

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

BỘ TƯ PHÁP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

ĐỖ MINH TUẤN

**PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ
CÔNG TY CỔ PHẦN Ở VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI – 2017

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO

BỘ TƯ PHÁP

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

ĐỖ MINH TUẤN

**PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ
CÔNG TY CỔ PHẦN Ở VIỆT NAM**

Chuyên ngành: Luật Kinh tế

Mã số: 62 38 01 07

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: **TS Phan Chí Hiếu**
PGS, TS Phạm Thị Giang Thu

HÀ NỘI – 2017

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các kết quả nghiên cứu, thông tin được trích dẫn trong luận án là trung thực, có nguồn gốc rõ ràng và đã được công bố. Những kết luận khoa học trong luận án là mới chưa từng được công bố trong bất cứ công trình khoa học nào.

Người cam đoan

Đỗ Minh Tuấn

LỜI CẢM ƠN

Với lòng kính trọng và biết ơn sâu sắc, tôi xin bày tỏ lời cảm ơn chân thành tới TS. Phan Chí Hiếu và PGS. TS Phạm Thị Giang Thu, những người Thầy/Cô tâm huyết, đã tận tình hướng dẫn tôi nghiên cứu, học tập, dành thời gian quý báu để trao đổi, định hướng, cũng như động viên, khích lệ tôi hoàn thành luận án tiến sĩ này.

Tôi cũng xin bày tỏ lời cảm ơn sâu sắc tới các Thầy/Cô Ban giám hiệu, Khoa Sau Đại học và Khoa Pháp luật kinh tế của Trường Đại học Luật Hà Nội đã giúp đỡ, động viên, khích lệ tôi hoàn thành luận án tiến sĩ này.

Tôi vô cùng biết ơn người thân, bạn bè và đồng nghiệp luôn sát cánh bên tôi, động viên tôi để tôi duy trì nghị lực, luôn cảm thông và chia sẻ về thời gian, sức khỏe và các nguồn lực khác trong suốt quá trình tôi hoàn thành luận án.

MỤC LỤC

LỜI MỞ ĐẦU	1
1. Tính cấp thiết của đề tài	1
2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu đề tài	3
3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu.....	4
4. Phương pháp nghiên cứu.....	5
5. Dự kiến đóng góp mới của luận án	6
6. Kết cấu của luận án	6
CHƯƠNG 1: TỔNG QUAN VỀ TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CÁC VẤN ĐỀ LIÊN QUAN	7
1.1. Giới thiệu chung	7
1.1.1. Các công trình công bố ở trong nước	7
1.1.2. Các công trình công bố ở nước ngoài.....	9
1.2. Đánh giá kết quả nghiên cứu đã công bố liên quan đến đề tài	15
1.2.1. Những kết quả nghiên cứu về lý luận về pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	15
1.2.2. Những kết quả nghiên cứu về thực trạng của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	26
1.2.3. Những đề xuất trong các công trình nghiên cứu nhằm hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần ở Việt Nam	29
1.3. Cơ sở lý thuyết, câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu	31
1.3.1. Cơ sở lý thuyết của luận án.....	31
1.3.2. Các câu hỏi và giả thuyết nghiên cứu của việc nghiên cứu đề tài.....	33
CHƯƠNG 2: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN VÀ PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN	34
2.1. Khái quát chung về công ty cổ phần và người quản lý công ty cổ phần	34
2.1.1. Khái quát chung về công ty cổ phần	34
2.1.2. Nhận diện người quản lý công ty cổ phần	38
2.1.3. Phân loại người quản lý công ty cổ phần	44
2.1.4. Vai trò của người quản lý công ty cổ phần.....	45
2.2. Nghĩa của người quản lý công ty cổ phần	46
2.2.1. Khái niệm và đặc điểm của nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	46
2.2.2. Nội dung cấu thành nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	51

2.3. Những vấn đề lý luận về pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	54
2.3.1. <i>Khái niệm và nguyên tắc của pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần</i>	54
2.3.2. <i>Nguồn luật điều chỉnh về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần</i>	56
2.3.3. <i>Nội dung pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần</i>	60
2.3.4. <i>Mối quan hệ giữa pháp luật với điều lệ công ty, quy chế quản lý nội bộ và các thỏa thuận nội bộ trong việc xác định nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần</i>	84
Kết luận chương 2	86
CHƯƠNG 3: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN	87
3.1. Thực trạng nguồn luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần ở Việt Nam ..	87
3.2. Khái niệm người quản lý công ty cổ phần trong pháp luật hiện hành của Việt Nam ..	88
3.3. Quy định của pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	90
3.3.1. <i>Nghĩa vụ thực hiện quyền, nhiệm vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất vì lợi ích tốt nhất của công ty (nghĩa vụ cẩn trọng)</i>	90
3.3.2. <i>Nghĩa vụ trung thành với lợi ích của công ty và của cổ đông (nghĩa vụ trung thành)</i>	96
3.3.3. <i>Nghĩa vụ thực hiện các quyền, nhiệm vụ được giao theo đúng quy định của pháp luật</i>	103
3.3.4. <i>Nghĩa vụ tuân thủ theo Điều lệ công ty và quyết định của Đại hội đồng cổ đông</i>	104
3.3.5. <i>Nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần đối với người thứ ba</i>	105
3.4. Quy định về trách nhiệm pháp lý của người quản lý công ty cổ phần	107
3.4.1. <i>Trách nhiệm dân sự</i>	107
3.4.2. <i>Trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm hành chính</i>	111
3.4.3. <i>Trách nhiệm hình sự</i>	114
3.4.4. <i>Miễn trách nhiệm đối với người quản lý công ty cổ phần</i>	116
3.5. Các quy định về cơ chế bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	117
3.5.1. <i>Giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần bởi cơ quan hành chính nhà nước</i>	118
3.5.2. <i>Giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần bởi tổ chức xã hội – nghề nghiệp và tổ chức tự quản</i>	119
3.5.3. <i>Cơ chế giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần</i>	120
Kết luận chương 3	124

CHƯƠNG 4: HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VÀ NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN	125
4.1. Phương hướng hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	125
4.1.1. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần phải phù hợp với đường lối, chính sách của Đảng về xây dựng, hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường của nước ta và tái cơ cấu nền kinh tế.....	125
4.1.2. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần phải phù hợp với xu hướng quản trị doanh nghiệp tốt trên thế giới.....	128
4.1.3. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần phải phù hợp với trình độ phát triển của cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam.....	131
4.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	133
4.2.1. Nguồn luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần.....	133
4.2.2. Chính sửa khái niệm người quản lý doanh nghiệp trong pháp luật thực định của Việt Nam	134
4.2.3. Hoàn thiện một số quy định của pháp luật về nghĩa vụ cần trọng của người quản lý công ty cổ phần	135
4.2.4. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về trách nhiệm pháp lý của người quản lý công ty cổ phần	145
4.2.5. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	149
4.3. Giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần	151
4.3.1. Nâng cao nhận thức, hiểu biết pháp luật của các chủ thể liên quan.....	151
4.3.2. Nâng cao hiệu quả hoạt động hậu kiểm của các tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp, các tổ chức bảo vệ nhà đầu tư và các tổ chức xã hội – nghề nghiệp khác.....	153
4.3.3. Nâng cao vai trò của các cơ quan nhà nước trong hoạt động hậu kiểm.....	154
Kết luận chương 4	155
KẾT LUẬN	156
Danh mục các công trình nghiên cứu liên quan đến luận án đã được công bố.....	
Danh mục tài liệu tham khảo	
Phụ lục.....	

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

BLDS	Bộ luật dân sự
BLHS	Bộ luật hình sự
BLLĐ	Bộ luật lao động
CTCP	Công ty cổ phần
ĐHĐCĐ	Đại hội đồng cổ đông
GĐ	Giám đốc/Tổng giám đốc
GDCNCTL	Giao dịch có nguy cơ tư lợi
HĐQT	Hội đồng quản trị
LDN	Luật doanh nghiệp
NĐH	Người điều hành
NCS	Nghiên cứu sinh
NHTMCP	Ngân hàng thương mại cổ phần
NQLCTCP	Người quản lý công ty cổ phần
UBCKNN	Ủy ban chứng khoán nhà nước

LỜI NÓI ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài nghiên cứu

Lịch sử hình thành và phát triển của công ty cổ phần cho thấy sự thành bại của công ty cổ phần phụ thuộc vào sự tận tâm và lòng trung thành của NQLCTCP. Những bốn phân mang tính đạo đức đó dần dần trở thành những nghĩa vụ pháp lý của NQLCTCP. Ngày nay, hầu hết các nước trên thế giới đều có những quy định hoặc chuẩn mực về nghĩa vụ của NQLCTCP trong pháp luật, tập quán thương mại hoặc án lệ. Ở Việt Nam, nghĩa vụ của NQLCTCP cũng bước đầu được quy định trong Luật doanh nghiệp và các văn bản quy phạm pháp luật khác.

Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP của Việt Nam cũng như nhiều nước trên thế giới là cơ sở để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công ty và nhà đầu tư trước các hành vi sai trái của NQLCTCP. Song, cho đến nay pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP của Việt Nam đã bộc lộ những hạn chế, tồn tại sau:

Thứ nhất, khái niệm NQLCTCP trong LDN năm 2014 mặc dù đã tiến bộ nhưng vẫn khó hiểu và khó vận dụng để xác định một người như thế nào được coi là NQLCTCP. Phải chăng bất kỳ ai có thẩm quyền “nhân danh công ty ký kết giao dịch” là được coi là NQLCTCP. Phải chăng NQLCTCP bắt buộc phải là người có thẩm quyền “nhân danh công ty ký kết giao dịch”. Ngoài ra, có một số người thực tế tham gia quản lý, điều hành công ty nhưng lại không phải thực hiện nghĩa vụ của người quản lý doanh nghiệp vì theo quy định của pháp luật họ không phải là NQLCTCP. Những người này bao gồm cả những người tham gia điều hành công ty hàng ngày và cả những người mặc dù không mang danh phận pháp lý của thành viên HĐQT hoặc NDH nhưng trên thực tế chi phối việc ra quyết định của HĐQT và NDH cấp cao của công ty (người thực tế quản lý). Sự bỏ ngỏ này của pháp luật, dẫn đến hiện tượng nhiều người đã lợi dụng để có hành vi trục lợi gây thiệt hại cho công ty.

Thứ hai, các nghĩa vụ của NQLCTCP được quy định trong các văn bản pháp luật về doanh nghiệp và Thông tư số 121/2012/TT-BTC ngày 26/7/2012 của Bộ Tài chính quy định về quản trị công ty áp dụng cho công ty đại chúng và một số văn bản quy phạm pháp luật khác nhưng các quy định này mới chủ yếu dừng ở việc đặt tên các nghĩa vụ, chưa có những nội dung cụ thể. Vì vậy tính khả thi của các quy định này không cao.

Thứ ba, những vụ việc gây ô nhiễm môi trường đình đám và cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008 vừa qua cho thấy nhiều NQLCTCP vì lợi ích trước mắt của mình hoặc của một nhóm lợi ích đã chỉ đạo, điều hành nhân viên tiến hành những hoạt động gây tổn hại nghiêm trọng và lâu dài cho chính công ty, cổ đông,

chủ nợ, toàn xã hội hoặc những nhóm lợi ích dễ bị tổn thương như người lao động,... Tuy nhiên, pháp luật vẫn còn bỏ ngỏ nhiều trường hợp cần bảo vệ lợi ích của người thứ ba.

Thứ tư, mặc dù pháp luật đã có những quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP. Nhưng các quy định về trách nhiệm pháp lý chưa đầy đủ và còn chồng chéo. Vì vậy, trên thực tiễn rất khó khăn và thường dẫn đến bỏ qua việc xác định trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP.

Thứ năm, nhìn ở góc độ tích cực có thể thấy NQLCTCP có đóng góp quyết định đến sự thành công của công ty. Tuy nhiên, kinh doanh là một hoạt động mạo hiểm, tiềm ẩn đầy rủi ro khó lường trước được. Vì vậy, NQLCTCP rất cần sự phán xét công bằng của xã hội. Nhưng quan trọng hơn, họ cần những quy định của pháp luật rõ ràng, chặt chẽ, có khả năng dự đoán để có thể phân định rõ ràng giữa vi phạm nghĩa vụ và không vi phạm nghĩa vụ. Song, trên thực tế, nhất là trong lĩnh vực ngân hàng, vẫn tồn tại “sự chụm mũ” NQLCTCP khi công ty bị thiệt hại. NQLCTCP luôn có nguy cơ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về hành vi “thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng” khi công ty bị thiệt hại. Pháp luật hiện hành vẫn thiếu những quy định cụ thể về những trường hợp không vi phạm nghĩa vụ khi thực hiện nhiệm vụ được giao cũng như những trường hợp miễn trừ trách nhiệm cho NQLCTCP.

Thứ sáu, ở Việt Nam cũng như nhiều nước trên thế giới, NĐH là những người nắm giữ thực quyền quản lý công ty. Trong nhiều trường hợp họ lạm dụng thực quyền để lấn át, che mắt thành viên HĐQT, cổ đông. Vì vậy, vấn đề đặt ra là làm thế nào kiểm soát được nhóm người này. Do đó, một câu hỏi đòi hỏi phải được trả lời ở cả khía cạnh lý luận và thực tiễn là liệu rằng nhóm NĐH có nghĩa vụ và trách nhiệm nhiều hơn so với NQLCTCP không tham gia điều hành hay không? Nếu có thì đó là những nghĩa vụ và trách nhiệm nào? Vấn đề này vẫn chưa được pháp luật thực định làm rõ.

Thứ bảy, thực tiễn và kinh nghiệm quốc tế cho thấy việc các nguồn luật điều chỉnh quan hệ pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải hỗ trợ nhau, có thứ bậc hiệu lực hợp lý bảo đảm sự thống nhất trong điều chỉnh các quan hệ pháp luật này. Tuy nhiên, thực tiễn ở Việt Nam lại thấy nguồn luật điều chỉnh về quan hệ pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP vừa không đầy đủ lại còn chồng chéo, mâu thuẫn, thiếu tính hỗ trợ nhau.

Những mặt tồn tại trên của pháp luật thực định và thực tiễn áp dụng, đòi hỏi phải tiếp tục nghiên cứu nhằm hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP của Việt Nam. Cho đến nay ở Việt Nam đã có một số công trình khoa học nghiên cứu

về quản trị doanh nghiệp, trong đó có phần nội dung về nghĩa vụ của NQLCTCP. Các nhà khoa học nước ngoài cũng đã công bố nhiều công trình nghiên cứu về nghĩa vụ của NQLCTCP. Các công trình khoa học đã được công bố liên quan đến vấn đề pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP đã được những kết quả nhất định. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều vấn đề cần tiếp tục được nghiên cứu, như khái niệm NQLCTCP, nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty và người thứ ba, trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP và quyền khởi kiện của cổ đông.

Vì lẽ trên, một công trình khoa học ở cấp độ luận án tiến sĩ luật học về pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP ở Việt Nam nhằm đóng góp một phần cơ sở lý luận và thực tiễn vào quá trình hoàn thiện pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam là nhu cầu bức thiết hiện nay. Do vậy, NCS lựa chọn đề tài “***Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cổ phần ở Việt Nam***” cho luận án tiến sĩ luật học của mình.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài luận án

2.1. Mục đích nghiên cứu của đề tài

Mục đích xuyên suốt của luận án là nghiên cứu có hệ thống, toàn diện và cụ thể những vấn đề lý luận liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP và pháp luật về NQLCTCP, đánh giá thực trạng của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP để tìm ra các giải pháp nhằm xây dựng, hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP.

2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài luận án

2.2.1. Nhiệm vụ nghiên cứu lý luận

Để đạt được những mục đích trên, luận án đặt ra những nhiệm vụ nghiên cứu cụ thể như sau:

(1) Xây dựng cơ sở lý luận về nghĩa vụ của NQLCTCP và pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP, với trọng tâm là làm rõ khái niệm NQLCTCP; làm rõ bản chất mối quan hệ giữa NQLCTCP, công ty và người thứ ba. Trên cơ sở đó lý giải sự tồn tại của nghĩa vụ của NQLCTCP và xác định những nghĩa vụ cơ bản của NQLCTCP;

(2) Làm sáng tỏ nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP;

(3) Xây dựng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Xây dựng nội dung lý luận về nguồn luật về nghĩa vụ của NQLCTCP;

(4) Xây dựng nội dung lý luận về nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP với các nội dung sau: (1). Các nhóm nghĩa vụ của NQLCTCP; (2). Trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP; (3). Quyền khởi kiện của cổ đông.

2.2.2. Phân tích, đánh giá tổng thể về thực trạng pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Trong nội dung này, luận án cần giải quyết những vấn đề sau:

(1) Phân tích thực trạng từng bộ phận pháp luật nằm trong cấu trúc nội dung của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP. Phân tích thực trạng pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP trong trạng thái tĩnh và trạng thái động.

(2) Trong quá trình đánh giá, phân tích, luận án so sánh pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP với bộ phận pháp luật tương ứng của một số nước trên thế giới bao gồm Hoa Kỳ, Úc, Anh, Đức, Pháp, Hàn Quốc, Nhật Bản, Nga và Trung Quốc. Sự so sánh không chỉ dừng ở việc so sánh các quy định của pháp luật mà còn so sánh cả thực tiễn áp dụng pháp luật.

(3) Kết quả của quá trình phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP là luận án chỉ ra những bất cập của pháp luật là cơ sở để đưa ra những kiến nghị hoàn thiện pháp luật và một số nguyên nhân của thực trạng này.

2.2.3. Đề xuất những phương hướng và giải pháp có căn cứ khoa học để hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Trong nội dung này, luận án có nhiệm vụ:

(1) Đưa ra phương hướng hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

(2) Đề xuất giải pháp hoàn thiện: quy định của pháp luật về các nhóm nghĩa vụ của NQLCTCP; quy định của pháp luật về trách nhiệm của NQLCTCP; quy định của pháp luật về quyền khởi kiện của cổ đông. Đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Nghĩa vụ của NQLCTCP bao gồm nhiều nội dung, liên quan đến nhiều phạm trù, lĩnh vực khác nhau. Với tính chất của luận án tiến sĩ luật học, đối tượng nghiên cứu chủ yếu của luận án là các quy định của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP và thực tiễn áp dụng các quy định đó. Bên cạnh đó, luận án còn nghiên cứu các quy định pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật của một số nước trên thế giới như Hoa Kỳ, Úc, Anh, Đức, Pháp, Nhật Bản, Hàn Quốc, Nga và Trung Quốc và chuẩn mực quản trị doanh nghiệp do OECD ban hành về NQLCTCP, để gợi mở việc tiếp thu các kinh nghiệm tốt cho Việt Nam.

3.2. Phạm vi nghiên cứu

Trong khuôn khổ luận án tiến sĩ luật học, luận án tập trung nghiên cứu những nội dung sau:

Thực tiễn cuộc khủng hoảng tài chính thế giới năm 2007-2008 cho thấy NĐH “đóng góp” phần không nhỏ cho sự sụp đổ của một loạt các công ty lớn. Ngoài ra, đặc trưng quản trị doanh nghiệp của Việt Nam cho thấy vai trò của NĐH rất quan trọng. Vì vậy, trong khuôn khổ luận án tiến sĩ luật học, luận án tập trung nghiên cứu nghĩa vụ của thành viên HĐQT và NĐH.

Về mặt thời gian, luận án nghiên cứu pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật của Việt Nam trong giai đoạn kể từ khi Luật Công ty năm 1990 có hiệu lực pháp luật cho đến nay.

4. Phương pháp nghiên cứu

Luận án được thực hiện trên cơ sở phương pháp luận của chủ nghĩa duy vật biện chứng. Để thực hiện được mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu đã đề ra, NCS sử dụng những phương pháp nghiên cứu sau đây:

Phương pháp nghiên cứu liên ngành: Bằng phương pháp này, NCS kết hợp những lý thuyết kinh tế và lý thuyết pháp lý nhằm làm sáng tỏ cơ sở lý luận về nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP.

Phương pháp so sánh luật học: Phương pháp so sánh luật học được sử dụng để so sánh pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP với bộ phận pháp luật tương ứng của nước ngoài và chuẩn mực quản trị doanh nghiệp do OECD ban hành. Ngoài ra, trong quá trình nghiên cứu luận án, NCS còn tiến hành so sánh, đối chiếu các học thuyết pháp lý khác nhau liên quan đến pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Sự so sánh, đối chiếu sẽ giúp cho luận án chỉ ra được những nhân tố hợp lý trong các học thuyết pháp lý, luật thực định và thực tiễn áp dụng pháp luật của nước ngoài. Từ đó có những đóng góp vào các đề xuất nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Phương pháp phân tích, tổng hợp: Đây là phương pháp sử dụng chủ yếu xuyên suốt của luận án. Từng nội dung, vấn đề đặt ra trong luận án được NCS phân tích, chứng minh một cách chi tiết, cụ thể bằng những luận cứ khoa học và bằng chứng thực tiễn sinh động. Từ những phân tích chi tiết, NCS tổng hợp để đưa ra những kết quả nghiên cứu chính của luận án. Nhiều nội dung mới có được trong luận án cũng được hình thành từ phương pháp phân tích, tổng hợp và phát triển những kết quả nghiên cứu đã có.

Ngoài những phương pháp trên luận án còn sử dụng các phương pháp khác như phương pháp lịch sử, phương pháp thống kê và một số phương pháp khác.

5. Dự kiến đóng góp mới của luận án

Những đóng góp về lý luận:

Thứ nhất, xây dựng được khái niệm khoa học về NQLCTCP, làm rõ các nội dung cấu thành nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ hai, chỉ ra các căn cứ xác định nghĩa vụ của NQLCTCP (pháp luật, điều lệ, tập quán thương mại), với việc nhấn mạnh vai trò của điều lệ, đồng thời làm rõ mối quan hệ giữa các căn cứ đó trong việc xác định nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ ba, trên cơ sở tham khảo và kế thừa những kết quả nghiên cứu đã đạt được của các nhà khoa học trong nước và nước ngoài, luận án phát triển hệ thống lý luận về pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP, với những nội dung mới như sau: (1) nguyên tắc của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP; (2) mối quan hệ giữa các nguồn luật về nghĩa vụ của NQLCTCP; (3) nội dung pháp lý của nghĩa vụ cẩn trọng, nghĩa vụ trung thành và nghĩa vụ tuân thủ pháp luật của NQLCTCP nói chung; (4) nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba; (5) nghĩa vụ của NDH; và (6) trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP và miễn, giảm trách nhiệm pháp lý đối với NQLCTCP.

Những đóng góp về mặt thực tiễn: **Thứ nhất**, luận án phân tích một cách có hệ thống những vướng mắc, tồn tại của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ hai, luận án đưa ra một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP: hoàn thiện khái niệm NQLCTCP; hoàn thiện nguồn luật về nghĩa vụ của NQLCTCP; cụ thể hóa nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng, nghĩa vụ trung thành và nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba; hoàn thiện các quy định về trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP và miễn, giảm trách nhiệm pháp lý cho NQLCTCP; hoàn thiện các quy định của pháp luật về quyền khởi kiện của cổ đông. Luận án là một tài liệu tham khảo hữu ích cho các doanh nghiệp trong quá trình xây dựng điều lệ và các văn bản quản lý nội bộ.

6. Kết cấu của luận án

Ngoài Phần mở đầu, Phần kết luận, Danh mục tài liệu tham khảo và Phụ lục, luận án được kết cấu như sau:

Chương 1: Tổng quan về tình hình nghiên cứu và các vấn đề liên quan

Chương 2: Những vấn đề lý luận về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần và pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Chương 3: Thực trạng pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Chương 4: Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

CHƯƠNG 1

TỔNG QUAN VỀ TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CÁC VẤN ĐỀ LIÊN QUAN

1.1. GIỚI THIỆU CHUNG

Đề tài “Pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần ở Việt Nam” là đề tài chưa được nghiên cứu ở trình độ tiến sĩ luật học. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của pháp luật doanh nghiệp hàng trăm năm trên thế giới và gần 25 năm ở Việt Nam, thì những công trình khoa học liên quan đến đề tài rất phong phú. Có thể tạm chia các công trình nghiên cứu thành hai nhóm là các công trình trong nước và các công trình nước ngoài. Qua khảo cứu, NCS nhận thấy các công trình nghiên cứu khoa học được công bố ở trong nước và nước ngoài liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP rất đa dạng, với nhiều luồng quan điểm khác nhau. Điều này xuất phát từ việc mỗi luồng quan điểm khoa học được dựa trên nền tảng lý luận khác nhau. Như vậy, trên cơ sở kế thừa những hệ thống lý luận và quan điểm khoa học hợp lý đã được công bố cùng với những phân tích, đánh giá của riêng mình, NCS đưa ra những kết quả khoa học độc lập.

Trong chương này, NCS tiến hành khảo cứu các công trình khoa học sau:

1.1.1. Các công trình công bố ở trong nước

Cho đến nay đã có nhiều công trình khoa học được công bố ở trong nước có liên quan đến đề tài luận án. Dưới đây là một số công trình tiêu biểu:

Bùi Xuân Hải (2009), Bảo vệ cổ đông: Mấy vấn đề lý luận và thực tiễn trong Luật Doanh nghiệp 2005, Tạp chí Khoa học pháp lý số 1/2009 (Sau đây viết tắt là Bùi Xuân Hải (2009))

Bùi Xuân Hải (2010), Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về bảo vệ cổ đông thiểu số, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 2/2010 (Sau đây viết tắt là Bùi Xuân Hải (2010))

Cao Thị Kim Trinh (2004), Tổ chức quản lý nội bộ công ty cổ phần những vấn đề lý luận và thực tiễn, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (Sau đây viết tắt là Cao Thị Kim Trinh (2004))

Đào Thúy Anh (2014), Hoàn thiện pháp luật Việt Nam về tổ chức quản lý công ty cổ phần – Góc nhìn từ kinh nghiệm của Nhật Bản, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (Sau đây viết tắt là Đào Thúy Anh (2014))

Ngô Thị Bích Phương (2007), Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh lợi ích theo quy định của LDN năm 2005, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (Sau đây viết tắt là Ngô Thị Bích Phương (2007))

Ngô Viễn Phú (2005), Nghiên cứu so sánh quản lý công ty cổ phần theo pháp luật CHXHCN Việt Nam và pháp luật CHND Trung Hoa, Luận án tiến sĩ luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (Sau đây viết tắt là Ngô Viễn Phú (2005))

Nguyễn Hoàng Duy (2015), Nghĩa vụ của NQLCTCP theo pháp luật Việt Nam, Luận văn thạc sĩ luật học, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội (Sau đây viết tắt là Nguyễn Hoàng Duy (2015))

Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009), Công ty – vốn, quản lý & tranh chấp theo LDN năm 2005, Nhà xuất bản Tri thức (sau đây viết tắt là Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009))

Nguyễn Thị Kim Chi (2015), Pháp luật về bảo vệ cổ đông nhỏ ở Việt Nam – Thực trạng và giải pháp hoàn thiện, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội

Nguyễn Thị Thùy Linh (2014), Hoàn thiện pháp luật về quản trị nội bộ công ty cổ phần, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (Sau đây viết tắt là Nguyễn Thị Thùy Linh (2014))

Nguyễn Thị Vân Anh (2015), Hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan, Luận án tiến sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (sau đây viết tắt là Nguyễn Thị Vân Anh (2015))

Ngô Huy Cương (2013), Giáo trình luật thương mại (phần chung và thương nhân), Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội (Sau đây viết tắt là Ngô Huy Cương (2013))

Phạm Duy Nghĩa (2009), Luật Doanh nghiệp, Tình huống – phân tích – bình luận, Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội (Sau đây viết tắt là Phạm Duy Nghĩa (2009))

Phạm Thị Tâm (2015), Pháp luật về bảo vệ quyền lợi của cổ đông cổ phần – Thực trạng và giải pháp hoàn thiện, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội

Phạm Trí Hùng, Nguyễn Trung Thắng (2012), CEO và Hội đồng quản trị, Nhà xuất bản Lao động – xã hội (sau đây viết tắt là Phạm Trí Hùng, Nguyễn Trung Thắng (2012))

Phan Nữ Hiền Oanh (2014), Kiểm soát giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần theo pháp luật Việt Nam hiện nay, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (Sau đây viết tắt là Phan Nữ Hiền Oanh (2014))

Trần Thị Kiều Oanh (2013), Nghĩa vụ của NQLCTCP cổ phần theo pháp luật Việt Nam, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (Sau đây viết tắt là Trần Thị Kiều Oanh (2013))

Phạm Duy Nghĩa (2004), Chuyên khảo luật kinh tế (Chương trình sau Đại học), Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội (Sau đây viết tắt là Phạm Duy Nghĩa (2004))

1.1.2. Các công trình được công bố ở nước ngoài

Các công trình khoa học được công bố ở nước ngoài liên quan đến đề tài luận án rất phong phú và đa dạng. Dưới đây là một số công trình tiêu biểu:

A. Gilchrist Sparks, III and Lawrence A. Hamermesh (1992), Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers (nghĩa vụ của NĐH không phải là thành viên HĐQT), *The Business Lawyer*, Vol. 48 (Sau đây viết tắt là A. Gilchrist Sparks, III and Lawrence A. Hamermesh (1992))

Alice Eastman Helle (1986), Directors' liability for breach of the duty of care: the corporate crisis and legislative responses in Delaware and Iowa (Trách nhiệm của thành viên HĐQT do vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng: khủng hoảng công ty và phản ứng lập pháp ở Delaware và Iowa), *Drake Law Review*, Vol. 36 (Sau đây viết tắt là Alice Eastman Helle (1986))

Andrew Keay & Hao Zhang (2008), Incomplete contracts, contingent fiduciaries and director's duty to creditors (Hợp đồng không hoàn thiện, quan hệ ủy thác có điều kiện và nghĩa vụ của thành viên HĐQT với chủ nợ), *Melbourne University Law Review*, Vol. 32 (Sau đây viết tắt là Andrew Keay & Hao Zhang (2008))

Bernard Black, Brian Cheffins, Martin Gelter, Hwa-Jin Kim, Richard Nolan, Mathias Siems & Linia Prava Law Firm (2007), Legal liability of directors and company officials – Part 1: Substantive grounds for liability (report to the Russian securities agency) (Trách nhiệm pháp lý của thành viên HĐQT và NĐH – Phần 1: Cơ sở nội dung của trách nhiệm (báo cáo cho Ủy ban chứng khoán Nga), *Columbia Business Law Review*, Vol. 2007 No. 3 (Sau đây viết tắt là Bernard Black, Brian Cheffins, Martin Gelter, Hwa-Jin Kim, Richard Nolan, Mathias Siems & Linia Prava Law Firm (2007))

Brian R. Cheffins & Bernard S. Black (2006), Outside Director Liability Across Countries (Trách nhiệm của thành viên HĐQT bên ngoài ở các nước), *Texas Law Review*, Volume 84, Number 6 (Sau đây viết tắt là Brian R. Cheffins & Bernard S. Black (2006))

Clark W. Furlow (2009), Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware (Thiện chí trung thực, nghĩa vụ thụ thác và quy tắc quyết định kinh doanh), *Utah Law Review*, No.3 (Sau đây viết tắt là Clark W. Furlow (2009))

D.A. Jeremy Telman (2007), *The Business Judgment Rule, Disclosure, and Executive Compensation* (Quy tắc quyết định kinh doanh, công bố thông tin và lương thưởng của NĐH), *Tulane Law Review*, Vol. 81 (Sau đây viết tắt là D.A. Jeremy Telman (2007))

Dr Yawa Wei (2006), *Director's duties under Chinese law: A comparative view* (Nghĩa vụ của thành viên HĐQT: Một cách nhìn so sánh), (2006) 3 *UNELJ* (Sau đây viết tắt là Dr Yawa Wei (2006))

Dr. Helen Anderson (2009), *Director's liability for corporate faults and defaults – an international comparison* (Trách nhiệm của thành viên HĐQT đối với vi phạm của công ty – so sánh quốc tế), *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol.18. No.1 (Sau đây gọi tắt là Dr. Helen Anderson (2009))

Edwin W Hecker, Jr. (2013), *Fiduciary Duties in Business Entities Revisited* (Xem xét lại nghĩa vụ thụ thác trong các pháp nhân kinh doanh), *Kansas Law Review*, Vol. 61 (Sau đây viết tắt là Edwin W Hecker, Jr. (2013))

Emily E. Cassel (2004), *Applying the Business Judgment Rule Fairly: A Clarification for Kansas Courts* (Áp dụng quy tắc quyết định kinh doanh một cách công bằng: Làm rõ cho các tòa án Kansas), *Kansas Law Review*, Vol. 52 (Sau đây viết tắt là Emily E. Cassel (2004))

Fred W. Triem (2007), *Judicial schizophrenia in corporate law: confusing the standard of care with the business judgment rule* (Chứng tâm thần phân liệt của tư pháp trong luật công ty: sự nhầm lẫn giữa tiêu chuẩn cẩn trọng với quy tắc quyết định kinh doanh), *Alaska Law Review*, Vol. 24 (Sau đây viết tắt là Fred W. Triem (2007))

George S. Corey, M. Wayne Marr, Jr & Michael F. Spiveyare (1991), *Bondholders owed a fiduciary duty?* (Liệu rằng có nghĩa vụ thụ thác đối với người sở hữu trái phiếu?), *Florida State University Law Review*, Vol. 18 (Sau đây viết tắt là George S. Corey, M. Wayne Marr, Jr & Michael F. Spiveyare (1991))

Helen Anderson (2006), *Creditors' rights of recovery: Economic theory, corporate jurisprudence and the role of fairness* (Quyền được bồi thường của chủ nợ: Lý thuyết kinh tế, lý thuyết luật học về công ty và vai trò của sự công bằng), *Melbourne University Law Review*, Vol. 30 (Sau đây viết tắt là Helen Anderson (2006))

Hideki Kanda & Curtis J. Milhaupt (2008), *Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law* (Xem lại vấn đề cấy ghép pháp luật: Nghĩa vụ thụ thác của thành viên HĐQT trong Luật công ty của Nhật

Bản), *The American Journal of Comparative Law*, [Vol. 51] (Sau đây viết tắt là Hideki Kanda & Curtis J. Milhaupt (2008))

Jae Yeol Kwon (2004), *Corporate governance from a comparative perspective: specific application of the duty of loyalty in Korea (Quản trị công ty từ góc nhìn so sánh: áp dụng đặc thù nghĩa vụ trung thành ở Hàn Quốc)*, *Pacific Basin Law Journal*, Vol. 22 (Sau đây viết tắt là Jae Yeol Kwon (2004))

James Jackson (1991), *The Liability of Executive Officers under the Corporations Law (Trách nhiệm của NĐH theo luật công ty)*, *Bond Law Review*, Vol. 3, Iss. 2, Art. 7 (Sau đây viết tắt là James Jackson (1991))

Jay Marshall Wallace (1992), *How CERCLA circumvents the corporate shield: Liability of officers, shareholders and parent corporations (CERCLA gỡ bỏ màng chắn pháp nhân như thế nào: Trách nhiệm của NĐH, cổ đông và công ty mẹ)*, *State Bar of Texas Environmental Law Journal*, Vol. 23, No 1 (Sau đây viết tắt là Jay Marshall Wallace (1992))

Jeremy Pearce (2010), *Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam (Nghĩa vụ cẩn trọng, kỹ năng và mẫn cán của thành viên HĐQT ở Việt Nam)*, <http://epublications.bond.edu.au/cgej/17> (Sau đây viết tắt là Jeremy Pearce (2010))

Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg (2005), *Corporations – Gilbert Law Summaries (Công ty – Tóm tắt luật Gilbert)*, Fifteen Edition, Thomson Bar/Bri, chương v, từ tr. 57-98 (sau đây viết tắt là Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg (2005))

John H. Farrar (1997), *The Personal Liability of Directors for Corporate Torts (Trách nhiệm cá nhân của thành viên HĐQT cho vi phạm ngoài hợp đồng của công ty)*, *Bond Law Review*, Volume 9, Number 1, Article 6 (Sau đây viết tắt là John H. Farrar (1997))

John Lowry & Rod Edmunds (2000), *Reflections on the English and Scottish Law Commission's proposal for directorial disclosure (Một vài suy nghĩ về đề xuất về việc công bố thông tin của thành viên HĐQT của Ủy ban pháp luật Anh và Scotland)*, *Deakin Law Review*, Volume 5 No 1 (sau đây viết tắt là John Lowry & Rod Edmunds (2000))

Johneth Chongseo Par, Doo-Ah Lee (2003), *The Business Judgment Rule: A Missing Piece in the Developing Puzzle of Korean Corporate Governance Reform (Quy tắc kinh doanh: một phần khó hiểu trong những vấn đề khó giải quyết trong cải tổ quản trị công ty ở Hàn Quốc)*, *Journal of Korean Law*, Vol. 3, No. 2 (Sau đây viết tắt là Johneth Chongseo Par, Doo-Ah Lee (2003))

Klaus J. Hopt (2011), Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation (Quản trị công ty so sánh: Nghệ thuật và các quy tắc quốc tế), *The American Journal of Comparative Law*, [Vol. 59] (Sau đây viết tắt là Klaus J. Hopt (2011))

L. S. Sealy (1987), Directors' "wider" responsibilities – problems conceptual, practical and procedural (Trách nhiệm rộng hơn của thành viên HĐQT - các vấn đề về khái niệm, thực tế và thủ tục), *Monash University Law Review*, Vol.13 (Sau đây viết tắt là L. S. Sealy (1987))

Lawrence E. Mitchell (1990), The fairness rights of corporate bondholders (Quyền được đối xử công bằng của người sở hữu trái phiếu), *New York University Law Review*, Volume 65, Number 5 (Sau đây viết tắt là Lawrence E. Mitchell (1990))

Lyman P.Q. Johnson & David Millon (2005), Recalling why corporate officers are fiduciaries (Xem xét lại tại sao NDH là người nhận ủy thác), *William and Mary Law Review*, Volume 46, No. 5 (Sau đây viết tắt là Lyman P.Q. Johnson & David Millon (2005))

Mark Byrne (2006), The duties and liabilities of persons below board level (Nghĩa vụ và trách nhiệm của người bên dưới HĐQT), *Canberra Law Review* Vol. 9 (sau đây viết tắt là Mark Byrne (2006))

Martin Petrin (2010), The curious case of directors' and officers' liability for supervision and management: exploring the intersection of corporate and tort law (Một vụ việc đáng lưu ý về trách nhiệm của thành viên HĐQT và NDH đối với việc kiểm soát và quản lý: xác định sự giao thoa giữa luật công ty và luật trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng), *American University Law Review*, Vol. 59 (Sau đây viết tắt là Martin Petrin (2010))

Maya K. van Rossum (1993), Corporate noncompliance with the clean water and clean air act: Theories to hold a director personally liable (Việc công ty không tuân thủ luật về nước và không khí sạch: Lý thuyết buộc thành viên HĐQT chịu trách nhiệm cá nhân), *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 13 (Sau đây viết tắt là Maya K. van Rossum (1993))

Megan Wischmeier Shane (2010), Restoring the Balance of Power in Corporate Management: Enforcing an Officer's Duty of Obedience (Duy trì lại sự cân bằng quyền lực trong quản lý công ty: Thực thi nghĩa vụ chấp hành của NDH), *The Business Lawyer*, Vol. 66 (Sau đây viết tắt là Megan Wischmeier Shane (2010))

Michael Bradley & Cindy A. Schipani (1989), The Relevance of the Duty of Care Standard in Corporate Governance (Sự tương thích của tiêu chuẩn nghĩa vụ cẩn trọng trong quản trị công ty), Iowa Law Review, Vol. 75:1 (Sau đây viết tắt là Michael Bradley & Cindy A. Schipani (1989))

Michael Follett (2010), Gantler v. Stephens: Big epiphany or big failure? A look at the current state of officers' fiduciary duties and advice for potential protection (Vụ Gantler v. Stephens: Thành công hay thất bại lớn? xem xét nghĩa vụ của NĐH và đề xuất cho cơ chế bảo vệ), Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 35 (sau đây viết tắt là Michael Follett (2010))

Michael J. Whincop (2000), Reintroducing Releases of Officer Liability into Australian Corporate Law (Đưa lại về miễn trừ trách nhiệm của NQLCTCP vào Luật công ty của Australia), Monash University Law Review [Vol 26, No 1 '001] (Sau đây viết tắt là Michael J. Whincop (2000))

Michelle Welsh & Helen Anderson (2005), Directors' personal liability for corporate fault: an alternative model (Trách nhiệm cá nhân của thành viên HĐQT cho vi phạm của công ty: Một mô hình thay thế), Adelaide Law Review, Vol. 26 (Sau đây viết tắt là "Michelle Welsh & Helen Anderson (2005))

Mirko Vasiljević (2012), Civil law and business judgment rule (Luật dân sự và quy tắc quyết định kinh doanh), Belgrade Law Review, Year LX, 2012, No. 3 (Sau đây viết tắt là Mirko Vasiljević (2012))

Nancy R. Mansfield, Joan T. A. Gabel, Kathleen A. McCullough & Stephen G. Fier (2012), The shocking impact of corporate scandal on director's and officers' liability (Tác động kinh ngạc của các bê bối công ty lên trách nhiệm của thành viên HĐQT và NĐH), University of Miami Business Law Review, Vol. 20 (Sau đây viết tắt là Nancy R. Mansfield, Joan T. A. Gabel, Kathleen A. McCullough & Stephen G. Fier (2012))

Nancy T. Oliver (1989), Fiduciary obligations to holders of convertible debentures: Simons v. Cogan, 549 A.2d 300 (Del. 1988) (nghĩa vụ thụ thác đối với người sở hữu trái phiếu chuyển đổi: vụ Simons v. Cogan, 549 A.2d 300 (Del. 1988)), Cincinnati Law Review [Vol. 58 1989] (Sau đây viết tắt là Nancy T. Oliver (1989))

Norman J. Fry (1994), Liability of shareholders and corporate directors, officers, and employees for CERCLA response cost (Trách nhiệm của cổ đông và thành viên HĐQT, NĐH và người lao động đối với các chi phí phản ứng CERCLA), The Environmental Lawyer, Vol. 1 No.1 (Sau đây viết tắt là Norman J. Fry (1994))

Paul Graf (2011), A Realistic Approach to Officer Liability (Cách tiếp cận thực tế về trách nhiệm của NDH), *The Business Lawyer*; Vol. 66 (sau đây viết tắt là Paul Graf (2011))

R. Baxt (1978), Judges in their own cause: The ratification of directors' breaches of duty (Thẩm phán với lý do riêng của mình: thỏa thuận về trường hợp thành viên HĐQT vi phạm nghĩa vụ), *Monash University Law Review*, Vol. 5 (Sau đây viết tắt là R. Baxt (1978))

Rebecca G. DiStefano (2006), Disgorgement of executive compensation under section 304 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 Did Congress really intend strict liability? (Thu hồi lương thưởng của NDH theo Điều 304 của Luật Sarbanes-Oxley 2002 Liệu rằng Nghị viện muốn trách nhiệm nghiêm khắc), *Journal of Law and Business*, Volume 13 (Sau đây viết tắt là Rebecca G. DiStefano (2006))

Ronald E. Mallen & David W. Evans (1987), Surviving the directors' and officers' liability crisis: insurance and alternatives (Tồn tại qua những bê bối của thành viên HĐQT và NDH: bảo hiểm và các biện pháp khác), *Delaware Journal of Corporate Law*, Volume 12, number 2 (Sau đây viết tắt là Ronald E. Mallen & David W. Evans (1987))

Thomas E. Stagg & Scott Ferrett (1989), Contractual protection: an existing remedy for bondholder distress (Biện pháp bảo vệ bằng hợp đồng: Các chế tài hiện hữu cho trường hợp người sở hữu trái phiếu bị xâm phạm), *Journal of Legal Commentary*, Vol. 4: 245 (Sau đây viết tắt là Thomas E. Stagg & Scott Ferrett (1989))

Toan Le Minh, Gordon Walker (2008), Corporate Governance of Listed Companies in Vietnam (Quản trị công ty niêm yết ở Việt Nam), *Bond Law Review*, Volume 20, Issue 2, Article 6 (Sau đây viết tắt là Toan Le Minh, Gordon Walker (2008))

Van Ngoc Vu (2013), Reforming Company Law relating to directors's duties and responsibilities in Vietnam (Hoàn thiện pháp luật công ty về nghĩa vụ và trách nhiệm của thành viên Hội đồng quản trị ở Việt Nam), *School of Law – The University of Leeds* (Sau đây viết tắt là Van Ngoc Vu (2013))

Wendi J. Powell (2007), Corporate governance and fiduciary duty: The “Mickey mouse rule” or legal consistency, protection of shareholder expectations, and balanced director autonomy (Quản trị công ty và nghĩa vụ thụ thác: “Quy tắc chuột Mickey” hoặc sự thống nhất của pháp luật, bảo vệ cổ đông, và quyền tự quyết của thành viên HĐQT được đối trọng), *GEO. MASON L. REV.* Vol. 14:3 (Sau đây viết tắt là Wendi J. Powell (2007))

Z. Jill Barclift (2006), Senior corporate officers and the duty of candor: do the CEO and CFO have a duty to inform? (NĐH cao cấp và nghĩa vụ cung cấp thông tin), Valparaiso University Law Review, Vol. 41 (Sau đây viết tắt là Z. Jill Barclift (2006))

1.2. ĐÁNH GIÁ KẾT QUẢ NGHIÊN CỨU ĐÃ CÔNG BỐ LIÊN QUAN ĐẾN ĐỀ TÀI

1.2.1. Những kết quả nghiên cứu về lý luận về pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

1.2.1.1. Khái quát chung về người quản lý công ty cổ phần

Cho đến nay đã có một số công trình khoa học nỗ lực đưa ra khái niệm NQLCTCP. Trần Thị Kiều Oanh (2013) cho rằng việc định nghĩa NQLCTCP phải dựa trên chức năng chứ không nên dựa trên chức danh. Theo Nguyễn Hoàng Duy (2015), NQLCTCP là tất cả những người nào được bổ nhiệm, quyết định hoặc chỉ định giữ vai trò quản lý công ty hoặc tuy không được bổ nhiệm, quyết định hoặc chỉ định làm NQLCTCP nhưng thực tế hành động như thể là NQLCTCP hoặc những người mà mong muốn hoặc chỉ đạo của họ sẽ được những người quản lý của công ty thực hiện. [9, tr. 72]. Định nghĩa này đã có thành công là đã xác định được người quản lý thực tế và người quản lý giấu mặt.

Ở nước ngoài cũng đã có một số công trình khoa học cố gắng xác định các dấu hiệu nhận biết NQLCTCP. Về cơ bản, các tác giả nước ngoài đều thống nhất nhau ở một điểm là NQLCTCP bao gồm thành viên HĐQT và NĐH. Vấn đề khó khăn là làm thế nào để xác định một người là NĐH. Mark Byrne (2006) đã tìm ra dấu hiệu xác định NQLCTCP là người làm, hoặc tham gia làm quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty; hoặc có khả năng tác động đáng kể đến tình trạng tài chính của công ty. Cũng có tác giả, như A. Gilchrist Sparks, III and Lawrence A. Hamermesh (1992) lại có xu hướng hiểu NQLCTCP theo nghĩa rộng. Trong khi đó Paul Graf (2011) lại ủng hộ các quan điểm thu hẹp khái niệm NĐH. Theo đó, người chịu trách nhiệm chỉ giới hạn trong phạm vi những NĐH cấp cao, như tổng giám đốc (CEO), giám đốc tài chính, cố vấn cao cấp.

Có thể thấy, các công trình khoa học đã được công bố chưa có sự thống nhất về khái niệm NQLCTCP. Vì vậy, cần có một khái niệm được xây dựng trên cơ sở làm sáng tỏ tiêu chí kinh tế và tiêu chí pháp lý nhằm giúp nhận biết hiệu quả NQLCTCP trong lập pháp và áp dụng pháp luật về nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP.

1.2.1.2. Nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Theo Phạm Trí Hùng và Nguyễn Trung Thăng (2012) giữa doanh nghiệp và thành viên HĐQT tồn tại một hợp đồng ủy thác. [15, tr. 165] Trên cơ sở quan hệ ủy thác, thành viên HĐQT có nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành với công ty. Toan Le Minh, Gordon Walker (2008) cho rằng quan hệ giữa thành viên HĐQT với công ty là quan hệ ủy thác trong đó thành viên HĐQT là người thụ thác. Van Ngoc Vu (2013) cũng khẳng định mối quan hệ giữa thành viên HĐQT với công ty là quan hệ đại diện trong đó thành viên HĐQT là người đại diện. Ngoài ra, tác giả còn lý giải cơ sở của nghĩa vụ của thành viên HĐQT thông qua thuyết cơ hội. Nguyễn Hoàng Duy (2015) cũng cho rằng mối quan hệ giữa công ty với NQLCTCP là quan hệ đại diện, trong đó NQLCTCP được ủy quyền quản trị công ty, thay mặt chủ sở hữu xác lập các quyền và nghĩa vụ. Từ đó tác giả cho rằng NQLCTCP “chỉ hành động vì lợi ích tốt nhất của công ty trong những điều kiện xác định”. Trần Thị Kiều Oanh (2013) cho rằng quan hệ giữa NQLCTCP với công ty là quan hệ ủy quyền. Trong đó NQLCTCP là “người được ủy quyền” để thực hiện việc quản lý điều hành công ty. Có thể thấy rằng các tác giả Việt Nam đã chỉ rõ bản chất quan hệ giữa CTCP với NQLCTCP.

Trong hầu hết các công trình khoa học được công bố bởi các học giả đến từ các nước thuộc họ common law, tiêu biểu là Hoa Kỳ, Vương quốc Anh và Úc đều khẳng định quan hệ giữa thành viên HĐQT với công ty là quan hệ ủy thác (fiduciary relationship), như John Lowry & Rod Edmunds (2000), Edwin W Hecker, Jr. (2013) và nhiều công trình khoa học khác. Các nhà khoa học đến từ các nước thuộc họ pháp luật dân sự tiếp cận quan hệ giữa công ty với NQLCTCP là quan hệ đại diện. (Xem Hideki Kanda & Curtis J. Milhaupt (2008)). Về cơ bản, các tác giả đều khẳng định NQLCTCP có hai nghĩa vụ cơ bản là nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành.

Những khảo cứu trên cho thấy các công trình khoa học đã công bố về cơ sở lý luận về nghĩa vụ của NQLCTCP đã đạt được những kết quả sau:

Thứ nhất, các tác giả đều cho rằng xuất phát từ quan hệ đại diện mà khẳng định NQLCTCP thực hiện công việc vì lợi ích của công ty. Vì vậy, các nghĩa vụ cơ bản của NQLCTCP đối với công ty là nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành.

Thứ hai, hầu hết các công trình khoa học đã công bố tiếp cận nghĩa vụ của NQLCTCP dưới góc độ nghĩa vụ của người đại diện đối với công ty (người ủy quyền). Trong khi đó, ngoài mối quan hệ với công ty, NQLCTCP còn có mối quan hệ với các chủ thể có lợi ích liên quan với công ty. Vấn đề đặt ra là liệu NQLCTCP

có nghĩa vụ với các chủ thể này không. Vấn đề này còn nhiều quan điểm khác nhau với nhiều cách tiếp cận khác nhau. Vì vậy, nhiệm vụ của luận án là tìm ra một cách tiếp cận phù hợp để xây dựng một khái niệm đầy đủ về nghĩa vụ của NQLCTCP và làm rõ ranh giới giữa nghĩa vụ của NQLCTCP với nghĩa vụ của công ty khi NQLCTCP thay mặt công ty xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ với người thứ ba.

Thứ ba, hiện nay có nhiều quan điểm khác nhau trong vấn đề giải quyết xung đột lợi ích trong tổng thể các mối quan hệ cấu thành nên công ty. Vì vậy, cần một phân tích cụ thể về vấn đề xung đột lợi ích trong các mối quan hệ của công ty, chỉ ra cách thức tiếp cận có tính công bằng trong giải quyết vấn đề xung đột lợi ích. Đây là vấn đề có tính nguyên tắc trong việc xây dựng các nội dung pháp lý của các nghĩa vụ của NQLCTCP.

1.2.1.3. Những vấn đề lý luận về pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Liên quan đến những vấn đề lý luận về pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP, ở từng khía cạnh, các tác giả đã nghiên cứu một số vấn đề liên quan đến pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

(a) Các nguyên tắc của pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Các công trình nghiên cứu mà người viết khảo cứu chưa đề cập đến các nguyên tắc của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

(b) Nguồn của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP

Các công trình khoa học được công bố ở Việt Nam có đề cập đến Luật Doanh nghiệp, Bộ luật dân sự, các văn bản quy phạm pháp luật khác và án lệ là nguồn chứa đựng các quy phạm và các quy tắc pháp lý về nghĩa vụ của NQLCTCP. Trong khi đó, ở nước ngoài, cũng đã có một số công trình khoa học ít nhiều đề cập đến nguồn luật điều chỉnh quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP. Lyman P.Q. Johnson & David Millon (2005) cho rằng nguồn luật chủ yếu điều chỉnh về quan hệ quản trị doanh nghiệp là luật của tiểu bang bao gồm các đạo luật và án lệ, ngoài ra các quy chế của NYSE và Nasdaq là nguồn song hành và tương thích với khung pháp luật của bang. Các quy định được ban hành bởi Quốc hội, SEC được coi là nguồn bổ sung trong hệ thống các nguồn luật điều chỉnh nghĩa vụ của NĐH. Theo Bernard Black, Brian Cheffins, Martin Gelter, Hwa-Jin Kim, Richard Nolan, Mathias Siems & Linia Prava Law Firm (2007), ở Nga nguồn luật điều chỉnh nghĩa vụ của thành viên HĐQT và NĐH bao gồm Bộ luật dân sự, luật công ty cổ phần. Klaus J. Hopt

(2011) đề cập đến vai trò của các quy tắc tự quản trong điều chỉnh quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP.

Từ những khảo cứu trên, người viết đưa ra một số đánh giá sau đây:

Một là, các công trình công bố đã xác định được các nguồn luật cơ bản điều chỉnh quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP. Các tác giả đều khẳng định luật doanh nghiệp không phải là nguồn luật duy nhất điều chỉnh quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP. Một số tác giả cũng đã có những phân tích về mối quan hệ giữa các nguồn luật.

Hai là, mối quan hệ giữa luật doanh nghiệp và luật chuyên ngành, cũng như mối quan hệ giữa các nguồn luật với các văn bản quản lý nội bộ của công ty trong điều chỉnh quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP vẫn được nghiên cứu làm rõ hơn.

(c) Nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Nội dung pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần:

Các tác giả Việt Nam, như Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung (2009), Phạm Trí Hùng và Nguyễn Trung Thắng (2012) đã có đề cập và phân tích khái quát về nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành của thành viên HĐQT. Toan Le Minh, Gordon Walker (2008) chỉ nêu các nghĩa vụ trung thành, thiện chí và cẩn trọng của thành viên HĐQT và cho rằng các nghĩa vụ này trong pháp luật Việt Nam tương đồng với các nghĩa vụ tương ứng theo quy định của pháp luật nước ngoài. Các tác giả không đi vào phân tích nội dung của các nghĩa vụ này. Ngoài ra, các tác giả cũng đã phân tích một cách khái quát một số nội dung về GDCNCTL. Trần Thị Kiều Oanh (2013) chia nghĩa vụ của NQLCTCP thành hai nhóm bao gồm nghĩa vụ đối với công ty và nghĩa vụ đối với chủ nợ của công ty. Nguyễn Hoàng Duy (2015) cho rằng: Tựu chung lại, nghĩa vụ của NQLCTCP có thể được hiểu một cách khái quát và cơ bản nhất là toàn bộ các nghĩa vụ miễn cưỡng, trung thực có nguồn gốc hoặc phát sinh từ hợp đồng, hành vi pháp lý đơn phương, sự kiện pháp lý hoặc quy định của luật mà NQLCTCP phải thực hiện hoặc không được phép thực hiện với nỗ lực và khả năng cao nhất vì lợi ích hợp pháp tối đa của công ty. Từ đó, tác giả chia nghĩa vụ của NQLCTCP thành các nhóm nghĩa vụ sau: nghĩa vụ tuân thủ; nghĩa vụ phòng tránh xung đột lợi ích; nghĩa vụ liên quan đến vốn của công ty; nghĩa vụ liên quan đến hoạt động của công ty. Cao Thị Kim Trinh (2004) cho rằng NQLCTCP có hai nhóm nghĩa vụ: (1). nghĩa vụ về việc NQLCTCP hành xử theo hướng có lợi nhất cho công ty đồng thời hạn chế việc NQLCTCP lạm quyền gây thiệt hại cho công ty; (2). nghĩa vụ đối với chủ nợ, nhóm nghĩa vụ này

được xác định khi công ty khó khăn về tài chính. Ngô Huy Cương (2013) cũng đã đề cập đến nghĩa vụ của NQLCTCP như sau: NQLCTCP với tư cách là người quản lý tài sản của người khác phải có những nghĩa vụ nhất định: (1). Nắm chắc và hành động đúng với Điều lệ công ty và các văn bản nội bộ của công ty; (2). Những xét đoán kinh doanh phải bảo đảm được lợi ích tốt nhất cho công ty và sẵn sàng giải trình một cách thuyết phục; (3). Minh bạch hóa các quyết định của mình. Tác giả cũng đã chỉ ra rằng nghĩa vụ của NQLCTCP trước hết phải dựa trên nền tảng đạo đức. Theo Phạm Duy Nghĩa (2009) NQLCTCP có hai nghĩa vụ cơ bản là nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành. Van Ngoc Vu (2013) thể hiện quan điểm xuyên suốt là thành viên HĐQT chỉ có nghĩa vụ với công ty chứ không có nghĩa vụ với người thứ ba. Thành viên HĐQT chỉ có nghĩa vụ với người thứ ba khi công ty gặp khó khăn về tài chính. Tác giả phân tích một cách có hệ thống về các nghĩa vụ cơ bản của thành viên HĐQT bao gồm nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành.

Phạm Duy Nghĩa (2009) cũng như Phạm Trí Hùng và Nguyễn Trung Thăng (2012) đã bước đầu đưa ra khái niệm về nghĩa vụ cẩn trọng. Về cơ bản các tác giả đều nhận định nghĩa vụ cẩn trọng là những hành xử hợp lý mà một người có cùng vị trí và cùng hoàn cảnh sẽ hành xử như vậy nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tốt nhất của công ty. Van Ngoc Vu (2013) đã đi sâu vào phân tích nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng. Tác giả chỉ ra rằng việc xác định nội dung tiêu chuẩn của nghĩa vụ cẩn trọng phải dựa trên cách tiếp cận khách quan (objective approach). Khi nghiên cứu về nghĩa vụ cẩn trọng, các tác giả nước ngoài đi sâu vào phân tích các nội dung của pháp luật về nghĩa vụ cẩn trọng, như định nghĩa, phạm vi áp dụng của nghĩa vụ này. Với số lượng các công trình nghiên cứu về nội dung này, người viết chỉ liệt kê một số công trình sau: Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg (2005), Wendi J. Powell (2007), Fred W. Triem (2007), Alice Eastman Helle (1986), Michael Bradley & Cindy A. Schipani (1989) và nhiều công trình khác.

Tương tự như nghĩa vụ cẩn trọng, nghĩa vụ trung thành cũng được các tác giả nước ngoài nghiên cứu rất tỉ mỉ, rất nhiều công trình khoa học nghiên cứu so sánh pháp luật của nhiều nước khác nhau về nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP. Các tác giả nước ngoài đã đi sâu vào phân tích nội dung, tiêu chuẩn và phạm vi của nghĩa vụ trung thành. Số lượng các công trình nghiên cứu về nội dung này rất lớn, người viết chỉ liệt kê một số công trình sau: Clark W. Furlow (2009), Yawa Wei (2006), Edwin W Hecker, Jr. (2013), Wendi J. Powell (2007), Jae Yeol Kwon (2004), Leo E. Strine, Jr, Lawrence A. Hamermesh, R.Franklin Balotri and Jeffrey M. Gorris (2010), Usha Rodrigues (2005) và nhiều công trình khác. Nhìn chung, nghĩa vụ

trung thành được các tác giả nước ngoài nhìn nhận ở các khía cạnh: không xung đột lợi ích với công ty, nếu có xung đột lợi ích thì phải ưu tiên lợi ích của công ty; giao dịch có nguy cơ tư lợi; không chiếm đoạt cơ hội của công ty; và không cạnh tranh với công ty. Các công trình khoa học của các tác giả Việt Nam cũng đã nghiên cứu ở các mức độ khác nhau về nghĩa vụ trung thành. Tiêu biểu nhất là công trình khoa học của Van Ngoc Vu (2013). Trong công trình của mình, tác giả phân tích rất kỹ lưỡng về cơ sở tồn tại của nghĩa vụ trung thành, nội dung của nghĩa vụ trung thành, cơ hội của công ty,...

Khi nghiên cứu về nghĩa vụ trung thành các tác giả đều đề cập đến “xung đột lợi ích” và “thiện chí” như là những yếu tố gắn chặt với nghĩa vụ trung thành. Về mối quan hệ giữa nghĩa vụ trung thành và yếu tố thiện chí, hầu hết các tác giả cho rằng thiện chí được thể hiện ở việc mọi hành vi đều phải vì lợi ích của công ty.

Vấn đề xung đột lợi ích cũng được lý giải rất kỹ lưỡng trong nhiều công trình khoa học. Trong đó nổi bật là GDCNCTL được nhiều tác giả chú trọng nghiên cứu, như Nguyễn Thị Vân Anh (2015), Phan Nữ Hiền Oanh (2014), Ngô Thị Bích Phương (2007), Van Ngoc Vu (2013), Jae Yeol Kwon (2004) và nhiều công trình khác. Khi nghiên cứu về GDCNCTL, các tác giả cố gắng định nghĩa GDCNCTL dưới góc độ xung đột lợi ích với NQLCTCP, nghĩa vụ của người có GDCNCTL và hậu quả pháp lý của giao dịch tư lợi. Van Ngoc Vu (2013) phân tích rất kỹ lưỡng về hai cách tiếp cận trong đối xử với GDCNCTL, đó là cách tiếp cận cứng nhắc (strict approach) và cách tiếp cận mềm dẻo (flexible approach). Tác giả thể hiện quan điểm ủng hộ cách tiếp cận mềm dẻo dựa trên nguyên tắc công bằng. Yeol Kwon (2004) quan niệm GDCNCTL là giao dịch giữa thành viên HĐQT với công ty. Không chỉ dừng lại ở nghiên cứu GDCNCTL, Jae Yeol Kwon (2004) còn mở rộng nghiên cứu đến các trường hợp xung đột lợi ích khác như lương thưởng và cạnh tranh với công ty. Tác giả nhận định cần coi việc trả lương thưởng không công bằng là một trường hợp giao dịch tư lợi. Còn đối với cạnh tranh với công ty, tác giả ủng hộ quy định của pháp luật ngăn cấm thành viên HĐQT cạnh tranh với công ty. Bởi vì theo tác giả thành viên HĐQT ở vị trí có khả năng có được bí mật kinh doanh và bí mật thương mại, bằng việc tận dụng lợi thế của công ty, thành viên HĐQT làm lợi cho chính mình hoặc người thứ ba mà gây thiệt hại cho công ty.

Đối với NDH, một số công trình nghiên cứu hiện nay chỉ ra rằng ngoài các nghĩa vụ chung, NDH còn phải tuân thủ nghĩa vụ chấp hành và nghĩa vụ cung cấp thông tin. Megan Wischmeier Shane (2010) đề cập đến nghĩa vụ chấp hành (duty of obedience), nghĩa vụ này được áp dụng cho NDH. Nghĩa vụ cung cấp thông tin là

nghĩa vụ mà NDH phải cung cấp thông tin cho thành viên HĐQT. Nghĩa vụ cung cấp thông tin được Z. Jill Barclift (2006) nghiên cứu và lý giải khá tỉ mỉ. Z. Jill Barclift (2006) xuất phát từ lý thuyết đại diện để lý giải về nghĩa vụ cung cấp thông tin. Z. Jill Barclift (2006) phân tích rõ những nguyên tắc, tiêu chuẩn của nghĩa vụ cung cấp thông tin. Tác giả nhấn mạnh đến nghĩa vụ cung cấp thông tin cho thành viên HĐQT nhằm bảo đảm cho thành viên HĐQT hoàn thành được nhiệm vụ giám sát.

Liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba, có hai luồng quan điểm khác nhau. Nhiều nhà khoa học vẫn quan niệm rằng NQLCTCP chỉ có nghĩa vụ đối với công ty mà không có nghĩa vụ với người thứ ba khi công ty chưa lâm vào tình trạng phá sản hoặc chưa gặp khó khăn về tài chính. Quan điểm này được thể hiện rất rõ trong Van Ngoc Vu (2013) và nhiều công trình khoa học khác. Tuy nhiên, các nhà khoa học cũng thừa nhận thành viên HĐQT có nghĩa vụ của người quản lý thực tế tài sản của chủ nợ (de facto trustee) và phải thực hiện hành vi vì lợi ích của chủ nợ khi công ty đang lâm vào tình trạng phá sản (insolvency). Ngày nay, xuất hiện một số công trình khoa học ủng hộ việc ràng buộc nghĩa vụ của NQLCTCP với chủ nợ ngay cả khi công ty chưa lâm vào tình trạng phá sản hoặc gặp khó khăn về tài chính. Trần Thị Kiều Oanh (2013) nhận định rằng NQLCTCP có nghĩa vụ với cả chủ nợ vì về nguyên tắc, lợi ích công ty và cổ đông không được chấp nhận nếu lợi ích đó đạt được bằng cách gây thiệt hại đến lợi ích của chủ nợ. Lawrence E. Mitchell (1990) cho rằng người sở hữu trái phiếu cần được đối xử bình đẳng như cổ đông và do vậy NQLCTCP phải có nghĩa vụ với cả người sở hữu trái phiếu.

Từ khảo cứu trên, người viết có một số nhận xét như sau:

Một là, các công trình khoa học nghiên cứu về nội dung của các nghĩa vụ của NQLCTCP rất phong phú, đa dạng với nhiều mức độ khác nhau. Thành công của các công trình này là đã chỉ ra được những nội dung cơ bản của các nghĩa vụ cần trọng và nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP. Tuy nhiên, nội dung pháp lý của nghĩa vụ cần trọng và nghĩa vụ trung thành vẫn cần tiếp tục được nghiên cứu theo hướng: (1). Nội dung nghĩa vụ cần trọng phải gắn liền với chức năng, nhiệm vụ của NQLCTCP. Vì vậy, cần tiếp tục làm rõ hơn nữa mối quan hệ giữa nghĩa vụ cần trọng với chức năng, nhiệm vụ của NQLCTCP để từ đó đưa ra những nội dung cụ thể của nghĩa vụ cần trọng (2). Đối với nghĩa vụ trung thành, những vấn đề sau vẫn cần tiếp tục được nghiên cứu: (1). Lợi ích riêng (trực tiếp và gián tiếp) của NQLCTCP trong mối quan hệ với lợi ích của công ty; (2). Sử dụng tài sản của công ty; (3). Nghĩa vụ bảo mật thông tin của NQLCTCP; (4). Cơ hội kinh doanh của công ty; và (5) Hiệu lực pháp lý của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa công ty với NQLCTCP.

Hai là, mặc dù các công trình nghiên cứu về nghĩa vụ của NQLCTCP rất phong phú nhưng vẫn cần có những nghiên cứu cụ thể, đầy đủ và toàn diện nghĩa vụ tuân thủ pháp luật và nghĩa vụ tuân thủ điều lệ công ty, nghị quyết của ĐHĐCĐ với tư cách là các nghĩa vụ độc lập của NQLCTCP.

Ba là, thực tiễn đã chứng minh, NDH có vai trò rất lớn và đôi khi lấn át cả HĐQT. Vì vậy, vẫn cần có những nghiên cứu cụ thể về nghĩa vụ của NDH.

Bốn là, các nhà khoa học vẫn có nhiều quan điểm khác nhau về nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba. Rõ ràng, bối cảnh hiện nay đòi hỏi cần phải tiếp tục nghiên cứu về nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba, đặc biệt là các chủ nợ. NCS sẽ luận giải cơ sở khoa học về nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba trong trường hợp đặc biệt và chỉ ra những nội dung pháp lý của các nghĩa vụ này.

Nội dung về trách nhiệm pháp lý của người quản lý công ty cổ phần

Liên quan đến trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP, Ngô Viễn Phú (2005) cho rằng trách nhiệm dân sự là chính còn trách nhiệm hành chính và trách nhiệm hình sự chỉ là phụ trợ. Van Ngoc Vu (2013) phân tích rất sâu sắc và hệ thống các chế tài áp dụng cho trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ, các chế tài bao gồm chế tài dân sự, chế tài hình sự và chế tài hành chính.

Qua khảo cứu, người viết nhận thấy các công trình khoa học được công bố ở nước ngoài có nội dung nghiên cứu rất phong phú, đa dạng, sâu sắc và khá đầy đủ về: trách nhiệm dân sự, trách nhiệm hành chính và trách nhiệm hình sự. Nhiều tác giả nghiên cứu rất công phu về trách nhiệm dân sự của NQLCTCP. Đối với trách nhiệm dân sự, các công trình không chỉ nghiên cứu trách nhiệm dân sự của NQLCTCP với công ty mà còn nghiên cứu trách nhiệm dân sự của NQLCTCP với người thứ ba. Về vấn đề này các nhà khoa học tranh luận với nhau xem liệu có nên cá nhân hóa trách nhiệm của NQLCTCP khi công ty vi phạm pháp luật. Hiện nay đang tồn tại ba luồng quan điểm.

Các nhà khoa học ở luồng quan điểm thứ nhất nỗ lực tìm kiếm cơ sở lý luận để buộc trách nhiệm pháp lý cá nhân đối với NQLCTCP khi doanh nghiệp vi phạm các quy định pháp luật về môi trường hoặc có hành vi gây thiệt hại cho người thứ ba. Như John H. Farrar (1997) lý giải rằng về mặt nguyên tắc, công ty phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho người thứ ba. Tuy nhiên, trách nhiệm cá nhân của thành viên HĐQT được xác định khi người này thực hiện hành vi vi phạm thông qua chứng cứ thành viên HĐQT chỉ đạo hoặc trực tiếp thực hiện hành vi vi phạm. Helen Anderson (2006) lý giải trách nhiệm cá nhân của NQLCTCP đối với người thứ ba trên cơ sở lý thuyết công bằng.

Ngược lại với khuynh hướng trên, có tác giả lại có cái nhìn thận trọng hơn về trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP. Như Martin Petrin (2010) cho rằng trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng của thành viên HĐQT và NDH được giới hạn trong các tình huống mà họ lừa dối hoặc có mục đích gây thiệt hại cho người thứ ba. Ngoài ra, thành viên HĐQT và NDH vẫn chịu trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ đối với người thứ ba, miễn rằng hành vi của họ thực hiện với lỗi cấu thả nghiêm trọng là mức độ lỗi thấp nhất. Đồng thời, tác giả cũng khẳng định nếu trong trường hợp chỉ công ty có nghĩa vụ đối với công chúng, mà không phải là thành viên HĐQT hay NDH, thì chỉ nên buộc trách nhiệm của công ty thôi mà không buộc trách nhiệm của cả thành viên HĐQT hay NDH.

Bên cạnh đó vẫn còn nhiều nhà khoa học không đồng ý buộc NQLCTCP phải chịu trách nhiệm đối với chủ nợ của công ty trên cơ sở nghĩa vụ của người đại diện. Các công trình khoa học đi theo xung hướng này gồm Thomas E. Stagg & Scott Ferrett (1989), Nancy T. Oliver (1989) và nhiều công trình khoa học khác.

Có thể nói rằng gánh nặng nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP là rất lớn, trong khi đó hoạt động kinh doanh là hoạt động mạo hiểm, tiềm ẩn rất nhiều rủi ro và đương nhiên rủi ro trách nhiệm của NQLCTCP cũng rất cao. Về vấn đề này đã có nhiều công trình khoa học của các tác giả nước ngoài nhằm làm sáng tỏ câu hỏi trong trường hợp nào thì NQLCTCP được miễn trừ trách nhiệm dân sự.

Nhiều công trình khoa học đã nghiên cứu về một quy tắc bắt nguồn từ Hoa Kỳ, đó là quy tắc quyết định kinh doanh (business judgment rule). Theo quy tắc này, nếu thành viên HĐQT ra quyết định trên cơ sở đầy đủ thông tin, thiện chí, trung thực và không tư lợi thì được miễn trừ trách nhiệm dù quyết định gây thiệt hại cho công ty. (Xem Emily E. Cassel (2004), D.A. Jeremy Telman (2007) và nhiều công trình khác). Có một số tác giả như Johneth Chongseo Par, Doo-Ah Lee (2003) và Mirko Vasiljević (2012) cho rằng việc vay mượn quy tắc kinh doanh vào các nước hệ thống pháp luật dân sự sẽ gặp nhiều khó khăn hoặc không thành công. Van Ngoc Vu (2013) cũng phân tích rất sâu sắc về quy tắc này và nhận định rằng quy tắc này không nên đưa vào pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, theo nghiên cứu của Klaus J. Hopt (2011) thì nhiều nước phát triển thuộc hệ thống luật dân sự như Đức, Thụy Sĩ, Nhật Bản,... đã chuyển hóa quy tắc quyết định kinh doanh vào trong văn bản quy phạm pháp luật và/hoặc đã được áp dụng phổ biến trong án lệ.

Ngoài quy tắc quyết định kinh doanh, các công trình khoa học còn đề cập đến trường hợp miễn trừ trách nhiệm bồi thường cho thành viên HĐQT được quy định trong điều lệ công ty trừ trường hợp ngoại lệ theo quy định của pháp luật.

(Xem Edwin W Hecker, Jr. (2013)). Johneth Chongseo Par, Doo-Ah Lee (2003) cũng đề cập đến việc du nhập lý thuyết này vào Hàn Quốc.

Michael J. Whincop (2000) đề cập đến ba giải pháp giới hạn trách nhiệm của NQLCTCP: (1) Giới hạn trách nhiệm theo luật. (2) Giới hạn trách nhiệm theo hợp đồng, bao gồm hợp đồng phân bổ trách nhiệm với người bảo hiểm (hợp đồng bảo hiểm trách nhiệm của NQLCTCP); và (3) Thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm với cổ đông. Tuy nhiên, vẫn tồn tại các quy phạm pháp luật cấm giới hạn trách nhiệm của NQLCTCP.

Từ những khảo cứu trên, người viết có một số đánh giá như sau:

Thứ nhất, cho đến nay, các công trình khoa học đã công bố đã nghiên cứu về các chế tài áp dụng trong trường hợp NQLCTCP vi phạm. Trong khi một số công trình công bố ở Việt Nam đề cao các chế tài hình sự và hành chính, thì nhiều công trình công bố ở nước ngoài là thể hiện sự chú trọng đến các chế tài dân sự. Vì vậy trong bối cảnh của Việt Nam hiện nay, cần tiếp tục nghiên cứu để làm rõ vai trò của từng loại chế tài trong việc ngăn ngừa và kiểm soát hành vi vi phạm của NQLCTCP.

Thứ hai, một số công trình khoa học đã xây dựng một hệ thống lý luận toàn diện về các chế tài cho hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP. Trách nhiệm dân sự của NQLCTCP cũng đã được các tác giả đề cập và phân tích. Tuy nhiên, cơ sở pháp lý của trách nhiệm dân sự của NQLCTCP, các khoản bồi thường, mức bồi thường thiệt hại và giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại cần tiếp tục được nghiên cứu và làm rõ.

Thứ ba, liên quan đến trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP đối với người thứ ba, hiện nay có ba luồng quan điểm không thống nhất. Trong bối cảnh của Việt Nam, việc làm rõ những cơ sở lý luận của việc có xác định trách nhiệm cá nhân của NQLCTCP đối với người thứ ba là vấn đề rất cấp thiết hiện nay.

Thứ tư, đối với trách nhiệm hành chính và trách nhiệm hình sự, mặc dù đã được các công trình khoa học công bố ở Việt Nam nêu ra nhưng các công trình chưa làm rõ được những cơ sở khoa học để xác định một hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP là hành vi vi phạm hành chính hoặc tội phạm. Đặc biệt, các công trình khoa học đã công bố ở Việt Nam chưa nghiên cứu cơ sở xác định trách nhiệm hành chính cũng như trách nhiệm hình sự của NQLCTCP khi công ty vi phạm pháp luật. Các công trình do các tác giả nước ngoài công bố đã nghiên cứu về vấn đề cá nhân hóa trách nhiệm hành chính và trách nhiệm hình sự của NQLCTCP. Tuy nhiên, quan điểm của các tác giả này vẫn còn nhiều vấn đề cần phải được xem xét

lại. Người viết thấy rằng đây cũng là một vấn đề mà luận án phải giải quyết trên cơ sở nền tảng khoa học pháp lý của Việt Nam có sự tham khảo quan điểm khoa học của các tác giả nước ngoài.

Thứ năm, có thể thấy rằng các tác giả nước ngoài đã tập trung nghiên cứu về những trường hợp miễn trừ trách nhiệm cho NQLCTCP. Qua các công trình nghiên cứu, có thể thấy quy tắc quyết định kinh doanh và miễn trừ tự nguyện là những cơ sở để xem xét miễn trừ trách nhiệm cho NQLCTCP. Người viết không tiếp cận “quy tắc quyết định kinh doanh” là trường hợp miễn trừ trách nhiệm pháp lý mà thuộc trường hợp không vi phạm nghĩa vụ cản trở. Vấn đề này sẽ được người viết làm sáng tỏ trong luận án. Ngoài ra, luận án còn nghiên cứu các trường hợp đặc thù mà NQLCTCP được miễn, giảm trách nhiệm pháp lý.

Nội dung pháp luật về cơ chế bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP

Để bảo đảm NQLCTCP thực hiện nghiêm chỉnh nghĩa vụ, pháp luật các nước quy định nhiều cơ chế như thành viên HĐQT độc lập, ban kiểm soát (Xem Brian R. Cheffins & Bernard S. Black (2006)). Trên thị trường chứng khoán các quy định về công bố thông tin bắt buộc, áp dụng quản trị tốt theo nguyên tắc “tuân thủ hoặc giải trình”,... Van Ngoc Vu (2013), Ngô Viễn Phú (2005) và một số tác giả khác của Việt Nam đã phân tích nhiều khía cạnh về vai trò của thành viên HĐQT độc lập, Ban kiểm soát trong việc bảo đảm việc thực hiện nghiêm chỉnh nghĩa vụ của thành viên HĐQT. Nhưng hầu hết các tác giả đều khẳng định rằng trong tất cả các biện pháp thi kiểm soát của cổ đông vẫn là biện pháp quan trọng hàng đầu. Các nhà khoa học trên thế giới rất quan tâm nghiên cứu về vai trò của cổ đông trong việc bảo đảm NQLCTCP thực hiện nghiêm chỉnh nghĩa vụ. Dưới góc độ pháp lý, vai trò giám sát của cổ đông được thể hiện ở quyền khởi kiện của cổ đông. Quyền khởi kiện của cổ đông là cơ chế cơ bản nhằm ngăn chặn hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP. (Xem Nancy R. Mansfield, Joan T. A. Gabel, Kathleen A. McCullough & Stephen G. Fier (2012)). Các tác giả Việt Nam cũng rất coi trọng quyền khởi kiện của cổ đông. Bùi Xuân Hải (2009) cũng khẳng định quyền khởi kiện NQLCTCP là một cơ chế pháp lý hữu hiệu trong việc răn đe những NQLCTCP trong việc thực hiện nghĩa vụ, bổn phận của mình. Quyền khởi kiện NQLCTCP của cổ đông cũng được Nguyễn Thị Kim Chi (2015) và Phạm Thị Tâm (2015) nghiên cứu. Van Ngoc Vu (2013) cũng đã phân tích rất đầy đủ về quyền khởi kiện phái sinh của cổ đông. Ngoài ra, tác giả còn đề cập đến quyền khởi kiện của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc thực thi nghĩa vụ của NQLCTCP.

Từ những khảo cứu trên, người viết nhận thấy:

Thứ nhất, đã có nhiều công trình trong và ngoài nước nghiên cứu về quyền khởi kiện phái sinh của cổ đông. Về vấn đề này cũng tồn tại hai dòng quan điểm chính. Quan điểm thứ nhất cho rằng không nên khống chế tỷ lệ sở hữu cổ phần tối thiểu để có quyền khởi kiện. Quan điểm thứ hai lại cho rằng cần khống chế tỷ lệ sở hữu cổ phần tối thiểu để có quyền khởi kiện. Do vậy, cần phải có thêm những nghiên cứu nhằm tìm ra hướng tiếp cận phù hợp về quyền khởi kiện của cổ đông. Hơn nữa, cũng cần có nghiên cứu làm sáng tỏ những điều kiện hoặc thủ tục pháp lý nhất định nhằm hạn chế việc cổ đông lợi dụng quyền khởi kiện vì mục đích không chính đáng.

Thứ hai, nghĩa vụ của NQLCTCP có nguồn gốc từ đạo đức. Vì vậy, nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP còn được quy định trong các chuẩn mực đạo đức, các quy chế do các tổ chức tự quản, các tổ chức xã hội nghề nghiệp ban hành. Vì vậy, vai trò của những tổ chức này được thể hiện như thế nào trong việc bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần được nghiên cứu. Những vấn đề này cần được tiếp tục làm sáng tỏ hơn trong luận án.

1.2.2. Những kết quả nghiên cứu về thực trạng của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Cho đến nay, đã có một số công trình khoa học nghiên cứu về thực trạng pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP ở các mức độ khác nhau.

Về khái niệm NQLCTCP, Nguyễn Hoàng Duy (2015) có đánh giá sau: (1) định nghĩa không phân định rõ ràng được tiêu chí xác định thế nào là NQLCTCP; và (2) định nghĩa bó hẹp phạm vi vào những người có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết hợp đồng, bởi lẽ điều hành công ty không nhất thiết phải thông qua ký kết hợp đồng đơn thuần, mà có thể thông qua việc lên kế hoạch, hoạch định chính sách, chỉ đạo đường hướng.

Liên quan đến các nghiên cứu về thực trạng pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP, phổ biến hiện nay là các công trình nghiên cứu về GDCNCTL trong đó có đề cập đến khía cạnh nghĩa vụ của NQLCTCP liên quan đến GDCNCTL. Các nghiên cứu cũng đã chỉ ra những hạn chế của pháp luật về GDCNCTL. Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung (2009) nhận định kiểm soát giao dịch tư lợi rất yếu kém. Các tác giả mới tập trung vào các yếu tố về công khai và kiểm soát giao dịch tư lợi mà chưa đề cập đến thực trạng các giao dịch tư lợi ở Việt Nam diễn ra như thế nào, các biện pháp xử lý giao dịch tư lợi được thực hiện ra sao trên thực tiễn. Nguyễn Thị Vân Anh (2015) đã chỉ ra được bất cập trong quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 về khái niệm người liên quan trong hình thức công ty cổ phần.

Thứ nhất, tác giả cho rằng đã có sự nhầm lẫn khi tiếp cận người có liên quan khác với phần giải thích từ ngữ là người có liên quan của công ty. Thứ hai, Điều 120 Luật Doanh nghiệp 2005 chưa bao quát hết được các đối tượng được coi là người có liên quan khi xác lập giao dịch với công ty, như những doanh nghiệp mà NQLCTCP có vốn góp. Tác giả đã tiến hành khảo cứu rất toàn diện các quy định trong pháp luật doanh nghiệp, pháp luật chứng khoán, pháp luật về các tổ chức tín dụng về kiểm soát giao dịch giữa công ty với người liên quan. Tác giả đã có những phân tích và luận giải quy định mới trong LDN năm 2014. Trong đó tác giả chỉ ra khó khăn trong việc chứng minh thiệt hại bởi vì điều kiện để giao dịch liên quan giữa công ty với người liên quan vô hiệu là vi phạm về thủ tục và gây thiệt hại cho công ty.

Cho đến nay, cũng đã có một số công trình nghiên cứu ở các mức độ khác nhau về thực trạng các quy định của pháp luật về các nghĩa vụ cụ thể của NQLCTCP. Toan Le Minh, Gordon Walker (2008) đánh giá các quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP trong luật doanh nghiệp còn nhiều khiếm khuyết: Một là, không có quy định ngăn ngừa giao dịch khi đang lâm vào tình trạng phá sản. Hai là, thiếu các quy định về chế tài để buộc thành viên HĐQT phải thực hiện nghĩa vụ của mình. Đây cũng là một trong những nguyên nhân các cổ đông thiểu số khó có thể thực hiện quyền khởi kiện của mình. Tuy nhiên, vì đây cũng không phải là nội dung trọng tâm của công trình nghiên cứu, nên các tác giả chỉ mới nêu và phân tích khái quát một số hạn chế của pháp luật thực định mà chưa đi sâu vào phân tích cụ thể những hạn chế này. Jeremy Pearce (2010) nghiên cứu pháp luật thực định của Việt Nam và vụ công ty dầu thực vật Tường An, cùng với sự so sánh luật thực định và án lệ của Australia, tác giả chỉ ra rằng nội dung pháp luật về nghĩa vụ cần trọng, có kỹ năng và mẫn cán của Việt Nam chưa đầy đủ. Trần Thị Kiều Oanh (2013) cũng đánh giá quy định về trách nhiệm của NQLCTCP khi công ty làm ăn thua lỗ còn khá mờ nhạt

Van Ngoc Vu (2013) đã phân tích rất sâu sắc và toàn diện về thực trạng của pháp luật liên quan đến nghĩa vụ và trách nhiệm của thành viên HĐQT. Trong tác phẩm của mình, tác giả đã chỉ ra thực trạng của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ và trách nhiệm của thành viên HĐQT như sau: (1) Chưa có phân định rõ giữa nghĩa vụ và trách nhiệm; (2) Quy tắc kinh doanh chưa được thừa nhận ở Việt Nam; (3) Các quy định của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP chưa rõ ràng, không thực tế, không khả thi vì: (a) Luật Doanh nghiệp 2005 áp dụng phương pháp đánh giá chủ quan (subjective test) cho nghĩa vụ cần trọng; (b) Nghĩa vụ trung thành cũng khó thực hiện vì chưa có khái niệm rõ ràng về cơ hội của công ty; (c) Không có hướng dẫn rõ ràng về lợi ích công ty và lợi ích của cổ đông; (d) Thiếu quy định về quyền

khởi kiện phái sinh; và (e) Thiếu các quy định về trách nhiệm của thành viên HĐQT khi vi phạm nghĩa vụ. Tác giả phân tích thực trạng pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ và trách nhiệm của thành viên HĐQT trong khung cảnh Luật Doanh nghiệp 2005, Bộ luật dân sự 2005 và Bộ luật hình sự 1999 và một số văn bản quy phạm pháp luật liên quan khác đang có hiệu lực pháp luật.

Về giám sát NQLCTCP, Trần Thị Kiều Oanh (2013) chỉ ra rằng: (1) Quyền lực của Tổng giám đốc quá lớn đôi khi vượt quá sự kiểm soát của HĐQT; (2) Chưa có cơ chế giám sát hoạt động của NQLCTCP một cách hiệu quả: Hoạt động của Ban kiểm soát không thực chất và hiệu quả.

Khi nghiên cứu về thực trạng quyền khởi kiện phái sinh của cổ đông, Nguyễn Thị Kim Chi (2015) nhận thấy luật tố tụng dân sự chưa có những quy định cụ thể về vấn đề cổ đông khởi kiện người quản lý doanh nghiệp nên dẫn đến nhà đầu tư gặp nhiều khó khăn trong quá trình bảo vệ mỗi khi quyền và lợi ích hợp pháp bị lãnh đạo công ty xâm hại. Cũng về vấn đề này, Phạm Thị Tâm (2015) bình luận pháp luật doanh nghiệp hiện hành chưa quy định rõ trong quyền khởi kiện của cổ đông trong công ty cổ phần là cổ đông sẽ kiện ra cơ quan giải quyết tranh chấp là trọng tài hay tòa án.

Từ những khảo cứu trên, NCS có một số đánh giá sau:

Thứ nhất, đã có nhiều công trình của các tác giả Việt Nam và tác giả nước ngoài nghiên cứu về thực trạng của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP ở các khía cạnh và mức độ khác nhau. Thành tựu chung mà các công trình này đạt được là đã chỉ ra tính không khả thi, tính khó thực hiện và tính ít có hiệu lực thực tế của các quy định của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ hai, các công trình mà NCS khảo cứu vẫn bỏ ngỏ những phân tích, kiến giải và so sánh hành vi vi phạm nghĩa vụ cần trọng với “hành vi thiếu trách nhiệm” để từ đó trả lời câu hỏi phải chăng “hành vi thiếu trách nhiệm” đồng nhất với hành vi vi phạm nghĩa vụ cần trọng.

Thứ ba, các công trình khoa học mà NCS đã khảo cứu chưa đi sâu vào nghiên cứu các quy định về trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP khi vi phạm nghĩa vụ, đặc biệt là trách nhiệm dân sự và trách nhiệm kỷ luật, vấn đề miễn, giảm trách nhiệm cho NQLCTCP, để từ đó chỉ ra những tồn tại cần khắc phục.

Thứ tư, các công trình đã công bố cũng chưa đi sâu phân tích thực trạng về vai trò và nhiệm vụ của các tổ chức tự quản, tổ chức xã hội – nghề nghiệp trong việc bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ năm, cho đến nay cũng chưa có công trình khoa học nào ở cấp độ tiên sĩ luật học nghiên cứu toàn diện thực trạng của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của

NQLCTCP trong bối cảnh Luật Doanh nghiệp 2014 đã có hiệu lực pháp luật và Bộ luật dân sự 2015, Bộ luật hình sự 2015 và các văn bản quy phạm pháp luật khác có liên quan đã được ban hành.

1.2.3. Những đề xuất trong các công trình nghiên cứu nhằm hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần ở Việt Nam

Hiện nay, trong tất cả các công trình khoa học đã công bố đã có một số công trình đưa ra một số đề xuất hoàn thiện một vài khía cạnh của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ của NQLCTCP. Tựu chung lại các đề xuất tập trung vào những vấn đề sau:

Thứ nhất, đã có tác giả đặt vấn đề hoàn thiện khái niệm về NQLCTCP. Trần Thị Kiều Oanh (2013) đề xuất: (1) Việc xác định NQLCTCP không nên chỉ dựa vào hình thức – tức là chức danh mà họ nắm giữ mà phải dựa vào bản chất của sự việc – dựa vào chức năng mà người đó thực hiện; (2) Tách biệt giữa vai trò của Chủ tịch HĐQT và GD/TGD CTCP. Theo Nguyễn Hoàng Duy (2015), cần xác định lại khái niệm NQLCTCP như sau: NQLCTCP là tất cả những người nào được bổ nhiệm, quyết định hoặc chỉ định giữ vai trò quản lý công ty hoặc tuy không được bổ nhiệm, quyết định hoặc chỉ định làm NQLCTCP nhưng thực tế hành động như thể là NQLCTCP hoặc những người mà mong muốn hoặc chỉ đạo của họ sẽ được những người quản lý của công ty thực hiện.

Thứ hai, đã có tác giả chỉ ra được ý nghĩa của việc quy định nghĩa vụ của NQLCTCP. Theo, Jeremy Pearce (2010), nghĩa vụ của thành viên HĐQT là bộ phận không thể thiếu trong quy chế quản trị doanh nghiệp. Vì vậy, Việt Nam cần có cách tiếp cận trong việc hoàn thiện quy định về nghĩa vụ của thành viên HĐQT bảo đảm sự cân bằng giữa việc bảo vệ lợi ích của cổ đông và khuyến khích hoạt động của các nhà kinh doanh.

Thứ ba, đã có tác giả đưa ra một số đề xuất về hoàn thiện các quy định cụ thể về nghĩa vụ của NQLCTCP ở các mức độ khác nhau. Nguyễn Hoàng Duy (2015) đề xuất xây dựng khái niệm nghĩa vụ của NQLCTCP: là toàn bộ các nghĩa vụ miễn cưỡng, trung thực có nguồn gốc hoặc phát sinh từ hợp đồng, hành vi pháp lý đơn phương, sự kiện pháp lý hoặc quy định của luật mà NQLCTCP phải thực hiện hoặc không được phép thực hiện với nỗ lực và khả năng cao nhất vì lợi ích hợp pháp tối đa của công ty. Theo Van Ngoc Vu (2013), cần hoàn thiện quy định về nghĩa vụ cẩn trọng theo hướng nghĩa vụ cẩn trọng nghiêm khắc (a stringent duty of care) với cách tiếp cận khách quan (objective test). Nghĩa vụ của thành viên HĐQT sẽ phụ thuộc vào vị trí và chức năng của thành viên HĐQT và lợi ích mà thành viên HĐQT được hưởng. Tác giả chủ trương không áp dụng quy tắc kinh doanh ở Việt

Nam. Về nghĩa vụ đối với người thứ ba, tác giả đề xuất áp dụng học thuyết giá trị cổ đông (“shareholder value theory”) và xác định thành viên HĐQT chỉ có nghĩa vụ với công ty. Thành viên HĐQT chỉ có nghĩa vụ với chủ nợ khi công ty gặp khó khăn về tài chính. Về trách nhiệm pháp lý, theo tác giả cần có quy định buộc thành viên HĐQT phải hoàn lại các khoản lợi ích có được do vi phạm nghĩa vụ.

Liên quan đến GDCNCTL, Nguyễn Thị Vân Anh (2015) có một số đề xuất rất đáng chú ý. Trong đó tác giả kiến nghị phân giải thích từ ngữ về “người có liên quan” nên theo phương pháp liệt kê bao gồm nhưng không giới hạn đối tượng do pháp luật quy định và những trường hợp khác được coi là người có liên quan nếu được Điều lệ công ty quy định...

Thứ tư, cũng đã có một số công trình đề xuất hoàn thiện những khía cạnh khác nhau của cơ chế thực thi pháp về nghĩa vụ của NQLCTCP. Van Ngoc Vu (2013) đề xuất: (1) Bổ ban kiểm soát (BOS); (2) Dành cho cổ đông quyền kiến nghị tòa án bãi nhiệm thành viên HĐQT vì vi phạm nghĩa vụ; (3) Quy định về quyền khởi kiện phái sinh. Liên quan đến quyền khởi kiện NQLCTCP của cổ đông, nhiều tác giả như Phan Nữ Hiền Oanh (2014), Nguyễn Thị Kim Chi (2015) đề xuất không nên giới hạn số cổ phần để có quyền khởi kiện phái sinh. Ngoài ra, Nguyễn Thị Kim Chi (2015) còn đề xuất: Luật tố tụng dân sự cần có những quy định bổ sung trình tự, thủ tục kiện phái sinh. Tác giả cũng đề xuất thêm là nên có một quy định về tố tụng dân sự rút gọn đối với tranh chấp nội bộ công ty. Trần Thị Kiều Oanh (2013) kiến nghị cần khuyến khích và mở rộng các đối tượng quyền khởi kiện mà không nên hạn chế quyền khởi kiện của cổ đông.

Từ những khảo cứu trên, NCS có một số đánh giá như sau:

Thứ nhất, ở các khía cạnh và mức độ khác nhau, các công trình khoa học đã công bố đã đưa ra nhiều đề xuất nhằm hoàn thiện một số các quy định pháp luật liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ hai, các đề xuất của các tác giả rất đáng được trân trọng và đánh giá cao. Tuy nhiên, người viết sẽ có những đề xuất độc lập nhằm đóng góp thêm những kiến nghị để các nhà làm luật cũng như các nhà hoạt động thực tiễn tham khảo. Ví dụ, vấn đề tiếp thu học thuyết “quyết định kinh doanh” vào Việt Nam.

Thứ ba, về vấn đề nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP đối với người thứ ba vẫn cần phải tiếp tục nghiên cứu để đưa ra những đề xuất phù hợp với chính sách lập pháp cũng như môi trường kinh doanh của Việt Nam.

Thứ tư, mặc dù các công trình khoa học đã công bố đã đưa ra nhiều kiến nghị hoàn thiện pháp luật liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP. Tuy nhiên, cho đến nay vẫn rất cần một công trình đưa ra các đề xuất hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan đến trách nhiệm dân sự, trách nhiệm kỷ luật, và miễn, giảm trách nhiệm đối với NQLCTCP.

Thứ năm, về các quy định của pháp luật liên quan đến sự tham gia của tổ chức xã hội nghề nghiệp, tổ chức tự quản cần tiếp tục được nghiên cứu để đưa ra các đề xuất hoàn thiện phù hợp với chính sách lập pháp cũng như môi trường kinh doanh của Việt Nam.

Thứ sáu, cho đến nay cũng chưa có một công trình khoa học nào ở cấp độ tiến sĩ luật học đưa ra những đề xuất nhằm hoàn thiện hoặc hướng dẫn, giải thích LDN năm 2014, Bộ luật dân sự 2015 và Bộ luật hình sự 2015 về nghĩa vụ của NQLCTCP.

1.3. CƠ SỞ LÝ THUYẾT, CÂU HỎI NGHIÊN CỨU, GIẢ THUYẾT NGHIÊN CỨU

1.3.1. Cơ sở lý thuyết của luận án

Liên quan đến vấn đề quản lý nội bộ công ty, hiện nay trên thế giới có hai học thuyết kinh tế chủ yếu, đó là thuyết đại diện (agency theory) và học thuyết người quản gia (stewardship).

Học thuyết đại diện (agency theory) được phát triển bởi các nhà kinh tế học trong giai đoạn từ những năm 1960 đến những năm 1980 của thế kỷ 20. Cho đến nay, học thuyết này vẫn tiếp tục được ủng hộ và phát triển bởi nhiều nhà kinh tế học. So với học thuyết người quản gia, học thuyết đại diện chiếm ưu thế hơn. Học thuyết đại diện giải quyết mối quan hệ giữa người ủy quyền và người đại diện. Tiêu biểu là hai nhà khoa học Michael C. Jensen & William H. Meckling. Học thuyết đại diện giải quyết hai vấn đề chính trong quan hệ đại diện. Vấn đề thứ nhất là mục tiêu của người ủy quyền và người đại diện xung đột. Vấn đề thứ hai, người ủy quyền khó có thể xác định được hành vi của người đại diện trên thực tế hoặc nếu có thể xác định được thì rất tốn kém.

Trong khi đó học thuyết người quản gia lại xác định tình huống mà người quản lý, như là một người quản gia, không theo đuổi mục tiêu cá nhân, mà mục tiêu của người quản lý hài hòa với mục tiêu của người ủy quyền. [72, tr. 21] Như vậy, theo học thuyết quản gia, người quản lý luôn nỗ lực thực hiện công việc vì lợi ích tốt nhất của công ty. Đương nhiên, người quản lý có trách nhiệm (người quản gia) cũng cần có thu nhập để tồn tại. Nhưng người quản gia cân bằng giữa lợi ích cá

nhân và lợi ích chung. Bởi vì lợi ích có được từ hành vi vì tổ chức cao hơn lợi ích có được từ hành vi tư lợi.

Có thể thấy rằng học thuyết người quản gia đã lý tưởng hóa sự tận tâm và thiện chí của NQLCTCP. Trong khi đó thực tế đã chứng minh không phải tất cả những NQLCTCP đều tận tâm và thiện chí. Trong các mối quan hệ nội tại của công ty cổ phần luôn tồn tại xung đột lợi ích và không ít NQLCTCP luôn có xu hướng tận dụng cơ hội để trục lợi, gây thiệt hại cho lợi ích của công ty. Vì vậy, NCS lựa chọn học thuyết đại diện là lý thuyết nền tảng để phát triển các vấn đề lý luận đặt ra trong luận án.

Bên cạnh đó, nhiều kết quả nghiên cứu trong luận án được xây dựng trên cơ sở nguyên tắc công bằng. Cụ thể, những kết quả nghiên cứu liên quan đến nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP luôn được phát triển theo nguyên lý bảo đảm lợi ích của công ty, cổ đông và người thứ ba được bảo vệ trước những hành vi sai trái của NQLCTCP nhưng cũng đồng thời bảo đảm không tạo gánh nặng bất hợp lý cho NQLCTCP. Sự công bằng cũng đòi hỏi cơ chế miễn trừ trách nhiệm cho NQLCTCP trong những trường hợp nhất định. Ngoài ra, phân định rõ trách nhiệm của pháp nhân với trách nhiệm cá nhân của NQLCTCP để tránh “chụp mũ” cũng là một yếu tố của sự công bằng.

Một trong những nguyên tắc mang tính nền tảng của các quan hệ pháp luật tư đó là thiện chí, trung thực. Vì vậy, thiện chí, trung thực là thành tố không thể thiếu trong cấu thành nghĩa vụ của NQLCTCP. Do đó, các kết quả nghiên cứu về nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP cũng được phát triển trên cơ sở nguyên tắc thiện chí, trung thực.

Đóng góp đầu tiên và quan trọng nhất của pháp luật công ty là thừa nhận công ty hoạt động độc lập so với các chủ sở hữu và người quản lý. [115, tr. 5] Như vậy, học thuyết “công ty cổ phần là một pháp nhân” đã được thừa nhận cả trong lý luận và thực tiễn. Việc thừa nhận công ty là một pháp nhân đồng nghĩa với việc thừa nhận công ty có tài sản, quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm pháp lý độc lập với chủ sở hữu và người quản lý. Vấn đề đặt ra là pháp nhân không tồn tại về mặt sinh học như con người. Vì vậy, hành vi của nó được thực hiện thông qua người đại diện. Nếu một NQLCTCP nhân danh công ty thực hiện một hành vi vi phạm pháp luật thì công ty hay NQLCTCP chịu trách nhiệm pháp lý? Vấn đề này sẽ được luận án làm rõ trên cơ sở lý thuyết pháp nhân và trách nhiệm của pháp nhân đối với thiệt hại do người của pháp nhân gây ra (vicarious liability).

Quan hệ giữa NQLCTCP với công ty, cổ đông và người thứ ba chủ yếu là các quan hệ tư. Vì vậy, pháp luật điều chỉnh các quan hệ này chủ yếu là luật tư. Một

trong những đặc điểm của luật tư là tôn trọng sự thỏa thuận của các bên. Do đó, trong quản trị doanh nghiệp, điều lệ, quy chế quản lý nội bộ và các thỏa thuận giữa các bên liên quan giữ vị trí đặc biệt quan trọng. Tuy nhiên, điều đó không đồng nghĩa với việc xem nhẹ vai trò của pháp luật. Pháp luật cần đưa ra những nguyên tắc chung, tiêu chuẩn tối thiểu và những quy tắc bắt buộc để dựa trên cơ sở đó, điều lệ điều lệ, quy chế quản lý nội bộ và các thỏa thuận giữa các bên quy định cụ thể về nghĩa vụ của NQLCTCP tùy thuộc vào hoàn cảnh của mỗi công ty.

1.3.2. Các câu hỏi và giả thuyết nghiên cứu của việc nghiên cứu đề tài

1.3.2.1. Câu hỏi nghiên cứu

Luận án có nhiệm vụ giải quyết những câu hỏi nghiên cứu sau đây:

1) Cần phải có những tiêu chí gì để xác định một người là NQLCTCP? Câu hỏi này được NCS làm sáng tỏ tại Chương 2 của luận án

2) Bản chất mối quan hệ giữa NQLCTCP với CTCP là gì? Vì sao NQLCTCP lại có nghĩa vụ đối với CTCP? Câu hỏi này được NCS giải quyết tại chương 2 của luận án

3) NQLCTCP có những nghĩa vụ gì đối với CTCP và nội dung của nghĩa vụ đó? Vấn đề này thuộc nội dung nghiên cứu của chương 2 của luận án.

4) Bên cạnh nghĩa vụ của NQLCTCP đối với CTCP, NQLCTCP có nghĩa vụ đối với người thứ ba không? Vì sao? Câu hỏi này cũng được giải quyết cụ thể trong chương 2 của luận án.

5) Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP đối với CTCP có cấu trúc như thế nào? Câu trả lời cho câu hỏi này được NCS giải quyết tại chương 2 của luận án.

6) Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP của Việt Nam đã đạt được kết quả gì và còn những tồn tại gì cần phải khắc phục, hoàn thiện? Câu hỏi này được NCS phân tích và giải đáp trong toàn bộ chương 3 của luận án.

7) Cần những giải pháp gì để hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP của Việt Nam? Câu hỏi này được NCS phân tích và giải đáp trong toàn bộ chương 4 của luận án.?

1.3.2.2. Giả thuyết nghiên cứu

Luận án được triển khai dựa trên giả thuyết nghiên cứu sau:

Nghĩa vụ của NQLCTCP cùng với trách nhiệm pháp lý do vi phạm nghĩa vụ và cơ chế thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP là công cụ cần thiết để bảo vệ lợi ích tốt nhất của công ty, cổ đông cũng như bảo đảm lợi ích hợp pháp của người thứ ba.

CHƯƠNG 2

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN VÀ PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

2.1. KHÁI QUÁT CHUNG VỀ CÔNG TY CỔ PHẦN VÀ NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

2.1.1. Khái quát chung về công ty cổ phần

2.1.1.1. Bản chất của công ty cổ phần

Hình thức công ty cổ phần đã được phê loại từ thời La Mã cổ đại. [7, tr. 217] Trong thời kỳ La Mã cổ đại có tồn tại hai loại tổ chức đó là *societas* của các quý tộc và *corpora* (công ty). *Societas* là những nhóm tập hợp những cá nhân với các hợp đồng thu thuế ngắn hạn. [3, tr. 32] Còn *corpora* do những thợ thủ công và thương gia lập ra. [3, tr. 32] Sự sáng tạo ban đầu của người La Mã về *corpora* là một trong những phát minh vĩ đại trong lịch sử loài người, “nhất là ý tưởng một nhóm người hợp lại với nhau tạo nên một thực thể tách rời với họ.” [3, tr. 32]

Một đóng góp nữa của người La Mã là khái niệm pháp nhân. Trong thời kỳ hưng thịnh của đế chế La Mã, trong xã hội tồn tại các nhà thờ, trường học, thành phố, trung tâm thương mại, các phường hội. Người La Mã đã thừa nhận những tổ chức này có quyền năng như những thể nhân.

Ngày nay, mặc dù có thể có những khác biệt nhỏ về tên gọi hay số lượng thành viên của loại hình công ty này, nhưng những đặc điểm cơ bản của công ty cổ phần được hiểu tương đối thống nhất trên thế giới. Ngô Huy Cương (2013) cho rằng:

Công ty cổ phần còn có tên gọi khác là công ty vô danh, bởi không tên một thành viên nào của công ty được gắn vào tên công ty như các hình thức công ty đối nhân theo truyền thống pháp luật về công ty của các nước trên thế giới. Vốn của công ty được chia thành cổ phần. Người nắm giữ cổ phần được gọi là cổ đông. Mỗi một cổ phần mang lại cho cổ đông một quyền lợi trong công ty. [7, tr. 218]

Đúng như Ngô Huy Cương (2013) đánh giá, khó có thể đưa ra một định nghĩa hoàn hảo về công ty cổ phần. [7, tr. 218]. Do vậy, thay vì cố gắng xây dựng một định nghĩa về công ty cổ phần, luận án đưa ra những đặc điểm cơ bản của công ty cổ phần đã được các học giả trong và ngoài nước thừa nhận. Công ty cổ phần có năm đặc điểm cơ bản, đó là:

Đặc điểm thứ nhất, công ty cổ phần là một pháp nhân: CTCP là một con người do pháp luật kiến tạo ra (pháp nhân), nó có thể đảm nhận một số quyền và nghĩa vụ như con người tự nhiên. [19, tr. 129]. Là pháp nhân, công ty có đặc điểm sau: (1) công ty cổ phần có quyền sở hữu riêng đối với tài sản; (2) công ty cổ phần có tên riêng; (3) công ty cổ phần tự nhân danh mình tham gia các giao dịch (4) công ty cổ phần nhân danh chính mình tham gia tố tụng với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan hoặc chủ thể khác.

Đặc điểm thứ hai, có sự tách bạch về tài sản và trách nhiệm trả nợ giữa công ty và cổ đông [18, tr. 257]: Vì công ty cổ phần là pháp nhân nên nó được độc lập tham gia các giao dịch. Ngoài ra, công ty cổ phần có tài sản riêng độc lập với tài sản của cổ đông. Vì vậy, công ty cổ phần phải tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình đối với các nghĩa vụ phát sinh từ các giao dịch mà nó xác lập. Cổ đông không phải chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính khác của công ty. Cổ đông chỉ có nghĩa vụ góp vốn hay mua cổ phần. [18, 257]. Khi thanh lý công ty, tài sản của công ty sẽ được sử dụng để thanh toán nợ. Nếu tài sản của công ty không đủ để trả nợ thì chủ nợ không có quyền đòi cổ đông phải trả số nợ còn lại.

Đặc điểm thứ ba, cổ phần được tự do chuyển nhượng: Góp vốn vào một CTCP, người ta dễ dàng chuyển nhượng lại phần vốn góp đó cho người khác để hưởng chênh lệch hoặc thu lại một phần vốn (nếu kịp tìm được người mua). [19, 104]. Về cơ bản, cổ phần được tự do chuyển nhượng trừ những ngoại lệ nhất định được quy định cụ thể trong pháp luật hoặc trong điều lệ của công ty.

Đặc điểm thứ tư, quản lý tập trung: Một trong những đặc trưng của công ty cổ phần là “quản lý tập trung”. Armen A. Alchian & Harold Demsetz phân tích:

Nếu tất cả các cổ đông tham gia vào từng quyết định của công ty, không chỉ chi phí quản lý phát sinh, mà nhiều thành phần sẽ chây lười trong việc thực hiện nhiệm vụ về vấn đề được quyết định, vì những mất mát gắn với quyết định dở sẽ được gánh chịu bởi số đông các cổ đông. Cách kiểm soát hiệu quả công ty là chuyển giao quyền ra quyết định cho nhóm nhỏ hơn, những người có chức năng đàm phán với và quản lý (đàm phán lại) với các thành viên khác của nhóm. Cổ đông vẫn giữ lại quyền điều chỉnh tư cách thành viên của bộ máy quản lý và các quyết định lớn ảnh hưởng đến cấu trúc của công ty hoặc khiến nó chấm dứt hoạt động. [48, tr. 788]

Như vậy, CTCP được quản lý và vận hành bởi những người mà họ không nhất thiết phải là cổ đông. Trên thực tế, đối với những CTCP mà số lượng cổ đông không lớn, các cổ đông thường tham gia trực tiếp quản lý công ty. Nhưng họ tham

gia trực tiếp quản lý công ty với tư cách là thành viên HĐQT hoặc GD hoặc người có vị trí quản lý trong công ty chứ không phải với tư cách cổ đông. Trong khi đó, đối với các công ty đại chúng, đặc biệt là các công ty niêm yết, phần lớn các cổ đông không nắm giữ các chức danh quản lý trong công ty.

Đặc điểm thứ năm, công ty cổ phần tồn tại độc lập với cổ đông. Đặc điểm này được hiểu theo khía cạnh “tuổi thọ” của công ty không phụ thuộc vào sự thay đổi của cổ đông. Sự chấm dứt tồn tại của cổ đông không ảnh hưởng đến sự tồn tại của công ty cổ phần. Cổ đông chuyển nhượng cổ phần cũng không làm cho công ty cổ phần chấm dứt tồn tại. Số lượng người hùn vốn được mở rộng, khả năng bán lại cổ phần dễ dàng, người hùn vốn có thể thay đổi nhanh chóng song công ty vẫn tồn tại, đó là khác biệt đầu tiên của CTCP (với tính cách hội nặc danh, hội vốn, công ty đối vốn) so với công ty TNHH hoặc hợp danh (với tính cách là hội kín). [19, tr. 104]

Một vấn đề nữa không thể bỏ qua khi xem xét bản chất của công ty cổ phần, đó là “phức hợp của nhiều hợp đồng”. [19, tr. 124] Ở phần trên, chúng ta đã thấy có sự xuất hiện của ba chủ thể đó là công ty, cổ đông và người có vị trí quản lý trong công ty. Ngoài ra, cấu trúc vốn của công ty cổ phần có thể bao gồm vốn điều lệ (vốn do các cổ đông góp) và vốn vay. Vì vậy, bên cạnh cổ đông, chủ nợ cũng góp phần tạo nên mắt xích các mối quan hệ đa dạng của công ty. Ngày nay, các mối quan hệ của công ty ngày càng đa dạng phức tạp, các chủ thể góp phần vào những mắt xích các mối quan hệ đó còn bao gồm cộng đồng xã hội, khách hàng, người tiêu dùng, người lao động... Vì vậy, xét dưới góc độ lợi ích, CTCP còn được xem là phức hợp các mối quan hệ lợi ích.

2.1.1.2. Cơ cấu quản lý công ty cổ phần

“Bộ máy quản lý” của công ty được hiểu là tập hợp những người, theo pháp luật, có nhiệm vụ kiểm soát hoạt động kinh doanh và tài sản của công ty. [98, tr. 312] Nếu như người chủ sở hữu 100% vốn của công ty đồng thời là người quản lý, anh ta sẽ cống hiến hết mình để đạt được lợi ích cao nhất cho mình. [49, tr. 122] Bởi vì trong trường hợp này không có sự mâu thuẫn lợi ích giữa người quản lý với người chủ sở hữu công ty cũng như lợi ích của công ty. Tuy nhiên, ngày nay, trong phần lớn các CTCP, đặc biệt là các công ty đại chúng, đa số cổ đông không tham gia trực tiếp quản lý công ty. Các cổ đông gián tiếp quản lý công ty thông qua hoạt động biểu quyết tại các cuộc họp ĐHĐCĐ. ĐHĐCĐ thường chỉ họp một năm một lần. ĐHĐCĐ cũng có thể họp bất thường nhưng các cuộc họp bất thường cũng không diễn ra thường xuyên. Vì lẽ đó, các luật doanh nghiệp chỉ quy định ĐHĐCĐ có thẩm quyền quyết định những vấn đề căn bản nhất của công ty, như bầu, miễn nhiệm thành viên HĐQT, quyết định thay đổi điều lệ công ty, quyết định tổ chức

lại, giải thể công ty. Do vậy, phần lớn các vấn đề của công ty thuộc thẩm quyền quản lý của các cơ quan quản lý trực tiếp là HĐQT và ban điều hành.

Chủ sở hữu công ty khi không trực tiếp quản lý công ty sẽ ủy nhiệm cho người khác quản lý công ty. Khi đó giữa chủ sở hữu công ty và người quản lý xác lập một quan hệ đại diện trong đó chủ sở hữu công ty là người ủy quyền còn người quản lý là người đại diện. Trong mối quan hệ này, chủ sở hữu công ty và người quản lý đều mong muốn tối đa hóa lợi ích của riêng mình. Như vậy, lợi ích của chủ sở hữu và lợi ích của nhóm kiểm soát là xung đột với nhau nếu lợi ích của nhóm kiểm soát hình thành từ nhu cầu lợi ích vật chất cá nhân. [48, tr. 782] Cũng có người quản lý nắm giữ một số lượng cổ phần nhất định trong công ty nhưng không nắm 100% vốn của công ty. Khi quản lý công ty, nhóm kiểm soát mặc dù nắm giữ phần lớn cổ phần có thể làm lợi cho chính họ bằng chi phí của công ty thay vì làm lợi cho công ty. [49, tr. 122]. Do thông tin bất cân xứng, nên cổ đông khó lòng có thể giám sát được hoạt động của nhóm người quản lý trong công ty. Vì vậy, trong mô hình quản lý nội bộ của công ty cổ phần, không thể thiếu thiết chế có vai trò đại diện cho cổ đông, giám sát và kiểm chế quyền lực của những người hàng ngày quản lý và vận hành công ty.

Theo học thuyết đại diện, HĐQT hay một thiết chế tương tự là một công cụ không thể thiếu để giám sát hành vi của NDH. Thuật ngữ “giám sát” (monitor) được dùng để chỉ các hành vi đánh giá kết quả của hoạt động, xác định phần thưởng, kiểm tra hành vi đầu vào bằng việc đánh giá năng suất cận biên và đưa ra chỉ dẫn phải làm gì và làm như thế nào, bao gồm cả thẩm quyền chấm dứt hoặc sửa đổi hợp đồng. [48, tr. 782]

Hiện nay, trên thế giới đang tồn tại hai mô hình quản lý công ty cơ bản. Trên cơ sở hai mô hình này, pháp luật các nước có phát triển các mô hình phái sinh. Mô hình thứ nhất được áp dụng ở các nước thuộc dòng họ common law, được gọi là mô hình một hội đồng (one-tier system). Theo mô hình này, trong cấu trúc quản trị của công ty chỉ có một a board of directors (HĐQT)¹. HĐQT do ĐHCĐ bầu ra để

¹ Ở Anh và Mỹ, “a board of directors” được bầu và miễn nhiệm bởi ĐHCĐ [76, tr. 65]. “a board of directors” hoạt động theo nguyên tắc tập thể, các quyết định của “a board of directors” được thông qua các cuộc họp. [78, tr. 428]. “A board of directors” kiểm soát công ty thông qua việc bổ nhiệm người điều hành để điều hành công ty. “A board of directors” cũng đồng thời là cơ quan ban hành chính sách của công ty.” [78, tr. 422]. Mặc dù “a board of directors” là cơ quan quản lý của công ty nhưng việc quản lý hàng ngày được trao cho các cá nhân còn “a board of directors” là cơ quan chỉ huy một tháng/lần hoặc ít hơn. [54, tr. 436-437]. “Một điều cần lưu ý rằng, người điều hành (officers) thường xuyên phải chịu trách nhiệm hơn so với “directors” theo quy tắc này vì họ làm việc tại công ty hàng ngày, trong khi đó các “directors” chỉ họp một tháng/lần hoặc ít hơn.” [83, tr. 780]. Các thông tin trên cho thấy “a board of directors” ở Anh và Mỹ có nhiều đặc điểm tương đồng với HĐQT trong công ty cổ phần ở Việt Nam. Vì vậy, trong luận án này, NCS sử dụng thuật ngữ tiếng Việt “Hội đồng quản trị” (HĐQT) để chỉ “a board of directors” khi đề cập đến luật Anh, Mỹ.

quản lý công ty. HĐQT có hai chức năng là quản lý và giám sát. Chức năng quản lý của HĐQT được thể hiện thông qua các hoạt động như thông qua các quyết định kinh doanh quan trọng của công ty. Trong khi đó, chức năng giám sát được thể hiện thông qua công việc HĐQT theo dõi và kiểm tra các hoạt động của bộ máy điều hành của công ty.

Ngược lại, mô hình hai hội đồng (two-tier system) là mô hình quản trị tồn tại song song hai hội đồng gồm Hội đồng giám sát và Hội đồng quản lý. Mô hình hai hội đồng có nguồn gốc từ Đức. Triết lý của mô hình hai hội đồng là lợi ích của các nhóm lợi ích bên cạnh cổ đông cũng cần được bảo vệ, đặc biệt là lợi ích của người lao động. Vì vậy trên cơ sở học thuyết cùng xem xét (co-determination), trong cấu trúc quản lý của công ty cổ phần phải có hai Hội đồng. Hội đồng giám sát bao gồm các thành viên do ĐHĐCĐ bầu và các thành viên do đại diện tập thể người lao động bầu. Hội đồng giám sát bầu ra Hội đồng quản lý để thực hiện chức năng quản lý công ty. Hoạt động của Hội đồng quản lý chịu sự giám sát của Hội đồng giám sát. Trong mô hình hai hội đồng, chức năng giám sát và quản lý được phân định rạch ròi cho từng hội đồng. Hội đồng giám sát có chức năng giám sát, còn Hội đồng quản lý có chức năng quản lý.

Trên cơ sở hai mô hình cơ bản trên, pháp luật ở một số nước phát triển thêm các mô hình phái sinh. Các mô hình phái sinh bao gồm:

Mô hình 1: Mô hình một hội đồng có Chủ tịch HĐQT độc lập với GD.

Mô hình 2: Mô hình một hội đồng có Chủ tịch HĐQT kiêm GD.

Mô hình 3: Mô hình hai hội đồng có Chủ tịch HĐQT độc lập với GD

Mô hình 4: Mô hình hai hội đồng có Chủ tịch HĐQT kiêm GD.

Dù bộ máy quản lý của công ty cổ phần được thiết kế như thế nào thì chức năng chung của HĐQT hoặc một thiết chế tương tự vẫn là quản lý và giám sát.

2.1.2. Nhận diện người quản lý công ty cổ phần

2.1.2.1. Người có chức danh quản lý trong công ty cổ phần và người quản lý công ty cổ phần

Quản lý CTCP² được hiểu là quá trình bộ máy quản lý công ty đặt mục tiêu và kế hoạch và nỗ lực đạt được mục tiêu và kế hoạch thông qua tác động lên hành vi của người khác.

Về lý thuyết, người có chức danh quản lý trong CTCP là người nắm giữ một vị trí quản lý với tên gọi cụ thể và gắn với vị trí quản lý đó là thẩm quyền ra hoặc

² Trong luận án này, “quản lý công ty cổ phần” được hiểu theo nghĩa hẹp là hoạt động trực tiếp quản lý công ty của HĐQT và bộ máy điều hành, không bao hàm hoạt động gián tiếp quản lý công ty của cổ đông thông qua ĐHĐCĐ.

tham gia ra quyết định quản lý nhất định. “Có thể nói rằng công việc chính hay “sản phẩm” chính của người lãnh đạo, quản lý là ra các quyết định. Một quyết định đưa ra có thể khác nhau và cách thức, phương pháp ra quyết định cũng có thể khác nhau: quyết định cá nhân hay quyết định tập thể.” [16, tr.23]. Quyết định quản lý là hành vi ấn định một hoặc một số giải pháp/phương án để giải quyết một hoặc một số vấn đề quản lý. Ví dụ, thông qua kế hoạch kinh doanh của công ty, quyết định chào bán trái phiếu của công ty, giao kết các hợp đồng,... Các hoạt động nhân danh công ty xác lập quyền, nghĩa vụ của công ty cũng chỉ là một trong những hoạt động ra quyết định. Các hoạt động như xây dựng các bản dự thảo, chuẩn bị tài liệu, thông tin, đưa ra ý kiến tư vấn, đưa ra ý kiến bình luận độc lập hoặc các hoạt động mang tính hỗ trợ, hành chính khác không được coi là hoạt động ra quyết định.

Trong bộ máy quản lý của công ty, đương nhiên có những người có chức danh quản lý có vai trò quan trọng hơn những người có chức danh quản lý khác. Sự quan trọng của họ được phản ánh thông qua thẩm quyền ra hoặc tham gia ra các quyết định quản lý quan trọng. Vì quyết định của họ quan trọng nên họ phải tuân theo những tiêu chuẩn khắt khe hơn về bổn phận và trách nhiệm so với những cá nhân khác trong công ty. Như vậy người có chức danh quản lý trong CTCP không hoàn toàn đồng nhất với NQLCTCP. Vì vậy, cần thiết phải xây dựng các tiêu chí để xác định được những cá nhân nắm giữ chức danh quản lý nào là NQLCTCP.

2.1.2.2. Người đại diện của công ty và người quản lý công ty cổ phần

Đại diện của pháp nhân là người nhân danh pháp nhân để tham gia các giao dịch vì lợi ích của pháp nhân đó.[30, tr. 234]. Như vậy, người đại diện của công ty là người nhân danh công ty thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định vì lợi ích của công ty. Người đại diện của công ty có thể đại diện theo hai hình thức là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền. Người đại diện theo pháp luật của công ty là người có tư cách đại diện đương nhiên cho công ty theo điều lệ của công ty hoặc theo quy định của pháp luật. Về nguyên tắc, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân được xác lập, thực hiện mọi giao dịch dân sự vì lợi ích của pháp nhân, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. [30, tr. 235]

Người đại diện theo ủy quyền là trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân ủy quyền cho một hoặc nhiều người thực hiện một hoặc số công việc của pháp nhân. [30, tr.236] Thực tiễn hoạt động của CTCP cho thấy, tư cách đại diện theo ủy quyền có thể được xác lập trên cơ sở người đại diện theo pháp luật ủy quyền cho cá nhân khác thực hiện quyền, nghĩa vụ nhất định. Việc ủy quyền có thể được xác lập theo hình thức văn bản ủy quyền, quyết định bổ nhiệm, hợp đồng lao

động, quyết định giao việc, phân công công việc,...Như vậy, người đại diện theo ủy quyền cần được hiểu rộng là một người tuy không được pháp luật thừa nhận có tư cách đại diện theo pháp luật, nhưng trên cơ sở quan hệ lao động hoặc quan hệ giao việc với công ty mà người này có quyền nhân danh công ty ra một quyết định nhất định trong phạm vi đại diện. Phạm vi đại diện sẽ phụ thuộc vào vị trí, nhiệm vụ, quyền hạn được giao của người được ủy quyền. Ví dụ, giám đốc chi nhánh được ủy quyền ký các hợp đồng thuộc phạm vi hoạt động của chi nhánh. Ví dụ trên cho thấy người có chức danh quản lý trong công ty có thể được ủy quyền để nhân danh công ty thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định. Tuy nhiên, trong thực tiễn, vẫn có trường hợp một người mặc dù không có chức danh quản lý trong công ty, nhưng do được giao nhiệm vụ, nên họ có tư cách đại diện theo ủy quyền cho công ty trong phạm vi nhiệm vụ được giao. Ví dụ nhân viên bảo vệ là người đại diện theo ủy quyền, nhân danh công ty không cho phép khách vào trụ sở của công ty.

Từ các phân tích trên có thể thấy tất cả những người có chức danh quản lý trong công ty, những người lao động của công ty đều có thể được coi là người đại diện của công ty trong những hoàn cảnh nhất định. Tuy nhiên, không phải tất cả những người đại diện của công ty đều là NQLCTCP. Như vậy cần xây dựng những tiêu chí để nhận diện những NQLCTCP trong những người đại diện của công ty.

2.1.2.3. Các tiêu chí xác định tư cách người quản lý công ty cổ phần

(a). Tiêu chí kinh tế

Tiêu chí kinh tế là tiêu chí xác định tư cách NQLCTCP theo khía cạnh kinh tế. Đó là dựa vào tính quan trọng của một vị trí quản lý trong tổ chức mà một người đang nắm giữ để xác định xem người đó có cần thiết được xếp vào nhóm NQLCTCP hay không. Tính quan trọng của vị trí quản lý được phản ánh qua thẩm quyền ra các quyết định quan trọng. Như Mark Byrne phân tích: “Ngoài thành viên HĐQT, NQLCTCP được mở rộng đến những người: làm, hoặc tham gia làm quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty; hoặc có khả năng tác động đáng kể đến tình trạng tài chính của công ty.” [90, tr. 50]. NCS ủng hộ quan điểm này. Như vậy quyết định quan trọng là “quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty; hoặc có khả năng tác động đáng kể đến tình trạng tài chính của công ty”.

Quyết định quan trọng là các quyết định giải quyết các vấn đề quan trọng trong tổ chức và hoạt động của công ty. Thông thường các vấn đề sau được coi là vấn đề quan trọng của công ty: (1). Mục tiêu, chiến lược và kế hoạch kinh doanh của công ty; (2). Cơ cấu, tổ chức, bộ máy quản lý của công ty; (3). Đầu tư, góp vốn,

hợp tác kinh doanh; (4). Các giao dịch có giá trị lớn; (5). Giám sát việc thực thi các chính sách tài chính, kinh doanh của công ty. Tùy vào hoàn cảnh mỗi công ty mà một vấn đề được coi là có ảnh hưởng đến toàn bộ hoặc một phần đáng kể tình hình kinh doanh hoặc tài chính của công ty.³ Như vậy, việc xác định như thế nào được coi là “quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty; hoặc có khả năng tác động đáng kể đến tình trạng tài chính của công ty” cần được dành cho điều lệ của công ty xác định. Trong trường hợp, điều lệ công ty không xác định rõ thì tòa án sẽ dựa vào tập quán hoặc nguyên lý quản trị chung để xác định một “quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty; hoặc có khả năng tác động đáng kể đến tình trạng tài chính của công ty”.

Nếu theo cơ chế quản lý tập trung, các vấn đề quan trọng sẽ thuộc thẩm quyền quyết định của cơ quan quản lý trung tâm như HĐQT, GD. Tuy nhiên, ngày nay, các công ty đều có xu hướng quản lý phi tập trung. Xu hướng chung là các doanh nghiệp đang tăng thêm quyền hạn và trách nhiệm cho cấp thấp hơn thông qua hình thức phân cấp, giao quyền hoặc ủy quyền. [16, tr. 28]. Như vậy, việc nhận diện NQLCTCP sẽ ngày càng trở nên phức tạp hơn.

(b). *Tiêu chí pháp lý*

Tiêu chí kinh tế vừa nêu rất trừu tượng, các nhà làm luật cũng khó mà liệt kê hết được những vấn đề nào là vấn đề quan trọng và từ đó xác định NQLCTCP. Do vậy, việc chuyển hóa tiêu chí kinh tế thành tiêu chí pháp lý cần theo hướng: (1) định danh một số chức danh quan trọng nhất là NQLCTCP; (2) thừa nhận các chức danh do HĐQT bầu, bổ nhiệm hoặc phê chuẩn là NQLCTCP; và (3) trao cho tòa án quyền xác định tư cách NQLCTCP dựa trên tiêu chí “có thẩm quyền ra quyết định quan trọng.”.

Trước hết, các nhà làm luật nên từ các tiêu chí kinh tế xác định xem những chức danh quản lý nào cần được coi là NQLCTCP. Thành viên HĐQT và GD là những vị trí quản lý quan trọng nhất trong công ty, nên pháp luật quy định họ là NQLCTCP. Người đại diện theo pháp luật có vai trò rất quan trọng trong công ty, có tư cách thực hiện các hành vi nhân danh công ty. Thậm chí, người đại diện theo pháp luật có thể thay mặt công ty tham gia các giao dịch có giá trị lớn, có ảnh hưởng đáng kể đến tình hình tài chính hoặc tình trạng kinh doanh của công ty. Đây

³ Ví dụ, đối với Công ty cổ phần Đầu tư và Phát triển xây dựng, việc chỉ định, bãi nhiệm các đại diện thương mại và luật sư của công ty là vấn đề quan trọng nên phải được HĐQT phê chuẩn. (Điều 25.3(c) Điều lệ năm 2011 của Công ty cổ phần Đầu tư và Phát triển xây dựng (InvestCo)).

chính là các quyết định quan trọng. Vì vậy, người đại diện theo pháp luật cũng cần pháp luật quy định là NQLCTCP. Nhóm thứ hai sẽ do Điều lệ của công ty quy định. Thông thường, các Điều lệ công ty xác định những vị trí quản lý quan trọng cần phải do HĐQT quyết định bổ nhiệm hoặc phê chuẩn⁴. Tùy theo qui mô, lĩnh vực hoạt động và yếu tố khác của từng công ty mà các cổ đông định hình ra những chức danh nào có thể ra hoặc tham gia ra các quyết định có ảnh hưởng đáng kể đến tình hình tài chính hoặc kinh doanh của công ty. Vì vậy, những chức danh này cần phải do những người có năng lực nhất định và có tư cách đạo đức tốt nắm giữ. Để có thể tuyển chọn được những người có năng lực và tư cách đạo đức phù hợp với các vị trí chức danh quan trọng này, một qui trình tuyển chọn và bổ nhiệm chặt chẽ là rất cần thiết. Khâu sàng lọc cuối cùng được thể hiện bằng quyết định bầu, bổ nhiệm hoặc phê chuẩn của HĐQT. A. Gilchrist Sparks, III và Lawrence A. Hamermesh cho rằng: “Một người được bổ nhiệm một cách minh thị bởi HĐQT được mặc nhiên suy đoán là có thẩm quyền ra quyết định về các vấn đề của công ty, trừ trường hợp có căn cứ rõ ràng cho thấy HĐQT không có ý định trao thẩm quyền đó.” [45, tr. 216].

Đôi khi chức danh không phản ánh đúng thực quyền của một người. Một người mặc dù chỉ nắm giữ một chức danh ở bậc trung cấp nhưng có quyền quyết định độc lập, không chịu sự giám sát của ai trừ HĐQT hoặc ĐHĐCĐ, hoặc được giao quản lý khối lượng tài sản lớn đáng kể của công ty hoặc có quyền ra các quyết định vượt ngoài thẩm quyền mà anh ta nắm giữ. Trong những trường hợp này mặc dù không được danh chính ngôn thuận về mặt chức vụ, nhưng rõ ràng hành vi hoặc quyết định của những người này có ảnh hưởng đáng kể đến tình trạng tài sản, tài chính hoặc hoạt động kinh doanh của công ty. Trong trường hợp này, phải bỏ qua chức vụ mà xem xét thực quyền để xác định người này có phải là NQLCTCP hay không.

Trong thực tiễn, một hoặc một nhóm cổ đông nắm giữ cổ phần chi phối và kiểm soát công ty. Nhóm cổ đông kiểm soát thực hiện việc kiểm soát công ty thông qua:

(1) Ảnh hưởng hoặc tác động lên HĐQT trong việc thực hiện quyền lực; (2) thực hiện các quyền pháp lý của họ như bầu HĐQT, sửa đổi điều lệ, thông qua quyết định của HĐQT; (3) thực hiện các hành vi mà nếu nhìn vào bề ngoài không liên quan gì đến hoạt động của công ty nhưng trên thực tế lại có ảnh hưởng, như bán cổ phần kiểm soát. [49, tr. 239]

⁴ Về mặt lý thuyết, có một số vị trí quản lý được công ty tuyển dụng và ký hợp đồng lao động. Nhưng vì đây là các vị trí quan trọng nên, vẫn cần có quyết định hoặc phê chuẩn của HĐQT. Trong một số trường hợp nhất định, một chức danh quản lý (ví dụ GD) do HĐQT nhân danh công ty ký hợp đồng lao động. Cùng với hợp đồng lao động có thể có cả quyết định bổ nhiệm hoặc phê chuẩn của HĐQT, cũng có trường hợp chỉ có hợp đồng lao động, dù thuộc trường hợp nào thì việc HĐQT ký hợp đồng lao động với người có chức danh quản lý này cũng được coi là HĐQT bổ nhiệm hoặc phê chuẩn. Như vậy, trong số những NQLCTCP có một số người vừa là NQLCTCP vừa là người lao động.

Trong trường hợp này, HĐQT và GD "làm bù nhìn". Những người này không có thực quyền mà chỉ thực hiện các nhiệm vụ được giao theo sự chỉ đạo của cổ đông hoặc nhóm cổ đông kiểm soát công ty. Vì vậy, một cá nhân hay một nhóm, mặc dù không nắm bất kỳ chức danh quản lý nào trong công ty nhưng trên thực tế thực hiện quyền quản lý công ty thì vẫn phải tuân thủ theo các tiêu chuẩn nghĩa vụ của NQLCTCP. [49, tr. 237]. Cũng có một người hoặc một nhóm người không trực tiếp tham gia quản lý công ty nhưng lại chi phối việc ra quyết định của các cơ quan quản lý trung tâm của công ty. Ví dụ, nhóm các chủ nợ chi phối việc quản lý công ty hoặc nhóm các cổ đông lớn của công ty mẹ chi phối hoạt động quản lý của công ty con. Như vậy, cần phải thừa nhận tư cách "NQLCTCP" của một hoặc một nhóm người không mang danh phận pháp lý của "NQLCTCP" nhưng có khả năng trực tiếp hoặc gián tiếp chỉ đạo hoặc áp đặt ý chí lên các quyết định của HĐQT, GD. Họ được coi là người thực tế quản lý hoặc người quản lý giấu mặt. Người quản lý giấu mặt là người thực tế quản lý nhưng thông qua người khác chỉ đạo hoặc áp đặt ý chí của mình lên quyết định của HĐQT hoặc GD. Trong trường hợp này, người thực tế quản lý và người quản lý giấu mặt có thể bao gồm cả pháp nhân. Ví dụ, nếu công ty mẹ kiểm soát hoàn toàn công việc quản lý của công ty con thì công ty mẹ được gọi là người thực tế quản lý.

Từ những phân tích trên, có thể thấy dựa vào các tiêu chí kinh tế, các nhà làm luật và các công ty sẽ xác định những người nào có thẩm quyền ra các quyết định quản lý quan trọng là NQLCTCP.

Từ đó, pháp luật và điều lệ thừa nhận những chức danh sau là NQLCTCP:

(1). Thành viên HĐQT, Chủ tịch HĐQT, GD của công ty, Người đại diện theo pháp luật của công ty;

(2). Cá nhân nắm giữ chức danh quản lý trong công ty do HĐQT bổ nhiệm hoặc phê chuẩn;

Bên cạnh đó, những người sau đây mặc dù không được pháp luật và điều lệ công ty xác định là NQLCTCP, nhưng tòa án vẫn xác định họ là người thực tế quản lý hoặc người quản lý giấu mặt và buộc họ phải tuân thủ các nghĩa vụ và gánh chịu những trách nhiệm của NQLCTCP:

(3) Cá nhân không thuộc trường hợp (1) và (2) nhưng thực tế ra hoặc tham gia ra các quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty; hoặc

(4) Cá nhân hoặc pháp nhân có khả năng trực tiếp hoặc gián tiếp chỉ đạo hoặc áp đặt ý chí lên các quyết định của HĐQT hoặc GD.

Đương nhiên, những người không nắm giữ những chức danh quản lý mà pháp luật hoặc điều lệ công ty xác định là NQLCTCP sẽ không được coi là NQLCTCP trừ trường hợp người yêu cầu tòa án xác định tư cách “NQLCTCP” của một người chứng minh được người được xác định tư cách thỏa mãn tiêu chí (3) hoặc (4) vừa nêu trên.

Từ những phân tích trên, có thể đưa ra định nghĩa về NQLCTCP như sau:

NQLCTCP bao gồm thành viên HĐQT, Chủ tịch HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc), người đại diện theo pháp luật của công ty, các chức danh quản lý khác do HĐQT bổ nhiệm hoặc phê chuẩn. Ngoài những chức danh trên, những người thực tế ra hoặc tham gia ra các quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty hoặc có khả năng trực tiếp hoặc gián tiếp chỉ đạo hoặc áp đặt ý chí lên các quyết định của HĐQT hoặc GD cũng được xác định là NQLCTCP.

2.1.3. Phân loại người quản lý công ty cổ phần

NQLCTCP bao gồm thành viên HĐQT, NĐH và người đại diện theo pháp luật.

Thành viên HĐQT là những người được ĐHĐCĐ bầu ra để tham gia thực hiện các chức năng và thẩm quyền của HĐQT. Thành viên HĐQT được chia thành: thành viên HĐQT điều hành, thành viên HĐQT không điều hành và thành viên HĐQT độc lập. Bản thân thành viên HĐQT không có chức năng điều hành. Vì vậy, khi đề cập đến thành viên HĐQT điều hành, thì cần hiểu đây là thành viên HĐQT được bổ nhiệm để kiêm nhiệm chức danh điều hành, ví dụ thành viên HĐQT kiêm phó GD. Thành viên HĐQT không điều hành là thành viên HĐQT không được bổ nhiệm để nắm giữ một chức danh điều hành trong công ty. Theo cách hiểu hiện nay, thành viên HĐQT độc lập là thành viên HĐQT không điều hành và không nắm bất kỳ vị trí công việc nào trong công ty, ngoài mối quan hệ là thành viên HĐQT của công ty, thành viên HĐQT độc lập phải không có quan hệ với công ty, không phải là người có quan hệ huyết thống, gia đình hoặc kinh tế với cổ đông chi phối⁵ hoặc NQLCTCP ảnh hưởng đến tính khách quan và độc lập trong giải quyết công việc của thành viên HĐQT độc lập. HĐQT bầu một người trong số các thành viên HĐQT làm Chủ tịch HĐQT. Nhiệm vụ chủ yếu của Chủ tịch HĐQT là triệu tập và tổ chức cuộc họp HĐQT, triệu tập và tổ chức họp ĐHĐCĐ.

⁵ “Cổ đông chi phối” được hiểu là cổ đông sở hữu cổ phần chi phối trong công ty cổ phần.

HĐQT không trực tiếp quản lý các công việc hàng ngày của công ty mà các công việc đó được giao cho GD. GD là NDH cao nhất của công ty, do HĐQT bổ nhiệm và miễn nhiệm và chịu trách nhiệm trước HĐQT về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Ngoài GD, ở nhiều công ty còn có những NDH khác như phó GD, kế toán trưởng, giám đốc tài chính và một số chức danh khác do HĐQT bổ nhiệm hoặc phê chuẩn theo điều lệ của công ty. Những người này là những người giúp việc cho GD chịu trách nhiệm trước GD và HĐQT về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Những NDH này sẽ được HĐQT giao hoặc GD phân công những nhiệm vụ cụ thể.

Người đại diện theo pháp luật của công ty thường gắn với một chức danh quản lý nhất định, thông thường là Chủ tịch HĐQT và/hoặc GD. Người đại diện theo pháp luật do điều lệ hoặc pháp luật quy định.

2.1.4. Vai trò của người quản lý công ty cổ phần

Với chức năng quản lý và giám sát công ty, thành viên HĐQT (trừ thành viên HĐQT điều hành) không tham gia trực tiếp vào hoạt động quản lý các công việc hàng ngày của công ty. Thành viên HĐQT tham gia vào công tác hoạch định các chiến lược, chính sách kinh doanh dài hạn của công ty và tham gia giám sát hoạt động của ban điều hành.

Trong khi đó NDH có vai trò triển khai các chiến lược, chính sách do HĐQT ban hành đi vào thực tiễn. Người hàng ngày nhân danh công ty làm việc với người lao động, nhà cung cấp, khách hàng, chủ nợ, cơ quan quản lý, cộng đồng dân cư và các nhóm lợi ích khác là NDH.

NQLCTCP thực hiện vai trò thông qua thực hiện các quyền hạn và nghĩa vụ cụ thể. Quyền hạn của NQLCTCP được quy định chung trong pháp luật và được quy định cụ thể trong điều lệ, quyết định bổ nhiệm, hợp đồng hoặc các văn bản nội bộ khác. Ví dụ, điều lệ có thể quy định GD được quyền tuyển dụng, bổ nhiệm các vị trí trưởng phòng chuyên môn, trưởng bộ phận cơ sở và người lao động không nắm giữ vị trí quản lý. Để thực hiện các quyền này thì NQLCTCP có các quyền đương nhiên mà một người ở vị trí tương đương phải có để thực hiện được đầy đủ nhiệm vụ được giao. Ví dụ, để thực hiện được quyền tuyển dụng, bổ nhiệm vị trí trưởng phòng chuyên môn, GD có quyền tổ chức thông tin tuyển dụng, phỏng vấn ứng viên, đánh giá ứng viên và ra quyết định tuyển dụng nếu thấy phù hợp hoặc quyền đánh giá năng lực của các nhân viên hiện tại để xem xét, bổ nhiệm một số người đủ năng lực vào vị trí trưởng phòng chuyên môn. Có thể thấy rằng, với vai trò là người đại diện của công ty, khi thực hiện các quyền hạn và nhiệm vụ được giao,

NQLCTCP ra hoặc tham gia ra các quyết định có ảnh hưởng đáng kể đến tình hình kinh doanh hoặc tài chính của công ty, thực hiện những hành vi có khả năng tác động đến lợi ích của công ty và của người thứ ba.

2.2. NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

2.2.1. Khái niệm và đặc điểm của nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

2.2.1.1. Cơ sở khoa học cho sự tồn tại của nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Trong môi trường tổ chức, các nhóm lợi ích có lợi ích riêng xung đột với nhau và xung đột với lợi ích chung, không ít những NQLCTCP luôn có hành vi sai trái bao gồm nhưng không giới hạn những hành vi tư lợi, che giấu thông tin, lừa dối, chây ì, thiếu tận tâm, thiếu mẫn cán trong thực hiện những nhiệm vụ của công ty giao. Vì lẽ đó, cần có những công cụ nhằm khuyến khích sự mẫn cán, nhiệt huyết của NQLCTCP, nhưng cũng đồng thời ngăn chặn và xử lý những hành vi sai trái của NQLCTCP. Michael C. Jensen & William H. Meckling phân tích:

Trong hầu hết các mối quan hệ đại diện, cả người ủy quyền và người đại diện đều phải chịu những chi phí kiểm soát và chi phí thiết lập quan hệ tích cực (chi phí tính được bằng tiền và chi phí không tính được bằng tiền), và thêm vào đó, sẽ có mâu thuẫn trong các quyết định của người đại diện và những quyết định này sẽ tối đa hóa lợi ích của người ủy quyền. Phần giảm một đô la tương ứng mà người ủy quyền phải chịu do sự mâu thuẫn sẽ chính là chi phí của quan hệ đại diện và khoản này chúng tôi gọi là chi phí sau cùng. [98, 308]

Như vậy theo các học giả trên, sự xung đột lợi ích dẫn đến phát sinh các chi phí đại diện (agency cost) để bảo đảm người đại diện không thực hiện hành vi sai trái. Vậy làm thế nào để vừa ngăn ngừa được hành vi sai trái của người đại diện nhưng vẫn có thể hạn chế tăng chi phí đại diện? Phần trên có đề cập đến vai trò giám sát của HĐQT hoặc thiết chế tương đương. Nhưng vấn đề đặt ra ai giám sát những cơ quan này hay cần những công cụ nào để ngăn ngừa và kiểm soát hành vi sai trái của thành viên HĐQT. Từ đó, vấn đề lý luận và thực tiễn đặt ra là cần phát triển các công cụ hữu hiệu để ngăn ngừa và kiểm soát hành vi sai trái của NQLCTCP.

Các nhà nghiên cứu thực chứng thuộc trường phái học thuyết đại diện đưa ra các đề xuất: (1) hợp đồng trên cơ sở kết quả đầu ra sẽ có thể làm cho người đại diện thực hiện công việc vì lợi ích của người ủy quyền; (2) khi người ủy quyền có thông

tin để xác định hành vi của người đại diện, thì người đại diện có xu hướng thực hiện công việc vì lợi ích của người ủy quyền. [82, tr.60]. Lý thuyết này không dễ dàng thực hiện trên thực tiễn. Bởi vì các lý do sau đây:

Thứ nhất, việc thiết lập hợp đồng trên cơ sở kết quả đầu ra giữa người ủy quyền và người đại diện không phải lúc nào cũng dẫn đến người đại diện thực hiện công việc vì lợi ích của người ủy quyền. Nếu hợp đồng giữa người ủy quyền và người đại diện là hợp đồng dựa trên cơ sở kết quả doanh thu, không ít những người đại diện, với tâm lý nhiệm kỳ, có thể chỉ chạy theo doanh thu mà bỏ qua những lợi ích lâu dài của người được ủy quyền. Cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008 là một minh chứng. Nếu hợp đồng giữa người ủy quyền và người đại diện là hợp đồng dựa trên kết quả giá trị cổ phần, không ít những người đại diện sẵn sàng làm “đẹp lòng” cổ đông bằng những con số kế toán không trung thực. (Xem Phụ lục A và Phụ lục B).

Thứ hai, sự bất cân xứng về thông tin dẫn đến cổ đông gặp nhiều khó khăn trong việc tiếp cận được nguồn thông tin đầy đủ và chính xác.

Như vậy, không thể dựa hoàn toàn các công cụ trên để ngăn ngừa và kiểm soát hành vi sai trái của NQLCTCP.

Douglas A. Bosse & Robert A. Phillips có đề cập đến thuyết tư lợi có giới hạn (bounded self-interest). Tư lợi có giới hạn cho rằng việc chủ thể tối đa hóa lợi ích của mình bị ảnh hưởng bởi chuẩn mực về sự công bằng (norms of fairness). [58, tr. 282]. Có hai loại công bằng:

(1) Công bằng phân bổ (distributive fairness): “Giữa người ủy quyền và người đại diện có tư lợi bị giới hạn mong muốn có sự phân bổ kết quả vật chất – và họ sẵn sàng hy sinh một phần lợi ích của mình – để mang lại một phần công bằng cho bên kia. Ngược lại họ cũng mong muốn bên kia làm như vậy để duy trì sự cân bằng của sự công bằng.” [58, tr. 282]

(2) Công bằng thủ tục (procedural fairness): đề cập đến quy trình ban hành quyết định công bằng. [58, tr. 282]

Như vậy theo Douglas A. Bosse & Robert A. Phillips, quan niệm của GD về sự công bằng phân bổ và công bằng thủ tục ảnh hưởng đến cơ chế hài hòa các động lực (incentive alignment mechanism) trong hoạt động của công ty. [58, tr. 286]. Từ đó Douglas A. Bosse & Robert A. Phillips cho rằng quan niệm của GD về sự công bằng phân bổ và công bằng thủ tục ảnh hưởng đến cơ chế giám sát hoạt động của công ty. [58, tr. 286]

NCS cho rằng sự công bằng phụ thuộc vào nhận thức chủ quan của các chủ thể nên ý niệm chung về công bằng không phải lúc nào cũng có thể đạt được trên thực tiễn. Do đó, “công bằng” cũng là một trong những công cụ hữu hiệu góp phần tăng động lực, sự miễn cưỡng của NQLCTCP cũng như ngăn ngừa và kiểm soát hành vi sai trái của NQLCTCP. Nhưng công cụ này cũng không hoàn hảo và cũng không thể là công cụ duy nhất nhằm ngăn ngừa và kiểm soát hành vi sai trái của NQLCTCP.

Hiện nay đã hình thành thị trường lao động cao cấp cho NQLCTCP. Sự cạnh tranh và quy luật đào thải trên thị trường lao động cấp cao dẫn đến NQLCTCP có xu hướng chú trọng rèn luyện và nâng cao năng lực, tư cách đạo đức, uy tín cá nhân để có cơ hội tìm kiếm được những vị trí quản lý tốt trong các công ty lớn.

Nhiều CTCP phát hành chứng khoán ra công chúng và chứng khoán của các công ty này được giao dịch trên thị trường thứ cấp. Thị trường chứng khoán đòi hỏi tổ chức phát hành chứng khoán phải minh bạch thông tin trong đó có thông tin về quản trị. Ngoài ra, kết quả quản lý công ty được phản ánh bởi giá thị trường của chứng khoán. Vì vậy, những thông tin trên thị trường chứng khoán cũng là nguồn thông tin để thị trường lao động cấp cao tham khảo. Đôi khi uy tín và năng lực của NQLCTCP được đánh giá trên cơ sở giá thị trường của chứng khoán. Do đó, họ càng phải chú trọng đến năng lực quản lý và đạo đức kinh doanh hơn. Tuy nhiên, liệu sức mạnh của thị trường có phải là một công cụ hoàn hảo để ngăn ngừa và kiểm soát các hành vi sai trái của NQLCTCP không? Những NQLCTCP rất có thể sẽ làm giả thông tin để đưa ra thị trường để có lợi cho họ và việc làm giả thông tin không dễ dàng được phát hiện (Xem thêm Phụ lục A và Phụ lục B). Như vậy, sức mạnh thị trường cũng không phải là công cụ hoàn hảo để ngăn ngừa và kiểm soát hành vi sai trái của NQLCTCP.

Quan hệ giữa NQLCTCP với công ty là các quan hệ thuộc lĩnh vực tư. Trong khi đó cơ quan nhà nước ngày càng có xu hướng hạn chế can thiệp sâu vào các hoạt động thuộc lĩnh vực tư. Cơ quan nhà nước chỉ trực tiếp giám sát và can thiệp vào những lĩnh vực có ảnh hưởng lớn đến trật tự kinh tế xã hội, như lĩnh vực chứng khoán, ngân hàng. Do vậy, quản lý nhà nước cũng không phải là công cụ hoàn hảo để ngăn ngừa và kiểm soát hành vi sai trái của NQLCTCP.

Từ những phân tích cho thấy cần phải có thêm công cụ cung cấp những biện pháp đủ mạnh mẽ khiến cho NQLCTCP không lựa chọn hành vi sai trái vì lợi ích của việc thực hiện hành vi sai trái nhỏ hơn những lợi ích mà NQLCTCP mất đi do

thực hiện hành vi sai trái. Công cụ đó chính là những nghĩa vụ mà NQLCTCP phải tuân thủ và nếu không tuân thủ thì phải chịu những biện pháp chế tài nghiêm khắc.

2.2.1.2. Khái niệm nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Theo Từ điển tiếng Việt thì nghĩa vụ là “việc pháp luật hay đạo đức bắt buộc phải làm đối với xã hội hoặc người khác.” [32, tr.679]. Dưới khía cạnh pháp lý, nghĩa vụ, hiểu theo cách thông thường là xử sự mà một người phải thực hiện (phải làm hoặc không được làm) đối với người khác. [31, tr. 17]. Như vậy nghĩa vụ được hiểu là những hành vi nhất định mà một người phải thực hiện đối với một người khác theo pháp luật hoặc yêu cầu của chuẩn mực đạo đức hoặc lẽ công bằng.

Michael C. Jensen & William H. Meckling quan niệm công ty là một hình thức tồn tại của các thực thể pháp lý vô hình là mắt xích của các mối quan hệ hợp đồng. [98, tr. 9]. “Quan hệ hợp đồng” được các học giả này đưa ra không hàm nghĩa là hợp đồng có hiệu lực pháp lý mà là những mối quan hệ tương hỗ nhau. [95, tr. 822]. Vận dụng lý thuyết này vào quan hệ quản lý nội bộ công ty có thể thấy luôn tồn tại mối quan hệ đan xen giữa các chủ thể có liên quan. Những mối quan hệ này được coi là những mối quan hệ tương hỗ, có nghĩa là các chủ thể phải thực hiện hoặc không thực hiện những hành vi nhất định để thỏa mãn yêu cầu của nhau.

Trong quan hệ giữa NQLCTCP với công ty, NQLCTCP phải thực hiện những công việc nhất định theo thỏa thuận giữa hai bên vì lợi ích tốt nhất của công ty, ngược lại công ty có nghĩa vụ trả thù lao, lương, thưởng cho NQLCTCP theo đúng thỏa thuận. Như vậy, nghĩa vụ của NQLCTCP trước hết là việc thực hiện đúng và đầy đủ những nhiệm vụ thuộc thẩm quyền.

Quan hệ giữa NQLCTCP với công ty và toàn bộ cổ đông là quan hệ đại diện. Lợi ích của công ty và toàn bộ cổ đông được coi là một, nên nếu nói rằng toàn bộ cổ đông là người ủy quyền và NQLCTCP là người đại diện cũng đúng và không khác với việc khẳng định công ty là người ủy quyền và NQLCTCP là người đại diện. Trong quan hệ đại diện, người đại diện thực hiện hoặc không thực hiện hành vi nhất định vì lợi ích của người ủy quyền. Trong khi đó, giữa NQLCTCP và công ty luôn có xung đột lợi ích. Nhiều NQLCTCP có xu hướng tối đa hóa lợi ích của mình thay vì lợi ích của công ty. Thậm chí trong những trường hợp nhất định, NQLCTCP sẵn sàng xâm phạm lợi ích của công ty để đạt được lợi ích tối đa của mình. Với tư cách là người đại diện của công ty khi xác lập, thay đổi, chấm dứt giao dịch với người thứ ba, rất có thể NQLCTCP sẽ lười biếng, thiếu tận tâm dẫn đến các quyền và nghĩa vụ của công ty không được thực hiện hoặc được thực hiện không đúng, không đầy đủ. Hậu quả là những quyền và lợi ích hợp pháp của công ty bị thiệt hại, thậm

chí công ty còn phải chịu trách nhiệm pháp lý với người thứ ba vì vi phạm nghĩa vụ. Vì vậy, NQLCTCP phải có những ứng xử sao cho lợi ích tốt nhất của công ty được bảo đảm. Những ứng xử này được chuẩn hóa thành các nghĩa vụ mà NQLCTCP phải tuân theo.

Ngoài ra, NQLCTCP có thẩm quyền ra hoặc tham gia ra quyết định có ảnh hưởng đáng kể đến tình hình kinh doanh hoặc tài chính của công ty. Vì vậy, trong quá trình ra hoặc tham gia ra quyết định, NQLCTCP phải nghiêm chỉnh tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật, điều lệ công ty, quyết định của ĐHĐCĐ, miễn cán, cần trọng hợp lý nhằm bảo đảm lợi ích tốt nhất của công ty. Những yêu cầu này cũng được chuẩn hóa thành những nghĩa vụ mà NQLCTCP phải tuân theo.

Theo R. H. Coase, doanh nghiệp là hệ thống các mối quan hệ tồn tại khi việc kiểm soát các nguồn tài nguyên được giao cho một doanh nhân. [113, tr. 393]. Như vậy, luôn tồn tại quan hệ ba bên giữa NQLCTCP, công ty và người thứ ba. Những chủ thể này có thể là các chủ nợ, khách hàng, cộng đồng xã hội, nhà nước và các chủ thể khác. Công ty là một pháp nhân vì vậy nó có đầy đủ năng lực pháp luật. Trong mỗi quan hệ ba bên giữa công ty, NQLCTCP và người thứ ba, NQLCTCP là người đại diện của công ty xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ với người thứ ba. Các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ này là quyền và nghĩa vụ của công ty và người thứ ba. Vì lẽ đó, các chuẩn mực ứng xử mà NQLCTCP phải thực hiện đối với người thứ ba chính là các chuẩn mực ứng xử mà công ty phải tuân theo chứ không phải là chuẩn mực ứng xử áp dụng cho NQLCTCP. Vì vậy, trong các trường hợp thông thường, không cần thiết phải thiết lập và duy trì những chuẩn mực ứng xử áp dụng cho NQLCTCP đối với người thứ ba. Chỉ trong những trường hợp đặc biệt mới cần thiết phải xây dựng và duy trì những chuẩn mực ứng xử áp dụng cho NQLCTCP đối với người thứ ba.

Những chuẩn mực ứng xử có thể được quy định bởi quy phạm đạo đức, bởi điều lệ của công ty, bởi pháp luật hoặc bởi các tập quán hay những nguyên tắc quản trị được thừa nhận rộng rãi.

Từ các phân tích trên có thể đưa ra định nghĩa về nghĩa vụ của NQLCTCP như sau:

Nghĩa vụ của NQLCTCP là những xử sự mang tính bắt buộc của NQLCTCP theo những chuẩn mực xác định khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn với tư cách là NQLCTCP.

2.2.1.3. Đặc điểm của nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Nghĩa vụ của NQLCTCP phải có đầy đủ những đặc điểm sau:

Thứ nhất, chủ thể của nghĩa vụ là NQLCTCP. Nếu NQLCTCP thực hiện một xử sự nhân danh công ty thì đó là xử sự của công ty chứ không phải là của

NQLCTCP. Vì vậy, một nghĩa vụ chỉ được coi là của NQLCTCP nếu có đủ dấu hiệu xác định rằng NQLCTCP là chủ thể của nghĩa vụ. Do đó, trong quan hệ ba bên giữa công ty, NQLCTCP và người thứ ba, quy tắc xử sự phải xác định rõ một nghĩa vụ là nghĩa vụ của NQLCTCP hay của công ty. Nếu không xác định rõ thì mặc nhiên suy đoán là nghĩa vụ của công ty. Về mặt kỹ thuật, có hai cách xác định NQLCTCP là chủ thể của nghĩa vụ. Cách thứ nhất, quy tắc xử sự quy định rõ NQLCTCP có nghĩa vụ cụ thể. Cách thứ hai, quy tắc xử sự không xác định rõ NQLCTCP phải tuân thủ nghĩa vụ cụ thể nhưng lại xác định chế tài áp dụng cho NQLCTCP nếu vi phạm nghĩa vụ cụ thể đó.

Thứ hai, nghĩa vụ của NQLCTCP là những xử sự của NQLCTCP. Như vậy, những ứng xử của một người không với tư cách là NQLCTCP không thuộc phạm trù nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ ba, nghĩa vụ của NQLCTCP là ứng xử gắn liền với nhiệm vụ, quyền hạn được giao của NQLCTCP. Vì vậy, mặc dù có những nghĩa vụ chung của NQLCTCP nhưng tùy từng chức năng, thẩm quyền của mỗi NQLCTCP mà việc áp dụng và giải thích các tiêu chuẩn nghĩa vụ khác nhau.

Thứ tư, nghĩa vụ của NQLCTCP là ứng xử mang tính bắt buộc theo chuẩn mực nhất định. Theo đó, NQLCTCP không có lựa chọn nào khác ngoài việc phải thực hiện theo những tiêu chuẩn xác định. Các tiêu chuẩn này có thể được quy định bởi pháp luật, các văn bản quản lý nội bộ của công ty, các chuẩn mực quản trị chung.

2.2.2. Nội dung cấu thành nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Nghĩa vụ của NQLCTCP là những xử sự mang tính bắt buộc của NQLCTCP có chứa đựng những yếu tố sau đây (1) vì lợi ích tốt nhất của công ty; (2) giải quyết xung đột lợi ích; và (3) thiện chí và trung thực trong khi thực hiện nhiệm vụ được giao.

2.2.2.1. Vì lợi ích tốt nhất của công ty và của cổ đông

Trong luận án này, thuật ngữ “lợi ích tốt nhất của công ty” được sử dụng thay vì “lợi ích tối đa của công ty.” Lợi ích tốt nhất của công ty được hiểu là lợi ích hợp pháp tối đa của công ty. Theo nguyên lý thông thường, không thể có một người nào lại ủy quyền cho một người khác đại diện cho mình để làm bất lợi cho mình. Về bản chất, người đại diện nhân danh người ủy quyền thực hiện các công việc vì lợi ích của người ủy quyền. Vì lẽ đó, với tư cách là người đại diện, NQLCTCP luôn phải đặt lợi ích của công ty ở vị trí ưu tiên so với các lợi ích khác. Mặt khác, ngày nay, hoạt động kinh doanh của công ty có ảnh hưởng đến nhiều nhóm lợi ích trong xã hội như người lao động, chủ nợ, người tiêu dùng, nhà cung cấp, cơ quan nhà

nước, cộng đồng dân cư, ... Thực tế đã chứng minh, nhiều doanh nghiệp vì chạy theo lợi nhuận tối đa trước mắt, đã gây ra những thiệt hại lớn mà cộng đồng phải gánh chịu. Vì vậy, “vì lợi ích tốt nhất của công ty” được hiểu là NQLCTCP phải thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn vì lợi ích cao nhất của công ty trong phạm vi không xâm phạm lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác.

2.2.2.2. Giải quyết xung đột lợi ích

NQLCTCP phải giải quyết xung đột lợi ích giữa các nhóm lợi ích liên quan đến công ty như các chủ nợ, người lao động, NQLCTCP, cộng đồng xã hội, công ty và cổ đông.

Khi xảy ra xung đột lợi ích giữa công ty với NQLCTCP thì lợi ích của công ty được ưu tiên. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là NQLCTCP phải hy sinh những lợi ích chính đáng của mình. NQLCTCP chỉ bị cấm hưởng các lợi ích không chính đáng bằng cách xâm phạm lợi ích của công ty, như xác lập các GDCNCTL để chiếm đoạt tài sản của công ty.

Khi giải quyết xung đột lợi ích giữa công ty với các chủ thể khác, NQLCTCP phải lựa chọn một trong các cách thức tiếp cận sau:

Cách tiếp cận thứ nhất: Lợi ích của công ty đạt cực dương, lợi ích của các chủ thể khác về “0” hoặc đạt cực âm. Điều này có nghĩa là trong khi sự thịnh vượng của công ty đạt cực đại nhưng các chủ thể khác không được hưởng lợi ích, thậm chí còn bị tổn thất.

Cách tiếp cận thứ hai: Lợi ích của công ty về “0” hoặc đạt cực âm, lợi ích của các chủ thể khác đạt cực đại. Điều này có nghĩa là thịnh vượng nằm trong tay của các chủ thể khác trong khi công ty không có lợi ích, thậm chí thua lỗ.

Cách tiếp cận thứ ba: Lợi ích của công ty và lợi ích của các chủ thể khác được cân bằng ở mức lợi ích của công ty đạt ở mức tối đa nhưng các lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác không bị xâm phạm.

Theo cách tiếp cận thứ nhất, lợi ích của công ty được tuyệt đối hóa, nghĩa là NQLCTCP phải ưu tiên lợi ích của công ty trên hết mà không quan tâm đến lợi ích của các chủ thể khác. Ví dụ, để tăng giá trị tài sản của công ty, NQLCTCP tìm mọi cách giảm thiểu chi phí, như các chi phí về môi trường. Vì chi phí về môi trường bị giảm đến mức tối thiểu, hệ thống xử lý chất thải của công ty không đạt tiêu chuẩn dẫn đến gây ô nhiễm môi trường. Ví dụ khác, NQLCTCP sẵn sàng dùng mọi thủ đoạn để trốn thuế, tránh thuế nhằm tăng giá trị các nguồn quỹ, tăng lợi nhuận sau thuế của công ty, dẫn đến hậu quả Nhà nước bị thất thu thuế, ảnh hưởng nghiêm trọng đến các mục tiêu kinh tế - xã hội của Nhà nước.

Nếu theo cách tiếp cận thứ nhất, NQLCTCP có thể sẽ vì lợi ích trước mắt của công ty mà bỏ qua lợi ích chính đáng của các chủ thể khác, thậm chí gây ra những thiệt hại lớn mà cộng đồng phải gánh chịu trong nhiều thế hệ. Vì lẽ đó, cách tiếp cận thứ nhất không còn phù hợp với xu hướng phát triển bền vững ngày nay khi mà doanh nghiệp, ngoài việc tìm kiếm lợi nhuận còn phải có trách nhiệm bảo vệ môi trường, bảo vệ cộng đồng và có trách nhiệm với xã hội.

Nếu theo cách tiếp cận thứ hai, lợi ích của công ty sẽ không được bảo đảm. Cách tiếp cận thứ hai sẽ đi ngược với bản chất của quan hệ đại diện.

Trong ba cách tiếp cận thì cách tiếp cận thứ ba là phù hợp nhất trong giai đoạn hiện nay. NQLCTCP vừa phải bảo đảm tối đa hóa lợi ích của công ty vừa phải bảo đảm không xâm phạm lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác. Như vậy lợi ích tối đa của công ty không được vượt quá mức giới hạn mà sẽ dẫn đến gây phương hại đến lợi ích của chủ thể khác. Thông thường, pháp luật sẽ bảo vệ những lợi ích quan trọng như quyền thu thuế của nhà nước, bảo vệ môi trường, bảo vệ lợi ích tối thiểu của người lao động,... Hành vi xâm phạm các lợi ích này là hành vi trái pháp luật. Do đó, lợi ích hợp pháp tối đa của công ty là lợi ích cao nhất mà công ty đạt được mà không trái với quy định của pháp luật. Theo Milton Friedman, NQLCTCP phải theo đuổi lợi ích trong khuôn khổ pháp luật. [103, tr. 124]. Einer Elhauge cũng cho rằng nghĩa vụ tối đa hóa lợi nhuận có ngoại lệ là những hành vi vi phạm pháp luật. [62, tr. 756-757].

Nội dung của các nghĩa vụ của NQLCTCP được xây dựng trên cơ sở NQLCTCP thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn vì lợi ích tối đa của công ty nhưng không xâm phạm đến lợi ích hợp pháp của chủ thể khác.

2.2.2.3. Sự thiện chí, trung thực khi thực hiện quyền, nhiệm vụ được giao

Khi thực hiện nhiệm vụ được giao, NQLCTCP phải thực hiện công việc một cách thiện chí, trung thực vì lợi ích tốt nhất của công ty. Có học giả định nghĩa:

“Thiện chí, trung thực” là “trạng thái tâm lý bao gồm (1) sự trung thực trong niềm tin hoặc mục đích, (2) sự trung thực với bản phận hoặc nghĩa vụ của mình, (3) tuân thủ những chuẩn mực thương mại hợp lý cho một giao dịch công bằng trong kinh doanh - thương mại, hoặc (4) hoặc không có ý định lừa dối hoặc tìm kiếm những lợi thế không chính đáng, và được gọi với tên khác là “bona fides” (thiện ý). Nhìn chung, đó là sự tin tưởng một cách trung thực và hợp lý về một hành vi đúng. [55, tr. 1069].

“Thiện chí, trung thực” cũng có thể được lý giải như sau: “...Trong quan hệ dân sự liên quan đến tài sản, biểu hiện tập trung nhất của nguyên tắc thiện chí, trung

thực là không vụ lợi, không vì lợi ích của chính mình mà làm thiệt hại đến lợi ích của người khác.” [30, tr. 28-29]

Như các phân trên đã phân tích, quan hệ giữa công ty và NQLCTCP là quan hệ đại diện, trong đó NQLCTCP là người đại diện, nhân danh công ty thực hiện các hành vi. Nguyên tắc thiện chí, trung thực là một trong những nguyên tắc nền tảng của các quan hệ dân sự. Vì vậy NQLCTCP cũng phải “thiện chí, trung thực” với công ty trong mối quan hệ giữa công ty với NQLCTCP. Nói cách khác, “thiện chí, trung thực” là yếu tố không thể thiếu trong các ứng xử của NQLCTCP đối với công ty. Theo đó, “thiện chí, trung thực” đòi hỏi NQLCTCP phải thực hiện hành vi mà người này tin tưởng một cách hợp lý rằng hành vi vì lợi ích tốt nhất của công ty. Thiện chí, trung thực cũng là yếu tố cấu thành nội dung nghĩa vụ đối với người thứ ba. Theo đó, NQLCTCP không được có hành vi xâm phạm lợi ích của người thứ ba.

2.3. NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

2.3.1. Khái niệm và nguyên tắc của pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Đề nghĩa vụ của NQLCTCP là công cụ hiệu quả trong quản trị công ty, pháp luật cần quy định những nội dung sau liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP:

Thứ nhất, pháp luật cần xây dựng các chuẩn mực xử sự mà NQLCTCP phải thực hiện theo khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao.

Thứ hai, pháp luật cần có các quy định về các chế tài áp dụng trong trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ.

Thứ ba, pháp luật cần thiết kế các cơ chế để bảo đảm việc thực thi các quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP. Ngoài ra, pháp luật cũng cần xây dựng các cơ chế để giám sát nhằm ngăn ngừa NQLCTCP có hành vi vi phạm nghĩa vụ.

Từ các phân tích trên có thể định nghĩa pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP như sau:

Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP là hệ thống các quy phạm pháp luật quy định về các nghĩa vụ của NQLCTCP, các biện pháp chế tài áp dụng khi NQLCTCP vi phạm các nghĩa vụ này và các cơ chế bảo đảm thực thi các nghĩa vụ của NQLCTCP.

Các nguyên tắc chi phối nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bao gồm:

(1) **Nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công ty**: Đây là nguyên tắc có tính xuyên suốt. Theo nguyên tắc này, NQLCTCP phải thực hiện

nhệm vụ và quyền hạn được giao theo những chuẩn mực nhất định vì lợi ích tốt nhất của công ty. Trong trường hợp NQLCTCP xâm phạm lợi ích hợp pháp của công ty, cần có những chế tài phù hợp để bù đắp những tổn thất mà công ty phải gánh chịu cũng như xử lý nghiêm khắc người vi phạm. Chế tài cũng cần đủ mạnh để có sức răn đe, ngăn chặn những hành vi vi phạm tiếp theo. Bên cạnh đó, nguyên tắc này cũng đòi hỏi một cơ chế thực thi nghĩa vụ của NQLCTCP đầy đủ, linh hoạt và hiệu quả để công ty có thể bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

(2) **Nguyên tắc công bằng:** Theo ngôn ngữ thông thường, công bằng là “theo đúng lẽ phải, không thiên vị.” [32, tr. 207]. Mặc dù, khó có thể đưa ra một định nghĩa toàn diện và đầy đủ về công bằng, nhưng nguyên tắc công bằng thể hiện trong nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP như sau:

Thứ nhất, xung đột lợi ích là yếu tố luôn tồn tại trong các mối quan hệ của công ty, vì vậy công bằng trước hết được xem xét dưới góc độ giải quyết xung đột lợi ích. Yếu tố công bằng luôn đặt ra khi mà người đại diện thực hiện các giao dịch tạo ra xung đột lợi ích đáng kể giữa người đại diện và người ủy quyền. [88, tr. 443]. Nguyên tắc cơ bản của hành vi công bằng là bảo đảm rằng một người không đạt lợi ích của mình bằng việc gây ra thiệt hại tương ứng cho người khác. [57, tr. 731]. Cũng có người cho rằng công bằng xã hội là tình trạng mà mọi quyền lợi, nghĩa vụ của các thành viên xã hội có và được thực hiện phù hợp với các giá trị xã hội để khuyến khích tối đa khả năng đóng góp và hạn chế tối thiểu khả năng gây hại của mỗi cá nhân cho xã hội trong dài hạn. [8, tr. 83]. Như vậy xét ở góc độ xung đột lợi ích, công bằng không đồng nghĩa với cào bằng về lợi ích mà công bằng đòi hỏi một chủ thể đạt được lợi ích của mình trên cơ sở tôn trọng và không xâm hại lợi ích của chủ thể khác và lợi ích chung của xã hội. Vì vậy, nguyên tắc công bằng được thể hiện trong các nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP như sau:

(i) Việc tối đa hóa lợi ích của công ty không được xâm phạm lợi ích của chủ thể khác và không gây thiệt hại cho xã hội.

(ii) Lợi ích hợp pháp và chính đáng của NQLCTCP được bảo đảm. Bên cạnh đó, các GDCNCTL phải được xác lập và thực hiện theo nguyên tắc thị trường về giá cả và các điều kiện thương mại khác.

Thứ hai, nguyên tắc công bằng cũng đòi hỏi gánh nặng nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP không được cào bằng mà phải được xác định hợp lý trên cơ sở thẩm quyền của NQLCTCP. Khi áp dụng trên thực tiễn, nội dung nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP cần được giải thích và áp dụng phù hợp với hoàn cảnh của mỗi công ty.

(3) **Nguyên tắc thiện chí, trung thực:** Thiện chí, trung thực là yếu tố không thể thiếu trong nội dung các nghĩa vụ của NQLCTCP.

(4) **Nguyên tắc tự do thỏa thuận:** Quan hệ giữa công ty với NQLCTCP là quan hệ dân sự. Vì vậy, nguyên tắc tự do thỏa thuận là nguyên tắc chỉ đạo trong mối quan hệ giữa công ty với NQLCTCP. Theo nguyên tắc này pháp luật thừa nhận các thỏa thuận hợp pháp giữa các bên. Ngoài ra, pháp luật cũng thừa nhận công ty được quyền tự do xác định các nội dung về khái niệm NQLCTCP, các nghĩa vụ của NQLCTCP, trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP trong điều lệ, các quy chế quản lý nội bộ và thỏa thuận giữa công ty với NQLCTCP. Các thỏa thuận này có thể nằm trong các hợp đồng lao động, hợp đồng quản lý, quyết định bổ nhiệm hoặc các văn bản khác. Tuy nhiên, điều lệ, quy chế quản lý nội bộ và các thỏa thuận giữa công ty với NQLCTCP phải được xác lập đúng thẩm quyền và thể thức, cũng như không được trái với quy phạm bắt buộc.

(5) **Nguyên tắc không cản trở NQLCTCP mạo hiểm và sáng tạo trong hoạt động quản lý kinh doanh:** Pháp luật quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP nhằm mục đích ngăn chặn các hành vi sai trái của NQLCTCP nhưng không có mục đích ngăn cản sự mạo hiểm và sáng tạo của NQLCTCP trong quản lý kinh doanh. Vì vậy, trong nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần có những nội dung nhằm bảo đảm cho NQLCTCP được tự do mạo hiểm, sáng tạo trong trong hành lang pháp lý.

2.3.2. Nguồn luật điều chỉnh về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Trước hết, quan hệ giữa CTCP với NQLCTCP chủ yếu do luật doanh nghiệp điều chỉnh. Vì vậy, nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty được quy định trong luật doanh nghiệp. Bên cạnh luật doanh nghiệp, một số luật chuyên ngành khác cũng có quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP như các đạo luật về tổ chức tín dụng, các đạo luật về chứng khoán,... Như vậy, luật doanh nghiệp giữ vai trò là luật chung và các đạo luật khác đóng vai trò là đạo luật chuyên ngành. Trong mối quan hệ này, luật chung đóng vai trò là nền tảng để các luật chuyên ngành xây dựng các nội dung về nghĩa vụ của NQLCTCP nhằm bảo đảm tính thống nhất. Về nguyên tắc, đối với các nghĩa vụ chung đã được luật chung quy định thì luật chuyên ngành không quy định để tránh mâu thuẫn, chồng chéo. Vì vậy luật chung chỉ nên đưa ra các nguyên tắc mang tính khái quát, định hướng. Các nội dung cụ thể để luật chuyên ngành quy định hoặc để văn bản dưới luật hướng dẫn hoặc án lệ giải thích. Luật chuyên ngành quy định về những nghĩa vụ mà luật chung không đề cập hoặc cụ thể hóa những nguyên tắc đã được luật chung đưa ra. Ngoài ra, bộ luật dân sự cũng chứa đựng

những quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Bên cạnh đó, trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP được quy định trong luật doanh nghiệp, bộ luật dân sự, bộ luật hình sự, luật xử lý vi phạm hành chính và các luật chuyên ngành có liên quan.

Một vấn đề không thể phủ nhận là có nhiều NQLCTCP đồng thời là người lao động⁶. Vấn đề đặt ra là luật doanh nghiệp hay luật lao động điều chỉnh quan hệ giữa công ty với NQLCTCP đồng thời là người lao động? Như các phần trên của luận án đã chỉ ra, cần phải có những chuẩn mực hành vi chặt chẽ, khắt khe nhằm ngăn ngừa những hành vi sai trái của NQLCTCP. Luật lao động có mục tiêu chủ yếu là bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động. Đồng thời, các quy định về nghĩa vụ và trách nhiệm của người lao động thường ít khắt khe. Việc xử lý kỷ luật lao động và áp dụng trách nhiệm vật chất đối với người lao động rất phức tạp và khó khăn cho người sử dụng lao động. Vì vậy, các quy định của pháp luật lao động không phù hợp để ngăn ngừa NQLCTCP thực hiện các hành vi sai trái. Trong khi đó luật doanh nghiệp có mục tiêu bảo vệ nhà đầu tư và công ty. Do đó, các chuẩn mực ứng xử của NQLCTCP được quy định bởi luật doanh nghiệp có xu hướng chặt chẽ và khắt khe hơn. Vì lẽ đó, việc áp dụng luật doanh nghiệp để điều chỉnh mối quan hệ giữa công ty với NQLCTCP đồng thời là người lao động là phù hợp. Bên cạnh đó, các đạo luật chuyên ngành, bộ luật dân sự, bộ luật hình sự sẽ được áp dụng để xác định nghĩa vụ và trách nhiệm của một người với tư cách là NQLCTCP dù người này có đồng thời là người lao động hay không.

Các luật do Quốc hội (Nghị viện) ban hành chủ yếu đưa ra các quy định chung, nên rất cần sự hướng dẫn, giải thích của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Đối với các nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty, có hai hướng giải thích pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Hướng thứ nhất, chính phủ hoặc cơ quan cấp bộ (gọi chung là cơ quan hành chính trung ương) ban hành văn bản hướng dẫn thi hành nội dung pháp luật về nghĩa vụ trong luật doanh nghiệp. Theo hướng này, cơ quan hành chính trung ương ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành luật doanh nghiệp như nghị định, thông tư trong đó có nội dung về nghĩa vụ. Tuy nhiên, các cơ quan hành chính chủ yếu có chức năng quản lý hành chính liên quan đến đăng ký thành lập công ty, giám sát hoạt động của công ty. Như vậy, phạm vi thẩm quyền của các cơ quan hành chính

⁶ Trong luận án này, NQLCTCP đồng thời là người lao động được hiểu là chức danh hoặc vị trí công việc mà người lao động nắm giữ được ghi nhận trong hợp đồng lao động cũng đồng thời là chức danh hoặc vị trí công việc được ghi nhận là NQLCTCP.

chỉ giới hạn trong các hoạt động đăng ký, thay đổi, giải thể công ty, giám sát hoạt động của công ty nhằm bảo vệ lợi ích công cộng. Trong khi đó, quan hệ giữa công ty với NQLCTCP là quan hệ tư. Nên rất khó có cơ sở để cơ quan hành chính trung ương có những hướng dẫn về nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty. Hơn nữa, với chức năng quản lý hành chính nhà nước, các cơ quan hành chính trung ương không có nhiều kỹ năng và kinh nghiệm về các quan hệ pháp luật tư. Nên việc cơ quan hành chính trung ương ban hành văn bản hướng dẫn thi hành về nghĩa vụ của NQLCTCP sẽ không khả thi. Các hướng dẫn này sẽ không phù hợp với tính chất của các quan hệ luật tư.

Hướng thứ hai, nội dung nghĩa vụ sẽ được giải thích bởi tòa án thông qua các bản án, quyết định giải quyết các vụ việc cụ thể về nghĩa vụ của NQLCTCP. Tòa án là cơ quan có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp trong thực tiễn cuộc sống. Trong quá trình giải quyết tranh chấp, tòa án giải thích và áp dụng pháp luật. Để giải thích và áp dụng pháp luật khi giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của NQLCTCP, tùy từng hoàn cảnh cụ thể, tòa án sẽ vận dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, các tập quán quản trị, các nguyên lý chung về quản trị, tính hợp lý trong việc thực hiện công việc của NQLCTCP và những giá trị và chuẩn mực kinh doanh khác. Ngoài ra trong quá trình xét xử, tòa án cũng có thể tham khảo quan điểm của các nhà khoa học, chuyên gia pháp lý. Tòa án cũng có thể nghiên cứu, tham khảo pháp luật nước ngoài, quan điểm của tòa án nước ngoài để đưa ra quan điểm xét xử. Những giải thích, quan điểm của tòa án xuất phát từ và gắn chặt với thực tiễn nên luôn phù hợp với thực tiễn. Khi các quan điểm của tòa án đưa ra để giải quyết một vụ việc cụ thể được thừa nhận là một khuôn mẫu sẽ được áp dụng để giải quyết các vụ việc tương tự sau này. Như vậy, án lệ cũng trở thành một nguồn luật quan trọng điều chỉnh các quan hệ pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty. Phạm Duy Nghĩa cũng chỉ ra rằng, nghĩa vụ cản trở và nghĩa vụ trung thành cần được tòa án giải thích thông qua án lệ. [19, tr. 155].

Tuy nhiên, không thể phủ nhận vai trò của các văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan hành chính nhà nước cấp trung ương ban hành. Bởi vì, các văn bản này chứa đựng các quy định cụ thể về các quyền, nghĩa vụ của công ty. Trong nhiều trường hợp để xác định xem NQLCTCP có vi phạm nghĩa vụ đối với công ty hay không, cần phải viện dẫn các quy định từ các văn bản này.

Đối với các nghĩa vụ của NQLCTCP mà nghĩa vụ này được quy định nhằm bảo vệ lợi ích công, như bảo vệ môi trường, thuế, trật tự thị trường chứng khoán,...thì cơ quan hành chính nhà nước cấp trung ương sẽ ban hành văn bản

hướng dẫn thi hành các quy định trong các đạo luật liên quan. Bên cạnh đó, tòa án vẫn giải thích nội dung các quy định này thông qua án lệ.

Như vậy nguồn luật điều chỉnh các quan hệ về nghĩa vụ của NQLCTCP bao gồm: luật doanh nghiệp và các luật chuyên ngành, bộ luật hình sự, bộ luật dân sự, luật xử lý vi phạm hành chính, các văn bản dưới luật do các cơ quan hành chính nhà nước cấp trung ương hướng dẫn thi hành các nội dung pháp lý liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP và án lệ giải thích nội dung pháp lý về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Trong quản trị doanh nghiệp, các nhà quản trị còn phải tuân theo những chuẩn mực quản trị chung. Những chuẩn mực quản trị chung là những tiêu chuẩn hành vi của nhà quản trị được thừa nhận và áp dụng thường xuyên và rộng rãi trong lĩnh vực quản trị. Trong thực tiễn xét xử, tòa án cũng có thể tham khảo và vận dụng các chuẩn mực quản trị chung này như các tập quán trong quản trị. Tòa án chỉ áp dụng các tập quán quản trị khi chưa có quy phạm pháp luật về vấn đề đang giải quyết và việc áp dụng tập quán không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật.

Hiện nay, quy chế do các tổ chức tự quản (SRO) ban hành đã được thừa nhận là nguồn bổ sung rất hiệu quả cho nguồn luật chính thức. Các quy chế này được gọi là luật mềm. Felice B.Friedman định nghĩa: “Tổ chức tự quản là một tổ chức phi chính phủ có trách nhiệm quản lý thành viên của mình bằng việc ban hành ra quy chế để điều chỉnh và thông thường có thẩm quyền thực thi các quy chế này.” [64, tr. 8]. Hội đồng quốc tế các hiệp hội chứng khoán (ICSA) chỉ ra các thẩm quyền của SRO:

... (c) có thẩm quyền được quy định bởi luật thành văn và/hoặc được cơ quan chính phủ ủy quyền; (d) ban hành các quy chế điều chỉnh tổ chức, cá nhân thuộc thẩm quyền quản lý của tổ chức này; (e) giám sát việc tuân thủ các quy chế trên và giám sát thị trường nếu có thẩm quyền này; (f) xử lý vi phạm đối với thành viên vi phạm các quy chế trên; [77, tr. 5].

Các SRO ban hành các quy chế buộc các thành viên phải tuân thủ hoặc nếu không tuân thủ phải giải trình. Lyman P.Q. Johnson & David Millon cũng thừa nhận các quy chế của NYSE và Nasdaq là nguồn song hành và tương thích với khung pháp luật của bang. [89, tr. 1602-1603]. Ngoài các quy chế tự quản do các sở giao dịch chứng khoán ban hành, luật mềm còn bao gồm các quy chế quản trị do các phòng thương mại, các hiệp hội kinh doanh và ngân hàng, các tổ chức quốc tế xây dựng, thực hành tốt nhất và các quy chế tự quản cũng như kỷ luật thị trường khác. [84, tr. 11-12]. Hiện nay, các sở giao dịch chứng khoán ở Châu Âu sử dụng điều lệ mẫu, hoặc các quy chế quản trị mẫu để các công ty niêm yết “tuân thủ hoặc giải trình”. Ở nhiều nước có bộ quy tắc quản trị doanh nghiệp, bộ quy tắc này không

phải là luật nên không có hiệu lực bắt buộc. Tuy nhiên, hầu hết các công ty niêm yết đều tuân thủ theo các quy chế quản trị mẫu này. Các công ty niêm yết trên thị trường chứng khoán New York (NYSE) phải tuân thủ các chuẩn mực quản trị doanh nghiệp rất chặt chẽ của NYSE nếu không sẽ không được niêm yết trừ những ngoại lệ do NYSE quy định.

2.3.3. Nội dung pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

2.3.3.1. Các nhóm nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

NQLCTCP có ba nhóm nghĩa vụ cơ bản đối với công ty là: (1) sự tận tâm một cách thiện chí, trung thực vào hoạt động kinh doanh; (2) trung thành với công ty; và (3) cẩn trọng một cách hợp lý trong các quyết định kinh doanh. [49, tr. 221]. OECD (2008) cũng khuyến nghị về nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ trung thành của thành viên HĐQT đối với công ty và cổ đông: “Thành viên HĐQT có nghĩa vụ thực hiện công việc trên cơ sở thông tin đầy đủ, với sự thiện chí, cẩn trọng và vì lợi ích tối đa của công ty và cổ đông.” [109, tr. 23]

Bên cạnh nghĩa vụ đối với công ty, trong một số trường hợp nhất định, NQLCTCP cũng có nghĩa vụ đối với người thứ ba.

a) Nghĩa vụ cẩn trọng:

Từ điển Tiếng Việt định nghĩa cẩn trọng là “do coi trọng mà có ý thức cẩn thận đối với việc gì.” [32, tr. 123]. Trong khi đó cẩn thận là “có ý thức tránh sơ suất, đề phòng những điều không hay có thể xảy ra.” [32, tr. 123]. Nếu hiểu một cách thông thường thì nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP phải coi trọng nhiệm vụ được giao và có ý thức tránh sơ suất, đề phòng những bất lợi cho công ty xảy ra trong quá trình thực hiện nhiệm vụ được giao. Phạm Duy Nghĩa (2009) lý giải: “về cơ bản người quản trị phải ứng xử theo những sự lựa chọn và thói quen hợp lý mà người ta có thể chờ đợi ở bất kỳ nhà kinh doanh nào.” [19, tr. 98].

Như vậy, nội dung pháp lý của nghĩa vụ cẩn trọng được thể hiện như sau:

Thứ nhất, nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP phải tận tâm, miễn cưỡng với nhiệm vụ được giao, có nghĩa là NQLCTCP phải thực hiện đúng và đầy đủ nhiệm vụ được giao một cách thiện chí, trung thực vì lợi ích tốt nhất của công ty. Ví dụ, thành viên HĐQT phải tham dự các cuộc họp của HĐQT, việc thành viên HĐQT không tham dự cuộc họp HĐQT mà không có lý do chính đáng được coi là không thực hiện đúng và đầy đủ nhiệm vụ được giao.

Thứ hai, nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP ra quyết định trên cơ sở đầy đủ thông tin đáng tin cậy. NQLCTCP là người có thẩm quyền ra hoặc tham gia ra các quyết định quan trọng của công ty. Do vậy, NQLCTCP phải ra hoặc

thông qua các quyết định đúng đắn. Chỉ có thể giải quyết đúng đắn một vấn đề nào đó nếu có thông tin đầy đủ và chính xác. [11, tr. 41]. Nên, nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi quyết định của NQLCTCP phải dựa trên thông tin đầy đủ từ nguồn thông tin đáng tin cậy. Vì vậy, khi ra hoặc thông qua quyết định, NQLCTCP phải tiến hành các thủ tục hợp lý để thu thập các thông tin có từ nguồn có độ tin cậy cao. Sau đó, NQLCTCP phải tiến hành phân tích, xử lý thông tin. Sau khi phân tích và xử lý thông tin, NQLCTCP mới được ra hoặc thông qua quyết định. Tùy từng hoàn cảnh mà xác định thể nào được coi là thông tin đầy đủ. Về nguyên tắc, thông tin có từ nhiều nguồn khác nhau, NQLCTCP chỉ được dựa vào các nguồn thông tin hợp pháp và có độ tin cậy cao. Liên quan đến việc ra quyết định trên cơ sở thông tin đầy đủ, Paul Graf tổng hợp một số hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng của NĐH trên thực tiễn như sau :

“1. NĐH bỏ qua những đề xuất của cấp dưới đáng tin cậy có thể ngăn ngừa thiệt hại cho công ty; 2. Đáng lẽ NĐH có thể mua được một bộ phận lớn của thiết bị với giá rẻ hơn, nhưng đã không yêu cầu phòng vật tư tìm nguồn thiết bị trên toàn thế giới; 3. Sản phẩm mới là một thất bại tài chính vì NĐH đã phụ thuộc quá nhiều vào tiếp thị trong khi đó một nghiên cứu bổ sung có thể chỉ ra những khiếm khuyết của chiến lược; 4. Công ty là nạn nhân của hành vi lừa đảo của người lao động, NĐH tuyển dụng người lao động này đã không yêu cầu kiểm tra lý lịch tư pháp mà lại dựa vào sự bảo đảm của một đồng nghiệp hoặc lý lịch lao động.” [110, tr. 322].

Nội dung của các quy định pháp luật có liên quan cũng là thông tin mà NQLCTCP phải thu thập, phân tích, đánh giá trước khi ra hoặc thông qua quyết định nhằm bảo đảm quyết định không trái pháp luật, nếu không sẽ gây rủi ro pháp lý cho công ty, như công ty sẽ bị áp dụng các biện pháp chế tài.

Thứ ba, nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP phải thực hiện các biện pháp, thủ tục và qui trình giám sát hợp lý nhằm ngăn ngừa, phát hiện, xử lý và kiểm soát rủi ro cho công ty. Trong phạm vi quyền hạn của mình, NQLCTCP còn có nhiệm vụ giám sát nhằm phát hiện, ngăn ngừa và xử lý rủi ro cho công ty. Thành viên HĐQT có nhiệm vụ giám sát ban điều hành. GD có nhiệm vụ giám sát hoạt động của toàn thể những người quản lý dưới quyền và người lao động. Nghĩa vụ cẩn trọng cũng đòi hỏi NQLCTCP phải thực hiện đầy đủ nhiệm vụ giám sát nhằm ngăn ngừa các hành vi vi phạm pháp luật, vi phạm điều lệ, quy chế của công ty và các hành vi khác gây thiệt hại cho công ty. Đồng thời, NQLCTCP cũng phải xây

dựng được hệ thống ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro cho công ty (gọi chung là “hệ thống kiểm soát rủi ro”). Các nghĩa vụ vừa nêu trên được gọi chung là nghĩa vụ kiểm soát rủi ro. Trong một số lĩnh vực đặc thù như ngân hàng, NQLCTCP phải xây dựng hệ thống kiểm soát rủi ro theo đúng quy định của pháp luật và chuẩn mực của ngành. Đối với các lĩnh vực khác mà pháp luật không quy định bắt buộc phải xây dựng hệ thống kiểm soát rủi ro theo tiêu chuẩn nhất định thì hệ thống kiểm soát rủi ro phải hợp lý, phù hợp với hoàn cảnh thực tế và chuẩn mực quản trị chung. Về cơ bản, hệ thống kiểm soát rủi ro phải bảo đảm NQLCTCP có khả năng tiếp nhận, trao đổi thông tin để có thể phân tích, đánh giá, phát hiện, ngăn ngừa, hạn chế, kiểm soát và xử lý rủi ro. Lyman P.Q. Johnson & David Millon phân tích:

Không nghi ngờ gì khi nghĩa vụ này đòi hỏi NDH cao cấp có trách nhiệm thiết lập qui trình giám sát nội bộ phù hợp bao gồm hệ thống kiểm soát tài chính thích hợp nhằm phát hiện ra những sai sót hoặc tì vết trong hoạt động kế toán, cũng như hành vi tham ô các nguồn quỹ của công ty. NDH cao cấp không thể mù quáng chấp nhận báo cáo tài chính từ cấp dưới mà không có cơ sở để tin tưởng vào báo cáo này. NDH cao cấp có nghĩa vụ cẩn trọng một cách chắc chắn đến mức không thể bị chấm dứt khi NDH cao cấp chuyển nghĩa vụ này cho kiểm toán bên ngoài hoặc ban kiểm toán của HĐQT để xem xét tính chính xác của các báo cáo tài chính. Hơn nữa, NDH cao cấp cần bảo đảm sự tồn tại của hệ thống thông tin có khả năng phát hiện ra các hành vi vi phạm pháp luật. [89, tr. 1637].

Bên cạnh đó, pháp luật cũng phân định rõ ranh giới giữa vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng và không vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

Thứ nhất, các quyết định kinh doanh là những quyết định đầy tính mạo hiểm và có độ rủi ro cao. NQLCTCP thường là những người có kiến thức và kinh nghiệm trong lĩnh vực kinh doanh của công ty. Tuy nhiên, điều đó không bảo đảm tất cả các quyết định của họ không sai lầm và không gây thiệt hại cho công ty. Sự đúng sai của quyết định phụ thuộc vào thông tin, khả năng đánh giá thông tin của NQLCTCP, những diễn biến nằm ngoài khả năng dự đoán của con người... Trên thực tế, rất khó khăn để định một quyết định là đúng hay sai tại thời điểm ra quyết định. Chỉ sau một thời gian, người ta chỉ có thể dựa vào hậu quả của quyết định mà đánh giá tính đúng sai của quyết định. Do đó, tòa án không nên thay nhà kinh doanh để đánh giá tính đúng sai của quyết định. Bởi vì, bản thân các nhà kinh doanh chuyên nghiệp cũng chưa chắc đã đánh giá được tính đúng sai của nội dung của quyết định kinh doanh. Vì vậy tòa án chỉ nên xem xét về mặt thể thức ra quyết định.

Nếu một quyết định được ban hành mà tuân thủ theo đúng qui trình, thủ tục, trên cơ sở đầy đủ thông tin, người ra quyết định thiện chí, trung thực và ra quyết định vì lợi ích tốt nhất của công ty, thì người ra quyết định không vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng và không phải chịu trách nhiệm pháp lý.

Thứ hai, trong phạm vi nhiệm vụ quyền hạn của mình, NQLCTCP phải có nghĩa vụ kiểm soát rủi ro. Tuy nhiên, rủi ro là những sự kiện bất lợi cho công ty nhưng lại xảy ra trong tương lai. Việc đánh giá một sự kiện có khả năng xảy ra trong tương lai được dựa trên các mô hình nhất định trên cơ sở các sự kiện xảy ra trong quá khứ cũng như hiện tại. Vì vậy, không phải trong mọi trường hợp, NQLCTCP có khả năng phát hiện ra tất cả các rủi ro. Cho nên sẽ là không công bằng nếu như trong mọi trường hợp đều qui chụp cho NQLCTCP là “thiếu trách nhiệm” hoặc “vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng” khi để xảy ra rủi ro cho công ty. Để xác định trách nhiệm của NQLCTCP, cần dựa vào qui trình kiểm soát rủi ro, chứ không chỉ dựa vào hậu quả là rủi ro xảy ra. Như vậy, nếu NQLCTCP đã thiết lập được hệ thống kiểm soát rủi ro, thực hiện đầy đủ các thủ tục, biện pháp và qui trình cần thiết và hợp lý nhằm ngăn ngừa, phát hiện và xử lý rủi ro mà rủi ro vẫn xảy ra thì không thuộc trường hợp vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng và không phải chịu trách nhiệm pháp lý.

b) Nghĩa vụ trung thành:

NQLCTCP có nghĩa vụ trung thành với công ty. “Điều đó có nghĩa là khi xảy ra xung đột lợi ích thì lợi ích của công ty được ưu tiên, thành viên HĐQT không được sử dụng thông tin có được từ vị trí công việc của mình để phục vụ lợi ích riêng, mà phải thực hiện công việc vì lợi ích tốt nhất của công ty.” [86, tr. 431].

Nghĩa vụ trung thành là một nhóm các nghĩa vụ đề cập đến thái độ ứng xử của NQLCTCP trong trường hợp có xung đột lợi ích với công ty. Yêu cầu cốt lõi của nghĩa vụ trung thành là NQLCTCP phải bảo đảm lợi ích tốt nhất của công ty khi có xung đột lợi ích. Có thể thấy nội dung của nghĩa vụ trung thành bao gồm: (1) các xử sự mà NQLCTCP phải thực hiện khi xác lập GDCNCTL; (2) các xử sự mà NQLCTCP phải thực hiện đối với tài sản của công ty; (3) các xử sự mà NQLCTCP phải thực hiện đối với cơ hội của công ty; và (4) NQLCTCP có được phép cạnh tranh với công ty không.

Các xử sự mà NQLCTCP phải thực hiện khi xác lập GDCNCTL: Tư lợi là lợi ích riêng của cá nhân, đối lập với lợi ích chung. [32, tr. 1071]. Trong việc xem xét GDCNCTL giữa NQLCTCP với công ty, Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg cho rằng, GDCNCTL phát sinh khi công ty giao dịch trực tiếp với NQLCTCP, hoặc với công ty mà NQLCTCP có lợi ích tài chính. [76, tr. 81]. Có thể thấy GDCNCTL có những đặc điểm sau:

Thứ nhất, giao dịch mà công ty là một bên chủ thể trong đó NQLCTCP có lợi ích trực tiếp hoặc gián tiếp. Lợi ích trực tiếp của NQLCTCP có thể được hiểu là trường hợp mà NQLCTCP trực tiếp giao dịch với công ty như trực tiếp vay tiền của công ty, trực tiếp bán hàng cho công ty. Lợi ích trực tiếp cũng được hiểu là trường hợp NQLCTCP có lợi ích phát sinh trực tiếp từ giao dịch đó, như được hưởng hoa hồng, được chia lợi nhuận, được hưởng các đặc quyền, đặc lợi trực tiếp từ giao dịch do một bên có giao dịch với công ty chi trả... Về mặt truyền thống, lợi ích ở đây được hiểu là lợi ích vật chất. Tuy nhiên, trên thực tế, lợi ích phi vật chất cũng có ảnh hưởng không nhỏ đến các quyết định của NQLCTCP. Do đó, lợi ích của NQLCTCP cần được hiểu không chỉ là lợi ích vật chất mà còn bao hàm các lợi ích cá nhân khác. Đó là những “những điều có ích, có lợi cho một đối tượng nào đó trong mối quan hệ với đối tượng ấy (nói một cách khái quát)”. [32, tr. 587]. Một mối quan hệ tình cảm đạt được không theo một quy luật tự nhiên mà hình thành từ sự trao đổi với một lợi ích vật chất, một lợi thế phi vật chất mà chính bản thân NQLCTCP mong muốn đạt được là những ví dụ điển hình cho những lợi ích phi vật chất. Tuy nhiên, lợi ích phi vật chất rất trừu tượng và có nội hàm rộng nên việc xác định một lợi ích mà NQLCTCP có được từ giao dịch có là yếu tố cấu thành GDCNCTL hay không sẽ được xem xét trong từng hoàn cảnh cụ thể.

Lợi ích gián tiếp được hiểu là trường hợp mà công ty xác lập giao dịch với người liên quan của NQLCTCP. Có hai phương pháp định nghĩa “người có liên quan”. Theo phương pháp thứ nhất, những người được coi là người có liên quan của NQLCTCP sẽ được liệt kê ra và như vậy, những người không được liệt kê không được coi là người có liên quan của NQLCTCP. Tuy nhiên, nếu chỉ sử dụng phương pháp liệt kê có thể sẽ bỏ lọt những người mà rõ ràng “có liên quan” với NQLCTCP. Phương pháp thứ hai gọi là phương pháp trừu tượng hóa, theo đó đặc điểm của người có liên quan của người quản lý CTCP sẽ được đưa ra. Như vậy, người có liên quan của NQLCTCP sẽ được nhận diện thông qua các đặc điểm này. Tuy nhiên, điểm hạn chế của phương pháp này là trừu tượng, không rõ ràng, cụ thể và dễ dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau. Phương pháp thứ ba, kết hợp giữa trừu tượng hóa và liệt kê, tạo ra một định nghĩa vừa khái quát hóa được đặc điểm của người có liên quan của NQLCTCP, vừa liệt kê được những người có liên quan phổ biến của NQLCTCP.

Người có liên quan của NQLCTCP là những người có mối quan hệ gắn bó với NQLCTCP về mặt kinh tế, hôn nhân, gia đình, huyết thống hoặc khía cạnh khác mà NQLCTCP với tư cách là một cá nhân bình thường sẽ có xu hướng ưu tiên, hỗ

trợ, giúp đỡ hoặc tạo lợi thế cho những người này. Một người cha luôn có xu hướng tạo điều kiện thuận lợi hơn cho con mình so với người khác, một cổ đông của công ty sẽ có xu hướng tạo thuận lợi hơn cho công ty của mình trong một giao dịch nhất định nếu anh ta có khả năng. Rõ ràng với xu hướng tâm lý như vậy, trong nhiều giao dịch, tính vô tư, khách quan và công bằng có nguy cơ bị ảnh hưởng. Vì vậy, giao dịch giữa công ty với người có liên quan của NQLCTCP cũng được coi là GDCNCTL.

Thứ hai, GDCNCTL có nguy cơ chuyển dịch lợi ích từ công ty sang chủ thể khác. Thực ra, không phải GDCNCTL nào cũng làm cho lợi ích bị chuyển dịch từ công ty sang chủ thể khác. Rất nhiều GDCNCTL nhưng công bằng và bảo đảm lợi ích cho cả hai bên. Chỉ những GDCNCTL không công bằng với công ty mới được coi là giao dịch làm cho lợi ích được chuyển dịch từ công ty sang chủ thể khác. Vì vậy, GDCNCTL không nhất thiết phải gây thiệt hại cho công ty, cổ đông hoặc chủ nợ của công ty mà GDCNCTL chỉ cần dấu hiệu có nguy cơ chuyển dịch lợi ích từ công ty sang chủ thể khác.

GDCNCTL không chỉ có nguy cơ gây thiệt hại cho công ty mà còn cho cả những người có lợi ích liên quan khác như chủ nợ, người lao động, cộng đồng... Nếu các GDCNCTL trở nên phổ biến thì sẽ gây ra những tác động không nhỏ cho môi trường kinh doanh và nền kinh tế. Vì vậy, cần thiết phải kiểm soát GDCNCTL. Các GDCNCTL có thể được kiểm soát bằng một trong hai cách: Cách thứ nhất mang tính cấm đoán, nghĩa là 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 NQLCTCP có lợi ích. Cách thứ hai cho phép thiết lập và thực hiện GDCNCTL trên cơ sở nguyên tắc công bằng nhưng phải tuân thủ các quy định chặt chẽ hơn các giao dịch thông thường. NCS ủng hộ cách tiếp cận thứ hai. Bởi vì, một NQLCTCP giỏi tất yếu sẽ có rất nhiều mối quan hệ và rất dễ dàng có xung đột lợi ích với công ty. Do đó, cần chấp nhận thực trạng NQLCTCP có thể có GDCNCTL tuy nhiên cần phải có quy tắc pháp lý bảo đảm rằng trong tình trạng xung đột lợi ích ấy lợi ích tốt nhất của công ty vẫn được ưu tiên. Nói cách khác, GDCNCTL có thể được xác lập nhưng phải công khai, minh bạch và công bằng. Theo đó, NQLCTCP có liên quan phải bảo đảm: (1) GDCNCTL phải được báo cáo với HĐQT hoặc ĐHCĐ và phải được một trong hai cơ quan này phê chuẩn theo thẩm quyền; và (2) giá cả và các điều kiện khác của giao dịch phải công bằng với công ty theo nguyên tắc thị trường.

Nghĩa vụ không lạm dụng tài sản của công ty: Tài sản của công ty bao gồm tài sản hữu hình và tài sản vô hình. Tài sản hữu hình gồm nhà xưởng, ô tô, máy móc,... Tài sản vô hình bao gồm sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu, thông tin mật... Trong thực tế không thể tránh khỏi việc NQLCTCP lợi dụng vị trí của mình để chiếm đoạt, sử dụng tài sản của công ty phục vụ cho mục đích riêng. Các hành vi như chuyển nhượng, chuyển giao, sử dụng tài sản của công ty, hành vi tiết lộ bí mật kinh doanh của công ty vì mục đích riêng cũng được coi là hành vi chiếm đoạt, sử dụng tài sản của công ty vì mục đích riêng. Hành vi này ảnh hưởng đến việc sử dụng tài sản, giá trị tài sản, cũng như quyền sở hữu tài sản của công ty. Vì vậy, pháp luật cần không cho phép NQLCTCP sử dụng tài sản của công ty cho mục đích riêng. Các công ty có thể quy định cụ thể về nghĩa vụ không lạm dụng tài sản của công ty trong điều lệ và/hoặc trong các hợp đồng giữa công ty với NQLCTCP.

Nghĩa vụ không chiếm đoạt cơ hội của công ty: NQLCTCP cũng không được sử dụng cơ hội kinh doanh của công ty (cơ hội của công ty) vì lợi ích của riêng mình hoặc lợi ích của người khác. Theo nghĩa phổ thông, cơ hội là hoàn cảnh thuận tiện gặp được để làm việc gì thắm mong ước. [32, tr.215]. Từ đó có thể hiểu cơ hội của công ty là những sự kiện, hoàn cảnh xảy ra, thay đổi hoặc chấm dứt làm cho công ty đạt được hoặc có khả năng đạt được những lợi ích nhất định. Thông thường, cơ hội của công ty được nắm bắt thông qua hành vi của NQLCTCP. Như vậy, một câu hỏi đặt ra thế nào là cơ hội của công ty.

Thứ nhất, một cơ hội được coi là cơ hội của công ty nếu có căn cứ rõ ràng rằng công ty mong muốn hoặc cần có được cơ hội này, hay nói cách khác công ty có lợi ích trên cơ hội đó. Một điều hiển nhiên là một cơ hội thuộc phạm vi kinh doanh của công ty đương nhiên được coi là cơ hội của công ty. Bởi vì, trong lĩnh vực kinh doanh của mình, công ty luôn mong muốn và cần có những cơ hội để xác lập các giao dịch tạo ra lợi nhuận hoặc vị thế kinh doanh của mình. Trên thực tế, nhiều công ty đăng ký lĩnh vực, ngành nghề rất rộng nhưng họ chỉ hoạt động trên một số lĩnh vực nhất định. Vì vậy, phạm vi kinh doanh của công ty là phạm vi hoạt động kinh doanh trên thực tế của công ty tại thời điểm phát sinh ra cơ hội.

Trong thực tiễn kinh doanh, vẫn có hiện tượng các công ty mong muốn mở rộng phạm vi kinh doanh. Vì vậy, họ sẵn sàng đầu tư nhân lực, tài chính, cơ sở vật chất và các nguồn lực khác để tìm kiếm hoặc có được cơ hội mở rộng lĩnh vực sản xuất kinh doanh. Vì lẽ đó, nếu NQLCTCP sử dụng nguồn lực của công ty để tìm kiếm và có được cơ hội thì đó được coi là cơ hội của công ty. Ngoài ra, nhiệm vụ của NQLCTCP là không ngừng mở rộng các mối quan hệ cho công ty, nhân danh

công ty tìm kiếm những cơ hội để công ty không ngừng phát triển. Vì vậy, những cơ hội mà một cá nhân tìm kiếm được hoặc có được với tư cách là NQLCTCP cũng được coi là cơ hội của công ty.

Thứ hai, công ty có khả năng nắm bắt được cơ hội. Theo đó, công ty phải có đủ năng lực pháp luật và năng lực tài chính để nắm bắt và thực hiện cơ hội. Năng lực pháp luật được hiểu là công ty có quyền nắm bắt và thực hiện cơ hội. Năng lực tài chính đòi hỏi công ty phải có đủ khả năng tài chính để nắm bắt và thực hiện cơ hội. Do vậy, dù thuộc trường hợp công ty mong muốn hoặc cần có một cơ hội nhất định nhưng không đủ khả năng nắm bắt và thực hiện được nó thì cơ hội này không được coi là cơ hội của công ty. Ngoài ra, nếu công ty từ bỏ một cơ hội thì cơ hội này không còn là cơ hội của công ty nữa.

Nghĩa vụ không chiếm đoạt hoặc sử dụng cơ hội của công ty tiếp tục có hiệu lực khi mà một người đã chắm tư cách NQLCTCP nếu như công ty vẫn tiếp tục duy trì lợi ích trên cơ hội đó.

Nghĩa vụ không cạnh tranh với công ty: Cạnh tranh với công ty là tình trạng NQLCTCP là chủ sở hữu, cổ đông, thành viên hoặc người quản lý của một chủ thể kinh doanh khác cạnh tranh với công ty. Cụ thể hơn, NQLCTCP trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua các quan hệ hợp tác với người khác, hoặc các tổ chức khác thực hiện các hoạt động kinh doanh thuộc lĩnh vực kinh doanh của công ty. Lĩnh vực kinh doanh trong trường hợp này là lĩnh vực kinh doanh trên thực tế của công ty chứ không phải là lĩnh vực kinh doanh được ghi trong giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Một vấn đề đặt ra là pháp luật có nên cấm NQLCTCP cạnh tranh với công ty hay để ngỏ vấn đề này cho các công ty và NQLCTCP tự thỏa thuận và pháp luật chỉ công nhận hiệu lực của các thỏa thuận này, đồng thời kèm theo các cơ chế khác nhằm kiểm soát tình trạng cạnh tranh với công ty. Trong thế giới hiện đại, một cá nhân có năng lực quản lý thường có nhiều mối quan hệ, trong đó có nhiều mối quan hệ kinh doanh. Vì vậy, việc pháp luật cấm NQLCTCP cạnh tranh với công ty sẽ hạn chế sự tham gia kinh doanh của các doanh nhân giỏi. Hơn nữa, việc cấm đoán sẽ trở nên không khả thi khi NQLCTCP tìm nhiều cách khác để lách luật. Vì vậy, nên để các bên tự thỏa thuận hạn chế NQLCTCP cạnh tranh với công ty và pháp luật công nhận hiệu lực của những thỏa thuận công bằng và hợp lý. NQLCTCP phải tuân thủ thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có hiệu lực pháp luật. Ngoài ra, NQLCTCP phải công khai cho công ty những lợi ích tài chính mà NQLCTCP hoặc người liên quan của NQLCTCP có trong các doanh nghiệp khác.

c) Nghĩa vụ tuân thủ điều lệ công ty và quyết định của Đại hội đồng cổ đông:

Điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ là những văn kiện pháp lý chứa đựng quan điểm của công ty và có hiệu lực cao nhất. Việc tuân theo các văn kiện này chính là tuân theo đường lối, chính sách và những lợi ích mà công ty theo đuổi. Vì vậy, NQLCTCP có nghĩa vụ tuân thủ điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ. Khi ra hoặc tham gia ra quyết định, NQLCTCP phải có nghĩa vụ tìm hiểu nội dung của điều lệ và quyết định của ĐHĐCĐ nhằm bảo đảm quyết định không trái với điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ. Nếu Điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ có quy định về quy trình, thủ tục ra quyết định để bảo đảm quyết định không trái pháp luật mà NQLCTCP vi phạm quy định này thì được coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

d) Nghĩa vụ đối với người thứ ba

Người thứ ba có nội hàm rộng bao gồm nhưng không giới hạn cổ đông đơn lẻ, người lao động, chủ nợ, cộng đồng xã hội.

Như đã phân tích ở các nội dung trước, trong phần lớn các trường hợp, không cần thiết phải buộc NQLCTCP phải có nghĩa vụ trực tiếp với người thứ ba. NQLCTCP sẽ bảo đảm lợi ích của người thứ ba thông qua việc người này sẽ thực hiện đúng và đầy đủ những nghĩa vụ của công ty đối với người thứ ba.

Cổ đông hoặc nhóm cổ đông đơn lẻ trong mối quan hệ với công ty và NQLCTCP được coi là người thứ ba. Lợi ích của cổ đông đơn lẻ với lợi ích của công ty (toàn thể cổ đông) không nhất thiết lúc nào cũng đồng nhất. Vì vậy, NQLCTCP không có nghĩa vụ vì lợi ích tốt nhất của cổ đông đơn lẻ. Tuy nhiên, NQLCTCP cũng không được xâm phạm lợi ích của cổ đông đơn lẻ, ngăn cản cổ đông đơn lẻ thực hiện các quyền cơ bản của mình.

Trên thực tế, nhiều công ty có nguồn vốn vay lớn hơn vốn chủ sở hữu.⁷ Ngày nay có nhiều nhà khoa học đặt vấn đề xác định nghĩa vụ của NQLCTCP nhằm bảo vệ lợi ích của chủ nợ. Lawrence E. Mitchell cho rằng NQLCTCP có nghĩa vụ cẩn trọng và nghĩa vụ đối với người sở hữu trái phiếu như đối với toàn bộ cổ đông. [87, tr. 1190] NCS không đồng ý với quan điểm này. Bởi những lý do đã phân tích ở trên. Tuy nhiên, nhận định dưới đây của Lawrence E. Mitchell cần được lưu ý với những yếu tố hợp lý của nó:

Xuất phát từ xung đột lợi ích giữa cổ đông với chủ sở hữu trái phiếu, lợi ích của chủ sở hữu trái phiếu thường bị lạm dụng để tối đa hóa lợi ích

⁷ Theo báo cáo tài chính hợp nhất năm 2015 đã được kiểm toán của Công ty cổ phần Hoàng Anh Gia Lai, số cuối năm của tổng vốn chủ sở hữu là 16.265.720.282 ngàn VND trong khi đó số cuối năm tổng nợ phải trả là 32.962.668.396 ngàn VND.

của cổ đông. Vì vậy, cần thiết phải có các công cụ bảo vệ lợi ích của chủ sở hữu trái phiếu. Các công cụ này phải hướng tới cơ quan quản lý của công ty. [87, tr. 1214].

George S. Corey, M. Wayne Marr, Jr & Michael F. Spiveyare chỉ ra rằng sự khác biệt giữa cổ phần và trái phiếu ngày càng mờ nhạt, nhiều trái phiếu có độ rủi ro cao ngày càng được đối xử như cổ phần và ngược lại nhiều cổ phần ưu đãi lại được đối xử như trái phiếu. [68, tr. 979]. NCS không cho rằng việc một số loại trái phiếu được đối xử như cổ phần và ngược lại một số loại cổ phần ưu đãi được đối xử như trái phiếu làm cho cổ phần và trái phiếu đồng nhất. Nhưng rõ ràng, cổ đông và chủ nợ đều là những người cung cấp vốn cho công ty. Vì vậy, nếu chấp nhận để NQLCTCP lấy lý do tối đa hóa lợi ích của công ty để xâm phạm lợi ích của chủ nợ là chấp nhận sự không công bằng. Khi niềm tin của các chủ nợ bị tổn thương, họ sẽ quá dè dặt với các thị trường nợ và nền kinh tế sẽ thiếu hụt một nguồn vốn lớn phục vụ cho sản xuất, kinh doanh.

Helen Anderson quan niệm về sự không công bằng như sau:

Mặc dù khó khăn trong việc đưa ra một định nghĩa chính xác về công bằng, nhưng có thể thấy sẽ là không công bằng nếu cấu trúc công ty và luật công ty gây khó khăn cho việc thực hiện quyền yêu cầu phát sinh từ hợp đồng hoặc ngoài hợp đồng. Sự không công bằng phát sinh khi thiếu sự cân bằng giữa công ty và thành viên HĐQT với những người bị ảnh hưởng bởi quyết định của họ. [69, tr. 4].

NCS cho rằng chủ nợ cũng cần được đối xử công bằng nhưng không có nghĩa là phải đòi hỏi NQLCTCP phải cào bằng lợi ích của công ty với chủ nợ. Lợi ích tài chính của chủ nợ là các khoản giá trị mà công ty phải trả cho chủ nợ và phụ thuộc vào nguồn tài sản của công ty. NQLCTCP có thể đưa ra các quyết định làm hao hụt giá trị tài sản của công ty mặc dù biết hoặc buộc phải biết các quyết định này đẩy chủ nợ vào rủi ro không thu hồi được nợ đến hạn. Đây chính là sự không công bằng và bất hợp lý. Khi công ty lâm vào tình trạng mất khả năng chi trả các khoản nợ đến hạn, tình trạng vốn mỏng (tỷ lệ vốn vay trên vốn cổ phần chênh lệch quá lớn) hoặc khi đã có quyết định mở thủ tục phá sản, thì NQLCTCP biết hoặc buộc phải biết rằng các quyết định làm giảm giá trị tài sản hoặc tăng các khoản nợ của công ty là các quyết định đẩy chủ nợ vào rủi ro không thu hồi được nợ đến hạn. Vì vậy, trong trường hợp công ty lâm vào tình trạng mất khả năng chi trả các khoản nợ đến hạn, vốn mỏng hoặc đã có quyết định mở thủ tục phá sản, pháp luật cần cấm NQLCTCP ra quyết định làm giảm giá trị tài sản hoặc tăng các khoản nợ của công ty.

Bên cạnh chủ nợ, tùy từng thời kỳ nhất định, pháp luật sẽ xác định những người thứ ba cần được bảo vệ trước hành vi lợi dụng quyền hạn của NQLCTCP để xác định nghĩa vụ cụ thể của NQLCTCP đối với người thứ ba. Ví dụ, pháp luật có những quy định buộc NQLCTCP không được có những hành vi hoặc quyết định nhằm hủy hoại môi trường.

e) Nghĩa vụ tuân thủ pháp luật

NQLCTCP phải thực hiện các nghĩa vụ đối với công ty và người thứ ba theo quy định của pháp luật, đây cũng là nghĩa vụ tuân thủ pháp luật. Tuy nhiên, phần này đề cập đến vấn đề NQLCTCP tuân thủ các quy định khác của pháp luật.

Trong hoạt động kinh doanh, công ty phải tuân thủ pháp luật. Nghĩa vụ này trước hết là nghĩa vụ của pháp nhân. NQLCTCP với tư cách là người đại diện thực hiện các hành vi nhân danh công ty cũng phải tuân thủ pháp luật để bảo đảm công ty không vi phạm pháp luật. Vì vậy, trước hết NQLCTCP phải có nghĩa vụ bảo đảm với công ty rằng họ sẽ tuân thủ pháp luật khi thực hiện quyền hạn, nhiệm vụ được giao. Đây là nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty. Nếu như NQLCTCP không thực hiện theo quy định bắt buộc của pháp luật, công ty sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý, nhưng sau đó công ty có quyền truy cứu trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP. Ví dụ, khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao, người đại diện theo pháp luật và kế toán trưởng có nghĩa vụ bảo đảm công ty nộp báo cáo thuế đúng hạn. Nếu công ty chậm nộp báo cáo thuế thì sẽ bị cơ quan thuế xử phạt vi phạm hành chính. Sau đó, công ty có quyền buộc người đại diện theo pháp luật và kế toán trưởng phải bồi thường cho công ty khoản phạt này. Trong trường hợp này, nếu NQLCTCP do thiếu hiểu biết pháp luật dẫn đến việc thực hiện không đúng quy định bắt buộc của pháp luật gây thiệt hại cho công ty, công ty có thể yêu cầu NQLCTCP chịu trách nhiệm pháp lý do vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. Nếu NQLCTCP cố ý không thực hiện đúng theo quy định bắt buộc của pháp luật thì công ty có thể buộc NQLCTCP chịu trách nhiệm về hành vi cố ý không tuân thủ pháp luật.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt, hành vi vi phạm pháp luật của công ty không chỉ gây ra thiệt hại đặc biệt nghiêm trọng cho các chủ thể trong xã hội mà còn hủy hoại môi trường sống của cộng đồng xã hội, làm mất cân bằng sinh thái, gây ra rủi ro hệ thống cho nền kinh tế, gây mất ổn định kinh tế, chính trị và xã hội. Trong trường hợp này, các nhà làm luật xét thấy cần phải ngăn chặn ngay từ gốc những hành vi vi phạm pháp luật này. Bài học về sự sụp đổ của Enron làm hàng nghìn người mất việc làm, gây thiệt hại hàng triệu USD cho nhà đầu tư vẫn còn đó.

[39]. Một trong những giải pháp mà các nhà làm luật có thể lựa chọn là cá nhân hóa nghĩa vụ của NQLCTCP. Theo đó nghĩa vụ tuân thủ một số quy định đặc biệt quan trọng về môi trường, thuế, chứng khoán, ngân hàng và một số lĩnh vực đặc biệt quan trọng khác không chỉ là nghĩa vụ của công ty mà còn là nghĩa vụ của NQLCTCP. Trong trường hợp này, cả công ty và NQLCTCP đều phải chịu trách nhiệm trực tiếp. Ví dụ, hành vi hủy hoại môi trường của công ty sẽ dẫn đến việc công ty và NQLCTCP ra quyết định hủy hoại môi trường có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự.

Nói tóm lại, nội dung của nghĩa vụ tuân thủ pháp luật bao gồm: (1). NQLCTCP phải tuân thủ và thực hiện đầy đủ nghĩa vụ và trách nhiệm của công ty; (2). NQLCTCP phải tuân thủ và thực hiện đầy đủ nghĩa vụ mà pháp luật quy định cho NQLCTCP.

f) Nghĩa vụ của người điều hành

Trên thực tế, GD và ban điều hành mới là những người có thực quyền quản lý công ty. Đúng như Melvin Aron Eisenberg nhận định:

Trước hết, HĐQT hiếm khi quản lý hoạt động kinh doanh của công ty. Như một nhà khoa học đã chỉ ra: “Trong các hệ thống HĐQT đã được phát triển phổ biến ở các công ty lớn, các công ty niêm yết, HĐQT không thể ‘quản lý’ theo nghĩa hẹp của ngôn ngữ...HĐQT không và không thể ‘chỉ đạo’ công ty theo nghĩa vận hành chúng.” Ở các công ty đóng hoạt động kinh doanh được quản lý trực tiếp bởi chủ sở hữu đồng thời là người quản lý. Trong khi đó ở các công ty đại chúng (...) hoạt động kinh doanh được quản lý bởi những NDH cao cấp.” [95, tr. 376].

Vụ việc trong phụ lục B là bằng chứng sinh động về thực quyền của NDH. NDH có vai trò thực chất hơn so với thành viên HĐQT vì những nguyên nhân sau:

Thứ nhất, về mặt thời gian, thành viên HĐQT (trừ thành viên HĐQT điều hành) không hoạt động có tính chất thường xuyên tại công ty, không có nhiều thời gian dành cho công ty. Vì vậy, công việc quản lý công ty trên thực tế do ban điều hành nắm giữ. Thực ra, hầu như các chính sách do HĐQT thông qua chủ yếu do GD đề xuất.

Thứ hai, các thông tin liên quan đến hoạt động của công ty đều do bộ máy điều hành hoặc nhân sự nằm dưới sự quản lý trực tiếp của bộ máy điều hành cung cấp. Vì vậy chất lượng thông tin đến với thành viên HĐQT phụ thuộc vào ban điều hành.

Thứ ba, ở nhiều công ty, GD là người thực tế kiểm soát công ty thông qua những việc sau:

Thứ nhất mặc dù HĐQT bổ nhiệm GD, nhưng trên thực tế GD lại là người tìm kiếm và giới thiệu ứng viên vào HĐQT. Thứ hai, thay vì HĐQT tìm kiếm người kế nhiệm cho GD, GD lại là người tìm kiếm người kế nhiệm của mình. Thứ ba, GD là người đưa ra mục tiêu, chiến lược, chính sách của công ty chứ không phải HĐQT. [89, tr. 1616-1617].

Với thực tế trên, liệu rằng có phải áp dụng tiêu chuẩn về các nghĩa vụ mà NDH phải tuân thủ cao hơn so với thành viên HĐQT không?

Lyman P.Q. Johnson & David Millon cho rằng nghĩa vụ của NDH chịu ảnh hưởng của hoàn cảnh mà NDH thực hiện nhiệm vụ. [89, tr. 1634]. Nhìn chung, các tác giả này cho rằng nội dung tiêu chuẩn nghĩa vụ của NDH rộng hơn so với nghĩa vụ của thành viên HĐQT. [89, tr. 1634]. Ngược lại có quan điểm cho rằng nghĩa vụ của NDH như nghĩa vụ của thành viên HĐQT. [83, tr. 778]. NCS cho rằng nghĩa vụ cần trọng, nghĩa vụ trung thành, nghĩa vụ tuân thủ pháp luật, nghĩa vụ tuân thủ điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ, nghĩa vụ đối với người thứ ba đều áp dụng cho NQLCTCP. Tuy nhiên, tiêu chuẩn của các nghĩa vụ đó cần được giải thích và áp dụng theo chức năng, thẩm quyền của từng NQLCTCP chứ không áp dụng cào bằng.⁸

Trong mối quan hệ giữa HĐQT với NDH, NDH cần phải tuân theo những chuẩn mực ứng xử nhất định nhằm bảo đảm hiệu quả việc thực hiện quyền giám sát của HĐQT và thành viên HĐQT. Theo đó, NDH phải tuân theo sự giám sát của HĐQT, hành vi chống lại sự giám sát của HĐQT là hành vi sai trái cần phải được xử lý. Do vậy, NDH có hai nghĩa vụ đối với HĐQT là nghĩa vụ báo cáo và nghĩa vụ tuân thủ quyết định của HĐQT.

Theo nguyên tắc của quan hệ đại diện, người đại diện có nghĩa vụ thông báo cho người ủy quyền những thông tin trọng yếu liên quan đến việc đại diện. [45, tr. 227]. Trong khi đó, HĐQT là cơ quan đại diện của công ty trong mối quan hệ với NDH. Vì vậy, NDH có nghĩa vụ báo cáo với HĐQT. Mặc dù NDH có nghĩa vụ báo cáo với HĐQT nhưng thực chất đây vẫn là nghĩa vụ của NDH đối với công ty. NDH cố ý không cung cấp thông tin trọng yếu cho HĐQT phải chịu trách nhiệm trước công ty và cổ đông vì vi phạm nghĩa vụ cơ bản của người đại diện đối với người ủy quyền. [122, tr. 298]. Nghĩa vụ báo cáo HĐQT đòi hỏi NDH:

⁸ Ví dụ, theo điều lệ, GD có quyền tuyển dụng người lao động vào các vị trí trưởng bộ phận mà không cần có sự phê chuẩn của HĐQT. Khi tuyển dụng anh A vào làm việc với vị trí thủ kho, GD đã không kiểm tra kỹ lý lịch của anh A nên không biết rằng anh A đã từng bị kết án về hành vi chiếm đoạt tài sản của công ty. Hậu quả là trong thời gian làm việc ngăn ngừi nhưng anh A đã chiếm đoạt nguyên liệu của công ty. Trong trường hợp này, GD phải chịu trách nhiệm vì vi phạm nghĩa vụ cần trọng, còn thành viên HĐQT không phải chịu trách nhiệm vì việc tuyển dụng thủ kho không thuộc thẩm quyền của HĐQT.

(1) Báo cáo với HĐQT các thông tin liên quan đến công ty thuộc phạm vi thẩm quyền quản lý của NDH. NDH phải báo cáo định kỳ hoặc bất thường theo yêu cầu của HĐQT.

(2) Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn nếu NDH phát hiện ra có vi phạm thì “NDH có nghĩa vụ báo cáo cho HĐQT về những vi phạm mà người này biết.” [45, tr. 227]. Mở rộng ra, trong trường hợp phát hiện có những khiếm khuyết, bất thường hoặc những rủi ro tiềm ẩn cho công ty, NDH phải ngay lập tức báo cáo với HĐQT.

(3) NDH phải cung cấp thông tin liên quan đến công ty thuộc phạm vi thẩm quyền quản lý của NDH cho thành viên HĐQT khi được thành viên HĐQT yêu cầu.

(4) Các thông tin được báo cáo hoặc cung cấp phải trung thực.

Ngoài ra, NDH còn phải tuân theo các quyết định hợp pháp của HĐQT. Liệu NDH có phải tuân theo quyết định trái pháp luật của HĐQT không? Nếu bắt buộc NDH vẫn phải thi hành quyết định trái pháp luật của HĐQT thì đi ngược lại tiêu chuẩn của nghĩa vụ chung của NQLCTCP là “vì lợi ích tốt nhất của công ty”. Vì vậy, khi phát hiện rõ ràng quyết định của HĐQT là trái pháp luật thì NDH phải từ chối thi hành quyết định nhằm bảo đảm lợi ích tốt nhất của công ty. NDH phải báo cáo với HĐQT về vấn đề này và nêu rõ lý do. Nếu HĐQT kết luận rằng quyết định của HĐQT trái pháp luật thì NDH không phải thi hành quyết định của HĐQT. Nếu HĐQT kết luận rằng quyết định của HĐQT không trái pháp luật thì NDH phải thi hành quyết định của HĐQT nhưng có quyền bảo lưu ý kiến. NDH cấp dưới cũng phải tuân thủ quyết định của NDH cấp trên theo quy tắc mà NDH phải tuân thủ quyết định của HĐQT.

2.3.3.2. Nội dung pháp luật về trách nhiệm pháp lý của người quản lý công ty cổ phần

NQLCTCP chỉ chịu trách nhiệm pháp lý đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ của mình chứ không chịu trách nhiệm pháp lý đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ của chủ thể khác. Thông thường, khi NQLCTCP được giao nhiệm vụ đại diện công ty thực hiện nghĩa vụ của công ty mà không thực đúng hoặc đầy đủ nghĩa vụ này thì công ty được coi là người vi phạm nghĩa vụ. Đương nhiên, NQLCTCP được coi là vi phạm nghĩa vụ đối với công ty nên công ty có quyền yêu cầu NQLCTCP chịu trách nhiệm pháp lý trước công ty. Trường hợp nhân viên dưới quyền của NQLCTCP vi phạm pháp luật hoặc quy chế của công ty, NQLCTCP có thể vẫn bị truy cứu trách nhiệm pháp lý, nhưng là trách nhiệm pháp lý đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng trong quản lý, giám sát nhân viên chứ không phải đối với hành vi vi phạm của nhân viên.

Quan hệ giữa công ty với NQLCTCP là quan hệ hợp đồng ủy quyền (đại diện). Các điều khoản của hợp đồng có thể nằm trong quyết định bầu, quyết định bổ nhiệm, hợp đồng giữa công ty với NQLCTCP, điều lệ và các quy chế quản lý nội bộ của công ty. Về nguyên tắc, ngay tại thời điểm NQLCTCP được bầu hoặc bổ nhiệm vào vị trí quản lý giữa công ty và NQLCTCP đã xác lập một hợp đồng ủy quyền. Đồng thời, NQLCTCP được mặc định chấp nhận các quy định trong điều lệ, quy chế quản lý nội bộ là các điều khoản của hợp đồng. Các điều khoản của hợp đồng cũng có thể được tìm thấy trong các quy định của pháp luật. Đối với trường hợp người quản lý thực tế tham gia hoặc can thiệp vào các quyết định của các cơ quan hoặc người có thẩm quyền của công ty thì quan hệ giữa người này với công ty là có thể được coi là thực hiện công việc không có ủy quyền. Tuy nhiên người này cũng được coi là NQLCTCP nên phải thực hiện nghĩa vụ và chịu trách nhiệm pháp lý trước công ty như những NQLCTCP khác.

Trong một số trường hợp đặc thù, NQLCTCP có nghĩa vụ đối với người thứ ba. Về bản chất, giữa NQLCTCP với người thứ ba không có quan hệ hợp đồng. Vì vậy, các chế tài hợp đồng không được áp dụng khi NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ đối với người thứ ba. Do đó, trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP khi vi phạm nghĩa vụ đối với người thứ ba chủ yếu là trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

Vì các quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP chủ yếu là quan hệ tư, nên trách nhiệm dân sự và trách nhiệm kỷ luật là công cụ chủ yếu để xử lý NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ.

Trong trường hợp pháp đặc biệt, pháp luật hình sự hoặc pháp luật hành chính cá nhân hóa trách nhiệm pháp lý đối với NQLCTCP khi vi phạm một số quy định cụ thể trong luật môi trường, chứng khoán và một số luật chuyên ngành khác.

a) Trách nhiệm dân sự đối với công ty

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại là một loại trách nhiệm được đặt ra khi hành vi vi phạm nghĩa vụ của một người đã gây ra thiệt hại. [31, tr. 57]. Về nguyên tắc, để buộc NQLCTCP bồi thường thiệt hại, công ty hoặc người khởi kiện nhân danh công ty phải chứng minh đủ các yếu tố sau (1). Tồn tại nghĩa vụ đối với công ty; (2) Có hành vi vi phạm nghĩa vụ; (3). Có thiệt hại xảy ra; và (4). Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm nghĩa vụ với thiệt hại xảy ra.

Thiệt hại mà công ty phải gánh chịu bao gồm thiệt hại vật chất và thiệt hại về tinh thần. Trong đó, thiệt hại vật chất là các tổn thất về tài sản (bao gồm cả trường hợp giá trị tài sản của công ty bị giảm sút, các khoản tiền phải chi để bồi thường cho người thứ ba, khoản phạt tiền mà công ty phải gánh chịu) và các thu nhập mà công ty bị mất đi do hành vi vi phạm.

Về mặt nguyên tắc, người vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại vật chất mà người bị vi phạm phải gánh chịu. Trước hết, người vi phạm phải bồi thường cho người bị vi phạm các thiệt hại về tổn thất tài sản, các chi phí để khắc phục hậu quả của hành vi vi phạm. Tiếp đến, người vi phạm phải bồi thường cho người bị vi phạm khoản thu nhập bị mất do hành vi vi phạm. Nhưng vấn đề đặt ra là thế nào là khoản thu nhập bị mất do hành vi vi phạm. “Theo nghĩa chung nhất như được xác định ở trên, một thiệt hại phải thỏa mãn một vài điều kiện để bên bị thiệt hại có thể đòi bồi thường: thiệt hại phải chắc chắn, dự kiến trước được và có mối liên hệ đầy đủ với hành vi gây thiệt hại.” [20, tr. 468]. Như vậy, khoản thu nhập bị mất phải là khoản thu nhập chắc chắn và có thể dự kiến trước được.⁹ Về mặt lý luận, tòa án sẽ chỉ chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn về việc buộc bị đơn bồi thường khoản thu nhập bị mất do vi phạm nghĩa vụ nếu nguyên đơn chứng minh được: (1). Khoản thu nhập bị mất là khoản thu nhập mà công ty chắc chắn có được; (2). Có thể tính toán cụ thể khoản thu nhập đó; và (3). Hành vi vi phạm nghĩa vụ và khoản thu nhập bị mất có mối quan hệ nhân quả.¹⁰

Thiệt hại về tinh thần cũng có thể là hậu quả của hành vi vi phạm nghĩa vụ. Tuy nhiên, thiệt hại về tinh thần không rõ ràng và khó chứng minh. Đặc biệt, đối với trường hợp của công ty thì rất khó xác định thiệt hại về tinh thần, như sự suy giảm về uy tín của công ty rất khó đo lường. Vì vậy, việc đặt vấn đề bồi thường thiệt hại về tinh thần trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ đối với công ty chỉ có ý nghĩa về mặt lý luận mà không mang nhiều giá trị thực tiễn.

Các biện pháp chế tài dân sự khác có thể gồm buộc thực hiện hoặc không được thực hiện công việc nhất định. Ngoài ra các bên còn có quyền thỏa thuận các biện pháp chế tài dân sự khác miễn là không trái với quy định của pháp luật.

Đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ trung thành, ngoài việc các chế tài nêu trên có thể được áp dụng, pháp luật cần thiết kể các chế tài sau đây áp dụng cho trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ trung thành:

⁹ Ví dụ, mặc dù không thực hiện các thủ tục thẩm định hồ sơ vay vốn của khách hàng B, cũng như không thẩm định năng lực tài chính của khách hàng B, giám đốc chi nhánh X của ngân hàng thương mại cổ phần A (được điều lệ của ngân hàng A coi là người quản lý ngân hàng) vẫn quyết định cho khách hàng B vay. Trên thực tế, nếu thẩm định kỹ hồ sơ vay vốn của khách hàng B, chi nhánh X sẽ không cho khách hàng B vay vì khách hàng B có tình hình tài chính xấu và trong quá khứ thường xuyên vi phạm nghĩa vụ trả nợ. Hậu quả của quyết định cho vay của giám đốc chi nhánh X của ngân hàng A là khách hàng B không trả cả nợ gốc và lãi. Khoản tiền gốc không thu hồi được là tổn thất về tài sản của ngân hàng A. Khoản lãi không đòi được là thu nhập bị mất.

¹⁰ Ví dụ: Do sai sót trong khâu chuẩn bị hồ sơ dự thầu của đội ngũ nhân viên và thiếu sót trong kiểm duyệt hồ sơ dự thầu của Tổng giám đốc dẫn đến hậu quả hồ sơ dự thầu của công ty cổ phần ABC bị loại từ vòng sơ tuyển. Cổ đông đã nhân danh công ty khởi kiện Tổng giám đốc buộc Tổng giám đốc phải bồi thường cho công ty khoản thu nhập mà công ty bị mất do hồ sơ dự thầu bị loại. Các cổ đông cho rằng nếu hồ sơ dự thầu không bị loại khỏi vòng sơ tuyển thì rất có khả năng công ty sẽ thắng thầu và công ty sẽ có được khoản thu nhập lớn khi thực hiện dự án. Trong trường hợp này rõ ràng khoản thu nhập không chắc chắn vì nếu hồ sơ thầu không có sai sót thì cũng không bảo đảm chắc chắn rằng hồ sơ dự thầu của công ty ABC sẽ được duyệt.

(i) GDCNCTL không được phê chuẩn bởi HĐQT hoặc ĐHĐCĐ theo đúng thẩm quyền hoặc không công bằng với công ty bị tuyên bố vô hiệu. Các khoản lợi thu được từ giao dịch này thuộc về công ty.

(ii) NQLCTCP chiếm đoạt hoặc sử dụng tài sản của công ty vì mục đích riêng phải hoàn trả lại tài sản và hoa lợi, lợi tức (nếu có)

(iii) Nếu NQLCTCP chiếm đoạt cơ hội của công ty thì công ty quyền tuyên bố rằng đây là cơ hội của công ty và thu hồi lại cơ hội. Ngoài ra, nếu NQLCTCP đã thu được khoản lợi từ việc chiếm đoạt cơ hội của công ty thì công ty có quyền thu hồi khoản lợi này. Bởi lẽ, khoản lợi này là của công ty đang bị NQLCTCP chiếm đoạt.

Trong nhiều trường hợp, NQLCTCP không tự nguyện thực hiện trách nhiệm pháp lý đối với công ty dẫn đến công ty phải khởi kiện. Việc theo đuổi các vụ kiện gây tốn kém về chi phí và thời gian cho công ty. Đây cũng là những thiệt hại mà nếu như NQLCTCP không vi phạm nghĩa vụ thì sẽ không phát sinh cho công ty. Bởi lẽ đó, pháp luật cần thừa nhận quy tắc nếu công ty hoặc cổ đông khởi kiện NQLCTCP về hành vi vi phạm nghĩa vụ đối với công ty mà công ty hoặc cổ đông thắng kiện thì NQLCTCP phải bù đắp cho công ty hoặc cổ đông những chi phí tố tụng hợp lý bao gồm cả tiền thuê luật sư hợp lý.

b) Trách nhiệm dân sự đối với người thứ ba

Trách nhiệm dân sự đối với người thứ ba phát sinh khi NQLCTCP có hành vi vi phạm nghĩa vụ gây thiệt hại cho người thứ ba. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng tòa án không nên cho rằng NQLCTCP có nghĩa vụ đối với người thứ ba chỉ vì NQLCTCP tham gia thực hiện hành vi gây thiệt hại hoặc do sự bất cẩn của NQLCTCP trong việc thực hiện một hành vi cụ thể. [92, tr. 1684]. Do vậy, khi xem xét trách nhiệm dân sự của NQLCTCP đối với người thứ ba, cần lưu ý các trường hợp sau đây:

Trường hợp thứ nhất: NQLCTCP gây thiệt hại cho người thứ ba trong khi thực hiện nhiệm vụ được giao nhưng không thuộc trường hợp vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba. Như vậy, công ty là chủ thể chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho người thứ ba. Sau khi bồi thường thiệt hại cho người thứ ba, công ty có quyền đòi NQLCTCP bồi thường cho công ty.

Trường hợp thứ hai: NQLCTCP gây thiệt hại cho người thứ ba khi thực hiện nhiệm vụ được giao và thuộc trường hợp vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba. Về trường hợp này, lý thuyết “pháp nhân chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do người của pháp nhân gây ra” vẫn được áp dụng. Tuy nhiên, rõ ràng NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ của mình đối với người thứ ba. Vì vậy, pháp luật cũng cần buộc NQLCTCP bồi thường thiệt hại cho người thứ ba. Nhưng một thiệt

hại không thể được bồi thường hai lần. Vì vậy, pháp luật cần xây dựng cơ chế sau: (1) Người thứ ba có quyền lựa chọn công ty hoặc NQLCTCP chịu trách nhiệm đối với toàn bộ thiệt hại. (2). Nếu công ty đã bồi thường cho người thứ ba thì công ty có quyền buộc NQLCTCP bồi thường cho công ty. (3). Nếu NQLCTCP đã bồi thường cho người thứ ba thì NQLCTCP không có quyền buộc công ty hoàn trả khoản tiền mà NQLCTCP đã bồi thường cho người thứ ba.

Mức bồi thường thiệt hại phụ thuộc vào tổn thất mà NQLCTCP gây ra cho người thứ ba. Các tổn thất có thể là thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, tài sản, danh dự, uy tín. Trong một số trường hợp nhất định, người thứ ba phải gánh chịu tổn thất thuần túy về mặt kinh tế như làm mất hoặc giảm thu nhập, mất hoặc giảm lợi nhuận hoặc lỗ. Vấn đề đặt ra là liệu người thứ ba có được bồi thường các tổn thất này không? Nếu hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba và tổn thất thuần túy về kinh tế có mối quan hệ nhân quả thì người thứ ba được bồi thường tổn thất này. Ngoài ra người thứ ba có thể được bồi thường thiệt hại về tinh thần.

c) Trách nhiệm kỷ luật

Trách nhiệm kỷ luật bao gồm các biện pháp miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức NQLCTCP. Các biện pháp chế tài này được quy định trong pháp luật doanh nghiệp và được cụ thể hóa trong các văn bản quản lý nội bộ của công ty. ĐHCĐ có thẩm quyền miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên HĐQT. Trong khi đó, HĐQT có thẩm quyền miễn nhiệm, bãi nhiệm, cách chức NDH. Khi quyết định miễn nhiệm, bãi nhiệm NQLCTCP có hiệu lực, hợp đồng ủy quyền giữa công ty và NQLCTCP chấm dứt. Trong số những NQLCTCP có một bộ phận không nhỏ NQLCTCP đồng thời là người lao động. Vấn đề đặt ra là khi người này đã bị miễn nhiệm, bãi nhiệm, cách chức thì có đương nhiên chấm dứt quan hệ lao động với công ty hay không? Việc duy trì mối quan hệ lao động giữa công ty với NQLCTCP tạo gánh nặng tài chính cho công ty, ảnh hưởng đến lợi ích của công ty. Hơn nữa, việc bắt buộc duy trì quan hệ lao động sẽ làm mất đi hiệu quả ngăn ngừa của các biện pháp kỷ luật được quy định trong luật doanh nghiệp. Vì lẽ đó, việc NQLCTCP đồng thời là người lao động bị miễn nhiệm, bãi nhiệm, cách chức là căn cứ chấm dứt quan hệ lao động. Nếu công ty giữ người này lại làm việc thì HĐQT có quyền quyết định chuyển người này sang làm công việc khác so với vị trí công việc ban đầu.

d) Trách nhiệm hành chính

Trách nhiệm hành chính áp dụng cho NQLCTCP có hành vi vi phạm trật tự quản lý hành chính. Theo Michelle Welsh & Helen Anderson, “NQLCTCP có nghĩa vụ bảo đảm rằng công ty mà họ quản lý không có hành vi vi phạm luật liên quan.”

[102, tr. 316]. Vì vậy, nếu công ty vi phạm pháp luật thì có nghĩa là NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ của mình. [102, tr. 316]. Theo các tác giả, khi công ty vi phạm pháp luật thì NQLCTCP phải chịu trách nhiệm hành chính trừ trường hợp NQLCTCP chứng minh được “Họ không ở vị trí có ảnh hưởng đến hành vi liên quan của công ty; hoặc (i) họ đã thận trọng ngăn ngừa hành vi vi phạm; hoặc (ii) thực hiện các giải pháp hợp lý để ngăn chặn vi phạm.” [102, tr.316].

NCS lại có cách tiếp cận khác. Các chế tài hành chính chủ yếu là phạt tiền, buộc khắc phục hậu quả của hành vi vi phạm,... Trong khi đó, công ty là một pháp nhân, là chủ thể có năng lực chịu trách nhiệm hành chính. Do vậy, nếu NQLCTCP không tuân thủ quy chế hành chính áp dụng cho công ty thì chủ thể vi phạm hành chính là công ty chứ không phải là NQLCTCP. Như vậy, người chịu trách nhiệm hành chính là công ty chứ không phải là NQLCTCP. NQLCTCP chỉ là chủ thể của hành vi vi phạm hành chính nếu có quy định của pháp luật xác định rõ: (1) NQLCTCP là chủ thể phải tuân thủ quy chế hành chính cụ thể; hoặc (2) NQLCTCP phải chịu trách nhiệm hành chính cho hành vi vi phạm quy chế hành chính cụ thể. Ngoài ra, việc công ty là chủ thể chịu trách nhiệm hành chính không loại trừ trách nhiệm hành chính của NQLCTCP. Công ty và NQLCTCP có thể cùng là chủ thể chịu trách nhiệm hành chính cho một hành vi vi phạm hành chính cụ thể.

e) Trách nhiệm hình sự

Trong các biện pháp chế tài áp dụng đối với NQLCTCP thì chế tài hình sự là những chế tài nghiêm khắc nhất. Vì vậy, chế tài hình sự vừa có tính giáo dục và tính răn đe cao nhất. Nhưng liệu có nên cá nhân hóa trách nhiệm hình sự của NQLCTCP hay không? Michelle Welsh & Helen Anderson nhận định việc áp đặt trách nhiệm không khuyến khích thành viên HĐQT dấn thân vào hoạt động kinh doanh mà lại gây rủi ro trách nhiệm cho họ. [102, tr. 309]. NCS đồng tình với quan điểm này và cho rằng việc tội phạm hóa hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP phải dựa trên những luận cứ khoa học và thực tiễn đầy đủ để tránh gây áp lực không cần thiết lên NQLCTCP làm cản trở sự sáng tạo và mạo hiểm của họ trong kinh doanh.

Về mặt lý luận cũng như thực tiễn, không phải tất cả các hành vi vi phạm nghĩa vụ đều được coi là tội phạm. Một hành vi nào đó được pháp luật hình sự quy định là tội phạm và quy định hình phạt đối với nó trước hết là vì hành vi đó có tính nguy hiểm cho xã hội. [33, tr. 109]. Nghĩa là hành vi đó gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho các quan hệ xã hội mà pháp luật hình sự bảo vệ. [33, tr. 109]. Đó là những quan hệ xã hội gắn liền với lợi ích của Nhà nước, công dân và xã hội có tính quan trọng và một khi có sự xâm hại có thể gây ra thiệt hại hoặc ảnh hưởng

đáng kể cho điều kiện tồn tại và phát triển của chế độ xã hội. [14, tr.24]. Do đó, các hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP có tính nguy hiểm cho xã hội bao gồm:

(1) Các hành vi chiếm đoạt tài sản, bí mật kinh doanh có giá trị lớn của công ty: Quyền sở hữu được coi là một trong những quan hệ xã hội nền tảng của nền kinh tế thị trường. Vì vậy, để nhà đầu tư yên tâm đầu tư, các hành vi chiếm đoạt hoặc sử dụng tài sản có giá trị lớn vào mục đích riêng cần được xác định là tội phạm.

(2) Các hành vi gây thiệt hại hoặc có nguy cơ gây thiệt hại đáng kể cho trật tự quản lý kinh tế: Trong nền kinh tế thị trường, có những trật tự kinh tế cần được bảo vệ nghiêm ngặt nhằm bảo đảm sự phát triển bền vững và lành mạnh của toàn bộ nền kinh tế. Mỗi quốc gia với từng thời kỳ khác nhau sẽ xác định những trật tự kinh tế nào cần được bảo vệ nghiêm ngặt và tội phạm hóa những hành vi xâm phạm những trật tự kinh tế quản lý kinh tế này.

(3) Các hành vi xâm phạm môi trường: Hiện nay môi trường là vấn đề toàn cầu. Loài người không thể tiếp tục tồn tại và phát triển nếu như môi trường bị tàn phá. Vì vậy, ngoài pháp nhân phải chịu trách nhiệm hình sự đối với hành vi gây ô nhiễm nghiêm trọng môi trường, những người quản lý của pháp nhân cũng phải chịu trách nhiệm cá nhân đối với hành vi này.

Nhìn chung, việc tội phạm hóa hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP sẽ tùy thuộc vào yêu cầu của thực tiễn trong từng thời kỳ. Vấn đề đặt ra là trách nhiệm hình sự của NQLCTCP được xác định như thế nào? Về vấn đề này có hai trường hợp:

Trường hợp thứ nhất, pháp luật hình sự quy định rõ NQLCTCP là chủ thể của hành vi phạm tội nhất định. Ví dụ, các tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt hoặc sử dụng trái phép tài sản của công ty, có thể dễ dàng xác định được NQLCTCP là chủ thể của tội phạm thông qua xác định các dấu hiệu của chủ thể được mô tả trong các quy định của pháp luật.

Trường hợp thứ hai, liệu rằng cá nhân NQLCTCP có phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm mà pháp nhân thực hiện hay không?

Michelle Welsh & Helen Anderson phân tích ba loại trách nhiệm hình sự của thành viên HĐQT được đưa ra trong Biên bản thảo luận CAMAC, đó là trách nhiệm trực tiếp, trách nhiệm phụ và trách nhiệm phái sinh. Theo đó, trách nhiệm trực tiếp là trách nhiệm phát sinh từ hành vi vi phạm nghĩa vụ của thành viên HĐQT. [102, tr. 310]. Trách nhiệm phụ phát sinh từ hành vi cố ý khuyến khích, hỗ trợ người khác vi phạm pháp luật. [102, tr. 310]. Trách nhiệm phái sinh phát sinh từ hành vi vi phạm pháp luật của công ty. [102, tr. 310].

Các tác giả đề xuất rằng: Trách nhiệm hình sự được áp dụng đối với thành viên HĐQT khi thành viên này khuyến khích hoặc hỗ trợ công ty vi phạm pháp luật, biết hoặc thiếu trách nhiệm đối với hành vi trái pháp luật hoặc phối hợp với người khác tiến hành hành vi trái pháp luật của công ty. [102, tr. 315].

Thành viên HĐQT cũng phải chịu trách nhiệm hình sự khi “ở vị trí có ảnh hưởng đến hành vi của công ty liên quan đến hành vi trái pháp luật; biết hoặc thiếu trách nhiệm về việc hành vi trái pháp luật xảy ra; không thực hiện các bước hợp lý để ngăn cản hành vi trái pháp luật.” [102, tr. 315].

NCS cho rằng trách nhiệm hình sự của pháp nhân và trách nhiệm hình sự của cá nhân của NQLCTCP là độc lập. Điều đó có nghĩa là việc công ty chịu trách nhiệm hình sự không đồng nghĩa với việc NQLCTCP không phải chịu trách nhiệm hình sự về cùng một tội. Đồng thời, việc công ty chịu trách nhiệm hình sự cũng không đương nhiên dẫn đến NQLCTCP phải chịu trách nhiệm hình sự đối với tội phạm mà pháp nhân thực hiện. Theo nguyên tắc cá thể hóa trách nhiệm hình sự, để truy cứu trách nhiệm hình sự của cá nhân NQLCTCP khi công ty phạm tội, pháp luật hình sự cần quy định rõ hành vi phạm tội của pháp nhân cũng đồng thời là hành vi phạm tội của NQLCTCP. Như một nhà khoa học đã nhận định: “Khi Quốc hội thấy cần thiết phải áp đặt trách nhiệm cá nhân lên người điều hành đối với hành vi của công ty, Quốc hội sẽ quy định rõ.” [91, tr. 451-452]. Ngoài yếu tố “được quy định trong pháp luật hình sự”, để cấu thành tội phạm, hành vi khách quan của NQLCTCP phải thuộc một trong các trường hợp: (1) NQLCTCP quyết định hoặc tham gia quyết định thực hiện hành vi phạm tội của pháp nhân; (2) NQLCTCP tham gia thực hiện hành vi phạm tội của pháp nhân; hoặc (3) NQLCTCP có thẩm quyền ngăn chặn hành vi phạm tội của pháp nhân nhưng không thực hiện các biện pháp hợp lý và ngay tình để ngăn cản hành vi phạm tội của pháp nhân.

f) Miễn, giảm trách nhiệm pháp lý

NQLCTCP được miễn hoặc giảm trách nhiệm trong các trường hợp sau:

Thứ nhất, NQLCTCP được miễn trách nhiệm pháp lý nếu bỏ phiếu chống lại quyết định sai trái và việc bỏ phiếu chống lại được ghi vào biên bản họp. Rõ ràng, trách nhiệm chỉ áp dụng đối với chủ thể thực hiện hành vi vi phạm. NQLCTCP bỏ phiếu chống lại quyết định sai trái không chỉ là hành vi đúng đắn mà còn là hành vi cần được khuyến khích. Vì vậy, cần miễn trách nhiệm cho NQLCTCP bỏ phiếu chống lại quyết định sai trái nếu việc bỏ phiếu chống lại được ghi vào biên bản họp. Tuy nhiên, NQLCTCP bỏ phiếu trắng hoặc không tham gia biểu quyết (mà không có lý do chính đáng) không được miễn trừ trách nhiệm. Bởi

vì nếu chấp nhận miễn trừ trách nhiệm cho những trường hợp này sẽ xảy ra tình trạng nhiều NQLCTCP sẽ trốn tránh trách nhiệm bằng cách không tham gia biểu quyết hoặc tham gia biểu quyết nhưng không tỏ ra quan điểm của mình. Trong khi đó nhiệm vụ của NQLCTCP là thực hiện công việc vì lợi ích tốt nhất của công ty. Như vậy, bày tỏ quan điểm, chính kiến của mình vì lợi ích tốt nhất của công ty chính là nhiệm vụ của NQLCTCP.

Thứ hai, “NĐH chỉ được miễn trách nhiệm nếu người này có hành vi ngay tình và phù hợp để ngăn cản công ty vi phạm pháp luật. Mặc dù không thành công trong việc ngăn cản công ty vi phạm nhưng NĐH vẫn được miễn trách nhiệm vì nỗ lực ngay tình của mình.” [91, tr. 474]. Quan điểm trên của Mark L. Keene có thể phát triển cho tất cả những NQLCTCP. Theo đó, NQLCTCP có thẩm quyền ngăn cản hành vi vi phạm của công ty đã thực hiện các biện pháp hợp lý và ngay tình để ngăn cản việc vi phạm mặc dù việc ngăn cản không thành công thì được miễn trách nhiệm pháp lý.¹¹ Rõ ràng, việc NQLCTCP đã thực hiện các biện pháp hợp lý và ngay tình để ngăn cản hành vi vi phạm của công ty thể hiện NQLCTCP đã thực hiện đúng bổn phận của mình. Do đó, NQLCTCP được miễn trừ trách nhiệm đối với hành vi vi phạm của công ty. Việc miễn trách nhiệm khuyến khích NQLCTCP tích cực đấu tranh chống các hành vi vi phạm pháp luật của công ty. Trường hợp NĐH phải thực hiện quyết định của HĐQT mà NĐH cho rằng trái pháp luật thì NĐH phải từ chối thực hiện quyết định này. Nếu HĐQT kết luận rằng quyết định của HĐQT là hợp pháp thì NĐH phải thi hành quyết định của HĐQT và được quyền bảo lưu ý kiến. Trong trường hợp này, NĐH được miễn trách nhiệm dân sự và trách nhiệm kỷ luật, đồng thời công ty phải bồi thường thiệt hại cho người thứ ba (nếu có).¹² Tuy nhiên, NĐH không được miễn trách nhiệm hình sự. Bởi vì khi được yêu cầu thực hiện hành vi phạm tội, lựa chọn phù hợp nhất là NĐH phải từ chối. NĐH không thể viện lý do giữ vị trí công việc để xâm phạm quan hệ xã hội mà luật hình sự bảo vệ. Tương tự như vậy, NĐH không được miễn trách nhiệm hành chính. Nhưng, NĐH được xem xét giảm trách nhiệm hình sự và trách nhiệm hành chính. Quy tắc này cũng được áp dụng cho trường hợp NĐH cấp dưới phải tuân thủ quyết định của NĐH cấp cao hơn.

Thứ ba, trên cơ sở nguyên tắc tự định đoạt, trách nhiệm bồi thường thiệt hại của thành viên HĐQT và NĐH đối với công ty có thể được giới hạn theo điều lệ

¹¹ Ví dụ, kế toán trưởng (trong trường hợp điều lệ công ty quy định là NQLCTCP) phản đối quyết định chi sai của GD bằng việc không ký vào các chứng từ sẽ không phải chịu trách nhiệm đối với quyết định chi sai của GD..

¹² Cũng ví dụ trên, nếu kế toán trưởng vẫn phải chấp hành quyết định của GD nhưng kế toán trưởng đã báo cáo vấn đề này và quan điểm phản đối của mình lên HĐQT thì kế toán trưởng không phải chịu trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm bồi thường thiệt hại là hậu quả của việc thực thi quyết định của GD

hoặc nghị quyết của ĐHĐCĐ. Về mặt nguyên tắc, các bên trong quan hệ hợp đồng có thể thỏa thuận giới hạn mức bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, NQLCTCP phải thực hiện công việc vì lợi ích tốt nhất của công ty. Do vậy, HĐQT không thể nhân danh công ty ký kết hoặc ra các thỏa thuận hoặc các quyết định giới hạn trách nhiệm của NDH. Bởi vì các thỏa thuận hoặc quyết định giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại của NQLCTCP không có lợi cho công ty. Do đó, các giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại của NQLCTCP phải do ĐHĐCĐ quyết định, phê chuẩn hoặc thông qua. Song, không ít trường hợp NQLCTCP đồng thời là cổ đông lớn của công ty, có khả năng chi phối các quyết định của ĐHĐCĐ. Do vậy, họ có thể can thiệp vào quyết định của ĐHĐCĐ về việc giới hạn trách nhiệm của NQLCTCP theo hướng giảm tối đa trách nhiệm bồi thường thiệt hại của họ (với tư cách là NQLCTCP) đối với công ty. Vì vậy, các quyết định miễn trừ hoặc giới hạn trách nhiệm của NQLCTCP một cách bất hợp lý không có hiệu lực pháp luật.

Thứ tư, NQLCTCP có nghĩa vụ không tiết lộ thông tin mật của công ty. Tuy nhiên, trong những trường hợp nhất định khi công ty thực hiện hành vi phạm tội mà pháp luật buộc NQLCTCP phải tố giác tội phạm hoặc khai báo với cơ quan nhà nước có thẩm quyền nếu không sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội không tố giác tội phạm hoặc tội che giấu tội phạm. Nếu NQLCTCP thực hiện nghĩa vụ tố giác hoặc khai báo tội phạm theo đúng quy định của pháp luật thì không phải chịu trách nhiệm đối với công ty. Bởi lẽ, nếu pháp luật vẫn buộc NQLCTCP phải chịu trách nhiệm đối với công ty thì sẽ tăng thêm gánh nặng cho NQLCTCP khi vừa phải tố giác tội phạm vừa phải chịu trách nhiệm pháp lý đối với công ty về hành vi khai báo. Hơn nữa, nếu biết rằng mình vẫn phải chịu trách nhiệm đối với công ty về hành vi tiết lộ bí mật thông tin do tố giác tội phạm, NQLCTCP chấp nhận im lặng với hy vọng không ai biết về hành vi có dấu hiệu tội phạm. Điều này gây phương hại đến công tác đấu tranh chống và phòng ngừa tội phạm.

Thứ năm, trong trường hợp công ty bị kiểm soát hoàn toàn hoặc bị chi phối bởi cổ đông dẫn đến NQLCTCP mặc dù đã có ý kiến phản đối hợp lý nhưng vẫn phải thực hiện hành vi hoặc ra quyết định theo yêu cầu của cổ đông kiểm soát hoặc chi phối và vi phạm pháp luật thì được miễn trừ trách nhiệm dân sự và trách nhiệm kỷ luật. Trong trường hợp này, công ty phải bồi thường thiệt hại cho người thứ ba (nếu có). Ngoài ra, NQLCTCP cũng được xem xét giảm trách nhiệm hình sự và trách nhiệm hành chính. Đây là trường hợp NQLCTCP thực chất chỉ là “bù nhìn”, các quyết định, hành vi thông qua và thực hiện không thể hiện ý chí của NQLCTCP mà của cổ đông kiểm soát, chi phối. NQLCTCP mặc dù đã phản đối nhưng không có lựa

chọn nào khác ngoài thực hiện theo yêu cầu của cổ đông kiểm soát hoặc chi phối nếu không muốn bị cách chức, miễn nhiệm hoặc bãi nhiệm. Vì vậy, việc miễn, giảm trách nhiệm pháp lý cho NQLCTCP như phân tích trên là công bằng và hợp lý.

2.3.3.3. Nội dung pháp luật về cơ chế bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Để bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần có hai cơ chế chủ yếu đó là cơ chế giám sát và cơ chế khởi kiện.

Cơ chế giám sát trước hết được thực hiện bởi cơ quan nội bộ của công ty. Đối với các công ty theo mô hình một hội đồng thì vai trò giám sát được thực hiện bởi HĐQT, trong đó vai trò của thành viên HĐQT độc lập là rất quan trọng. Đối với các công ty theo mô hình hai hội đồng, thì vai trò giám sát được thực hiện bởi Hội đồng giám sát hoặc ban kiểm soát. Để bảo đảm được hiệu quả giám sát của thành viên HĐQT độc lập và thành viên Hội đồng giám sát/Ban kiểm soát thì các thành viên này phải độc lập và có đủ năng lực để thực hiện nhiệm vụ giám sát một cách độc lập.

Bên cạnh đó, đối với các công ty đại chúng, đặc biệt là các công ty niêm yết, cơ quan quản lý nhà nước về chứng khoán có thẩm quyền giám sát hoạt động quản trị của công ty thông qua các báo cáo quản trị và các báo cáo khác. Các công ty hoạt động trong những lĩnh vực đặc thù như ngân hàng cũng phải báo cáo định kỳ hoặc bất thường về tình hình hoạt động cho cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành. Pháp luật quy định những biện pháp chế tài nghiêm khắc trong trường hợp công ty vi phạm nghĩa vụ báo cáo thông tin. Đây cũng là một kênh giám sát hiệu quả nhằm bảo đảm việc thực thi nghiêm chỉnh pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Ngoài ra, các sở giao dịch chứng khoán cũng đóng vai trò quan trọng trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư. Sở giao dịch chứng khoán có thẩm quyền giám sát việc thực thi các quy chế của sở ban hành, trong đó có các quy chế về quản trị doanh nghiệp rất chặt chẽ. Công cụ mà các sở giao dịch chứng khoán sử dụng để bảo đảm thực thi quy chế của sở là kỷ luật thị trường. Chứng khoán của một công ty vi phạm có thể sẽ bị đình chỉ giao dịch hoặc hủy niêm yết. Đồng thời, các hoạt động tư vấn, đào tạo của các tổ chức chuyên ngành về quản trị cũng góp phần không nhỏ trong việc bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Với công cụ là các biện pháp chế tài đạo đức, các tổ chức này có thể phê phán hoặc kêu gọi tẩy chay một nhà quản trị nào đó vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP. Vì vậy, sự giám sát của các tổ chức tự quản, tổ chức xã hội-ngề

nghiệp cũng đóng vai trò không nhỏ trong việc bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Cơ chế khởi kiện: khi thấy quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị NQLCTCP xâm phạm, công ty sẽ tiến hành khởi kiện NQLCTCP. Có lẽ khó xảy ra trường hợp NQLCTCP nhân danh công ty để kiện chính mình. Vậy cần cơ chế nào để công ty bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Trong trường hợp này, có lẽ phải dành cơ hội khởi kiện nhân danh công ty cho cơ quan nội bộ của công ty, như HĐQT hay Hội đồng giám sát/Ban kiểm soát. Nhưng vấn đề sẽ khó khăn khi vì lý do nào đó, HĐQT và Hội đồng giám sát/Ban kiểm soát từ chối khởi kiện của NQLCTCP có hành vi xâm phạm lợi ích của công ty. Chủ thể có lợi ích gắn bó nhất với công ty chính là các cổ đông. Vậy ĐHĐCĐ khởi kiện hay là cổ đông đơn lẻ khởi kiện? Việc đòi hỏi ĐHĐCĐ tiến hành khởi kiện NQLCTCP là không khả thi bởi vì việc triệu tập ĐHĐCĐ không những khó khăn mà còn tốn kém. Vì vậy, giải pháp hợp lý là dành cho cổ đông đơn lẻ quyền nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP (khởi kiện phái sinh). Như vậy, bất kỳ cổ đông nào cũng có quyền nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. Ngoài cổ đông, người thứ ba cũng có quyền khởi kiện NQLCTCP khi NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ đối với người thứ ba. Cuối cùng, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng có quyền khởi tố, truy tố NQLCTCP trong trường hợp phát hiện NQLCTCP thực hiện hành vi có dấu hiệu tội phạm.

2.3.4. Mối quan hệ giữa pháp luật với điều lệ công ty, quy chế quản lý nội bộ và các thỏa thuận nội bộ trong việc xác định nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Có thể thấy phần lớn các quy định pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP thuộc lĩnh vực luật tư. Vì vậy, nguyên tắc tự do thỏa thuận được tôn trọng. Theo đó, các cổ đông có quyền tự do thỏa thuận dựa trên các định chuẩn hoặc điều kiện tối thiểu mà pháp luật quy định. [19, tr. 125]. Cũng theo PGS.TS. Phạm Duy Nghĩa thì nền tảng pháp lý cho các hoạt động của công ty trước hết là các khế ước có hiệu lực được thỏa thuận giữa các cổ đông, giữa họ với công ty hoặc giữa công ty với các đối tác. [19, tr. 125]. Quan hệ nghĩa vụ giữa NQLCTCP với công ty là quan hệ tư vì vậy có thể được điều chỉnh bởi điều lệ hoặc thỏa thuận giữa công ty với NQLCTCP. Điều lệ là văn bản thể hiện ý chí tạo lập công ty của các chủ sở hữu. [7, tr. 172]. Bên cạnh điều lệ, còn có các quy chế quản lý nội bộ do ĐHĐCĐ hoặc HĐQT ban hành và các thỏa thuận được ký giữa công ty với NQLCTCP (thỏa thuận nội bộ) cấu thành văn bản quản lý nội bộ của công ty. Như vậy, trong văn bản quản lý nội bộ, các chủ thể có thể quy định chi tiết về nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP.

Về nguyên tắc, pháp luật cần công nhận hiệu lực pháp lý của những nội dung này trừ khi chúng trái pháp luật. Phần lớn các quy phạm pháp luật điều chỉnh về quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP là quy phạm tùy nghi. Chỉ một số ít các quy phạm bắt buộc nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công ty và các nhà đầu tư. Vì vậy, mối quan hệ giữa pháp luật với văn bản quản lý nội bộ được thể hiện ở các nguyên tắc sau:

Nguyên tắc thứ nhất: Trong mỗi quan hệ giữa quy phạm tùy nghi và điều khoản tương ứng trong văn bản quản lý nội bộ thì điều khoản tương ứng trong văn bản quản lý nội bộ được ưu tiên áp dụng. Nếu không có điều khoản tương ứng trong văn bản quản lý nội bộ thì áp dụng quy phạm tùy nghi.

Nguyên tắc thứ hai: Trong mỗi quan hệ giữa quy phạm bắt buộc với điều khoản tương ứng trong văn bản quản lý nội bộ thì quy phạm bắt buộc có hiệu lực bắt buộc, điều khoản tương ứng trong văn bản quản lý nội bộ trái với quy phạm bắt buộc không có hiệu lực.

Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2005 chỉ ra thứ tự áp dụng như sau: (i) quy định của pháp luật, (ii) thỏa thuận của các chủ thể trong quan hệ dân sự; (iii) tập quán. [30, tr. 22]. Như vậy, trong mỗi quan hệ giữa văn bản quản lý nội bộ và tập quán quản trị thì nội dung có hiệu lực trong văn bản quản lý nội bộ được ưu tiên áp dụng. Nếu pháp luật không có quy định về một vấn đề liên quan đến nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP và văn bản quản lý nội bộ cũng không có nội dung tương ứng mà tập quán lại có quy định về vấn đề này thì sẽ áp dụng tập quán.

Về mối quan hệ giữa các văn bản quản lý nội bộ thì điều lệ có hiệu lực cao nhất, sau đó đến các nghị quyết (bao gồm cả các quy chế quản lý nội bộ, các quyết định bầu thành viên HĐQT) do ĐHĐCĐ ban hành (trừ các nghị quyết sửa đổi, bổ sung, thay thế điều lệ), sau đó là các quy chế do HĐQT ban hành, tiếp theo là thỏa thuận giữa công ty với NQLCTCP do HĐQT nhân danh công ty xác lập.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Quan hệ giữa NQLCTCP với công ty là quan hệ đại diện. Theo đó, NQLCTCP được giao nhiệm vụ quản lý tài sản, các hoạt động kinh doanh và các vấn đề khác của công ty. Trong mối quan hệ giữa NQLCTCP với công ty luôn tiềm ẩn xung đột lợi ích giữa công ty và NQLCTCP. Để ngăn ngừa NQLCTCP lợi dụng vị trí có hành vi xâm phạm lợi ích của công ty, hệ thống các nghĩa vụ mà NQLCTCP phải tuân thủ là cần thiết. Nghĩa vụ của NQLCTCP trước hết là nghĩa vụ đối với công ty.

Ngày nay, nền kinh tế thế giới đã phát triển ở tầm mới, có nhiều biến cố lớn cho thấy lợi ích của chủ nợ, người lao động và cộng đồng đang bị NQLCTCP xâm phạm nghiêm trọng. Vì vậy, NQLCTCP không thể chỉ tối đa hóa lợi ích của công ty mà còn phải xem xét đến lợi ích của các chủ thể khác khi ra quyết định kinh doanh. Trong những trường hợp đặc biệt, để bảo đảm lợi ích của người thứ ba và bảo đảm sự công bằng, NQLCTCP có nghĩa vụ trực tiếp đối với người thứ ba.

Như vậy, yếu tố quan trọng của nghĩa vụ của NQLCTCP là giải quyết những xung đột lợi ích giữa công ty, NQLCTCP và các chủ thể có liên quan khác. Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cũng được xây dựng trên nền tảng này. Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP có nguồn bao gồm cả văn bản quy phạm pháp luật, án lệ và tập quán quản trị. Nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bao quát tất cả các vấn đề về nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty, nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người thứ ba, trách nhiệm của NQLCTCP khi vi phạm nghĩa vụ và cơ chế bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

CHƯƠNG 3

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

3.1. THỰC TRẠNG NGUỒN LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN Ở VIỆT NAM

Để thực hiện đường lối đổi mới từ nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung sang nền kinh thị trường hàng hóa nhiều thành phần, ngày 21/12/1990, Quốc hội đã thông qua Luật công ty năm 1990. Luật công ty năm 1990 quy định về công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, là cơ sở pháp lý để khởi tư nhân vững tâm bỏ vốn kinh doanh. Kể từ thời điểm Luật công ty năm 1990 có hiệu lực thi hành, những công ty cổ phần đầu tiên được ra đời, tạo ra những nhân tố đầu tiên của nền kinh tế thị trường. Tuy nhiên, Luật này chưa đề cập đến nghĩa vụ của NQLCTCP.

LDN năm 1999 đã bước đầu quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP. Tiếp đó, LDN năm 2005 và LDN năm 2014 cũng quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP. Cho đến nay, bên cạnh Luật doanh nghiệp, một số văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành cũng quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP như Luật các tổ chức tín dụng năm 2010, Điều lệ mẫu áp dụng cho công ty đại chúng ban hành theo Thông tư số 121/2012/TT-BTC ngày 26/7/2012 của Bộ tài chính quy định về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng (sau đây gọi tắt là “Điều lệ mẫu”). Thêm nữa, BLDS năm 2015 cũng chứa đựng nhiều quy định để có thể vận dụng nhằm xác định trách nhiệm dân sự của NQLCTCP. Trách nhiệm hình sự của NQLCTCP được quy định trong Bộ luật hình sự. Trách nhiệm hành chính của NQLCTCP được quy định tản mạn trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật như Luật phá sản và một số văn bản dưới luật. Mặc dù Việt Nam đã thừa nhận án lệ, tuy nhiên, cho đến nay, cũng chưa có án lệ nào về nghĩa vụ của NQLCTCP. Sự thiếu cụ thể của các quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP cùng với sự thiếu vắng án lệ giải thích làm cho các quy định này khó đi vào cuộc sống.

Ở Hoa Kỳ, Luật Công ty của các bang cũng có quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP nhưng các quy định chỉ mang tính nguyên tắc. Nội dung pháp lý của các nghĩa vụ này chủ yếu được giải thích bởi nguồn án lệ đồ sộ. Ở Đức, nghĩa vụ của NQLCTCP được quy định trong Luật Công ty cổ phần được ban hành năm 1965 và được sửa đổi, bổ sung nhiều lần. Nội dung cụ thể của các nghĩa vụ của NQLCTCP do án lệ giải thích.

Pháp luật Hàn Quốc thuộc dòng họ pháp luật dân sự, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP chịu ảnh hưởng sâu sắc bởi pháp luật Đức, Nhật Bản. Ngày nay,

pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP của Hàn Quốc cũng chịu ảnh hưởng sâu sắc bởi pháp luật và các lý thuyết liên quan của Mỹ. Các quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP chủ yếu nằm trong Bộ luật thương mại.

3.2. VỀ KHÁI NIỆM NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

Từ định nghĩa tại Điều 3.12 LDN năm 1999, có thể rút ra khái niệm NQLCTCP như sau: NQLCTCP là thành viên HĐQT, GĐ và các chức danh quản lý quan trọng khác do Điều lệ công ty quy định. Như vậy, theo LDN năm 1999, NQLCTCP bao gồm: (1) những chức danh quản lý do pháp luật quy định bao gồm thành viên HĐQT và GĐ; và (2) những chức danh quản lý do điều lệ công ty quy định. Điểm tiến bộ của LDN năm 1999 là đã xác định rõ thành viên HĐQT và GĐ là NQLCTCP. Bên cạnh đó, luật đã để cho các công ty tự xác định các chức danh khác là NQLCTCP. Đây là một nguyên tắc rất tiến bộ, tôn trọng quyền tự do định đoạt của các công ty. Tuy nhiên, LDN năm 1999 chưa xác định trường hợp người thực tế quản lý hoặc người quản lý giấu mặt. LDN năm 2005 không thay đổi về khái niệm người quản lý doanh nghiệp đã được đưa ra trong LDN năm 1999.

Theo LDN năm 2014, người quản lý doanh nghiệp,...bao gồm...Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc hoặc 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. (Điều 4.18 LDN năm 2014). Về cơ bản LDN năm 2014 thừa nhận thành viên HĐQT, Chủ tịch HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc) là NQLCTCP. LDN năm 2014 cũng thừa nhận chức danh quản lý khác cũng được coi là NQLCTCP nhưng phải thỏa mãn tiêu chí “có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty”. Có lẽ, tiêu chí này xuất phát từ những công việc của người đại diện nhưng lại không bao quát hết các công việc của người đại diện. Điều này dẫn đến việc xác định người “có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty” không dễ dàng.¹³

Điều 4.31 Luật các Tổ chức tín dụng năm 2010 định nghĩa: “*Người quản lý tổ chức tín dụng* bao gồm Chủ tịch, thành viên Hội đồng quản trị; Chủ tịch, thành viên Hội đồng thành viên; Tổng giám đốc (Giám đốc) và các chức danh quản lý khác theo quy định tại Điều lệ của tổ chức tín dụng”. Như vậy Luật các tổ chức tín dụng liệt kê cụ thể những chức danh được coi là người quản lý tổ chức tín dụng. Bên cạnh đó, Luật các tổ chức tín dụng dành cho tổ chức tín dụng được tự do xác

¹³ Ví dụ, người bảo vệ của công ty nhân danh công ty cho hoặc không cho một người vào công ty có phải là ký kết một giao dịch không? Nhân viên kinh doanh A được công ty giao nhiệm vụ đến các nhà phân phối thu tiền bán hàng có phải là nhân danh công ty ký kết giao dịch không?

định thêm các chức danh khác là người quản lý tổ chức tín dụng trong Điều lệ. Đây là một cách tiếp cận hợp lý.

Thực tiễn, phần lớn Điều lệ của các công ty chỉ quy định về thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông, HĐQT, Chủ tịch HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc). Các bản Điều lệ này có liệt kê một số chức danh khác là NQLCTCP nhưng không quy định rõ về thẩm quyền của họ.¹⁴ Như vậy, nếu máy móc áp dụng Điều 4.18 LDN năm 2014 sẽ dẫn đến từ chối tư cách NQLCTCP của Phó tổng giám đốc, Kế toán trưởng.

Trong thực tiễn, các công ty đại chúng đều thừa nhận kế toán trưởng là NQLCTCP. Hoạt động kế toán là hoạt động rất quan trọng trong công ty nhằm bảo đảm kiểm soát hiệu quả nguồn thu và khoản chi của công ty, kiểm soát việc hình thành và sử dụng tài sản trong công ty. Trong quá trình tổ chức, điều hành hoạt động kế toán, kế toán trưởng có thẩm quyền ra các quyết định quan trọng và những quyết định của kế toán trưởng có ảnh hưởng lớn đến tình trạng tài chính của công ty, ví dụ quyết định phản ánh thông tin kế toán trong các báo cáo kế toán, chỉ đạo kế toán tiến hành kiểm kê tài sản của công ty, trích lập khấu hao tài sản cố định,... Với vai trò rất quan trọng như vậy, Điều 1.1(d) Điều lệ mẫu áp dụng cho công ty đại chúng quy định kế toán trưởng là NQLCTCP. Tuy nhiên, với chức năng của Kế toán trưởng, nếu Điều lệ công ty không quy định khác, khó có thể khẳng định một cách chắc chắn rằng Kế toán trưởng có “thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch”. Thông thường, các công ty sẽ không quy định cho Kế toán trưởng có thẩm quyền này để bảo đảm Kế toán trưởng vô tư, khách quan và độc lập khi phản ánh và kiểm soát các giao dịch thông qua nghiệp vụ kế toán. Vì lẽ đó, nếu tiếp tục áp dụng máy móc Điều 4.18 LDN năm 2014 thì rất khó khẳng định Kế toán trưởng là NQLCTCP dù được Điều lệ công ty quy định là NQLCTCP.

Trong các đạo luật và án lệ về công ty của các bang của Hoa Kỳ không đề cập đến thuật ngữ NQLCTCP mà chỉ đề cập đến hai thuật ngữ là thành viên HĐQT và NDH. Như vậy, theo pháp luật Hoa Kỳ, NQLCTCP bao gồm thành viên HĐQT (directors) và NDH (officers). Thành viên HĐQT được pháp luật mặc định là NQLCTCP. Các đạo luật công ty của các bang cũng không đưa ra định nghĩa về NDH. Điều §55-8-40 của Luật công ty cổ phần bang North Carolina chỉ quy định

¹⁴ Điều 1.1(v) Điều lệ Ngân hàng Thương mại cổ phần Đầu tư và Phát triển Việt Nam (BIDV) năm 2015 quy định “người quản lý” gồm Chủ tịch, thành viên HĐQT, Tổng giám đốc, Phó tổng giám đốc, Kế toán trưởng. Tuy nhiên, trong toàn bộ Điều lệ không có quy định nào đề cập đến “thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty” của Phó Tổng giám đốc và Kế toán trưởng. Điều 1.18 Điều lệ tổ chức và hoạt động của Ngân hàng Thương mại cổ phần Công thương Việt Nam (bản sửa đổi, bổ sung năm 2015) quy định “người quản lý của VietinBank” bao gồm: Chủ tịch HĐQT, thành viên HĐQT, Tổng giám đốc, Phó tổng giám đốc, Kế toán trưởng, Trưởng Văn phòng đại diện, Giám đốc Chi nhánh. Thẩm quyền của những người có chức danh quản lý này do quy chế của công ty, nghị quyết của HĐQT quy định.

như sau: “Công ty cổ phần có người điều hành công ty được mô tả trong quy chế của công ty (bylaws) hoặc được bổ nhiệm bởi HĐQT.” Điều 33-763 của Luật công ty cổ phần bang Connecticut cũng có quy định tương tự như vậy. Điều 1-Chương V Quy chế của Công ty cổ phần Abbot Laboratories cũng có cách định nghĩa tương tự về NDH: “Người điều hành công ty bao gồm Chủ tịch HĐQT, Tổng giám đốc, Chủ tịch, các Phó Chủ tịch, Thủ quỹ, Thư ký công ty, Kiểm soát viên, Cố vấn trưởng và Phó thủ quỹ, Phó thư ký công ty được bầu hoặc bổ nhiệm bởi Chủ tịch HĐQT.” [37]. Rõ ràng, pháp luật Hoa Kỳ rất hợp lý khi không nỗ lực đưa ra định nghĩa về NDH mà bỏ ngỏ cho các quy chế công ty định nghĩa. Như vậy, các công ty sẽ tùy thuộc vào hoàn cảnh thực tế của mình để xác định những chức danh nào được xếp vào nhóm NDH.

Có thể thấy rằng tiêu chí “có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty” không phản ánh đầy đủ chức năng và thẩm quyền của người đại diện dẫn đến thu hẹp khái niệm NQLCTCP. Ngoài ra, cũng như các đạo luật trước, LDN năm 2014 vẫn chưa quy định về người thực tế quản lý hoặc người quản lý giấu mặt. Trên thực tiễn đã tồn tại người thực tế quản lý hoặc người quản lý giấu mặt. Trong vụ đại án bầu Kiên, mặc dù không nắm giữ một vị trí quản lý nào trong ngân hàng ACB nhưng Nguyễn Đức Kiên có khả năng chi phối quyết định của HĐQT của ACB. Do vậy, có thể khẳng định Nguyễn Đức Kiên là người thực tế quản lý ngân hàng ACB. Như nhận định của Hội đồng xét xử phúc thẩm:

ý kiến của Nguyễn Đức Kiên tại cuộc họp thường trực Hội đồng quản trị ACB ngày 22/3/2010: Làm gì thì làm, không được làm giảm tổng tài sản ACB, không được làm ảnh hưởng đến thương hiệu ACB đã chi phối và có tính định hướng để thường trực HĐQT ban hành Nghị quyết ủy thác cho nhân viên ACB đi gửi tiền ở Ngân hàng khác. Do đó, Nguyễn Đức Kiên phải là người chịu trách nhiệm và chịu trách nhiệm chính về chủ trương sai trái này. [126].

Qua bản án này có thể thấy thực tiễn đã bước đầu thừa nhận người thực tế quản lý hoặc người quản lý giấu mặt.

3.3. QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

3.3.1. Nghĩa vụ thực hiện quyền, nhiệm vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất vì lợi ích tốt nhất của công ty (nghĩa vụ cẩn trọng)

Trên thực tiễn cũng đã xảy ra nhiều vụ việc liên quan đến hành vi sai sót, thiếu trách nhiệm của NQLCTCP gây thiệt hại cho công ty. Có thể xem xét lĩnh vực ngân hàng như ví dụ minh họa. Thực tiễn điều tra, truy tố và xét xử các tội phạm

trong lĩnh vực ngân hàng có thể chỉ ra một số hành vi thiếu trách nhiệm của cán bộ ngân hàng như:

Nhân nhượng hoặc làm ngơ trước những sai sót của khách hàng; ...Chính sách với khách hàng Vip còn nhiều sơ hở; Cho vay tín chấp không đủ điều kiện;...Nhận hồ sơ thế chấp không phải là bản chính; Thiếu trách nhiệm trong việc kiểm tra và nắm chắc tình trạng tài sản trước và sau khi nhận thế chấp; Thẩm định hồ sơ thế chấp không đúng, không kỹ càng, đầy đủ; Thẩm định hồ sơ không đúng quy trình do nể nang cấp trên cho vay trước hoàn thiện hồ sơ sau; Quản lý kho hàng thế chấp, cầm cố không chặt chẽ;...Không kiểm tra được việc sử dụng vốn vay và nắm bắt được thực trạng tài chính sau khi cho vay. [44].

Diễn hình như vụ án xảy ra tại Ngân hàng thương mại cổ phần kỹ thương Việt Nam, Chi nhánh thành phố Hồ Chí Minh, bà Nguyễn Thị Lan, Chủ tịch Hội đồng quản trị Công ty cổ phần Công Chính và các công ty có liên quan đã dùng hàng hóa là cà phê cầm cố cho ngân hàng để vay số tiền khoảng 550 tỷ đồng, nhưng trong quá trình cầm cố, cán bộ ngân hàng quản lý tài sản cầm cố không chặt chẽ nên bà Lan đã lợi dụng việc đó bán toàn bộ số cà phê này để chiếm đoạt mà không trả nợ cho ngân hàng. [21, tr. 104].

Trong lĩnh vực khác, cũng xảy ra nhiều vụ việc, NQLCTCP có những sai sót trong quản lý dẫn đến rủi ro, thiệt hại cho công ty. Liên quan đến vụ Hoàng Đình Thắng nguyên Phó Giám đốc thường trực Khối tài chính Công ty cổ phần Văn phòng phẩm Hồng Hà phạm tội lừa đảo chiếm đoạt 76 tỷ đồng của công ty, ông Tổng giám đốc Công ty Bùi Ký Phát đã thừa nhận: “có sai sót, nguyên nhân do không kiểm soát hết được số lượng hồ sơ thanh toán hàng ngày, để Thắng lợi dụng kẹp lẩn các chứng từ không khi trình ký...” [43].

Thực trạng trên cho thấy trên thực tiễn các hành vi sai sót, thiếu trách nhiệm của NQLCTCP rất phổ biến. Vấn đề đặt ra là pháp luật về nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP ở Việt Nam đã đầy đủ để tạo cơ sở pháp lý vững chắc xử lý người có hành vi sai sót, thiếu trách nhiệm chưa? Nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP được quy định tại Điều 160.1(b) LDN năm 2014. Điều 38.2 Luật các tổ chức tín dụng năm 2010 quy định về nghĩa vụ cẩn trọng của người quản lý tổ chức tín dụng. Đối với các công ty đại chúng, Điều 34 Điều lệ mẫu quy định: “Thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Ban kiểm soát, 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 Hội đồng quản trị, 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.” Cho đến nay, đây là quy định cụ thể nhất về nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP. Trên thực tế các công ty đại chúng cũng không chi tiết hóa nội dung nghĩa vụ cẩn trọng mà sử dụng nguyên tinh thần của đoạn văn trong Điều 34 Điều lệ mẫu để quy định về nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP trong các bản Điều lệ của mình.

Qua khảo cứu, NCS nhận thấy, trong LDN năm 2014 đã có một số quy định cụ thể hóa một số nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng bằng việc quy định những nghĩa vụ cụ thể cho NQLCTCP:

1) Điều 37.3 LDN năm 2014 buộc thành viên HĐQT phải xác định giá tài sản góp vốn phù hợp với giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm góp vốn. Thành viên HĐQT phải thực hiện nghĩa vụ này nhằm tránh thiệt hại cho công ty.

2) Thành viên HĐQT, người đại diện theo pháp luật có nghĩa vụ giám sát, đôn đốc thanh toán đủ và đúng hạn các cổ phần các cổ đông đã đăng ký mua; và đăng ký điều chỉnh vốn điều lệ bằng giá trị mệnh giá số cổ phần đã được thanh toán đủ và thay đổi cổ đông sáng lập trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày kết thúc thời hạn phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua. (Điều 112 LDN năm 2014).

3) Chủ tịch HĐQT và GD phải tiêu hủy cổ phiếu xác nhận quyền sở hữu cổ phần đã được mua lại ngay sau khi cổ phần tương ứng đã được thanh toán đủ nhằm tránh những rủi ro, thiệt hại cho công ty. (Điều 131.3 LDN năm 2014).

4) Điều 136.4 LDN năm 2014 đòi hỏi các thành viên HĐQT phải biểu quyết để thông qua quyết định triệu tập họp ĐHĐCĐ trong những trường hợp: (1) Số thành viên HĐQT ít hơn số thành viên do pháp luật quy định; (2) Theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu từ 10% tổng số cổ phần phổ thông trở lên trong thời hạn liên tục ít nhất 06 tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty; Theo yêu cầu của Ban kiểm soát. Vì các cuộc họp ĐHĐCĐ trong những trường hợp nêu tại Điều 136.4 có thể là trường hợp quan trọng, cấp bách cần được tổ chức, việc không tổ chức họp có thể gây ra những rủi ro nhất định cho công ty.

Từ các nội dung trên cho thấy pháp luật chưa thể bao quát hết nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng. Tuy vậy, tác giả Luận án cho rằng các văn bản quy phạm pháp luật đã làm đầy đủ chức năng của mình khi quy định về nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP. Vấn đề ở chỗ hiện nay chúng ta đang thiếu các án lệ giải thích cụ thể về nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP.

Một quyết định của tòa án mặc dù không liên quan đến nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP nhưng thể hiện quan điểm của tòa án về hành vi thiếu trách nhiệm của cán bộ ngân hàng. Trong vụ này, tòa án nhận định:

Một trong những nguyên nhân dẫn đến thất thoát toàn bộ lô hàng trên là do SGD1 không thanh toán L/C...Trách nhiệm về các vấn đề nêu trên thuộc về Sở giao dịch 1, mà trước hết là ông Đặng Văn Đính với cương vị là Giám đốc Sở giao dịch1... Ngoài ra, khi Hoàng Đình Dung không chấp nhận kết quả đàm phán của Đoàn công tác tại Pakistan, ông Đính đã chỉ đạo Đoàn công tác về nước, bỏ mặc số hàng trên, trong khi Sở giao dịch1 vẫn giữ bộ chứng từ gốc, là không làm hết trách nhiệm của mình. [124].

Một vụ việc khác cũng thể hiện quan điểm của tòa án về “hành vi thiếu trách nhiệm”. Trong vụ này, Hội đồng thẩm phán – Tòa án nhân dân tối cao nhận định như sau:

Lê Thị Roạn là Phó giám đốc, kiêm Trưởng ban quản lý kho, quỹ và Lại Minh Hùng là Thủ kho,...đã cho anh Đặng Chương là thợ làm vàng nhận thùng vàng do anh Thanh gửi chiều ngày 19-01-1996 và không yêu cầu anh Chương ký nhận vào sổ kho là không đúng. Tiếp theo...nếu Lê Thị Roạn và Lại Minh Hùng thực hiện đúng trách nhiệm, chỉ cho đưa số vàng làm ngày chủ nhật ra xưởng, số vàng còn lại được gửi vào kho như ngày 14-01-1996 thì không dẫn đến hậu quả mất số vàng ngày thường còn lại trong thùng... Do đó, hành vi không thực hiện đúng nhiệm vụ được giao của Lê Thị Roạn, Lại Minh Hùng là hành vi phạm tội “thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng” [123].

Qua nghiên cứu trên, có thể thấy trong thực tiễn xét xử đã có những lý giải về “hành vi thiếu trách nhiệm”. Hành vi thiếu trách nhiệm có nhiều điểm khá tương đồng với “hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng”. Tuy nhiên, “hành vi thiếu trách nhiệm” được tòa án mô tả là các hành vi không thực hiện đúng nhiệm vụ được giao của người những người có chức vụ, quyền hạn trong cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp của nhà nước hoặc trong các các công ty cổ phần mà nhà nước có cổ phần chi phối, chứ không phải là của những NQLCTCP thông thường khác. Hơn nữa, “hành vi không thực hiện đúng nhiệm vụ được giao” có nội dung rất rộng, cần phải có những lý giải vừa có tính bao quát, vừa cụ thể. Nhiệm vụ được giao là nhiệm vụ cụ thể được quy định hoặc xác định bởi pháp luật, văn bản quản lý nội bộ, hay nhiệm vụ được giao cần được hiểu rộng là những việc mà một người ở một vị trí nhất định trong một hoàn cảnh cụ thể phải làm vì lợi ích tốt nhất của công ty.¹⁵Như vậy, hành

¹⁵ Ví dụ, tuy pháp luật cũng như điều lệ công ty không bắt buộc phải tiến hành đấu thầu hoặc khảo giá khi mua sắm một loại thiết bị nhất định, nhưng chuẩn mực quản trị chung đòi hỏi GD phải yêu cầu nhân viên

vi thiếu trách nhiệm và hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP sẽ đồng nhất nếu được áp dụng cho tất cả NQLCTCP với “nhiệm vụ được giao” hiểu theo nghĩa rộng.

Tóm lại, nội dung pháp lý của nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP vẫn chưa được quy định và giải thích đầy đủ và cụ thể trong các văn bản quy phạm pháp luật cũng như trong thực tiễn xét xử ở Việt Nam. Dưới đây là kinh nghiệm của một số nước về nội dung pháp lý của nghĩa vụ cẩn trọng.

Ở Hoa Kỳ, nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP được quy định mang tính nguyên tắc trong các đạo luật công ty của các bang. Nội dung cụ thể của các nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP chủ yếu được tìm thấy trong nguồn án lệ đồ sộ từ các tòa án bang. Nghĩa vụ cẩn trọng được mô tả như sau:

Nghĩa vụ cẩn trọng theo pháp luật của tiểu bang Delaware đòi hỏi thành viên HĐQT phải cẩn trọng ở mức độ mà một người cẩn thận trung bình sẽ thực hiện trong tình huống tương tự và phải xem xét mọi thông tin hợp lý sẵn có khi ra quyết định. Định nghĩa này ngụ ý rằng việc xem xét nghĩa vụ cẩn trọng là xét đến tiêu chuẩn ngăn ngừa vi phạm do lỗi vô ý (cụ thể là tiêu chuẩn của “thành viên HĐQT miễn cán). [121, tr. 803].

Nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP không được ra quyết định khi không có đầy đủ thông tin. Pháp luật thừa nhận NQLCTCP được dựa vào thông tin được cung cấp bởi những người có thẩm quyền (như giám đốc tài chính, nhân viên kế toán được giao quyền,...), các chuyên gia, luật sư, ban chuyên môn của HĐQT. Nếu NQLCTCP ra quyết định vì tin tưởng hợp lý và ngay tình vào các nguồn thông tin kể trên mà gây thiệt hại cho công ty thì không coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng dù sau đó thông tin được cung cấp được chứng minh là không chính xác. Như vậy, nếu NQLCTCP ra quyết định mà không dựa vào thông tin đầy đủ được coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng và phải bồi thường cho công ty nếu quyết định này gây thiệt hại cho công ty. Khi HĐQT ra quyết định thuộc trường hợp vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng, thành viên HĐQT nào thông qua quyết định này phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Thành viên HĐQT phản đối và ý kiến phản đối được ghi trong biên bản họp HĐQT được miễn trách nhiệm.

Vì HĐQT có chức năng giám sát, nên thành viên HĐQT có nghĩa vụ giám sát hoạt động của người điều hành công ty và người lao động một cách cẩn trọng. Trong vụ Francis v. United Jersey Bank, tòa án nhận định:

dưới quyền tham khảo giá cả, chất lượng, uy tín của nhiều nhà cung cấp khác nhau. Vì vậy, hành vi không tham khảo thông tin của nhiều nhà cung cấp trước khi quyết định mua sắm có được coi là “hành vi không thực hiện đúng nhiệm vụ được giao” không? Nhưng chắc chắn đây là hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

HĐQT có trách nhiệm quản lý chung các vấn đề của công ty...Họ có trách nhiệm cụ thể liên quan đến việc phân bổ tài sản cho cổ đông, cung cấp khoản vay cho thành viên HĐQT và người điều hành công ty...Trong vụ này một sự thật là HĐQT không được yêu cầu thực hiện bất kỳ hành vi minh thị nào liên quan đến các khoản thanh toán trái luật cho các thành viên của gia đình Pritchard...Bà Pritchard không biết là các con trai của bà đang giao dịch với công ty và bà không biết đó là những hành vi trái luật. Bà không có mục đích lừa dối bất kỳ ai kể cả chủ nợ của công ty. Tuy nhiên, với tư cách là thành viên HĐQT nếu bà chỉ cần quan tâm một chút đến các nghĩa vụ của mình, và nếu bà quan tâm một chút đến các vấn đề của công ty, bà sẽ biết được điều gì đang xảy ra....Bà Pritchard đã thiếu trách nhiệm khi thực hiện nhiệm vụ với tư cách là thành viên HĐQT của Pritchard & Baird. Nếu như bà thực hiện công việc của mình với sự cẩn trọng, bà sẽ phát hiện ra được những sai sót của Charles con và Williams ngay khi kết thúc năm tài chính vào ngày 31/01/1970 và bà có thể dễ dàng thực hiện các bước nhằm chấm dứt hành vi vi phạm. Sự thiếu trách nhiệm của bà làm cho khách hàng và chủ nợ của Pritchard & Baird bị thiệt hại 10.355.736,31 đô la. [129].

Hiện nay, pháp luật của Việt Nam chưa quy định về các trường hợp không vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. Việc không quy định các trường hợp không vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng rất dễ gây ra hiện tượng “chụp mũ” theo hướng cứ thấy có thiệt hại xảy ra cho công ty là buộc NQLCTCP phải chịu trách nhiệm.

Trong khi đó, ở Hoa Kỳ, để bảo đảm NQLCTCP dám mạo hiểm với các quyết định kinh doanh của mình, án lệ các bang phát triển học thuyết “quy tắc quyết định kinh doanh” (business judgment rule). Trong vụ *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 689, A.2d 959 (Del. 1996), tòa án nhận định:

Việc tuân thủ nghĩa vụ cẩn trọng của thành viên HĐQT không thể xem xét một cách chính xác chỉ qua nội dung của quyết định của HĐQT gây ra thiệt hại cho công ty mà không xem xét đến sự trung thực hoặc sự hợp lý của qui trình thông qua quyết định. Nghĩa là, việc thẩm phán hoặc bồi thẩm xem xét những vấn đề đằng sau những chứng cứ, tin rằng quyết định thực sự sai lầm, hoặc mức độ sai lầm từ “ngớ ngẩn” đến “quá tệ” hoặc “phi lý”, không cung cấp đủ cơ sở để buộc trách nhiệm của thành viên HĐQT, như vậy tòa án xác định rằng qui trình thực hiện hoặc là hợp lý hoặc là được thực hiện với một nỗ lực ngay tình để tăng lợi ích của công ty. [76, tr. 73].

Quy tắc quyết định kinh doanh được áp dụng để xác định NQLCTCP không chịu trách nhiệm pháp lý nếu: (i). NQLCTCP thực hiện các bước hợp lý để thu thập đầy đủ thông tin về vấn đề cần giải quyết; (ii). NQLCTCP có đủ cơ sở hợp lý để ra quyết định; (iii). Quyết định được ra một cách thiện chí và trung thực và (iv). Không có xung đột lợi ích giữa NQLCTCP với công ty

Liên bang Đức đã nhập học thuyết “quyết định kinh doanh” của Hoa Kỳ. Học thuyết này đã được tòa án vận dụng trên thực tiễn. Sau đó năm 2005, bản sửa đổi bổ sung của Luật công ty cổ phần năm 1965 đã chính thức pháp điển hóa học thuyết này. Điều 93 Luật công ty cổ phần quy định: “Nếu như thành viên quản lý ra quyết định kinh doanh tin tưởng một cách hợp lý rằng quyết định vì lợi ích của công ty và dựa trên cơ sở thông tin thích hợp thì không coi là vi phạm nghĩa vụ này.”

Hàn Quốc cũng đã du nhập học thuyết “quyết định kinh doanh” thông qua vụ Samsung Electronics (2001-2005). Trong vụ này, Tòa án cấp cao Seoul đã kết luận rằng đây không phải là trường hợp giao dịch tư lợi, và ra quyết định có lợi cho bị đơn bằng việc áp dụng học thuyết “quyết định kinh doanh”. [50, tr. 681].

Mặc dù Cộng hòa Pháp không du nhập học thuyết “quyết định kinh doanh” nhưng trong thực tiễn án lệ cho thấy nếu chỉ có bất cẩn không nghiêm trọng mà không có yếu tố tư lợi thì hầu như NQLCTCP không phải chịu trách nhiệm pháp lý. [50, tr. 678]. Tòa án Pháp chỉ truy cứu trách nhiệm của NQLCTCP khi hành vi bất cẩn thể hiện sự bất hợp lý, ví dụ ra quyết định cho vay mà hoàn cảnh cho thấy người vay không có khả năng trả nợ. [50, tr. 679].

3.3.2. Nghĩa vụ trung thành với lợi ích của công ty và của cổ đông (nghĩa vụ trung thành)

Trong LDN năm 1999, nội dung pháp luật về nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP được quy định tại Điều 86.2 và Điều 87 LDN năm 1999 và Điều 87. Theo LDN năm 1999, nội dung của nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP bao gồm: (1) nghĩa vụ trong kiểm soát GDCNCTL; (2) không sử dụng tài sản của công ty vì lợi riêng; và (3) không tiết lộ thông tin mật của công ty.

LDN năm 2005 cũng có cách tiếp cận về nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP tương tự như LDN năm 1999. Tuy nhiên, LDN năm 2005 bổ sung thêm nội dung “không chiếm đoạt cơ hội kinh doanh của công ty”. Liên quan đến nghĩa vụ trung thành, LDN năm 2014 có nội dung không thay đổi so với LDN năm 2005. Điều 35 Điều lệ mẫu áp dụng cho công ty đại chúng ban hành theo Thông tư số 121/2012/TT-BTC ngày 26/7/2012 của Bộ tài chính quy định về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng (sau đây gọi tắt là “Điều lệ mẫu”) đề cập đến trách nhiệm trung thực và tránh xung đột về quyền lợi. Luật các tổ chức tín dụng năm

2010 cũng có quy định về nghĩa vụ trung thành của người quản lý ngân hàng. Luật các tổ chức tín dụng năm 2010 còn đi một bước khá xa khi không cho phép người quản lý ngân hàng tăng lương, thù lao hoặc yêu cầu trả thưởng khi ngân hàng bị lỗ.

Nhìn chung, theo pháp luật hiện hành của Việt Nam, nội dung nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP bao gồm: (1) nghĩa vụ trong kiểm soát GDCNCTL; (2) không sử dụng tài sản của công ty vì lợi riêng; (3) không tiết lộ thông tin mật của công ty; (4) không chiếm đoạt cơ hội của công ty.

3.3.2.1. Nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần trong kiểm soát giao dịch có nguy cơ tư lợi

Theo Điều 162.1(b) LDN năm 2014, GDCNCTL giữa công ty với NQLCTCP bao gồm: (1) Giao dịch giữa công ty với thành viên HĐQT hoặc GD; Giao dịch giữa công ty với người có liên quan của HĐQT hoặc GD.

GDCNCTL phải được HĐQT hoặc ĐHCĐ chấp thuận. Theo Điều 162.2 LDN năm 2014, HĐQT có thẩm quyền chấp thuận giao dịch có giá trị nhỏ hơn 35% tổng giá trị tài sản của công ty ghi trong báo cáo tài chính gần nhất hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn ghi trong Điều lệ của công ty. Các giao dịch còn lại thuộc thẩm quyền của ĐHCĐ. Trong mọi trường hợp, người có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết. GDCNCTL không được chấp thuận hợp pháp bị vô hiệu. Có thể thấy rằng cách tiếp cận của luật doanh nghiệp Việt Nam về phương thức kiểm soát GDCNCTL khá gần gũi với cách tiếp cận chung trên thế giới. Trong khi đó, Điều 61 Luật công ty Trung Quốc lại quy định: “Đồng sự không được ký kết hợp đồng hoặc tiến hành giao dịch với công ty, trừ trường hợp điều lệ công ty hoặc Đại hội đồng cổ đông đồng ý.” [24, tr. 116]. So với quy định của pháp luật Việt Nam thì rõ ràng quy định này của pháp luật Trung Quốc cứng nhắc và thiếu linh hoạt hơn.

Mặc dù có nhiều điểm tiến bộ, nhưng đáng tiếc LDN năm 2014 vẫn còn một số điểm tồn tại như sau:

Thứ nhất pháp luật hiện hành mới chỉ đề cập đến GDCNCTL của thành viên HĐQT, GD và người liên quan của những người này mà chưa đề cập đến GDCNCTL của những người quản lý khác. Trong thực tiễn, có một số chức danh quản lý có những ảnh hưởng nhất định và họ cũng lạm dụng quyền lực của mình để có được các GDCNCTL, ví dụ kế toán trưởng, giám đốc tài chính, giám đốc dự án. Vì vậy, những người này rất dễ dàng trong việc thiết lập các GDCNCTL, như nhận hoa hồng của công ty khác để công ty này xác lập giao dịch với công ty, chuyển các hợp đồng, giao dịch có nhiều lợi ích (trong đó có phần của người quản lý) cho người liên quan của họ. Như vậy, việc bỏ lọt những vị trí quản lý này sẽ dẫn đến

tình trạng các GDCNCTL nhỏ đến vừa trở nên phổ biến trong nhiều công ty và có khả năng hủy hoại một công ty không khác gì các GDCNCTL có giá trị lớn.

Thứ hai, luật doanh nghiệp hiện hành chưa làm rõ khái niệm người có liên quan của NQLCTCP. Như nhận định được đưa ra bởi Đào Thúy Anh: “Ngoài ra, do chưa có quy định rõ về người liên quan trong LDN 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành nên thực tế các khái niệm “người liên quan” của doanh nghiệp hay “người liên quan” của NQLCTCP vẫn bị sử dụng nhầm lẫn ...” [1, tr. 68].

Thứ ba, LDN năm 2014 lấy tiêu chí giá trị của GDCNCTL để phân định thẩm quyền giữa HĐQT và ĐHĐCĐ. Như vậy, LDN năm 2014 chưa tính đến tình huống tất cả hoặc đa số các thành viên HĐQT đều có lợi ích liên quan đến một giao dịch hoặc tất cả hoặc đa số các thành viên HĐQT mặc dù không có lợi ích liên quan đến một giao dịch nhưng có chứng cứ để khẳng định rằng họ có những mối liên quan nhất định với người có lợi ích liên quan và có nguy cơ dẫn đến sự thỏa hiệp trong việc đưa ra quyết định chấp thuận giao dịch. Nếu như xảy ra những trường hợp này thì rõ ràng quyết định của HĐQT chấp thuận GDCNCTL:

(1). Không bảo đảm hiệu lực pháp lý về mặt hình thức: Nếu tất cả các thành viên HĐQT đều có lợi ích liên quan đến một giao dịch thì tất cả họ đều không có quyền biểu quyết, vậy làm thế nào để quyết định của HĐQT được thông qua. Hoặc, nếu đa số các thành viên HĐQT có lợi ích liên quan đến một giao dịch thì chỉ thiểu số còn lại có quyền biểu quyết. Như vậy, nếu quyết định của HĐQT được thông qua bởi thiểu số thành viên HĐQT liệu có trái với Điều 153.9 LDN năm 2014 không; hoặc

(2). Không bảo đảm tính khách quan: Trong trường hợp vì các thành viên HĐQT có những mối liên quan nhất định với người có lợi ích liên quan dẫn đến có sự thỏa hiệp thì không thể bảo đảm quyết định phê chuẩn GDCNCTL bảo đảm tính khách quan vì lợi ích tốt nhất của công ty.¹⁶

Đối với công ty đại chúng, Điều 23.4 Thông tư số 121/2012/TT-BTC không cho phép công ty cấp các khoản vay hoặc bảo lãnh cho NQLCTCP trừ trường hợp được ĐHĐCĐ chấp thuận. Giải pháp này khác với giải pháp được đưa ra tại Điều 162 LDN năm 2014. Theo Điều 162 LDN năm 2014, nếu giá trị hợp đồng vay hoặc

¹⁶ Ví dụ, Tổng giám đốc A muốn bổ nhiệm A1 và A2 là các em ruột của mình làm các giám đốc chi nhánh của công ty tại Đà Nẵng và thành phố Hồ Chí Minh. Tuy nhiên, theo Điều lệ công ty việc bổ nhiệm giám đốc chi nhánh phải được Hội đồng quản trị thông qua. Hội đồng quản trị gồm có 5 thành viên, trong đó một thành viên chính là Tổng giám đốc A, 4 thành viên còn lại đặt vấn đề với Tổng giám đốc A về việc đưa các nhà thầu xây dựng, lắp đặt và hoàn thiện công trình là những công ty có liên quan của họ. Giữa họ có sự trao đổi là HĐQT sẽ thông qua quyết định bổ nhiệm giám đốc chi nhánh và ngược lại các hợp đồng thầu phụ cho dự án trên sẽ do các nhà thầu phụ là công ty có liên quan của các thành viên HĐQT đảm nhiệm. Giá trị các hợp đồng thầu phụ đều không thuộc trường hợp phải do ĐHĐCĐ thông qua mà chỉ cần HĐQT. Trong trường hợp này, các thành viên HĐQT bao gồm cả thành viên A kiêm Tổng giám đốc đã có sự thỏa hiệp để thông qua các GDCNCTL trên.

cấp bảo lãnh nhỏ hơn 35% tổng giá trị tài sản của công ty ghi trong báo cáo tài chính gần nhất hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn ghi trong điều lệ của công ty, thì hợp đồng chỉ cần HĐQT thông qua là có hiệu lực mà không quan trọng đây có phải là công ty đại chúng hay không. Tuy nhiên, Điều 23.4 Thông tư số 121/2012/TT-BTC (áp dụng cho công ty đại chúng) lại bắt buộc hợp đồng vay hoặc cấp bảo lãnh phải được ĐHĐCĐ chấp thuận. Trên thực tế, các công ty đại chúng chuyển hóa Điều 23.4 Thông tư số 121/2012/TT-BTC vào trong điều lệ của Công ty. Từ đó việc ứng xử với hợp đồng vay hoặc cấp bảo lãnh như thế nào sẽ tuân theo điều lệ của công ty. Điều 37.3 Điều lệ (năm 2012) Công ty Tập đoàn Hòa Phát có nội dung hoàn toàn giống với nội dung Điều 23.4 Thông tư số 121/2012/TT-BTC. Đây là giải pháp mà các công ty đại chúng khác áp dụng. Mặc dù giải pháp do Thông tư số 121/2012/TT-BTC đưa ra là khá hợp lý. Nhưng phạm vi áp dụng của Thông tư này chỉ là công ty đại chúng. So sánh với nước ngoài thì thấy, Điều 197 luật công ty năm 2006 của Anh bắt buộc hợp đồng vay, hợp đồng cấp bảo lãnh cho thành viên HĐQT phải được ĐHĐCĐ phê chuẩn.

Một vấn đề nữa mà LDN năm 2014 chưa đặt ra là nếu GDCNCTL không công bằng với công ty thì mặc dù đã được chấp thuận, HĐQT hoặc ĐHĐCĐ có quyền thu hồi lại quyết định chấp thuận không hoặc có cơ chế nào khác tuyên bố giao dịch vô hiệu vì không công bằng không? Phải chăng LDN năm 2014 đi theo hướng GDCNCTL đã được chấp thuận thì có hiệu lực và không thể bị xét lại vì lý do không công bằng. Cách tiếp cận này bảo đảm sự ổn định của giao dịch, nhưng không bảo đảm được lợi ích tốt nhất của công ty. Bởi vì mục đích cuối cùng của việc kiểm soát GDCNCTL là ngăn ngừa lợi ích của công ty bị chuyển dịch một cách không công bằng sang chủ thể khác, chứ không phải là hợp pháp hóa GDCNCTL.

3.3.2.2. Nghĩa vụ không sử dụng tài sản của công ty vì lợi ích riêng, không tiết lộ bí mật thông tin của công ty

Điều 160.1(c) của LDN năm 2014 không cho phép NQLCTCP lạm dụng tài sản, thông tin, bí quyết của công ty để tư lợi hoặc phục vụ cho lợi ích của cá nhân, tổ chức khác. Tài sản của công ty bao gồm tài sản hữu hình và tài sản vô hình trong đó có cả bí mật kinh doanh. Theo thông tin từ báo chí thì Hà Văn Sơn, Tổng giám đốc Công ty cổ phần Bất động sản Việt Nam (VN Land) đã có hành vi:

Sau nhiều lần thương thảo, hai bên thống nhất thời gian bắt đầu tính tiền thuê mặt bằng vào ngày 1/1/2013, nhưng PVL đã thanh toán toàn bộ số tiền cho VN Land từ đầu năm 2011. Ngay sau đó Sơn đã chỉ đạo cấp dưới rút số tiền nêu trên trả nợ cho cá nhân Sơn vay trước đó hơn 8 tỷ

đồng, tạm ứng cho cháu ruột của Sáu gần 2 tỷ đồng, trả nợ mẹ Sáu 260 triệu đồng. [34].

Các công ty có thể quy định cụ thể về nghĩa vụ không lạm dụng tài sản của công ty và nghĩa vụ bảo mật thông tin trong Điều lệ công ty và/hoặc trong các hợp đồng giữa công ty với NQLCTCP. Trên thực tế, ở nhiều nước, nghĩa vụ bảo mật thông tin được quy định trong hợp đồng giữa công ty với người quản lý công ty. (Xem phụ lục C).

3.3.2.3. Nghĩa vụ không chiếm đoạt cơ hội của công ty

Pháp luật hiện hành của Việt Nam có quy định cấm NQLCTCP sử dụng cơ hội kinh doanh của công ty. Tuy nhiên, các văn bản này vẫn chưa làm rõ trường hợp nào được coi là cơ hội kinh doanh của công ty. Trong khi đó, án lệ đồ sộ của Hoa Kỳ đã lý giải rất cụ thể thế nào là cơ hội của công ty. Tòa án bang California sử dụng khái niệm sau để xác định cơ hội kinh doanh của công ty:

Có ba phương pháp được thừa nhận dùng để xác định cơ hội kinh doanh của công ty: “phạm vi kinh doanh”, “lợi ích và mong đợi” và “sự công bằng”. Dù bằng phương pháp nào thì cơ hội kinh doanh của công ty tồn tại khi một hoạt động được đề xuất liên quan một cách hợp lý đến hoạt động kinh doanh hiện thời hoặc tiềm năng của công ty và công ty có khả năng sử dụng. [134].

Tòa án bang Massachusetts cho rằng để được coi là cơ hội của công ty thì “trong hoàn cảnh liên quan đến việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình hoặc là thông qua việc sử dụng thông tin hoặc tài sản công ty, thành viên HĐQT hoặc NDH được coi là biết một cách hợp ý rằng cơ hội phát sinh là lợi ích của công ty.” [128]. Từ đó, tòa án bang Massachusetts nhận định: “Khi người đại diện lấy cơ hội cho lợi ích của riêng mình, anh ta có nghĩa vụ chứng minh rằng tất cả các thông tin trọng yếu đã được công bố và hành vi của anh ta là công bằng và không gây thiệt hại cho công ty.” [136].

3.3.2.4. Nghĩa vụ không cạnh tranh với công ty

Về vấn đề cạnh tranh với công ty, Điều 118 LDN năm 2005 quy định về nghĩa vụ công khai các lợi ích liên quan cho công ty. Theo đó, NQLCTCP phải công khai về doanh nghiệp mà họ có cổ phần hoặc vốn góp hoặc doanh nghiệp mà người liên quan của họ có cổ phần hoặc vốn góp chiếm từ 35% vốn điều lệ trở lên. LDN năm 2014 (Điều 159) quy định mức cổ phần hoặc vốn góp tối thiểu mà người có liên quan của NQLCTCP sở hữu là 10%. Điều 160.1 (d) LDN năm 2014 quy định NQLCTCP có nghĩa vụ “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; thông báo này được niêm yết tại trụ sở chính và chi nhánh của công ty.” Như vậy có thể hiểu rằng NQLCTCP không bị cấm là chủ sở hữu, cổ đông, người góp vốn trong một doanh nghiệp khác, dù doanh nghiệp đó có cạnh tranh với công ty. Luật thực định Việt Nam chỉ đòi hỏi NQLCTCP phải công khai về tình trạng này cho công ty. Tuy vậy, Điều 118.4 LDN năm 2005 lại quy định thành viên HĐQT hoặc GD 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 Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và chỉ được thực hiện khi được đa số thành viên còn lại của Hội đồng quản trị chấp thuận; nếu thực hiện mà không khai báo hoặc không được sự chấp thuận của Hội đồng quản trị thì tất cả thu nhập có được từ hoạt động đó thuộc về công ty. Điều 159.5 LDN năm 2014 vẫn giữ nguyên quy định này của LDN năm 2005. Như vậy, theo pháp luật Việt Nam, NQLCTCP có thể là cổ đông, thành viên góp vốn của doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh của công ty, nhưng không được trực tiếp tham gia hoặc là người đại diện cho chủ thể khác trong các giao dịch thuộc phạm vi kinh doanh của công ty trừ khi được HĐQT chấp thuận. Chúng tôi cho rằng cách tiếp cận của pháp luật hiện hành có điểm hợp lý khi không hạn chế quyền sở hữu cổ phần hoặc vốn góp của NQLCTCP trong đối thủ cạnh tranh của công ty. Quy định này tạo cơ hội cho những người này có thể đầu tư trên thị trường chứng khoán và sẽ không ảnh hưởng đáng kể đến lợi ích của công ty nếu như cổ phần mà người này nắm giữ trong đối thủ cạnh tranh không đáng kể. Tuy nhiên, pháp luật vẫn chưa quy định rõ việc NQLCTCP sử dụng nguồn lực của công ty bao gồm nhân lực, tài chính, cơ sở vật chất và thông tin của công ty để cạnh tranh với chính công ty. Việc NQLCTCP sử dụng tài sản (tài chính, cơ sở vật chất, thông tin mật) có thể áp dụng quy định cấm sử dụng tài sản của công ty vì mục đích cá nhân. Tuy nhiên, việc NQLCTCP sử dụng nhân lực của công ty để cạnh tranh với chính công ty thì pháp luật vẫn chưa quy định.

Khi NQLCTCP nắm giữ cổ phần chi phối trong đối thủ cạnh tranh thì rõ ràng người này đã tự đẩy mình vào tình trạng xung đột lợi ích với công ty. LDN năm 2014 có quy định về nghĩa vụ thông báo cho công ty về những doanh nghiệp mà người quản lý là chủ sở hữu hoặc nắm giữ cổ phần hoặc phần vốn góp chi phối. Nhưng các biện pháp này vẫn chưa thực sự đủ để bảo vệ lợi ích của công ty. Một vấn đề nữa mà pháp luật hiện hành chưa đặt ra là nếu một người đồng thời là NQLCTCP của hai đối thủ cạnh tranh thì sao. Rõ ràng trong trường hợp này, sẽ xảy

ra xung đột lợi ích khi NQLCTCP phải tham gia ra quyết định liên quan đến chính sách cạnh tranh của công ty. Nếu thuộc những trường hợp vừa nêu, lợi ích của công ty có thể sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng bởi lợi ích đối kháng từ NQLCTCP. Kinh nghiệm của nhiều công ty cổ phần trên thế giới là giữa công ty và NQLCTCP có một thỏa thuận không cạnh tranh trong hợp đồng (covenant not to compete). (Xem Phụ lục D).

Điều khoản không cạnh tranh với công ty rất phổ biến trong các hợp đồng giữa công ty với NQLCTCP ở Hoa Kỳ. Pháp luật Hoa Kỳ cũng thừa nhận hiệu lực của thỏa thuận này nếu đây là thỏa thuận có tính chất đền bù và thỏa thuận này hợp lý về phạm vi kinh doanh/công việc, thời gian và không gian. Về thời gian, các tòa án Hoa Kỳ thường chấp nhận thời gian hạn chế cạnh tranh trong phạm vi 02 năm kể từ ngày chấm dứt hợp đồng lao động là thời gian hợp lý. Về không gian, các tòa án Hoa Kỳ không chấp nhận hạn chế người đã từng là NQLCTCP hoạt động kinh doanh cùng lĩnh vực với công ty tại một khu vực địa lý mà công ty không có hoạt động kinh doanh. Về phạm vi kinh doanh, tòa án chỉ chấp nhận hạn chế NQLCTCP hoặc người đã từng là quản lý công ty hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh mà công ty có lợi ích, thông thường đó là lĩnh vực mà công ty hoạt động. Khi điều khoản không cạnh tranh có hiệu lực nếu NQLCTCP vi phạm, tòa án sẽ ra lệnh buộc người vi phạm chấm dứt hành vi vi phạm, ngoài ra người vi phạm phải bồi thường thiệt hại phát sinh.

Ở Việt Nam, nhiều hợp đồng ký giữa công ty với NĐH cũng có các điều khoản cấm cạnh tranh với công ty. Trong điều lệ của nhiều công ty cũng có điều khoản cấm cạnh tranh với công ty.¹⁷ Vì pháp luật hiện hành không có điều khoản trực tiếp đề cập đến thỏa thuận này nên một câu hỏi trong thực tiễn là liệu các điều khoản này có hiệu lực theo pháp luật Việt Nam không? Theo quy định của Điều 3.2 BLDS năm 2015, nếu điều khoản cấm cạnh tranh đáp ứng đủ các điều kiện để có hiệu lực pháp luật thì các bên phải tuân thủ. Tuy nhiên, quyền tự do kinh doanh là quyền cơ bản của cá nhân được quy định tại Điều 33 Hiến pháp năm 2013. Đồng thời, quyền có việc làm cũng là quyền cơ bản của cá nhân và pháp luật Việt Nam thừa nhận một cá nhân có thể cùng một thời điểm làm việc cho nhiều người sử dụng lao động. (Xem Điều 10.1 và Điều 21 của BLLĐ năm 2012). Như vậy, liệu rằng việc thỏa thuận hạn chế quyền tự do kinh doanh, quyền tự do lao động ở mức độ nào là hợp lý và có hiệu lực ràng buộc? Rõ ràng, đây là những quyền cơ bản của một cá nhân, mặc dù cá nhân

¹⁷Ví dụ, Điều 72.1(e) Điều lệ của BIDV năm 2015 có quy định người quản lý BIDV “Không được cạnh tranh bất hợp pháp với BIDV...”

phải tuân thủ những gì họ đã tự nguyện cam kết. Nhưng liệu có công bằng và hợp lý không khi một thỏa thuận tước bỏ quyền cơ bản của cá nhân một cách bất hợp lý có hiệu lực ràng buộc. Như vậy, tính hợp lý và hiệu lực của điều khoản cấm cạnh tranh chưa được quy định cụ thể trong pháp luật Việt Nam.

3.3.3. Nghĩa vụ thực hiện các quyền, nhiệm vụ được giao theo đúng quy định của pháp luật

Theo Điều 160.1(a) của LDN năm 2014, NQLCTCP có nghĩa vụ “thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao theo đúng quy định của Luật này, pháp luật có liên quan.” Cho đến nay, chưa có một văn bản nào hướng dẫn hay giải thích cụ thể nội dung của nghĩa vụ này.

Công ty có những nghĩa vụ do pháp luật quy định. Mặc dù, trong nhiều trường hợp, pháp luật chỉ quy định nghĩa vụ là nghĩa vụ của công ty. Tuy nhiên, NQLCTCP có nhiệm vụ được giao liên quan đến nghĩa vụ luật định của công ty phải có nghĩa vụ bảo đảm với công ty rằng NQLCTCP sẽ tuân thủ và thực hiện đầy đủ nghĩa vụ luật định của công ty. Đây là nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty. Pháp luật thực định cũng đã khẳng định rất rõ quan điểm này. Ví dụ, Điều 131. 1 LDN năm 2014 quy định: “Công ty chỉ được quyền thanh toán cổ phần được mua lại cho cổ đông theo quy định tại Điều 129 và Điều 130 của Luật này nếu ngay sau khi thanh toán hết số cổ phần được mua lại, công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác.” Đây là nghĩa vụ của công ty nhằm bảo vệ lợi ích hợp pháp của chủ nợ. Điều 133 LDN năm 2014 xác định rõ luôn trách nhiệm của thành viên HĐQT khi công ty vi phạm nghĩa vụ này: “Trường hợp việc thanh toán cổ phần mua lại trái với quy định tại khoản 1 Điều 131 của Luật này hoặc trả cổ tức trái với quy định tại Điều 132 của Luật này thì các cổ đông phải hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản khác đã nhận; trường hợp cổ đông không hoàn trả được cho công ty thì tất cả thành viên Hội đồng quản trị phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi giá trị số tiền, tài sản đã trả cho cổ đông mà chưa được hoàn lại.”

Ngoài ra, trong một số trường hợp đặc biệt, pháp luật buộc NQLCTCP phải thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ của công ty nếu không chính bản thân NQLCTCP phải chịu trách nhiệm pháp lý, thường là trách nhiệm hình sự. Ví dụ, Điều 18 Luật bảo hiểm xã hội năm 2014 quy định đóng bảo hiểm xã hội cho người lao động theo đúng quy định của pháp luật. Đây rõ ràng là nghĩa vụ của công ty với tư cách là người sử dụng lao động. BLHS năm 2015 đã tội phạm hóa hành vi trốn đóng bảo hiểm xã hội. Theo tinh thần của Điều 216.1 BLHS năm 2015, NQLCTCP là chủ thể

của tội trốn đóng bảo hiểm xã hội với hình phạt áp dụng là “phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 01 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 01 năm.” Như vậy, trong trường hợp này, bằng việc xác định trách nhiệm hình sự của NQLCTCP trong trường hợp công ty vi phạm nghĩa vụ luật định, nhà làm luật đã coi nghĩa vụ luật định này cũng đồng thời là nghĩa vụ của NQLCTCP.

Trong vụ Nguyễn Đức Kiên, liên quan đến hành vi kinh doanh trên tài khoản ở nước ngoài của Công ty cổ phần phát triển sản xuất và xuất nhập khẩu Thiên Nam (Công ty Thiên Nam), tòa án nhận định: “...Công ty Thiên Nam đã kinh doanh trên tài khoản ở nước ngoài thông qua việc ký kết và thực hiện HĐ 017 với Ngân hàng cổ phần Á Châu (ACB) đã không làm thủ tục thay đổi nội dung Đăng ký kinh doanh theo quy định của Luật doanh nghiệp và không có giấy phép kinh doanh vàng trên tài khoản ở nước ngoài quy định tại Quyết định số 03/2006/QĐ-NHNN ngày 18/01/2006 của Ngân hàng Nhà nước là hoạt động kinh doanh trái phép.” [126].

Như vậy, trước hết, nghĩa vụ tuân thủ pháp luật của NQLCTCP được thể hiện ở việc NQLCTCP phải tuân thủ và thực hiện đầy đủ nghĩa vụ pháp lý của công ty khi thực hiện nhiệm vụ liên quan đến nghĩa vụ này. Tiếp đó, pháp luật còn quy định một số nghĩa vụ áp dụng riêng cho NQLCTCP. Ví dụ, Luật chứng khoán năm 2006 có quy định cấm hành vi giao dịch nội gián (Xem Điều 9.3 của Luật chứng khoán năm 2006)

Có thể thấy rằng các nhà làm luật đã rất hợp lý khi quy định thêm nghĩa vụ tuân thủ pháp luật khi thực hiện nhiệm vụ được giao của NQLCTCP. Nghĩa vụ tuân thủ pháp luật như là một lời nhắc nhở NQLCTCP phải luôn tuân thủ các quy định về nghĩa vụ và trách nhiệm của công ty và của bản thân NQLCTCP.

3.3.4. Nghĩa vụ tuân thủ theo Điều lệ công ty và quyết định của Đại hội đồng cổ đông

Nghĩa vụ này được quy định tại Điều 160.1(a) LDN năm 2014. Vấn đề đặt ra là theo pháp luật hiện hành của Việt Nam, nghĩa vụ tuân thủ Điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ có nội dung cụ thể là gì? LDN năm 2014 không có câu trả lời cho câu hỏi này. Khảo cứu điều lệ của một số công ty cổ phần đại chúng, NCS cũng không tìm thấy nội dung cụ thể của nghĩa vụ tuân thủ Điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ. Tuy nhiên, xét về mặt logic, nghĩa vụ tuân thủ Điều lệ công ty và quyết định của ĐHĐCĐ đòi hỏi NQLCTCP phải:

(1) Thực hiện đầy đủ các quyền và nghĩa vụ của công ty được ghi trong Điều lệ của công ty khi nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ này.

(2) Không được cản trở hoặc dùng bất kỳ thủ đoạn nào nhằm ngăn cản người khác thực hiện quyền và nghĩa vụ được quy định trong Điều lệ Công ty, quyết định của ĐHĐCĐ. Ví dụ, Điều 38.1 Điều lệ Công ty cổ phần đường Biên Hòa đề cập đến quyền điều tra sổ sách, hồ sơ công ty của cổ đông. Quyền này của cổ đông phải được NQLCTCP tôn trọng và không được cản trở.

(3) Thực hiện đầy đủ và đúng các nghĩa vụ của NQLCTCP do Điều lệ Công ty, quyết định của ĐHĐCĐ quy định. Ví dụ Điều 21.5 Điều lệ của Công ty cổ phần đường Biên Hòa quy định “Các thành viên Hội đồng quản trị, người kiểm phiếu và người giám sát kiểm phiếu phải liên đới chịu trách nhiệm về tính trung thực.” Từ quy định này có thể thấy Điều lệ công ty đòi hỏi thành viên HĐQT có nghĩa vụ bảo đảm sự trung thực của việc kiểm phiếu.

3.3.5. Nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần đối với người thứ ba

LDN năm 2014 đã quy định về nghĩa vụ không được cản trở cổ đông¹⁸ thực hiện quyền của mình. Bên cạnh đó, Điều 137.3 LDN năm 2014 buộc NQLCTCP phải tôn trọng và bảo đảm quyền tiếp cận thông tin của một cổ đông đơn lẻ. Trong thực tiễn, Tòa án cũng đã khẳng định NQLCTCP không được xâm phạm quyền của cổ đông. Trong vụ một số cổ đông cổ phần vận tải hành khách Thanh Xuân khởi kiện Ông Tạ Huy Hằng – Giám đốc công ty và Ông Đỗ Đình Lập – Nguyên Chủ tịch Hội đồng quản trị Công ty về hành vi vi phạm pháp luật và Điều lệ của công ty khi tiến hành bán 25.000 cổ phần của công ty, tòa án phân tích: “Việc không thông báo đến từng cổ đông của Công ty mà chỉ thông báo đến các đơn vị trực thuộc của Công ty đã làm ảnh hưởng đến quyền được mua cổ phần mới chào bán của Công ty đối với các cổ đông, đặc biệt là những cổ đông trước đây đã làm việc ở công ty nhưng theo chế độ, chính sách không có mặt tại Công ty tại thời điểm quyết định chào bán cổ phần.” [125]

LDN năm 2014 lại không có quy định nào đề cập đến nghĩa vụ của NQLCTCP đối với chủ nợ. NQLCTCP chỉ có nghĩa vụ gián tiếp đối với chủ nợ thông qua việc thực hiện các nghĩa vụ của công ty đối với chủ nợ. LDN năm 2014 cũng chưa quy định nghĩa vụ của NQLCTCP đối với chủ nợ khi công ty lâm vào tình trạng mất khả năng chi trả các khoản nợ đến hạn cũng như công ty thuộc trường hợp vốn mỏng. Mặc dù LDN năm 2014 có quy định công ty phải bảo đảm khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn khi thực hiện việc thanh toán cổ tức cho cổ đông hoặc trả tiền mua lại cổ phần cho cổ đông. Nhưng các nghĩa vụ này là nghĩa vụ của công ty chứ không phải của NQLCTCP.

¹⁸ Cổ đông ở đây được hiểu là cổ đơn đơn lẻ chứ không phải là toàn thể cổ đông của công ty. Trong mối quan hệ giữa công ty, NQLCTCP với cổ đông đơn lẻ thì cổ đông được coi là người thứ ba.

Thông qua Điều 48 và Điều 130.3 Luật phá sản năm 2014, các nhà làm luật cũng ràng buộc nghĩa vụ của NQLCTCP đối với chủ nợ khi có quyết định mở thủ tục phá sản. Điều 48.1 của Luật phá sản cấm công ty: a) Cất giấu, tẩu tán, tặng cho tài sản; b) Thanh toán khoản nợ không có bảo đảm, trừ khoản nợ không có bảo đảm phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản và trả lương cho người lao động; c) Từ bỏ quyền đòi nợ; d) Chuyển khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần bằng tài sản.

Theo quy định tại Điều 130.3 Luật phá sản năm 2014, NQLCTCP của công ty bị tuyên bố phá sản mà cố ý vi phạm quy định tại khoản 1 Điều 18, khoản 5 Điều 28, khoản 1 Điều 48 của Luật phá sản thì có thể không được quyền thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã, làm người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời hạn 03 năm kể từ ngày Tòa án có quyết định tuyên bố phá sản.

Như vậy, theo pháp luật Việt Nam, NQLCTCP có nghĩa vụ vì lợi ích của chủ nợ sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

Hiện nay, pháp luật của hầu hết các bang của Hoa Kỳ cũng không buộc NQLCTCP phải có nghĩa vụ đối với chủ nợ. Theo nghiên cứu của Brent Nicholson (1994) thì án lệ của bang Delaware, Hoa Kỳ khẳng định khi công ty chưa lâm vào tình trạng phá sản, nghĩa vụ của NQLCTCP đối với người sở hữu trái phiếu được quy định trong hợp đồng giữa tổ chức phát hành và người sở hữu trái phiếu. [51, tr. 575]. Trong vụ *Katz v. Oak Indus., Inc.* 508 A.2d 873, 879 (Del. Ch. 1986), nguyên đơn là người sở hữu trái phiếu dài hạn (long-term debt securities) được phát hành bởi Oak Industries, Inc. ("Oak"), một công ty Delaware. Trong kế hoạch tái cơ cấu tổ chức và tái cơ cấu vốn, Oak đưa ra đề xuất hoán đổi nợ thành cổ phần phổ thông và chứng quyền và chấp thuận sửa đổi điều kiện của trái phiếu. Nguyên đơn khởi kiện yêu cầu buộc chấm dứt việc thực hiện đề xuất này vì cho rằng chúng ảnh hưởng tiêu cực đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ sở hữu trái phiếu. Khi giải quyết một trong các yêu cầu của người sở hữu trái phiếu, tòa án bang Delaware cho rằng: “Bản thân mục đích và tác động của đề xuất chuyển đổi làm lợi cho cổ đông mà khiến cho chủ sở hữu trái phiếu phải gánh chịu thiệt hại không phải là một hành vi trái luật đương nhiên. Nghĩa vụ của thành viên HĐQT là tối đa hóa lợi ích của các cổ đông và như vậy họ đôi khi gây thiệt hại cho chủ thể khác (kể cả trường hợp một chủ thể từ chối tham gia giao dịch thì đây cũng được coi là thiệt hại mà chủ thể này phải gánh chịu).” [133].

Theo án lệ của bang Delaware, Hoa Kỳ, NQLCTCP có nghĩa vụ vì lợi ích của chủ nợ khi công ty lâm vào tình trạng phá sản. [51, tr. 582]. Trong vụ *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784 (Del. Ch. 1992):

Nguyên đơn, Thomas P. Geyer, khởi kiện Ingersoll Publications Company ("IPCO") and Ralph Ingersoll II (là Chủ tịch HĐQT và Giám đốc của IPCO) liên quan đến các vi phạm về hối phiếu. Theo Geyer thì ông Ingersoll đã chấm dứt các quyền tài sản của công ty đối với người thứ ba vì lợi ích cá nhân gây thiệt hại cho IPCO, trong khi đó IPCO vẫn nợ ông Geyer. Một trong hai trường hợp mà ông Ingersoll đưa ra là Ingersoll đã hủy bỏ hợp đồng quản lý với Goodson Newspapers ("Goodson"), mà giá trị của thỏa thuận này là 50 triệu đô la Mỹ để đổi lại một hợp đồng mà Goodson bán New Haven Register to Warburg và Mr. Ingersoll. Liên quan đến nghĩa vụ của ông Ingersoll với tư cách là người quản lý IPCO đối với ông Geyer, tòa án bang Delaware nhận định thành viên HĐQT có nghĩa vụ đối với chủ nợ của công ty ngay khi công ty thực tế lâm vào tình trạng phá sản hoặc nợ của công ty vượt quá giá trị thị trường của tài sản của công ty. [117]

Luật phá sản năm 1986 của Vương quốc Anh cũng quy định về “fraudulent trading” (giao dịch lừa dối) nhằm bảo vệ chủ nợ khi công ty lâm vào tình trạng phá sản. Theo Điều 213 Luật phá sản năm 1986 của Vương quốc Anh, nếu trong trường hợp công ty đang làm thủ tục chấm dứt hoạt động mà có dấu hiệu thực hiện giao dịch với mục đích lừa dối chủ nợ, hoặc mục đích lừa dối khác, người tiến thanh lý công ty (liquidator) có quyền yêu cầu tòa án tuyên bố người cố ý là chủ thể của giao dịch này phải nộp giá trị tài sản tương ứng vào tài sản của công ty nếu tòa án xét thấy phù hợp. Quy định này ngăn ngừa các chủ thể trong đó bao gồm cả thành viên HĐQT có hành vi thực hiện giao dịch nhằm tẩu tán tài sản của công ty gây thiệt hại cho lợi ích của chủ nợ.

3.4. QUY ĐỊNH VỀ TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

3.4.1. Trách nhiệm dân sự

Mặc dù các quy định của pháp luật Việt Nam không chỉ rõ quan hệ giữa NQLCTCP với công ty là quan hệ hợp đồng hay là quan hệ dân sự ngoài hợp đồng. Nhưng rõ ràng, NQLCTCP được công ty trao quyền nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ nhất định. Đây chính là quan hệ hợp đồng ủy quyền. Vì vậy, trách nhiệm dân sự của NQLCTCP được áp dụng cho NQLCTCP khi vi phạm nghĩa vụ đối với công ty là trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng.

LDN năm 2014 đã quy định về trách nhiệm dân sự cho một số trường hợp vi phạm nghĩa vụ cụ thể:

(1) Theo Điều 37.3 LDN năm 2014, nếu giá tài sản góp vốn được xác định không phù hợp với giá trị thực tế của tài sản tại thời điểm góp vốn, thành viên HĐQT phải liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời, liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do việc cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế.

(2) Nếu không được sự chấp thuận của HĐQT, mà thành viên HĐQT, GD 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, thì tất cả thu nhập có được từ hoạt động đó thuộc về công ty. (Điều 159.5 LDN năm 2014).

(3). Trường hợp NQLCTCP xác lập GDCNCTL mà không được HĐQT hoặc ĐHĐCĐ phê chuẩn thì bồi thường thiệt hại phát sinh cho công ty và hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch đó. (Điều 162 LDN năm 2014).

Hầu hết các trường hợp còn lại, LDN năm 2014 cũng chỉ quy định người vi phạm nghĩa vụ phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại hoặc liên đới bồi thường thiệt hại mà không chỉ dẫn rõ mức bồi thường thiệt hại. Như vậy, trong những trường hợp này mức bồi thường thiệt hại sẽ được xác định theo các quy định của BLDS năm 2015 hoặc một văn bản quy phạm pháp luật khác.

Điều 361 BLDS năm 2015 có thừa nhận thiệt hại về vật chất và thiệt hại về tinh thần, trong đó: thiệt hại về vật chất là tổn thất vật chất thực tế xác định được, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút; thiệt hại về tinh thần là tổn thất về tinh thần do bị xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín và các lợi ích nhân thân khác của một chủ thể.

Về cơ bản, pháp luật dân sự của Việt Nam ghi nhận nguyên tắc bồi thường thiệt hại thực tế, tức là thiệt hại đến đâu phải bồi thường đến đó. Đây là một nguyên tắc hợp lý. Trong thực tiễn cũng đã có vụ việc về NQLCTCP phải bồi thường những khoản thiệt hại cho công ty. Trong một vụ việc Tòa kinh tế - Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đã chấp nhận toàn bộ đơn khởi kiện của nguyên đơn (một cổ đông lớn của công ty S) yêu cầu ông KS – Phó chủ tịch HĐQT kiêm tổng giám đốc công ty S phải bồi thường những thiệt hại gây ra cho công ty trong đó có khoản tiền phạt vi phạm hành chính do bổ nhiệm người nước ngoài chưa có giấy phép lao động tại Việt Nam, phạt vi phạm hành chính do hành vi sử dụng lái xe không có hợp đồng lao động để tham gia kinh doanh vận tải, không thực hiện đúng các nội dung niêm yết về giá cước, doanh thu giảm 300 triệu đồng do công ty bị đình chỉ hoạt động. [38].

Thực tiễn xét xử ở Liên bang Nga cho thấy, phần lớn thiệt hại mà NQLCTCP gây ra là hậu quả từ các giao dịch với người thứ ba (như hợp đồng thuê tòa nhà, bán tài sản của công ty với điều khoản bất lợi cho công ty,...), không nhiều trường hợp phải chịu trách nhiệm do không hành động, như chậm nộp thuế, chậm thanh toán tiền thuê dẫn đến công ty bị thiệt hại hoặc bị phạt. [50, tr. 756].

Mặc dù về nguyên tắc, quy định của Điều 361 BLDS năm 2015 là hợp lý. Tuy nhiên, quy định này vẫn còn chung chung. Trước hết, dựa vào Điều luật này chưa thể xác định rõ chi phí luật sư hợp lý có được bồi thường hay không? Trong số ít các tranh chấp liên quan đến cổ đông khởi kiện NQLCTCP, chưa có bản án nào của tòa án quyết định về vấn đề chi phí luật sư hợp lý. Thực tiễn xét xử tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng lại có các câu trả lời khác nhau về chi phí luật sư. Tòa án thành phố Hồ Chí Minh trong một bản án đã không thừa nhận chi phí luật sư. [10, tr. 203]. Ngược lại tòa án thành phố Hà Nội lại chấp nhận cho bồi thường chi phí luật sư và chi phí tư vấn pháp luật. [10, tr. 204]. Có thể thấy rằng khó có thể khẳng định chi phí luật sư sẽ được coi là thiệt hại thực tế mà NQLCTCP phải bồi thường cho công ty. Bên cạnh đó, thế nào là “thu nhập thực tế của công ty bị mất hoặc giảm sút” cũng chưa được lý giải một cách cụ thể.

Đối với trường hợp NQLCTCP chiếm đoạt, sử dụng tài sản, thông tin mật hoặc cơ hội của công ty vì mục đích riêng mà không gây thiệt hại cho công ty nhưng có phát sinh thu nhập hay lợi tức cho người chiếm đoạt hoặc người thứ ba thì khoản thu nhập hay lợi tức này được xử lý như thế nào? LDN năm 2014 không quy định cụ thể chế tài. Vì vậy, cần phải tìm căn cứ pháp lý trong BLDS năm 2015. Đối với trường hợp “chiếm đoạt, sử dụng tài sản, thông tin mật của công ty” thì có thể áp dụng Điều 579, 580, 581, 582 BLDS năm 2015 để buộc: (1) hoàn trả lại tài sản; và (2) hoàn trả hoa lợi, lợi tức. Đối với trường hợp chiếm đoạt cơ hội của công ty thì BLDS năm 2015 không quy định rõ về chế tài. Trong trường hợp này, khó có thể vận dụng Điều 579, 580, 581, 582 BLDS năm 2015. Bởi lẽ, khó có căn cứ để cho rằng “cơ hội của công ty” là tài sản của công ty.

Một vấn đề nữa cần đặt ra là trong một số trường hợp cụ thể một số NQLCTCP cũng đồng thời là người lao động của công ty. Thông thường, NĐH sẽ đồng thời là người lao động. Như vậy, trong trường hợp giữa NĐH với công ty tồn tại hợp đồng lao động thì quan hệ giữa người NĐH với công ty không chỉ là quan hệ ủy quyền mà còn là quan hệ lao động. Vậy trong trường hợp người NĐH đồng thời là người lao động vi phạm nghĩa vụ và gây thiệt hại cho công ty thì áp dụng các quy định của BLDS năm 2015 hay BLLĐ năm 2012? Ví dụ trong trường hợp kế toán trưởng (là NQLCTCP theo quy định của điều lệ công ty) sai sót về nghiệp vụ

gây thiệt hại cho công ty, như bị cơ quan thuế phạt vi phạm hành chính, phải bồi thường cho bên thứ ba thì hành vi vi phạm này sẽ được áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại hay trách nhiệm vật chất theo BLLĐ? Việc xác định kế toán trưởng vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP hay vi phạm nghĩa vụ của người lao động không dễ dàng.

Theo quy định tại Điều 130 BLLĐ năm 2012, người lao động gây thiệt hại tài sản của công ty thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, nếu người lao động gây thiệt hại không nghiêm trọng do sơ suất với giá trị không quá 10 tháng lương tối thiểu vùng do Chính phủ công bố được áp dụng tại nơi người lao động làm việc, thì người lao động phải bồi thường nhiều nhất là 03 tháng tiền lương.

Rõ ràng, nếu áp dụng Điều 130 BLLĐ thì sẽ có lợi cho NDH nhưng lại không có lợi cho công ty. Bởi vì theo cơ chế trách nhiệm vật chất của pháp luật lao động, người lao động không có trách nhiệm bồi thường các khoản chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút do hành vi vi phạm gây ra. Vì vậy, trong trường hợp NQLCTCP đồng thời là người lao động vi phạm nghĩa vụ đối với công ty thì việc áp dụng BLDS năm 2015 sẽ công bằng hơn.

BLLĐ có thừa nhận hợp đồng trách nhiệm giữa công ty với người lao động. (Điều 130.2). Theo đó, trách nhiệm bồi thường thiệt hại được xác định theo hợp đồng trách nhiệm. Tuy nhiên, không phải trường hợp nào giữa công ty với NQLCTCP đồng thời là người lao động cũng có hợp đồng trách nhiệm. Bản thân giữa LDN năm 2014 và BLLĐ năm 2012 cũng chưa có nguyên tắc phân định phạm vi điều chỉnh giữa hai đạo luật này. Do vậy, đang tồn tại một ranh giới mong manh trong việc xác định một hành vi vi phạm nghĩa vụ là vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP theo quy định của pháp luật doanh nghiệp hay là vi phạm pháp luật lao động. Đây sẽ là một khó khăn trong việc xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại của NQLCTCP đồng thời là người lao động.

Thực tiễn xét xử ở Nga cho thấy việc xác định NQLCTCP chịu trách nhiệm dân sự hay trách nhiệm vật chất theo pháp luật lao động phụ thuộc vào từng tòa án. Điều này phản ánh một thực tế là: “Một phần do sự không thống nhất giữa quy định của pháp luật lao động và pháp luật dân sự. Một phần phản ánh sự quen thuộc của thẩm phán với Bộ luật lao động hơn so với luật công ty cổ phần.” [50, tr. 753].

Ở Hoa Kỳ, trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP được quy định trong các đạo luật công ty của các tiểu bang và án lệ. Pháp luật Hoa Kỳ không có sự phân định giữa trách nhiệm dân sự với trách nhiệm vật chất. Ngoài ra, trách nhiệm pháp lý cũng có thể được quy định bởi hợp đồng, điều lệ, quy chế của công ty cũng có thể

quy định về trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP. Pháp luật Hàn Quốc coi trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty là trách nhiệm hợp đồng và được quy định trong Bộ luật dân sự Hàn Quốc.

Ở Việt Nam, đối với công ty đại chúng, trách nhiệm bồi thường thiệt hại của NQLCTCP được quy định thêm tại Điều 36 Điều lệ mẫu. Điều 36.1 Điều lệ mẫu quy định về trách nhiệm của NQLCTCP khi vi phạm nghĩa vụ “phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại do hành vi vi phạm của mình gây ra.” Điều lệ của các công ty đại chúng cũng giữ nguyên tinh thần của quy định này trong Điều lệ mẫu.¹⁹ Có thể thấy, trên thực tế, nhiều công ty đã có quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại của NQLCTCP khi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. Các điều khoản hạn chế trách nhiệm của NQLCTCP không được tìm thấy trong các bản Điều lệ được khảo sát. Tuy nhiên, pháp luật thực định của Việt Nam không cấm công ty giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại của NQLCTCP. Tuy vậy, pháp luật không nói rõ ĐHĐCĐ hay HĐQT có thẩm quyền giới hạn trách nhiệm của NQLCTCP.

Về trách nhiệm dân sự của NQLCTCP đối với người thứ ba, Điều 597 BLDS năm 2015 đi theo hướng nếu NQLCTCP gây thiệt hại cho người thứ ba khi đang thực hiện nhiệm vụ được công ty giao thì công ty chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho người thứ ba. Nhưng vấn đề đặt ra là khi tòa án đã ra quyết định mở thủ tục phá sản mà NQLCTCP có hành vi vi phạm Điều 130.3 Luật phá sản năm 2014 gây thiệt hại cho người thứ ba thì liệu NQLCTCP có phải chịu trách nhiệm dân sự đối với người thứ ba hay không? Nếu vận dụng Điều 584.1 BLDS năm 2015 thì có thể khẳng định rằng NQLCTCP phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho người thứ ba. Nhưng có quan điểm cho rằng trong thời hạn từ thời điểm tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản cho đến khi quyết định tuyên bố phá sản có hiệu lực thì công ty vẫn tồn tại, việc NQLCTCP có hành vi tẩu tán tài sản hoặc hành vi khác gây thiệt hại cho chủ nợ vẫn là hành vi thực hiện nhiệm vụ được giao nên công ty vẫn phải chịu trách nhiệm đối với người thứ ba chứ không phải là NQLCTCP. Hiện nay, các văn bản hướng dẫn thi hành BLDS và án lệ của Việt Nam chưa có câu trả lời cho vấn đề này.

3.4.2. Trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm hành chính

LDN năm 2014 không đề cập đến trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ có phải là căn cứ để miễn nhiệm, bãi nhiệm, cách chức NQLCTCP hay không? Luật doanh nghiệp để khoảng trống đó cho các doanh nghiệp tự quy định trong điều lệ

¹⁹ Điều 75.1 Điều lệ của BIDV quy định “Thành viên HĐQT, Ban kiểm soát, Ban điều hành không thực hiện nhiệm vụ của mình một cách trung thực, với sự cẩn trọng, mẫn cán và năng lực chuyên môn sẽ phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại của BIDV do hành vi vi phạm của mình gây ra.”

của công ty mình. Điều lệ mẫu áp dụng cho các công ty đại chúng cũng không quy định rõ trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ có phải là căn cứ để miễn nhiệm, bãi nhiệm, cách chức hay không. Điều 48(2) Điều lệ của Vietinbank cũng không liệt kê vi phạm nghĩa vụ là căn cứ để miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên HĐQT nhưng có đề cập đến trường hợp thành viên HĐQT bị miễn nhiệm, bãi nhiệm theo quyết định của ĐHĐCĐ. Điều 55(2) Điều lệ của Vietinbank cũng không quy định về trường hợp Tổng giám đốc vi phạm nghĩa vụ là căn cứ để miễn nhiệm, bãi nhiệm Tổng giám đốc nhưng có quy định Tổng giám đốc có thể bị miễn nhiệm, bãi nhiệm theo quyết định của HĐQT. Như vậy, NQLCTCP có thể bị miễn nhiệm, bãi nhiệm bởi ĐHĐCĐ hoặc HĐQT vì bất kỳ lý do nào miễn rằng thủ tục và tỷ lệ biểu quyết theo đúng quy định của pháp luật và Điều lệ của công ty. Và đương nhiên, vi phạm nghĩa vụ sẽ là một lý do để ĐHĐCĐ, HĐQT ra quyết định miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức NQLCTCP.

Một cá nhân không phải là người lao động của công ty với tư cách là thành viên HĐQT. Do vậy, khi quyết định miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên HĐQT có hiệu lực pháp luật, cá nhân bị miễn nhiệm, bãi nhiệm đương nhiên chấm dứt tư cách thành viên HĐQT. Tuy nhiên, trường hợp NQLCTCP đồng thời là người lao động thì vấn đề lại trở nên phức tạp. Giả sử GD là người lao động của công ty. Trong trường hợp này, việc cách chức, miễn nhiệm, bãi nhiệm GD có đồng nghĩa với việc chấm dứt hợp đồng lao động không? Liên hệ với hành vi vi phạm nghĩa vụ cản trở, HĐQT chỉ có thể dựa vào Điều 38.1(a) của BLLĐ²⁰ để đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với GD hoặc khoản 2²¹, khoản 3²² Điều 126 BLLĐ để áp dụng hình thức kỷ luật sa thải đối với GD. Tuy nhiên, không nhiều trường hợp vi phạm nghĩa vụ cản trở là căn cứ để áp dụng hình thức đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động hoặc sa thải. Như vậy, rất có thể xảy ra trường hợp NQLCTCP đồng thời là người lao động đã bị miễn nhiệm hoặc bãi nhiệm nhưng công ty vẫn phải trả lương với tư cách là người lao động nhưng thực tế không làm việc. Bên cạnh đó, nếu như công ty giữ NQLCTCP lại thì người này vẫn giữ vị trí quản lý theo hợp đồng lao động hay là được chuyển sang công việc khác. Việc chuyển sang công việc khác có nguy cơ vi phạm Điều 31 BLLĐ. Bởi vì theo quy định này, việc NQLCTCP bị miễn nhiệm hoặc bãi nhiệm không phải là căn cứ để chuyển người lao động làm công việc khác so với hợp đồng lao động. Xét dưới góc độ quản trị,

²⁰ Người lao động thường xuyên không hoàn thành công việc theo hợp đồng lao động.

²¹ Người lao động bị xử lý kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương mà tái phạm trong thời gian chưa xoá kỷ luật hoặc bị xử lý kỷ luật cách chức mà tái phạm.

²² Người lao động tự ý bỏ việc 05 ngày cộng dồn trong 01 tháng hoặc 20 ngày cộng dồn trong 01 năm mà không có lý do chính đáng.

đây là một sự bất hợp lý. Do đó, hiệu quả áp dụng pháp luật về nghĩa vụ cẩn trọng của GD bị giảm bởi chính các quy định của pháp luật lao động. Tinh thần của BLLĐ là bảo vệ người lao động – được coi là người yếu thế trong mối quan hệ với công ty. Tuy nhiên, NQLCTCP không nên được coi là người yếu thế vì họ có trong tay quyền lực có khả năng ảnh hưởng đến “vận mệnh” của công ty.

Trường hợp NQLCTCP đồng thời là người lao động có hành vi trộm cắp, tham ô, tiết lộ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của công ty có thể bị áp dụng hình thức kỷ luật sa thải theo Điều 126.1 BLLĐ năm 2012. Tuy nhiên, nếu hành vi vi phạm nghĩa vụ trung thành không thuộc trường hợp vừa nêu thì công ty lại gặp khó khăn trong việc xử lý NQLCTCP đồng thời là người lao động như trường hợp vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

Trường hợp NQLCTCP đồng thời là người lao động vi phạm nghĩa vụ khác thì việc xử lý kỷ luật NQLCTCP cũng gặp khó khăn, vướng mắc như phân tích ở trên. Nguyên nhân của những khó khăn vướng mắc này là giữa LDN và BLLĐ chưa có nguyên tắc về áp dụng pháp luật khi NQLCTCP đồng thời là người lao động vi phạm nghĩa vụ thuộc trường hợp bị áp dụng hình thức cách chức, miễn nhiệm hoặc bãi nhiệm.

Bên cạnh trách nhiệm kỷ luật do công ty áp dụng đối với NQLCTCP, pháp luật cũng quy định một số trường hợp áp dụng chế tài hành chính. Chế tài hành chính được áp dụng chủ yếu là cấm đảm nhiệm chức vụ hoặc cấm thành lập hoặc tham gia thành lập doanh nghiệp trong một thời hạn nhất định.

Các Điều 130.3 và 130.4 Luật phá sản năm 2014 có quy định về chế tài hành chính áp dụng đối với NQLCTCP vi phạm quy định của Luật phá sản. Theo đó, trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi công ty mất khả năng thanh toán; không thực hiện yêu cầu của Thẩm phán, Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản và cơ quan thi hành án dân sự theo quy định của pháp luật về phá sản; hoặc sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, thực hiện hành vi a) Cất giấu, tẩu tán, tặng cho tài sản; b) Thanh toán khoản nợ không có bảo đảm, trừ khoản nợ không có bảo đảm phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản hoặc trả lương cho người lao động trong công ty mà không báo cáo trước cho Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản; c) Từ bỏ quyền đòi nợ; d) Chuyển khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã, thì sẽ bị tước quyền thành lập doanh nghiệp, hợp tác xã, làm người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong thời hạn 03 năm kể từ ngày Tòa án nhân dân có quyết định tuyên bố phá sản.

Luật các tổ chức tín dụng năm 2010 cũng dự liệu trường hợp người quản lý của tổ chức tín dụng vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP có thể sẽ bị đình chỉ hoặc tạm đình chỉ chức vụ bởi Ngân hàng Nhà nước hoặc Ban kiểm soát đặc biệt (Xem Điều 37 Luật các tổ chức tín dụng năm 2010).

Về chế tài xử phạt vi phạm hành chính, pháp luật cũng quy định một số ít trường hợp NQLCTCP bị xử phạt vi phạm hành chính khi vi phạm nghĩa vụ. Ví dụ, theo Điều 33.1(b) Nghị định số 50/2016/NĐ-CP ngày 01/06/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư có quy định về việc xử phạt vi phạm hành chính đối với trường hợp người đại diện theo pháp luật duy nhất của công ty vắng mặt ở Việt Nam mà không ủy quyền cho người khác. Mức xử phạt vi phạm hành chính là từ mười triệu đồng đến mười lăm triệu đồng. NQLCTCP trong công đại chúng vi phạm nghĩa vụ cũng có thể bị xử phạt vi phạm hành chính bởi UBCKNN. Điều đáng bàn ở đây là mức xử phạt vi phạm hành chính còn quá nhẹ, trong nhiều trường hợp không tương xứng với mức độ vi phạm và do đó giảm tính răn đe và ngăn ngừa. Ví dụ, theo Điều 4.12 của Nghị định số 145/2016/NĐ-CP ngày 01/11/2016 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số Điều của Nghị định 108/2013/NĐ-CP ngày 23/09/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực chứng khoán và thị trường chứng khoán quy định mức xử phạt hành chính đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP, Chủ tịch HĐQT, thành viên HĐQT, GD có hành vi không tuân thủ đầy đủ trách nhiệm và nghĩa vụ về quản trị công ty sẽ bị xử phạt hành chính từ 50.000.000 đồng đến 70.000.000 đồng.

3.4.3. Trách nhiệm hình sự

Điều 277 BLHS năm 1999 định nghĩa người có chức vụ là “Người có chức vụ nói trên đây 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 công vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện công vụ.” Như vậy, theo định nghĩa này người có chức vụ phải là người có thẩm quyền thực hiện công vụ. Vì vậy, theo tinh thần của BLHS năm 1999, nếu NQLCTCP có hành vi chiếm đoạt tài sản của công ty thì có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản hoặc lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản trừ trường hợp công ty mà Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ. [4, tr. 22]. Cũng theo tinh thần của BLHS năm 1999, NQLCTCP có hành vi nhận lộ không bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội nhận hối lộ trừ trường hợp công ty mà Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ. [4, tr. 22] Theo đánh giá của Bộ Tư pháp thì: “Việc xử lý này là chưa hoàn toàn phù hợp,

dẫn đến việc xử lý hình sự thiếu nhất quán và chưa tương xứng với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội trong nhiều trường hợp cụ thể.” [4, tr. 22]

BLHS năm 1999 cũng không xác định hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP trong các công ty cổ phần thông thường là tội phạm. Tuy nhiên, nếu NQLCTCP trong các công ty cổ phần mà nhà nước nắm giữ cổ phần chi phối vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng thì có nguy cơ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng theo Điều 285 BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

Rõ ràng việc phân biệt giữa người có chức vụ trong khu vực nhà nước với người có chức vụ trong khu vực tư đã tạo ra sự không công bằng và nhất quán trong việc áp dụng chính sách hình sự. Vì lẽ đó, BLHS năm 2015 đã thay đổi quan điểm và xác định NLCTCP có hành vi chiếm đoạt tài sản của công ty thì có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội tham ô và NLCTCP có hành vi nhận hối lộ có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội nhận hối lộ. “Một số ý kiến đề nghị quy định tham nhũng trong khu vực tư, vấn đề này đã được thể hiện trong Dự thảo.” [5, tr.20]. So với khái niệm người có chức vụ trong BLHS năm 1999 thì khái niệm người có chức vụ trong BLHS năm 2015 mở rộng hơn. Người có chức vụ không chỉ là người có thẩm quyền thực hiện công vụ mà có thể là người có thẩm quyền thực hiện một nhiệm vụ thuộc lĩnh vực tư, như quản lý, điều hành công ty. Vì vậy, NQLCTCP cũng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự đối với tội tham ô, tội nhận hối lộ và tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng.

Tuy nhiên, đối với tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng, các quy định hiện hành tạo ra ranh giới mong manh giữa phạm tội và không phạm tội. Trong thực tiễn, người quản lý NHTMCP (Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ) rất dễ có nguy cơ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng.

Pháp luật hình sự Việt Nam cá nhân hóa mạnh mẽ trách nhiệm hình sự của người đứng đầu pháp nhân. Vì vậy, trong phần lớn các hành vi vi phạm trật tự quản lý kinh tế, môi trường, pháp luật xác định trách nhiệm hình sự của người quản lý pháp nhân. Điều này được thể hiện rõ trong thực tiễn áp dụng pháp luật. Trong vụ án Nguyễn Đức Kiên, Tòa án đã nhận định: “Nhu đã phân tích, với tư cách là người đại diện theo pháp luật và hành vi sử dụng chứng từ không hợp pháp trong việc kê khai thiếu 25.011.619.233 đồng thuế TNDN Công ty B&B năm 2009 trong việc ký kết và thực hiện “HD 01” của Nguyễn Đức Kiên, Hội đồng xét xử phúc thẩm thấy có đủ căn cứ xác định bị cáo Nguyễn Đức Kiên phạm tội Trốn thuế quy định tại

khoản 3 Điều 161 Bộ luật hình sự như Tòa án cấp sơ thẩm đã quy kết là có căn cứ đúng pháp luật.” [126].

BLHS năm 2015 thừa nhận pháp nhân thương mại có thể là chủ thể của tội phạm. Tuy nhiên, “việc pháp nhân thương mại chịu trách nhiệm hình sự không loại trừ trách nhiệm hình sự của cá nhân.” (Điều 75.2 BLHS năm 2015).

Nhìn chung pháp nhân thương mại bị truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế và tội xâm phạm môi trường. Trong nhóm các tội này, từ trước đến nay, cá nhân người quản lý vẫn bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Với chính sách hình sự mới, cả pháp nhân thương mại và người quản lý có thể cùng bị truy cứu trách nhiệm hình sự đối với cùng một tội phạm. Đây là quan điểm đúng đắn trong giai đoạn hiện nay. Bởi vì với sự phức tạp và hậu quả lớn do các tội phạm xâm phạm trật tự quản lý kinh tế và các tội xâm phạm môi trường gây ra, chúng ta không thể chấp nhận truy cứu trách nhiệm hình sự của pháp nhân để bỏ qua truy cứu trách nhiệm hình sự của cá nhân hoặc ngược lại. Nếu chỉ truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân, cá nhân người quản lý sẽ dựa vào “màn chắn pháp nhân” để lẩn tránh trách nhiệm. Ngược lại, nếu chỉ truy cứu trách nhiệm hình sự của cá nhân thì pháp nhân vẫn tiếp tục tồn tại và những người quản lý tiếp theo lại tiếp tục tổ chức cho pháp nhân xâm hại khách thể mà luật hình sự bảo vệ.

3.4.4. Miễn trách nhiệm đối với người quản lý công ty cổ phần

Điều 149.4 LDN năm 2014 quy định miễn trừ trách nhiệm pháp lý cho thành viên HĐQT phản đối thông qua nghị quyết trái với quy định của pháp luật hoặc Điều lệ công ty gây thiệt hại cho công ty. Tuy nhiên, cho đến nay chưa có hướng dẫn hoặc giải thích cụ thể về việc phản đối. Việc phản đối có nhất thiết phải được ghi vào biên bản họp HĐQT hay không? Thành viên không tham gia họp HĐQT hoặc bỏ phiếu trắng có được coi là phản đối hay không? Những nội dung này vẫn chưa được các văn bản dưới luật và án lệ hướng dẫn và giải thích cụ thể. Bên cạnh đó, trách nhiệm mà thành viên HĐQT được miễn trừ là tất cả trách nhiệm pháp lý hay chỉ giới hạn trong phạm vi trách nhiệm dân sự? Vấn đề này cũng chưa có lời giải đáp từ văn bản dưới luật và án lệ.

LDN năm 2014 chưa đề cập đến trường hợp NDH phải tuân thủ quyết định trái luật của cấp trên mặc dù đã có những biện pháp hợp lý để ngăn cản việc thực hiện quyết định trái luật này thì có được miễn trừ trách nhiệm hay không? Luật kế toán năm 2015 đưa ra một giải pháp khá hợp lý để miễn trừ trách nhiệm cho kế toán trưởng. Điều 55.3(d) Luật kế toán năm 2015 quy định: “Báo cáo bằng văn bản cho người đại diện theo pháp luật của đơn vị kế toán khi phát hiện hành vi vi phạm pháp

luật về tài chính, kế toán trong đơn vị; trường hợp vẫn phải chấp hành quyết định thì báo cáo lên cấp trên trực tiếp của người đã ra quyết định hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền và không phải chịu trách nhiệm về hậu quả của việc thi hành quyết định đó.” Đây là một quy định hợp lý và có lẽ LDN năm 2014 cần có một quy định tương tự như thế để khuyến khích NDH dám mạnh dạn đấu tranh với các tiêu cực trong quản lý công ty.

Qua khảo cứu LDN năm 2014, NCS thấy rằng không quy định nào cấm công ty tự nguyện miễn trừ trách nhiệm cho NQLCTCP. Tuy nhiên, việc LDN năm 2014 bỏ ngõ vấn đề này có thể đẩy công ty vào rủi ro khi NQLCTCP bằng quyền lực hoặc ảnh hưởng của mình đưa vào điều lệ, quy chế quản lý nội bộ hoặc trong thỏa thuận với công ty những điều khoản miễn trừ trách nhiệm để trốn tránh trách nhiệm.

Điều 389 và Điều 390 BLHS năm 2015 xác định trách nhiệm hình sự của một người do hành vi che giấu tội phạm và không tố giác tội phạm. Như vậy, trong trường hợp công ty hoặc những NQLCTCP khác chuẩn bị phạm tội hoặc thực hiện hành vi phạm tội được quy định trong Điều 389 BLHS năm 2015 mà NQLCTCP không tố giác hoặc có hành vi che giấu thì sẽ bị truy cứu trách nhiệm theo Điều 389 hoặc Điều 390 BLHS năm 2015. Do đó, nghĩa vụ khai báo về hành vi phạm tội được liệt kê trong BLHS năm 2015 mang tính bắt buộc. Nghĩa vụ này xung đột với nghĩa vụ bảo mật thông tin. Vì vậy, trong trường hợp NQLCTCP khai báo về kế hoạch phạm tội hoặc các thông tin liên quan đến việc phạm tội của công ty hoặc những người khác của công ty thì cần được miễn trừ trách nhiệm pháp lý do tiết lộ bí mật của công ty. Tuy nhiên, thật đáng tiếc là LDN năm 2014 chưa đề cập đến trường hợp miễn trừ trách nhiệm này.

LDN năm 2014 cũng chưa có quy định miễn trừ trách nhiệm pháp lý cho NQLCTCP do phải ra quyết định hoặc thực hiện hành vi do sự chi phối hoặc áp đặt của cổ đông kiểm soát hoặc nắm giữ cổ phần chi phối công ty mặc dù đã có ý kiến phản đối bằng văn bản.

3.5. Các quy định về cơ chế bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Cơ chế bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP khá rộng bao gồm cơ chế giám sát nội bộ bởi chính thành viên HĐQT độc lập, ban kiểm soát (đối với công ty có ban kiểm soát), giám sát và bảo đảm thực thi bởi cơ quan hành chính nhà nước, giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bởi tổ chức xã hội – nghề nghiệp và tổ chức tự quản và cơ chế giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của NQLCTCP. Nội dung thực trạng cơ chế giám sát nội bộ của công ty đã

được nhiều công trình khoa học trong nước nghiên cứu. Khi đánh giá về thực tế thực hiện quyền giám sát của ban kiểm soát, theo Trần Thị Kiều Oanh: “Thế nhưng, ở không ít các công ty, Ban kiểm soát chỉ đóng vai trò như con bù nhìn, được chính HĐQT và các cổ đông lớn dựng lên cho có và hoàn toàn bị vô hiệu hóa, thậm chí còn được xem là lực lượng hậu thuẫn đằng sau, tiếp tay cho HĐQT, GD/TGD dấn sâu vào những hoạt động sai phạm, xâm phạm lợi ích của cổ đông nhỏ lẻ.” [23, tr. 57].

NCS không có mục đích mô tả lại những kết quả nghiên cứu từ các công trình trước. Vì lẽ đó, trong phần này, NCS chỉ trình bày những kết quả nghiên cứu của mình về thực trạng cơ chế và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bởi cơ quan hành chính nhà nước; giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bởi tổ chức xã hội – nghề nghiệp và tổ chức tự quản; và cơ chế giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của NQLCTCP.

3.5.1. Giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần bởi cơ quan hành chính nhà nước

LDN năm 2014 không quy định cho cơ quan đăng ký kinh doanh thẩm quyền giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. NCS cho rằng quy định này phù hợp với thông lệ chung. Bởi vì quan hệ về nghĩa vụ của NQLCTCP chủ yếu là quan hệ dân sự. Do đó, việc giải quyết những xung đột liên quan đến quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP sẽ được giải quyết bằng con đường tòa án.

Tuy nhiên đối với công ty đại chúng thì UBCKNN lại được giao nhiệm vụ giám sát và bảo đảm thực thi một số quy định liên quan đến nghĩa vụ của NQLCTCP thông qua các công việc sau:

Thứ nhất, công ty đại chúng có nghĩa vụ công bố thông tin định kỳ và công bố thông tin bất thường. Thông qua thông tin do công ty đại chúng công bố, UBCKNN nắm được tình hình tổ chức và hoạt động của công ty đại chúng để có biện pháp xử lý phù hợp trong trường hợp cần thiết.

Thứ hai, UBCKNN có thẩm quyền ra quyết định xử lý vi phạm hành chính đối với một số hành vi vi phạm về nghĩa vụ của NQLCTCP. Ngoài ra, UBCKNN còn có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi giao dịch nội gián, thao túng thị trường.

Việc quy định UBCKNN có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính đối với NQLCTCP trong công ty đại chúng vi phạm nghĩa vụ là hợp lý. Bởi vì đặc thù của công ty đại chúng là có từ 100 nhà đầu tư không chuyên (thường là các cổ đông nhỏ, không có nhiều kỹ năng, kinh nghiệm và kiến thức về quản trị doanh nghiệp). Những nhà đầu tư này rất dễ bị NQLCTCP xâm phạm quyền lợi. Ngoài ra, trong nhiều công ty đại chúng, quyền lực thường tập trung vào trong tay NQLCTCP, nhất

là nhóm NDH. Vì vậy để bảo vệ lợi ích của công ty đại chúng, nhà đầu tư và bảo đảm sự phát triển bền vững của thị trường chứng khoán, pháp luật cần dành cho UBCKNN quyền xử lý hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP trong công ty đại chúng. Ủy ban chứng khoán và đầu tư Úc (ASIC) cũng có thẩm quyền thực thi pháp luật nhằm bảo đảm việc tuân thủ các quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP trong các công ty đại chúng, ASIC cũng có thẩm quyền yêu cầu tòa án ra quyết định xử lý vi phạm hành chính. [52, tr. 1438].

3.5.2. Giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần bởi tổ chức xã hội – nghề nghiệp và tổ chức tự quản

Theo quy chế công bố thông tin của các sở giao dịch chứng khoán thì công ty niêm yết, công ty đại chúng quy mô lớn phải công bố thông tin định kỳ, công bố thông tin bất thường và công bố thông tin theo yêu cầu cho sở giao dịch chứng khoán. Trên cơ sở thông tin do thành viên cung cấp, sở giao dịch chứng khoán nắm được tình hình tổ chức và hoạt động của thành viên. Trong trường hợp phát hiện có dấu hiệu vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP, sở giao dịch chứng khoán sẽ báo cáo với UBCKNN để xử lý theo thẩm quyền.

Hiện nay, đã có Hội các nhà quản trị doanh nghiệp Việt Nam (VACD) là tổ chức xã hội - nghề nghiệp tự nguyện của các nhà quản trị doanh nghiệp và các cá nhân, tổ chức Việt Nam hoạt động trong lĩnh vực quản trị doanh nghiệp. (Xem Điều 2.1 Điều lệ Hội các nhà quản trị doanh nghiệp Việt Nam). Theo Điều 7.2 của Điều lệ Hội, Hội có nhiệm vụ xây dựng quy tắc đạo đức trong hoạt động của Hội. Điều 10 của Điều lệ cũng quy định thành viên của Hội (chủ yếu là các nhà quản trị doanh nghiệp) phải nghiêm chỉnh thực hiện mọi đường lối, chủ trương của Đảng, chính sách và pháp luật của Nhà nước; và nghiêm chỉnh thực hiện các chuẩn mực nghề nghiệp quản trị. Điều lệ cũng quy định Hội có quyền khai trừ hội viên trong trường hợp vi phạm quy tắc nghề nghiệp. Có thể thấy VACD có đầy đủ các chức năng và thẩm quyền để giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP thông qua các hoạt động:

- Ban hành và tổ chức thi hành quy chế đạo đức nhà quản trị doanh nghiệp;
- Đào tạo nâng cao nghiệp vụ, phẩm chất và đạo đức nghề nghiệp của nhà quản trị doanh nghiệp; và
- Áp dụng các biện pháp kỷ luật như nhắc nhở, cảnh báo hoặc khai trừ nhà quản trị doanh nghiệp vi phạm đạo đức nghề nghiệp

Kể từ thời điểm thành lập cho đến nay, VACD đã tổ chức nhiều chương trình đào tạo nhằm nâng cao nghiệp vụ, kiến thức, kinh nghiệm và đạo đức nghề nghiệp

cho đội ngũ các nhà quản trị doanh nghiệp trong đó có NQLCTCP. Tuy nhiên, cho đến nay VACD chưa công bố quy chế đạo đức nhà quản trị doanh nghiệp để làm cơ sở để Hội thực hiện hiệu quả công tác giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Bên cạnh VACD, còn có Hiệp hội các nhà đầu tư tài chính Việt Nam (VAFI). VAFI có tôn chỉ, mục đích là bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của hội viên là các nhà đầu tư tài chính trong đó có các nhà đầu tư cổ phiếu và trái phiếu. Với chức năng này, VAFI cũng góp phần vào giám sát và bảo đảm thi hành hiệu quả pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Thời gian vừa qua chính VAFI đã có văn bản kiến nghị lên Bộ công thương và UBCKNN về trường hợp bổ nhiệm ông Vũ Quang Hải và ông Võ Thanh Hà làm thành viên HĐQT của Sabeco. [42]. Trên thực tiễn, VAFI đã thể hiện được vai trò là tổ chức đại diện cho tiếng nói của các nhà đầu tư tài chính thông qua các hoạt động tư vấn, đào tạo cho hội viên và phát hiện các sai phạm trong quản trị doanh nghiệp.

3.5.3. Cơ chế giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Điều 161 LDN năm 2014 có quy định về quyền cổ đông tự mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện thành viên HĐQT, GD. Như vậy pháp luật Việt Nam đã thừa nhận quyền khởi kiện của cổ đông đối với NQLCTCP trong trường hợp cho rằng NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty hoặc có vi phạm khác. Một điểm rất tiến bộ của quy định này là dành cho cổ đông quyền nhân danh chính mình hoặc công ty để khởi kiện NQLCTCP. Theo quy định hiện hành, cổ đông phải sở hữu tối thiểu 1% cổ phần phổ thông trong thời hạn sáu tháng liên tục để có quyền tự mình khởi kiện hoặc nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. Điều 71(5) Luật công ty cổ phần của Liên bang Nga cũng quy định cổ đông phải sở hữu tối thiểu 1% để có quyền nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. Ở khía cạnh nào đó việc giới hạn quyền khởi kiện của cổ đông nắm giữ dưới 1% cổ phần phổ thông cũng có tính hợp lý nhằm hạn chế các vụ kiện không đáng có do các cổ đông gây ra. Tuy nhiên, việc giới hạn như trên đã vô tình cản trở những cổ đông mặc dù sở hữu dưới 1% cổ phần nhưng thực sự có tâm huyết, thực hiện hành vi khởi kiện một cách chính đáng nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công ty. Như Nguyễn Thị Kim Chi (2015) nhận định: “Đã là cổ đông thì dù giữ một cổ phần, cũng là chủ của doanh nghiệp và phải có quyền khởi kiện nhất là khi họ khởi kiện vì quyền lợi của doanh nghiệp, doanh nghiệp chỉ có lợi chứ không có thiệt hại do việc kiện này.” [6, tr. 55].

Ngoài ra, việc chỉ dành cho cổ đông sở hữu cổ phần thông có quyền khởi kiện thực sự không thuyết phục. Các cổ đông sở hữu các cổ phần ưu đãi mặc dù có

những ưu đãi và đặc quyền hơn so với cổ đông sở hữu cổ phần thông thường nhưng điều đó không có nghĩa là họ không phải là cổ đông và không có quyền bảo vệ lợi ích của công ty trong đó có một phần lợi ích của chính họ.

Điều L. 225-252 Bộ luật thương mại Pháp quy định:

“Ngoài khởi kiện để đòi bồi thường các thiệt hại cá nhân, cổ đông có quyền khởi kiện cá nhân hoặc tập thể nếu thỏa mãn điều kiện được quy định tại Điều L.225-120, hoặc khởi kiện tập thể theo điều kiện được quy định bởi lệnh được phê chuẩn bởi Conseil d'Etat (tham chính viện), đối với thành viên HĐQT hoặc GD. Nguyên đơn được quyền khởi kiện để đòi bồi thường tất cả các thiệt hại mà công ty phải chịu...”

Như vậy, theo pháp luật của Pháp, cổ đông có quyền nhân danh công ty khởi kiện thành viên HĐQT và GD theo phương thức cá nhân hoặc tập thể. Để được khởi kiện theo tập thể thì nhóm cổ đông khởi kiện phải nắm giữ tối thiểu 5% cổ phần có quyền biểu quyết. Đối với trường hợp cổ đông khởi kiện theo phương thức cá nhân thì không bị giới hạn về số lượng cổ phần sở hữu. Trên thực tiễn các vụ cổ đông nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP ở Pháp không nhiều. Nguyên nhân là do:

Một phần là khó chứng minh bao gồm việc phải chỉ ra lỗi của thành viên HĐQT, cũng như vấn đề chi phí tố tụng. Chi phí luật sư là một vấn đề. Trong các tranh chấp thương mại bao gồm cả các vụ kiện bởi cổ đông, bên thắng không thể yêu cầu bên thua hoàn trả chi phí pháp lý... Nhưng, mặc dù vụ kiện thành công, thì các khoản bồi thường được trả cho công ty... thù lao luật sư trên cơ sở kết quả vụ kiện (contingency fee) không được chấp nhận ở Pháp. [50, tr. 18].

Điều 236 Luật công ty năm 2001 của Úc không có giới hạn về tỷ lệ nắm giữ cổ phần của cổ đông nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. Điều 237.2 Luật công ty năm 2001 của Úc quy định:

“Tòa án phải chấp nhận đơn nếu các điều kiện dưới đây được thỏa mãn:

- (a) Công ty không thể tự khởi kiện hoặc thực hiện các thủ tục hoặc các bước tố tụng; và
- (b) Người nộp đơn thực hiện hành vi một cách thiện chí và trung thực; và
- (c) Việc chấp nhận đơn bảo đảm lợi ích tốt nhất cho công ty; và
- (d) Có vấn đề nghiêm trọng cần được giải quyết trước tòa án sơ thẩm; và
- (e) (i) trong thời hạn tối thiểu 14 ngày trước khi nộp đơn, người nộp đơn đã gửi thông báo bằng văn bản về ý định khởi kiện và lý do khởi kiện cho công ty; hoặc (ii) nếu xét thấy đủ cơ sở để chấp nhận đơn mặc dù điều kiện (i) không được đáp ứng.”

Như vậy, tòa án Úc không giới hạn quyền khởi kiện của cổ đông theo số lượng cổ phần sở hữu mà giới hạn quyền khởi kiện theo nguyên tắc bảo đảm lợi ích tốt nhất của công ty, thiện chí và trung thực.

Phân phân tích trên cho thấy các quy định của pháp luật Úc rất tạo điều kiện cho cổ đông ở Úc khởi kiện NQLCTCP. Tuy nhiên, các vụ kiện phái sinh ở Úc ít hơn rất nhiều so với Mỹ. Theo Brian R. Cheffins and Bernard S. Black thì nguyên nhân là:

Theo quy tắc tố tụng của Úc, bên thua sẽ phải trả chi phí tố tụng, dẫn đến khả năng cổ đông khởi kiện mà thua thì phải gánh chịu chi phí tố tụng. Kể cả trường hợp việc khởi kiện thành công, công ty chỉ chịu chi phí tố tụng nếu tòa án quyết định như vậy và tòa án Úc thường ít khi quyết định như vậy. Hơn nữa, các khoản bồi thường trong các vụ kiện thành công được trả cho công ty chứ không phải cổ đông, và không có quy định về việc công ty chi trả chi phí luật sư cho cổ đông. Những yếu tố dẫn đến một thực tế là mặc dù đã quy định về quyền khởi kiện phái sinh được pháp điển hóa nhưng vẫn có ít hơn một vụ kiện phái sinh liên quan đến công ty đại chúng trong một năm. [52, tr. 1434].

Pháp luật tố tụng của Nga cũng theo nguyên tắc bên thua kiện chịu chi phí tố tụng. [50, tr. 11]. Các vụ cổ đông nhân danh công ty khởi kiện cũng không nhiều ở Nga.

Pháp luật Nhật Bản coi các vụ kiện mà cổ đông nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP là các vụ kiện phi tài chính (non-monetary) nên lệ phí tòa án được giảm đáng kể. Ngoài ra, Nhật Bản thừa nhận bên thắng kiện được bồi hoàn chi phí luật sư. Những yếu tố đó giúp cho cổ đông không ngần ngại khi nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. Theo một nghiên cứu thì trung bình có 50 vụ kiện phái sinh xảy ra trong một năm ở Nhật Bản. [52, tr. 1459]

Hàn Quốc cũng quy định về quyền của cổ đông sở hữu tối thiểu 1% cổ phần đã phát hành và hiện hữu của công ty nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. (Điều 403 Bộ luật thương mại Hàn Quốc). Tuy nhiên, trên thực tiễn số vụ việc cổ đông nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP không nhiều.

So với các nước trên thế giới, NQLCTCP ở Hoa Kỳ có nguy cơ bị khởi kiện và phải chịu trách nhiệm pháp lý do vi phạm nghĩa vụ cao nhất. Brian R. Cheffins and Bernard S. Black [52, tr. 1393] đã chỉ ra các nguyên nhân dẫn đến việc khởi kiện NQLCTCP ở Hoa Kỳ thuận lợi như sau:

Thứ nhất, chi phí tố tụng của các bên đương sự do các bên tự chịu không phụ thuộc bên nào thắng hay thua.

Thứ hai, quyền khởi kiện theo nhóm cổ đông (class action suit) và khởi kiện phái sinh (derivative action) khuyến khích tập thể cổ đông sở hữu cổ phần cùng loại cũng như từng cổ đông đơn lẻ khởi kiện NQLCTCP.

Thứ ba, pháp luật Hoa Kỳ cho phép luật sư được thỏa thuận với khách hàng thù lao trên cơ sở kết quả vụ việc (contingent fee)²³. Trong các vụ kiện theo nhóm lợi ích, luật sư sẽ được hưởng một tỷ lệ từ khoản tiền mà nhóm lợi ích được bồi thường. Trong các vụ kiện phái sinh, nếu vụ kiện được hòa giải thành, trong thỏa thuận hòa giải thường xác định công ty sẽ chi trả phí luật sư.

Cho đến nay ở Việt Nam, cũng đã có một số ít vụ việc cổ đông khởi kiện NQLCTCP. Ví dụ, vụ một số cổ đông cổ phần vận tải hành khách Thanh Xuân khởi kiện Ông Tạ Huy Hằng – Giám đốc công ty và Ông Đỗ Đình Lập – Nguyên Chủ tịch Hội đồng quản trị Công ty về hành vi vi phạm pháp luật và Điều lệ của công ty khi tiến hành bán 25.000 cổ phần của công ty. [125]. Pháp luật tố tụng dân sự của Việt Nam cũng áp dụng nguyên tắc bên thua kiện chịu án phí. (Điều 147 và 148 BLTTDS năm 2015). Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam cũng chưa xác định rõ ràng chi phí luật sư hợp lý cũng là một khoản bồi thường mà bị đơn (nếu thua kiện) phải trả cho nguyên đơn. Trong khi đó, khoản 2 Điều 161 LDN năm 2014 lại quy định chi phí khởi kiện trong trường hợp cổ đông, nhóm cổ đông khởi kiện nhân danh công ty sẽ tính vào chi phí của công ty, trừ trường hợp thành viên khởi kiện bị bác yêu cầu khởi kiện. Vấn đề đặt ra là thế nào là chi phí khởi kiện? Liệu chi phí khởi kiện có bao gồm tất cả các khoản chi phí mà cổ đông bỏ ra để theo đuổi vụ kiện hay chỉ bao gồm lệ phí tòa án. Nội dung này cần được làm rõ bởi văn bản dưới luật hoặc án lệ.

Như vậy, các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam vừa có yếu tố thuận lợi, nhưng cũng có những yếu tố đòi hỏi cổ đông phải cân nhắc kỹ trước khi tiến hành khởi kiện NQLCTCP. Thời điểm này vẫn là quá sớm để đánh giá về hiệu quả thi hành của Điều 161 LDN năm 2014. Tuy nhiên, NCS vẫn hy vọng rằng điều luật này sẽ là một công cụ hiệu quả để bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP ở Việt Nam.

²³ Theo đó, nếu vụ việc không thành công thì luật sư sẽ không được trả thù lao trừ những chi phí cần thiết để tiến hành các thủ tục tố tụng theo thỏa thuận giữa luật sư với khách hàng. Nếu thành công, luật sư được hưởng một khoản thù lao tương ứng với một tỷ lệ nhất định trên khoản tiền hoặc khoản bồi thường mà khách hàng của luật sư được Tòa án quyết định cho hưởng.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP ở Việt Nam đã đạt được những kết quả rất đáng khích lệ. Thứ nhất, nguồn luật điều chỉnh quan hệ pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP tương đối phong phú và đầy đủ. Thứ hai, nhiều nội dung pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP đã phù hợp với chuẩn mực quản trị tốt trên thế giới. Thứ ba, cơ chế thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cũng tương đối đầy đủ và hiệu quả.

Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tích cực đó thì pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP ở Việt Nam vẫn còn những mặt tồn tại như sau:

Thứ nhất, khái niệm về NQLCTCP vẫn còn mơ hồ và chưa bám sát thực tiễn.

Thứ hai, nội dung pháp luật của nghĩa vụ cần trọng chưa đầy đủ và cụ thể nên khó đi vào cuộc sống.

Thứ ba, nội dung pháp luật về nghĩa vụ trung thành vẫn còn một số tồn tại như chưa có khái niệm người có liên quan của NQLCTCP, vẫn chưa áp dụng nguyên tắc công bằng trong kiểm soát GDCNCTL, chưa làm rõ khái niệm cơ hội của công ty,...

Thứ tư, về hệ thống chế tài tương đối đầy đủ nhưng vẫn còn thiếu những chế tài cho những hành vi vi phạm đặc thù, vẫn còn có sự chông chéo, khó phân định giữa chế tài bồi thường thiệt hại với chế tài vật chất,...

Thứ năm, pháp luật đã ghi nhận quyền khởi kiện NQLCTCP của cổ đông. Nhưng để quy định đó đi vào thực tiễn cần phải tiếp tục hoàn thiện.

CHƯƠNG 4
HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT
VÀ NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT
VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

4.1. PHƯƠNG HƯỚNG HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VÀ NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

4.1.1. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần phải phù hợp với đường lối, chính sách của Đảng về xây dựng, hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường của nước ta và tái cơ cấu kinh tế

Từ Đại hội Đảng lần thứ VI, Đảng cộng sản Việt Nam đã quyết tâm xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa vẫn tiếp tục được Đảng khẳng định trong mục IV.1 Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng: “Đây là một hình thái kinh tế thị trường vừa tuân theo những quy luật của kinh tế thị trường, vừa dựa trên cơ sở và được dẫn dắt, chi phối bởi các nguyên tắc và bản chất của chủ nghĩa xã hội.”

Đại hội Đảng lần thứ XII khẳng định phát triển nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa với mục tiêu "dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh". Đảng cũng chủ trương:

Đến năm 2020, phấn đấu cơ bản hoàn thiện đồng bộ hệ thống thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa theo các tiêu chuẩn phổ biến của nền kinh tế thị trường hiện đại và hội nhập quốc tế; bảo đảm tính đồng bộ giữa thể chế kinh tế và thể chế chính trị, giữa Nhà nước và thị trường; bảo đảm sự hài hòa giữa tăng trưởng kinh tế với phát triển văn hóa, phát triển con người, thực hiện tiến bộ, công bằng xã hội, bảo đảm an sinh xã hội, bảo vệ môi trường, phát triển xã hội bền vững; chủ động, tích cực hội nhập kinh tế quốc tế gắn với xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ; bảo đảm tính công khai, minh bạch, tính dự báo được thể hiện trong xây dựng và thực thi thể chế kinh tế, tạo điều kiện ổn định, thuận lợi cho phát triển kinh tế - xã hội. (Mục IV.1 Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng)

Như vậy tư tưởng xuyên suốt của Đảng là xây dựng một nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Theo đó nền kinh tế sẽ được vận hành theo đúng quy luật thị trường có sự điều tiết của Nhà nước. Để phát triển được nền kinh tế, Nhà nước đang chủ trương một nền kinh tế khởi nghiệp, khuyến khích mọi tầng lớp nhân dân tham gia kinh doanh với nhiều hình thức đa dạng bao gồm cả đầu tư trực tiếp và gián tiếp, cấu trúc lại nền kinh tế theo hướng hợp lý và hiệu quả hơn.

Tại Mục I(3) Quyết định số 339/QĐ-TTg ngày 19/02/2013 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt Đề án “Tổng thể tái cơ cấu kinh tế gắn với chuyển đổi mô hình tăng trưởng theo hướng nâng cao chất lượng, hiệu quả và năng lực cạnh tranh giai đoạn 2013-2020” cũng chỉ rõ chủ trương tái cơ cấu kinh tế như sau:

a) Tiếp tục đổi mới tư duy, phân định rõ vai trò, chức năng của Nhà nước và của thị trường theo hướng giảm thiểu các rào cản, tạo động lực khuyến khích chuyển dịch, phân bổ và sử dụng các yếu tố sản xuất, nhất là vốn và nguồn nhân lực lao động theo tín hiệu của thị trường. Nâng cao năng lực và hiệu lực quản trị quốc gia, phát huy vai trò kiến tạo và hỗ trợ phát triển của Nhà nước thông qua các cơ chế, chính sách, đòn bẩy kinh tế, giảm thiểu sử dụng các biện pháp can thiệp hành chính.

b) Kết hợp hài hòa giữa giải quyết các vấn đề quan trọng, cấp bách với các vấn đề cơ bản, dài hạn, hướng đến mục tiêu phát triển bền vững; ưu tiên mục tiêu trung và dài hạn, chất lượng tăng trưởng; gắn tăng trưởng kinh tế với kiểm soát lạm phát, ổn định kinh tế vĩ mô, thực hiện tiến bộ và công bằng xã hội, bảo tồn các giá trị văn hóa dân tộc truyền thống tiêu biểu, bảo vệ và thân thiện với môi trường, phát triển kinh tế xanh, bảo đảm trật tự, an toàn xã hội, củng cố an ninh, quốc phòng.

...

đ) Tiếp tục mở cửa, tích cực và chủ động hội nhập quốc tế; thu hút sự hưởng ứng và tham gia tích cực của người dân và các thành phần kinh tế, nhất là khu vực tư nhân trong nước và nước ngoài để huy động tối đa và sử dụng ngày càng hiệu quả hơn các nguồn lực cho phát triển kinh tế - xã hội.

Trong đó, Đảng và Nhà nước chủ trương tiếp tục đẩy mạnh cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước, chú trọng và khuyến khích phát triển khối doanh nghiệp dân doanh. Một trong những chủ trương đẩy mạnh lại cơ cấu lại kinh tế được Quốc hội đề ra là:

“Tạo mọi Điều kiện thuận lợi phát triển mạnh khu vực doanh nghiệp tư nhân; hoàn thiện pháp luật, chính sách để doanh nghiệp tư nhân tiếp cận bình đẳng các nguồn lực, nhất là về vốn, đất đai, tài nguyên. Đẩy mạnh tinh thần khởi nghiệp gắn với chính sách hỗ trợ của Nhà nước. Thúc đẩy xã hội hóa sở hữu và sản xuất kinh doanh, khuyến khích phát triển các hình thức doanh nghiệp cổ phần. Trợ giúp để phát triển mạnh doanh nghiệp nhỏ và vừa, kinh tế hộ gia đình, kinh tế hợp tác.” (Nghị quyết số 142/2016/QH13 của Quốc hội về Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020, Mục III(2))

Từ những định hướng trên của Đảng và Nhà nước, việc hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải bảo đảm những yêu cầu sau:

Thứ nhất, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải phù hợp với thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Theo đó, pháp luật phải phù hợp với những yếu tố thị trường. Nhà nước bảo đảm và bảo vệ quyền sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư. Vì vậy, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải bảo đảm quyền sở hữu và các lợi ích gắn với quyền sở hữu cổ phần của cổ đông và quyền sở hữu của công ty được bảo vệ. Bên cạnh đó, cần tránh hiện tượng hình sự hóa các quan hệ dân sự. Vì vậy, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải được xây dựng sao cho bảo đảm quyền tự do định đoạt của các bên. Nhà nước sẽ không can thiệp sâu vào các mối quan hệ này. Tuy nhiên, nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa là nền kinh tế thị trường có bản chất sau:

Phát triển nền kinh tế thị trường có sự quản lý của Nhà nước pháp quyền XHVN, do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo, vì lợi ích của đại đa số nhân dân, hướng vào con người, vì con người, lấy con người làm trung tâm của sự phát triển, mọi người được tham gia và mọi người được hưởng lợi. Đây cũng chính là thuộc tính nhân văn của nền kinh tế, đặc trưng riêng có của nền kinh tế thị trường định hướng XHCN Việt Nam. [27].

Do đó, đối với những quan hệ nghĩa vụ của NQLCTCP quan trọng, có ảnh hưởng đến trật tự chung của xã hội, Nhà nước vẫn cần phải can thiệp thông qua các hoạt động kiểm tra, giám sát và xử lý vi phạm. Như vậy các biện pháp chế tài áp dụng đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP trước hết là các chế tài dân sự và chế tài kỷ luật. Các chế tài hình sự và hành chính được áp dụng trong trường hợp hành vi vi phạm xâm phạm hoặc đe dọa xâm phạm trật tự quản lý chung.

Thứ hai, Đảng khẳng định:

Khuyến khích phát triển các loại hình doanh nghiệp với hình thức sở hữu hỗn hợp như: công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên, công ty hợp danh, hợp tác xã cổ phần. Rà soát, bổ sung, hoàn thiện các quy định luật pháp về quyền và nghĩa vụ trước pháp luật của người sở hữu (hội đồng quản trị), quyền và trách nhiệm của người được chủ sở hữu giao quản lý sử dụng các tài sản để kinh doanh (ban giám đốc); phân phối lợi nhuận tạo ra cho người chủ sở hữu, người được giao quản lý sử dụng và người lao động. (Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng, Mục VI.2)

Quan điểm này của Đảng thể hiện ở các khía cạnh sau:

(1) Quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP cần phải được xác định rõ. Đây là một chủ trương đúng và phù hợp với các yếu tố của thị trường. Yêu cầu này đòi hỏi pháp luật cần phải được rà soát, bổ sung và hoàn thiện theo hướng nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP phải được cụ thể hóa, tránh những quy định mang tính khẩu hiệu, chung chung.

(2) Pháp luật về nghĩa vụ NQLCTCP cần được xây dựng nhằm bảo đảm sự hài hòa lợi ích giữa cổ đông, NQLCTCP và người lao động. Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP không chỉ bảo vệ lợi ích của công ty và cổ đông mà cần bảo vệ lợi ích của người thứ ba bao gồm người lao động, chủ nợ, người tiêu dùng, môi trường và xã hội. Như Đảng đã khẳng định: “Xây dựng và thực hiện nghiêm các quy định về trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp đối với người tiêu dùng và đối với môi trường.” (Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng, Mục VI.3)

Thứ ba, trong thực thi pháp luật về nghĩa vụ NQLCTCP cần đề cao vai trò các tổ chức xã hội, tổ chức xã hội nghề nghiệp trong giám sát việc tuân thủ pháp luật. Như vậy, cần có những biện pháp nhằm nâng cao vai trò của các hiệp hội doanh nghiệp, các hiệp hội về quản trị doanh nghiệp, tổ chức đại diện của người lao động trong việc bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

4.1.2. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần phải phù hợp với xu hướng quản trị doanh nghiệp tốt trên thế giới

Van Ngoc Vu phân tích:

Những nền kinh tế với những cơ chế mạnh nhất bảo vệ nhà đầu tư thiểu số khỏi các GDCNCTL đòi hỏi sự minh bạch và nghĩa vụ và trách nhiệm từ thành viên HĐQT. Họ cũng có hệ thống tòa án hiệu quả với thủ tục pháp lý cập nhật dành cho cổ đông thiểu số các công cụ để chứng minh và có được bản án trong thời gian hợp lý. [120, tr. 201-202].

Để đạt được những yêu cầu trên, đòi hỏi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải được hoàn thiện và áp dụng phù hợp với xu hướng quản trị doanh nghiệp tốt (good corporate governance) trên thế giới. Quản trị doanh nghiệp tốt bảo đảm với cổ đông và những người có lợi ích khác (stakeholders) rằng quyền lợi của họ được bảo vệ và giúp cho công ty giảm chi phí vốn và tạo thuận lợi cho công ty tham gia thị trường vốn. [66, tr. 10].

Liên quan đến việc hoàn thiện và thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP, quản trị tốt đòi hỏi phải tuân theo các nguyên tắc sau:

Thứ nhất, hệ thống quản trị doanh nghiệp cần bảo đảm sự minh bạch, bình đẳng và phân bổ hiệu quả nguồn lực. [66, tr. 13]. Như vậy, nguyên tắc này đòi hỏi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải bảo đảm được tính minh bạch và công bằng trong việc ra quyết định của NQLCTCP. Vận dụng nguyên tắc này trong việc giải quyết xung đột lợi ích giữa các chủ thể có mối quan hệ với công ty thì rõ ràng NQLCTCP không thể chỉ vì lợi ích ngắn hạn của công ty mà xâm phạm lợi ích của các chủ thể khác. Nguyên tắc này cũng phù hợp với quan điểm của Đảng cộng sản Việt Nam về mục tiêu xây dựng một xã hội công bằng.

Thứ hai, hoạt động quản trị phải tuân theo pháp luật. [66, tr. 14]. Nguyên tắc này cũng phù hợp với quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về nguyên tắc thượng tôn pháp luật. Như vậy, việc hoàn thiện và thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải bảo đảm NQLCTCP phải nghiêm chỉnh tuân thủ pháp luật trong quá trình thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao.

Thứ ba, hệ thống quản trị cần bảo vệ và bảo đảm cổ đông thực hiện quyền của mình một cách thuận lợi, bảo đảm sự đối xử công bằng giữa các cổ đông, tất cả các cổ đông đều có cơ hội có được những biện pháp chế tài hiệu quả đối với các hành vi xâm phạm quyền của họ. [66, tr. 19]. Bảo vệ cổ đông là mục tiêu của các chuẩn mực quản trị doanh nghiệp. Vì vậy, một hệ thống quản trị tốt cần bảo đảm các biện pháp bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của cổ đông. Hơn nữa, cổ đông cần được đối xử bình đẳng, không nên có sự phân biệt đối xử giữa cổ đông lớn với cổ đông thiểu số, cổ đông trong nước với cổ đông nước ngoài. Nếu nguyên tắc này được bảo đảm

thì các nhà đầu tư dám mạnh dạn đầu tư dài hạn trên thị trường cổ phiếu tạo nguồn vốn lớn cho sự phát triển kinh tế của đất nước. Nguyên tắc này đòi hỏi pháp luật phải có các biện pháp ngăn ngừa NQLCTCP có hành vi xâm phạm quyền và lợi ích của cổ đông. Các biện pháp đó bao gồm các nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty, đối với cổ đông đơn lẻ, các chế tài mà cổ đông có thể áp dụng trong trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ. Bên cạnh đó, pháp luật cũng cần bảo đảm bất kỳ cổ đông nào dù là cổ đông thiểu số hay cổ đông lớn đều có quyền ngang nhau trong việc áp dụng các biện pháp chế tài, khởi kiện yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, quyền và lợi ích hợp pháp của công ty.

Theo OECD, các quyền của cổ đông cần được hưởng và không thể bị cản trở bao gồm: 1) được chứng nhận về quyền sở hữu cổ phần; 2) chuyển nhượng cổ phần; 3) nhận được thông tin liên quan và trọng yếu của công ty đúng hạn và đúng pháp luật; 4) tham gia và biểu quyết tại ĐHĐCĐ; 5) bầu và miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên HĐQT; và 6) được chia cổ tức. [66, tr. 21]. Bên cạnh đó, những thay đổi căn bản của công ty cần phải được sự phê chuẩn của ĐHĐCĐ.

Thứ tư, các GDCNCTL cần được phê chuẩn và thực hiện sao cho kiểm soát được xung đột lợi ích và bảo vệ lợi ích của công ty và cổ đông. [66, tr. 27]. GDCNCTL luôn là trọng tâm của các vấn đề quản trị doanh nghiệp. Bởi lẽ, xung đột lợi ích là tất yếu khi quyền sở hữu và quyền quản lý công ty được tách bạch. Tuy nhiên, GDCNCTL không nên bị cấm đoán mà cần được kiểm soát hiệu quả theo cơ chế phê chuẩn và bảo đảm sự công bằng về lợi ích cho công ty.

Thứ năm, hệ thống quản trị phải ghi nhận lợi ích và đóng góp của các nhóm lợi ích khác vào sự phát triển dài hạn của công ty. [66, tr. 37] Nhóm lợi ích khác bao gồm chủ nợ, người lao động, nhà cung cấp, cộng đồng xã hội,... Theo nguyên tắc này, công ty phải tôn trọng quyền và lợi ích của nhóm lợi ích khác. NQLCTCP được giao nhiệm vụ cũng phải tuân thủ những nghĩa vụ này của công ty đối với nhóm lợi ích khác. Trong trường hợp nếu thấy cần thiết, pháp luật cần được thiết kế theo hướng NQLCTCP có một số nghĩa vụ đặc biệt đối với nhóm lợi ích khác.

Thứ sáu, về nghĩa vụ của NQLCTCP, OECD khuyến nghị: (1) Thành viên HĐQT phải thực hiện nhiệm vụ trên cơ sở thông tin đầy đủ, thiện chí-trung thực, cẩn trọng, miễn cán và vì lợi ích tốt nhất của công ty và cổ đông; (2) Khi quyết định của HĐQT có ảnh hưởng khác nhau đối với nhiều nhóm cổ đông khác nhau thì HĐQT phải đối xử bình đẳng với tất cả cổ đông; và (3) HĐQT cần phải xem xét lợi ích của các nhóm lợi ích khác trước khi đưa ra quyết định. [66, tr. 51, 52, 53]. Có

thể thấy trong xu thế mới, NQLCTCP không chỉ bảo vệ lợi ích tối đa của công ty mà còn phải bảo đảm không xâm phạm lợi ích của các chủ thể khác. Vì vậy, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cũng cần phải được hoàn thiện và áp dụng trên nguyên tắc bảo đảm lợi ích tốt nhất của công ty trong sự hài hòa với lợi ích của các chủ thể khác.

4.1.3. Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần phù hợp với trình độ phát triển của cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam

Với tuổi đời còn non trẻ nhưng cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam ngày càng phát triển mạnh mẽ. So với những năm đầu của thời kỳ đổi mới, đến nay cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam cũng đã đạt được những thành tựu rất đáng tự hào. Năng lực, trình độ và kinh nghiệm quản trị doanh nghiệp của cộng đồng doanh nhân Việt Nam ngày càng tiến bộ. Qua khảo cứu các điều lệ và quy chế quản trị nội bộ của một số công ty lớn, NCS nhận thấy các tiêu chuẩn quản trị mà các công ty này đưa vào trong điều lệ cũng tương đương với các tiêu chuẩn quản trị mà các tập đoàn lớn trên thế giới áp dụng. Có thể thấy rằng cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam có khả năng du nhập và tiếp nhận những chuẩn mực quản trị doanh nghiệp được thừa nhận ở các nước tiên tiến trên thế giới. Bên cạnh những mặt phát triển tích cực đó, cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam vẫn còn một số nét đặc thù, đòi hỏi cần được xem xét khi hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ nhất, các nhà đầu tư trên thị trường chứng khoán Việt Nam chủ yếu là các nhà đầu tư cá nhân nhỏ lẻ, số lượng nhà đầu tư có tổ chức chỉ chiếm khoảng 4% số lượng tài khoản giao dịch. [28, tr. 30]. Kể cả ở các thị trường chứng khoán phát triển, các nhà đầu tư cá nhân cũng vẫn là một lực lượng đông đảo và quan trọng. Họ chính là những người có khoản tiền tiết kiệm bỏ ra để đầu tư vào chứng khoán trên thị trường chứng khoán. Các nhà đầu tư cá nhân thường bị hạn chế về lượng vốn. Vì vậy số cổ phần họ nắm giữ thường ít ỏi và họ thường là các cổ đông thiểu số. Với bản chất của cổ đông góp ít vốn và tính cách của người Việt, cổ đông thiểu số thường rất tự ti và thiếu bản lĩnh, cho nên dễ có tâm lý thờ ơ với công ty và dễ dãi với chính cổ phần của mình [13, tr. 27]. Trong mối quan hệ với NQLCTCP, cổ đông thiểu số là những người yếu thế. Như vậy, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần phải được hoàn thiện theo hướng bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của cổ đông thiểu số, dành cho cổ đông thiểu số các công cụ pháp lý cần thiết để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình cũng như của công ty trước hành vi

xâm phạm của NQLCTCP. Bên cạnh đó, cổ đông thiểu số cũng cần phải được đối xử bình đẳng với cổ đông lớn trong việc sử dụng các công cụ pháp lý chống lại hành vi vi phạm pháp luật của NQLCTCP. Ngoài ra, nội dung pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần phải cụ thể, chi tiết, dễ hiểu và dễ dàng tiếp cận. Cuối cùng, cần nâng cao vai trò hiệp hội của các nhà đầu tư trong giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ hai, khi phân tích về thực trạng địa vị pháp lý của GD, Ngô Viễn Phú nhận định các quy định của pháp luật về địa vị pháp lý của Tổng giám đốc ở các công ty ở Việt Nam và Trung Quốc chịu ảnh hưởng bởi địa vị pháp lý của giám đốc trong các doanh nghiệp nhà nước. [24, tr. 145]. Nghiên cứu này của Ngô Viễn Phú cho thấy thực tiễn quản trị doanh nghiệp ở Việt Nam, GD là người có thực quyền và có khả năng lấn át HĐQT, vô hiệu hóa vai trò của HĐQT. Rõ ràng thực tế này gây ảnh hưởng xấu đến hình ảnh của các công ty Việt Nam, làm nản lòng các nhà đầu tư mong muốn đầu tư mua cổ phần trong công ty. Vì lẽ đó, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần phải được hoàn thiện nhằm bảo đảm kiểm chế quyền lực của GD, nâng cao vai trò giám sát và xử lý của HĐQT, hạn chế sự lạm quyền của GD và đề cao trách nhiệm cá nhân của GD.

Thứ ba, ở Việt Nam, số lượng công ty gia đình là khá lớn. Đặc điểm của công ty gia đình là các thành viên của gia đình có thể vừa là chủ sở hữu, vừa là cổ đông, vừa là người quản lý, điều hành công ty. [15, tr. 242]. Trên thực tế, nhiều công ty gia đình cũng sử dụng những NQLCTCP là những người bên ngoài gia đình. Tuy nhiên, thành viên gia đình vẫn sử dụng quyền lực trên cơ sở cổ phần chi phối để tác động vào quyết định và hành vi của NQLCTCP. Đây là một vấn đề khá nhạy cảm, đòi hỏi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP có những quy định phù hợp. Ví dụ, pháp luật cần thừa nhận người thực tế quản lý hoặc người quản lý giấu mặt, đồng thời pháp luật cần có quy định miễn trừ trách nhiệm cho NQLCTCP trong trường hợp ra quyết định theo sự chi phối của cổ đông kiểm soát hoặc nắm giữ cổ phần chi phối. Quy định cũng có mục đích ngăn ngừa cổ đông can thiệp quá sâu vào hoạt động quản lý của NQLCTCP, cũng như tạo cơ sở để các công ty gia đình chuyển mình sang một phương thức quản trị hiện đại tách bạch giữa quyền sở hữu và quyền quản lý.

Thứ tư, qua nghiên cứu Điều lệ và quy chế quản trị nội bộ của các công ty ở Việt Nam, NCS nhận thấy phần lớn các văn bản này khá chung chung, không có nhiều các quy định chi tiết về nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP. Ngay bản thân điều lệ của nhiều công ty đại chúng cũng chỉ là sự sao chép Điều lệ mẫu. Đặc

điểm này xuất phát từ thói quen đại khái, trọng tình hơn trọng lý của một bộ phận không nhỏ doanh nhân Việt. Vì vậy, để tạo cơ sở pháp lý vững chắc nhằm xác định nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần phải cụ thể và chi tiết.

4.2. GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

4.2.1. Nguồn luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

LDN vẫn là nguồn chủ yếu quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP. Tuy nhiên, thay vì nỗ lực quy định chi tiết về nội dung nghĩa vụ cần trọng trong LDN hoặc các văn bản hướng dẫn thi hành, NCS cho rằng nên để tòa án lý giải nội dung nghĩa vụ của NQLCTCP. Bởi lẽ, dù LDN và văn bản hướng dẫn thi hành có được soạn thảo và tư vấn kỹ càng bởi các chuyên gia giỏi đến đâu thì cũng không có khả năng bao quát hết được những tình huống sinh động liên quan đến nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP. Điều này sẽ dẫn đến nhiều khoảng trống trong pháp luật. Trong khi đó, trong từng tình huống cụ thể, dựa vào chứng cứ, tập quán và những chuẩn mực quản trị chung, tòa án sẽ phân tích, biện giải những nội dung chi tiết của nghĩa vụ của NQLCTCP. Những phân tích, đánh giá và kết luận trong các bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của tòa án nhân dân tối cao sẽ là những khuôn mẫu để các tòa án cấp dưới vận dụng giải quyết các vụ tương tự sau này. Phương hướng này phù hợp với các nước trên thế giới như Hoa Kỳ, Vương quốc Anh, Úc, Singapore, Đức, Pháp, Nhật Bản... Như vậy, nguồn luật điều chỉnh các quan hệ về nghĩa vụ cần trọng của NQLCTCP bao gồm LDN, các đạo luật chuyên ngành, các văn bản hướng dẫn thi hành LDN và các đạo luật chuyên ngành và án lệ.

Các cơ sở để tòa án luận giải về nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP bao gồm chứng cứ trong tình huống cụ thể, tập quán và chuẩn mực quản trị chung. Trong quá trình xét xử, tòa án sẽ nghiên cứu các quan điểm, đường lối xét xử trước đó để tìm ra những nguyên tắc chung về nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP. Nếu không thể xác định được nguyên tắc chung về nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP, tòa án tham khảo các lý thuyết hiện hành về quản trị doanh nghiệp, đạo đức kinh doanh để tìm ra những chuẩn mực chung về quản trị, từ đó xác định nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP. Ngoài ra, tòa án có thể tham khảo quy chế quản trị được ban hành bởi các sở giao dịch chứng khoán trong và ngoài nước để xác định các nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP trong công ty niêm yết. Tòa án cũng có thể tìm hiểu các quy chế quản trị do các hiệp hội ngành nghề trong và ngoài nước

ban hành để xác định các chuẩn mực quản trị ngành, để từ đó xác định được nội dung của nghĩa vụ của NQLCTCP trong những lĩnh vực đặc thù. Một nguồn thông tin rất hữu ích để tòa án tham khảo đó là pháp luật và thực tiễn xét xử của nước ngoài về nghĩa vụ của NQLCTCP. Trên thực tế, tòa án nhiều nước vẫn tham khảo quan điểm xét xử của tòa án bang Delaware, Hoa Kỳ về các vấn đề liên quan đến công ty trong đó có nghĩa vụ của NQLCTCP.

Bên cạnh đó, LDN và án lệ cần tiếp tục khẳng định vai trò của điều lệ, quy chế nội bộ và các thỏa thuận nội bộ. Trong trường hợp quy định trong điều lệ, quy chế nội bộ và các thỏa thuận nội bộ có quy định khác các quy tắc pháp lý được quy định trong LDN hoặc giải thích trong án lệ thì áp dụng quy định trong điều lệ công ty, quy chế nội bộ và các thỏa thuận nội bộ nếu như quy định này không vi phạm điều cấm của luật²⁴ và không trái đạo đức xã hội. Đương nhiên các văn bản quản lý nội bộ cũng phải tuân thủ các quy định về thẩm quyền, thủ tục và hình thức xác lập mới bảo đảm hiệu lực.

4.2.2. Chính sửa khái niệm người quản lý doanh nghiệp trong pháp luật thực định của Việt Nam

Như đã phân tích ở chương 3, khái niệm NQLCTCP theo LDN năm 2014 cần được sửa đổi lại theo hướng dễ hiểu và chính xác hơn, phản ánh đúng bản chất của NQLCTCP hơn. Vì lẽ đó, NCS đề xuất khái niệm “người quản lý doanh nghiệp” trong LDN năm 2014 cần được sửa đổi lại như sau:

“Người quản lý doanh nghiệp là người quản lý công ty và người quản lý doanh nghiệp tư nhân, bao gồm chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng giám đốc) và cá nhân giữ chức danh quản lý khác do Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty hoặc Hội đồng quản trị bầu, bổ nhiệm hoặc phê chuẩn theo Điều lệ của công ty.”

Như vậy với khái niệm này, một số chức danh như Chủ tịch HĐQT, thành viên HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc) đương nhiên là NQLCTCP theo quy định của pháp luật. Ngoài những người này, điều lệ của công ty có thể xác định những người khác làm NQLCTCP, như phó giám đốc (phó tổng giám đốc), kế toán trưởng, giám đốc tài chính,...

²⁴ Trong các chương trước, NCS có đề cập đến “quy phạm bắt buộc” như là giới hạn của sự thỏa thuận. Tuy nhiên, ở Việt Nam, các nhà làm luật đã rất mạnh dạn khi quy định tại các Điều 3.2, Điều 123 của BLDS năm 2015 rằng thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội có hiệu lực. Vì vậy, NCS cũng mạnh dạn đề xuất chỉ tuyên bố những thỏa thuận nội bộ công ty vô hiệu nếu chúng vi phạm điều cấm của luật hoặc trái đạo đức xã hội.

Bên cạnh khái niệm “người quản lý doanh nghiệp”, án lệ cần bổ sung thêm khái niệm “người thực tế quản lý/người quản lý giấu mặt”. Theo đó cá nhân hoặc pháp nhân phải tuân thủ các nghĩa vụ và chịu trách nhiệm của NQLCTCP nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

(i) Cá nhân không phải là NQLCTCP nhưng thực tế ra hoặc tham gia ra các quyết định tác động đến toàn bộ hoặc một bộ phận đáng kể của hoạt động kinh doanh của công ty; hoặc

(ii) Cá nhân không phải là NQLCTCP hoặc pháp nhân có khả năng trực tiếp hoặc gián tiếp chỉ đạo hoặc áp đặt ý chí lên các quyết định của HĐQT, GD. Việc đưa những cá nhân hoặc pháp nhân có khả năng trực tiếp hoặc gián tiếp chỉ đạo hoặc áp đặt ý chí lên các quyết định của HĐQT, GD có tính chất phòng ngừa nhằm bắt buộc những người này phải thực hiện đầy đủ nghĩa vụ của NQLCTCP. Thông thường, khi cá nhân hoặc pháp nhân này chỉ đạo HĐQT ra một quyết định sai trái gây thiệt hại cho công ty thì cá nhân hoặc pháp nhân này cũng phải chịu trách nhiệm pháp lý như NQLCTCP. Tuy nhiên, cũng có trường hợp cá nhân hoặc pháp nhân này biết hoặc buộc phải biết HĐQT chuẩn bị ra một quyết định sai trái, đe dọa gây thiệt hại cho công ty, chủ nợ của công ty và các cổ đông. Trong trường hợp này, cá nhân hoặc pháp nhân này có nghĩa vụ phải cản trở việc ra quyết định sai trái này không? NCS cho rằng nếu cá nhân hoặc pháp nhân có khả năng trực tiếp hoặc gián tiếp chỉ đạo hoặc áp đặt ý chí lên các quyết định của HĐQT, GD được coi là “người thực tế quản lý/người quản lý giấu mặt” thì phải tuân thủ đầy đủ các nghĩa vụ của NQLCTCP. Vì vậy, cá nhân hoặc pháp nhân này phải ngăn cản HĐQT ra quyết định sai trái trên.

NCS đề xuất thêm pháp nhân phải tuân thủ các nghĩa vụ và chịu trách nhiệm của NQLCTCP bởi lẽ trong nhiều trường hợp công ty mẹ vẫn chỉ đạo hoặc chi phối các quyết định của công ty con. Đương nhiên, người đề nghị tòa án buộc cá nhân hoặc pháp nhân phải tuân thủ các nghĩa vụ và chịu trách nhiệm của NQLCTCP có nghĩa vụ chứng minh cá nhân hoặc pháp nhân đáp ứng một trong các tiêu chí nêu trên.

4.2.3. Hoàn thiện một số quy định của pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

4.2.3.1. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về nghĩa vụ cần trọng của người quản lý công ty cổ phần

Trong chương trước, NCS đã chỉ ra rằng nội dung pháp luật về nghĩa vụ cần trọng của NQLCTCP vẫn còn chung chung, chưa cụ thể. Vì vậy, nội dung pháp luật về nghĩa vụ cần trọng của NQLCTCP cần được hoàn thiện theo hướng cụ thể như sau:

a) Nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng

Để có cơ sở pháp lý cho việc thực hiện nghĩa vụ cẩn trọng của NQLCTCP, pháp luật cần làm rõ nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng. Mặc dù LDN năm 2014 đã cụ thể hóa một số nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng trong các điều luật độc lập. Tuy nhiên cách tiếp cận này chưa bao quát được tất cả các nội dung của nghĩa vụ cẩn trọng. Vì vậy, NCS đề xuất LDN và án lệ cần cụ thể hóa nghĩa vụ cẩn trọng với những nội dung sau:

Thứ nhất, nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP phải thực hiện đúng và đầy đủ quyền hạn, trách nhiệm và nhiệm vụ được giao vì lợi ích tốt nhất của công ty. Triết lý của nội dung này là một người cẩn trọng hợp lý phải là người phải làm đúng bổn phận, trách nhiệm của mình. Thành viên HĐQT phải tham gia các cuộc họp HĐQT, đưa ra ý kiến về các vấn đề thảo luận tại cuộc họp HĐQT, thực hiện đầy đủ việc giám sát hoạt động của bộ máy điều hành của công ty,...Như vậy, một thành viên HĐQT không tham gia họp HĐQT mà không có lý do chính đáng hoặc không thực hiện đầy đủ nhiệm vụ giám sát được giao thì được coi là một người thiếu trách nhiệm trong công việc và đây là không phải là hành vi của một người cẩn trọng hợp lý.

Thứ hai, khi thực hiện nhiệm vụ được giao, NQLCTCP phải nghiêm chỉnh tuân thủ các quy định của pháp luật, điều lệ công ty, quy chế quản lý nội bộ của công ty, các quyết định của ĐHĐCĐ và HĐQT. Một quyết định trái với quy định của pháp luật, điều lệ công ty, quy chế quản lý nội bộ của công ty, các quyết định của ĐHĐCĐ hoặc HĐQT là quyết định không hợp lệ và có thể đẩy công ty vào rủi ro pháp lý. Ví dụ, một quyết định trái pháp luật, như quyết định xả chất thải trực tiếp ra môi trường mà không qua xử lý có thể dẫn đến hậu quả pháp lý là công ty phải chịu trách nhiệm pháp lý. Do đó, để ngăn ngừa các rủi ro pháp lý có thể ảnh hưởng đến lợi ích của công ty, NQLCTCP phải bảo đảm quyết định do mình ban hành hoặc tham gia ban hành phải hoàn toàn hợp lệ. Sự thiếu hiểu biết pháp luật dẫn đến NQLCTCP ra hoặc tham gia ra quyết định trái pháp luật cũng được coi là trường hợp vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

Thứ ba, nghĩa vụ cẩn trọng cũng đòi hỏi NQLCTCP phải ra quyết định trên cơ sở đầy đủ thông tin có được từ nguồn tin cậy. Các thông tin tin cậy bao gồm các thông tin được cung cấp hoặc công bố bởi các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các tổ chức có chức năng công bố thông tin. Các thông tin tin cậy cũng bao gồm các thông tin được cung cấp bởi các nhà chuyên môn hợp pháp, ví dụ như luật sư, kiểm toán viên,..., các công ty chuyên môn như văn phòng luật sư, công ty luật, công ty

kiểm toán,... Các thông tin thuộc một lĩnh vực do những NQLCTCP có thẩm quyền cũng như nhân viên công ty được giao thẩm quyền trong lĩnh vực đó cung cấp cũng được coi là thông tin tin cậy. Trong trường hợp không có đủ thông tin để ra quyết định, NQLCTCP không được ra quyết định. NQLCTCP ra hoặc tham gia ra bất kỳ một quyết định nào mà không đủ cơ sở thông tin tin cậy thì được coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. Ở Nhật Bản, trong vụ Chukyo Bank (năm 1997, Nhật Bản) liên quan đến việc Chukyo Bank cho khách hàng vay 2,7 tỷ yên từ năm 1988 đến qua hè năm 1990. Đến năm 1991 khách hàng phá sản để lại một khoản nợ 640 triệu yên không thể thu hồi được. Các cổ đông của ngân hàng khởi kiện thành viên HĐQT đại diện và các thành viên HĐQT khác vì vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. Trong vụ việc này tòa án đã kết luận như sau:

Mặc dù biết được sự không đầy đủ của tài sản bảo đảm, ban điều hành vẫn ra quyết định trên cơ sở xem xét hoạt động kinh doanh của công ty A, giao dịch trong quá khứ, tiềm năng phát triển trong tương lai và sự hợp tác của công ty A trong các giao dịch của ngân hàng về trái phiếu chính phủ. Không thể thấy được sai sót nào của người quản lý ngân hàng như một người quản lý công ty thông thường trong quá trình ra quyết định. Vì vậy không thể kết luận rằng thành viên HĐQT điều hành vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng khi tham gia biểu quyết tại ban điều hành.” [105, tr. 436-437].

Qua vụ việc này, kinh nghiệm xét xử của tòa án nước ngoài cho thấy không phải trong mọi trường hợp, phải có tài sản bảo đảm đầy đủ, ngân hàng mới quyết định cho vay. Quyết định cho vay của ngân hàng còn dựa vào nhiều yếu tố và thông tin khác như uy tín, năng lực kinh doanh, năng lực tài chính, tình trạng hoạt động, tiềm năng của khách hàng, tiềm năng của dự án,... Ngân hàng vẫn có thể cho một khách hàng đang kinh doanh thua lỗ vay tiền miễn rằng ngân hàng có đủ thông tin để khẳng định tiềm năng phát triển trong tương lai của khách hàng.

Thứ tư, NQLCTCP dù ở bất kỳ vị trí quản lý nào cũng có thẩm quyền giám sát. Nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP phải thực hiện đầy đủ các quy định của pháp luật, điều lệ và quy chế quản lý nội bộ của công ty, chuẩn mực quản trị chung nhằm xây dựng một hệ thống giám sát, kiểm soát rủi ro hợp lý. Hệ thống kiểm soát rủi ro phải bảo đảm có sự trao đổi thông tin giữa những NQLCTCP với nhau, giữa NQLCTCP với nhân viên, có khả năng phân tích, đánh giá, phát hiện, ngăn ngừa và xử lý rủi ro. Đương nhiên mỗi vị trí khác nhau sẽ đòi hỏi mức độ cẩn trọng trong giám sát khác nhau. GD là người đứng đầu bộ máy điều hành của công ty. Nên GD

phải chịu trách nhiệm thực hiện các bước, quy trình và biện pháp hợp lý nhằm kiểm soát rủi ro cho công ty.²⁵

b) Trường hợp không vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng

Nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi NQLCTCP phải thực hiện các thủ tục, các bước và giải pháp nhằm bảo đảm các quyết định hợp lệ, trên cơ sở đầy đủ thông tin và kiểm soát được rủi ro cho công ty. Như vậy, khi xem xét NQLCTCP có vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng hay không cần xem xét vào thể thức thực hiện nhiệm vụ của NQLCTCP chứ không chỉ dựa vào kết quả của việc thực hiện nhiệm vụ. Về vấn đề này, pháp luật cần có các quy định cụ thể với nội dung như sau:

Thứ nhất, khi xem xét một quyết định do NQLCTCP ban hành hoặc tham gia ban hành, tòa án cần xem xét tính hợp pháp, hợp lệ của quyết định về mặt thẩm quyền, thủ tục và nội dung. Một quyết định trái pháp luật hoặc không phù hợp với điều lệ, quy chế quản lý nội bộ công ty, quyết định của ĐHĐCĐ hoặc HĐQT được coi là quyết định không hợp pháp. Tuy nhiên, quyết định sau của HĐQT không bắt buộc phải phù hợp với quyết định trước của HĐQT và trong trường hợp này quyết định sau của HĐQT không bị coi là không hợp pháp. Nếu không có đủ cơ sở chứng minh NQLCTCP cố ý ra hoặc tham gia ra quyết định không hợp pháp thì được coi là ra quyết định không hợp pháp với lỗi vô ý. Hành vi ra hoặc tham gia ra quyết định không hợp pháp với lỗi vô ý được coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

Thứ hai, ngoài tính hợp pháp, tòa án không xem xét tính đúng sai của nội dung của quyết định của NQLCTCP. Tòa án chỉ xem xét thể thức, cách thức, qui trình và thủ tục ra quyết định để xác định xem NQLCTCP có cẩn trọng hợp lý một cách thiện chí và trung thực vì lợi ích tốt nhất của công ty khi ra quyết định hay không. Như vậy, kết quả của quyết định không phải là căn cứ để tòa án tuyên bố NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. Trong thực tiễn pháp luật các nước như Mỹ, Đức, Nhật Bản,... cũng thừa nhận nguyên tắc này. Trong vụ Ngân hàng Citigroup bị thiệt hại trên thị trường cho vay dưới chuẩn, cổ đông của ngân hàng đã tiến hành khởi kiện các cựu thành viên HĐQT và người điều hành của ngân hàng này, tòa án bang Delaware – Hoa Kỳ nhận định:

Quy tắc kinh doanh là “sự mặc định rằng khi ra một quyết định kinh doanh, thành viên HĐQT của công ty dựa trên cơ sở thông tin, với sự

²⁵Ví dụ, do GD không thường xuyên kiểm soát việc mua sắm, ký kết hợp đồng của bộ phận hành chính dẫn đến nhân viên hành chính móc nối với bên ngoài chiếm đoạt tài sản của công ty. Trong trường hợp này GD phải chịu trách nhiệm vì vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. HĐQT không điều hành công việc hàng ngày của công ty nên thành viên HĐQT không phải chịu trách nhiệm về vấn đề này.

thiện chí, trung thực và niềm tin chính đáng rằng hành vi này vì lợi ích tốt nhất của công ty.” Để chối bỏ mặc định này, nguyên đơn phải có nghĩa vụ chứng minh. Vì vậy, nếu không có chứng cứ chứng minh có tư lợi hoặc sự không trung thành khi ra quyết định, thẩm phán hoặc bồi thẩm đoàn không được xem xét lại nội dung của quyết định của HĐQT nếu như chúng là sản phẩm của một qui trình hợp lý và các thành viên HĐQT đã sử dụng tất cả các thông tin trọng yếu và hợp lý. [132]

Thứ ba, tòa án cũng không dựa vào hậu quả là thiệt hại hay rủi ro mà công ty phải gánh chịu để kết luận NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng trong quá trình thực hiện nhiệm vụ giám sát. Tòa án chỉ xem xét qui trình và hệ thống kiểm soát rủi ro xem có phù hợp với pháp luật, điều lệ, quy chế quản lý nội bộ của công ty và chuẩn mực quản trị chung hay không? Nếu NQLCTCP đã tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật, điều lệ, quy chế quản lý nội bộ của công ty và chuẩn mực quản trị chung trong việc thiết lập và thực thi hệ thống kiểm soát rủi ro mà rủi ro hoặc thiệt hại vẫn xảy ra với công ty thì trong trường hợp này NQLCTCP không được coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng. Quan điểm này của NCS cũng phù hợp với quan điểm được thể hiện trong quyết định của tòa án bang Delaware trong vụ việc vừa nêu trên: “Nghĩa vụ giám sát theo pháp luật của bang Delaware không đòi hỏi thành viên HĐQT, dù là thành viên HĐQT là chuyên gia chịu trách nhiệm cá nhân cho việc không dự đoán được sự kiện trong tương lai và không đánh giá được rủi ro kinh doanh một cách đầy đủ.” [132]

Theo đánh giá của OECD, nghĩa vụ cẩn trọng rất khó thực thi, nhất là ở những nơi áp dụng quy tắc quyết định kinh doanh. [67, tr.77]. Tuy nhiên, không thể vì sự khó khăn trong việc thực thi nghĩa vụ cẩn trọng mà bỏ qua các trường hợp không vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng.

4.2.3.2. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về nghĩa vụ trung thành

Trong chương trước, NCS đã phân tích những điểm còn tồn tại của các quy định của pháp luật về nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP. Trong phần này, NCS đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật về nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP như sau:

a) Hoàn thiện khái niệm người có liên quan của người quản lý công ty cổ phần

Hiện nay khái niệm người có liên quan của công ty vẫn được sử dụng để xác định người có liên quan của NQLCTCP. Đây là cách vận dụng không chính xác. Vì

vậy, NCS đề xuất, pháp luật cần quy định người có liên quan của NQLCTCP bao gồm những người: (1). Tổ chức mà NQLCTCP là chủ sở hữu, cổ đông, người góp vốn, thành viên, người quản lý hoặc người lao động; (2). Tổ chức mà NQLCTCP là nhà tư vấn độc lập hoặc người cung cấp dịch vụ độc lập; (3). Cá nhân là cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, cha chồng/vợ, mẹ chồng/vợ, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu, anh chồng/vợ, em chồng/vợ, chị chồng/vợ của NQLCTCP; (5). Cá nhân là ông nội, ông ngoại, bà nội, bà ngoại, bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột, cháu ruột của NQLCTCP.

Ngoài ra trong trường hợp HĐQT có đủ chứng cứ xác định rằng cá nhân hoặc tổ chức có mối quan hệ với NQLCTCP dẫn đến NQLCTCP sẽ tạo lợi thế cho cá nhân hoặc tổ chức này khi tham gia giao dịch với công ty thì HĐQT có quyền xác định đây là GDCNCTL và buộc NQLCTCP phải thực hiện các thủ tục kiểm soát GDCNCTL. Ví dụ, nếu cá nhân/tổ chức có quan hệ vay nợ với NQLCTCP thì trong từng trường hợp cụ thể mà HĐQT có thể xác định giao dịch giữa công ty với cá nhân/tổ chức này là GDCNCTL và buộc phải tuân theo quy định của pháp luật.

b) Nội dung pháp lý của nghĩa vụ trung thành

Thứ nhất, xây dựng khái niệm nghĩa vụ trung thành: Cần xây dựng khái niệm nghĩa vụ trung thành theo nguyên tắc NQLCTCP phải ngăn ngừa xung đột lợi ích với công ty, trong trường hợp có xung đột lợi ích với công ty thì lợi ích của công ty được ưu tiên. Nghĩa vụ trung thành của NQLCTCP được thể hiện cụ thể ở các nghĩa vụ của NQLCTCP trong GDCNCTL, lạm dụng tài sản hoặc cơ hội kinh doanh của công ty vì mục đích riêng, cạnh tranh với công ty và các trường hợp có xung đột lợi ích khác. Khái niệm nghĩa vụ trung thành dù ở mức khái quát nhưng cần phải xác định đầy đủ các yêu cầu của nghĩa vụ trung thành mà NQLCTCP phải tuân theo. Đồng thời phải nhất quán rằng nghĩa vụ trung thành và các yếu tố, tiêu chuẩn của nghĩa vụ trung thành được áp dụng cho tất cả những NQLCTCP. Nghĩa vụ trung thành cũng nên được định nghĩa bởi điều lệ công ty. Nhất là đối với mô hình tập đoàn, nghĩa vụ trung thành càng được định nghĩa rộng rãi và được mở rộng đến các công ty thành viên của tập đoàn bao nhiêu thì công cụ bảo vệ lợi ích của công ty mẹ và cổ đông càng hiệu quả bấy nhiêu. [67, tr. 77].

Thứ hai, khái niệm lợi ích trong GDCNCTL: Án lệ cần định nghĩa lợi ích trong GDCNCTL bao gồm lợi ích vật chất và lợi ích phi vật chất. Lợi ích phi vật chất sẽ được xác định trong hoàn cảnh cụ thể. Pháp luật của các bang của Hoa Kỳ cũng thừa nhận lợi ích phi vật chất cũng cần được xem xét khi xác định xung đột lợi ích.

[50, tr. 710]. Nếu điều lệ có định nghĩa và liệt kê các lợi ích phi vật chất, ví dụ bản thân NQLCTCP hoặc người có liên quan của người này được bố trí một vị trí nhất định trong một tổ chức, NQLCTCP hoặc người có liên quan của người này được giữ nguyên một vị trí nhất định, một giải thưởng danh dự (không mang tính vật chất),...thì tòa án nên công nhận định nghĩa này.

Thứ ba, hoàn thiện các quy định về kiểm soát GDCNCTL: Về kiểm soát GDCNCTL, luật doanh nghiệp cần thêm các tiêu chí khác ngoài tiêu chí giá trị GDCNCTL để phân định thẩm quyền phê chuẩn GDCNCTL giữa HĐQT và ĐHĐCĐ. Các tiêu chí khác có thể là: (1). Có căn cứ để cho rằng việc HĐQT không vô tư, khách quan khi phê chuẩn GDCNCTL; (2). Đa số thành viên HĐQT có lợi ích trong GDCNCTL cần phê chuẩn. Ngoài ra, cần có quy định GDCNCTL vẫn có thể bị ĐHĐCĐ tuyên hủy mặc dù đã được HĐQT phê chuẩn nếu như có căn cứ cho rằng GDCNCTL không không bằng với công ty. Tính công bằng của GDCNCTL được xác định theo các tiêu chí như giá cả, phương thức thanh toán và/hoặc các điều kiện thương mại khác.

Thứ tư, cần nới rộng số lượng thành viên HĐQT: Theo quy định tại Điều 150.1 LDN năm 2014, số lượng thành viên HĐQT từ 3 đến 11 thành viên. Như vậy, công ty không thể quy định số lượng thành viên HĐQT nhiều hơn 11. Thực tế, khi số lượng thành viên HĐQT càng ít thì nguy cơ đa số thành viên HĐQT có lợi ích trong GDCNCTL cần phê chuẩn hoặc không vô tư trong việc phê chuẩn GDCNCTL càng cao. Trong những trường hợp như vậy, ĐHĐCĐ sẽ phải phê chuẩn GDCNCTL. Trên thực tế, ở những công ty lớn, đặc biệt là những công ty đại chúng việc tổ chức họp ĐHĐCĐ là rất khó khăn. Vì vậy, nếu như số lượng thành viên HĐQT ở các công ty này đủ lớn để giảm thiểu nguy cơ đa số thành viên HĐQT có lợi ích trong GDCNCTL cần phê chuẩn hoặc không vô tư trong việc phê chuẩn GDCNCTL sẽ góp phần giảm bớt gánh nặng công việc cho ĐHĐCĐ. Vì vậy, không nên giới hạn số lượng thành viên HĐQT tối đa mà để cho ĐHĐCĐ tự quyết định.

Thứ năm, cần mở rộng đối tượng có GDCNCTL: LDN cần mở rộng kiểm soát GDCNCTL của tất cả những người được coi là NQLCTCP và người có liên quan của những người này mà không nên chỉ hạn chế trong số các chức danh là thành viên HĐQT, GD và người có liên quan của họ như pháp luật hiện hành.

Thứ sáu, xây dựng khái niệm “cơ hội kinh doanh của công ty”: cần xây dựng trong LDN hoặc án lệ khái niệm “cơ hội kinh doanh của công ty” nhằm phân biệt cơ hội kinh doanh của công ty với cơ hội cá nhân của NQLCTCP.

Trong vụ *Guth v. Loft, Inc.* 5 A.2d 503 (Del. 1939), tòa án bang Delaware – Hoa Kỳ đưa ra khái niệm “cơ hội kinh doanh của công ty” như sau:

Rõ ràng là khi một cơ hội kinh doanh đến với người quản lý công ty với tư cách cá nhân hơn là tư cách của người quản lý, và cơ hội không thuộc về công ty xuất phát từ bản chất của công ty, công ty không có lợi ích hoặc kỳ vọng ở cơ hội này, vì vậy người quản lý công ty có quyền sử dụng cơ hội này, miễn rằng người quản lý công ty chưa sử dụng nguồn lực của công ty một cách không chính đáng vào cơ hội này. [131]

Tòa án tiếp tục nhận định:

Mặt khác, cũng cần khẳng định một cách công bằng rằng, nếu có một cơ hội kinh doanh được đưa ra cho người quản lý công ty mà công ty có khả năng tài chính để tiếp nhận, về mặt bản chất cơ hội này nằm trong phạm vi kinh doanh của công ty và về mặt thực tế cơ hội này công ty có thể tận dụng được, thì trường hợp này được coi là công ty có lợi ích hoặc kỳ vọng hợp lý, và bằng việc nắm bắt cơ hội này, người quản lý công ty được coi là xung đột lợi ích với công ty, vì vậy, luật không cho phép người quản lý công ty nắm bắt cơ hội cho riêng mình. [131]

Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm trên từ tòa án Delaware để hoàn thiện khái niệm “cơ hội kinh doanh”.

Cơ hội kinh doanh trước hết phải là cơ hội tạo ra hoặc có khả năng tạo ra lợi ích nhất định cho công ty. Cơ hội kinh doanh của công ty được xác định theo các tiêu chí sau: (1). Cơ hội kinh doanh thuộc một trong các trường hợp sau: (i). Cơ hội kinh doanh thuộc lĩnh vực kinh doanh trên thực tế của công ty; (ii). Cơ hội kinh doanh được tìm kiếm, phát hiện hoặc có được do sử dụng nguồn lực của công ty; (iii). Cơ hội kinh doanh do cá nhân tìm kiếm được, phát hiện ra hoặc có được với tư cách là NQLCTCP; (2). Công ty có đủ năng lực pháp luật và năng lực tài chính để tiếp nhận và thực hiện cơ hội này; và (3). Công ty không từ chối tiếp nhận và thực hiện cơ hội này.

Trong vụ *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley et al.* (1974) 40 D.L.R. (3d) 371, bị đơn gồm O'Malley and Zarzycki là chủ tịch (president) và phó chủ tịch thường trực của nguyên đơn là Canadian Aero Service Ltd. Nguyên đơn có một vụ đấu thầu cung cấp dịch vụ vẽ bản đồ địa chính cho Guyana. Bị đơn được cử sang nước này làm việc nhưng không thành công. Sau đó thì đàm phán được nối lại, khi mà hợp đồng giữa hai bên chuẩn bị được giao kết thì bị đơn xin nghỉ việc. Ngay

trước khi được chấp nhận nghỉ việc bị đơn đã thành lập công ty Terra Surveys Inc có ngành nghề kinh doanh giống với ngành nghề của nguyên đơn và được mời nộp hồ sơ thầu vẽ bản đồ địa chính của Guyana. Hồ sơ thầu của Terra Surveys Inc với tổng giá trị hợp đồng là 2,3 triệu đô la bằng với giá mà nguyên đơn đề nghị. Nguyên đơn khởi kiện bị đơn vì vi phạm nghĩa vụ của người quản lý công ty. Vụ việc phải qua ba cấp xét xử. Tại cấp giám đốc thẩm, Tòa án tối cao Canada nhận định:

“Bị đơn là người điều hành cao nhất có nghĩa vụ đối với công ty như thành viên Hội đồng quản trị. Lý do mà bị đơn có nghĩa vụ như thành viên Hội đồng quản trị vì họ thực hiện công việc với tư cách là người đại diện của công ty trong dự án ở Guyana: họ đại diện cho nguyên đơn tham gia đàm phán để có được bản hợp đồng ở Guyana nên sau đó họ không thể nhân danh chính mình tham gia đàm phán với cùng dự án này.” [101, tr. 450]

Vụ việc nêu trên cũng là một ví dụ điển hình về hành vi chiếm đoạt cơ hội của công ty mà chúng ta có thể tham khảo.

Ngoài ra, pháp luật cần xây dựng cơ chế kiểm soát việc lạm dụng cơ hội kinh doanh của công ty, như quy định cơ chế báo cáo về cơ hội, các biện pháp chế tài. Các biện pháp chế tài bao gồm: (1). Buộc chấm dứt hành vi chiếm đoạt cơ hội của công ty; (2). Công ty tuyên bố với các bên liên quan rằng đây là cơ hội của công ty và thu hồi lại cơ hội bằng việc buộc người chiếm đoạt cơ hội bàn giao tài sản, công việc kinh doanh, chuyển giao lại vị thế của một bên trong quan hệ hợp đồng mà đáng lẽ công ty sẽ có nếu sử dụng cơ hội; (3). Buộc người chiếm đoạt cơ hội phải giao nộp các lợi ích có được từ việc sử dụng cơ hội của công ty; (4). Buộc bồi thường thiệt hại. Các biện pháp chế tài này và nguyên tắc áp dụng cần được quy định trong LDN hoặc án lệ. Ngoài ra, Điều lệ cũng có thể cụ thể hóa các biện pháp chế tài này và/hoặc quy định thêm các chế tài khác.

Thứ bảy, cần quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP trong trường hợp cạnh tranh với công ty: Pháp luật không nên cấm NQLCTCP cạnh tranh với công ty. Tuy nhiên, pháp luật cần không cho phép NQLCTCP sử dụng nguồn lực của công ty để cạnh tranh với chính công ty. Biện pháp chế tài trong trường hợp này được áp dụng tương tự với trường hợp NQLCTCP sử dụng tài sản hoặc cơ hội của công ty vì mục đích cá nhân.

Thứ tám, cần quy định về điều kiện có hiệu lực của thỏa thuận không cạnh tranh giữa công ty với NQLCTCP: Trên thực tế rất nhiều công ty ký thỏa

thuận không cạnh tranh với NQLCTCP. Vì vậy, LDN hoặc án lệ cần thừa nhận hiệu lực của các thỏa thuận này nếu chúng thỏa mãn các điều kiện sau: (1). Không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam; (2). Lĩnh vực kinh doanh bị hạn chế là lĩnh vực kinh doanh thực tế của công ty; (3). Khu vực kinh doanh bị hạn chế là khu vực mà công ty thực hiện hoạt động kinh doanh; và (4). Thời gian hạn chế không quá 03 năm kể từ thời điểm NQLCTCP chấm dứt tư cách. Như vậy, nếu công ty mặc dù đăng ký nhiều ngành nghề kinh doanh nhưng trên thực tế chỉ hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định thì thỏa thuận hạn chế NQLCTCP hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực mà công ty không hoạt động trên thực tế là bất hợp lý và cần được tòa án xác định là không có hiệu lực pháp luật. Tương tự như vậy, việc công ty không cho phép NQLCTCP kinh doanh cùng lĩnh vực kinh doanh thực tế của công ty ở khu vực mà công ty không hoạt động trên thực tế cũng là bất hợp lý. Trong kinh doanh, ba năm là thời gian đủ dài để các mối quan hệ kinh doanh bị mờ nhạt nếu không được thường xuyên thúc đẩy và thực hiện. Vì vậy, thời hạn 03 năm là đủ để các mối quan hệ mà NQLCTCP có được với khách hàng, đối tác của công ty trong thời kỳ đảm nhiệm chức vụ bị mờ nhạt khi mà NQLCTCP không có cơ hội thúc đẩy và thực hiện các mối quan hệ này. Việc kéo dài quá 03 năm lại ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền tự do kinh doanh và quyền có việc làm của NQLCTCP. Vì lẽ đó, thời hạn có hiệu lực của thỏa thuận không cạnh tranh chỉ nên giới hạn trong thời gian NQLCTCP đang đảm nhiệm chức vụ cộng thêm 03 năm kể từ thời điểm người này chấm dứt tư cách NQLCTCP của công ty.

4.2.3.3. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần đối với người thứ ba

Vốn mỏng là tình trạng mà tỷ lệ giữa vốn vay và vốn chủ sở hữu quá lớn. Xét về mặt lợi ích của chủ nợ thì rõ ràng cơ hội chủ nợ nhận lại được khoản nợ gốc và lãi càng bị giảm khi tỷ lệ giữa vốn vay và vốn chủ sở hữu tăng lên. Vì vậy lợi ích của chủ nợ bị xâm phạm hoặc đe dọa xâm phạm nghiêm trọng khi NQLCTCP tiếp tục quyết định vay thêm. Do đó, pháp luật cần quy định khi công ty đang trong tình trạng vốn mỏng, NQLCTCP chỉ được ra quyết định kinh doanh nếu có cơ sở bảo đảm rằng khi công ty thực hiện quyết định kinh doanh này công ty vẫn có khả năng thanh toán đầy đủ các khoản nợ đến hạn bao gồm cả lãi của chủ nợ. Vấn đề đặt ra thế nào là vốn mỏng? Có hai cách tiếp cận về vốn mỏng. Cách thứ nhất, pháp luật quy định một tỷ lệ tối đa giữa vốn vay và vốn chủ sở hữu, nếu vượt quá tỷ lệ này thì được coi là vốn mỏng. Cách quy định này tạo sự dễ dàng trong quản lý nhưng lại cứng nhắc và không phù hợp với thực tiễn, nhất là lĩnh vực ngân hàng. Vì vậy, tình

trạng vốn mỏng có thể được xác định bởi tòa án theo nguyên tắc tỷ lệ giữa vốn vay và vốn chủ sở hữu phải được duy trì ở mức mà công ty bảo đảm có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn bằng tài sản hiện có và vốn chủ sở hữu mà không cần phải vay thêm. Nếu công ty không duy trì được trạng thái này thì được coi là vốn mỏng.

Ngoài ra, pháp luật cũng cần quy định khi công ty lâm vào tình trạng mất khả năng chi trả các khoản nợ đến hạn mặc dù chưa có quyết định mở thủ tục phá sản nhưng NQLCTCP không được ra quyết định làm giảm khả năng trả nợ của công ty.

4.2.4. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP

4.2.4.1. Hoàn thiện quy định về trách nhiệm dân sự

Thứ nhất, pháp luật cần khẳng định dứt khoát chế tài trách nhiệm vật chất không áp dụng trong trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ gây thiệt hại cho công ty. Như vậy, trong bất kỳ trường hợp nào, nếu NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ mà gây thiệt hại cho công ty thì phải chịu trách nhiệm dân sự theo quy định của LDN và BLDS. Nguyên tắc này sẽ giải quyết được vướng mắc trong việc xác định trách nhiệm của NQLCTCP đồng thời là người lao động trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ đối với công ty.

Thứ hai, án lệ cần phát triển theo hướng thừa nhận chi phí luật sư hợp lý là thiệt hại thực tế mà NQLCTCP phải bồi thường cho công ty. Về mặt logic, nếu như NQLCTCP không có hành vi vi phạm nghĩa vụ cho công ty thì công ty hoặc cổ đông không phải tiến hành khởi kiện NQLCTCP. Việc tiến hành khởi kiện dẫn đến công ty phải bỏ ra những chi phí nhất định để thuê luật sư hoặc tư vấn pháp luật. Quyền được bảo vệ bởi luật sư là quyền chính đáng và được pháp luật ghi nhận. Vì vậy, việc chấp nhận phí luật sư hợp lý là khoản thiệt hại thực tế là phù hợp. Việc chấp nhận phí luật sư hợp lý là thiệt hại thực tế cũng là một giải pháp giúp cho cổ đông tự tin hơn khi khởi kiện NQLCTCP. Ngoài ra, việc chấp nhận phí luật sư hợp lý là thiệt hại thực tế cũng khiến cho NQLCTCP phải cân nhắc trước khi thực hiện hành vi vi phạm. Bởi lẽ, dù ở mức hợp lý nhưng chi phí luật sư không phải là một khoản tiền nhỏ.

Thứ ba, án lệ cần làm rõ thu nhập như thế nào là “thu nhập thực tế của công ty bị mất hoặc giảm sút”? NCS đề xuất án lệ cần làm rõ “thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút” phải là một khoản lợi trực tiếp mà công ty đáng lẽ được hưởng nếu như NQLCTCP không vi phạm nghĩa vụ. Để được bồi thường thu nhập thực tế bị

mất hoặc giảm sút, nguyên đơn phải chứng minh: (1). Đây là khoản lợi mà nguyên đơn chắc chắn có được; (2) Khoản lợi này có thể được tính toán một cách cụ thể; và (3) thu nhập bị mất hoặc giảm sút là do hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ tư, LDN hoặc án lệ cần xác định rõ trường hợp NQLCTCP vi phạm nghĩa vụ đối với người thứ ba trong khi thực hiện nhiệm vụ được giao mà gây thiệt hại cho người thứ ba thì công ty và NQLCTCP chịu trách nhiệm liên đới đối với thiệt hại của người thứ ba. Người thứ ba có quyền buộc công ty hoặc NQLCTCP bồi thường thiệt hại cho mình. Trường hợp người thứ ba yêu cầu công ty bồi thường thì sau khi bồi thường cho người thứ ba, công ty có quyền yêu cầu NQLCTCP hoàn trả lại công ty khoản bồi thường này.

4.2.4.2. Hoàn thiện quy định về trách nhiệm kỷ luật, trách nhiệm hành chính

Pháp luật cần bổ sung quy định hợp đồng lao động giữa công ty với NQLCTCP đồng thời là người lao động đương nhiên chấm dứt khi HĐQT ra quyết định miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức NQLCTCP đồng thời là người lao động vì vi phạm nghĩa vụ trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Bởi vì khi NQLCTCP đồng thời là người lao động bị miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc bị cách chức mà công ty không bố trí cho người này công việc khác mà hợp đồng lao động vẫn tồn tại sẽ gây khó khăn cho công ty. Công ty vẫn phải trả lương cho người mà không đóng góp được gì cho công ty là một điều không hợp lý. Hơn nữa, cũng không có lý do gì để công ty giữ lại một người vi phạm nghĩa vụ đối với công ty đến mức phải bị miễn nhiệm, bãi nhiệm, hoặc chấm dứt hợp đồng quản lý. Vì lẽ đó, việc HĐQT miễn nhiệm, bãi nhiệm, hoặc cách chức NQLCTCP đồng thời là người lao động được coi là hành vi chấm dứt hợp đồng lao động với NQLCTCP trừ trường hợp HĐQT có quyết định khác. Nếu HĐQT chuyển NQLCTCP sang làm công việc khác thì quyết định miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức NQLCTCP cũng là căn cứ để HĐQT quyết định chuyển người này sang làm công việc khác với thời hạn do HĐQT quyết định.

Để hiệu quả hơn trong việc ngăn ngừa hành vi vi phạm của NQLCTCP, mức xử phạt vi phạm hành chính cần tăng lên. Trong trường hợp có chứng cứ chứng minh NQLCTCP có được một khoản lợi từ hành vi vi phạm nghĩa vụ thì cơ quan hành chính nhà nước có quyền xử phạt theo mức phạt tương đương với ba lần khoản lợi mà NQLCTCP có được do vi phạm nghĩa vụ nhưng không thấp hơn mức phạt thấp nhất mà pháp luật quy định cho hành vi vi phạm này.

4.2.4.3. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về miễn, giảm trách nhiệm của người quản lý công ty cổ phần

Để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NQLCTCP, cần hoàn thiện và bổ sung một số trường hợp miễn trừ trách nhiệm cho NQLCTCP như sau:

Thứ nhất, miễn trách nhiệm cho thành viên HĐQT phản đối thông qua nghị quyết sai trái của HĐQT:

Theo tinh thần của Điều 149.4 LDN năm 2014 thì thành viên phản đối thông qua nghị quyết trái với quy định của pháp luật hoặc Điều lệ công ty gây thiệt hại cho công ty được miễn trừ trách nhiệm. Đây là quy định bảo vệ thành viên HĐQT phản đối quyết định sai trái của HĐQT. Để quy định này phát huy được hiệu quả trên thực tế, cần phải hướng dẫn cụ thể theo hướng sau:

Một là, thành viên HĐQT trốn tránh không tham dự họp không được coi là phản đối thông qua nghị quyết của HĐQT. Vì nhiệm vụ quan trọng của thành viên HĐQT là tham dự đầy đủ các cuộc họp HĐQT. Tại cuộc họp HĐQT, thành viên HĐQT phải bày tỏ chính kiến của mình, chứ không được thụ động.

Hai là, xuất phát từ yêu cầu thành viên HĐQT phải tham gia cuộc họp HĐQT và phải đưa ra quan điểm của mình tại cuộc họp HĐQT. Vì vậy, việc thành viên HĐQT tham gia cuộc họp HĐQT nhưng không bỏ phiếu hoặc bỏ phiếu trắng/trống cũng không được coi là phản đối thông qua nghị quyết của HĐQT.

Ba là, ý kiến phản đối của thành viên HĐQT phải được thể hiện ở việc thành viên HĐQT bỏ phiếu chống lại nghị quyết này (được ghi vào biên bản họp HĐQT) hoặc có ý kiến phản đối, chống lại, không tán thành hoặc tương tự được ghi nhận trong biên bản họp HĐQT. Nếu cuộc họp HĐQT được thực hiện thông qua điện thoại hoặc phương tiện truyền tin thì ý kiến phản đối được ghi âm hoặc ghi hình theo đúng quy chế họp HĐQT cũng được coi là ý kiến phản đối được ghi trong biên bản họp của HĐQT.

Thứ hai, miễn trách nhiệm pháp lý cho NDH không thực hiện theo quyết định trái pháp luật của cấp trên: Nếu NDH phản đối, áp dụng các biện pháp cần thiết để ngăn cản việc thực hiện quyết định trái pháp luật của cấp trên và trên thực tế bản thân đã không thực hiện theo quyết định này thì được miễn trách nhiệm pháp lý mặc dù không ngăn cản thành công việc thực hiện quyết định này.

Thứ ba, miễn trách nhiệm dân sự cho NDH trong trường hợp phải tuân theo lệnh của cấp trên, HĐQT và ĐHCĐ: Về nguyên tắc, NDH phải tuân theo quyết định của cấp trên, HĐQT và ĐHCĐ (gọi chung là cấp trên). Tuy nhiên, khi

phát hiện quyết định của cấp trên có dấu hiệu vi phạm pháp luật thì NDH phải có ý kiến về vấn đề này. Nếu cấp trên vẫn yêu cầu NDH phải tuân thủ quyết định này thì NDH phải báo cáo lên cấp trên cao hơn hoặc HĐQT. Tuy nhiên, NDH được miễn trừ trách nhiệm dân sự đối với thiệt hại gây ra cho công ty. Nếu NDH tuân thủ quyết định của cấp trên mà gây thiệt hại cho người thứ ba thì công ty phải bồi thường và công ty không có quyền buộc NDH bồi hoàn. NDH không được miễn nhưng được xét giảm trách nhiệm hình sự và trách nhiệm hành chính.

Thứ tư, miễn, giảm trách nhiệm pháp lý cho NQLCTCP trong trường hợp bị buộc thực hiện hành vi theo ý chí của cổ đông kiểm soát hoặc cổ đông nắm giữ cổ phần chi phối: Trường hợp NQLCTCP bị cổ đông kiểm soát hoặc cổ đông nắm giữ cổ phần chi phối áp đặt đưa ra các quyết định hoặc thực hiện hành vi vi phạm pháp luật thì trước hết NQLCTCP phải phản đối và nêu rõ lý do phản đối. Nếu cổ đông kiểm soát hoặc cổ đông nắm giữ cổ phần chi phối vẫn buộc NQLCTCP ra quyết định hoặc thực hiện hành vi theo ý chí của cổ đông này thì NQLCTCP được miễn trách nhiệm dân sự và trách nhiệm kỷ luật. Nếu quyết định hoặc hành vi này gây thiệt hại cho người thứ ba thì công ty phải bồi thường cho người thứ ba và công ty không có quyền buộc NQLCTCP phải bồi hoàn. Trong trường hợp này, NQLCTCP không được miễn nhưng được xét giảm trách nhiệm hình sự và trách nhiệm hành chính.

Thứ năm, miễn trách nhiệm pháp lý cho NQLCTCP trong trường hợp NQLCTCP phải báo thông tin liên quan đến công ty cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật: Trong trường hợp NQLCTCP phải khai báo thông tin liên quan đến công ty cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật thì NQLCTCP không phải chịu trách nhiệm cho những hậu quả xảy ra cho công ty do thông tin được khai báo cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Quy định này được sử dụng để bảo vệ NQLCTCP khai báo hoặc tố giác tội phạm theo quy định của pháp luật. Như vậy, nghĩa vụ trung thành với công ty không phải là nghĩa vụ tuyệt đối. NQLCTCP cũng phải có nghĩa vụ tham gia phòng và chống tội phạm, nhất là đối với các tội phạm đặc biệt nghiêm trọng xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự quản lý kinh tế, và môi trường. Vì vậy, NQLCTCP bắt buộc phải khai báo hoặc tố giác các tội phạm mà BLHS liệt kê dù tội phạm đó được thực hiện bởi công ty hoặc bởi người của công ty. Trong trường hợp này, NQLCTCP được miễn trừ trách nhiệm đối với công ty khi khai báo các thông tin của công ty liên quan đến các tội phạm này.

Thứ sáu, thẩm quyền miễn, giảm trách nhiệm pháp lý cho NQLCTCP: Để ngăn ngừa hiện tượng NQLCTCP, đặc biệt là GD có khả năng chi phối HĐQT sẽ đưa vào hợp đồng hoặc quy chế điều khoản giảm, miễn trừ trách nhiệm gây bất lợi cho công ty, cần quy định rõ nghĩa vụ của NQLCTCP và trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP là bắt buộc, các bên không có quyền thỏa thuận hoặc ghi nhận trong hợp đồng hoặc quy chế quản lý do HĐQT ban hành trừ trường hợp ĐHĐCĐ có quyết định khác với đa số phiếu tuyệt đối. Trách nhiệm được miễn, giảm chỉ là trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm dân sự đối với công ty.

4.2.5. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần

Có thể thấy rằng thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bằng các biện pháp dân sự là quan trọng nhất. Tuy nhiên để việc thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bằng các biện pháp dân sự được hiệu quả hơn, pháp luật cần phải tiếp tục hoàn thiện như sau:

Thứ nhất, cần bỏ quy định bắt buộc cổ đông phải sở hữu tối thiểu 1% cổ phần trong thời hạn 06 tháng liên tục mới có quyền nhân danh mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. Quy định hiện hành tạo ra sự không công bằng giữa cổ đông thiểu số và công đông lớn. Quy định này cản trở cổ đông thiểu số tiến hành các thủ tục pháp lý cần thiết để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công ty và của chính mình trước hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP. Bên cạnh đó, không nên chỉ giới hạn cổ đông sở hữu cổ phần phổ thông mới có quyền khởi kiện, các nhóm cổ đông khác cũng cần có quyền khởi kiện miễn rằng họ có tư cách cổ đông. Như vậy, pháp luật cần sửa đổi theo hướng cổ đông hoặc nhóm cổ đông có quyền nhân danh chính mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện NQLCTCP. Có quan điểm cho rằng quy định như vậy sẽ khiến cho cổ đông lạm dụng quyền khởi kiện gây ảnh hưởng đến việc tổ chức và hoạt động của công ty. Theo quy định hiện nay, bên thua kiện sẽ phải chịu án phí và cổ đông sẽ không được công ty hoàn trả chi phí khởi kiện. Vì vậy, cổ đông buộc phải cân nhắc kỹ lưỡng trước khi khởi kiện. Việc mở rộng cơ hội khởi kiện cho các cổ đông sẽ tăng nguy cơ bị khởi kiện của NQLCTCP. Điều này buộc NQLCTCP phải thận trọng khi thực hiện nhiệm vụ được giao để tránh những vi phạm.

Thứ hai, để tránh việc cổ đông có thể lạm dụng quyền khởi kiện, nên chăng đưa ra điều kiện được khởi kiện. Theo pháp luật của nhiều bang của Hoa Kỳ, trước khi tiến hành khởi kiện phái sinh, cổ đông phải yêu cầu HĐQT tiến hành các hành

động để bảo vệ lợi ích của công ty. [76, tr. 203]. Thông thường, thời gian để HĐQT hành động là 90 ngày. Nếu sau 90 ngày mà HĐQT không có hành động gì hoặc từ chối thực hiện hành động thì cổ đông có quyền khởi kiện nhân danh công ty. NCS thấy rằng quy định trong pháp luật Hoa Kỳ rất hợp lý và cần được đúc rút, học tập. Theo đó NCS đề xuất trước khi tiến hành khởi kiện NQLCTCP, cổ đông cần có văn bản gửi đến trụ sở chính của công ty yêu cầu người đại diện theo pháp luật của công ty tiến hành khởi kiện hoặc thực hiện những hành động pháp lý nhất định với NQLCTCP. Văn bản yêu cầu cần nêu rõ các hành động pháp lý cần thiết và căn cứ. Nếu trong thời hạn 30 ngày làm việc kể từ ngày văn bản kiến nghị gửi đến trụ sở chính công ty mà người đại diện theo pháp luật của công ty không trả lời hoặc từ chối hành động pháp lý theo yêu cầu, cổ đông sẽ gửi yêu cầu lên HĐQT. Trong trường hợp này, HĐQT có 60 ngày làm việc để trả lời cổ đông. Nếu người bị kiện là người đại diện theo pháp luật của công ty và công ty không có người đại diện theo pháp luật khác thì văn bản yêu cầu được gửi ngay đến HĐQT và HĐQT có 90 ngày để trả lời. Nếu HĐQT từ chối yêu cầu hoặc không trả lời yêu cầu trong thời hạn nêu trên thì cổ đông có quyền khởi kiện NQLCTCP.

Tuy nhiên, không phải trường hợp nào cổ đông cũng phải tuân theo trình tự như trên. Trong vụ *Marx v. Akers*, 88 N.Y.2d 189 (1996) tòa án bang New York cho rằng cổ đông không cần phải thực hiện các bước trên nếu chỉ ra rằng tất cả hoặc đa số thành viên HĐQT “(i) là những người đang bị cáo buộc có sai phạm hoặc bị kiểm soát bởi những người bị cáo buộc sai phạm; (ii) không thận trọng ngăn cản vi phạm bằng cách thông tin cho nhau về giao dịch đang bị xem xét theo cách thức phù hợp với hoàn cảnh; hoặc (iii) không thể đưa ra quyết định chắc chắn vì bản chất của giao dịch.” [76, tr. 203]. Án lệ của Việt Nam cũng nên chấp nhận cho cổ đông được khởi kiện mà không phải qua các bước nêu trên nếu cổ đông chứng minh được rằng lợi ích của công ty sẽ bị xâm phạm nghiêm trọng nếu không khởi kiện ngay hoặc thuộc trường hợp toàn bộ hoặc đa số thành viên HĐQT bị khởi kiện.

Bên cạnh đó, pháp luật cần trao tòa án quyền từ chối đơn khởi kiện của cổ đông nếu thuộc một trong các trường hợp sau: (1). Số thành viên HĐQT thông qua quyết định từ chối yêu cầu của cổ đông (bảo đảm tuân thủ nguyên tắc đa số phiếu theo quy định của điều lệ hoặc LDN) không có lợi ích liên quan đến tranh chấp và quyết định này vì lợi ích tốt nhất của công ty; hoặc (2) ĐHĐCĐ với đa số phiếu tuyệt đối phê chuẩn quyết định từ chối yêu cầu của cổ đông. Lý do của quy tắc này là HĐQT là cơ quan đại diện của công ty. Trong trường hợp rõ ràng quyết định của HĐQT là vô tư, khách quan, vì lợi ích tốt nhất của công ty thì cần công nhận đó là ý

chí đích thực của công ty. Khi công ty đã không muốn khởi kiện thì cổ đông không nên đi ngược mong muốn của công ty. Hơn nữa, ĐHĐCĐ là cơ quan cao nhất của công ty, cơ quan này đưa ra tiếng nói cuối cùng của công ty. Vì lẽ đó, cổ đông không nên làm những điều mà công ty không cần. Đây cũng là cách tiếp cận của các tòa án Mỹ. [76, tr. 205, 209].

Thứ ba, án lệ cần làm rõ “chi phí khởi kiện” bao gồm chi phí nào? Theo NCS, trong trường hợp toàn bộ yêu cầu của cổ đông được chấp nhận thì vấn đề án phí không cần đặt ra vì bị đơn sẽ phải chịu nhưng các chi phí khác như chi phí giám định, chi phí tư vấn và chi phí luật sư (hợp lý), chi phí ăn ở, đi lại, chi phí điện thoại, và chi phí hợp lý khác liên quan đến việc khởi kiện cần được coi là chi phí khởi kiện. Trong trường hợp yêu cầu của cổ đông được chấp nhận một phần thì phần án phí cổ đông phải chịu sẽ không được công ty hoàn trả. Tuy nhiên, công ty có nghĩa vụ hoàn trả cho cổ đông một phần chi phí luật sư, chi phí tư vấn, chi phí giám định và chi phí ăn ở, đi lại, chi phí điện thoại và chi phí hợp lý khác liên quan đến phần yêu cầu được tòa án chấp nhận. Trong trường hợp này, mức mà cổ đông được hoàn lại do tòa án quyết định trong bản án xét xử NQLCTCP.

4.3. GIẢI PHÁP NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CỦA NGƯỜI QUẢN LÝ CÔNG TY CỔ PHẦN

4.3.1. Nâng cao nhận thức, hiểu biết pháp luật của các chủ thể liên quan

Hiệu quả của việc thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phụ thuộc vào năng lực nhận thức và hiểu biết pháp luật của các chủ thể có liên quan. Về vấn đề này, NCS có một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, cần phát huy vai trò của các hiệp hội nghề nghiệp trong việc phổ biến, giáo dục pháp luật cho hội viên của mình. Các hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cần phải được diễn ra thường xuyên và có tính thực chất và hiệu quả. Các chương trình phổ biến, giáo dục pháp luật cần phải có sự tham gia giảng dạy, phổ biến của các luật sư dày dặn kinh nghiệm trong lĩnh vực quản trị doanh nghiệp.

Thứ hai, Nhà nước cần khuyến khích các văn phòng luật sư, công ty luật tham gia tư vấn cho cộng đồng doanh nghiệp theo các chương trình ưu đãi. Các chi phí tư vấn hoặc là thấp hoặc là miễn phí, nhưng đổi lại các văn phòng luật sư, công ty luật sẽ được hưởng một số hỗ trợ nhất định từ Nhà nước, như miễn, giảm thuế hoặc nghĩa vụ tài chính khác trong một thời gian nhất định. Nếu chương trình này được triển khai thì cả ba nhà cùng có lợi. Một là, cộng đồng doanh nghiệp sẽ được thụ hưởng những dịch vụ tư vấn chuyên nghiệp với mức phí thấp hoặc miễn phí để

từ đó nâng cao hiểu biết pháp luật trong đó có pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Hai là, các công ty luật hoặc văn phòng luật sư mặc dù không được thụ hưởng nhiều phí tư vấn nhưng đổi lại họ được những chính sách ưu đãi khác từ nhà nước. Ba là, nhà nước cũng có lợi khi mà sự hiểu biết, ý thức pháp luật nói chung và pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP nói riêng được nâng cao sẽ làm cho hoạt động kinh doanh trở nên minh bạch hơn, hiệu quả hơn, tránh được những thiệt hại từ những rủi ro pháp lý. Điều này giúp cho những chính sách kinh tế của nhà nước được thực thi hiệu quả. Sự hiệu quả trong hoạt động của doanh nghiệp sẽ được thể hiện ở nguồn thu thuế của nhà nước tăng lên, môi trường được bảo toàn.

Thứ ba, tiếp tục duy trì các chương trình giáo dục, phổ biến pháp luật trên các phương tiện thông tin đại chúng. Việc duy trì các chương trình này giúp cho cộng đồng doanh nhân có nhiều cơ hội tiếp cận với thông tin pháp luật.

Thứ tư, cần công khai hóa các bản án, quyết định của tòa án về kinh doanh thương mại, trong đó có các bản án, quyết định về nghĩa vụ của NQLCTCP. Thông qua tìm hiểu các bản án, quyết định của tòa án, cộng đồng doanh nghiệp sẽ dễ dàng tiếp cận được các quy tắc pháp lý sống động trong cuộc sống để từ đó nâng cao ý thức pháp luật, ý thức bảo vệ mình và công ty trước hành vi vi phạm của NQLCTCP.

Các phương thức phổ biến, giáo dục pháp luật nêu trên phải đạt được những mục tiêu sau:

Mục tiêu thứ nhất: Nâng cao ý thức tuân thủ pháp luật của đội ngũ NQLCTCP. Nếu như ý thức pháp luật của đội ngũ này được nâng cao, các vụ việc vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP sẽ giảm.

Mục tiêu thứ hai: Nâng cao hiểu biết pháp luật của các cổ đông, đặc biệt là các cổ đông thiểu số. Sự hiểu biết pháp luật sẽ giúp cổ đông tự tin hơn trong giám sát hoạt động của NQLCTCP, sự hiểu biết pháp luật cũng giúp cho cổ đông tự tin hơn trong việc áp dụng các công cụ pháp lý bảo vệ lợi ích của bản thân và của công ty. Việc giáo dục, phổ biến pháp luật cần thay đổi nhận thức của cổ đông về quyền của cổ đông, quyền khởi kiện, nghĩa vụ và trách nhiệm của NQLCTCP. Việc giáo dục, phổ biến pháp luật cần giúp cho cổ đông sẵn sàng đưa ra tiếng nói của mình, đấu tranh kiên quyết với những biểu hiện sai phạm.

Mục tiêu thứ ba: Việc giáo dục, phổ biến pháp luật cần hướng tới một hệ thống quản trị công ty tốt như đề xuất của OECD.

4.3.2. Nâng cao hiệu quả hoạt động hậu kiểm của các tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp, các tổ chức bảo vệ nhà đầu tư và các tổ chức xã hội – nghề nghiệp khác

Các tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp và các hiệp hội nghề nghiệp đóng vai trò rất quan trọng trong việc giám sát và bảo đảm thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Để nâng cao hiệu quả hoạt động hậu kiểm của các tổ chức này, NCS đưa ra một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, đối với tổ chức đại diện của người lao động trong doanh nghiệp: Tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp đại diện cho tiếng nói của người lao động trong doanh nghiệp. Hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP phần lớn xâm phạm lợi ích của công ty và có ảnh hưởng gián tiếp đến lợi ích của người lao động. Trong nhiều trường hợp, NQLCTCP có những hành vi xâm phạm trực tiếp lợi ích của người lao động. Vì vậy, tổ chức đại diện người lao động cần có vai trò giám sát hoạt động của NQLCTCP. Để bảo đảm vai trò này, LDN cần thừa nhận cho tổ chức đại diện của người lao động được tham gia ban kiểm soát. Số lượng thành viên đại diện cho tập thể người lao động sẽ do Điều lệ công ty quyết định nhưng tối thiểu phải có một người. Ngoài ra, pháp luật cần trao cho tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp quyền yêu cầu NQLCTCP tuân thủ nghiêm chỉnh pháp luật và điều lệ công ty. Trong trường hợp xét thấy hành vi vi phạm của NQLCTCP là nghiêm trọng thì tổ chức đại diện tập thể người lao động trong doanh nghiệp có quyền đề nghị cơ quan quản lý có thẩm quyền xử lý hoặc đề nghị công đoàn cấp trên có thẩm quyền xem xét khởi kiện nếu xét thấy hành vi phạm của NQLCTCP xâm phạm lợi ích của tập thể người lao động. Để có thể thực hiện được những nhiệm vụ này, đòi hỏi những người tham gia tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp phải có trình độ, kinh nghiệm và kiến thức pháp luật.

Thứ hai, đối với các hiệp hội của các nhà đầu tư: Hiệp hội của các nhà đầu tư đóng vai trò rất quan trọng trong việc giám sát các tổ chức phát hành chứng khoán thực hiện pháp luật. Để vai trò của hiệp hội của các nhà đầu tư thực chất hơn, cần thực hiện một số giải pháp sau: (1) Hiệp hội có quyền nhân danh hội viên yêu cầu NQLCTCP chấm dứt hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP hoặc yêu cầu HĐQT hoặc ĐHĐCĐ có biện pháp xử lý hành vi vi phạm. Nếu như yêu cầu của Hiệp hội bị từ chối hoặc không được giải quyết trong thời hạn hợp lý thì Hiệp hội hỗ trợ và cử chuyên gia hỗ trợ hội viên tiến hành khởi kiện NQLCTCP có hành vi vi phạm. (2) Hiệp hội có quyền nhân danh hội viên, đề nghị cơ quan hành chính nhà nước có thẩm quyền (Ngân hàng Nhà nước, UBCKNN) ra các quyết định thuộc

thẩm quyền liên quan đến hành vi vi phạm. (3) Hiệp hội có quyền cung cấp thông tin vi phạm của NQLCTCP mà Hiệp hội có được từ nguồn tin hợp pháp cho cơ quan nhà nước thẩm quyền để xử lý. (4) Khi hội viên tiến hành khởi kiện NQLCTCP tại tòa án thì Hiệp hội cử cán bộ có kiến thức pháp luật và quản trị tham gia hỗ trợ.

Thứ ba, đối với các hiệp hội nghề nghiệp quản trị: Các hiệp hội này sẽ là tổ chức đào tạo về đạo đức, chuyên môn và kiến thức pháp luật cho các nhà quản trị. Hiệp hội này sẽ nắm vai trò áp dụng các hình thức kỷ luật đối với các hội viên là nhà quản trị vi phạm pháp luật hoặc chuẩn mực đạo đức về nghĩa vụ của NQLCTCP. Để có thể thực hiện được vai trò này, các hiệp hội này cần xây dựng chuẩn mực đạo đức quản trị trên cơ sở các nguyên tắc của hệ thống quản trị doanh nghiệp tốt.

4.3.3. Nâng cao vai trò của các cơ quan nhà nước trong hoạt động hậu kiểm

Các hoạt động hậu kiểm bởi cơ quan hành chính nhà nước chủ yếu được thông qua các hoạt động giám sát, thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm. Để nâng cao hiệu quả của các hoạt động này, NCS đề nghị:

Thứ nhất, cần xây dựng cơ chế cung cấp thông tin về vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP. Cơ quan tiếp nhận thông tin phải giữ bí mật các thông tin nhân thân của người cung cấp thông tin. Ngoài ra, cần có chính sách thưởng cho các cá nhân, tổ chức tích cực tham gia công tác phòng và chống các hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ hai, cần xây dựng cơ chế cung cấp thông tin liên thông giữa các cơ quan nhà nước với nhau, giữa các cơ quan nhà nước với các hiệp hội. Đặc biệt là cơ chế phối hợp giữa cơ quản lý nhà nước chuyên ngành (như cơ quan kế hoạch và đầu tư, Ủy ban chứng khoán nhà nước, cơ quan thuế,...) với các cơ quan tư pháp trong phòng, chống và xử lý các tội phạm do NQLCTCP thực hiện.

Thứ ba, nâng cao năng lực chuyên môn cho các cán bộ, công chức tham gia thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Trong công tác hậu kiểm, tòa án đóng vai trò là cơ quan xét xử. Trong tương lai các vụ việc về hành vi vi phạm nghĩa vụ của NQLCTCP ngày càng nhiều và phức tạp, đòi hỏi đội ngũ cán bộ tòa án cần phải thường xuyên được đào tạo và tập huấn kỹ lưỡng về pháp luật, kiến thức và thực tiễn quản trị doanh nghiệp.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Trong chương này, NCS đưa ra phương hướng của hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP ở Việt Nam. Theo đó, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP cần phải phù hợp với (1) đường lối chính sách của Đảng và Nhà nước về nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; (2) nguyên tắc quản trị doanh nghiệp tốt được thừa nhận rộng rãi trên thế giới; và (3) thực trạng trình độ của cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam. Qua phân tích, NCS nhận thấy rằng các phương hướng này không mâu thuẫn nhau mà tương đối đồng nhất. Nhìn chung, tất cả các phương hướng này đều có mục tiêu chung là bảo đảm sự minh bạch trong việc ra quyết định của công ty, bảo vệ lợi ích của công ty và cổ đông trong sự hài hòa với lợi ích của chủ nợ, người lao động và cộng đồng.

Trên cơ sở những phương hướng trên, NCS đưa ra một số đề xuất cụ thể sau:

Thứ nhất, hoàn thiện các quy định về nội dung nghĩa vụ của NQLCTCP theo hướng cụ thể, rõ ràng hơn, hợp lý hơn.

Thứ hai, hoàn thiện một số quy định về trách nhiệm dân sự, trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm hành chính của NQLCTCP.

Thứ ba, hoàn thiện một số quy định của pháp luật về giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ tư, NCS đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

KẾT LUẬN

Trên cơ sở học thuyết đại diện, luận án triển khai phân tích cơ sở lý luận của sự tồn tại nghĩa vụ của NQLCTCP đối với công ty. Theo đó, mối quan hệ giữa công ty với NQLCTCP là quan hệ đại diện. Trong đó, NQLCTCP là người đại diện, còn công ty là người được đại diện. Trong mối quan hệ này giữa công ty và NQLCTCP luôn tồn tại xung đột lợi ích. NQLCTCP luôn có xu hướng xâm phạm lợi ích của công ty nếu không được kiểm soát. Vì vậy, nghĩa vụ của NQLCTCP là công cụ nhằm ngăn chặn NQLCTCP có hành vi phạm lợi ích của NQLCTCP. Luận án cũng chỉ ra rằng bên cạnh lợi ích của công ty, NQLCTCP phải xem xét lợi ích của các chủ thể khác khi ra quyết định của công ty nhằm bảo đảm không xâm phạm lợi ích của chủ thể khác.

Pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP là tổng thể các quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ về nghĩa vụ của NQLCTCP. Xét về mặt cấu trúc, pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bao gồm văn bản quy phạm pháp luật mà nòng cốt là luật doanh nghiệp, án lệ và tập quán quản trị.

Nội dung của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP bao gồm: 1) các quy định về nghĩa vụ của NQLCTCP bao gồm nghĩa vụ cẩn trọng, nghĩa vụ trung thành, nghĩa vụ đối với người thứ ba, nghĩa vụ của NDH, nghĩa vụ tuân thủ pháp luật và điều lệ công ty; 2) các quy định về trách nhiệm pháp lý của NQLCTCP bao gồm trách nhiệm dân sự, trách nhiệm hành chính, trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm hình sự; 3) nội dung quy định về miễn trừ trách nhiệm pháp lý; và 4) nội dung pháp luật về thực thi pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Qua khảo cứu thực trạng pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP trên cơ sở so sánh với pháp luật và thực tiễn của một số nước, luận án chỉ ra một số mặt tích cực cũng như một số mặt còn tồn tại của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP ở Việt Nam. Từ đó, luận án đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP. Trong đó có một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, về phương hướng: pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP phải phù hợp với đường lối phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa của Đảng, phù hợp với nguyên tắc quản trị tốt được thừa nhận rộng rãi trên thế giới và phù hợp với trình độ phát triển của cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam.

Thứ hai, luận án đưa ra một số kiến nghị cụ thể nhằm hoàn thiện một số nội dung cụ thể của pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

Thứ ba, bên cạnh đó luận án cũng đưa ra một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về nghĩa vụ của NQLCTCP.

**DANH MỤC CÁC CÁC CÔNG TRÌNH NGHIÊN CỨU LIÊN QUAN
ĐẾN LUẬN ÁN ĐÃ ĐƯỢC CÔNG BỐ**

1. Đỗ Minh Tuấn (2015), “Pháp luật Hoa Kỳ về nghĩa vụ của người quản lý công ty cổ phần đối với công ty cổ phần”, Tạp chí Châu Mỹ Ngày nay số tháng 7/2015 (208)
2. Đỗ Minh Tuấn (2015), “Nghĩa vụ cẩn trọng của người quản lý ngân hàng thương mại cổ phần”, Tạp chí Ngân hàng, số 20 tháng 10/2015
3. Đỗ Minh Tuấn (2016), “Nghĩa vụ cẩn trọng của giám đốc công ty cổ phần”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1 (333)/2016
4. Đỗ Minh Tuấn (2016), “Nghĩa vụ trung thành của người quản lý công ty cổ phần”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 05 (309)/Kỳ 1 – tháng 3/2016

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tiếng Việt

1. Đào Thúy Anh (2014), *Hoàn thiện pháp luật Việt Nam về tổ chức quản lý công ty cổ phần – Góc nhìn từ kinh nghiệm của Nhật Bản*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (Sau đây viết tắt là Đào Thúy Anh (2014))
2. Nguyễn Thị Vân Anh (2015), *Hoàn thiện pháp luật về kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan*, Luận án tiến sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội (sau đây viết tắt là Nguyễn Thị Vân Anh (2015))
3. Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009), *Công ty – vốn, quản lý & tranh chấp theo LDN năm 2005*, Nhà xuất bản Tri thức (sau đây viết tắt là Nguyễn Ngọc Bích, Nguyễn Đình Cung (2009))
4. Bộ Tư pháp, Báo cáo số 35/BC-BTP ngày 12/02/2015 về *Kết quả tổng kết thực tiễn thi hành Bộ luật hình sự*
5. Bộ Tư pháp, Báo cáo số 77/BC-BTP ngày 26/3/2015 về *Tổng hợp, tiếp thu, giải trình ý kiến của các Bộ, ngành, địa phương dự án Bộ luật hình sự (sửa đổi)*
6. Nguyễn Thị Kim Chi (2015), *Pháp luật về bảo vệ cổ đông nhỏ ở Việt Nam – Thực trạng và giải pháp hoàn thiện*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội
7. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình luật thương mại (phần chung và thương nhân)*, Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội (Sau đây viết tắt là PGS.TS. Ngô Huy Cương (2013))
8. Bùi Đại Dũng & Phạm Thu Phương (2009), *Tăng trưởng kinh tế và công bằng xã hội*, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN, Kinh tế và Kinh doanh 25 (2009)
9. Nguyễn Hoàng Duy (2015), *Nghĩa vụ của NQLCTCP theo pháp luật Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ luật học, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội (Sau đây viết tắt là Nguyễn Hoàng Duy (2015))
10. Đỗ Văn Đại (2010), *Luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng Việt Nam – Bản án và Bình luận*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia
11. Đỗ Thị Hải Hà (2012), *Chuyên đề tâm lý học lãnh đạo quản lý (Tài liệu dành cho đào tạo, bồi dưỡng nguồn nhân lực cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa)*, Cục phát triển doanh nghiệp – Bộ kế hoạch và đầu tư, Hà Nội
12. Bùi Xuân Hải (2009), *Bảo vệ cổ đông: Máy vấn đề lý luận và thực tiễn trong Luật Doanh nghiệp 2005*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 1/2009

13. Bùi Xuân Hải (2010), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về bảo vệ cổ đông thiểu số*, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 2/2010
14. Nguyễn Ngọc Hòa (2015), *Tội phạm và cấu thành tội phạm*, Nhà xuất bản Tư pháp
15. Phạm Trí Hùng, Nguyễn Trung Thăng (2012), *CEO và Hội đồng quản trị*, Nhà xuất bản Lao động – xã hội
16. Vũ Thành Hưng (2012), *Chuyên đề: Những vấn đề cơ bản về quản trị doanh nghiệp (Tài liệu dành cho đào tạo, bồi dưỡng nguồn nhân lực cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa)*, Cục phát triển doanh nghiệp – Bộ kế hoạch và đầu tư
17. Nguyễn Thị Thùy Linh (2014), *Hoàn thiện pháp luật về quản trị nội bộ công ty cổ phần*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội
18. Phạm Duy Nghĩa (2004), *Chuyên khảo luật kinh tế (Chương trình sau Đại học)*, Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội
19. Phạm Duy Nghĩa (2009), *Luật Doanh nghiệp, Tình huống – phân tích – bình luận*, Nhà xuất bản Đại học Quốc gia Hà Nội
20. Nhà Pháp luật Việt – Pháp, Quỹ pháp luật Châu Âu lục địa và Tổ chức quốc tế Pháp ngữ (2011), *Các thuật ngữ hợp đồng thông dụng (bản dịch tiếng Việt của Nguyễn Minh Hằng và nhóm dịch)*, Nhà xuất bản từ điển Bách khoa
21. Nguyễn San Miên Nhuận, Nguyễn Xuân Trường (2013), *Phòng, chống tội phạm trong lĩnh vực ngân hàng ở Việt Nam hiện nay*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia, Hà Nội
22. Phan Nữ Hiền Oanh (2014), *Kiểm soát giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần theo pháp luật Việt Nam hiện nay*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội
23. Trần Thị Kiều Oanh (2013), *Nghĩa vụ của NQLCTCP cổ phần theo pháp luật Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội
24. Ngô Viễn Phú (2005), *Nghiên cứu so sánh quản lý công ty cổ phần theo pháp luật CHXHCN Việt Nam và pháp luật CHND Trung Hoa*, Luận án tiến sĩ luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội
25. Ngô Thị Bích Phương (2007), *Kiểm soát các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi theo quy định của LDN năm 2005*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội
26. Phạm Thị Tâm (2015), *Pháp luật về bảo vệ quyền lợi của cổ đông cổ phần – Thực trạng và giải pháp hoàn thiện*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội

27. Nguyễn Xuân Thắng, *Một số luận điểm mới về phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở nước ta hiện nay*, <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu--trao-doi/trao-doi-binh-luan/mot-so-luan-diem-moi-ve-phat-trien-nen-kinh-te-thi-truong-dinh-huong-xa-hoi-chu-nghia-o-nuoc-ta-hien-nay-106380.html>, tải xuống lúc 7:20 PM ngày 08/6/2017
28. Lê Thị Thu Thủy & Đỗ Minh Tuấn, *Hoàn thiện pháp luật để phát triển bền vững thị trường chứng khoán*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 01 (233)/tháng 1/2013
29. Cao Thị Kim Trinh (2004), *Tổ chức quản lý nội bộ công ty cổ phần những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội
30. Viện Khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, PGS.TS. Hoàng Thế Liên (chủ biên) (2010), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2005 (tập I)*, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia, Hà Nội
31. Viện Khoa học Pháp lý – Bộ Tư pháp, PGS.TS. Hoàng Thế Liên (Chủ biên) (2010), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2005 (Tập II), phần thứ ba: Nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự*, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia
32. Viện Ngôn ngữ học (2003), *Từ điển tiếng Việt*, Nhà xuất bản Đà Nẵng & Trung tâm từ điển học
33. Võ Khánh Vinh (chủ biên) (2014), *Luật hình sự Việt Nam (phần chung)*, Nhà xuất bản Khoa học xã hội

Trang web:

34. Bất Tổng Giám đốc công ty Bất động sản VN Land, <http://www.tienphong.vn/Phap-Luat/bat-tong-giam-doc-cong-ty-bat-dong-san-vn-land-686558.tpo>, tải xuống lúc 9:16 ngày 05/05/2014
35. <http://corporate.findlaw.com/contracts/compensation/employment-agreement-anntaylor-stores-corp-and-sally-frame.html#sthash.XWf8SQ3V.dpuf>, tải xuống lúc 8:40 ngày 07/08/2016
36. <http://corporate.findlaw.com/contracts/compensation/employment-agreement-the-publishing-co-of-north-america-inc.html#sthash.JXdWBkR9.dpuf>, tải xuống lúc 8:50 ngày 07/08/2016
37. <http://corporate.findlaw.com/contracts/formation/bylaws-abbot-laboratories.html>, tải xuống lúc 16: 40 ngày 06/7/2016

38. <http://plo.vn/phap-luat/tu-y-doi-tru-so-tong-giam-doc-phai-boi-thuong-cho-cong-ty-648144.html>, tải về lúc 10: 13 ngày 04/09/2016
39. <http://www.npr.org/news/specials/enron/> tải xuống lúc 9:57 ngày 06/07/2016
40. UBCKNN, Xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực chứng khoán và thị trường chứng khoán đối với ông Lê Vĩnh Sơn và ông Lê Hoàng Hà, <http://www.ssc.gov.vn/>, tải xuống lúc 19:13 ngày 01/12/2016
41. <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000093176303001862/dex991.htm> tải xuống lúc 11:17 ngày 06/07/2016
42. <https://www.vafi.org.vn/2006/category.php?id=8> tải xuống lúc 18:10 ngày 15/11/2016
43. Nhân viên chiếm đoạt gần 76 tỷ đồng, sắp đem tài sản riêng khắc phục, theo Công an Nhân dân, <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-te/187026/nhan-vien-chiem-doat-gan-76-ty-dong--sep-dem-tai-san-rieng-khac-phuc.html>, tải xuống lúc 5:48 ngày 02/02/2014
44. Thái Hưng, *Thực trạng và nguyên nhân các vi phạm tội phạm trong lĩnh vực tín dụng, ngân hàng*, <http://www.vksndtc.gov.vn/tin-chi-tiet-4971> tải xuống lúc 3:00 ngày 24/08/2015

Tiếng Anh:

45. A.Gilchrist Sparks, III and Lawrence A. Hamermesh (1992), Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers, *The Business Lawyer*, Vol. 48
46. Alice Eastman Helle (1986), *Directors' liability for breach of the duty of care: the corporate crisis and legislative responses in Delaware and Iowa* , *Drake Law Review*, Vol. 36
47. Andrew Keay & Hao Zhang (2008), *Incomplete contracts, contingent fiduciaries and director's duty to creditors*, *Melbourne University Law Review* , Vol. 32
48. Armen A. Alchian and Harold Demsetz (1972), *Production, Information Costs, and Economic Organization*, *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5 (Dec., 1972)
49. Berle,A., & Means, G (1932) , *The modern corporation and private property*, NewYork: Macmillan
50. Bernard Black, Brian Cheffins, Martin Gelter, Hwa-Jin Kim, Richard Nolan, Mathias Siems & Linia Prava Law Firm (2007), *Legal liability of directors and company officials – Part 1: Substantive grounds for liability (report to*

- the Russian securities agency*), Columbia Business Law Review, Vol. 2007 No. 3
51. Brent Nicholson (1994), *Recent Delaware case law regarding director's duties to bondholders*, Delaware Journal of Corporate Law, Volume 19, Number 2
 52. Brian R. Cheffins and Bernard S. Black (2006), *Outside Director Liability Across Countries*, Texas Law Review, Volume 84, Number 6
 53. Bryan A. Garner (editor in chief) (2001), *Black's Law Dictionary – Second pocket edition*, West Group – a Thompson Company
 54. Carsten Jungmann (2006), *The Effectiveness of Corporate Governan in One-Tier and Two-Tier Board Systems - Evidence from the UK and Germany*, ECFR 4/2006
 55. Clark W. Furlow (2009), *Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware*, Utah Law Review, No.3
 56. D.A. Jeremy Telman (2007), *The Business Judgment Rule, Disclosure, and Executive Compensation*, Tulane Law Review, Vol. 81
 57. Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler (1986), *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, The American Economic Review, 76(4), pp. 728-741, September 1986
 58. Douglas A. Bosse & Robert A. Phillips (2016), *Agency Theory and Bounded Self-Interest*, Academy of Management Review, 2016, Vol. 41, No. 2, 276–297
 59. Dr Yawa Wei (2006), *Director's duties under Chinese law: A comparative view*, (2006) 3 UNELJ
 60. Dr. Helen Anderson (2009), *Director's liability for corporate faults and defaults – an international comparison*, Pacific Rim Law & Policy Journal, Vol.18. No.1
 61. Edwin W Hecker, Jr. (2013), *Fiduciary Duties in Business Entities Revisited*, Kansas Law Review, Vol. 61
 62. Einer Elhauge (2005), *Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest*, 80 N.Y.U. L. REv.
 63. Emily E. Cassel (2004), *Applying the Business Judgment Rule Fairly: A Clarification for Kansas Courts*, Kansas Law Review, Vol. 52

64. Felice B. Friedman (2004), *Regulation of fixed income securities markets in the United States*, World Bank Policy Research Working Paper 3283, April 2004
65. Fred W. Triem (2007), *Judicial schizophrenia in corporate law: confusing the standard of care with the business judgment rule*, Alaska Law Review, Vol. 24
66. G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2015
67. G20/OECD Progress Report on the Implementation of Corporate Governance, 2016
68. George S. Corey, M. Wayne Marr, Jr & Michael F. Spiveyare (1991), *Are Bondholders owed a fiduciary duty?*, Florida State University Law Review, Vol. 18
69. Helen Anderson (2006), *Creditors' rights of recovery: Economic theory, corporate jurisprudence and the role of fairness*, Melbourne University Law Review, Vol. 30
70. Hideki Kanda & Curtis J. Milhaupt (2008), *Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law*, The American Journal of Comparative Law, [Vol. 51]
71. Jae Yeol Kwon (2004), *Corporate governance from a comparative perspective: specific application of the duty of loyalty in Korea*, Pacific Basin Law Journal, Vol. 22
72. Jame SH. Davis, F. David Schoorman & Lex Donaldson (1997), *Towards Stewardship Theory of Management*, Academy of Management Review, Vol. 22, No.1, 20-47
73. James Jackson (1991), *The Liability of Executive Officers under the Corporations Law*, Bond Law Review, Vol. 3, Iss. 2, Art. 7
74. Jay Marshall Wallace (1992), *How CERCLA circumvents the corporate shield: Liability of officers, shareholders and parent corporation*, State Bar of Texas Environmental Law Journal, Vol. 23, No 1
75. Jeremy Pearce (2010), *Directors' Duties Of Care, Skill and Diligence In Vietnam*, <http://epublications.bond.edu.au/cgej/17>
76. Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg (2005), *Corporations – Gilbert Law Summaries*, Fifteen Edition, Thomson Bar/Bri
77. John Carson (2011), *Self-regulation in securities market*, Policy Research Working Paper 5542, the World Bank, January 2011

78. John D. Ashcroft, J.D. & Janet E. Ashcroft, J.D. (2011), *Law for Business*, South – Western Cengage Learning
79. John H. Farrar (1997), *The Personal Liability of Directors for Corporate Torts*, *Bond Law Review*, Volume 9, Number 1, Article 6
80. John Lowry & Rod Edmunds (2000), *Reflections on the English and Scottish Law Commission's proposal for directorial disclosure*, *Deakin Law Review*, Volume 5 No 1
81. Johneth Chongseo Par, Doo-Ah Lee (2003), *The Business Judgment Rule: A Missing Piece in the Developing Puzzle of Korean Corporate Governance Reform*, *Journal of Korean Law*, Vol. 3, No. 2
82. Kathleen M. Eisenhardt, *Agency Theory: An Assessment and Review*, *The Academy of Management Review*, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989)
83. Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross (2011), *Business Law Text and Cases – Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment* - twelfth edition, Cengage Learning
84. Klaus J. Hopt (2011), *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*, *The American Journal of Comparative Law*, [Vol. 59]
85. L. S. Sealy (1987), *Directors' "wider" responsibilities – problems conceptual, practical and procedural*, *Monash University Law Review*, Vol.13
86. Laura Hartman & Joseph Desjardins (2008), *Business Ethics – Decision-making for personal integrity and social responsibility*, McGraw-Hill International Edition
87. Lawrence E. Mitchell (1990), *The fairness rights of corporate bondholders*, *New York University Law Review*, Volume 65, Number 5
88. Lawrence E. Mitchell (1993), *Fairness and Trust in Corporate Law*, *43 Duke Law Journal* 425-491 (1993)
89. Lyman P.Q. Johnson & David Millon (2005), *Recalling why corporate officers are fiduciaries*, *William and Mary Law Review*, Volume 46, No. 5
90. Mark Byrne (2006), *The duties and liabilities of persons below board level*, *Canberra Law Review* Vol. 9
91. Mark L. Keene (1994), *Corporate officer liability under RCRA: the once-ler should have been found personally liable as a corporate officer or thneed for*

- not preventing the environmental damage caused by the de-truffuling of those truffula trees*, Vermont Law Review, Vol. 18, tr. 451-452
92. Martin Petrin (2010), *The curious case of directors' and officers' liability for supervision and management: exploring the intersection of corporate and tort law*, American University Law Review, Vol. 59
 93. Maya K. van Rossum (1993), *Corporate noncompliance with the clean water and clean air act: Theories to hold a director personally liable*, Virginia Environmental Law Journal, Vol. 13
 94. Megan Wischmeier Shane (2010), *Restoring the Balance of Power in Corporate Management: Enforcing an Officer's Duty of Obedience*, The Business Lawyer, Vol. 66
 95. Melvin A. Eisenberg (1998), *The Conception That the Corporation Is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 J. Corp. L. 819 (1998)
 96. Melvin Aron Eisenberg (1975), *Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants*, California Law Review, Vol. 63, Issue 2, Article 3
 97. Michael Bradley & Cindy A. Schipani (1989), *The Relevance of the Duty of Care Standard in Corporate Governance*, Iowa Law Review, Vol. 75:1
 98. Michael C. Jensen & William H. Meckling (1976), *The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976)
 99. Michael Follett (2010), *Gantler v. Stephens: Big epiphany or big failure? A look at the current state of officers' fiduciary duties and advice for potential protection*, Delaware journal of corporate law, Vol. 35
 100. Michael J. Whincop (2000), *Reintroducing Releases of Officer Liability into Australian Corporate Law*, Monash University Law Review [Vol 26, No 1 '001]
 101. Michelangelo Iacono (1975), *The Strict Ethic of the Equitable Principle: A Comment on Canadian Aero Service v. O'Malley*, McGill Law Journal, Vol. 21
 102. Michelle Welsh & Helen Anderson (2005), *Directors' personal liability for corporate fault: an alternative model*, Adelaide Law Review, Vol. 26
 103. Milton Friedman (1970), *The Social Responsibility of Business Is To Increase Its Profits*, N.Y TIMES, Sept. 13, 1970, § 6 (Magazine)

104. Mirko Vasiljević (2012), *Civil law and business judgment rule*, Belgrade Law Review, Year LX, 2012, No. 3
105. Mitsuru Misawa, *Bank directors' decisions on bad loan: A comparative study of U.S. and Japanese standards of required care*, Banking Law Journal, 122 Banking L.J. 429 2005
106. Nancy R. Mansfield, Joan T. A. Gabel, Kathleen A. McCullough & Stephen G. Fier (2012), *The shocking impact of corporate scandal on director's and officers' liability*, University of Miami Business Law Review, Vol. 20
107. Nancy T. Oliver (1989), *Fiduciary obligations to holders of convertible debentures: Simons v. Cogan, 549 A.2d 300 (Del. 1988)*, Cincinnati Law Review [Vol. 58 1989]
108. Norman J. Fry (1994), *Liability of shareholders and corporate directors, officers, and employees for CERCLA response cost* The Environmental Lawyer, Vol. 1 No.1
109. OECD (2008), *Using the OECD Principles of Corporate Governance – a boardroom perspective*
110. Paul Graf (2011), *A Realistic Approach to Officer Liability*, The Business Lawyer; Vol. 66
111. Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *The Fall of Enron*, Journal of Economic Perspectives – Volume 17, number 2 – Spring 2003
112. R. Baxt (1978), *Judges in their own cause: The ratification of directors' breaches of duty*, Monash University Law Review, Vol. 5
113. R. H. Coase, *The Nature of the Firm, Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937)
114. Rebecca G. DiStefano (2006), *Disgorgement of executive compensation under section 304 of the Sarbanes-Oxley act of 2002 Did Congress really intend strict liability?*, Journal of Law and Business, Volume 13
115. Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe, and Edward Rock (2017), *The Anatomy of Corporate Law*, the third edition, Oxford University Press
116. Ronald E. Mallen & David W. Evans (1987), *Surviving the directors' and officers' liability crisis: insurance and alternatives*, Delaware Journal of Corporate Law, Volume 12, number 2

117. Stephen R. McDonnell (1994), *Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shift Directorss' Burden from Shareholders to Creditors*, Delaware Journal of Corporate Law, [Vol. 19 1994]
118. Thomas E. Stagg & Scott Ferrett (1989), *Contractual protection: an existing remedy for bondholder distress*, Journal of Legal Commentary, Vol. 4: 245
119. Toan Le Minh, Gordon Walker (2008), *Corporate Governance of Listed Companies in Vietnam*, Bond Law Review, Volume 20, Issue 2, Article 6
120. Van Ngoc Vu (2013), *Reforming Company Law relating to directors' duties and responsibilities in Vietnam*, School of Law – The University of Leeds
121. Wendi J. Powell (2007), *Corporate governance and fiduciary duty: The "Mickey mouse rule" or legal consistency, protection of shareholder expectations, and balanced director autonomy*, GEO. MASON L. REV. Vol. 14:3
122. Z. Jill Barclift (2006), *Senior corporate officers and the duty of candor: do the CEO and CFO have a duty to inform?*, Valparaiso University Law Review, Vol. 41

Bản án, quyết định của các tòa án:

123. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (2005), Quyết định giám đốc thẩm số 16/2005/HS-GĐT ngày 02-8-2005 về vụ án Lê Thị Roạn, Lại Minh Hùng phạm tội “thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng”
124. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (2011), Quyết định giám đốc thẩm số 02/2011/HS-GĐT ngày 17/03/2011 về vụ án hình sự Hoàng Đình Dung phạm tội "Thiếu trách nhiệm gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản của Nhà nước"
125. Tòa phúc thẩm tại Hà Nội – Tòa án nhân dân tối cao (2008), Bản án dân sự phúc thẩm số 80/2008/KDTM-PT ngày 07/04/2008 về việc tranh chấp giữa thành viên công ty với công ty
126. Tòa phúc thẩm tại Hà Nội- Tòa án nhân dân tối cao (2014), Bản án số 570/2014/HSPT ngày 15/12/2014 của về xét xử phúc thẩm vụ án hình sự đối với bị cáo Nguyễn Đức Kiên và các bị cáo khác bị xét xử sơ thẩm về tội “có ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng”, Nguyễn Đức Kiên còn bị xét xử về các tội “kinh doanh trái phép”, “trốn thuế” và “lừa đảo chiếm đoạt tài sản”
127. Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley et al. (1974) 40 D.L.R. (3d) 371

128. Demoulas v. Demoulas Super Mkts., Inc., 424 Mass. 501, 677 N.E.2d 159 (1998)
129. Francis v. United Jersey Bank, 432 A. 2d 814 (N.J. 1981)
130. Geyer v. Ingersoll Publications Co., 621 A.2d 784 (Del. Ch. 1992)
131. Guth v. Loft, Inc. 5 A.2d 503 (Del. 1939)
132. In Re Citigroup Inc. Shareholder derivative litigation, Civil Action No. 3338-CC (2009)
133. Katz v. Oak Indus., Inc. 508 A.2d 873, 879 (Del. Ch. 1986)
134. Kelegian v. Mgrdichian, 33 Cal. App. 4th 982 (Cal. App. 2d Dist. Mar. 30, 1995)
135. Marx v. Akers, 88 N.Y.2d 189 (1996)
136. Pointer v. Castellani, 455 Mass. 537, 918 N.E.2d 805 (2009)

Phụ lục A: Vụ bê bối của Enron²⁶

Enron từng là một trong những công ty năng lượng lớn của nước Mỹ. Phạm vi hoạt động kinh doanh của Enron rất đa dạng và phức tạp từ hoạt động dẫn dầu đến mua bán khí tự nhiên, truyền băng thông rộng. Enron sở hữu nhiều đường ống dẫn dầu, nhiều nhà máy điện, nhà máy giấy và nhiều nhà máy khác. Để tăng và duy trì giá chứng khoán ở mức cao, bộ máy điều hành của Enron đã sử dụng các “kỹ thuật” kế toán để ngụy tạo thu nhập và điều chỉnh bảng cân đối kế toán nhằm che mắt nhà đầu tư. Khi kê khai doanh thu từ các hợp đồng dài hạn, Enron đã sử dụng phương pháp kế toán theo giá thị trường (mark-to-market accounting). Theo cách này mặc dù chưa thu được tiền thật, nhưng doanh thu vẫn được báo cáo theo giá ghi trên hợp đồng. Với cách thức này, thu nhập của Enron được ghi tăng nhưng thực chất khoản doanh thu này chỉ được thu trong tương lai. Phương pháp kế toán này đã được SEC phê chuẩn cho hợp đồng tương lai với hàng hóa cơ sở là khí đốt tự nhiên vào 30/01/1992. Nhưng Enron đã tự ý sử dụng phương pháp kế toán này để phản ánh hoạt động kinh doanh khác nhằm ngụy tạo thông tin tăng trưởng trên thị trường phố Wall. “Ví dụ, tháng 07/2000 Enron ký hợp đồng 20 năm với Blockbuster Video để giới thiệu chương trình giải trí theo yêu cầu cho nhiều thành phố của Mỹ vào cuối năm. Enron sẽ lưu trữ chương trình, mã hóa và truyền qua hệ thống đường truyền băng thông rộng. Các dự án tiên phong ở Portland, Seattle và Salt Lake được triển khai để truyền phim truyện đến một số căn hộ từ máy chủ được thiết lập ở tầng hầm. Trên cơ sở các dự án tiên phong trên, Enron ghi nhận lợi nhuận ước tính là trên 110 triệu USD từ vụ làm ăn với Blockbuster mặc dù có nhiều câu hỏi nghiêm túc về tính khả thi của biện pháp kỹ thuật và nhu cầu của thị trường.”²⁷ Enron thành lập các đơn vị với mục đích đặc biệt (special purpose entity) để cấp vốn hoặc giải quyết rủi ro gắn với những tài sản đặc biệt. “Đơn vị với mục đích đặc biệt là các công ty rỗng được thành lập bởi nhà sáng lập nhưng được cấp vốn bởi nhà đầu tư cổ phiếu hoặc trái phiếu. Ví dụ, Enron sử dụng các đơn vị có mục đích đặc biệt để cấp vốn cho hoạt động thôn tính nguồn dự trữ khí đốt từ nhà sản xuất. Đến lượt mình, nhà đầu tư vào đơn vị có mục đích đặc biệt sẽ nhận thu nhập từ doanh thu bán nguồn dự trữ khí đốt.”²⁸ Theo quy định thì để đơn vị với mục đích đặc biệt là một pháp nhân độc lập với nhà sáng lập, phải thỏa mãn điều kiện nhà đầu tư độc lập

²⁶ Thông tin và những bình luận, đánh giá về vụ việc được lấy từ bài viết Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *The Fall of Enron*, Journal of Economic Perspectives – Volume 17, number 2 – Spring 2003, tr. 3-26

²⁷ Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *Tlđđ*, tr.10

²⁸ Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *Tlđđ*, tr.10

phải nắm giữ ít nhất 3% tổng tài sản của đơn vị với mục đích đặc biệt (bao gồm cả vốn chủ sở hữu và khoản vay) và nhà đầu tư độc lập phải nắm giữ trên 50% lợi ích trong đơn vị với mục đích đặc biệt. Nếu không thỏa mãn cả hai điều kiện trên, đơn vị với mục đích đặc biệt sẽ phải sáp nhập vào công ty sáng lập. Tuy nhiên các đơn vị với mục đích độc lập của Enron được thành lập ra chỉ nhằm mục đích báo cáo tài chính. “Ví dụ năm 1997, Enron muốn mua toàn bộ lợi ích của một đối tác trong các hợp đồng liên doanh. Tuy nhiên, Enron không muốn thể hiện các khoản nợ từ các giao dịch tài trợ tài chính cho hoạt động thôn tính hoặc từ các hợp đồng liên doanh trong bảng cân đối. Chewco, một đơn vị mục đích đặc biệt được kiểm soát bởi một NDH của Enron và vay nợ bằng sự bảo lãnh bởi Enron, đã mua lại lợi ích trong hợp đồng liên doanh với giá 283 đô la Mỹ. Giao dịch này được cấu trúc theo cách mà Enron không phải đưa thông tin của Chewco và liên doanh vào các báo cáo tài chính, giúp cho Enron thôn tính các lợi ích của nó trong các hợp danh mà không phải ghi nhận nợ trong sổ sách của mình.”²⁹ Để lẩn tránh các quy định về sáp nhập các đơn vị mục đích đặc biệt, Enron bỏ qua các quy định về kế toán liên quan đến các đơn vị này. “Kết quả là bảng cân đối kế toán của Enron đã giảm quá mức tài sản nợ và tăng quá mức tài sản có và thu nhập. Ngày 16/10/2001, Enron thông báo rằng các bản sửa đổi các báo cáo tài chính cho các năm từ 1997-2000 để sửa chữa những vi phạm trên sẽ giảm thu nhập cho thời kỳ bốn năm này khoảng 613 triệu USD (hoặc 23% lợi nhuận được báo cáo trong thời kỳ đó), tăng tài sản nợ tại thời điểm cuối năm 2000 là 628 triệu USD (6% của tài sản nợ được báo cáo và 5,5% tài sản có được báo cáo) và giảm tài sản có vào cuối năm 2000 là 1,2 tỷ USD (10% tài sản có được báo cáo).”³⁰ Enron công bố rất ít thông tin liên quan đến quan hệ của nó với các đơn vị có mục đích đặc biệt này. Trong những năm 2000, 2001 Enron gặp rất nhiều khó khăn trong kinh doanh. Tín hiệu sụp đổ của Enron bắt đầu từ việc tổng giám đốc Jeff Skilling từ chức vào ngày 14/8/2001. Đến ngày 02/12/2001, Enron chính thức nộp đơn phá sản. Vụ bê bối của Enron cho thấy những vấn đề sau trong quản trị:

Thứ nhất, “như các công ty khác ở Hoa Kỳ, chính sách lương thưởng cho người quản lý chủ yếu dựa trên quyền chọn mua cổ phần (stock options). Các nhà quản lý quan tâm đến giá hiện thời của chứng khoán. Bởi vì giá hiện thời của chứng khoán cao đồng nghĩa với việc giá trị tài sản của người quản lý tăng. Điều này dẫn đến các nhà quản lý tập trung vào tăng giá ngắn hạn của cổ phiếu bằng việc đưa các

²⁹ Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *Tlđđ*, tr.11

³⁰ Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *Tlđđ*, tr.11

thông tin về sự tăng trưởng, tăng doanh thu của công ty ra công chúng mà bỏ qua giá trị trung và dài hạn của công ty”³¹.

Thứ hai, “trong cấu trúc của HĐQT có ban kiểm toán. Tuy nhiên, ban kiểm toán chỉ họp một vài lần trong một năm. Các thành viên của ban kiểm toán chỉ có kiến thức về kế toán và tài chính. Các thành viên HĐQT bên ngoài dựa chủ yếu vào thông tin do ban điều hành và các kiểm toán nội bộ và kiểm toán độc lập cung cấp. Nếu ban điều hành cung cấp thông tin không trung thực hoặc nếu các kiểm toán không thể cung cấp được thông tin, ban kiểm toán không thể kịp thời phát hiện sai phạm”³².

³¹ Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *Tlđđ*, tr. 13

³² Paul M. Healy and Krishna G. Palepu (2003), *Tlđđ*, tr. 14

Phụ lục B: Vụ bê bối của WorldCom³³

Ngày 21/7/2002, WorldCom từng là tập đoàn viễn thông đứng thứ hai nước Mỹ (sau AT&T) đã nộp đơn xin phá sản tại tòa án sau khi vụ bê bối kế toán của công ty bị phanh phui. Sự lớn mạnh của WorldCom có được do sáp nhập nhiều công ty viễn thông khác vào WorldCom. Sở hữu cổ phiếu của WorldCom từng là sự thịnh vượng và niềm tự hào của các cổ đông. Tuy nhiên, từ những năm 1998, hoạt động kinh doanh viễn thông có chiều hướng đi xuống. Tình hình kinh doanh của WorldCom cũng bị ảnh hưởng nghiêm trọng. Để giữ giá cổ phiếu, công ty dưới sự điều hành trực tiếp của giám đốc tài chính Scott Sullivance và một số người quản lý về tài chính – kế toán khác của công ty đã gian dối trong việc lập báo cáo tài chính để che giấu sự sụt giảm về doanh thu. WorldCom đã vốn hóa chi phí đường dây (line cost), là chi phí chuyên cuộc gọi hoặc truyền dữ liệu từ điểm đầu đến điểm cuối, thành vốn trong bảng cân đối kế toán. “Từ quý II năm 1999 đến quý đầu năm 2002, WorldCom đã giảm bất hợp pháp chi phí đường dây (và tăng thu nhập trước thuế) trên 7 tỷ đô la.”³⁴ Tiếp đến, WordCom khai tăng doanh thu bằng cách kê không doanh thu trong tài khoản “doanh thu không phân bổ của công ty”. Theo điều tra thì con số doanh thu bị kê khai không lên đến 958 triệu USD từ quý II năm 1999 đến quý I năm 2002³⁵. Sau đó vụ việc bị phát hiện bởi kiểm toán nội bộ của công ty vào tháng 6/2002. Tiếp đến, HĐQT đã sa thải giám đốc tài chính và một số người có liên quan. Cho đến nay, cựu tổng giám đốc công ty Bernard J. Ebbers, cựu giám đốc tài chính Scott Sullivance và những người liên quan đã bị xử lý. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là lợi ích và niềm tin của cổ đông đã bị sụt giảm nghiêm trọng. Vụ WorldCom còn bộc lộ một thực tế là mặc dù trên lý thuyết HĐQT là cơ quan lãnh đạo và có quyền kiểm soát hoạt động của bộ máy điều hành công ty, nhưng trên thực tế vai trò của HĐQT bị cản trở rất nhiều. Trong giai đoạn 2000-2002 trong cơ cấu HĐQT của WorldCom phần lớn các thành viên HĐQT không bảo đảm tính “độc lập”. “Từ năm 2002 đến tháng 6/2002, HĐQT của WorldCom gồm hầu hết những cá nhân là chủ sở hữu, người quản lý hoặc thành viên HĐQT của các công ty

³³ Thông tin và bình luận về vụ WorldCom được lấy từ <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000093176303001862/dex991.htm> tải xuống lúc 11:17 ngày 06/07/2016

³⁴ Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of WorldCom, Inc, p.9, source: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000093176303001862/dex991.htm#ex991902_1 tải xuống lúc 11:17 ngày 06/07/2016

³⁵ Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of WorldCom, Inc, p.15, source: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000093176303001862/dex991.htm#ex991902_1 tải xuống lúc 11:17 ngày 06/07/2016

mà WorldCom đã thôn tính từ thập kỷ trước.”³⁶ Và như vậy lợi ích tài chính của họ gắn liền với những thương vụ do Ebberts khởi xướng và hầu như là họ chấp nhận phương án do Ebberts đưa ra. Các thành viên HĐQT độc lập ít hoặc không tham gia vào các hoạt động kinh doanh của công ty ngoài tham dự các cuộc họp HĐQT. Do vậy thông tin của họ nhận được thường là những thông tin đã được bộ máy điều hành bóp méo. Chính vì vậy, HĐQT đã không thể kiểm soát được những việc làm của bộ máy điều hành của công ty. Các ban chuyên môn của HĐQT cũng không thực hiện đúng vai trò của mình. Với vai trò chính trong việc kiểm soát rủi ro nhưng rõ ràng ban kiểm toán đã không làm tròn trách nhiệm. Vụ việc xảy ra cho thấy ban kiểm toán không nắm bắt một cách chắc chắn và đầy đủ hoạt động tài chính – kế toán trong công ty, không nắm rõ được văn hóa hoạt động của công ty dưới sự dẫn dắt của Ebberts. Với số lượng họp mỗi năm vài giờ đồng hồ không đủ giúp cho ban kiểm toán thực hiện tốt công việc giám sát hoạt động tài chính – kế toán và kiểm toán. Bản thân ban kiểm toán không hoàn thành nhiệm vụ kiểm soát và bám sát công việc kiểm toán của Anderson dẫn đến thực trạng khi Anderson sử dụng phương pháp kiểm toán phi truyền thống và đã không lưu tâm đến những cảnh báo của Anderson. Mặc dù thành công trong việc phát hiện sai sót trong báo cáo tài chính của công ty, tuy nhiên trên thực tế kiểm toán nội bộ không thể phát huy được vai trò khi kiểm toán nội bộ phải báo cáo hầu hết công việc cho giám đốc tài chính Scott Sullivance và cho đến tận năm 2002, kiểm toán nội bộ không có thẩm quyền đối với báo cáo tài chính.

³⁶ Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of WorldCom, Inc, p.264, source: http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000093176303001862/dex991.htm#ex991902_1 tải xuống lúc 11:17 ngày 06/07/2016

Phụ lục C: Điều 11 hợp đồng giữa công ty AnnTaylor Stores Corp và Sally Frame Kasaks (Chủ tịch Hội đồng quản trị kiêm Tổng giám đốc)³⁷ về nghĩa vụ bảo mật của Sally Frame Kasaks với tư cách là NDH:

“(a) Người điều hành nhận thức rằng vì công việc của mình, trong thời gian có hiệu lực của hợp đồng, người điều hành nhận được các thông tin mật liên quan đến hoạt động kinh doanh và các vấn đề của công ty. Nhận thức được điều đó, người điều hành cam kết và đồng ý: (i). rằng trong suốt thời hạn có hiệu lực của hợp đồng này và sau khi hợp đồng này chấm dứt, trừ trường hợp phải tuân theo thủ tục pháp lý, người điều hành sẽ bảo mật các thông tin liên quan đến các vấn đề của công ty mà chưa được công bố và nếu không được HĐQT hoặc người có thẩm quyền chấp thuận trước bằng văn bản, sẽ không cố ý tiết lộ các thông tin này cho bất kỳ ai bên ngoài công ty trừ trường hợp việc tiết lộ này là cần thiết liên quan đến việc thực hiện công việc của người điều hành với tư cách là tổng giám đốc; (ii). Người điều hành sẽ bàn giao lại cho công ty tất cả các bản ghi nhớ, biên bản, bản ghi, danh sách khách hàng và các tài liệu khác liên quan đến công ty mà người điều hành có được trong khi làm việc cho công ty theo hợp đồng này cho công ty khi hợp đồng lao động chấm dứt hoặc khi công ty yêu cầu.

(b). Không bị ảnh hưởng bởi Điều 17 của Hợp đồng này, nếu người điều hành vi phạm nghĩa vụ được quy định tại khoản 11(a)(i) hoặc 11(a)(ii), Công ty có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền áp dụng các biện pháp chế tài công bình vì hiểu rằng thiệt hại của công ty trong trường hợp này là không thể bù đắp, vì vậy trách nhiệm bồi thường thiệt hại không phải là biện pháp chế tài thích hợp.”

³⁷ <http://corporate.findlaw.com/contracts/compensation/employment-agreement-anntaylor-stores-corp-and-sally-frame.html#sthash.XWf8SQ3V.dpuf>, tải xuống lúc 8:40 ngày 07/08/2016

Phụ lục D: Điều 6 của Hợp đồng hợp đồng lao động giữa The Publishing Co. of North America Inc. và ông Peter S. Balise (Chủ tịch kiêm Tổng giám đốc công ty)³⁸ về nghĩa vụ không cạnh tranh với công ty:

“(a). **Cạnh tranh với công ty:** Cho đến khi hợp đồng lao động này chấm dứt và 12 tháng sau khi hợp đồng này chấm dứt, người điều hành cam kết không tự mình hoặc thông qua hợp tác với bất kỳ người nào khác hoặc với tư cách cổ đông, thành viên HĐQT, người điều hành, nhà tư vấn, người lao động, hợp danh, liên doanh, thành viên hoặc thông qua bất kỳ người nào, công ty nào, hợp danh hoặc thực thể nào cạnh tranh với công ty hoặc công ty liên kết của nó thông qua hoạt động chào bán, bán hoặc phân phối sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ cạnh tranh với sản phẩm, dịch vụ của công ty hoặc công ty liên kết của nó. Tuy nhiên, quy định trên không ngăn cản người điều hành là người lao động của doanh nghiệp khác có nhiều lĩnh vực kinh doanh trong đó có lĩnh vực kinh doanh trùng hoặc tương tự với lĩnh vực kinh doanh của công ty (gọi là “lĩnh vực kinh doanh bị cấm”) nếu công việc này của người điều hành hoàn toàn không liên quan đến lĩnh vực kinh doanh bị cấm. Quy định này cũng không cấm người điều hành sở hữu không quá 5% chứng khoán của bất kỳ công ty đại chúng nào miễn rằng người điều hành không phải là người lao động, thành viên HĐQT, người điều hành, nhà tư vấn hoặc người cung cấp dịch vụ cho công ty đại chúng này.

(b). **Chào bán với khách hàng:** Trong thời hạn được quy định tại Điều 6(a), người điều hành không nhân danh bất kỳ một tổ chức kinh doanh nào cạnh tranh trực tiếp với công ty về các chương trình chỉ dẫn về các liên đoàn luật sư (bar association print directory programs) tìm kiếm bất kỳ thông tin nào trong phạm vi lĩnh vực kinh doanh bị cấm từ bất kỳ khách hàng nào hoặc chỉ dẫn bất kỳ thông tin nào trong phạm vi lĩnh vực kinh doanh bị cấm cho bất kỳ tổ chức kinh doanh nào cạnh tranh trực tiếp với công ty về các chương trình chỉ dẫn về các liên đoàn luật sư hoặc nhận bất kỳ khoản hoa hồng nào từ bất kỳ khách hàng nào hoặc từ bất kỳ tổ chức kinh doanh nào cạnh tranh trực tiếp với công ty về các chương trình chỉ dẫn về các liên đoàn luật sư. Vì mục đích của Điều 6(b), thuật ngữ “khách hàng” được hiểu là bất kỳ cá nhân, doanh nghiệp, công ty, hợp danh, liên kết hoặc thực thể nào mà công ty hoặc công ty ty liên kết của nó bán hoặc cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ trong phạm vi 06 tháng đến thời điểm xác định quan hệ pháp lý giữa công ty với những chủ thể này có phải là quan hệ khách hàng không.”

³⁸ <http://corporate.findlaw.com/contracts/compensation/employment-agreement-the-publishing-co-of-north-america-inc.html#sthash.JXdWBkR9.dpuf>, tải xuống lúc 8:50 ngày 07/08/2016