

PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG TRONG KHU VỰC NGOÀI NHÀ NƯỚC ĐÁP ỨNG YÊU CẦU QUẢN TRỊ CÔNG TY

■ **THS. PHẠM QUÝ ĐẠT ***

Tóm tắt: Bài viết đưa ra một số bình luận liên quan đến Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 trong mối liên hệ với hoạt động quản trị công ty ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: The article offers a number of comments regarding the Anti-Corruption Law of 2018 in connection with corporate governance in Vietnam today.

Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 đánh Chương VI quy định về phòng, chống tham nhũng trong doanh nghiệp, tổ chức khu vực ngoài nhà nước. Đây là chương mới được bổ sung vào Luật Phòng, chống tham nhũng, thể hiện quan điểm của Nhà nước và sự nhấn mạnh vai trò của doanh nghiệp trong phòng, chống tham nhũng. Việc xây dựng văn hóa kinh doanh lành mạnh, phi tham nhũng có vai trò hết sức quan trọng đối với cả khu vực nhà nước và ngoài nhà nước. Vì vậy, Luật này quy định trách nhiệm chung của tất cả các doanh nghiệp, tổ chức kinh tế nói chung trong việc xây dựng quy tắc ứng xử, cơ chế kiểm soát nội bộ nhằm xây dựng văn hóa kinh doanh lành mạnh, phi tham nhũng; xác định trách nhiệm của doanh nghiệp, tổ chức kinh tế trong phòng, chống tham nhũng.

Với những quy định nêu trên, tác giả đưa ra một số phân tích cụ thể về cách hiểu và tiếp cận thống nhất về vấn đề này như sau:

1. Việc xác định cụ thể doanh nghiệp, tổ chức trong khu vực ngoài nhà nước

Theo quy định tại khoản 9, khoản 10 Điều 3

Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, thì cơ quan, tổ chức, đơn vị khu vực nhà nước bao gồm cơ quan nhà nước, các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước và tổ chức, đơn vị khác do Nhà nước thành lập, đầu tư cơ sở vật chất, cấp phát toàn bộ hoặc một phần kinh phí hoạt động, do Nhà nước trực tiếp quản lý hoặc tham quản lý nhằm phục vụ nhu cầu phát triển chung, thiết yếu của Nhà nước và xã hội. Doanh nghiệp, tổ chức khu vực ngoài nhà nước là doanh nghiệp, tổ chức không thuộc trường hợp quy định tại khoản 9 Điều này.

Việc xác định đâu là cơ quan, tổ chức, đơn vị khu vực nhà nước được các nhà làm luật liệt kê với những tiêu chí khác nhau để xác định bổ sung như đầu tư vốn hay tham gia quản lý... Đối với các doanh nghiệp, tổ chức khu vực ngoài nhà nước được tiếp cận rất rộng là tất cả các doanh nghiệp, tổ chức còn lại (không thuộc trường hợp được liệt kê trước đó trong khu vực nhà nước). Theo phương pháp liệt kê như vậy chắc chắn sẽ có những vấn đề phát sinh chưa thỏa đáng. So với khái niệm "khu vực tư" thì khái niệm "khu

vực ngoài nhà nước” có phạm vi rộng hơn rất nhiều. Một số nhà nghiên cứu trước đây đã có đề cập đến khái niệm “khu vực tư” (KVT) như sau: Tác giả Trần Bình đưa ra hai quan niệm khác nhau về KVT bao gồm: (i) Khu vực kinh tế tư nhân, hiểu theo nghĩa hẹp, chỉ bao gồm các hoạt động kinh tế tư nhân trong nước; (ii) Khu vực kinh tế tư nhân theo nghĩa rộng thường được đề cập đến như một tổng thể bao gồm các doanh nghiệp đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI) và khu vực kinh tế tư nhân trong nước¹. Tiếp cận theo tiêu chí luật pháp, PGS.TS. Nguyễn Đình Tài xác định KVT bao gồm “các doanh nghiệp đăng ký theo Luật Doanh nghiệp năm 1999”. Theo đó, KVT có thể là các công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân. Định nghĩa này không bao gồm các doanh nghiệp không đăng ký kinh doanh; các hộ gia đình, các công ty có vốn đầu tư nước ngoài và các doanh nghiệp nhà nước. Nói cách khác, khu vực tư nhân chỉ là một phần của khu vực ngoài nhà nước tại Việt Nam. Như vậy, dưới góc độ nghiên cứu về kinh tế học, các khái niệm về KVT đều dừng lại ở phạm vi hoạt động kinh tế vì mục đích lợi nhuận. Quan niệm đó phù hợp với một KVT dưới góc độ kinh tế học. Có thể khẳng định, việc xác định KVT ở Việt Nam theo tiêu chí kinh tế là có căn cứ nhất, vì nó phù hợp với mục tiêu của việc xác định ranh giới công - tư được thừa nhận để xác định ranh giới của sở hữu. Mặc dù vậy, mục tiêu kinh tế chỉ là yếu tố cần chứ chưa phải là yếu tố đủ. Nghĩa là, ngoài yếu tố kinh tế, tài chính, việc xác định ranh giới công - tư hay yếu tố nhà nước hay ngoài nhà nước nên dựa vào yếu tố cần đó là quyền lực công, quyền lực nhà nước. Với các cách tiếp cận

nêu trên, tác giả cho rằng, các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước phải đáp ứng tiêu chí hoạt động có mục tiêu lợi nhuận; hoạt động không được sử dụng quyền lực nhà nước hay không có sự quản lý của nhà nước (với hệ tiêu chí này, tác giả cho rằng, tầm bao quát của doanh nghiệp và tổ chức ngoài nhà nước thực sự rộng hơn so với doanh nghiệp, tổ chức trong khu vực tư). Ngược lại, cơ quan, doanh nghiệp, tổ chức nhà nước đáp ứng tiêu chí hoạt động phi lợi nhuận hoặc mang lại lợi nhuận cho nhà nước, cho xã hội; hoạt động có sử dụng quyền lực nhà nước hay có sự quản lý hoặc tham gia quản lý của Nhà nước.

Trong một cách tiếp cận khác, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: (i) Pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên. Pháp nhân thương mại bao gồm doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác (Điều 75); (ii) Pháp nhân phi thương mại là pháp nhân không có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận; nếu có lợi nhuận thì cũng không được phân chia cho các thành viên. Pháp nhân phi thương mại bao gồm cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, quỹ xã hội, quỹ từ thiện, doanh nghiệp xã hội và các tổ chức phi thương mại khác (Điều 76). Với những quy định nêu trên, hoàn toàn có thể được tiếp cận bởi Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 đối với doanh nghiệp, tổ chức nhà nước và doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước cho thống nhất và hoàn toàn hiệu quả hơn phương pháp liệt kê đang được sử dụng hiện nay.

Một vấn đề nữa cần lưu ý đó là, doanh nghiệp

xã hội được thành lập và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì vẫn có lợi nhuận và phải giữ lại ít nhất 51% lợi nhuận để tái đầu tư cho các mục tiêu xã hội đã đăng ký. Như vậy, họ vẫn được chia tối đa 49% lợi nhuận còn lại. Tuy nhiên, theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, doanh nghiệp xã hội lại không được chia lợi nhuận. Nguồn vốn hình thành trong doanh nghiệp xã hội có thể do nhiều cách thức huy động như đóng góp của các thành viên, hoặc nhận từ các quỹ tài chính, quỹ xã hội, quỹ từ thiện trong và ngoài nước, như vậy sẽ cũng lại liên quan đến câu chuyện quản trị doanh nghiệp xã hội như thế nào và phòng, chống tham nhũng ra sao cũng cần tiếp tục nghiên cứu để thi hành thống nhất.

2. Chủ thể và hành vi tham nhũng trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước

2.1. Về chủ thể thực hiện hành vi

Theo khoản 2 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, thì chủ thể của hành vi tham nhũng bao gồm: Người giữ chức danh, chức vụ quản lý trong doanh nghiệp, tổ chức; những người khác được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ và có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó. Như vậy, những người có chức vụ, chức danh được bổ nhiệm hoặc ký hợp đồng lao động để đảm nhận một chức danh quản lý nào đó hoàn toàn có thể trở thành chủ thể của tội phạm tham nhũng. Bên cạnh đó, đối với những vị trí công việc mà không phải các chức danh, chức vụ quản lý nhưng trong quá trình thực hiện nhiệm vụ được ủy quyền, được giao hay vì thực hiện đúng nhiệm vụ của bản thân mà có hành vi tham nhũng sẽ bị truy cứu trách nhiệm. Mặc dù vậy, rất có thể các nhà làm luật còn quy định

thiếu chủ thể của hành vi tham nhũng này. Đơn cử đó là những chủ thể dù không nắm giữ các chức danh, chức vụ quản lý hay thực hiện bất kỳ một nhiệm vụ nào với tư cách là người lao động của doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước nhưng lại có đủ khả năng tác động đối với các chủ thể nêu trên trong việc ra các quyết định quản lý hoặc thực hiện nhiệm vụ của mình. Những người này không tồn tại chính thức và hợp lệ trong doanh nghiệp nhưng lại là những chủ thể có khả năng hủy hoại văn hóa liêm chính kinh doanh và làm cho hoạt động quản trị công ty trở nên cực kỳ kém hiệu quả.

2.2. Về hành vi tham nhũng

Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 quy định, hành vi tham nhũng trong khu vực ngoài nhà nước do người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp, tổ chức khu vực ngoài nhà nước thực hiện bao gồm: Tham ô tài sản; nhận hối lộ; đưa hối lộ, môi giới hối lộ để giải quyết công việc của doanh nghiệp, tổ chức mình vì vụ lợi (khoản 2 Điều 2). Cụ thể, hành vi tham nhũng theo mối quan hệ ngoài nhà nước có 02 nhóm chính²: (i) Nhóm hành vi tham nhũng nảy sinh trong mối quan hệ giữa các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước; (ii) Nhóm hành vi tham nhũng nảy sinh trong mối quan hệ trong nội bộ doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước. Những hành vi này có thể làm ảnh hưởng đến giá thành của hàng hóa, dịch vụ mà các doanh nghiệp cung ứng cho thị trường và cho người tiêu dùng; bên cạnh đó, những hành vi này ảnh hưởng đến đạo đức trong kinh doanh của các doanh nghiệp và những người đứng đầu doanh nghiệp.

- Nhóm hành vi tham nhũng này sinh trong mối quan hệ giữa các doanh nghiệp, tổ chức

ngoài nhà nước:

Trong quá trình kinh doanh, các doanh nghiệp thường xuyên phải thực hiện các giao dịch. Việc thực hiện các giao dịch này trên thực tế cũng tiềm ẩn khá nhiều vấn đề có liên quan đến xung đột lợi ích của những người quản lý và điều hành công ty hoặc đơn thuần là giữa các thành viên công ty (mà chủ yếu là những người đại diện theo pháp luật) với các đối tác và những người có liên quan đến công ty hay những người đồng sở hữu công ty.

Sự tách bạch quyền sở hữu và quyền quản lý, điều hành công ty là một yếu tố quan trọng để đảm bảo quản trị công ty tốt. Tuy nhiên, trong công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty hợp danh có thể tồn tại nhiều người đại diện theo pháp luật, khi thực hiện việc đại diện cho công ty ký kết hợp đồng với các đối tác của công ty có đảm bảo và kiểm soát được vấn đề xung đột lợi ích hay không. Khi chủ sở hữu công ty không hoàn toàn trực tiếp quản lý, điều hành công ty (cổ đông là thành viên hội đồng quản trị không tham gia điều hành) thì việc thực hiện giao dịch này của công ty không phải lúc nào cũng đảm bảo lợi ích cao nhất cho công ty, cho chủ sở hữu (đặc biệt là cổ đông nhỏ) của công ty.

Với bản chất pháp lý là các pháp nhân thương mại, mục tiêu cơ bản nhất mà các loại hình doanh nghiệp hướng tới khi tham gia thị trường hướng đến là lợi nhuận. Tuy nhiên, mục tiêu lợi nhuận của công ty không phải được thực hiện bằng mọi giá kể cả thực hiện những hành vi vi phạm pháp luật hay xâm phạm về đạo đức kinh doanh... Vì vậy, một nền quản trị tốt, minh bạch và hiệu quả của doanh nghiệp cần đảm bảo các

yêu cầu về đạo đức trong kinh doanh³.

Một số hành vi cụ thể trong nhóm này gồm:

+ Tham nhũng giữa doanh nghiệp với doanh nghiệp là tình trạng tham nhũng gây thiệt hại cho một, thậm chí cả hai bên doanh nghiệp. Ví dụ điển hình nhất cho loại này là tội biển thủ và các tội phạm đi kèm như giữ quỹ đen, rửa tiền, làm giả hồ sơ, giấy tờ, thậm chí là lừa đảo... Hành vi này có thể chỉ do một doanh nghiệp chủ động thực hiện và một bên bị động phải gánh chịu hậu quả hoặc cả hai bên cùng có ý định và thực hiện trên thực tế nhằm gây thiệt hại cho nhau. Những hành vi này sẽ làm phương hại đến môi trường kinh doanh và cạnh tranh trong cùng nhóm ngành hoặc cùng một thị phần nhất định và có ảnh hưởng đến sự phát triển kinh tế đất nước và kinh tế của địa phương.

+ Tham nhũng cấu kết doanh nghiệp là tình trạng tham nhũng gây thiệt hại cho bên thứ ba (có thể là khu vực nhà nước hoặc ngoài nhà nước). Loại tham nhũng này thường xuất hiện phổ biến trong các hoạt động đấu thầu, đấu giá, đấu cơ hay vận động chính sách... Hành vi tham nhũng này có thể có mức độ thiệt hại rất lớn, có thể tạo những ưu thế vượt trội trước các đối thủ cạnh tranh, thầu tóm hay thôn tính toàn bộ thị phần làm mất cân bằng và công bằng trong một ngành hay một lĩnh vực đầu tư, kinh doanh nào đó. Ở một khía cạnh lớn hơn, hành vi này có thể thay đổi cả những yếu tố cấu thành môi trường đầu tư kinh doanh ở một vùng hay thậm chí trên lãnh thổ của một quốc gia và có ảnh hưởng đến sự hấp dẫn của môi trường đầu tư trong và ngoài nước.

- Nhóm hành vi tham nhũng nảy sinh trong mối quan hệ trong nội bộ doanh nghiệp, tổ chức

ngoài nhà nước:

Đây là những hành vi tham nhũng gây ảnh hưởng và thiệt hại trực tiếp cho bản thân doanh nghiệp, cụ thể gồm những hành vi:

+ Hành vi đòi hoặc nhận một lợi ích bất chính từ nhân viên cấp dưới hoặc ứng viên dự tuyển của người có chức vụ, quyền hạn trong doanh nghiệp. Hành vi này cũng được thực hiện bởi chủ thể là những người giữ cương vị quản lý trong doanh nghiệp như giám đốc, các phó giám đốc, người phụ trách nhân sự, kinh doanh... đòi hỏi nhận một lợi ích bất chính từ nhân viên hoặc ứng viên dự tuyển vào doanh nghiệp mình để nhận họ hoặc bố trí họ vào vị trí công tác thuận lợi.

+ Hành vi gian lận trong kê khai tăng chi phí tiêu hao vật tư, gian lận trong thu mua nguyên liệu đầu vào và các khoản mua sắm thiết bị văn phòng, trong chi phí liên quan tới chính sách trích thưởng cho khách hàng, hoặc dàn xếp trong các hoạt động đấu thầu.

Trong quan hệ giữa cổ đông và người quản lý, điều hành doanh nghiệp, cổ đông là người ủy quyền cho người quản lý, điều hành sử dụng tài sản của mình trong doanh nghiệp để kinh doanh. Đối với các doanh nghiệp nhỏ, doanh nghiệp gia đình thì người quản lý, điều hành có thể là người sở hữu toàn bộ phần vốn của doanh nghiệp đó. Trong những trường hợp như vậy, nguy cơ tham nhũng là rất nhỏ. Mặc dù vậy, nếu không tách bạch tài sản và quản lý, điều hành dẫn đến sự không tách bạch giữa tài sản của công ty và của chủ sở hữu, dẫn đến nhiều bất lợi cho các đối tác và đặc biệt là các chủ nợ. Tuy nhiên, sự phát triển bùng nổ của nền kinh tế đã hình thành những doanh nghiệp, tập đoàn lớn, quá trình đó dẫn đến nhu cầu chuyên môn hóa cao hơn và việc hình thành các doanh nghiệp tư nhân mà

người nắm vốn và người điều hành tách biệt nhau. Đây chính là thực tế để tham nhũng nảy sinh trong mối quan hệ giữa cổ đông và người điều hành doanh nghiệp. Biểu hiện của hành vi tham nhũng này có thể dưới dạng: Hội đồng quản trị của doanh nghiệp ra quyết định đầu tư vào một dự án chỉ mang lại lợi nhuận cho một số thành viên chủ chốt của hội đồng quản trị; người điều hành/hoặc một số thành viên chủ chốt trong hội đồng quản trị ăn chia, hối lộ trong quan hệ giữa công ty mẹ với công ty con, chi nhánh; người điều hành không phải là chủ sở hữu của doanh nghiệp đã tùy tiện bố trí người thân tín vào các vị trí quản lý quan trọng để vô hiệu hóa các cơ chế kiểm soát nội bộ hoặc giao dịch với các doanh nghiệp "sân sau" để thỏa thuận gởi giá, "lại quả"; một cổ đông đồng thời là thành viên hội đồng quản trị nắm được thông tin về khủng hoảng của công ty mình sớm hơn các cổ đông khác và đã nhanh tay bán trước các cổ phiếu đang nắm giữ của công ty này... Bên cạnh đó, trong quan hệ giữa người lao động và người sử dụng lao động cũng có thể phát sinh tư lợi. Người sử dụng lao động thường sẽ ủy quyền cho người lao động thực hiện một số công việc nào đó. Trong quá trình này, người lao động có thể thực hiện hành vi sai trái vì lợi ích cá nhân.

Ngoài các hành vi phổ biến trong lĩnh vực kinh doanh truyền thống của doanh nghiệp đã được thống kê nêu trên thì trong một số lĩnh vực kinh doanh "không truyền thống" thời gian qua, tham nhũng cũng đã diễn ra ngày càng phổ biến và gây hậu quả cả về kinh tế và xã hội. Đó là hiện tượng tham nhũng trong một số lĩnh vực như thể thao, giáo dục... Gọi đây là kinh doanh "không truyền thống" bởi lẽ ngoài mục tiêu kinh tế, lĩnh vực thể thao, văn hóa, giáo dục còn có tác

động xã hội rất rộng lớn và tham nhũng trong lĩnh vực này không chỉ gây ra những tổn hại về mặt kinh tế cho doanh nghiệp mà còn tác động tiêu cực ở khía cạnh xã hội, văn hóa cũng rất lớn như vụ nhận tiền để dàn xếp tỉ số của các cầu thủ bóng đá... bởi các công ty tổ chức sự kiện, các câu lạc bộ bóng đá cũng là các doanh nghiệp ngoài nhà nước. Chính như vậy, việc quy định hành vi tham nhũng mang tính “truyền thống” như trong Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 cũng chưa thực sự đáp ứng được yêu cầu điều chỉnh của thực tiễn.

Ngoài những nội dung lớn nêu trên, tác giả cũng thấy còn một số vấn đề cần lưu ý khi nghiên cứu nội dung Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 trong yêu cầu quản trị công ty:

Thứ nhất, thống nhất quan điểm, trách nhiệm phòng, chống tham nhũng là trách nhiệm chung của Nhà nước và các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước. Tuy nhiên, không vì vậy mà chúng ta cố gắng hình sự hóa hoặc hành chính hóa quan hệ kinh tế.

Thứ hai, các tổ chức, doanh nghiệp ngoài nhà nước như công ty đại chúng, tổ chức tín dụng, tổ chức xã hội từ thiện thành lập theo quy định mới phải bắt buộc áp dụng các biện pháp phòng, chống tham nhũng và chịu sự kiểm tra, giám sát bắt buộc, còn đối với các doanh nghiệp và tổ

chức ngoài nhà nước khác đây chỉ là nhu cầu tự nguyện. Thực tế cho thấy, các công ty đại chúng, công ty niêm yết phải tuân thủ những quy tắc quản trị cực nghiêm ngặt và có những hiệu quả nhất định. Quy định của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 thực chất là thêm tiêu chí đối với các loại hình doanh nghiệp này khi đánh giá các chỉ số quản trị công ty chứ không có gì quá mới mẻ. Điều quan trọng giai đoạn hiện nay là doanh nghiệp cần tham gia quyết liệt và thiện chí vào những bảng đánh giá, xếp hạng thông qua các thẻ điểm quản trị doanh nghiệp Việt Nam của các tổ chức, hiệp hội quốc tế bên cạnh tự phát triển cho doanh nghiệp Việt Nam bộ thẻ điểm quản trị này và phòng, chống tham nhũng là một tiêu chí hết sức quan trọng để làm trong sạch và liêm chính môi trường kinh doanh.

Thứ ba, cần tiếp tục nghiên cứu đánh giá tính thống nhất của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 với các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan như Luật Doanh nghiệp, Bộ luật Dân sự, Luật Đầu tư công, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Chứng khoán... để có những phương án phối hợp thực thi luật trên thực tiễn nhằm hạn chế những mâu thuẫn hay xung đột với các văn bản khác trong bối cảnh luật chưa có hiệu lực và đang trong giai đoạn soạn thảo văn bản hướng dẫn mới ban hành đúng vào thời điểm luật có hiệu lực □

1. Xem: Trần Bình, Khu vực kinh tế tư nhân - nguồn huyết mạch chưa khai thông, tại địa chỉ: www.vnep.org.vn/Modules/CMS/.../Khu%20vuc%20kinh%20te%20tu%20nhan.doc, truy cập ngày 13/6/2017.

2. Tham khảo trên kết quả nghiên cứu của nhóm nghiên cứu gồm: TS. Đào Lệ Thu, PGS.TS. Vũ Cương và PGS.TS. Tô Văn Hòa trong Báo cáo tổng hợp “Phòng, chống tham nhũng trong hoạt động kinh doanh ở Việt Nam: Thực trạng pháp luật, kinh nghiệp quốc tế và một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về phòng, chống tham nhũng” được thực hiện năm 2016.

3. Tổng Hoàng Hà, Những nguyên tắc cơ bản trong quản trị công ty trách nhiệm hữu hạn, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 4/2018, tr. 43.