

PHÁP LUẬT VỀ KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG HOẠT ĐỘNG CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN

Phan Phương Nam⁹⁸

Tóm tắt: Sự an toàn trong quá trình hoạt động của Ngân hàng thương mại cổ phần là điều rất quan trọng cho nền kinh tế. Tuy nhiên, sự an toàn này có thể không đảm bảo khi có các giao dịch có khả năng tư lợi thực hiện. Vì vậy, bài viết này muốn đề cập đến các quy định của pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong hoạt động của ngân hàng thương mại cổ phần để hướng tới sự an toàn đó. Qua đó, bài viết chỉ ra được những điểm bất cập, hạn chế đang tồn tại cũng như đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định này để góp phần đảm bảo sự an toàn cho hoạt động của Ngân hàng thương mại cổ phần nói riêng và sự an toàn của hệ thống ngân hàng nói chung.

Từ khóa: Ngân hàng thương mại cổ phần, giao dịch có khả năng tư lợi, hoạt động ngân hàng.

Abstract: The safety in the operation of the Joint Stock Commercial Bank is very important for the economy. However, this safety may not be guaranteed when there are potential self-interest transactions. Therefore, this article would like to refer to the legal provisions on controlling transactions with self-interest in the operation of joint stock commercial banks in order to achieve that safety. Thereby, the article points out the existing inadequacies and limitations as well as makes some recommendations to improve these regulations to contribute to ensuring the safety of joint stock commercial banks in particular and the safety of the banking system in general.

Keywords: Joint stock commercial bank, self-interest transactions, banking activities.

1. Đặt vấn đề

Một trong những điều kiện để cho nền kinh tế phát triển đó là vốn. Để đáp ứng nhu cầu về vốn thì hoạt động trung gian tài chính phải phát triển. Một trong các chủ thể đóng vai trò quan trọng trong hoạt động trung gian tài chính là Ngân hàng thương mại cổ phần (NHTMCP), một dạng tổ chức tín dụng (TCTD). Chính vì vậy, Nhà nước chú trọng ban hành các quy định pháp luật nhằm điều chỉnh những hoạt động của các NHTMCP nói riêng và hệ thống TCTD nói chung nhằm đảm bảo quản lý hiệu quả hoạt động của các chủ thể này, đáp ứng nhu cầu về vốn cho nền kinh tế. Trong các nội dung pháp luật điều chỉnh trong hoạt động này, các quy định về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi (GDCKNTL) nhằm đảm bảo sự an toàn trong hoạt động của NHTMCP cũng là một nội dung cần nghiên cứu để tìm ra những hạn chế, bất cập

⁹⁸ Tiến sĩ, Phó Trưởng Khoa Luật Thương mại, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

nhằm sửa đổi, bổ sung hoàn thiện. Bởi lẽ, nội dung này cũng làm ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động của NHTMCP và ảnh hưởng đến sự ổn định của hệ thống ngân hàng. Khi những quy định này kém hiệu quả, chưa chính xác có thể dẫn đến các nguy cơ, rủi ro trong quá trình hoạt động của NHTMCP và làm ảnh hưởng đến sự an toàn của hệ thống tín dụng, lòng tin của người dân vào hệ thống ngân hàng và lúc này hoạt động trung gian tài chính không còn phát huy tác dụng cung cấp vốn đầy đủ cho nền kinh tế.

2. Khái quát chung pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong hoạt động của ngân hàng thương mại cổ phần

Hiện nay, có một số khái niệm có liên quan hoặc có tính chất tương đồng với khái niệm “giao dịch có khả năng tư lợi” như “*conflict of interest*” (xung đột lợi ích) hay “*self-dealing transactions*” (giao dịch tự mình hoặc giao dịch có khả năng tư lợi). Ở góc độ cơ bản, xung đột lợi ích được hiểu là sự vi phạm, xâm phạm hoặc làm tổn hại lẫn nhau giữa các lợi ích trong một quan hệ nhất định⁹⁹. Còn giao dịch có khả năng tư lợi (self-dealing transactions) là “giao dịch mà bên tham gia vào giao dịch đó có thể thu lợi cho chính bản thân mình thay vì đem lại lợi ích cho bên mà bên giao dịch đang nhận trách nhiệm ủy thác”¹⁰⁰. Nếu theo Bộ quy tắc của OECD về Quản trị công ty, giao dịch có khả năng tư lợi là giao dịch có hành vi lạm dụng kinh doanh để tư lợi, hành vi này xảy ra khi các cá nhân có quan hệ thân thiết với công ty, bao gồm cả cổ đông nắm quyền kiểm soát, lợi dụng các quan hệ đó gây tổn hại cho công ty và nhà đầu tư¹⁰¹.

Với những cách tiếp cận trên cho thấy GDCKNTL là những giao dịch mà trong đó những chủ thể thực hiện trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua việc lạm dụng vị thế vốn có nhằm mang lại lợi ích cho bản thân và/hoặc bên có liên quan mà không vì lợi ích của bên mình đại diện dẫn đến khả năng gây tổn thất đối với công ty, nhà đầu tư, cổ đông của công ty đó. Mà NHTMCP cũng là một chủ thể kinh doanh nhằm tìm kiếm lợi nhuận thông qua hoạt động kinh doanh chính là hoạt động ngân hàng. Nên bài viết tiếp cận GDCKNTL là những giao dịch mà trong đó những chủ thể thực hiện trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua việc lạm dụng vị thế vốn có nhằm mang lại lợi ích cho bản thân và/hoặc bên có liên quan mà không vì lợi ích của NHTMCP dẫn đến khả năng gây tổn thất đối với NHTMCP, nhà đầu tư, cổ đông của NHTMCP đó.

Theo cách tiếp cận trên, rõ ràng những hành vi này mang những dấu hiệu cơ bản: i) được thực hiện bởi những người có những vị trí, lợi thế có khả năng đem lại sự lạm dụng; ii) có sự thay thế quyền lợi của NHTMCP bằng quyền lợi của người thực hiện hành vi hoặc người thân của người thực hiện hành vi và iii) khả năng gây tổn thất đối với NHTMCP, cổ đông của NHTMCP.

⁹⁹ Hoàng Văn Luân (2014), “Quản trị xung đột lợi ích - các lý thuyết và vấn đề đặt ra ở Việt Nam hiện nay”, Tạp chí Lý luận - Chính trị số 06/2014 trên <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/dien-dan/item/1008-quan-tri-xung-dot-loi-ich-cac-ly-thuyet-va-van-de-dat-ra-o-viet-nam-hien-nay.html> truy cập ngày 10/07/2021.

¹⁰⁰ Henry Campbell Black (chủ biên) (Bryan A. Garner editor 2004), *Black's Law Dictionary*, 4th edition, West Publishing CO, USA, trang 1525.

¹⁰¹ The OECD, The OECD Principle of Corporate, www.oecd.org.

Chính vì khả năng gây tổn thất đến NHTMCP, một chủ thể quan trọng trong hệ thống ngân hàng, khả năng tạo nên sự ảnh hưởng cho tính an toàn của hệ thống ngân hàng nên Nhà nước cần phải kiểm soát các giao dịch này. Một trong các công cụ được nhà nước sử dụng để kiểm soát GDCKNTL trong quá trình hoạt động của NHTMCP là công cụ pháp luật. Theo đó, có thể hiểu rằng “pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP là tổng hợp những quy phạm pháp luật do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành quy định về xác định các GDCKNTL và các biện pháp kiểm soát nhằm phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn và xử lý các giao dịch có khả năng sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi của NHTM do những chủ thể đang có những lợi thế nhất định trong NHTM và/hoặc bên có liên quan của những chủ thể này thực hiện”.

Với cách hiểu này, pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong NHTM có những đặc điểm sau:

i) Pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP sẽ bao gồm ba bộ phận: quy định nhằm xác định các GDCKNTL trong NHTMCP; quy định các biện pháp kiểm soát nhằm phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn và các quy định xử lý đối với các hành vi vi phạm các quy định kiểm soát các GDCKNTL trong NHTMCP.

ii) Đối tượng chịu sự điều chỉnh của pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP là các NHTMCP và những chủ thể làm việc trong chính NHTM đó và/hoặc bên có liên quan của những chủ thể này.

iii) Mục đích của pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP là nhằm phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn và xử lý các giao dịch có khả năng sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi của NHTMCP. Nói đơn giản hơn, mục đích của pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP là bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NHTMCP và các chủ thể liên quan trong hoạt động của NHTMCP.

iv) Để đạt được mục đích trên, pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP phải dùng biện pháp mệnh lệnh quyền uy để điều chỉnh.

v) Pháp luật về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP được xây dựng và áp dụng dựa trên những quy định đan xen bao gồm pháp luật trong nước và những khuyến nghị của các tổ chức quốc tế về hoạt động quản trị doanh nghiệp nhưng vẫn dựa trên những quy định cốt lõi của pháp luật ngân hàng.

Để kiểm soát GDCKNTL trên thế giới có hai biện pháp áp dụng: i) cấm GDCKNTL trong NHTMCP và vẫn cho phép các giao dịch này thực hiện nhưng trong một khuôn khổ nhất định với một cơ chế giám sát nhất định. Trong đó, pháp luật sẽ cấm giao dịch đối với các giao dịch mà khả năng tư lợi cao, gây rủi ro lớn cho hoạt động của NHTMCP còn đối với các GDCKNTL khác thì áp dụng phương pháp thứ hai bằng nhiều biện pháp như: yêu cầu tăng cường sự giám sát nội bộ (ban hành các quy định nội bộ, yêu cầu các giao dịch này phải được sự chấp thuận của một cơ quan trong bộ máy quản lý, điều hành của NHTMCP...) và sự giám sát, kiểm soát, xử lý từ bên ngoài (quy định về cơ chế kiểm toán độc lập, nghĩa vụ công bố thông tin, sự giám sát của Ngân hàng Nhà nước, các quy định về xử phạt vi phạm trong hoạt động ngân hàng...).

3. Thực trạng và bất cập trong quy định về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong hoạt động ngân hàng thương mại cổ phần

3.1. Thực trạng và bất cập trong quy định về chủ thể tham gia các giao dịch có khả năng tư lợi nhằm kiểm soát và đảm bảo sự an toàn trong hoạt động của NHTMCP

Một trong những nội dung để kiểm soát các GDCKNTL là pháp luật phải nhận diện chủ thể tham gia các giao dịch này để từ đó lựa chọn biện pháp hoặc cấm hoặc cho phép các chủ thể này giao dịch nhưng cần phải tuân thủ những sự kiểm soát nhất định. Ở Việt Nam, những chủ thể này đã và đang được pháp luật Việt Nam nhìn nhận và quy định¹⁰² như là một nội dung không thể thiếu của pháp luật về kiểm soát các GDCKNTL. Theo đó, các chủ thể này gồm: người quản lý TCTD, người điều hành TCTD và những người có liên quan.

Nhìn chung, Luật các TCTD số 47/2010/QH12 (Luật các TCTD 2010) và Luật số 17/2017/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Các TCTD (Luật các TCTD sửa đổi, bổ sung) đã xác định được khá chính xác những chủ thể có sự ảnh hưởng không nhỏ đến việc quyết định chấp thuận cho phép thực hiện các GDCKNTL. Trong đó, đối với nhóm chủ thể quản lý, điều hành ngoài việc xác định có những chủ thể nào là người quản lý, điều hành thông qua quy định cụ thể, pháp luật còn cho phép các NHTMCP thông qua Điều lệ để quy định, xác định thêm nhằm đảm bảo cho việc xác định những chủ thể tiến hành và thực hiện hoạt động kiểm soát các GDCKNTL một cách có hiệu quả hơn. Điều này cho thấy cách thức tiếp cận trong hoạt động quản lý của nhà nước đã có sự thay đổi nhất định. Theo đó, nhà nước đang dần muốn tiến tới hoạt động giám sát ở góc độ cao, tầm nhìn vĩ mô và trao cơ chế tự chủ nhiều hơn cho NHTMCP.

Mặc dù có những thành công trên nhưng theo tác giả, những quy định về các chủ thể này vẫn còn đó một số điểm hạn chế nhất định:

Một là, quy định về người quản lý NHTM còn có sự chưa hợp lý. Khoản 31 Điều 4 Luật các TCTD 2010 quy định: “Người quản lý tổ chức tín dụng bao gồm Chủ tịch, thành viên Hội đồng quản trị (HĐQT); 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”. Theo đó, Chủ tịch HĐQT và thành viên HĐQT là hai chủ thể được tách ra riêng biệt. Thông thường sự tách biệt hai chủ thể này là hoàn toàn hợp lý vì Chủ tịch HĐQT sẽ có những nhiệm vụ và quyền hạn nhiều hơn so với các thành viên HĐQT khác. Tuy nhiên, trong ngữ cảnh này, quy định trên trở nên trùng lặp, thừa. Bởi lẽ chủ tịch HĐQT trước tiên vẫn là thành viên HĐQT.

Hai là, quy định về thư ký HĐQT chưa được cụ thể. Theo Khoản 5 Điều 43 Luật các TCTD 2010 thì HĐQT sẽ có Thư ký để giúp việc cho HĐQT và chức năng, nhiệm vụ của Thư ký sẽ do HĐQT quy định. Vậy thư ký HĐQT có được coi là người quản lý, điều hành của NHTM không? Có thể có quan điểm rằng nếu như Điều lệ của NHTMCP có quy định thì người này sẽ được coi là người quản lý, điều hành của NHTMCP theo quy định tại Khoản 31, 32 Điều 4 Luật các TCTD 2010. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả thì điều này chưa hợp lý bởi lẽ tại Khoản 5 Điều 63

¹⁰² Khoản 23, 24 Điều 4 Luật Doanh nghiệp số 59/2020/QH14; Khoản 45, 46 Điều 4 Luật Chứng khoán số 54/2019/QH14; Khoản 28, 31, 32 Điều 4 Luật các TCTD số 47/2010/QH12.

Luật các TCTD 2010 và được sửa đổi bởi khoản 16 Điều 1 của Luật các TCTD sửa đổi, bổ sung quy định HĐQT có quyền: “Bổ nhiệm, miễn nhiệm, kỷ luật, đình chỉ và quyết định mức lương, lợi ích khác đối với các chức danh Tổng giám đốc (Giám đốc), Phó Tổng giám đốc (Phó giám đốc), Kế toán trưởng, Thư ký HĐQT và người quản lý, người điều hành khác theo quy định nội bộ của HĐQT” thì đã gián tiếp thừa nhận Thư ký này là thuộc nhóm người quản lý, điều hành của NHTMCP. Đã có sự thừa nhận như vậy thì tại sao trong các định nghĩa về người quản lý, điều hành TCTD tại Điều 4 Luật các TCTD 2010 lại không đưa chủ thể này vào?

3.2. Thực trạng và bất cập ở những quy định về các biện pháp áp dụng để kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần

Hiện nay, pháp luật đang sử dụng các biện pháp sau để kiểm soát các GDCKNTL trong NHTMCP:

Một là, biện pháp cấm NHTMCP cấp tín dụng cho một số chủ thể có sức ảnh hưởng lớn trong quá trình hoạt động của NHTM nhằm tránh trường hợp họ lợi dụng sức ảnh hưởng đó để có thể gây bất lợi cho lợi ích của NHTMCP và các chủ thể liên quan¹⁰³.

Hai là, thông qua cơ chế chấp thuận của HĐQT, ĐHĐCĐ để hạn chế các GDCKNTL trong NHTMCP. Biện pháp này được áp dụng cho những chủ thể có sức ảnh hưởng không quá lớn nhưng vẫn có những ảnh hưởng nhất định đến NHTMCP. Điều này được thể hiện trong Điều 127 Luật các TCTD số 47/2010/QH12 và Khoản 20 Điều 1 của Luật số 17/2017/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Các tổ chức tín dụng¹⁰⁴.

Về cơ bản, pháp luật đã và đang xác định tương đối chính xác các giao dịch cấm, các trường hợp cần phải hạn chế khi cấp tín dụng của NHTMCP bởi những giao dịch này đã và đang thực hiện bởi những thể thể có sức ảnh hưởng nhất định đối với NHTMCP và có thể hàm chứa tạo nên những sự bất lợi, tổn thất nhất định cho NHTMCP từ sự tư lợi của họ. Đối với những giao dịch bị cấm, những chủ thể này hoàn toàn không có khả năng tiến hành giao dịch, còn đối với các trường hợp hạn chế thì việc họ muốn được NHTMCP cấp tín dụng thì cần phải đảm bảo đầy đủ các điều kiện: i) hoạt động cấp tín dụng này phải có áp dụng các biện pháp bảo đảm; ii) việc cấp tín dụng được thực hiện với các điều kiện bình thường, không có bất kỳ sự ưu đãi nào khác; iii) việc cấp tín dụng cho các đối tượng này phải được HĐQT thông qua và công khai trong NHTM và iv) tổng mức dư nợ không được vượt quá giới hạn của pháp luật¹⁰⁵. Với những quy định này, pháp luật ràng buộc NHTMCP

¹⁰³ Điều 126 Luật các TCTD số 47/2010/QH12 và Khoản 19 Điều 1 của Luật số 17/2017/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Các TCTD.

¹⁰⁴ Điều 127 Luật các TCTD số 47/2010/QH12 và Khoản 20 Điều 1 của Luật số 17/2017/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Các TCTD.

¹⁰⁵ Tổng mức dư nợ cấp tín dụng không được vượt quá 5% vốn tự có của NHTM đối với tất cả các trường hợp, (trừ đối với mỗi công ty con, công ty liên kết của NHTM hoặc doanh nghiệp mà NHTM nắm quyền kiểm soát). Đối với mỗi công ty con, công ty liên kết của NHTM hoặc doanh nghiệp mà NHTM nắm quyền kiểm soát thì mức dư nợ cấp tín dụng không được vượt quá 10% vốn tự có của NHTM và tổng mức dư nợ đối với tất cả các công ty con, công ty liên kết của ngân hàng thương mại hoặc doanh nghiệp mà ngân hàng thương mại nắm quyền kiểm soát không được vượt quá 20% vốn tự có của NHTM (Theo Điều 127 Luật Các TCTD 2010).

phải tiến hành kiểm soát chặt chẽ hoạt động cấp tín dụng nhằm đảm bảo hạn chế đến mức thấp nhất những hành vi tư lợi gây thiệt hại cho NHTMCP nói riêng và ảnh hưởng đến sự an toàn của hệ thống ngân hàng.

Mặc dù đã có những thành công như trên, nhưng trong quy định về nội dung này của pháp luật vẫn còn đó một số điểm bất cập, hạn chế sau:

Một là, pháp luật mặc dù đã xác định rõ cơ bản về khái niệm người quản lý, người điều hành TCTD nhưng điều đó không có nghĩa là tất cả những người quản lý, người điều hành đều là những chủ thể bị cấm hoặc bị hạn chế trong những quy định cấm và hạn chế cấp tín dụng tại điều 126, 127 Luật các TCTD 2010. Bởi lẽ, trong khái niệm về người quản lý, người điều hành TCTD bên cạnh việc xác định các chủ thể rõ ràng, pháp luật còn xác định là còn có những “các chức danh quản lý khác” và “các chức danh tương đương” theo quy định tại Điều lệ của TCTD. Tuy nhiên việc quy định của các NHTMCP là không giống nhau khi quy định về nội dung này. Nhiều NHTMCP quy định chỉ quy định "người điều hành: bao gồm Tổng Giám đốc, các Phó Tổng Giám đốc (nếu có), Kế toán trưởng, Giám đốc chi nhánh"¹⁰⁶. Ngoài ra, còn có một số NHTMCP còn xác định ngoài các chủ thể trên còn có các chức danh khác như: Trưởng khối¹⁰⁷, có những NHTMCP còn xác định thêm: Giám đốc Khu vực, Giám đốc Trung Tâm¹⁰⁸, Giám đốc các đơn vị thành viên được HĐQT bổ nhiệm¹⁰⁹. Trong những chủ thể trên thì Tổng Giám đốc, Phó Tổng Giám đốc của NHTMCP bị đưa vào trường hợp cấm được NHTMCP cấp tín dụng, Kế toán trưởng bị đưa vào trường hợp hạn chế cấp tín dụng¹¹⁰. Vậy tại sao các trường hợp khác lại chưa được pháp luật đề cập đưa vào trường hợp nào trong hai trường hợp trên? Nếu xét về mức độ ảnh hưởng đến TCTD thì những người điều hành như Giám đốc Chi nhánh hoặc Trưởng các Khối cũng có sự ảnh hưởng không nhỏ đến TCTD so với Kế toán trưởng. Vì vậy, việc không đưa các chủ thể này vào các trường hợp hạn chế là một sự hạn chế.

Hai là, pháp luật quy định chưa hợp lý về biện pháp đảm bảo khi cấp tín dụng cho những chủ thể rơi vào trường hợp hạn chế cấp tín dụng. Về quy định các chủ thể trong Điều 127 Luật các TCTD 2010 muốn được NHTMCP cấp tín dụng thì phải thỏa mãn các điều kiện đã phân tích phần trên. Trong đó, một trong các điều kiện mà pháp luật yêu cầu là phải có áp dụng các

¹⁰⁶ Xem Điểm b Khoản 1 Điều 1 Điều lệ Ngân hàng TMCP Kỹ Thương Việt Nam (Techcombank) theo https://techcombank.com.vn/file/6.1.%20DIEU%20LE%20TCB_VN.pdf truy cập ngày 01/08/2021; Khoản 7 Điều 1 Điều lệ Tổ chức và hoạt động của NHTMCP Công Thương Việt Nam (theo <https://investor.vietinbank.vn/Handlers/DownloadAttachedFile.ashx?NewsID=86020> truy cập ngày 01/08/2021); Điểm I Khoản 1 Điều 1 Điều lệ NHTMCP Việt Nam Thương Tín (theo <https://static.vietbank.com.vn/web/%C4%90%C4%82NG%20B%E1%BB%90%20C%C3%81O/20210426%20Dieu%20le%202020.pdf> truy cập ngày 01/08/2021).

¹⁰⁷ Xem Điều u Khoản 1 Điều 1 Điều lệ NHTMCP Đầu tư và phát triển Việt Nam (theo <https://www.bidv.com.vn/bidv/quan-he-nha-dau-tu/quan-tri-doanh-nghiep/quylequyche/dieule-122019> truy cập ngày 01/08/2021).

¹⁰⁸ Xem Điểm k Khoản 1 Điều 1 Điều lệ của NHTMCP Nam Á theo <https://www.namabank.com.vn/Data/Sites/1/media/co-dong/dieu-le/dieu-le-2021.pdf> truy cập ngày 01/08/2021.

¹⁰⁹ Xem Khoản 22 Điều 1 Điều lệ của NHTMCP Sài Gòn - Hà Nội theo https://www.shb.com.vn/wp-content/uploads/2018/06/QD-261-HDQT-Dieu-Le-SHB_1.pdf truy cập ngày 01/08/2021.

¹¹⁰ Tham khảo Điều 126, 127 Luật các TCTD 2010.

biện pháp bảo đảm. Tuy nhiên, hiện nay với sự đa dạng của các biện pháp bảo đảm¹¹¹ thì NHTMCP sẽ áp dụng biện pháp nào? Vì pháp luật không quy định nên chúng ta được quyền suy luận là NHTMCP sẽ tùy nghi áp dụng bất kỳ biện pháp đảm bảo nào. Tuy nhiên, điều này là bất ổn. Bởi lẽ những chủ thể này có sự ảnh hưởng nhất định đối với NHTMCP nên nếu để NHTMCP tùy nghi thì ý nghĩa của các quy định nhằm kiểm soát những GDCKNTL đối với những đối tượng này sẽ không phát huy được hết ý nghĩa của nó.

Ba là, sự bất cập trong quy định về cơ chế giám sát của ĐHĐCĐ đối với những hợp đồng có giá trị lớn. Theo quy định tại Điểm q Khoản 2 Điều 59 Luật các TCTD 2010 thì: “Đại hội đồng cổ đông có các nhiệm vụ, quyền hạn: ...Thông qua các hợp đồng có giá trị trên 20% vốn điều lệ của TCTD ghi trong báo cáo tài chính đã được kiểm toán gần nhất hoặc một tỷ lệ khác thấp hơn theo quy định tại Điều lệ của TCTD giữa TCTD với thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc), cổ đông lớn, người có liên quan của **người quản lý**, thành viên Ban kiểm soát, cổ đông lớn của TCTD; công ty con, công ty liên kết của TCTD;...”. Vấn đề đặt ra là nếu như Điều lệ NHTMCP có quy định người quản lý ngoài những chủ thể được chỉ định theo Khoản 32 Điều 4 Luật các TCTD 2010 (hoàn toàn được pháp luật cho phép) thì sẽ có sự nghịch lý. Bởi khi này, hợp đồng có giá trị trên 20% vốn điều lệ của những chủ thể được Điều lệ quy định là người quản lý NHTMCP với NHTMCP sẽ không phải đem ra để ĐHĐCĐ quyết định trong khi nếu người tham gia hợp đồng này là người liên quan của họ thì phải do ĐHĐCĐ quyết định.

3.3. Thực trạng và bất cập ở quy định về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần thông qua quy định về xử lý vi phạm

Hiện nay, quy định xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm trong lĩnh vực ngân hàng được quy định trong Nghị định 88/2019/NĐ-CP Quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng. Nghị định đã dành Điều 6, 7, 8 Chương II Mục 2 và điều 40 để điều chỉnh và xử phạt đối với hành vi vi phạm việc kiểm soát các GDCKNTL trong NHTMCP như: i) nhóm các hành vi vi phạm về tổ chức, quản trị, điều hành; ii) nhóm các hành vi vi phạm quy định về ban hành điều lệ, quy định nội bộ; và iii) nhóm các hành vi vi phạm quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ, kiểm toán độc lập.

Về cơ bản, các quy định xử phạt đã gần như bao quát các hành vi vi phạm các quy định nhằm kiểm soát các GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP. Ở đó, tùy theo vi phạm, sự ảnh hưởng của những hành vi vi phạm đến hoạt động của NHTMCP mà pháp luật có những mức xử lý tương đối phù hợp nhằm góp phần đảm bảo cơ chế kiểm soát để hạn chế các GDCKNTL trong NHTMCP. Tuy nhiên, vẫn có một số hạn chế nhất định trong các quy định này như:

Thứ nhất, quy định xử lý đối với hành vi không ban hành một hoặc một số các quy định nội bộ theo quy định của pháp luật là chưa hợp lý.

¹¹¹ Xem Mục 3 Bộ luật dân sự 91/2015/QH13 và Nghị định 21/2021/NĐ-CP Quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

Hiện nay, theo Khoản 2 Điều 93 Luật các TCTD 2010 thì NHTMCP phải ban hành 09 quy định nội bộ sau: i) Quy định về cấp tín dụng, quản lý tiền vay để bảo đảm việc sử dụng vốn vay đúng mục đích; ii) Quy định về phân loại tài sản có, trích lập và sử dụng dự phòng rủi ro; iii) Quy định về đánh giá chất lượng tài sản có và tuân thủ tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu; iv) Quy định về quản lý thanh khoản, trong đó có các thủ tục và các giới hạn quản lý thanh khoản; v) Quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ và cơ chế kiểm toán nội bộ phù hợp với tính chất và quy mô hoạt động của tổ chức tín dụng; vi) Quy định về hệ thống xếp hạng tín dụng nội bộ; vii) Quy định về quản trị rủi ro trong hoạt động của tổ chức tín dụng; viii) Quy định về quy trình, thủ tục, bao gồm cả nguyên tắc nhận biết khách hàng để bảo đảm ngăn ngừa việc tổ chức tín dụng bị lạm dụng cho các mục đích rửa tiền, tài trợ khủng bố và tội phạm khác; ix) Quy định về phương án xử lý các trường hợp khẩn cấp. Bởi những quy tắc này tác động rất nhiều trong hoạt động quản lý, kiểm soát, điều hành của NHTMCP. Các nguyên tắc này đóng vai trò quan trọng như là một công cụ đắc lực giúp cho người quản lý, điều hành NHTMCP thực hiện được tốt và hiệu quả hoạt động quản lý của mình cũng như góp phần hạn chế những rủi ro trong hoạt động ngân hàng của NHTM. Do vậy, việc NHTMCP không ban hành các quy định nội bộ này là hành vi sai trái và cần gánh chịu chế tài là hợp lý. Hiện nay, hành vi vi phạm này chịu sự điều chỉnh của 2 quy định: Điều 7 và Điều 40 Nghị định 88/2019/NĐ-CP.

Tuy vậy, việc quy định mức xử lý vi phạm đối với hành vi này có điểm bất cập sau:

Một là, pháp luật chưa phân hóa và xử lý thích đáng cho hành vi vi phạm không ban hành các quy định nội bộ của NHTMCP. Theo đó, dù không ban hành một hay tất cả các quy định nội bộ, khi bị phát hiện, TCTD đều bị xử lý trong một khung phạt¹¹². Quy định này có thể làm tăng tính ỷ lại, lười biếng từ các NHTMCP. Có thể có quan điểm rằng khung phạt này có mức dao động nên nếu NHTMCP vi phạm chưa ban hành nhiều các quy định nội bộ thì xử lý cao còn nếu không ban hành một hoặc hai quy định nội bộ thì xử lý ít hơn. Tuy nhiên theo quy định thì NHTMCP phải ban hành đến 9 quy định nội bộ. Vậy như thế nào là nhiều, là ít? Trong khi đó, khung phạt này mức dao động không lớn nên cách hiểu như trên là chưa hợp lý. Bên cạnh đó, với tầm quan trọng của các quy định nội bộ này trong hoạt động của NHTMCP nên việc không ban hành nhiều quy định nội bộ thì càng làm tăng tính rủi ro cho NHTMCP. Vì vậy việc chưa phân hóa trên là chưa hợp lý.

Hai là, pháp luật chưa lường trước, chưa dự liệu trường hợp NHTMCP dù bị phạt về việc không ban hành các quy định nội bộ nhưng sau đó vẫn không thực hiện việc ban hành này thì xử lý như thế nào? Khảo sát các quy định chỉ có quy định tại Điểm a Khoản 2 Điều 7 Nghị định 88/2019/NĐ-CP đề cập xử phạt như trên đối với hành vi vi phạm này. Điều này dẫn đến hệ quả là khi NHTMCP đã bị xử phạt rồi thì sau đó Ngân hàng Nhà nước không thể xử phạt lại hành vi này vì theo quy định “một hành vi vi phạm hành chính chỉ bị xử phạt một lần”¹¹³. Có thể có

¹¹² Điểm a Khoản 2 Điều 7 Nghị định 88/2019/NĐ-CP là chưa hợp lý khi xác định: “Phạt tiền từ 40.000.000 đồng đến 80.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau đây: ...a) Không ban hành một hoặc một số các quy định nội bộ theo quy định của pháp luật”.

¹¹³ Khoản 2 Điều 1 Luật số 67/2020/QH14 Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật xử lý vi phạm hành chính.

quan điểm cho rằng lúc này NHNN có quyền áp dụng biện pháp thu hồi giấy phép của NHTMCP vì NHTMCP đã “không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ quyết định xử lý của Ngân hàng Nhà nước để bảo đảm an toàn trong hoạt động ngân hàng”¹¹⁴. Tuy nhiên, điều này cũng không thuyết phục bởi lẽ biện pháp này được coi là biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính nên chỉ được quyền áp dụng khi điều khoản xử phạt vi phạm đó có quy định.

Thứ hai, quy định xử phạt mang tính trùng lặp. Có hai điểm thể hiện nội dung này:

i) Khoản 3 Điều 40 Nghị định 88/2019/NĐ-CP quy định: “Phạt tiền từ 60.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau đây: ...3. Không ban hành quy định nội bộ hoặc ban hành quy định nội bộ thiếu một hoặc một số nội dung quy định tại Điều 20 Luật Phòng, chống rửa tiền” mà quy định nội bộ này chính là quy định nội bộ quy định tại Điểm h Khoản 2 Điều 93 Luật các TCTD. Đồng thời việc không ban hành quy định nội bộ này cũng bị xử phạt theo Điểm a Khoản 2 Điều 6 Nghị định 88/2019/NĐ-CP. Do vậy, việc không ban hành quy định nội bộ này sẽ chịu sự điều chỉnh của hai quy định xử phạt.

ii) Khoản 3 Điều 43 Luật các TCTD quy định: “Ban kiểm soát có bộ phận giúp việc, **bộ phận kiểm toán nội bộ**, được sử dụng các nguồn lực của tổ chức tín dụng, được thuê chuyên gia và tổ chức bên ngoài để thực hiện nhiệm vụ của mình”. Tuy nhiên, nếu Ban kiểm soát vi phạm nội dung không có, không tổ chức bộ phận kiểm toán nội bộ thì có thể bị xử phạt bởi một trong hai quy định sau: Điểm a Khoản 1 Điều 6 và Khoản 4 Điều 8 Nghị định 88/2019/NĐ-CP¹¹⁵.

Vậy nếu xảy ra trường hợp vi phạm này sẽ áp dụng mức xử phạt nào? Nếu trong trường hợp không ban hành quy định nội bộ liên quan hoạt động phòng chống rửa tiền thì mức chênh lệch của hai khung phạt không cao nhưng đối với hành vi vi phạm không thành lập kiểm toán nội bộ chuyên trách thuộc Ban kiểm soát giữa hai khung phạt là khá cao. Phải chăng điều này sẽ tạo nên kẽ hở cho sự tùy nghi của chủ thể có thẩm quyền khi quyết định.

4. Kiến nghị về hoàn thiện các quy định về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong hoạt động của các ngân hàng thương mại

Với những bất cập ở những quy định về kiểm soát GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP như phân tích ở trên, tác giả kiến nghị:

¹¹⁴ Điểm d Khoản 1 Điều 28 Luật các TCTD.

¹¹⁵ Điểm a Khoản 1 Điều 6 và Khoản 4 Điều 8 Nghị định 88/2019/NĐ-CP được quy định như sau:

“Điều 6. Vi phạm quy định về tổ chức, quản trị, điều hành

1. Phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 30.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau đây:

a) Vi phạm quy định về Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên, Ban kiểm soát quy định tại Điều 43, Điều 44, Điều 62, khoản 1 Điều 70, Điều 81, Điều 84 Luật Các tổ chức tín dụng;...”

“Điều 8. Vi phạm quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ, kiểm toán độc lập

...

4. Phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 150.000.000 đồng đối với hành vi không thành lập kiểm toán nội bộ chuyên trách thuộc Ban kiểm soát...”

Thứ nhất, pháp luật cần có sự sửa đổi, bổ sung các quy định về người quản lý, điều hành của TCTD như sau:

Một là, loại bỏ cụm từ “chủ tịch HĐQT” ở Khoản 31 Điều 4, Khoản 4 Điều 34 vì việc quy định thêm cụm từ này không có ý nghĩa rõ ràng, riêng biệt.

Hai là, pháp luật cần bổ sung thêm các quy định về thư ký HĐQT. Đồng thời, pháp luật cũng cần xác định rõ thư ký HĐQT có phải là thư ký Công ty không? Theo tác giả, những nội dung quy định sơ lược tại Khoản 5 Điều 43 Luật các TCTD cho thấy hình như pháp luật đang muốn nói thư ký HĐQT chính là Thư ký công ty¹¹⁶. Nếu xác định đó là một thì pháp luật cần ghi nhận rõ là “thư ký công ty” và dẫn chiếu đến các quy định của Luật doanh nghiệp để áp dụng. Nếu pháp luật muốn xác định đây là chủ thể khác với “thư ký công ty” thì pháp luật cần có những quy định rõ ràng hơn để điều chỉnh hợp lý, cụ thể chủ thể này nhằm xác định đây có được coi là người quản lý, điều hành trong hoạt động của NHTMCP nói riêng và TCTD nói chung không để có cơ chế kiểm tra, giám sát chặt chẽ đối với hoạt động của chủ thể này trong quá trình quản lý, vận hành của NHTMCP.

Thứ hai, kiến nghị sửa đổi, bổ sung một số quy định về các biện pháp áp dụng nhằm góp phần kiểm soát các GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP như sau:

Một là, cần bổ sung Giám đốc chi nhánh, Giám đốc các khối (Trưởng khối) vào điều 127 Luật các TCTD 2010 để xác định đây là các chủ thể bị áp dụng hạn chế khi NHTMCP cấp tín dụng cho họ. Bởi các chủ thể này có ảnh hưởng không nhỏ đến các NHTMCP, nhất là Giám đốc Chi nhánh vì Giám đốc Chi nhánh còn có thể được ủy quyền ký hợp đồng tín dụng ngân hàng.

Hai là, pháp luật cần xác định rõ các biện pháp bảo đảm được áp dụng cho các chủ thể bị hạn chế cấp tín dụng theo Điều 127 Luật các TCTD 2010. Theo đó, để đảm bảo sự an toàn cho NHTMCP trong hoạt động cấp tín dụng cho những chủ thể này, pháp luật cần xác định việc cấp tín dụng này phải sử dụng các biện pháp bảo đảm bằng tài sản hoặc biện pháp đảm bảo có khả năng thu hồi vốn cao như bảo lãnh ngân hàng. Có sửa đổi như trên thì ý nghĩa của các quy định hạn chế cấp tín dụng mới phát huy được hiệu quả.

Ba là, bổ sung vào Điểm q Khoản 2 Điều 59 Luật các TCTD cụm từ “những người quản lý khác” bên cạnh các chủ thể thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc),...” để điều khoản này hợp lý hơn. Bởi hợp đồng có giá trị trên 20% vốn điều lệ của

¹¹⁶ Khoản 5 Điều 156 Luật doanh nghiệp số 59/2020/QH14 có quy định: “Khi xét thấy cần thiết, Hội đồng quản trị quyết định bổ nhiệm thư ký công ty. Thư ký công ty có quyền và nghĩa vụ sau đây:

- a) Hỗ trợ tổ chức triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị; ghi chép các biên bản họp;
- b) Hỗ trợ thành viên Hội đồng quản trị trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ được giao;
- c) Hỗ trợ Hội đồng quản trị trong áp dụng và thực hiện nguyên tắc quản trị công ty;
- d) Hỗ trợ công ty trong xây dựng quan hệ cổ đông và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cổ đông; việc tuân thủ nghĩa vụ cung cấp thông tin, công khai hóa thông tin và thủ tục hành chính;
- đ) Quyền và nghĩa vụ khác theo quy định tại Điều lệ công ty.”

TCTD được giao kết giữa TCTD với người quản lý khác cũng cần phải chịu sự kiểm soát và được ĐHCĐ của NHTMCP thông qua mới đảm bảo tính hợp lý.

Thứ ba, pháp luật cần hoàn thiện các quy định về xử phạt đối với những hành vi vi phạm các quy định nhằm kiểm soát các GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP.

Cụ thể:

Một là, pháp luật cần cử sự phân hóa nhằm xử lý thích đáng cho hành vi vi phạm không ban hành các quy định nội bộ của NHTMCP. Theo đó, pháp luật cần chia thành từ nhiều nhóm hành vi vi phạm để xử lý hợp lý.

Hai là, pháp luật cần bổ sung biện pháp bổ sung “thu hồi Giấy phép hoạt động” đối với các hành vi vi phạm khi không ban hành các quy định nội bộ sau thời gian nhất định đã bị xử phạt hoặc không ban hành tất cả các quy định nội bộ theo quy định. Việc bổ sung biện pháp này nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc xử phạt đối với các NHTMCP nói riêng và các TCTD nói chung vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ này làm có nguy cơ ảnh hưởng sự an toàn trong hoạt động của TCTD cũng như ảnh hưởng đến việc kiểm soát các GDCKNTL trong hoạt động của NHTMCP.

Ba là, sửa đổi, bổ sung các trường hợp gây trùng lặp trong quy định xử phạt nhằm đảm bảo tính chính xác, hợp lý trong các quy định xử phạt. Cụ thể, bổ sung cụm từ “trừ trường hợp không ban hành quy định nội bộ quy định tại Điều 20 Luật Phòng, chống rửa tiền” vào Điểm a Khoản 2 Nghị định 88/2019/NĐ-CP và bổ sung cụm từ “trừ trường hợp được quy định tại Khoản 4 Điều 8 Nghị định này” vào Điểm a Khoản 1 Điều 6. Việc bổ sung trên nhằm loại trừ trường hợp cùng một hành vi vi phạm nhưng có 2 chế tài tạo nên kẽ hở cho sự tùy nghi của chủ thể có thẩm quyền khi quyết định cũng như gây bất bình đẳng nếu bị áp dụng khác nhau trong các trường hợp khác nhau.

Tóm lại, về cơ bản pháp luật đã có những điều chỉnh tương đối nhằm kiểm soát GDCKNTL nhằm đảm bảo sự an toàn trong hoạt động của NHTMCP. Tuy vậy, vẫn còn một vài quy định chưa hợp lý làm cho các quy định pháp luật chưa phát huy hết ý nghĩa của nó. Trên cơ sở nghiên cứu, tác giả đã có những kiến nghị như; hoàn thiện hơn các quy định về người quản lý, bổ sung thêm các quy định về cần áp dụng các biện pháp đảm bảo khi tiến hành cấp tín dụng cho một số chủ thể nhất định, sửa đổi một số quy định về xử phạt đối với những hành vi vi phạm nhất định. Những kiến nghị mà tác giả đề ra cũng chỉ nhằm muốn góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật nhằm kiểm soát GDCKNTL nhằm đảm bảo sự an toàn trong hoạt động của NHTMCP, góp phần đảm bảo sự an toàn cho chính NHTMCP nói riêng và hệ thống ngân hàng nói chung.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

- [1] Quốc Hội (2015), Bộ luật dân sự số 91/2015/QH13.
- [2] Quốc Hội (2010), Luật các TCTD số 47/2010/QH12.
- [3] Quốc Hội (2017), Luật số 17/2017/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Các TCTD.

-
- [4] Quốc Hội (2019), Luật Chứng khoán số 54/2019/QH14
- [5] Quốc Hội (2020), Luật doanh nghiệp số 59/2020/QH14.
- [6] Quốc Hội (2020), Luật số 67/2020/QH14 Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật xử lý vi phạm hành chính.
- [7] Chính phủ (2019), Nghị định 88/2019/NĐ-CP Quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng.
- [8] Chính phủ (2021), Nghị định 21/2021/NĐ-CP Quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.
- [9] Henry Campbell Black (chủ biên) (Bryan A. Garner editor 2004), *Black's Law Dictionary*, 4th edition, West Publishing CO, USA, trang 1525.
- [10] Hoàng Văn Luân (2014), “Quản trị xung đột lợi ích - các lý thuyết và vấn đề đặt ra ở Việt Nam hiện nay”, Tạp chí Lý luận - Chính trị số 06/2014.
- [11] Ngân hàng TMCP Kỹ Thương Việt Nam (Techcombank), Điều lệ Ngân hàng TMCP Kỹ Thương Việt Nam (Techcombank).
- [12] Ngân hàng TMCP Công Thương Việt Nam, Điều lệ Tổ chức và hoạt động.
- [13] NHTMCP Việt Nam Thương Tín, Điều lệ NHTMCP Việt Nam Thương Tín.
- [14] Ngân hàng TMCP Đầu tư và phát triển Việt Nam, Điều lệ NHTMCP Đầu tư và phát triển Việt Nam.
- [15] Ngân hàng TMCP Nam Á, Điều lệ của NHTMCP Nam Á.
- [16] Ngân hàng TMCP Sài Gòn - Hà Nội, Điều lệ của NHTMCP Sài Gòn - Hà Nội.
- [17] The OECD, The OECD Principle of Corporate, www.oecd.org.