

KIỂM SOÁT CÁC GIAO DỊCH CÓ NGUY CƠ PHÁT SINH TƯ LỢI THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2005

ThS. TRẦN THỊ BẢO ANH *

1. Sự cần thiết phải kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi

Các giao dịch tư lợi cần phải có sự kiểm soát từ phía công ti và Nhà nước thông qua các quy định của pháp luật và điều lệ công ti vì những lí do sau:

Một là các giao dịch tư lợi sẽ gây thiệt hại về tài sản cho công ti vì sự tham nhũng, chia chác tài sản của công ti vào túi riêng của một nhóm thành viên hoặc người quản lí công ti.

Hai là từ sự thiệt hại về lợi ích của công ti kéo theo đó là sự thiệt hại về quyền lợi của các chủ nợ của công ti khi công ti không còn đủ tài sản để thanh toán các khoản nợ cho các chủ nợ.

Ba là khi một công ti xảy ra các giao dịch tư lợi thì uy tín của công ti đó sẽ bị giảm sút, các thành viên đã đầu tư vào công ti mất lòng tin vào công ti và tìm cách rút lui khỏi công ti; các nhà đầu tư bên ngoài e ngại, không dám bỏ vốn đầu tư vào công ti. Đặc biệt đối với các công ti cổ phần (viết tắt là công ti cổ phần) có thể dẫn đến sự sụt giảm giá cổ phiếu của công ti đó trên thị trường chứng khoán, gây ra tình trạng lộn xộn trên thị trường chứng khoán khi các nhà đầu tư bán tống tháo cổ phiếu của công ti đó và dẫn đến sự tổn thất một khoản vốn đầu tư không nhỏ của các nhà đầu tư.

Bốn là 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. Thực tiễn gần đây đã xuất hiện hàng loạt các vụ việc làm thất thoát tài sản của Nhà nước, ảnh hưởng đến lợi ích kinh tế của các nhà đầu tư và người dân khi những người quản lí, điều hành doanh nghiệp lạm dụng quyền lực nhằm tư lợi cho riêng mình.⁽¹⁾

Vì vậy, việc kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong doanh nghiệp nhằm đảm bảo quyền lợi cho các chủ nợ, bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho các thành viên, cổ đông trong doanh nghiệp và bảo vệ môi trường kinh doanh lành mạnh, công bằng luôn được sự quan tâm của Nhà nước, của doanh nghiệp và các thành viên, cổ đông trong công ti. Qua thực tiễn pháp luật các nước, có thể thấy có hai giải pháp khác nhau để kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi:

* Giải pháp thứ nhất là pháp luật cấm những người quản lí công ti và những người có liên quan của họ thiết lập giao dịch với công ti và cấm công ti giao dịch với các công ti khác mà ở đó cổ đông hoặc người quản lí công ti có lợi ích trực tiếp hoặc gián tiếp. *Ví dụ:* Theo luật công ti của Pháp, một số khế ước giữa công ti và người quản lí hay các hội viên của công ti liên quan đến vay mượn, kí khống, bảo lãnh... đều bị nghiêm cấm, trừ khi người quản lí hay hội viên này

* Giảng viên Khoa pháp luật kinh tế
Trường Đại học Luật Hà Nội

có tư cách pháp nhân. Pháp luật của Pháp cũng yêu cầu các quan chức cao cấp, các nghị sĩ, chuyên viên quản lý của các doanh nghiệp nhà nước (chủ tịch hội đồng quản trị, tổng giám đốc, giám đốc) khi mới nhậm chức và khi hết nhiệm kỳ phải công khai cho công chúng và khai báo với các đơn vị hữu quan tình trạng tài sản của mình.⁽²⁾

Giải pháp này có thể loại trừ hoàn toàn khả năng phát sinh các giao dịch có mục đích tư lợi nhưng nó có nhược điểm là hạn chế quyền tài sản của các cổ đông, thành viên là người quản lý công ti. Mặt khác, trên thực tế, không phải lúc nào các giao dịch giữa công ti với người quản lý công ti hay với những người có liên quan của người quản lý công ti đều có mục đích tư lợi. Trong những trường hợp trên, các công ti 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. Khi Nhà nước càng cấm đoán thì các hành vi tư lợi càng diễn ra tinh vi, khó kiểm soát, thậm chí các tác giả Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung còn cho rằng: “*Công bằng mà nói, cấm các giao dịch với các bên có liên quan cũng không thể có hiệu lực*”.⁽³⁾

* Giải pháp thứ hai là pháp luật vẫn cho phép các chủ thể tiến hành các giao dịch đó nếu hợp đồng thành lập hoặc điều lệ công ti không cấm nhưng nó phải được công khai, minh bạch và có sự giám sát chặt chẽ. Giải pháp thứ hai được đánh giá là loại bỏ được các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi vừa không ngăn cản những giao dịch giữa công ti với thành viên, cổ đông quản lý công ti và những người có liên quan của họ khi những giao dịch này đem lại lợi ích cho công ti.

Luật pháp một số nước cũng tiếp cận việc kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi theo giải pháp thứ hai. Chẳng hạn, theo luật của Mỹ, tùy theo mỗi bang nhưng khuynh hướng hiện nay là có ba cách để cho một giao dịch tư lợi được chấp thuận: 1) Giao dịch ấy đã được thông báo trọn vẹn và được đa số các thành viên không có lợi ích chấp thuận; 2) Được các cổ đông chấp thuận sau khi đã được thông báo trọn vẹn; 3) Nó công bằng khi được tạo lập.⁽⁴⁾

2. Những nội dung cơ bản của Luật doanh nghiệp năm 2005 về kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi và một số bình luận

Những quy định về kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong Luật doanh nghiệp năm 2005 của Việt Nam cũng được các nhà làm luật xây dựng theo hướng giải pháp thứ hai và gồm những nội dung sau:

a. Xác định các giao dịch là đối tượng bị kiểm soát

Luật doanh nghiệp năm 2005 đã xác định các giao dịch liên quan đến tài sản có giá trị lớn và giao dịch của công ti với một số chủ thể nhất định là hai nhóm giao dịch phải chịu sự kiểm soát chặt chẽ của các thành viên, cổ đông trong công ti.

Thứ nhất, các hợp đồng liên quan đến tài sản có giá trị lớn của doanh nghiệp cần thiết phải được kiểm soát vì nó có ảnh hưởng đến sự tồn tại của doanh nghiệp đó. Điều 47, Điều 64, Điều 96, Điều 135 Luật doanh nghiệp năm 2005 quy định những hợp đồng có giá trị lớn trong doanh nghiệp thuộc đối tượng phải kiểm soát. Những giao dịch được coi là có giá trị lớn trong các điều luật trên có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị

tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc tỉ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty tùy thuộc vào từng loại hình công ty cụ thể. Như vậy, để xác định giá trị lớn trong các giao dịch, trước hết sẽ do chính công ty quyết định thông qua quy định trong điều lệ của công ty; nếu điều lệ công ty không xác định giá trị lớn của các giao dịch thì sẽ áp dụng “mức” do LDN quy định. Quy định trên của LDN đã thể hiện quan điểm của Nhà nước là tôn trọng quyền của các nhà đầu tư - các thành viên, cổ đông công ty đối với việc định đoạt tài sản trong doanh nghiệp.

Thứ hai, các giao dịch của công ty với một số chủ thể cũng cần phải có sự giám sát. Những chủ thể đó có thể là thành viên, cổ đông công ty, người quản lý công ty, người có liên quan của doanh nghiệp...

Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn từ hai thành viên trở lên theo quy định tại Điều 59 Luật doanh nghiệp năm 2005 thì hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng sau phải được hội đồng thành viên chấp thuận: thành viên, người đại diện theo uỷ quyền của thành viên, giám đốc/tổng giám đốc, người quản lý công ty mẹ, người có thẩm quyền quản lý công ty mẹ.

Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức thì hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng sau đây phải được hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty, giám đốc/ tổng giám đốc và kiểm soát viên xem xét quyết định theo nguyên tắc đa số, mỗi người có một phiếu biểu quyết: chủ sở hữu công ty; người quản lý chủ sở hữu công ty, người có thẩm quyền bổ nhiệm những người quản lý đó; người đại diện theo

uỷ quyền, giám đốc/tổng giám đốc và kiểm soát viên; người có liên quan của những người nêu trên.

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân với chủ sở hữu công ty hoặc người có liên quan của chủ sở hữu công ty phải được ghi chép và lưu giữ thành hồ sơ riêng của công ty.

Đối với công ty cổ phần, Điều 120 Luật doanh nghiệp năm 2005 quy định các hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng sau đây phải được đại hội đồng cổ đông hoặc hội đồng quản trị chấp thuận: cổ đông, người đại diện uỷ quyền của cổ đông sở hữu trên 5% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ; thành viên hội đồng quản trị; giám đốc/tổng giám đốc và người có liên quan của họ; các doanh nghiệp mà thành viên hội đồng quản trị, thành viên ban kiểm soát, giám đốc/tổng giám đốc và người quản lý khác của công ty có sở hữu phần vốn góp hoặc cổ phần; doanh nghiệp mà những người liên quan của những người nêu trên cùng sở hữu hoặc sở hữu riêng cổ phần hoặc phần vốn góp trên 5% vốn điều lệ.

Tựu trung lại, các giao dịch giữa công ty với các thành viên, cổ đông hoặc giữa công ty với những người quản lý công ty (người quản lý doanh nghiệp là chủ sở hữu, giám đốc doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh công ty hợp danh, chủ tịch hội đồng thành viên, chủ tịch công ty, thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc và các chức danh quản lý khác do điều lệ công ty quy định (khoản 13 Điều 4 LDN năm 2005) đã được xác định rõ ràng. Bên cạnh đó, còn một số điểm cần phải xem xét và giải thích rõ hơn, đó là khái niệm “người có liên quan”.

Theo quy định tại khoản 17 Điều 4 Luật doanh nghiệp năm 2005 thì khái niệm 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 ti mẹ,⁽⁵⁾ người quản lí công ti mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lí đó đối với công ti con;

b) Công ti con đối với công ti mẹ;

c) Người hoặc nhóm người có khả năng chi phối việc ra quyết định, hoạt động của doanh nghiệp đó thông qua các cơ quan quản lí doanh nghiệp;

d) Người quản lí doanh nghiệp;

đ) Vợ, chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của người quản lí doanh nghiệp hoặc của thành viên, cổ đông sở hữu phần vốn góp hay cổ phần chi phối;

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

g) Doanh nghiệp trong đó những người 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 lí ở doanh nghiệp đó;

h) Nhóm người thoả thuận cùng phối hợp để thu tóm phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích ở công ti hoặc để chi phối việc ra quyết định của công ti”.

Hiện nay, chưa có tiêu chí để xác định người quản lí của công ti mẹ, liệu có thể giải thích theo khái niệm người quản lí doanh nghiệp theo quy định tại Luật doanh nghiệp năm 2005 được không? Trong thực tế, để xác định nhóm người quy định tại điểm h khoản 17 nói trên cũng rất khó khăn. Do

vậy, LDN cần có điều luật giải thích rõ hơn hoặc dành sự giải thích đó cho điều lệ của công ti. Điều đó sẽ giúp các cơ quan có thẩm quyền có căn cứ pháp lí rõ ràng, thuận lợi để xem xét, kết luận một cách chính xác về tính tư lợi của các giao dịch trong công ti.

Tại sao pháp luật phải kiểm soát các giao dịch giữa công ti với một số chủ thể trên, đặc biệt là đối với những người quản lí, người có liên quan của người quản lí doanh nghiệp. Giao dịch tư lợi giữa công ti với người có liên quan có thể xảy ra trên tất cả các lĩnh vực từ dân sự đến lao động, thương mại... Ví dụ: Giám đốc có thể tuyển dụng, kí kết hợp đồng lao động với người thân của mình để cho người thân của mình các ưu đãi hơn những người lao động khác trong điều kiện công việc và trình độ tương đương. Hoặc cũng có thể những người quản lí sẽ “gửi giá” vào các hợp đồng với các đối tác nhằm trục lợi cho riêng mình, người bị mất mát lợi ích từ các hợp đồng này chính là công ti, các thành viên, cổ đông, chủ nợ của công ti. Kinh nghiệm thực tế ở Trung Quốc cho thấy trong hoàn cảnh tương tự như đã nêu trên, không ít người quản lí công ti đã lạm dụng quyền lực qua việc thực hiện các giao dịch với các bên có liên quan để tham ô, biến thù tài sản của công ti thành tài sản của riêng họ và của gia đình họ. Có thể nói đó là hình thức tham nhũng tương đối phổ biến trong khu vực doanh nghiệp, kể cả doanh nghiệp thuộc sở hữu tư nhân. Vì vậy, Luật doanh nghiệp năm 2005 của nước ta đã quy định những giao dịch giữa công ti với những giao dịch cần phải được kiểm soát trong nội bộ công ti trước khi thực hiện các giao dịch đó trong thực tiễn.

b. Các biện pháp kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi và xử lý các giao dịch tư lợi

Luật doanh nghiệp năm 2005 chủ yếu chỉ kiểm soát các nhóm giao dịch trên trong công ti cổ phần và công ti trách nhiệm hữu hạn, ít quy định kiểm soát các giao dịch tương tự trong công ti hợp danh và không có quy định kiểm soát các giao dịch đó trong doanh nghiệp tư nhân. Theo chúng tôi, có lẽ nhà làm luật đã “căn cứ” vào tính chịu trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh công ti hợp danh mà không dành nhiều quy định để kiểm soát các giao dịch có nguy cơ tư lợi. Một số biện pháp kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong các công ti là:

Thứ nhất, tất cả các giao dịch, hợp đồng được xác định là có giá trị lớn hoặc được giao kết giữa công ti với người có liên quan theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2005 đều chịu các cơ chế kiểm soát chặt chẽ.

* Những giao dịch liên quan đến tài sản lớn quy định tại các điều 47, 64, 96, 120 và 135 Luật doanh nghiệp năm 2005 sẽ do hội đồng thành viên công ti, chủ sở hữu công ti, đại hội đồng cổ đông công ti xem xét và thông qua. Nếu nhìn vào cơ cấu hội đồng thành viên, chủ sở hữu công ti, đại hội đồng cổ đông trong các loại hình công ti⁽⁶⁾ có thể rút ra nhận xét: Những giao dịch có giá trị lớn trong công ti có được thực hiện hay không đều do tất cả các thành viên, các cổ đông có quyền biểu quyết quyết định mà không trao quyền quyết định này cho người đại diện hợp pháp của công ti. Quy định như vậy nhằm ngăn chặn người đại diện hợp pháp có thể nảy sinh ý đồ tư lợi, san sẻ lợi

ích của công ti vào “túi riêng của họ”, gây thiệt hại lớn về tài sản cho công ti và các chủ nợ, thành viên khác của công ti.

Một điểm khác đáng lưu ý là quy định về số phiếu biểu quyết khi thông qua các giao dịch có giá trị tài sản lớn trong công ti trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và công ti cổ phần. Theo đó, khi thông qua các giao dịch có giá trị tài sản lớn thì cần số phiếu đại diện cho tỉ lệ % số vốn góp hoặc cổ phần cao hơn số phiếu đại diện cho tỉ lệ % số vốn góp hoặc cổ phần khi thông qua các quyết định khác.⁽⁷⁾

Đối với công ti hợp danh thì các giao dịch liên quan đến tài sản có giá trị lớn cũng nằm trong những vấn đề cần phải được ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận so với những vấn đề khác chỉ cần được ít nhất 2/3 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận; tỉ lệ cụ thể do điều lệ công ti quy định. Điều đó thể hiện nhu cầu cần thiết phải ngăn ngừa các giao dịch có nguy cơ bị trục lợi nhằm bảo vệ tốt hơn nữa quyền lợi của các thành viên, cổ đông, công ti và các chủ nợ của công ti.

* Đối với các giao dịch giữa công ti với một số chủ thể nhất định thì thông thường người đại diện theo pháp luật của công ti phải công khai hoá các nội dung về hợp đồng, giao dịch đó theo trình tự nhất định. Việc công khai hoá sẽ giúp công ti loại trừ các nguy cơ có thể bị một số đối tượng lợi dụng để tư lợi. Bởi vì, khi có thông báo công khai thì các thành viên còn lại trong công ti sẽ phát hiện, giám sát và ngăn chặn kịp thời các ý đồ tư lợi trong các giao dịch đó. Nếu thành viên nghi vấn hoặc phát hiện ra giao dịch có ý đồ tư lợi thì có quyền phản đối, không thông qua các giao dịch đó và về nguyên tắc thì tất

cả các giao dịch này chỉ được giao kết sau khi có sự đồng ý của công ti thông qua các cơ quan có thẩm quyền trong công ti.

Với công ti trách nhiệm hữu hạn từ hai thành viên trở lên, theo khoản 1 Điều 59 LDN năm 2005: Các hợp đồng, giao dịch giữa công ti với người có liên quan phải được người đại diện theo pháp luật của công ti “*gửi đến các thành viên hội đồng thành viên, đồng thời niêm yết tại trụ sở chính và chi nhánh của công ti dự thảo hợp đồng hoặc thông báo nội dung chủ yếu của giao dịch dự định tiến hành. Trường hợp điều lệ không quy định thì hội đồng thành viên phải quyết định việc chấp thuận hợp đồng hoặc giao dịch trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày niêm yết; trong trường hợp này, hợp đồng, giao dịch được chấp thuận nếu có sự đồng ý của số thành viên đại diện ít nhất 75% tổng số vốn có quyền biểu quyết. Thành viên có liên quan trong các hợp đồng, giao dịch không có quyền biểu quyết*”.

Tuy nhiên, quy định tại Điều 59 Luật doanh nghiệp năm 2005 nói trên có một số ý kiến cần phải trao đổi như sau:

Thứ nhất, Luật doanh nghiệp năm 2005 chưa dự liệu trường hợp nếu trong thời hạn đó mà hội đồng thành viên không có ý kiến chấp thuận hay không chấp thuận hợp đồng, giao dịch nói trên thì sẽ giải quyết như thế nào (giả định điều lệ công ti cũng không có quy định dự liệu trường hợp này)? Khi đó thì các hợp đồng, giao dịch giữa công ti với người có liên quan sẽ không được thực hiện vì chưa được hội đồng thành viên công ti xem xét. Cần nhấn mạnh rằng không phải mọi giao dịch, hợp đồng giữa công ti với người có liên quan đều có nguy cơ tư lợi. Vì

vậy, sẽ là đáng tiếc và có thể làm công ti mất các cơ hội kinh doanh đối với hợp đồng, giao dịch không mang tính tư lợi mà ngược lại có thể đem đến lợi ích cho công ti nhưng không thể được thực hiện vì hội đồng thành viên công ti thờ ơ, không có ý kiến gì.

Thứ hai, việc quy định thành viên có liên quan không được biểu quyết có khó khăn trên thực tế. Giả sử thành viên A là giám đốc của công ti Y và nắm giữ 70% số vốn. Ông A có vợ là giám đốc công ti B. Nếu công ti Y và công B kí hợp đồng mua bán hàng hoá với nhau thì giao dịch đó phải được đưa ra hội đồng thành viên. Khi biểu quyết, ông A không được bỏ phiếu, vậy chỉ còn số thành viên đại diện cho 30% phần vốn còn lại mới được bỏ phiếu. Nhưng một quyết định của hội đồng thành viên theo quy định tại Điều 59 Luật doanh nghiệp năm 2005 cần phải có sự đồng ý của số thành viên đại diện ít nhất 75% tổng số vốn có quyền biểu quyết. Nếu căn cứ theo quy định này thì giao dịch ở ví dụ trên sẽ không thể thực hiện được trên thực tế cho dù giao dịch giữa hai công ti đó hoàn toàn “bình thường” và không có dấu hiệu tư lợi.

Quy định tại Điều 120 Luật doanh nghiệp năm 2005 về kiểm soát các hợp đồng giao dịch giữa công ti cổ phần với các đối tượng có liên quan phải được đại hội đồng cổ đông hoặc hội đồng quản trị chấp thuận cũng xuất hiện ý kiến tương tự như ý kiến thứ nhất trong công ti trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên.

Với công ti trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức thì hợp đồng, giao dịch giữa công ti đó với một số đối tượng phải được hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ti, giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm

soát viên xem xét quyết định theo nguyên tắc đa số, mỗi người có một phiếu biểu quyết tại Điều 75 Luật doanh nghiệp năm 2005 cũng cần phải xem xét. Bởi lẽ, kiểm soát viên được thành lập để kiểm tra, giám sát tính hợp pháp, trung thực, cần trọng của hội đồng thành viên, chủ tịch công ti, giám đốc/tổng giám đốc trong việc quản lí, điều hành công việc kinh doanh của công ti. Với quy định để kiểm soát viên cũng được xem xét và biểu quyết đối với các giao dịch giữa công ti với người có liên quan e rằng sẽ đẩy kiểm soát viên vào tình trạng “vừa đá bóng vừa thổi còi”. Điều đó cũng có nghĩa là khó mà có sự khách quan khi họ đứng ở tư cách là “người giám sát” các quyết định mà trước đó họ vừa là người đã gơ tay biểu quyết đồng ý.

Thứ ba, ngoài quyền tham dự họp hội đồng thành viên, đại hội đồng cổ đông thì thành viên, cổ đông có quyền biểu quyết còn có quyền kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi như:

- Kiểm tra, xem xét, tra cứu, sao chép sổ ghi chép, sổ biên bản họp đại hội đồng cổ đông và các nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông; theo dõi các giao dịch, sổ kế toán, báo cáo tài chính hằng năm, sổ biên bản họp hội đồng thành viên, các giấy tờ và tài liệu khác của công ti.... (điểm c khoản 1 Điều 41, điểm e khoản 1 Điều 79 LDN năm 2005).

- Thành viên công ti có quyền khiếu nại hoặc khởi kiện giám đốc hoặc tổng giám đốc khi không thực hiện đúng nghĩa vụ, gây thiệt hại đến lợi ích của thành viên hoặc công ti theo quy định của pháp luật (điểm g khoản 1 Điều 41 LDN năm 2005). Tuy nhiên, trong công ti cổ phần, LDN lại không có quy định trao quyền khiếu nại khởi kiện cho các cổ

đông của công ti khi hội đồng quản trị, giám đốc/tổng giám đốc không thực hiện đúng nghĩa vụ, gây thiệt hại đến lợi ích của cổ đông hoặc công ti. Đây cũng là quy định cần phải bổ sung để hoàn thiện các quy định của Luật doanh nghiệp năm 2005 và đảm bảo sự công bằng trong việc thực hiện của các thành viên, cổ đông trong các loại hình công ti.

Qua việc kiểm tra, xem xét các tài liệu trên thì các thành viên có thể ngăn chặn hoặc yêu cầu xử lí các giao dịch có mục đích tư lợi, gây thiệt hại, xâm phạm quyền lợi hợp pháp của công ti và những chủ thể khác.

Thứ tư, quy định trách nhiệm của các thành viên, cổ đông, người quản lí công ti nhằm ngăn ngừa, hạn chế các giao dịch tư lợi trong công ti:

Đó là các quy định tại điểm b khoản 5 Điều 42, điểm b khoản 5 Điều 80, khoản 4 Điều 116, khoản 4 Điều 118, khoản 2 Điều 134, điểm c khoản 3 Điều 138 LDN năm 2005... Các quy định trên đề cập trách nhiệm cá nhân thành viên, cổ đông công ti khi nhân danh công ti dưới mọi hình thức để tiến hành kinh doanh và các giao dịch khác để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác. Ví dụ, điểm b khoản 5 Điều 80 Luật doanh nghiệp năm 2005 quy định: Cổ đông phổ thông phải chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ti dưới mọi hình thức để thực hiện hành vi tiến hành kinh doanh và các giao dịch khác để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác.

Luật doanh nghiệp năm 2005 còn quy định về nghĩa vụ của người quản lí công ti phải thực hiện nhiệm vụ được giao một cách trung thực, trung thành, miễn cán với lợi ích của công ti, của các thành viên và cổ đông.

Quy định buộc thành viên hội đồng quản trị, giám đốc/tổng giám đốc công ti (gọi chung là người quản lý công ti) phải có nghĩa vụ trung thành với công ti trong Luật doanh nghiệp năm 2005 đã có sự tương đồng với luật của Mỹ. Nhưng luật của Mỹ đã có sự giải thích quy định này rõ ràng hơn. Theo đó thì trong bốn phạm vi này, người quản lý công ti không được thực hiện các giao dịch bị xung đột về lợi ích, trong đó có việc tự mình đứng ra giao dịch. Giao dịch tự mình là một việc làm trong đó thành viên, giám đốc hay cổ đông chi phối là bên đối nghịch với công ti. Nó phải hội đủ ba yếu tố: thành viên và công ti là hai bên đối nghịch nhau; thành viên gây ảnh hưởng để công ti kí kết giao dịch và thành viên có lợi ích về tiền bạc mà có khả năng là trái ngược với lợi ích tài chính của công ti. Chẳng hạn, một thành viên bán tài sản cho công ti hay ngược lại. Nếu thành viên đã gây ảnh hưởng để công ti quyết định mua hay bán thì người ta sợ rằng công ti mua cao giá hơn, hay bán rẻ hơn so với những việc buôn bán tài sản thông thường.⁽⁸⁾

Thứ năm, quy định về chế độ công khai hoá thông tin tại các điều 56, 72, 118, 119 LDN năm 2005. Theo các quy định trên thì thành viên hội đồng thành viên; giám đốc/tổng giám đốc; chủ tịch công ti; kiểm soát viên công ti trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức; thành viên hội đồng quản trị và những người quản lý khác trong công ti cổ phần phải có trách nhiệm thông báo kịp thời, đầy đủ, chính xác cho công ti về các doanh nghiệp mà họ và người có liên quan của họ làm chủ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối... Hoặc quy định chủ sở hữu công ti trách nhiệm hữu hạn một thành viên

là cá nhân phải xác định và tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ti và tài sản của công ti... Tất cả các quy định trên nhằm mục đích để cung cấp các thông tin liên quan về các lợi ích của người quản lý công ti, từ đó có cơ sở để xem xét và kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ti.

Thứ sáu, Luật doanh nghiệp năm 2005 đã xây dựng các quy định về tổ chức quản lý công ti theo hướng có sự phân công các nhiệm vụ, chức năng cho từng cơ quan khác nhau, đặc biệt xây dựng cơ quan kiểm soát nội bộ công ti. Qua thực tế tổ chức quản trị công ti cổ phần có vài điểm cần quan tâm và cần tìm ra hướng khắc phục:

Theo quy định của pháp luật, trong công ti cổ phần có trên 11 cổ đông là cá nhân hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ti phải có ban kiểm soát. Thành viên ban kiểm soát do đại hội đồng cổ đông bầu ra. ban kiểm soát có vị trí ngang bằng với hội đồng quản trị, thực hiện nhiệm vụ giám sát hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ti; chịu trách nhiệm trước đại hội đồng cổ đông trong việc thực hiện các nhiệm vụ được giao. Tuy nhiên, trên thực tế, các thành viên ban kiểm soát thường do chính các thành viên hội đồng quản trị chỉ định. Bởi vì, các thành viên hội đồng quản trị thường là cổ đông lớn của công ti. Họ bầu cho chính họ làm thành viên hội đồng quản trị và bầu cho một số người khác làm thành viên ban kiểm soát. Theo kết quả điều tra trong thực tế còn cho thấy thành viên ban kiểm soát thường là người lao động trong công ti. Vì vậy, địa vị pháp lý của họ thấp hơn so với “đối tượng” mà họ phải giám sát.

Ngoài ra, năng lực, nguồn lực và điều kiện làm việc của họ cũng thường thua kém so với những người quản lí. Do vậy, vai trò của ban kiểm soát thường chỉ là hình thức. Thực trạng đó cũng không khác nhiều so với ở Trung Quốc, ban kiểm soát chỉ tồn tại dưới hình thức là “người giám sát bị kiểm duyệt” chứ chưa phải là một thể chế giám sát nội bộ, độc lập, chuyên môn và chuyên nghiệp để cân bằng lại quyền lực của hội đồng quản trị và ban giám đốc, phục vụ cho lợi ích tối đa của công ti và các cổ đông của công ti.⁽⁹⁾

Thứ bảy, không chỉ có các quy định về các biện pháp kiểm soát các hợp đồng, giao dịch giữa công ti và một số chủ thể mà Luật doanh nghiệp năm 2005 còn đưa ra các biện pháp xử lí các hợp đồng này tại khoản 2 Điều 59, khoản 3 Điều 75, khoản 4 Điều 120 và khoản 1 Điều 165.

- Các hợp đồng, giao dịch khi được giao kết không đúng quy định của pháp luật sẽ bị vô hiệu và bị xử lí theo quy định của pháp luật;

- Người đại diện theo pháp luật của công ti, thành viên có liên quan và người có liên quan của thành viên đó, cổ đông, thành viên hội đồng quản trị hoặc giám đốc/tổng giám đốc đối với công ti cổ phần phải bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ti các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch đó;

- Người có hành vi vi phạm tùy theo tính chất và mức độ vi phạm mà bị xử lí kỉ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật.

Tóm lại, Luật doanh nghiệp năm 2005 đã có những quy định nhằm kiểm soát khá chặt chẽ các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi. Tuy nhiên, cần phải bổ sung hoặc sửa đổi

một số quy định nhằm đạt được mục tiêu kiểm soát tốt hơn nữa các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi. Việc kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi còn phụ thuộc vào nhận thức của các thành viên, chủ nợ, nhận thức của các cơ quan giải quyết tranh chấp... nên cần phải được sự quan tâm nhiều hơn của các thành viên, người giao dịch với công ti và các cơ quan nhà nước./.

(1).Xem: Trần Thanh “Buông”, *Báo Tiền phong*, số 192, phát hành ngày 11/7/2010.

(2).Xem: Ngô Thị Bích Phương, *Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2005*, Luận văn thạc sĩ luật học, Hà Nội, 2007.

(3), (8), (9).Xem: Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung, *Công ti vốn, quản lí và tranh chấp theo Luật doanh nghiệp năm 2005*, Nxb. Tri thức, 2009, tr. 326, 324.

(4).Xem: Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung, *Công ti vốn, quản lí và tranh chấp theo Luật doanh nghiệp năm 2005*, Nxb. Tri thức, 2009, tr. 328, trích từ Steven L. Emmanuel Corporations (New York: Aspen Publisher, 2005), p. 200 - 212.

(5).Xem: Khoản 15 Điều 4 Luật doanh nghiệp năm 2005.

(6).Xem: Khoản 1 Điều 47 Luật doanh nghiệp năm 2005: Hội đồng thành viên công ti trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên gồm các thành viên, là cơ quan quyết định cao nhất của công ti.

Công ti trách nhiệm hữu hạn một thành viên là doanh nghiệp do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu (sau đây gọi là chủ sở hữu công ti) có quyền quyết định các vấn đề quan trọng trong công ti theo Điều 64 luật doanh nghiệp.

Điều 96 Luật doanh nghiệp năm 2005: Đại hội đồng cổ đông gồm tất cả các cổ đông có quyền biểu quyết, là cơ quan quyết định cao nhất của công ti cổ phần.

Đối với công ti hợp danh theo quy định tại Điều 135 Luật doanh nghiệp năm 2005: Tất cả các thành viên hợp lại thành hội đồng thành viên. Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả các công việc kinh doanh của công ti.

(7).Xem: Khoản 2 Điều 52, khoản 3 Điều 104 Luật doanh nghiệp năm 2005.