

**TỔ THI HÀNH
LUẬT DOANH NGHIỆP VÀ LUẬT ĐẦU TƯ**

DỰ ÁN 00057741



BÁO CÁO

**NGHIÊN CỨU VỀ PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH SÁP NHẬP
VÀ MUA LẠI DOANH NGHIỆP
TẠI VIỆT NAM**

Hà Nội, tháng 12 năm 2009

BÁO CÁO

NGHIÊN CỨU VỀ PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH CÁC GIAO DỊCH SÁP NHẬP VÀ MUA LẠI DOANH NGHIỆP TẠI VIỆT NAM

Biên soạn:

Nguyễn Hưng Quang (Trưởng Nhóm) – Giám đốc VPLS NHQuang và Cộng sự

Nguyễn Thị Minh Thu – Luật sư, M&A Network

Nguyễn Mai Phương – Luật sư cao cấp, Mayer Brown JSM

Nguyễn Mạnh Cường – Luật sư, Mayer Brown JSM

*Nhóm Nghiên cứu chân thành cảm ơn ông Nguyễn Đình Cung- Phó Viện trưởng,
Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương (CIEM) đã có những đóng góp quý báu
đối với Báo cáo nghiên cứu này.*

*Nhóm Nghiên cứu chân thành cảm ơn sự hỗ trợ nghiên cứu của
Luật sư Phạm Nguyên Anh và các luật sư của VPLS NHQuang & Cộng sự,
đã nhiệt tình hỗ trợ công tác nghiên cứu và biên tập Báo cáo này và cô Đỗ Thanh Hà,
Dự án 00057741, đã hỗ trợ, kiên nhẫn và động viên Nhóm Nghiên cứu.*

MỤC LỤC

CHƯƠNG I.....	11
KHÁI QUÁT KHÁI NIỆM PHÁP LÝ VỀ	11
SÁP NHẬP VÀ MUA LẠI DOANH NGHIỆP TRÊN THẾ GIỚI.....	11
1. Khái niệm Sáp nhập và Mua lại.....	11
2. Sự khác nhau giữa Sáp nhập (Merger) và Mua lại (Acquisition).....	16
3. Thị trường Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp quốc tế.....	19
CHƯƠNG II	23
KHUNG PHÁP LÝ CỦA VIỆT NAM VỀ SÁP NHẬP VÀ MUA LẠI DOANH NGHIỆP.....	23
1. Quyền thực hiện giao dịch Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp của nhà đầu tư: 23	
1.2. Quyền được chào bán cổ phần hoặc giá trị phần vốn góp của các cổ đông và thành viên hiện hữu tại các doanh nghiệp và HTX cho nhà đầu tư	25
1.3. Quyền được chào bán cổ phần hoặc bổ sung phần vốn góp mới của doanh nghiệp hoặc của HTX cho nhà đầu tư	26
1.3.2. Công ty TNHH.....	27
1.3.3. Công ty hợp danh	27
1.3.4. Hợp tác xã	27
1.3.5. Doanh nghiệp đầu tư nước ngoài	28
1.3.6. Doanh nghiệp nhà nước	28
1.4. Quyền được bán doanh nghiệp.....	29
1.4.1 Công ty cổ phần:	29
1.4.2 Công ty TNHH:.....	30
1.4.3 Doanh nghiệp nhà nước:	31
1.4.4 Doanh nghiệp đầu tư nước ngoài:	31
1.4.5 Công ty hợp danh:	32
1.4.6 Doanh nghiệp tư nhân:	32
1.4.7 Hợp tác xã:	33
1.5. Quyền được mua lại doanh nghiệp	33
1.6. Quyền được sáp nhập và hợp nhất giữa các doanh nghiệp Việt Nam	34
1.7. Quyền mua doanh nghiệp nước ngoài:	35
1.8. Tiểu kết.....	36
2. Các hình thức Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp:	37

2.1. Mua lại toàn bộ doanh nghiệp	37
2.1.1. Mua và hợp nhất doanh nghiệp	38
2.1.2. Mua lại và sáp nhập.....	39
2.1.3. Mua, bán, hoán đổi cổ phiếu của công ty cổ phần	40
2.1.4. Chuyển nhượng phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh.....	42
2.1.5. Mua và thuê tóm HTX thông qua hình thức chuyển nhượng phần vốn góp của xã viên	44
2.1.6. Mua và thuê tóm doanh nghiệp tư nhân.....	45
2.1.7. Thuê tóm thông qua mua lại tài sản doanh nghiệp (không bao gồm bất động sản).....	46
2.1.8. Thuê tóm doanh nghiệp thông qua mua lại tài sản doanh nghiệp (bao gồm bất động sản).....	47
2.1.9. Thuê tóm doanh nghiệp thông qua mua nợ	48
2.2. Thuê tóm doanh nghiệp đối với một số doanh nghiệp đặc thù	50
2.2.1. Mua và thuê tóm công ty chứng khoán.....	50
2.2.2. Mua và thuê tóm ngân hàng.....	50
3. Đăng ký Mua lại và Thuê tóm doanh nghiệp với cơ quan nhà nước có thẩm quyền:	51
3.1. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại	51
3.2. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty ĐTNN cùng loại.....	53
3.3. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty ĐTNN với công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại	54
3.4. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty nước ngoài với công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại	55
3.5. Thủ tục góp vốn vào công ty TNHH ĐTNN để mua lại doanh nghiệp	56
3.6. Thủ tục mua cổ phần tại công ty cổ phần ĐTNN	57
3.7. Thủ tục góp vốn tại công ty TNHH 100% vốn Việt Nam:	58
3.8. Thủ tục mua cổ phần tại công ty cổ phần 100% vốn Việt Nam:	60
3.9. Thủ tục mua doanh nghiệp nước ngoài:	60
3.10. Thủ tục mua lại DNNN	61
3.11. Thủ tục sáp nhập, hợp nhất, mua lại công ty hợp danh.....	63
3.12. Thủ tục mua lại DNTN	63
3.13. Thủ tục sáp nhập, hợp nhất, mua lại doanh nghiệp trong một số loại hình doanh nghiệp đặc thù khác	64
3.14. Tiểu kết.....	65

4. Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài:	66
5. Tài khoản vốn	69
5.1. Tài khoản góp vốn mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài:	69
5.2. Tài khoản giao dịch chứng khoán của nhà đầu tư nước ngoài	71
5.3. Tài khoản đầu tư trực tiếp ra nước ngoài	72
5.4. Tài khoản đầu tư gián tiếp ra nước ngoài.....	73
6. Phương thức thanh toán	73
7. Kế toán và Thuế.....	74
7.1. Kế toán	74
7.2. Thuế.....	75
8. Chuyển đổi cổ phần, trái phiếu và chứng khoán:.....	77
9. Lao động	78
10. Đăng ký quyền sở hữu tài sản	79
11. Cạnh tranh và Tập trung kinh tế	80
11.1. Phạm vi áp dụng Luật Cạnh tranh.....	80
11.2. Các hình thức tập trung kinh tế	81
11.3. Yếu tố xác định tập trung kinh tế	81
11.4. Kiểm soát hành vi tập trung kinh tế	84
11.5. Cơ quan quản lý cạnh tranh và các cơ quan nhà nước có liên quan	86
11.6. Tiểu kết.....	87
12. Cơ chế giải quyết tranh chấp	89
12.1. Luật áp dụng trong hoạt động mua, bán, sáp nhập, hợp nhất.....	89
12.2. Cơ quan giải quyết tranh chấp.....	90
12.2.1. Giải quyết tranh chấp giữa các nhà đầu tư.....	90
12.2.2. Giải quyết khiếu nại liên quan đến hành vi tập trung kinh tế dẫn đến hạn chế cạnh tranh	91
CHƯƠNG III	91
KẾT LUẬN VÀ KIẾN NGHỊ	91
1. ..Có cần một văn bản pháp luật riêng rẽ điều chỉnh hoạt động sáp nhập và mua lại (M&A) hay không?	91
2.Những vấn đề pháp lý nào cần phải được thay đổi để thúc đẩy hoạt động Sáp nhập và Mua lại?	92
TÀI LIỆU THAM KHẢO	94

Thuật ngữ viết tắt:

Trong Nghiên cứu này, các thuật ngữ sau đây được viết tắt như sau:

I. Thuật ngữ chung

1. Tổ chức Thương mại Thế giới	WTO
2. Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á	ASEAN
3. Hợp tác xã	HTX
4. Doanh nghiệp nhà nước	DNNN
5. Ủy ban Chứng khoán Nhà nước	UBCKNN
6. Sở Kế hoạch và Đầu tư	Sở KHĐT
7. Trách nhiệm hữu hạn	TNHH
8. Đăng ký kinh doanh	ĐKKD
9. Doanh nghiệp tư nhân	DNTN

II. Văn bản Pháp luật của Việt Nam

10. Cam kết về mở cửa thị trường dịch vụ của Việt Nam với WTO	Cam kết WTO
11. Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ	BTA
12. Luật Doanh nghiệp số 60/2005/QH11 ngày 29/11/2005	Luật Doanh nghiệp
13. Luật Đầu tư số 59/2005/QH11 ngày 29/11/2005	Luật Đầu tư
14. Bộ luật số 24/2004/QH11 ngày 15/06/2004 về Tổ tụng dân sự	BLTTDS
15. Luật Chứng khoán số 70/2006/QH11 ngày 29/06/2006;	Luật Chứng khoán
16. Luật các tổ chức tín dụng số 07/1997/QHX Luật số 20/2004/QH11 ngày 15/6/2004 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật các tổ chức tín dụng	Luật các tổ chức tín dụng
17. Luật số 24/2000/QH10 ngày 09/12/2000 về Kinh doanh bảo hiểm	Luật Kinh doanh bảo hiểm
18. Luật số 27/2004/QH11 ngày 03/12/2004 về Cạnh tranh	Luật Cạnh tranh

- | | |
|--|--|
| 19. Bộ luật Lao động năm 1994, được sửa đổi qua các năm 2000, 2002, 2006; | Bộ luật Lao động |
| 20. Luật Kế toán số 03/2003/QH11 ngày 17/6/2003; | Luật Kế toán |
| 21. Luật Thuế thu nhập cá nhân số 04/2007/QH12 ngày 21/11/2007 ; | Luật Thuế TNCN |
| 22. Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp số 14/2008/QH12 ngày 03/06/2008 | Luật Thuế TNDN |
| 23. Luật Sở hữu trí tuệ số 50/2005/QH11 ngày 29/11/2005
Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ số 36/2009/QH12 ngày 19/6/2009 | Luật SHTT |
| 24. Pháp lệnh số 08/2003/PL-UBTVQH11 ngày 25/02/2003 về Trọng tài thương mại | Pháp lệnh Trọng tài thương mại |
| 25. Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính ngày 21/5/1996;
Pháp lệnh số 10/1998/PL-UBTVQH10 ngày 25/12/1998 sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính;
Pháp lệnh số 29/2006/PL-UBTVQH10 ngày 05/04/2006 sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính | Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính |
| 26. Nghị định 39/2003/NĐ-CP của Chính phủ ngày 18/4/2003 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về việc làm | Nghị định 39/2003/NĐ-CP |
| 27. Nghị định 108/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/09/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư | Nghị định 108/2006/NĐ-CP |
| 28. Nghị định 88/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 29/8/2006 về đăng ký kinh doanh | Nghị định 88/2006/NĐ-CP |
| 29. Nghị định 116/2005/NĐ-CP của Chính phủ ngày 15/09/2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh | Nghị định 116/2005/NĐ-CP |

- | | |
|--|---------------------------------|
| 30. Nghị định 120/2005/NĐ-CP của Chính phủ ngày 30/09/2005 quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh | Nghị định 120/2005/NĐ-CP |
| 31. Nghị định 139/2007/NĐ-CP của Chính phủ ngày 05/09/2007 hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp | Nghị định 139/2007/NĐ-CP |
| 32. Nghị định 14/2007/NĐ-CP của Chính phủ ngày 19/01/2007 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Chứng khoán | Nghị định 14/2007/NĐ-CP |
| 33. Nghị định 109/2008/NĐ-CP của Chính phủ ngày 10/10/2008 về bán, giao doanh nghiệp 100% vốn nhà nước | Nghị định 109/2008/NĐ-CP |
| 34. Nghị định 109/2007/NĐ-CP của Chính phủ ngày 26/6/2007 về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần | Nghị định 109/2007/NĐ-CP |
| 35. Nghị định 101/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 21/9/2006 quy định việc đăng ký lại, chuyển đổi và đăng ký đổi giấy chứng nhận đầu tư của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư | Nghị định 101/2006/NĐ-CP |
| 36. Nghị định 45/2007/NĐ-CP của Chính phủ ngày 27/3/2007 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm | Nghị định 45/2007/NĐ-CP |
| 37. Nghị định 78/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 9/8/2006 quy định về đầu tư trực tiếp ra nước ngoài | Nghị định 78/2006/NĐ-CP |
| 38. Nghị định 69/2007/NĐ-CP của Chính phủ ngày 20/4/2007 về việc nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần của ngân hàng thương mại Việt Nam | Nghị định 69/2007/NĐ-CP |
| 39. Nghị định 160/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 28/12/2006 quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh ngoại hối | Nghị định 160/2006/NĐ-CP |

-
- | | |
|--|-----------------------------------|
| 40. Thông tư số 18/2007/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 13/3/2007 hướng dẫn việc mua, bán lại cổ phiếu và một số trường hợp phát hành thêm cổ phiếu của Công ty đại chúng; | Thông tư 18/2007/TT-BTC |
| 41. Quyết định số 27/2007/QĐ-BTC của Bộ Tài chính ngày 24/4/2007 về việc ban hành quy chế tổ chức và hoạt động công ty chứng khoán | Quyết định 27/2007/QĐ-BTC |
| 42. Quyết định số 36/2003/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành Quy chế góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt nam | Quyết định 36/2003/QĐ-TTg |
| 43. Quyết định 88/2009/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành Quy chế góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam | Quyết định 88/2009/QĐ-TTg |
| 44. Quyết định 55/2009/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 15/4/2009 về tỷ lệ tham gia của nhà đầu tư nước ngoài trên thị trường chứng khoán Việt Nam | Quyết định 55/2009/QĐ-TTg |
| 45. Thông tư 03/2004/TT-NHNN của Ngân hàng nhà nước ngày 25/5/2004 hướng dẫn về quản lý ngoại hối đối với việc góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam | Thông tư 03/2004/TT-NHNN |
| 46. Quyết định 24/2006/QĐ-NHNN của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước ngày 06/06/2006 ban hành Quy chế cấp, thu hồi giấy phép thành lập và hoạt động của Quỹ Tín dụng nhân dân; mở, chấm dứt hoạt động sở giao dịch, chi nhánh, văn phòng đại diện và phòng giao dịch, điểm giao dịch của Quỹ tín dụng nhân dân; chia, tách, hợp nhất, sáp nhập Quỹ tín dụng nhân dân; thanh lý Quỹ tín dụng nhân dân dưới sự giám sát của Ngân hàng Nhà nước. | Quyết định 24/2006/QĐ-NHNN |
-

III. Văn bản Pháp luật của nước ngoài

- | | |
|--|--|
| 47. Luật Chống Tập trung kinh tế Sherman (Sherman Anti-Trust Act) của Hoa Kỳ ban hành năm 1890. | Luật Chống Tập trung kinh tế Sherman |
| 48. Luật Chống Tập trung kinh tế Clayton (Clayton Act) của Hoa Kỳ ban hành năm 1914. | Luật Clayton |
| 49. Quy định về Sáp nhập của Cộng đồng Châu Âu số 139/2004 ngày 20/01/2004 (EC Merger Regulation) | Quy định về Sáp nhập của Cộng đồng Châu Âu |
| 50. Luật Cạnh tranh Singapore, Chương 50B (Competition Act, Chapter 50B) thông qua ngày 19/10/2004 | Luật Cạnh tranh Singapore |
| 51. Luật Cạnh tranh Không Bình đẳng của Trung Quốc (Unfair Competition Law) | Luật Cạnh tranh Không Bình đẳng Trung Quốc |
| 52. Luật Công ty Nhật Bản năm 2006 (Companies Act). | Luật Công ty Nhật Bản |
| 53. Luật Chống Độc quyền Tư nhân và Duy trì Thương mại Bình đẳng của Nhật Bản (Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade) | Luật Chống Độc quyền Tư nhân và Duy trì Thương mại Bình đẳng của Nhật Bản |
| 54. Bộ luật Dân sự của Nhật Bản (Civil Code) | Bộ luật Dân sự Nhật Bản |
| 55. Luật Thương mại của Nhật Bản (Commercial Code) | Luật Thương mại Nhật Bản |

NGHIÊN CỨU VỀ PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH CÁC GIAO DỊCH SÁP NHẬP VÀ MUA LẠI DOANH NGHIỆP TẠI VIỆT NAM

CHƯƠNG I

KHÁI QUÁT KHÁI NIỆM PHÁP LÝ VỀ SÁP NHẬP VÀ MUA LẠI DOANH NGHIỆP TRÊN THẾ GIỚI

1. Khái niệm Sáp nhập và Mua lại

M&A là được viết tắt bởi hai từ tiếng Anh: Mergers and Acquisitions (sáp nhập và mua lại). Đây là thuật ngữ để chỉ việc mua bán hay sáp nhập giữa hai hay nhiều công ty với nhau. Các giao dịch sáp nhập, mua lại hiện nay đã trở thành một hình thức đầu tư thông dụng của các công ty muốn bảo vệ, củng cố và thúc đẩy vị trí của mình bằng cách sáp nhập, mua lại công ty khác để từ đó tăng cường khả năng cạnh tranh của mình. Thực tế cho thấy hoạt động sáp nhập, mua lại trên toàn cầu và Việt Nam ngày càng gia tăng về giá trị giao dịch¹.

Mặc dù thuật ngữ “M&A” được sử dụng rất thông dụng ở nhiều nước trên thế giới nhưng chưa có sự thống nhất một định nghĩa pháp lý chung đối với thuật ngữ này. Do đó, các giao dịch sáp nhập và mua lại thường được cơ cấu thành giao dịch mua cổ phần hoặc mua tài sản. Nghiên cứu pháp luật của một số quốc gia được nêu trong Báo cáo này cho thấy hầu hết định nghĩa pháp lý về sáp nhập và mua lại vẫn còn có những điểm chưa đồng nhất. Quy định pháp luật của các nước đều thống nhất với nhau về việc coi mục đích của hoạt động sáp nhập và mua lại là hành vi tập trung kinh tế thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật về cạnh tranh. Cụ thể là:

- *Thứ nhất*, chủ thể của tập trung kinh tế là các doanh nghiệp (chủ thể pháp nhân) hoạt động kinh tế trên thị trường. Các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế có thể là các doanh nghiệp hoạt động trong cùng hoặc không cùng thị trường liên quan.
- *Thứ hai*, hình thức tập trung kinh tế bao gồm: sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh giữa các doanh nghiệp. Các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế đã chủ động tích tụ kinh tế như vốn, lao động, kỹ thuật, năng lực quản lý, tổ chức kinh doanh... mà doanh nghiệp đang nắm giữ riêng lẻ để hình thành một khối thống nhất hoặc phối hợp hình thành các nhóm doanh nghiệp, các tập đoàn

¹ Mạng M&A Network, *Cẩm nang M&A*, Nhà xuất bản tài chính, 2009, tr. 16; Kevin K.Boeh and Paul W.Beamish, *'Mergers and Acquisitions'*, Richard Ivey School of Business, 2007, tr.xi; Dominic Scriveren, *'M&A trên thế giới và Việt Nam dưới góc độ quản trị'* – Hội nghị “M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội”, Hà Nội 16/1/2009.

kinh tế. Dấu hiệu này giúp khoa học pháp lý phân biệt tập trung kinh tế với việc tích tụ tư bản trong kinh tế học. Ví dụ việc mua cổ phần đơn thuần để hưởng cổ tức của một doanh nghiệp trong doanh nghiệp khác mà không tham gia quản trị, điều hành nhằm tăng cường khả năng chiếm lĩnh thị trường thì không phải là hoạt động sáp nhập, mua lại doanh nghiệp.

- Thứ ba, tập trung kinh tế đã hình thành nên doanh nghiệp có năng lực cạnh tranh tổng hợp hoặc liên kết thành nhóm doanh nghiệp, tập đoàn kinh tế, từ đó làm thay đổi cấu trúc thị trường và tương quan cạnh tranh hiện có trên thị trường².

a. Định nghĩa về Sáp nhập và Mua lại theo một số quy định pháp luật của một số nước tiêu biểu.

- Hoa Kỳ:

Sáp nhập có nghĩa là sự kết hợp giữa hai công ty mà một bên hoàn toàn bị thôn tính bởi công ty kia. Công ty bị sáp nhập sẽ mất đi đặc điểm nhận diện của mình và trở thành một phần của công ty sáp nhập hơn nơi vẫn giữ được đặc điểm nhận diện của mình. Hoạt động sáp nhập làm lu mờ công ty bị sáp nhập và công ty được sáp nhập sẽ nắm giữ các quyền, lợi ích và trách nhiệm của công ty bị sáp nhập (*Metropolitan Edison Co. v. Commissioner of Internal Revenue, C.C.A.3, 98 F2d 807, 810, 811*). Một hoạt động sáp nhập không giống với hoạt động hợp nhất mà hai công ty cùng bị mất đi những đặc điểm nhận dạng của mình và tạo nên một hình thức công ty hoàn toàn mới (*Murphy v. Neihus, 50 Ohio App. 299, 198, N.E 197*).

Pháp luật của liên bang và của từng bang đều điều chỉnh hoạt động sáp nhập và mua lại nhằm hạn chế hoạt động sáp nhập có thể triệt tiêu cạnh tranh giữa các công ty sáp nhập. Luật Chống Tập trung kinh tế (Anti-Trust Act) (hay còn gọi là Luật Chống Tờ Rót) giới hạn các giao dịch có thể tạo mà không khuyến khích sự cạnh tranh. Luật Chống Tập trung kinh tế của Liên bang bao gồm Luật Chống Tập trung kinh tế Sherman (Sherman Anti-Trust Act) được ban hành vào năm 1890, Luật Clayton 1914 đã bổ sung Luật Sherman thêm bốn hành vi: cấm phân biệt đối xử về giá, cấm ký kết hợp đồng mang tính độc quyền hoặc có nội dung ràng buộc; cấm việc chiếm vốn giữa các công ty; cấm kiêm nhiệm chức vụ giữa công ty. Vì Hoa Kỳ theo hệ thống luật án lệ nên việc áp dụng những quy định pháp luật này còn được điều chỉnh bằng những giải thích của tòa án³.

² Phạm Trí Hùng, 'M&A: Những kinh nghiệm của thế giới', 2008, Phạm Trí Hùng's blog.

³ Ví dụ như trong vụ *Northern Securities Co. và United States*, 193 U.S. 197, 24 S. Ct. 436, 48 L. Ed. 679 (1904), Tòa án Tối cao cho rằng việc sáp nhập giữa hai công ty cạnh tranh trực tiếp đã tạo nên một sự kết hợp để giới hạn thương mại và do đó đã vi phạm Điều 1 của Luật Sherman. Quyết định này đã hạn chế những hành vi độc quyền mới thông qua việc sáp nhập chiều dọc. Tuy nhiên, trong vụ án *Standard Oil Co. of New Jersey và United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911), Tòa án Tối cao đã đưa ra một quy tắc kém nghiêm ngặt hơn về "kiểm tra lý do" để đánh giá các vụ sáp nhập. Nguyên tắc này đã cho phép tòa án đã đánh giá những vụ sáp nhập có tạo nên độc quyền hay không tại pháp nhân sáp nhập. Trên thực tế, việc đánh giá này đã chấp thuận cho nhiều vụ sáp nhập mà mục tiêu của sáp nhập không phải tạo ra một vị thế độc quyền.

- Cộng đồng chung Châu Âu:

Cộng đồng Châu Âu đã có một định nghĩa cụ thể về sáp nhập và mua lại tại Quy định về Sáp nhập của Cộng đồng Châu Âu số 139/2004 ngày 20/01/2004 (EC Merger Regulation) như sau: (i) sự sáp nhập giữa hai pháp nhân độc lập hoặc hai bộ phận của hai pháp nhân; hoặc (ii) thôn tóm quyền kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua việc mua lại chứng khoán hoặc tài sản của một công ty khác; (iii) hoặc tạo ra một liên doanh mới⁴. Quy định về Sáp nhập của Cộng đồng Châu Âu đã đưa ra cách tính về doanh số, thủ tục cần thiết để tiến hành việc sáp nhập và mua lại một cách cụ thể.

Mặc dù hệ thống pháp luật của từng quốc gia thuộc thành viên của Cộng đồng chung Châu Âu là khác nhau, nhưng Quy chế về Sáp nhập của Cộng đồng Châu Âu được áp dụng chung và là văn bản có hiệu lực điều chỉnh cao hơn pháp luật của từng quốc gia phê chuẩn.

- Singapore:

Hoạt động sáp nhập mua lại tại Singapore được điều chỉnh bằng Luật Cạnh tranh Singapore 2004 (Competition Act)⁵. Luật này được đánh giá là học tập mô hình các quy định pháp lý về cạnh tranh của Cộng đồng Châu Âu và Luật Cạnh tranh của Anh Quốc 1998⁶.

Theo Luật Cạnh tranh của Singapore, hoạt động sáp nhập xảy ra khi: (a) có từ hai pháp nhân độc lập trở lên sáp nhập với nhau; (b) một hoặc nhiều thực thể hoặc các pháp nhân thôn tóm quyền kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp một phần hay toàn bộ một hoặc nhiều pháp nhân khác; hoặc (c) một pháp nhân thôn tóm tài sản (bao gồm các quyền về tài sản) của pháp nhân khác (hoặc bộ phận cấu thành của pháp nhân đó) với mục đích pháp nhân đầu tiên được đặt tại vị trí thay thế toàn bộ hoặc gần như thay thế pháp nhân thứ hai trong kinh doanh tại những công việc đã được giao kết trước khi thôn tóm⁷.

Mô hình liên doanh cũng nằm trong phạm vi khái niệm của sáp nhập theo Luật Cạnh tranh Singapore⁸.

- Canada:

Theo Điều 91 Luật Cạnh tranh Canada (Bản sửa đổi bổ sung năm 1985), sáp nhập được hiểu là việc mua hoặc thiết lập, trực tiếp hay gián tiếp, bởi một hay nhiều

⁴ EC Merger Regulation, Điều 3.

⁵ Competition Act of Singapore, Chương 50B, thông qua ngày 19/10/2004.

⁶ Daren Shiau, 'Singapore: Merger Control Regime under the Competition Act (CAP. 50B)', Allen&Gledhill LLP, Singapore, <http://www.gledhill.com.sg/pdf/articles/Merger%20Control%20Regime%20under%20the%20Competition%20Act.pdf>

⁷ Daren Shiau, 'Singapore: Merger Control Regime under the Competition Act (CAP. 50B)', Allen&Gledhill LLP, Singapore, <http://www.gledhill.com.sg/pdf/articles/Merger%20Control%20Regime%20under%20the%20Competition%20Act.pdf>

⁸ Daren Shiau, 'Singapore: Merger Control Regime under the Competition Act (CAP. 50B)', Allen&Gledhill LLP, Singapore, <http://www.gledhill.com.sg/pdf/articles/Merger%20Control%20Regime%20under%20the%20Competition%20Act.pdf>

người, bằng cách mua hay thuê mua cổ phần hoặc tài sản, sự kiểm soát đối với toàn bộ hay một phần của hoạt động kinh doanh của một đối thủ cạnh tranh, nhà cung cấp, khách hàng hoặc một người nào khác bằng cách kết hợp hay liên kết hoặc hình thức khác⁹.

- Trung Quốc:

Khái niệm “sáp nhập” (merger) được đề cập tại Luật Công ty của Trung Quốc. Sáp nhập được hiểu là các hoạt động mua lại một phần tài sản hoặc vốn của một công ty khác nhưng không bao gồm các hình thức tập trung kinh tế như mua lại, liên doanh, đối tác chiến lược, thỏa thuận liên kết... Khái niệm “sáp nhập” của Trung Quốc hoàn toàn không nằm trong phạm vi khái niệm “sáp nhập và mua lại” (M&A) của Hoa Kỳ¹⁰. Tại Điều 20(3) của Luật Cạnh tranh Không Bình đẳng (Unfair Competition Law) quy định tập trung kinh tế chỉ xuất hiện khi “*một đơn vị kinh doanh thôn tóm quyền kiểm soát một (các) chủ thể kinh doanh hoặc có thể có những ảnh hưởng mang tính quyết định tới một đơn vị kinh doanh khác*”. Điều 217 của Luật Công ty Trung Quốc quy định “*một bên kiểm soát thực sự*” là “*bất kỳ ai không cần thiết phải là cổ đông nhưng có thể nắm giữ quyền kiểm soát đối với mọi hành vi của công ty bằng công cụ quan hệ, thỏa thuận đầu tư hay biện pháp nào khác*”¹¹.

Hoạt động sáp nhập và mua lại có yếu tố nước ngoài ở Trung Quốc còn được điều chỉnh bởi *Quy chế tạm thời về Sáp nhập và Mua lại Doanh nghiệp trong nước của Nhà đầu tư nước ngoài*¹² và *Quy chế về Sáp nhập và Phân chia Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài*¹³.

- Nhật Bản:

Các quy định liên quan đến sáp nhập và mua lại các công ty ở Nhật Bản được quy định tại nhiều văn bản quy phạm pháp luật như: Luật Công ty Nhật Bản năm 2006 (Companies Act)¹⁴, Luật Chống Độc quyền Tư nhân và Duy trì Thương mại Bình đẳng (Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade)¹⁵, Bộ luật Dân sự Nhật Bản (Civil Code)¹⁶, Luật Thương mại Nhật Bản (Commercial Code)¹⁷.

Luật Công ty Nhật Bản chia việc sáp nhập thành hai loại: sáp nhập (hay còn gọi là “sáp nhập nuốt” (*absorption-type merger*)) và hợp nhất (hay còn gọi là “sáp nhập-

⁹ Phạm Trí Hùng, ‘M&A: Những kinh nghiệm của thế giới’, 2008, Phạm Trí Hùng’s blog.

¹⁰ Zhan Hao, ‘The Concept of Concentration under Chinese Anti-trust Law’, <http://www.chinalawvision.com/tags/ma/>

¹¹ Zhan Hao, ‘The Concept of Concentration under Chinese Anti-trust Law’, <http://www.chinalawvision.com/tags/ma/>

¹² Quy chế tạm thời về Sáp nhập và Mua lại Doanh nghiệp trong nước của Nhà đầu tư nước ngoài của Trung Quốc, có hiệu lực kể từ ngày 12/04/2004, <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/zcfb/200608/20060802839438.html>

¹³ Quy chế về Sáp nhập và Phân chia Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài có hiệu lực kể từ ngày 22/11/2001

¹⁴ <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=177&vm=04&re=02>

¹⁵ <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=6&vm=04&re=02>

¹⁶ <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1&vm=02&re=02>

¹⁷ Xem thêm Yoshihisa Hayakawa, ‘International Mergers and Acquisitions: Issues under Private International Law and Triangular Mergers’, Rikkyo University, tr.2, <http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/corporate/legislation/TriangularMergers.pdf>

hợp nhất”) (*Consolidation-type Merger*). Sáp nhập có nghĩa là một công ty sáp nhập với một công ty khác thì công ty tồn tại sẽ kế thừa toàn bộ quyền và nghĩa vụ của công ty bị sáp nhập (bị nuốt)¹⁸. Còn hợp nhất là việc hai hay nhiều công ty hợp nhất lại với nhau và tạo thành một công ty mới. Công ty mới sẽ kế thừa toàn bộ mọi quyền và nghĩa vụ của các công ty bị hợp nhất¹⁹.

Để hạn chế tập trung kinh tế, Luật Chống độc quyền Tư nhân và Duy trì Thương mại Bình đẳng không cho phép việc thành lập một công ty mới mà công ty đó có thể có sự tập trung kinh tế²⁰.

b. Khái niệm về Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp ở Việt Nam.

Ở Việt Nam, khái niệm về sáp nhập và mua lại doanh nghiệp được đề cập chính thức tại Luật Cạnh tranh năm 2005 trong quy định điều chỉnh hành vi tập trung kinh tế. Mặc dù trước đó, các doanh nghiệp vẫn có quyền mua lại và sáp nhập doanh nghiệp theo các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 1999 (Luật Doanh nghiệp cũ) hoặc hoạt động “chuyển nhượng vốn” trong doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài²¹. Hoạt động sáp nhập và mua lại ở Việt Nam thực sự chỉ được “hợp thức hóa” với sự ra đời của Luật Cạnh tranh, Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư 2005, Luật Chứng khoán 2006 và một số văn bản pháp luật chuyên ngành về tài chính ngân hàng.

Theo Luật Cạnh tranh của Việt Nam, tập trung kinh tế là hành vi của doanh nghiệp bao gồm: Sáp nhập doanh nghiệp; Hợp nhất doanh nghiệp; Mua lại doanh nghiệp; Liên doanh giữa các doanh nghiệp; và Các hành vi tập trung kinh tế khác theo quy định của pháp luật²².

- *Sáp nhập doanh nghiệp* là việc một hoặc một số doanh nghiệp chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình sang một doanh nghiệp khác, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp bị sáp nhập.
- *Hợp nhất doanh nghiệp* là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một doanh nghiệp mới, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các doanh nghiệp bị hợp nhất.
- *Mua lại doanh nghiệp* là việc một doanh nghiệp mua toàn bộ hoặc một phần tài sản của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát, chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại.

¹⁸ Luật Công ty Nhật Bản, Điều 2 (xxvii).

¹⁹ Luật Công ty Nhật Bản, Điều 2 (xxviii).

²⁰ Luật Chống độc quyền Tư nhân và Duy trì Thương mại Bình đẳng, Điều 9.

²¹ Quyết định số 36/2003/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về quy chế góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam.

²² Luật Cạnh tranh, Điều 17.

- *Liên doanh* giữa các doanh nghiệp là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp cùng nhau góp một phần tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một doanh nghiệp mới²³.

Luật Doanh nghiệp không đưa ra một định nghĩa cụ thể về mua bán doanh nghiệp. Về khái niệm sáp nhập, Luật Doanh nghiệp quy định “sáp nhập doanh nghiệp” là một hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty bị sáp nhập) có thể sáp nhập vào một công ty khác (gọi là công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty sáp nhập²⁴.

Có thể nhận thấy rằng “sáp nhập doanh nghiệp” cũng được giải thích tương tự giữa Luật Cạnh tranh và Luật Doanh nghiệp, đó là việc một hoặc một số doanh nghiệp chuyển toàn bộ, tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình sang một doanh nghiệp khác, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp bị sáp nhập²⁵. Ngoài khái niệm sáp nhập doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp định nghĩa hợp nhất doanh nghiệp là việc hai hoặc một số công ty cùng loại (công ty bị hợp nhất) có thể hợp nhất thành một công ty mới (công ty hợp nhất) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty hợp nhất, đồng thời chấm dứt tồn tại của các công ty bị hợp nhất²⁶.

Các giao dịch mua bán doanh nghiệp có thể được cấu trúc dưới nhiều hình thức khác như phát hành cổ phần mới, ưu tiên bán cổ phiếu phát hành mới cho các cổ đông chiến lược với mức giá ưu đãi, tăng vốn điều lệ, ký kết các thỏa thuận hợp tác chiến lược, trở thành hệ thống đại lý phân phối hay bao tiêu sản phẩm, dịch vụ và trong một chừng mực nào đó bao gồm cả sáp nhập. Về bản chất, mua bán công ty là việc giành lấy quyền kiểm soát trong việc quản lý nội bộ trong công ty mục tiêu thông qua nhiều biện pháp khác nhau. Nếu mục đích mua bán công ty nhằm chiếm lĩnh phần lớn thị phần, loại bỏ đối thủ cạnh tranh, đưa ra những thông tin sai lệch về bên bán nhằm tận dụng điểm này trong thương lượng giá cả... thì việc mua bán cần được xem xét kỹ lưỡng hơn theo các quy định của pháp luật cạnh tranh và pháp luật chứng khoán.

2. Sự khác nhau giữa Sáp nhập (Merger) và Mua lại (Acquisition)

Như đã đề cập ở trên, Luật Cạnh tranh đã phân biệt giữa các hình thức sáp nhập (*merger*) (có thể bao gồm các hình thức sáp nhập, hợp nhất và liên doanh) và mua lại (*acquisition*).

Sáp nhập, hiểu theo nghĩa giản dị nhất, là việc hai công ty, thường là có cùng quy mô, thông nhất sẽ cùng tham gia hợp nhất với nhau và trở thành một doanh nghiệp mới với

²³ Luật Cạnh tranh, Điều 17.

²⁴ Luật Doanh nghiệp, Điều 153.

²⁵ Luật Cạnh tranh, Điều 17.

²⁶ Luật Doanh nghiệp, Điều 152.

tên gọi mới (hai cái tên cũ sẽ không còn tồn tại). Sáp nhập được hiểu là việc kết hợp giữa hai hay nhiều công ty và cho ra đời một pháp nhân mới.

Ngược lại, mua bán được hiểu là việc một công ty mua lại hoặc thôn tính một công ty khác và không làm ra đời một pháp nhân mới.

Mặc dù mua bán và sáp nhập thường được đề cập cùng nhau với thuật ngữ quốc tế phổ biến là “M&A” nhưng hai thuật ngữ **Mua bán** và **Sáp nhập** vẫn có sự khác biệt về bản chất.

Khi một công ty mua lại (tiếp quản) một công ty khác và đặt mình vào vị trí chủ sở hữu mới thì thương vụ đó được gọi là mua bán. Dưới khía cạnh pháp lý, công ty bị mua lại không còn tồn tại, bên mua đã “nuốt chửng” bên bán và cổ phiếu của bên mua không bị ảnh hưởng.

Theo nghĩa đen thì sáp nhập diễn ra khi hai doanh nghiệp, thường có cùng quy mô, đồng thuận gộp lại thành một công ty mới thay vì hoạt động và sở hữu riêng lẻ. Loại hình này thường được gọi là “Sáp nhập ngang bằng”. Cổ phiếu của cả hai công ty sẽ ngừng giao dịch và cổ phiếu của công ty mới sẽ được phát hành. Trường hợp Daimler-Benz và Chrysler là một ví dụ về sáp nhập: hai hãng Sáp nhập và một công ty mới (pháp nhân mới) ra đời mang tên DaimlerChrysler.

Tuy nhiên trên thực tế hình thức sáp nhập ngang bằng không diễn ra thường xuyên do nhiều lý do. Một trong những lý do chính là việc truyền tải thông tin ra công chúng cần có lợi cho cả công ty bị mua và công ty mới sau khi sáp nhập. Thông thường, một công ty mua một công ty khác và trong thỏa thuận đàm phán sẽ cho phép công ty bị mua tuyên bố với bên ngoài rằng hoạt động này là sáp nhập ngang bằng cho dù về bản chất là hoạt động mua bán.

Một thương vụ mua bán cũng có thể được gọi là sáp nhập khi cả hai bên đồng thuận liên kết cùng nhau vì lợi ích cho cả hai công ty. Nhưng khi bên bị mua không muốn bị thôn tính thì sẽ được coi là một thương vụ mua bán. Một thương vụ được coi là mua bán hay sáp nhập hoàn toàn phụ thuộc vào việc nó được diễn ra một cách thân thiện giữa hai bên hay bị ép buộc thôn tính nhau. Mặt khác, sáp nhập còn là cách truyền tải thông tin ra bên ngoài cũng như sự nhìn nhận của ban giám đốc, nhân viên và cổ đông của công ty.

Trong Mua bán doanh nghiệp, giống như đối với một số giao dịch Sáp nhập đã đề cập ở trên, một công ty có thể mua lại một công ty khác bằng tiền mặt, cổ phiếu hay kết hợp cả hai loại trên. Một hình thức khác phổ biến trong những thương vụ mua bán nhỏ hơn là mua tất cả tài sản của công ty bị mua. Công ty X mua tất cả tài sản của công ty Y bằng tiền mặt đồng nghĩa với việc công ty Y chỉ còn lại tiền mặt (và nợ, nếu như có nợ trước đó). Đương nhiên, công ty Y chỉ là vỏ bên ngoài và cuối cùng sẽ thanh lý hoặc phải nhảy vào một lĩnh vực kinh doanh khác.

Một loại hình mua bán khác là “Sáp nhập ngược”, được diễn ra khi một công ty tư nhân mua lại một doanh nghiệp đã niêm yết trên sàn trong một thời gian tương đối ngắn. Cụ thể, “Sáp nhập ngược” sẽ xảy ra khi một công ty tư nhân có triển vọng lớn, muốn tăng vốn sẽ mua một công ty đã niêm yết trên sàn giao dịch chứng khoán để biến mình thành một công ty đại chúng và được phát hành cổ phiếu.

Dựa vào mối quan hệ giữa hai công ty tiến hành sáp nhập, có thể chia ra một số loại hình sáp nhập như sau:

- *Sáp nhập cùng ngành (hay còn gọi là sáp nhập chiều ngang)*: Diễn ra đối với hai công ty cùng cạnh tranh trực tiếp và chia sẻ cùng dòng sản phẩm và thị trường. Ví dụ như Một trường hợp điển hình của việc mua bán này là việc công ty máy tính Lenovo (Trung Quốc) mua lại bộ phận sản xuất máy tính cá nhân của IBM với thương hiệu ThinkPad²⁷ hay tập đoàn Unilever sở hữu thương hiệu kem đánh răng Close Up mua lại thương hiệu Kem đánh răng P/S²⁸.
- *Sáp nhập dọc*: Diễn ra đối với các doanh nghiệp trong chuỗi cung ứng, ví dụ giữa một công ty với khách hàng hoặc nhà cung cấp của công ty đó. Ví dụ như công ty AT&T mua lại Tel-communication Inc. (TCI), một công ty truyền hình cáp. Mục tiêu của AT&T khi mua lại công ty TCI nhằm cải tiến hệ thống cáp của TCI để AT&T có thể cung cấp dịch vụ điện thoại tới các khách hàng địa phương²⁹.
- *Sáp nhập mở rộng thị trường*: Diễn ra đối với hai công ty bán cùng loại sản phẩm nhưng ở những thị trường khác nhau. Điển hình của việc sáp nhập mở rộng thị trường của Crown Asia Pacific Holdings Ltd. (công ty con của Crown Holdings, Inc.) đã mua lại cơ sở sản xuất vỏ lon của công ty Interfood Shareholding Company (IFS) tại Đồng Nai để cung cấp vỏ lon của Crown tại Việt Nam³⁰.
- *Sáp nhập mở rộng sản phẩm*: Diễn ra đối với hai công ty bán những sản phẩm khác nhau nhưng có liên quan tới nhau trong cùng một phân khúc thị trường. Điển hình của hình thức sáp nhập này là việc Kinh Đô mua thêm cổ phiếu Tribeco nhằm mục đích mở rộng hoạt động đầu tư. Việc mua lại cổ phiếu sẽ tốt cho Tribeco nếu Kinh Đô đầu tư dài hạn, cùng Tribeco xây dựng hệ thống phân phối, đa dạng sản phẩm³¹.

²⁷ Cẩm nang Mua bán-Sáp nhập tại Việt Nam, tr. 10; McKinsey Quarterly, ‘Integrating purchasing in M&A: An interview with Lenovo’s chief procurement officer’,

http://www.mckinseyquarterly.com/Integrating_purchasing_in_MA_An_interview_with_Lenovos_chief_procurement_officer_r_2132, Dân trí, ‘Lenovo mua lại bộ phận máy tính của IBM’, <http://dantri.com.vn/c83/s83-60531/lenovo-mua-lai-bo-phan-may-tinh-cua-ibm.htm>; VnExpress, ‘Vụ mua bán IBM - Lenovo tác động gì tới khách hàng?’, <http://www.vnexpress.net/GI/Vi-tinh/2004/12/3B9D9D76/>;

²⁸ Nguyễn Tư Thúc, ‘Mua lại nhãn hiệu để thâm nhập thị trường’, Tạp chí Thương hiệu Việt Online, <http://thuonghieuviet.com/News/Detail?gID=7&tID=12&cID=14533>.

²⁹ Diệp Dũng, ‘Bài 18: Sáp nhập và tái cơ cấu công ty’, tr. 2, 13/09/2003, Chương trình kinh tế Fulbright, <http://ocw.fetp.edu.vn/display.cfm?fid=1419&lang=1>

³⁰ Mạng M&A Network, <http://www.manetwork.vn/CSDL/Category.ma?ID=3212A9E9>

³¹ Theo Tuổi trẻ, Kinh đô đầu tư Tribeco, ngày 27/10/2005, <http://www.tuoiitre.com.vn/Tiayon/Index.aspx?ArticleID=105059&ChannelID=86>

- *Sáp nhập kiểu tập đoàn:* Trong trường hợp này, hai công ty không có cùng lĩnh vực kinh doanh nhưng muốn đa dạng hóa hoạt động lĩnh vực kinh doanh đa ngành nghề. Ví dụ như công ty công nghệ CX Technology của Đài Loan đã mua lại 49% cổ phần của công ty chứng khoán Âu Lạc³².

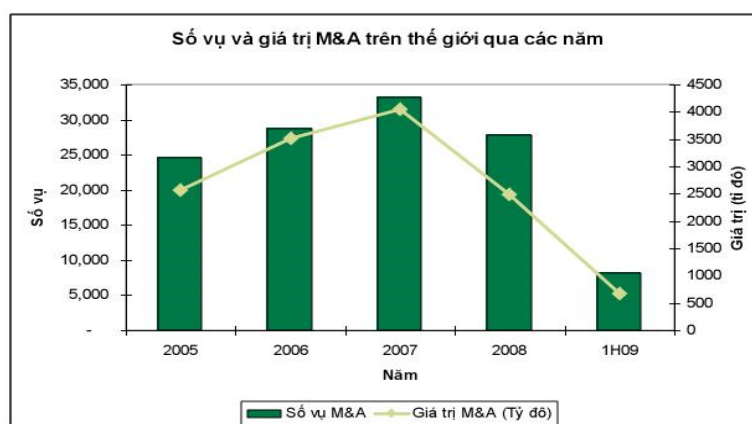
Dựa trên cách thức cơ cấu tài chính và tác động nhất định tới công ty và nhà đầu tư người ta có thể phân biệt hai loại hình sáp nhập như sau:

- *Sáp nhập mua:* Như chính cái tên này thể hiện, loại hình sáp nhập này xảy ra khi một công ty mua lại một công ty khác. Việc mua công ty được tiến hành bằng tiền mặt hoặc thông qua một số công cụ tài chính.
- *Sáp nhập hợp nhất:* với hình thức sáp nhập này, một thương hiệu công ty mới được hình thành và cả hai công ty được hợp nhất dưới một pháp nhân mới. Tài chính của hai công ty sẽ được hợp nhất trong công ty mới³³.

Sự phân biệt nêu trên có thể rất rõ ở định nghĩa về sáp nhập theo pháp luật Nhật Bản.

3. Thị trường Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp quốc tế

Thị trường Sáp nhập và Mua lại (M&A) của thế giới đã trải qua nhiều thăng trầm trong lịch sử³⁴. Trong giai đoạn hiện nay (từ năm 2005 đến đầu năm 2009), hoạt động sáp nhập và mua lại trên thế giới đã phát triển mạnh mẽ vào năm 2007 và giảm dần về số vụ giao dịch sáp nhập và mua bán vào năm 2008 và giảm đột biến về giá trị giao dịch (xem hình dưới đây).



Nguồn: Bloomberg DC³⁵

³² Mạng Mua bán Sáp nhập Việt Nam, 'Cẩm nang Mua bán & Sáp nhập tại Việt Nam', tr.15, Nhà xuất bản Tài chính, 2009.

³³ Nguyễn Thường Lạng & Nguyễn Thị Quỳnh Thư, 'Một số vấn đề về sáp nhập, mua lại doanh nghiệp và tình hình Việt Nam', Tạp chí Ngân hàng số 15/2008, ngày 09/04/2008,

http://www.sbv.gov.vn/vn/tintuc/vp/dvtoi/tin/tapchi_2008_09_04_042121.doc?tin=500

³⁴ Mạng Mua bán Sáp nhập Việt Nam, 'Cẩm nang Mua bán & Sáp nhập tại Việt Nam', tr.16, Nhà xuất bản Tài chính, 2009.

³⁵ Dominic Scriveren "M&A trên thế giới và Việt Nam dưới góc độ quản trị" – Hội nghị "M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội", Hà Nội 16/1/2009.

Việt Nam đã gia nhập WTO được gần 3 năm³⁶ với cam kết mở cửa thị trường cho các nhà đầu tư nước ngoài theo lộ trình. Kể từ năm 2009, nhiều lĩnh vực dịch vụ đã cho phép nhà đầu tư nước ngoài được tham gia cung cấp như kiến trúc, nghiên cứu thị trường, giáo dục, phân phối hàng hóa và quảng cáo. Sự mở rộng này là cơ hội cho hoạt động đầu tư thông qua hình thức sáp nhập và mua lại mặc dù hiện nay nhiều quy định của WTO cần được hướng dẫn cụ thể khi áp dụng (*được phân tích kỹ hơn ở phần dưới của Báo cáo này*).

Dữ liệu lịch sử về hoạt động M&A tại Việt Nam³⁷

Năm	Số giao dịch mua bán	Tổng giá trị các giao dịch mua bán (triệu đô la Mỹ)
2008	166	1117
2007	108	1,719
2006	38	299
2005	22	61
2004	23	34
2003	41	118

Nguồn: Thomson Reuters, theo nghiên cứu của PricewaterhouseCoopers

Các giao dịch mua bán M&A đã được công bố - Khu vực/quốc gia mục tiêu						
	6 tháng đầu năm 2009 (triệu đô la Mỹ)	6 tháng đầu năm 2008 (triệu đô la Mỹ)	% thay đổi	6 tháng đầu năm 2009 (số lượng giao dịch mua bán)	6 tháng đầu năm 2008 (số lượng giao dịch mua bán)	% thay đổi
Trên toàn thế giới	914.037	1.573.325	-40%	17.389	20.342	-15%
Mỹ	289.363	569.065	-49%	3.506	4.949	-29%
Trung Quốc	38.288	62.329	-39%	1.104	1.392	-21%
Đông Nam Á	18.559	49.944	-61%	972	1.006	-3%
Việt Nam	232	471	-51%	112	54	107%

Nguồn: Thomson Reuters, theo nghiên cứu của PricewaterhouseCoopers

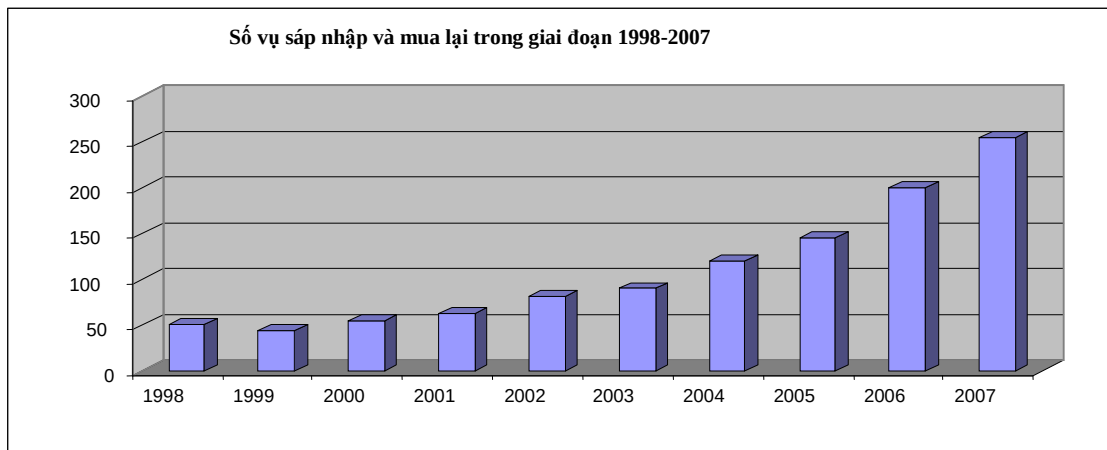
Nguồn: Thomson Reuters, theo nghiên cứu của PricewaterhouseCoopers³⁸

³⁶ Cam kết WTO của Việt Nam có hiệu lực kể từ ngày 11/01/2007.

³⁷ PriceWaterhouseCooper, 'Nhìn lại hoạt động M&A tại Việt Nam – Sáu tháng đầu năm 2009', tr.14, 2009

³⁸ PriceWaterhouseCooper, 'Nhìn lại hoạt động M&A tại Việt Nam – Sáu tháng đầu năm 2009', tr.5, 2009.

Theo một dự đoán của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, ‘Khoảng 30-50% doanh nghiệp Việt Nam sẽ phải thực hiện sáp nhập trong vòng 5-10 năm nữa dưới tác động của khủng hoảng’³⁹



Nguồn: Cục Đầu tư nước ngoài - Bộ Kế hoạch và Đầu tư⁴⁰

Những số liệu nêu trên và nhiều nghiên cứu đã chỉ ra rằng Việt Nam có một thị trường tiềm năng cho các hoạt động sáp nhập và mua lại doanh nghiệp⁴¹. Tuy nhiên, để thị trường này phát triển, ý kiến của các chuyên gia tài chính và pháp luật cho rằng Việt Nam cần phải cải thiện rất nhiều khung pháp lý về sáp nhập và mua lại tại Việt Nam, như: chưa có quy định pháp luật về sáp nhập và mua bán, thiếu quy định rõ ràng về quyền sở hữu (bao gồm tỉ lệ sở hữu đối với nhà đầu tư nước ngoài theo cam kết WTO), các định nghĩa pháp lý chưa được hiểu và áp dụng thống nhất liên quan đến khái niệm nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, cách tính về thị trường liên quan của theo quy định của pháp luật cạnh tranh, đồng tiền thanh toán khi mua cổ phần⁴²...

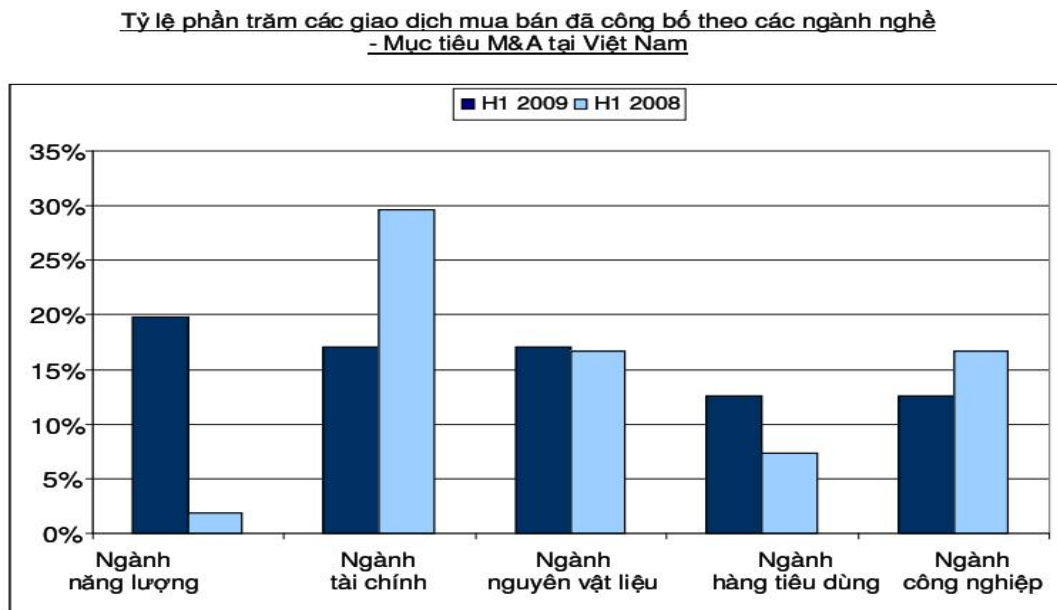
³⁹ Ông Nguyễn Bích Đạt, Thứ trưởng Bộ KH-ĐT đưa ra dự báo ngày 11/6 tại Hội thảo M&A 2009, Kinh nghiệm và Cơ hội tại Hà Nội ngày 11/06/2009

⁴⁰ Nguyễn Thường Lạng & Nguyễn Thị Quỳnh Thư, ‘Một số vấn đề về sáp nhập, mua lại doanh nghiệp và tình hình Việt Nam’, Tạp chí Ngân hàng số 15/2008, ngày 09/04/2008, http://www.sbv.gov.vn/vn/tintuc/vp/dvtot/tin/tapchi_2008_09_04_042121.doc?tin=500

⁴¹ Mạng Mua bán Sáp nhập Việt Nam, ‘Cẩm nang Mua bán & Sáp nhập tại Việt Nam’, tr.16, Nhà xuất bản Tài chính, 2009; PriceWaterhouseCooper, ‘Nhìn lại hoạt động M&A tại Việt Nam-Hoạt động mua bán vẫn gia tăng theo hướng tích cực cho dù tổng giá trị mua bán năm nay thấp hơn năm 2007’, tr.4, 2009; Nguyễn Thường Lạng & Nguyễn Thị Quỳnh Thư, ‘Một số vấn đề về sáp nhập, mua lại doanh nghiệp và tình hình Việt Nam’, Tạp chí Ngân hàng số 15/2008, ngày 09/04/2008, http://www.sbv.gov.vn/vn/tintuc/vp/dvtot/tin/tapchi_2008_09_04_042121.doc?tin=500

⁴² Dominic Screeven, ‘M&A trên thế giới và Việt Nam dưới góc độ quản trị’; Trần Anh Đức, ‘Mua bán doanh nghiệp tại Việt Nam-Thảo luận một số vấn đề pháp lý’ – Hội nghị “M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội”, Hà Nội 16/1/2009; Thái Bảo Anh, ‘Tham luận về Khung pháp lý liên quan tới vấn đề sáp nhập và mua lại doanh nghiệp ở Việt Nam’, 2006.

Bên cạnh đó, việc xem xét các quy định pháp lý cũng cần phải nghiên cứu tới xu hướng sáp nhập và mua lại trong một số ngành hàng và dịch vụ cụ thể (xem hình dưới đây).



Nguồn: Thomson Reuters, theo nghiên cứu của PricewaterhouseCoopers

CHƯƠNG II

KHUNG PHÁP LÝ CỦA VIỆT NAM VỀ SÁP NHẬP VÀ MUA LẠI DOANH NGHIỆP

1. Quyền thực hiện giao dịch Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp của nhà đầu tư:

1.1. Quyền được góp và được mua cổ phần của các nhà đầu tư tại các doanh nghiệp Việt Nam

a. Khung pháp lý

Quyền góp vốn, mua cổ phần của các nhà đầu tư bằng các hình thức đầu tư trực tiếp và đầu tư gián tiếp được Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán công nhận⁴³.

Tuy nhiên, quyền này bị hạn chế đối với nhà đầu tư nước ngoài. Tỷ lệ góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài đối với một số lĩnh vực ngành nghề do Chính phủ quy định⁴⁴ hoặc phải theo cam kết mở cửa thị trường của Việt Nam với các điều ước quốc tế đa phương (ví dụ như Cam kết WTO) và song phương (ví dụ như Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ).

Các quy định về quyền được góp vốn của nhà đầu tư nước ngoài tại các doanh nghiệp Việt Nam vẫn còn chưa thống nhất trong việc quy định. Ví dụ như, Nghị định 139/2007/NĐ-CP quy định quyền của nhà đầu tư nước ngoài được mua cổ phần tại các “công ty niêm yết”⁴⁵ nhưng theo Quyết định 88/2009/QĐ-TTg và Quyết định 55/2009/QĐ-TTg thì quy định nhà đầu tư nước ngoài chỉ được mua cổ phần tại các “công ty đại chúng”⁴⁶.

Quyền này cũng bị hạn chế theo quy định của Luật Cạnh tranh trong trường hợp việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại doanh nghiệp và liên doanh giữa các doanh nghiệp là hành vi tập trung kinh tế bị cấm⁴⁷.

b. Thực tiễn và bình luận

Quyền được góp vốn và mua cổ phần của các nhà đầu tư trong nước tại các doanh nghiệp Việt Nam được công nhận cùng với việc cho phép thành lập các doanh

⁴³ Luật Đầu tư, Điều 25 & Điều 26; Luật Doanh nghiệp, Điều 44, Điều 64, Điều 84; Luật Chứng khoán, Điều 6; Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 10;

⁴⁴ Luật Đầu tư, Điều 25 & Điều 26; Luật Doanh nghiệp, Điều 44, Điều 64, Điều 84; Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg; Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 10.

⁴⁵ Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 10.

⁴⁶ Quyết định 88/2009/QĐ-TTg, Điều 3; Quyết định 55/2009/QĐ-TTg, Điều 2.

⁴⁷ Luật Cạnh tranh, Điều 16, Điều 17, Điều 18 và Điều 19.

ngành dân doanh kể từ năm 1991. Quyền được góp vốn và mua cổ phần của các nhà đầu tư nước ngoài tại các doanh nghiệp Việt Nam chưa niêm yết được công nhận kể từ năm 2003 theo Quyết định số 36/2003/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ và được tiếp tục khẳng định tại Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ.

Tuy nhiên, Quyết định số 36/2003/QĐ-TTg đã không được áp dụng triệt để trên thực tế, nhiều cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã từ chối đăng ký để từ chối quyền góp vốn của nhà đầu tư nước ngoài với lý do Chính phủ hoặc Bộ Kế hoạch Đầu tư chưa ban hành văn bản cụ thể về lĩnh vực ngành nghề mà doanh nghiệp Việt Nam được phép bán cho nhà đầu tư nước ngoài. Với lý do này, Quyết định số 36/2003/QĐ-TTg đã không được áp dụng tại rất nhiều các địa phương.

Hiện nay, Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ đã mở rộng quyền được mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam. Lĩnh vực, ngành nghề mà nhà đầu tư nước ngoài có thể mua tại các doanh nghiệp Việt Nam căn cứ theo cam kết quốc tế của Việt Nam hoặc theo các quy định pháp luật cụ thể điều chỉnh lĩnh vực ngành nghề đó⁴⁸.

Mặc dầu vậy, quyền được góp vốn và được mua cổ phần này hiện nay đang bị hạn chế bởi những quy định chồng chéo về việc “*tham gia góp vốn ngay từ khi thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư nước ngoài lần đầu tiên đầu tư vào Việt Nam*”⁴⁹. Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đưa ra nhiều quan điểm về khái niệm “nhà đầu tư nước ngoài” nên đã dẫn đến những khác biệt về thủ tục cần được áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài lần đầu tiên đầu tư vào Việt Nam⁵⁰.

Hộp 1: Những khái niệm khác nhau về “nhà đầu tư nước ngoài”

1. Luật Đầu tư:

“Nhà đầu tư nước ngoài là tổ chức, cá nhân nước ngoài bỏ vốn để thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam” (Điều 3);

2. Nghị định 69/2007/NĐ-CP:

“Nhà đầu tư nước ngoài bao gồm:

- a. Tổ chức nước ngoài là tổ chức được thành lập theo quy định của pháp luật nước ngoài và hoạt động, kinh doanh tại nước ngoài hoặc/và tại Việt Nam.

⁴⁸ Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg, Điều 3.

⁴⁹ Luật Đầu tư, Điều 50; Luật Doanh nghiệp, Điều 20.

⁵⁰ Hiện nay, những quan điểm khác biệt về khi giải thích vấn đề này theo quy định của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp giữa Chính phủ và Bộ Kế hoạch và Đầu tư. Theo Nghị định 139/2007/NĐ-CP cho phép nhà đầu tư lần đầu tiên đầu tư vào Việt Nam nêu đầu tư “không quá 49% vốn điều lệ” thì việc thành lập doanh nghiệp theo thủ tục đăng ký kinh doanh”, trong khi Công văn số 1752/BKH-PC ngày 18/01/2009 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư thì lại yêu cầu nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục để cấp giấy chứng nhận đầu tư.

- b. Cá nhân nước ngoài là người mang quốc tịch nước ngoài, cư trú tại nước ngoài hoặc tại Việt Nam.

2. Quyết định 55/2009/QĐ-TTg và Quyết định 88/2009/QĐ-TTg:

Nhà đầu tư nước ngoài bao gồm:

- “a. Tổ chức thành lập và hoạt động theo pháp luật nước ngoài và chi nhánh của các tổ chức này tại nước ngoài và tại Việt Nam;
b. Tổ chức thành lập và hoạt động ở Việt Nam có tỷ lệ tham gia góp vốn của bên nước ngoài trên 49%;
c. Quỹ đầu tư, công ty đầu tư chứng khoán có tỷ lệ tham gia góp vốn của bên nước ngoài trên 49%;
d. Cá nhân nước ngoài là người không mang quốc tịch Việt Nam, cư trú tại nước ngoài hoặc tại Việt Nam”. (Điều 1 của Quyết định 55/2009/QĐ-TTg và Điều 2 của Quyết định 88/2009/QĐ-TTg)

3. Quyết định số 121/2008/QĐ-BTC của Bộ trưởng Bộ Tài chính:

- a. Cá nhân là người có quốc tịch nước ngoài, cư trú tại nước ngoài hoặc tại Việt Nam, bao gồm cả người gốc Việt Nam có quốc tịch nước ngoài;
b. Tổ chức thành lập và hoạt động theo pháp luật nước ngoài và chi nhánh của các tổ chức này tại nước ngoài và tại Việt Nam;
c. Tổ chức thành lập và hoạt động ở Việt Nam có 100% vốn góp nước ngoài và các chi nhánh của tổ chức này;
d. Quỹ đầu tư thành lập và hoạt động theo pháp luật nước ngoài và các quỹ đầu tư thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam có 100% vốn nước ngoài.

1.2. Quyền được chào bán cổ phần hoặc giá trị phần vốn góp của các cổ đông và thành viên hiện hữu tại các doanh nghiệp và HTX cho nhà đầu tư

a. Khung pháp lý

Các thành viên của công ty TNHH và cổ đông của công ty cổ phần được quyền chuyển nhượng phần vốn mà mình nắm giữ cho nhà đầu tư trong nước hay nước ngoài⁵¹. Thành viên công ty TNHH chỉ được chuyển nhượng phần vốn góp của mình trong công ty cho người khác không phải là thành viên công ty sau khi đã chào bán cho các thành viên còn lại với cùng điều kiện và các thành viên này không mua hoặc không mua hết sau trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày chào bán⁵². Trong vòng 3 năm đầu kể từ khi thành lập, các cổ đông sáng lập chỉ được quyền

⁵¹ Luật Đầu tư, Điều 25 & Điều 26; Luật Doanh nghiệp, Điều 44, Điều 64, Điều 84.

⁵² Luật Doanh nghiệp, Điều 44

chào bán cổ phần của mình cho người khác không phải là cổ đông công ty khi được Đại hội đồng cổ đông đồng ý⁵³.

Thành viên hợp danh muốn bán phần vốn góp của mình tại công ty hợp danh cho người khác thì phải được sự đồng ý của các thành viên hợp danh còn lại⁵⁴.

Xã viên HTX có quyền bán vốn góp, quyền lợi và nghĩa vụ của mình cho người khác theo quy định của Điều lệ của HTX⁵⁵.

Trong trường hợp chuyển nhượng phần vốn góp hay cổ phần cho nhà đầu tư nước ngoài, các thành viên cũng như cổ đông công ty cần lưu ý giới hạn tỷ lệ sở hữu vốn của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam như đã được nêu tại mục ‘Quyền được góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư tại các doanh nghiệp’ trên đây và các giới hạn khác trong trường hợp việc chuyển nhượng có thể dẫn đến hành vi tập trung kinh tế bị cấm⁵⁶.

b. Thực tiễn và bình luận

Nhu cầu được đầu tư nhỏ vào các doanh nghiệp Việt Nam và/hoặc để không phải thực hiện thủ tục xin cấp phép đầu tư tại Việt Nam- một thủ tục này được đánh giá là phức tạp và tốn kém, một số nhà đầu tư nước ngoài tìm cách “nhờ” người Việt Nam đứng tên hộ khi thành lập doanh nghiệp để doanh nghiệp đó và sau đó bán lại cổ phần hoặc phần vốn góp của người được nhờ đứng tên cho nhà đầu tư.

Ngoài ra, xin tham khảo thêm những vấn đề về thực tiễn của “*Quyền được góp và được mua cổ phần của các nhà đầu tư tại các doanh nghiệp Việt Nam*”.

1.3. Quyền được chào bán cổ phần hoặc bổ sung phần vốn góp mới của doanh nghiệp hoặc của HTX cho nhà đầu tư

1.3.1. Công ty cổ phần

a. Khung pháp lý

Công ty cổ phần có quyền chào bán cổ phần chưa phát hành của mình cho các nhà đầu tư trong và ngoài nước⁵⁷.

b. Thực tiễn và bình luận

⁵³ Luật Doanh nghiệp, Điều 84.

⁵⁴ Luật Doanh nghiệp, Điều 133.

⁵⁵ Luật Hợp tác xã, Điều 19.

⁵⁶ Luật Cạnh tranh, Điều 16, Điều 17, Điều 18 và Điều 19.

⁵⁷ Luật Doanh nghiệp, Điều 87

Quyền này đang được áp dụng chiếm ưu thế trên thực tiễn để thu hút dòng vốn mới vào công ty cổ phần. Công ty có nhu cầu tiếp nhận đầu tư có thu nhận được giá trị gốc và thặng dư của số cổ phần bán cho nhà đầu tư.

Trong trường hợp bán cổ phần cho nhà đầu tư nước ngoài, công ty cổ phần cần lưu ý giới hạn tỷ lệ sở hữu vốn của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam như đã được nêu tại mục “Quyền được góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư tại các doanh nghiệp” trên đây và các giới hạn khác trong trường hợp việc chuyển nhượng có thể dẫn đến hành vi tập trung kinh tế bị cấm⁵⁸.

1.3.2. Công ty TNHH

a. Khung pháp lý

Công ty TNHH có quyền kết nạp thành viên mới. Thành viên mới sẽ đóng góp phần vốn góp của mình vào công ty mà không phải mua lại phần vốn góp của các thành viên sáng lập. Việc tiếp nhận vốn góp của thành viên mới sẽ làm tăng vốn điều lệ của công ty⁵⁹.

b. Thực tiễn và bình luận

Thực tiễn của việc thực hiện quyền này giống như là quyền chào bán cổ phần chưa phát hành trong công ty cổ phần.

1.3.3. Công ty hợp danh

a. Khung pháp lý

Công ty hợp danh có quyền kết nạp thêm thành viên hợp danh và thành viên góp vốn mới⁶⁰.

b. Thực tiễn và bình luận

Thực tiễn ở Việt Nam, loại hình công ty hợp danh chưa phát triển mạnh. Số lượng các vụ bán (hay mua lại) hay sáp nhập công ty hợp danh chưa được ghi nhận.

1.3.4. Hợp tác xã

a. Khung pháp lý

HTX có quyền kết nạp thêm xã viên mới⁶¹. Xã viên có thể là cá nhân, hộ gia đình và pháp nhân⁶².

⁵⁸ Luật Cạnh tranh, Điều 16, Điều 17, Điều 18 và Điều 19.

⁵⁹ Luật Doanh nghiệp, Điều 60.

⁶⁰ Luật Doanh nghiệp, Điều 139.

⁶¹ Luật Hợp tác xã, Điều 6.

b. Thực tiễn và bình luận

Mô hình HTX rất phát triển trong giai đoạn trước đây dẫn đến nhiều HTX có những lợi thế về tài sản như đất dành cho sản xuất và kinh doanh. Hiện nay, nhiều vụ bán (mua) HTX kèm theo các lợi thế đó đã và đang được thực hiện.

1.3.5. Doanh nghiệp đầu tư nước ngoài

a. Khung pháp lý

Doanh nghiệp ĐTNN hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, Luật Các Tổ chức Tín dụng, Luật Bảo hiểm, Luật Chứng khoán, Luật Hợp tác xã nên việc bán cổ phần chưa phát hành hoặc bổ sung phần vốn góp mới sẽ theo sự điều chỉnh của các quy phạm pháp luật này⁶³.

b. Thực tiễn và bình luận

Nhiều doanh nghiệp ĐTNN đã không thực hiện việc đăng ký lại theo Nghị định 101/2006/NĐ-CP nên đã không thể thực hiện việc sáp nhập hay hợp nhất với một doanh nghiệp khác.

1.3.6. Doanh nghiệp nhà nước

a. Khung pháp lý

DNNN nếu đã chuyển đổi sang mô hình hoạt động là công ty TNHH và công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp thì việc bán cổ phần chưa phát hành hay bổ sung phần vốn góp mới sẽ theo các hình thức doanh nghiệp nêu ở trên.

Đối với các DNNN chưa chuyển đổi xong thì nhà đầu tư chỉ có thể mua lại, sáp nhập hay hợp nhất DNNN đó thông qua hình thức cổ phần hóa hoặc bán, giao DNNN do Chính phủ quy định⁶⁴.

b. Thực tiễn và bình luận

Khung pháp lý liên quan đến việc mua, bán và tổ chức lại DNNN tương đối nhiều nhưng vẫn còn nhiều bất cập.

Tương tự như ‘Quyền được góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư tại các doanh nghiệp’, quyền mua cổ phần chào bán hay góp vốn bổ sung này của nhà đầu tư nước ngoài cũng bị hạn chế đối với một số lĩnh vực ngành nghề do Chính phủ quy

⁶² Luật Hợp tác xã, Điều 17.

⁶³ Luật Đầu tư, Điều 22.

⁶⁴ Nghị định 109/2007/NĐ-CP và Nghị định 109/2008/NĐ-CP

định⁶⁵ hoặc phải theo cam kết mở cửa thị trường của Việt Nam với các điều ước quốc tế đa phương (ví dụ như Cam kết WTO) và song phương (ví dụ như Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ)⁶⁶ và không phải là hành vi tập trung kinh tế bị cấm⁶⁷.

Nhiều cơ quan nhà nước có cách hiểu khác nhau về quyền này trong trường hợp nhà đầu tư nước ngoài tham gia đầu tư vào các loại hình doanh nghiệp kể trên. Các hiểu khác nhau chủ yếu tập trung vào sự hạn chế của quyền này theo Cam kết WTO. Ví dụ, một số cơ quan ĐKKD cho rằng những ngành nghề không được quy định trong Biểu Dịch vụ của Cam kết WTO thì không được phép “chào bán cổ phần” cho nhà đầu tư nước ngoài. Trong khi một số cơ quan ĐKKD khác lại có suy nghĩ ngược lại vì cho rằng đó “sự mở cửa thị trường của nhà nước Việt Nam” (xem ví dụ ở Hộp 1). Cách hiểu khác nhau này đã làm hạn chế khả năng thu hút vốn đầu tư nước ngoài của các doanh nghiệp Việt Nam, trong đó có cơ hội thu hút vốn trong cổ phần hóa DNNN.

Hộp 2: Ví dụ về việc mua lại cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài tại doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực khách sạn

Theo Quyết định 02/2001/QĐ-TCDL ngày 27/4/2001 của Tổng cục du lịch về Tiêu chuẩn xếp hạng khách sạn, thì khách sạn hạng bốn (04) sao phải có quầy bar. Để có thể bán được rượu tại quầy bar này, khách sạn phải được phép mua bán rượu. Tuy nhiên, theo quy định tại Phụ lục 04 Quyết định số 10/2007/QĐ-BTM ngày 21/5/2007 của Bộ Thương mại về công bố lộ trình thực hiện hoạt động mua bán hàng hoá và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hoá, thì doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ được mua bán rượu kể từ ngày 01/01/2010. Như vậy, nếu có sự tham gia của nhà đầu tư nước ngoài, khách sạn bắt buộc phải loại bỏ ngành nghề mua bán rượu nói trên.

Tương tự với mua bán rượu, tại quầy bar của các khách sạn ở Việt Nam cũng mua bán thường bán thuốc lá, xì gà lẻ. Các quy định kể trên cũng đã loại trừ người nước ngoài được phép phân phối thuốc lá, xì gà tại Việt Nam.

Điều này đã gây ách tắc trong việc huy động vốn nước ngoài cho các khách sạn từ 4 sao trở lên ở Việt Nam.

1.4. Quyền được bán doanh nghiệp

1.4.1 Công ty cổ phần:

a. Khung pháp lý

⁶⁵ Luật Đầu tư, Điều 25 & Điều 26; Luật Doanh nghiệp, Điều 44, Điều 64, Điều 84; Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg

⁶⁶ Biểu cam kết cụ thể về thương mại dịch vụ (Phụ lục Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam), BTA.

⁶⁷ Luật Cạnh tranh, Điều 16, Điều 17, Điều 18 và Điều 19.

Luật Doanh nghiệp và các văn bản liên quan không quy định rõ việc cho phép hoặc không cho phép “bán công ty cổ phần”.

b. Thực tiễn và bình luận

Nhưng xét theo nội dung các quy định, thì các cổ đông của một công ty cổ phần có thể bán công ty của mình dưới hai hình thức: bán tài sản của công ty và bán cổ phần được quyền chào bán của công ty hay của các cổ đông.

Công ty cổ phần được quyền bán tài sản trong quá trình hoạt động theo thủ tục, trình tự được pháp luật và điều lệ của công ty quy định⁶⁸. Các cổ đông của một công ty cổ phần có quyền cùng nhau chuyển nhượng cổ phần mình đang nắm giữ cho bất kỳ cổ đông là cá nhân hoặc tổ chức nào dưới các quyền “*chào bán cổ phần đã góp*” và “*cổ phần có quyền chào bán nhưng chưa phát hành hết*” ở trên.

1.4.2 Công ty TNHH:

a. Khung pháp lý

Luật Doanh nghiệp và các văn bản liên quan không quy định rõ việc cho phép hoặc không cho phép “bán công ty trách nhiệm hữu hạn”.

b. Thực tiễn và bình luận

Thực tế, việc bán một công ty TNHH tương tự như hình thức công ty cổ phần. Việc bán doanh nghiệp này chỉ bao gồm hai hình thức: bán tài sản của công ty và bán phần vốn góp của các thành viên.

Đối với công ty TNHH có hai thành viên trở lên, hội đồng thành viên của công ty có quyền bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn do Điều lệ công ty quy định và quyết định tổ chức lại công ty⁶⁹.

Đối với công ty TNHH có một thành viên, trong trường hợp chủ sở hữu công ty là tổ chức, có quyền bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty, chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác và tổ chức lại công ty; trong trường hợp chủ sở hữu là cá nhân, có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác và tổ chức lại công ty⁷⁰.

⁶⁸ Luật Doanh nghiệp, Điều 8, , Điều 47, Điều 52, Điều 64, Điều 96, Điều 104, Điều 108.

⁶⁹ Luật Doanh nghiệp, Điều 47,

⁷⁰ Luật Doanh nghiệp, Điều 64

1.4.3 Doanh nghiệp nhà nước:

a. Khung pháp lý

Pháp luật quy định rõ những DNNN mà Nhà nước không muốn nắm giữ 100% vốn tại doanh nghiệp thì có thể bán cho tập thể, cá nhân hoặc pháp nhân⁷¹ theo quy định tại Nghị định 109/2008/NĐ-CP.

b. Thực tiễn và bình luận

Việc mua lại DNNN là những doanh nghiệp thuộc đối tượng theo Nghị định 109/2008/NĐ-CP là những doanh nghiệp nhỏ (có giá trị tổng tài sản ghi trên sổ kế toán dưới 15 tỷ đồng và không có lợi thế về đất đai)⁷² diễn ra không mạnh mẽ. Một số nhà kinh doanh thuộc khu vực tư nhân phản nản rằng họ không có thông tin về những doanh nghiệp dự định bán này được công bố. Tổng Công ty Đầu tư và Kinh doanh Vốn Nhà nước (SCIC) có công bố danh sách thoái vốn tại các doanh nghiệp. Nhưng việc thoái vốn của SCIC chủ yếu là bán cổ phần của SCIC trong các công ty đã được cổ phần hóa mà không phải là những doanh nghiệp thuộc đối tượng theo Nghị định 109/2008/NĐ-CP⁷³.

Đối với những DNNN chuyển đổi hình thức hoạt động sang mô hình công ty TNHH hoặc công ty cổ phần thì có những quyền tương ứng do pháp luật quy định đối với từng loại hình công ty. Do đó, DNNN ở những hình thức doanh nghiệp này cũng có thể chuyển nhượng được như đã đề cập ở trên.

1.4.4 Doanh nghiệp đầu tư nước ngoài:

a. Khung pháp lý

Doanh nghiệp ĐTNN nếu hoạt động dưới bất kỳ một hình thức doanh nghiệp nào, bao gồm: công ty TNHH có hai thành viên trở lên, công ty TNHH một thành viên và công ty cổ phần, DNTN thì có những quyền bán cổ phần hoặc chuyển nhượng phần vốn góp đối với từng loại hình doanh nghiệp theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

b. Thực tiễn và bình luận

Việc bán doanh nghiệp ĐTNN xảy ra khá phổ biến trước và sau Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư có hiệu lực. Thực tế, do thủ tục pháp lý của việc chuyển nhượng phần vốn góp (hay còn gọi là thay đổi nhà đầu tư) trước đây và hiện nay còn quá phức tạp dẫn đến các nhà đầu tư nước ngoài thường lựa chọn việc bán công ty đầu tư ở nước ngoài. Việc “bán” công ty đầu tư ở nước ngoài đã làm cho

⁷¹ Nghị định 109/2008/NĐ-CP, Điều 3

⁷² Nghị định 109/2008/NĐ-CP, Điều 2.

⁷³ Phòng vấn 7 doanh nghiệp tại Hà Nội.

Nhà nước Việt Nam bị mất đi khoản tiền thuế có thể thu được từ “giao dịch” này và khó kiểm soát được nguồn gốc của nhà đầu tư. Thực tế này đòi hỏi, chính sách và pháp luật của Việt Nam cần phải có những cải tiến thích hợp để hạn chế được những khiếm khuyết này.

1.4.5 Công ty hợp danh:

a. Khung pháp lý

Pháp luật không quy định các thành viên của công ty hợp danh có quyền bán trực tiếp doanh nghiệp của mình. Công ty hợp danh chỉ có quyền bán sản nghiệp của công ty. Thủ tục pháp lý được quy định tại Luật Doanh nghiệp và các văn bản liên quan⁷⁴.

b. Thực tiễn và bình luận

Tương tự như các hình thức công ty TNHH và công ty cổ phần, các thành viên của công ty hợp danh có quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại doanh nghiệp cho người khác⁷⁵. Đó chính là phương cách thực tiễn để các thành viên hợp danh có thể bán doanh nghiệp của mình.

1.4.6 Doanh nghiệp tư nhân:

a. Khung pháp lý

Chủ DNTN có quyền bán tài sản của doanh nghiệp hoặc bán cả doanh nghiệp của mình cho người khác. Thủ tục pháp lý được quy định tại Luật Doanh nghiệp và các văn bản liên quan⁷⁶.

b. Thực tiễn và bình luận

Do pháp luật công nhận rõ ràng quyền được trực tiếp bán DNTN nên thực tế các doanh nghiệp tư nhân cũng gặp thuận lợi khi thực hiện quyền này nếu người mua DNTN là một cá nhân. Theo quy định pháp luật hiện nay, DNTN được chuyển nhượng thành công ty TNHH nhiều thành viên với điều kiện chủ doanh nghiệp phải là một trong các thành viên của công ty. Ngoài ra, pháp luật không quy định về việc chuyển đổi DNTN thành công ty cổ phần. Vậy để chuyển đổi DNTN thành công ty cổ phần, nhà đầu tư phải thực hiện qua hai giai đoạn: 1. Chuyển đổi DNTN thành công ty TNHH hai thành viên trở lên. 2. Chuyển đổi công ty TNHH thành công ty cổ phần.

⁷⁴ Luật Doanh nghiệp, Điều 135

⁷⁵ Luật Doanh nghiệp, Điều 133

⁷⁶ Luật Doanh nghiệp, Điều 145

1.4.7 Hợp tác xã:

a. Khung pháp lý

Hợp tác xã được quyền bán tài sản theo quy định tại điều lệ của HTX và các quy định có liên quan⁷⁷. Không có quy định pháp luật về việc bán toàn bộ HTX.

b. Thực tiễn và bình luận

Các xã viên có thể cùng nhau bán toàn bộ phần vốn góp của mình tại HTX cho những cá nhân, hộ gia đình và pháp nhân khác. (Những) người mua phần vốn góp này phải đáp ứng được các yêu cầu để trở thành xã viên và tiếp tục giữ mô hình HTX để hoạt động. Trong trường hợp những người mua muốn chuyển đổi mô hình HTX sang một mô hình khác thì pháp luật cũng chưa có những hướng dẫn cụ thể việc chuyển đổi này. Hiện nay, trong trường hợp mua lại HTX mà không muốn hoạt động dưới hình thức HTX thì người mua sẽ phải giải thể HTX và thành lập doanh nghiệp mới.

1.5. Quyền được mua lại doanh nghiệp

a. Khung pháp lý

Tổ chức, cá nhân Việt Nam và nước ngoài có quyền mua cổ phần của công ty cổ phần, góp vốn vào công ty TNHH, công ty hợp danh, mua lại DNTN, DNNN, doanh nghiệp ĐTNN và tham gia HTX⁷⁸.

Các nhà đầu tư có quyền được mua lại hoặc không được mua lại doanh nghiệp theo các hình thức đã được đề cập tại các phần nêu trên.

Tương tự như ‘Quyền được góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư tại các doanh nghiệp’, quyền này cũng bị hạn chế đối với nhà đầu tư nước ngoài đối với một số lĩnh vực ngành nghề do Chính phủ quy định⁷⁹ hoặc phải theo cam kết mở cửa thị trường của Việt Nam với các điều ước quốc tế đa phương (ví dụ như Cam kết WTO) và song phương (ví dụ như Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ)⁸⁰ và không phải là hành vi tập trung kinh tế bị cấm⁸¹.

b. Thực tiễn và bình luận

Thực tế, các quy định pháp luật đã không ngăn cản quyền mua lại doanh nghiệp của các nhà đầu tư trong và ngoài nước. Vấn đề là cơ chế thực thi quyền này cần

⁷⁷ Luật Hợp tác xã, Điều 35

⁷⁸ Luật Doanh nghiệp, Điều 13; Luật Đầu tư, Điều 4; Luật Hợp tác xã, Điều 5

⁷⁹ Luật Đầu tư, Điều 25 & Điều 26; Luật Doanh nghiệp, Điều 44, Điều 64, Điều 84; Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg

⁸⁰ Cam kết WTO, BTA

⁸¹ Luật Cạnh tranh, Điều 16, Điều 17, Điều 18 và Điều 19

phải được quy định rõ ràng và hỗ trợ cho các nhà đầu tư (*các phần dưới đây sẽ thảo luận chi tiết hơn vấn đề này*).

1.6. Quyền được sáp nhập và hợp nhất giữa các doanh nghiệp Việt Nam

a. Khung pháp lý

Nhà đầu tư được quyền “sáp nhập”, “hợp nhất” công ty và chi nhánh theo quy định của pháp luật⁸². Luật Cạnh tranh, Luật Doanh nghiệp và Luật Hợp tác xã đã có những quy định tương đồng về “quyền” và thủ tục “sáp nhập” và “hợp nhất” doanh nghiệp⁸³.

Tương tự như ‘Quyền được góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư tại các doanh nghiệp’, quyền này cũng bị hạn chế đối với nhà đầu tư nước ngoài đối với một số lĩnh vực ngành nghề do Chính phủ quy định⁸⁴ hoặc phải theo cam kết mở cửa thị trường của Việt Nam với các điều ước quốc tế đa phương (ví dụ như Cam kết WTO) và song phương (ví dụ như BTA)⁸⁵ và không phải là hành vi tập trung kinh tế bị cấm⁸⁶.

b. Thực tiễn và bình luận

Thực tế, việc thực hiện “hợp nhất” hay “sáp nhập” doanh nghiệp hoặc HTX chưa được quy định rõ ràng về thủ tục đăng ký mã số thuế của doanh nghiệp mới, cơ cấu lao động, chế độ hợp đồng lao động, chuyển đổi BHXH, bảo hiểm y tế, đăng ký kinh doanh, đăng ký lại quyền sở hữu tài sản... dẫn đến hiện nay các doanh nghiệp, HTX thường thực hiện việc mua bán tài sản (hữu hình và vô hình) và chuyển giao nghĩa vụ của doanh nghiệp mới với những doanh nghiệp muốn “hợp nhất” hoặc “sáp nhập”. Những doanh nghiệp “bị hợp nhất” và “bị sáp nhập” sẽ phải giải thể.

Những cách làm thực tiễn nêu trên thực sự là khó khăn cho các doanh nghiệp. Việc phải chuyển giao quyền và nghĩa vụ giữa hai doanh nghiệp có tư cách pháp nhân độc lập với một bên thứ ba sẽ dẫn tới hậu quả là mối quan hệ với bên thứ ba có thể bị chấm dứt.

Hộp 3: Ví dụ một doanh nghiệp muốn hợp nhất

Nếu doanh nghiệp đó đang có hoạt động vay tín dụng của ngân hàng thì hợp đồng vay tín dụng dễ bị ngân hàng thanh lý vì doanh nghiệp đó sẽ bị giải thể và doanh nghiệp mới (doanh nghiệp hợp nhất) chưa có được những kết quả kinh doanh để bảo đảm hợp đồng vay tín dụng.

⁸² Luật Đầu tư, Điều 25.

⁸³ Luật Doanh nghiệp, Điều 152, Điều 153; Luật Cạnh tranh, Điều 17

⁸⁴ Luật Doanh nghiệp, Điều 44; Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg

⁸⁵ Cam kết WTO, BTA

⁸⁶ Luật Cạnh tranh, Điều 16, Điều 17, Điều 18 và Điều 19

Doanh nghiệp đó phải thỏa thuận với người lao động về việc chuyển đổi “người sử dụng lao động” trong hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể... Một rủi ro có thể phát sinh rằng người lao động sẽ đề nghị doanh nghiệp bị hợp nhất phải trả tiền trợ cấp mất việc làm do doanh nghiệp này giải thể.

1.7. Quyền mua doanh nghiệp nước ngoài:

a. Khung pháp lý

“Mua doanh nghiệp nước ngoài” là một hoạt động đầu tư trực tiếp ra nước ngoài của nhà đầu tư Việt Nam. Hoạt động đầu tư trực tiếp ra nước ngoài này đã được pháp luật Việt Nam công nhận kể từ năm 1999 bằng một nghị định của Chính phủ⁸⁷ cho tới nay bằng Luật Đầu tư và văn bản hướng dẫn thi hành⁸⁸. Luật Đầu tư khẳng định “*Nhà nước Việt Nam tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động đầu tư ra nước ngoài và bảo vệ lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư Việt Nam ở nước ngoài theo điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên*”⁸⁹.

Nhưng pháp luật Việt Nam chưa có quy định cho phép nhà đầu tư Việt Nam được phép mua cổ phần tại các công ty cổ phần ở nước ngoài hay góp vốn tại các loại hình công ty khác mà việc mua cổ phần hay góp vốn không đủ điều kiện về hình thức là một “dự án đầu tư” theo quy định của Luật Đầu tư⁹⁰.

b. Thực tiễn và bình luận

Để có thể mua hoặc sáp nhập với doanh nghiệp nước ngoài đang hoạt động, doanh nghiệp Việt Nam hiện đang phải “có những kỹ thuật xử lý” vì pháp luật Việt Nam chưa có quy định. Những kỹ thuật đó có thể bao gồm:

- Trao đổi cổ phiếu giữa doanh nghiệp Việt Nam và doanh nghiệp nước ngoài hoặc giữa các cổ đông của doanh nghiệp Việt Nam với các cổ đông của doanh nghiệp nước ngoài. Những hợp đồng trao đổi cổ phiếu này thường được sử dụng luật áp dụng là luật nước ngoài và cơ quan tài phán ở nước ngoài.
- Nhà đầu tư Việt Nam có thỏa thuận về trao đổi tài sản của doanh nghiệp nước ngoài với cổ đông nước ngoài.

⁸⁷ Bắt đầu từ Nghị định 22/1999/NĐ-CP ngày 14/04/1999 của Chính phủ quy định về đầu tư ra nước ngoài của doanh nghiệp Việt Nam.

⁸⁸ Văn bản có hiệu lực thi hành đối với hoạt động đầu tư ra nước ngoài hiện nay là Luật Đầu tư và Nghị định 78/2006/NĐ-CP.

⁸⁹ Luật Đầu tư, Điều 74.

⁹⁰ Xem khái niệm “dự án đầu tư” tại Luật Đầu tư, Điều 3.

- Nhà đầu tư có thể xin phép cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép việc đầu tư ra nước ngoài bằng hình thức mua cổ phần, mua lại doanh nghiệp trong từng trường hợp cụ thể⁹¹.

Những cách kỹ thuật nêu trên tiềm ẩn nhiều rủi ro cho các nhà đầu tư Việt Nam dự định đầu tư ra nước ngoài để “mua” hoặc “sáp nhập” với doanh nghiệp nước ngoài.

1.8. Tiểu kết

Nhìn chung, pháp luật Việt Nam ghi nhận quyền được hợp nhất, sáp nhập, mua lại doanh nghiệp và HTX của các nhà đầu tư trong và ngoài nước.

Tuy nhiên, các quy định pháp luật còn chưa rõ ràng nên đã hạn chế khả năng phát triển hoạt động mua, bán, sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp, HTX, được thể hiện ở một số khía cạnh sau:

- Nhiều ngành nghề chưa được pháp luật Việt Nam hoặc cam kết quốc tế quy định rõ nên các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã từ chối cấp phép cho nhà đầu tư nước ngoài được góp vốn hoặc mua cổ phần tại các doanh nghiệp Việt Nam trong một số ngành nghề.
- Quy định “*tham gia góp vốn ngay từ khi thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư nước ngoài lần đầu tiên đầu tư vào Việt Nam*” chưa được quy định rõ ràng nên đã gây nên nhiều cách hiểu khác nhau. Điều này làm hạn chế rất nhiều khả năng mua cổ phần, tham gia góp vốn của các nhà đầu tư nước ngoài.
- Thủ tục áp dụng đối với trường hợp người mua DNTN là một hoặc nhiều tổ chức hoặc nhiều cá nhân chưa được rõ ràng nên đã hạn chế khả năng mua lại DNTN.
- Đối với trường hợp những người mua HTX muốn chuyển đổi mô hình HTX sang một mô hình khác thì pháp luật cũng chưa có những hướng dẫn cụ thể việc chuyển đổi này. Cần nghiên cứu dỡ bỏ hạn chế này để khuyến khích các cá nhân, tổ chức tham gia vào việc sáp nhập, mua lại HTX.
- Khái niệm về “nhà đầu tư nước ngoài” hiện chưa được thống nhất tại các văn bản luật cho nên đã giới hạn khả năng đầu tư của khu vực này.
- Hệ thống các quy định về đầu tư ra nước ngoài của doanh nghiệp Việt Nam chưa bảo hộ được quyền “đầu tư ra nước ngoài” của doanh nghiệp Việt Nam.

⁹¹ TuanVietnam, ‘Mua cổ phần nước ngoài! Đừng làm khổ Thủ tướng’, <http://tuanvietnam.net/vn/thongtindachieu/2903/index.aspx>; Vietnamnet, ‘Mua cổ phần Arsenal, Bầu Đức vấp phải luật thiếu quy định’, <http://www.vietnamnet.vn/kinhdo/2008/02/768801/>.

2. Các hình thức Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp:

Sáp nhập và mua lại doanh nghiệp về bản chất là sự thu tóm một doanh nghiệp mục tiêu. Xuất phát từ mục đích thu tóm, có thể phân loại giao dịch Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp thành hai hình thức thu tóm toàn bộ doanh nghiệp và thu tóm một phần doanh nghiệp mục tiêu.

2.1. Mua lại toàn bộ doanh nghiệp

a. Khung pháp lý

Mua toàn bộ doanh nghiệp được hiểu là việc thu tóm/nắm quyền kiểm soát toàn bộ doanh nghiệp mục tiêu trên cơ sở những quyền đã được luật hóa nêu tại Phần I. Luật Cạnh tranh quy định khái niệm mua bán doanh nghiệp như sau: *“mua lại doanh nghiệp là việc một doanh nghiệp mua toàn bộ hoặc một phần tài sản của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát, chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại.”*⁹²

Hiện tại, chưa có quy định chuyên biệt về việc mua lại toàn bộ doanh nghiệp và hợp tác xã, trừ doanh nghiệp tư nhân⁹³.

Luật Cạnh tranh và văn bản hướng dẫn thi hành quy định hạn chế các hành vi tập trung kinh tế⁹⁴.

b. Thực tiễn và bình luận:

Mặc dù Luật Cạnh tranh đã đưa ra khái niệm về mua lại doanh nghiệp tuy nhiên khái niệm này chưa phù hợp :

- Thứ nhất: việc chi phối hay thu tóm một doanh nghiệp phụ thuộc vào quyền sở hữu cổ phần/phần vốn góp của chủ sở hữu doanh nghiệp. Việc định đoạt doanh nghiệp mục tiêu phụ không phụ thuộc vào việc sở hữu tài sản của doanh nghiệp đó. Việc mua bán tài sản được thực hiện như giao dịch mua bán tài sản thông thường giữa hai bên mua bán.
- Thứ hai: Việc sở hữu tài sản doanh nghiệp (nhà xưởng; thị phần; tài sản khác) cũng là một hình thức thu tóm nhưng đối tượng bị tác động trong giao dịch này thường là thị trường hay sản phẩm kinh doanh của doanh nghiệp mục tiêu. Trường hợp này được áp dụng như hình thức tách một phần doanh nghiệp và bán toàn bộ cổ phần/phần vốn góp của doanh nghiệp đó.

⁹² Luật Cạnh tranh, Điều 17, khoản 3

⁹³ Luật Doanh nghiệp, Điều 145

⁹⁴ Luật Cạnh tranh, Điều 17; Nghị định 116/2005/NĐ-CP

Như vậy: Khái niệm mua lại doanh nghiệp theo quy định của Luật Cạnh tranh chỉ áp dụng đối với việc thu tóm lĩnh vực kinh doanh (toàn bộ hay một phần) của doanh nghiệp mục tiêu. Việc mua lại toàn bộ doanh nghiệp và chi phối hoạt động của doanh nghiệp đó (theo tỷ lệ sở hữu) thì chưa có quy định cụ thể cho trường hợp này (trừ doanh nghiệp tư nhân). Việc mua lại toàn bộ doanh nghiệp thông qua hình thức nhận chuyển nhượng lại toàn bộ cổ phần/phần vốn góp của doanh nghiệp đã và đang diễn ra có thuộc trường hợp quy định tại định nghĩa này không. Cần có quy định cho trường hợp mua lại doanh nghiệp (một phần hay toàn bộ) thông qua hình thức mua lại (toàn bộ hay một phần) cổ phần/phần vốn góp tại doanh nghiệp mục tiêu.

Nhu cầu mua bán doanh nghiệp đã và đang trở nên sôi động tại Việt Nam. Các hình thức phổ biến về mua bán, hợp nhất, sáp nhập và thu tóm doanh nghiệp được thực hiện thông qua hình thức sau đây:

2.1.1. Mua và hợp nhất doanh nghiệp

a. Khung pháp lý

Một doanh nghiệp mua lại một doanh nghiệp khác và sau đó hợp nhất hai doanh nghiệp lại thì đã được quy định tại Luật Doanh nghiệp⁹⁵: *“Hai hay nhiều công ty cùng loại có thể hợp nhất thành một công ty mới bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty được hợp nhất, đồng thời chấm dứt tồn tại của doanh nghiệp bị hợp nhất.”*

Việc mua lại và hợp nhất được thực hiện dưới hình thức hợp đồng hợp nhất và phải được đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. *“Hợp đồng hợp nhất phải được gửi đến các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày được thông qua”*⁹⁶.

Các văn bản pháp luật hiện hành cũng đã quy định về thành phần hồ sơ đăng ký kinh doanh trong trường hợp hợp nhất doanh nghiệp⁹⁷.

b. Thực tiễn và bình luận:

Pháp luật hiện hành không quy định trường hợp các doanh nghiệp bị hợp nhất được thành lập ở những tỉnh khác nhau thì khi hợp nhất Phòng Đăng ký kinh doanh của tỉnh nào sẽ thụ lý hồ sơ đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp mới.

Pháp luật không có quy định rõ về khái niệm “một số hoặc các công ty cùng loại” cho nên dẫn đến có nhiều cách hiểu khác nhau về khái niệm này. Có quan điểm cho rằng “một số hoặc các công ty cùng loại” là có nghĩa là “một số hoặc các công ty cùng hoạt động trên một hoặc một số lĩnh vực kinh doanh”, nhưng cũng có quan

⁹⁵ Luật Doanh nghiệp, Điều 152.

⁹⁶ Luật Doanh nghiệp, Điều 152, Nghị định 88/2006/NĐ-CP, Điều 17.

⁹⁷ Luật Doanh nghiệp, Điều 152, Nghị định 88/2006/NĐ-CP, Điều 17; Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 15

điểm cho rằng đó là “một số hoặc các công ty cùng loại hình doanh nghiệp, như cùng là cổ phần hoặc cùng là trách nhiệm hữu hạn”.

Do không rõ về khái niệm “doanh nghiệp cùng loại” cho nên hiện nay việc hợp nhất các công ty có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập theo thủ tục cấp Giấy chứng nhận đầu tư với các công ty thành lập theo thủ tục đăng ký kinh doanh hoặc hợp nhất giữa một công ty cổ phần với một công ty trách nhiệm hữu hạn gặp nhiều khó khăn. Rất nhiều trường hợp trên thực tế bị các cơ quan có thẩm quyền từ chối tiếp nhận hồ sơ hợp nhất với lý do chưa có “hướng dẫn về thủ tục”.

Pháp luật không có quy định cho phép đăng ký “bắc cầu” trong trường hợp “hợp nhất” này. Doanh nghiệp mới sẽ phải đăng ký lại toàn bộ các tài sản có đăng ký quyền sở hữu của các công ty bị hợp nhất. Như vậy, doanh nghiệp mới sẽ bị tổn kém về chi phí và thời gian để thực hiện các thủ tục đăng ký lại nhằm tuân thủ theo quy định này.

Công ty mới bị gặp khó khăn về kế thừa những thành tựu và bề dày kinh nghiệm của các công ty cũ khi tham gia đấu thầu các dự án. Pháp luật hiện hành chưa có quy định về việc giấy đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp mới có ghi nhận số đăng ký kinh doanh và/hoặc tên của các doanh nghiệp bị hợp nhất.

2.1.2. Mua lại và sáp nhập

a. Khung pháp lý

Một doanh nghiệp mua lại một doanh nghiệp và sau đó tiến hành sáp nhập doanh nghiệp bị mua lại vào doanh nghiệp của mình thì được quy định tại Luật Doanh nghiệp⁹⁸. Việc sáp nhập có thể được thực hiện bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của công ty bị sáp nhập sang công ty sáp nhập và chấm dứt tồn tại của công ty bị sáp nhập.

Việc sáp nhập được thực hiện dưới hình thức hợp đồng sáp nhập và phải được đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. *“Hợp đồng hợp nhất phải được gửi đến các chủ nợ và thông báo cho người lao động biết trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày được thông qua”*⁹⁹.

Các văn bản pháp luật hiện hành cũng đã quy định về thành phần hồ sơ đăng ký kinh doanh trong trường hợp hợp nhất doanh nghiệp¹⁰⁰.

b. Thực tiễn và bình luận:

Pháp luật hiện hành không quy định trường hợp doanh nghiệp sáp nhập và doanh nghiệp bị sáp nhập được thành lập ở những tỉnh khác nhau thì khi sáp nhập Phòng

⁹⁸ Luật Doanh nghiệp, Điều 153.

⁹⁹ Luật Doanh nghiệp, Điều 153, Nghị định 88/2006/NĐ-CP, Điều 17.

¹⁰⁰ Luật Doanh nghiệp, Điều 153, Nghị định 88/2006/NĐ-CP, Điều 17; Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 15

Đăng ký Kinh doanh của tỉnh nào sẽ thụ lý hồ sơ đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp và sự phối hợp giữa các phòng đăng ký kinh doanh trong vấn đề này.

Pháp luật không có quy định rõ về khái niệm “một số hoặc các công ty cùng loại” như đã nêu ở phần trên.

Tương tự như trường hợp mua và hợp nhất, do không rõ về khái niệm “doanh nghiệp cùng loại” cho nên hiện nay việc sáp nhập các công ty có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập theo thủ tục cấp Giấy chứng nhận đầu tư với các công ty thành lập theo thủ tục đăng ký kinh doanh hoặc sáp nhập giữa một công ty cổ phần với một công ty trách nhiệm hữu hạn gặp nhiều khó khăn. Rất nhiều trường hợp trên thực tế bị các cơ quan có thẩm quyền từ chối tiếp nhận hồ sơ sáp nhập với lý do chưa có “hướng dẫn về thủ tục”.

Hộp 4:

Công ty Hợp danh Kiểm toán và Tư vấn STT (STT) sáp nhập với Mazars & Guérard Vietnam, một công ty TNHH 100% vốn đầu tư của tập đoàn Mazars tại Việt Nam, để trở thành công ty hợp danh Mazars STT Vietnam cuối năm 2008 là một trường hợp thay đổi hoàn toàn sở hữu.¹⁰¹

2.1.3. Mua, bán, hoán đổi cổ phiếu của công ty cổ phần

a. Khung pháp lý

Việc mua lại công ty cổ phần theo hình thức mua một phần hoặc toàn bộ bằng cổ phiếu thông qua hình thức mua bán trực tiếp hoặc thông qua thị trường chứng khoán (xem Quyền được bán doanh nghiệp tại Mục 1.4.1 ở trên).

Các quy định pháp luật không có bất kỳ một giới hạn nào trong việc mua hoặc bán lại toàn bộ cổ phần của một công ty cổ phần, trừ những giới hạn xuất phát từ cam kết mở cửa thị trường của Việt Nam trong WTO (Cam kết WTO) và tỷ lệ cho phép sự tham gia của nhà đầu tư nước ngoài trên thị trường chứng khoán Việt Nam.

b. Thực tiễn và bình luận:

Mua gom cổ phiếu trên thị trường chứng khoán để giành quyền sở hữu và chi phối cũng là một chiến lược được nhiều doanh nghiệp thực hiện trên thực tế (xem Hộp 5 dưới đây).

¹⁰¹ M&A Network, Cơ sở dữ liệu M&A <http://www.manetwork.vn/CSDL/Category.ma?ID=3212A88B>, Người Lao động, STT sáp nhập Mazars & Guérard VN, <http://www.nld.com.vn/247265P1014C1073/stt-sap-nhap-mazars-amp-guerard-vn.htm>.

Hộp 5:

Theo thông báo từ Trung tâm Giao dịch chứng khoán TP.HCM, Công ty TNHH xây dựng và chế biến thực phẩm Kinh Đô đang thực hiện giao dịch mua cổ phiếu nhằm thu tóm Công ty cổ phần Nước giải khát Sài Gòn (Tribeco).

Kinh Đô đã nắm giữ 22,6% khối lượng cổ phiếu đang lưu hành của Tribeco, sẽ mua thêm 579.262 cổ phiếu, tỉ lệ nắm giữ sẽ được nâng lên 35,4% sau khi thực hiện giao dịch này.

Kinh Đô mua thêm cổ phiếu Tribeco nhằm mục đích mở rộng hoạt động đầu tư. Trước đó, các quỹ đầu tư đồng loạt bán cổ phiếu Tribeco. Theo ông Phan Minh Có - Tổng giám đốc Tribeco, việc mua lại cổ phiếu sẽ tốt cho Tribeco nếu Kinh Đô đầu tư dài hạn, cùng Tribeco xây dựng hệ thống phân phối, đa dạng sản phẩm¹⁰².

Đây là lần đầu tiên một công ty trong nước sử dụng công cụ tài chính “đầu tư vào một công ty khác” thông qua Trung tâm Giao dịch chứng khoán. Cụ thể, Kinh Đô đã mua lần lượt số cổ phiếu của Tribeco khi doanh nghiệp này niêm yết cổ phiếu và giao dịch chính thức trên sàn chứng khoán TP.HCM.

Sau khi đạt được một số lượng cổ phần có thể chi phối Tribeco (trong vòng nửa năm) Kinh Đô đã thông qua Trung tâm Giao dịch chứng khoán TP.HCM công bố số cổ phần mình nắm giữ để thương lượng hợp tác với Tribeco, mở rộng thị phần và đa dạng hoá sản phẩm.

Theo kế hoạch, Kinh Đô sẽ tiếp tục đầu tư vào Tribeco để xây dựng 2 nhà máy nước giải khát tại miền Nam và miền Bắc phát triển các sản phẩm giải khát từ nguồn nguyên liệu trong nước.

Hiện Kinh Đô cho biết đã sở hữu khoảng 35% khối lượng cổ phiếu đang lưu hành của Tribeco, khả năng Kinh Đô đã sở hữu 51% cổ phần Tribeco là rất cao¹⁰³.

Hoán đổi/chuyển đổi cổ phiếu (stock swap) thường diễn ra đối với những công ty có mối liên hệ chặt chẽ với nhau như trong cùng một tập đoàn. Trong trường hợp hoán đổi cổ phiếu vấn đề quan trọng là định giá để đảm bảo lợi ích của các cổ đông của các bên.

Hiện nay các quy định của pháp luật Việt Nam chưa có quy định điều chỉnh quan hệ hoán đổi cổ phiếu, việc hoán đổi chứng khoán thường được diễn ra qua hình thức thỏa thuận và tự định giá, tự quy định về tỷ lệ chuyển đổi, điều này có thể gây ảnh hưởng đến các cổ đông nhỏ. Rất cần có quy định chi tiết về điều kiện hoán đổi

¹⁰² Theo Tuổi trẻ, *Kinh đô thu tóm Tribeco*, ngày 27/10/2005,
<http://www.tuoitre.com.vn/Tianyon/Index.aspx?ArticleID=105059&ChannelID=86>

¹⁰³ Vietnamnet, *Kinh Đô nắm cổ phần chi phối Tribeco*, ngày 04/11/2005,
<http://www2.vietnamnet.vn/kinhte/kinhdoanh/2005/11/507909/>

cũng như các quy định về vấn đề chấp thuận của UBCKNN, TTGDCK hay SGDCK khi các doanh nghiệp niêm yết tiến hành việc hoán đổi cổ phiếu nhằm đảm bảo tính bình ổn và đảm bảo quyền lợi của cổ đông trong các công ty tiến hành hoán đổi.

Do thiếu những quy định về hoán đổi cổ phiếu khi tiến hành thu tóm đối với công ty đã niêm yết trên sàn chứng khoán thì việc sáp nhập/hợp nhất và hoán đổi cổ phiếu hiện đang rất khó thực hiện. Thực tế, UBCKNN phải có công văn hướng dẫn cho từng trường hợp cụ thể, điều này không thể tránh khỏi sự thiếu nhất quán và đồng bộ trong việc hướng dẫn pháp luật ở các cấp quản lý khác nhau gây cản trở cho hoạt động sáp nhập và mua lại đối với các doanh nghiệp đã niêm yết. Do vậy, việc ban hành một văn bản hướng dẫn cụ thể về việc hoán đổi cổ phiếu là rất cần thiết.

Hộp 6:

Trường hợp CTCP Đầu tư Dầu khí Việt Nam (PVD Invest) PVDI vào Tổng CTCP Khoan và Dịch vụ Khoan Dầu khí (PVD), Công ty Kinh Đô (KDC) và Công ty Kinh Đô Miền Bắc (NKD) hoặc hai công ty con của Sông Đà 6 (SD6) là Công ty Sông Đà 6.04 (S64) và Sông Đà 6.06 (SSS) sáp nhập vào công ty mẹ theo hình thức hoán đổi cổ phiếu.

Nguồn: *Cẩm nang M&A*¹⁰⁴

2.1.4. Chuyển nhượng phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh

a. Khung pháp lý

Việc sáp nhập và mua lại một công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty hợp danh thông qua việc chuyển nhượng phần vốn góp trong công ty được Luật Doanh nghiệp và các văn bản hướng dẫn thi hành công nhận như đã nêu. Đối với nhà đầu tư nước ngoài muốn thu tóm công ty trách nhiệm hữu hạn hay công ty hợp danh thì phải tuân thủ các quy định pháp luật của Việt Nam và Cam kết WTO¹⁰⁵.

Thủ tục về chuyển nhượng phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh được quy định rất cụ thể tại Nghị định số 88/2006/NĐ-CP, Nghị định 108/2006/NĐ-CP, Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

¹⁰⁴ Cẩm nang M&A, Mạng M&A Network, Nhà xuất bản tài chính, 2009, tr. 9.

¹⁰⁵ Luật Doanh nghiệp, Điều 41, Điều 44; Nghị định số 139/2007/NĐ-CP

b. Thực tiễn và bình luận:

Trên thực tiễn, việc chuyển nhượng phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn, dù người mua là người nước ngoài hay người mua là người Việt Nam, diễn ra rất phổ biến. Tuy nhiên, hiện nay nếu nhà đầu tư nước ngoài mua lại phần vốn góp của nhà đầu tư Việt Nam trong một công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty hợp danh kinh doanh trong một số lĩnh vực có quy định luật chuyên ngành hoặc có cam kết trong các điều ước quốc tế thì phải theo tuân thủ theo luật chuyên ngành hoặc cam kết quốc tế¹⁰⁶.

Hộp 7:

Nhà đầu tư tên John, quốc tịch Anh Quốc, dự định góp 40% vốn vào Công ty TNHH Phú Thành, có trụ sở tại Hà Nội. Công ty TNHH Phú Thành kinh doanh chủ yếu trong lĩnh vực nhà hàng ăn uống. Vì là kinh doanh nhà hàng, Công ty TNHH Phú Thành có một ngành nghề trong đăng ký kinh doanh là “*mua bán đồ uống, thực phẩm đã qua chế biến*”. Phòng Đăng ký Kinh doanh-Sở Kế hoạch và Đầu tư Hà Nội đã từ chối cấp đăng ký kinh doanh sửa đổi cho Công ty TNHH Phú Thành và yêu cầu Công ty TNHH Phú Thành phải làm thủ tục đầu tư và xin ý kiến của Bộ Công Thương. Phòng Đăng ký Kinh doanh đã viện dẫn Công văn số 10725/BCT-KH của Bộ Công Thương ngày 27/10/2009 và tạm thời không cấp lại Giấy CNĐKKD cho công ty TNHH Phú Thành.

Do pháp luật áp dụng việc góp vốn, mua cổ phần của các công ty niêm yết và không niêm yết là khác nhau nên đã tạo sự không thống nhất trong việc áp dụng pháp luật. Điều này đang gây nên những thắc mắc trong những nhà đầu tư nước ngoài và một số nhiều người hành nghề luật tại Việt Nam¹⁰⁷.

Thủ tục chuyển nhượng vốn của thành viên hợp danh không được quy định cụ thể tại Luật Doanh nghiệp và các văn bản khác. Tuy nhiên, khác với các loại hình doanh nghiệp khác, các công ty hợp danh được hình thành trên cơ sở hợp đồng hợp danh theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Hợp đồng hợp danh thường quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp giữa các thành viên hợp danh, thủ tục mua lại phần vốn, kết nạp thành viên, thay thế thành viên... Do đó, trên thực tiễn việc mua bán lại phần vốn hoặc kết nạp thêm thành viên mới của công ty hợp danh thường không gặp nhiều vấn đề.

¹⁰⁶ Quyết định số 88/2009/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành Quy chế góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam, Điều 1.

¹⁰⁷ Phòng vấn một số luật sư hành nghề và nhà đầu tư nước ngoài tại Hà Nội

2.1.5. Mua và thuê tóm HTX thông qua hình thức chuyển nhượng phần vốn góp của xã viên

a. Khung pháp lý

Như đã nêu tại Phần 1 ở trên, người ngoài HTX có quyền mua lại phần vốn góp của xã viên HTX và xã viên có quyền bán phần vốn góp này. Luật Hợp tác xã quy định việc tổ chức lại, chia tách, hợp nhất, sáp nhập HTX¹⁰⁸.

b. Thực tiễn và bình luận:

Trên thực tế, phần lớn các vụ việc mua lại và thuê tóm các HTX nhằm vào mục đích tài sản hiện có của HTX. Nhiều HTX có những lợi thế được hưởng trong thời kỳ chiến tranh và bao cấp về đất đai, nguồn nguyên liệu... Chính vì vậy nhiều nhà đầu tư, chủ yếu là các doanh nghiệp trong nước, đã thực hiện việc mua lại và thuê tóm HTX kể từ Luật Hợp tác xã được ban hành năm 2003.

Tuy nhiên, do HTX ở Việt Nam có tính xã hội và mối quan hệ giữa xã viên với HTX là gắn bó nhưng phức tạp. Những HTX được thành lập sau khi có Luật Hợp tác xã, thì mối quan hệ giữa xã viên và HTX là mối quan hệ đối vốn và quan hệ lao động. Khi không còn là xã viên của HTX hoặc khi nghỉ hưu thì xã viên đó được nhận lại khoản vốn mà mình đã đóng góp vào HTX và chấm dứt mối quan hệ. Nhưng đối với xã viên trong những HTX được hình thành trước Luật Hợp tác xã thì mối quan hệ giữa xã viên và HTX là không rõ ràng. Xã viên trong giai đoạn này chỉ có mối quan hệ lao động trong HTX nhưng họ thường được phân chia những lợi ích phát sinh từ nguồn tài sản của HTX. Do vậy, nhiều xã viên của các HTX hình thành trước Luật Hợp tác xã đã đòi quyền lợi của họ với nhà đầu tư khi nhà đầu tư tiến hành mua lại hoặc thuê tóm HTX.

Trong thời kỳ chiến tranh và bao cấp, chế độ kế toán, thống kê chưa hoàn thiện và/hoặc các HTX cũng không nghiêm chỉnh chấp hành các quy định pháp luật về kế toán và thống kê, nên các nhà đầu tư có thể gặp khó khăn khi tìm hiểu về số lượng xã viên thực tế của HTX, những khoản phải trả (khoản nợ, khoản đóng góp...) của HTX để hoạch định việc mua bán và thuê tóm này.

Pháp luật không có quy định về sáp nhập, hợp nhất HTX vào một loại hình doanh nghiệp được thành lập theo Luật Doanh nghiệp. Thực tế, khi các doanh nghiệp mua lại HTX thì thường tiến hành giải thể HTX sau khi đã chuyển toàn bộ quyền sở hữu tài sản từ HTX sang cho doanh nghiệp. Cách thức này đã không bảo đảm được quyền lợi của người lao động trong HTX vì người lao động của HTX bị giải thể cũng thường bị chấm dứt hợp đồng lao động.

¹⁰⁸ Luật Hợp tác xã, Điều 39, Điều 40 và Điều 41.

2.1.6. Mua và thuê lại doanh nghiệp tư nhân

a. Khung pháp lý

Việc mua và thuê lại doanh nghiệp tư nhân được pháp luật công nhận như đã đề cập tại Phần 1 ở trên. Thủ tục mua bán doanh nghiệp tư nhân được quy định tại Luật Doanh nghiệp¹⁰⁹ và được hướng dẫn tại Nghị định 139/2007/NĐ-CP.¹¹⁰

b. Thực tiễn và bình luận:

Mặc dù Luật Doanh nghiệp đã công nhận quyền mua, bán và quy định thủ tục mua bán doanh nghiệp tư nhân nhưng còn thiếu cụ thể trong một số trường hợp như:

- Một doanh nghiệp thuộc mô hình khác mua lại doanh nghiệp tư nhân, ví dụ một công ty TNHH mua lại một doanh nghiệp tư nhân. Trong trường hợp này, mặc dù hai bên có thể có thỏa thuận về việc chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác nhưng bên thứ ba sẽ không có được thông tin sâu chuỗi là doanh nghiệp tư nhân đó đã bị thuê lại bởi công ty nào. Trên thực tế, những doanh nghiệp thuộc loại hình khác mua lại và thuê lại doanh nghiệp tư nhân thì thường giải thể doanh nghiệp tư nhân sau khi đã chuyển nhượng xong về quyền sở hữu tài sản của doanh nghiệp tư nhân. Điều này là bất lợi đối với người lao động như trong trường hợp doanh nghiệp sáp nhập với HTX ở trên.
- Pháp luật không có quy định cụ thể trường hợp một doanh nghiệp tư nhân có được quyền mua lại, thuê lại một doanh nghiệp tư nhân khác. Trường hợp này nảy sinh hai tình huống: (i) doanh nghiệp tư nhân bị thuê lại buộc phải giải thể; hoặc (ii) doanh nghiệp tư nhân bị thuê lại vẫn tồn tại nhưng dưới sự sở hữu của doanh nghiệp tư nhân thuê lại. Pháp luật chỉ quy định một cá nhân không được phép là chủ sở hữu của hai doanh nghiệp tư nhân. Như vậy, nếu một doanh nghiệp tư nhân sau khi thuê lại một doanh nghiệp tư nhân khác thì việc thuê lại đó chỉ có xảy ra ở tình huống (i), trừ trường hợp, hai chủ doanh nghiệp thỏa thuận về việc hợp tác với nhau để thành lập một công ty TNHH hoặc việc mua lại doanh nghiệp tư nhân chỉ là mua lại tài sản của doanh nghiệp.

Pháp luật cần có hướng dẫn về thủ tục “xóa tên” doanh nghiệp tư nhân sau khi chuyển đổi hình thức doanh nghiệp sang TNHH. Tương tự như phân tích ở trên, việc “xóa tên” doanh nghiệp chuyển đổi mô hình doanh nghiệp sẽ làm cho bên thứ ba hoặc chính doanh nghiệp mua lại không được hưởng những lợi ích và bảo đảm từ “tên doanh nghiệp” bị thuê lại.

¹⁰⁹ Luật Doanh nghiệp, Điều 145.

¹¹⁰ Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 24.

2.1.7. Thâu tóm thông qua mua lại tài sản doanh nghiệp (không bao gồm bất động sản)

a. Khung pháp lý

Thâu tóm doanh nghiệp, HTX thông qua việc mua lại tài sản doanh nghiệp được Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn luật này quy định nhằm hạn chế tập trung kinh tế như sau “*kiểm soát hoặc chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp khác quy định tại khoản 3 Điều 17 của Luật Cạnh tranh là trường hợp một doanh nghiệp (sau đây gọi là doanh nghiệp kiểm soát) giành được quyền sở hữu tài sản của doanh nghiệp khác (sau đây gọi là doanh nghiệp mục tiêu) đủ chiếm được trên 50% quyền bỏ phiếu tại Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị hoặc ở mức mà theo quy định của pháp luật hoặc điều lệ của doanh nghiệp mục tiêu đủ để doanh nghiệp kiểm soát chi phối các chính sách tài chính và hoạt động của doanh nghiệp mục tiêu nhằm thu được lợi ích kinh tế từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp mục tiêu*”¹¹¹

Không có các quy định pháp luật nào hướng dẫn cụ thể việc xác định giá trị tài sản “*đủ chiếm được trên 50% quyền bỏ phiếu tại Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị...*” như đã nêu ở trên.

Việc mua lại tài sản của doanh nghiệp có thể phải đăng ký thủ tục quyền sở hữu tài sản đối với những tài sản mà pháp luật quy định như bản quyền tác phẩm, sáng chế, giải pháp hữu ích, nhãn hiệu hàng hóa, xe ô tô...

Khung pháp lý điều chỉnh những vấn đề nêu trên bao gồm: Luật Cạnh tranh, Luật Doanh nghiệp, Luật Sở hữu Trí tuệ, Bộ luật Dân sự và một số văn bản hướng dẫn thi hành.

b. Thực tiễn và bình luận:

Với bản chất của M&A là thâu tóm và chi phối quyền điều hành hoạt động kinh doanh thì thông qua mua tài sản của doanh nghiệp mục tiêu khó có thể đạt được mục đích thâu tóm, như là việc thâu tóm thông qua việc sở hữu cổ phần/phần vốn góp.

Việc hạn chế thâu tóm một doanh nghiệp thông qua việc thâu tóm tài sản là chưa phù hợp với thực tế. Ví dụ điển hình của hình thức này là việc mua lại và thâu tóm có thể là tài sản hữu hình (nhà xưởng, máy móc, đất đai...) hoặc vô hình (thương hiệu, bản quyền, đội ngũ nhân sự, kênh phân phối...) được tách ra khỏi công ty bán. Hình thức này các bên thực hiện như bán tài sản thông thường. Đây là hình thức được áp dụng khá phổ biến đối với các công ty muốn mở rộng thị trường hay muốn tái cấu trúc hoạt động kinh doanh. Hình thức này mang tính tự thỏa thuận cao giữa các bên, và thủ tục thực hiện đơn giản nhanh gọn, riêng đối với các loại

¹¹¹ Nghị định 116/2005/NĐ-CP, Điều 34.

tài sản phải đăng ký quyền sử dụng thì các bên phải tiến hành chuyển tên cho bên mua. Một trường hợp điển hình của việc mua bán này là việc công ty máy tính Lenovo (Trung Quốc) mua lại bộ phận sản xuất máy tính cá nhân của IBM với thương hiệu ThinkPad¹¹² hay Kinh Đô mua lại thương hiệu Kem Wall của Unilever¹¹³, Unilever mua lại thương hiệu Kem đánh răng P/S¹¹⁴. Cần nhấn mạnh rằng việc mua trong trường hợp này, doanh nghiệp đi thầu tóm chỉ mua một phần hoặc một bộ phận tài sản của doanh nghiệp bán mà không tham gia sở hữu doanh nghiệp bán. Như vậy, việc mua tài sản nêu trên cần phải được xem xét quy định liệu đây có phải là “tập trung kinh tế” theo quy định của pháp luật cạnh tranh hay chỉ là quan hệ mua bán tài sản thông thường? Pháp luật cần hướng dẫn cụ thể vấn đề này.

2.1.8. Thâu tóm doanh nghiệp thông qua mua lại tài sản doanh nghiệp (bao gồm bất động sản)

a. Khung pháp lý

Hình thức thâu tóm doanh nghiệp thông qua mua lại tài sản doanh nghiệp (bao gồm bất động sản) được thường xảy ra trong hai trường hợp: (i) tài sản được mua lại gắn liền với một dự án đầu tư của doanh nghiệp; và (ii) tài sản được mua lại thuộc về quyền sở hữu của doanh nghiệp.

Các quy định pháp luật điều chỉnh trong những trường hợp này rất phức tạp và gồm nhiều chuyên ngành luật. Để nghiên cứu được những quy định pháp lý trong những trường hợp này, cần xem xét từng quy định pháp lý của từng trường hợp, như sau:

a.1. Tài sản được mua lại gắn liền với một dự án đầu tư của doanh nghiệp

Do quy định pháp luật hiện nay hạn chế các doanh nghiệp mua bán dự án đầu tư gắn liền với bất động sản¹¹⁵, do đó các doanh nghiệp chuyển sang mua lại một doanh nghiệp gắn liền với bất động sản và/hoặc những lợi ích kinh tế khác. Hình thức này được sử dụng khá nhiều hiện nay. Ở khía cạnh nào đó thì đây cũng là một trong số các hình thức mua lại và thâu tóm doanh nghiệp. Trong hình thức này, các doanh nghiệp có hai loại hình chuyển nhượng như sau:

¹¹² Cẩm nang Mua bán-Sáp nhập tại Việt Nam, tr. 10; McKinsey Quarterly, ‘Integrating purchasing in M&A: An interview with Lenovo’s chief procurement officer’, http://www.mckinseyquarterly.com/Integrating_purchasing_in_MA_An_interview_with_Lenovo's_chief_procurement_officer_r_2132, Dân trí, <http://dantri.com.vn/c83/s83-60531/lenovo-mua-lai-bo-phan-may-tinh-cua-ibm.htm>; VnExpress, <http://www.vnexpress.net/GI/Vi-tinh/2004/12/3B9D9D76/>;

¹¹³ Sài Gòn Giải Phóng, ‘Doanh nghiệp VN mua lại thương hiệu nước ngoài’; Vietnamnet, ‘Kem Wall’s về với Kinh Đô như thế nào?’ <http://www.vietnamnet.vn/kinhte/toancanh/2003/4/8747/>, Cẩm nang Mua bán-Sáp nhập tại Việt Nam, tr. 10

¹¹⁴ Tạp chí Thương hiệu Việt Online, <http://thuonghieuviet.com/News/Detail/?gID=7&tID=12&cID=14533>.

¹¹⁵ Nghị định số 153/2007/NĐ-CP, Điều 4, Điều 6 và Điều 7; Nghị định 108/2006/NĐ-CP, Điều 65 và Điều 66; Thông tư số 13/2007/TT-BXD.

- Doanh nghiệp gắn kèm dự án mà các bên chuyển nhượng cho nhau bao gồm bất động sản và/hoặc lợi ích kinh tế khác và toàn bộ bộ máy điều hành dự án;
- Doanh nghiệp gắn kèm dự án mà các bên chuyển nhượng cho nhau gồm bất động sản và/hoặc lợi ích kinh tế khác nhưng không bao gồm bộ máy điều hành dự án.

Khung pháp lý điều chỉnh những trường hợp nêu trên bao gồm: Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Đất đai, Luật Kinh doanh Bất Động sản, Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn thi hành.

a.2. Tài sản được mua lại thuộc về quyền sở hữu của doanh nghiệp

Đối với thấu tóm doanh nghiệp có bao gồm tài sản là bất động sản, doanh nghiệp mới (hợp nhất), doanh nghiệp thấu tóm (sáp nhập) phải thực hiện các thủ tục đăng ký lại quyền sở hữu tài sản là bất động sản theo quy định của pháp luật.

Khung pháp lý điều chỉnh những trường hợp nêu trên bao gồm: Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Đất đai, Luật Xây dựng, Luật Kinh doanh Bất Động sản, Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn thi hành.

b. Thực tiễn và bình luận:

Hình thức mua lại và thấu tóm được nêu ở Mục 2.2.8.(a.1) nêu trên được phổ biến trước đây vì việc chuyển nhượng vốn trong nội bộ doanh nghiệp không phải chịu thuế chuyển nhượng và lệ phí trước bạ như trong hình thức chuyển nhượng bất động sản khác và những cổ đông cá nhân trong các doanh nghiệp bị thấu tóm không phải đóng thuế thu nhập cá nhân khi chuyển nhượng có lãi cổ phần. Nhưng kể từ ngày 01/01/2010, các cổ đông chuyển nhượng vốn mà có thu nhập từ đầu tư vốn, chuyển nhượng vốn sẽ phải đóng thuế thu nhập cá nhân¹¹⁶ thì hình thức chuyển nhượng này có thể không còn phổ biến như hiện nay.

2.1.9. Thấu tóm doanh nghiệp thông qua mua nợ

a. Khung pháp lý

Các quy định pháp luật, như Bộ luật Dân sự, Luật Doanh nghiệp, Luật Ngân hàng, Luật các Tổ chức Tín dụng, cho phép việc mua nợ của một doanh nghiệp mất khả năng thanh khoản và không thể trả nợ. Việc mua nợ này có thể sẽ giúp củng cố lại doanh nghiệp bị mất khả năng thanh toán hoạt động ổn định trở lại. Một số nhà đầu tư đã thấu tóm doanh nghiệp thông qua hình thức này. Nhà đầu tư mua nợ trở thành chủ nợ mới và có thể thỏa thuận để chuyển đổi khoản nợ thành vốn cổ phần và thực thi quyền sở hữu.

¹¹⁶ Thông tư 160/2009/TT-BTC ngày 12/8/2009 hướng dẫn miễn thuế thu nhập cá nhân năm 2009 theo Nghị quyết số 32/2009/QH12 ngày 19/6/2009 của Quốc hội.

Có một số trường hợp, doanh nghiệp mắc nợ sẽ tự tìm kiếm đối tác mua lại khoản nợ của mình với một số ưu đãi về quyền quản trị hay cam kết chuyển phần nợ thành vốn và bên mua nợ sẽ trở thành đồng chủ sở hữu doanh nghiệp này, hoặc doanh nghiệp thu tóm sẽ chủ động gặp gỡ và đàm phán với doanh nghiệp mục tiêu (doanh nghiệp mắc nợ) để nhận nợ hoặc mua lại khoản nợ của doanh nghiệp này và chuyển thành vốn tại doanh nghiệp (thông qua hình thức tăng vốn điều lệ doanh nghiệp lên tương ứng với khoản vay) và thực hiện quyền sở hữu tại doanh nghiệp.

Ngoài những quy định của pháp luật nêu trên, Thông tư 38/2006/TT-BTC của Bộ Tài chính về việc hướng dẫn trình tự, thủ tục và xử lý tài chính đối với hoạt động mua, bán, bàn giao, tiếp nhận, xử lý nợ và tài sản tồn đọng của doanh nghiệp.

b. Thực tiễn và bình luận:

Thu tóm doanh nghiệp thông qua hình thức mua lại khoản nợ là một hình thức thu tóm khá đặc thù, bởi cũng giống như trường hợp thu tóm doanh nghiệp thông qua hình thức mua tài sản doanh nghiệp, doanh nghiệp thu tóm chỉ có thể thực hiện việc thu tóm thông qua việc chuyển khoản nợ hay tài sản thành phần vốn góp/cổ phần và thực hiện quyền sở hữu công ty thông qua việc sở hữu cổ phần.

Pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể về tỷ lệ của khoản nợ/tài sản bị nắm giữ chiếm tỷ lệ bao nhiêu trên tổng tài sản của doanh nghiệp mục tiêu thì các chủ nợ được quyền yêu cầu doanh nghiệp tăng vốn tương ứng với giá trị khoản nợ và chủ nợ thực hiện quyền sở hữu công ty thông qua việc sở hữu phần vốn góp/cổ phần.

Với những quy định pháp luật hiện hành, một doanh nghiệp muốn thu tóm một doanh nghiệp thông qua hình thức mua lại khoản nợ chỉ có thể thực hiện được việc thu tóm khi được doanh nghiệp chấp thuận cho chủ nợ được quyền tham gia công ty bằng hình thức chuyển khoản nợ thành cổ phần hoặc phần vốn góp, còn nếu doanh nghiệp thu tóm không được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc thu tóm doanh nghiệp mục tiêu (ví dụ trong trường hợp bị giới hạn của Luật Cạnh tranh) thì doanh nghiệp mua lại khoản nợ chỉ còn cách đợi đến thời điểm tòa án giải quyết theo thủ tục phá sản doanh nghiệp quy định tại Luật Phá sản và Luật Doanh nghiệp¹¹⁷ để có thể mua lại khoản nợ. Trường hợp này sẽ gây thiệt hại cho cả hai bên (bên thu tóm và doanh nghiệp mục tiêu) đồng thời gây ảnh hưởng không tốt tới môi trường kinh doanh nói chung.

¹¹⁷ Luật Doanh nghiệp, Điều 157 và Điều 158.

2.2. Thâu tóm doanh nghiệp đối với một số doanh nghiệp đặc thù

2.2.1. Mua và thâu tóm công ty chứng khoán

a. Khung pháp lý

Việc mua và thâu tóm các công ty chứng khoán phải tuân thủ các quy định của Luật Chứng khoán, Luật Doanh nghiệp, Quyết định 27/2007/QĐ-BTC ban hành ngày 24/4/2007 về việc ban hành Quy chế tổ chức và hoạt động công ty chứng khoán và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Nhà đầu tư nước ngoài có thể tham gia thành lập công ty chứng khoán tại Việt Nam dưới các hình thức liên doanh, góp vốn cổ phần, công ty một trăm phần vốn nước ngoài do UBCKNN cấp giấy phép thành lập và hoạt động¹¹⁸.

b. Thực tiễn và bình luận:

Đối với nhà đầu tư nước ngoài muốn tham gia vào thị trường chứng khoán, thâu tóm doanh nghiệp là con đường ngắn nhất, chi phí thấp để thâm nhập thị trường dịch vụ chứng khoán Việt Nam. Trong đàm phán gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO), Việt Nam đã đồng ý cho phép những nhà cung cấp dịch vụ chứng khoán cung cấp qua biên giới một số dịch vụ liên quan đến chứng khoán như thông tin tài chính, các dịch vụ trung gian và hỗ trợ kinh doanh chứng khoán...; cho phép thành lập liên doanh 49% vốn nước ngoài ngay khi gia nhập WTO. Mặc dù vậy, sau 5 năm gia nhập WTO, Việt Nam mới cho phép thành lập công ty 100% vốn nước ngoài và chỉ nhánh để cung cấp dịch vụ chứng khoán đối với một số loại hình dịch vụ như quản lý tài sản, thanh toán, tư vấn liên quan đến chứng khoán, trao đổi thông tin tài chính. Do đó, thâu tóm các công ty chứng khoán là cơ hội để các nhà đầu tư nước ngoài bước đầu xâm nhập thị trường Việt Nam.

Pháp luật chưa có quy định việc xử lý tài khoản của nhà đầu tư mở tại công ty chứng khoán mục tiêu cũng như các giải quyết các phương thức giao dịch mà nhà đầu tư đang thực hiện với công ty chứng khoán mục tiêu.

2.2.2. Mua và thâu tóm ngân hàng

a. Khung pháp lý

Các quy định điều chỉnh việc mua lại và thâu tóm ngân hàng được quy định khá chi tiết và đầy đủ tại Luật các Tổ chức tín dụng, Nghị định số 69/2007/NĐ-CP quy định về tỷ lệ nắm giữ của nhà đầu tư nước ngoài và Quyết định 241/1998/QĐ-NHNN ban hành Quy chế sáp nhập, hợp nhất, mua lại tổ chức tín dụng cổ phần Việt Nam và một số văn bản khác.

¹¹⁸ Luật Chứng khoán, Điều 76.

b. Thực tiễn và bình luận:

Những quy định như trên nhằm đảm bảo các quyền lợi của nhà đầu tư trong nước đồng thời bảo đảm sự bình ổn an ninh kinh tế và an toàn của thị trường tín dụng của Việt Nam. Theo cam kết nhập WTO của Việt Nam, việc góp vốn dưới hình thức mua cổ phần trong các Ngân hàng thương mại cổ phần không nằm trong Biểu Cam kết WTO.

Tại Việt Nam, hoạt động mua lại cổ phần đến mức chi phối hoặc thôn tính ngân hàng diễn ra khá mạnh vào các năm 1998, 1999, 2001 và 2003 với việc nhiều ngân hàng thương mại cổ phần nông thôn với quy mô vốn nhỏ sáp nhập, hợp nhất với nhau hoặc chịu sự chi phối của các tập đoàn kinh tế là cổ đông lớn. Hành lang pháp lý của hoạt động mua lại cổ phần trong giai đoạn này là Quyết định 241/1998/QĐ-NHNN.

Nghị định số 69/2007/NĐ-CP và Quyết định 241/1998/QĐ-NHNN giới hạn việc mua lại cổ phần tại các tổ chức tín dụng cổ phần. Mặc dù Nghị định số 69/2007/NĐ-CP và Quyết định 241/1998/QĐ-NHNN không quy định rõ là không áp dụng việc sáp nhập, hợp nhất hay mua lại các tổ chức tín dụng có vốn đầu tư nước ngoài. Nhưng những tổ chức có vốn đầu tư nước ngoài lại chỉ được phép thành lập và hoạt động dưới hình thức chi nhánh hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn nên đã không thuộc đối tượng điều chỉnh của Nghị định số 69/2007/NĐ-CP và Quyết định 241/1998/QĐ-NHNN.

Cuộc khủng hoảng tài chính vừa xảy ra đã cho thấy thị trường thôn tính, sáp nhập ngân hàng diễn ra mạnh mẽ trong giai đoạn này. Hoạt động thôn tính, sáp nhập ngân hàng giúp cho việc củng cố lại và lành mạnh hóa thị trường tài chính. Theo quy định, đến ngày 31/12/2008, vốn điều lệ tối thiểu của các ngân hàng thương mại cổ phần phải đạt 1.000 tỷ đồng và đến ngày 31/12/2010 là 3.000 tỷ đồng¹¹⁹. Hiện tại, các ngân hàng có vốn điều lệ dưới 1.000 tỷ đang phải gấp rút tăng vốn để đáp ứng mục tiêu đề ra. Điều này buộc các ngân hàng nhỏ sẽ tìm kiếm cơ hội sáp nhập với nhau hoặc với ngân hàng lớn hơn để có thể đáp ứng được yêu cầu về vốn. Những ngân hàng yếu kém sẽ phải rời khỏi thị trường, qua đó nâng cao tính ổn định của cả hệ thống. Tiêu chí thành lập mới khó hơn sẽ thúc đẩy các tổ chức đầu tư tiến hành hoạt động mua bán và thôn tính thay vì thành lập ngân hàng mới.

3. Đăng ký Mua lại và Thâu tóm doanh nghiệp với cơ quan nhà nước có thẩm quyền:

3.1. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại

a. Khung pháp lý

¹¹⁹Danh mục Mức vốn pháp định của tổ chức tín dụng ban hành kèm theo Nghị định 141/2006/NĐ-CP

Việc hợp nhất, sáp nhập các công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại được thực hiện thủ tục đăng ký kinh doanh theo quy định tại Luật Doanh nghiệp và Nghị định 88/2006/NĐ-CP để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới cho công ty hợp nhất và công ty nhận sáp nhập.

Đối với các công ty niêm yết thì các công ty này phải đăng ký với UBCKNN khi tiến hành sáp nhập theo quy định tại Nghị định số 14/2007/NĐ-CP¹²⁰.

Trường hợp hợp nhất, sáp nhập mà theo đó công ty hợp nhất, công ty nhận sáp nhập có thị phần từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì công ty phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành hợp nhất, sáp nhập, trừ trường hợp pháp luật về cạnh tranh có quy định khác. Các trường hợp hợp nhất, sáp nhập mà theo đó công ty hợp nhất, công ty nhận sáp nhập có thị phần trên 50% trên thị trường có liên quan¹²¹.

b. Thực tiễn và bình luận

Theo quy định trên, doanh nghiệp phải tự xác định thị phần trên thị trường liên quan và phải tự giác thông báo với cơ quan quản lý cạnh tranh nếu thuộc các trường hợp pháp luật quy định. Điều này có thể dẫn đến sự không thống nhất trong việc xác định thị phần trên thị trường liên quan theo doanh nghiệp và cơ quan quản lý cạnh tranh. Trường hợp theo xác định của doanh nghiệp, thị phần chưa đến mức phải thông báo do đó họ không thông báo với cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi sáp nhập, hợp nhất. Nhưng sau khi công ty thực hiện xong thủ tục hợp nhất, sáp nhập thì cơ quan quản lý cạnh tranh xác định thị phần kết hợp thuộc trường hợp phải thông báo. Cơ chế xác định này chưa được luật hóa để doanh nghiệp và cơ quan quản lý nhà nước thực hiện.

Ngoài ra, yêu cầu của pháp luật là phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành hợp nhất, sáp nhập nhưng cho đến nay, như đã nêu ở trên, chưa có những quy định cụ thể để hướng dẫn doanh nghiệp nào phải thông báo, cách xác định thị phần liên quan. Đồng thời, chưa có quy định pháp luật hướng dẫn cơ quan quản lý cạnh tranh trong việc xử lý những yêu cầu này của doanh nghiệp. Vấn đề này sẽ được trình bày cụ thể ở Phần 12 ở dưới đây.

Luật Doanh nghiệp và Nghị định 88/2006/NĐ-CP cũng không quy định hồ sơ hợp nhất, sáp nhập công ty phải bao gồm thông báo của doanh nghiệp với cơ quan quản lý cạnh tranh. Do đó, cơ quan ĐKKD không thể xác định được việc hợp nhất, sáp nhập doanh nghiệp có vi phạm các quy định về quản lý cạnh tranh hay không. Ngoài ra, pháp luật cũng không qui định cơ chế phối hợp giữa cơ quan ĐKKD và cơ quan quản lý cạnh tranh trong việc quản lý các hoạt động hợp nhất, sáp nhập doanh nghiệp. Vấn đề này cần phải được khắc phục trong tương lai.

¹²⁰ Nghị định số 14/2007/NĐ-CP, Điều 13.

¹²¹ Luật Doanh nghiệp, khoản 3 Điều 152, khoản 3 Điều 153; Luật Cạnh tranh, Điều 18, Điều 20

Một quy định pháp luật chứng khoán cần phải được bổ sung đó là việc hai công ty niêm yết hợp nhất thì có phải thay đổi đăng ký niêm yết với UBCKNN hay không? Nghị định 14/2007/NĐ-CP chỉ quy định việc thay đổi đăng ký trong trường hợp “sáp nhập”. Trong khi Nghị định này lại quy định việc hủy bỏ niêm yết của công ty niêm yết trong trường hợp “hợp nhất”¹²².

3.2. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty ĐTNN cùng loại

a. Khung pháp lý

Việc sáp nhập các công ty ĐTNN cùng loại được thực hiện thủ tục đầu tư để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư mới cho công ty nhận sáp nhập đối với trường hợp công ty nhận sáp nhập đã được cấp Giấy chứng nhận đầu tư, hoặc thực hiện theo thủ tục đăng ký kinh doanh để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới trong trường hợp công ty nhận sáp nhập đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh¹²³. Thủ tục đầu tư và thủ tục đăng ký kinh doanh được thực hiện theo quy định của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp, Nghị định 139/2007/NĐ-CP và các văn bản liên quan (xin xem Phụ lục kèm theo).

Ngoài ra, việc hợp nhất, sáp nhập doanh nghiệp phải thực hiện các quy định về cạnh tranh đối với hành vi tập trung kinh tế như đã được nêu tại Mục 3.1

b. Thực tiễn và bình luận

Hiện nay, việc sáp nhập hay hợp nhất hai công ty ĐTNN trên cùng một địa bàn tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương diễn ra tương đối dễ dàng theo các quy định pháp luật nêu trên.

Đối với trường hợp sáp nhập hay hợp nhất hai công ty ĐTNN trên hai địa bàn tỉnh/thành phố trực thuộc trung ương khác nhau thì hiện nay đang không có cơ chế giải quyết. Một số Sở Kế hoạch và Đầu tư không cho phép công ty ĐTNN bị thu tóm chuyển sang hoạt động dưới hình thức “chi nhánh” của công ty ĐTNN thu tóm ở tỉnh khác. Một số Sở Kế hoạch và Đầu tư cho phép công ty ĐTNN bị thu tóm được chuyển đổi sang hình thức “chi nhánh hạch toán độc lập” để bảo đảm nguồn thu thuế. Để hạn chế rủi ro trong việc đăng ký đầu tư, các công ty tham gia hoạt động thu tóm đã không thực hiện việc sáp nhập hay hợp nhất công ty mà chuyển sang mô hình công ty mẹ-con giữa công ty thu tóm và công ty bị thu tóm.

Ngoài ra xin tham khảo thêm các bình luận về thủ tục kiểm soát tập trung kinh tế nêu tại Mục 3.1.

¹²² Nghị định số 14/2007/NĐ-CP, Điều 14.

¹²³ Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 10 khoản 2

3.3. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty ĐTNN với công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại

Việc sáp nhập, hợp nhất các công ty ĐTNN và công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại được thực hiện tương tự như trường hợp sáp nhập, hợp nhất các công ty ĐTNN với nhau. Khung pháp luật điều chỉnh thủ tục này là Luật Doanh Nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Chứng khoán, Luật Cạnh tranh và các văn bản liên quan khác.

Theo Nghị định 139/2007/NĐ-CP, việc hợp nhất các công ty ĐTNN, thì tùy thuộc vào tỷ lệ sở hữu vốn của nhà đầu tư nước ngoài tại công ty hợp nhất, nhà đầu tư thực hiện một trong hai thủ tục sau:

- Thủ tục đầu tư gắn với thành lập tổ chức kinh tế theo quy định của Luật Đầu tư để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư nếu nhà đầu tư nước ngoài sở hữu hơn 49% vốn điều lệ trong công ty hợp nhất;
- Thủ tục đăng ký kinh doanh theo quy định tại Nghị định 88/2006/NĐ-CP nếu nhà đầu tư nước ngoài sở hữu không quá 49% vốn Điều lệ trong công ty hợp nhất¹²⁴.

Ngoài ra, việc hợp nhất, sáp nhập doanh nghiệp phải thực hiện các quy định về cạnh tranh đối với hành vi tập trung kinh tế như đã được nêu tại Mục 3.1.

b. Thực tiễn và bình luận

Thủ tục đăng ký hợp nhất, sáp nhập, mua cổ phần, phần vốn của nhà đầu tư nước ngoài tại các doanh nghiệp 100% vốn Việt Nam hiện nay đang rất rối rắm và mâu thuẫn, bởi những vấn đề sau đây:

- Công văn số 1752/BKH-PC của Bộ Kế hoạch & Đầu tư ngày 18/03/2009 yêu cầu việc thành lập liên doanh mà bên nước ngoài chiếm không quá 49% vốn Điều lệ thì phải thực hiện thủ tục đăng ký đầu tư. Yêu cầu này đã mâu thuẫn với Nghị định 139/2007/NĐ-CP và gây khó khăn cho nhà đầu tư. Hiện nay một số Sở Kế hoạch và Đầu tư đang áp dụng Công văn số 1752/BKH-PC.
- Theo Công văn số 10725/BCT-KH của Bộ Công Thương gửi Sở Kế hoạch và Đầu tư Hà Nội ngày 27/10/2009, việc góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài tại các doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực mà Việt Nam cam kết quốc tế hoặc lĩnh vực chuyên ngành thì cơ quan quản lý đầu tư phải xin ý kiến Bộ Công Thương. Doanh nghiệp đó phải thực hiện theo thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Một lần nữa, một công văn cấp bộ đã trái với Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

¹²⁴ Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 9 khoản 3

- Do công văn không phải là một văn bản quy phạm pháp luật cho nên công văn số 1752/BKH-PC không phải cũng được các địa phương chấp nhận áp dụng. Ngoài ra, hai công văn nêu trên cũng đã gây ra sự lúng túng cho các cơ quan thực hiện, ví dụ như doanh nghiệp được thành lập theo thủ tục đăng ký kinh doanh thuộc cơ quan cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh quản lý nay chuyển đổi thành doanh nghiệp đầu tư do cơ quan cấp Giấy chứng nhận đầu tư quản lý. Hai cơ quan này khác nhau, dù hai cơ quan cùng trực thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư.

Thực tế còn có sự vướng mắc về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Trường hợp do sáp nhập, tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài vượt quá 49% (không thuộc trường hợp thực hiện thủ tục đăng ký kinh doanh theo quy định của Nghị định 139/2007/NĐ-CP) thì không biết cơ quan nào sẽ cấp Giấy chứng nhận (đăng ký kinh doanh hoặc đầu tư) cho doanh nghiệp. Theo một nguyên tắc bất thành văn ở một số cơ quan nhà nước hiện nay, cơ quan nào cấp Giấy chứng nhận thành lập, cơ quan đấy được phép sửa đổi, cho nên cơ quan ĐKKD phải có trách nhiệm cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới. Hiện nay, một số cơ quan ĐKKD từ chối cấp lại Giấy chứng nhận kinh doanh cho doanh nghiệp với lý do tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài vượt quá giới hạn 49%. Một số khác thì thông báo họ đang xin ý kiến chỉ đạo về chuyên môn.

Ngoài ra xin tham khảo thêm các bình luận về thủ tục kiểm soát tập trung kinh tế nêu tại Mục 3.1.

3.4. Thủ tục đăng ký hợp nhất và sáp nhập công ty nước ngoài với công ty 100% vốn Việt Nam cùng loại

a. Khung pháp lý

Pháp luật hiện nay chỉ quy định thủ tục nhà đầu tư nước ngoài sáp nhập doanh nghiệp đang hoạt động tại Việt Nam¹²⁵. Theo đó, nhà đầu tư nước ngoài phải thực hiện thủ tục đầu tư để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

Ngoài ra pháp luật không quy định về thủ tục hợp nhất giữa công ty nước ngoài và công ty Việt Nam.

b. Thực tiễn và bình luận

Các quy định của pháp luật nêu trên chưa đủ để tạo ra một cơ chế cho việc hợp nhất, sáp nhập công ty nước ngoài với công ty đang hoạt động tại Việt Nam, cụ thể trong các trường hợp sau:

¹²⁵ Nghị định 108/2006/NĐ-CP, Điều 56 khoản 4

- Việc sáp nhập công ty nước ngoài và công ty đang hoạt động tại Việt Nam dẫn đến việc chấm dứt tồn tại của công ty đang hoạt động tại Việt Nam.
- Việc hợp nhất công ty nước ngoài và công ty đang hoạt động tại Việt Nam dẫn đến việc thành lập công ty hợp nhất tại Việt Nam hoặc tại nước ngoài và chấm dứt sự tồn tại của công ty Việt Nam.
- Việc công ty có vốn đầu tư nước ngoài mua lại công ty Việt Nam hiện nay được áp dụng rất khác nhau ở các địa phương. Ví dụ như:
 - Một số địa phương áp dụng việc mua lại, thu tóm công ty Việt Nam của công ty có vốn đầu tư nước ngoài là theo thủ tục đăng ký đầu tư;
 - Một số địa phương khác thì phân loại doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo 2 hình thức:
 - Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài mà nhà đầu tư nước ngoài chiếm số lượng vốn điều lệ thấp hơn 49%: áp dụng thủ tục đăng ký kinh doanh;
 - Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài mà nhà đầu tư nước ngoài chiếm số lượng vốn điều lệ cao hơn 49%: áp dụng thủ tục đầu tư;
 - Một số địa phương thì gửi văn bản hỏi ý kiến cơ quan cấp trên (Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Công thương) và chỉ quyết định cấp hay không cấp khi có ý kiến của cơ quan cấp trên.

3.5. Thủ tục góp vốn vào công ty TNHH ĐTNN để mua lại doanh nghiệp

a. Khung pháp lý

Thủ tục góp vốn vào công ty TNHH ĐTNN để mua lại doanh nghiệp có thể xảy ra các trường hợp sau:

- Góp vốn vào Công ty TNHH hai thành viên trở lên không dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty:

Trong trường hợp này, nhà đầu tư mua lại phần vốn góp của thành viên công ty TNHH, công ty phải thực hiện thủ tục điều chỉnh giấy chứng nhận đầu tư do thay đổi nhà đầu tư tại Sở Kế hoạch và Đầu tư. Hồ sơ và thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đầu tư được thực hiện theo Nghị định 108/2006/NĐ-CP.

- Góp vốn vào Công ty TNHH hai thành viên trở lên dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty sang Công ty TNHH một thành viên.

Trong trường hợp này, công ty phải thực hiện thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đầu tư do thay đổi nhà đầu tư và chuyển đổi loại hình công

ty tại Sở Kế hoạch và Đầu tư để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư mới. Hồ sơ và thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đầu tư được thực hiện theo Nghị định 108/2006/NĐ-CP và Điều 20 Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

- Mua lại toàn bộ phần vốn góp của chủ sở hữu Công ty TNHH một thành viên và không dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty.

Trường hợp này nhà đầu tư thực hiện thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đầu tư với nội dung thay đổi chủ đầu tư để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư mới tại Sở Kế hoạch và Đầu tư.

- Mua lại phần vốn góp của chủ sở hữu Công ty TNHH một thành viên dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty sang công ty cổ phần hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên.

Trường hợp này công ty thực hiện thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đầu tư với nội dung thay đổi nhà đầu tư và chuyển đổi loại hình công ty tại để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư mới theo quy định tại Nghị định 108/2006/NĐ-CP và Điều 19, Điều 21, Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

b. Thực tiễn và bình luận

Hiện nay, một số sở Kế hoạch và Đầu tư đang lúng túng trong việc chấp thuận việc mua lại công ty ĐTNN mà công ty mua lại là công ty 100% vốn Việt Nam theo hình thức này. Những cơ quan này không biết cấp cho công ty ĐTNN bị mua lại đó Giấy chứng nhận ĐKKD hay Giấy chứng nhận đầu tư và cơ quan nào sẽ là người thụ lý hồ sơ, sở Kế hoạch và Đầu tư hay Phòng ĐKKD. Những ưu đãi đầu tư được cấp cho công ty ĐTNN trước đây được giữ nguyên hay bãi bỏ.

Xin xem phần thực tiễn và bình luận về thủ tục kiểm soát tập trung kinh tế nêu tại Mục 3.1.

3.6. Thủ tục mua cổ phần tại công ty cổ phần ĐTNN

a. Khung pháp lý

Mua cổ phần của cổ đông sáng lập: Trường hợp nhà đầu tư mua lại cổ phần của cổ đông sáng lập công ty cổ phần, công ty phải thực hiện thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đầu tư với nội dung thay đổi cổ đông sáng lập của công ty cổ phần tại Sở Kế hoạch và Đầu tư tỉnh, thành phố nơi công ty đặt trụ sở chính. Hồ sơ và thủ tục thay đổi thành viên sáng lập được thực hiện theo Nghị định 88/2006/NĐ-CP.

Mua cổ phần chào bán: Công ty không phải thực hiện thủ tục đăng ký với cơ quan cấp Giấy chứng nhận đầu tư, trừ trường hợp cổ đông sở hữu từ 5% tổng số cổ phần trở lên phải được đăng ký với cơ quan cấp Giấy chứng nhận đầu tư có

thẩm quyền trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày có được tỷ lệ sở hữu đó.

Trong trường hợp công ty cổ phần ĐTN là công ty niêm yết thì công ty này phải tiến hành thay đổi niêm yết với UBCKNN như đã đề cập ở trên.

Ngoài ra, việc mua cổ phần tại công ty cổ phần của nhà đầu tư là tổ chức dẫn đến tập trung kinh tế phải chịu sự điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh như đã nêu.

b. Thực tiễn và bình luận

Xin tham khảo phần “thực tiễn và bình luận” của Mục 3.6 nêu trên trong trường hợp việc mua lại cổ phần chỉ là những doanh nghiệp 100% vốn Việt Nam.

Xin xem phần thực tiễn và bình luận về thủ tục kiểm soát tập trung kinh tế nêu tại Mục 3.1.

3.7. Thủ tục góp vốn tại công ty TNHH 100% vốn Việt Nam:

a. Khung pháp lý

Thủ tục góp vốn vào công ty TNHH 100% vốn Việt Nam để mua lại doanh nghiệp có thể xảy ra các trường hợp sau:

- Góp vốn vào Công ty TNHH hai thành viên trở lên không dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty:
Nhà đầu tư mua lại phần vốn góp của thành viên Công ty TNHH, công ty phải thực hiện thủ tục đăng ký thay đổi thành viên Công ty TNHH tại Cơ quan ĐKKD cấp tỉnh nơi công ty đặt trụ sở chính. Hồ sơ và thủ tục đăng ký thay đổi thành viên công ty TNHH được thực hiện theo Nghị định 88/2006/NĐ-CP.
- Góp vốn vào Công ty TNHH hai thành viên trở lên dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty sang Công ty TNHH một thành viên.

Trong trường hợp này, công ty phải thực hiện thủ tục chuyển đổi Công ty TNHH hai thành viên trở lên sang Công ty TNHH một thành viên tại Cơ quan ĐKKD cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Thủ tục chuyển đổi được thực hiện theo quy định tại Điều 20 Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

- Mua lại toàn bộ phần vốn góp của chủ sở hữu Công ty TNHH một thành viên và không dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty.

Trường hợp này nhà đầu tư thực hiện thủ tục thay đổi chủ sở hữu Công ty tại Cơ quan ĐKKD nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Hiện nay chưa có văn bản pháp luật nào (kể cả Nghị định 88/2006/NĐ-CP và Nghị định

139/2007/NĐ-CP) hướng dẫn về hồ sơ và thủ tục thay đổi chủ sở hữu Công ty TNHH một thành viên.

- Mua lại phần vốn góp của chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên dẫn đến chuyển đổi loại hình công ty sang công ty cổ phần hoặc công ty TNHH hai thành viên trở lên.

Trường hợp này công ty thực hiện thủ tục chuyển đổi loại hình công ty tại Cơ quan ĐKKD cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính theo quy định tại Điều 19 và Điều 21, Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

- Tương tự như các hình thức mua, bán doanh nghiệp khác, việc góp vốn vào công ty TNHH của nhà đầu tư là tổ chức dẫn đến tập trung kinh tế phải chịu sự điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh.

b. Thực tiễn và bình luận

Trong trường hợp nhà đầu tư nước ngoài mua lại phần vốn góp trong công ty TNHH thì việc đăng ký thay đổi thành viên trong trường hợp công ty đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh được thực hiện tại cơ quan ĐKKD có thẩm quyền¹²⁶. Tuy nhiên, hiện nay việc áp dụng quy định này còn nhiều vướng mắc như sau:

- Trường hợp tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trên 49% vốn Điều lệ của công ty, nhiều cơ quan ĐKKD từ chối giải quyết do không đủ thẩm quyền khiến nhà đầu tư gặp nhiều khó khăn;
- Trường hợp nhà đầu tư nước ngoài mua lại 100% phần vốn góp của chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên 100% vốn Việt Nam, khi đó nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục đăng ký đầu tư hay thủ tục thay đổi đăng ký kinh doanh để được việc thay đổi chủ sở hữu công ty này? Nếu theo thủ tục thay đổi đăng ký kinh doanh, nhiều cơ quan ĐKKD đã từ chối không giải quyết do không đủ thẩm quyền. Nếu theo thủ tục đăng ký đầu tư, thì việc xử lý Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mà doanh nghiệp đã được cấp như thế nào? Liệu cơ quan cấp Giấy chứng nhận đầu tư có được quyền thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh do cơ quan ĐKKD cấp?

Ngoài ra, xin xem phần thực tiễn và bình luận về thủ tục kiểm soát tập trung kinh tế nêu tại Mục 3.1.

¹²⁶ Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 10 khoản 2

3.8. Thủ tục mua cổ phần tại công ty cổ phần 100% vốn Việt Nam:

a. Khung pháp lý

Mua cổ phần của cổ đông sáng lập: Trường hợp nhà đầu tư mua lại cổ phần của cổ đông sáng lập công ty cổ phần, công ty phải thực hiện thủ tục đăng ký thay đổi cổ đông sáng lập của công ty cổ phần tại Cơ quan ĐKKD cấp tỉnh. Hồ sơ và thủ tục thay đổi thành viên sáng lập được thực hiện theo Nghị định 88/2006/NĐ-CP.

Mua cổ phần chào bán: Công ty không phải thực hiện thủ tục đăng ký với Cơ quan ĐKKD, trừ trường hợp cổ đông sở hữu từ 5% tổng số cổ phần trở lên phải được đăng ký với cơ quan ĐKKD có thẩm quyền trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày có được tỷ lệ sở hữu đó.

Thủ tục đăng ký sáp nhập và mua lại các công ty đại chúng được thực hiện theo quy định của pháp luật đầu tư và pháp luật về doanh nghiệp tương tự như với công ty ĐTNN hay công ty 100% vốn Việt Nam nêu trên đây.

Ngoài ra, trường hợp tổ chức, cá nhân trở thành cổ đông lớn¹²⁷ của công ty đại chúng phải báo cáo công ty đại chúng, Ủy ban Chứng khoán Nhà nước và Sở giao dịch chứng khoán hoặc Trung tâm giao dịch chứng khoán nơi cổ phiếu của công ty đại chúng đó được niêm yết trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày trở thành cổ đông lớn¹²⁸.

b. Thực tiễn và bình luận

Xin xem phần “thực tiễn và bình luận” nêu tại Mục 3.6.

3.9. Thủ tục mua doanh nghiệp nước ngoài:

a. Khung pháp lý

Cho đến hiện nay, việc mua doanh nghiệp nước ngoài là hoạt động đầu tư trực tiếp ra nước ngoài của nhà đầu tư theo quy định tại Nghị định 78/2006/NĐ-CP.

Để đầu tư trực tiếp ra nước ngoài, nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư tại Bộ Kế hoạch và Đầu tư theo một trong hai quy trình sau:

- Quy trình đăng ký, cấp Giấy chứng nhận đầu tư áp dụng đối với dự án đầu tư có quy mô vốn đầu tư dưới 15 tỷ đồng Việt Nam.

¹²⁷ Luật Chứng khoán, Điều 6 khoản 9: Cổ đông lớn là cổ đông sở hữu trực tiếp hoặc gián tiếp từ 5% trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành

¹²⁸ Luật Chứng khoán, Điều 29 khoản 1

- Quy trình thẩm tra, cấp Giấy chứng nhận đầu tư áp dụng đối với dự án đầu tư có quy mô vốn từ 15 tỷ đồng Việt Nam trở lên¹²⁹.

Lưu ý, các dự án đầu tư sau phải được Thủ tướng chấp thuận¹³⁰ trước khi thực hiện thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư:

- Dự án đầu tư thuộc các lĩnh vực ngân hàng, kinh doanh bảo hiểm, tài chính, tín dụng, báo chí, phát thanh, truyền hình, viễn thông có sử dụng vốn nhà nước từ 150 tỷ đồng Việt Nam trở lên hoặc vốn của các thành phần kinh tế từ 300 tỷ đồng Việt Nam trở lên.
- Dự án đầu tư không thuộc các dự án nêu trên có sử dụng vốn nhà nước từ 300 tỷ đồng Việt Nam trở lên hoặc vốn của các thành phần kinh tế từ 600 tỷ đồng Việt Nam trở lên.

b. Thực tiễn và bình luận

Quy định về thủ tục đầu tư trực tiếp ra nước ngoài theo Nghị định 78/2006/NĐ-CP khá rõ ràng, nhìn chung nhà đầu tư không gặp khó khăn khi thực hiện thủ tục này.

Tuy nhiên, đối với hình thức đầu tư gián tiếp bằng việc mua cổ phần, trao đổi cổ phần giữa công ty Việt Nam và công ty nước ngoài hiện nay chưa có quy định hiện nay. Để vượt qua khoảng trống pháp lý này, các doanh nghiệp Việt Nam thường tìm cách trao đổi cổ phiếu giữa doanh nghiệp Việt Nam và doanh nghiệp nước ngoài hoặc tìm cách thành lập một công ty ở nước ngoài. Sau đó, công ty này sẽ mua cổ phiếu trên thị trường chứng khoán ở nước ngoài.

3.10. Thủ tục mua lại DNNN

a. Khung pháp lý:

Đối với DNNN thực hiện cổ phần hóa thì việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại doanh nghiệp được thực hiện như đối với công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp;

Đối với DNNN không thực hiện cổ phần hóa được nhưng muốn thực hiện tư nhân hóa thì DNNN đó có thể được bán theo quy định tại Nghị định 109/2008/NĐ-CP. Các cá nhân, tổ chức kinh tế có quyền mua lại DNNN¹³¹. DNNN sau khi đã được cá nhân, tổ chức kinh tế mua lại thì sẽ phải đăng ký kinh doanh lại theo hình thức doanh nghiệp được quy định tại Luật Doanh nghiệp¹³².

¹²⁹ Nghị định 78/2006/NĐ-CP, Điều 11

¹³⁰ Nghị định 78/2006/NĐ-CP, Điều 9

¹³¹ Nghị định 109/2008/NĐ-CP, Điều 2 và Điều 4.

¹³² Nghị định 109/2008/NĐ-CP, Điều 19.

Phương thức, thủ tục bán và mua lại DNNN đã được quy định chi tiết tại Nghị định 109/2008/NĐ-CP.

Hộp 8:

Công ty TNHH Lê Quốc do ông Lê Quốc Hùng làm Giám đốc vừa bỏ ra 40 tỷ đồng mua lại Nhà máy Chế biến cà chua cô đặc xuất khẩu Hải Phòng - một doanh nghiệp Nhà nước sau gần chục năm hoạt động đình đốn.

Với công suất 200 tấn sản phẩm/ngày, Nhà máy Chế biến cà chua cô đặc xuất khẩu Hải Phòng (thuộc Bộ Nông nghiệp và PTNT), cơ sở chế biến cà chua duy nhất vùng đồng bằng Bắc Bộ đặt tại phường Sở Dầu, quận Hồng Bàng có công nghệ, thiết bị hiện đại nhập từ Italia được đưa vào hoạt động từ năm 2000 có thể đáp ứng nhu cầu thu mua và chế biến cà chua tại các vùng nông thôn trong khu vực.

Tuy nhiên, do không thực hiện đồng bộ việc tạo vùng nguyên liệu cũng như cơ chế thu mua, khuyến khích nhà nông trồng, bán cà chua nên từ khi đưa vào sử dụng đến nay, Nhà máy luôn trong tình trạng "đói" nguyên liệu, hoạt động cầm chừng, ẻo lả, lúc khai thác cao cũng chưa đầy 15% công suất, gây lãng phí lớn thiết bị, công nghệ; thu không đủ bù chi việc bảo dưỡng máy thường xuyên.

Công ty TNHH Lê Quốc, doanh nghiệp chuyên hoạt động trên lĩnh vực dịch vụ cảng biển tại Hải Phòng không những quyết định mua lại Nhà máy mà còn đầu tư thêm 10 tỷ đồng nâng cấp thiết bị, công nghệ, đưa nhanh cơ sở vào hoạt động trở lại.

Để có nguyên liệu sản xuất, trước mắt, Công ty mở "chiến dịch" thu mua cà chua tại nhiều vùng nông thôn Hải Phòng và các tỉnh Hưng Yên, Bắc Giang, Nam Định, Thái Bình; thuê hệ thống kho lạnh bảo quản gần 500 tấn cà chua nguyên liệu phục vụ việc chế biến.

Mặt khác, Công ty còn triển khai thực hiện chiến lược phát triển vành đai nguyên liệu trên cơ sở ký hợp đồng bao tiêu sản phẩm và khuyến khích, ưu đãi giá thu mua, tạo thuận lợi cho nông dân trong khu vực gần bờ, cung ứng cà chua cho Nhà máy.

Sản phẩm của Nhà máy làm ra đến đâu đều được tiêu thụ hết đến đó, hiện "cung" không đủ "cầu". 100% sản phẩm của Nhà máy bước đầu được xuất khẩu sang Liên bang Nga.

TTXVN (Theo Lao Động, 11/03/2009)

b. Thực tiễn và bình luận:

Mặc dù việc bán doanh nghiệp theo Nghị định 109/2008/NĐ-CP không mạnh mẽ trên thực tế, nhưng các quy định của Nghị định 109/2008/NĐ-CP là rõ ràng và cụ thể để áp dụng trực tiếp. Nghị định 109/2008/NĐ-CP là một ví dụ tốt trong

trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền dự định ban hành một quy định riêng đối với hoạt động mua, bán và thuê tóm doanh nghiệp.

3.11. Thủ tục sáp nhập, hợp nhất, mua lại công ty hợp danh

a. Khung pháp lý:

Luật Doanh nghiệp quy định hai hoặc một số công ty cùng loại có thể hợp nhất hoặc sáp nhập, nhưng không nêu rõ các loại hình công ty nào được phép thực hiện hoạt động hợp nhất, sáp nhập. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, công ty hợp danh cũng sẽ phép thực hiện việc hợp nhất, sáp nhập¹³³.

Thủ tục về việc đăng ký trong trường hợp thay đổi thành viên của công ty hợp danh được quy định cụ thể tại Nghị định 88/2006/NĐ-CP và Nghị định 139/2007/NĐ-CP.

b. Thực tiễn và bình luận:

Việc mua lại sáp nhập, hợp nhất và thuê tóm công ty hợp danh không nhiều trên thực tế bởi số lượng công ty hợp danh không nhiều¹³⁴. Tuy nhiên, cần có quy định pháp luật điều chỉnh cụ thể trường hợp một công ty hợp danh thuê tóm một công ty hợp danh khác hoặc một công ty hợp danh thuê tóm một doanh nghiệp tư nhân khác.

3.12. Thủ tục mua lại DNTN

a. Khung pháp lý:

Thủ tục mua bán doanh nghiệp tư nhân được quy định tại Luật Doanh nghiệp¹³⁵ và được hướng dẫn tại Nghị định 139/2007/NĐ-CP.¹³⁶

b. Thực tiễn và bình luận;

Trên thực tế, thủ tục đăng ký lại DNTN sau khi được cá nhân khác mua lại DNTN đó không gặp khó khăn vì quy định pháp luật tương đối rõ ràng.

Những trường hợp một doanh nghiệp thuộc loại hình khác (TNHH, cổ phần hoặc hợp danh) muốn mua lại một DNTN thì gặp phải khó khăn trong thủ tục đăng ký lại. Thực tế, các doanh nghiệp đã phải tiến hành giải thể DNTN sau khi được mua lại, trừ trường hợp chủ DNTN trở thành là thành viên của công ty TNHH¹³⁷.

¹³³ Luật Doanh nghiệp, Điều 152, 153

¹³⁴ Cho đến ngày 30/11/2009, cả nước có 72 công ty hợp danh đang hoạt động (nguồn: Tổng Cục Thống kê)

¹³⁵ Luật Doanh nghiệp, Điều 145.

¹³⁶ Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 24.

¹³⁷ Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 24.

3.13. Thủ tục sáp nhập, hợp nhất, mua lại doanh nghiệp trong một số loại hình doanh nghiệp đặc thù khác

A. Công ty chứng khoán:

- Việc sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi Công ty chứng khoán phải được sự chấp thuận của UBCKNN. Thời hạn chấp thuận việc chia, tách, sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi là ba mươi ngày, kể từ ngày UBCKNN nhận được hồ sơ hợp lệ. Trường hợp từ chối, UBCKNN phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do¹³⁸.

Công ty mới hình thành từ việc sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi Công ty chứng khoán phải thực hiện thủ tục đề nghị cấp lại Giấy phép thành lập và hoạt động tại UBCKNN theo quy định tại Điều 63 Luật Chứng khoán.

- Trường hợp mua lại công ty chứng khoán không dẫn đến sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi Công ty chứng khoán, công ty phải thực hiện thủ tục điều chỉnh Giấy phép thành lập và hoạt động tại UBCKNN. Đối với giao dịch làm thay đổi quyền sở hữu cổ phần hoặc phần vốn góp chiếm từ 10% trở lên vốn điều lệ đã góp của công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ, trừ trường hợp cổ phiếu của công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ đã được niêm yết tại Sở giao dịch chứng khoán, Trung tâm giao dịch chứng khoán, thì công ty chứng khoán phải được UBCKNN chấp thuận bằng văn bản trước khi thực hiện thay đổi này¹³⁹.

B. Ngân hàng thương mại và quỹ tín dụng nhân dân:

- Việc chia, tách, hợp nhất, sáp nhập, mua lại, giải thể tổ chức tín dụng phải được Ngân hàng Nhà nước chấp thuận bằng văn bản¹⁴⁰.

Ngân hàng thương mại mới hoặc quỹ tín dụng nhân dân mới hình thành từ việc sáp nhập, hợp nhất phải thực hiện thủ tục cấp giấy phép thành lập và hoạt động tại Ngân hàng Nhà nước theo quy định của Luật các Tổ chức tín dụng và các quy định khác của pháp luật¹⁴¹. Ngân hàng thương mại có thể bị thu hồi giấy phép thành lập và hoạt động khi hợp nhất, sáp nhập¹⁴².

- Các giao dịch sau đây phải được Ngân hàng Nhà nước chấp thuận bằng văn bản trước khi thực hiện¹⁴³:
 - Chuyển nhượng cổ phần có ghi tên quá tỷ lệ quy định của Ngân hàng Nhà nước;
 - Tỷ lệ cổ phần của các cổ đông lớn¹⁴⁴.

¹³⁸ Luật Chứng khoán, Điều 69

¹³⁹ Luật Chứng khoán, Điều 68 khoản 1 điểm c

¹⁴⁰ Luật các Tổ chức tín dụng, Điều 34

¹⁴¹ Luật các Tổ chức tín dụng, Điều 21, Quyết định số 24/2006/QĐ-NHNN, Điều 19 và Điều 20.

¹⁴² Luật các Tổ chức tín dụng, Điều 29

¹⁴³ Luật các Tổ chức tín dụng, Điều 31 khoản 1 điểm đ, e

- Trường hợp nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần của ngân hàng thương mại Việt Nam phải được Thống đốc Ngân hàng Nhà nước chấp thuận bằng văn bản theo quy định tại Nghị định và các quy định khác của pháp luật liên quan¹⁴⁵.

C. Công ty bảo hiểm:

Việc chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp chiếm 10% số vốn điều lệ trở lên; sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi hình thức doanh nghiệp của công ty bảo hiểm phải được Bộ Tài chính chấp thuận bằng văn bản¹⁴⁶.

Doanh nghiệp bảo hiểm có thể bị thu hồi giấy phép thành lập và hoạt động khi hợp nhất, sáp nhập, chuyển đổi hình thức doanh nghiệp¹⁴⁷.

D. Hợp tác xã

Hợp tác xã thực hiện thủ tục đăng ký hợp nhất, sáp nhập tại cơ quan ĐKKD. Hồ sơ và hướng dẫn thủ tục của việc đăng ký hợp nhất, sáp nhập HTX đã được quy định cụ thể tại Luật Hợp tác xã¹⁴⁸.

3.14. Tiểu kết

Nhìn chung, quy định của pháp luật về thủ tục sáp nhập, mua lại doanh nghiệp còn nhiều bất cập. Các quy định vừa thiếu, vừa không thống nhất, không cụ thể, không dự liệu hết được các trường hợp xảy ra trên thực tế đã gây khó khăn cho nhà đầu tư cũng như cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc áp dụng pháp luật. Thực tế áp dụng pháp luật về cùng một vấn đề ở các địa phương khác nhau.

Những vấn đề tồn tại đối với các thủ tục hành chính liên quan đến hoạt động mua, bán, sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp tạm thời liệt kê như sau:

- Phân định và áp dụng thống nhất thẩm quyền của cơ quan ĐKKD và cơ quan đăng ký đầu tư;
- Xây dựng cơ chế làm việc giữa cơ quan ĐKKD/cơ quan đăng ký đầu tư với cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh đối với các vụ việc mua, bán, sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp;
- Cần xây dựng cơ chế xác định thị phần liên quan và thủ tục đăng ký hoạt động mua, bán, sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp đối với cơ quan quản lý cạnh tranh;

¹⁴⁴ Luật Tổ chức tín dụng, Điều 20 khoản 6: Cổ đông lớn là cá nhân hoặc tổ chức sở hữu trên 10% vốn điều lệ hoặc nắm giữ trên 10% vốn cổ phần có quyền bỏ phiếu của một tổ chức tín dụng.

¹⁴⁵ Nghị định 69/2007/NĐ-CP, Điều 5

¹⁴⁶ Luật Kinh doanh bảo hiểm, Điều 69 khoản 1

¹⁴⁷ Luật Kinh doanh bảo hiểm, Điều 68 khoản 1

¹⁴⁸ Luật Hợp tác xã, Điều 41

- Nghiên cứu bổ sung quy định pháp luật chứng khoán về việc hai công ty niêm yết hợp nhất thì có phải thay đổi đăng ký niêm yết với UBCKNN như thế nào;
- Cần xây dựng các quy định của pháp luật liên quan đến việc hợp nhất, sáp nhập công ty nước ngoài với công ty đang hoạt động tại Việt Nam, trong đó bao gồm các quy định liên quan đến việc đầu tư trực tiếp và gián tiếp.
- Cần có hướng dẫn về thủ tục và cơ chế ưu đãi tiếp tục đối với trường hợp nhà đầu tư Việt Nam mua lại doanh nghiệp ĐTNN.

4. Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài:

a. Khung pháp lý

Nhà đầu tư nước ngoài được góp vốn, mua cổ phần với mức không hạn chế tại các doanh nghiệp Việt Nam, trừ trường hợp các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác (Cam kết WTO về dịch vụ, Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ) thì áp dụng quy định tại điều ước đó, hoặc trường hợp pháp luật chuyên ngành có quy định thì áp dụng theo quy định của pháp luật chuyên ngành. Tuy nhiên, các quy định về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài vẫn còn những điểm không thống nhất nên đã gây nên khó khăn trong việc áp dụng pháp luật.

Hộp 9: Các quy định về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp Việt Nam

1. Nghị định 139/2007/NĐ-CP, Điều 10 khoản 1:

Nhà đầu tư nước ngoài được quyền góp vốn, mua cổ phần với mức không hạn chế tại các doanh nghiệp, trừ các trường hợp dưới đây:

- a. Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài tại các công ty niêm yết thực hiện theo quy định của pháp luật về chứng khoán;
- b. Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong các trường hợp đặc thù áp dụng quy định của các luật nói tại khoản 3 Điều 3 Nghị định này và các quy định pháp luật chuyên ngành khác có liên quan;
- c. Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp 100% vốn nhà nước cổ phần hoá hoặc chuyển đổi sở hữu theo hình thức khác thực hiện theo pháp luật về cổ phần hoá và chuyển đổi doanh nghiệp 100% vốn nhà nước;
- d. Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài tại các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ áp dụng theo Biểu cam kết cụ thể về thương mại dịch vụ (Phụ lục Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam).

2. Quy chế góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam ban hành kèm theo Quyết định 88/2009/QĐ-TTg (Điều 3)

1. Nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần của các công ty đại chúng theo tỷ lệ quy định của pháp luật về chứng khoán và các văn bản hướng dẫn liên quan.
2. Nhà đầu tư nước ngoài góp vốn, mua cổ phần của doanh nghiệp Việt Nam hoạt động trong lĩnh vực, ngành nghề thuộc pháp luật chuyên ngành theo tỷ lệ quy định của pháp luật chuyên ngành đó.
3. Tỷ lệ góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam kinh doanh thương mại dịch vụ tuân theo các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.
4. Đối với doanh nghiệp Việt Nam hoạt động đa ngành nghề, đa lĩnh vực, bao gồm cả một số ngành nghề, lĩnh vực có quy định khác nhau về tỷ lệ tham gia của nhà đầu tư nước ngoài thì nhà đầu tư nước ngoài được góp vốn, mua cổ phần không quá mức của ngành nghề, lĩnh vực có quy định tỷ lệ tham gia của nhà đầu tư nước ngoài thấp nhất.
5. Đối với doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thực hiện chuyển đổi sở hữu, nhà đầu tư nước ngoài góp vốn, mua cổ phần theo tỷ lệ tại phương án được cấp có thẩm quyền phê duyệt, nhưng không vượt mức quy định nếu doanh nghiệp chuyển đổi hoạt động trong các lĩnh vực thuộc các trường hợp nêu tại khoản 2, 3, 4 Điều này.
6. Ngoài các trường hợp nêu trên, nhà đầu tư nước ngoài được góp vốn, mua cổ phần trong các doanh nghiệp Việt Nam với mức không hạn chế.

3. Tỷ lệ sở hữu vốn của nhà đầu tư nước ngoài trong công ty đại chúng theo Quyết định 55/2009/QĐ-TTg (Điều 2).

Nhà đầu tư nước ngoài được sở hữu tối đa 49% tổng số cổ phiếu của công ty đại chúng. Trường hợp pháp luật chuyên ngành có quy định khác thì áp

b. Thực tiễn và bình luận

Thực tiễn áp dụng các quy định về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp Việt Nam còn những vướng mắc sau:

- Chưa có quy định hướng dẫn các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong trường hợp ưu tiên áp dụng văn bản pháp luật khi pháp luật chuyên ngành và Cam kết WTO quy định khác nhau về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài. Về nguyên tắc pháp lý, trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa điều ước quốc tế và luật quốc gia, thì điều ước quốc tế sẽ được ưu tiên áp dụng. Hiện nay, nhiều cơ quan ĐKKD vẫn còn gặp lúng túng trong các trường hợp này.
- Các quy định bị mâu thuẫn hay nói cách khác là chưa thống nhất như đã nêu ở Hộp 9 ở trên đã gây cản trở cho nhà đầu tư nước ngoài. Các cơ quan có thẩm quyền ở địa phương thường thận trọng (chủ yếu là từ chối hoặc chờ hướng dẫn từ cấp trung ương) khi cấp giấy ĐKKD hoặc Giấy chứng nhận đầu tư trong những tình huống mà pháp luật chưa rõ ràng.

Theo Nghị định 139/2007/NĐ-CP, tỷ lệ tham gia của nhà đầu tư nước ngoài tại doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ sẽ thực hiện theo Cam kết về WTO của Việt Nam về dịch vụ. Theo đó, Việt Nam chỉ cam kết mở cửa thị trường với các dịch vụ có trong Cam kết WTO. Đối với những dịch vụ không có trong Cam kết WTO, thì theo nguyên tắc “chọn-bỏ” của Cam kết WTO, Việt Nam không có nghĩa vụ nào cả. Trong khi theo quy định của Quyết định 88/2009/QĐ-TTg, tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp hoạt động các lĩnh vực không có trong Biểu cam kết không chịu bất kỳ giới hạn nào.

Do đó, việc cho phép nhà đầu tư nước ngoài góp vốn, mua cổ phần trong các lĩnh vực không có trong Cam kết WTO hoàn toàn phụ thuộc vào quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền Việt Nam. Cơ quan cấp ĐKKD hoặc Giấy chứng nhận đầu tư cần căn cứ theo chính sách hoặc các quy định pháp luật liên quan để quyết định việc cấp hay không cấp giấy ĐKKD hoặc Giấy chứng nhận đầu tư. Nhưng hiện nay, một số địa phương thì từ chối cấp vì lý do đơn giản là chưa có hướng dẫn. Trong khi một số địa phương khác thì yêu cầu việc cấp Giấy chứng nhận đầu tư phải thông qua hình thức thẩm tra đầu tư. Việc áp dụng pháp luật không thống nhất này đã làm giảm niềm tin của nhà đầu tư vào tính thống nhất của pháp luật Việt Nam.

c. Tiểu kết

Quy định về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp Việt Nam vẫn chưa thống nhất do đó vẫn còn tồn tại nhiều cách hiểu và áp dụng pháp luật

khác nhau giữa các cơ quan nhà nước, giữa các địa phương. Vấn đề này đòi hỏi cần phải có chương trình tập huấn về cách hiểu áp dụng các quy định của WTO, nguyên tắc áp dụng điều ước quốc tế hoặc phải ban hành quy định hướng dẫn các cơ quan nhà nước trong việc áp dụng.

5. Tài khoản vốn

5.1. Tài khoản góp vốn mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài:

a. Khung pháp lý

Nhà đầu tư nước ngoài phải mở tài khoản vốn đầu tư gián tiếp tại tổ chức tín dụng được phép để thực hiện đầu tư gián tiếp tại Việt Nam¹⁵⁰. Tài khoản này khác với tài khoản giao dịch chứng khoán của nhà đầu tư nước ngoài sẽ được đề cập ở Mục 6.2 dưới đây.

Nhà đầu tư nước ngoài (tổ chức hay cá nhân) mua cổ phần, góp vốn trong doanh nghiệp Việt Nam phải có **tài khoản vốn đầu tư**¹⁵¹ hoặc **tài khoản góp vốn, mua cổ phần**¹⁵² mở tại ngân hàng thương mại tại Việt Nam. Mọi hoạt động mua, bán cổ phần, chuyển nhượng vốn góp, thu và sử dụng cổ tức, lợi nhuận được chia, chuyển tiền ra nước ngoài và các hoạt động khác liên quan đến đầu tư vào doanh nghiệp Việt Nam đều thông qua tài khoản này. Trong vòng 02 ngày kể từ khi mở tài khoản vốn đầu tư, nhà đầu tư phải thực hiện đăng ký tài khoản với Vụ Quản lý ngoại hối, Ngân hàng Nhà nước.

Trong lĩnh vực ngân hàng, trong thời gian 30 ngày làm việc kể từ ngày Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam có văn bản chấp thuận việc nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần tại ngân hàng thương mại Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài phải chuyển đủ số tiền đã đăng ký mua cổ phần vào **tài khoản đầu tư** bằng đồng Việt Nam tại một tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán đang hoạt động trên lãnh thổ Việt Nam¹⁵³.

b. Thực tiễn và bình luận:

Việc mở tài khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài tại các doanh nghiệp Việt Nam đang có những vấn đề về mâu thuẫn pháp luật như sau:

1. Khái niệm “tài khoản vốn đầu tư” chưa được phổ biến rộng rãi trong các ngân hàng thương mại và gây nhầm lẫn.

¹⁵⁰ Nghị định 160/2006/NĐ-CP, Điều 14.

¹⁵¹ Quyết định 88/2009/QĐ-TTg, Điều 6

¹⁵² Thông tư 03/2004/TT-NHNN, Chương 2, Mục I

¹⁵³ Thông tư 07/2007/TT-NHNN, Mục 7.2

Theo Pháp lệnh Ngoại hối, chỉ những trường hợp “đầu tư gián tiếp” (là hình thức đầu tư mà nhà đầu tư không trực tiếp tham gia quản lý hoạt động đầu tư), nhà đầu tư phải mở tài khoản đầu tư gián tiếp, còn trường hợp đầu tư trực tiếp thì không. Trên thực tế, có rất nhiều trường hợp nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, phần vốn góp để thực hiện hoạt động đầu tư trực tiếp. Như vậy việc yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài phải mở tài khoản góp vốn, mua cổ phần là không phù hợp với Pháp lệnh Ngoại hối. Thực tế cũng cho thấy không ít ngân hàng thương mại tại Việt Nam cũng rất ngỡ ngàng khi nhà đầu tư đề nghị mở “tài khoản vốn đầu tư” hay “tài khoản góp vốn, mua cổ phần”.

Khái niệm doanh nghiệp Việt Nam không được định nghĩa rõ ràng trong Thông tư 03/2004/TT-NHNN. Điều này có thể dẫn đến cách hiểu khác nhau giữa doanh nghiệp được coi là pháp nhân Việt Nam theo quy định của Luật Doanh Nghiệp và Luật Đầu tư hoặc giữa doanh nghiệp có tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài chiếm trên 49% theo định nghĩa của Quyết định số 55/2009/QĐ-TTg.

2. Quy định về “tài khoản vốn đầu tư” bị xung đột với quy định khác

Theo Quyết định 88/2009/QĐ-TTg, nhà đầu tư không phải đăng ký “tài khoản vốn đầu tư” với Ngân hàng Nhà nước, trong khi Thông tư 03/2004/TT-NHNN lại yêu cầu phải đăng ký. Các quy định pháp luật đã bị xung đột và gây khó hiểu cho nhà đầu tư.

Sự không thống nhất trong cách hiểu khái niệm “đầu tư gián tiếp” giữa Luật Đầu tư và Pháp lệnh Ngoại hối đã dẫn đến việc quy định nhiều khái niệm rất nhau về “tài khoản đầu tư”, “tài khoản góp vốn, mua cổ phần”, “tài khoản đầu tư gián tiếp”... Điều này gây không ít khó khăn cho nhà đầu tư nước ngoài, đặc biệt là những nhà đầu tư nước ngoài “góp vốn, mua cổ phần trong doanh nghiệp Việt Nam”. Vì vậy, cần phải có cách hiểu thống nhất giữa các ngành luật khác nhau, giữa các cơ quan nhà nước khác nhau về cùng một nội dung, tránh tình trạng chồng chéo và không thống nhất như hiện nay.

3. Quy định về “tài khoản vốn đầu tư” có bắt buộc áp dụng với các hình thức chuyển nhượng cổ phần bên ngoài Việt Nam hay không hoặc chuyển nhượng vốn trong doanh nghiệp FDI hay không?

Việc mở tài khoản vốn đầu tư có bắt buộc áp dụng cho việc chuyển nhượng cổ phần giữa hai nhà đầu tư nước ngoài giao dịch ở bên ngoài Việt Nam và doanh nghiệp FDI hay không điều này cần được làm rõ. Vì trên thực tế không phải lúc nào cũng xảy ra việc chuyển tiền ra và vào công ty từ việc chuyển nhượng phần vốn góp, cổ phần của thành viên, cổ đông công ty với bên thứ ba. Nhưng Nhà nước Việt Nam cần phải có biện pháp để có thể thu thuế thu nhập đối với lợi nhuận phát sinh từ việc chuyển nhượng giữa các nhà đầu tư nước ngoài ở bên ngoài Việt Nam.

4. Quy định về “tài khoản vốn đầu tư” làm giới hạn khả năng đầu tư theo phương thức trừ nợ

Thực tế hiện nay, các doanh nghiệp Việt Nam đang mắc nợ doanh nghiệp nước ngoài không thể trả nợ được bằng cổ phiếu mà phải trả nợ bằng tiền mặt. Ngân hàng Nhà nước hiện nay chưa cho phép các nhà đầu tư nước ngoài được chuyển đổi khoản vay của mình đối với các doanh nghiệp Việt Nam thành khoản vốn đầu tư. Điều này đã làm hạn chế khả năng huy động vốn, tái cơ cấu vốn của các doanh nghiệp Việt Nam và đồng thời cũng mâu thuẫn với quy định cho phép doanh nghiệp được phát hành trái phiếu chuyển đổi và các hình thức góp vốn khác được quy định tại Nghị định 108/2006/NĐ-CP (được đề cập cụ thể tại Mục 7 dưới đây).

5. Thủ tục mở “tài khoản vốn đầu tư” phức tạp

Thủ tục đăng ký mở tài khoản đầu tư thông qua hình thức góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài hiện nay còn bị các nhà đầu tư coi là phức tạp vì Thông tư 03/2004/TT-NHNN đã yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài phải nộp bản sao đã được hợp pháp hóa lãnh sự của các giấy tờ pháp lý (giấy đăng ký thành lập doanh nghiệp, điều lệ doanh nghiệp...). Để hoàn thành thủ tục hợp pháp hóa lãnh sự các giấy tờ theo yêu cầu, nhà đầu tư nước ngoài thường mất từ 3 tuần đến 4 tuần để hoàn thiện tại nước ngoài, gửi về Việt Nam và dịch sang tiếng Việt Nam. Chi phí để nhà đầu tư nước ngoài tuân thủ theo yêu cầu này là rất cao trong khi nếu đầu tư theo hình thức đầu tư thông qua xin cấp Giấy chứng nhận đầu tư, nhà đầu tư nước ngoài không phải thực hiện những thủ tục này. Vấn đề này cũng thể hiện sự thiếu thống nhất các thủ tục hành chính trong lĩnh vực đầu tư của Việt Nam.

Thông tư 03/2004/TT-NHNN đã không quy định rõ ràng về sự khác biệt giữa thủ tục đăng ký tài khoản góp vốn, mua cổ phần của cá nhân và tổ chức. Nhưng Thông tư 03/2004/TT-NHNN quy định rằng “*Ngân hàng Nhà nước sẽ gửi văn bản xác nhận việc đăng ký tài khoản sẽ được gửi trực tiếp cho nhà đầu tư nước ngoài*”¹⁵⁴ và đối với nhà đầu tư là cá nhân thì “*Ngân hàng Nhà nước gửi cho nhà đầu tư nước ngoài thông qua Ngân hàng thương mại*”¹⁵⁵. Quy định không rõ ràng này đã tạo thành 2 thủ tục hiện nay mà một số ngân hàng thương mại áp dụng:

- (i) thủ tục đăng ký đối với nhà đầu tư là cá nhân không cư trú; và
- (ii) thủ tục đăng ký đối với nhà đầu tư là pháp nhân không cư trú.

Ở thủ tục (i), các ngân hàng thương mại đã thay mặt các nhà đầu tư cá nhân để làm thủ tục với Ngân hàng Nhà nước. Còn ở thủ tục (ii), các ngân hàng thương mại chỉ cấp giấy chứng nhận mở tài khoản góp vốn cho nhà đầu tư là pháp nhân, nhà đầu tư phải tự mình thực hiện thủ tục với ngân hàng nhà nước.

5.2. Tài khoản giao dịch chứng khoán của nhà đầu tư nước ngoài

¹⁵⁴ Thông tư 03/2004/TT-NHNN, Điều 8.5.

¹⁵⁵ Thông tư 03/2004/TT-NHNN, Điều 8.6

a. Khung pháp lý

Nhà đầu tư nước ngoài muốn giao dịch chứng khoán trên thị trường chứng khoán Việt Nam thì phải mở tài khoản giao dịch chứng khoán bằng đồng Việt Nam tại công ty chứng khoán để phục vụ hoạt động mua, bán chứng khoán¹⁵⁶.

Không có quy định pháp luật nào buộc nhà đầu tư phải đăng ký tài khoản này với Ngân hàng nhà nước.

b. Thực tiễn và Bình luận

Giao dịch chứng khoán được hiểu là hoạt động đầu tư gián tiếp của nhà đầu tư nước ngoài. Vì vậy, tài khoản giao dịch chứng khoán sẽ phải được hiểu là tài khoản đầu tư gián tiếp nếu theo Pháp lệnh Ngoại hối, và khi đó nhà đầu tư phải đăng ký tài khoản này với Ngân hàng Nhà nước. Nhưng theo Quyết định 1550/2004/QĐ-NHNN nhà đầu tư nước ngoài hay công ty chứng khoán không phải thực hiện hoạt động đăng ký này.

Cơ chế hai loại tài khoản đầu tư áp dụng cho hoạt động đầu tư gián tiếp, tài khoản góp vốn mua cổ phần và tài khoản giao dịch chứng khoán, thực sự là gây khó hiểu cho các nhà đầu tư nước ngoài và Việt Nam. Thực tế, một số nhà đầu tư nước ngoài sử dụng tài khoản ký quỹ cho giao dịch chứng khoán để góp vốn, mua cổ phần tài các doanh nghiệp Việt Nam chưa niêm yết. Một số nhà đầu tư khác sử dụng tài khoản giao dịch vắng lai của mình để góp vốn, mua cổ phần tại các doanh nghiệp Việt Nam chưa niêm yết. Việc chuyển tiền để thực hiện giao dịch này không hề bị gặp trở ngại hoặc có được sự tư vấn từ các ngân hàng thương mại Việt Nam. Dẫn đến, các giao dịch này dễ bị vô hiệu hoặc không được Ngân hàng Nhà nước chấp thuận khi nhà đầu tư thu hồi lợi nhuận để chuyển về nước.

Ngoài ra, thủ tục mở tài khoản giao dịch chứng khoán tại các công ty chứng khoán rất đơn giản. Nhà đầu tư chỉ cần tới công ty chứng khoán để thực hiện thủ tục mở tài khoản¹⁵⁷. Công ty chứng khoán sẽ thực hiện các thủ tục còn lại với cơ quan nhà nước có thẩm quyền thay mặt nhà đầu tư¹⁵⁸.

Nhà đầu tư nước ngoài sẽ được cấp mã số giao dịch trên thị trường chứng khoán Việt Nam.

5.3. Tài khoản đầu tư trực tiếp ra nước ngoài

a. Khung pháp lý

¹⁵⁶ Quyết định 1550/2004/QĐ-NHNN, Điều 6.

¹⁵⁷ Quyết định 1550/2004/QĐ-NHNN, Điều 6.

¹⁵⁸ Quyết định 1550/2004/QĐ-NHNN, Điều 7.

Nhà đầu tư Việt Nam thực hiện dự án đầu tư trực tiếp ra nước ngoài phải mở một tài khoản vốn đầu tư trực tiếp ra nước ngoài bằng ngoại tệ tại một ngân hàng thương mại tại Việt Nam và đăng ký tài khoản này với Ngân hàng Nhà nước¹⁵⁹.

b. Thực tiễn và Bình luận

Thực tế cho thấy nhà đầu tư không gặp khó khăn trong việc mở và đăng ký tài khoản vốn đầu tư trực tiếp ra nước ngoài.

5.4. Tài khoản đầu tư gián tiếp ra nước ngoài

a. Khung pháp lý

Nghị định 160/2006/NĐ-CP quy định nhà đầu tư Việt Nam được đầu tư gián tiếp ra nước ngoài nếu đáp ứng đủ điều kiện do Ngân hàng Nhà nước quy định.

b. Thực tiễn và Bình luận

Cho đến nay Ngân hàng Nhà nước chưa ban hành quy định về điều kiện, trình tự, thủ tục và việc sử dụng ngoại hối để đầu tư gián tiếp ra nước ngoài. Vì vậy, hoạt động đầu tư gián tiếp ra nước ngoài vẫn chưa được thực hiện một cách chính thống.

6. Phương thức thanh toán

a. Khung pháp lý

Luật Doanh nghiệp quy định thanh toán mua cổ phần bằng tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác quy định tại Điều lệ công ty¹⁶⁰.

Nhà đầu tư nước ngoài mua vốn góp, cổ phần bằng đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi và các tài sản hợp pháp khác¹⁶¹. Tài sản hợp pháp khác bao gồm:

- “a) Cổ phần, cổ phiếu hoặc các giấy tờ có giá khác;*
- b) Trái phiếu, khoản nợ và các hình thức vay nợ khác;*
- c) Các quyền theo hợp đồng, bao gồm cả hợp đồng chìa khóa trao tay, hợp đồng xây dựng, hợp đồng quản lý, hợp đồng phân chia sản phẩm hoặc doanh thu;*
- d) Các quyền đòi nợ và quyền có giá trị kinh tế theo hợp đồng;*
- đ) Công nghệ và quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm cả nhãn hiệu thương mại, kiểu dáng công nghiệp, sáng chế, tên thương mại, nguồn gốc hoặc tên gọi xuất xứ;*

¹⁵⁹ Nghị định 160/2006/NĐ-CP, Điều 18 khoản 2; Nghị định 78/2006/NĐ-CP, Điều 24

¹⁶⁰ Luật Doanh nghiệp, Điều 89.

¹⁶¹ Quyết định 88/2009/QĐ-TTg.

- e) Các quyền chuyển nhượng, bao gồm cả các quyền đối với thăm dò và khai thác tài nguyên;*
- g) Bất động sản; quyền đối với bất động sản, bao gồm cả quyền cho thuê, chuyển nhượng, góp vốn, thế chấp hoặc bảo lãnh;*
- h) Các khoản lợi tức phát sinh từ hoạt động đầu tư, bao gồm cả lợi nhuận, lãi cổ phần, cổ tức, tiền bản quyền và các loại phí;*
- i) Các tài sản và quyền có giá trị kinh tế khác theo quy định của pháp luật và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên”¹⁶².*

Nhưng Thông tư 03/2004/TT-NHNN lại chỉ cho đồng tiền tham gia góp vốn, mua cổ phần trong các doanh nghiệp Việt Nam là đồng Việt Nam¹⁶³. Đồng tiền thanh toán khi mua doanh nghiệp thuộc sở hữu 100% nhà nước cũng chỉ là tiền đồng Việt Nam¹⁶⁴. Nhà đầu tư Việt Nam thì được phép giao dịch bằng ngoại tệ để đầu tư¹⁶⁵ và được sử dụng ngoại tệ để đầu tư ra nước ngoài¹⁶⁶.

b. Thực tiễn và bình luận

Sự thiếu thống nhất trong việc quy định hình thức góp vốn, mua cổ phần, mua loại doanh nghiệp Việt Nam nêu trên đã dẫn đến không ít khó khăn cho nhà đầu tư, đặc biệt là nhà đầu tư nước ngoài.

Ngoài ra, đối với trường hợp góp vốn, mua cổ phần bằng tài sản và các quyền tài sản, pháp luật quy định các bên có quyền tự định giá hoặc thông qua một cơ quan định giá độc lập¹⁶⁷. Tuy nhiên hiện nay một số cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ chấp nhận việc định giá tài sản của cơ quan định giá độc lập, mà không chấp nhận thỏa thuận của các bên. Thực tế cho thấy không có cơ quan định giá đối với một số loại tài sản như quyền sở hữu trí tuệ. Điều này đã gây không ít khó khăn cho các nhà đầu tư khi góp vốn, mua cổ phần.

Một số doanh nghiệp cho rằng việc chỉ chấp thuận cho góp vốn bằng đồng Việt Nam gây thiệt hại nhiều cho doanh nghiệp. Nhiều doanh nghiệp Việt Nam khi bán cổ phần cho nhà đầu tư nước ngoài muốn thu được ngoại tệ để có thể sử dụng số ngoại tệ đó cho mua sắm thiết bị ở nước ngoài. Nhưng với quy định hiện hành, doanh nghiệp Việt Nam bị thu tóm không thể có số ngoại tệ do nhà đầu tư nước ngoài góp vào.

7. Kế toán và Thuế

7.1. Kế toán

¹⁶² Nghị định 108/2006/NĐ-CP, Điều 2 khoản 1.

¹⁶³ Thông tư 03/2004/TT-NHNN, Chương I Mục 3

¹⁶⁴ Nghị định 109/2008/NĐ-CP, Điều 5 khoản 5.

¹⁶⁵ Nghị định 160/2006/NĐ-CP, Điều 18 khoản 2.

¹⁶⁶ Nghị định 78/2006/NĐ-CP, Điều 23 khoản 2.

¹⁶⁷ Luật Doanh nghiệp, Điều 30; Quyết định 88/QĐ-TTg, Điều 5

a. Khung pháp lý:

Luật Kế toán, Luật Quản lý Thuế và các quy định hướng dẫn thi hành quy định cụ thể công việc kế toán cần phải thực hiện trong trường hợp hợp nhất, sáp nhập, chuyển đổi hình thức sở hữu của doanh nghiệp¹⁶⁸.

b. Thực tiễn và Bình luận

Những doanh nghiệp được phỏng vấn cho rằng họ không gặp khó khăn về mặt pháp lý liên quan đến vấn đề kế toán và thuế khi tiến hành chia, tách, sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp. Đối với các hình thức thu tóm doanh nghiệp khác, chế độ kế toán của doanh nghiệp bị thu tóm không thay đổi.

7.2. Thuế

a. Khung pháp lý:

(i) Đăng ký mã số thuế:

- Doanh nghiệp bị thu tóm dưới hình thức bị chia doanh nghiệp, bị sáp nhập hoặc bị hợp nhất thì phải thực hiện thủ tục chấm dứt hiệu lực mã số thuế của doanh nghiệp¹⁶⁹.
- Doanh nghiệp mới hình thành từ việc chia, tách, hợp nhất doanh nghiệp phải thực hiện việc đăng ký lại mã số thuế. Cơ quan Thuế cấp mã số thuế mới và Giấy chứng nhận đăng ký thuế cho các doanh nghiệp mới chia như doanh nghiệp mới thành lập khác ¹⁷⁰.
- Đối với việc thu tóm doanh nghiệp thông qua hình thức sáp nhập thì mã số thuế của doanh nghiệp sáp nhập vẫn giữ nguyên còn mã số thuế. Cơ quan Thuế có trách nhiệm cập nhật các thông tin đăng ký thuế điều chỉnh vào hệ thống thông tin quản lý thuế. Doanh nghiệp nhận sáp nhập không thay đổi mã số thuế. Nếu thông tin đăng ký thuế thay đổi có ảnh hưởng đến các thông tin ghi trên “Giấy chứng nhận đăng ký thuế” thì cơ quan Thuế sẽ cấp lại “Giấy chứng nhận đăng ký thuế” với mã số thuế cũ và thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký thuế cũ. Nếu thông tin đăng ký thuế thay đổi không ảnh hưởng đến các thông tin ghi trên “Giấy chứng nhận đăng ký thuế” thì người nộp thuế vẫn sử dụng Giấy chứng nhận đăng ký thuế đã được cấp trước đây¹⁷¹.

¹⁶⁸ Luật Kế toán, Điều 42, 43, 44, 45, 46 và 47, Luật Quản lý Thuế, Điều 55.

¹⁶⁹ Thông tư 85/2007/TT-BTC, Mục IV, Điều 2, 3.

¹⁷⁰ Thông tư 85/2007/TT-BTC, Mục IV, Điều 2, 3, 4 và 5.

¹⁷¹ Thông tư 85/2007/TT-BTC, Mục IV, Điều 4.

- Đối với trường hợp thuê tóm doanh nghiệp thông qua các hình thức khác như chiếm cổ phần đa số, thay đổi cổ đông... thì doanh nghiệp bị thuê tóm vẫn tồn tại nên mã số thuế của doanh nghiệp đó vẫn tồn tại.
- Trong trường hợp doanh nghiệp bị thuê tóm thay đổi hình thức doanh nghiệp, như từ công ty TNHH sang công ty cổ phần hoặc ngược lại, thì doanh nghiệp chuyển đổi hình thức (trừ doanh nghiệp tư nhân) sẽ không phải thay đổi mã số thuế¹⁷².
- Pháp luật chưa có quy định cụ thể đối với trường hợp một doanh nghiệp Việt Nam bị một doanh nghiệp nước ngoài thuê tóm hoặc sáp nhập, doanh nghiệp Việt Nam bị thuê tóm sẽ phải thay đổi mã số thuế.

(ii) Thuế giá trị gia tăng

- Việc chuyển nhượng vốn bao gồm việc chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ số vốn đã đầu tư, kể cả trường hợp bán doanh nghiệp cho doanh nghiệp khác để sản xuất kinh doanh, chuyển nhượng chứng khoán và các hình thức chuyển nhượng vốn khác theo quy định của pháp luật không thuộc đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng¹⁷³.
- Doanh nghiệp nộp thuế giá trị gia tăng theo phương pháp khấu trừ thuế được hoàn thuế giá trị gia tăng khi chuyển đổi sở hữu, chuyển đổi doanh nghiệp, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách có số thuế giá trị gia tăng nộp thừa hoặc số thuế giá trị gia tăng đầu vào chưa được khấu trừ hết¹⁷⁴.

(iii) Lệ phí trước bạ

Việc chuyển quyền sở hữu đối với tài sản góp vốn là tài sản có đăng ký hoặc giá trị quyền sử dụng đất không phải chịu lệ phí trước bạ¹⁷⁵, trừ trường hợp mua, thuê tóm doanh nghiệp thông qua hình thức mua tài sản doanh nghiệp.

(iv) Thuế thu nhập cá nhân

Thành viên, cổ đông là cá nhân khi chuyển nhượng phần vốn góp, cổ phần của mình phải nộp thuế thu nhập cá nhân từ hoạt động chuyển nhượng vốn này¹⁷⁶.

(v) Thuế thu nhập doanh nghiệp

¹⁷² Thông tư 85/2007/TT-BTC, Mục IV, Điều 1.

¹⁷³ Nghị định 123/2008/NĐ-CP, Điều 3 khoản 4.c

¹⁷⁴ Luật Thuế GTGT, Điều 13 khoản 3

¹⁷⁵ Luật Doanh nghiệp, Điều 29 khoản 1; Điểm a và d, Khoản 10, Mục III, Phần I, Thông tư số 95/2005/TT-BTC ngày 26/10/2005 của Bộ Tài chính hướng dẫn thực hiện các quy định của pháp luật về lệ phí trước bạ và Thông tư số 02/2007/TT-BTC ngày 08/01/2007 về việc sửa đổi, bổ sung Thông tư số 95/2005/TT-BTC

¹⁷⁶ Luật Thuế thu nhập cá nhân, Điều 3, khoản 3

Trường hợp bán tài sản doanh nghiệp hoặc doanh nghiệp đánh giá lại tài sản theo quy định của pháp luật, bên bị thu tóm phải có nghĩa vụ nộp thuế thu nhập doanh nghiệp nếu giá bán tài sản lớn hơn giá trị tài sản đã khấu hao¹⁷⁷.

Pháp luật chưa có quy định đối với trường hợp doanh nghiệp bị thu tóm đang được hưởng ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp thì khi bị sáp nhập hoặc hợp nhất vào doanh nghiệp khác thì ưu đãi thuế đó không còn tiếp tục được hưởng. Trong trường hợp doanh nghiệp bị thu tóm vẫn tiếp tục tồn tại là một pháp nhân độc lập thì ưu đãi thuế đó vẫn tiếp tục.

b. Thực tiễn và bình luận

Mặc dù có thể coi pháp luật về thuế có liên quan đến hoạt động mua, bán và thu tóm doanh nghiệp là khá đầy đủ và chi tiết, nhưng vẫn còn có những vấn đề cần phải được làm rõ như đã nêu ở trên đối với hoạt động mua, bán và thu tóm doanh nghiệp.

8. Chuyển đổi cổ phần, trái phiếu và chứng khoán:

a. Khung pháp lý

Công ty cổ phần, công ty TNHH, doanh nghiệp nhà nước trong thời gian chuyển đổi thành công ty cổ phần, công ty TNHH, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam được phép phát hành trái phiếu riêng lẻ¹⁷⁸ và được chào bán trái phiếu ra công chúng¹⁷⁹. Công ty cổ phần được quyền phát hành trái phiếu chuyển đổi.

Doanh nghiệp phát hành trái phiếu riêng lẻ khi có đủ các điều kiện¹⁸⁰: (i) Có thời gian hoạt động tối thiểu là 01 năm kể từ ngày doanh nghiệp chính thức đi vào hoạt động; (ii) Có báo cáo tài chính của năm liền kề trước năm phát hành được kiểm toán; (iii) Kết quả hoạt động sản xuất, kinh doanh năm liền kề năm phát hành phải có lãi; (iv) Có phương án phát hành trái phiếu được tổ chức, cá nhân có thẩm quyền thông qua.

Doanh nghiệp chào bán trái phiếu ra công chúng theo quy định của Luật Chứng khoán. Đối với trường hợp phát hành trái phiếu ra nước ngoài, doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định về phát hành trái phiếu.

Luật Doanh nghiệp không quy định về điều kiện cũng như thủ tục phát hành trái phiếu riêng lẻ của công ty TNHH, do vậy việc phát hành trái phiếu của công ty TNHH được thực hiện theo Nghị định 52/2006/NĐ-CP. Tuy nhiên, đối với công ty

¹⁷⁷ Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp, Điều 3 khoản 2.

¹⁷⁸ Nghị định 52/2006/NĐ-CP, Điều 1

¹⁷⁹ Luật Chứng khoán, Chương II

¹⁸⁰ Nghị định 52/2006/NĐ-CP, Điều 17

cổ phần, Luật Doanh nghiệp bổ sung hai trường hợp công ty cổ phần không được phát hành trái phiếu là: Không thanh toán đủ cả gốc và lãi của trái phiếu đã phát hành, không thanh toán hoặc thanh toán không đủ các khoản nợ đến hạn trong 03 năm liên tiếp trước đó; Tỷ suất lợi nhuận sau thuế bình quân của ba năm liên tiếp trước đó không cao hơn mức lãi suất dự kiến phải trả cho trái phiếu định phát hành.

b. Thực tiễn và Bình luận

Việc quy định một trong các điều kiện để phát hành trái phiếu doanh nghiệp là “có báo cáo tài chính của năm liền kề trước năm phát hành được kiểm toán”, đã gây không ít khó khăn cho doanh nghiệp trong việc triển khai kế hoạch phát hành trái phiếu.

Ngoài ra, đối với các công ty cổ phần phát hành trái phiếu chuyển đổi, doanh nghiệp cần quan tâm đến tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp vào thời điểm chuyển đổi trái phiếu thành cổ phần.

Phát hành trái phiếu là một hình thức huy động vốn lớn của doanh nghiệp, đặc biệt là các doanh nghiệp có quy mô lớn. Đồng thời, mua trái phiếu chuyển đổi của doanh nghiệp Việt Nam là cách thức được nhiều nhà đầu tư nước ngoài lựa chọn cho hoạt động đầu tư của mình.

Tuy nhiên, như đã nêu ở trên, việc yêu cầu doanh nghiệp phát hành trái phiếu phải có “báo cáo tài chính của năm liền kề được kiểm toán” đã gây không ít khó khăn cho doanh nghiệp, vì để kiểm toán một tập đoàn, một doanh nghiệp có vốn nhà nước cần nhiều thời gian.

9. Lao động

a. Khung pháp lý

Luật Lao động quy định cụ thể trường hợp sáp nhập, hợp nhất, chia, tách doanh nghiệp, chuyển quyền sở hữu, quyền quản lý hoặc quyền sử dụng tài sản của doanh nghiệp thì người sử dụng lao động kế tiếp phải chịu trách nhiệm tiếp tục thực hiện hợp đồng lao động với người lao động. Trường hợp không sử dụng hết dẫn đến việc người lao động phải chấm dứt hợp đồng lao động thì phải trả trợ cấp mất việc làm cho người lao động¹⁸¹.

b. Thực tiễn và Bình luận

Theo quy định tại Điều 17 Bộ luật Lao động, trong trường hợp không sử dụng hết số lao động hiện có thì người sử dụng lao động kế tiếp phải có phương án sử dụng lao

¹⁸¹ Bộ luật Lao động, Điều 31.

động trong đó phải nêu rõ số lao động đưa đi đào tạo để tiếp tục sử dụng. Việc xây dựng phương án sử dụng lao động phải có sự tham gia của công đoàn cơ sở và khi thực hiện phải thông báo với cơ quan quản lý nhà nước cấp tỉnh về lao động. Người lao động đã làm việc cho doanh nghiệp ít nhất một năm phải chấm dứt hợp đồng lao động vì lý do mua lại, sáp nhập sẽ được trợ cấp mất việc làm tương đương với một tháng lương cho mỗi năm làm việc, ít nhất cũng được 2 tháng lương. Quy định này có thể gây ra một gánh nặng tài chính cho doanh nghiệp bị thu tóm và doanh nghiệp thu tóm khi phải nghiêm chỉnh tuân thủ quy định này.

Một bất cập khác là khi phương án sử dụng lao động mà doanh nghiệp bị thu tóm đưa ra nhưng công đoàn cơ sở hoặc cơ quan lao động cấp tỉnh phản đối thì doanh nghiệp có thể thỏa thuận lại với công đoàn nhưng chưa rõ phải thỏa thuận ra sao với cơ quan lao động cấp tỉnh. Chưa có quy định pháp luật điều chỉnh trường hợp doanh nghiệp chưa có công đoàn cơ sở nhưng tập thể người lao động lại phản đối kế hoạch sử dụng lao động và trường hợp tập thể người lao động lại không thống nhất quan điểm với công đoàn.

Việc yêu cầu bên nhận quyền quản lý, quyền sử dụng tài sản doanh nghiệp (hình thức thu tóm doanh nghiệp bằng tài sản doanh nghiệp) phải tiếp nhận toàn bộ người lao động như quy định tại Điều 31 Bộ luật Lao động tỏ ra quá chặt chẽ, nếu không nói là không còn phù hợp. Dường như, “tài sản” được đề cập trong quy định này là nhà xưởng, dây chuyền sản xuất (“tài sản hữu hình”). Trong thực tế, khái niệm tài sản ngày càng trở nên đa dạng và có thể bao gồm những tài sản vô hình có giá trị như thương hiệu, bí quyết kỹ thuật, quan hệ khách hàng, bí mật thương mại... Sẽ là không hợp lý nếu bên nhận hoặc sử dụng những tài sản như vậy phải tiếp nhận toàn bộ người lao động của bên chuyển giao.

10. Đăng ký quyền sở hữu tài sản

a. Khung pháp lý

Tài sản góp vốn là tài sản có đăng ký hoặc giá trị quyền sử dụng đất thì người góp vốn phải làm thủ tục sở hữu tài sản đó hoặc quyền sử dụng đất cho công ty tại cơ quan có thẩm quyền¹⁸².

Quyền đối với tên thương mại chỉ được chuyển nhượng cùng với việc chuyển nhượng toàn bộ doanh nghiệp và hoạt động dưới tên thương mại đó¹⁸³.

Việc chuyển nhượng đối với nhãn hiệu không được gây ra sự nhầm lẫn về đặc tính, nguồn gốc của hàng hóa, dịch vụ mang nhãn hiệu¹⁸⁴.

¹⁸² Luật Doanh nghiệp, Điều 29 khoản 1

¹⁸³ Luật Sở hữu trí tuệ, Điều 139 khoản 2

¹⁸⁴ Luật Sở hữu trí tuệ, Điều 139 khoản 4

Thủ tục đăng ký quyền sở hữu tài sản đối với tài sản là bất động sản được thực hiện theo quy định của Luật Đất đai, Luật Xây dựng, Luật Nhà ở và Bộ luật Dân sự. Đối với tài sản là quyền sở hữu công nghiệp, đăng ký quyền sử dụng quyền tác giả và quyền liên quan theo quy định của Luật Sở hữu trí tuệ.

b. Thực tiễn và Bình luận

Mặc dù các quy định pháp luật về đăng ký quyền sở hữu tài sản hiện nay đang trong quá trình hoàn thiện nhưng không gây khó khăn cho doanh nghiệp, nhà đầu tư.

11. Cạnh tranh và Tập trung kinh tế

11.1. Phạm vi áp dụng Luật Cạnh tranh

a. Khung pháp lý

Mua, bán và thuê tóm doanh nghiệp là một trong các hình thức của tập trung kinh tế theo phạm vi điều chỉnh của Luật Cạnh tranh¹⁸⁵.

Các quy định pháp luật cạnh cũng đã loại trừ một số trường hợp mua lại doanh nghiệp không bị coi là tập trung kinh tế, như: “*trường hợp doanh nghiệp bảo hiểm, tổ chức tín dụng mua lại doanh nghiệp khác nhằm mục đích bán lại trong thời hạn dài nhất là 01 năm không bị coi là tập trung kinh tế nếu doanh nghiệp mua lại không thực hiện quyền kiểm soát hoặc chi phối doanh nghiệp bị mua lại, hoặc thực hiện quyền này chỉ trong khuôn khổ bắt buộc để đạt được mục đích bán lại đó*”¹⁸⁶.

Pháp luật cạnh tranh cũng đưa ra trường hợp tập trung kinh tế bị cấm nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế chiếm trên 50% trên thị trường liên quan¹⁸⁷, trừ những trường hợp: “*một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản*”; hoặc “*việc tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ*”¹⁸⁸ hoặc “*doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật*”¹⁸⁹.

b. Thực tiễn và bình luận

¹⁸⁵ Luật Cạnh tranh, Điều 16.

¹⁸⁶ Nghị định 116/2005/NĐ-CP, Điều 35.

¹⁸⁷ Luật Cạnh tranh, Điều 18.

¹⁸⁸ Luật Cạnh tranh, Điều 19.

¹⁸⁹ Luật Cạnh tranh, Điều 18.

Doanh nghiệp nước ngoài hoạt động ở Việt Nam là một trong các đối tượng áp dụng của Luật Cạnh tranh¹⁹⁰. Nhưng hiện nay không có bất kỳ một quy định của pháp luật về cạnh tranh giải thích rõ thế nào là “hoạt động ở Việt Nam” của doanh nghiệp nước ngoài. Như vậy, khái niệm “hoạt động ở Việt Nam” của một doanh nghiệp nước ngoài có thể là doanh nghiệp đó có một nhà máy tại Việt Nam, một công ty con tại Việt Nam, một văn phòng đại diện tại Việt Nam, một chi nhánh tại Việt Nam hay có một hợp đồng với các công ty tại Việt Nam thì đã được coi là hoạt động ở Việt Nam hay không(?). Sự quy định không rõ ràng này gây không ít tranh cãi về đối tượng áp dụng của Luật Cạnh tranh.

11.2. Các hình thức tập trung kinh tế

a. Khung pháp lý

Luật Cạnh tranh không đưa ra định nghĩa về tập trung kinh tế mà chỉ liệt kê các loại hình hành vi cụ thể, bao gồm: (i) sáp nhập doanh nghiệp; (ii) hợp nhất doanh nghiệp; (iii) mua lại doanh nghiệp; (iv) liên doanh giữa các doanh nghiệp; (v) các hành vi tập trung khác theo quy định của pháp luật như đã nêu ở phần đầu của Nghiên cứu này¹⁹¹.

b. Thực tiễn và bình luận

Định nghĩa về hành vi “mua lại doanh nghiệp” của Luật Cạnh tranh nêu trên là dường như không đồng nhất với các khái niệm “mua lại doanh nghiệp” được nêu ở trên. Việc “*mua toàn bộ hay một phần tài sản*” của một doanh nghiệp khác có bao gồm việc mua cổ phần của doanh nghiệp bị mua lại không? Vấn đề này cần phải được điều chỉnh rõ ràng.

11.3. Yếu tố xác định tập trung kinh tế

a. Khung pháp lý

Luật Cạnh tranh sử dụng thị phần làm cơ sở phân loại nhóm tập trung kinh tế và là tiêu chí duy nhất để xác định cách thức xử lý. Những trường hợp tập trung kinh tế mà thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia chiếm trên 50% trên thị trường liên quan luôn làm hạn chế cạnh tranh. Đối với những trường hợp này, doanh nghiệp bị cấm thực hiện tập trung kinh tế, trừ khi nếu doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật và có thể được xem xét miễn trừ:

- (a) Một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản (thẩm quyền xem xét quyết định thuộc về Bộ trưởng Bộ Thương mại - nay là Bộ Công thương);

¹⁹⁰ Luật Cạnh tranh, Điều 2.

¹⁹¹ Luật Cạnh tranh, Điều 16.

- (b) Việc tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ (do Thủ tướng Chính phủ quyết định)¹⁹².

Đối với những trường hợp mà thị phần của các doanh nghiệp sáp nhập, hợp nhất hoặc thu mua chỉ chiếm dưới 30% trên thị trường liên quan thì các doanh nghiệp tham không phải thực hiện thủ tục thông báo việc sáp nhập, hợp nhất hoặc thu mua. Trong trường hợp việc sáp nhập, hợp nhất hoặc thu mua đó tạo nên doanh nghiệp tập trung kinh tế có thị phần chiếm từ 30% đến 50% thị phần liên quan thì doanh nghiệp phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành tập trung kinh tế¹⁹³.

¹⁹² Luật Cạnh tranh, Điều 19.2 và 25.2.

¹⁹³ Luật Cạnh tranh, Điều 20.

b. Thực tiễn và bình luận

Khái niệm “doanh nghiệp nước ngoài hoạt động tại Việt Nam” cần phải được quy định rõ ràng như thế nào là “hoạt động tại Việt Nam”(?), bao gồm: doanh nghiệp có công ty con tại Việt Nam, văn phòng đại diện tại Việt Nam, chi nhánh tại Việt Nam hay các hợp đồng thương mại với các pháp nhân tại Việt Nam(?)¹⁹⁴.

Việc sử dụng yếu tố *thị phần kết hợp (có nghĩa là tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào tập trung kinh tế)*¹⁹⁵ làm căn cứ để kiểm soát tập trung kinh tế cho thấy Luật Cạnh tranh mới chỉ kiểm soát các trường hợp tập trung kinh tế theo chiều ngang. Vì vậy, việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh giữa các doanh nghiệp không cùng thị trường liên quan thì không chịu sự kiểm soát của Luật Cạnh tranh.

Ngoài ra, việc không quy định rõ thế nào là “thị trường liên quan” cũng không rõ ràng. Thị trường liên quan được xác định theo phân khúc thị trường (hàng cao cấp, hàng bình dân...) nhưng bao gồm cả thị trường nước ngoài và trong nước hay phạm vi địa lý của thị trường (trong nước hay nước ngoài) hay ngành nghề (máy tính cá nhân, phần mềm chuyên dụng...) ¹⁹⁶.

Hộp 10: Một ví dụ giả định về thị trường tập trung trong lĩnh vực ngân hàng¹⁹⁷

	Cho vay (VND tỷ)	L/C và thư bảo lãnh (VND tỷ)	Buôn bán ngoại hối (VND tỷ)	Thị trường tính gộp (VND tỷ)
Ngân hàng A	20	1	2	23
Ngân hàng B	5	5	3	13
Các ngân hàng khác	20	10	15	45
Thị phần của Ngân hàng A + Ngân hàng B	56%	38%	25%	44%

Ngân hàng A sáp nhập với Ngân hàng B. Các ngân hàng đều có 3 loại dịch vụ chính: cho vay, mở thư tín dụng và bảo lãnh, và buôn bán ngoại hối. Ngân hàng A có thế mạnh về việc cho vay, trong khi đó ngân hàng B là ngân hàng yếu về mọi dịch vụ. Để xác định xem việc sáp nhập ngân hàng A với B có vi phạm quy định về cạnh tranh hay không thì có thể có hai cách tính.

Cách tính 1:

¹⁹⁴ Trần Anh Đức, ‘Mua bán doanh nghiệp tại Việt Nam-Thảo luận một số vấn đề pháp lý’ – Hội nghị “M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội”, Hà Nội 16/1/2009.

¹⁹⁵ Luật Cạnh tranh, Điều 3.6.

¹⁹⁶ Thái Bảo Anh, ‘Tham luận về Khung pháp lý liên quan tới vấn đề sáp nhập và mua lại doanh nghiệp ở Việt Nam’, 2006; Trần Anh Đức, ‘Mua bán doanh nghiệp tại Việt Nam-Thảo luận một số vấn đề pháp lý’ – Hội nghị “M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội”, Hà Nội 16/1/2009.

¹⁹⁷ Thái Bảo Anh, ‘Tham luận về Khung pháp lý liên quan tới vấn đề sáp nhập và mua lại doanh nghiệp ở Việt Nam’, 2006.

Tính thị phần của ngân hàng A+B bằng cách tính gộp tất cả các dịch vụ của 2 ngân hàng này lại và so sánh với tổng thị trường của các dịch vụ đó. Trong trường hợp như trên, mức tập trung kinh tế là 44% - không vi phạm quy định về cạnh tranh.

Cách tính 2:

Tính thị phần của ngân hàng A+B bằng cách tính riêng rẽ từng dịch vụ một thì ta sẽ thấy là đối với dịch vụ cho vay ngân hàng A+B sẽ có mức tập trung kinh tế là 56% thị phần của dịch vụ này – vi phạm quy định về cạnh tranh.

11.4. Kiểm soát hành vi tập trung kinh tế

a. Khung pháp lý:

Như đã đề cập tại Mục 12.3, để kiểm soát việc tập trung kinh tế, pháp luật cạnh tranh có những yêu cầu cụ thể đối với những trường hợp doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% phải thông cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành tập trung kinh tế¹⁹⁸. Đối với các trường hợp thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế thấp hơn 30% trên thị trường liên quan hoặc trong trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật thì không phải thông báo¹⁹⁹; hoặc các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế được hưởng miễn trừ theo quy định của Luật Cạnh tranh²⁰⁰ thì nộp hồ sơ đề nghị miễn trừ thay cho thông báo việc tập trung kinh tế.

Thủ tục thông báo tập trung kinh tế được pháp luật cạnh tranh quy định như sau:

- (i) Trách nhiệm của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế (có liên quan đến việc sáp nhập, hợp nhất, thôn tóm) phải làm hồ sơ thông báo tập trung kinh tế tới cơ quan có thẩm quyền và chịu trách nhiệm về tính trung thực của hồ sơ²⁰¹. Hồ sơ thông báo việc tập trung kinh tế cung cấp những thông tin cần thiết về tài chính, về sản phẩm, về thị phần của doanh nghiệp trên thị trường liên quan trong hai năm liên tiếp gần nhất... làm cơ sở để cơ quan có thẩm quyền phân tích, đánh giá vụ việc.
- (ii) Thẩm quyền của cơ quan quản lý cạnh tranh:

¹⁹⁸ Luật Cạnh tranh, Điều 20

¹⁹⁹ Luật Cạnh tranh, Điều 20, Điều 3 Nghị định số 56/2009/NĐ-CP của Chính phủ ngày 30 tháng 6 năm 2009 về trợ giúp phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa có quy định tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa, theo quy mô tổng nguồn vốn (tổng nguồn vốn tương đương tổng tài sản được xác định trong bảng cân đối kế toán của doanh nghiệp) hoặc số lao động bình quân năm căn cứ vào từng khu vực cụ thể (nông, lâm nghiệp và thủy sản; công nghiệp và xây dựng, và thương mại và dịch vụ).

²⁰⁰ Luật Cạnh tranh, Điều 19.

²⁰¹ Luật Cạnh tranh, Điều 21.

Cơ quan quản lý cạnh tranh có quyền kiểm soát tập trung kinh tế bằng việc xem xét hồ sơ thông báo và trả lời thông báo tập trung kinh tế. Nội dung trả lời thông báo tập trung kinh tế phải xác định tập trung kinh tế thuộc một trong hai trường hợp sau:

- (A) tập trung kinh tế không thuộc trường hợp bị cấm; hoặc
- (B) tập trung kinh tế bị cấm theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp này, lý do cấm phải được nêu rõ trong văn bản trả lời.

- (iii) Quan hệ giữa thủ tục thông báo và các thủ tục khác có liên quan đến tập trung kinh tế:

Ngoài thủ tục thông báo, tùy từng hình thức tập trung kinh tế mà các doanh nghiệp tham gia có thể phải thực hiện các thủ tục khác nếu được tiến hành tập trung kinh tế. Đối với hình thức sáp nhập, hợp nhất, doanh nghiệp phải thực hiện thêm thủ tục tổ chức lại theo pháp luật về doanh nghiệp; mua lại doanh nghiệp cần tiến hành thủ tục chuyển nhượng vốn, chuyển nhượng cổ phần,...; hình thức liên doanh cần thực hiện việc đăng ký kinh doanh hoặc thủ tục đăng ký đầu tư, thẩm tra đầu tư để thành lập doanh nghiệp mới theo pháp luật về doanh nghiệp hoặc luật đầu tư. Về thời gian giữa thủ tục thông báo theo Luật Cạnh tranh và các thủ tục có liên quan nói trên, thủ tục thông báo tới cơ quan quản lý cạnh tranh phải được thực hiện trước. Các doanh nghiệp chỉ được các thủ tục khác sau khi cơ quan quản lý cạnh tranh trả lời bằng văn bản khẳng định việc tập trung kinh tế không thuộc trường hợp bị cấm.

- (iv) Quy định về thời hạn trả lời thông báo tập trung kinh tế:

Trong thời hạn 45 ngày kể từ ngày nhận được đầy đủ hồ sơ, có thể gia hạn trong những trường hợp có nhiều tình tiết phức tạp theo quyết định của thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh. Việc gia hạn không quá 02 lần, mỗi lần không quá 30 ngày.

- (v) Trách nhiệm đảm bảo tính trung thực của hồ sơ:

Các doanh nghiệp nộp hồ sơ chịu trách nhiệm về tính trung thực của hồ sơ.

- (vi) Mẫu hồ sơ, giấy tờ:

Hồ sơ thông báo tập trung kinh tế ban hành kèm Quyết định 17/QĐ-QLCT của Cục Quản lý Cạnh tranh về việc ban hành một số mẫu giấy tờ theo quy định của Luật Cạnh tranh ban hành ngày 04/07/2006.

b. Thực tiễn và bình luận:

Hiện nay không có quy định về cơ chế phối hợp giữa cơ quan quản lý cạnh tranh và cơ quan cấp phép kinh doanh về việc xác nhận thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của doanh nghiệp tiến hành mua, bán, sáp nhập, hợp nhất và thôn tóm doanh nghiệp.

Kể từ khi Luật Cạnh tranh có hiệu lực²⁰² cho đến nay, đã có khoảng 20 trường hợp tập trung kinh tế tiến hành tham vấn (bằng văn bản hoặc làm việc trực tiếp) với Cục Quản lý Cạnh tranh, trong đó chủ yếu là các vụ việc diễn ra trong các ngành bán lẻ, hóa chất, thiết bị viễn thông, công nghệ thông tin, dịch vụ giải trí²⁰³. Điều đó cho thấy số vụ việc tập trung kinh tế có thông báo cho Cục Quản lý Cạnh tranh còn ít nếu so với tổng số các vụ mua lại và sáp nhập diễn ra tại thị trường Việt Nam trong thời gian qua (trên 112 vụ theo cách thống kê của PricewaterhouseCoopers)²⁰⁴. Một trong những nguyên nhân là do quy mô các vụ mua lại và sáp nhập còn nhỏ. Tuy nhiên, việc thông báo tập trung kinh tế căn cứ theo tiêu chí thị phần (do doanh nghiệp tự xác định) thì có thể dẫn đến việc doanh nghiệp tự “cho rằng” thị phần của mình không đạt ngưỡng và như vậy, cũng không cần phải thông báo với Cục Quản lý Cạnh tranh.

11.5. Cơ quan quản lý cạnh tranh và các cơ quan nhà nước có liên quan

a. Khung pháp lý

Theo pháp luật cạnh tranh và pháp luật doanh nghiệp, việc kiểm soát các hành vi sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh giữa các doanh nghiệp có sự tham gia của các cơ quan là:

- (i) Cơ quan quản lý cạnh tranh²⁰⁵ có chức năng: Kiểm soát quá trình tập trung kinh tế; Thẩm định hồ sơ thông báo, hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ tập trung kinh tế; Thụ lý, tổ chức điều tra vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh (gồm cả tập trung kinh tế);
- (ii) Hội đồng cạnh tranh²⁰⁶ xử lý các hành vi vi phạm pháp luật như thực hiện tập trung kinh tế trong trường hợp bị cấm, tập trung kinh tế mà không thực hiện việc thông báo;
- (iii) Cơ quan đăng ký kinh doanh (các Sở Kế hoạch và Đầu tư) thực hiện các thủ tục liên quan đến đăng ký kinh doanh trong các trường hợp sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh.

²⁰² Theo Điều 122 của Luật Cạnh tranh thì Luật Cạnh tranh có hiệu lực kể từ ngày 1 tháng 7 năm 2005.

²⁰³ Cục Quản lý Cạnh tranh, *Báo cáo tập trung kinh tế tại Việt Nam - hiện trạng và dự báo*.

²⁰⁴ Số liệu do PricewaterhouseCoopers công bố tại Hội thảo “M&A” tổ chức Thành phố Hồ Chí Minh ngày 20/7/2009.

²⁰⁵ Cơ quan nhà nước về cạnh tranh là Cục Quản lý Cạnh tranh được thành lập theo Nghị định 06/2006/NĐ-CP ngày 9/1/2006.

²⁰⁶ Hội đồng Cạnh tranh được thành lập theo Nghị định 05/2006/NĐ-CP ngày 9/1/2006.

- (iv) Các cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành (Ngân hàng Nhà nước, Ủy ban Chứng khoán Nhà nước,...) thực hiện chức năng thẩm định, cấp phép đối với các trường hợp tập trung kinh tế trong lĩnh vực chuyên ngành theo pháp luật.

b. Thực tiễn và bình luận

Chỉ có duy nhất Điều 38 Nghị định 116/2005/NĐ-CP quy định về trách nhiệm của cơ quan quản lý cạnh tranh trong việc gửi trả lời thông báo tập trung kinh tế đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Tuy nhiên, các nội dung trong việc kiểm soát tập trung kinh tế như việc xác định thị trường liên quan, tính toán thị phần kết hợp, tác động của vụ việc đến cơ cấu cạnh tranh của thị trường... không đơn giản và có thể phát sinh những cách thức xác định, những quan điểm khác nhau. Vì thế cần có cơ chế phối hợp, phân công, liên kết để thống nhất các quy trình tính toán, nguồn tham chiếu. Ngoài ra, cần có một kênh thông tin để trao đổi cơ sở dữ liệu liên quan đến thông tin doanh nghiệp giữa cơ quan đăng ký kinh doanh/cấp chứng nhận đầu tư, cơ quan quản lý cạnh tranh và các cơ quan chuyên ngành như Tổng cục Thống kê, Bộ Tài chính, Ủy ban Chứng khoán Nhà nước, Ngân hàng Nhà nước, các cơ quan điều tiết ngành.

Mặc dù Luật Doanh nghiệp đã có quy định trường hợp hợp nhất/sáp nhập mà theo đó công ty hợp nhất/công ty nhận sáp nhập có thị phần từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của công ty bị hợp nhất/công ty nhận sáp nhập phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành hợp nhất²⁰⁷. Tuy nhiên, trong thủ tục đăng ký kinh doanh, thủ tục sáp nhập, chuyển nhượng vốn, cổ phần lại không có những quy định thích hợp để sự liên kết giữa thủ tục thông báo tập trung kinh tế và các thủ tục tương ứng đạt hiệu quả. Về nguyên tắc, trong những trường hợp phải thông báo theo Luật Cạnh tranh, doanh nghiệp chỉ được thực hiện tập trung kinh tế sau khi có trả lời bằng văn bản của cơ quan quản lý cạnh tranh khẳng định vụ việc không thuộc trường hợp bị cấm. Khi đó, trong hồ sơ đăng ký kinh doanh, hồ sơ sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp... cần có thêm văn bản trả lời của cơ quan quản lý cạnh tranh. Tuy nhiên, các quy định trong Luật Doanh nghiệp và Nghị định 88/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 29/08/2006 về đăng ký kinh doanh không quy định về việc này.

11.6. Tiểu kết

Thực trạng cho thấy, trong giai đoạn chuyển đổi của nền kinh tế, hầu hết các doanh nghiệp Việt Nam đang hoạt động trên thị trường có quy mô vừa, nhỏ và siêu nhỏ. Tình trạng này cho thấy năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam còn thấp. Trong khi đó doanh nghiệp Việt Nam đang phải đối mặt với sự cạnh tranh trước xu thế hội nhập kinh tế quốc tế trên các phương diện hiệu quả đầu tư, phát triển kỹ

²⁰⁷ Luật Doanh nghiệp Điều 152 và 153.

thuật, công nghệ. Vì thế, nhu cầu tích tụ, tập trung nguồn lực là tất yếu và cần thiết trong điều kiện hiện nay và tập trung kinh tế được coi là một trong những con đường ngắn nhất để có thể cạnh tranh khi nền kinh tế hội nhập.

Tác động của tập trung kinh tế đối với doanh nghiệp được nhìn nhận ở nhiều khía cạnh như (i) tập trung vốn để nâng cao khả năng đầu tư kinh doanh, mở rộng thị trường; (ii) tập trung khả năng về chất xám để đầu tư phát triển khoa học kỹ thuật, nâng cao công nghệ quản lý (iii) tối đa hóa lợi thế cạnh tranh vốn có của từng doanh nghiệp và cải thiện những điểm kém về năng lực cạnh tranh.

Để nhằm thực thi chức năng kiểm soát tập trung kinh tế do pháp luật quy định, đồng thời tạo điều kiện cho các doanh nghiệp hoạt động trong môi trường minh bạch, cạnh tranh lành mạnh, công bằng, tuân thủ với các cam kết quốc tế của Việt Nam khi gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới và phù hợp với thông lệ quốc tế theo nguyên tắc vừa bảo vệ được cơ cấu cạnh tranh hiệu quả của thị trường vừa không xâm phạm quyền tự do kinh doanh, Luật Cạnh tranh và chính sách kiểm soát tập trung kinh tế cần được hoàn thiện theo hướng:

- (1) Pháp luật cần có những chuẩn mực hợp lý để phân tách những trường hợp tập trung kinh tế gây tổn hại thực sự cho thị trường cạnh tranh và những trường hợp có tác dụng tích cực cho nền kinh tế.
- (2) Cần thống nhất một khái niệm và cách hiểu đúng về “*kiểm soát tập trung kinh tế*”. Đây là khái niệm được đưa ra dưới góc độ của pháp luật cạnh tranh và là một chức năng của Cục Quản lý Cạnh tranh. Vì vậy, kiểm soát tập trung kinh tế không có nghĩa là kiểm soát tất cả các hoạt động mua lại và sáp nhập trên thị trường, mà chỉ kiểm soát những hoạt động thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Cạnh tranh, những giao dịch mà có khả năng hình thành vị trí thống lĩnh/độc quyền dẫn tới nguy cơ lạm dụng vị trí này và gây tổn hại tới môi trường cạnh tranh. Do đó, việc xây dựng cơ sở dữ liệu về bức tranh tổng quát mua lại và sáp nhập trên thị trường cũng hết sức quan trọng để phục vụ cho việc phát hiện và giám sát các hoạt động tập trung kinh tế thuộc đối tượng kiểm soát được thuận lợi và có tính khả thi cao. Đồng thời cần tạo cơ chế để cơ quan quản lý cạnh tranh chủ động tiến hành điều tra, thẩm định để yêu cầu doanh nghiệp nộp hồ sơ xin hưởng miễn trừ thay vì doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm tính toán thị phần của mình trên thị trường liên quan - một yếu tố quan trọng mà các doanh nghiệp đang không biết xác định có thuộc diện phải nộp hồ sơ thông báo hoặc hồ sơ xin hưởng miễn trừ tập trung kinh tế hay không.
- (3) Các thủ tục thông báo tập trung kinh tế, đề nghị hưởng miễn trừ cần được thực hiện minh bạch, không bị lạm dụng để gây khó khăn cho doanh nghiệp, không cản trở các chiến lược, kế hoạch kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp.

- (4) Pháp luật về tập trung kinh tế phải phù hợp với chính sách cạnh tranh và định hướng phát triển trong từng ngành, lĩnh vực kinh tế cụ thể.

Hiện nay, Luật Cạnh tranh mới chỉ điều chỉnh các trường hợp tập trung kinh tế theo chiều ngang. Chính phủ cũng cần tính đến một lộ trình thích hợp để điều chỉnh các trường hợp tập trung kinh tế theo chiều dọc (giữa các doanh nghiệp có quan hệ người mua - người bán) và theo hình thức tổ hợp (giữa các doanh nghiệp không cùng hoạt động trên cùng thị trường sản phẩm và không có cùng quan hệ người mua - người bán).

12. Cơ chế giải quyết tranh chấp

12.1. Luật áp dụng trong hoạt động mua, bán, sáp nhập, hợp nhất

a. Khung pháp lý

Bộ luật Dân sự quy định Hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam. Hợp đồng liên quan đến bất động sản ở Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam.²⁰⁸

b. Thực tiễn và Bình luận

Các giao dịch mua lại, sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp Việt Nam (doanh nghiệp 100% vốn đầu tư Việt Nam, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài) thì luật pháp Việt Nam thường được các bên lựa chọn làm luật áp dụng.

Đối với giao dịch mua lại công ty ở nước ngoài được các bên chọn luật của nước công ty mang quốc tịch làm luật áp dụng cho hợp đồng, cho dù trong giao dịch đó có bên Việt Nam.

Tuy nhiên, có một vấn đề xảy ra, trong trường hợp các bên chọn luật áp dụng là luật nước ngoài, nhưng chọn cơ quan giải quyết tranh chấp là tòa án Việt Nam. Trong trường hợp này, về mặt nguyên tắc tòa án Việt Nam phải áp dụng luật áp dụng do các bên lựa chọn để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng đó không vi phạm Điều 769 Bộ luật Dân sự. Mặc dù không có quy định giới hạn thẩm quyền của tòa án Việt Nam khi xét xử tranh chấp dân sự bằng luật áp dụng nước ngoài, nhưng trên thực tế việc tòa án Việt Nam chưa từng xử bất kỳ vụ việc nào bằng luật áp dụng nước ngoài.

Pháp luật về trọng tài thương mại ở Việt Nam không giới hạn thẩm quyền xét xử về luật áp dụng của các trung tâm trọng tài. Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam

²⁰⁸ Bộ luật Dân sự, Điều 769

đã từng xử một số vụ án bằng luật áp dụng của nước ngoài.

12.2. Cơ quan giải quyết tranh chấp

12.2.1. Giải quyết tranh chấp giữa các nhà đầu tư

a. Khung pháp lý

Luật Đầu tư quy định trọng tài hoặc tòa án Việt Nam giải quyết tranh chấp giữa các nhà đầu tư Việt Nam liên quan đến hoạt động đầu tư trên lãnh thổ Việt Nam²⁰⁹. Tranh chấp giữa một bên là nhà đầu tư nước ngoài hoặc doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, tranh giữa các nhà đầu tư nước ngoài với nhau được giải quyết bởi tòa án Việt Nam, hoặc trọng tài Việt Nam; hoặc trọng tài nước ngoài, hay trọng tài quốc tế; hoặc trọng tài do các bên tranh chấp thỏa thuận²¹⁰.

Trong tranh chấp có yếu tố nước ngoài, pháp luật tố tụng dân sự đã quy định rõ thẩm quyền của tòa án Việt Nam. Đặc biệt, tòa án Việt Nam có thẩm quyền chuyên biệt khi giải quyết tranh chấp có liên quan đến quyền tài sản là bất động sản có trên lãnh thổ Việt Nam²¹¹.

Thẩm quyền của trọng tài thương mại Việt Nam là giải quyết các tranh chấp thương mại²¹².

b. Thực tiễn và bình luận:

Thực tế, các giao dịch mua, bán hay thuê tóm doanh nghiệp có yếu tố nước ngoài cho thấy bên nước ngoài thường đề nghị và không thỏa hiệp về cơ chế giải quyết tranh chấp. Theo đó, cơ quan tài phán thường được lựa chọn là trọng tài nước ngoài (phổ biến nhất là Trung tâm Trọng tài Quốc tế Singapore và Trung tâm Trọng tài Quốc tế Hồng Kông). Các nhà đầu tư vẫn còn quan ngại về khả năng thi hành tại Việt Nam của các phán quyết do các cơ quan tài phán nước ngoài ban hành. Mặc dù, theo Công ước New York 1958 về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài²¹³, quyết định của trọng tài nước ngoài có thể được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam. Trong trường hợp các bên lựa chọn tòa án nước ngoài để giải quyết tranh chấp, bản án của tòa án nước chỉ có thể được thực thi trên cơ sở hiệp định (song phương, đa phương) hoặc nguyên tắc có đi có lại²¹⁴.

Cho đến nay, số lượng các trường hợp, quyết định của trọng tài nước ngoài được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam chưa nhiều.

²⁰⁹ Bộ luật Tố tụng dân sự, Điều 29.

²¹⁰ Bộ luật Tố tụng dân sự, Điều 29.

²¹¹ Bộ luật Tố tụng dân sự, Điều 411 khoản 1 điểm a

²¹² Pháp lệnh Trọng tài thương mại, Điều 1

²¹³ Việt Nam là thành viên của Công ước New York 1958 về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài từ năm 1995.

²¹⁴ Bộ luật Tố tụng dân sự, Điều 343 khoản 1,3 và 2,3

Những hạn chế trên thực tế về thi hành bản án của toà án nước ngoài và quyết định của trọng tài nước ngoài cũng là một trong các rào cản sự thành công của các giao dịch mua, bán, sáp nhập và thu tóm tại Việt Nam.

12.2.2. Giải quyết khiếu nại liên quan đến hành vi tập trung kinh tế dẫn đến hạn chế cạnh tranh

a. Khung pháp lý

Việc giải quyết khiếu nại liên quan đến hành vi tập trung kinh tế dẫn đến hạn chế cạnh tranh được thực hiện theo quy định của pháp luật cạnh tranh về tố tụng cạnh tranh²¹⁵.

b. Thực tiễn và Bình luận

Theo quy định của pháp luật cạnh tranh, thủ tục và quy trình giải quyết khiếu nại liên quan đến cạnh tranh được quy định chi tiết²¹⁶. Thực tế, cơ quan quản lý cạnh tranh tham vấn cho 20 trường hợp tập trung kinh tế như đã nêu ở trên mà chưa giải quyết khiếu nại về vấn đề tập trung kinh tế liên quan đến hoạt động mua lại, sáp nhập và thu tóm doanh nghiệp.

CHƯƠNG III

KẾT LUẬN VÀ KIẾN NGHỊ

Những nghiên cứu và phân tích trên đây đã có thể rút ra một số câu trả lời cho những vấn đề cốt lõi của Nghiên cứu này:

1. Có cần một văn bản pháp luật riêng rẽ điều chỉnh hoạt động sáp nhập và mua lại (M&A) hay không?

Những phân tích ở Chương II phần nào đã trả lời được một câu hỏi nêu trên. Kết luận có thể rút ra rằng “*không thể có*”. Bởi lẽ, hoạt động sáp nhập và mua lại doanh nghiệp trải dài trong nhiều lĩnh vực. Nhiều quy định pháp luật ở nhiều cấp độ, Luật, Nghị định và Thông tư điều chỉnh từng phần của hoạt động này. Nếu có một văn bản quy phạm pháp luật riêng cho hoạt động này thì văn bản đó sẽ rất dễ bị thay đổi, mất hiệu lực từng phần khi những văn bản pháp luật chuyên ngành khác được ban hành sau. Kinh nghiệm một số quốc gia được nghiên cứu thì không thấy quốc gia nào có quy định riêng về hoạt động sáp nhập và mua lại doanh nghiệp.

²¹⁵ Luật Cạnh tranh, Điều 58, Nghị định 116/2005/NĐ-CP, Chương III.

²¹⁶ Luật Cạnh tranh, Chương V, Nghị định 116/2005/NĐ-CP, Chương III

Mặc dù có quan điểm cho rằng một văn bản riêng lẻ quy định một cách tổng thể vấn đề Sáp nhập và Mua lại sẽ giúp cho việc áp dụng pháp luật được thống nhất và giải quyết được những vấn đề đang vướng mắc tại các văn bản chuyên ngành. Nếu sửa đổi từng văn bản chuyên ngành sẽ tốn một khoảng thời gian và kinh phí không nhỏ của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Nhưng vấn đề cần được cân nhắc thấu đáo rằng hoạt động Sáp nhập và Mua lại chỉ có thể diễn ra một cách lành mạnh và phát triển khi mà môi trường pháp lý nói chung phát triển ở một mức độ nhất định. Việc một văn bản được ban hành riêng rẽ để điều chỉnh hoạt động này chỉ có là giải pháp tạm thời mà không tác động được nhiều vào môi trường pháp lý.

Cần nhấn mạnh thêm rằng định nghĩa hoạt động Sáp nhập và Mua lại đã được quy định khá thống nhất tại những văn bản pháp lý cao nhất, như Luật Doanh nghiệp, Luật Cạnh tranh, Luật Hợp tác xã... Vấn đề còn lại là những văn bản hướng dẫn thi hành của từng chuyên ngành luật phải thống nhất với quy định của luật và các văn bản chuyên ngành khác.

2. Những vấn đề pháp lý nào cần phải được thay đổi để thúc đẩy hoạt động Sáp nhập và Mua lại?

Các ý kiến về Thực tiễn và Bình luận ở Chương II đã đề cập rất cụ thể về việc thay đổi, cải thiện từng nhóm quy định pháp luật đối với mỗi khía cạnh của hoạt động Sáp nhập và Mua lại. Những vấn đề đó được khái quát như sau:

- i. Các khái niệm pháp lý được quy định tại những văn bản pháp quy cần phải được thống nhất, như những khái niệm về: nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp Việt Nam, tài khoản đầu tư, đồng tiền thanh toán, tài sản góp vốn...
- ii. Những khái niệm pháp lý mới hoặc chưa được hướng dẫn cụ thể thì cần được xây dựng như: doanh nghiệp cùng loại, thị trường liên quan, kiểm soát tập trung kinh tế...
- iii. Hoàn thiện các thủ tục về đăng ký kinh doanh, xin Giấy chứng nhận đầu tư, mở tài khoản đầu tư, thông báo về hành vi tập trung kinh tế... để tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà đầu tư thực hiện các thủ tục hành chính.
- iv. Nghiêm cấm việc ban hành tùy tiện các văn bản quy phạm pháp luật hoặc văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật để hạn chế khả năng tham gia thị trường của các nhà đầu tư trong và ngoài nước.
- v. Cần có một cơ quan quản lý hoặc theo dõi việc thực thi pháp luật thống nhất của hoạt động Sáp nhập và Mua lại. Cơ quan này có thể quản lý những hoạt động Sáp nhập và Mua lại có yếu tố tập trung kinh tế hay không tập trung kinh tế. Cơ quan này sẽ có trách nhiệm hướng dẫn nghiệp vụ thống nhất đối với hoạt động Sáp nhập và Mua bán.

- vi. Cần nghiên cứu về lý luận và thực tiễn để cho phép hoặc không cho phép việc Sáp nhập và Mua lại doanh nghiệp ở những hình thức khác nhau, như công ty TNHH hay cổ phần mua lại hợp tác xã, hai công ty hợp danh sáp nhập với nhau, công ty TNHH sáp nhập với công ty hợp danh...
- vii. Cần nghiên cứu và ban hành quy phạm pháp luật cho phép doanh nghiệp Việt Nam được sáp nhập và mua lại toàn bộ hay một phần doanh nghiệp ở nước ngoài, hoán đổi cổ phiếu với các doanh nghiệp ở nước ngoài, niêm yết trên thị trường nước ngoài...

Hy vọng, hoạt động Sáp nhập và Mua lại (M&A) sẽ mang lại những nguồn đầu tư không nhỏ cho Việt Nam, nâng cao khả năng du nhập công nghệ về quản trị doanh nghiệp và sản xuất vào Việt Nam, mở rộng thêm cơ hội tiếp cận thị trường quốc tế của các doanh nghiệp Việt Nam và tạo thế liên hoàn vững chắc cho các doanh nghiệp Việt Nam trong bối cảnh cạnh tranh mạnh mẽ của nền kinh tế thị trường sau khủng hoảng tài chính./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

Sách và tài liệu :

1. Alexander Roberts, William Wallace and Peter Moles, *Mergers and Acquisitions*, Edinburgh Business School, 2007;
2. Bernard LE COURT, *Transmissions et cessions d'entreprises*, 2^e édition, 1990 ;
3. David A. KATZ, *Takeover law and Practice 2006*, Practical Law Institute 6th Annual Institute on Securities Regulation in Europe, London, Jan – 2007;
4. Dang Tien Duc, *Structuring M&A Deals in Vietnam*, International News; July 2009;
5. Daren Shiau, 'Singapore: Merger Control Regime under the Competition Act (CAP. 50B)', Allen&Gledhill LLP, Singapore;
6. Diệp Dũng, 'Bài 18: Sáp nhập và tái cơ cấu công ty', tr. 2, 13/09/2003, Chương trình kinh tế Fulbright.
7. Emmanuel BRANCALEONI, Frédéric MASQUELIER , *Transmettre, céder ou reprendre une entreprise. Préparation – Modalités – Aides*, Delmas, 4^e édition, 2005;
8. Florian Frensch, *The Social Side of Mergers and Acquisitions – Cooperation relationships after mergers and acquisitions*, Gabler Edition – Wissenschaft, 2006 ;
9. H. Bardet, B.Gouthiere, A.Charveriat, Ph.Janin, *Les holdings – Guide juridique et fiscal*, Editions Francis Lefebvre, 2^e édition, 1995 ;
10. Jean – Francois DELEND, *Achat et vente d'entreprises*, Delmas, 1^{re} édition, 1994 ;
11. Jean PAILLUSSEAU, Jean-Jacques CAUSSAIN, Henry LAZARSKI, Philippe PEYRAMAURE, *La cession d'entreprise*, Dalloz, 3^e édition, 1993;
12. Jean PAILLUSSEAU, *La garantie de conformité dans les cessions de contrôle*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 28 Mars 2007, I 136;
13. Kevin K.BOEH, Paul W.BEAMISH, *Mergers and Acquisitions: Text and Cases*, SAGE Publication, 2007;
14. Laurent ASSAYA, *Petit glossaire du LBO*, Droit des sociétés n° 8, Août 2005 ;
15. Lê Danh Vinh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn, *Pháp luật cạnh tranh ở Việt Nam*, Nxb Tư Pháp, Hà Nội, 2006;
16. Malcolm Baker, Xin Pan & Jeffrey Wurgler, *A Reference Point Theory of Mergers and Acquisitions*, Princeton University, [www.princeton.edu/bcf/phd/workshop/wurgler\(1\).pdf](http://www.princeton.edu/bcf/phd/workshop/wurgler(1).pdf);

17. Mạng Mua bán Sáp nhập Việt Nam, '*Cẩm nang Mua bán & Sáp nhập tại Việt Nam*', tr.15, Nhà xuất bản Tài chính, 2009.
18. McKinsey Quarterly, '*Integrating purchasing in M&A: An interview with Lenovo's chief procurement officer*'.
19. Martial CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés – régime juridique et fiscal*, Groupe Revue Fiduciaire, 3^e édition, 1999 ;
20. MEDEF, *Transmettre son entreprise : Se préparer pour réussir*, Janvier 2007
21. Law Business Research, *Merger and Acquisition in 35 jurisdictions worldwide*, 2001;
22. Nguyễn Ngọc Sơn, *Kiểm soát tập trung kinh tế theo Pháp luật cạnh tranh và vấn đề của Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 7 (79), 7/2006
23. Nguyễn Như Phát, Nguyễn Ngọc Sơn, *Phân tích và luận giải các quy định của Luật Cạnh tranh về Hành vi lạm dụng vị trí thống trị thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2006.
24. Nguyễn Thường Lạng & Nguyễn Thị Quỳnh Thư, '*Một số vấn đề về sáp nhập, mua lại doanh nghiệp và tình hình Việt Nam*', Tạp chí Ngân hàng số 15/2008, ngày 09/04/2008
25. Phạm Trí Hùng, '*M&A: Những kinh nghiệm của thế giới*', 2008, Phạm Trí Hùng's blog.
26. Tài liệu Hội thảo "*Khung pháp lý về M&A tại Việt Nam*" – Cục quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương, 5/2007.
27. Tài liệu Hội thảo "*Kiểm soát tập trung kinh tế thông qua các giao dịch trên thị trường chứng khoán*" – Cục quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương, 8/2007.
28. Tài liệu Hội thảo "*M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội*", Hà Nội 11/6/2009
29. Tạp chí luật học, Đại học luật Hà Nội, *Số Chuyên đề về Luật Chứng khoán*, Số 8/2006
30. Trần Anh Đức, '*Mua bán doanh nghiệp tại Việt Nam-Thảo luận một số vấn đề pháp lý*' – Hội nghị "M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội", Hà Nội 16/1/2009.
31. Yoshihisa Hayakawa, '*International Mergers and Acquisitions: Issues under Private International Law and Triangular Mergers*', Rikkyo University.
32. Zhan Hao, '*The Concept of Concentration under Chinese Anti-trust Law*'.

Website:

1. www.manetwork.vn
2. www.mpi.gov.vn
3. www.sbv.gov.vn

4. www.ssc.gov.vn
5. www.saigontimes.com.vn/tbktsg
6. www.vir.com.vn
7. www.vnbourse.com
8. www.muabandoanhnghiep.com
9. www.pwcglobal.com
10. www.investopedia.com/university/mergers/
11. www.redac-cession.com