

Một số vấn đề mang tính kỹ thuật lập pháp của luật các tổ chức tín dụng năm 2010

NGUYỄN THÁI HÀ

Học viện Ngân hàng

Được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XII, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 16/6/2010 và được Chủ tịch nước ký Lệnh công bố vào ngày 29/6/2010, Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 (sau đây gọi tắt là Luật các TCTD) được kỳ vọng là một sự thay thế hoàn hảo cho Luật các TCTD năm 1997 và Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật các TCTD năm 2004 vốn từ lâu đã không còn phù hợp với tình hình kinh tế Việt Nam. Không thể phủ nhận là Luật các TCTD đã có nhiều thay đổi tích cực so với văn bản cũ trong việc điều chỉnh các TCTD, tuy nhiên, văn bản này vẫn còn tồn tại một số quy định cần có sự trao đổi thêm.

Bài viết bàn luận về một số vấn đề mang tính kỹ thuật lập pháp của Luật các TCTD năm 2010 như sau:

1. Quy định về tổ chức tín dụng nước ngoài- Khoản 8 Điều 4 Luật Các TCTD

Theo quy định tại Khoản 8 Điều 4:

“Tổ chức tín dụng nước ngoài là tổ chức tín dụng được thành lập ở nước ngoài theo quy định của pháp luật nước ngoài.

Tổ chức tín dụng nước ngoài được hiện diện thương mại tại Việt Nam dưới hình thức văn phòng đại diện, ngân hàng liên doanh, ngân hàng

100% vốn nước ngoài, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, công ty tài chính liên doanh, công ty tài chính 100% vốn nước ngoài, công ty cho thuê tài chính liên doanh, công ty cho thuê tài chính 100% vốn nước ngoài”.

Đoạn hai trong quy định trên cho thấy mọi TCTD tại thời điểm được Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (NHNN) cấp giấy phép thành lập và hoạt động, nếu có sự tham gia góp vốn (hoặc đầu tư toàn bộ vốn) của bên nước ngoài sẽ đều gọi là: *“hiện diện thương mại của TCTD nước ngoài tại Việt Nam”*. Theo quan điểm của chúng tôi, cách tiếp cận



này cần xem xét lại nhằm đảm bảo tính chính xác về quốc tịch của một tổ chức.

Theo thông lệ quốc tế và quy định của pháp luật Việt Nam (Khoản 20 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005), quốc tịch của doanh nghiệp là quốc tịch của nước, vùng lãnh thổ nơi doanh nghiệp thành lập, đăng ký kinh doanh¹. Nội dung nguyên tắc này cũng được thể hiện rõ trong Khoản 8 Điều 4 Luật các TCTD: *“Tổ chức tín dụng nước ngoài là tổ chức tín dụng được thành lập ở nước ngoài theo quy định của pháp luật nước ngoài”*. Tuy nhiên, nguyên tắc này không được thể hiện nhất quán. Khi áp dụng quy định này vào các chủ thể được liệt kê tại Khoản 8 Điều 4 Luật các TCTD chúng ta thấy các chủ thể này bao gồm hai nhóm:

Nhóm thứ nhất: Văn phòng đại diện của TCTD nước ngoài và Chi nhánh ngân hàng (NH) nước ngoài. Do nhóm này không phải là một thực thể pháp luật độc lập nên không được thành lập theo quy định của pháp luật Việt Nam. Đây là một bộ phận của TCTD nước ngoài, đại diện cho TCTD nước ngoài để thực hiện một số hoạt động tại Việt Nam. Nội dung hoạt động cụ thể tùy thuộc vào việc đó là chi nhánh hay văn phòng đại diện². Chúng tôi cho rằng, nhóm này thực sự là sự

“hiện diện thương mại của TCTD nước ngoài” tại Việt Nam.

Nhóm thứ hai: Các chủ thể còn lại (bao gồm ngân hàng liên doanh, ngân hàng 100% vốn nước ngoài, công ty tài chính liên doanh, công ty tài chính 100% vốn nước ngoài, công ty cho thuê tài chính liên doanh, công ty cho thuê tài chính 100% vốn nước ngoài). Theo quy định tại Khoản 1 Điều 4 Luật các TCTD thì tất cả các chủ thể thuộc nhóm này đều được gọi chung là TCTD và thuộc hai loại hình: NH và TCTD phi NH (Khoản 3 và 4 Điều 4 Luật các TCTD). Theo quy định tại Điều 18, 20, 22 và 24 Luật các TCTD thì đây là các chủ thể pháp luật mới, được hình thành trên cơ sở các quy định của pháp luật về Ngân hàng Việt Nam, từ điều kiện để được cấp giấy phép đến trình tự thủ tục cấp phép, đăng ký doanh nghiệp. Rõ ràng, với điều kiện thành lập và hoạt động như trên thì đương nhiên, đây phải là các tổ chức (doanh nghiệp) mang quốc tịch Việt Nam- theo thông lệ quốc tế và chính cách hiểu của pháp luật Việt Nam như Khoản 20 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 và chính tại Khoản 8 Điều 4 Luật các TCTD (đoạn thứ nhất)- chứ không thể là *“hiện diện thương mại của TCTD nước ngoài tại Việt Nam”* như cách hành văn tại đoạn thứ hai Khoản 8 Điều 4 Luật các TCTD đã đưa ra.

Như vậy, trong quy định của Khoản 8 Điều 4 Luật các TCTD đã có sự mâu thuẫn khi

lý giải về quốc tịch của một TCTD. Cụ thể, mặc dù đã lý giải đúng về khái niệm TCTD nước ngoài song, khi cụ thể hóa khái niệm thông qua phương thức liệt kê thì quy định này của Luật các TCTD đã gán cho một số các TCTD được thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam (Ngân hàng liên doanh và Ngân hàng 100% vốn nước ngoài) là các TCTD nước ngoài đang *hiện diện thương mại* tại Việt Nam. Xuất phát từ thực trạng này chúng tôi cho rằng, cần phải thay đổi đối với quy định tại Khoản 8 Điều 4 của Luật các TCTD nhằm đảm bảo tính khoa học và chặt chẽ trong từng quy phạm pháp luật, đồng thời cũng đảm bảo được tính thống nhất của pháp luật Việt Nam XHCN. Việc sửa đổi trực tiếp quy định này của Luật trong thời điểm hiện nay là khó nhưng khi nhu cầu sửa đổi văn bản này được đặt ra thì đây sẽ nên quan tâm chỉnh sửa.

2. Quy định về cổ phần ưu đãi của TCTD- Khoản 4 Điều 52 Luật Các TCTD

Điểm mới của Luật Các TCTD so với Luật các TCTD năm 1997 khi quy định về cổ phần của TCTD cổ phần là sự ghi nhận các loại cổ phần ưu đãi mà TCTD được phép phát hành. Theo quy định tại Khoản 2 Điều 52, TCTD cổ phần được phép phát hành cổ phần ưu đãi cổ tức và cổ phần ưu đãi biểu quyết. Tuy nhiên, trong khi khoản 3 Điều 52 đã giải thích chi tiết về cổ phần ưu đãi cổ tức thì cổ phần ưu đãi biểu

¹ Đây cũng là cách xác định quốc tịch của một tổ chức nói chung được hầu hết các quốc gia trên thế giới áp dụng.

² Xem thêm Khoản 3 và 4 Điều 92 Bộ luật Dân sự năm 2005.



quyết- loại cổ phần có sự ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động quản trị một TCTD nói riêng và một công ty cổ phần nói chung lại chưa được giải thích rõ. Thậm chí, quy định về loại cổ phần này tại Khoản 4 Điều 52 còn làm cho người đọc cảm thấy khó hiểu về loại cổ phần này:

“Cổ phần ưu đãi cổ tức là cổ phần được trả cổ tức với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông hoặc mức ổn định hằng năm. Cổ tức được chia hằng năm gồm cổ tức cố định và cổ tức thưởng. Cổ tức cố định không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh của tổ chức tín dụng và chỉ được trả khi tổ chức tín dụng có lãi. Trường hợp tổ chức tín dụng kinh doanh thua lỗ hoặc có lãi nhưng không đủ để chia cổ tức cố định thì cổ tức cố định trả cho cổ phần ưu đãi cổ tức được cộng dồn vào các năm tiếp theo. Mức cổ tức cố định cụ thể và phương thức xác định cổ tức thưởng do Đại hội đồng cổ đông quyết định và được ghi trên cổ phiếu của cổ phần ưu đãi cổ tức. Tổng giá trị mệnh giá của cổ phần ưu đãi cổ tức tối đa bằng 20% vốn điều lệ của tổ chức tín dụng.

Thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc) và người quản lý, người điều hành khác của tổ chức tín dụng không được mua cổ phần ưu đãi cổ tức do tổ chức tín dụng đó phát hành. Người được mua cổ phần ưu đãi cổ tức do Điều lệ của tổ chức tín

dụng quy định hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định.

Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức có các quyền như cổ đông phổ thông, trừ quyền biểu quyết, dự họp Đại hội đồng cổ đông, đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát.”

“Chỉ có tổ chức được Chính phủ ủy quyền và cổ đông sáng lập được quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết. Quyền ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chỉ có hiệu lực trong 03 năm, kể từ ngày tổ chức tín dụng được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau thời hạn đó, cổ phần ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chuyển đổi thành cổ phần phổ thông. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết có các quyền như cổ đông phổ thông, trừ quyền chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác.”

So sánh quy định về cổ phần ưu đãi biểu quyết với quy định về cổ phần ưu đãi cổ tức có thể thấy: Nếu người sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức được hưởng mức cổ tức cao hơn người sở hữu cổ phần phổ thông, thì qui định chưa cho thấy sự ưu đãi đối với người sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết. Tiếp tục so sánh với điều 53 Luật TCTD quy định về quyền của cổ đông phổ thông thì thấy quyền ưu đãi biểu quyết của cổ đông ưu đãi biểu quyết thậm chí bị hạn chế hơn so với cổ đông phổ thông về quyền chuyển nhượng!

Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã có những quy định rất cụ thể và chi tiết về các loại cổ

phần (trong đó có cả hai loại cổ phần nói trên). Nếu Luật các TCTD sử dụng các quy định tương tự của Luật Doanh nghiệp thì không cần giải thích như Điều 52 mà chỉ cần dẫn chiếu sang Luật Doanh nghiệp, đồng thời đưa ra quy định về những khác biệt giữa cổ phần của TCTD và cổ phần của một công ty cổ phần hoạt động trong các lĩnh vực khác (nếu có). Với thực trạng của các quy định này hiện nay, sẽ rất thiếu thuyết phục nếu sử dụng các quy định về cổ phần ưu đãi biểu quyết của Luật Doanh nghiệp 2005 để xác định quyền ưu đãi biểu quyết cho các cổ đông ưu đãi biểu quyết của một TCTD.

Trên thực tế, việc vận dụng các quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 để xác định quyền và nghĩa vụ của cổ đông ưu đãi biểu quyết của một TCTD vẫn sẽ diễn ra, song rõ ràng, Luật các TCTD 2010 với cách sử dụng ngôn ngữ không tốt đã vô hình chung tước đi quyền “ưu đãi biểu quyết” của cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết- có số phiếu biểu quyết cao hơn so với cổ đông phổ thông. Đây cũng là một hạn chế cần phải được lưu ý. Việc khắc phục bất cập này có thể thực hiện theo một trong hai cách: (1) Giữ nguyên các quy định hiện hành đồng thời bổ sung các quyền và nghĩa vụ cụ thể của cổ đông ưu đãi biểu quyết. Các quyền và nghĩa vụ này có thể được “sao chép” nguyên từ Luật Doanh nghiệp năm 2005 hoặc cũng có thể là những quyền và



nghĩa vụ khác hơn, thể hiện sự đặc thù của TCTD; (2) sửa đổi quy định hiện hành theo hướng bỏ các quy định hiện tại và thay thế bằng một quy định dẫn chiếu từ Luật các TCTD sang Luật Doanh nghiệp 2005.

Trong hai cách trên, nên vận dụng theo hướng thứ hai bởi cách giải quyết này sẽ làm cho các quy định của pháp luật đảm bảo được tính thống nhất đồng thời tránh được sự dài dòng, phức tạp không cần thiết.

3. Vấn đề góp vốn của cổ đông sáng lập và thành viên sáng lập- Điểm b Khoản 1 Điều 20 Luật các TCTD

Theo quy định, để TCTD được cấp phép thì các cổ đông sáng lập, thành viên sáng lập phải có đủ năng lực chủ thể và năng lực tài chính để thực hiện việc góp vốn. Đây là quy định hợp lý và cần thiết, là một trong những điều kiện quan trọng để đảm bảo TCTD khi ra đời có đủ năng lực tài chính bằng nguồn tài chính thuộc sở hữu của các nhà đầu tư (mà không phải từ nguồn vốn vay) và qua đó đảm bảo sự an toàn trong hoạt động ở một mức độ nhất định. Tuy nhiên, khi cụ thể hóa điều kiện về “*năng lực tài chính*” này, Điểm b Khoản 2 Điều 9, Khoản 3 Điều 10 Thông tư số 40/2011/TT-NHNN ngày 15/12/2011 đã đưa ra quy định yêu cầu cổ đông sáng lập Ngân hàng thương mại cổ phần (NHTMCP), thành viên sáng lập NH liên doanh, NH 100% vốn nước ngoài phải “*cam kết hỗ trợ NH về tài chính để giải quyết khó khăn trong trường*

hợp NH gặp khó khăn về tài chính hoặc thanh khoản”.

Đây là một quy định mang tính hình thức, thiếu khả thi. Cho đến thời điểm hiện tại, chế tài cho việc không thực hiện đúng “cam kết hỗ trợ tài chính” của cổ đông sáng lập, thành viên sáng lập là chưa có. Nếu có, chế tài đó cũng thiếu cơ sở khoa học để tồn tại và sẽ làm thay đổi quy chế pháp lý của một cổ đông hay thành viên công ty TNHH mà pháp luật Việt Nam đã tạo ra.

Như vậy, tính khả thi của quy định này là rất thấp bởi nó hoàn toàn phụ thuộc vào sự thiện chí, tự nguyện của các nhà đầu tư- khi mà đối với họ, lợi nhuận là tối thượng. Vì vậy, chúng tôi kiến nghị nên bãi bỏ quy định này, tránh việc quy định của pháp luật được tạo ra mà khó trở thành hiện thực.

4. Vấn đề chấp thuận của NHNN đối với việc tự nguyện giải thể một TCTD- Khoản 1 Điều 154 Luật các TCTD

Nhận thức được tầm quan trọng và sức ảnh hưởng của TCTD đối với xã hội, nền kinh tế, nên pháp luật về ngân hàng Việt Nam luôn hướng đến việc xây dựng một khung pháp lý bảo vệ cho sự an toàn của hệ thống. Một trong những biện pháp được đưa ra là kiểm soát chặt chẽ suốt quá trình TCTD tồn tại, cụ thể: TCTD chỉ có thể ra đời và đi vào hoạt động dưới sự cho phép của NHNN, TCTD nếu thực hiện các hoạt động tổ chức lại cần có sự chấp thuận bằng văn bản của NHNN, TCTD chỉ có thể bị

tuyên bố phá sản nếu đã có văn bản của NHNN tuyên bố từ chối hoặc không tiếp tục áp dụng các biện pháp kiểm soát đặc biệt... và thậm chí, khi TCTD muốn được giải thể (tự nguyện) cũng cần có sự chấp thuận bằng văn bản của NHNN.

Sự kiểm soát chặt chẽ sẽ góp phần đảm bảo sự an toàn của từng tổ chức cũng như cả hệ thống các TCTD. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, không nhất thiết và cũng không nên kiểm soát tất cả mọi hoạt động của TCTD. Cụ thể như quy định về sự chấp thuận bằng văn bản của NHNN đối với việc giải thể một TCTD trong trường hợp tổ chức này tự nguyện giải thể³. Bởi lẽ, khi TCTD muốn giải thể tự nguyện cũng có nghĩa là TCTD đó hoàn toàn có khả năng (và bắt buộc phải có khả năng) thanh toán tất cả các nghĩa vụ (đặc biệt là các nghĩa vụ về tài chính).

Chúng tôi cho rằng nên bãi bỏ quy định đòi hỏi cần phải có sự chấp thuận của NHNN đối với việc giải thể một TCTD như hiện hành. Để có thể đảm bảo được sự quản lý của NHNN đối với mọi sự thay đổi của từng TCTD cũng như của cả hệ thống, có thể thay thế quy định hiện hành bằng quy định về trách nhiệm báo cáo việc giải thể của TCTD cho NHNN trước khi thực hiện việc giải thể.

Trên đây là một số những
xem tiếp trang 66

³ Xem thêm Khoản 1 Điều 154 Luật các TCTD



TCVM bao gồm nhiều hoạt động, không chỉ là cung cấp dịch vụ tín dụng mà còn các dịch vụ khác nhưng cho đến nay, rất nhiều người còn nhầm lẫn TCVM với tín dụng vi mô. Mặt khác, việc cung cấp các dịch vụ TCVM không phải là một hoạt động từ thiện. Hoạt động TCVM cần áp dụng các nguyên tắc kinh doanh lành mạnh, hoạt động theo hướng bù đắp chi phí và có lãi. Theo mô hình của GB, mặc dầu đây là một ngân hàng cổ phần hoạt động theo nguyên tắc của thị trường, nhưng rõ ràng sự tăng trưởng của nó đã tạo thêm nguồn vốn bổ sung cho vay người nghèo. Lợi nhuận của ngân hàng cũng được phân chia cho người nghèo để cải thiện thêm điều kiện sống và thu nhập cho chính người nghèo. Sự phụ thuộc của BRI vào bao cấp của Chính phủ đã dẫn đến bờ vực phá sản và cũng đã làm ảnh hưởng đến cơ hội tiếp cận vốn của người nghèo. Nhưng nhờ sự chuyển đổi mô hình hoạt động, BRI cũng tăng trưởng và trở thành ngân hàng hàng đầu phục vụ người nghèo. ¹¹

Tài liệu tham khảo

1. PGS.TS. Nguyễn Kim Anh và các tác giả (2010), "Phát triển tài chính vi mô ở khu vực nông nghiệp nông thôn Việt nam", Đề tài khoa học cấp ngành KNH 2009-06.

2. HOLLIS, A. and SWEETMAN, A. (1997) *Complementarity, Competition and Institutional Development: The Irish Loan Funds through Three Centuries*, University of Calgary and

University of Victoria.

3. LEDGERWOOD, J., (1999) *Microfinance Handbook: An Institutional and Financial Perspective*, Washington: World Bank

4. Số liệu báo cáo tài chính giai đoạn 1976-2009 của Ngân hàng Grameen Bank trên trang web chính thức: http://www.grameen.com/index.php?option=com_content&task=view&id=177&Itemid=503

5. Số liệu thống kê về tài chính vi mô Ấn Độ và các nhóm tương hỗ trên trang web: <http://www.microfinancegateway.org/p/site/m/template.rc/1.1.16975/>

6. Số liệu báo cáo tài chính của Bank Rakyat Indonesia trên trang web: http://en.wikipedia.org/wiki/Bank_Rakyat_Indonesia

7. Lê Thị Lân (2009), "Xây dựng ngành tài chính vi mô Việt Nam phát triển theo hướng bền vững để thực hiện mục tiêu xóa đói giảm nghèo", Trung tâm Hỗ trợ phát triển nguồn lực tài chính cộng đồng, Hà Nội.

tiếp theo trang 72

5. Thủ tướng chính phủ (2007), Quyết định của Thủ tướng Chính phủ số 157/2007/QĐ-TTg về tín dụng đối với học sinh, sinh viên, Ban hành ngày 27/9/2007.

6. Tertiary education fees in Australia. http://en.wikipedia.org/wiki/Tertiary_education_fees_in_Australia

tiếp theo trang 77

và chính sách tiền tệ của Việt Nam", Tạp chí Ngân hàng, số 19, 10/2011.

8. Leigh Drake and Maximilian J.B. Hall (2003), "Efficiency in Japanese Banking: An Empirical Analysis", Journal of Banking & Finance

27.

9. Nguyen Khac Minh, Nguyen Viet Hung & Nguyen Manh Hung (2008), "The impact of Vietnam's economic reforms on economic growth in three economic sectors," International workshop on Growth, structural change, and policies in Vietnam since Doimoi.

10. Bùi Duy Phú, Trần Thị Lộc (2011), Xây dựng hàm cầu tiền Việt Nam, phân tích và dự báo qua một số mô hình định lượng, Đề tài NCKH cấp Ngành, Mã số KNH 2010- 06.

11. Vo Tri Thanh (1995), "Exchange rate arrangement: Information content and Policy option", <http://www.eadnwp18.pdf>

12. Yu H. & Gan P. T. (2009), "An Empirical Analysis of the Money Demand Function in ASEAN-5", International Research Journal of Finance and Economics- Issue 33 (2009).

tiếp theo trang 26

nội dung của Luật các TCTD năm 2010 còn chưa hợp lý và cần phải khắc phục. Đây chỉ là những hạn chế rất nhỏ và phần lớn là những hạn chế mang tính kỹ thuật, song để đảm bảo tính thống nhất của pháp luật, đảm bảo tính khả thi của từng quy định pháp luật thì việc sửa đổi, bãi bỏ hay bổ sung là điều cơ quan làm luật cũng cần phải quan tâm. ¹¹