cho chính mình [65]. Khái niệm này mới chỉ xem xét giao dịch có khả năng tư lợi ở khía cạnh “vật chất” mà chưa xem xét đến yếu tố lỗi của người được ủy thác. Tương tự như vậy, trong nghiên cứu “*Hiệu quả kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty: thuyết ứng dụng*”, Zohar Goshen cho rằng, vấn đề cốt lõi của giao dịch có khả năng tư lợi là xét một cách toàn diện giao dịch này có đem lại hiệu quả hay không hiệu quả cho công ty. Ở góc độ đó, nếu đưa ra khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi thì sẽ không hợp lý trong trường hợp giao dịch thất bại do năng lực yếu kém của giám đốc dù họ thực hiện giao dịch với sự cẩn trọng, cân nhắc và trung thực.

Như vậy, dù có nhiều cách hiểu và quan điểm khác nhau về giao dịch có khả năng tư lợi, nhưng tựu trung lại, khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi hàm chứa ba yếu tố cơ bản: (1) sự dịch chuyển quyền lợi của công ty sang cá nhân; (2) sự vi phạm của người được ủy thác tham gia giao dịch; (3) sự lạm dụng vị thế để tư lợi. Theo chúng tôi, *giao dịch có khả năng tư lợi (self-dealing transaction) là giao dịch có khả năng sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi của công ty do người đại diện tham gia giao dịch lạm dụng vị thế của mình nhằm thu lợi cho cá nhân.*

Khi nghiên cứu về giao dịch có khả năng tư lợi cần tiếp cận khái niệm *giao dịch* theo nghĩa rộng, giao dịch ở đây không chỉ bao gồm những hợp đồng, giao dịch có sự thống nhất ý chí giữa hai bên mà còn bao gồm cả hành vi đơn phương. Để hiểu chính xác hơn về giao dịch có khả năng tư lợi, chúng tôi xin đi sâu phân tích và làm rõ các khái niệm cơ sở về “người đại diện” và “tư lợi”:

Có quan điểm cho rằng tư lợi là lợi ích của cá nhân, cũng có quan điểm hiểu tư lợi là tư nhân về lợi ích. Dù vậy, trong phạm vi xem xét của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty thì tư lợi chính là những quyền lợi mà cá nhân muốn đạt được thông qua các giao dịch. Ở những giao dịch này, quyền lợi của công ty, của chủ sở hữu có nguy cơ bị xâm hại bởi các chủ thể đại diện cho công ty thiết lập giao dịch với các chủ thể khác và mục đích của việc thiết lập giao dịch này không xuất phát từ quyền lợi của

công ty mà xuất phát từ quyền và lợi ích của cá nhân người đại diện. “Quyền lợi” ở đây không chỉ là quyền lợi về tài sản (vật chất) mà còn bao gồm cả những quyền lợi phi vật chất: quyền lợi về tinh thần; quyền lợi về địa vị; quyền lợi trong các mối quan hệ... Những quyền lợi này có thể đem đến trực tiếp cho bản thân người đại diện hưởng, hoặc có thể gián tiếp cho những người có quan hệ với người đại diện hưởng, thậm chí có thể cho bất kỳ một người thứ ba nào hưởng.

Hiểu thế nào là người đại diện trong khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi cũng rất quan trọng. *Thứ nhất*, cần phải phân biệt được “người đại diện của công ty” và “người đại diện tham gia giao dịch”? Trong công ty, “người đại diện của công ty” là người mà công ty đăng ký với vị trí là “người đại diện theo pháp luật”, thường thể hiện trong Điều lệ công ty hoặc/và Giấy đăng ký kinh doanh của công ty (có thể là Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc nếu Điều lệ không quy định Chủ tịch HĐQT là người đại diện). Còn “người đại diện tham gia giao dịch” có thể là bất kỳ thành viên nào trong công ty được trao quyền thay mặt công ty tham gia ký kết hoặc thực hiện giao dịch của công ty. Ở nghĩa đó, thì “người đại diện tham gia giao dịch” rộng hơn rất nhiều so với “người đại diện của công ty”. Đối với việc nghiên cứu giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty cần hiểu người đại diện theo nghĩa rộng là “người đại diện tham gia giao dịch”. *Thứ hai*, khái niệm “người đại diện tham gia giao dịch” và “người quản lý” là hai khái niệm không đồng nhất. Người đại diện tham gia giao dịch bao gồm: (1) người đại diện ký kết giao dịch; (2) người đại diện tham gia thực hiện giao dịch. Trong khi đó, người quản lý công ty là người được công ty giao chức trách nhất định theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Khoa học pháp lý gọi giao dịch có khả năng tư lợi là các giao dịch mà trong đó có thể sẽ chứa đựng khả năng xung đột về quyền lợi (xung đột giữa quyền lợi của công ty và quyền lợi của cá nhân người đại diện). Thực chất, mục đích các giao dịch của công ty là hướng tới quyền lợi của công ty, ý chí trong các giao dịch này là ý chí của công ty. Tuy nhiên, người đứng ra để bày tỏ ý chí đó lại là người đại diện của công ty, nếu người đại diện công ty trung thành với quyền lợi của công ty hoặc quyền lợi của họ tỷ lệ thuận với quyền lợi của công ty thì giao dịch đó có lẽ ít có khả năng bị tư lợi. Ngược lại, nếu người đại diện không có chung quyền lợi với doanh nghiệp thì giao dịch đó rất dễ bị biến đổi về bản chất, các giao dịch này rất dễ xảy ra tiêu cực. Hay nói cách khác, khi đứng giữa một bên là lợi ích công ty và một bên là lợi ích cá nhân thì

người đại diện đáng nhẽ có trách nhiệm thực hiện quyền lợi cho công ty thì họ lại lựa chọn lợi ích của bản thân.

Các giao dịch có khả năng tư lợi có thể được gọi theo nhiều cách khác nhau như: giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi, giao dịch trục lợi, hợp đồng có nguy cơ phát sinh tư lợi, hợp đồng tư lợi,... và thường được gọi tắt là “giao dịch tư lợi”, đây cũng là cách gọi được sử dụng nhiều nhất. Tuy nhiên, nếu xem xét theo nghĩa rộng thì “giao dịch có khả năng tư lợi” là cách gọi chính xác nhất. Cách gọi tắt “giao dịch tư lợi” thường cho người đọc hiểu là các giao dịch đã xảy ra sự tư lợi của người đại diện, tức là khi thực hiện giao dịch: (1) người đại diện đã nảy sinh ý muốn trục lợi từ công ty và (2) thực tế đã có sự chuyển dịch lợi ích của công ty sang cá nhân. Trong khi đó giao dịch có khả năng tư lợi có phạm vi bao quát rộng hơn, hai yếu tố trên mới chỉ được coi là có nguy cơ sẽ xảy ra.

Bên cạnh đó, để hiểu rõ hơn về giao dịch có khả năng tư lợi, chúng ta cần phân biệt với một số giao dịch khác như: giao dịch công bằng; giao dịch với người có liên quan; giao dịch nội gián.

Giao dịch công bằng (fair dealing) bao gồm cả các giao dịch có khả năng tư lợi được thực hiện trên cơ sở công khai đầy đủ, không vì lợi thế cá nhân, đảm bảo công bằng và trung thực. Theo John H.Parrar và Susan Watson, cách để nhận biết chính xác nhất về giao dịch có khả năng tư lợi là việc so sánh nó với giao dịch công bằng [65]. Việc phân biệt giữa hai giao dịch này đặc biệt có ý nghĩa khi xác định cách thức kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, đó là biến những giao dịch có khả năng tư lợi trở thành giao dịch công bằng.

Giao dịch nội gián (insider trading) là hành vi vi phạm pháp luật do những người có chức trách của công ty mua hoặc bán cổ phần của công ty nhờ việc sử dụng những thông tin chưa được công bố mà người này có được từ việc giữ chức trách nhất định trong công ty [13]. Giao dịch nội gián gắn liền với các hoạt động mua bán chứng khoán nhằm để trục lợi bằng việc sử dụng các thông tin bí mật mà chỉ những người quản lý điều hành công ty mới có. Về tổng quát, buôn bán nội gián cũng là dạng giao dịch tư lợi, có sự lợi dụng vị trí để trục lợi cá nhân. Nhưng giao dịch nội gián được xem là một loại giao dịch tư lợi đặc biệt mà vấn đề cốt lõi của giao dịch nội gián liên quan mật thiết đến việc nắm giữ các thông tin quan trọng của công ty. Gốc của vấn đề này được lý giải một cách sâu sắc thông qua lý thuyết bất cân xứng thông tin. Giao

dịch nội gián khác với các giao dịch tư lợi khác ở cách thức xác lập giao dịch; cách thức kiểm soát và cơ chế xử lý. Đây là loại giao dịch bất hợp pháp, thường được pháp luật hình sự điều chỉnh trực tiếp.

Giao dịch với người có liên quan (related party transaction) là giao dịch được xác lập giữa công ty với người có liên quan của công ty, những người có liên quan có thể là cá nhân hoặc tổ chức tham gia vào các giao dịch với công ty, có mối quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với công ty trên cơ sở góp vốn, quan hệ quản lý nội bộ hoặc có quan hệ với người quản lý, người góp vốn và được trao quyền quyết định hoặc có khả năng chi phối tới việc xác lập giao dịch [1]. Giao dịch với người có liên quan sẽ trở thành giao dịch tư lợi khi người có liên quan tham gia giao dịch chiếm đoạt lợi ích của công ty. Giao dịch với người có liên quan hàm chứa khả năng xung đột lợi ích cao, nên đây là một loại giao dịch có nguy cơ xảy ra tư lợi lớn nhất. Do đó, khi nhắc đến cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, giao dịch với người liên quan luôn được đề cập đến.

2.1.2. Đặc điểm của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

Giao dịch có khả năng tư lợi mang đầy đủ đặc điểm của các giao dịch thông thường trong công ty. Bên cạnh đó, nó còn có những đặc điểm riêng như sau:

Thứ nhất, giao dịch có khả năng tư lợi chỉ diễn ra khi có sự trao quyền quản lý, điều hành trong kinh doanh.

Một cá nhân tự thực hiện giao dịch cho chính mình thì sẽ không bao giờ có giao dịch tư lợi. Tuy nhiên, hoạt động kinh doanh không chỉ dành cho các thương nhân đơn lẻ tự làm tự chịu mà bao gồm một chuỗi các hình thức liên kết kinh doanh đa dạng với nhiều mô hình công ty khác nhau. Vì vậy, trao quyền quản lý, điều hành trong kinh doanh là đòi hỏi tất yếu, xuất phát từ nhu cầu căn bản của cổ đông và của công ty.

Cổ đông không thể tự quản lý mọi việc, đặc biệt là các công ty đại chúng có sự phân tách giữa quyền sở hữu và quyền quản lý, điều hành. Các cổ đông chỉ quan tâm đến giá trị cổ phiếu trên thị trường, cùng với một quyền rất quan trọng là lựa chọn các nhà quản trị mang lại giá trị cao nhất có thể cho cổ phần của họ, hình thành quan hệ đại diện đa dạng, phức tạp. Trong khi các cổ đông luôn đặt mục tiêu làm sao để cho đồng vốn của mình bỏ ra thu lợi nhiều nhất, thì người quản lý ngoài trách nhiệm ủy thác luôn có xu hướng tìm kiếm những lợi ích riêng. Mặt khác, khi tham gia giao dịch với các chủ thể kinh doanh trên thị trường, công ty với tính chất là một tổ chức có tư cách pháp nhân cũng phải thông qua người đại diện. Họ là người sẽ nhân danh công ty

để thực hiện giao dịch. Điều này còn phức tạp hơn đối với các công ty đại chúng có vốn nhà nước bởi các quan hệ đại diện được thực hiện qua nhiều tầng lớp.

Xung đột lợi ích luôn tồn tại trong quan hệ đại diện, việc dẫn đo giữa lợi ích của chủ sở hữu, của công ty và lợi ích của bản thân người đại diện làm nảy sinh các giao dịch có khả năng tư lợi. Đối với các giao dịch trong công ty đại chúng, nếu được thông qua ĐHĐCĐ, được mọi thành viên trong hội đồng tự nguyện chấp thuận theo nguyên tắc công bằng, bình đẳng và được thực hiện một cách công khai, minh bạch thì khả năng tư lợi từ các giao dịch này sẽ giảm đi. Bởi lẽ, quyền quản lý điều hành không chỉ tập trung trong tay cá nhân người đại diện mà nó được san sẻ, quyết định và kiểm soát bởi chủ sở hữu.

Thứ hai, giao dịch có khả năng tư lợi là những giao dịch có sự lạm dụng vị thế của người đại diện.

Theo lẽ thường, người đại diện được các thành viên khác trong công ty giao cho làm một công việc hay nhân danh công ty thực hiện một giao dịch thì người đại diện phải đảm bảo thực hiện công việc được giao phó vì lợi ích của công ty. Điều cơ bản là phải tách bạch được lợi ích của cá nhân người đại diện và lợi ích chung của công ty, mục đích của giao dịch phải hướng vào quyền và lợi ích của công ty. Để thực hiện được điều này, người đại diện cần phải có những phẩm chất phù hợp, ngoài phẩm chất như thiện chí, trung thực, mẫn cán, người đại diện còn bị ràng buộc bởi trách nhiệm đối với công việc của mình và trách nhiệm giải trình một cách thuyết phục khi các thành viên khác yêu cầu. Tuy nhiên, việc xa rời nền tảng đạo đức này làm ảnh hưởng đến những quyết định của người đại diện, người đại diện có thể lạm dụng công ty và quyền lực, địa vị của mình để mưu lợi riêng. Một trong những học thuyết tâm lý quan trọng – Học thuyết hành vi cũng lý giải cho chúng ta hiểu hành vi của người đại diện nói riêng luôn hướng đến lợi ích của bản thân hơn là lợi ích của của chủ sở hữu.

Như đã phân tích ở trên người đại diện trong các giao dịch có khả năng tư lợi có thể là bất kỳ ai nhân danh công ty tham gia giao dịch với các chủ thể khác và họ có một vị thế nhất định khi được giao phó công việc, cũng theo đó họ có lợi thế để thực hiện tư lợi. Trong quá trình thực hiện giao dịch với các chủ thể khác, người đại diện đáng nhẽ phải dùng ý chí, quyết của mình để đạt được mục đích là thu lợi cho công ty, tức là người đại diện cùng chung ý chí với công ty vì mục đích lợi ích của công ty. Thì trong giao dịch tư lợi người đại diện lại dùng ý chí, quyết định của mình để thu lợi cho

cá nhân. Động cơ và mục đích của người đại diện trong các giao dịch tư lợi là thu lợi cho cá nhân. Cơ sở hay phương tiện để thực hiện được mục đích này là vị thế của người đại diện. Mà vị thế đó bao gồm các quyền: quyền nhân danh, quyền điều hành, quyền quản lý.

Trong các giao dịch có khả năng tư lợi, yếu tố lỗi của người đại diện luôn được đặt ra. Đây là lỗi cố ý. Bởi nếu người đại diện bằng tất cả năng lực, sự trung thành thực hiện giao dịch một cách thiện chí, mẫn cán, không có ý đồ tư lợi mà vẫn để xảy ra thiệt hại cho công ty thì không thể coi đó là một giao dịch tư lợi, có thể xem những thiệt hại trong giao dịch đó là rủi ro trong kinh doanh. Như vậy, để kết luận một giao dịch là tư lợi hay không cần phải xem xét đến yếu tố lỗi của người đại diện chứ không đơn thuần là hiệu quả của giao dịch.

Thứ ba, trong giao dịch tư lợi quyền lợi của công ty bị thay thế bằng quyền lợi của người đại diện.

Bản chất của giao dịch tư lợi là sự có thể lạm dụng quyền lực được trao của người đại diện cho công ty trong các giao dịch để tư lợi cho bản thân. Những lợi ích thu được từ giao dịch đáng nhẽ thuộc về công ty thì lại chảy vào túi của người đại diện. Nếu như lợi ích mà công ty nhắm đến thông qua các giao dịch thường mang tính vật chất gắn liền với sự gia tăng về tài sản. Thì quyền lợi mà người đại diện muốn tước đoạt của công ty lại đa dạng hơn. Tức là, vấn đề tư lợi cho “*bản thân*” phải được nhìn nhận ở phạm vi rộng, có thể là quyền lợi trực tiếp của chính bản thân người đại diện (lợi ích về tài sản, lợi ích về tinh thần, quyền lợi về địa vị,...); có thể là quyền lợi của những người quan hệ với người đại diện (quan hệ lợi ích, quan hệ thân nhân, quan hệ quản lý...); hoặc có thể là trực lợi cho người thứ ba (người thứ ba có thể là bất kỳ cá nhân, tổ chức nào). Trong các quyền lợi đó, những lợi ích về mặt tinh thần khó phát hiện và đo lường.

Thứ tư, giao dịch có khả năng tư lợi khi nảy sinh sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi cho công ty.

Công ty hoạt động kinh doanh trên thương trường không chỉ dựa vào tài sản (giá trị vật chất) mà còn bao gồm cả những giá trị phi vật chất như: uy tín, danh dự, thương hiệu, các mối quan hệ... Giao dịch tư lợi khi nảy sinh có thể sẽ gây thiệt hại cho công ty về mặt tài sản hoặc làm giảm sút uy tín của công ty hoặc có thể vừa thiệt hại về tài sản vừa giảm sút uy tín. Từ những thiệt hại của công ty do giao dịch tư lợi gây ra dẫn

đến những hậu quả tiêu cực mà các cổ đông đầu tư vào công ty phải gánh chịu và cả những ảnh hưởng đến các đối tác của công ty (mất cơ hội có được hợp đồng kinh doanh, bị cạnh tranh không lành mạnh...). Rộng hơn, giao dịch tư lợi còn ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh tác động xấu về mặt kinh tế xã hội.

Thứ năm, đặc thù của của giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng so với các mô hình công ty khác.

Công ty đại chúng là công ty cổ phần thuộc một trong ba loại hình sau đây: (1) Công ty đã thực hiện chào bán cổ phiếu ra công chúng; (2) Công ty có cổ phiếu được niêm yết tại Sở giao dịch chứng khoán hoặc Trung tâm giao dịch chứng khoán; (3) Công ty có cổ phiếu được ít nhất một trăm nhà đầu tư sở hữu, không kể nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp và có vốn điều lệ đã góp từ mười tỷ đồng Việt Nam trở lên. [38, Điều 25].

So với các mô hình công ty khác, công ty đại chúng thường có quy mô vốn lớn, cơ cấu tổ chức phức tạp; số lượng giao dịch nhiều; công ty đại chúng chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật, ngoài luật Doanh nghiệp còn có Luật Chứng khoán; bản thân công ty đại chúng thường có sự phân tách rất rõ giữa sở hữu và điều hành;... Bởi vậy, các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng so với các mô hình công ty khác thường đa dạng, phức tạp hơn và đòi hỏi một cơ chế kiểm soát phù hợp với những đặc thù trong công ty đại chúng.

2.2. Ảnh hưởng tiêu cực của giao dịch tư lợi trong công ty đại chúng và nhu cầu kiểm soát

2.2.1. Ảnh hưởng tiêu cực của giao dịch tư lợi trong công ty đại chúng

Khi một giao dịch trong công ty trở thành giao dịch tư lợi, tức là quyền và lợi ích của công ty đã bị xâm phạm. Có thể thấy ngay những ảnh hưởng tiêu cực của giao dịch tư lợi trong công ty thông qua việc phân tích những tác động của giao dịch qua các khía cạnh sau:

Thứ nhất, những nguy cơ xâm phạm đến lợi ích công ty.

Nguồn “sống” của công ty chính là vốn và điều kiện kinh doanh. Nhưng nếu giao dịch tư lợi xảy ra thì cả hai nguồn cung cấp “sự sống” của công ty đều bị cạn kiệt và mất dần ảnh hưởng đến sự tồn tại của công ty [19]. Những giao dịch này gây ra thiệt hại về mặt tài sản của công ty. Nếu căn cứ theo tính chất vật chất của tài sản thì tài sản trong công ty được chia làm hai loại: tài sản hữu hình và tài sản vô hình. Những ảnh

hưởng tiêu cực của giao dịch tư lợi trong công ty cũng được thể hiện ở hai loại thiệt hại đó là thiệt hại về tài sản hữu hình (thiệt hại hữu hình) và thiệt hại về tài sản vô hình (thiệt hại vô hình) của công ty.

- *Những thiệt hại về mặt tài sản hữu hình:* trong công ty tài sản hữu hình là những tài sản mang thuộc tính vật chất mà chúng ta có thể nhìn thấy, nhận biết và xác định được giá trị của nó dễ dàng. Ví dụ như: tiền, hàng hóa, nhà xưởng, máy móc, dụng cụ, nguyên vật liệu,... Vì vậy, khi giao dịch tư lợi làm thiệt hại về mặt vật chất của công ty, nó làm hạn chế thậm chí triệt tiêu nguồn vốn dùng để tái đầu tư của công ty. Những lợi ích mà các tài sản đó đem lại đáng nhẽ “chảy” vào quỹ của công ty thì qua các giao dịch tư lợi nó “chảy” vào túi của cá nhân. Vì vậy các giao dịch tư lợi rút ngắn sự tồn tại và ngăn cản sự phát triển của công ty. Nó làm nhiều công ty càng kinh doanh càng thua lỗ, càng hoạt động càng bị thiệt hại.

- *Những thiệt hại về mặt tài sản vô hình:* tài sản vô hình là những tài sản không có hình thái vật chất nhưng có thể tạo ra những lợi thế và quyền hạn để mang lại giá trị kinh tế cho công ty. Các tài sản này có thể là: uy tín, khách hàng, các mối quan hệ của công ty, cơ hội kinh doanh tương lai... Những thiệt hại phi vật chất mà giao dịch tư lợi gây ra cho công ty có rất nhiều và khó có thể xác định được giá trị tổn hại của nó. Chẳng hạn, giao dịch tư lợi làm tài sản của công ty bị thất thoát, uy tín của công ty cũng vì thế mà bị giảm sút, thương hiệu của công ty bị ảnh hưởng. Giao dịch tư lợi “rút ruột” công ty dẫn đến tình trạng kinh doanh yếu kém, khiến nhiều nhà đầu tư không muốn bỏ vốn đầu tư, khách hàng không ký hợp đồng, hàng hóa khó bán... những cơ hội kinh doanh của công ty bị mất đi.

Khi các quyền lợi trong công ty đại chúng bị thu vén bởi một nhóm người thì những cổ đông sẽ tìm cách rút lui khỏi công ty, còn những nhà đầu tư bên ngoài sẽ ngần ngại trước việc bỏ vốn để mua cổ phiếu. Hơn thế nữa nếu thực hiện giao dịch tư lợi được một lần thì khi có cơ hội sẽ tái diễn và xu hướng là tìm đến chính đối tác ấy để thực hiện những phi vụ làm ăn, đây cũng chính là một nguyên nhân làm thu hẹp các kênh đầu tư của công ty, và công ty bị cô lập bởi sự lạm dụng quyền lực của những người được ủy quyền đại diện. Có thể nói, những thiệt hại hữu hình và thiệt hại vô hình mà giao dịch tư lợi gây ra cho công ty có sự tác động qua lại lẫn nhau, thiệt hại này ảnh hưởng (làm phát sinh) thiệt hại kia và ngược lại.

Thứ hai, những nguy cơ xâm phạm đến các cổ đông của công ty.

Công ty, đặc biệt là những công ty đối vốn, là một cuộc chơi công bằng và bình đẳng của những người tham gia (những cổ đông). Khi góp vốn vào công ty, các cổ đông đã tự nguyện cam kết vào một khế ước chung (hợp đồng thành lập hoặc điều lệ công ty) là cùng hưởng lợi và cùng chịu rủi ro theo tỷ lệ vốn góp của mình trong công ty. Đây cũng là nguyên tắc được ghi nhận trong luật công ty của hầu hết các nước trên thế giới. Tính bình đẳng của “cuộc chơi” thể hiện ở chỗ cổ đông góp vốn nhiều thì hưởng lợi nhiều, thành viên góp vốn ít thì hưởng lợi ít. Mục đích của các cổ đông khi góp vốn để thành lập công ty là thông qua hoạt động kinh doanh của công ty họ sẽ sử dụng một cách hiệu quả nhất số vốn của mình. Họ sở hữu và được hưởng lợi công ty tương ứng với phần vốn góp của mình trong công ty, và được phân chia lợi nhuận cũng như chịu nghĩa vụ về tài sản tương ứng với phần vốn đó. Thế nhưng, nếu xảy ra giao dịch tư lợi, tài sản của công ty bị chảy dần vào túi một hoặc một nhóm cổ đông có vốn góp chi phối, thậm chí chảy vào túi của người không góp vốn vào công ty thì những người góp vốn khác trong công ty không những bị giám sát về mặt lợi tức mà còn bị chia sẻ về mặt quyền và lợi ích, họ góp vốn đầu tư mà để người khác chiếm hưởng.

Khi niềm tin của các cổ đông đối với công ty giảm sút, các cổ đông tìm cách rút khỏi công ty, các nhà đầu tư e ngại bỏ vốn vào công ty. Chúng ta thường xem xét những thiệt hại của công ty, nhưng những thiệt hại này phần lớn được chuyển giao cho các nhà đầu tư của công ty. Khi tài sản của công ty bị giám sát có nghĩa là tài sản của các cổ đông bị cũng xâm hại và giám sát. Đối với các công ty đại chúng, có thể dẫn đến sự sụt giảm giá cổ phiếu của công ty đó trên thị trường chứng khoán, gây ra tình trạng lộn xộn trên thị trường chứng khoán khi các nhà đầu tư bán tống, bán tháo cổ phiếu của công ty, từ đó dẫn đến sự tổn thất các khoản vốn đầu tư của các nhà đầu tư.

Thứ ba, những nguy cơ ảnh hưởng đến người có quyền và lợi ích liên quan.

Những người có quyền và lợi ích liên quan đến công ty ngoài các cổ đông – chủ sở hữu của công ty còn có các nhân viên, khách hàng, đối tác, chủ nợ... của công ty.

Từ những thiệt hại về tài sản và lợi ích của công ty do những hợp đồng tư lợi đem lại kéo theo đó là những thiệt hại của các nhân viên, những người làm công ăn lương của công ty. Các hợp đồng tư lợi làm cho công ty làm ăn thua lỗ, lợi nhuận giảm sút không thể đảm bảo tiền lương trả cho nhân viên. Người lao động rất có thể rơi vào tình trạng thất nghiệp, mất việc làm. Đó là chưa nói đến những chính sách mà công ty có thể ưu đãi nhân viên khi làm ăn tốt như tăng lương, thưởng, hoa hồng, cải thiện

điều kiện làm việc... Ngoài nội bộ công ty, các khách hàng và đối tác của công ty cũng là những người phải chịu ảnh hưởng không nhỏ do các giao dịch tư lợi. Khi công ty bị cuốn vào các giao dịch tư lợi, giả sử đối tượng của các giao dịch hướng tới là hàng hóa kém chất lượng, công trình xây dựng bị “rút ruột” cho các chủ thể xác lập, thực hiện giao dịch thì người bị tác động đến đầu tiên là những khách hàng tiêu dùng hàng hóa và sử dụng các công trình đó. Không chỉ vậy, những đối tác làm ăn với công ty (trừ chủ thể tham gia giao dịch) bị mất hợp đồng, mất cơ hội kinh doanh... gây ra thiệt hại cho chính bản thân các đối tác của công ty. Ngoài ra, khi lợi ích của công ty bị thiệt hại đến một mức nào đó, công ty không còn đủ khả năng thanh toán và rơi vào tình trạng phá sản sẽ kéo theo đó là sự thiệt hại về quyền lợi của các chủ nợ của công ty.

Thứ tư, những nguy cơ ảnh hưởng tiêu cực đến nền kinh tế - xã hội.

Giao dịch tư lợi còn dẫn đến nhiều hệ quả nghiêm trọng hơn, ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh và nền kinh tế-xã hội của quốc gia. Đặc biệt, đối với các công ty có vốn đầu tư của Nhà nước, thường là những doanh nghiệp lớn, thậm chí được kỳ vọng là xương sống của nền kinh tế, nếu để xảy ra tư lợi sẽ làm thâm hụt nguồn vốn đầu tư và lợi nhuận đáng nhẽ thu được. Dẫn đến làm thâm hụt ngân sách nhà nước với các nguồn thu từ thuế, phí, lệ phí; các khoản thu từ hoạt động kinh tế; các khoản đóng góp từ các tổ chức, cá nhân; các khoản viện trợ... [40, Điều 2] mà suy cho cùng là tiền của nhân dân.

Giao dịch tư lợi dẫn đến hậu quả nghiêm trọng, đó là khi các nhà quản lý điều hành doanh nghiệp tìm cách rút ruột doanh nghiệp để tìm kiếm lợi nhuận cho bản thân, mục tiêu lợi nhuận của nhà đầu tư bị xâm phạm. Trong khi đó bản chất của hoạt động đầu tư là tính rủi ro cao, thì đối với công ty khả năng quản lý, điều hành yếu kém sẽ làm đồng vốn của nhà đầu tư tăng tính rủi ro cao gấp nhiều lần. Đối với nhà đầu tư nước ngoài là những người có phân tích thị trường và môi trường đầu tư kỹ lưỡng, họ là những nhà đầu tư tiềm năng, có vốn lớn và cũng là những nhà đầu tư có yêu cầu, đòi hỏi cao về quản trị công ty. Nếu như các công ty ở Việt Nam để xảy ra tình trạng người điều hành, quản lý công ty trục lợi trong các giao dịch thì họ sẽ ngần ngại khi đầu tư vào Việt Nam. Do đó, thị trường đầu tư không thể phát triển, nguồn vốn FDI giảm sút, mục tiêu công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước sẽ mãi xa vời.

Giao dịch tư lợi còn ảnh hưởng đến sự phân tầng xã hội, nó làm cho một lớp người có địa vị giàu lên một cách nhanh chóng bằng những hợp đồng phi pháp. Không

những thế những giao dịch này còn đi ngược lại với quy luật thị trường và giá cả, đó là những giao dịch ngầm, giao dịch phi pháp không có sự cạnh tranh chứ đừng nói tới cạnh tranh công bằng, bình đẳng và lành mạnh. Điều này không những ảnh hưởng về mặt kinh tế mà còn ảnh hưởng đến mặt xã hội, đạo đức kinh doanh bị thách thức, ảnh hưởng xấu đến văn hóa kinh doanh của các doanh nghiệp và nền kinh tế nói chung.

Như vậy, các giao dịch tư lợi không những làm thất thoát tài sản của doanh nghiệp, tài sản của Nhà nước, gây thiệt hại cho các nhà đầu tư, những người có quyền lợi liên quan mà còn ảnh hưởng đến uy tín của doanh nghiệp, đạo đức kinh doanh, tác động tiêu cực đến sự phát triển của nền kinh tế, đe dọa môi trường kinh doanh lành mạnh của quốc gia. Nội lực không thể phát huy, ngoại lực cũng không thể thu hút, nền kinh tế bị suy yếu. Trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế sâu rộng như hiện nay, những giao dịch tư lợi được ví như “con sâu làm rầu nồi canh”, nó không chỉ gây thiệt hại về mặt tài sản của quốc gia mà còn ảnh hưởng tiêu cực đến môi trường kinh doanh và triệt tiêu các nguồn lực trong nền kinh tế.

2.2.2. Nhu cầu kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

Theo Đại từ điển tiếng Việt “Kiểm soát là kiểm tra, xem xét nhằm ngăn ngừa những sai phạm các quy định hoặc đặt trong phạm vi, quyền hành và trách nhiệm” [58, tr.842]. Nguyên tắc quản trị hiện đại cũng cho thấy, kiểm soát ở đây bao gồm cả kiểm tra, trong đó “kiểm tra” được định nghĩa là xem xét thực chất, thực tế. Kiểm soát hay kiểm tra như vậy, bao hàm sự hướng dẫn và huấn luyện nhiều hơn là trừng phạt. Như vậy, *kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi là việc thực hiện tất cả các biện pháp nhằm phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn và xử lý các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty.*

Về mặt chủ thể thực hiện kiểm soát có thể là cơ quan nhà nước, có thể là chủ thể hay bộ phận của công ty. Đối tượng bị kiểm soát ở đây là tất cả các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Công cụ dùng để kiểm soát ở phạm vi rộng có thể là: pháp luật; nền tảng đạo đức kinh doanh; quy tắc quản lý, quy tắc kinh doanh; tập quán kinh doanh; dư luận xã hội;... Phạm vi luận án này nghiên cứu công cụ kiểm soát pháp luật.

Vậy, nhu cầu kiểm soát bằng pháp luật đối với các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng được đặt ra từ những yếu tố sau:

Thứ nhất, xuất phát từ những ảnh hưởng tiêu cực của giao dịch tư lợi trong công ty đại chúng như: nguy cơ gây thiệt hại về tài sản và quyền lợi của công ty; của cổ đông – nhà đầu tư vào công ty; xâm phạm tiêu cực đến người có quyền và lợi ích liên quan và làm ảnh hưởng tiêu cực đến nền kinh tế - xã hội của quốc gia. Ngăn chặn và xử lý những ảnh hưởng tiêu cực đó đặt ra nhu cầu cấp thiết hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

Theo Bộ quy tắc của OECD về Quản trị công ty, loại giao dịch này vi phạm thông lệ quản trị công ty tốt và cần phải được ngăn cấm. OECD cũng đưa ra những khuyến nghị để kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi theo hướng khắc phục những kẽ hở pháp lý về quản trị CTCP, từ việc thực hiện nhấn mạnh vai trò của các bên có quyền lợi liên quan trong quản trị công ty, công bố và minh bạch thông tin, đến việc quy định rõ trách nhiệm của HĐQT, cũng như nâng cao vai trò của kiểm toán độc lập.

Thứ hai, kinh nghiệm cho thấy quyền lực nếu không được kiểm soát sẽ là nguyên nhân dẫn đến lạm quyền: Giao dịch tư lợi có điều kiện phát sinh từ nhiều nguyên nhân, nhưng chủ yếu và trước hết là do vấn đề trao quyền trong kinh doanh và khả năng lạm dụng quyền lực được giao. Lý thuyết về đại diện cho rằng, nếu cả hai bên trong mối quan hệ này (cổ đông và người quản lý công ty) đều muốn tối đa hóa lợi ích của mình, thì có cơ sở để tin rằng người quản lý công ty sẽ không luôn luôn hành động vì lợi ích tốt nhất cho người chủ, tức các cổ đông và công ty. Chính vì vậy, giao dịch tư lợi phổ biến diễn ra ở khu vực doanh nghiệp có vốn đầu tư của Nhà nước và công ty đại chúng, nơi mà chủ sở hữu không thể tự mình đứng ra thực hiện hay giám sát mọi hoạt động, việc ủy thác và trao quyền đại diện cho một cá nhân là điều tất yếu. Người đại diện xét cho cùng cũng chỉ là một con người, việc đi chệch lợi ích doanh nghiệp là điều không thể tránh khỏi.

Thứ ba, pháp luật là công cụ hữu hiệu nhất để kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi: Bên cạnh các công cụ điều chỉnh quan hệ xã hội như: đạo đức, thói quen, tập quán, tín điều tôn giáo, dư luận xã hội, quy tắc kinh doanh... thì pháp luật và quyền lực cưỡng chế thực thi được xem là công cụ hữu ích nhất để thực hiện hoạt động này, đặc biệt là trong giai đoạn xây dựng nhà nước pháp quyền. Xuất phát từ vai trò của pháp luật trong đời sống, là công cụ phục vụ hoạt động kiểm tra, kiểm soát đối với mọi chủ thể và phạm vi đối tượng chịu sự điều chỉnh của pháp luật rộng lớn nhất. Pháp luật

sẽ tạo ra mối liên kết mật thiết giữa quyền lực Nhà nước, và hoạt động của các chủ thể khác trong xã hội.

Thứ tư, nhu cầu kiểm soát xuất phát từ đặc thù của mô hình công ty đại chúng: Do những đặc điểm phức tạp về cơ cấu vốn và cơ cấu cổ đông, cơ chế tổ chức quản lý của công ty đại chúng thường được quy định chặt chẽ hơn so với các loại hình công ty khác.

Công ty đại chúng có đặc điểm là công ty đôi vốn, có những công ty có tới hàng triệu cổ đông ở rải rác khắp nơi trên thế giới mà họ không hề quen biết nhau. Thậm chí cổ đông trong công ty không quan tâm đến sinh hoạt nội bộ của công ty bởi việc chuyển nhượng cổ phần rất dễ dàng, tạo lên sự tách biệt giữa sở hữu và công việc quản trị của công ty. Các giao dịch tư lợi vì thế mà dễ phát sinh nhiều trong các công ty đại chúng. Bên cạnh đó, công ty đại chúng với quy mô lớn, nguồn vốn dồi dào, khi bị thiệt hại sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng hơn. Bởi những lý do đó mà nhà làm luật thường “ưu ái” can thiệp sâu hơn vào việc quản trị công ty đại chúng so với các hình thức công ty khác.

Thứ năm, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi nhằm bảo vệ nhà đầu tư công chúng và môi trường kinh doanh. Tự do kinh doanh là điều kiện quan trọng để công ty tồn tại, hoạt động và cạnh tranh trên thị trường, nhưng nếu thiếu những quy định rạch ròi của pháp luật thì rất dễ có sự lẫn lộn giữa quyền tự do kinh doanh của công ty với quyền tự do cá nhân của những người đại diện. Nhà đầu tư công chúng phần lớn không phải là những nhà đầu tư chuyên nghiệp, họ ủy thác và có niềm tin vào người đại diện, vì vậy phải bảo vệ nhà đầu tư tránh khỏi sự lạm dụng vị trí để tư lợi của người đại diện. Việc kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong doanh nghiệp còn nhằm bảo vệ môi trường kinh doanh lành mạnh, công bằng. Đây là vấn đề luôn được sự quan tâm của Nhà nước, của các doanh nghiệp và các thành viên, cổ đông trong công ty.

Thứ sáu, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi nhằm đáp ứng yêu cầu của quá trình hội nhập, xây dựng nhà nước pháp quyền và tiếp thu những kinh nghiệm tốt trên thế giới: Bối cảnh hội nhập phát triển mạnh mẽ bao gồm cả hội nhập kinh tế và hội nhập pháp luật, việc xây dựng được hệ thống pháp luật phù hợp với thông lệ tốt của quốc tế thể hiện sự tiên tiến về lập pháp của đất nước. Hoàn thiện pháp luật được thực hiện trên tất cả các lĩnh vực, trong đó pháp luật kinh tế luôn là bài toán khó của các nhà làm luật, đặc biệt là các nội dung liên quan đến quản trị công ty bao hàm cả việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi.

2.3. Lý luận pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

2.3.1. Khái niệm pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng và sự khác biệt so với các công ty khác

Với tư cách là một trong những công cụ kiểm soát hiệu quả nhất, pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được hiểu là *tổng hợp những quy phạm pháp luật quy định về các biện pháp kiểm soát nhằm phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn và xử lý các giao dịch có khả năng sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi của công ty do người đại diện tham gia giao dịch lạm dụng vị thế của mình nhằm thu lợi cho cá nhân*. So với các công ty khác, pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng có một số những khác biệt căn bản xuất phát từ bản chất của công ty đại chúng và thực tiễn hoạt động quản trị công ty đại chúng. Cụ thể:

Thứ nhất, công ty đại chúng là loại hình công ty đối vốn điển hình, sự phân tách giữa sở hữu và điều hành tạo ra sự phức tạp và đa dạng trong quan hệ đại diện khác hẳn so với các loại hình công ty đối nhân và đối vốn khác. Nếu như doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty đối vốn đơn giản và công ty trách nhiệm hữu hạn... chủ sở hữu, thành viên công ty thường có mối quan thân thiết, hiểu biết lẫn nhau thậm chí chủ sở hữu đồng thời là người trực tiếp điều hành công ty thì công ty đại chúng cùng với việc chuyển nhượng cổ phiếu dễ dàng các nhà đầu tư – chủ sở hữu công ty thường có số lượng lớn, thay đổi liên tục, các cổ đông chỉ quan tâm đến đồng vốn của mình mà thiếu sự quan tâm và phó mặc quản trị công ty cho người đại diện. Như vậy, giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng nhiều hơn, đa dạng và phức tạp hơn so với các công ty khác đòi hỏi nhu cầu kiểm soát cao hơn.

Thứ hai, trong quản trị công ty, cơ cấu tổ chức của công ty đại chúng so với các loại hình công ty khác cũng đặc thù và phức tạp hơn, bởi vậy cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng càng kênh và chặt chẽ hơn. Hệ thống các văn bản nội bộ công ty đại chúng cũng đồ sộ hơn và phải tuân thủ sự điều chỉnh của các văn bản quy phạm pháp luật khác. Sự khác biệt này thể hiện rõ nét qua các nội dung kiểm soát cụ thể như ranh giới được phép và không được phép tiến hành giao dịch và cơ chế thông qua quyết định của công ty để tránh giao dịch có khả năng tư lợi; chế độ công khai hóa thông tin liên quan đến giao dịch trong quá trình xác lập và thực

hiện giao dịch; về kiểm toán độc lập và kiểm soát nội bộ đối với các giao dịch để tránh tư lợi...

Thứ ba, pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, càng kèngh hơn hẳn so với pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong các mô hình công ty khác chỉ tuân thủ mỗi Luật Doanh nghiệp. Thực tiễn kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi nói riêng, vấn đề quản trị công ty đại chúng nói chung được đặc biệt coi trọng kể từ khi thế giới chứng kiến cuộc khủng hoảng tài chính tại Châu Á năm 1997 và sự sụp đổ của hàng loạt các công ty niêm yết ở các nước phát triển như Enrol, Tyco, Adelphia và WorldCom (Mỹ); Arthur Andersen (Anh) HIH và One. Tel (Úc)... [51]. Ngày nay, vấn đề này không chỉ là nội dung cơ bản của lĩnh vực Luật công ty và Luật chứng khoán ở các nước trên thế giới mà còn thu hút sự quan tâm và chú ý của nhiều tổ chức quốc tế khác: UNDP, OECD, WB, Group of Seven-G7,... [18]. Như vậy, bên cạnh những quy định của pháp luật doanh nghiệp, luật chứng khoán và rất nhiều những văn bản hướng dẫn thì pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng không thể không quan tâm đến những khuyến nghị của các tổ chức quốc tế.

2.3.2. Nguyên tắc cơ bản của pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

Nguyên tắc là “những nguyên lý, những tư tưởng chỉ đạo cơ bản, có tính xuất phát điểm, thể hiện tính toàn diện, linh hoạt và có ý nghĩa bao quát, quyết định nội dung và hiệu lực của pháp luật” [52, tr289]. Trong hoạt động kinh tế, những nguyên tắc về tự do, thiện chí, công bằng, cạnh tranh lành mạnh... đã hình thành, tồn tại và phát triển từ rất lâu. Những nguyên tắc này trở thành gốc rễ chúng ta xây dựng các nguyên tắc pháp luật cơ bản điều chỉnh một quan hệ pháp luật nhất định. Theo đó, các nguyên tắc cơ bản của pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng bao gồm:

Một là, đảm bảo lựa chọn giao dịch đem lại lợi ích lớn nhất cho công ty khi tiến hành các giao dịch.

Về mặt lý luận, các giao dịch có khả năng tư lợi là những giao dịch hàm chứa rủi ro cho công ty và khả năng chuyển giao lợi ích của công ty sang người đại diện. Việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi nhằm hai mục đích: *mục đích thứ nhất là*,

bảo vệ quyền và lợi ích của công ty không bị trục lợi bởi người đại diện (mục đích này thể hiện đặc thù của giao dịch có khả năng trục lợi); *mục đích thứ hai là*, đảm bảo lợi ích *lớn nhất* cho công ty (mục đích của mọi giao dịch trong công ty). Lợi ích *lớn nhất* ở đây được hiểu là khi lợi ích của các giao dịch được quy đổi ra cùng một đơn vị hoặc được đưa về cùng một mặt bằng thì công ty sẽ lựa chọn giao dịch nào mang lại lợi ích lớn nhất cho công ty. Như vậy giữa giao dịch có khả năng trục lợi và các giao dịch thông thường khác, nếu như giao dịch có khả năng trục lợi mang lại lợi ích lớn hơn các giao dịch thông thường thì công ty sẽ chọn giao dịch có khả năng trục lợi. Và yêu cầu lúc này là làm sao để cho các cá nhân không thể trục lợi được từ các giao dịch có nguy cơ trục lợi ấy.

Theo tổng kết kinh nghiệm của thế giới, các giao dịch trục lợi có thể được kiểm soát bằng các cách sau:

Cách thứ nhất, mang tính cấm đoán, tức là triệt tiêu mọi giao dịch có khả năng làm phát sinh giao dịch trục lợi. Theo đó pháp luật quy định cấm những người có liên quan của công ty thiết lập giao dịch với công ty đồng thời cấm công ty giao dịch với những công ty khác mà ở đó người quản lý hoặc cổ đông công ty có lợi ích trực tiếp hoặc gián tiếp. Giải pháp này có thể loại trừ hoàn toàn khả năng phát sinh các giao dịch có mục đích trục lợi nhưng nó có nhược điểm là hạn chế quyền tài sản của các cổ đông, thành viên là người đại diện, quản lý công ty. Mặt khác, trên thực tế, không phải lúc nào các giao dịch giữa công ty với người đại diện quản lý công ty hay với những người có liên quan của người đại diện, người quản lý công ty đều có mục đích trục lợi. Trong những trường hợp trên, các công ty còn bị mất đi cơ hội kinh doanh, thậm chí là những khoản lợi nhuận hợp pháp vì những quy định cấm đoán của pháp luật.

Cách thứ hai, vẫn cho phép thiết lập và thực hiện các giao dịch có khả năng trục lợi nhưng phải tuân thủ các quy định chặt chẽ hơn các giao dịch thông thường. Ở cách thứ hai pháp luật vẫn cho phép các chủ thể tiến hành các giao dịch đó nếu hợp đồng thành lập hoặc điều lệ công ty không cấm nhưng nó phải được công khai, minh bạch và có sự giám sát chặt chẽ.

Cách thứ ba, liệt kê những giao dịch bị cấm, và kiểm soát chặt với các giao dịch có khả năng trục lợi khác không bị cấm. Theo đó, những giao dịch bị cấm gồm: giao dịch nội gián; giao dịch cho vay hoặc bảo lãnh đối với cổ đông và những người có liên quan của công ty; một số giao dịch khi công ty lâm vào tình trạng phá sản hoặc giải thể.

Giải pháp thứ ba được đánh giá là vừa loại bỏ được nguy cơ trục lợi từ những hợp đồng phi pháp vừa không ngăn cản những giao dịch giữa công ty với thành viên, cổ đông quản lý công ty và những người có liên quan của công ty khi những giao dịch này đem lại lợi ích cho công ty. Về mặt khoa học, việc tiếp cận để xử lý các giao dịch trục lợi theo cách thứ ba là hợp lý hơn cả. Hiển nhiên là những giao dịch trục lợi vẫn có thể mang lại lợi ích tốt hơn cho công ty nếu chúng được thực hiện một cách vô tư, khách quan và đúng pháp luật. Thực tế, để trở thành người đại diện công ty tham gia giao dịch họ phải là người có được những mối quan hệ rộng rãi, và công ty có thể thu lợi từ các mối quan hệ này. Vấn đề ở đây là xây dựng một cơ chế như thế nào cho hợp lý để giám sát và ngăn chặn hiệu quả các giao dịch trục lợi? Như vậy sẽ vừa loại trừ được yếu tố trục lợi vừa không ngăn cản những giao dịch giữa công ty với các thành viên quản lý, những người có liên quan đem lại lợi ích cho công ty.

Hai là, nguyên tắc đảm bảo tính thiện chí và công bằng trong ký kết và thực hiện giao dịch có khả năng trục lợi.

Theo Deluxe Black's Law Dictionary: Thiện chí (good faith) là một đức tính trung thực và mơ hồ không có nghĩa chặt chẽ về luật pháp hoặc không có nghĩa bởi luật, và nó bao gồm trong mối liên hệ với các vấn đề khác một sự tin tưởng, thành thật, không có sự ác ý, không có dự định lừa dối hoặc tìm kiếm lợi ích không hợp lý. Trong giao dịch trục lợi, yếu tố thiện chí và trung thực của người đại diện không còn, bị thay thế bởi sự lừa dối người ủy thác. Luật La Mã phân biệt hai loại hợp đồng là hợp đồng thuộc nghiêm chính pháp và hợp đồng thành ý (thiện chí) [8, tr.145]. Thực tế, mưu đồ trục lợi của người đại diện trong giao dịch trục lợi có thể núp dưới vỏ bọc hợp pháp một cách tinh vi. Vì vậy, khi ký kết và thực hiện các giao dịch có khả năng trục lợi nguyên tắc thiện chí rất quan trọng. Các giao dịch có khả năng trục lợi bên cạnh đòi hỏi tính nghiêm chính pháp vừa đòi hỏi tính thiện chí và trung thực của người tham gia.

Kiểm soát giao dịch có khả năng trục lợi đòi hỏi luôn hướng tới giá trị công bằng với hai khía cạnh cơ bản: giá trị đúng đắn và giá cả hợp lý [69]. Khi ký kết và thực hiện giao dịch của công ty phải đảm bảo công bằng đối với tất cả các cổ đông, không vụ lợi cho bất kỳ một cá nhân nào; công bằng với các đối tác, không thiên vị cho bên nào. Tính công bằng thể hiện ở quyết định cá nhân của cổ đông hay BGD công ty khi bỏ phiếu chấp thuận hay không chấp thuận ký kết các giao dịch; không bao gồm lá phiếu của người có lợi ích liên quan đến giao dịch; và quyết định cuối cùng theo

nguyên tắc đa số. Sự công bằng còn được thực hiện ở bản thân những người tham gia giao dịch luôn hành động vì lợi ích tốt nhất của công ty. Để làm được điều đó, các chủ thể này phải đảm bảo được sự khách quan và thiện chí khi thực hiện công việc. GS. Vũ Văn Mẫu cho rằng: “một sự thành ý không thể trái với lẽ công bằng; và một sự thi hành quá lợi cho trái chủ và quá thiệt cho người thụ trái là không công bằng và không thành ý” [32, tr.250].

Ba là, bảo đảm công khai, minh bạch khi ký kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi.

Công khai có nghĩa là không dấu diếm, để cho mọi người biết, còn minh bạch có nghĩa là sự rõ ràng, mạch lạc. Đối với hoạt động của các công ty đại chúng, gắn liền với hoạt động của thị trường chứng khoán, nguyên tắc công khai, minh bạch trở thành nội dung đòi hỏi tiên quyết và là nguyên tắc chủ đạo. Bên cạnh đó, cấu trúc đôi vốn điển hình của công ty đại chúng càng làm cho nguyên tắc công khai, minh bạch nâng tầm giá trị. Đối với việc ký kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng, nguyên tắc công khai, minh bạch được khai thác ở nhiều khía cạnh: công khai vấn đề xung đột lợi ích; công khai những quyền lợi liên quan của người đại diện; công khai những rủi ro; minh bạch hóa tài chính và lợi ích thu được từ việc tham gia giao dịch... Hơn ai hết, các cổ đông – chủ sở hữu thực sự của công ty là người cần nắm được những vấn đề này.

Bốn là, tính toàn diện trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

Nguyên tắc này cho phép chúng ta nhìn nhận và phân tích vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong cả quá trình từ lựa chọn cơ hội, ký kết giao dịch, đến thực hiện giao dịch và cơ chế hậu kiểm. Biểu hiện của nguyên tắc này là các hình thức kiểm soát gồm: (i) *Kiểm soát lường trước (hay kiểm soát trước khi thực hiện)* bằng cách tiên liệu các khả năng tư lợi có thể phát sinh nhằm ngăn ngừa trước. Tác dụng của kiểm soát lường trước sẽ giúp cho doanh nghiệp chủ động đối phó với những rủi ro trong tương lai và chủ động tránh sai lầm ngay từ đầu. Đây là hình thức kiểm soát ít tốn kém nhất; (ii) *Kiểm soát hiện hành (hay kiểm soát trong khi thực hiện)* là cách giám sát trực tiếp ngay trong khi thực hiện, nắm bắt những lệch lạc và đưa ra những biện pháp tháo gỡ kịp thời; (iii) *Kiểm soát sau khi thực hiện (kiểm soát phản hồi)* là loại kiểm soát được thực hiện sau khi hoạt động đã xảy ra. Mục đích của loại kiểm

soát này là nhằm xác định xem các giao dịch có được thực hiện nghiêm túc không? Phát hiện những sai phạm trong cả quá trình thực hiện giao dịch và đưa ra cơ chế xử lý thích đáng.

Nguyên tắc toàn diện trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đòi hỏi chúng ta kết hợp giữa pháp luật điều chỉnh chung và các văn bản nội bộ trong công ty đại chúng. *Không có một quy tắc nào hữu hiệu cho mọi trường hợp.* Bởi vậy, bên cạnh những quy định kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được điều chỉnh bởi pháp luật chung, chúng ta cần đẩy mạnh vai trò của các văn bản nội bộ trong công ty đại chúng. Ở một góc độ nào đó, nguyên tắc này củng cố cho những quan điểm về quyền hạn cho cơ sở hay phi tập trung hóa (subsidiarity) đòi hỏi các công ty phải chủ động và linh hoạt trong điều chỉnh các hoạt động của mình. Đồng thời, nguyên tắc này nhấn mạnh vai trò và mối quan hệ giữa các quy định của pháp luật và quy định của Điều lệ, cũng như các văn bản nội bộ của công ty trong việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi.

2.3.3. Nội dung của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

2.3.3.1. Căn cứ pháp lý xác định các giao dịch có khả năng tư lợi cần kiểm soát

Một giao dịch được cấu thành bởi nhiều yếu tố như: chủ thể tham gia giao dịch, nội dung giao dịch, giá trị giao dịch,... Pháp luật cũng dựa vào những yếu tố hình thành nên một giao dịch đưa ra những căn cứ pháp lý xác định giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng cần phải kiểm soát. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, căn cứ vào chủ thể tham gia giao dịch

Giao dịch là hành vi có ý thức của chủ thể tham gia giao dịch, với những mục đích và động cơ nhất định. Do đó, xem xét yếu tố chủ thể tham gia giao dịch là một trong những căn cứ để xác định giao dịch có khả năng tư lợi. Theo đó, hai chủ thể được chú ý nhiều nhất là: người đại diện công ty tham gia giao dịch và người có liên quan.

Người đại diện công ty tham gia giao dịch

Các giao dịch được chấp thuận bởi một hội đồng có sự kiểm soát, đối trọng nhau thì khó xảy ra khả năng tư lợi. Còn giao dịch được quyết định và thực hiện bởi một cá nhân khả năng tư lợi sẽ cao hơn. Thuyết nhị nguyên cho rằng việc hợp nhất vai trò của giám đốc điều hành và chủ tịch HĐQT sẽ tạo ra một vị trí có quyền lực tuyệt đối. Khi điều này diễn ra, một mặt cơ chế kiểm nhiệm giúp Giám đốc công ty đưa ra quyết định

một cách linh hoạt, giảm tải cơ chế công kênh trong điều hành. Mặt khác, quyền lực lớn nằm trong tay một cá nhân sẽ tạo ra nguy cơ lạm quyền và khả năng tư lợi cao.

Về lý thuyết, một giao dịch của công ty đại chúng được đưa ra lấy ý kiến và được chấp thuận bởi BGD (ít nhất hai người trở lên); HĐQT; ĐHĐCĐ của công ty sẽ giảm thiểu khả năng tư lợi. Tuy nhiên, thực tế, giao dịch của công ty đại chúng là rất nhiều, không thể đưa mọi giao dịch ra để thảo luận chung. Pháp luật chỉ có thể ấn định những giao dịch nào phải thông qua BGD, HĐQT, ĐHĐCĐ theo nguyên tắc đa số. Còn các giao dịch kinh doanh hàng ngày của công ty phải do người đại diện của công ty quyết định. Quyền lực và trách nhiệm được đẩy lên vai người đại diện.

Trong công ty đại chúng người đại diện theo pháp luật của công ty thường là GD/TGD, nếu như Điều lệ công ty không quy định khác. Trong giao dịch, người đại diện công ty tham gia các giao dịch có thể là GD/TGD, có thể là người được GD/TGD ủy quyền, hoặc có thể là những người giữ các chức danh quản lý khác nhận sự ủy thác... Trong nhiều trường hợp người đại diện tham gia giao dịch và người đại diện của công ty là một. Khi người đại diện công ty tham gia giao dịch được tín nhiệm và được sự ủy thác của công ty, song song với trách nhiệm là quyền lực, vị thế của họ rất lớn. Để tránh việc lạm quyền tư lợi cá nhân, một giao dịch được chấp thuận và tiến hành bởi một cá nhân cần được kiểm soát chặt chẽ.

Người có liên quan

Pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi đặc biệt chú ý đến giao dịch của công ty với “người liên quan”. “Người liên quan” ở đây được xét trong mối quan hệ với công ty và được hiểu là người liên quan của công ty chứ không phải người liên quan của người quản lý hay tổ chức, cá nhân khác. Theo Bộ quy tắc về quản trị công ty của OECD định nghĩa: “Khái niệm người liên quan phải có nội hàm đủ rộng để có thể bao hàm các loại giao dịch tiềm ẩn khả năng hiện hữu lợi dụng giao dịch, không dễ bị vô hiệu và có hiệu lực thi hành” và “các bên liên quan bao gồm các đơn vị cùng chịu một sự kiểm soát, các cổ đông lớn kể cả các thành viên trong gia đình họ, các công ty liên kết và những người nắm giữ các vị trí quản lý chủ chốt” [73]. Đối với công ty đại chúng, khái niệm người liên quan còn phải bao quát được cả những biến tướng của thực trạng đầu tư và sở hữu chéo nhằm nhứt của các công ty đại chúng, công ty niêm yết trên thị trường chứng khoán.

Xác định người có liên quan cần lưu ý các đặc điểm sau: (1) người liên quan có thể là cá nhân hoặc tổ chức tham gia vào giao dịch của công ty; (2) có mối quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với công ty; (3) cơ sở mối quan hệ với công ty có thể là: quan hệ lợi ích, quan hệ gia đình, quan hệ quản lý, quan hệ tình cảm cá nhân...; (4) người liên quan có khả năng quyết định hoặc có khả năng chi phối tới việc xác lập và thực hiện giao dịch của công ty.

Trên thực tế bao giờ những người nắm quyền sở hữu cũng đồng thời có quyền chi phối quyết định, người sở hữu càng nhiều có quyền chi phối càng lớn, do có sự lệ thuộc về mặt sở hữu nên dẫn đến lệ thuộc về mặt quản lý. Vì không có sự tách bạch như vậy nên khi tham gia giao dịch với các chủ thể này công ty phải chịu những sức ép nhất định về tài chính cũng như quản lý, là nguyên nhân làm cho các giao dịch có nguy cơ không được xác lập một cách công bằng, bình đẳng. Trong các loại quan hệ trên, pháp luật có thể liệt kê được các quan hệ lợi ích, quan hệ gia đình, quan hệ quản lý. Nhưng đối với quan hệ tình cảm cá nhân là vấn đề phức tạp pháp luật khó lường trước và bao trùm được.

Thứ hai, căn cứ vào giá trị tài sản tham gia giao dịch

Giá trị hợp đồng – giá trị giao dịch là một trong những nội dung cơ bản của một giao dịch. Giá trị của giao dịch bao hàm trong đó lợi ích mà công ty có thể đạt được [19]. Cũng theo đó giá trị của giao dịch là một trong những nguyên nhân chủ yếu dẫn đến việc trục lợi. Người thực hiện hành vi trục lợi sẽ chia chác nhau một phần giá trị của giao dịch làm thiệt hại đến tài sản của công ty. Mặc dù giao dịch có giá trị lớn không phải là một loại giao dịch có khả năng trục lợi nhưng pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng trục lợi lại đặc biệt quan tâm đến các giao dịch có giá trị tài sản lớn. Bởi các giao dịch có giá trị lớn có khả năng ảnh hưởng đến cơ cấu tài chính và nền tảng chung của công ty. Dẫn đến lo ngại rằng nếu để xảy ra trục lợi thì công ty sẽ phải hứng chịu những thiệt hại nghiêm trọng. Do đó quyết định này cần được giành cho cơ quan quyền lực cao nhất của công ty là ĐHĐCĐ.

Giá trị giao dịch bao nhiêu được gọi là lớn? Có hai cách để xác định chủ yếu đó là: (1) xác định giá trị tài sản của giao dịch so với tổng giá trị tài sản của công ty; (2) xác định giá trị tài sản của giao dịch so với giá cả của giao dịch tương đương trên thị trường. Dùng cách nào để xác định? Tỷ lệ được ấn định là bao nhiêu? Phụ thuộc vào

quy định pháp luật của mỗi nước và lựa chọn của mỗi công ty trong phạm vi cho phép của pháp luật.

Trường hợp thứ nhất, dựa vào việc xác định giá trị của giao dịch so với tổng giá trị tài sản của công ty là cách làm dễ hiểu, dễ áp dụng hơn. Đây là lựa chọn theo pháp luật của hầu hết các nước, chẳng hạn Luật Doanh nghiệp của Việt Nam xác định giao dịch có giá trị trên 35% so với tổng giá trị tài sản công ty là giao dịch có giá trị lớn. Hạn mức này có sự thay đổi ở một số nước, Luật Công ty của Anh là £100,000 hoặc 10% giá trị tài sản của công ty; của Mỹ là giao dịch với các bên liên quan có giá trị lên tới 120.000 USD [89];... Nhưng cách này lại có nhược điểm là không thể bao quát được hết các giao dịch tư lợi nếu giá trị của nó nhỏ hơn mức quy định so với tổng giá trị tài sản công ty. Thực tế những giao dịch này tồn tại rất nhiều thông qua hành vi đẩy giá hàng hóa cao hơn thị trường hay hạ thấp giá hàng hóa của công ty so với thị trường, hay các trường hợp cài giá trong đấu thầu... nếu những giao dịch này không vượt quá mức quy định so với tổng giá trị tài sản của công ty thì sẽ dễ dàng bị bỏ qua.

Trường hợp thứ hai, xác định giá trị tài sản của giao dịch so với giá cả của giao dịch tương đương trên thị trường, cách này có ưu điểm là khắc phục được các nhược điểm của cách thứ nhất, vì phạm vi căn cứ để xác định giao dịch có khả năng tư lợi rộng hơn. Tuy nhiên, nhược điểm của nó lại khó thực hiện vì nó phụ thuộc vào từng giao dịch nhất trong từng trường hợp cụ thể.

Thứ ba, căn cứ vào nội dung của giao dịch

Nội dung cơ bản của giao dịch về đối tượng, số lượng và chất lượng, giá cả và thanh toán, phương thức thực hiện hợp đồng, quyền và nghĩa vụ các bên... cho chúng ta biết các thông tin về mục đích và cách thức để đạt được mục đích của giao dịch. Pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi chú ý đến những giao dịch có nội dung quan trọng hoặc nội dung bất thường bất thường.

Chẳng hạn như, dựa vào tình trạng pháp lý đặc biệt của công ty (đang lâm vào tình trạng phá sản hoặc giải thể), một số giao dịch tư lợi có thể diễn ra như: cất giấu, tẩu tán tài sản; cầm cố, thế chấp, tặng cho tài sản; ký kết hợp đồng mới... Căn cứ những vi phạm khi lựa chọn và ký kết hợp đồng với nhà thầu để phát hiện ra giao dịch tư lợi trong đấu thầu: cài giá đấu thầu; lạm dụng chỉ định thầu;... Căn cứ vào nội dung mua bán thông tin mật của công ty để phát hiện giao dịch nội gián. Thậm chí căn cứ vào hành vi pháp lý đơn phương (giao dịch đơn phương) của công ty đại chúng như từ

bỏ một vật quyền, từ bỏ quyền đòi nợ, hay giãn nợ, miễn nợ... [9, tr.191] để phát hiện những giao dịch tư lợi. Những hành vi đơn phương này trên thực tế thường núp dưới nhiều vỏ bọc như: Tẩu tán tài sản của công ty dưới danh nghĩa thanh lý tài sản hoặc cố ý liệt kê món nợ của công ty trở thành nợ xấu để giãn nợ, xóa nợ hay là đơn phương chấm dứt hợp đồng...

Như vậy, khi căn cứ vào nội dung của giao dịch, có thể xác định được hai loại giao dịch có khả năng tư lợi sau: **(1) giao dịch bị cấm** (VD: giao dịch nội gián; một số giao dịch trong trường hợp công ty đang lâm vào tình trạng phá sản); **(2) giao dịch bất thường** (VD: như: giao dịch đơn phương của công ty (từ bỏ một khoản nợ, xóa nợ, giãn nợ, đơn phương chấm dứt hợp đồng...); hoặc các giao dịch mà giá cả của giao dịch có sự khác biệt lớn so với mặt bằng chung của thị trường tại thời điểm ký; hoặc những giao dịch được xác lập vào thời điểm kinh doanh không bình thường của công ty; hoặc các giao dịch cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bằng cổ phiếu của công ty...).

Không có một tiêu chí chung nào để đánh giá tính bất thường của giao dịch mà đúng với mọi công ty. Thực tế, để xác định được những giao dịch nào có nội dung quan trọng hay tính bất thường của giao dịch là một vấn đề phức tạp phụ thuộc vào mỗi giao dịch, mỗi công ty, trong từng tình huống cụ thể. Bởi lẽ đó, vai trò của Điều lệ công ty được đề cao trong quá trình điều chỉnh đối với các giao dịch bất thường. Điều này được lý giải bởi hai nguyên nhân: (1) Hơn ai hết các công ty mới là chủ thể nắm được đặc điểm kinh doanh, cơ cấu quản trị của công ty mình; (2) Khi hai công ty cùng tham gia vào một giao dịch, mỗi công ty áp dụng tiêu chí khác nhau để phân loại giao dịch bất thường, vì vậy, cùng một giao dịch có thể được coi là bất thường đối với công ty này, nhưng không phải là giao dịch bất thường với công ty khác [49, tr.462].

2.3.3.2. Biện pháp kiểm soát khi xác lập và thực hiện các giao dịch có khả năng tư lợi

Thứ nhất, ranh giới được phép và không được phép tiến hành giao dịch và cơ chế thông qua quyết định của công ty để tránh giao dịch có khả năng tư lợi.

Để tránh những thiệt hại về tài sản, quyền lợi cho công ty làm ảnh hưởng đến quyền lợi của cổ đông, pháp luật cũng như Điều lệ công ty thường quy định rõ phạm vi được phép và không được phép tiến hành giao dịch. Theo đó, căn cứ vào tính chất (mục đích, đối tượng, nội dung) giao dịch và giá trị giao dịch pháp luật sẽ cho phép

tiến hành giao dịch hay không và phân định rõ ranh giới thẩm quyền quyết định là ai, bộ phận nào.

Trong công ty đại chúng, hành vi tư lợi thông qua những giao dịch nội gián bị nghiêm cấm, đây là loại giao dịch tư lợi bất hợp pháp không được phép tiến hành. Đối với giao dịch có khả năng tư lợi khác, pháp luật không cấm, nhưng một số giao dịch cần kiểm soát chặt chẽ như: giao dịch với người liên quan; giao dịch có giá trị lớn; giao dịch bất thường phải được thông qua cơ chế biểu quyết của công ty. Quyền quyết định lớn nhất thuộc về ĐHĐCĐ, tiếp đến là thẩm quyền của HĐQT, và thẩm quyền của BGD, GD/TGD... Các quyết định của ĐHĐCĐ có được thông qua hay không tùy từng trường hợp pháp luật hoặc Điều lệ công ty sẽ quy định một tỷ lệ phiếu biểu quyết nhất định.

Thứ hai, chế độ công khai hóa thông tin liên quan đến giao dịch trong quá trình xác lập và thực hiện giao dịch.

Về nghĩa vụ công khai hóa thông tin có sự khác biệt rất rõ ràng giữa CTCP đại chúng và CTCP phi đại chúng. Công khai hóa thông tin của công ty đại chúng ngoài luật doanh nghiệp ra còn liên quan mật thiết đến các quy định của luật chứng khoán. Theo đó, công bố thông tin trong các công ty đại chúng được thực hiện trong các trường hợp: công bố thông tin theo yêu cầu; công bố thông tin bất thường; công bố thông tin trong trường hợp đặc biệt. Vấn đề công bố thông tin của công ty đại chúng còn liên quan mật thiết đến hoạt động nghiệp vụ của công ty đại chúng là chào bán chứng khoán, niêm yết chứng khoán. Đặc thù của công ty đại chúng là khi chào bán chứng khoán, niêm yết chứng khoán công ty đại chúng phải đáp ứng rất nhiều các điều kiện, qua đó các cơ quan nhà nước có thể phát hiện ra những vi phạm của các công ty đại chúng trong quá trình niêm yết, chào bán chứng khoán trên thị trường, đồng thời, kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi của công ty đại chúng.

Ngoài các nghĩa vụ công khai thông tin cơ bản ra công chúng, thì pháp luật kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi đòi hỏi công ty phải công khai một số thông tin trong nội bộ công ty, gồm: (i) thông tin về các bên có liên quan của công ty và các giao dịch của công ty với các bên có liên quan đó, (ii) báo cáo tài chính, báo cáo kết quả kinh doanh, (iii) biên bản và các nghị quyết, quyết định của ĐHĐCĐ, (iv) Báo cáo đánh giá của HĐQT và BKS.

Một trong những vấn đề cốt lõi của quản trị theo OECD đó là: sự công bằng, tính minh bạch, tính trách nhiệm và trách nhiệm giải trình. Trong phạm vi nghiên cứu về kiểm soát các giao dịch tư lợi, tính minh bạch được thể hiện qua việc công khai hóa các thông tin liên quan đến người đại diện và giao dịch mà họ ký kết, thực hiện. “Công khai hoá các giao dịch của những người có liên quan của mình với công ty và các giao dịch khác có nguy cơ xung đột lợi ích của công ty là một ứng xử thể hiện nghĩa vụ trung thành của người quản lý đối với công ty và cổ đông của công ty” [7]. Đồng thời, đây được xem là biện pháp hữu hiệu để giảm thiểu khả năng tư lợi trong các giao dịch.

Thứ ba, quy định về tư cách và nghĩa vụ của người quản lý trong công ty đại chúng khi giao kết và thực hiện giao dịch.

Quản lý, điều hành trong công ty đại chúng là tập hợp các cơ chế nhằm điều khiển và kiểm soát hoạt động của công ty. Hệ thống quản lý, điều hành phân định rõ quyền hạn và nghĩa vụ giữa các thành viên, cơ quan trong công ty như các Cổ đông, HĐQT, BGD, nhân sự công ty, và các bên khác có quyền và lợi ích liên quan. Theo luật về công ty nhiều nước trên thế giới, các cổ đông sẽ có quyền chọn lựa để bầu, bổ nhiệm các vị trí quản lý quan trọng của công ty. Những người được bầu, bổ nhiệm vào vị trí quản lý sẽ được trao thẩm quyền ra các quyết định nhất định (theo quy định trong điều lệ công ty) để hành động cho và vì công ty, cũng như định đoạt tài sản của công ty [16]. Vì vậy, tư cách của người quản lý (gồm điều kiện và tiêu chuẩn để được bổ nhiệm giữ chức danh quản lý) có ảnh hưởng lớn đến hiệu quả hoạt động của công ty, cũng như việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty.

Việc quản lý trong công ty đại chúng thường được ba bộ phận thực hiện là: ĐHĐCĐ; HĐQT; Những cá nhân điều hành công việc hàng ngày do Cổ đông, hoặc HĐQT bổ nhiệm đó là GD/TGD, có thể bao gồm cả thành viên BKS. Cơ chế tạo lập người quản lý trong công ty đại chúng quy định điều kiện và tiêu chuẩn của người quản lý như sau:

- **Hội đồng quản trị:** là cơ quan đại diện cho chủ sở hữu công ty và làm việc theo chế độ tập thể. Quyền lực của công ty đại chúng bản chất thuộc về các cổ đông nhưng các cổ đông không thể giải quyết trực tiếp hết các công việc quản lý hàng ngày vì vậy quyền lực thực hiện một phần thuộc về HĐQT. Thành viên HĐQT không nhất thiết phải là cổ đông trong công ty. Họ có thể là nhà chuyên môn (nhất là các chuyên gia quản trị tham gia với tư cách thành viên HĐQT không điều hành trong các công ty

niêm yết). Điều lệ công ty có thể xác định điều kiện để một người được bầu vào HĐQT là tỷ lệ nắm giữ cổ phần nhất định. Thành viên HĐQT phải có hiểu biết và kỹ năng về quản trị công ty và có trách nhiệm hoàn thành các yêu cầu quy định trong Điều lệ của công ty và pháp luật doanh nghiệp.

- **Ban giám đốc:** GD/TGD là một chức danh có quyền và nhiệm vụ điều hành công việc quản lý kinh doanh thường nhật của công ty, là cán bộ quản lý cao cấp của công ty, chịu sự giám sát của HĐQT và chịu trách nhiệm trước HĐQT và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao. Công ty cần được đại diện rõ ràng trong các giao dịch với các bên thứ ba. Thông thường HĐQT bổ nhiệm một thành viên trong số họ hoặc thuê một hoặc nhiều người cùng điều hành công việc hàng ngày của công ty. GD/TGD trong công ty không được đồng thời đảm nhận chức vụ này ở các công ty và doanh nghiệp khác.

Ở các nước khác, GD/TGD nói chung là một chức danh do điều lệ công ty quy định mang tính tùy nghi. Nó là cơ quan thường trực giúp điều hành nghiệp vụ cho HĐQT và không phải là một cơ quan của công ty. Nói chung đa số các nước trên thế giới đều nhận định rằng GD/TGD không phải là người chủ cũng không phải là người làm thuê thông thường mà là người có quyền chỉ huy điều khiển nghiệp vụ và có địa vị cao cấp ở công ty. Trường hợp điều lệ doanh nghiệp không quy định chủ tịch HĐQT là người đại diện theo pháp luật thì GD/TGD là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

GD/TGD thường là những người đại diện công ty đại chúng tham gia các giao dịch với các chủ thể khác. Trong phạm vi nội bộ công ty, thẩm quyền của Giám đốc là người quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh thường ngày của công ty, ngoài ra Giám đốc còn là người quản lý, điều hành nhân sự của công ty trong phạm vi thẩm quyền của mình. Đối với các chức danh quản lý khác của công ty do GD/TGD bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của HĐQT. Theo đề nghị của GD/TGD điều hành và được sự chấp thuận của HĐQT, công ty được sử dụng số lượng và loại cán bộ quản lý cần thiết hoặc phù hợp với cơ cấu và thông lệ quản lý công ty do HĐQT đề xuất tùy từng thời điểm. Với quyền hạn và trách nhiệm của mình, GD/TGD được xem xét như một trong những đối tượng “trong tầm ngắm” của pháp luật kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi.

Cũng vì những lý do trên, nhằm hạn chế phần nào những giao dịch tư lợi do GD/TGD có thể tạo ra pháp luật doanh nghiệp nói chung, điều lệ, quy chế nội bộ của công ty đại chúng nói riêng thường đưa ra tiêu chuẩn, điều kiện của chức vụ GD/TGD trong công ty như:

+ Các tiêu chuẩn và điều kiện làm GD/TGD theo quy định của pháp luật: đủ năng lực hành vi dân sự; có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm;... và một số quy định giới hạn khác như: không đồng thời làm GD/TGD của công ty khác, những người mà pháp luật quy định không được phép giữ chức vụ này (người chưa thành niên, người không đủ năng lực hành vi dân sự, người đang bị kết án tù,...) hoặc các tiêu chuẩn đặc thù cho công ty đại chúng có vốn góp của nhà nước.

+ Các tiêu chuẩn và điều kiện làm GD/TGD được cụ thể hóa theo quy định của Điều lệ công ty về: năng lực, phẩm chất (trung thực, mẫn cán, thiện chí...), đạo đức kinh doanh, trình độ chuyên môn, kinh nghiệm quản trị công ty, kinh nghiệm kinh doanh,...

Đáng lưu ý, đối với những công ty đa đại diện, theo đánh giá chung, vấn đề đa đại diện giúp công ty hình thành lên các thành tố đối trọng, kiểm soát lẫn nhau, góp phần lớn trong hoạt động kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi của thành viên trong BGD.

- Ban Kiểm soát

Tương tự như HĐQT và GD/TGD, những quy định về điều kiện và tiêu chuẩn của thành viên BKS cũng được pháp luật quan tâm. Cụ thể như thành viên BKS ngoài việc là người có đủ năng lực hành vi dân sự; còn là người có quan hệ độc lập (không phải là người liên quan theo quy định pháp luật) và không nhất thiết phải làm việc tại công ty; ngoài ra thành viên BKS còn phải có trình độ chuyên môn về kế toán và kiểm toán;...

Về nguyên tắc, những người quản lý trong công ty được cổ đông bầu ra, được công ty trả lương thưởng (chế độ lương thưởng của người quản lý thường cao hơn so với các vị trí phi quản lý) cho công việc quản lý của mình, thì những người quản lý của công ty phải có trách nhiệm phục tùng và có trách nhiệm với công việc được ủy thác của mình. Nghĩa vụ và trách nhiệm là các thước đo, chuẩn mực “đo lường”, đánh giá mức độ nỗ lực, cố gắng và cách thức ứng xử của họ trong thực thi nhiệm vụ được giao [7]. Nghĩa vụ của người quản lý gọi chung là *Fiduciary Duty* thể hiện ở hai khía cạnh:

- **Khía cạnh kinh tế:** có trách nhiệm thực hiện hoạt động kinh doanh thu lợi nhuận cho công ty và vì lợi ích công ty. Ở một phương diện khác, lý thuyết đại diện chỉ ra rằng trong mối quan hệ đại diện tương trưng chỉ có sự xung đột lợi ích giữa một bên là chủ sở hữu với một bên là người đại diện, nhưng xét một cách tổng quát nếu người đại diện càng thực hiện tốt vai trò của mình, càng tối đa hóa lợi ích cho công ty, cho chủ sở hữu thì càng tối đa hóa lợi ích cho chính bản thân mình và ngược lại [63]. Bởi suy cho cùng lợi ích của người đại diện phải gắn liền với lợi ích của công ty.

- **Khía cạnh đạo đức:** người quản lý phải thiện tâm, trung thực, mẫn cán trong công việc. Khi tham gia các giao dịch dưới danh nghĩa đại diện cho công ty, họ có trách nhiệm trung thực và cẩn trọng, thực hiện giao dịch này vì lợi ích của công ty, không hà tiện. Cũng theo đó, người quản lý trong CTCP có trách nhiệm: cẩn trọng, trung thực, mẫn cán; công khai những giao dịch, lợi ích liên quan; thông báo cho các cổ đông những thông tin có thể ảnh hưởng đến lợi ích của họ... Đáng lưu ý là nghĩa vụ cẩn trọng và trung thực, xuất phát từ nền tảng đạo đức mơ hồ và khó có thể đo lường được.

Liên quan đến vấn đề này, trách nhiệm giải trình được gắn liền với công việc và nghĩa vụ của người đại diện. Mọi cá nhân trong công ty đều có trách nhiệm, nhưng trách nhiệm giải trình thuộc nghĩa vụ của người có thẩm quyền trong công ty. Khi thực hiện bất kỳ một hoạt động nào nhân danh công ty, người đại diện ngoài trách nhiệm công khai, minh bạch ra còn có trách nhiệm giải trình, báo cáo khi bị yêu cầu. Đồng thời, cổ đông công ty, thành viên BKS trong công ty có quyền yêu cầu GD/TGD giải trình đối với những giao dịch mà họ thực hiện. Nếu người đại diện công ty không thể giải trình thỏa đáng những nghi ngờ của BKS, cổ đông công ty thì nghi ngờ hợp lý là giao dịch có sai phạm. Vì vậy, giải trình là một trong những yếu tố góp phần giảm bớt những giao dịch có khả năng tư lợi, thông qua giải trình công ty có thể phát hiện ra được những giao dịch nào đã xảy ra trục lợi và xử lý.

Thứ tư, quy định về quyền của cổ đông và vấn đề lương thưởng đối với người quản lý để phòng chống giao dịch tư lợi.

Về quyền của cổ đông: Cổ đông trong công ty đại chúng là những chủ sở hữu của công ty, họ có quyền và lợi ích gắn bó với công ty, nếu xảy ra các giao dịch tư lợi thì quyền lợi của họ bị xâm hại trực tiếp. Chính vì vậy mà pháp luật đã quy định cho họ những quyền nhất định trong tổ chức và hoạt động của công ty, cũng như việc kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi. Cổ đông với tư cách là chủ sở hữu của

công ty có quyền tham gia thảo luận và quyết định tất cả các nội dung quan trọng liên quan đến phát triển tổ chức, hoạt động kinh doanh của công ty từ định hướng chiến lược, vốn và tài sản, nhân sự, kết quả kinh doanh và sử dụng lợi nhuận, cho đến việc thay đổi hoặc giải thể công ty. Theo đó, cơ chế kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi quan tâm đến những quyền sau của cổ đông:

- Quyền được cung cấp thông tin về giao dịch;
- Quyền biểu quyết chấp thuận hay không chấp thuận một số giao dịch có khả năng tư lợi: giao dịch với người liên quan; giao dịch có giá trị lớn;...
- Quyền đề cử người quản lý công ty (HĐQT) và cơ quan kiểm soát nội bộ của công ty (BKS);
- Quyền khởi kiện khi phát hiện vi phạm đối với các giao dịch của công ty;
- Trong trường hợp đặc biệt theo quy định của pháp luật hoặc của Điều lệ công ty, cổ đông có một số quyền cụ thể như: Quyền triệu tập họp ĐHĐCĐ; Quyền yêu cầu hủy bỏ quyết định của ĐHĐCĐ; Yêu cầu HĐQT đình chỉ quyết định nếu quyết định đó ảnh hưởng đến quyền lợi của cổ đông; xem xét, trích lục sổ biên bản và các nghị quyết, quyết định của HĐQT, báo cáo tài chính giữa năm, hàng năm và các báo cáo của BKS; Yêu cầu BKS kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của công ty, khi xét thấy cần thiết;...

Cổ đông khi nắm giữ số lượng và loại cổ phần khác nhau sẽ có quyền lực khác nhau, cụ thể như thế nào phụ thuộc vào pháp luật của từng nước và Điều lệ từng công ty. Chẳng hạn khi phát hiện một giao dịch tư lợi, quyền khởi kiện của cổ đông được các nước quy định khác nhau: ở Việt Nam là cổ đông sở hữu từ 1% cổ phần phổ thông liên tục trong 6 tháng; ở Ý là cổ đông sở hữu 5% cổ phần; ở Anh bất kỳ cổ đông nào cũng có quyền khởi kiện... Như vậy, để kiểm soát có hiệu quả các giao dịch có khả năng tư lợi, pháp luật hay Điều lệ công ty trao quyền cho cổ đông – những người chủ sở hữu công ty là hoàn toàn hợp lý. Bởi về mặt lý thuyết, không ai thực hiện giao dịch thiệt chí bằng chính chủ sở hữu.

Về lương thưởng đối với người quản lý: đúng như Adolf A. Berle & Gardiner C. Means đã phân tích: việc nhận được đồng lương không xứng đáng là một trong những lý do khiến cho người quản lý hoặc người đại diện hành động vì lợi ích cá nhân thay vì lợi ích của công ty và các cổ đông [59]. Bởi vậy, trong quá trình hoạt động, các công ty tùy thuộc vào vị trí, trách nhiệm, khối lượng công việc xem xét trả lương

thường cho người quản lý một cách xứng đáng, nhằm phòng tránh hành vi trục lợi của người quản lý.

Thứ năm, về kiểm toán độc lập và kiểm soát nội bộ đối với các giao dịch để tránh tư lợi

Về cơ bản, hoạt động của công ty được cho là “trong sạch” nếu cả hai cơ chế kiểm soát bên ngoài (tổ chức kiểm toán độc lập) và kiểm soát bên trong (đơn vị kiểm soát nội bộ của công ty) hoạt động hiệu quả. Đối với công ty đại chúng, đặc biệt là công ty niêm yết, tổ chức kiểm toán độc lập cần phải đảm bảo tính tin cậy, hoạt động dưới sự điều chỉnh của pháp luật chứng khoán, bởi sự công nhận của Ủy ban chứng khoán nhà nước.

Đối với cơ chế kiểm soát nội bộ, chúng ta cần nhìn nhận một cách bao quát, toàn diện bao gồm: (1) Sự phối kết hợp kiểm soát lẫn nhau giữa các bộ phận cấu thành của công ty ĐHCĐ, HĐQT, BGD, và người lao động nhằm ngăn chặn những gian lận; (2) Vai trò đặc biệt của BKS nhằm giám sát chung đối với toàn bộ hoạt động của công ty.

Theo đó, hoạt động của BKS trong công ty đại chúng là không thể thiếu nhằm ngăn ngừa và phát hiện các giao dịch có khả năng tư lợi. Sự khác biệt căn bản giữa mô hình quản trị “đơn cấp” và mô hình quản trị “song cấp” là có hay không có BKS [9]. Mặc dù mô hình quản trị công ty theo cấu trúc hội đồng “đơn cấp” (*one – tier board*) kiểu Anglo-American không có BKS như các CTCP ở Việt Nam hay Trung Quốc, nhưng các quy chế quản trị công ty ở các nước này thường yêu cầu đa số thành viên của HĐQT phải là các thành viên độc lập, không điều hành để những người này có thể đưa ra các ý kiến quản trị độc lập và giám sát hoạt động của các Giám đốc điều hành [4]. Bộ qui tắc về Quản trị công ty của OECD cũng có các khuyến cáo tương tự. Chúng ta cũng có thể tìm thấy các quy định về cơ cấu tổ chức của BKS tại các đạo luật về công ty theo lịch sử luật công ty ở Việt Nam như Dân luật thi hành tại các Tòa Nam án Bắc kỳ 1931, Bộ luật Thương mại Trung kỳ 1942, Bộ luật Thương mại Sài Gòn 1972, Luật Công ty 1990, Luật Doanh nghiệp 1999 và 2005.

Mặc dù, mô hình quản trị công ty đại chúng của Việt Nam không phải là mô hình đơn cấp, BKS được “thiết kế” là một cơ quan riêng trong cơ cấu quản trị nội bộ công ty đại chúng ở nước ta, chuyên trách giám sát và đánh giá HĐQT và những người quản lý điều hành nhân danh cổ đông, vì lợi ích của cổ đông và của công ty [7]. Việc tăng cường quyền lực của BKS và quy định rõ nghĩa vụ của BKS đối với công ty cũng như

các cổ đông sẽ hạn chế phần nào các sai phạm của những người quản lý, người đại diện khi tham gia các giao dịch của công ty.

Đặc biệt, đối với công ty đại chúng, thành viên BKS được khuyến nghị là kiểm toán viên hoặc kế toán viên, nhằm đảm bảo điều kiện về mặt chuyên môn của thành viên BKS. Ở các công ty niêm yết, theo thông lệ đây là điều kiện bắt buộc.

2.3.3.3. Biện pháp xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi

Để kiểm soát hiệu quả các giao dịch có khả năng tư lợi, không thể không nói đến cơ chế xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi. Rất đơn giản để hiểu điều này, bởi một hành vi sai trái nếu không có chế tài xử lý thì nó có thể sẽ tiếp tục xảy ra trong tương lai. Đồng thời, nếu chế tài xử lý không thích đáng, phù hợp sẽ không có tính răn đe, đôi khi còn phản tác dụng. Đối với các giao dịch có khả năng tư lợi cũng vậy. Pháp luật đưa ra các chế tài để xử lý hành vi vi phạm trong giao kết và thực hiện các giao dịch có khả năng tư lợi. Các biện pháp xử lý vi phạm có thể là:

- Đối với hợp đồng tư lợi: nếu giao kết hợp đồng không đúng quy định thì hậu quả pháp lý có thể là hợp đồng bị vô hiệu và xử lý vô hiệu theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, khi xác định một giao dịch vô hiệu, các yếu tố cần tính đến là: Ai là người nài ra sự vô hiệu này? Cơ quan nào có thẩm quyền phán quyết giao dịch là tư lợi hay không tư lợi, là vô hiệu hay không vô hiệu? Rủi ro của đối tác trong giao dịch sẽ giải quyết như thế nào? Kinh nghiệm của các nước phương tây cho thấy để khiến một giao dịch được công nhận là vô hiệu, các công ty này phải chứng minh được rằng các đối tác trong giao dịch đã biết hoặc đương nhiên buộc phải biết thủ tục phê duyệt đối với giao dịch mà họ ký kết.

- Đối với người đại diện tham gia giao dịch và người có liên quan khi vi phạm tùy theo tính chất, mức độ vi phạm có những chế tài sau: bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả công ty những khoản lợi thu được từ hợp đồng, xử lý kỷ luật theo quy chế nội bộ công ty, xử lý vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự.

Các văn kiện pháp lý đa phương về phòng chống tham nhũng như: Công ước Luật hình sự về tham nhũng do Ủy ban Bộ trưởng của Hội đồng châu Âu thông qua ngày 27 tháng 01 năm 1999; Công ước của Liên Hợp Quốc về Chống tham nhũng được thông qua tại Đại hội đồng Liên Hiệp Quốc ngày 31 tháng 10 năm 2003; Công ước của Liên minh các nước châu Phi về Phòng, chống tham nhũng do các nguyên thủ

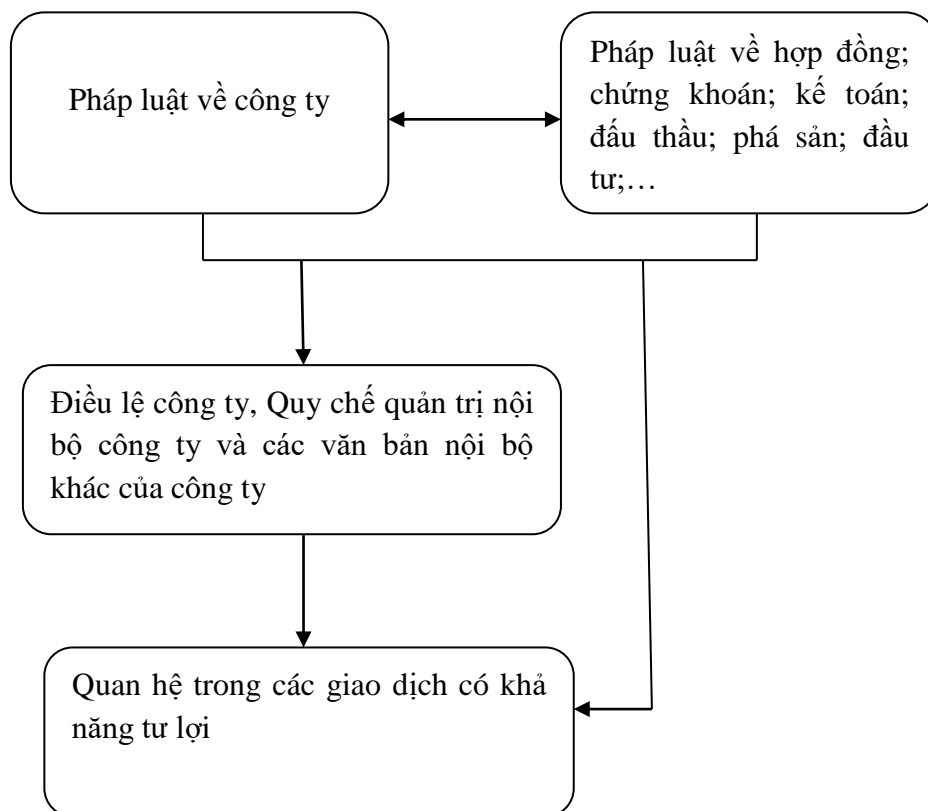
quốc gia và người đứng đầu Chính phủ Liên minh châu Phi thông qua ngày 12 tháng 7 năm 2003... điều quy định về tham nhũng trong khu vực tư. Tham nhũng trong khu vực tư dù đa dạng nhưng thường biểu hiện ở hai hành vi là hối lộ và biển thủ tài sản tập trung chủ yếu trong phạm vi hoạt động kinh doanh. Giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty là một dạng điển hình của tham nhũng trong lĩnh vực tư. Theo đó, hành vi tư lợi thông qua các giao dịch của công ty khi có đầy đủ các dấu hiệu cấu thành tội phạm tham nhũng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự đối với tội phạm tham nhũng trong lĩnh vực tư.

2.3.4. Hình thức của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

2.3.4.1. Quy định về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng trong các văn bản pháp luật

Nghiên cứu hình thức của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng trả lời cho chúng ta câu hỏi: Vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được quy định ở đâu? Thứ tự ưu tiên khi áp dụng các quy định này thế nào? Căn cứ vào hiệu lực điều chỉnh của các văn bản, chúng ta có thể phân loại như sau:

Sơ đồ 1.1: Sơ đồ cấu trúc pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng



Quy định kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng trong các văn bản pháp luật thể hiện ở việc điều chỉnh của ba đạo luật chung (Luật Công ty; Luật Hợp đồng; Luật Chứng Khoán) và các đạo luật chuyên ngành. Cụ thể như sau:

- *Pháp luật về công ty*: là luật quy định cụ thể về loại hình công ty, cơ cấu tổ chức và hoạt động của công ty. Đây là đạo luật chủ đạo điều chỉnh trực tiếp các vấn đề về quản trị công ty và kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Thông qua đạo luật này, chúng ta có thể tìm thấy những nội dung cơ bản về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi như: xác định các giao dịch cần phải kiểm soát; cách thức và cơ chế kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi; xử lý đối với những giao dịch tư lợi.

- *Pháp luật về hợp đồng*: các giao dịch của công ty chính là hợp đồng, vì vậy nó chịu sự điều chỉnh của pháp luật về hợp đồng. Pháp luật về hợp đồng được quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Đáng chú ý nhất là chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự - luật gốc quy định các vấn đề về hợp đồng. Giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty cũng chịu sự điều chỉnh này. Tuy nhiên Bộ luật Dân sự quy định những vấn đề chung về hợp đồng như nguyên tắc, khái niệm hợp đồng, giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng, hiệu lực hợp đồng, chấm dứt hợp đồng, hợp đồng vô hiệu... còn các luật chuyên ngành thì chỉ quy định các vấn đề mang tính đặc thù của hợp đồng trong các lĩnh vực khác nhau và được ưu tiên áp dụng.

- *Pháp luật về chứng khoán*: Pháp luật về chứng khoán gắn liền với tổ chức và hoạt động của các công ty đại chúng. Những quy định về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng như: bảo vệ quyền lợi của cổ đông; cơ chế hoạt động của ĐHĐCĐ; tư cách và nghĩa vụ của HĐQT; vai trò của BKS; vấn đề xung đột lợi ích và giao dịch với các bên có liên quan;... là những nội dung quan trọng nhằm kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong các công ty đại chúng, đặc biệt là các công ty đại chúng có quy mô lớn và công ty niêm yết.

- *Các đạo luật chuyên ngành*: Bên cạnh việc tuân thủ các quy định của đạo luật chung, mỗi một doanh nghiệp tùy theo ngành nghề, lĩnh vực kinh doanh phải tuân thủ các đạo luật chuyên ngành áp dụng cho ngành nghề, lĩnh vực đó. Vì vậy, ở phạm vi rộng, pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần xem xét đến các luật chuyên ngành trong những trường hợp cụ thể. Chẳng hạn như: Khi kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty bảo hiểm ngoài Luật công ty; Luật Chứng khoán, Luật

hợp đồng còn phải xem xét đến các quy định của Luật Bảo hiểm; đối với ngân hàng thì xem quy định của Luật Ngân hàng, Luật Các tổ chức tín dụng...

2.3.4.2. Quy định về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong các văn bản nội bộ của công ty

Trong hoạt động của các công ty, nếu như quy định trong các văn bản pháp luật có tính chất định khung, định hướng, thì trong khuôn khổ đó, các chủ thể tham gia lại thỏa thuận với nhau một hợp đồng cụ thể không trái với các quy định pháp luật. Về bản chất các văn bản nội bộ của công ty là một dạng hợp đồng như thế. Đối với hoạt động kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng, cần lưu ý đến những văn bản nội bộ sau của công ty:

Điều lệ công ty đại chúng

Về bản chất, Điều lệ công ty là một dạng hợp đồng do những thành viên của công ty thỏa thuận lập ra, trong đó chứa đựng các quy định về quản trị trong công ty và giao dịch giữa công ty với bên ngoài.

Khác với các quy định trong các văn bản pháp luật (luật doanh nghiệp; luật đầu tư; luật chứng khoán; luật phá sản và các đạo luật chuyên ngành...) có đối tượng điều chỉnh rộng với nhiều công ty, loại hình công ty... Điều lệ công ty được xây dựng cho từng công ty trong khuôn khổ pháp luật chung tức là Điều lệ công ty không được trái với quy định pháp luật. Pháp luật về công ty của các nước đều khẳng định vị trí và vai trò của Điều lệ công ty thông qua các quy định mở đường cho Điều lệ công ty quy định chi tiết. Bởi vậy, Điều lệ công ty được xem là luật nội bộ công ty.

Khác với các văn bản nội bộ khác của công ty (quy chế quản trị công ty; nội quy lao động; quy tắc đạo đức kinh doanh; quy trình ký kết hợp đồng...), Điều lệ công ty là văn bản có hiệu lực cao nhất trong công ty, bởi: *Thứ nhất*, Điều lệ công ty được xây dựng và thông qua bởi ĐHĐCĐ hoặc Hội đồng thành viên – cơ quan có thẩm quyền cao nhất của công ty; *Thứ hai*, mọi hoạt động của công ty phải tuân thủ quy định trong Điều lệ công ty; *Thứ ba*, tất cả các văn bản nội bộ khác của công ty không được trái với quy định của Điều lệ công ty. Ở nghĩa đó, nếu như quốc gia có Hiến pháp thì từ góc độ công ty Điều lệ được xem như bản “Hiến pháp của công ty”.

Trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, bên cạnh việc tuân thủ tốt những nguyên tắc quản trị công ty theo các quy định trong các văn bản pháp luật, thì việc sử

dụng Điều lệ có vai trò vô cùng quan trọng góp phần nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

Thứ nhất, Điều lệ công ty sẽ xác định chính xác những giao dịch có khả năng tư lợi cần phải kiểm soát.

Về mặt lý thuyết, không có một căn cứ hay tiêu chí cụ thể nào để xác định giao dịch có khả năng tư lợi cần kiểm soát đúng và tốt cho mọi công ty. Điều này lý giải tại sao Luật Doanh nghiệp thường có các quy định mở để nhường chỗ cho Điều lệ công ty đưa ra các căn cứ, tiêu chí cụ thể để xác định các giao dịch có khả năng tư lợi.

Thực tế, để xác định được ai là người đại diện; ai là người có liên quan; giá trị giao dịch đạt đến tỉ lệ nào sẽ ảnh hưởng đến cơ cấu và nền tảng tài chính của công ty; giao dịch nào có nội dung quan trọng với công ty hay tính bất thường của giao dịch là một vấn đề phức tạp phụ thuộc vào mỗi giao dịch, mỗi công ty, trong từng tình huống cụ thể.

Bởi lẽ đó, vai trò của Điều lệ công ty được đề cao trong quá trình điều chỉnh đối với các giao dịch có khả năng tư lợi. Hơn ai hết các công ty mới là chủ thể nắm được đặc điểm kinh doanh, cơ cấu quản trị của công ty mình. Khi hai công ty cùng tham gia vào một giao dịch, mỗi công ty áp dụng tiêu chí khác nhau để phân loại giao dịch cần kiểm soát, vì vậy, cùng một giao dịch có thể được coi là quan trọng hay bất thường đối với công ty này, nhưng không chắc đã phải là giao dịch quan trọng hay bất thường đối với công ty khác.

Thứ hai, Điều lệ công ty xác định cụ thể cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

Điều lệ công ty chứa đựng các nội dung chính liên quan đến cơ cấu tổ chức và hoạt động của công ty. Một bản Điều lệ tốt sẽ bổ sung được những khiếm khuyết của pháp luật điều chỉnh chung và có vai trò quan trọng trong việc xác định cụ thể cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty:

- Điều lệ công ty quy định rõ những giao dịch nào không được xác lập và thực hiện để tránh sự trục lợi từ công ty của người quản lý.

- Điều lệ công ty quy định cụ thể những giao dịch nào cần phải được chấp thuận và thông qua bởi ĐHĐCĐ, HĐQT, giao dịch nào cần quyết định của BGD và giao dịch nào thuộc thẩm quyền của người đại diện theo pháp luật của công ty. Đồng thời, Điều lệ công ty cũng quy định các điều kiện tiến hành cuộc họp (tỷ lệ cổ đông dự họp

hợp lệ) và điều kiện để Nghị quyết, quyết định được thông qua (tỷ lệ số phiếu biểu quyết hợp lệ).

- Điều lệ công ty quy định những thông tin nào liên quan đến giao dịch cần phải được công khai hóa và mức độ công khai. Đáng lưu ý, những thông tin về: các bên có liên quan tham gia giao dịch; giá trị và nội dung cơ bản của giao dịch; đánh giá mức độ rủi ro của giao dịch; báo cáo quá trình thực hiện giao dịch; những thông tin về sự vi phạm của người thực hiện giao dịch... là những thông tin quan trọng cần được công khai hóa để nâng cao hiệu quả kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi.

- Điều lệ của công ty sẽ căn cứ vào nhu cầu và đặc điểm của công ty để quy định về điều kiện, tiêu chuẩn để được bổ nhiệm vào các chức danh quản lý trong công ty – những vị trí có khả năng ảnh hưởng lớn đến hiệu quả hoạt động của công ty, cũng như việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty. Đồng thời, Điều lệ công ty có vai trò cụ thể hóa (miêu tả rõ ràng và sâu sắc hơn luật chung) những nghĩa vụ mà người quản lý hoặc những người tham gia giao dịch cần phải thực hiện. Trong đó, nghĩa vụ quan trọng, trung thực, miễn cưỡng và trách nhiệm giải trình, công khai, minh bạch trong công việc rất được đề cao.

- Đối với quy định về quyền của cổ đông – quyền của những người chủ sở hữu công ty là những quy định rất được các công ty chú trọng khi xây dựng Điều lệ, và cũng là những quy định mà các nhà đầu tư trước khi quyết định bỏ vốn đầu tư vào công ty rất quan tâm. Bởi vậy, Điều lệ công ty đã quy định cho họ những quyền nhất định trong tổ chức và hoạt động của công ty cũng như việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi.

Điều lệ công ty nếu được xây dựng tốt sẽ đưa ra được các căn cứ mà dựa trên các căn cứ đó lương thưởng của người quản lý được xác định hợp lý, minh bạch, trách trực lợi trong quá trình giao kết và thực hiện giao dịch của người quản lý. Về lương thưởng của người quản lý, đúng như Adolf A. Berle & Gardiner C. Means đã phân tích: việc nhận được đồng lương không xứng đáng là một trong những lý do khiến cho người quản lý hoặc người đại diện hành động vì lợi ích cá nhân thay vì lợi ích của công ty và các cổ đông [59]. Bởi vậy, trong quá trình hoạt động, các công ty tùy thuộc vào vị trí, trách nhiệm, khối lượng công việc xem xét trả lương thưởng cho người quản lý một cách xứng đáng, nhằm phòng tránh hành vi trục lợi của người quản lý.

- Hoạt động của công ty được cho là “trong sạch” nếu cả hai cơ chế kiểm soát bên ngoài (tổ chức kiểm toán độc lập) và kiểm soát bên trong (đơn vị kiểm soát nội bộ của công ty) hoạt động hiệu quả. Đặc biệt, việc tăng cường quyền lực của BKS và quy định rõ nghĩa vụ của BKS đối với công ty cũng như các cổ đông sẽ hạn chế phần nào các sai phạm của những người quản lý, người đại diện khi tham gia các giao dịch của công ty. Để làm được điều này, các quy định trong Điều lệ công ty sẽ bổ sung được những khiếm khuyết của pháp luật điều chỉnh chung nếu quy định chặt chẽ, rõ ràng và đề cao vai trò của BKS.

- Điều lệ công ty tuy không thể quyết định được giao dịch tư lợi nào sẽ bị vô hiệu nhưng trong phạm vi và quyền hạn của mình có thể quy định những chế tài bổ sung đối với người vi phạm khi giao kết và thực hiện các giao dịch tư lợi bằng việc xây dựng các hình thức xử lý kỷ luật thích hợp và căn cứ giải quyết tranh chấp nội bộ.

Với tất cả những trình bày ở trên cho thấy, Điều lệ công ty có vai trò vô cùng quan trọng trong quản trị công ty nói chung và kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi nói riêng. Nhìn nhận đa chiều, Điều lệ công ty là sự phản ánh sâu sắc những đặc điểm và đặc thù của mỗi công ty, thông qua Điều lệ công ty sẽ thấy được “nghệ thuật kinh doanh” và “triết lý lãnh đạo” riêng của mỗi công ty. Bởi vậy, trên phương diện lý thuyết hay thực tiễn, pháp luật điều chỉnh chung hay luật nội bộ công ty, Điều lệ công ty cần được nhìn nhận và sử dụng thích đáng.

Quy chế nội bộ về quản trị công ty

Ở cấp độ công ty, Quy chế nội bộ về quản trị công ty là một tuyên ngôn mang tính nguyên tắc về những thông lệ quản trị của công ty. Mục đích của Quy chế nội bộ về quản trị công ty là nhằm giúp cho cơ cấu quản trị công ty được minh bạch và thể hiện sự cam kết của công ty trong việc quản trị công ty hiệu quả [49, tr75-78]. Vì thế, Quy chế nội bộ về quản trị công ty có vai trò quan trọng trong việc xây dựng cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi của công ty. Các nội dung chính của Quy tắc nội bộ về quản trị công ty bao gồm: các vấn đề chung trong quản trị công ty; HĐQT; BGD; BKS; quyền lợi của cổ đông; các vấn đề liên quan đến sự công khai và tính minh bạch; trách nhiệm giải trình của công ty đối với các bên có quyền lợi liên quan... Quy tắc nội bộ về quản trị công ty cần phải đi xa hơn một bước so với những quy định trong khuôn khổ pháp luật và phải bao hàm cả những thông lệ tốt đã được công nhận rộng rãi trong nước và trên thế giới [49, tr75-78].

Một số văn bản nội bộ khác của công ty

Bên cạnh Điều lệ công ty, Quy chế nội bộ về quản trị công ty, còn một số văn bản khác liên quan đến hoạt động kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần lưu ý như: Quy tắc ứng xử (Quy tắc đạo đức kinh doanh hoặc Tuyên ngôn về Trách nhiệm); Nội quy lao động; Quy trình ký kết hợp đồng... Đây là những văn bản thể hiện rất cụ thể nguyên tắc làm việc, phản ánh những giá trị cốt lõi, đặc trưng của mỗi doanh nghiệp. Chẳng hạn Bộ quy tắc ứng xử của công ty sẽ hướng dẫn nhân viên trong các mối quan hệ lao động với công ty, cổ đông, lãnh đạo công ty, nhân viên với nhân viên, mối quan hệ với khách hàng. Thậm chí, có những bộ quy tắc sẽ hướng dẫn cách giải quyết trong những tình huống cụ thể khi gặp phải vấn đề xung đột lợi ích...

2.2.4.3. Mối quan hệ giữa văn bản pháp luật và các văn bản nội bộ của công ty khi kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi

Pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi cũng như pháp luật quản trị công ty luôn có những quy định mở dành cho Điều lệ và các văn bản nội bộ của công ty quy định cụ thể. Các nội dung về: xác định các giao dịch cần kiểm soát chặt chẽ; bổ sung danh sách người liên quan, người quản lý; các giao dịch cần được biểu quyết thông qua và tỷ lệ biểu quyết; tư cách người quản lý; xử lý vi phạm nội bộ... đều có sự tham gia điều chỉnh của các văn bản nội bộ. Thực tế, để nâng cao hiệu quả kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng, cơ chế kiểm soát cần có sự kết hợp đồng thời giữa kiểm soát bằng các văn bản nội bộ công ty (kiểm soát ở cấp độ công ty) và kiểm soát bằng các quy định pháp luật (kiểm soát ở cấp độ vĩ mô). Hai cấp độ kiểm soát này có quan hệ chặt chẽ, tác động qua lại và bổ sung cho nhau.

Căn cứ vào các văn bản nội bộ, kiểm soát nội bộ trong công ty đại chúng được thực hiện qua một số cơ chế căn bản là: Cơ chế phê duyệt, cơ chế báo cáo bất thường, cơ chế bảo vệ tài sản, bất kiêm nhiệm, sử dụng chỉ tiêu, đối chiếu, kiểm tra và theo dõi. Không thể xác định cơ chế kiểm soát nội bộ nào sử dụng hiệu quả hơn cơ chế nào mà công ty muốn hoạt động tốt cần phải có sự kết hợp chặt chẽ giữa các yếu tố trên.

Công ty đại chúng rất coi trọng vai trò của Điều lệ công ty, quy chế nội bộ về quản trị công ty, và các văn bản nội bộ khác (quy chế làm việc, quy tắc đạo đức kinh doanh...) trong việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi và quản trị công ty. Hệ thống các văn bản nội bộ này sẽ bổ sung những khiếm khuyết và cụ thể hóa những quy định pháp luật cho phù hợp với tình hình hoạt động của công ty. Khi các quy định này

được tuân thủ và thực thi thì các rủi ro trong giao dịch của công ty cũng sẽ được ngăn chặn hoặc phát hiện một cách đầy đủ, chính xác và kịp thời.

Tóm lại, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi nói riêng, quản trị công ty đại chúng nói chung, ngoài việc tuân thủ các quy định của pháp luật cần phải coi trọng xây dựng và hoàn thiện các quy định nội bộ công ty. Các văn bản nội bộ công ty không được trái với các quy định của pháp luật. Đồng thời, các văn bản này phải đáp ứng được những đòi hỏi riêng của mỗi công ty. Để làm được điều đó, các văn bản nội bộ công ty không chỉ cụ thể hóa các quy định của pháp luật mà đòi hỏi phải tiến xa hơn so với các quy định pháp luật và áp dụng những thông lệ tốt. Tức là vừa đảm bảo về mặt hình thức (không trái luật) vừa đảm bảo về mặt nội dung (tăng cường hiệu quả quản trị công ty). Trong mối quan hệ với các quy định trong các văn bản pháp luật, quy định trong các văn bản nội bộ công ty phải làm được những điều sau: (1) tuân thủ, không trái với luật; (2) cụ thể hóa và triển khai thực hiện quy định pháp luật phù hợp với công ty; (3) tương trợ, bổ sung những khiếm khuyết của pháp luật chung.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Nghiên cứu lý luận về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng, cho chúng ta các kết luận sau:

1. Dù có nhiều quan điểm và định nghĩa khác nhau nhưng tựu chung lại: *giao dịch có khả năng tư lợi (self-dealing transactions) là giao dịch có khả năng sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi cho công ty do người đại diện công ty tham gia giao dịch lạm dụng vị thế của mình nhằm thu lợi cho cá nhân*. Đặc điểm của giao dịch có khả năng tư lợi là: chỉ diễn ra khi có sự trao quyền quản lý, điều hành trong kinh doanh; là những giao dịch có sự lạm dụng vị thế của người đại diện; trong giao dịch tư lợi quyền lợi của công ty bị thay thế bằng quyền lợi của người đại diện; Giao dịch có khả năng tư lợi có nguy cơ xâm phạm đến lợi ích công ty; các cổ đông công ty; ảnh hưởng đến những người có quyền và lợi ích liên quan; tác động tiêu cực đến nền kinh tế.

2. Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi là nhu cầu cấp thiết xuất phát từ những ảnh hưởng tiêu cực của giao dịch tư lợi trong công ty; sự đặc thù của mô hình công ty đại chúng; yêu cầu bảo vệ nhà đầu tư công chúng, bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh; và yêu cầu của quá trình hội nhập, xây dựng nhà nước pháp quyền, tiếp thu những kinh nghiệm tốt trên thế giới. Đặc biệt, so với các công cụ điều chỉnh quan hệ

xã hội khác, pháp luật là công cụ hữu hiệu nhất để kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi.

3. Pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng xây dựng dựa trên các nguyên tắc cơ bản: đảm bảo lựa chọn được giao dịch đem lại lợi ích lớn nhất cho công ty; đảm bảo tính thiện chí và công bằng trong ký kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi; bảo đảm công khai, minh bạch khi ký kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi; nguyên tắc toàn diện trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi và kết hợp giữa pháp luật điều chỉnh chung và các văn bản nội bộ trong công ty đại chúng.

4. Căn cứ vào chủ thể tham gia giao dịch, giá trị của giao dịch và nội dung của giao dịch có thể nhận diện được giao dịch có khả năng tư lợi. Theo đó, những giao dịch có khả năng tư lợi cần được kiểm soát chặt chẽ gồm: giao dịch của công ty với người liên quan; giao dịch có giá trị lớn và giao dịch bất thường.

5. Các biện pháp kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần đảm bảo nguyên tắc toàn diện từ xác lập giao dịch; thực hiện giao dịch; đến hậu kiểm đối với những giao dịch đã thực hiện và xử lý vi phạm trong giao kết, thực hiện giao dịch tư lợi. Theo đó, hiệu quả của việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đòi hỏi sự kết hợp của các cơ chế trong quản trị công ty gồm: thủ tục xác lập giao dịch; cơ chế chấp thuận giao dịch có khả năng tư lợi; tư cách và nghĩa vụ của người quản lý; quyền của cổ đông, lương thưởng của người quản lý; chế độ công khai hóa thông tin; cơ chế kiểm toán độc lập và kiểm soát nội bộ đối với các giao dịch để tránh tư lợi; xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch...

6. Bên cạnh các quy định trong văn bản pháp luật thì các văn bản nội bộ của công ty có vai trò vô cùng quan trọng để kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Trong mối quan hệ với các quy định pháp luật, quy định trong các văn bản nội bộ công ty phải làm được những điều sau: (1) tuân thủ, không trái với quy định pháp luật; (2) cụ thể hóa và triển khai thực hiện quy định pháp luật phù hợp với công ty; (3) tương trợ, bổ sung những khiếm khuyết của pháp luật chung.

Chương 3

THỰC TRẠNG KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHÚNG THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM HIỆN NAY

3.1. Thực trạng quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam

3.1.1. Xác định các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng là đối tượng bị kiểm soát

3.1.1.1. Giao dịch giữa công ty đại chúng với người có liên quan

Tất cả những giao dịch giữa công ty đại chúng với người có liên quan là giao dịch có khả năng tư lợi cần phải được kiểm soát. Tuy nhiên, mức độ kiểm soát ra sao? Những cơ chế kiểm soát nào được áp dụng? Phụ thuộc vào tính chất, nội dung của từng giao dịch. LDN 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành rất quan tâm đến giao dịch giữa công ty đại chúng với người có liên quan thể hiện qua các quy định về khái niệm người có liên quan và quy định về những giao dịch với người có liên quan phải được sự chấp thuận của HĐQT, ĐHĐCĐ.

Nhận diện các giao dịch giữa công ty với người có liên quan

Căn cứ pháp lý xác định giao dịch giữa công ty đại chúng với người có liên quan gồm:

- Luật Doanh nghiệp 2014: K17.Điều 4; Điều 159; Điều 162;
- Luật phá sản 2014: Điều 59
- Luật Chứng khoán 2006: Điều 6;
- Thông tư số 121/2012/TT-BTC ngày 26/7/2012 của Bộ Tài chính về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng: Điều 2;
- Điều lệ công ty.

Theo quy định tại K17.Điều 4, LDN 2014 giải thích: Người có liên quan là tổ chức, cá nhân có quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với doanh nghiệp trong các trường hợp sau đây:

- a) Công ty mẹ, người quản lý công ty mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý đó đối với công ty con trong nhóm công ty;
- b) Công ty con đối với công ty mẹ trong nhóm công ty;
- c) Người hoặc nhóm người có khả năng chi phối việc ra quyết định, hoạt động của doanh nghiệp đó thông qua cơ quan quản lý doanh nghiệp;

d) Người quản lý doanh nghiệp;

đ) Vợ, chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty hoặc của thành viên, cổ đông sở hữu phần vốn góp hay cổ phần chi phối;

e) Cá nhân được ủy quyền đại diện cho những người, công ty quy định tại các điểm a, b, c, d và đ khoản này;

g) Doanh nghiệp trong đó những người, công ty quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e và h khoản này có sở hữu đến mức chi phối việc ra quyết định của các cơ quan quản lý ở doanh nghiệp đó;

h) Nhóm người thỏa thuận cùng phối hợp để đầu tư phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích ở công ty hoặc để chi phối việc ra quyết định của công ty.

K3.Điều 59, Luật Phá sản năm 2014 không quy định “*anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty*” là người có liên quan của doanh nghiệp, còn các trường hợp khác quy định tương tự như LDN 2014.

K34.Điều 6, Luật Chứng khoán 2006 lại có cách tiếp cận khác và liệt kê các trường hợp người có liên quan là cá nhân hoặc tổ chức có quan hệ với nhau. Tương tự như vậy, Điều 2, Thông tư số 121/2012/TT-BTC ngày 26/7/2012 của Bộ Tài chính về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng cũng giải thích theo quy định của Luật Chứng khoán.

Những giao dịch phải được sự chấp thuận của ĐHĐCĐ hoặc HĐQT

Trong công ty đại chúng các giao dịch giữa công ty với người có liên quan có rất nhiều. Tuy nhiên, nếu coi sự chấp thuận của ĐHĐCĐ hoặc HĐQT là một tiêu chí để đánh giá mức độ quan trọng của việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi thì các giao dịch của công ty với người liên quan sau được đặc biệt chú ý:

- Giao dịch giữa công ty với cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ;

- Giao dịch giữa công ty với Thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và người có liên quan của họ;

- Giao dịch giữa công ty với doanh nghiệp mà thành viên HĐQT; KSV; GD/TGD; người quản lý khác của công ty có sở hữu phần vốn góp hoặc cổ phần;

- Giao dịch giữa công ty với doanh nghiệp mà những người có liên quan của thành viên HĐQT; KSV; GD/TGD; người quản lý khác của công ty cùng sở hữu hoặc

sở hữu riêng phần vốn góp hoặc cổ phần trên 10% vốn điều lệ. (K2.Điều 159 và K1.Điều 162, LDN 2014)

Như vậy, có thể thấy đối với pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi thì những quy định về người có liên quan và giao dịch của công ty với người có liên quan đã có những bước tiến đáng kể. Đặc biệt, LDN đã tiếp cận theo hướng người có liên quan trực tiếp hoặc gián tiếp của công ty. Tuy nhiên, các quy định về giao dịch giữa công ty với người có liên quan còn tồn tại nhiều bất cập:

- Xét trong phạm vi một điều luật, khi tách riêng khái niệm người có liên quan của LDN và Luật Chứng khoán, bản thân hai khái niệm này bộc lộ nhiều hạn chế về nội dung lẫn hình thức pháp lý của một quy phạm pháp luật (ngôn ngữ pháp lý, khả năng mô tả vấn đề, tính logic giữa các điểm,...). Cụ thể: Bất cập ở K17, Điều 4, LDN: quy định người liên quan là công ty mẹ về bản chất là cổ đông có phần vốn góp hoặc cổ phần chi phối (điểm a và c); người quản lý công ty mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý đối với công ty con nên dành cho Điều lệ công ty quy định cụ thể; quy định về nhóm người có khả năng chi phối việc ra quyết định, hoạt động của doanh nghiệp không rõ ràng (điểm c và điểm h trùng nhau)...[47]. Bất cập ở K34, Điều 6, Luật Chứng Khoán: chưa xác định rõ ràng người có liên quan của công ty (mới chỉ xác định được các mối quan hệ có liên quan); phạm vi người liên quan của cá nhân ở điểm a chưa được mở rộng; có sự trùng lặp giữa điểm b và điểm c (Giám đốc, Tổng Giám đốc cũng là nhân viên); điểm d quy định người quản lý doanh nghiệp cũng là người có liên quan, tuy nhiên khái niệm người quản lý không chỉ bao gồm những đối tượng được liệt kê tại Khoản 18, Điều 4 mà còn cả những vị trí quản lý khác (có thẩm quyền hoặc *không có thẩm quyền* nhân danh công ty ký kết giao dịch) do Điều lệ công ty quy định...

- Xét trong phạm vi của một đạo luật, quy định về người có liên quan đối với doanh nghiệp hay cá nhân còn chưa thống nhất dẫn đến mâu thuẫn với quy định khác như: quy định về công khai hóa thông tin, kiểm soát vấn đề xung đột lợi ích, trách nhiệm của người quản lý, giao dịch phải được HĐQT hoặc ĐHCĐ chấp thuận... Luật Doanh nghiệp chưa phân biệt được người có liên quan của cá nhân và người có liên quan của doanh nghiệp (K17.Điều 4 và K1.Điều 162). K17.Điều 4 quy định về người có liên quan của doanh nghiệp. Không có quy định nào về người có liên quan của cá nhân như các quy định về giao dịch phải được sự chấp thuận của HĐQT,

ĐHĐCĐ (Điều 162). So sánh về các chủ thể thuộc phạm vi hạn chế của Điều 162 và Khoản 17 Điều 4 LDN có thể thấy các chủ thể thuộc phạm vi hạn chế của Điều 162 là quá lớn, dẫn đến tính khả thi và tính thực tế của điều luật thấp.

- Xét trong một hệ thống pháp luật, văn bản pháp luật áp dụng cho công ty đại chúng tiếp cận, định nghĩa và giải thích khái niệm người có liên quan và giao dịch của công ty với người có liên quan thiếu nhất quán. Luật Doanh nghiệp; Luật Chứng khoán và các văn bản dưới luật không thống nhất. Vậy công ty đại chúng phải áp dụng theo quy định nào là đúng?

Đáng lưu ý, Bộ luật Dân sự 2015 tại Khoản 3, Điều 141 quy định về phạm vi đại diện như sau: *Một cá nhân, pháp nhân có thể đại diện cho nhiều cá nhân hoặc pháp nhân khác nhau nhưng không được nhân danh người được đại diện để xác lập, thực hiện giao dịch dân sự với chính mình hoặc với bên thứ ba mà mình cũng là người đại diện của người đó, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.* Nếu giao dịch được xác lập vượt quá phạm vi đại diện sẽ phải chịu hậu quả pháp lý theo Điều 143 Bộ luật Dân sự 2015. Quy định cấm này không hợp lý trong trường hợp giao dịch đã được sự chấp thuận bởi ĐHĐCĐ, HĐQT hoặc hội đồng thành viên của hai công ty. Thiết nghĩ, khi quy định về giao dịch của công ty với người có liên quan LDN và các văn bản pháp luật khác cần lưu ý vấn đề này bởi nó liên quan trực tiếp đến việc xử lý giao dịch tư lợi của công ty.

3.1.1.2. Giao dịch có giá trị lớn

Pháp luật doanh nghiệp ở Việt Nam xác định tỷ lệ của giao dịch có giá trị lớn so với tổng giá trị tài sản của công ty làm căn cứ xác định thẩm quyền quyết định thuộc về ĐHĐCĐ hay HĐQT. Vậy, câu hỏi đặt ra ở đây là: Giao dịch có giá trị bao nhiêu được gọi là giao dịch có giá trị lớn? Bên cạnh việc cho phép Điều lệ công ty quy định một con số khác đối với giao dịch có giá trị lớn thì pháp luật doanh nghiệp có sự “gợi ý” đối với việc xác định giao dịch có giá trị lớn của công ty đại chúng. Tuy nhiên, tỷ lệ này không có sự thống nhất giữa các quy định trong các văn bản pháp luật khác nhau.

Dựa vào thẩm quyền chấp thuận giao dịch của ĐHĐCĐ hoặc HĐQT, theo quy định của LDN 2014 giao dịch có giá trị lớn trong công ty đại chúng là giao dịch có giá trị từ **35%** tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ hoặc một giá trị khác nhỏ hơn (K2.Điều 135, điểm h.K2.Điều 149 và K3.Điều 162 LDN).

Điều lệ mẫu áp dụng cho các công ty đại chúng theo Thông tư số 121/2012/TT-BTC ngày 26/7/2012 của Bộ Tài chính về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng lại hướng dẫn với một tỷ lệ khác: ĐHĐCĐ “*Quyết định giao dịch bán tài sản Công ty hoặc chi nhánh hoặc giao dịch mua có giá trị từ 50% trở lên tổng giá trị tài sản của Công ty và các chi nhánh của Công ty được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất được kiểm toán*” (Điều 14 Phụ lục ban hành kèm theo Thông tư số 121/2012/TT-BTC).

Doanh nghiệp áp dụng theo quy định nào? Luật Doanh nghiệp mới có hiệu lực năm 2014, còn Thông tư số 121/2012/TT-BTC được xây dựng căn cứ theo LDN 2005 nên có một số quy định không thống nhất. Trong trường hợp này, doanh nghiệp áp dụng theo quy định của LDN 2014.

3.1.1.3. Giao dịch bất thường

Ngoài việc quan tâm đến một số giao dịch của công ty với người có liên quan và giao dịch có giá trị lớn, Luật Doanh nghiệp và các văn bản pháp luật liên quan không quy định về các tiêu chí để nhận diện giao dịch bất thường của công ty mà đưa ra các quy định mở dành cho Điều lệ công ty điều chỉnh đối với các giao dịch này. Thể hiện qua việc trao cho ĐHĐCĐ và HĐQT các “quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của Điều lệ công ty” (Điều 135 và Điều 149). Như vậy, cũng có nghĩa rằng, nếu như Điều lệ công ty không quy định hoặc không cụ thể hóa được các tiêu chí để xác định giao dịch bất thường của công ty thì sẽ không có căn cứ pháp lý để xác định và kiểm soát đối với những giao dịch bất thường của công ty.

Đặc biệt, đối với những giao dịch mang tính chất đơn phương của công ty, pháp luật Việt Nam cũng như Điều lệ của hầu hết các công ty đại chúng không nhận định cụ thể về khả năng tư lợi của loại giao dịch này. Hành vi pháp lý đơn phương của công ty trở thành những giao dịch có khả năng tư lợi đơn phương có thể diễn ra khi doanh nghiệp còn đang hoạt động; hay khi công ty đang trong quá trình giải thể hoặc phá sản. Pháp luật doanh nghiệp hiện nay của nước ta không có những quy định nào về kiểm soát các giao dịch đơn phương có khả năng tư lợi của công ty khi công ty còn hoạt động, chúng ta chỉ có thể tìm thấy một số quy định về loại giao dịch này khi công ty trong quá trình giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản, những giao dịch này thuộc trường hợp giao dịch bị cấm.

3.1.1.4. Giao dịch có khả năng tư lợi bị cấm

Giao dịch nội gián

LDN 2014 và các đạo luật doanh nghiệp trước đó không nhắc đến những giao dịch nội gián trong công ty đại chúng. Tuy nhiên, chúng ta có thể tìm hiểu những giao dịch này thông qua các quy định của Luật Chứng khoán và Bộ luật Hình sự.

Khoản 3, Điều 9 Luật Chứng khoán quy định: cấm hành vi “*Sử dụng thông tin nội bộ để mua, bán chứng khoán cho chính mình hoặc cho người khác; tiết lộ, cung cấp thông tin nội bộ hoặc tư vấn cho người khác mua, bán chứng khoán trên cơ sở thông tin nội bộ*”. Thông tin nội bộ là thông tin liên quan đến công ty đại chúng chưa được công bố mà nếu được công bố có thể ảnh hưởng lớn đến giá chứng khoán của công ty đại chúng. Và người biết thông tin nội bộ là: thành viên HĐQT; BKS; GD/TGD, Phó GD/TGD; cổ đông lớn; người kiểm toán báo cáo tài chính;... Bên cạnh đó, Điều 181, Bộ luật Hình sự 1999 đã sửa đổi bổ sung mô tả đây là một giao dịch vi phạm pháp luật hình sự và người thực hiện giao dịch này là tội phạm: “*Tội sử dụng thông tin nội bộ để mua bán chứng khoán: Người nào biết được thông tin liên quan đến công ty đại chúng hoặc quỹ đại chúng chưa được công bố mà nếu được công bố có thể ảnh hưởng lớn đến giá chứng khoán của công ty đại chúng hoặc quỹ đại chúng đó mà sử dụng thông tin này để mua bán chứng khoán hoặc tiết lộ, cung cấp thông tin này hoặc tư vấn cho người khác mua bán chứng khoán trên cơ sở thông tin đó thu lợi bất chính lớn, thì...*”

Giao dịch có khả năng tư lợi bị cấm khi công ty lâm vào tình trạng phá sản hoặc giải thể

Theo LDN 2014, kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp, nghiêm cấm doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp thực hiện các hoạt động sau: từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp; cầm cố, thế chấp, tặng cho tài sản; chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực;... (Điều 205, LDN 2014).

Ngoài ra, theo Điều 48, Luật Phá sản, doanh nghiệp khi có quyết định mở thủ tục phá sản bị hạn chế thực hiện các hành vi sau đây: nghiêm cấm doanh nghiệp cất giấu, tẩu tán tài sản (bao gồm cả việc tặng cho tài sản của doanh nghiệp); thanh toán nợ không có bảo đảm; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ của doanh nghiệp; chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp...

3.1.2. Quy định về các biện pháp kiểm soát khi xác lập và thực hiện các giao dịch có khả năng tư lợi

Cũng như nhiều nước trên thế giới, pháp luật Việt Nam vẫn cho phép công ty được thực hiện các giao dịch có khả năng tư lợi, tuy nhiên, những giao dịch này phải đặt dưới sự kiểm soát chặt chẽ thông qua các quy định sau:

3.1.2.1. Quy định về ranh giới được phép và không được phép tiến hành giao dịch và cơ chế thông qua quyết định của công ty để tránh giao dịch có khả năng tư lợi

Căn cứ vào giao dịch giữa công ty với người có liên quan và giá trị giao dịch, chúng ta có thể xác định được thẩm quyền chấp thuận giao dịch thuộc về ai: HĐQT hay ĐHĐCĐ. Theo đó, Luật Doanh nghiệp quy định:

HĐQT chấp thuận hợp đồng, giao dịch có giá trị nhỏ hơn 35% tổng giá trị tài sản doanh nghiệp ghi trong báo cáo tài chính gần nhất giữa công ty với các đối tượng:

- Cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ;

- Thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và người có liên quan của họ; (Điều 162)

- Doanh nghiệp mà thành viên HĐQT; KSV; GD/TGD; người quản lý khác của công ty có sở hữu phần vốn góp hoặc cổ phần;

- Doanh nghiệp mà người có liên quan của thành viên HĐQT; KSV; GD/TGD; người quản lý khác của công ty cùng sở hữu hoặc sở hữu riêng phần vốn góp hoặc cổ phần trên 10% vốn điều lệ; (Điều 159)

ĐHĐCĐ chấp thuận các hợp đồng và giao dịch khác ngoài các giao dịch trên. Đáng lưu ý, Điều 35, Thông tư 121/2012/TT-BTC lại hướng dẫn một tỷ lệ giá trị khác đối với các giao dịch của công ty với người liên quan là **20% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất**.

Ngoài ra, để ngăn ngừa xung đột lợi ích có thể xảy ra, Thông tư 121/2012/NĐ-CP quy định công ty không được cung cấp các khoản vay hoặc bảo lãnh cho các thành viên HĐQT, thành viên BKS, GD/TGD điều hành, cán bộ quản lý khác và những người có liên quan tới các thành viên nêu trên, trừ khi ĐHĐCĐ có quyết định khác.

Bên cạnh đó, LDN 2014 cũng thể hiện rất rõ về cơ chế chịu trách nhiệm theo hai nấc: GD/TGD chịu trách nhiệm trước HĐQT, HĐQT chịu trách nhiệm trước ĐHĐCĐ. Quyết định của HĐQT và nghị quyết của ĐHĐCĐ được thông qua bằng hình thức

biểu quyết hoặc lấy ý kiến bằng văn bản, các thành viên có quyền lợi liên quan không được bỏ phiếu. LDN cũng xây dựng cơ chế thông qua quyết định của công ty để tránh khả năng tư lợi và những mâu thuẫn khác. Ngoài ra, luật cũng quy định điều kiện để nghị quyết của ĐHĐCĐ được thông qua, theo đó đối với dự án đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty (hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn do Điều lệ quy định) phải được sự đồng ý của số cổ đông đại diện cho ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết dự họp. Đối với những giao dịch khác thì nghị quyết được thông qua, nếu được sự chấp thuận của số cổ đông đại diện ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết tham dự họp; nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác cao hơn (Điều 144).

Điều kiện tiến hành họp và thông qua Nghị quyết/Quyết định của ĐHĐCĐ cũng có sự thay đổi về tỷ lệ giữa Luật Doanh nghiệp 2005 và Luật Doanh nghiệp 2014. [Xem bảng 3.1].

Bảng 3.1. So sánh điều kiện tiến hành họp và thông qua Nghị quyết/Quyết định ĐHĐCĐ giữa Luật Doanh nghiệp 2005 và Luật Doanh nghiệp 2014.

Tiêu chí	Luật Doanh nghiệp 2005	Luật Doanh nghiệp 2014
Điều kiện tiến hành họp ĐHĐCĐ	<ul style="list-style-type: none"> - Lần 1: Khi có cổ đông dự họp đại diện ít nhất 65% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. - Lần 2: Khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 50% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. - Lần 3: Không phụ thuộc vào số cổ đông dự họp và tỷ lệ số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ đông dự họp (<50%). <p style="text-align: center;">(Điều 102, LDN 2005)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Lần 1: Khi có cổ đông dự họp đại diện ít nhất 51% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. - Lần 2: Khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 33% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. - Lần 3: Không phụ thuộc vào số cổ đông dự họp và tỷ lệ số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ đông dự họp (<33%) <p style="text-align: center;">(Điều 141 LDN 2014)</p>
Điều kiện để Nghị quyết,	- Được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu	- Nghị quyết, quyết định về nội dung sau đây được thông qua

<p>Quyết định được thông qua</p>	<p>quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định:</p> <p>b) Thông qua định hướng phát triển công ty;</p> <p>d) Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên HĐQT và BKS;</p> <p>e) Thông qua báo cáo tài chính hàng năm;</p> <p>- Đối với quyết định về loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán; sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; tổ chức lại, giải thể công ty; Đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu điều lệ công ty không có quy định khác thì phải được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.</p> <p>(Điều 104, LDN 2005)</p>	<p>nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định:</p> <p>a) Loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại;</p> <p>b) Thay đổi ngành, nghề và lĩnh vực kinh doanh;</p> <p>c) Thay đổi cơ cấu tổ chức quản lý công ty;</p> <p>đ) Dự án đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc tỷ lệ, giá trị khác nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định;</p> <p>đ) Tổ chức lại, giải thể công ty;</p> <p>e) Các vấn đề khác do Điều lệ công ty quy định.</p> <p>- Các Nghị quyết, Quyết định khác được thông qua khi được số cổ đông đại diện cho ít nhất 51% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả các cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.</p> <p>(Điều 144, LDN 2014)</p>
<p>Tỷ lệ thực tế để thông qua Nghị quyết, Quyết định ĐHCĐ</p>	<p>48,7% và 42,2%</p>	<p>33,1% và 26%</p>

Như vậy, so với LDN 2005 thì LDN 2014 đã có sự thay đổi về: tỷ lệ giá trị giao dịch thuộc thẩm quyền quyết định của ĐHĐCĐ từ 50% tổng giá trị tài sản doanh nghiệp xuống 35%; tỷ lệ phiếu biểu quyết thông qua nghị quyết ĐHĐCĐ. Có thể rút ra một số nhận xét sau:

- Liên quan đến thẩm quyền quyết định giao dịch trong công ty đại chúng của ĐHĐCĐ, Thông tư 121/2012/TT-BTC quy định: *“Công ty đại chúng không được cung cấp các khoản vay hoặc bảo lãnh cho các cổ đông và những người có liên quan”* (K3.Điều 24 TT121). Trong khi đó Điều 23 quy định *“Công ty không được cấp các khoản vay hoặc bảo lãnh cho các thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành, cán bộ quản lý khác và những người có liên quan tới thành viên nêu trên, trừ khi ĐHĐCĐ có quyết định khác”* và Điều 35 quy định: *“Công ty không cấp các khoản vay hoặc bảo lãnh cho các thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành, cán bộ quản lý khác và những người có liên quan tới các thành viên nêu trên hoặc pháp nhân mà những người này có các lợi ích tài chính, trừ trường hợp các khoản vay hoặc bảo lãnh nêu trên đã được ĐHĐCĐ chấp thuận.”* Có thể thấy, trong cùng một văn bản pháp luật, quy định này mâu thuẫn nhau, dẫn đến công ty đại chúng không biết áp dụng quy định nào.

- K1.Điều 162 LDN 2014 chỉ xác định những giao dịch đối với cá nhân là cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông; thành viên HĐQT, GĐ/TGĐ và người liên quan của họ (điểm a, b. K1.Điều 162). Mà không quy định đối với những giao dịch giữa công ty và thành viên BKS; Phó Giám đốc/ Phó Tổng Giám đốc; Kế toán trưởng, và các chức danh quản lý khác. Trong khi đó khi kiểm soát giao dịch giữa công ty với doanh nghiệp (điểm c.K1.Điều 162) dẫn chiếu sang K2.Điều 159 lại quy định về doanh nghiệp mà thành viên BKS, hoặc người quản lý khác và người có liên quan của họ có cổ phần hoặc vốn góp. Thể hiện sự bất hợp lý của quy định này.

- Luật Doanh nghiệp quan tâm đến giao dịch giữa công ty và cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông. Vì sao lại là **10%**? Có lẽ nhà làm luật suy nghĩ cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông là cổ đông lớn, và e ngại cổ đông này có thể đưa ra những quyết định có ảnh hưởng quan trọng đối với công ty. Trong khi đó Luật Chứng khoán 2006 lại quy định *“cổ đông lớn là cổ đông sở hữu trực tiếp hoặc gián tiếp từ 5% trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành”*

(K9.Điều 6). Điều đó cho thấy, không có sự thống nhất trong tư duy của nhà soạn thảo Luật Doanh nghiệp và Luật Chứng khoán, gây tranh cãi trong việc áp dụng pháp luật.

- Bất cập tại K2.Điều 162, luật chưa bao quát được hết các trường hợp có thể xảy ra. Chẳng hạn như: (i) Đối với các giao dịch thuộc thẩm quyền phê duyệt của HĐQT, nếu số lượng thành viên HĐQT không có lợi ích trong các giao dịch không đủ theo quyết định (tức là thành viên không có lợi ích trong giao dịch chiếm thiểu số). Ví dụ: HĐQT có 3 thành viên trong đó có 2 thành viên có lợi ích liên quan thì quyết định sẽ được thông qua bằng cách nào? (ii) Trường hợp chủ tịch HĐQT là người có liên quan, biểu quyết số phiếu ngang nhau thì giải quyết như thế nào? [47]

- Về thời hạn chấp thuận giao dịch, Điều 162 mới quy định đối với việc chấp thuận giao dịch của HĐQT là 15 ngày kể từ ngày nhận thông báo, của ĐHCĐ thì không quy định thời hạn. Quy định này gây khó khăn cho DN bởi quá trình kinh doanh đòi hỏi tính năng động, kịp thời. Bởi vậy, việc quy định về thời hạn chấp thuận giao dịch có lẽ để cho Điều lệ công ty điều chỉnh thì hợp lý hơn.

3.1.2.2. Quy định về chế độ công khai hóa thông tin

Về nghĩa vụ công khai hoá và công bố thông tin, có sự khác biệt lớn giữa CTCP đại chúng và CTCP phi đại chúng. Việc công khai hóa thông tin đối với công ty đại chúng bên cạnh việc phải áp dụng các quy định của Luật Doanh nghiệp, còn phải tuân thủ các quy định của Luật Chứng khoán. Ngoài ra, cũng có sự khác biệt lớn trong việc thực hiện quy định về công khai hóa thông tin giữa công ty đại chúng niêm yết và công ty đại chúng không niêm yết. So với các công ty khác thì việc công bố thông tin của công ty đại chúng còn phải tuân thủ thêm các yêu cầu về công bố thông tin khi chào bán chứng khoán ra công chúng, niêm yết chứng khoán của Ủy ban Chứng khoán nhà nước và Sở giao dịch chứng khoán.

Luật Doanh nghiệp quy định việc công khai hóa thông tin ở hai cấp độ: Ở cấp độ công ty, phải công khai danh sách những người có liên quan của công ty; Ở cấp độ cá nhân, người quản lý công ty phải kê khai các lợi ích liên quan của họ với công ty (Điều 159, LDN 2014).

Luật Chứng khoán 2006 đã dành hẳn chương VIII để quy định về việc công bố thông tin của công ty đại chúng. Những quy định cụ thể như: đối tượng và phương thức công bố thông tin; công bố thông tin của công ty đại chúng; công bố thông tin của tổ chức phát hành thực hiện chào bán trái phiếu ra công chúng; công bố thông tin của

tổ chức niêm yết; công bố thông tin của công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ; công bố thông tin về quỹ đại chúng; công bố thông tin của công ty đầu tư chứng khoán; công bố thông tin của Sở giao dịch chứng khoán, Trung tâm giao dịch chứng khoán. Theo đó, việc công khai hóa các thông tin của công ty phải đảm bảo đầy đủ, chính xác và kịp thời.

Thông tư 121/2012/TT-BTC cũng quy định rất rõ về vấn đề công khai hóa thông tin của các công ty đại chúng: *“Thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành và cán bộ quản lý khác có nghĩa vụ thông báo cho HĐQT các giao dịch giữa công ty, công ty con, công ty do công ty đại chúng nắm quyền kiểm soát với chính thành viên đó hoặc với những người có liên quan tới thành viên đó theo quy định của pháp luật. Công ty đại chúng phải thực hiện công bố thông tin về nghị quyết ĐHĐCĐ hoặc nghị quyết HĐQT thông qua các giao dịch nêu trên trong thời hạn hai mươi bốn (24) giờ trên trang thông tin điện tử của công ty và báo cáo Ủy ban Chứng khoán Nhà nước” và “Các giao dịch nêu trên phải được công bố trong Báo cáo thường niên của công ty”.* (Điều 23, Thông tư 121/2012/TT-BTC).

Ngoài các trách nhiệm trên, thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành có trách nhiệm báo cáo và công bố thông tin về giao dịch trong các trường hợp sau: Các giao dịch giữa công ty với công ty mà các thành viên nêu trên là thành viên sáng lập hoặc là thành viên HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành trong thời gian ba (03) năm trước; Các giao dịch giữa công ty với công ty trong đó người liên quan của các thành viên nêu trên là thành viên HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành hoặc cổ đông lớn; Các giao dịch có thể mang lại lợi ích vật chất hoặc phi vật chất đối với các thành viên nêu trên.

Có thể thấy, so với những quy định chung chung của LDN 2014, thì pháp luật chứng khoán đã có những quy định cụ thể hơn về công khai hóa thông tin nhằm kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Tuy nhiên, chế độ công khai hóa thông tin của công ty đại chúng còn một số điểm đáng lưu ý:

- Về đối tượng phải công khai hóa thông tin trong các giao dịch, pháp luật mới chỉ điều chỉnh đối với một số đối tượng là người quản lý trong công ty (chủ yếu là người đại diện công ty), mà không điều chỉnh đến người ký kết giao dịch và cả người thực hiện giao dịch trong một số trường hợp đặc biệt.

- Về nội dung thông tin, nội dung giao dịch cần công khai, pháp luật chỉ chú trọng việc công khai nội dung của giao dịch (những thông tin ở bước tiền hợp đồng) mà chưa có sự điều chỉnh một cách toàn diện trong cả quá trình thực hiện và giám sát giao dịch có khả năng tư lợi. Bởi lẽ, nếu chỉ nhìn vào bản dự thảo hợp đồng thì ĐHĐCĐ sẽ khó đánh giá chính xác được những lợi ích liên quan có thể bị trục lợi.

3.1.2.3. Quy định về tư cách và nghĩa vụ của người quản lý trong công ty đại chúng

Luật Doanh nghiệp chỉ liệt kê những người quản lý trong công ty đại chúng gồm (K18.Điều 4): “Chủ tịch HĐQT, thành viên HĐQT; GD/TGD; Cá nhân giữ chức danh quản lý khác có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty”. Các chức danh như: Phó Giám đốc/Phó Tổng Giám đốc; Kế toán trưởng; Thành viên BKS... có phải là người quản lý hay không sẽ chiếu theo Điều lệ công ty.

Tư cách của người quản lý

Tùy vào vị trí quản lý mà họ đảm nhiệm, pháp luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty sẽ quy định cụ thể điều kiện, tiêu chuẩn để được bổ nhiệm. Đồng thời quy định các trường hợp bị cấm đảm nhiệm chức vụ quản lý.

Thứ nhất, thành viên HĐQT

Trong công ty đại chúng HĐQT có thể có từ 3 đến 11 thành viên theo quy định cụ thể của Điều lệ công ty (thường là số lẻ). Tư cách thành viên HĐQT được quy định cụ thể tại Điều 151, 152 LDN 2014 và Điều 10, 11 Thông tư 121/2012/TT-BTC gồm:

- Không thuộc đối tượng cấm quản lý; có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh của công ty;

- Đối với công ty con mà Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ thì thành viên HĐQT không được là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của Giám đốc, Tổng giám đốc và người quản lý khác của công ty; không được là người có liên quan của người quản lý, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ. (K1.Điều 151)

Đối với thành viên HĐQT độc lập:

- Không phải là người đang làm việc cho công ty, công ty con của công ty; không phải là người đã từng làm việc cho công ty, công ty con của công ty ít nhất trong 03 năm liền trước đó;

- Không phải là người đang hưởng lương, thù lao từ công ty, trừ các khoản phụ cấp mà thành viên HĐQT được hưởng theo quy định;

- Không phải là người có vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột là cổ đông lớn của công ty; là người quản lý của công ty hoặc công ty con của công ty;

- Không phải là người trực tiếp hoặc gián tiếp sở hữu ít nhất 1% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết của công ty;

- Không phải là người đã từng làm thành viên HĐQT, BKS của công ty ít nhất trong 05 năm liền trước đó. (K1.Điều 151);

Đối với Chủ tịch HĐQT

Tư cách của Chủ tịch HĐQT tương tự như đối với thành viên HĐQT. Chủ tịch HĐQT do HĐQT bầu ra. Chủ tịch không được kiêm GD/TGD, trừ khi việc kiêm nhiệm này được phê chuẩn hàng năm tại ĐHĐCĐ thường niên (Điều 152 LDN) và đây là công ty đại chúng không do Nhà nước nắm giữ trên 50% tổng số phiếu có quyền biểu quyết (Điều 10 Thông tư 121/2012/TT-BTC)

***Thứ hai*, thành viên BKS**

BKS có từ 03 đến 05 thành viên. BKS thực hiện giám sát HĐQT, GD/TGD, kiểm tra tính hợp lý, hợp pháp, trung thực và mức độ cẩn trọng trong quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh... Thành viên BKS phải có tiêu chuẩn và điều kiện sau: (Điều 164 LDN và Điều 18 Thông tư 121/2012/TT-BTC)

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và không thuộc đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật này;

- Không phải là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột của thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và người quản lý khác;

- Không được giữ các chức vụ quản lý công ty; không nhất thiết phải là cổ đông hoặc người lao động của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác;

- Trưởng BKS phải là người có chuyên môn về kế toán;

- Có trình độ chuyên môn và kinh nghiệm. Thông tư 121/2012/TT-BTC phân biệt giữa công ty niêm yết so với các công ty đại chúng khác: “*Kiểm soát viên CTCP niêm yết, công ty do Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ phải là kiểm toán viên hoặc kế toán viên*” (K2.Điều 164 Thông tư 121)

- Thành viên BKS không phải là người trong bộ phận kế toán, tài chính của công ty và không phải là thành viên hay nhân viên của công ty kiểm toán độc lập đang thực hiện kiểm toán các báo cáo tài chính của công ty.

Thứ ba, Giám đốc/Tổng Giám đốc công ty

GĐ/TGD là người điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty; chịu sự giám sát của HĐQT; chịu trách nhiệm trước HĐQT và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao. HĐQT bổ nhiệm một người trong số họ hoặc thuê người khác làm GĐ/TGD. Điều kiện tiêu chuẩn làm GĐ/TGD: (Điều 157, Điều 65 LDN 2014)

- Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng không được quản lý doanh nghiệp;

- Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản trị kinh doanh của công ty, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác;

- Đối với công ty con của công ty có phần vốn góp, cổ phần do Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ thì ngoài các tiêu chuẩn và điều kiện trên, GĐ/TGD không được là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty mẹ và người đại diện phần vốn nhà nước tại công ty đó.

Nghĩa vụ của người quản lý

Khi ở vị trí quản lý trong công ty, người quản lý đã có rất nhiều lợi ích: lợi ích kinh tế; lợi ích chính trị, tinh thần. Tiền lương, thưởng và lợi ích khác của người quản lý là đòn bẩy quan trọng thúc đẩy họ hành động vì lợi ích của công ty và cổ đông của công ty. LDN 2014 (Điều 158) đã quy định khá rõ các nguyên tắc trả lương, thù lao cho GĐ/TGD, thành viên HĐQT theo hướng gắn lợi ích của họ với lợi ích của công ty và cổ đông của công ty. Cụ thể là, thù lao của HĐQT, tiền lương của GĐ/TGD và những người quản lý khác có thể được trả theo kết quả và hiệu quả kinh doanh của công ty. Với những quyền và lợi ích nhận được thì người quản lý phải có trách nhiệm, nghĩa vụ thực hiện các công việc vì lợi ích của công ty. Nhằm kiểm soát những giao dịch của công ty tránh nguy cơ trục lợi từ người quản lý, LDN 2014 đã có những quy định về trách nhiệm của người quản lý.

Nghĩa vụ cụ thể của người quản lý gắn liền với vị trí mà họ đảm nhiệm. Ngoài ra, người quản lý còn có những nghĩa vụ chung theo quy định tại Điều 158, LDN 2014 và một số nghĩa vụ được cụ thể hóa ở Thông tư 121/2012/TT-BTC, bao gồm:

- Thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao theo đúng quy định của Luật này, pháp luật có liên quan, Điều lệ công ty, nghị quyết của ĐHĐCĐ;

- Thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa của công ty. Cụ thể nghĩa vụ này Thông tư 121/2012/TT-BTC quy định: Thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành và cán bộ quản lý khác có trách nhiệm thực hiện các nhiệm vụ của mình, kể cả những nhiệm vụ với tư cách thành viên các tiểu ban của HĐQT, một cách trung thực vì lợi ích cao nhất của Công ty và với mức độ cẩn trọng mà một người thận trọng phải có khi đảm nhiệm vị trí tương đương và trong hoàn cảnh tương tự

- Trung thành với lợi ích của công ty và cổ đông; không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty, địa vị, chức vụ và sử dụng tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác. Thành viên HĐQT, thành viên BKS, GD/TGD điều hành và cán bộ quản lý khác không được phép sử dụng những cơ hội kinh doanh có thể mang lại lợi ích cho Công ty vì mục đích cá nhân; đồng thời không được sử dụng những thông tin có được nhờ chức vụ của mình để tư lợi cá nhân hay để phục vụ lợi ích của tổ chức hoặc cá nhân khác (Điều 35, Thông tư 121/2012/TT-BTC)

- Thông báo kịp thời, đầy đủ, chính xác cho công ty về doanh nghiệp mà họ và người có liên quan của họ làm chủ hoặc có phần vốn góp, cổ phần chi phối. Thành viên HĐQT, thành viên BKS, GD/TGD điều hành và cán bộ quản lý khác có nghĩa vụ thông báo cho HĐQT tất cả các lợi ích có thể gây xung đột với lợi ích của Công ty mà họ có thể được hưởng thông qua các pháp nhân kinh tế, các giao dịch hoặc cá nhân khác. (Điều 35, Thông tư 121/2012/TT-BTC).

- Một số nghĩa vụ khác do pháp luật quy định: Đây là quy định mở, các nghĩa vụ khác có thể là: nghĩa vụ thông báo cho các cổ đông những thông tin có thể ảnh hưởng đến lợi ích của họ; nghĩa vụ bồi thường thiệt hại; trách nhiệm giải trình;...

Có thể nói, việc quy định điều kiện, tiêu chuẩn cho một số vị trí quản lý quan trọng và quy định nghĩa vụ cẩn trọng, trung thực, trung thành... của người quản lý vào Luật Doanh nghiệp là rất cần thiết, thể hiện sự tiến bộ. Tuy nhiên, để áp dụng cho các

công ty đại chúng thì LDN 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành vẫn còn một số thiếu sót:

- Quy định về người quản lý, Luật Doanh nghiệp mới chỉ nhấn một số vị trí như thành viên HĐQT; thành viên BKS, GD/TGD mà chưa quy định một số vị trí khác như: Kế toán trưởng; Phó Giám đốc; Phó Tổng Giám đốc; hoặc người được nhân danh công ty ký kết một số hợp đồng;... Bởi lẽ, trong công ty đại chúng với quy mô lớn, bộ máy tổ chức quản lý công kênh, những vị trí quản lý trên đều được trao quyền lực rất lớn mà Điều lệ công ty cần phải chú trọng để điều chỉnh cụ thể cho phù hợp với thực tế của công ty.

- Khi quy định về tính độc lập của thành viên BKS, không có quy định cụ thể về hợp đồng của kiểm soát viên do ai ký? Theo thông lệ hợp đồng của kiểm soát viên phải do Chủ tịch HĐQT đại diện cho HĐQT ký, không thể để GD/TGD ký hợp đồng lao động với kiểm soát viên, như vậy mới đảm bảo tính độc lập của kiểm soát viên.

- Quy định về điều kiện, tiêu chuẩn của người quản lý thiếu sự thống nhất giữa Luật Doanh nghiệp và văn bản dưới luật (Thông tư 121/2012/TT-BTC). Khi áp dụng phải so sánh, cân nhắc, đối chiếu giữa các văn bản để áp dụng chính xác. Trong khi đó các công ty đại chúng cũng như tư duy thực thi pháp luật của nhiều bộ phận quản lý ở Việt Nam lại chỉ xem xét Thông tư 121/2012/TT-BTC và coi nó như văn bản điều chỉnh trực tiếp.

- Chế độ kiêm nhiệm vẫn tồn tại. Trừ một số trường hợp đối với công ty đại chúng có vốn góp của nhà nước trên 50% cổ phần có quyền biểu quyết, nếu được ĐHĐCĐ thường niên hàng năm của công ty phê chuẩn, Luật Doanh nghiệp vẫn cho phép chế độ kiêm nhiệm giữa GD/TGD và Chủ tịch HĐQT. Tạo ra một vị trí “quyền lực tuyệt đối” ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả hoạt động quản trị công ty nói chung.

- Quy định về nghĩa vụ của người quản lý công ty còn chung chung, xuất phát từ nền tảng đạo đức, thiếu cơ chế thực thi cũng như cơ chế đảm bảo thực hiện. Giới hạn nào cho nghĩa vụ cẩn trọng, trung thành, trung thực?

- Điều 158 LDN thiếu quy định về trách nhiệm giải trình của người quản lý trong công ty. Trong khi đó, trách nhiệm giải trình là trách nhiệm và là nghĩa vụ liên quan mật thiết đến vị trí người quản lý. Khi một hợp đồng hoặc một giao dịch được đưa ra lấy ý kiến của ĐHĐCĐ thì *“HĐQT trình dự thảo hợp đồng hoặc giải trình về nội dung chủ yếu của giao dịch tại cuộc họp ĐHĐCĐ hoặc lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản”*

(K3, Điều 162, LDN). Khi thực hiện giao dịch thì: “Thành viên HĐQT, GD/TGD nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để thực hiện công việc dưới mọi hình thức trong phạm vi công việc kinh doanh của công ty đều phải giải trình bản chất, nội dung của công việc đó trước HĐQT, BKS và chỉ được thực hiện khi được đa số thành viên còn lại của HĐQT chấp thuận, nếu thực hiện mà không khai báo hoặc không được sự chấp thuận của HĐQT thì tất cả thu nhập có được từ hoạt động đó thuộc về công ty” (K5.Điều 159).

Đồng thời, cổ đông, hoặc nhóm cổ đông yêu cầu BKS kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết thì BKS “thực hiện kiểm tra trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu. Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày kết thúc kiểm tra, BKS phải báo cáo giải trình về những vấn đề được yêu cầu kiểm tra đến HĐQT và cổ đông hoặc nhóm cổ đông có yêu cầu” (Khoản 6, Điều 165, LDN). Đối với CTCP đại chúng, trách nhiệm giải trình của người quản lý trong công ty còn được quy định ở Luật Chứng khoán. Yêu cầu người quản lý giải trình là quyền của đơn vị thanh tra (Điều 114, Điều 115, Điều 116 Luật Chứng khoán) và giải trình là trách nhiệm của người, đơn vị, bộ phận bị thanh tra (Điều 18, Điều 65, Luật Chứng khoán).

3.1.2.4. Quy định về quyền của cổ đông trong công ty đại chúng

Quyền của cổ đông trong công ty đại chúng phụ thuộc vào loại cổ phần và số lượng cổ phần mà họ nắm giữ. Cũng như pháp luật doanh nghiệp của nhiều nước, dựa vào bản chất các quyền của cổ đông, có thể phân biệt quyền cổ đông làm hai loại: quyền liên quan tới quá trình ra quyết định và tổ chức của công ty; quyền có liên quan tới vốn và lợi nhuận từ khoản đầu tư của cổ đông. Cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi rất chú ý nhóm quyền liên quan đến việc ra quyết định và tổ chức của công ty đặc biệt là với các cổ đông nắm cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi biểu quyết.

Luật Công ty năm 1990 phân loại cổ phiếu ghi danh và cổ phiếu vô danh. Trong đó, cổ phiếu ghi danh là cổ phiếu có ghi tên của người sở hữu trên tờ cổ phiếu (Khoản 3, Điều 30 Luật Công ty 1990). Việc chuyển nhượng cổ phiếu ghi danh phức tạp hơn cổ phiếu vô danh, phải đăng ký tại cơ quan phát hành và phải được HĐQT của công ty cho phép. Bằng việc quy định về cổ phiếu ghi danh, công ty có thể kiểm soát đối với những giao dịch chuyển nhượng cổ phiếu của các cổ đông nắm cổ phiếu ghi danh. Qua đó phần nào kiểm soát được các giao dịch tư lợi liên quan đến cổ phiếu ghi danh. Tuy

nhiên, sau Luật Công ty năm 1990, Luật Doanh nghiệp không còn quy định về cổ phiếu ghi danh nữa.

Theo Luật Doanh nghiệp 2014, quyền của cổ đông được quy định tại các Điều 114; 116, 117, 118, 147, 161, 162 và được cụ thể hóa trong Điều lệ công ty. Bên cạnh các quyền cơ bản của cổ đông về chuyển nhượng cổ phần; nhận cổ tức... Pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi lưu ý một số quyền:

- Quyền được cung cấp thông tin của tất cả các cổ đông: Xem xét, tra cứu, trích lục hoặc sao chụp Điều lệ công ty, biên bản họp ĐHĐCĐ và các nghị quyết của ĐHĐCĐ; các thông tin trong Danh sách cổ đông có quyền biểu quyết (K1.Điều 114)

- Cổ đông có cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi biểu quyết từ 1 cổ phần trở lên được quyền: Tham dự, phát biểu, biểu quyết tại cuộc họp ĐHĐCĐ (Điều 114). Đặc biệt, trong việc kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi có quyền bỏ phiếu chấp thuận hoặc không chấp thuận một số giao dịch của công ty như: giao dịch với người có liên quan theo điều Điều 162 LDN; giao dịch có giá trị lớn.

- Đối với cổ đông có cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi biểu quyết từ 10% tổng số cổ phần trở lên trong thời hạn liên tục ít nhất 6 tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty. Đối với công ty đại chúng, tỷ lệ này thường là 5%. Ngoài quyền biểu quyết còn có quyền (K2.Điều 114):

+ Đề cử người vào HĐQT và BKS. Điều lệ mẫu trong công ty đại chúng quy định, đối với *thành viên HĐQT*: Cổ đông hoặc nhóm cổ đông nắm giữ từ 5% đến dưới 10% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử một (01) ứng viên; từ 10% đến dưới 30% được đề cử tối đa hai (02) ứng viên; từ 30% đến dưới 40% được đề cử tối đa ba (03) ứng viên; từ 40% đến dưới 50% được đề cử tối đa bốn (04) ứng viên; từ 50% đến dưới 60% được đề cử tối đa năm (05) ứng viên; từ 60% đến dưới 70% được đề cử tối đa sáu (06) ứng viên; từ 70% đến 80% được đề cử tối đa bảy (07) ứng viên; và từ 80% đến dưới 90% được đề cử tối đa tám (08) ứng viên.

Thành viên BKS: Cổ đông hoặc nhóm cổ đông nắm giữ từ 5% đến dưới 10% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết được đề cử một (01) ứng viên; từ 10% đến dưới 30% được đề cử tối đa hai (02) ứng viên; từ 30% đến dưới 40% được đề cử tối đa ba (03) ứng viên; từ 40% đến dưới 50% được đề cử tối đa bốn (04) ứng viên; từ 50% đến dưới 60% được đề cử tối đa năm (05) ứng viên.

+ Xem xét và trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của HĐQT, báo cáo tài chính giữa năm và hằng năm theo mẫu của hệ thống kế toán Việt Nam và các báo cáo của BKS;

+ Yêu cầu triệu tập họp ĐHĐCĐ trong một số trường hợp;

+ Yêu cầu BKS kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết;

- Đối với cổ đông phổ thông sở hữu từ 10% cổ phần phổ thông trở lên ngoài các quyền trên còn có quyền yêu cầu hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ trong một số trường hợp vi phạm trình tự, thủ tục triệu tập họp và ra quyết định của ĐHĐCĐ hoặc nội dung nghị quyết vi phạm pháp luật và Điều lệ công ty (Điều 147).

- Cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu ít nhất 1% số cổ phần phổ thông liên tục trong thời hạn 06 tháng có quyền tự mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện trách nhiệm dân sự đối với thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trong các trường hợp:

“a) Vi phạm nghĩa vụ người quản lý công ty theo quy định tại Điều 160 của Luật Doanh nghiệp; b) Không thực hiện đúng các quyền và nghĩa vụ được giao; không thực hiện, thực hiện không đầy đủ, không kịp thời nghị quyết của HĐQT; c) Thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao trái với quy định của pháp luật, Điều lệ công ty hoặc nghị quyết của ĐHĐCĐ; d) Sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty để tư lợi riêng hoặc phục vụ cho lợi ích của tổ chức, cá nhân khác; đ) Sử dụng địa vị, chức vụ và sử dụng tài sản của công ty để tư lợi riêng hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác; e) Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.” (Điều 161 LDN 2014).

So với LDN 2005, thì LDN 2014 đã bổ sung thêm quyền được khởi kiện của các cổ đông, sửa chữa bất hợp lý về quyền yêu cầu hủy bỏ quyết định của ĐHĐCĐ theo LDN 2005. Tuy nhiên, so sánh với các thông lệ quốc tế phổ biến, quy định pháp luật về quyền của cổ đông vẫn còn khiếm khuyết:

- Quyền khởi kiện của cổ đông đã được ghi nhận nhưng theo cách liệt kê quyền khởi kiện của cổ đông đối với thành viên HĐQT, GD/TGD và trường hợp được khởi kiện tại Điều 161 còn hẹp cả về đối tượng bị khởi kiện lẫn hành vi vi phạm nghĩa vụ công ty. Về đối tượng được khởi kiện là cổ đông của công ty, nhưng với những cổ đông tương lai của công ty thì sao? Luật Công ty của Anh cho rằng cổ đông có thể tiến hành khởi kiện đối với hành vi của giám đốc công ty trước khi họ trở thành cổ đông

hoặc người quản lý của công ty hoặc cả hai (Điều 260, Luật Công ty 2006 của Anh). Về đối tượng bị khởi kiện: không thể chỉ là thành viên HĐQT; GD/TGD mà còn rất nhiều những đối tượng khác: người quản lý của công ty, thậm chí là cựu GD/TGD và người cựu quản lý... có được khởi kiện không? Về hành vi vi phạm bị khởi kiện, theo cách liệt kê của Luật Doanh nghiệp liệu có đầy đủ? Bởi thực tế các hành vi vi phạm rất đa dạng, phức tạp. Đặc biệt những hành vi vi phạm nghĩa vụ của người quản lý (cẩn trọng, trung thành, mẫn cán) “muôn hình, muôn vẻ” trong thực tế.

- LDN 2014 (Điều 161) quy định về chi phí khởi kiện trong trường hợp thành viên, cổ đông khởi kiện nhân danh công ty do công ty chi trả, trừ trường hợp thành viên, cổ đông bị bác yêu cầu khởi kiện. Quy định này đã không tính đến việc có tương thích với pháp luật tố tụng dân sự hay không. Bởi lẽ chi phí liên quan đến việc khởi kiện thì án phí sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của luật tố tụng dân sự.

Ngoài ra, theo pháp luật tố tụng dân sự, cổ đông chỉ có quyền khởi kiện đối với người gây thiệt hại khi có hành vi xâm phạm đến lợi ích trực tiếp của chính cổ đông (Điều 186 - 187 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015). Câu hỏi đặt ra là, quyền khởi kiện phái sinh của cổ đông (có thể không bị xâm phạm đến lợi ích trực tiếp nhưng vẫn khởi kiện vì lợi ích của công ty) trong trường hợp này áp dụng như thế nào? Khoản bồi hoàn trong vụ án thuộc về ai (cổ đông – người khởi kiện hay công ty)? Nên chăng, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 và LDN năm 2014 cần lưu ý làm rõ vấn đề này.

- Quyền tiếp cận thông tin của cổ đông còn yếu xét về số thông tin và loại thông tin mà cổ đông được quyền tiếp cận, hoặc có quyền yêu cầu được cung cấp. Cổ đông sở hữu dưới 10% cổ phần (hoặc tỷ lệ khác ít hơn do điều lệ quy định) mới chỉ có quyền yêu cầu cung cấp thông tin về các quyết định của ĐHĐCĐ, biên bản họp ĐHĐCĐ mà không phải là HĐQT. Không có cổ đông nào được quyền yêu cầu cung cấp thông tin về giấy tờ, hồ sơ kế toán của công ty, v.v...

- Không có quyền bỏ phiếu cho chính sách lương, thưởng đối với một số thành viên chủ chốt như Chủ tịch HĐQT, GD/TGD;

- Quy định LDN 2014 và Thông tư 121 chưa tương thích về quyền khởi kiện của cổ đông;

- Quy định về hiệu lực của Nghị quyết, Quyết định của ĐHĐCĐ nhưng bị khởi kiện còn gây nhiều tranh cãi. Điều 147 LDN quy định “*Trường hợp có cổ đông, nhóm cổ đông yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ theo quy định*

tại Điều 147 của Luật này, thì các nghị quyết đó vẫn có hiệu lực thi hành cho đến khi Tòa án, Trọng tài có quyết định khác, trừ trường hợp áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền”, Điều 27 Nghị định 102/2010/NĐ-CP quy định tương tự “Trường hợp có cổ đông, nhóm cổ đông, thành viên Hội đồng thành viên hoặc thành viên HĐQT yêu cầu khởi kiện hoặc trực tiếp khởi kiện đối với nghị quyết, quyết định đã được thông qua thì nghị quyết, quyết định bị khởi kiện vẫn tiếp tục được thi hành cho đến khi Tòa án hoặc Trọng tài có quyết định khác” là không hợp lý làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của bên khởi kiện, đặc biệt trong trường hợp thủ tục tố tụng kéo dài, và vấn đề bồi thường thiệt hại cho công ty, người khởi kiện, người bị hại khi Quyết định, Nghị quyết này là bị hủy bỏ sau một thời gian dài chờ đợi quyết định cuối cùng của Tòa án hoặc Trọng tài.

3.1.2.5. Quy định về kiểm toán độc lập và kiểm soát của Ban kiểm soát

Có 3 vấn đề cần đề cập ở đây bao gồm: (1) sự giám sát giữa các bộ phận cấu thành trong công ty (cổ đông, HĐQT, BGĐ, người lao động); (2) cơ chế kiểm toán bên ngoài; (3) vai trò của BKS trong công ty.

Thứ nhất, ở Việt Nam việc giám sát giữa cổ đông, HĐQT, BGĐ là rất yếu đặc biệt trong các công ty đại chúng có cổ đông là Nhà nước do tính đại diện vốn nhà nước phức tạp. Còn giám sát của người lao động với bộ phận quản lý thì càng yếu hơn nữa, bởi sự ràng buộc giữa quản lý và lao động, tính chất làm công ăn lương... đòi hỏi cho hoạt động đấu tranh chống gian lận trong công ty giữa các bộ phận này rất khó khăn.

Thứ hai, Trong công ty đại chúng, hoạt động của BKS là bắt buộc phải có. Ở Việt Nam, hoạt động của Ủy ban kiểm toán (do HĐQT bầu ra) và Kiểm toán nội bộ (do BKS quản lý) là hai chủ thể tự nguyện, không bắt buộc phải có trong mô hình công ty đại chúng. Điều này dẫn đến hoạt động của Ủy ban kiểm toán và Kiểm toán nội bộ rất mờ nhạt, sự tồn tại của hai chủ thể này ở phần lớn các công ty chỉ mang tính hình thức.

Thành viên BKS do ĐHCĐ bầu ra, BKS có vị trí ngang bằng với HĐQT, thực hiện nhiệm vụ giám sát HĐQT, GD/TGD trong việc quản lý và điều hành công ty; chịu trách nhiệm trước ĐHCĐ trong việc thực hiện các nhiệm vụ được giao. BKS có các nhiệm vụ theo Điều 165 LDN, trong đó một số nghĩa vụ quan trọng của BKS nhằm kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty như:

- BKS thực hiện giám sát HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty.

- Kiểm tra tính hợp lý, hợp pháp, tính trung thực và mức độ cẩn trọng trong quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh; tính hệ thống, nhất quán và phù hợp của công tác kế toán, thống kê và lập báo cáo tài chính.

- Thẩm định tính đầy đủ, hợp pháp và trung thực của báo cáo tình hình kinh doanh, báo cáo tài chính hằng năm và 06 tháng của công ty, báo cáo đánh giá công tác quản lý của HĐQT và trình báo cáo thẩm định tại cuộc họp thường niên ĐHĐCĐ.

- Kiến nghị HĐQT hoặc ĐHĐCĐ các biện pháp sửa đổi, bổ sung, cải tiến cơ cấu tổ chức quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của công ty.

- Khi phát hiện có thành viên HĐQT, GD (TGD) vi phạm nghĩa vụ của người quản lý, thì phải thông báo ngay bằng văn bản cho HĐQT, và yêu cầu người có hành vi vi phạm chấm dứt hành vi vi phạm và có giải pháp khắc phục hậu quả.

Bên cạnh đó, Điều 166 của LDN quy định về quyền được cung cấp thông tin của BKS – một trong những quyền năng quan trọng quyết định hiệu quả hoạt động của BKS. Điều đáng nói là, mặc dù LDN 2014 dành hẳn một điều quy định về quyền được cung cấp thông tin của BKS, nhưng về cơ bản thẩm quyền của BKS ở Việt Nam vẫn còn hạn chế hơn so với thông lệ tốt ở một số nước, đặc biệt là các quyền: điều tra vụ việc sử dụng nguồn thông tin nội bộ; kiểm tra tính hợp lý của khoản thanh toán; yêu cầu và nhận thông tin liên quan đến các bên liên quan và giao dịch với các bên liên quan; giám sát tính hợp lý của việc định giá các tài sản ròng của công ty; kiểm tra tính phù hợp của việc sử dụng các quỹ của công ty...[49]

Thứ ba, đối với tổ chức kiểm toán độc lập, theo Luật Kiểm toán độc lập và *Thông tư 183/2013/TT-BTC về kiểm toán độc lập đối với đơn vị có lợi ích công chúng*, danh sách kiểm toán đối với công ty đại chúng do Ủy ban Chứng khoán nhà nước chấp thuận. Quy định này đã nâng tầm quan trọng của việc kiểm toán độc lập đối với công ty đại chúng so với các loại hình công ty khác. Hoạt động kiểm toán đối với công ty đại chúng được thực hiện chặt chẽ hơn bởi các công ty kiểm toán có uy tín được đặt dưới sự giám sát của các cơ quan nhà nước. Điều 15, Thông tư 183/2013/TT-BTC quy định “Bộ Tài chính giám sát, kiểm tra đối với tổ chức kiểm toán được chấp thuận thực hiện kiểm toán cho đơn vị có lợi ích công chúng. UBCKNN trực tiếp giám sát, kiểm

tra đổi với tổ chức kiểm toán được chấp thuận thực hiện kiểm toán cho đơn vị có lợi ích công chúng thuộc lĩnh vực chứng khoán”

Mặc dù vậy, ở Việt Nam, các tiêu chuẩn về tính độc lập của công ty kiểm toán còn rất yếu, cụ thể là những yếu tố đe dọa đến sự độc lập của các công ty kiểm toán này như: tư lợi, tự đánh giá, vận động hành lang, quá thân mật...[47, 55]. Đặc biệt, pháp luật nước ta chưa cấm các công ty kiểm toán cung cấp các dịch vụ phi kiểm toán cho các công ty đại chúng bao gồm: làm công việc kế toán hoặc các dịch vụ kế toán khác; hoạt động hệ thống thông tin tài chính; dịch vụ kiểm toán nội bộ thuê ngoài. Và hợp đồng đối với kiểm toán độc lập phải do ĐHĐCĐ chấp thuận, nhưng thực tế, GD/TGD thường là người ký, thậm chí hợp đồng này đã có sự thỏa thuận của hai bên về quyền, trách nhiệm, phạm vi, yêu cầu đối với công việc của công ty kiểm toán độc lập. Pháp luật của nước ta chưa có sự điều chỉnh rõ ràng cho vấn đề này. Dẫn đến việc ảnh hưởng đến tính độc lập của công ty kiểm toán, đặc biệt là đối với những vấn đề liên quan đến giao dịch do GD/TGD hoặc người quản lý của công ty thuê kiểm toán độc lập thực hiện. Ngoài ra, pháp luật của Việt Nam cũng chưa quy định rõ về trách nhiệm (bao gồm trách nhiệm hành chính, dân sự, hình sự) của kiểm toán viên khi đưa ra kết luận kiểm toán.

3.1.3. Quy định biện pháp xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi trong công ty đại chúng

Đối với các vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi, Luật Doanh nghiệp đã đưa ra các chế tài xử lý, cụ thể như sau:

Thứ nhất, đối với giao dịch tư lợi, pháp luật quy định hợp đồng, giao dịch bị vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật khi được giao kết hoặc thực hiện mà chưa được chấp thuận của HĐQT và ĐHĐCĐ, gây thiệt hại cho công ty (Điều 162 Luật Doanh nghiệp 2014). Ngoài ra, theo quy định tại K1, Điều 24 Thông tư 121/2012/TT-BTC, thì giao dịch với người có liên quan của công ty phải được lập thành văn bản. Như vậy việc vi phạm về mặt hình thức của giao dịch cũng sẽ dẫn đến giao dịch bị vô hiệu (Điều 129 Bộ luật Dân sự).

Cụ thể hóa quy định này, Thông tư 121/2012/TT-BTC quy định đối với trường hợp hợp đồng hoặc giao dịch giữa Công ty với một hoặc nhiều thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành, cán bộ quản lý khác hoặc những người liên quan đến họ hoặc công ty, đối tác, hiệp hội, hoặc tổ chức mà thành

viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành, cán bộ quản lý khác hoặc những người liên quan đến họ là thành viên, hoặc có liên quan lợi ích tài chính không bị vô hiệu hoá trong các trường hợp sau đây:

- Đối với hợp đồng có giá trị từ dưới 20% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất, những yếu tố quan trọng về hợp đồng hoặc giao dịch cũng như các mối quan hệ và lợi ích của cán bộ quản lý hoặc thành viên HĐQT đã được báo cáo cho HĐQT hoặc tiểu ban liên quan. Đồng thời, HĐQT hoặc tiểu ban đó đã cho phép thực hiện hợp đồng hoặc giao dịch đó một cách trung thực bằng đa số phiếu tán thành của những thành viên Hội đồng không có lợi ích liên quan;

- Đối với những hợp đồng có giá trị lớn hơn 20% của tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất, những yếu tố quan trọng về hợp đồng hoặc giao dịch này cũng như mối quan hệ và lợi ích của cán bộ quản lý hoặc thành viên HĐQT đã được công bố cho các cổ đông không có lợi ích liên quan có quyền biểu quyết về vấn đề đó, và những cổ đông đó đã bỏ phiếu tán thành hợp đồng hoặc giao dịch này;

- Hợp đồng hoặc giao dịch đó được một tổ chức tư vấn độc lập cho là công bằng và hợp lý xét trên mọi phương diện liên quan đến các cổ đông của công ty vào thời điểm giao dịch hoặc hợp đồng này được HĐQT hoặc một tiểu ban trực thuộc HĐQT hay các cổ đông cho phép thực hiện.

Thứ hai, đối với người thực hiện hành vi vi phạm pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

Người đại diện theo pháp luật của công ty, cổ đông, thành viên HĐQT, GD (TGD) có liên quan đến những giao dịch tư lợi phải bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ty những khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch tư lợi đó. Ngoài ra, họ còn phải chịu các hình thức xử lý khác theo quy định của pháp luật, K1, Điều 210, LDN 2014 quy định: *“Cơ quan, tổ chức, cá nhân vi phạm quy định của Luật này thì tùy theo tính chất và mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính, trường hợp gây thiệt hại thì phải bồi thường, cá nhân có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật”*.

Ngoài những biện pháp xử lý theo quy định của pháp luật doanh nghiệp, những đối tượng nêu trên khi thực hiện giao dịch tư lợi còn bị xử lý theo các quy định của pháp luật chuyên ngành. Chẳng hạn, nếu vi phạm quy định trong luật chứng khoán, sẽ bị một số hình thức xử lý: tước quyền kinh doanh chứng khoán, tước giấy phép hành

nghe,... (Điều 126 Luật Chứng khoán); nếu thực hiện các giao dịch cài giá trong đấu thầu thì họ sẽ phải chịu xử lý vi phạm theo quy định của Luật Đấu thầu 2013 như cảnh cáo, phạt tiền, cấm tham gia hoạt động đấu thầu... (Điều 90, Luật Đấu thầu).

Khi vi phạm pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, cá nhân có thể phải chịu trách nhiệm hình sự. Theo đó, hành vi trục lợi từ các giao dịch của công ty là hành vi trái quy định nhà nước về quản lý kinh tế, có thể bị truy cứu là tội cố ý làm trái quy định của nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 165 Bộ luật Hình sự 2009); tội phạm về tham nhũng nếu liên quan đến tài sản công.

Như vậy, về cơ bản xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi đã được không chỉ Luật Doanh nghiệp điều chỉnh mà còn các văn bản pháp luật chuyên ngành, đặc biệt là Bộ luật Hình sự điều chỉnh. Tuy nhiên, điều đáng lưu ý ở những quy định này là:

- Luật Doanh nghiệp quy định rất cụ thể về hợp đồng tư lợi vô hiệu mà không tính đến những quy định của Bộ luật Dân sự - luật gốc. Bộ luật Dân sự quy định, các giao dịch dân sự vô hiệu khi không đáp ứng được các điều kiện: (1) Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập; (2) Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện; (3) Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội (Điều 117, 122 Bộ luật Dân sự 2015). Bên cạnh đó, Bộ luật Dân sự 2015 cũng quy định về phạm vi của người đại diện cho pháp nhân và hậu quả pháp lý của việc vượt quá phạm vi đại diện (Điều 141 và Điều 143 Bộ luật Dân sự 2015). Câu hỏi đặt ra là: ai sẽ nại ra sự vô hiệu này? Thẩm quyền quyết định sự vô hiệu của giao dịch? Trình tự thủ tục để quyết định giao dịch vô hiệu? Xử lý vấn đề vô hiệu từng phần? Bởi lẽ, thực tế để một hợp đồng vô hiệu hay không phải được xác định tại một phiên tòa được mở trên cơ sở khiếu kiện của công ty hoặc một cổ đông. Vì vậy, việc tự đưa ra quy định về sự vô hiệu của giao dịch là không hợp lý, thiếu tính thống nhất với quy định của Luật Dân sự.

Bên cạnh đó, nếu tiếp cận vô hiệu về mặt thể thức như quy định tại Khoản 4, Điều 162 LDN mà vội vàng kết luận giao dịch bị vô hiệu cũng không hợp lý trong một số trường hợp. Chẳng hạn như, trường hợp giao dịch có khả năng tư lợi vi phạm quy định về mặt thể thức kí kết và chấp thuận giao dịch. Nhưng sau khi xem xét giao dịch,

ĐHĐCĐ hoặc HĐQT vẫn bỏ phiếu chấp thuận giao dịch thì việc phán quyết giao dịch vô hiệu là không hợp lý.

- Mặc dù, LDN 2014 đã bổ sung quyền khởi kiện của cổ đông, nhưng lại chưa tính đến những ảnh hưởng, khó khăn của đối tác trong giao dịch. Đương nhiên, khi hai chủ thể cùng tham gia vào một giao dịch, ngoài những quy định chung của Luật Doanh nghiệp, mỗi công ty áp dụng một tiêu chí khác nhau để phân loại giao dịch có khả năng tư lợi (giao dịch với người liên quan, giao dịch lớn, giao dịch bất thường). Tức là, cùng một giao dịch có thể được coi vì phạm quy định về thủ tục ký kết giao dịch của công ty này, nhưng có thể không vi phạm quy định về thủ tục chấp thuận giao dịch của công ty khác.

- LDN 2014 chưa quy định rõ về các loại giao dịch có khả năng tư lợi khác ngoài giao dịch với người có liên quan, vì vậy những quy định về xử lý vi phạm ở K4, Điều 163 chỉ áp dụng cho giao dịch giữa công ty với người có liên quan mà không áp dụng cho một số giao dịch khác như: giao dịch có giá trị lớn bị tư lợi, giao dịch bất thường, giao dịch nội gián... là không hợp lý.

Ngoài ra, LDN 2014 và Thông tư 121/2012/TT-BTC cũng chưa thống nhất về tỷ lệ thông qua ĐHĐCĐ và HĐQT đối với giao dịch có khả năng tư lợi dẫn đến những khó khăn cho doanh nghiệp trong quá trình xác định giao dịch tư lợi vô hiệu.

- Ở phương diện lý luận, hành vi trục lợi từ các giao dịch của công ty là một dạng của tham nhũng trong lĩnh vực tư. Nhưng đáng lưu ý, ở Việt Nam mới chỉ tiếp cận tham nhũng trong lĩnh vực công, những quy định về tội phạm tham nhũng trong Bộ luật Hình sự chỉ áp dụng cho các công ty sử dụng vốn và tài sản của Nhà nước. Tư duy pháp lý này được biểu hiện trong hàng loạt các văn bản pháp luật từ Pháp lệnh chống tham nhũng năm 1998 (sửa đổi bổ sung năm 2000); Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi bổ sung năm 2007 và năm 2012); đến Bộ luật Hình sự năm 1999 đều không thừa nhận tham nhũng trong khu vực tư. Bởi vậy, trong việc xử lý đối với những cá nhân vi phạm khi giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi còn nhiều điểm bất hợp lý, gây tranh cãi hiện nay.

3.2. Thực trạng thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay

3.2.1. Về nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi

Cùng với những thay đổi trong các quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi (từ Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 đến Luật Doanh nghiệp năm 2014), nhận thức về giao dịch có khả năng tư lợi và cách thức kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong các công ty ở Việt Nam cũng có những bước tiến đáng kể. Đặc biệt, trong những năm gần đây, vấn đề bảo vệ cổ đông thiểu số và kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi ngày càng nhận được sự quan tâm của không chỉ các nhà nghiên cứu, nhà lập pháp mà còn cả các nhà quản lý doanh nghiệp cũng như cổ đông của công ty.

Bên cạnh những thay đổi về mặt tư duy pháp lý, thực tiễn cũng cho thấy việc nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi trong các công ty đại chúng còn nhiều hạn chế như:

- Là một trong những nội dung chính của quản trị doanh nghiệp, nhưng so với các nội dung khác của quản trị doanh nghiệp (như cơ cấu tổ chức bộ máy quản lý; thẩm quyền và thể thức hoạt động của các cơ quan trong bộ máy tổ chức quản lý công ty;...) thì *vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi chưa được các doanh nghiệp quan tâm thích đáng.*

- *Không nhận diện đầy đủ về các giao dịch có khả năng tư lợi.* Chủ yếu nhìn nhận giao dịch có khả năng tư lợi thông qua các giao dịch giữa công ty với người có liên quan. Trong khi đó, đối với giao dịch giữa công ty với người có liên quan thì chưa phân biệt được người liên quan của công và người liên quan của cá nhân.

- *Không nhận diện chính xác giao dịch của công ty với các bên có liên quan.* Luật Doanh nghiệp và các văn bản pháp luật liên quan đã quy định khá chi tiết và cụ thể các bên có liên quan của công ty và cả chế độ, cách thức kiểm soát các giao dịch của công ty với các bên có liên quan. Tuy vậy, trên thực tế, kiểm soát các giao dịch của công ty với các bên có liên quan ở nước ta còn hết sức yếu kém, thậm chí có thể nói chưa hiện diện trong chế độ quản trị các công ty ở nước ta. Các thành viên trong công ty chưa ý thức được sự tồn tại và ảnh hưởng của giao dịch với người có liên quan của công ty. Trên thực tế, trong hầu hết các trường hợp, các công ty chưa xác định cụ thể các đối tượng thuộc diện các bên có liên quan của công ty; chưa có cơ chế và cách thức thu thập, tập hợp, lưu trữ và quản lý "hồ sơ" về các bên có liên quan; chưa xác

định danh tính cụ thể của từng bên có liên quan của công ty, v.v... Như vậy, có thể nói, yêu cầu công khai hóa và kiểm soát các giao dịch của công ty với các bên có liên quan hầu như chưa thực hiện được. Đây thực sự đang là một lỗ hổng lớn trong khung quản trị công ty hiện nay ở nước ta [12].

- *Chưa chú ý đến những giao dịch bất thường.* Hầu hết Điều lệ của các công ty đều không đưa ra các tiêu chí để xác định các giao dịch có nội dung bất thường của công ty, kèm theo đó là thiếu những biện pháp cần thiết để theo dõi các giao dịch của công ty từ khi chấp thuận, xác lập đến thực hiện và kết thúc giao dịch.

- *Nhìn nhận đối tượng tư lợi và đối tượng bị tư lợi trong các giao dịch ở phạm vi hẹp,* mới chỉ xem xét đến giao dịch giữa công ty với các vị trí quản lý chủ chốt (như GD/TGD, thành viên HĐQT, các cổ đông nắm quyền kiểm soát...), trong khi đó đối với người ký kết giao dịch và tham gia giao dịch chưa chú trọng. Trong các giao dịch tư lợi mới chỉ tính toán đến những thiệt hại về mặt vật chất mà chưa nhìn nhận và tính toán các thiệt hại phi vật chất.

3.2.2. Về các biện pháp kiểm soát khi xác lập và thực hiện các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

Cùng với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật doanh nghiệp tiếp cận gần hơn với thông lệ tốt của quốc tế, các nhà quản lý doanh nghiệp, nhà đầu tư và người dân đã có những thay đổi đáng kể về nhận thức và hành động trong quản trị doanh nghiệp nhằm tuân thủ pháp luật và đáp ứng với những đòi hỏi thực tiễn trong việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi. Tuy nhiên, bên cạnh những điểm đạt được, còn rất nhiều những hạn chế, vướng mắc làm ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi nói riêng, quản trị công ty đại chúng nói chung.

3.2.2.1. Đảm bảo quyền lợi của cổ đông nhỏ và kiểm soát lạm dụng quyền lực để trục lợi của cổ đông lớn

Cổ đông có các quyền theo luật định, tuy nhiên, phần lớn các quyền này chỉ được thực hiện tại ĐHĐCĐ. Do đó, các quyền của chủ sở hữu có được bảo vệ hay không là phụ thuộc vào việc họ có cơ hội và điều kiện để tham gia và quyết định tại ĐHĐCĐ hay không. Điều này được thể hiện qua các tiêu chí như điều kiện về tỷ lệ cổ phần, thời gian nắm giữ liên tục để được dự họp ĐHĐCĐ, phương tiện mời họp, thời gian mời họp, thông tin về cuộc họp... Thực tế, có rất nhiều sai phạm của các công ty đại chúng trong việc đối xử bất bình đẳng giữa cổ đông lớn và cổ đông nhỏ cũng như

những sai phạm về cách thức tổ chức họp ĐHĐCĐ. Có những công ty cổ đông lớn có ý tham gia biểu quyết các hợp đồng, giao dịch của công ty với người có quyền và lợi ích liên quan của họ trong khi luật không cho phép tham gia biểu quyết.

Diễn hình cho thực trạng trên là vi phạm tại CTCP Dầu thực vật Tường An năm 2008 và CTCP Bánh kẹo Hải Châu năm 2013;... [Xem Hộp 3.1, Hộp 3.2]. Trong khi các cổ đông lớn lạm dụng quyền lực để thu vén lợi ích riêng, thì việc bất lực trong quản trị công ty đã biến các cổ đông nhỏ thành bù nhìn. Những vi phạm rất đa dạng: hạn chế quyền tham dự ĐHĐCĐ của các cổ đông nhỏ; đưa ra các quy định gây bất tiện cho việc tham dự ĐHĐCĐ; phớt lờ những nguyện vọng, ý kiến, cảnh báo của cổ đông nhỏ;... thực trạng này diễn ra ở hàng loạt các công ty lớn như: CTCP Than Cao Sơn năm 2014; Tổng công ty Thiết bị điện Gelex năm 2012-2013; CTCP Dệt Gia dụng Phong Phú; CTCP quảng cáo và hội chợ thương mại – Vinexad; Ngân hàng Sacombank;... [Xem Hộp 3.2; Hộp 3.3].

Theo điều tra của CIEM có tới 94% nội dung do chủ tịch HĐQT, GD trình được thông qua, có nghĩa là chỉ có khoảng 6% vấn đề mới được đặt ra và quyết định tại ĐHĐCĐ. Trong khi đó kiểu lạm dụng ở cấp độ HĐQT lại không hề nhỏ. Trên thực tế, nhiều kiến nghị phát hành ưu đãi cho thành viên HĐQT được đưa ra. Có nghĩa là tự mình kiến nghị rồi tự mình lại bỏ phiếu ưu đãi cho mình. Có người đã gọi đây là hành vi tước đoạt tài sản của công ty, của cổ đông thiểu số và cổ đông Nhà nước. Lo ngại về việc các thành viên HĐQT lấy và sử dụng thông tin cơ hội kinh doanh của công ty để tư lợi hoặc vì lợi ích của một nhóm nào đó không chỉ dừng lại ở giả thiết. Có lẽ đây cũng là một phần nguyên nhân của đa số các vụ khiếu kiện yêu cầu huỷ bỏ quyết định của ĐHĐCĐ. Điều này phản ánh tình trạng mất niềm tin của nhà đầu tư.

Tại các CTCP hóa nói chung các cổ đông chưa có ý thức trách nhiệm về phần vốn góp của mình cũng như chưa có ý thức làm chủ. Đa phần trách nhiệm thuộc về Ban GD, còn HĐQT, BKS và người lao động thực quyền hạn chế hoặc chưa có nhận thức cao về trách nhiệm đối với công ty. Nhiều thành viên HĐQT chỉ tham gia HĐQT một cách hình thức. Cổ đông thì chỉ quan tâm đến cổ tức. Chính những toan tính đặt lợi ích cá nhân làm mục tiêu duy nhất và thờ ơ với hoạt động của công ty đã đẩy họ đến với các giao dịch tư lợi.

Theo ấn phẩm *Who's Running the Company*, 2010 (Ai đang điều hành công ty) do IFC công bố tại Việt Nam, rất nhiều yếu điểm và chưa tiệm cận với chuẩn mực

quốc tế trong công tác quản trị doanh nghiệp tại Việt Nam đã được chỉ ra, trong đó đặc biệt nhấn mạnh đến vai trò của HĐQT trong các công ty đại chúng/niêm yết. Đáng lưu ý nhất là HĐQT không làm đúng chức năng vốn có của nó (là cơ quan quản trị cao nhất, bảo vệ lợi ích của công ty, tài sản cộng đồng, đảm bảo việc đầu tư thu lãi và mọi quyết định chiến lược hoạt động của doanh nghiệp phải bắt nguồn hoặc được phê duyệt bởi HĐQT). Trên thực tế, mọi sự chú ý, kiểm soát hoạt động của HĐQT chỉ xảy ra khi doanh nghiệp đó có vấn đề (Xem thêm bảng 3.2) [36].

Đặc biệt là đối với các công ty đại chúng có vốn góp của Nhà nước, các giao dịch tư lợi càng diễn ra phổ biến mà nguyên do là mối quan hệ giữa chủ sở hữu và người quản lý bắt nguồn từ việc nguồn vốn là vốn nhà nước, thuộc sở hữu toàn dân. Công tác giám sát việc sử dụng vốn và tài sản nhà nước cũng như hoạt động của các tập đoàn kinh tế nhà nước đặc biệt yếu kém. Nguyên nhân do cả lỗ hổng pháp luật cũng như trách nhiệm thực thi của các cơ quan, tổ chức và cá nhân có liên quan, trong đó, cơ bản là những bất cập của chế độ đại diện và ủy quyền [45].

Vấn đề sở hữu chéo trong các công ty đại chúng, đặc biệt là các ngân hàng cũng là vấn đề đáng báo động. Bên cạnh những điểm tốt ít ỏi như: cải thiện sự hỗ trợ vốn, công nghệ, kinh nghiệm và hiểu biết lẫn nhau giữa các đối tác... Thì thực tiễn còn nhiều hệ lụy do sở hữu chéo gây ra, đặc biệt là khi sở hữu chéo bị lạm dụng để phục vụ lợi ích nhóm hay để che giấu tình trạng ọp ẹp về tài chính của các doanh nghiệp và ngân hàng có liên quan. Sở hữu chéo gây tình trạng mù mờ về sở hữu thực, thực trạng lẫn lộn và trách nhiệm giải trình, dẫn đến làm giảm hiệu quả quản lý doanh nghiệp [90].

Bảng 3.2. Đánh giá thực hiện các tiêu chí quản trị công ty 3 năm (2009-2011) [42]

Chỉ tiêu	Trung bình (%)			Thấp nhất (%)			Cao nhất (%)		
	2009	2010	2011	2009	2010	2011	2009	2010	2011
Kết quả chung về Quản trị kinh doanh	43,9	44,7	42,5	20,5	29,3	17,4	60,9	58,6	57,5
Quyền cổ đông	46,8	48,5	47	2,4	19,3	11,9	78,6	74	73,8
Đối xử bình đẳng với cổ đông	65,1	61	57,8	25	39	13,9	86,1	78	80,6
Vai trò của các bên liên quan	29,2	29,4	22,7	6,3	0	6,3	68,8	68	62,5

Minh bạch và công bố thông tin	39,4	43,2	40,1	15,6	24,3	21,7	62,5	61,3	60
Trách nhiệm HĐQT	35,3	36,1	35,9	11,3	17,7	9,7	53,2	55	54,8

Nguồn: Tổ chức Tài chính quốc tế (IFC) – Báo cáo thể điểm quản trị công ty năm 2012

(Đánh giá này dựa trên khảo sát của 100 doanh nghiệp niêm yết trên 2 sàn Thành phố Hồ Chí Minh (HOSE) và Hà Nội (HNX) tại thời điểm 1/1/2011, trong đó có 20 công ty trên HNX và 80 trên HOSE. Số doanh nghiệp này tính chung đại diện cho hơn 80% tổng giá trị vốn hóa trên thị trường)

Tóm lại, việc bảo vệ quyền và lợi ích các cổ đông nhỏ trong CTCP còn hạn chế. Pháp luật đã quan tâm giải quyết vấn đề này, nhưng hiệu lực thực thi còn thấp; chưa có biện pháp xử lý vi phạm cụ thể. Trong phần lớn các doanh nghiệp, cổ đông nhỏ chưa được tạo điều kiện thuận lợi để tham gia và quyết định các vấn đề quan trọng tại ĐHĐCĐ, đặc biệt điều kiện về thông tin cho việc ra quyết định.

3.2.2.2. Thực hiện nghĩa vụ công khai hóa thông tin liên quan đến giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

Đa số các công ty đại chúng công bố thông tin với mức độ và hình thức khác nhau, nhưng chủ yếu thông qua các cách thức thông tin nội bộ hoặc chế độ báo cáo với người quản lý. Các bên liên quan, cộng đồng và cơ quan quản lý nhà nước không dễ tiếp cận với các thông tin về: chính sách thù lao cho HĐQT và các cán bộ quản lý cấp cao, thông tin về thành viên HĐQT; giao dịch với các bên có liên quan; các yếu tố rủi ro có thể tiên liệu; các vấn đề liên quan đến người lao động và các bên có quyền lợi liên quan; cơ cấu chính sách quản trị...

Về phía người có nghĩa vụ công khai thông tin.

- Không thực hiện đúng quy định về kê khai các thông tin với người có liên quan.
- Không kê khai lợi ích trong các giao dịch mà mình có liên quan.

Đáng lưu ý, mối quan hệ giữa ông chủ nhà băng với các công ty sân sau vô cùng phức tạp, khó có thể thống kê hết và cũng hết sức nhạy cảm. Những trường hợp ông chủ lợi dụng ngân hàng để phục vụ công ty sân sau diễn ra thời gian qua (như trường hợp bầu Kiên, Hà Văn Thắm...) đã chứng minh cho vấn đề này. Hay như, ở vụ việc của Tổng công ty Hàng Hải: Mặc dù LDN 2005 quy định thành viên HĐQT, GD và những người quản trị khác có nghĩa vụ kê khai với công ty các lợi ích liên quan bao

gồm: kê khai doanh nghiệp do những người này nắm giữ phần vốn góp hoặc cổ phần; kê khai doanh nghiệp mà những người có liên quan (vợ, chồng, cha mẹ, cha mẹ nuôi, con, anh chị em ruột, công ty con...) của người quản trị có phần vốn góp hoặc cổ phần trên 35% vốn điều lệ. Nhưng thực tế việc tuân thủ và kiểm soát các giao dịch đó là rất khó. Mức 35% quy định cho việc công bố thông tin về giao dịch với các bên liên quan là không phù hợp và người ta có thể dễ dàng tìm ra cách để tránh không phải công bố thông tin.

Đối với các công ty đại chúng có vốn nhà nước, đặc biệt các CTCP hoá, từ DNNN chuyển sang bộ máy quản lý cũ ít thay đổi, cơ cấu quản lý chưa chặt chẽ do vậy tình trạng giao dịch tư lợi diễn ra khá phổ biến trong các công ty này. Những người lãnh đạo trong công ty (Từ HĐQT đến TGD) sẵn sàng hạ bút ký vào các hợp đồng giao dịch rất bất lợi cho bản thân công ty như cho thuê mặt bằng tài sản công ty với giá rẻ mạt; hay sẵn sàng trả khoản tiền bảo hiểm nguy tạo gây thiệt hại lớn cho công ty (Trường hợp tại CTCP bảo hiểm Pjico, xem Hộp 2.2). Tình trạng các giao dịch tư lợi khá phổ biến ở các công ty cổ phần hoá hơn là ở các công ty cổ phần tư nhân. Nguyên nhân của tình trạng này là do cơ chế quản lý, giám sát lỏng lẻo của các cổ đông đối với bộ máy quản lý, sự không minh bạch trong điều hành và quản lý công ty nhất là các công ty mà Nhà nước nắm giữ nhiều cổ phần.

Trách nhiệm công khai hóa thông tin từ phía công ty.

- Cổ đông nhỏ thiệt thòi vì khó tiếp cận thông tin:

Không phải đợi đến khi doanh nghiệp công bố báo cáo tài chính thì những con số thua lỗ mới được nhận diện. Thực ra cổ đông lớn, các đối thủ đều có thể sớm nhìn ra doanh nghiệp yếu kém đến mức nào, rủi ro ra sao từ trước đó khá lâu. Nhưng đối với nhiều nhà đầu tư, cổ đông nhỏ không có nguồn tin riêng, cũng không có khả năng phân tích dự báo tốt, họ là những người gần cuối biết được chuyện thua lỗ của doanh nghiệp. Điều này tạo nên sự bất cân xứng thông tin.

Thị trường chứng khoán là một kênh đầu tư chứa đựng nhiều rủi ro (tất nhiên đi kèm theo đó là lợi nhuận cũng hấp dẫn) mà khi tham gia nhà đầu tư phải chủ động tìm kiếm, xử lý những thông tin của doanh nghiệp trong phạm vi cho phép. Vấn đề không nằm ở chỗ “biết trước, biết sau” của nhà đầu tư hay tính chất đại chúng, hoặc “bí mật” của thông tin, quan trọng nhất chính là cách thức doanh nghiệp chuyển tải thông tin ra công chúng như thế nào. Việc giám sát của các cơ quan quản lý không chỉ dừng ở mức

độ xử phạt nếu doanh nghiệp vi phạm công bố thông tin, mà phải có những biện pháp để định hướng, răn đe doanh nghiệp và cũng là để bảo vệ nhà đầu tư. Doanh nghiệp thua lỗ cho rằng muốn tạo ra một chút gì đó “tươi sáng” cho hoạt động của mình, nên đã tạo ra các khoản doanh thu ảo, để mọi người thấy thị phần của mình vẫn ổn định, giữ được niềm tin nơi công chúng. Doanh nghiệp có cái lý của mình khi nói rằng nếu cái gì cũng đem công bố hết có thể tạo ra những đồn đoán, lo ngại vượt quá thực tế, ảnh hưởng đến các mối quan hệ đang rất bình thường, có thể ảnh hưởng đến hoạt động kêu gọi đầu tư. Nhưng không thể vì thế vi phạm các nguyên tắc kinh doanh và nghĩa vụ công khai hóa thông tin của các công ty đại chúng được.

- Nhà đầu tư, công chúng mù mờ với các thông tin được công bố.

Về nội dung thông tin công bố, hình chung các công ty chưa đảm bảo công bố thông tin kịp thời, chính xác và dễ tiếp cận về các vấn đề thực tiễn liên quan đến công ty bao gồm: tình hình tài chính, tình hình hoạt động, sở hữu và quản trị công ty. Những nội dung thông tin được công bố với tỷ lệ cao theo kết quả điều tra là những thông tin tối thiểu mà pháp luật bắt buộc phải công bố như: mục tiêu và chính sách thực hiện mục tiêu của doanh nghiệp, báo cáo kiểm toán độc lập, báo cáo tài chính năm. Những thông tin cần thiết cho cải thiện quản trị doanh nghiệp mà đòi hỏi doanh nghiệp phải tự nỗ lực và chủ động công bố (như chính sách quản lý rủi ro; các giao dịch với người có liên quan, lương thưởng của cán bộ quản lý cao cấp, giao dịch nội bộ...) thì tỷ lệ doanh nghiệp thực hiện là không cao.

Một thực tế đáng lo ngại là các công ty đại chúng không chịu “đại chúng”, bởi lẽ khi trở thành công ty niêm yết thì các công ty phải tuân thủ yêu cầu công khai hóa thông tin nghiêm ngặt hơn. Điều này cho thấy việc tuân thủ pháp luật về công khai hóa thông tin ở các công ty đại chúng không nghiêm yết yếu kém thế nào. Và những vi phạm về giao dịch tư lợi xảy ra ở công ty đại chúng không nghiêm yết sẽ là con số đáng lo ngại hơn các công ty niêm yết rất nhiều.

3.2.2.3. Thực hiện quy định pháp luật về điều kiện và tiêu chuẩn của người quản lý công ty trong kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi

Mặc dù, pháp luật đã đưa ra những điều kiện, tiêu chuẩn của người quản lý từ Chủ tịch HĐQT, thành viên HĐQT, GD (TGD), thành viên BKS... nhưng quy trình lựa chọn thành viên HĐQT chưa được xây dựng, cơ chế đánh giá hiệu quả hoạt động của những người quản lý (đặc biệt là những người đại diện trong công ty) bị lãng quên

trong các công ty hiện nay. Vì vậy mà những vi phạm của người quản lý trong công ty về giao kết các hợp đồng tư lợi khó phát hiện hoặc phát hiện không kịp thời.

Ngoài ra, chế độ kiêm nhiệm vẫn còn tồn tại trong một số công ty ở nhiều vị trí quản lý quan trọng như: Chủ tịch HĐQT đồng thời là GD (TGD); thành viên HĐQT, BKS phần lớn vẫn là người lao động của công ty; hoặc người quản lý công ty cùng lúc kiêm nhiệm nhiều vị trí khác. Theo báo cáo thể điểm quản trị 2012 của IFC (kết quả phân tích đánh giá thực trạng quản trị công ty của công ty niêm yết lớn nhất trên hai sàn HNX và HOSE), 91% các công ty khảo sát bảo đảm tỷ lệ hợp lý giữa các thành viên HĐQT điều hành và không điều hành. Tuy nhiên, có 2 công ty có HĐQT chỉ gồm thành viên điều hành mặc dù Quy chế quản trị công ty quy định 1/3 số thành viên HĐQT phải là thành viên không điều hành. 93% công ty được khảo sát chưa có thành viên độc lập.

Đặc biệt tính chất gia đình trị vẫn còn tồn tại ở nhiều công ty đại chúng, mà theo đánh giá của các chuyên gia thì đây là bước cản cho quá trình phát triển của doanh nghiệp vốn đã có quá nhiều các mối quan hệ với người có liên quan. [Xem hộp 3.10].

Năm 2008, cuộc khảo sát do viện nghiên cứu quản lý kinh tế trung ương (CIEM) thực hiện liên quan đến quản trị doanh nghiệp cho thấy tính tập quyền, thu tóm quyền lực bởi các cổ đông lớn đang khá phổ biến tại các công ty đại chúng đặc biệt tại các công ty có phần vốn góp của cổ đông Nhà nước chiếm đa số, đại diện cổ đông Nhà nước thường kiêm tới bốn chức danh đó là đại diện Chủ sở hữu công ty, chủ tịch HĐQT, GD điều hành và bí thư đảng uỷ [Xem Hộp 3.4]. Chỉ nhìn vào hệ thống các chức danh mà một người kiêm nhiệm có thể thấy nguy cơ lạm dụng quyền lực như thế nào [91]. Trong khi đó, để trở thành một nhà đầu tư chuyên nghiệp, thông lệ quốc tế đã đưa ra các hướng giải pháp như thực thi quyền sở hữu nhà nước phải được xác định rõ ràng với quản lý hành chính nhà nước [xem Bảng 3.1].

Vụ việc tại Tổng công ty Hàng Hải là một ví dụ điển hình: Đối với các công ty cổ phần hoá, từ DNNN chuyển sang bộ máy quản lý cũ ít thay đổi, cơ cấu quản lý chưa chặt chẽ do vậy tình trạng giao dịch tư lợi diễn ra khá phổ biến trong các công ty này. Những người lãnh đạo trong công ty (từ HĐQT đến TGD) sẵn sàng hạ bút ký vào các hợp đồng giao dịch rất bất lợi cho bản thân công ty như cho thuê mặt bằng tài sản công ty với giá rẻ mạt (điển hình như vụ việc tại công ty cổ phần thương mại dịch vụ du lịch Ba Đình) hay sẵn sàng trả khoản tiền bảo hiểm nguy tạo gây thiệt hại lớn cho công ty

(trường hợp tại CTCP bảo hiểm Pjico). Tình trạng các giao dịch tư lợi khá phổ biến ở các công ty cổ phần hoá hơn là ở các công ty cổ phần tư nhân. Nguyên nhân của tình trạng này là do cơ chế quản lý, giám sát lỏng lẻo của các cổ đông đối với bộ máy quản lý, sự không minh bạch trong điều hành và quản lý công ty nhất là các công ty mà nhà nước nắm giữ nhiều cổ phần.

Thành viên Hội đồng quản trị độc lập

Thông tư 121/2012/TT-BTC quy định về điều kiện phải có 1/3 thành viên HĐQT độc lập không phải là cổ đông của công ty cũng như không nằm trong ban điều hành cũng gây nhiều khó khăn (nếu như không muốn nói là bất khả thi) với nhiều Công ty do hiện nay có khoảng 2000 công ty niêm yết/đại chúng đã đăng ký sẽ cần khoảng từ 2000 đến 6000 thành viên HĐQT độc lập và vướng mắc cho các Công ty niêm yết trên thị trường chứng khoán Việt Nam. Quy định này đi ngược với thông lệ quản trị công ty tốt khi mà cho phép các thành viên HĐQT độc lập được nắm giữ cổ phiếu của doanh nghiệp nhưng giới hạn tỷ lệ (ví dụ 0,5% như ở Thái Lan) để vẫn giữ được tính độc lập trong các quyết định của các thành viên này cũng như nâng cao trách nhiệm của thành viên đó với công ty trong việc biểu quyết thông qua các quyết định có thể làm ảnh hưởng đến công ty và tất cả các cổ đông trong công ty.

Theo IFC, chất lượng quản trị của HĐQT được cải thiện khi số lượng thành viên HĐQT độc lập chiếm ít nhất 50% tổng số thành viên HĐQT. Bằng chứng cho thấy, tỷ lệ tham gia của thành viên HĐQT độc lập càng cao, chỉ số ROA, ROE của doanh nghiệp càng được cải thiện. Lý do được IFC đưa ra tập trung ở 3 yếu tố: việc có nhiều thành viên độc lập sẽ nâng cao khả năng đóng góp, sức mạnh trí tuệ của các yếu tố khác, bên cạnh sự đóng góp của các cổ đông lớn; tăng cường tính độc lập trong các quyết định của HĐQT (để tránh bị chi phối bởi các cổ đông lớn, khách quan hơn); và cuối cùng là để tăng khả năng độc lập, giám sát hoạt động của ban tổng giám đốc. Tuy nhiên, IFC cũng chỉ ra 7 vấn đề doanh nghiệp cần phải giải quyết liên quan đến thành viên HĐQT độc lập, trong đó, vấn đề đầu tiên là: tìm thành viên HĐQT độc lập ở đâu? Tiêu chí thành viên HĐQT khá đơn giản nhưng tiêu chí về chuyên môn, kinh nghiệm, uy tín, những thứ để đảm bảo phát huy tối đa hiệu quả, nâng cao tiếng nói của thành viên HĐQT độc lập trong HĐQT thì lại chưa có. Với những doanh nghiệp mà hệ thống quản trị vốn mang tính gia đình, thì việc tìm được thành viên HĐQT độc lập xem ra sẽ càng khó khăn hơn. Tìm hiểu sơ bộ cho thấy, thành viên HĐQT ngoài hệ

thống gia đình của các doanh nghiệp này chủ yếu thiên về phụ trách mảng pháp lý, hoặc thậm chí là nhằm đáp ứng “yêu cầu về mặt pháp lý” để không bị xử phạt.

Trên thực tế, các quy định hiện hành cũng không đủ mạnh để giúp thành viên HĐQT độc lập có thể phản đối các quyết định của cổ đông chiếm đa số, cổ đông lớn (cũng là thành viên HĐQT) gây ảnh hưởng đến công ty vì lợi ích nhóm của họ (Hộp 3.5). Ngoài ra, thù lao phải trả cho thành viên HĐQT độc lập cũng chưa tương xứng với những đóng góp của họ trong công ty để bảo đảm sự gắn bó và tính độc lập của họ với công ty.

3.2.2.4. Vi phạm nghĩa vụ của người quản lý trong việc để xảy ra giao dịch tư lợi

Như đã phân tích ở các phần trước, việc xác định nghĩa vụ của người quản lý đóng vai trò vô cùng quan trọng trong kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi. Nhưng thực trạng hiện nay, vấn đề vi phạm nghĩa vụ của người quản lý diễn ra phổ biến trong các CTCP, gây khó khăn đối với hoạt động kiểm soát các giao dịch tư lợi. Từ việc khai báo thông tin không đầy đủ rõ ràng, đến hành xử thiếu thận trọng trong quá trình quản lý, điều hành công ty và việc lạm dụng chức vụ quyền hạn để tư lợi riêng. Không hiếm các vị lãnh đạo trong công ty tiến hành các giao dịch để tư lợi riêng hay có những doanh nghiệp “vệ tinh” phục vụ lợi ích của công ty thì ít nhưng phục vụ cho cá nhân và gia đình thì nhiều. [Xem Hộp 3.6]

Ở Việt Nam hiện nay có 34 ngân hàng, thì có đến 32 ngân hàng là công ty đại chúng. Năm 2014, lĩnh vực ngân hàng có 300 vụ án được cơ quan chức năng khởi tố, thiệt hại lên đến hàng chục ngàn tỉ đồng, một số vụ án lớn xảy ra ở Ngân hàng Nông nghiệp và Phát triển nông thôn (Agribank), Ngân hàng phát triển Việt Nam (VDB), Ngân hàng Xây dựng Việt Nam (VNCB), Ngân hàng Đại Dương (OceanBank), Ngân hàng Công thương Việt nam (Viettinbank). Đã có hàng loạt lãnh đạo, nguyên lãnh đạo các ngân hàng bị triệu tập, bắt giữ với những sai phạm nghiêm trọng trong công tác điều hành, quản lý hoạt động tiền tệ, tín dụng ngân hàng. Những lãnh đạo này đều vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của người quản lý.

HĐQT thu vén lợi ích riêng và phục vụ lợi ích của cổ đông lớn: Tại nhiều doanh nghiệp, HĐQT luôn tìm cách nâng thù lao của mình lên và quy định nhiều đặc quyền, đặc lợi cho các thành viên HĐQT, dùng quyền trong các cuộc họp để thông qua Nghị quyết ĐHĐCĐ cho phép HĐQT quyết định một số vấn đề có khả năng mang lại lợi ích cho họ [Xem hộp 3.7]. Đặc biệt, HĐQT tìm cách liên kết thu gom cổ phiếu

nhằm thâm tóm quyền lực trong doanh nghiệp, hoặc tìm cách rút lợi nhuận thông qua thành lập công ty con. Bên cạnh đó, họ gây khó khăn cho cổ đông trong việc tiếp cận thông tin đầy đủ về các chiến lược, quyết định lớn của công ty; không rõ ràng về chế độ lương thưởng, kiểm toán và thường tìm cách vô hiệu hóa BKS, nhất thể hóa BGD và BKS để dễ chi phối; không công khai đánh giá hoạt động của các thành viên khiến cổ đông khó giám sát việc tuân thủ các quy tắc ứng xử của HĐQT.

Ban Giám đốc thường muốn vô hiệu hóa cổ đông và cổ đông khó tiếp cận thông tin về doanh nghiệp

BGD là những người được cổ đông thuê để điều hành các hoạt động sản xuất - kinh doanh của doanh nghiệp và được trả lương theo hiệu quả công việc, thể hiện rõ nét nhất ở kết quả kinh doanh hàng năm. Tuy nhiên, thường xuyên có sự mâu thuẫn giữa BGD với các cổ đông do bản chất của mối quan hệ giữa chủ và người làm thuê. Thực tế, trong quá trình trực tiếp quản lý điều hành công ty, BGD và HĐQT sẽ có những lợi ích riêng, mâu thuẫn với lợi ích chung của công ty. Vì vậy, BGD luôn muốn vô hiệu hóa cổ đông và HĐQT để không bị cản trở khi lợi dụng các điều kiện hiện có, hoặc sẽ có trong tương lai của công ty nhằm mang lại lợi ích riêng. Họ báo cáo không đầy đủ các thông tin hoạt động của công ty hoặc gian lận trong báo cáo nhằm che giấu thông tin về tình hình hoạt động, tình hình tài chính của công ty. Hành vi trục lợi thông qua làm giá chứng khoán trong công ty đại chúng là những ví dụ điển hình cho thực trạng này [Xem hộp 3.8].

Người quản lý lợi dụng quyền hạn để tư lợi:

Luật Doanh nghiệp quy định rằng: Đối với những người quản lý công ty không được lạm dụng địa vị và quyền hạn, sử dụng tài sản công ty để thu lợi riêng cho bản thân, cho người khác, nhưng trên thực tế việc kiểm soát đối với những giao dịch do người quản lý thực hiện không phải là điều dễ làm. Với quyền lực được trao người quản lý nếu không phải là một người trung thực, mẫn cán và vì lợi ích của cổ đông, của công ty thì rõ ràng họ có thể thông qua các giao dịch để trục lợi vì mục đích cá nhân, gây tổn hại tới tài sản, thương hiệu và nhiều vấn đề khác của công ty. Vụ nhận hối lộ của GD và Phó GD – những người đại diện CTCP bảo hiểm Petrolimex (Pjico) là một ví dụ điển hình. Khi những giao dịch tư lợi của công ty Petrolimex(Pjico) bị phơi bày thì thiệt hại lúc này không chỉ là tài sản của công ty và các cổ đông nữa mà

còn ảnh hưởng nghiêm trọng đến thương hiệu, tên tuổi, uy tín của Petrolimex(Pjico) vất vả xây dựng bao năm [Xem hộp 3.9].

3.2.2.5. Kiểm toán độc lập và kiểm soát nội bộ trong công ty đại chúng còn hình thức, kém hiệu quả

Tách bạch giữa giám sát và điều hành công ty cũng có nhiều hạn chế. Công tác giám sát đánh giá nội bộ trong công ty còn nhiều bất cập và trông chờ vào giám sát từ bên ngoài. Trước khi đến các đợt thanh tra, kiểm tra, các công ty thường thuê kiểm toán ngoài kiểm tra và phối hợp với kế toán công ty để hợp thức hóa chứng từ. Những kiểm toán viên được thuê có thể làm trong các công ty kiểm toán sẽ thanh tra, kiểm tra doanh nghiệp. Trong khi đó vai trò của kiểm soát nội bộ là vô cùng quan trọng trong việc phát hiện các giao dịch có khả năng tư lợi của công ty thì thực tế không được khai thác hiệu quả.

Thực tế cho thấy, BKS và kiểm soát viên nhìn chung làm việc theo chế độ kiêm nhiệm, không phải cán bộ kiểm soát chuyên nghiệp, trong đó có cả kiêm chức danh quản lý, điều hành công ty. Ngoài ra, thành viên BKS chủ yếu do cổ đông hoặc HĐQT công ty đề cử. Một số rất ít do công đoàn hoặc người lao động đề cử. Thực tế, ở nước ta thành viên BKS của một công ty đại chúng cũng thường là người lao động làm thuê cho các ông chủ (những người góp vốn, người quản lý, người đại diện), dẫn đến chức năng, nhiệm vụ của thành viên BKS phụ thuộc vào ý chí của người sử dụng lao động, hiệu quả hoạt động của BKS còn yếu kém.

Theo thông lệ quản trị doanh nghiệp quốc tế, chức năng chủ yếu của BKS hay kiểm soát viên là bảo vệ lợi ích của chủ sở hữu của cổ đông công ty; giám sát các hoạt động của HĐQT, GD/TGD trong thực hiện nhiệm vụ do chủ sở hữu và các cổ đông giao. Trên thực tế, hoạt động của BKS, kiểm soát viên có sự lệch hướng: BKS và kiểm soát viên thay vì giám giá hoạt động của HĐQT, phục vụ “ông chủ” là các cổ đông thì chủ yếu thực hiện kiểm soát hoạt động sản xuất kinh doanh nói chung của doanh nghiệp và kiểm soát hoạt động tài chính. Ngoài ra còn phải kể đến là nguồn cung cấp thông tin cho BKS, những thông tin (định kỳ hoặc theo yêu cầu đột xuất) chủ yếu từ bộ máy điều hành doanh nghiệp (TGD/GD/các phòng ban điều hành) mà không phải từ chính các đối tượng cần được giám sát, kiểm soát là HĐQT. Tại Việt Nam, các cơ quan nhà nước, hoặc bên thứ ba chỉ quan tâm đến người nào là đại diện theo pháp luật của công ty chứ không quan tâm ai là thành viên hoặc trưởng BKS của công ty.

Nói chung, Kiểm soát nội bộ còn hình thức và kém hiệu quả, đặc biệt là đối với các CTCP phi đại chúng. Ngay cả những CTCP niêm yết, vai trò của BKS trong công ty được thể hiện rất rõ ràng trong Luật Doanh nghiệp, Quy chế, Điều lệ Mẫu; tuy nhiên, trong thực tiễn, tại nhiều công ty niêm yết, vai trò của BKS chỉ là “*tồn tại trên giấy tờ*” [45].

3.2.3. Hiệu quả xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

- Về phát hiện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng, cổ đông, người lao động còn thờ ơ với các hoạt động giao dịch và ký kết hợp đồng của công ty, cổ đông và người quản lý chưa ý thức và sử dụng hiệu quả quyền khởi kiện. Bởi vậy, chỉ đến khi công ty hứng chịu những thiệt hại lớn từ các giao dịch có khả năng tư lợi thì sự việc mới được phanh phui, người lao động trong công ty và xã hội mới bàng hoàng bởi vấn đề quá nghiêm trọng.

“LDN 2014 lần đầu tiên trao cho cổ đông trong CTCP quyền khắc phục mới bằng hình thức khởi kiện phái sinh đối với người quản lý công ty trên cơ sở luật hóa Điều 25 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP Hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của LDN 2005. Từ năm 2010 đến nay, tức là khoảng 6 năm khi chế định này chính thức được đưa vào quy định của pháp luật Việt Nam, hệ thống Tòa án nhân dân chưa ghi nhận một trường hợp khởi kiện phái sinh nào của cổ đông đối với người quản lý CTCP” [17].

- Về xử lý giao dịch tư lợi trong công ty đại chúng.

Về nguyên tắc, khi hợp đồng tư lợi bị tuyên vô hiệu thì các bên trong hợp đồng có nghĩa vụ hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng và bồi thường thiệt hại phát sinh (Điều 137, Bộ luật Dân sự 2005). Tuy nhiên, thực tế những thiệt hại từ các hợp đồng tư lợi là quá lớn, việc hoàn trả hay bồi thường thiệt hại khó có thể thực hiện. Thu hồi tài sản còn khó nói gì hoàn trả khoản lợi thu được từ các hợp đồng tư lợi. Bản thân cá nhân người đại diện vi phạm khi bị phát hiện thường bị khởi tố hình sự, những lợi ích mà họ thu được một mặt không thể tính toán hết, mặt khác với năng lực cá nhân hạn chế các đối tượng này thường chọn giải pháp “đi tù thay cho trả nợ”. Cuối cùng, thiệt hại lớn nhất mà người phải gánh chịu vẫn là công ty và nền kinh tế quốc gia.

3.2.4. Thực hiện kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi qua Điều lệ và các văn bản nội bộ trong công ty đại chúng

Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi theo Điều lệ trong các công ty đại chúng

Bên cạnh những bất cập trong thực tiễn quy định pháp luật, thực tiễn thực thi pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi thông qua Điều lệ công ty ở Việt Nam cũng cho thấy một bức tranh khá ảm đạm:

- Việc xây dựng điều lệ và “chất lượng” của điều lệ có sự khác biệt lớn giữa các công ty đại chúng với công ty phi đại chúng; giữa công ty đại chúng niêm yết so với các công ty đại chúng chưa niêm yết; giữa các công ty hoạt động trong lĩnh vực ngân hàng, chứng khoán, bảo hiểm với các công ty hoạt động trong các lĩnh vực khác. Điều lệ của đa số các công ty hoàn toàn giống với Điều lệ mẫu được ban hành kèm theo Thông tư 121/2012/NĐ-CP (từ số điều, cơ cấu, đến nội dung). Điều lệ của các công ty trong lĩnh vực chứng khoán, ngân hàng, bảo hiểm thì thường được xây dựng dựa trên sự kết hợp cả Điều lệ mẫu với các quy định của pháp luật chuyên ngành, bởi vậy thường có số lượng điều vượt trội lên so với các nội dung cơ bản trong Điều lệ mẫu.

- Khi thành lập doanh nghiệp, các doanh nghiệp thường xem nhẹ vai trò của Điều lệ công ty, biểu hiện điển hình là sự thiếu đầu tư đúng mức khi xây dựng nó. Rất nhiều doanh nghiệp xem điều lệ chỉ là một loại văn bản để làm tròn thủ tục với cơ quan công quyền khi đăng ký thành lập doanh nghiệp. Những công ty này thường sao chép nguyên quy định của Luật Doanh nghiệp vào Điều lệ công ty, công ty này “học hỏi” Điều lệ của công ty khác. Hậu quả là, với cách làm “chép luật” mọi sai sót, bất cập của pháp luật đều hiện diện trong các điều lệ của công ty.

- Ngược với tư duy xem nhẹ vai trò của Điều lệ, nhiều công ty lại thể hiện tính thượng tôn Điều lệ. Khi xây dựng Điều lệ không hiểu đúng tinh thần của pháp luật, vượt ra ngoài khuôn khổ pháp luật, vi phạm điều cấm của pháp luật. So sánh với bản Điều lệ “chép luật” thì rõ ràng bản Điều lệ vi phạm pháp luật còn nguy hiểm hơn rất nhiều.

- Đa phần các doanh nghiệp không có sự linh hoạt, chủ động trong việc xây dựng các quy định về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi: không xác định được các giao dịch bất thường của công ty mà chỉ nhìn nhận các giao dịch với người có liên quan và giao dịch có giá trị lớn; cơ chế kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi cũng không được chú trọng. Việc yêu cầu các công ty sáng tạo pháp luật là điều không thể và

không phải công ty nào cũng có những chuyên gia pháp lý giỏi để thực hiện việc chấp hành pháp luật một cách sáng tạo đúng đắn và hợp lý nhất.

Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi bằng các văn bản nội bộ khác của công ty đại chúng.

Hiện nay, những thông lệ quản trị công ty tốt trên thế giới, những khuyến cáo đối với quản trị công ty đại chúng ở Việt Nam và những kinh nghiệm quản trị công ty được nhắc đến nhiều nhờ thời đại công nghệ thông tin phát triển. Do đó, bên cạnh Điều lệ của công ty – văn bản bắt buộc phải có của các công ty, thì ở các công ty đại chúng đã xuất hiện nhiều các văn bản nội bộ khác góp phần nâng cao hiệu quả quản trị công ty, các văn bản này cũng chứa đựng những nội dung về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi mà tiêu biểu nhất là: Quy chế nội bộ về quản trị công ty; Bộ Quy tắc ứng xử (Quy tắc đạo đức kinh doanh); hay quy trình ký kết hợp đồng;...

Quy chế nội bộ về quản trị công ty

Ở nước ta, chỉ những công ty niêm yết và công ty đại chúng lớn mới bắt buộc phải có quy chế nội bộ về quản trị công ty (Chương VII, Thông tư 121/2012/NĐ-CP). Quy chế nội bộ về quản trị công ty được xây dựng theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Chứng khoán và vận dụng những thông lệ quốc tế tốt nhất về quản trị công ty phù hợp với điều kiện của Việt Nam. Và cũng theo quy định này, các công ty đại chúng quy mô lớn, công ty niêm yết phải tuân thủ các quy định riêng với các đòi hỏi cao hơn so với công ty đại chúng khác, đặc biệt là về cơ cấu tổ chức và vấn đề công bố thông tin.

Nội dung cơ bản của quy chế nội bộ về quản trị công ty bao gồm: a) Trình tự, thủ tục về triệu tập và biểu quyết tại ĐHĐCĐ; b) Trình tự, thủ tục đề cử, ứng cử, bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm thành viên HĐQT; c) Trình tự, thủ tục tổ chức họp HĐQT; d) Trình tự, thủ tục lựa chọn, bổ nhiệm, miễn nhiệm cán bộ quản lý; đ) Quy trình, thủ tục phối hợp hoạt động giữa HĐQT, BKS và Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành; e) Quy định về đánh giá hàng năm đối với hoạt động, khen thưởng và kỷ luật đối với thành viên HĐQT, thành viên BKS, Giám đốc (Tổng giám đốc) điều hành và các cán bộ quản lý khác; g) Quy trình, thủ tục về việc thành lập và hoạt động của các tiểu ban thuộc HĐQT.

Như vậy, quy chế nội bộ về quản trị công ty giúp cụ thể hóa các vấn đề về cơ cấu tổ chức của công ty đại chúng. Dù không trực tiếp nhắc đến vấn đề ngăn ngừa xung

đột lợi ích hay kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, nhưng quy chế này góp phần tăng cường hiệu quả cơ chế kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty. Tuy nhiên, điều đáng chú ý ở đây là, quy chế nội bộ về quản trị công ty cũng không có sự phát triển đáng kể so với Điều lệ công ty. Việc bê nguyên những quy định tại điều lệ công ty hoặc vấn đề “học hỏi quy chế nội bộ” của các công ty khác vẫn diễn ra phổ biến. Bởi không phải công ty đại chúng nào cũng có một đội ngũ pháp chế đủ năng lực để xây dựng bộ quy chế nội bộ về quản trị công ty một cách độc lập, phù hợp với các đặc điểm riêng của công ty mình.

Bộ quy tắc ứng xử

Trong Bộ Quy tắc ứng xử thường dành nhiều điều quy định về vấn đề xung đột lợi ích, xử lý xung đột lợi ích, đạo đức kinh doanh, việc tuân thủ nội quy lao động... thể hiện rất rõ tinh thần phòng chống giao dịch tư lợi của các thành viên trong công ty. Tuy nhiên, văn bản này thể hiện rõ quản điểm, tinh thần của công ty dựa trên sự kêu gọi đạo đức từ phía nhà quản lý, và nâng cao ý thức cảnh giác đấu tranh của cán bộ, công nhân viên đối với các giao dịch tư lợi thay vì đưa ra một cơ chế thực hiện mang tính bắt buộc và cơ chế xử lý cụ thể cho các giao dịch tư lợi.

Đáng lưu ý, sự hiện diện của Bộ Quy tắc ứng xử trong các công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay là rất ít. Các công ty quan tâm đến việc xây dựng Bộ Quy tắc ứng xử này chủ yếu là các công ty thuộc lĩnh vực ngân hàng, bảo hiểm. Và vẫn tồn tại thực tế là làm cho có, cho đủ văn bản chứ không phải xây dựng Bộ Quy tắc ứng xử vì nhận thấy hiệu quả của nó. Dẫn đến nhiều công ty sao chép các quy tắc ứng xử của nhau, rất ít công ty đưa ra được Bộ Quy tắc ứng xử mang đặc điểm riêng của mình, phù hợp với lĩnh vực kinh doanh, cơ cấu tổ chức hoạt động của công ty mình. So sánh Bộ Quy tắc ứng xử của công ty Vinamilk; công ty Pijco (một trong những bộ quy tắc tiêu biểu cho chất lượng) và Bộ Quy tắc ứng xử của các công ty đại chúng khác chúng ta sẽ thấy rõ điều này.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Nghiên cứu thực trạng pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong các công ty cho chúng ta một số kết luận sau:

- Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong các công ty đại chúng ở Việt Nam được điều chỉnh bởi nhiều các văn bản luật và dưới luật. Trong bối cảnh hội nhập quốc

tế, bao gồm cả hội nhập về pháp luật, đặt Việt Nam đứng trước yêu cầu hoàn thiện hệ thống pháp luật cho phù hợp với các cam kết quốc tế, những thông lệ quản trị tốt của thế giới, và Việt Nam luôn nỗ lực thực hiện điều này, thể hiện qua hoạt động sửa đổi bổ sung hệ thống pháp luật doanh nghiệp thời gian qua. Pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tự lợi ngày càng được chú trọng hoàn thiện.

- Bên cạnh những mặt đạt được, pháp luật điều chỉnh về kiểm soát giao dịch có khả năng tự lợi còn nhiều bất cập, hạn chế từ việc xác định giao dịch có khả năng tự lợi đến cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tự lợi. Những hạn chế này không chỉ thể hiện trong LDN 2014 mới ban hành mà còn thể hiện trong cả hệ thống pháp luật liên quan, đặc biệt sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật từ luật đến văn bản hướng dẫn trên các phương diện nội dung và hình thức.

- Thực trạng thực hiện pháp luật chung về kiểm soát giao dịch có khả năng tự lợi trong các công ty đại chúng còn nhiều yếu kém: nhận diện chưa đầy đủ các giao dịch có khả năng tự lợi; chưa chú trọng về điều kiện, tiêu chuẩn của người quản lý; vi phạm nghĩa vụ công khai hóa thông tin; các cổ đông lớn lạm dụng quyền lực để trục lợi; vi phạm nghĩa vụ của người quản lý; kiểm soát nội bộ trong công ty đại chúng còn hình thức và kém hiệu quả.

- Kiểm soát giao dịch có khả năng tự lợi thông qua Điều lệ và các văn bản nội bộ của công ty đại chúng còn nhiều hạn chế. Đặc biệt, là sự khác biệt lớn giữa các công ty đại chúng niêm yết so với các công ty đại chúng chưa niêm yết; giữa các công ty đại chúng hoạt động trong lĩnh vực ngân hàng, chứng khoán, bảo hiểm với các công ty đại chúng hoạt động trong các lĩnh vực khác. Phần lớn các công ty xây dựng điều lệ theo cách thức “chép” điều lệ mẫu, việc đòi hỏi các công ty chủ động, linh hoạt trong xây dựng điều lệ và các văn bản nội bộ về nội dung kiểm soát giao dịch có khả năng tự lợi là rất khó khăn.

Chương 4

PHƯƠNG HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP NHẪM NÂNG CAO HIỆU QUẢ KIỂM SOÁT CÁC GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHỨNG THEO PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM

4.1. Phương hướng nhằm nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chứng theo pháp luật Việt Nam

4.1.1. Đảm bảo các nguyên tắc của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty

Trên cơ sở nghiên cứu cách thức kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, chúng ta xác định rõ ràng việc tiếp cận nhằm kiểm soát giao dịch tư lợi theo cách thức khoa học hơn là: không triệt tiêu mọi giao dịch có khả năng làm phát sinh tư lợi mà pháp luật vẫn cho phép các chủ thể tiến hành các giao dịch đó nhưng các giao dịch này phải tuân thủ cơ chế kiểm soát chặt chẽ.

Việc đề xuất những giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chứng phải bám sát các nguyên tắc quản trị công ty đại chứng và các nguyên tắc cơ bản của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Theo đó, các giải pháp được đề xuất thể hiện rõ sự thành thạo giữa pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong mối quan hệ với pháp luật quản trị chung của công ty. Bởi lẽ, pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi là một thành tố của pháp luật quản trị công ty, việc tuân thủ và phù hợp với pháp luật quản trị công ty là yêu cầu bắt buộc.

4.1.2. Phối kết hợp giữa quy định trong các văn bản pháp luật và quy định trong các văn bản nội bộ của công ty để kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chứng

Việc xây dựng hệ thống các văn bản nội bộ của công ty liên quan đến vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi là yêu cầu bắt buộc của công ty đại chứng. Không ngừng hoàn thiện hệ thống các văn bản nội bộ của công ty (Điều lệ, quy chế quản trị, quy tắc ứng xử...) cần phải dựa trên sự phù hợp và tuân thủ nghiêm ngặt các quy định của pháp luật doanh nghiệp, luật chứng khoán, điều lệ mẫu đối với các công ty đại chứng, và các văn bản pháp luật liên quan. Đồng thời, nâng cao hiệu quả kiểm

soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng đòi hỏi, hệ thống các văn bản nội bộ của công ty phải bổ sung được những khiếm khuyết của pháp luật chung.

4.1.3. Yêu cầu của hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đặt trong bối cảnh hội nhập quốc tế

- Hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi không phủ định sạch trơn những thành tựu đã đạt được của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi hiện tại. Trên cơ sở phát huy những điểm mạnh của pháp luật hiện tại, sửa đổi, bổ sung những quy định còn bất cập, hạn chế.

- Hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi phải đảm bảo các tiêu chí: tính thống nhất, minh bạch, hợp lý, khả thi các quy định pháp luật doanh nghiệp, luật chứng khoán và các văn bản pháp luật có liên quan. Theo đó, các giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật cần được nhìn nhận và đánh giá ở các cấp độ: (1) tính hợp lý, khả thi của điều luật; (2) tính hợp lý, thống nhất của các điều luật trong cùng một văn bản pháp lý; (3) sự thống nhất phù hợp giữa các văn bản pháp lý với nhau. [Bảng 4.1]

Bảng 4.1. Tiêu chí đánh giá hiệu quả pháp luật

TT	Tiêu chí	Các khía cạnh cụ thể
1	Tính minh bạch	<ul style="list-style-type: none"> - Rõ ràng về hình thức: + Ngôn ngữ sử dụng chính xác, dễ hiểu + Diễn đạt rõ ràng, không bị hiểu theo nhiều cách khác nhau - Rõ ràng trong các quy định áp dụng cho doanh nghiệp: + Rõ ràng về quyền và nghĩa vụ + Rõ ràng về các trình tự, thủ tục, chi phí (thời gian, phí, lệ phí) - Có nguy cơ cho những nhiễu, tham nhũng?
2	Tính thống nhất	<ul style="list-style-type: none"> - Tuân thủ với các văn bản pháp luật có giá trị pháp lý cao hơn không - Không có mâu thuẫn giữa các quy định trong bản thân văn bản đó. Không có mâu thuẫn với các văn bản pháp luật khác - Tương thích với các cam kết quốc tế của Việt Nam
3	Tính hợp	<ul style="list-style-type: none"> - Đơn giản hóa được các điều kiện kinh doanh, thủ tục hành

	lý	<p>chính, giảm chi phí cho doanh nghiệp</p> <ul style="list-style-type: none"> - Không quy định bất hợp lý, cản trở quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp - Phù hợp với sự phát triển bền vững và các quy luật của kinh tế thị trường (về trách nhiệm của doanh nghiệp, về lợi ích của người tiêu dùng, về nguyên tắc cung - cầu và cạnh tranh bình đẳng...) - Không phân biệt đối xử
4	Tính khả thi	<ul style="list-style-type: none"> - Có khả năng doanh nghiệp thực hiện được trên thực tế - Trách nhiệm của cơ quan quản lý Nhà nước đối với việc thực hiện các quy định pháp luật - Bảo đảm hiệu quả quản lý của Nhà nước, hiệu quả kinh tế cho doanh nghiệp, cho nền kinh tế và hiệu quả điều chỉnh của pháp luật.

Nguồn: Luật gia Cao Bá Khoát – Giám đốc công ty tư vấn KAC – trưởng nhóm nghiên cứu, Báo cáo rà soát Luật Doanh nghiệp 2005, tr.4.

- Hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng phải đảm bảo tính tương thích với pháp luật và thông lệ quốc tế về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng.

Hội nhập kinh tế quốc tế bao gồm cả hội nhập pháp luật, đưa Việt Nam đứng trước những thách thức lớn trong việc hoàn thiện pháp luật quốc gia (trong đó có pháp luật doanh nghiệp) tương thích với các chuẩn mực chung đang được hầu hết các quốc gia trên thế giới thừa nhận. Bên cạnh đó, khi bàn về mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia, đa số các học giả đều thừa nhận, Việt Nam rất chú trọng đến việc nội luật hóa các điều ước quốc tế, và cam kết quốc tế. Quá trình xây dựng, sửa đổi, bổ sung pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam gần 20 năm qua đã chứng minh rất rõ cho nhận định này. Bởi lẽ đó, trong bối cảnh hồi thúc hội nhập hiện nay, việc hoàn thiện pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong các công ty đại chúng cần tuân thủ các cam kết quốc tế và học hỏi những thông lệ tốt của thế giới.

Các nguyên tắc quản trị công ty được OECD nhấn mạnh bao gồm: (1) đảm bảo cho một khuôn khổ quản trị công ty hiệu quả; (2) quyền của cổ đông và các chức năng sở hữu chính; (3) đối xử công bằng với các cổ đông; (4) công bố thông tin và tính

minh bạch; (5) trách nhiệm của HĐQT; (6) đặc biệt là vai trò của các bên có quyền lợi liên quan trong quản trị công ty là những tham chiếu quan trọng khi đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam.

4.1.4. Nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi

Cũng như các cơ chế pháp lý khác, khi đề cập đến cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng cần xem xét một cách toàn diện trên các mặt: thể chế; thiết chế; và biện pháp bảo đảm thực hiện. Bởi lẽ đó, bên cạnh hoàn thiện quy định pháp luật (giải pháp về mặt thể chế), cần có những giải pháp hoàn thiện về mặt thiết chế và các biện pháp bảo đảm thực hiện. Thực hiện điều này, chúng ta cần xây dựng thiết chế hợp lý, đủ mạnh để thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi; và nâng cao hiệu quả biện pháp bảo đảm thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

4.2. Hoàn thiện quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

4.2.1. Hoàn thiện quy định pháp luật về nhận diện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

Thứ nhất, khi hoàn thiện quy định pháp luật về nhận diện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng, cần làm rõ căn cứ pháp lý để xác định giao dịch có khả năng tư lợi: về người đại diện tham gia giao dịch; người có liên quan của công ty; giá trị tài sản tham gia giao dịch; nội dung bất thường của giao dịch. Trên cơ sở đó, pháp luật điều chỉnh chung (luật doanh nghiệp; luật chứng khoán; luật phá sản;... và các văn bản pháp luật liên quan) và văn bản nội bộ của công ty cần nhận diện đầy đủ các giao dịch cần phải được kiểm soát bao gồm: giao dịch giữa công ty đại chúng với người có liên quan; giao dịch có giá trị lớn; giao dịch nội gián; giao dịch bất thường: giao dịch trong các trường hợp đặc biệt (công ty lâm vào tình trạng phá sản); giao dịch đơn phương của công ty; giao dịch cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bằng cổ phiếu của công ty...

Thứ hai, pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư cần đưa ra định nghĩa về giao dịch có khả năng tư lợi. Nếu như LDN 2014; Điều lệ mẫu chưa làm được thì Điều lệ công ty cần chú ý đến vấn đề này để bổ sung những lỗ hổng của pháp luật.

Đồng thời, cần làm rõ một số khái niệm cụ thể đối với các loại giao dịch có khả năng tư lợi như:

+ Luật Doanh nghiệp cần làm rõ khái niệm người có liên quan của công ty. Theo đó, người có liên quan có thể tổng hợp lại như sau:

Nhóm các chủ thể có quan hệ trực tiếp với công ty đại chúng gồm:

- Cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty;
- Thành viên HĐQT;
- Thành viên BKS;
- GD/TGD; Phó GD/TGD;
- Người quản lý khác của công ty do Điều lệ công ty quy định;
- Nhóm người thỏa thuận cùng phối hợp để thuê tóm phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích ở công ty hoặc để chi phối việc ra quyết định của công ty.
- Người được ủy quyền đại diện cho những người trên.

Nhóm các chủ thể có quan hệ gián tiếp với công ty đại chúng gồm:

Cá nhân là

- Vợ, chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty; hoặc của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty; hoặc của cổ đông sở hữu cổ phần chi phối. Đáng lưu ý, không có quy định nào về loại cổ phần chi phối. Cụ thể là chi phối cái gì (chi phối biểu quyết hay chi phối so với vốn điều lệ)? Tỷ lệ chi phối là bao nhiêu? Lập luận hợp lý, quy định này được hiểu là số cổ phần có tỷ lệ chi phối quyền biểu quyết. Tỷ lệ chi phối là bao nhiêu phụ thuộc vào từng loại cổ phần, số cổ đông dự họp và từng lần họp ĐHĐCĐ;

- Người quản lý công ty mẹ; người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ;

- Người được ủy quyền đại diện cho những người trên;

Tổ chức là

- Công ty mẹ hoặc công ty con trong nhóm công ty;

- Doanh nghiệp mà cổ đông sở hữu cổ phần chi phối; thành viên HĐQT, thành viên BKS, GD/TGD và người quản lý khác của công ty có sở hữu phần vốn góp hoặc cổ phần;

- Doanh nghiệp mà vợ, chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty hoặc của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty hoặc của cổ đông sở hữu cổ phần chi phối cùng sở hữu hoặc sở hữu riêng phần vốn góp trên 10% vốn điều lệ.

Một số lưu ý khi xác định người có liên quan của công ty:

Cần phân biệt được khái niệm người có liên quan của công ty với người có liên quan của cá nhân (thành viên, người quản lý của công ty). Các điều luật: Điều 162; Điều 159; Điều 160... cần thống nhất quy định là người có liên quan của công ty theo K17, Điều 4 của LDN, tránh tình trạng nhầm lẫn đối tượng điều chỉnh.

K17, Điều 4, Luật Doanh nghiệp 2014 cần sửa đổi để đảm bảo tính hợp lý, như: Bộ quy định ở điểm a, vì người có liên quan là công ty mẹ của (điểm a) và người, nhóm người có khả năng chi phối (điểm c) về bản chất không có sự khác biệt; các quy định về người quản lý công ty mẹ; một số quy định khá chi tiết về người quản lý công ty mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý đối với công ty con; nhóm người có khả năng chi phối việc ra quyết định... Điều lệ công ty đại chúng cần phải quy định cụ thể. Về khái niệm “người có thẩm quyền bổ nhiệm” (Điều 4.K17(a) LDN) cần được làm rõ, nếu không sẽ dẫn đến các cách hiểu và áp dụng khác nhau. Theo chúng tôi, để làm rõ khái niệm “người có thẩm quyền bổ nhiệm” sử dụng phương pháp liệt kê sẽ rõ hiểu hơn. Theo đó, khái niệm “người có thẩm quyền bổ nhiệm” là những ai, thì Điều lệ công ty đại chúng phải làm rõ.

Thống nhất giữa Luật Doanh nghiệp 2014 và Luật Chứng khoán 2010 về khái niệm người có liên quan. Theo đó, Luật Chứng khoán 2010 cần sửa đổi bổ sung về khái niệm người có liên quan cho phù hợp với khái niệm tại K17. Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2014.

Sửa đổi quy định của Thông tư 121/2012/TT-BTC cho phù hợp với quy định của Luật Doanh nghiệp 2014. Bởi thời điểm ra đời của Thông tư 121/2012/TT-BTC là căn cứ vào các quy định của Luật Doanh nghiệp 2005, đến nay, Luật Doanh nghiệp 2014 đã có rất nhiều điểm mới so với Luật Doanh nghiệp 2005. Do đó, Bộ Tài chính cần nhanh chóng ban hành thông tư mới để đảm bảo tính thống nhất giữa văn bản luật và văn bản dưới luật.

+ Pháp luật doanh nghiệp cần mở rộng đối tượng là người quản lý trong công ty. Theo K17 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005, người quản lý trong CTCP là Chủ tịch HĐQT, GD hoặc TGD và cá nhân giữ chức danh quản lý khác có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại điều lệ công ty. Tuy nhiên, theo chúng tôi Luật Doanh nghiệp cần bổ sung một số chức danh như Phó Giám đốc, Phó Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng, Giám đốc chi nhánh, Trưởng văn phòng đại diện trực thuộc CTCP... Ngoài ra, một số chức danh quản lý ở những vị trí chủ chốt khác do điều lệ quy định.

+ Pháp luật Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm của pháp luật Vương quốc Anh trong việc quy định hành vi trục lợi, gây hại cho công ty của những người quản lý công ty ngầm (shadow director), người quản lý tiền nhiệm (former director) hay bên thứ ba bị xem là đối tượng của khởi kiện phái sinh [17].

Thứ ba, giải pháp trước mắt cho các công ty là Điều lệ công ty cần mở rộng phạm vi các giao dịch là đối tượng bị kiểm soát. Dựa trên các quy định của pháp luật doanh nghiệp và luật chuyên ngành, Điều lệ công ty cần quy định cụ thể về các loại giao dịch cần phải kiểm soát. Tránh tình trạng quy định chung chung, chép luật, chép Điều lệ mẫu.

Về lâu dài, pháp luật doanh nghiệp cần thấy được vai trò và giá trị của các văn bản nội bộ trong công ty, đặc biệt là phải đề cao giá trị pháp lý của Điều lệ công ty, Luật Doanh nghiệp cần có quy định riêng khẳng định giá trị pháp lý và hiệu lực điều chỉnh của Điều lệ công ty đối với tổ chức và hoạt động của công ty nói chung, vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng trục lợi nói riêng.

4.2.2. Hoàn thiện các quy định pháp luật về cơ chế xác lập và thực hiện giao dịch có khả năng trục lợi

4.2.2.1. Đảm bảo quyền của cổ đông – chủ sở hữu trong công ty đại chúng

- Mặc dù, Luật Doanh nghiệp 2014 đã bổ sung quyền được khởi kiện của cổ đông, tuy nhiên cần mở rộng và cụ thể hơn nữa quyền khởi kiện của cổ đông. Có thể tham khảo kinh nghiệm Luật Công ty của Anh năm 2006 về quyền khởi kiện phái sinh, theo đó các loại vi phạm nghĩa vụ có thể khởi kiện đối với bất kỳ hành vi thực tế hoặc giả định, các thiếu sót liên quan đến tắc trách hoặc vi phạm các nghĩa vụ. Người bị kiện theo quy định của Luật Công ty 2006 của Anh cũng được mở rộng áp dụng đối với các cựu giám đốc (former director) hoặc giám đốc giấu mặt (shadow director).

Thậm chí, cổ đông có thể tiến hành khởi kiện đối với hành vi của giám đốc công ty trước khi họ trở thành cổ đông hoặc người quản lý công ty [17]. Khởi kiện phái sinh còn được áp dụng không chỉ đối với giám đốc công ty mà còn với người thứ ba gây hại cho lợi ích công ty hoặc cả hai (Xem Điều 260 Luật Công ty năm 2005 của Vương quốc Anh).

- Quy định về chi phí khởi kiện tại Điều 161 của Luật Doanh nghiệp cần theo sự điều chỉnh của pháp luật tố tụng dân sự.

- Để phòng tránh khả năng tư lợi của các cổ đông công ty (đặc biệt là những cổ đông nắm các vị trí quan trọng, chủ chốt trong công ty), Luật Doanh nghiệp nên xem xét lại việc quy định về cổ phiếu ghi danh và cổ phiếu vô danh như Luật Công ty năm 1990. Bằng việc quy định về cổ phiếu ghi danh và điều kiện chuyển nhượng cổ phiếu ghi danh thường phức tạp, khó khăn hơn so với cổ phiếu vô danh sẽ hạn chế phần nào khả năng tư lợi của các cổ đông, hạn chế những rủi ro cho công ty khi chuyển nhượng cổ phiếu.

- Pháp luật Doanh nghiệp cần bổ sung quy định về quyền được yêu cầu cơ quan có thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời dừng thi hành Nghị quyết, Quyết định của ĐHĐCĐ khi xét thấy Nghị quyết, Quyết định của ĐHĐCĐ ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của công ty, quyền lợi của cổ đông thiểu số, của người đang khởi kiện hủy bỏ Nghị quyết, Quyết định này. Theo đó, Điều 148 Luật Doanh nghiệp 2014 cần được sửa đổi bổ sung cho phù hợp với tình hình thực tế.

- Tăng cường hơn nữa quyền tiếp cận thông tin của cổ đông. Đặc biệt là việc mở rộng quyền được xem xét và trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của HĐQT, báo cáo tài chính của công ty của các cổ đông thiểu số. Trong trường hợp này nếu họ muốn được xem xét và trích lục thì phải có yêu cầu bằng văn bản lên công ty. Như vậy, sẽ đảm bảo cho tất cả các cổ đông đều có quyền được biết tình hình hoạt động của công ty.

- Đối với các giao dịch của công ty khi cung cấp thông tin, tài liệu cho cổ đông, cần cung cấp thêm các thông tin về đánh giá rủi ro của giao dịch bao gồm cả các thông tin về người có liên quan trong giao dịch.

4.2.2.2. Hoàn thiện quy định về thẩm quyền phê duyệt giao dịch

- Về loại giao dịch cần thông qua quyết định của HĐQT và ĐHĐCĐ, ngoài các giao dịch: với cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ; thành viên HĐQT, GD/TGD và người có liên quan của họ; doanh nghiệp mà thành viên HĐQT, GD/TGD

và người quản lý sở hữu phần vốn góp hoặc cổ phần; doanh nghiệp mà người liên quan của thành viên HĐQT, GĐ/TGD, người quản lý cùng sở hữu hoặc sở hữu riêng cổ phần trên 10% vốn điều lệ;... thì luật doanh nghiệp cần có quy định mở để Điều lệ quy định đối với một số giao dịch có khả năng tư lợi khác. Chẳng hạn như: giao dịch đơn phương của công ty; giao dịch có tính bất thường về giá cả, nội dung của giao dịch... xét thấy cần phải đưa ra lấy ý kiến của HĐQT hoặc ĐHĐCĐ.

- Luật Doanh nghiệp 2014 cần bổ sung cách giải quyết một số trường hợp đặc biệt trong quá trình thông qua quyết định của HĐQT và ĐHĐCĐ. Về nguyên tắc thông qua giao dịch của công ty đại chúng trong trường hợp thuộc thẩm quyền của HĐQT mà số lượng thành viên HĐQT không có lợi ích trong giao dịch không đủ để quyết định theo đa số (chẳng hạn còn một thành viên HĐQT không có lợi ích hoặc trường hợp chủ tịch HĐQT là người có liên quan, biểu quyết phê duyệt giao dịch số phiếu lại ngang nhau) thì cần phải đưa ra ĐHĐCĐ quyết định.

- Bên cạnh đó, Luật Doanh nghiệp 2014 cần bổ sung những quy định về thời hạn để quyết định chấp thuận các giao dịch, hợp đồng và biện pháp giải quyết khi hết thời hạn đã nêu mà không có ý kiến chấp thuận hay phủ quyết của HĐQT, ĐHĐCĐ. Nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động giao dịch của công ty cũng như không làm ảnh hưởng đến lợi ích của công ty khi thực hiện các giao dịch có khả năng nảy sinh tư lợi.

- Luật Doanh nghiệp 2014 đưa ra tỷ lệ yêu cầu và điều kiện tổ chức họp ĐHĐCĐ và thông qua các Nghị quyết/Quyết định của ĐHĐCĐ đều được điều chỉnh giảm xuống so với quy định tại Luật Doanh nghiệp 2005. Thực tế với quy định như vậy không những bảo vệ được cổ đông nhỏ mà ngược lại việc quy định một tỷ lệ quá thấp này sẽ ảnh hưởng đáng kể đến quyền lợi của các cổ đông nhỏ. Một số trường hợp cổ đông chỉ cần sở hữu 15.5% cổ phần hoàn toàn ngăn cản được việc thông qua Quyết định của ĐHĐCĐ vì điều lệ quy định Quyết định của ĐHĐCĐ được thông qua nếu 85% cổ phần có quyền biểu quyết chấp nhận. Do đó, việc cân nhắc để đưa ra một tỷ lệ hợp lý bảo vệ hài hòa quyền và lợi ích cho tất cả các cổ đông công ty là vô cùng cần thiết. Bởi quy định tỷ lệ càng lớn sẽ càng hạn chế được sự độc đoán, chuyên quyền của các cổ đông lớn, bảo vệ quyền và lợi ích cho các cổ đông thiểu số [48, tr.23]. Điều lệ công ty đại chúng cần lưu ý đến vấn đề này để khắc phục những khiếm khuyết của pháp luật.

4.2.2.3. Hoàn thiện các quy định về điều kiện tiêu chuẩn và nghĩa vụ của người quản lý trong xác lập và thực hiện các giao dịch có khả năng tư lợi

- Cần nhìn nhận người có khả năng tư lợi trong các giao dịch theo nghĩa rộng. Theo đó, Điều lệ của các công ty đại chúng căn cứ vào thực tế hoạt động của công ty để chỉ ra cụ thể những người nào là người quản lý? Những vị trí nào cần có sự kiểm soát chặt chẽ để tránh tư lợi? Đương nhiên không chỉ dừng lại ở những vị trí chủ chốt mà Luật Doanh nghiệp đã liệt kê như: thành viên HĐQT; thành viên BKS, GD/TGD... mà cần phải chú ý đến những chức vụ khác như: Kế toán trưởng; Phó giám đốc/Phó Tổng giám đốc; người được nhân danh công ty ký kết hợp đồng; trưởng các đơn vị, bộ phận của công ty...

- Đảm bảo tính độc lập của thành viên HĐQT và KSV, rộng hơn nữa là tính độc lập của người quản lý trong công ty. Theo lý thuyết đại diện đã nhấn mạnh người điều hành là người nắm nhiều thông tin nhất về các giao dịch, cũng như những rủi ro của giao dịch. Nếu người điều hành không độc lập trong các quyết định của mình mà lại theo đuổi mục tiêu cá nhân sẽ dễ dàng tư lợi. Do đó, các quy định về thành viên HĐQT và KSV độc lập cần được chú trọng luật hóa trong Luật Doanh nghiệp cũng như Điều lệ của công ty. Đặc biệt, cần trao cho những thành viên này những thẩm quyền đủ mạnh để phản đối lại các quyết định của cổ đông chiếm đa số, cổ đông lớn gây ảnh hưởng đến lợi ích công ty vì lợi ích nhóm của họ. Ngoài ra, cần quy định về việc trả thù lao cho các thành viên này tương xứng với những đóng góp của họ trong công ty để đảm bảo sự gắn bó và tính độc lập của họ với công ty [48, tr31].

- Thống nhất các quy định về điều kiện và tiêu chuẩn của người quản lý giữa Luật Doanh nghiệp 2014 và các văn bản dưới luật. Cần thiết phải xây dựng quy trình lựa chọn thành viên HĐQT của các công ty. Các ủy ban chuyên môn của HĐQT cần tăng cường tính hiệu quả và chức năng giám sát chứ không chỉ hạn chế loay hoay trong các báo cáo quản lý và báo cáo tài chính.

- Kiên quyết xóa bỏ chế độ kiêm nhiệm trong các công ty đại chúng.

- Tăng cường trách nhiệm giải trình của người quản lý trong công ty bằng các quy định cụ thể trách nhiệm giải trình của người quản lý, người trực tiếp ký kết giao dịch khi có yêu cầu nội bộ của công ty và của các cơ quan nhà nước.

4.2.2.4. Hoàn thiện các quy định về công khai hóa thông tin trong công ty đại chúng

Thực hiện công khai hóa các thông tin về giao dịch của công ty là một trong những giải pháp quan trọng nhất nhằm nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Nhưng việc công khai hóa thông tin trong công ty đại chúng liên quan đến kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần phải được nhìn nhận đầy đủ, và thực hiện toàn diện ở các cấp độ công ty và cấp độ cá nhân. Ở cấp độ công ty, phải công khai danh sách những người có liên quan của công ty và giao dịch giữa công ty với những người liên quan này. Ở cấp độ cá nhân, không chỉ người quản lý công ty mà cả người tham gia ký kết giao dịch của công ty cũng phải kê khai các lợi ích liên quan.

Liên quan đến việc công khai hóa thông tin của công ty, như đã phân tích ở phần thực trạng, công khai hóa thông tin ở nước ta chưa được sử dụng như một công cụ quản trị công ty. Một trong các lý do khiến nhà đầu tư (đặc biệt là nhà đầu tư nước ngoài) quan ngại về việc rót vốn vào công ty ở Việt Nam là vấn đề minh bạch hóa thông tin. Đây cũng là điều mà lâu nay các nhà quản lý, nhà doanh nghiệp quan ngại và cần phải tìm cách tháo gỡ nhanh chóng. Để khắc phục điều này, chúng ta cần hoàn thiện một số vấn đề sau:

- Về đối tượng phải công khai hóa các giao dịch, Luật Doanh nghiệp 2014 không nên chỉ dừng lại ở việc yêu cầu người đại diện theo pháp luật ký kết hợp đồng phải công khai giao dịch giữa công ty với người có liên quan. Luật Doanh nghiệp cần phải bổ sung nghĩa vụ công khai giao dịch của người có quan hệ trực tiếp với doanh nghiệp. Đồng thời, Luật Doanh nghiệp cần xem xét giao dịch có khả năng tư lợi ở phạm vi rộng, không chỉ dừng lại ở việc công khai hóa các giao dịch lớn và giao dịch giữa công ty với người có liên quan.

Đối với đối tượng là cổ đông trong công ty, cần bổ sung các thông tin về cổ đông và cơ cấu sở hữu công ty, nhất là các cổ đông lớn, sở hữu trong cơ cấu nhóm công ty theo kim tự tháp hoặc trong các trường hợp sở hữu chéo của các công ty đại chúng.

- Việc công khai hóa các thông tin về giao dịch, pháp luật doanh nghiệp không nên chỉ xác định các nội dung cơ bản của hợp đồng như: đối tượng ký kết, giá trị hợp đồng, nội dung hợp đồng... Mà cần công khai hóa những đánh giá, dự báo của HĐQT về tiềm năng phát triển, và nhất là các rủi ro có thể xảy đến với công ty và mức độ của

những rủi ro đó trong các giao dịch của công ty để các cổ đông nắm được tình hình trước khi bỏ phiếu chấp thuận hay không chấp thuận giao dịch.

- Để tránh tình trạng lợi dụng giao dịch của công ty của người quản lý trong việc phân bổ lợi ích, cũng như ký kết các giao dịch tư lợi, cần công khai hóa các thông tin về nhân thân, trình độ chuyên môn, năng lực và uy tín nghề nghiệp, của những thành viên HĐQT và những người quản lý quan trọng khác và thù lao, tiền lương và những lợi ích có liên quan của họ.

- Công khai, minh bạch hóa các thông tin là yêu cầu tất yếu cho việc kiểm soát hiệu quả các giao dịch có khả năng tư lợi. Tuy nhiên, thực trạng yếu kém trong việc công khai các thông tin ở các công ty đại chúng hiện nay phần lớn còn do cơ chế xử lý đối với những vi phạm trong việc công khai thông tin còn hạn chế. Đặc biệt, trách nhiệm giải trình đối với người quản lý còn trở lên xa lạ đối với rất nhiều công ty, rất nhiều nhà quản lý. Vì vậy, xây dựng cơ chế và thể chế đánh giá và kiểm soát thông tin, đảm bảo thông tin được công bố là chính xác, trung thực, đầy đủ và kịp thời là cần thiết và cấp bách đối với mỗi công ty.

4.2.2.5. Hoàn thiện các quy định về kiểm toán độc lập và kiểm soát của Ban kiểm soát trong công ty đại chúng

Thứ nhất, nâng cao hiệu quả hoạt động của soát bên ngoài đối với công ty đại chúng. Cần có thể chế pháp lý nhằm tăng cường tính độc lập của kiểm toán độc lập đối với công ty đại chúng. Để thực hiện được điều này cần hoàn thiện một số quy định pháp luật sau:

- Pháp luật kiểm toán cần cấm các công ty kiểm toán cung cấp các dịch vụ phi kiểm toán cho các công ty đại chúng như: làm công việc kế toán hoặc các dịch vụ kế toán khác; hoạt động hệ thống thông tin tài chính; dịch vụ kiểm toán nội bộ thuê ngoài...

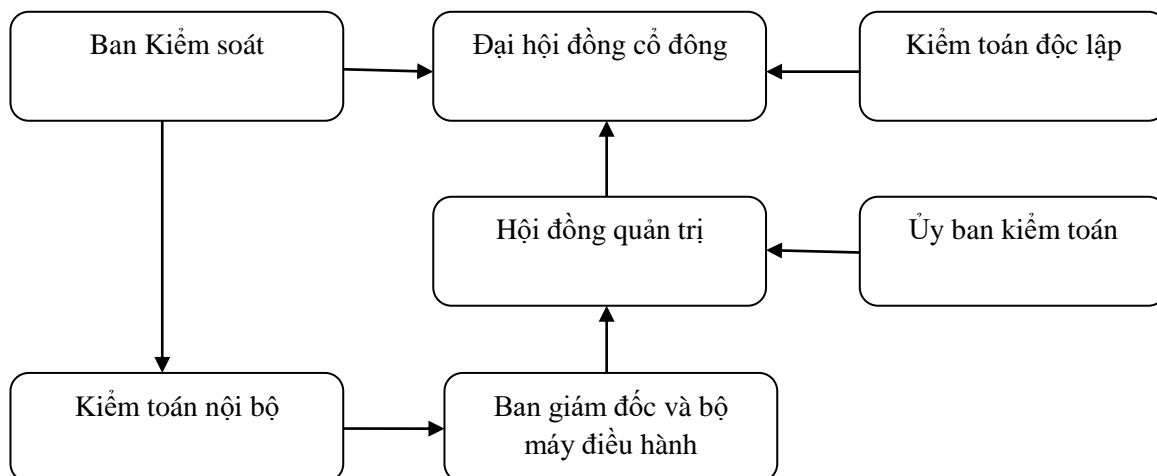
- Pháp luật doanh nghiệp và pháp luật kiểm toán cần lưu ý đến các quy định về hợp đồng giữa công ty với kiểm toán độc lập. Theo đó, hợp đồng đối với kiểm toán độc lập phải do ĐHĐCĐ chấp thuận.

- Bổ sung các quy định về trách nhiệm của kiểm toán viên đối với những kết luận kiểm toán đưa ra.

- Bổ sung các quy định về thiết lập, tổ chức và hoạt động của Ủy ban kiểm toán (do HĐQT bầu ra) và Kiểm toán nội bộ (BKS quản lý). Trong đó, Ủy ban kiểm toán

cần tập trung vào các lĩnh vực quản trị rủi ro, báo cáo tài chính, kiểm toán nội bộ và kiểm toán độc lập. Mô hình tổ chức quản lý như sau:

Sơ đồ 4.1. Sơ đồ tổ chức của Ban kiểm soát, Kiểm toán nội bộ và ủy ban kiểm toán trong công ty.



Thứ hai, tăng cường cơ chế kiểm soát bên trong đối với công ty đại chúng, đặc biệt là tăng cường vai trò giám sát của BKS. Theo đó, Luật Doanh nghiệp 2014 cần lưu ý hoàn thiện những vấn đề sau:

- Bắt buộc thành viên BKS phải là người ngoài công ty, không là người lao động của công ty. Khi đó sẽ loại bỏ được cơ chế kiêm nhiệm trong công ty đồng thời hoạt động của BKS sẽ có tính khách quan hơn;

- Bổ sung quy định vai trò, nhiệm vụ của BKS trong việc giám sát chất lượng các thông tin được công bố của công ty;

- Bổ sung nhiệm vụ của BKS trong việc giám sát các bên có liên quan và các giao dịch của công ty với các bên có liên quan;

- Xây dựng cơ chế buộc thực thi các kiến nghị hợp lý của BKS. Bổ sung quyền của BKS: nhân danh công ty kiện HĐQT, người quản lý hoặc các cổ đông khác nếu thấy cần thiết để bảo vệ quyền với lợi ích hợp pháp của cổ đông và công ty.

- Xây dựng cơ chế trao đổi thông tin giữa BKS và các thành viên trong công ty, chú trọng báo cáo của BKS với cổ đông hoặc nhóm cổ đông định kỳ theo quy định pháp luật và theo quy định của điều lệ công ty. Đặc biệt, cần nhấn mạnh và chi tiết hóa vai trò của BKS trong điều lệ công ty để tránh tình trạng BKS chỉ “tồn tại trên giấy”.

- Xây dựng Quy chế hoạt động của BKS do ĐHCĐ phê duyệt. Trong đó, cần lưu ý đến những quy định về việc đảm bảo tính độc lập của thành viên BKS và hoạt động của BKS; cụ thể hóa tiêu chuẩn và điều kiện đối với Trưởng ban kiểm toán và kiểm toán viên phù hợp với đòi hỏi của công ty;

4.2.3. Hoàn thiện các quy định về xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi

Thứ nhất, về xử lý giao dịch có khả năng tư lợi:

- Để hoàn thiện các quy định về xử lý giao dịch có khả năng tư lợi, đặc biệt liên quan đến vấn đề vô hiệu của giao dịch tư lợi, Luật Doanh nghiệp 2014 cần thống nhất với các quy định của luật gốc - Bộ luật Dân sự và Bộ luật Tố tụng dân sự. Bởi vậy, không thể quy định như Khoản 4, Điều 162 Luật Doanh nghiệp về giao dịch có khả năng tư lợi đương nhiên vô hiệu nếu không tuân theo thủ tục giao kết tại Khoản 2, Khoản 3 Điều 162. Thay vào đó, cần quy định việc xử lý đối với những giao dịch tư lợi theo hướng mở, tức là dành quyền phán quyết vô hiệu này cho Tòa án trên cơ sở quy định của pháp luật dân sự và tố tụng dân sự. Đồng thời, Luật Doanh nghiệp cần phải xem xét đối với trường hợp giao dịch bị sai về mặt quy trình ký kết nhưng không bị vô hiệu nếu giao dịch đã được công khai và ĐHCĐ hoặc HĐQT đã bỏ phiếu chấp thuận tiếp tục thực hiện giao dịch (cách tiếp cận của Thông tư 121/TT-BTC về trường hợp các giao dịch không bị vô hiệu hóa) [1].

- Luật Doanh nghiệp mới chỉ xem xét việc xử lý đối với những giao dịch giữa công ty và người có liên quan mà chưa xem xét xử lý vi phạm đối với những giao dịch có khả năng tư lợi khác đặc biệt là giao dịch bất thường như đã phân tích ở phần trên. Vì vậy, trong thời gian tới, cần bổ sung những quy định về xử lý vi phạm đối với các giao dịch có khả năng tư lợi của công ty, thay vì chỉ đơn thuần xử lý một loại giao dịch với người có liên quan.

Thứ hai, về xử lý đối với cá nhân, tổ chức có hành vi vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi:

Cá nhân, tổ chức có hành vi vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi phải bị xử lý. Trách nhiệm mà các cá nhân, tổ chức này phải gánh chịu tùy thuộc vào hành vi vi phạm và thiệt hại mà họ đã gây ra. Để làm được điều đó, pháp luật doanh nghiệp, luật dân sự, hình sự và các luật có liên quan cần lưu ý các vấn đề sau:

- Để xác định được đúng trách nhiệm thì trước hết phải xác định được yếu tố lỗi của chủ thể trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi. Không thể giữ quan điểm chỉ có người đại diện phải chịu trách nhiệm đối với những giao dịch tư lợi do mình ký kết. Đối tượng liên quan đến giao dịch tư lợi của công ty cần được nhìn nhận ở phạm vi rộng và toàn diện. Bên cạnh đó, lỗi và trách nhiệm của pháp nhân cũng phải được đề ra. Theo đó, các hành vi vi phạm có thể bị xử lý bao gồm:

- Hành vi cố ý trực tiếp trục lợi từ giao dịch của công ty khi được giao trách nhiệm giao kết và thực hiện giao dịch: cố đồng sử dụng quyền biểu quyết của mình để thông qua các giao dịch tư lợi; chi phối người khác để thực hiện hành vi trục lợi cá nhân; thực hiện các hành vi gian lận để thu lợi trong các giao dịch;...

- Hành vi gián tiếp gây thiệt hại cho công ty bởi những giao dịch tư lợi như: không công khai danh sách người có liên quan; không khai báo những rủi ro có thể xảy ra từ giao dịch cho cố đồng và người có trách nhiệm; thiếu trách nhiệm, cẩn trọng trong thực hiện công việc; không tố giác những sai phạm...

Đối với trách nhiệm của cá nhân, tổ chức vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi cần đánh giá cụ thể các trách nhiệm dân sự, trách nhiệm hành chính, trách nhiệm hình sự. Cụ thể:

- Bồi thường thiệt hại phát sinh do hành vi vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi gây ra, phục thuộc vào lỗi và mức độ thiệt hại do hành vi gây ra (trách nhiệm dân sự).

- Trách nhiệm hành chính cũng cần phải tính đến. Đặc biệt là việc xử phạt vi phạm đối với tổ chức, cá nhân vi phạm quy định về công khai hóa thông tin liên quan đến giao dịch có khả năng tư lợi như: Công ty (tổ chức) không thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ công khai hóa thông tin, đặc biệt là danh sách những người có liên quan của công ty; Cán nhân không công khai hoặc công khai không đầy đủ danh sách người có liên quan; những lợi ích có thể thu được từ việc giao kết và thực hiện giao dịch; những rủi ro có thể xảy ra trong giao dịch; có tình phê duyệt những giao dịch có khả năng tư lợi của công ty sai quy trình, thủ tục... Hiện nay, thiếu vắng các quy định về xử lý vi phạm hành chính đối với các cá nhân, tổ chức có hành vi vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi là một khoảng trống pháp lý lớn của pháp luật. Vì vậy, trong thời gian tới pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư

lợi trong công ty đại chúng cần bổ sung các quy định về trách nhiệm hành chính đối với những vi phạm này.

- Về trách nhiệm hình sự đối với những hành vi vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi một thời gian dài áp dụng theo quy định của Bộ luật Hình sự 1999, chủ yếu là với các tội: tội cố ý làm trái quy định của nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 165 Bộ luật Hình sự 2009); tội phạm về tham nhũng. Đáng chú ý, các chế tài hình phạt đối với các tội phạm này không còn phù hợp với thực tế hiện nay: Mức phạt tiền còn quá nhẹ bởi sự mất giá và lạm phát của tiền tệ; mức phạt tù cũng tỏ ra thiếu hiệu quả trong xử lý đối với các tội phạm về kinh tế. Bộ luật Hình sự 2015 sửa đổi bổ sung năm 2017 đã có những thay đổi, theo đó tội phạm về tham nhũng trong lĩnh vực tư bước đầu được quy định cho phù hợp với tình hình hiện tại,

Một vấn đề nữa cần được đưa ra khi hoàn thiện quy định pháp luật hình sự trong xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi, đó là, cần bổ sung hành vi phạm tội của người hoặc nhóm người có liên quan là các cổ đông sở hữu phần cổ phần chi phối lợi dụng việc giao kết hợp đồng với công ty để trục lợi [1].

Bộ luật Hình sự cần mở rộng cách tiếp cận về tội tham nhũng trong lĩnh vực tư ở Việt Nam hiện nay. Cơ sở pháp lý cho việc xây dựng các quy định về tham nhũng trong khu vực tư (trong đó bao gồm các hành vi vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi của công ty) là: (1) Căn cứ vào các cam kết quốc tế mà Việt Nam đã tham gia, đặc biệt là Công ước của Liên Hợp Quốc về Chống tham nhũng; (2) Theo đúng tinh thần của Hiến pháp Việt Nam năm 2013 về việc “Các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật” (Khoản 2, Điều 51). Các giải pháp pháp lý cụ thể gồm:

Một là, cần hình sự hóa tham nhũng trong khu vực tư.

Hình sự hóa tham nhũng trong khu vực tư là cần thiết. Việc hình sự hóa tham nhũng trong khu vực tư liên quan trực tiếp đến sửa đổi, bổ sung quy định của Bộ luật Hình sự về tội phạm tham nhũng. Theo đó, có hai tội phạm tham nhũng trong khu vực tư cần hình sự hóa là tội hối lộ và tội biển thủ tài sản. Việc bổ sung hai tội phạm này trong Bộ luật Hình sự chính là nội luật hóa Công ước của Liên Hợp Quốc về Chống tham nhũng (Điều 21 và Điều 22), đồng thời, bước đầu bổ sung quy định mới về tham

những trong khu vực tư thuộc phạm vi giới hạn của hai loại tội phạm này là phù hợp với bối cảnh Việt Nam hiện nay.

Sau khi hình sự hóa tội phạm tham nhũng trong khu vực tư, việc xử lý hình sự đối với chủ thể giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi trong công ty cũng sẽ được áp dụng. Theo đó, chế tài đối với người vi phạm sẽ không chỉ dừng lại ở một số tội phạm về kinh tế trong Bộ luật Hình sự mà còn được mở rộng sang áp dụng các quy định về tội phạm tham nhũng.

Hai là, mở rộng phạm vi chủ thể thực hiện hành vi tham nhũng.

Giải pháp mở rộng phạm vi chủ thể thực hiện hành vi tham nhũng đòi hỏi sự thống nhất giữa các quy định của Bộ luật Hình sự về tội phạm tham nhũng và các quy định của Luật Phòng, chống tham nhũng. Theo đó, Luật Phòng, chống tham nhũng cần lưu ý hai vấn đề chính:

(1) Mở rộng phạm vi trong khái niệm về cơ quan, tổ chức; giải thích rõ cơ quan, tổ chức này bao gồm cả các cơ quan, tổ chức ở khu vực tư (trong đó phần lớn là các công ty). Các công ty này bao gồm cả công ty có phần vốn góp của Nhà nước hay sử dụng ngân sách nhà nước hoặc đơn thuần là các công ty với nguồn vốn hoàn toàn là của các nhà đầu tư tư nhân. Bởi lẽ, suy cho cùng khi đã đầu tư vào hoạt động kinh doanh thì chủ thể Nhà nước hay vốn nhà nước cũng phải đối xử bình đẳng như các nhà đầu tư tư nhân khác.

(2) Mở rộng khái niệm về người có hành vi tham nhũng.

Theo Khoản 2, Khoản 3, Điều 1, Luật Phòng, chống tham nhũng quy định: Tham nhũng là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi. Người có chức vụ, quyền hạn bao gồm: “Cán bộ, công chức, viên chức; Sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan nghiệp vụ, sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên môn - kỹ thuật trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân; Cán bộ lãnh đạo, quản lý trong doanh nghiệp của Nhà nước; cán bộ lãnh đạo, quản lý là người đại diện phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp; Người được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó”. Tuy nhiên, hiện nay quy định này không còn phù hợp nữa, đặc biệt là sau khi hình sự hóa tội phạm tham nhũng trong khu vực tư.

Chủ thể thực hiện hành vi tham nhũng không chỉ dừng lại ở những người đại diện cho quyền lực nhà nước mà còn bao gồm cả *những người điều hành hay làm việc ở bất kỳ cương vị nào cho tổ chức thuộc khu vực tư*. Chủ thể thực hiện hành vi tham nhũng không chỉ là người được giao thực hiện một *công vụ* mà là người được giao thực hiện một *nhiệm vụ* và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện nhiệm vụ này. Tức là, theo như Bộ luật Hình sự 2017 giải thích thuật ngữ *người có chức vụ* theo hướng không chỉ gắn với việc bầu, bổ nhiệm, còn gắn với vị trí công tác của chủ thể là hợp lý: *Người có chức vụ là người do bổ nhiệm, do bầu cử, do hợp đồng hoặc do một hình thức khác, có hưởng lương hoặc không hưởng lương, được giao thực hiện một nhiệm vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện nhiệm vụ* (Khoản 2 Điều 352, Bộ luật Hình sự 2017).

4.3. Nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng

4.3.1. *Đổi mới trong tư duy và nhận thức pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi*

Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi không chỉ là vấn đề mới mẻ trong khoa học pháp lý ở nước ta, mà còn là vấn đề mới mẻ hơn nữa trong tư duy quản trị doanh nghiệp. Xem xét sự phát triển của Luật Doanh nghiệp ở nước ta chúng ta sẽ nhận thấy sự non yếu của pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi:

Trong nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung bao cấp, chúng ta chỉ có các DNNN, các hợp đồng kinh tế được ký kết lúc đó mang tính chỉ tiêu pháp lệnh, tính tự do giao dịch kinh doanh bị hạn chế, vì vậy, giao dịch tư lợi ít xảy ra. Mặc dù, giao dịch tư lợi có thể xuất hiện ở mọi nền kinh tế, nhưng trong điều kiện của nền kinh tế thị trường mở như hiện nay nó càng có điều kiện thuận lợi để tồn tại và phát triển. Nếu như Luật Doanh nghiệp tư nhân 1990 và Luật Công ty 1990, gần như vắng bóng các quy định phòng, chống giao dịch có khả năng tư lợi, Luật Doanh nghiệp 1999 đã tạo những bước khởi đầu cho việc xác lập cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi. Nhưng những quy định trong Luật Doanh nghiệp 1999 còn vướng phải nhiều vấn đề bất hợp lý trong khung quản trị. Tương tự như vậy, khung quản trị đối với các DNNN được hình thành và phát triển qua Luật Doanh nghiệp Nhà nước 1995, sau này là Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi vẫn không được đề cập thích đáng, đồng thời Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 bị đánh

giá là không có thay đổi cơ bản so với “người tiền nhiệm” của nó [7]. Luật Doanh nghiệp 2005 ra đời và được sửa đổi năm 2014 đã phân nào đáp ứng được yêu cầu kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong CTCP từ việc xác định các giao dịch là đối tượng cần kiểm soát; sử dụng cách thức vẫn cho phép thiết lập và thực hiện các giao dịch có khả năng tư lợi nhưng phải tuân thủ các quy định chặt chẽ hơn các giao dịch thông thường; đến việc xây dựng cơ chế kiểm soát tương đối bao quát.

Tuy nhiên, sự phát triển của nền kinh tế thị trường mở cùng với quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, cộng với sự đa dạng của các quan hệ pháp luật vốn đã phong phú và phức tạp, pháp luật doanh nghiệp về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi đã bộc lộ nhiều hạn chế. Đáng nói là việc khắc phục những hạn chế của pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong Luật Doanh nghiệp 2014 được Quốc hội thông qua ngày 26/11/2014 cũng không có gì khởi sắc so với Luật Doanh nghiệp 2005.

Bên cạnh lỗ hổng về mặt pháp lý, còn phải xem xét đến ý thức tuân thủ pháp luật của đại bộ phận các doanh nghiệp ở Việt Nam. Đằng sau sự khiên cưỡng áp dụng các quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi vốn rất ít ỏi của Luật Doanh nghiệp, những quy định đơn lẻ trong luật chứng khoán và các văn bản pháp luật liên quan khác, thì vấn đề áp dụng linh hoạt quy định pháp luật trong điều lệ mẫu và các văn bản nội bộ của công ty càng trở lên khó khăn hơn nữa. Đặc biệt, thực tế quản trị công ty xuất hiện những tư tưởng đối phó trong các công ty đại chúng: làm sao cho có, làm sao cho không vi phạm luật doanh nghiệp chứ không phải làm vì mục đích nâng cao quản trị doanh nghiệp cũng như hiệu quả kiểm soát giao dịch tư lợi.

Bởi lẽ đó, cần đổi mới tư duy và nhận thức về pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi (nâng cao ý thức pháp luật). Các giải pháp nhằm nâng cao ý thức của các đối tượng trên cả ba nội dung: sự hiểu biết về pháp luật; thái độ đối với pháp luật; và khả năng thực hiện cũng như áp dụng các quy định của pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi. Đặc biệt, các công ty đại chúng cần phải thấy được giá trị của các văn bản nội bộ trong công ty mà tiêu biểu nhất là Điều lệ công ty. Từ đó, sử dụng linh hoạt và hữu hiệu các văn bản nội bộ của công ty để kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi.

Cách thức thực hiện có thể là: Tuyên truyền, phổ biến kiến thức pháp luật về doanh nghiệp và quản trị doanh nghiệp nói chung, các quy định của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty nói riêng; đưa các quy định về kiểm

soát giao dịch có khả năng tư lợi vào nội dung bồi dưỡng kiến thức về quản trị doanh nghiệp; tổ chức các hội nghị, hội thảo, tọa đàm về pháp luật kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi; mở rộng các hình thức tư vấn pháp luật; công bố và thông tin về những vụ án lớn liên quan đến giao dịch tư lợi, nêu rõ hậu quả nghiêm trọng của các giao dịch tư lợi đối với nhà đầu tư (cổ đông), người có quyền và lợi ích liên quan, công ty và xã hội; cung cấp cho doanh nghiệp và những người quản lý thấy được giá trị pháp lý của các văn bản nội bộ trong công ty...

4.3.2. Nâng cao năng lực kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật của các thiết chế có liên quan

Để phù hợp với thực trạng nền kinh tế của đất nước cũng như xem xét bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, các thiết chế liên quan đến quản trị công ty cần chú ý một số vấn đề sau: [Xem Bảng 4.2]

Thứ nhất, tăng cường hơn nữa vai trò của các cơ quan tài phán trong việc giải quyết và xử lý các vụ việc vi phạm pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty. Đặc biệt là vấn đề hiệu lực của giao dịch hay vấn đề tuyên vô hiệu một giao dịch của công ty khi không được xác lập hoặc phê duyệt theo thủ tục và trình tự luật định. Luôn buộc chặt người quản lý, người tham gia giao dịch vào trách nhiệm, nghĩa vụ của họ, bao gồm cả khả năng bị khởi kiện và bồi thường thiệt hại nếu thực hiện các giao dịch bất minh và vi phạm các quy định của pháp luật về kiểm soát các giao dịch tư lợi.

Thứ hai, các thiết chế công trong quản trị công ty cần đặc biệt lưu ý đối với công ty đại chúng có cổ đông là Nhà nước:

Trước đây khuôn khổ pháp lý và quy định mà doanh nghiệp có vốn nhà nước hoạt động thường là phức tạp, không nhất quán, không mạch lạc và rõ ràng, dẫn tới méo mó thị trường và không đảm bảo trách nhiệm giải trình của các nhà quản lý doanh nghiệp và Nhà nước với tư cách chủ sở hữu. Vì vậy, để tạo điều kiện cải thiện quản trị doanh nghiệp trong các công ty có Nhà nước là cổ đông, trước hết cần phân chia rõ ràng trách nhiệm của các cơ quan có thẩm quyền; đơn giản hoá hình thức pháp lý của công ty cùng với sự mạch lạc, rõ ràng, nhất quán của các quy định pháp lý về công ty. Cụ thể là: [53]

- Thực hiện các giải pháp tách bạch rõ ràng về mặt hành chính giữa chức năng chủ sở hữu với chức năng điều tiết thị trường để tạo nền tảng cho việc tạo lập sân chơi

bình đẳng giữa cổ đông nhà nước và cổ đông khác trong công ty, đặc biệt để tránh xung đột lợi ích trong trường hợp mà công ty có vốn nhà nước được sử dụng như một công cụ chính sách ngành. Yêu cầu của sự tách bạch là phải làm sao để các bên có liên quan nhận dạng được ai là chủ sở hữu nhà nước, từ đó có thể xác định một cách minh bạch đối tượng cũng như cơ chế kiểm tra, giám sát.

- Thực hiện các giải pháp hạn chế tình trạng cơ quan chủ sở hữu nhà nước vừa là khách hàng, vừa là người cung cấp cho doanh nghiệp, đồng thời các công ty có vốn đầu tư nhà nước phải áp dụng các quy định về đấu thầu giống như các doanh nghiệp khác.

- Hạn chế cơ cấu phân cấp chồng chéo. Đặc biệt là công ty có vốn nhà nước thành lập theo mô hình công ty mẹ con. Việc sở hữu chồng chéo và thiếu minh bạch tạo ra những cơ cấu sở hữu mập mờ thiếu kiểm soát nội bộ sẽ là mảnh đất màu mỡ nảy mầm những giao dịch tư lợi.

- Tiến hành công khai hoá mọi trách nhiệm và nghĩa vụ của công ty có vốn nhà nước về sản xuất cung ứng dịch vụ công ích và trách nhiệm xã hội khác; xác định các chi phí có liên quan phát sinh trong quá trình thực hiện trách nhiệm, nghĩa vụ đặc thù; cơ chế thanh toán của ngân sách nhà nước đối với các chi phí đó trên cơ sở pháp luật hoặc hợp đồng; cơ chế quản lý giám sát thực hiện các hợp đồng đó.

- Đẩy mạnh hoạt động của cơ quan đăng ký kinh doanh và các cơ quan chức năng khác trong việc giám sát tình hình hoạt động của doanh nghiệp, trong đó cơ quan đăng ký kinh doanh là đầu mối về thông tin doanh nghiệp, kịp thời cung cấp thông tin doanh nghiệp cho các cổ đông công ty, chủ nợ và những đối tượng khác khi có yêu cầu. Bên cạnh đó, cần nâng cao trách nhiệm của các cơ quan có chức năng kiểm tra, thanh tra doanh nghiệp và xử lý vi phạm theo quy định của pháp luật [19].

Thứ ba, tăng cường vai trò giám sát của các cơ quan trong các giao dịch của doanh nghiệp, kịp thời phát hiện và xử lý những giao dịch tư lợi. Đặc biệt, đối với các giao dịch liên quan đến hoạt động nghiệp vụ của công ty đại chúng trên thị trường chứng khoán như hoạt động niêm yết và mua bán chứng khoán, các thiết chế công cần lưu ý giám sát các điều kiện để được chào bán chứng khoán, niêm yết trên sàn giao dịch và việc tuân thủ nghĩa vụ công bố thông tin của công ty đại chúng.

Thứ tư, đẩy mạnh hoạt động và sự phối hợp giữa các cơ quan như Bộ Tài chính, UBCKNN, Ngân hàng Nhà nước, Bộ Kế hoạch và đầu tư, Phòng thương mại và Công nghiệp Việt Nam, Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước, các bộ, ngành đại

diện vốn đầu tư của Nhà nước vào doanh nghiệp, Ban chỉ đạo Đổi mới doanh nghiệp... cần được đồng bộ hóa, tránh trùng lặp về trách nhiệm [53]. Bên cạnh đó vai trò của hiệp hội doanh nghiệp trở nên vô cùng quan trọng trong việc tiếp thu, học hỏi những kinh nghiệm quản lý doanh nghiệp của các công ty, và đấu tranh phòng chống các giao dịch có khả năng tư lợi.

Bảng 4.2. Các thiết chế liên quan tới quản trị công ty đại chúng tại Việt Nam.

Cơ quan tài phán	Tòa án Nhân dân tối cao
	Viện kiểm sát nhân dân tối cao
	Tòa án kinh tế các tỉnh thành
	Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam
Thế chế thuộc khu vực công	Quốc hội
	Chính phủ
	Bộ Tư pháp
	Bộ Tài chính
	Ủy ban Chứng khoán Nhà nước
	Bộ Kế hoạch và Đầu tư
	Sở Kế hoạch và Đầu tư của các tỉnh thành
	Bộ Công an
	Trung tâm lưu ký chứng khoán Việt Nam
	Ngân hàng nhà nước Việt Nam
	Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam
	Sở giao dịch chứng khoán
	Tổ chức phi chính phủ
Các Hiệp hội doanh nghiệp	
Tổ chức quốc tế	Diễn đàn Quản trị công ty toàn cầu (GCGF)
	Tổ chức tài chính quốc tế (IFC)
	Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD)
	Ngân hàng thế giới

Nguồn: Tham khảo “Cẩm nang quản trị công ty tại Việt Nam” của IFC trang 33-34.

4.3.3. Nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi thông qua cơ chế kiểm soát nội bộ của công ty đại chúng

Như chúng ta đã biết, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được thực hiện qua hai cơ chế cơ bản là: kiểm soát chung của Nhà nước và kiểm soát nội bộ của công ty. Theo đó, những nội dung sau cần được các cổ đông, người quản lý và thành viên công ty lưu ý:

Thứ nhất, về mô hình quản trị công ty

Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi là một trong những nội dung chính của quản trị công ty, nội dung này có mối quan hệ biện chứng với các nội dung khác trong hoạt động quản trị công ty nói chung. Bởi vậy, nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đồng nghĩa với việc nâng cao hiệu quả quản trị công ty và tất cả những thành tố liên quan đến quản trị công ty nói chung. Bất kỳ một nhà chính sách pháp luật hay một nhà quản trị công ty tốt nào cũng phải thừa nhận rằng, không có một cơ cấu và quy trình quản trị nào phù hợp cho mọi công ty, vì vậy, công ty tự bản thân nó phải xác định một cơ cấu và quy trình quản trị (gọi chung là mô hình quản trị công ty) phù hợp với đặc điểm riêng của mỗi công ty căn cứ vào: hoạt động kinh doanh; mối quan hệ của công ty; các bên có quyền, lợi ích liên quan; việc kiểm soát công ty; và vấn đề phân chia quyền lợi, trách nhiệm một cách phù hợp.

Các nhà quản lý, nhà đầu tư cần tinh táo trong việc quản trị công ty đặc biệt là quan tâm hơn nữa đến cấu trúc sở hữu và khả năng thao túng. Việc công ty đại chúng lựa chọn mô hình sở hữu nào (cấu trúc sở hữu phân tán, cấu trúc sở hữu tập trung) cần được các nhà đầu tư, đặc biệt là các cổ đông nhỏ lưu ý. Bởi mỗi hệ thống cấu trúc sở hữu có những điểm thuận lợi và bất lợi cũng như tiềm ẩn những thách thức về quản trị doanh nghiệp. Vì vậy, việc nắm vững cấu trúc sở hữu công ty để nhằm kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi là đòi hỏi mà người quản lý và các cổ đông nhỏ cần phải biết. Khi lựa chọn và xây dựng mô hình, quy tắc quản trị công ty ở Việt Nam nên tham khảo khuôn khổ quản trị công ty của OECD được xây dựng dựa trên bốn giá trị cốt lõi: Sự công bằng, tính trách nhiệm, tính minh bạch và trách nhiệm giải trình.

Thứ hai, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi thông qua Điều lệ và các văn bản nội bộ của công ty

(1) Nội dung kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần phải đưa vào những văn bản nào của công ty đại chúng?

- *Điều lệ công ty*: được xem là văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất trong các văn bản nội bộ của công ty. Điều lệ công ty của công ty đại chúng phải được tuân thủ đúng khung pháp lý của Điều lệ mẫu đã được ban hành. Bên cạnh việc chứa đựng đầy đủ các nội dung về quản trị công ty, Điều lệ cần phải quan tâm hơn đến vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty. Những nội dung chính về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần được điều lệ làm rõ gồm: định nghĩa giao dịch có khả năng tư lợi; nhận diện những giao dịch nào của công ty cần phải được ĐHCĐ hoặc HĐQT chấp thuận; điều kiện tiêu chuẩn của người ký kết giao dịch, người quản lý các cấp và nghĩa vụ của họ; công khai, minh bạch các thông tin liên quan đến giao dịch; giám sát quá trình ký kết và thực hiện giao dịch; xử lý vi phạm quy định trong giao kết và thực hiện giao dịch.

Đối với việc nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi: Điều lệ công ty cần lưu ý đến việc xác định chính xác các bên liên quan của công ty và có thể tham khảo định nghĩa, các tiêu chí để nhận diện các bên có liên quan; các trường hợp không được coi là bên có liên quan theo Chuẩn mực Kế toán quốc tế (IAS) số 24. [Xem hộp 4.1.] [49, tr 47-48].

Hộp 4.1. Quy định về các bên liên quan theo Chuẩn mực Kế toán quốc tế

Chuẩn mực Kế toán quốc tế (IAS) số 24 đưa ra định nghĩa cụ thể hơn trong đó quy định nếu một bên nắm quyền kiểm soát hoặc có ảnh hưởng đáng kể hoặc có quyền đồng kiểm soát trong việc đưa ra các quyết định về tài chính và hoạt động của công ty thì được gọi là bên có liên quan. Một bên được coi là có liên quan với một công ty nếu:

1. Trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua một hay nhiều trung gian:

- Có quyền kiểm soát công ty đó, hoặc bị kiểm soát bởi công ty đó hoặc cả hai công ty cùng chịu một sự kiểm soát của công ty khác (bao gồm công ty mẹ, công ty con và các công ty con trong cùng tập đoàn); hoặc

- Có sở hữu vốn trong công ty dẫn đến việc có ảnh hưởng đáng kể tới công ty đó; hoặc

- Có quyền đồng kiểm soát đối với công đó.

2. Là công ty liên kết của công ty đó (như định nghĩa tại IAS số 28 – Đầu tư

vào công ty liên kết)

3. Là một bên liên quan trong một công ty liên doanh với công ty đó (xem IAS số 31 – Đầu tư vào công ty liên doanh)

4. Là cán bộ quản lý chủ chốt của công ty đó hoặc của công ty mẹ của công ty đó

5. Là thành viên mật thiết trong gia đình của cá nhân được nêu ở mục (1) hoặc (4) trên đây.

6. Là một tổ chức chịu sự kiểm soát, đồng kiểm soát hoặc bị chi phối đáng kể một cách trực tiếp hoặc gián tiếp bởi các cá nhân nêu ở mục (4) hoặc (5) trên đây

7. Hiện đang cung cấp kế hoạch quỹ phúc lợi nghỉ hưu/ nghỉ việc cho nhân viên của công ty đó hoặc cho nhân viên của một bên liên quan của công ty đó.

Đồng thời IAS số 24 cũng nêu rõ các trường hợp sau đây không được coi là các bên liên quan:

- Hai công ty đơn thuần có chung một giám đốc hoặc chung người quản lý chủ chốt
- Hai công ty đồng kiểm soát một liên doanh
- Nhà cung cấp tài chính, công đoàn, các đơn vị cung cấp dịch vụ công cộng, các cơ quan quản lý nhà nước, hay các tổ chức có quan hệ giao dịch thông thường với công ty

- Một khách hàng, nhà cung cấp, tổ chức nhượng quyền thương mại, nhà phân phối hay các tổng đại lý đơn lẻ mà doanh nghiệp tiến hành một khối lượng lớn giao dịch một cách bất đắc dĩ bởi bị phụ thuộc về lý do kinh tế.

Nguồn: dẫn theo Cẩm nang quản trị công ty của IFC (trang 47-48).

Đặc biệt, khi kiểm soát đối với giao dịch bất thường của công ty, Điều lệ công ty cần lưu ý các vấn đề sau: Công ty, người quản lý công ty (đặt biệt là cổ đông và thành viên HĐQT) có xác định được loại giao dịch nào được coi là bất thường trong công ty không? Điều lệ công ty có quy định các tiêu chí để nhận biết giao dịch bất thường hay không? Làm thế nào để đảm bảo các giao dịch bất thường đã được đánh giá hợp lý hoặc đã được phê duyệt bởi HĐQT hoặc ĐHĐCĐ? Công ty có công bố đầy đủ thông tin về các giao dịch bất thường hay không? [49, tr.460-466]

- *Quy chế nội bộ về quản trị công ty:* Theo quy định của pháp luật hiện hành Quy chế quản trị nội bộ của công ty chỉ bắt buộc phải có đối với công ty niêm yết và các công ty đại chúng có quy mô lớn. Tuy nhiên, từ thực tế hoạt động của các công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay, quy chế quản trị nội bộ của công ty phải được xây dựng

và áp dụng cho các công ty đại chúng khác (không chỉ dừng ở việc khuyến cáo). Việc quy định chi tiết các nội dung về trình tự, thủ tục hoạt động của ĐHĐCĐ và HĐQT và các tiểu ban thuộc HĐQT góp phần rất lớn trong việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi, đặc biệt là giai đoạn ra quyết định chấp thuận hay không chấp thuận giao dịch (giai đoạn đầu, giai đoạn phòng ngừa giao dịch tư lợi trong công ty).

- *Bộ quy tắc ứng xử trong kinh doanh của công ty*: So với các hình thức công ty khác thì hiện nay ở Việt Nam, các công ty đại chúng đều nhận thức được việc cần thiết phải xây dựng Bộ quy tắc ứng xử trong kinh doanh của công ty mình. Bên cạnh việc chi tiết và cụ thể hóa một số nội dung của Điều lệ công ty, Bộ quy tắc ứng xử cần lưu ý những vấn đề sau: *Một là*, nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi một cách chi tiết bao gồm cả những giao dịch được thực hiện bởi các nhân viên không có chức danh quản lý, đặc biệt nhấn mạnh vấn đề giảm thiểu xung đột lợi ích giữa các thành viên công ty và công ty trong quá trình ký kết và thực hiện giao dịch; *Hai là*, làm rõ những đặc thù trong kinh doanh của công ty (giá trị cốt lõi, phương châm hoạt động của công ty), từ đó, gợi ý, định hướng cách xử lý tình huống phù hợp cho nhân viên; *Ba là*, đề cao đạo đức nghề nghiệp, thúc đẩy phát huy năng lực làm việc và tinh thần tổ giác những vi phạm tư lợi trong công ty. Cần cho người đại diện, thành viên công ty thấy được rằng tối đa hóa lợi ích của công ty là một phương thức làm giàu cho chính người đại diện và các thành viên của công ty, tức là gắn lợi ích của công ty song song, tỉ lệ thuận với lợi ích của các thành viên thay vì nhìn nhận lợi ích của công ty và lợi ích của người đại diện theo hướng xung đột [63].

Khác với các văn bản như Điều lệ, Quy chế nội bộ về quản trị công ty, Bộ Quy tắc ứng xử có thể được xây dựng với lối viết mềm dẻo, văn chương, thể hiện đặc trưng riêng trong phong cách làm việc của mỗi công ty, tạo ra sự khác biệt giữa các công ty. Khi đọc các quy tắc ứng xử, người đọc (bao gồm cả nhân viên, khách hàng, đối tác...) thấu hiểu và thực hiện quy tắc ứng xử một cách nhẹ nhàng, không cảm thấy gượng ép, gò bó như đối với các văn bản pháp quy. Có thể tham khảo Bộ Quy tắc ứng xử của Vinamilk, công ty Pijco để làm mẫu.

- *Quy trình ký kết hợp đồng*: Các công ty đại chúng đều phải xây dựng quy trình ký kết hợp đồng. Quy trình này cần phải được cụ thể hóa đối với mỗi đơn vị chức năng và chuyên của công ty, đồng thời, cần phải được công khai, minh bạch, đảm bảo mỗi thành viên tham gia giao dịch đều nắm được và tuân thủ quy trình này.

(2) Điều lệ và các văn bản nội bộ của công ty cần phải làm gì?

Một trong những hạn chế lớn tại các công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay là các thể chế quản trị công ty thiếu và yếu. Bởi vậy, bên cạnh việc tuân thủ các quy định của pháp luật chung, đòi hỏi văn bản nội bộ của công ty đáp ứng được những yêu cầu sau:

- Phù hợp với luật chung: Tất cả các văn bản pháp luật đều có hiệu lực cao hơn các văn bản nội bộ của công ty. Bởi vậy, về mặt nguyên tắc, các văn bản nội bộ của công ty phải tuân thủ các quy định của pháp luật, không được mâu thuẫn với luật chung, không được vi phạm những điều cấm. Các văn bản nội bộ phải lấy luật chung làm khung pháp lý cơ bản để từ đó xây dựng các quy định của công ty cho phù hợp. Ví dụ: Bộ Quy tắc về quản trị công ty phải tuân thủ Điều lệ công ty, Điều lệ công ty phải tuân thủ các quy định của Điều lệ mẫu, Điều lệ mẫu phải tuân thủ các quy định của các đạo luật: Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán.

- Cụ thể hơn luật chung: Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán, và các đạo luật chuyên ngành mới chỉ là những cái khung pháp lý, vì vậy, các văn bản nội bộ của công ty có trách nhiệm xây đắp và hoàn thiện khung pháp lý đó. Đặc biệt, những quy định mà pháp luật điều chỉnh chung nhường chỗ cho Điều lệ quy định, thì Điều lệ công ty cần cụ thể hóa, chi tiết hóa những quy định đó để áp dụng trong công ty mình.

- Phù hợp với đặc điểm, đặc thù của công ty: Mỗi công ty có truyền thống, đặc điểm kinh doanh, điều kiện tài chính... khác nhau. Bởi vậy, các văn bản nội bộ phải căn cứ vào những đặc điểm riêng đó để xây dựng cho phù hợp với tình hình thực tế của công ty. Tránh tình trạng Điều lệ, quy chế, quy tắc ứng xử “chép” dẫn đến chất lượng, hiệu quả, tính khả thi của các quy định nội bộ thấp.

- Đạt được bước tiến xa hơn quy định của luật chung: Các văn bản nội bộ của công ty cần lấp đầy lỗ hổng của luật; khắc phục những khiếm khuyết của luật. Đối với các quy định về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, pháp luật chung còn nhiều lỗ hổng, nhiều khiếm khuyết, bởi vậy, các văn bản nội bộ của công ty cần đảm bảo những nội dung sau: định nghĩa về giao dịch có khả năng tư lợi; nhận diện đầy đủ, chính xác các giao dịch có khả năng tư lợi, đối tượng có khả năng tư lợi; hoàn thiện cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi từ lúc tiền giao dịch cho đến khi hoàn tất giao dịch; cơ chế xử lý đối với những vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch...

Một số lưu ý?

- Hoàn thiện chế độ công khai hoá thông tin và mức độ minh bạch trong quản trị công ty.

Công khai hoá thông tin và minh bạch hoá quản trị công ty có ý nghĩa không chỉ đối với phát triển của từng công ty, mà cả nền kinh tế. Tuy vậy, cải thiện chế độ công khai hoá thông tin và minh bạch hoá quản trị công ty không chỉ đòi hỏi nỗ lực của phía cơ quan nhà nước thông qua các văn bản pháp luật mà đòi hỏi nỗ lực của cả phía doanh nghiệp.

Ngoài báo cáo tài chính, các công ty còn phải công khai hoá báo cáo đánh giá về HĐQT và thành viên HĐQT, báo cáo của HĐQT dự đoán về xu thế phát triển của công ty trong tương lai. Mỗi chủ doanh nghiệp và người quản lý cần có thái độ đấu tranh không khoan nhượng với các hành vi lạm dụng vị thế trong công ty để trục lợi cho cá nhân, đồng thời chấp hành nghiêm chỉnh việc công khai, minh bạch trong kinh doanh, quản lý.

- Công khai hoá và giám sát có hiệu quả các giao dịch với các bên có liên quan.

Việc công khai hoá các giao dịch và lợi ích liên quan mang tính hình thức cho thấy đây đang là một lỗ hổng lớn trong quản trị công ty hiện nay ở nước ta; tạo không ít cơ hội cho những người quản lý lạm dụng quyền và vị thế của họ để chiếm đoạt giá trị và tài sản của công ty một cách hợp pháp. Vì vậy, thu hẹp dần “lỗ hổng” này là việc cần làm ngay đối với từng công ty, nhất là các công ty niêm yết và các công ty có tỷ lệ lớn sở hữu nhà nước.

Để giám sát được các giao dịch của công ty với các bên có liên quan, việc đầu tiên cần phải làm là phải xác định được “danh tính” cụ thể của từng “người có liên quan” của công ty và trên cơ sở này đặt ra yêu cầu quản lý qua một trong các phương thức sau:

+ Tất cả những người quản lý công ty, các cổ đông lớn phải có nghĩa vụ khai báo với công ty về tất cả những người có liên quan của họ. Thông tin này hàng năm phải khai báo lại. Công ty có thể lập mẫu kê khai và gửi mẫu đó cho tất cả những ai cần phải khai báo người có liên quan. Bên cạnh đó, từng người quản lý trong công ty, nhất là các thành viên HĐQT và GD, TGD, và thành viên BKS phải thực hiện giám sát lẫn nhau; trường hợp phát hiện người có liên quan của bất kỳ ai trong số họ đều phải khai báo với công ty.

+ Nâng cao nhận thức về quyền, quyền lợi và nghĩa vụ của cổ đông thiểu số trong quản trị công ty; khuyến khích và tạo điều kiện để họ thực hiện được các quyền của mình, kể cả việc giám sát các cổ đông đa số. Sự giám sát đó của cổ đông thiểu số cũng sẽ là một nguồn thông tin về các bên có liên quan của công ty.

+ Khuyến khích, tạo điều kiện để người lao động có thể tích cực tham gia vào việc giám sát hoạt động kinh doanh của công ty. Qua đó, họ có thể phát hiện và khai báo về người có liên quan của công ty.

Việc tập hợp, lập danh sách những người có liên quan của công ty có thể giao cho BKS. BKS có trách nhiệm tập hợp, quản lý và cập nhật danh sách những người có liên quan của công ty. Danh sách này cần được lưu giữ ở trụ sở chính của công ty; và mỗi cổ đông, người quản lý và thậm chí cả đại diện có thẩm quyền của người lao động đều có thể xem xét và trích lục bất cứ khi nào trong giờ làm việc, nếu xét thấy cần thiết. Ngoài danh sách những người có liên quan, công ty còn phải lập sổ ghi chép riêng các điều kiện cơ bản của từng hợp đồng và giao dịch khác của công ty với những người có liên quan của công ty và được lưu giữ tại trụ sở chính.

- Nâng cao vai trò của hệ thống kiểm toán và kiểm soát nội bộ. Đặc biệt là, hiệu quả hoạt động của BKS, khắc phục tình trạng BKS chỉ *“tồn tại trên giấy tờ”*.

- Tăng cường hiệu quả hoạt động, vai trò và sự độc lập của các công ty kiểm toán (kiểm toán ngoài). Các công ty kiểm toán phải nằm trong danh sách kiểm toán đối với công ty đại chúng do Ủy ban Chứng khoán nhà nước chấp thuận. Đồng thời, tuân thủ nghiêm các quy định của Luật Kiểm toán độc lập và Thông tư 183/2013/TT-BTC về kiểm toán độc lập đối với đơn vị có lợi ích công chúng về: điều kiện đối với tổ chức kiểm toán; tiêu chuẩn đối với kiểm toán viên; nghĩa vụ của tổ chức kiểm toán và kiểm toán viên; trách nhiệm của công ty được kiểm toán...

- Tăng cường các chuẩn mực báo cáo đối với các công ty đại chúng, đặc biệt là công ty không niêm yết.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Trên cơ sở nghiên cứu lý luận, thực tiễn các quy định pháp luật, thực tiễn thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật, chúng tôi đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi theo pháp luật ở Việt Nam:

Về phương hướng, các giải pháp đưa ra cần đảm bảo các nguyên tắc của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty; phối kết hợp giữa pháp luật điều chỉnh chung về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng và các văn bản nội bộ của công ty; đảm bảo các yêu cầu khi hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi; bên cạnh hoàn thiện pháp luật cần nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi (đảm bảo toàn diện về mặt thể chế, thiết chế và biện pháp bảo đảm thực hiện).

Khi hoàn thiện quy định pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi cần lưu ý đến các giải pháp hoàn thiện quy định pháp luật để nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi; quy định về cơ chế xác lập và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi; và các quy định về xử lý vi phạm trong giao kết, thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi.

Bên cạnh đó, nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đòi hỏi chúng ta phải thực hiện đổi mới trong tư duy và nhận thức về pháp luật kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi; nâng cao năng lực kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi của các thiết chế có liên quan và tăng cường hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng thông qua cơ chế kiểm soát nội bộ của công ty.

KẾT LUẬN

Với tư cách là một trong những nội dung chính của quản trị công ty, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được nhắc đến như một yêu cầu tất yếu trong việc nâng cao giá trị và năng lực hoạt động của công ty. Việc nghiên cứu về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam rất có ý nghĩa về mặt lý luận và thực tiễn.

Trên cơ sở xác định đối tượng và phạm vi nghiên cứu, luận án đã lần lượt giải quyết các nhiệm vụ nghiên cứu để đạt được mục đích đã đề ra. Kết quả nghiên cứu của luận án thể hiện qua một số điểm sau đây:

1. Luận án đã đưa ra được khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi là *giao dịch có khả năng sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi của công ty do người đại diện tham gia giao dịch lạm dụng vị thế của mình nhằm thu lợi cho cá nhân*, qua đó, góp phần nhận diện chính xác và đầy đủ và giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng. Đồng thời, luận án cũng phân tích những căn cứ pháp lý để nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng và xác định các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng theo pháp luật Việt Nam gồm: giao dịch với người liên quan; giao dịch có giá trị lớn; giao dịch bất thường và các giao dịch có khả năng tư lợi bị cấm (như giao dịch bất hợp pháp, giao dịch trong một số trường hợp đặc biệt). Từ đó, luận án đề xuất những giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng để có cơ chế kiểm soát thích hợp.

2. Luận án đã hệ thống, xây dựng cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng một cách toàn diện và đầy đủ từ lúc xác lập, thực hiện giao dịch đến khâu kiểm tra giao dịch và xử lý các vi phạm. Bằng việc phân tích cụ thể các thành tố (nội dung) của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi như: quy định về ranh giới được phép hay không được phép tiến hành giao dịch và cơ chế thông qua quyết định của ĐHCĐ; HĐQT; BGD; quy định về chế độ công khai hóa thông tin liên quan đến giao dịch có khả năng tư lợi; quy định về quyền của cổ đông, chế độ lương thưởng của người quản lý; điều kiện, tiêu chuẩn và nghĩa vụ của người quản lý; cơ chế kiểm toán độc lập và kiểm soát nội bộ; cơ chế xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi... Luận án đã khắc họa bức tranh thực trạng thực

điều chỉnh pháp luật và thực trạng thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng ở Việt Nam.

Luận án phân tích, tổng kết những mặt đạt được và những điểm còn hạn chế, điểm yếu của pháp luật Việt Nam, cũng như những bất cập, hạn chế trong quá trình áp dụng pháp luật. Trên cơ sở đó, luận án đưa ra phương hướng và giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng cũng như những giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật một cách toàn diện từ thể chế, thiết chế, đến các biện pháp bảo đảm thực hiện.

3. Khác với nhiều nghiên cứu trước đây, luận án nghiên cứu sâu sắc vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng thông qua các văn bản nội bộ của công ty, cụ thể là những văn bản như: Điều lệ; Quy chế nội bộ về quản trị công ty; Bộ quy tắc ứng xử; các quy trình ký kết và thực hiện hợp đồng của công ty;... Từ căn cứ lý luận đến thực tiễn áp dụng các quy định nội bộ công ty trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi, luận án đề xuất những giải pháp nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng thông qua các văn bản nội bộ của công ty đại chúng.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tiếng Việt

1. Nguyễn Thị Vân Anh (2015), Luận án tiến sỹ luật học “*Kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan*”.
2. Ths. Trần Thị Bảo Ánh (2005), “Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi theo Luật Doanh nghiệp 2005”, *Tạp chí Lập pháp*.
3. Bộ Kế hoạch và Đầu tư (MPI) (2003), *Báo cáo bốn năm thi hành Luật Doanh nghiệp*, Hà Nội.
4. Bộ Kế hoạch và Đầu tư & Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương (CIEM), *Luật công ty một số nước trên thế giới*, Hà Nội.
5. Nguyễn Ngọc Bích (2004), *Luật Doanh nghiệp: Vốn và quản lý trong công ty cổ phần*, Nxb. Trẻ, TPHCM.
6. Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung (2009), *Công ti vốn, quản lý và tranh chấp theo Luật doanh nghiệp năm 2005*, Nxb. Tri thức.
7. Nguyễn Đình Cung (2008), *Quản trị công ty cổ phần ở Việt Nam: quy định của pháp luật, hiệu lực thực tế và vấn đề*, CIEM/GTZ, Hà Nội.
8. PGS.TS. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật Hợp đồng phân chung*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.
9. PGS.TS. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật Thương mại phân chung và thương nhân*; Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội;
10. Ths. Ngô Huy Cương (2003), “Công ty: Từ bản chất đến các loại hình”, *Chuyên san Kinh tế - Luật*, Đại học Quốc gia Hà Nội, (1), Hà Nội.
11. Friedrich Kuebler, Juergen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng Hòa Liên bang Đức*, Nxb. Pháp lý.
12. Lưu Đức Hạnh (2012), *Điều lệ mẫu áp dụng cho các công ty niêm yết trên thị trường chứng khoán Việt Nam*.
13. GS.TS. Lê Hồng Hạnh (1999), “Buôn bán nội gián trong hoạt động của các công ty trên thị trường chứng khoán”, *Tạp chí Luật học số 5*.

14. Henry Hansmann & Reinier Kraakman (2005), “Luật công ty là gì”, *Chương trình giảng dạy kinh tế Fullbright, bài giảng lớp đào tạo cao cấp luật tháng 1/2005*, Thành phố Hồ Chí Minh.
15. Bùi Xuân Hải (2006), “So sánh cấu trúc quản trị nội bộ của công ty cổ phần Việt Nam với các mô hình điển hình trên thế giới”, *Tạp chí Khoa học pháp lý số 6*.
16. Bùi Xuân Hải (2007), “Học thuyết đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam”, *Tạp chí khoa học pháp lý số 4*.
17. Nguyễn Hữu Hưng (2016), “Quyền khởi kiện phải sinh của cổ đông trong công ty cổ phần ở Việt Nam”, *Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội*, số 11.
18. Bùi Nguyên Khánh (2015), *Thuyết minh đề tài cấp Bộ: Bối cảnh cải cách thể chế kinh tế thị trường và nhu cầu cải cách pháp luật doanh nghiệp ở Việt Nam hiện nay*.
19. Ngô Thị Bích Phương (2007), Luận văn thạc sĩ luật học, *Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2005*, Khoa luật Đại học Quốc gia Hà Nội.
20. PGS.TS Nguyễn Như Phát (2005), “Góp ý dự thảo Luật doanh nghiệp (thống nhất)”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 7, Hà Nội.
21. PGS.TS Nguyễn Như Phát, *Quyền tự chủ về vốn và tài sản của doanh nghiệp nhà nước*.
22. PGS.TS Nguyễn Như Phát (2002), *Giáo trình Luật Kinh tế*, Nxb. Chính trị Quốc gia.
23. PGS.TS Nguyễn Như Phát (2008), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Viện Đại học Mở Hà Nội, Nxb. Công an Nhân Dân.
24. Đỗ Đăng Khoa, *Cấu trúc quản trị công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp*.
25. Trần Thị Lan (2014), Luận văn thạc sĩ, *Những giải pháp pháp lý nhằm kiểm soát các giao dịch tư lợi trong hoạt động doanh nghiệp nhà nước ở Việt Nam*, Đại học Quốc gia Hà Nội.
26. Phạm Hải Ly (2013), Luận văn thạc sĩ “*Pháp luật về kiểm soát giao dịch tư lợi trong hoạt động kinh doanh của các ngân hàng thương mại ở Việt Nam*”, Đại học Quốc gia Hà Nội.

27. Nguyễn Thanh Lý (2014), Luận văn thạc sỹ, *Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty cổ phần theo pháp luật Việt Nam hiện nay*, Đại học Quốc gia Hà Nội.
28. Ths. Nguyễn Thanh Lý (2015), “Pháp luật về kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty cổ phần”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, số 3.
29. PGS.TS Phạm Duy Nghĩa (2004), *Chuyên Khảo Luật kinh tế*, Nxb. Đại học Quốc Gia Hà Nội, Hà Nội.
30. PGS.TS Phạm Duy Nghĩa (2002), “Quyền tài sản trong cải cách kinh tế: Quan niệm, một số bài học nước ngoài và kiến nghị”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 11, Hà Nội.
31. Nguyễn Minh Mẫn (1996), Luận án Phó tiến sĩ, *Đổi mới và hoàn thiện khung pháp luật kinh tế trong điều kiện kinh tế thị trường Việt Nam*, Hà Nội.
32. Vũ Văn Mẫu (1963), *Việt Nam dân luật lược khảo – Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, Nxb. Bộ quốc gia giáo dục, Sài Gòn.
33. Quốc hội (2013), *Hiến pháp năm 2013*.
34. Quốc hội (2005), *Luật Doanh nghiệp số 60/2005/QH11*.
35. Quốc hội (1999), *Luật Doanh nghiệp năm 1999*.
36. Quốc hội (2005), *Luật Đầu tư số 59/2005/QH11*.
37. Quốc hội (2005), *Luật Đấu thầu số 61/2005/QH11*.
38. Quốc hội (2006), *Luật Chứng khoán số 70/2006/QH11*.
39. Quốc hội (2005), *Luật Phá sản số*.
40. *Quốc hội (2002), Luật Ngân sách Nhà nước*.
41. Raymond Mallon & CIEM (2004), *Cải cách các quy định về kinh doanh: Cẩm nang dành cho các nhà hoạch định chính sách Việt Nam, dự án nâng cao năng lực cạnh tranh - VNCI*, Hà Nội.
42. Ronald Gilson (2004), *Tầm quan trọng của quản trị công quản trị công ty niêm yết, Hội nghị bàn tròn Châu Á về quản trị doanh nghiệp, Lý do tại sao quản trị doanh nghiệp được quan tâm tại Việt Nam*, Hà Nội.
43. Trung tâm Ngôn ngữ Văn hóa Việt Nam (1999), *Đại từ điển tiếng Việt*.

44. Trịnh Đức Thảo (1999), “Khung pháp luật và khung pháp luật kinh tế”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 10.
45. Trần Thanh (2010), "Buông", *Báo Tiền phong*, số 192.
46. Thomas Heller (2003), “Trung Quốc và quy chế quản trị công ty”, *Bài thuyết trình tại buổi tọa đàm về các thiết chế pháp lý cần thiết cho phát triển kinh tế*, Bộ Tư pháp, Hà Nội.
47. Võ Thị Thanh Tâm (2007), Luận án tiến sĩ luật học, *Giao kết trực lợi trong nền kinh tế thị trường ở nước ta và những giải pháp pháp lý nhằm hạn chế, khắc phục*.
48. Lê Minh Toàn (2014), “Khung pháp luật về quản trị công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay”, *Kỷ yếu Hội thảo khoa học Hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp và đầu tư trong bối cảnh cải cách thể chế thị trường ở Việt Nam hiện nay*, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội.
49. Tổ chức tài chính quốc tế (IFC) (2010), *Cẩm nang quản trị công ty*.
50. Trần Thị Lệ Thủy & Nobuyuki Yasuda (2000), “Điều hành và giám sát công ty ở Mỹ và Nhật Bản”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 01, Hà Nội.
51. Nhâm Phong Tuấn và Nguyễn Anh Tuấn (2013), “Quản trị công ty vấn đề đại diện của các công ty đại chúng tại Việt Nam”, *Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Kinh tế và kinh doanh*, tập 29, số 1.
52. Trường Đại học Luật Hà Nội (2008), *Giáo trình Lí luận chung về Nhà nước và Pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội,.
53. Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương, UNDP & GTZ (2004), *Thời điểm cho sự thay đổi: Đánh giá luật doanh nghiệp và kiến nghị*, Hà Nội;
54. Viện nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương (1999), *Báo cáo nghiên cứu so sánh luật công ty ở bốn quốc gia Đông Nam Á: Thái Lan, Singapore, Malaysia và Philippine*, Hà Nội;
55. Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương (1990), *Kinh nghiệm tổ chức công ty cổ phần*, Hà Nội;
56. Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương (2010), *Báo cáo rà soát, đánh giá quy định pháp luật và thực trạng quản trị DNNN*.

57. Ths. Lê Đình Vinh (2004), “Kiểm soát các giao dịch tư lợi trong công ty theo luật doanh nghiệp”, Tạp chí Luật học số 1.

58. GS. Nguyễn Như Ý (chủ biên, 2010), *Đại từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.

Tiếng Anh

59. Adolf A. Berle & Gardiner C. Means (1932/1968), *The Modern Corporation and Private Property*, MacMilan, New York.

60. *Black's Law Dictionary* Second Pocket Edition (2001), West Publishing CO, USA.

61. Davis, JH, Schoorman, FD và Donaldson, L, (1997) *Towards a Stewardship Theory of Management*, Academy of Management Review.

62. Eugene F. Fama and Michael C. Jensen Source (1983): “Separation of Ownership and Control Author(s)”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 2.

63. Jensen.MC và Meckling.WH (1976), *Theory of Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*.

64. John H. Farra (2000), *A Note on Dealing with Self Interested Transactions by Directors*.

65. John H. Farrar and Professor Susan Watson (2012), *Self dealing, fair dealing and related party transactions – History, Policy and Reform*.

66. Huining Chen, *CEO duality and firm performance: an empirical study of EU listed firms*, University of Twente Jupiterstraat 85 7521JJ Enschede The Netherlands.

67. Mark Koflbeck (2004), *Related party transaction*.

68. Michele Pizzo (2004), *Related party transaction in Corporate Governance*.

69. Melvin Aron Eisenberg (1988), *Self-Interested Transactions in Corporate Law*.

70. Ross.S.A (1973), “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem”, *The American Economic Review*.

71. Rechner và Dalton (1991), “CEO duality and organizational performance: a longitudinal study” *Strategic Management Journal*, 12.

72. Simeon Djankova, Rafael La Portab, Florencio Lopez-de-Silanesc, Andrei

Shleiferd (2008), *The law and economics of self-dealing*.

73. OECD, *Guide on fighting abusive related party transaction*, 2009.

74. The OECD, *The OECD Principles of Corporate*, www.oecd.org

75. The OECD, *The OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, www.oecd.org

76. Zohar Goshen (2003), *The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality*.

Website

77. http://web.stanford.edu/group/scspi/_media/pdf/Reference%20Media/Mizruchi_2004_Elites.pdf

78. http://www.wiwi.uni-bonn.de/kraehmer/Lehre/SeminarSS09/Papiere/Fama_Jensen_Separation_ownership_control.pdf

79. <file:///C:/Users/SONY/Downloads/SSRN-id2020075.pdf>

80. https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=control+value+transactions++control+self-interest+transaction

81. www.oecd.org

82. <http://123doc.org/document/1110530-bao-cao-buon-ban-noi-gian-trong-hoat-dong-cua-cac-cong-ti-tren-thi-truong-chung-khoan-pdf.htm?page=7>

83. <http://luanan.nlv.gov.vn/luanan?a=d&d=TTbGLibEYsWW2007.1.4&e=-----vi-20--1--img-txIN----->

84. <http://www.doingbusiness.org/~media/FPKM/Doing%20Business/Documents/Methodology/Supporting-Papers/DB-Methodology-Law-and-Economics-of-Self-Dealing.pdf>

85. <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1185&context=blr>

86. <file:///C:/Users/SONY/Downloads/SSRN-id2020075.pdf>

87. https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=control+value+transactions++control+self-interest+transaction

88. https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=DEFINITIONS+self+interested+tra

nsaction

89. <http://www.law.uc.edu/sites/default/files/CCL/regS-K/SK404.html>

90. <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu--trao-doi/trao-doi-binh-luan/so-huu-cheo-va-nhung-he-luy-cua-so-huu-cheo-24374.html>

91. <http://tinnhanhchungkhoan.vn/chung-khoan/he-luy-cua-quan-tri-kem-75855.html>

PHỤ LỤC
CÁC VỤ VIỆC ĐIỂN HÌNH VỀ VI PHẠM PHÁP LUẬT KIỂM SOÁT
GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TỰ LỢI TRONG CÔNG TY ĐẠI CHÚNG

Hộp 3.1. Vi phạm tại Công ty cổ phần Dầu thực vật Tường An

Tại ĐHĐCĐ thường niên 2008 của CTCP Dầu thực vật Tường An (DTA), đại diện của cổ đông chiếm 51% cổ phần DTA là Công ty Dầu thực vật Hương liệu Mỹ phẩm Việt Nam (Vocarimex) đã bỏ phiếu phản đối quyết định của HĐQT bỏ nhiệm chức vụ TGD đối với bà Huỳnh Tuân Phương Mai. Nguyên nhân sâu xa của việc phản đối trên là với tư cách TGD đương nhiệm của DTA, bà Mai đã tiến hành thu mua nguyên liệu sản xuất từ các nhà cung cấp khác, thay vì mua từ Vocarimex. Theo quy chế thu mua nguyên liệu của DTA, nhà cung cấp phải chào giá bằng fax đồng thời cho TGD và Chủ tịch HĐQT, trong khi đó, Chủ tịch HĐQT DTA lại là Phó TGD của Vocarimex nên phía công ty này luôn nắm được mức giá chào bán của các đối tác khác. Vocarimex không tự sản xuất ra nguyên liệu đầu vào mà chỉ đóng vai trò là 1 đầu mối trung gian và DTA hoàn toàn chủ động việc nhập khẩu trực tiếp. Việc mua nguyên liệu qua Vocarimex đã xâm phạm đến lợi ích của các cổ đông bên ngoài, trái với quy định tại Luật DN và vi phạm nghiêm trọng nguyên tắc cơ bản của chào giá cạnh tranh.

Trong vụ việc trên, có sự vi phạm nghiêm trọng vấn đề công khai hóa giao dịch và hợp đồng, cụ thể: Vocarimex không thể tiếp tục đóng vai trò là nhà cung cấp nguyên liệu gần như độc quyền cho DTA vì :

+ Vocarimex không tự sản xuất ra nguyên liệu đầu vào; Vocarimex chỉ đóng vai trò là 1 đầu mối trung gian, mà đã qua trung gian thì phải mất thêm chi phí và như vậy là làm giảm lợi nhuận của Dầu Tường An.

+ CTCP Dầu Tường An hoàn toàn chủ động việc nhập khẩu trực tiếp mà không phải qua khâu trung gian Vocarimex. Những hoạt động này đã được tiến hành sau khi được cổ phần hoá năm 2004 và tới tháng 6/2007 khi Bà Mai còn giữ vai trò đại diện pháp luật, tuy nhiên khi đại diện của Vocarimex đóng vai trò Chủ tịch HĐQT thì Dầu Tường An phải mua nguyên liệu qua Vocarimex.

+ Việc phải mua nguyên liệu qua Vocarimex mà không được nhập trực tiếp đã tạo lợi nhuận cho Vocarimex và làm xâm phạm đến lợi ích của các cổ đông ngoài nhà nước, như vậy là trái với Luật Doanh nghiệp: Cổ đông lớn không thể chèn ép cổ đông nhỏ để tạo thêm lợi nhuận cho mình 1 cách không chính đáng.

Như vậy, với quy chế này, Vocarimex luôn biết trước giá chào bán của các đối tác khác trước khi đưa ra giá chào của mình. Quy chế này đã vi phạm nghiêm trọng nguyên tắc cơ bản của chào giá cạnh tranh.

Tương tự như vậy, Điều 120 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định “*Hợp đồng giao dịch giữa công ty với cổ đông sở hữu trên 35% tổng số cổ phần phổ thông của công ty thì phải được HĐQT chấp thuận. Thành viên có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết*” (Nay là điều 161 Luật Doanh nghiệp 2014). Trong trường hợp của Dầu Tường An, 3 thành viên HĐQT đại diện cho Vocarimex không có quyền biểu quyết các hợp đồng này [6].

Nguồn: Tổng hợp và bình luận vụ việc từ Báo Đầu tư ngày 24/9/2013.

Hộp 3.2. Hạn chế quyền tham dự ĐHĐCĐ trong các công ty đại chúng

Tại ĐHĐCĐ thường liên của CTCP Bánh kẹo Hải Châu năm 2013, công ty này thông báo chỉ cho phép các cổ đông sở hữu từ 12.000 cổ phần trở lên được tham dự ĐHĐCĐ, các cổ đông còn lại có quyền liên kết đề cử đại diện. Sau khi dư luận lên tiếng về việc cố tình bỏ quên cổ đông nhỏ, CTCP bánh kẹo Hải Châu đã phải cho phép tất cả các cổ đông hoặc người được ủy quyền đều được tham dự đại hội.

Thông báo hợp ĐHĐCĐ năm 2014 của CTCP Than Cao Sơn đưa ra cuối tháng 2/2014 cũng buộc cổ đông phải đăng ký trước ngày 25/3 thì mới được Ban Tổ chức đại hội chấp thuận. Việc yêu cầu cổ đông phải đăng ký trước đã kiến UBCK Nhà nước phải lên tiếng, yêu cầu công ty giải trình. Sau đó, CTCP Than Cao Sơn đã ra thông báo mới, cho phép cổ đông tham dự mà không cần đăng ký. Đối chiếu với quy định của pháp luật, Luật Doanh nghiệp 2005 không có quy định nào buộc cổ đông phải đăng ký mới được tham dự. Thậm chí, Luật Doanh nghiệp 2005 còn quy định, cổ đông đến muộn vẫn được tham dự đại hội và biểu quyết một số vấn đề chưa được biểu quyết.

Tổng công ty Thiết bị điện Gelex, hai năm 2012-2013 đều tổ chức ĐHĐCĐ tại huyện Tiên Du, tỉnh Bắc Ninh, trong khi tổng công ty này có trụ sở tại trung tâm Hà Nội. Theo Gelex, việc này nhằm tiết kiệm chi phí tổ chức. Thậm chí, có lần Gelex còn dự kiến tổ chức ĐHĐCĐ ở Quảng Ninh.

Nguồn: TS. Lê Minh Toàn (2014), sưu tầm trong bài viết Khung pháp luật về quản trị công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay, Kỷ yếu Hội thảo khoa học Hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp và đầu tư trong bối cảnh cải cách thể chế thị trường ở Việt Nam hiện nay.

Hộp 3.3. Bất lực quản trị, cổ đông thành bù nhìn

ĐHĐCĐ CTCP Dệt Gia dụng Phong Phú, chủ trương của HĐQT đưa ra về kế hoạch sáp nhập vào công ty mẹ là Tổng CTCP Phong Phú dù bị nhiều cổ đông phản ứng gay gắt (do công ty mẹ kinh doanh kém hiệu quả hơn công ty con), nhưng cuối cùng vẫn được thông qua với đa số phiếu. Kết quả này cũng không khó hiểu, bởi đa số cổ đông của Dệt Gia dụng Phong phú là cán bộ, công nhân viên trong Công ty. Đây là nhóm cổ đông rất ít khi có ý kiến trái chiều với HĐQT và thường biểu quyết thông qua mọi vấn đề của HĐQT.

ĐHĐCĐ CTCP Quảng cáo và Hội chợ thương mại – Vinexad, nhiều ý kiến phản đối về chủ trương chuyển nhượng tòa văn phòng công ty tại số 9 Đinh lễ và Chủ tịch HĐQT Vinexad – ông Nguyễn Khắc Luận, cũng không đưa ra được luận cứ thuyết phục và khả thi để chứng minh việc chuyển nhượng tòa văn phòng này là có lợi cho công ty. Tuy nhiên, khi biểu quyết, chủ trương này vẫn được thông qua, do số lượng cổ đông là cán bộ trong công ty chiếm tỷ lệ áp đảo.

Ngày 25/3/2014, ĐHĐCĐ Sacombank được tổ chức với tổng số cổ phần tham gia có quyền biểu quyết là 84,54%. Trong rất nhiều nội dung được thông qua tại ĐHĐCĐ lần này, mặc dù có nhiều phản đối của cổ đông thiểu số về việc sáp nhập Ngân hàng Sacombank và Ngân hàng Phương Nam, nhưng 97,31% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ đông còn lại vẫn thông qua việc sáp nhập này.

Nguồn: TS. Lê Minh Toàn (2014), sưu tầm trong bài viết Khung pháp luật về

quản trị công ty đại chúng ở Việt Nam hiện nay, Kỳ yếu Hội thảo khoa học Hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp và đầu tư trong bối cảnh cải cách thể chế thị trường ở Việt Nam hiện nay.

Hộp 3.4. Vi phạm của Tổng công ty Hàng Hải

Tổng công ty Hàng Hải nhiều lãnh đạo có vốn trong hai doanh nghiệp “sân sau”. Công ty cổ phần đại lý liên hiệp vận chuyển Gemadept và công ty liên doanh vận tải biển Việt- Pháp (Gematrans) là doanh nghiệp “sân sau” của nhiều cán bộ lãnh đạo Tổng công ty Hàng Hải và cục Hàng hải Việt Nam. Đó là kết luận của thanh tra chính phủ sau khi tiến hành thanh tra hai đơn vị này theo ý kiến chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ. Theo đó cơ quan thanh tra xác định các cổ đông nắm giữ cổ phần lớn tại công ty Gemadept gồm chủ tịch HĐQT, phó TGD và uỷ viên HĐQT Tổng công ty Hàng hải, cục trưởng và phó cục trưởng cục Hàng hải Việt Nam. Những vị này nắm giữ các vị trí then chốt tại hai doanh nghiệp như Chủ tịch HĐQT, TGD TCT Hàng hải đều từng kiêm chủ tịch HĐQT công ty Gemadept, phó TGD TCT Hàng hải kiêm GD công ty Gematrans. Theo cơ quan thanh tra, trong quá trình điều hành kinh doanh, một số lãnh đạo Tổng công ty Hàng hải đã tạo điều kiện thuận lợi về kinh doanh, dịch vụ hàng hải cho công ty Gemadept. Đổi lại với số cổ phiếu đặc biệt lớn mỗi năm các cổ đông này nghiêm nhiên bỏ túi khoản lợi tức với giá trị rất lớn. Cơ quan thanh tra cũng làm rõ sai phạm ở hai doanh nghiệp này, trong đó có việc lãnh đạo đơn vị sử dụng trên 9 tỷ đồng từ công quỹ công ty mua cổ phiếu để thưởng cho một số cán bộ ở Bộ tài chính và Bộ giao thông vận tải. Thanh tra Chính phủ đã chuyển danh sách những cán bộ nhận “thưởng” bằng cổ phiếu, cổ tức nói trên cho hai bộ này.

Nguồn: Tuổi trẻ, 09/08/2006.

Hộp 3.5: Vai trò của thành viên HĐQT độc lập tại ACB

Từ năm 2008, mặc dù ông Nguyễn Đức Kiên không tham gia HĐQT Ngân hàng ACB nhưng do là cổ đông lớn, nên vẫn là người có ảnh hưởng lớn đến toàn bộ hoạt động của ngân hàng này trong thời gian dài. Cũng từ 2008 ông Trần Xuân Giá được bầu làm Chủ tịch HĐQT ACB nhiệm kỳ 2008- 2012 nhưng ông không phải là người có cổ phần lớn. Ông tham gia với tư cách thành viên HĐQT độc lập. Do đó, tiếng là Chủ tịch HĐQT, nhưng ông Trần Xuân Giá không có quyền định đoạt mọi việc mà Nguyễn Đức Kiên mới là người có ảnh hưởng, chỉ đạo mọi hoạt động của ACB.

Ngày 22/3/2010, Thường trực HĐQT Ngân hàng ACB có họp bàn về chủ trương ủy thác cho nhân viên dùng tiền và USD của ngân hàng gửi vào các tổ chức tín dụng khác để lấy lãi. Tại cuộc họp này có một số ý kiến, trong đó có ông Trần Mộng Hùng đề nghị giảm bớt lãi suất huy động để giảm số tiền huy động của dân, vì ở thời điểm đó Ngân hàng ACB đã huy động được nhiều tiền của dân nhưng không cho vay được mà lại phải trả lãi. Tuy nhiên Nguyễn Đức Kiên không đồng ý với phương án này. Sau đó, Lý Xuân Hải (Tổng Giám đốc ACB) đề xuất phương án ủy thác cho nhân viên Ngân hàng ACB gửi tiền và USD vào các tổ chức tín dụng. Đề xuất này được Nguyễn Đức Kiên đồng tình. Thường trực HĐQT khi đó là ông Trần Xuân Giá, Trịnh Kim Quang, Phạm Trung Cang, Lê Vũ Kỳ và Lý Xuân Hải cũng nhất trí ký biên bản thông qua, giao cho Lý Xuân Hải tổ chức thực hiện. Theo Điều 106 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 (có hiệu lực từ 1/1/2011) thì đây là việc làm trái quy định. Với tư cách là thành viên HĐQT độc lập đồng thời là Chủ tịch HĐQT, Ông Giá cho rằng vì thời điểm ký biên bản họp là 22/3/2010, nhưng Luật các tổ chức tín dụng trong đó có Điều 106 đến tận 16/6/2010 mới được Quốc Hội thông qua và đến 1/1/2011 mới có hiệu lực nên việc ký biên bản là không sai phạm.

Hộp 3.6. Vụ việc vi phạm của Ngân hàng Agribank

Từ tháng 10 đến tháng 12 năm 2015, TAND tại Hà Nội và TP. HCM đã xử 4 vụ án của Ngân hàng Agribank:

- Vụ thất thoát hơn 450 tỷ đồng tại Công ty cho thuê tài chính ALC II thuộc Agribank
- Vụ thất thoát 600 tỷ đồng tại Agribank Chi nhánh 7
- Vụ án gây thất thoát 966 tỷ tại Agribank Chi nhánh 6
- Vụ án mất 2.755 tỉ đồng tại Agribank chi nhánh Nam Hà Nội

Nguồn: Tổng hợp từ <https://vi.wikipedia.org/wiki/>

Hộp 3.7: Lương, thưởng của HĐQT, Ban Giám đốc và việc không chia cổ tức của một số công ty đại chúng/niêm yết tại Việt Nam

1. Tại ĐHĐCĐ năm 2014, HĐQT Công ty cổ phần Cơ điện lạnh (REE) đã trình cổ đông kế hoạch thưởng cho ban điều hành hơn 52 tỷ đồng, do hoàn thành vượt mức kế hoạch lợi nhuận đề ra. Nhiều cổ đông đã đặt vấn đề, mức thưởng này quá hậu hĩnh, các cổ đông sẽ bị thiệt. Bên cạnh đó, lợi nhuận để lại quá lớn, vì sao doanh nghiệp không chia thêm cổ tức? Nhưng mức thưởng này đã được cổ đông REE thống nhất với ban điều hành công ty từ cuộc họp đầu năm 2013 theo đó, cổ đông đã đồng ý thưởng cho Tổng Giám đốc và các Giám đốc điều hành 30% phần lợi nhuận sau thuế vượt kế hoạch.

2. Báo cáo thường niên 2013 vừa được CTCP Hoàng Anh Gia Lai (mã HAG – HOSE) công bố thì các vị trí lãnh đạo tại Công ty đều nhận được mức lương thưởng cao chót vót trong năm qua. Chủ tịch HĐQT Đoàn Nguyên Đức (bầu Đức) với thu nhập 4,18 tỷ đồng (tương đương 348 triệu đồng/tháng). Thành viên HĐQT kiêm Tổng Giám đốc Nguyễn Văn Sự nhận được 3,136 tỷ đồng (tương đương 262 triệu đồng/tháng). 03 thành viên HĐQT khác gồm ông Nguyễn Văn Minh, ông Đoàn Nguyên Thu, cùng kiêm chức vụ Phó Tổng Giám đốc và ông Lê Hùng cũng có thu nhập lần lượt là 2,78 tỷ đồng, 2,13 tỷ đồng và 2,09 tỷ đồng. Tuy nhiên, 03 thành viên HĐQT độc lập là bà Võ Thị Huyền Lan, ông Vũ Hữu Điền và ông Pornchai Lueang-

a-papong chỉ nhận mức được từ 168 – 252 triệu đồng/năm. 03 Phó Tổng Giám đốc khác là ông Võ Trường Sơn, ông Lê Văn Rõ và ông Trà Văn Hàn cũng có mức thu nhập cao, tương ứng là 2,09 tỷ đồng, 1,4 tỷ đồng và 1,7 tỷ đồng. Kế toán trưởng kiêm Thư ký HĐQT của HAG là bà Hồ Thị Kim Chi nhận mức thù lao là 1,08 tỷ đồng. Ngoài ra, các thành viên trong Ban Kiểm soát HAG cũng nhận mức thu nhập hàng trăm triệu đồng trong năm 2013. Kết thúc năm 2013, HAG đạt tổng doanh thu 2.771 tỷ đồng, chỉ hoàn thành 77% kế hoạch và giảm 37 % so với năm 2012, nhưng lợi nhuận sau thuế lại đạt 972 tỷ đồng, tăng mạnh 2,66 lần so với năm 2012.

3. Tại ĐHCĐ diễn ra chiều ngày 16/4/2014, HĐQT Southern Bank đề nghị cổ đông thông qua quyết toán số tiền chi lương, thưởng cho HĐQT và Ban Kiểm soát năm 2013 là 14,17 tỷ đồng. Đồng thời, HĐQT cũng đề xuất cổ đông giữ nguyên mức lương, thưởng này cho năm 2014. Trong khi đó, Southern Bank lại xin cổ đông thông qua việc không chia cổ tức năm 2013. Theo lý giải của HĐQT Southern Bank, do kết quả năm 2013 quá thấp, chỉ có 18 tỷ đồng trước thuế, do phải trích lập dự phòng rủi ro cao, 372 tỷ đồng. HĐQT giữ lại nguồn lợi nhuận này để hỗ trợ nguồn vốn cho hoạt động kinh doanh. Trước đó, chỉ tiêu cổ tức 2013 được ĐHCĐ thường niên năm 2013 thông qua là 8%. Việc Southern Bank không chia cổ tức đã gặp phải phản ứng gay gắt từ các cổ đông, vì 2 năm trước đó, Ngân hàng này cũng không chia cổ tức. Nhiều cổ đông bức xúc cho rằng trong năm 2013, lợi nhuận của ngân hàng chưa tới 18 tỷ đồng mà mức thù lao chia cho HĐQT tới hơn 14 tỷ đồng, tương đương gần 80% lợi nhuận, trong khi cổ đông hơn 1.800 người mà được chia có 2 tỷ đồng (tương đương 0,05% cổ tức). Theo cổ đông, việc HĐQT, Ban điều hành, Giám đốc chi nhánh, cán bộ nhân viên nhận lương thưởng cao mà để cho cổ đông không có cổ tức là khó chấp nhận. Nhiều cổ đông cũng nói rằng cần cổ tức ít nhất bằng lãi suất ngân hàng, cổ đông cũng cho rằng cần xem lại hiệu quả hoạt động của HĐQT và phải chia thù lao HĐQT theo hiệu quả kinh doanh chứ chưa biết năm 2014 hoạt động như thế nào mà HĐQT đã đòi thù lao 14 tỷ đồng là không hợp lý.

4. Tại ĐHCĐ ngân hàng TMCP Á châu (ACB), dù ngân hàng này chia cổ tức đến 7%, tương đương với lãi suất huy động nhưng nhiều cổ đông vẫn vẫn cho rằng số tiền

ngân hàng dùng để trả cổ tức còn thấp hơn số tiền trong vụ án Huyền Như, đây cũng là một trong những thiệt hại mà cổ đông phải gánh chịu. Chính lãnh đạo ACB cũng thừa nhận điều này.

5. Ngân hàng TMCP Xuất nhập khẩu (Eximbank) cũng đề nghị cổ đông thông qua tỉ lệ chia cổ tức ở mức khiêm tốn là 4%, thấp hơn nhiều so với lãi suất ngân hàng. Theo thông tin được công bố trước ĐHĐCĐ năm 2014, thì năm 2013 Eximbank đã phải trích lập dự phòng rủi ro tín dụng khiến lợi nhuận thu về bị ảnh hưởng. Theo đó lợi nhuận trước thuế của Eximbank là 827 tỉ đồng, lợi nhuận còn lại sau khi trích lập các quỹ là 491,7 tỉ đồng. Do vậy tỉ lệ cổ tức chi trả cho cổ đông trong năm 2013 của Eximbank dự kiến trình ĐHĐCĐ là 4%, thấp hơn nhiều so với chỉ tiêu đưa ra ban đầu từ 8 - 10%. Năm 2013 tỉ lệ nợ xấu tại Eximbank là 1.652 tỉ đồng, tương đương 1,98% trên tổng dư nợ.

6. Theo kế hoạch được ĐHĐCĐ thông qua đầu năm 2013, Ngân hàng Hàng hải (Maritime Bank) dự kiến trả cổ tức 7%. Đến cuối năm, do tình hình kinh doanh không khả quan, lãnh đạo ngân hàng điều chỉnh lại kế hoạch kinh doanh, trong đó có chỉ tiêu cổ tức là 0%. Sang năm 2014, ngân hàng này dự kiến cũng không chia cổ tức. Nhiều ngân hàng khác cũng không trả cổ tức bằng tiền mặt nhiều năm hoặc mức chi trả thấp hơn nhiều so với lãi suất tiết kiệm như Ngân hàng Kỹ thương (Techcombank), Ngân hàng Quốc tế (VIB), Ngân hàng Việt Nam Thịnh Vượng (VPBank), Xăng dầu Petrolimex (PGBank)... Trong khi VIB dự kiến không trả cổ tức 2013 thì lãnh đạo Techcombank còn nói rõ không có kế hoạch trả cổ tức trong 5 năm. Vì vậy, nhiều cổ đông đi dự các cuộc họp thường niên đề nghị, trước khi sáp nhập, các lợi nhuận còn lại nên chia để "hà hơi tiếp sức" cho cổ đông trong lúc khó khăn này. Cổ đông của Maritime Bank chia sẻ họ là những cổ đông nhỏ và đang chịu một sức ép rất lớn, nhất là việc không có cổ tức. Cùng với đó, hiện họ không có lối thoát khi nắm những cổ phiếu này. Các ngân hàng khác lên sàn, nếu thấy không hiệu quả còn có thể thoái vốn. Hiện cổ đông ở đây ở vào vị thế muốn thoát ra không được trong khi ở lại thì cổ tức chả có, muốn bán tháo để chạy dù giá rẻ bèo cũng không xong.

Hộp 3.8: Thủ đoạn làm giá chứng khoán của Ban lãnh đạo Cty cổ phần Dược Viễn Đông (DVD)

Tháng 9/2010, qua thanh tra Ủy ban Chứng khoán nhà nước phát hiện cáo bạch mà Công ty Dược phẩm Viễn Đông (mã chứng khoán DVD) nộp thực chất vẫn là phiên bản được thực hiện khi niêm yết cổ phiếu vào cuối năm 2009, thay vì bản mới, phục vụ cho đợt chào bán. Do sai phạm này, Ủy ban Chứng khoán nhà nước đã quyết định dừng đợt chào bán của Dược Viễn Đông trong khi yêu cầu doanh nghiệp giải trình các vấn đề liên quan. Lãnh đạo công ty sau đó đã tiến hành giải trình và cam kết tự chịu trách nhiệm trước pháp luật về các thông tin cung cấp. Đợt chào bán do đó được tiếp tục kể từ ngày 10/9/2010. Tuy nhiên, đến ngày 24/9/2010, Ủy ban Chứng khoán nhà nước tiếp tục nhận được đơn nặc danh với nội dung chi tiết hơn về việc giả mạo chữ ký trong Bản cáo bạch chào bán chứng khoán ra công chúng.

Với căn cứ này, ngày 15/10/2010, Ủy ban Chứng khoán nhà nước quyết định thành lập đoàn kiểm tra trực tiếp tại Dược Viễn Đông. Kết quả cho thấy doanh nghiệp mắc khá nhiều sai phạm về quản trị công ty, công bố thông tin cũng như nghi vấn về việc tạo doanh thu ảo. Sau khi phối hợp với cơ quan điều tra, đã phát hiện dấu hiệu giả mạo chữ ký trong bản cáo bạch chào bán cổ phiếu của Dược Viễn Đông và yêu cầu Sở Giao dịch chứng khoán TP HCM cho dừng việc niêm yết bổ sung cổ phiếu mới tại HOSE. Đến cuối tháng 11/2011, Ủy ban Chứng khoán nhà nước tiếp tục có quyết định đình chỉ đợt chào bán của Dược Viễn Đông và hoàn trả tiền cho nhà đầu tư. Cổ phiếu DVD của doanh nghiệp cũng đã bị cơ quan điều tra và Sở Giao dịch chứng khoán TP HCM cho hủy niêm yết (Tổng lượng cổ phiếu bị hủy niêm yết là 11,91 triệu cổ phiếu, tương đương 119,1 tỷ đồng). Sở Giao dịch chứng khoán TP HCM cũng công bố thông tin về việc Công ty Dược phẩm Viễn Đông được mở thủ tục phá sản sau khi một trong những chủ nợ của Dược Viễn Đông là Ngân hàng ANZ nộp đơn và được Tòa án nhân dân TP HCM chấp nhận ngày 5/8/2011. Ngày 30/9/2011, Công ty cổ phần Dược Viễn Đông cũng đã có thông báo chấm dứt hoạt động gửi tới Sở giao dịch chứng khoán TP HCM. Liên quan đến trách nhiệm của Ban lãnh đạo Dược Viễn Đông, vào cuối năm 2010, cựu Chủ tịch công ty kiêm Tổng

Giám đốc - ông Lê Văn Dũng cùng một số cá nhân đã bị bắt và khởi tố về tội danh làm giả chứng khoán.

Xem thêm bình luận về vấn đề này Nhuệ Mẫn, “Soi những điểm yếu trong quản trị doanh nghiệp Việt”. Báo Đầu tư – Chứng khoán, số ra ngày 16/4/2014. Chi tiết xem tại <http://tinnhanhchungkhoan.vn/thuong-truong/soi-nhungdiem-yeu-trong-quan-tri-doanh-nghiep-viet-93789.html>. Truy cập lần cuối ngày 18/4/2014.

Hộp 3.9. Vụ việc vi phạm của Công ty cổ phần PJICO

Công ty PJICO là một công ty cổ phần được thành lập vào tháng 6/1995 với bảy cổ đông sáng lập đều là các tổ chức kinh tế lớn của Nhà nước như Tổng công ty xăng dầu Việt Nam, Ngân hàng Ngoại thương Việt Nam, Công ty tái bảo hiểm quốc gia... Trong làng bảo hiểm Việt Nam, Pjico được coi là một trong những đại gia sau Bảo Việt và Bảo Minh. Tuy nhiên, tên tuổi và uy tín của Pjico đã bị ảnh hưởng rất nghiêm trọng do hành vi nhận hối lộ của TGD và phó TGD công ty. Chính hai vị này đã lợi dụng quyền hạn của mình, cố tình thực hiện giao dịch tư lợi nhằm thu lợi bất chính số tiền rất lớn, xâm hại tới lợi ích của cổ đông, công ty và Nhà nước (TGD Trần Nghĩa Vinh nhận khoảng 1,1 tỷ VNĐ, Phó TGD Hồ Mạnh Quân nhận khoảng 600 triệu VNĐ), ngoài ra còn một số cán bộ quản lý cũng vi phạm như kế toán trưởng, một số trưởng phòng.

Nguồn: Báo tuổi trẻ ngày 16/5/2005

Hộp 3.10. Tính chất gia đình trị tại công ty cổ phần Thuận Thảo (GTT)

Trên sàn HOSE, CTCP Thuận Thảo (GTT) cũng là một trường hợp điển hình của mô hình quản trị công ty gia đình. Tại doanh nghiệp này, gia đình bà Chủ tịch Võ Thị Thanh nắm quyền kiểm soát chủ yếu (chiếm đa số ghế trong HĐQT). Tuy là doanh nghiệp niêm yết nhưng GTT thiếu yếu tố đại chúng và không có các nhà đầu tư lớn tham gia bỏ vốn vào. ĐHCĐ 2015 của Công ty chỉ có 32 cổ đông đại diện cho 41,08% tổng số cổ phần của Công ty (chủ yếu là gia đình bà Thanh) tham dự nên phải tổ chức đến lần thứ 3 mới thành công. Hội đồng quản trị GTT bầu mới năm 2015 có 5

người, bao gồm bà Võ Thị Thanh - Chủ tịch HĐQT và 4 thành viên: ông Võ Hoàng Chương (con trai bà Thanh), bà Võ Thanh Minh Hằng (con gái bà Thanh), bà Đặng Thị Nguyệt Thương và ông Trần Quốc Hiến. HĐQT nhiệm kỳ trước còn có cả chồng bà Thanh là ông Võ Văn Thuận. Không chỉ vậy, các thành viên HĐQT đều kiêm nhiệm luôn việc điều hành doanh nghiệp. Cụ thể, bà Thanh là Tổng giám đốc GTT, các con là Phó tổng giám đốc, nắm giữ các vị trí chủ chốt trong doanh nghiệp.

Việc thiếu yếu tố phản biện, HĐQT GTT khó có thể hoạt động hiệu quả. Đó là chưa kể, doanh nghiệp gia đình dễ mắc phải những căn bệnh như nể nang hoặc sức ỳ lớn. Năm 2014, GTT lỗ 186 tỷ đồng; năm 2015, Công ty lỗ tiếp 119 tỷ đồng. Năm 2014, GTT lỗ 186 tỷ đồng; năm 2015, Công ty lỗ tiếp 119 tỷ đồng. Tính đến cuối năm 2015, lỗ lũy kế của GTT đã lên đến hơn 302 tỷ đồng, chiếm gần 70% vốn điều lệ của Công ty.