

# Cơ sở áp dụng biện pháp khắc phục sáp nhập doanh nghiệp và những gợi ý cho Việt Nam

• **Trương Trọng Hiếu**

Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP.HCM - Email: hieutt@uel.edu.vn

(Bài nhận ngày 25 tháng 9 năm 2016, hoàn chỉnh sửa chữa ngày 28 tháng 11 năm 2016)

## TÓM TẮT

*Trên cơ sở phân tích cơ sở và sự cần thiết phải áp dụng biện pháp khắc phục sáp nhập, bài viết đưa ra một số gợi ý về mặt chính sách cho quá trình kiểm soát sáp nhập doanh nghiệp ở Việt Nam. Xuất phát từ thực trạng quy định pháp luật về kiểm soát sáp nhập hiện nay, bài viết cho rằng, Việt Nam cần tách bạch điều kiện áp dụng thủ tục thông báo và cơ sở ra quyết định kiểm soát cuối cùng. Đặc biệt, để nâng cao hiệu quả trong sử*

*dụng khắc phục sáp nhập, Việt Nam nên nghiên cứu và ưu tiên lựa chọn khắc phục hành vi mặc dù tiếp nhận cả khắc phục cấu trúc. Tuy nhiên, quá trình sử dụng khắc phục chỉ thật sự mang lại hiệu ứng tốt nếu như pháp luật tăng cường sức mạnh cho cơ quan quản lý cạnh tranh và bản thân cơ quan này cũng cần phải minh bạch hoá hoạt động của mình.*

**Từ khóa:** sáp nhập, khắc phục, khắc phục sáp nhập, cạnh tranh.

## 1. ĐẶT VẤN ĐỀ

Hoạt động sáp nhập doanh nghiệp những năm qua đang rất sôi động. Nhưng quá trình kiểm soát của pháp luật, đặc biệt là pháp luật cạnh tranh, bộc lộ nhiều điểm hạn chế. Nguyên do, pháp luật một phần chưa đáp ứng nhu cầu hiện tại, một phần có vẻ còn tạo ra rào cản đối với những vụ sáp nhập đang được kỳ vọng.

Trên thế giới, nhiều nước đã sử dụng cơ chế khắc phục sáp nhập để xóa bỏ khả năng gây hại của vụ việc, từ đó cho phép các bên tiến hành thương vụ dù nhận diện ban đầu là không tích cực. Vì vậy, tiếp nhận và sử dụng hiệu quả biện pháp khắc phục trong kiểm soát sáp nhập là đề xuất mục tiêu mà bài viết này hướng tới.

Để có cái nhìn bao quát, bài viết được chia làm hai phần. Phần đầu giới thiệu khái quát biện pháp khắc phục cũng như lý giải cơ sở cho việc áp dụng biện pháp này trong kiểm soát sáp nhập. Phần hai

sau đó sẽ giới thiệu những gợi ý pháp lý cần tiếp nhận để sử dụng hiệu quả biện pháp khắc phục sau khi chỉ ra những điểm hạn chế của quy trình kiểm soát sáp nhập hiện tại ở Việt Nam.

## 2. BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC VÀ CƠ SỞ ÁP DỤNG BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC TRONG KIỂM SOÁT SÁP NHẬP DOANH NGHIỆP

### 2.1. Khái quát về biện pháp khắc phục sáp nhập

Biện pháp khắc phục sáp nhập (hay còn gọi là biện pháp khắc phục trong sáp nhập - merger remedies) về cơ bản là các biện pháp do các bên đưa ra và đã được cơ quan cạnh tranh chấp nhận nhằm mục đích triệt tiêu khả năng gây hại của vụ sáp nhập. Thông thường, biện pháp khắc phục được chia thành hai nhóm, là khắc phục cấu trúc (structural remedies) hay khắc phục hành vi (behavioral remedies).

Về khắc phục cấu trúc, mục tiêu của hình thức này là tạo ra một đối thủ cạnh tranh độc lập mới hoặc là tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp đối thủ (của doanh nghiệp sáp nhập) hiện có nhằm cải thiện môi trường cạnh tranh thay vì phù nhận thành quả của vụ sáp nhập [10;11]. Vì vậy, biện pháp khắc phục trong những trường hợp đó thường tiến hành bằng cách cắt lấy một phần tài sản hay hoạt động kinh doanh của công ty sáp nhập ngay sau khi vụ sáp nhập tiến hành [2]. Với cách thức như vậy, sức mạnh thị trường và khả năng chi phối thị trường của doanh nghiệp sau sáp nhập đã được giảm thiểu và thậm chí không còn.

Về khắc phục hành vi, đây là nhóm biện pháp nhằm nỗ lực thay đổi hành vi của các chủ thể tham gia thị trường một cách trực tiếp [17] nếu như họ tham gia vụ sáp nhập. Với đặc tính như vậy, khắc phục hành vi có thể được gọi tên là “khắc phục hoạt động” hay “khắc phục phi cấu trúc” - hình thức thường được biểu hiện thông qua thoả thuận mang tính hợp đồng [10;15;16]. Trên thực tế, kiểu khắc phục này có thể đa dạng hơn hay giới hạn lại tùy thuộc vào đặc tính riêng của mỗi nền kinh tế cũng như quan điểm của nhà hành pháp. Ví dụ, Hoa Kỳ đã mở rộng hình thức của khắc phục hành vi bằng cách bổ sung một loạt các hình thức mới như chấm dứt hợp đồng độc quyền, cấp phép cưỡng bức, sử dụng phát minh, tiếp cận cơ sở hạ tầng hoặc công nghệ thiết yếu, cấm thực hiện hợp đồng cụ thể và nhiều dạng thức khắc phục hành vi khác [6;19].<sup>1</sup>

Cho đến thời điểm này, khắc phục cấu trúc rất được ưa chuộng ở nhiều nước, như US, EU, UK, và Canada, bởi các lợi thế về “tốc độ, sự chắc chắn, chi phí thấp và hiệu quả” [9;10;18]. Tuy nhiên, một số nước châu Âu - nơi yêu thích khắc phục cấu trúc như vừa nói - đang bắt đầu có xu hướng sử dụng khắc phục hành vi [9].

Thực ra, khắc phục hành vi sẽ là lựa chọn tốt trong trường hợp mà đòi hỏi về tước bỏ hay

chuyển giao tài sản trong khắc phục cấu trúc không phù hợp hay thiếu khả dụng [9], đơn cử là các vụ sáp nhập theo chiều dọc. Bởi vì, “một lệnh ngăn cấm chấm dứt hoàn toàn vụ sáp nhập sẽ huỷ bỏ giá trị của nó và khắc phục cấu trúc cũng không khả thi hoặc cũng triệt tiêu hiệu quả của vụ sáp nhập như thế” [18]. Không những thế, khắc phục phi cấu trúc dễ thích ứng hơn trong một số lĩnh vực, như công nghệ cao, sở hữu trí tuệ, thị trường nhạy cảm, hoặc các lĩnh vực năng động khác - nơi “thị trường phát triển nhanh và khó dự báo” [1;3;15;16]. Thụ vị là, theo các chuyên gia, hình thức khắc phục hành vi cực kỳ phù hợp và dễ dàng thực hiện trong các nền kinh tế nhỏ [15;16].

Trên thực tế, với cách tiếp cận kết hợp, cơ quan cạnh tranh thỉnh thoảng có thể áp dụng đồng thời hai hình thức khắc phục chính này trong một vụ sáp nhập cụ thể. Trong nhiều tình huống, sự xuất hiện của khắc phục hành vi sẽ trở nên quan trọng và làm cho biện pháp tước bỏ hay chuyển giao tài sản hiệu quả hơn [9]. Bằng cách này, khắc phục hành vi thường được nhìn nhận như là hình thức “bán cấu trúc” (quasi - structural remedies) ở một số nền pháp lý, như Tây Ban Nha, Pháp hay Thụy Sĩ [9]. Đó là lý do tại sao các chuyên gia nhận thức rằng “một gói gồm nhiều biện pháp khắc phục khác nhau” có khả năng giữ lấy mức độ cạnh tranh trong một vụ việc cụ thể [13].

## 2.2. Cơ sở áp dụng biện pháp khắc phục sáp nhập

Có thể đưa ra một vài lý do để lý giải tại sao biện pháp khắc phục đã được nhiều nền pháp luật lựa chọn và sử dụng trong kiểm soát sáp nhập. Trước hết, là bởi Luật cạnh tranh chỉ kiểm soát những vụ sáp nhập có tác động xấu đến thị trường và cạnh tranh. Để đảm bảo được điều đó, có hai vấn đề cần được xác định: (i) Thật sự có khả năng gây tổn hại đến cạnh tranh và (ii) Khả năng đó xuất hiện sau khi sáp nhập, cũng như được dự báo trước khi các bên liên quan tiến hành vụ việc

<sup>1</sup> Đoạn ghi chú 2, phần B.

[14].<sup>2</sup> Vì lẽ đó, để được quyền thực hiện vụ sáp nhập, các bên thường tìm cách để (i) Tránh cho kế hoạch sáp nhập của mình có ảnh hưởng xấu lên thị trường (ii) Trước khi thực hiện nó. Và biện pháp khắc phục là lựa chọn để giúp các bên sáp nhập lẫn cơ quan cạnh tranh tránh được khả năng gây hại của một vụ sáp nhập [21]. Và khi đó, cơ quan cạnh tranh không còn lý do cho sự kiểm soát.

Thứ hai, sử dụng biện pháp khắc phục là phương cách giúp cơ quan cạnh tranh thúc đẩy hiệu quả quá trình kiểm soát sáp nhập. Cùng với lý do thứ nhất vừa đề cập, có thể thấy mục đích quan trọng nhất của quá trình kiểm soát sáp nhập là tìm ra chính xác vụ sáp nhập nguy hại - vụ việc thật sự cần kiểm soát. Ngược lại, khi khả năng gây hạn chế cạnh tranh chưa tìm ra thì quy trình này sẽ trở nên mất ý nghĩa và vì vậy trở thành gánh nặng ngược trở lại cho nền kinh tế. Chính vì vậy, Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) đã thiết kế hai câu hỏi quan trọng cho quá trình kiểm soát sáp nhập: (i) Vụ sáp nhập có đe dọa đến cạnh tranh không; nếu có thì (ii) Làm thế nào để mối đe dọa đó không còn nữa [15]. Cách đặt câu hỏi như vậy, đặc biệt là câu thứ hai, cho thấy sứ mệnh của luật cạnh tranh cần phải được hướng đến một cái đích xa và cao cả hơn rất nhiều. Đó là mục tiêu tìm kiếm giải pháp thanh lọc các vụ việc có khả năng để có thể cho phép thực thi thay vì phải cấm đoán.

Thứ ba, do chính những tác động tích cực của sáp nhập đối với nền kinh tế. Điều này được phân tích rất nhiều trong các nghiên cứu khác nên bài viết không nhắc lại. Chỉ xin khẳng định rằng, những lợi ích này đã được nhìn nhận từ khá sớm, và bây giờ vẫn luôn thể hiện đúng điều đó. Cụ thể, trong cuốn sách *Sáp nhập và Mua Lại: Kế hoạch và Hành động (Mergers and Acquisitions: Planning and Action)* [5], một trong những cuốn

sách đầu tiên trực tiếp thảo luận về chủ đề này, nhóm tác giả đã khẳng định, “liên kết để mạnh hơn” (together we can do better), hoặc là “2 cộng 2 lớn hơn 4” (2 plus 2 will give more than 4) [5]. Sau này, ở Nhật, Anh và Châu Âu, các nhà nghiên cứu cũng đều nhận thấy các công ty sáp nhập, kể cả bên sáp nhập lẫn doanh nghiệp mục tiêu, đều cải thiện được hiệu quả sau đó [3;12]. Đặc biệt, hiệu suất sử dụng tài sản của doanh nghiệp sau sáp nhập thường tăng, kéo theo sự cải thiện vượt trội của dòng tiền [8].

Luật cạnh tranh có thể không để tâm đến các vụ sáp nhập có tác động tích cực đến thị trường. Nhưng luật cạnh tranh cũng không thể ngăn cản vụ sáp nhập khi nó không còn khả năng tổn hại đến cạnh tranh. Việc áp dụng biện pháp khắc phục vì vậy có thể được xem như là một phương cách để cho sáp nhập được các bên và nền kinh tế mong đợi có cơ hội được thực hiện thay vì phải dừng lại một cách oan uổng.

Cuối cùng, lý do áp dụng khắc phục sáp nhập nằm ở các khía cạnh liên quan đến chính sách công nghiệp. Có thể nói, biện pháp khắc phục có thể giúp Chính phủ theo đuổi mục tiêu của chính sách công nghiệp.

Trong lịch sử, có nhiều trường hợp, các Chính phủ đã dùng chính sách công nghiệp để nói lòng kiểm soát của luật cạnh tranh nhằm mục đích tạo tiền đề để các vụ sáp nhập có thể diễn ra, ngay cả khi nó đáng ra phải bị ngăn cản. Rõ ràng, việc “bê cong” chính sách cạnh tranh như vậy dễ tạo ra sự phản ứng và không được chấp nhận trong quá trình thực thi chính sách cạnh tranh ở những quốc gia khác [20]. Rất may mắn, biện pháp khắc phục đã trở thành phương cách dung hoà mục tiêu của hai loại chính sách có phần xung đột này. Nói cách khác, với khắc phục sáp nhập, một vụ sáp nhập có tính nguy hiểm có thể thực hiện được theo như mong mỏi của chính sách công nghiệp mà vẫn không ảnh hưởng đến chính sách kiểm soát sáp nhập. Bởi lẽ, biện pháp này khi được sử dụng đã

<sup>2</sup> Hiệu quả ex-ante là “việc đánh giá hoàn tất trước khi vấn đề cạnh tranh bắt đầu phát huy tác dụng như đã dò thấy.” Nó khác với Hiệu quả ex-post, là “thực hiện sau khi vấn đề xem xét xuất hiện hoặc có thể có tác dụng như dò thấy được.”

phóng thích những tác động đến cạnh tranh khỏi vụ sáp nhập và từ đó loại trừ căn cứ ngăn cấm của luật cạnh tranh.

### 3. KIỂM SOÁT SÁP NHẬP Ở VIỆT NAM: HIỆN TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ ĐỊNH HƯỚNG SỬ DỤNG BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC

#### 3.1. Hạn chế của cơ chế kiểm soát sáp nhập thiếu vắng biện pháp khắc phục

Hoạt động sáp nhập doanh nghiệp ở Việt Nam đã và đang diễn ra rất mạnh mẽ. Nhưng sự phản xạ có phần lơ là của Nhà nước cho thấy sự thiếu hụt các quy tắc pháp lý, trong đó có cả cơ chế áp dụng biện pháp khắc phục đã không theo kịp nhu cầu rất lớn này. Sự “hụt hơi” về mặt chính sách xuất phát từ việc pháp luật cạnh tranh chỉ sử dụng một tiêu chí duy nhất để kiểm soát sáp nhập, đó là “tổng thị phần.”<sup>3</sup>

Cụ thể, tại điều 18, Luật cạnh tranh đã khẳng định một vụ sáp nhập sẽ “bị cấm nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia vụ sáp nhập chiếm trên 50% trên thị trường liên quan.” Đáng nói là, chính tiêu chí thị phần cũng được sử dụng để làm căn cứ áp dụng thủ tục thông báo trước đó. Điều này vừa phản ánh sự thiếu hiệu quả trong kiểm soát sáp nhập, vừa cho thấy tính không an toàn của quy định pháp luật. Bởi lẽ, bản thân thông số thị phần là những thông tin chết khi nó được tính trên con số doanh thu của năm tài chính trước đó. Đặc biệt, từ kinh nghiệm của nhiều nước, con số tổng thị phần trên 50% hoặc thậm chí có cao hơn thế rất nhiều tự nó cũng không đủ khả năng bảo đảm chắc chắn rằng vụ sáp nhập có nguy cơ gây ra tổn hại về cạnh tranh. Nếu không kết hợp xem xét các yếu tố khác, về mặt lý thuyết, kết quả đánh giá tác động vụ sáp nhập của cơ quan cạnh tranh có thể tiềm ẩn nhiều rủi ro và khiếm khuyết [7].

Không những thế, việc sử dụng chung tiêu chí

thị phần cho cả thủ tục thông báo và làm cơ sở ra quyết định cuối cùng, là cấm đoán hay không, còn mang lại nhiều hệ lụy khác. Theo quy định hiện nay, một vụ sáp nhập có thị phần kết hợp từ 50% trở xuống thì được quyền thực hiện. Tuy nhiên, nếu con số này nằm trong ngưỡng cao hơn 30% thì các bên phải đệ trình hồ sơ thông báo ra Cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam (VCA) và chỉ thực hiện khi có văn bản đồng ý của cơ quan này. Điều này đến lượt mình bộc lộ thêm một số hạn chế khác.<sup>4</sup>

Một, khi thị phần kết hợp không vượt qua 50% thì đương nhiên các bên được quyền tiến hành vụ việc. Vậy tại sao họ phải thông báo. Điều này khác lạ với các nước, là dựa vào tiêu chí thông báo thì vẫn không đủ cơ sở để khẳng định vụ việc có gây hại hay có thể bị cấm hay không. Muốn có được kết luận cuối cùng đó, cơ quan cạnh tranh phải phân tích kỹ lưỡng dựa vào nhiều nhân tố có liên quan.

Hai, nếu chỉ đơn thuần thông báo, thì tại sao các bên phải đợi văn bản đồng ý của cơ quan cạnh tranh để được tiến hành vụ việc trong khi như đã nói, vụ việc này đã được pháp luật cho phép. Vô hình chung, thủ tục thông báo đã trở thành thủ tục “xin phép.”

Ba, vì khi được thông báo, VCA nghiêm nhiên đã biết vụ việc đó thuộc trường hợp bị ngăn cấm hay không. Nói cách khác, không cần thêm thao tác gì, VCA có thể trả lời được ngay là vụ việc đó có thể được tiến hành. Vậy, sự tồn tại và vai trò của VCA trong quy trình này là gì? Trong khi đó, việc xác định thị phần cần phải có thông tin của doanh nghiệp mình với cả của doanh nghiệp đối thủ thì buộc các bên phải đứng ra thu thập (để biết là có thông báo hay không).

Và bốn, khi có thị phần kết hợp cao, các bên sáp nhập sẽ không bao giờ có cơ hội để đệ trình vụ việc đến cơ quan cạnh tranh dù có cơ sở để nói

<sup>3</sup> Khoản 3 Điều 3 Luật cạnh tranh.

<sup>4</sup> Điều 20 Luật cạnh tranh.

rằng vụ việc không có khả năng gây hại. Cơ quan cạnh tranh sẽ từ chối, vì thương vụ đã bị cấm ràng. Thực trạng này chính là điểm liên kết với tình trạng không có biện pháp khắc phục. Nói cách khác, chung quy lại những khuyết điểm này đều có cùng một xuất phát điểm là Việt Nam đã không sử dụng cơ chế khắc phục trong kiểm soát sáp nhập.

Như đã phân tích ở phần trên, chức năng của pháp luật cạnh tranh là ngăn cấm vụ việc gây hại và xa hơn là cứu lấy những kế hoạch sáp nhập đang có dấu hiệu khả nghi. Pháp luật cạnh tranh lúc đó chỉ có thể và chỉ cần ngăn cấm các vụ sáp nhập không có khả năng loại bỏ các tác động tiêu cực. Nhưng quả thật, sự kỳ vọng này có vẻ hơi cao xa với Việt Nam ở thời điểm hiện tại. Nguyên do, luật cạnh tranh chưa hề quy định việc sử dụng biện pháp khắc phục. Ngoài việc thiếu cơ sở pháp lý, thực trạng này còn có khả năng tiếp tục khi cơ chế kiểm soát không mở rộng để các bên có cơ hội đề trình vụ việc khi có khả năng bước đầu.

Đặc biệt, để có thể lựa chọn hình thức khắc phục phù hợp, cơ quan cạnh tranh phải nhận diện chính xác mức độ tác động của thương vụ cũng như hiệu ứng được tạo ra từ biện pháp khắc phục được đề xuất. Biện pháp khắc phục quá mạnh hay quá yếu đều không mang lại hiệu quả cao. Điều này đồng nghĩa, cơ quan cạnh tranh phải đối diện với khối lượng lớn công việc và hơn hết họ phải tích cực và năng động trong rà soát sáp nhập. Nhưng với quy định hiện tại, như đề cập ở trên, cơ quan cạnh tranh Việt Nam trở nên rỗi việc và chỉ cần làm thao tác thông qua gần như tất cả các vụ sáp nhập được thông báo (vì không có ai thông báo vụ sáp nhập khi thuộc trường hợp bị cấm).

Ở đây, cũng cần đề cập đến biện pháp miễn trừ trong Luật cạnh tranh Việt Nam.<sup>5</sup> Tuy nhiên, điều kiện để được miễn trừ không thể được hiểu là trường hợp áp dụng biện pháp khắc phục như cách hiểu và vận dụng thông thường. Vì miễn trừ không phải là loại bỏ khả năng hạn chế cạnh tranh của vụ

sáp nhập. Chính xác, trong những tình huống như vậy nhà làm luật chỉ đáng giá ích lợi của thương vụ.<sup>6</sup> Kết quả, Luật cạnh tranh dễ dàng thông qua các vụ sáp nhập dù nguyên thủy nó thuộc trường hợp bị cấm và khả năng gây tổn hại cạnh tranh vẫn còn. Do đó, có thể nói Việt Nam vẫn đang thiếu cơ sở pháp lý để áp dụng biện pháp khắc phục trong kiểm soát sáp nhập.

### 3.2. Tiếp nhận biện pháp khắc phục và đề xuất cho việc sửa đổi các quy định pháp luật có liên quan

Những phân tích trên cho thấy, Việt Nam cần tiếp nhận biện pháp khắc phục để nâng cao hiệu quả hoạt động kiểm soát sáp nhập. Thật vậy, quan điểm phổ quát là “cơ quan cạnh tranh có khả năng tìm ra các hành vi phản cạnh tranh để cuối cùng có hành động phong tỏa hay không phong tỏa” [4]. Cho nên, luật cạnh tranh sẽ trở nên giản đơn và hoang dã nếu chỉ cố gắng dò xét khả năng gây hại trên thị trường của một vụ sáp nhập nào đó. Việc làm có ý nghĩa hơn là cơ quan cạnh tranh tìm ra được chiếc chìa khóa hữu hiệu để xóa tan những tác động tiêu cực tiềm ẩn của vụ sáp nhập như câu hỏi mục tiêu thứ hai mà OECD đã đặt ra.

Kết quả vận dụng biện pháp khắc phục sẽ giúp quá trình kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam không còn khác biệt và dị biệt như mô tả ở bảng tổng hợp bên dưới.

Bảng này cho thấy, ngoài cơ hội được tiến hành vụ việc nhờ kết luận vụ sáp nhập không gây tổn hại cạnh tranh ngay cả khi thị phần cao (do quá trình đánh giá tác động dựa vào nhiều yếu tố khác), các bên sáp nhập ở các nước có thêm một cơ hội để tiếp tục vụ sáp nhập của mình khi có biện pháp khắc phục ngay cả khi vụ sáp nhập có khả năng là gây hạn chế cạnh tranh ở vòng rà soát

<sup>5</sup> Điều 19 Luật cạnh tranh.

<sup>6</sup> Có hai căn cứ để xem xét miễn trừ là: “(1) Một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản; (2) 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.” Xem: Điều 19, Luật cạnh tranh.

| CÁC NƯỚC                                                      |                 | VIỆT NAM                                            |                                                                                  |
|---------------------------------------------------------------|-----------------|-----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| Thị phần kết hợp cao<br><i>Kết hợp với nhiều nhân tố khác</i> |                 | Thị phần kết hợp cao<br><i>(Chỉ cần căn cứ này)</i> |                                                                                  |
| Tồn hại cạnh tranh                                            |                 | Không<br>Tồn hại cạnh<br>tranh                      | Tồn hại cạnh tranh<br><i>(Mọi trường hợp)</i>                                    |
| Mở vụ việc<br><i>Cùng biện pháp khắc<br/>phục</i>             | Đóng vụ<br>việc | Mở vụ việc                                          | Đóng vụ việc<br><i>(Mọi trường hợp)</i><br><i>(Không có cơ hội để khắc phục)</i> |

đầu tiên. Trong khi đó, cơ hội này sẽ không bao giờ xảy ra ở Việt Nam do VCA chắc chắn sẽ có kết luận cuối cùng là vụ sáp nhập gây hạn chế cạnh tranh do thị phần kết hợp cao và do thiếu biện pháp khắc phục trong trường hợp đó.

Vì vậy, đề xuất quan trọng nhất của bài viết là Việt Nam nên điều chỉnh Luật cạnh tranh và theo đó bổ sung quy định tiếp nhận biện pháp khắc phục để cải thiện hiệu quả kiểm soát sáp nhập. Sửa đổi Luật cạnh tranh theo hướng này, Việt Nam cũng phải thay đổi thêm một số quy định có liên quan khác trong luật mà bài viết trình bày tiếp sau:

Thứ nhất, điều chỉnh điều kiện áp dụng thủ tục thông báo và ra quyết định cuối cùng. Cụ thể, Việt Nam phải chia tách điều kiện để thông báo khỏi căn cứ để VCA đưa ra phán quyết cuối cùng. Theo đó, bộ tiêu chí để áp dụng thủ tục thông báo phải đơn giản và các bên sáp nhập có thể dễ dàng có hay thu thập được. Cuối cùng, Việt Nam nên thiết lập bộ tiêu chuẩn đánh giá tác động của vụ sáp nhập một cách hiệu quả.

Đặc biệt, cùng với nhân tố hiện tại là thị phần kết hợp của các bên sáp nhập, Việt Nam nên bổ sung Bảng này cho thấy, ngoài cơ hội được tiến hành vụ việc nhờ kết luận vụ sáp nhập không gây tổn hại cạnh tranh ngay cả khi thị phần cao (do quá trình đánh giá tác động dựa vào nhiều yếu tố khác), các bên sáp nhập ở các nước có thêm một cơ hội để

tiếp tục vụ sáp nhập của mình khi có biện pháp khắc phục ngay cả khi vụ sáp nhập có khả năng là gây hạn chế cạnh tranh ở vòng rà soát đầu tiên. Trong khi đó, cơ hội này sẽ không bao giờ xảy ra ở Việt Nam do VCA chắc chắn sẽ có kết luận cuối cùng là vụ sáp nhập gây hạn chế cạnh tranh do thị phần kết hợp cao và do thiếu biện pháp khắc phục trong trường hợp đó.

Vì vậy, đề xuất quan trọng nhất của bài viết là Việt Nam nên điều chỉnh Luật cạnh tranh và theo đó bổ sung quy định tiếp nhận biện pháp khắc phục để cải thiện hiệu quả kiểm soát sáp nhập. Sửa đổi Luật cạnh tranh theo hướng này, Việt Nam cũng phải thay đổi thêm một số quy định có liên quan khác trong luật mà bài viết trình bày tiếp sau:

Thứ nhất, điều chỉnh điều kiện áp dụng thủ tục thông báo và ra quyết định cuối cùng. Cụ thể, Việt Nam phải chia tách điều kiện để thông báo khỏi căn cứ để VCA đưa ra phán quyết cuối cùng. Theo đó, bộ tiêu chí để áp dụng thủ tục thông báo phải đơn giản và các bên sáp nhập có thể dễ dàng có hay thu thập được. Cuối cùng, Việt Nam nên thiết lập bộ tiêu chuẩn đánh giá tác động của vụ sáp nhập một cách hiệu quả.

Đặc biệt, cùng với nhân tố hiện tại là thị phần kết hợp của các bên sáp nhập, Việt Nam nên bổ sung nhiều yếu tố hữu dụng hơn làm căn cứ đánh giá ảnh hưởng của vụ sáp nhập. Về mặt lý thuyết,

đánh giá sức mạnh thị trường của doanh nghiệp không thể không xem xét tình trạng cạnh tranh hiện thời của doanh nghiệp, sức ép cạnh tranh từ thị trường lân cận, hoặc rào cản gia nhập thị trường. Hơn nữa, nhà lập pháp cũng cần nghiên cứu để sử dụng chỉ số HHI (Herfindahl-Hirschman Index) nếu điều kiện nền kinh tế Việt Nam thỏa mãn [7]. Khi sử dụng các nhân tố này, VCA sẽ có điều kiện để thúc đẩy quá trình cải thiện hiệu quả thực thi quy định kiểm soát sáp nhập thông qua việc cố gắng đánh giá ích lợi của vụ sáp nhập một cách tường tận, từ đó tạo tiền đề đáp ứng nhu cầu sử dụng biện pháp khắc phục khi cần thiết.

Thứ hai, Việt Nam cần lựa chọn và sử dụng hình thức khắc phục phù hợp với điều kiện nền kinh tế cũng như đặc trưng chung của các vụ sáp nhập ở Việt Nam. Như trình bày ở trên, các quốc gia hầu như sử dụng cả khắc phục cấu trúc lẫn khắc phục hành vi. Thậm chí, nhiều trường hợp, cơ quan cạnh tranh các nước còn sử dụng kết hợp cả hai hình thức cho một vụ sáp nhập. Một thực tiễn khác, là khắc phục hành vi đang ngày càng trở nên thịnh hành với những lợi thế chung của nó.

Tác giả cho rằng, Luật cạnh tranh Việt Nam nên tiếp nhận cả hai hình thức khắc phục đang được áp dụng phổ biến hiện nay. Đồng thời, phương thức kết hợp cả hai nhóm biện pháp khắc phục cũng cần được lưu ý trong suốt quá trình rà soát như là một cách nhằm mang lại hiệu quả cao hơn nếu có thể. Tuy nhiên, xuất phát từ điều kiện nền kinh tế Việt Nam là nền kinh tế mới nổi, còn nhỏ và quy mô của vụ sáp nhập được tiến hành không quá lớn, VCA cần ưu tiên xem xét và áp dụng biện pháp khắc phục hành vi cho các vụ sáp nhập được thông báo. Cơ quan chỉ nên sử dụng biện pháp tước bỏ tài sản hay hoạt động kinh doanh đối với những thương vụ mà biện pháp khắc phục hành vi không thể sử dụng được.

Thứ ba, pháp luật cần tăng cường sức mạnh cho VCA.

Với quy định hiện nay, VCA đang đối diện với

hai khó khăn lớn trong kiểm soát sáp nhập. Đầu tiên là VCA không có cơ hội để đánh giá tác động của vụ sáp nhập một cách thấu đáo. Hai là, VCA không được quyền tiếp nhận một vụ sáp nhập được thông báo khi vụ việc vượt ngưỡng cho phép thực hiện, là thị phần kết hợp vượt quá 50%. Cơ quan này vì vậy không có quyền áp dụng biện pháp khắc phục cho vụ việc đó.

Từ kinh nghiệm kiểm soát sáp nhập tại các nước trên thế giới, Việt Nam cần sửa đổi Luật cạnh tranh theo hướng bổ sung và tăng cường quyền lực cho VCA. Đây là cách để VCA cần có nhiều quyền tự quyết để có thể đánh giá đầy đủ những tác động của vụ sáp nhập. Dựa vào bộ tiêu chí mới với nhiều căn cứ sống động, VCA sẽ vận hành một cách chủ động, năng động và hiệu quả hơn.

Tiếp theo, Việt Nam cũng cần được khẳng định chắc chắn là chính VCA là cơ quan có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục. Có nghĩa, thẩm quyền này không nên chuyển giao cho các cơ quan khác. Lý do cho đề nghị này là vì VCA là cơ quan duy nhất có sứ mệnh thi hành Luật cạnh tranh và chỉ quan tâm đến khía cạnh cạnh tranh trong tất cả các thủ tục có liên quan. Những cơ quan khác, trong trường hợp được trao quyền và áp dụng biện pháp khắc phục, có thể sẽ vì các mục tiêu khác nằm ngoài luật và chính sách cạnh tranh, hoặc có thể bóp méo kết luận cho phù hợp với mục tiêu, chính sách quản lý ngành bởi vì họ không có nghĩa vụ thuần dưỡng môi trường cạnh tranh.

Thứ tư, bản thân Cơ quan cạnh tranh cũng cần có những điều chỉnh cho phù hợp với môi trường hoạt động mới. Sau hơn mười năm thực thi Luật cạnh tranh, đạo luật định hình hoạt động kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam, VCA đã xuất bản ba báo cáo về sáp nhập vào các năm 2009, 2012, và 2015. Ấn tượng là, báo cáo đã giới thiệu được một số vụ sáp nhập thông báo đến VCA. Tuy nhiên, nội dung của một vụ được tóm tắt rất ngắn so với nhu cầu của người đọc, trong đó có những doanh nghiệp đang

có nhu cầu thực hiện các kế hoạch sáp nhập. Kết quả, người đọc không thể nhận diện được đâu là quan điểm và cách thức phân tích vụ việc của VCA.

Không những thế, trong báo cáo hoạt động hằng năm của VCA, kiểm soát sáp nhập cũng là một trong những nội dung được đề cập. Ở đó, nội dung tóm tắt một số vụ sáp nhập tiêu biểu cũng được nhắc đến. Tuy nhiên, báo cáo mô tả vụ việc cũng giống như cách thức, đôi khi lặp lại nguyên xi nội dung của báo cáo chuyên đề về sáp nhập. Điều này cho thấy thủ tục kiểm rà soát sáp nhập ở Việt Nam vẫn là một vùng tối cho dù đã có một khoảng thời gian khá dài để trải nghiệm. Tình trạng này cần được khắc phục theo hướng minh bạch hóa hoạt động của chính VCA khi chính đây là cơ quan duy nhất thực thi hoạt động kiểm soát sáp nhập cũng như áp dụng biện pháp khắc phục, nếu được tiếp nhận, trong tương lai.

#### **4. KẾT LUẬN**

Sử dụng biện pháp khắc phục là lựa chọn mang

tính phổ biến khi rà soát sáp nhập tại nhiều hệ thống pháp luật. Thời gian qua, hoạt động kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam thời gian qua không hiệu quả, một phần nguyên nhân là do sự thiếu vắng của cơ chế khắc phục sáp nhập. Trước thực tiễn sáp nhập doanh nghiệp đang diễn ra sôi động, việc tiếp nhận biện pháp khắc phục sáp nhập trong quá trình sửa đổi Luật cạnh tranh là cần thiết và cấp bách.

Tuy nhiên, để có thể sử dụng cơ chế khắc phục sáp nhập hiệu quả, cần có sự nghiên cứu kỹ để lựa chọn hình thức khắc phục, bộ tiêu chí đánh giá, điều kiện thông báo, cũng như việc tăng cường quyền hạn cho VCA.

Với kết quả nghiên cứu có được, bài viết đã đưa ra một số gợi ý bước đầu. Dù vậy, đây là một chủ đề mới, và rộng, chính vì vậy cần tiếp tục được nghiên cứu ở mức độ sâu hơn và chi tiết hơn để có thể đưa ra những đề xuất xác đáng cho quá trình sửa đổi quy định pháp luật cạnh tranh về nội dung có liên quan.

# The basis for merger remedies and suggestions for Vietnam

• **Truong Trong Hieu**

University of Economics and Law, VNU HCM - Email: hieutt@uel.edu.vn

## ABSTRACT

*From the analysis of the theories and the necessity of using merger remedies, the paper provides some policy recommendations for merger control in Vietnam. Based on the current practice of merger regulation, the paper suggests that Vietnam should separate the conditions for notification process and the ground for final*

*conclusion. Particularly, in order to achieve the goals of merger control, Vietnam should prioritize the behavior remedies while calling for all types of merger measures. However, all effort becomes meaningless if the Vietnam's competition management authority lacks legal power and transparency.*

**Keywords:** merger, remedies, merger remedies, competition.

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

- [1]. Akira Inoue (2012), *Antitrust Enforcement in Japan: History, Rhetoric and Law of the Antimonopoly Act* (Japan: Dai Ichi Hoki Co., Ltd).
- [2]. Angelov, Petar, Stephanie Rosenkranz, and Hans Schenk (2012). "Competitive Effects of Merger Remedies in Europe's High-Tech Industry." Discussion Paper 12-16, Utrecht University, School of Economics, Tjalling C. Koopmans Research Institute. (9/2012).
- [3]. Arikawa, Yasuhiro, and Hideaki Miyajima (2007). "Understanding the M&A Boom in Japan: What Drives Japanese M&A?" Discussion Paper Research. 07-E-042. Tokyo: The Research Institute of Economy, Trade and Industry, (6/2007).
- [4]. D. Daniel, Sokol (2010). "Antitrust, Institutions, and Merger Control." *George Mason Law Review* 17, no. 4. 1055–1148 (June 16, 2010).
- [5]. Drayton, Jr, Clarence I., Craig Emerson, and John D. Griswold (1963). *Mergers and Acquisitions: Planning and Action*. New York, US: Financial Executives Research Foundation, Inc.
- [6]. Duso, Tomaso, Klaus Gugler, and Burcin Yurtoglu (2005). "EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment." CIG Discussion Paper SP II 2005-16, Wissenschaftszentrum Berlin, Berlin (WZB). Wissenschaftszentrum Berlin, Berlin, (28/9/2005).
- [7]. Dương Anh Sơn và Trương Trọng Hiếu (2016). "Tiêu chí kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam và kinh nghiệm của các nước trên thế giới." *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, số 6 (338), 57-62 (6/2016).
- [8]. Healy P., K. Palepu, and R. Ruback (1992). "Does Corporate Performance Improve After Mergers?" *Journal of Financial Economics* 31 135–75.
- [9]. Hoehn, Thomas (2010). "Structure versus Conduct: A Comparison of the National Merger Remedies Practice in Seven European Countries," 17:9–32. Mannheim: International Journal of the Economics of Business.

- [10]. Kwoka, John E., and Diana L. Moss (2012). "Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement." *Antitrust Bulletin (The American Antitrust Institute)* 57, no. 4 (38) (12/2012).
- [11]. Lianos, Ioannis (2013). "Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion?" CLES Research Paper Series 2/2012, UCL, Faculty of Law, Center for Law, Economics and Society (CLES), (01/2013).
- [12]. Merkin, Robert, and Karen Williams (1984). *Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC*. London: Sweet & Maxwell.
- [13]. Motta, Massimo, Michele Polo, và Helder Vasconcelos (2020), "Merger Remedies in the European Union: An Overview," presented at Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles, Ecole des Mines, Paris (France), 2-3 (17/1/2002).
- [14]. OECD (2012). "Impact Evaluation of Merger Decisions 2011." *Competition Law & Policy* (OECD). OECD, (18/9/ 2012).
- [15]. OECD (2004). "Merger Remedies 2003." *Competition Law & Policy*, (23/12/ 2004).
- [16]. OECD (2012). "Remedies in Merger Cases 2011." *Competition Law & Policy*, (7/2012).
- [17]. Ormosi, Peter L (2009). "Merger Remedies versus Efficiency Defence: An Analysis of Merging Parties' Litigation Strategy in EC Merger Cases." CCP Working Paper 10-01, University of East Anglia, ESRC Center for Competition Policy. University of East Anglia, (10/2009).
- [18]. Philip J., Weiser (2008). "Reexamining the Legacy of Dual Regulation: Reforming Dual Merger Review by the DOJ and the FCC." *Federal Communications Law Journal* 61, no. 1.
- [19]. U.S. Department of Justice (Antitrust Division) (2011). *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, 2011 (U.S. Department of Justice)*, (2011).
- [20]. Trương Trọng Hiếu (2014). "Tái cấu trúc doanh nghiệp nhà nước trong mối quan hệ giữa chính sách công nghiệp và chính sách cạnh tranh." *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 249280), 41 (12/2014).
- [21]. Werden, Gregory J., Luke M. Froeb, and Steven Tschantz (2005). "Incentive Contracts as Merger Remedies." Working Paper 05-27, Vanderbilt University, Law School.