

LTS: Tiếp theo bài “M&A: để không bị thiệt khi bán doanh nghiệp” đăng trên TBKSG số 37 ra ngày 12-9-2013 bài viết dưới đây chia sẻ một số vấn đề khá cụ thể mà bên bán cần lưu tâm trong hợp đồng mua bán vốn góp/cổ phần (được gọi tắt là SPA - Share Purchase Agreement).

# M&A: hãy cẩn trọng trong các điều khoản



LS. LƯƠNG VĂN TRUNG (\*)

**M**ục tiêu cơ bản của bên mua trong hầu hết các SPA là quyền sở hữu an toàn đối với vốn góp/cổ phần được mua, quyền giảm thiểu rủi ro, tối đa hóa sự tự vệ và quyền được cung cấp thông tin đầy đủ và chính xác từ bên bán. Trong khi đó, mục tiêu chính của bên bán là thu được tiền về, giảm thiểu hoặc loại bỏ các trách nhiệm tài chính trong tương lai và tránh các trách nhiệm ngoài SPA.

Hầu hết các SPA đều có các điều khoản về đối tượng của hợp đồng; các điều kiện tiên quyết; giá cả và thanh toán; các trình bày và bảo đảm; điều kiện hoàn thành giao dịch; cam kết của bên bán trước khi hoàn thành giao dịch; các cam kết mang tính hạn chế bên bán, bảo vệ bên mua; trách nhiệm bồi thường và bồi hoàn của bên bán đối với bên mua và các điều khoản chuẩn mực khác.

## Các trình bày và bảo đảm

Các trình bày (*representations*) và bảo đảm (*warranties*) là một trong những thành tố cơ bản của luật hợp đồng của hệ thống luật án lệ hay thông pháp (*common law*).

Các trình bày là các tuyên bố về sự việc hoặc quan điểm của một bên trước khi ký hợp đồng nhưng có giá trị như là lời hứa hoặc là cơ sở cơ bản để dẫn

dự và thúc đẩy bên kia tham gia ký kết hợp đồng. Các trình bày thường được ghi lại rõ ràng trong hợp đồng. Hậu quả của việc trình bày sai sự việc hoặc quan điểm (*misrepresentations*) sẽ là một vi phạm có thể dẫn đến việc bên bị vi phạm có quyền hủy bỏ hoặc chấm dứt hợp đồng và/hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại. Các khái niệm này được sử dụng trong hầu hết các SPA mà bên mua đến từ các quốc gia phát triển, chịu ảnh hưởng của hệ thống common law (như Anh, Mỹ, Canada, Singapore, Nhật Bản, Hồng Kông...) và thành viên của Liên hiệp châu Âu.

Tuy luật pháp của Việt Nam không có các khái niệm tương đồng nhưng do nguyên tắc tự do thỏa thuận mà không trái pháp luật và đạo đức nên việc đưa các thỏa thuận và loại điều khoản nêu trên vào SPA một cách đầy đủ và rõ ràng có thể được các tòa án và cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam chấp nhận. Ngoài ra, do bên mua từ các quốc gia nêu trên coi những điều khoản đó là chuẩn mực, nên việc họ loại bỏ chúng trong SPA với bên bán ở Việt Nam là điều hiếm gặp.

Bên bán cần rà soát kỹ các trình bày do bên mua soạn hoặc yêu cầu đưa vào SPA (thường là rất rộng) và phải thu hẹp tối đa các nội dung và phạm vi trình bày. Cơ bản nhất là phải xem các trình bày đó chắc chắn và chính

**Do luật pháp Việt Nam chỉ thừa nhận thiệt hại trực tiếp, bên bán nên kiên quyết chỉ chịu trách nhiệm đối với các thiệt hại trực tiếp có mối quan hệ nhân quả với vi phạm cụ thể của mình.**

xác đến cỡ nào để tránh “há miệng mắc quai”. Một cách để tránh rủi ro này là nên tận dụng tối đa cơ hội công bố các rủi ro hoặc vấn đề của doanh nghiệp phải bán và yêu cầu ghi rõ trong SPA. Các công bố này được coi là các ngoại lệ đối với các trình bày, tức là ngoại lệ của trách nhiệm. Đồng thời, khi xem xét các trình bày, cần có sự tham gia của tất cả phòng ban, tổ chức và cá nhân có thể biết rõ nội dung trình bày đó để kiểm tra tính chắc chắn và xác thực của nó.

Cuối cùng, bên bán cần thêm các từ mang tính định lượng vào nội dung của trình bày. Ví dụ bên bán nên thêm vào điều khoản này một số từ như phần in đậm sau đây: “**Bên bán tuyên bố và bảo đảm rằng, ngoại trừ các công bố được nêu tại Phụ lục X và các**



*vi phạm không ảnh hưởng một cách cơ bản và nghiêm trọng đến hoạt động của công ty, từ năm 2012 đến nay, công ty luôn tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật Việt Nam và không có các khiếu nại hoặc khiếu kiện hoặc xử phạt hành chính nào ảnh hưởng một cách cơ bản và nghiêm trọng đến hoạt động của công ty, mà bên bán có thể biết hoặc buộc phải biết”.*

### **Các cam kết và điều kiện cho việc hoàn thành giao dịch**

Bên mua thường soạn thảo hoặc yêu cầu đưa vào SPA nhiều cam kết và điều kiện cho việc hoàn thành giao dịch như các chấp thuận nội bộ, chấp thuận từ cơ quan quản lý và các xác nhận từ nhiều bên thứ ba khác. Đồng thời, bên mua cũng cố gắng liệt kê một danh mục các công việc phải làm và không được làm trước khi giao dịch hoàn thành. Mục đích của việc này ngoài sự kiểm soát và giảm thiểu rủi ro còn tạo cho bên mua quyền chấm dứt hoặc hủy bỏ giao dịch.

Vì vậy, để giảm rủi ro giao dịch thất

bại cũng như để sớm nhận được khoản thanh toán, bên bán cần nỗ lực đàm phán để rút ngắn thời gian chờ hoàn thành giao dịch để tránh các bất lợi từ điều kiện khách quan xảy đến. Lời khuyên thứ hai là cần nỗ lực giảm thiểu và thu hẹp phạm vi của các cam kết và điều kiện để giảm cơ hội cho bên mua có thể rút khỏi giao dịch. Lưu ý thứ ba là cần đưa vào các câu từ mang tính định lượng như “cơ bản”, “nghiêm trọng”, “đáng kể” để tránh việc bên mua “vạch lá tìm sâu” nhằm rút khỏi giao dịch.

Đến khi có thể chốt được giao dịch, bên bán cũng cần chú ý nhằm tránh bỏ lỡ hoặc trì hoãn cơ hội chốt giao dịch. Rủi ro này có thể được kiểm soát nếu bên bán luôn bám sát diễn biến bằng một danh mục các công việc và điều kiện, tình trạng thực hiện hoặc đáp ứng, liên tục kiểm tra và cập nhật một cách có tổ chức và khoa học. Đồng thời, bên bán cần tính đến việc thu thập chữ ký của những người mà mình không chắc chắn hoặc kiểm soát được lịch trình đi lại và công việc của họ. Việc thu thập này có thể được kiểm soát bằng việc giao cho bên thứ ba trung gian (ngân hàng, luật sư, công chứng viên) giữ hộ và chỉ bàn giao theo các điều kiện cụ thể. Ngoài ra, cần chắc chắn là không có sai sót về thông tin chuyển tiền thanh toán để tránh việc cung cấp thông tin sai cho ngân hàng thanh toán. Một việc quan trọng nữa là sự phối hợp và điều tiết các bên liên quan hoặc tham gia vào việc chốt giao dịch và ngày chốt giao dịch để tránh các trì hoãn đáng tiếc.

### **Bồi thường và bồi hoàn**

Đây là nhóm điều khoản hết sức nặng nề mà bên bán không bao giờ muốn xảy ra trên thực tế.

Vì vậy, bên bán cần đặc biệt lưu ý đến các điều khoản này để tránh các rủi ro về trách nhiệm bồi thường ngoài tầm kiểm soát của mình về trường hợp bồi thường, thời hạn chịu trách nhiệm và số tiền bồi thường. Giải pháp đầu

tiên và cơ bản là đích thân bên bán phải đọc kỹ và rà soát các điều khoản này và yêu cầu luật sư giải thích cặn kẽ từng tình huống cụ thể được quy định tại SPA. Đồng thời, bên bán cần phải đọc kỹ lại nội dung của các trình bày và bảo đảm, danh mục các ngoại lệ (công bố) để xem các rủi ro bồi thường đối với từng nội dung đó vì trình bày sai và vi phạm các bảo đảm là những căn cứ cơ bản cho trách nhiệm bồi thường của bên bán.

Ngoài ra, để kiểm soát được mức độ hay phạm vi bồi thường, bên bán cần đàm phán kỹ về thời hạn của trách nhiệm bồi thường sao cho ngắn nhất có thể. Đồng thời, bên bán cần yêu cầu bên mua khấu trừ các khoản lợi đã thu được sau khi hoàn thành SPA (như cổ tức, giá cổ phiếu, miễn giảm thuế, tiền bảo hiểm) vào số tiền bồi thường thực tế. Việc thỏa thuận được hạn mức bồi thường tối đa cũng là một thành công lớn của bên bán. Do luật pháp quy định nhiều căn cứ khởi kiện hoặc khiếu nại khác nhau đối với bên vi phạm liên quan đến các vi phạm khác nhau, bên bán cần nỗ lực thỏa thuận với bên mua rằng yêu cầu bồi thường là phương cách duy nhất để khắc phục hậu quả cho bất kỳ sự vi phạm nào của bên bán để tránh sự mệt mỏi và tốn kém khi bên bán có thể bị bên mua khởi kiện ở các tòa án khác nhau về các yêu cầu khác nhau đối với các vi phạm khác nhau. Đồng thời, sẽ rất có lợi cho bên bán nếu SPA quy định về số tiền tối thiểu đối với một yêu cầu bồi thường (ví dụ, phải cao hơn 1% giá trị hợp đồng) và số tiền tối thiểu để bắt đầu phát sinh nghĩa vụ thanh toán (ví dụ, phải cao hơn 3% giá trị hợp đồng - tức là phải có ít nhất ba yêu cầu với giá trị tối thiểu 1% kia thì bên bán mới phải thanh toán).

Một gợi ý quan trọng nữa là do luật pháp Việt Nam chỉ thừa nhận thiệt hại trực tiếp, bên bán nên kiên quyết rằng chỉ chịu trách nhiệm đối với các thiệt hại trực tiếp có mối quan hệ nhân quả với vi phạm cụ thể của mình. ■

<sup>(1)</sup>Công ty Luật Bross & Partners