

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT TP. HỒ CHÍ MINH



HÀ NGỌC ANH

**PHÁP LUẬT KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ Ở
VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH, NĂM 2018

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT TP. HỒ CHÍ MINH

HÀ NGỌC ANH

PHÁP LUẬT KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ Ở VIỆT NAM

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Chuyên ngành : Luật Kinh tế - Mã số: 62.38.01.07

Người hướng dẫn khoa học:

1. TS. PHẠM TRÍ HÙNG
2. TS. NGUYỄN THỊ BÍCH NGỌC

THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH, NĂM 2018

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các số liệu nêu trong luận án là trung thực. Kết quả nghiên cứu nêu trong luận án chưa từng được ai công bố trong bất kỳ công trình nào khác.

Tác giả luận án

DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT

AEC	Cộng đồng kinh tế ASEAN
CQCT	Cơ quan cạnh tranh
EU	Liên minh châu Âu
HCCT	Hạn chế cạnh tranh
HDCT	Hội đồng cạnh tranh
KTTT	Kinh tế thị trường
LCT	Luật Cạnh tranh
OECD	Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế
PLCT	Pháp luật cạnh tranh
QLCT	Quản lý cạnh tranh
TTKT	Tập trung kinh tế
UNCTAD	Diễn đàn Thương mại và phát triển Liên Hiệp Quốc

MỤC LỤC

	Trang
PHẦN MỞ ĐẦU	1
1. Tính cấp thiết của đề tài	1
2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu	7
2.1. Mục đích nghiên cứu	7
2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu	7
3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu	8
3.1. Đối tượng nghiên cứu	8
3.2. Phạm vi nghiên cứu	8
4. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án	9
5. Những điểm mới của luận án	9
CHƯƠNG 1 TỔNG QUAN VỀ NHỮNG VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU CỦA LUẬN ÁN	11
1.1. Tổng quan tình hình nghiên cứu	11
1.1.1. Tình hình nghiên cứu ở trong nước	12
1.1.2. Tình hình nghiên cứu ở nước ngoài	20
1.1.3. Đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu	28
1.2. Cơ sở lý thuyết, phương pháp nghiên cứu và phương pháp tiếp cận	36
1.2.1. Cơ sở lý thuyết	36
1.2.2. Phương pháp nghiên cứu	40
1.2.3. Phương pháp tiếp cận	41
1.3 Kết cấu của luận án	42
Kết luận Chương 1	43
CHƯƠNG 2 CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ TẬP TRUNG KINH TẾ VÀ PHÁP LUẬT KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ	44
2.1. Khái quát về tập trung kinh tế	44
2.1.1. Khái niệm, đặc điểm của tập trung kinh tế	44
2.1.2. Phân loại tập trung kinh tế	57

2.2.	Cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế	60
2.2.1.	<i>Bản chất kinh tế - pháp lý của hoạt động tập trung kinh tế của doanh nghiệp</i>	60
2.2.2.	<i>Vai trò bảo vệ cạnh tranh, kiểm soát tập trung kinh tế của Nhà nước</i>	64
2.2.3.	<i>Chính sách cạnh tranh và mục tiêu của kiểm soát tập trung kinh tế</i>	68
2.2.4.	<i>Tác động của tập trung kinh tế đến cạnh tranh</i>	72
2.3.	Tổng quan về pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế	78
2.3.1.	<i>Khái niệm, đặc điểm của pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế</i>	78
2.3.2.	<i>Nội dung pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế</i>	81
	Kết luận Chương 2	87
	CHƯƠNG 3 QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ HÌNH THỨC TẬP TRUNG KINH TẾ, PHẠM VI VÀ NGƯỠNG KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ Ở VIỆT NAM	88
3.1.	Hình thức tập trung kinh tế	88
3.1.1.	<i>Quy định về hình thức tập trung kinh tế trong Luật Cạnh tranh năm 2004</i>	88
3.1.2.	<i>Những bất cập của quy định về hình thức tập trung kinh tế trong Luật Cạnh tranh năm 2004</i>	90
3.2.	Phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế	91
3.2.1.	<i>Quy định pháp luật về phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế</i>	91
3.2.2.	<i>Những bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế</i>	92
3.3.	Ngưỡng kiểm soát tập trung kinh tế ở Việt Nam	96
3.3.1.	<i>Tiêu chí xác định hành vi tập trung kinh tế không phải thông báo</i>	96
3.3.2.	<i>Ngưỡng thông báo tập trung kinh tế</i>	97
3.3.3.	<i>Kinh nghiệm của một số quốc gia tiêu biểu trong việc xác định “ngưỡng thông báo” tập trung kinh tế</i>	103
3.4.	Đề xuất hoàn thiện pháp luật về hình thức, phạm vi và ngưỡng kiểm soát tập trung kinh tế	108
3.4.1.	<i>Về hình thức tập trung kinh tế</i>	108

3.4.2.	<i>Về phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế</i>	111
3.4.3.	<i>Về ngưỡng kiểm soát tập trung kinh tế</i>	114
Kết luận Chương 3		121
CHƯƠNG 4	CƠ QUAN THỰC HIỆN KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ VÀ THỦ TỤC KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ	122
4.1.	Cơ quan thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế	122
4.1.1.	<i>Quy định pháp luật về cơ quan thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế</i>	122
4.1.2.	<i>Những bất cập về cơ quan thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế</i>	123
4.2.	Thủ tục thông báo tập trung kinh tế	128
4.2.1.	<i>Quy định pháp luật về thủ tục thông báo tập trung kinh tế</i>	128
4.2.2.	<i>Xử lý hồ sơ thông báo tập trung kinh tế</i>	129
4.3.	Đánh giá tác động về kinh tế trong thẩm định Hồ sơ thông báo tập trung kinh tế	131
4.3.1.	<i>Mục tiêu đánh giá tác động về kinh tế</i>	131
4.3.2.	<i>Kinh nghiệm của một số quốc gia về tiêu chí đánh giá tác động của vụ tập trung kinh tế</i>	132
4.3.3.	<i>Các bước đánh giá tác động về kinh tế</i>	137
4.4.	Đề xuất hoàn thiện pháp luật về cơ chế thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế	146
4.4.1.	<i>Đối với cơ quan kiểm soát tập trung kinh tế</i>	146
4.4.2.	<i>Đối với thủ tục thông báo tập trung kinh tế</i>	149
4.4.3.	<i>Đối với thẩm định tác động trong hồ sơ tập trung kinh tế</i>	151
Kết luận Chương 4		155
KẾT LUẬN		156

PHẦN MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Với tư cách là một trong những bộ phận nền tảng cấu thành thể chế pháp lý của nền kinh tế thị trường (KTTH) hiện đại, pháp luật cạnh tranh (PLCT) đã khẳng định được vị trí và vai trò trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Yêu cầu hoàn thiện PLCT đã giành được sự chú ý đặc biệt của Đảng và Nhà nước, sự hậu thuẫn mạnh mẽ trong cộng đồng các doanh nghiệp, sự ủng hộ và đồng thuận của các tầng lớp nhân dân. Kể từ sau khi Luật Cạnh tranh (LCT) năm 2004 được ban hành, hệ thống PLCT đã hình thành từng bước, đồng bộ và phù hợp với yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế. Có thể khẳng định rằng, việc ban hành LCT 2004 đã nhanh chóng và kịp thời thể chế hoá, hiện thực và cụ thể hoá chủ trương xây dựng môi trường cạnh tranh lành mạnh, hợp pháp, văn minh, phục vụ cho việc phát triển đất nước, kiểm soát độc quyền trong kinh doanh, chống lại các biểu hiện cạnh tranh không lành mạnh. Tuy nhiên, sau hơn 12 năm, PLCT vẫn chưa thực sự thể hiện được hết vai trò và nhiệm vụ to lớn của chúng - là công cụ pháp lý quan trọng của Nhà nước để điều tiết kinh tế vĩ mô trong nền KTTH. Từ khi thành lập Cục Quản lý cạnh tranh (QLCT) và Hội đồng cạnh tranh (HĐCT) cho đến nay, số lượng vụ việc tập trung kinh tế (TTKT) được điều tra, xử lý vi phạm các vụ việc không nhiều, chủ yếu dừng lại ở việc tham vấn, xem xét hồ sơ thông báo TTKT và cho tiến hành TTKT¹. Điều này mâu thuẫn với thực tiễn TTKT đang diễn ra rất phổ biến, phạm vi ngày càng rộng và có chiều hướng diễn biến rất phức tạp; các doanh nghiệp trong và ngoài nước coi đây là cách thức đầu tư hiệu quả nhất trong việc tiết kiệm nguồn lực, thâm nhập thị trường, giảm thiểu các rào cản gia nhập thị trường cũng như nhằm gia tăng nguồn lực và sức mạnh thị trường của các doanh nghiệp.

Trong bối cảnh đó, sự cần thiết và cấp bách nghiên cứu về pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam dựa trên các cơ sở lý luận và thực tiễn sau:

Thứ nhất, Việt Nam đang trong quá trình xây dựng nền KTTH theo định hướng xã hội chủ nghĩa, Nhà nước xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế, điều tiết nền kinh tế trên cơ sở tôn trọng các quy luật thị trường, các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật². Trong bối cảnh này, việc xây dựng chính sách cạnh tranh với mục tiêu là bảo vệ cạnh tranh, bảo đảm môi trường

¹ Xem các Báo cáo hoạt động thường niên của Cục QLCT, Bộ Công thương, đặc biệt từ năm 2010 đến nay.

² Điều 51, 52 Hiến pháp năm 1992 sửa đổi, bổ sung năm 2013.

ạnh tranh công bằng, lành mạnh mà trong đó có pháp luật kiểm soát TTKT là một yêu cầu cấp bách.

Thứ hai, hoàn thiện hệ thống pháp luật bảo đảm cạnh tranh bình đẳng, minh bạch của doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế là một trong những nội dung quan trọng đã được đề cập đến trong Đại hội lần thứ XI và các Nghị quyết của Đảng³, nhằm tiếp tục hoàn thiện thể chế KTTT định hướng xã hội chủ nghĩa. Việc hoàn thiện PLCT với vai trò được coi là trụ cột của pháp luật kinh tế công, là “Hiến pháp” của thị trường là yêu cầu cần thiết trong giai đoạn hiện nay⁴. Việc sửa đổi LCT 2004 được coi là một vấn đề quan trọng trong chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam giai đoạn 2011-2020⁵.

Thứ ba, xu thế toàn cầu hóa của nền kinh tế thế giới và bối cảnh Việt Nam mở cửa thị trường, nhiều nhà đầu tư nước ngoài, tập đoàn đa quốc gia đã đầu tư vào Việt Nam thông qua hình thức sáp nhập, mua lại doanh nghiệp. Thực tiễn hơn 12 năm thi hành LCT đã và đang cho thấy nhiều hành vi phản cạnh tranh diễn ra bên ngoài lãnh thổ quốc gia, nhưng lại có tác động tới môi trường cạnh tranh trong nước. Trước thực trạng này, nhiều quốc gia đã đối phó bằng cách mở rộng phạm vi áp dụng của LCT, điều này được thực hiện trên cơ sở của nguyên tắc “tác động ảnh hưởng của hành vi” (*effect doctrine*), qua đó giúp cho cơ quan cạnh tranh (CQCT) có khả năng kiểm soát các hành vi phản cạnh tranh xuyên biên giới từ đó góp phần bảo vệ thị trường trong nước⁶. Bên cạnh đó hoạt động TTKT nói chung và sáp nhập, mua lại nói riêng cũng tiềm ẩn nguy cơ hình thành các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh và có thể gây ảnh

³ Đảng Cộng sản Việt Nam (2011), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.37.

⁴ Xem: Lê Ngọc Thạch (2013), Một số bất cập của PLCT hiện hành, *Tạp chí Dân chủ và pháp luật*, truy cập tại địa chỉ: <http://tcdcl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=17>, ngày 03/8/2016.

⁵ Cơ quan Hợp tác quốc tế Nhật Bản (JICA) và Cục QLCT (VCA) Việt Nam đã ký kết biên bản thỏa thuận cho Dự án cải thiện khuôn khổ pháp lý cho luật và chính sách cạnh tranh, trong đó có nội dung quan trọng là giúp Cục QLCT thực hiện sửa đổi LCT để luật phù hợp trong bối cảnh các hoạt động kinh tế ngày càng gia tăng như hoạt động sáp nhập và mua lại. Xem Q. Hùng, *Nâng cấp luật và chính sách cạnh tranh Việt Nam*, truy cập tại website: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=518, ngày 21/7/2016.

⁶ Tại Hoa Kỳ, học thuyết này được ghi nhận tại các Đạo luật Sherman và Clayton, sau đó được khẳng định lại và xác lập một cách vững chắc bởi Đạo luật Cải thiện các Vấn đề Cạnh tranh trong Thương mại Quốc tế (Foreign Trade Antitrust Improvements Act) năm 1982; Hướng dẫn về Thực thi Luật chống Độc quyền đối với các giao dịch quốc tế (Antitrust Enforcement Guidelines to International Operations) của Bộ Tư pháp Hoa Kỳ, trong đó khẳng định quyền tài phán của CQCT Hoa Kỳ đối với các giao dịch có ảnh hưởng “trực tiếp, đáng kể và có thể dự đoán được một cách hợp lý” (direct, substantial and reasonably foreseeable effect) đến thị trường Hoa Kỳ, bao gồm các hoạt động mua bán và sáp nhập, và các hoạt động xuất nhập khẩu của Hoa Kỳ. Xem Bộ Công thương (2017), *Báo cáo Kinh nghiệm quốc tế, Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017*. Truy cập tại địa chỉ http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1346&TabIndex=2&TaiLieuID=2812 ngày 18/10/2017.

hưởng đến môi trường cạnh tranh. Khung pháp lý kiểm soát TTKT còn nhiều khiếm khuyết và việc áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT còn nhiều vướng mắc (về đối tượng kiểm soát, phạm vi kiểm soát, ngưỡng kiểm soát TTKT), thiếu tiêu chí đánh giá tính HCCT của hành vi TTKT. Thực tiễn đó, đặt ra vấn đề phải xem xét một cách thấu đáo, xác định những cơ sở lý luận và thực tiễn của pháp luật kiểm soát TTKT, đặc biệt làm rõ ranh giới giữa thu hút đầu tư trực tiếp nước ngoài và bảo vệ cạnh tranh.

Thứ tư, năm 2015 có ý nghĩa hết sức quan trọng đối với Việt Nam trong quá trình hội nhập quốc tế, đó là việc thành lập Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC). Mục tiêu của AEC là tạo dựng một thị trường và cơ sở sản xuất thống nhất cho các quốc gia thành viên, thúc đẩy dòng chu chuyển tự do của hàng hóa, dịch vụ, đầu tư, và lao động có tay nghề trong khối⁷. Chính sách cạnh tranh đã được coi là một lĩnh vực ưu tiên hàng đầu trong việc tạo lập một thị trường chung và một cơ sở sản xuất chung trong ASEAN⁸. Việc hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT đối với Việt Nam hiện nay có ý nghĩa quan trọng. Bởi lẽ, việc tham gia vào AEC dẫn đến PLCT quốc gia cần phải hài hòa hoặc tương đồng với PLCT của các quốc gia khác. Tất cả được thực hiện trên cơ sở một chính sách cạnh tranh đồng bộ. Do đó, hội nhập AEC sẽ tạo cơ hội cho việc kiểm soát hiệu quả các hành vi TTKT diễn ra tại Việt Nam hoặc ở nước ngoài (khu vực ASEAN) có tác động đến thị trường Việt Nam, tạo khung pháp lý cho các hoạt động đầu tư thông qua hình thức TTKT của doanh nghiệp các quốc gia trong cộng đồng AEC. Pháp luật về kiểm soát TTKT của Việt Nam hiện tại dựa chủ yếu vào tiêu chí thị phần, do đó, vấn đề cốt lõi quan trọng đối với Việt Nam khi hội nhập ASEAN là hoàn thiện cách xác định thị phần và sử dụng thị phần trong kiểm soát TTKT. Trong bối cảnh đó, việc nghiên cứu pháp luật kiểm soát TTKT gắn với hội nhập khu vực, gắn với tìm hiểu kinh nghiệm chính sách cạnh tranh của mô hình tương tự như AEC là cần thiết và cấp bách.

⁷ AEC được hình thành với 4 trụ cột được tuyên bố bao gồm: (i) thị trường và cơ sở sản xuất thống nhất; (ii) một khu vực kinh tế cạnh tranh; (iii) một khu vực phát triển đồng đều; và (iv) hội nhập với nền kinh tế toàn cầu. Để đạt mục tiêu xây dựng một khu vực kinh tế cạnh tranh, AEC đang hướng vào 4 hoạt động chính gồm: chính sách cạnh tranh, bảo vệ người tiêu dùng, bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ và phát triển cơ sở hạ tầng. Xem Ban Chỉ đạo Liên ngành Hội nhập quốc tế về kinh tế, *Các mục tiêu cơ bản của AEC*. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://hoinhapkinhte.gov.vn/vi/hoi-nhap-quoc-te/cong-dong-kinh-te-asean-aec/gioi-thieu-cong-dong-kinh-te-asean-aec/cac-muc-tieu-co-ban-cua-aec/cac-muc-tieu-co-ban-cua-aec.372776.aspx>.

⁸ Hà Thị Thanh Bình, *Xây dựng thị trường chung trong Cộng đồng kinh tế ASEAN và vấn đề xác định thị trường liên quan theo PLCT Việt Nam*, Hội thảo Quốc tế về “Các thể chế pháp lý của Cộng đồng kinh tế ASEAN: tác động đối với pháp luật thương mại và đầu tư Việt Nam” do trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh tổ chức, tháng 12 năm 2016.

Thứ năm, việc xây dựng và thực thi pháp luật kiểm soát TTKT⁹ là để thực hiện các mục tiêu của chính sách kiểm soát TTKT¹⁰. Trong chính sách công cũng bao hàm cả chính sách về bảo đảm an ninh quốc gia, trong đó có an ninh kinh tế. Hiện tại, mục tiêu cốt lõi của chính sách kiểm soát TTKT của Việt Nam mới chỉ nhằm đảm bảo hoạt động TTKT không hoặc không tiềm ẩn nguy cơ gây ra tác động tiêu cực tới hoạt động cạnh tranh trên thị trường, mục tiêu bảo đảm an ninh kinh tế trong kiểm soát TTKT chưa được tính đến. Vì vậy cần nghiên cứu bổ sung các tiêu chí xem xét các vụ TTKT nhằm hướng đến mục tiêu này.

Thứ sáu, vấn đề cơ cấu lại doanh nghiệp, bao gồm các hình thức TTKT đã được quy định trong pháp luật về doanh nghiệp kể từ sau khi Việt Nam tiến hành đổi mới, xây dựng những nền móng cho KTTT¹¹ và tiếp tục được đề cập, hoàn thiện bởi các đạo luật về doanh nghiệp¹². Kể từ sau khi LCT 2004 ra đời, đặc biệt khi Việt Nam chính thức là thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới, các hoạt động TTKT đã bắt đầu khởi sắc, hoạt động TTKT tại Việt Nam tăng trưởng mạnh¹³. Xu thế chủ đạo vẫn là làn

⁹ Xem thêm: Hà Ngọc Anh (2011), Pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế và an ninh kinh tế của Việt Nam, *Tạp chí Khoa học an ninh*, Số 21.

¹⁰ Ở mỗi quốc gia, chính sách kiểm soát TTKT là một bộ phận trong tổng thể các chính sách của Chính phủ, bao gồm chính sách công, chính sách kinh tế nói chung và chính sách cạnh tranh nói riêng. Xem: Cục Quản lý cạnh tranh, *Báo cáo tập trung kinh tế Việt Nam*. Theo B. Guy Peter, “Chính sách công là toàn bộ các hoạt động của Nhà nước có ảnh hưởng một cách trực tiếp hay gián tiếp đến cuộc sống của mọi công dân”. (Trích theo: Đặng Ngọc Lợi (2008), Chính sách công ở Việt Nam: Lý luận và thực tiễn, *Tạp chí Kinh tế và Dự báo*, Số 12). Rõ ràng pháp luật kiểm soát TTKT như công cụ của chính sách cạnh tranh, chính sách công trực tiếp hay gián tiếp có ảnh hưởng không nhỏ đến cuộc sống của mọi công dân.

¹¹ Cụ thể là Luật Công ty năm 1990. Các đạo luật về chủ thể kinh doanh của Việt Nam giai đoạn này cũng đã lần lượt ghi nhận các hình thức tổ chức lại doanh nghiệp. Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 tại Điều 20 có quy định việc sáp nhập là một trong những giải pháp tổ chức lại các doanh nghiệp nhà nước. Tương tự, Luật Hợp tác xã năm 1997 tại Điều 44 đã ghi nhận quyền hợp nhất các hợp tác xã với nhau. Tuy nhiên, các quy định kể trên mới chỉ đơn giản là việc ghi nhận các quyền cơ bản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc thành viên của công ty trong việc thực hiện các hoạt động nhằm tái cơ cấu, cấu trúc lại doanh nghiệp và vấn đề này được nhìn nhận thuần túy dưới góc độ pháp luật về doanh nghiệp mà không nhìn nhận vấn đề sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp dưới góc độ PLCT. Ngoài ra, các quy định về trình tự, thủ tục để thực hiện việc sáp nhập, hợp nhất cũng chưa được các luật này quy định cụ thể.

¹² Luật Doanh nghiệp năm 1999 (thay thế Luật Doanh nghiệp tư nhân và Luật Công ty năm 1990) đã có những bước phát triển mới trong việc ghi nhận khá đầy đủ về các giải pháp tổ chức lại công ty, trong đó có hai hình thức cơ bản liên quan đến vấn đề TTKT là sáp nhập và hợp nhất công ty. Một điểm mới của Luật Doanh nghiệp năm 1999 là đã có các quy định về chuyên nhượng vốn, mua bán cổ phần, phát hành cổ phần, cổ phiếu đặt nền móng cho việc hình thành khung pháp lý về TTKT, mặc dù vẫn đang được xem xét dưới góc độ pháp luật về doanh nghiệp. Ngoài ra, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành cũng đã có quy định cụ thể cũng như lộ trình, thủ tục thực hiện các biện pháp tổ chức lại, chuyển đổi sở hữu đối với công ty nhà nước. Các quy định này gắn liền với hoạt động TTKT như sáp nhập, hợp nhất, khoán, cho thuê, bán toàn bộ hoặc một phần công ty nhà nước (Chương VII, Chương VIII Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003).

¹³ Nếu như ở những giai đoạn đầu tiên, các giao dịch TTKT chủ yếu diễn ra tại thị trường nội địa thì ở giai đoạn 2012 – 2016, một số doanh nghiệp Việt Nam cũng bắt đầu thực hiện các thương vụ ở nước ngoài (ví dụ Vinamilk, Viettel, FPT...). Tổng quy mô giao dịch giai đoạn 2009 - 2014 đạt khoảng 18 tỷ đô la Mỹ. Số thương vụ được công bố trong các năm từ 2006 đến 2010 có xu hướng tăng ổn định, cụ thể năm 2006 (38 vụ), 2007 (108 vụ), 2008 (146 vụ), 2009 (295 vụ), 2010 (345 vụ). Giá trị các thương vụ cũng tăng mạnh kể từ năm 2005 và năm 2007

sống mua lại các doanh nghiệp trong nước của các tập đoàn đa quốc gia nước ngoài. Các doanh nghiệp tham gia TTKT thuộc mọi thành phần kinh tế, từ doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp tư nhân, liên doanh đến doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài¹⁴. Ở giai đoạn đầu vụ việc chủ yếu là TTKT theo chiều ngang¹⁵. Từ 2012 đến nay đã xuất hiện thêm các hình thức TTKT khác như: (i) TTKT theo chiều dọc (*vertical mergers*) nhằm kiểm soát nguồn cung, nguyên vật liệu cho hoạt động sản xuất kinh doanh¹⁶; (ii) TTKT dạng tổ hợp (*conglomerate*) để mở rộng lĩnh vực kinh doanh¹⁷; (iii) sáp nhập để tái cấu trúc hoạt động sản xuất kinh doanh có hiệu quả hơn¹⁸; hoặc (iv) thu tóm gián tiếp¹⁹. Các vụ TTKT cũng ngày càng gia tăng về số lượng và quy mô²⁰ cũng như tính

đạt mức gần 1,7 tỷ USD nhưng đã giảm sút trong 2 năm 2008 và 2009. Mặc dù vậy, so với các nước khác trong khu vực thì quy mô giao dịch TTKT tại thị trường Việt Nam tương đối nhỏ. Xem thêm: Vũ Bá Phú (2011), “*Các vấn đề chống tập trung kinh tế qua hoạt động M&A*”, Tổng hợp Tài liệu Diễn đàn M&A Việt Nam 2011. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://m.maf.vn/tong-hop-tai-lieu-dien-dan-ma-viet-nam-2011.html>.

¹⁴ Trên thực tế những giao dịch lớn và chủ yếu là đến từ các doanh nghiệp lớn, doanh nghiệp dẫn đầu trong các ngành, lĩnh vực kinh doanh tại Việt Nam và các tập đoàn đa quốc gia trên thế giới. Trong các lĩnh vực diễn ra hành vi TTKT, lĩnh vực bán lẻ và ngành hàng tiêu dùng là những lĩnh vực luôn có hoạt động M&A diễn ra sôi nổi với nhiều thương vụ mua bán, sáp nhập có giá trị giao dịch lớn. Tiếp đó là lĩnh vực hàng tiêu dùng thiết yếu và lĩnh vực năng lượng.

¹⁵ Mặc dù vậy, thời kỳ này cũng đã xuất hiện các vụ mua bán, sáp nhập theo chiều dọc. Đồng thời, nếu ở giai đoạn trước đó, các vụ TTKT nhìn chung ở mức độ giản đơn với đặc điểm chủ yếu là các thương vụ thu tóm một phần hoặc toàn bộ doanh nghiệp và có rất ít các vụ việc có mức độ phức tạp cao hơn như hợp nhất (hình thức đòi hỏi trình độ quản lý và hợp tác, phối hợp cao giữa các bên tham gia). Cũng ở giai đoạn trước đây, có rất nhiều vụ M&A dưới hình thức đầu tư tài chính, mua cổ phần để trở thành đối tác chiến lược hoặc kỳ vọng vào sự tăng giá cổ phiếu (nhắm đến lợi ích tài chính đơn thuần) chứ chưa nhắm đến thu tóm để khống chế sở hữu và điều hành công ty.

¹⁶ Vụ sáp nhập giữa giữa Công ty cổ phần Mirae Fiber (Mirae Fiber) có vốn điều lệ 103,8 tỷ đồng, mã niêm yết trên thị trường chứng khoán là KMF vào Công ty cổ phần Mirae (Mirae) có vốn điều lệ 132,8 tỷ đồng, mã niêm yết trên thị trường chứng khoán là KMR, vụ sáp nhập này diễn ra vào cuối năm 2009. Sau khi tiếp nhận đầy đủ thông tin và nghiên cứu vụ việc, Cục QLCT đã trả lời trường hợp này được phép tiến hành sáp nhập. Sau khi sáp nhập, cổ phiếu của Mirae Fiber được chuyển đổi thành cổ phiếu của Mirae với tỷ lệ đã được hai bên thống nhất, Mirae Fiber chấm dứt hoạt động, toàn bộ cổ phiếu của Mirae được niêm yết bổ sung trên Sàn giao dịch chứng khoán Thành phố Hồ Chí Minh, KMF hủy niêm yết trên Sở giao dịch chứng khoán Hà Nội. Xem Cục QLCT, Bộ Công thương (2013), “*Báo cáo tập trung kinh tế Việt Nam 2012*”, tr.33.

¹⁷ Tiêu biểu cho trào lưu này là vụ ICA giành quyền kiểm soát công ty Thuận Phát, theo đó, ICA là công ty chiếm thị phần lớn trên thị trường các sản phẩm chăm sóc sức khỏe của nam giới, trong khi đó công ty Thuận Phát đã có vị trí trên thị trường sản xuất nước mắm và các loại gia vị, Masan Food - Mỏ than Núi Pháo...

¹⁸ Ví dụ vụ TTKT giữa Unilever quốc tế - Unilever Việt Nam, Kinh Đô - Kinh Đô miền Bắc, Vinpearl Land - Vinpearl Hội An - Vinpearl Đà Nẵng...

¹⁹ Ví dụ trường hợp Eximbank tuyên bố nắm giữ trên 50% quyền biểu quyết của Sacombank nhưng lại thông qua các công ty con/công ty liên kết hoặc được ủy quyền từ các cổ đông khác của Sacombank.

²⁰ Xét về quy mô, khoảng 80% các thương vụ TTKT được công bố có giá trị tương đối nhỏ (dưới 20 triệu USD). Ở giai đoạn trước 2010 có thể thấy có hai loại thương vụ chiếm ưu thế: một là các giao dịch quy mô nhỏ dưới 5 triệu USD (chiếm khoảng 30% - 35% số vụ) và hai là, các giao dịch có quy mô ở mức trung bình (khoảng 20 triệu USD/thương vụ, chiếm 50% - 55% tổng số vụ). Nếu năm 2012, giá trị trung bình của một thương vụ đạt khoảng 10 triệu USD, năm 2013 tăng lên trên 15 triệu USD, sang 2014 lại giảm xuống còn 8,7 triệu USD. Tuy nhiên, đã ngày càng xuất hiện nhiều thương vụ có giá trị lớn (từ 100 triệu USD trở lên) và được nhận định là đang gia tăng. Điều này có thể được lý giải bởi một số nguyên nhân như sau: (i) trước đây, khi muốn thâm nhập thị trường Việt Nam thông qua hình thức M&A, các nhà đầu tư nước ngoài cần thận trọng thăm dò tình hình cụ thể của nền kinh tế nói chung, cũng như thị trường mà họ đang hướng tới. Do đó, họ chỉ bỏ vốn mua lại một công ty có quy mô trung bình hoặc một lượng cổ phần không lớn của một công ty lớn. Sau

đa dạng²¹. Cục QLCT đã thụ lý một số vụ việc thông báo TTKT và cũng đã có nhiều vụ việc tham vấn về TTKT trước và trong quá trình các doanh nghiệp thực hiện TTKT²². Thực tiễn TTKT tại Việt Nam hơn 12 năm qua đã cho thấy sự cần thiết cấp bách phải hoàn thiện các quy định về kiểm soát TTKT nhằm theo kịp sự phát triển và đa dạng của hoạt động TTKT tại Việt Nam trong tương lai.

Thứ bảy, sau hơn 12 năm thi hành, LCT 2004 đã bộc lộ những bất cập liên quan đến vấn đề kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

Một là, quy định về ngưỡng thông báo kiểm soát hoạt động TTKT, Điều 18 của LCT 2004 hiện chỉ căn cứ vào tiêu chí thị phần kết hợp là bất khả thi. Thực tiễn thi hành LCT 2004 cho thấy, với quy định về thị phần, việc tự xác định thị phần của mình trên thị trường liên quan là rất khó thực hiện tại Việt Nam. Từ đó, các doanh nghiệp gặp rất nhiều khó khăn để biết mình có thuộc ngưỡng bị cấm hoặc phải thông báo TTKT hay không.

Hai là, LCT 2004 mới chỉ xem xét TTKT theo chiều ngang, tức là TTKT giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan cùng một cấp độ kinh doanh. Tuy nhiên, thực tế vẫn tồn tại những giao dịch TTKT theo *chiều dọc*²³ và TTKT dạng *hỗn hợp*²⁴.

Ba là, tại Việt Nam trong thời gian qua cũng đã chứng kiến một số vụ mua bán, sáp nhập có giá trị giao dịch lớn được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng lại có tác động tới thị trường Việt Nam²⁵. Tuy nhiên, PLCT Việt Nam hiện lại chưa có đầy đủ cơ sở pháp lý vững chắc và đầy đủ nhằm điều chỉnh các loại hành vi như

một thời gian nhất định, khi đã có một chiến lược kinh doanh dài hạn và nhìn thấy tiềm năng ở thị trường Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài sẽ xúc tiến thực hiện những thương vụ M&A có giá trị lớn hơn để có thể thực hiện được chính sách của riêng mình; (ii) trong những năm gần đây, một số doanh nghiệp, tập đoàn trong nước cũng đã trưởng thành, lớn mạnh đủ tiềm lực kinh tế để thực hiện mua lại các doanh nghiệp khác, thậm chí kể cả mua lại doanh nghiệp nước ngoài. Số lượng các vụ M&A do doanh nghiệp trong nước tiến hành với giá trị trên 50 triệu USD cũng đang gia tăng mạnh. Xem: *tlđđ* 9, tr.20 - 21.

²¹ Đáng chú ý là trong số các vụ việc thông báo và tham vấn TTKT tới Cục QLCT có nhiều vụ việc TTKT lớn, diễn ra ở nước ngoài, nhưng các doanh nghiệp này có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam, như PepsiCo - Suntory; A.P Moller - Maersk - A/S CMA CgM - S.A MSC Mediterranean Shipping Company SA...

²² Theo báo cáo TTKT thì cho tới nay, Cục QLCT đã phê chuẩn tất cả các vụ việc TTKT được thông báo và có 01 vụ việc thuộc trường hợp bị cấm nhưng đáp ứng điều kiện cho hưởng miễn trừ theo quy định của LCT. Trong số vụ việc TTKT đã được Cục QLCT xem xét nêu trên, các vụ việc TTKT theo hình thức sáp nhập và mua lại doanh nghiệp chiếm đa số. Trong năm 2012, Cục QLCT đã tiếp nhận 03 hồ sơ TTKT và tham vấn một số vụ việc.

²³ Giữa các doanh nghiệp hoạt động trên thị trường thuộc các cấp độ khác nhau nhưng hỗ trợ cho nhau, ví dụ giữa thị trường sản xuất và thị trường cung cấp nguyên liệu, giữa thị trường sản xuất và thị trường phân phối. Xem OECD (1993), *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, ngày 22/02/2016.

²⁴ Giữa các doanh nghiệp hoạt động trên các thị trường sản phẩm khác nhau và giữa chúng không có mối quan hệ theo chiều dọc. Xem OECD (1993), *tlđđ* 23.

²⁵ Chẳng hạn như vụ Tập đoàn Abbott mua lại Công ty dược phẩm CFR; Tập đoàn Boehringer Ingelheim International mua lại Sanofi SA trong lĩnh vực thuốc thú y; Tập đoàn Central Group (Thái Lan) mua lại Hệ thống siêu thị Big C tại Việt Nam... Xem Bộ Công thương, 'Tờ trình Chính phủ về Dự án LCT (sửa đổi) ngày 07/7/2017.

vậy. Do đó, nhiệm vụ bảo vệ cạnh tranh, chống lại những tác động của các hành vi có hại đối với cạnh tranh tại thị trường Việt Nam chưa được thực thi đầy đủ. Vì vậy, việc mở rộng phạm vi điều chỉnh đối với dạng TTKT xuyên biên giới như vậy là cần thiết nhằm bảo vệ cạnh tranh trên thị trường Việt Nam. Phạm vi điều chỉnh mở rộng cũng phù hợp với xu hướng PLCT của các quốc gia trên thế giới như Hoa Kỳ, Nhật Bản, Pháp, Đức, Trung Quốc, Canada...

Vì những lý do nêu trên, để đóng góp hoàn thiện cơ sở lý luận và pháp luật về kiểm soát TTKT, tác giả chọn đề tài **“Pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế ở Việt Nam”** làm luận án Tiến sĩ luật học của mình.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

2.1. Mục đích nghiên cứu

Luận án có mục đích nghiên cứu: làm sáng tỏ những vấn đề lý luận về TTKT, kiểm soát TTKT và pháp luật về kiểm soát TTKT; phân tích, đánh giá thực trạng quy định pháp luật về kiểm soát TTKT và thực tiễn áp dụng pháp luật về kiểm soát TTKT ở Việt Nam hiện nay và đề xuất các phương hướng, giải pháp hoàn thiện pháp luật về kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Từ mục đích nghiên cứu, luận án đặt ra một số nhiệm vụ nghiên cứu sau:

Một là, nghiên cứu một cách có hệ thống những vấn đề lý luận về kiểm soát TTKT và pháp luật về kiểm soát TTKT, bao gồm: (i) khái niệm, hình thức, bản chất của TTKT; (ii) cơ sở lý luận của sự cần thiết phải kiểm soát TTKT; (iii) các luận cứ và mục tiêu của chính sách và pháp luật kiểm soát TTKT; (iv) mối liên hệ của pháp luật kiểm soát TTKT với các lĩnh vực pháp luật có liên quan.

Hai là, phân tích, đánh giá thực trạng hệ thống quy định pháp luật về kiểm soát TTKT và thực tiễn áp dụng về kiểm soát TTKT ở Việt Nam hiện nay dựa trên các nội dung: đối tượng, phạm vi, ngưỡng thông báo TTKT, tiêu chí đánh giá tác động của vụ TTKT, cơ quan thực hiện kiểm soát TTKT, thủ tục thông báo TTKT, xử lý hồ sơ thông báo TTKT, điều tra xử lý vi phạm quy định pháp luật về TTKT.

Ba là, nghiên cứu pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật kiểm soát TTKT của một số quốc gia tiêu biểu trên thế giới nhằm rút ra những bài học kinh nghiệm, phục vụ cho các luận cứ đề xuất hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam, trong đó đóng góp những luận cứ cho các đề xuất nhằm hoàn thiện Dự thảo LCT (sửa đổi).

Bốn là, xây dựng hệ thống các giải pháp chung, kiến nghị cụ thể hoàn thiện quy định pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam. Trên cơ sở đó, góp phần vào các giải pháp cụ thể hoàn thiện Dự thảo LCT (sửa đổi).

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của luận án là (i) các quan điểm, các lý thuyết nghiên cứu về TTKT, kiểm soát TTKT; (ii) quy định của pháp luật Việt Nam về kiểm soát TTKT; quy định pháp luật về kiểm soát TTKT cũng như thực tiễn áp dụng tại một số quốc gia trên thế giới như Hoa Kỳ, Liên bang Nga, Nhật Bản, Trung Quốc và một số quốc gia trong Liên minh châu Âu (EU), ASEAN để đối chiếu, so sánh và rút ra bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

3.2. Phạm vi nghiên cứu

Luận án nghiên cứu các quy định pháp luật về kiểm soát TTKT ở Việt Nam trong PLCT và một số quy định pháp luật chuyên ngành có liên quan như pháp luật về doanh nghiệp, đầu tư, ngân hàng, viễn thông, chứng khoán... Luận án cũng nghiên cứu quy định của pháp luật về kiểm soát TTKT của một số quốc gia trên thế giới như Hoa Kỳ, Canada, Liên bang Nga, Nhật Bản, Trung Quốc và một số quốc gia trong EU, ASEAN. Những vấn đề này sẽ được trình bày, phân tích lồng ghép trong các nội dung nghiên cứu tương ứng.

Giới hạn phạm vi nghiên cứu: luận án tập trung vào hai vấn đề trọng tâm của kiểm soát TTKT là phạm vi, ngưỡng kiểm soát TTKT; cơ quan kiểm soát TTKT và đánh giá tác động kinh tế của TTKT. Do đó, luận án không đi sâu vào thủ tục điều tra, xác định vi phạm về TTKT, cơ chế và thủ tục miễn trừ đối với hành vi TTKT bị cấm và đặc biệt là các biện pháp chế tài áp dụng đối với vi phạm về TTKT, bởi lẽ các biện pháp chế tài không thuộc về nội dung và thủ tục kiểm soát TTKT. Hơn nữa, các biện pháp chế tài đối với hành vi TTKT vi phạm LCT 2004 cũng được áp dụng cho các hành vi HCCT khác, do đó không cần thiết phải nghiên cứu sâu và riêng biệt trong luận án.

Về thời gian, luận án tập trung nghiên cứu các vụ việc thực tiễn tại Việt Nam kể từ năm 2012 đến nay. Mặc dù LCT 2004 chính thức có hiệu lực từ ngày 01 tháng 7 năm 2005, tuy nhiên như đã trình bày, luận án nghiên cứu từ thời điểm thực tiễn Việt Nam xuất hiện nhiều biểu hiện TTKT mới, đồng thời Bộ Công thương tiến hành báo cáo TTKT lần thứ hai (năm 2012), trong đó nêu ra những vấn đề cần quan tâm trong kiểm soát TTKT ở Việt Nam trong tình hình mới.

4. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án

Một là, luận án góp phần nghiên cứu những vấn đề lý luận về TTKT và pháp luật kiểm soát TTKT, trong đó giải quyết được những vấn đề lý luận cốt lõi như: đặc điểm, phân loại, bản chất TTKT, tác động của TTKT đối với nền kinh tế nói chung và môi trường cạnh tranh, cơ sở lý luận của hoạt động kiểm soát TTKT của Nhà nước.

Hai là, luận án làm rõ thực trạng các quy định pháp luật, phân tích những bất cập và chỉ ra những hạn chế trong quá trình áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

Ba là, luận án nghiên cứu kinh nghiệm pháp luật kiểm soát TTKT ở một số quốc gia tiêu biểu để tiếp thu nhằm giải quyết những bất cập của pháp luật Việt Nam.

Bốn là, kết quả nghiên cứu của luận án sẽ cung cấp những nội dung, thông tin quan trọng, tin cậy, có giá trị về cơ sở lý luận và cơ sở thực tiễn cho việc hoàn thiện quy định pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

Năm là, luận án có giá trị tham khảo, phục vụ cho công việc nghiên cứu, giảng dạy và học tập chuyên sâu về pháp luật kiểm soát TTKT, đặc biệt trong bối cảnh sửa đổi LCT 2004.

5. Những điểm mới của luận án

Luận án sẽ là công trình nghiên cứu đánh giá chuyên sâu, toàn diện về pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam. Cụ thể, luận án có những điểm mới quan trọng sau đây:

Thứ nhất, đây là công trình đánh giá toàn diện tổng quan các nghiên cứu, quan điểm, cách tiếp cận về TTKT và kiểm soát TTKT ở Việt Nam và trên thế giới.

Thứ hai, đây là công trình nghiên cứu toàn diện, làm sâu sắc các vấn đề lý luận về TTKT trong đó phân tích làm rõ bản chất, vai trò của TTKT. Những vấn đề này được tiếp cận ở góc độ mới không chỉ xem TTKT như một hoạt động của doanh nghiệp làm gia tăng nguy cơ lạm dụng sức mạnh thị trường mà còn nghiên cứu về các tác động tích cực cũng như tiêu cực mà nó đem lại.

Thứ ba, đây là công trình nghiên cứu ở cấp độ tiến sĩ, phân tích, đánh giá toàn bộ cơ chế kiểm soát TTKT ở Việt Nam, bao gồm các quy định pháp luật về kiểm soát TTKT và thực thi kiểm soát TTKT của Việt Nam hiện hành. Đặc biệt luận án có sự phân tích chuyên sâu những hạn chế, bất cập của việc áp dụng các quy định này về mặt lý luận cũng như thực tiễn, chỉ ra những vấn đề cần phải bổ sung, hoàn thiện trong LCT 2004. Về cấu trúc, luận án được thiết kế theo hướng hiện đại, giải quyết một cách cụ thể, trực diện từng vấn đề nghiên cứu và bằng các kiến nghị, giải pháp cụ thể.

Thứ tư, đây là công trình nghiên cứu nhằm mục đích là hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam dựa trên cơ sở nghiên cứu vận dụng và đề xuất áp dụng tư duy kinh tế, cách tiếp cận kinh tế - luật trong việc phân tích đánh giá tác động đối với cạnh

tranh của vụ TTKT, trên cơ sở đó đưa ra những đề xuất, kiến nghị mang tính đột phá, mang bản sắc và cách tiếp cận kinh tế. Do đó khác với các cách tiếp cận và giải quyết vấn đề truyền thống, đề xuất đáng chú ý nhất của luận án là xây dựng cơ chế kiểm soát TTKT không còn xoay quanh tiêu chí thị phần như trước đây - vốn đem lại bất cập trong việc áp dụng LCT trong việc kiểm soát hoạt động TTKT ở Việt Nam, góp phần vào việc đảm bảo an ninh kinh tế quốc gia thông qua kiểm soát hoạt động TTKT.

CHƯƠNG 1

TỔNG QUAN VỀ NHỮNG VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU CỦA LUẬN ÁN

1.1. Tổng quan tình hình nghiên cứu

Với tính cách là công cụ pháp luật can thiệp vào cơ cấu kinh tế, ngay từ khi hình thành, pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh (HCCT) phải được xây dựng trên một chính sách cạnh tranh²⁶ cụ thể và chi tiết. Vì được hình thành trên những chính sách cạnh tranh khác nhau nên tiêu chuẩn pháp lý miễn trừ cho các hành vi TTKT trong các nền kinh tế khác nhau cũng có sự khác biệt nhất định. Chẳng hạn, nếu tiêu chuẩn miễn trừ cho các hành vi TTKT của pháp luật Hoa Kỳ là các tiêu chuẩn hiệu quả kinh tế (*Rule of Reason*)²⁷ thì tiêu chuẩn này của EU còn nhằm vào việc cải thiện khả năng cạnh tranh của các doanh nghiệp vừa và nhỏ, khắc phục khủng hoảng, khuyến khích bảo lưu và phát triển văn hóa...

Trên thế giới, mặc dù pháp luật về chống HCCT đã tồn tại và phát triển hơn 100 năm, kể từ những năm 70 của thế kỷ XX, các quy định về chống HCCT trong các ngành kinh tế điều tiết²⁸ mới có những bước đột phá thực sự²⁹. Cùng với sự phát triển mạnh mẽ của khoa học và công nghệ, phạm vi các ngành kinh tế có điều tiết đã được giảm đáng kể, điều này đã góp phần quan trọng cho việc cải thiện môi trường cạnh tranh³⁰.

Mặc dù tự do hóa, phi điều tiết là xu hướng không thể đảo ngược, song việc điều tiết trong một số ngành kinh tế ở các nền KTTT³¹ hiện nay vẫn còn là yêu cầu khách quan. Trong bối cảnh đó, việc xây dựng cơ chế pháp luật riêng cho các hoạt động TTKT trong các ngành kinh tế cần điều tiết vẫn là nhu cầu thực tế và thường xuyên.

²⁶ Một số trường phái kinh tế đã thể hiện quan điểm trong việc xây dựng chính sách cạnh tranh là: Trường phái tân tự do (trường phái Freiburg); Mô hình chính sách cạnh tranh theo hình thái Oligopoly mở rộng của Kantzenbach; Trường phái tân cổ điển; Trường phái Chicago về vấn đề chống Trust...

²⁷ Gordon Bootie (2015), *The Need for Discretion in the Application of Competition Law, International Harmonization of Competition Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands.

²⁸ Đây là những ngành kinh tế có đặc điểm là gắn liền với việc cung cấp và đảm bảo các nhu cầu thiết yếu của xã hội (liên quan đến “quốc kế, dân sinh”), đòi hỏi vốn đầu tư rất lớn, thời gian thu hồi vốn rất lâu và có liên quan đến những vấn đề hệ trọng của quốc gia như an ninh, quốc phòng... Do đó, Nhà nước có thể độc quyền hoặc hạn chế các thành phần kinh tế khác tham gia, đồng thời Nhà nước quản lý giá cả, điều tiết cung cấp dịch vụ, thậm chí có thể tiến hành quốc hữu hóa khi cần thiết... Xem OECD, *lđđ* 23, tr. 62, 73.

²⁹ David Pender (2006) - Tư vấn thường trú của Ủy ban thương mại Liên bang Hoa Kỳ tại ASEAN, Bài phát biểu tại Tọa đàm về mối quan hệ giữa cơ quan QLCT và cơ quan điều tiết ngành tại Việt Nam, ngày 23/08/2006 tại Hà Nội.

³⁰ Ở Hoa Kỳ trong một thập kỷ từ 1980 đến 1990 đã loại bỏ hoàn toàn các ngành điều tiết là hàng không và vận tải. Việc xóa bỏ các quy định điều tiết trong ngành vận tải đã làm tăng phúc lợi cho người tiêu dùng tại Hoa Kỳ trên 50 tỷ USD. Ở châu Âu, việc tiến hành phi điều tiết cũng được thực hiện mạnh mẽ trong thập kỷ 90 trong các ngành đường sắt, viễn thông và năng lượng... Xem OECD (1999), *Regulatory Reform in the United States: Government Capacity to Assure High Quality Regulations*, tài liệu truy cập tại địa chỉ <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2478900.pdf>> ngày 14/12/2017.

³¹ Tại Hoa Kỳ vẫn tồn tại 5 ngành kinh tế điều tiết: Viễn thông, Bảo hiểm, Điện lực, Ngân hàng, Vận tải (hành khách).

1.1.1. Tình hình nghiên cứu ở trong nước

Ở Việt Nam, cho đến những năm cuối của thế kỷ XX mới có công trình nghiên cứu đầu tiên liên quan đến LCT. Đó là đề tài “*Các giải pháp kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh trong quá trình chuyển đổi nền kinh tế ở Việt Nam*” do Viện Nghiên cứu Thị trường giá cả thuộc Ban Vật giá chính phủ thực hiện năm 1996. Cũng trong năm này, Viện Nghiên cứu Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp xuất bản cuốn sách “*Về cạnh tranh, chống cạnh tranh bất hợp pháp và kiểm soát độc quyền*” của Đặng Vũ Huân. Năm 1998, có công trình nghiên cứu về PLCT do Bộ Tư pháp chủ trì thực hiện thuộc Dự án VIE/94/003 - Tăng cường năng lực pháp luật tại Việt Nam. Năm 2001, Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương thuộc Bộ Kế hoạch và Đầu tư thực hiện đề tài “*Các vấn đề pháp lý và thể chế về chính sách cạnh tranh và kiểm soát độc quyền tại Việt Nam*”. Cũng trong năm này, Viện Nghiên cứu Nhà nước và pháp luật thuộc Viện Khoa học Xã hội Việt Nam thực hiện đề tài “*Cạnh tranh và xây dựng pháp luật cạnh tranh ở Việt Nam hiện nay*”. Đó đều là các công trình nghiên cứu được thực hiện trước khi ban hành LCT 2004 nhằm mục đích khảo sát và cung cấp những luận cứ, tiền đề cho việc đưa ra khuyến nghị xây dựng PLCT ở Việt Nam. Trong giai đoạn này chưa xuất hiện những công trình nghiên cứu mang tính chuyên biệt về kiểm soát TTKT.

Sau khi LCT được ban hành năm 2004, số lượng các công trình nghiên cứu về lĩnh vực LCT tăng lên đáng kể. Trong đó, pháp luật về chống HCCT nói chung và pháp luật kiểm soát TTKT nói riêng đã xuất hiện và được thể hiện dưới nhiều hình thức khác nhau, như: đề tài nghiên cứu khoa học, sách chuyên khảo, sách tham khảo, luận văn, luận án, bài viết tạp chí, bài tham luận tại hội thảo khoa học, tiêu biểu là các công trình sau đây:

- *Nhóm các luận văn, luận án*

Phạm Thị Ngoan (2010), *Luận văn Thạc sỹ luật học “Kiểm soát tập trung kinh tế theo quy định của pháp luật Việt Nam”*, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội. Luận văn trình bày những vấn đề lý luận chung về TTKT và kiểm soát bằng pháp luật đối với TTKT, phân tích, đánh giá thực trạng PLCT kiểm soát các hành vi TTKT ở Việt Nam trong mối quan hệ so sánh với PLCT ở một số nước trên thế giới, đưa ra phương hướng và một số giải pháp pháp lý nhằm hoàn thiện pháp luật về kiểm soát TTKT để đảm bảo tính hệ thống, đồng bộ với các quy định của pháp luật hiện hành về cạnh tranh và hài hòa với pháp luật quốc tế. Mặc dù vậy, do giới hạn của một luận văn thạc sĩ, tác giả chưa đi sâu vào những vấn đề lý luận về TTKT cũng như kiểm

soát TTKT. Những nghiên cứu so sánh cũng mới chỉ dừng lại ở mức độ giới thiệu về các quy định pháp luật của một số quốc gia tiêu biểu mà chưa tập trung phân tích sâu về nội dung và cơ sở lý luận của các quy định này.

Huỳnh Văn Hiếu (2010), *Luận văn Thạc sỹ luật học “Tập trung kinh tế dưới hình thức mua lại doanh nghiệp theo pháp luật cạnh tranh Việt Nam”*, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh. Luận văn chỉ tập trung xem xét một hình thức TTKT là mua lại doanh nghiệp từ góc độ PLCT. Như vậy, tác giả chỉ mới nghiên cứu một hình thức TTKT và chưa tiếp cận vấn đề từ góc độ lý luận về TTKT và kiểm soát TTKT.

Vũ Thị Ngọc Hà (2013), *Luận văn Thạc sỹ luật học “Pháp luật về kiểm soát tập trung kinh tế ở Việt Nam hiện nay”*, Học viện Khoa học Xã hội Việt Nam. Luận văn trình bày những vấn đề lý luận chung về TTKT và pháp luật về kiểm soát TTKT; thực trạng quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam hiện nay; đưa ra phương hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật về kiểm soát TTKT ở Việt Nam, trong đó nhấn mạnh cần nâng cao vai trò của cơ quan QLCT, của các cơ quan hữu quan, năng lực, tính chuyên nghiệp của các thể chế hỗ trợ hoạt động TTKT; đào tạo đội ngũ chuyên gia về lĩnh vực sáp nhập, hợp nhất và mua lại. Cách tiếp cận này nhìn chung không mới và việc nghiên cứu TTKT và pháp luật kiểm soát TTKT chủ yếu nhìn từ góc độ xem đây là một hoạt động nằm trong nhóm các hành vi HCCT, trong khi đó, về bản chất TTKT là một hoạt động nhằm tăng cường sức mạnh thị trường và khả năng gây HCCT của vụ việc TTKT cần phải được xem xét và đánh giá bằng sự tiếp cận kinh tế học kết hợp với tư duy kinh tế.

Nguyễn Quốc Điền (2014), *Luận văn Thạc sỹ luật học “Kiểm soát tập trung kinh tế theo Luật Cạnh tranh năm 2004”*, Học viện Khoa học Xã hội Việt Nam. Luận văn trình bày những vấn đề lý luận chung về TTKT; kiểm soát TTKT theo LCT 2004; phân tích thực trạng TTKT và kiểm soát TTKT tại Việt Nam; từ đó đưa ra nguyên tắc hoàn thiện pháp luật về kiểm soát TTKT và một số giải pháp cụ thể, trong đó nhấn mạnh nâng cao năng lực của CQCT; cơ chế phối hợp giữa cơ quan nhà nước có liên quan, đẩy mạnh tuyên truyền về PLCT nói chung, pháp luật kiểm soát TTKT nói riêng cho cộng đồng doanh nghiệp. Luận văn này có cách tiếp cận tương tự như luận văn của tác giả Vũ Thị Ngọc Hà, tuy nhiên cũng đã giới thiệu và phân tích bước đầu về thực trạng TTKT tại Việt Nam cho đến năm 2014. Mặc dù vậy, luận văn thiếu một sự đột phá trong cách tiếp cận về khái niệm TTKT, do đó các kiến nghị, giải pháp chưa đi theo hướng tiếp cận mới mẻ hơn.

Luận án tiến sĩ của Trần Thăng Long “*Áp dụng Luật Cạnh tranh đối với các doanh nghiệp độc quyền nhà nước - Một nghiên cứu so sánh*” (*The Application of Competition Law to Anti - Competitive Behaviours of State Monopolies - A Comparative Perspective*, bảo vệ tại trường đại học La Trobe, Australia, năm 2011)³². Luận án đã đề cập một cách khái quát các vấn đề lý luận về độc quyền và doanh nghiệp độc quyền nhà nước, thực trạng các doanh nghiệp độc quyền nhà nước ở Việt Nam và xác định những nguyên tắc cơ bản trong việc áp dụng LCT để điều chỉnh đối với các doanh nghiệp độc quyền nhà nước. Chương 8 của luận án nghiên cứu về kiểm soát TTKT áp dụng đối với các doanh nghiệp nhà nước độc quyền, tuy nhiên luận án cũng đã có những phân tích về cơ chế kiểm soát TTKT ở Việt Nam và chỉ ra những bất cập của cơ chế này, bao gồm việc xác định thị phần, thị phần kết hợp, nhấn mạnh đến vai trò và sự độc lập của CQCT trong việc kiểm soát TTKT. Tuy nhiên, luận án không tập trung đi sâu nghiên cứu riêng về từng hành vi HCCT, trong đó có TTKT và cũng chưa nghiên cứu nhiều về các vụ việc thực tiễn về TTKT ở Việt Nam.

Như vậy, cho đến nay chưa có luận án Tiến sĩ luật học nào nghiên cứu chuyên sâu về pháp luật kiểm soát TTKT.

- *Nhóm các công trình chuyên khảo*

Chuyên đề nghiên cứu về hành vi TTKT, đề tài nghiên cứu “*Thế chế cạnh tranh tại Việt Nam trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường tại Việt Nam*” do Lê Viết Thái, Viện Nghiên cứu Thương mại, Bộ Thương mại thực hiện năm 2005. Nghiên cứu này chỉ ra rằng, trong kinh tế học và trong khoa học pháp lý, khái niệm TTKT ở Việt Nam được xem xét chủ yếu như tập trung công nghiệp hay thị trường và cũng có những cách tiếp cận khác nhau, trong đó, có tiếp cận cơ bản về TTKT với tư cách là quá trình gắn liền với việc hình thành và thay đổi của cấu trúc thị trường. Đây được hiểu là quá trình mà số lượng các doanh nghiệp độc lập cạnh tranh trên thị trường sẽ bị giảm đi do kết quả của các hành vi sáp nhập, hoặc thông qua sự tăng trưởng nội sinh của doanh nghiệp bằng việc mở rộng năng lực sản xuất. Đây là công trình nghiên cứu đầu tiên ở Việt Nam đề cập chuyên sâu về hành vi TTKT. Mặc dù vậy, các nghiên cứu mới dừng lại ở mức độ tiếp cận và đặt vấn đề trong bối cảnh xây dựng nền KTTT tại Việt Nam.

³² Tran Thang Long (2011), *The Application of Competition Law to Anti - Competitive Behaviours of State Monopolies - A Comparative Perspective*, PhD Thesis, La Trobe University. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://arrow.latrobe.edu.au/store/3/4/9/4/2/public/MasterVersion.pdf>, ngày 02/04/2016.

Sách chuyên khảo “*Pháp luật về kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam*” của tác giả Đặng Vũ Huân, xuất bản năm 2004, trong đó đưa ra tổng quan những định hướng ban đầu trong quá trình xây dựng PLCT, trong đó có đề cập sơ bộ các nội dung của pháp luật kiểm soát TTKT. Tuy nhiên, đây không phải là nghiên cứu chuyên sâu về TTKT và kiểm soát TTKT. Những phân tích của nghiên cứu này về kiểm soát TTKT cũng đã được thể hiện trong các quy định của LCT 2004.

Sách chuyên khảo “*Luật Cạnh tranh của Pháp và Liên minh châu Âu*” của tác giả Nguyễn Hữu Huyền xuất bản năm 2004 đã giới thiệu chung về LCT của Pháp và EU với những khái niệm cơ bản và có nội dung liên quan về TTKT. Từ trang 80 đến trang 88, tác giả đã giới thiệu khái quát về khái niệm TTKT (định nghĩa, tiêu chí của một vụ TTKT, xác định ngưỡng kiểm soát TTKT), tác động của TTKT đến cạnh tranh trên thị trường, thủ tục kiểm soát TTKT, chế tài áp dụng trong điều chỉnh pháp luật về TTKT ở Pháp. Tác giả cũng dành chương IV từ trang 170 đến trang 180 để giới thiệu về TTKT theo pháp luật EU với những kinh nghiệm thú vị cho Việt Nam về các tiêu chí xác định quyền kiểm soát, phân tích tác động kinh tế trong TTKT...

Sách chuyên khảo “*Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam*” của các tác giả Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn xuất bản năm 2006. Sách này đã giới thiệu một cách tổng quan về cạnh tranh, chính sách cạnh tranh và PLCT nhằm mục đích cung cấp những kiến thức cơ bản cho các doanh nghiệp, các nhà quản lý kinh tế và các nhà nghiên cứu về cạnh tranh. Trong sách có chương riêng về pháp luật kiểm soát TTKT, bước đầu phân tích bản chất của TTKT, nguyên nhân và tác động của TTKT đối với thị trường cạnh tranh. Do tài liệu này là tài liệu nghiên cứu thiên về giáo trình LCT nên vấn đề TTKT và kiểm soát TTKT chỉ là một nội dung được đề cập mà chưa phải là một nghiên cứu chuyên sâu.

Sách chuyên khảo “*Kiểm soát tập trung kinh tế - Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn tại Việt Nam*”³³ do Cục QLCT, Bộ Thương mại ấn hành đã giới thiệu một cách có hệ thống các nội dung của hoạt động TTKT và vấn đề kiểm soát hoạt động có tầm ảnh hưởng lớn đến sự tăng trưởng của nền kinh tế quốc dân. Bên cạnh phần tổng quan về kiểm soát TTKT, cuốn sách giới thiệu những vấn đề kỹ thuật về kiểm soát TTKT, kinh nghiệm kiểm soát TTKT tại Hoa Kỳ, EU, Nhật Bản, Liên bang Nga... Các nghiên cứu này có giá trị tham khảo quan trọng trong việc nghiên cứu, hoàn thiện các

³³ Cục QLCT, Bộ Thương mại (TS. Đinh Thị Mỹ Loan chủ biên) (2007), *Kiểm soát tập trung kinh tế - Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn tại Việt Nam*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

quy định của LCT 2004 về kiểm soát TTKT. Tuy nhiên, phần tổng quan về kiểm soát TTKT không phải là nội dung nghiên cứu trọng tâm của tài liệu này và vấn đề TTKT chưa được nghiên cứu một cách hệ thống và đi từ cơ sở lý luận của vấn đề.

Cục QLCT, Bộ Công thương đã có các báo cáo về TTKT tại Việt Nam kể từ năm 2009 đến nay. Đáng chú ý là Báo cáo TTKT Việt Nam năm 2012 đã khái quát thực trạng hoạt động TTKT tại Việt Nam giai đoạn 2009 - 2011; giới thiệu kinh nghiệm quốc tế về kiểm soát TTKT, nêu một số vấn đề trong thực thi quy định về kiểm soát TTKT ở Việt Nam với ba nhóm vấn đề chính là môi trường pháp lý, bất cập khi sử dụng thị phần làm tiêu chí đánh giá vụ việc TTKT, biện pháp khắc phục chưa thực sự phù hợp và nêu một số khuyến nghị liên quan đến phạm vi và hình thức TTKT cần kiểm soát, về ngưỡng kiểm soát TTKT, về đánh giá tác động cạnh tranh, về hoàn thiện quy trình thông báo TTKT... Báo cáo TTKT Việt Nam năm 2014 của Cục QLCT, Bộ Công thương khái quát thực trạng hoạt động TTKT tại Việt Nam giai đoạn 2012 - 2014; giới thiệu các văn bản quy phạm pháp luật mới ban hành, các vụ việc tham vấn và thông báo tới Cục QLCT; một số vụ việc điển hình và định hướng kiểm soát TTKT thời gian tới. Trong Báo cáo thường niên từ năm 2012 đến 2016 của Cục QLCT, Bộ Công thương, trong mục Thực thi pháp luật và chính sách cạnh tranh, kiểm soát các hoạt động TTKT có nêu một số vụ việc TTKT cụ thể Cục QLCT đã tiếp nhận hồ sơ thông báo và tham vấn. Trong Báo cáo rà soát các quy định của LCT 2004 và Báo cáo tóm tắt rà soát các quy định của PLCT do Cục QLCT công bố năm 2012 có chứa đựng các nội dung quan trọng liên quan đến pháp luật kiểm soát TTKT như tổng quan về PLCT tại Việt Nam, tổng quan về chính sách và quy định về kiểm soát TTKT, quy định và thực tiễn hoạt động TTKT ở Việt Nam, một số vấn đề trong thực thi pháp luật và kiến nghị... Tuy nhiên, báo cáo rà soát chưa làm rõ được những vướng mắc cụ thể trong quá trình áp dụng pháp luật về kiểm soát TTKT trong các ngành kinh tế điều tiết ở Việt Nam; thị phần, đánh giá tác động của TTKT và bỏ các quy định về miễn trừ có gì khác nhau ở các ngành kinh tế nói chung và các ngành kinh tế điều tiết nói riêng?

Đề tài Nghiên cứu khoa học cấp Bộ (năm 2012) do TS. Phạm Trí Hùng làm Chủ nhiệm “*Pháp luật điều chỉnh sáp nhập, mua lại ở Việt Nam*”. Đề tài này tập trung phân tích những vấn đề lý luận cơ bản về sáp nhập và mua lại doanh nghiệp, pháp luật điều chỉnh sáp nhập mua lại doanh nghiệp, thực trạng pháp luật và thực trạng áp dụng tại Việt Nam, tổng hợp kinh nghiệm của các nước để đưa ra những đề xuất hoàn thiện pháp luật điều chỉnh sáp nhập, mua lại ở Việt Nam. Mặc dù vậy, đề tài chỉ tập

trung nghiên cứu việc điều chỉnh hai hình thức TTKT phổ biến là sáp nhập, mua lại từ các góc độ pháp luật khác nhau như Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, LCT. Ngoài ra, nghiên cứu này chưa phân tích TTKT từ góc độ kinh tế học và kiểm soát TTKT kết hợp tư duy kinh tế và pháp lý cũng như được thực hiện khi Luật Doanh nghiệp 2005 và Luật Đầu tư 2005 đang có hiệu lực.

Đề tài Nghiên cứu khoa học cấp Trường (năm 2012) do TS. Phạm Trí Hùng làm Chủ nhiệm “*Pháp luật cạnh tranh Liên bang Nga và những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*” bên cạnh phần giới thiệu chung có dành riêng một chương để giới thiệu về kiểm soát TTKT theo PLCT Liên bang Nga, phân tích và rút ra một số bài học kinh nghiệm cho việc xây dựng và hoàn thiện PLCT Việt Nam. Tuy nhiên, nghiên cứu này mới chỉ dừng lại ở thực tiễn và cách tiếp cận về kiểm soát TTKT của một quốc gia là Liên bang Nga.

Đề tài Nghiên cứu khoa học sinh viên (năm 2015) “*Pháp luật Hoa Kỳ về kiểm soát tập trung kinh tế theo chiều dọc và hỗn hợp - Kinh nghiệm cho Việt Nam*” của nhóm tác giả Trần Ngọc Chính, Nguyễn Thục Anh, Nguyễn Công Danh, Nguyễn Tài Tuệ, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh đã giới thiệu những vấn đề cần chú trọng để bảo đảm tính hiệu quả trong xây dựng hệ thống kiểm soát TTKT; khảo sát chi tiết quy trình đánh giá vụ việc TTKT, quy trình phân tích hiệu quả kinh tế trong phân tích vụ việc TTKT và đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật Việt Nam. Nghiên cứu này mới chỉ dừng lại ở thực tiễn và cách tiếp cận về kiểm soát TTKT của Hoa Kỳ ở một phạm vi tương đối hạn chế.

Sách tham khảo “*Về trường phái kinh tế học pháp luật*” của Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp. Sách này đã trình bày về trường phái kinh tế học pháp luật và cách tiếp cận của trường phái này như một phương pháp nghiên cứu mới, có trong đó có giới thiệu những vấn đề chung, lược sử quá trình hình thành và phát triển của trường phái và nội dung cơ bản, các thiết chế sinh hoạt của trường phái kinh tế học pháp luật. Trong sách tham khảo này đã có ghi nhận rằng việc kết hợp giữa lý luận pháp luật với lý luận kinh tế cho tới những năm 60 của thế kỷ XX vẫn chỉ dừng lại ở phạm vi tương đối hẹp, đó là lĩnh vực PLCT và các quy định của Chính phủ điều tiết nền kinh tế (như thuế, giấy phép kinh doanh...). Đây vốn là các lĩnh vực mà những thuật ngữ nền tảng của nó như thị trường, thị phần, quyền lực thị trường, cạnh tranh, hiệu quả... là những thuật ngữ nền tảng của lĩnh vực kinh tế học. Ngoài ra, kinh tế học pháp luật đã thực sự trở thành trường phái lý luận pháp luật ở nhiều quốc gia trên thế giới. Trải qua quá trình hình thành và phát triển, trường phái này đã xác định được

tương đối rõ đối tượng và phương pháp nghiên cứu riêng với hệ thống phạm trù, khái niệm khá đặc trưng. Nghiên cứu này đã cung cấp những nền tảng lý luận bước đầu cho việc nghiên cứu TTKT và kiểm soát TTKT trên cơ sở kết hợp những luận thuyết và tư duy kinh tế học và pháp lý.

Đề tài Nghiên cứu khoa học cấp Trường do TS. Phạm Trí Hùng làm Chủ nhiệm “*Ứng dụng trường phái kinh tế học pháp luật trong nghiên cứu, giảng dạy pháp luật cạnh tranh*”. Đề tài đã tiếp tục giới thiệu trường phái kinh tế học pháp luật, khả năng ứng dụng trường phái này trong nghiên cứu, giảng dạy PLCT, làm rõ các vấn đề chung và vấn đề cụ thể của PLCT từ góc độ các lý luận và phương pháp của trường phái kinh tế học pháp luật. Nghiên cứu đã phân tích các khái niệm quan trọng của LCT liên quan đến kiểm soát TTKT từ góc độ kinh tế học như thị trường, cấu trúc thị trường, mức độ tập trung thị trường, rào cản đối với thị trường... Nghiên cứu đã chỉ ra rằng, việc đánh giá tác động cạnh tranh thường được các CQCT đánh giá trong các khuôn khổ thị trường có ý nghĩa về mặt kinh tế (thị trường liên quan). Thị trường liên quan được xác lập thông qua hai tiêu chí: sản phẩm hoặc nhóm sản phẩm là đối tượng của giao dịch (thị trường sản phẩm liên quan) và khu vực địa lý nơi giao dịch đó diễn ra (thị trường địa lý liên quan). Đặc biệt là nghiên cứu đã chỉ ra cách thức mà các CQCT của các nước ứng dụng phân tích kinh tế trong đánh giá tác động cạnh tranh của vụ việc TTKT theo chiều ngang, chiều dọc và hỗn hợp. Đây là nền móng quan trọng góp phần củng cố hướng nghiên cứu của luận án là hướng đến việc ứng dụng kết hợp tư duy kinh tế và pháp lý trong việc phân tích, đánh giá tác động kinh tế của vụ việc TTKT.

• *Nhóm các bài báo nghiên cứu*

Tác giả Bùi Xuân Hải (2003) trong bài “*Về mục tiêu và phạm vi điều chỉnh của Luật Cạnh tranh*”, *Tạp chí Khoa học pháp lý* (số 4) đã xác định các mục tiêu của LCT trong nền KTTT ở nước ta; đưa ra phương pháp luận và ý kiến cụ thể về phạm vi điều chỉnh của LCT. Tuy nhiên, bài viết này chỉ đề cập một nội dung quan trọng là cơ sở cho sự hình thành và vận hành của PLCT Việt Nam và chưa đi vào nghiên cứu cụ thể về pháp luật kiểm soát TTKT.

Tác giả Nguyễn Ngọc Sơn (2005) trong bài “*Xác định thị trường liên quan theo Luật Cạnh tranh 2004*”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp* (số 11) đã phân tích vấn đề xác định thị trường liên quan để làm căn cứ xác định thị phần và các chủ thể là đối thủ cạnh tranh của nhau trên thị trường liên quan, trên cơ sở này để xác định đối tượng và ngưỡng TTKT. Bài viết cũng đã chỉ ra những hạn chế và bất cập của các quy định pháp luật về xác định thị trường liên quan và thị phần. Đây là những cơ sở lý luận

quan trọng ban đầu để thực hiện kiểm soát TTKT. Tuy nhiên, do được thực hiện trong bối cảnh LCT 2004 vừa mới ra đời và chưa có nhiều vụ việc thực tiễn để minh chứng sự bất cập này, những kiến nghị của tác giả chủ yếu gắn liền với việc hoàn thiện quy định pháp luật về thị trường liên quan trong LCT Việt Nam.

Tác giả Nguyễn Ngọc Sơn (2006) trong bài tạp chí “*Kiểm soát tập trung kinh tế theo pháp luật cạnh tranh và vấn đề của Việt Nam*”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp* (số 79) đã trình bày tổng quan các vấn đề của kiểm soát TTKT ở Việt Nam. Trong đó, đáng chú ý nhất là những phân tích sâu và toàn diện về bản chất của TTKT, tầm quan trọng của việc kiểm soát TTKT và những luận cứ cho việc kiểm soát của pháp luật đối với TTKT. Tác giả cũng mới đặt vấn đề khoa học pháp lý và kinh tế học Việt Nam cần tiếp tục nghiên cứu một cách tổng quan và chi tiết về các tác động của TTKT đối với thị trường Việt Nam, nghiên cứu và dự báo tình hình TTKT trong thời gian tới để tìm kiếm các cơ chế, chính sách và pháp luật hợp lý hơn nữa. Mặc dù vậy, đây là cơ sở quan trọng để tiến hành nghiên cứu toàn diện về pháp luật kiểm soát TTKT tại Việt Nam.

Tác giả Nguyễn Như Phát (2007) trong bài tạp chí “*Các khía cạnh pháp lý của tập trung kinh tế và vai trò của cơ quan quản lý cạnh tranh*”, *Tạp chí Khoa học pháp lý* (số 4) đã phân tích những khía cạnh pháp lý của TTKT và đặc biệt nhấn mạnh vai trò của CQCT trong thực hiện kiểm soát TTKT. Đây là một trong những nghiên cứu đầu tiên về cơ chế kiểm soát TTKT. Đặc biệt, tác giả có cách tiếp cận quan trọng khi coi TTKT là nhu cầu và hiện tượng thông thường trong KTTT. Tuy nhiên, TTKT đến một mức độ nào đó có thể dẫn đến việc hình thành các doanh nghiệp độc quyền. Do đó, PLCT không phải có mục đích chống lại các vụ việc TTKT, trái lại là kiểm soát và loại trừ nguy cơ hình thành khả năng HCCT đáng kể trên thị trường. Đồng thời, tác giả cũng chỉ rõ pháp luật Việt Nam chưa thực sự thiết kế một cơ quan quản lý nhà nước cạnh tranh có thực lực và mang tính phán xử độc lập. Đây là thách thức lớn đặt ra trong quá trình hoàn thiện PLCT, hoàn thiện các thể chế thị trường và xu thế hội nhập kinh tế quốc tế.

Tác giả Phạm Trí Hùng và Hà Ngọc Anh (2012) trong bài tạp chí “*Khẳng định trách nhiệm bảo vệ cạnh tranh của Nhà nước khi sửa đổi Hiến pháp 1992*”, *Tạp chí Khoa học pháp lý* (số 3) từ các căn cứ lý luận và thực tiễn, các tác giả đã khẳng định vai trò của Nhà nước trong bảo vệ cạnh tranh, đây chính là cơ sở khẳng định vai trò của Nhà nước trong kiểm soát TTKT. Tuy nhiên, nghiên cứu này mới dừng lại ở những vấn đề chung mang tính nguyên tắc mà không đi sâu vào các vấn đề cụ thể của pháp luật kiểm soát TTKT cũng như hoàn thiện khung pháp lý về kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

1.1.2. Tình hình nghiên cứu ở nước ngoài

Ở nước ngoài đã có một số công trình nghiên cứu tổng quan về chính sách và PLCT nói chung và pháp luật kiểm soát TTKT nói riêng.

Ở phạm vi quốc tế, đáng kể nhất là các tài liệu của các tổ chức quốc tế như Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), Diễn đàn Thương mại và phát triển Liên Hiệp Quốc (UNCTAD). Cụ thể, tài liệu “*Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*” (Từ điển thuật ngữ kinh tế công nghiệp và LCT) của OECD có chứa đựng giải nghĩa các thuật ngữ về cạnh tranh và PLCT như TTKT, chỉ số TTKT, kiểm soát doanh nghiệp, sáp nhập, mua lại... Tài liệu này giúp tra cứu các thuật ngữ cần thiết và có được một cái nhìn chung về các nội dung liên quan. Theo tài liệu này có bốn góc nhìn đối với khái niệm TTKT: (i) tập trung tổng hợp; (ii) tập trung công nghiệp hay tập trung quyền lực thị trường; (iii) tập trung tiêu dùng và (iv) tập trung tài sản. Tập trung công nghiệp hoặc tập trung quyền lực thị trường cho thấy rằng mức độ tập trung thị trường sẽ tạo thuận lợi cho các công ty tham gia vào hoạt động độc quyền, dẫn đến phân bổ sai nguồn lực và hiệu quả kinh tế kém. Tập trung thị trường trong bối cảnh này được sử dụng như một chỉ số có thể của sức mạnh thị trường³⁴. Lý luận về tập trung thị trường cũng như các khái niệm liên quan là cơ sở để nghiên cứu những vấn đề lý thuyết về TTKT như bản chất, đặc điểm của TTKT, đặc biệt nhìn từ góc độ kinh tế.

OECD cũng đưa ra những gợi ý về khuôn khổ cho việc xây dựng, thực thi luật và chính sách cạnh tranh trong tài liệu “*A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*”³⁵. Trong tài liệu này có chương cụ thể liên quan đến TTKT dưới tên gọi mergers (sáp nhập), qua đây cho thấy cách tiếp cận phổ biến để kiểm soát TTKT trên thế giới không gọi trực tiếp là kiểm soát TTKT như trong pháp luật Việt Nam mà thông qua các thuật ngữ kiểm soát sáp nhập, mua lại và gắn với khái niệm kiểm soát tập trung quyền lực thị trường (*market power*). Tài liệu cũng lý giải ảnh hưởng đến cạnh tranh của TTKT theo chiều ngang, trình bày các bước trong phân tích vụ việc sáp nhập... Tài liệu này có thể sử dụng để đối chiếu với quy định của PLCT Việt Nam về kiểm soát TTKT để đưa ra những kết luận về tính tương thích của PLCT Việt Nam với khuôn khổ chung này.

³⁴ OECD (1993), *lđđ* 23.

³⁵ OECD (1998), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* <http://documents.worldbank.org/curated/en/977331468759588195/pdf/multi-page.pdf>, ngày 23/08/2016. Tài liệu này đã được dịch sang tiếng Việt với tựa là *Khuôn khổ cho việc xây dựng và thực thi Luật và Chính sách cạnh tranh*, xuất bản tại Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.

Năm 2010, UNCTAD đã đưa ra Luật mẫu về cạnh tranh (sửa đổi)³⁶ và đưa ra tổng quan kinh nghiệm áp dụng và thực hiện Luật mẫu về cạnh tranh, trong đó có bình luận về từng điều khoản cụ thể và giới thiệu quy định liên quan trong pháp luật các nước nói chung và khái niệm sáp nhập và mua lại nói riêng³⁷. Luật mẫu về cạnh tranh một lần nữa cho thấy cách tiếp cận phổ biến trên thế giới là thực hiện việc kiểm soát TTKT thông qua điều chỉnh sáp nhập và mua lại, theo Luật mẫu về cạnh tranh, ngoài các hình thức TTKT như trong pháp luật Việt Nam, còn có hình thức TTKT thông qua việc một cá nhân kiêm nhiệm chức vụ quản lý ở nhiều doanh nghiệp khác nhau. Đây là những cơ sở giúp xây dựng khung pháp lý điều chỉnh hoạt động TTKT tại Việt Nam.

Tài liệu “*Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*”³⁸ (Định nghĩa giao dịch để đánh giá các doanh nghiệp sáp nhập) của Ủy ban cạnh tranh thuộc OECD đã đưa ra một cách tổng quan định nghĩa về giao dịch nhằm mục đích đạt sự kiểm soát một doanh nghiệp khác (giao dịch sáp nhập). Định nghĩa giao dịch sáp nhập đóng một vai trò quan trọng trong kiểm soát sáp nhập nói riêng và kiểm soát TTKT nói chung một cách hiệu quả và minh bạch. Quy định về ngưỡng thị phần phải thông báo được sử dụng đối với các giao dịch đã có đầy đủ các dấu hiệu của TTKT, định nghĩa giao dịch sáp nhập được sử dụng để xác định những giao dịch tuy không có đầy đủ các dấu hiệu của TTKT nhưng có bản chất là sáp nhập, tức là các giao dịch mà kết quả của nó là có sự kết hợp bền vững của các tài sản trước đây độc lập với nhau, các giao dịch có khả năng mâu thuẫn với các mục tiêu của chính sách và PLCT. Tài liệu cũng giới thiệu về quy định liên quan trong pháp luật của các nước trên thế giới sẽ có giá trị tham khảo cao khi xây dựng, làm rõ khái niệm “mua lại” trong PLCT Việt Nam.

Trong các nghiên cứu ở Hoa Kỳ và EU có xu hướng phổ biến tiếp cận chính sách và PLCT từ góc độ kinh tế học pháp luật.

Tại Hoa Kỳ, tiêu biểu là công trình nghiên cứu “*Market Power in Antitrust Cases*” (Quyền lực thị trường trong các vụ việc chống độc quyền)³⁹. Trong nghiên

³⁶ UNCTAD (2000) *The Model Law on Competition*, tài liệu truy cập tại địa chỉ <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>, ngày 24/08/2016. Luật mẫu về cạnh tranh được UNCTAD đưa ra lần đầu năm 2000.

³⁷ Cụ thể: “*Sáp nhập và mua lại có nghĩa là một tình huống, trong đó giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp thực hiện giao dịch hợp pháp về mặt pháp lý, thông qua đó các công ty kết hợp một cách hợp pháp quyền sở hữu đối với tài sản trước đó được kiểm soát một cách riêng biệt. Những tình huống này bao gồm mua lại, liên doanh và các hình thức giành quyền kiểm soát khác*”. Xem tldđ 23.

³⁸ The OECD Competition Committee (2013), *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, June 2013*, tài liệu truy cập tại địa chỉ: www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf, ngày 10/6/2016.

³⁹ William M. Landes và Richard A. Posner (1981), *Market Power in Antitrust Cases*, *Harvard Law Review*, Vol. 94, No. 5., tr. 937-996.

cứu này, các tác giả William M. Landes và Richard A. Posner đã đưa ra những phân tích kinh tế về quyền lực thị trường, cung cấp nền tảng cần thiết để áp dụng cho các trường hợp cụ thể và cho xây dựng các chính sách chống độc quyền. Các tác giả đã sử dụng phương pháp tiếp cận kinh tế của họ để làm sáng tỏ những vấn đề của thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan, đo lường sức mạnh thị trường phát sinh từ các vụ sáp nhập và trong các ngành công nghiệp cụ thể.

Trong cuốn sách “*Global Competition Law and Economic*” (Kinh tế học pháp luật cạnh tranh quốc tế), các tác giả Einer Elhauge, Damien Geradin đã khảo sát khung khổ pháp lý của pháp luật chống độc quyền chủ yếu của Hoa Kỳ và EU từ góc độ kinh tế học, trong đó dành một phần đáng kể từ trang 799 đến trang 1011 để nghiên cứu về sáp nhập theo chiều ngang, chiều dọc và đường chéo. Nghiên cứu tổng thể này cho thấy cách tiếp cận kiểm soát TTKT thông qua kiểm soát sáp nhập doanh nghiệp dựa trên các phân tích từ góc độ kinh tế như ảnh hưởng đơn phương, ảnh hưởng về vị trí thống lĩnh thị trường, rào cản gia nhập thị trường, hiệu quả và khối lượng của tài sản sáp nhập, sự phòng vệ của các công ty mục tiêu, mối quan hệ với sức mạnh thị trường của bên mua... Nghiên cứu chuyên sâu của Einer Elhauge và Damien Geradin cho thấy xu hướng của PLCT hiện đại gắn với toàn cầu hóa và dựa trên những cơ sở của kinh tế học.

Trong tài liệu “*Business Concentration and Price Policy*” (TTKT và chính sách giá cả), ở chương Measures of Monopoly Power and Concentration: Their Economic Significance⁴⁰ (Các biện pháp tập trung và quyền lực của các doanh nghiệp độc quyền: tầm ảnh hưởng kinh tế của các biện pháp) tác giả John Perry Miller đã phân tích ý nghĩa của TTKT gắn với quyền lực thị trường. Qua nghiên cứu của Miller, có thể thấy kiểm soát TTKT phải đặt trong trạng thái động của nền kinh tế với những biến động của thị trường ảnh hưởng đến sức mạnh kinh tế của doanh nghiệp. Nghiên cứu này có ý nghĩa quan trọng trong việc nhìn nhận bản chất của kiểm soát TTKT và gắn với những yếu tố khác của nền kinh tế có tác động đến sức mạnh kinh tế của các doanh nghiệp sau TTKT để từ đó có sự nhìn nhận chính xác hơn về tác động mà vụ việc TTKT sẽ đem lại.

Trong các tài liệu như “*Public regulation of Business*”⁴¹, “*Business Law and Regulatory Environment: Concepts and Cases*”⁴², “*The Legal and Regulatory*

⁴⁰ National Bureau of Economic Research (1955), *Business Concentration and Price Policy*, Princeton University Press, tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://www.nber.org/chapters/c0957.pdf>, ngày 12/7/2016.

⁴¹ Dudley F. Fegrum (1965), *Public regulation of Business*.

⁴² Richard D Irwin (8th edition, 1991), *Business Law and Regulatory Environment: Concepts and Cases*, McGraw - Hill.

Environment of Business”⁴³ (Quy định chung về kinh doanh, Luật Kinh doanh và môi trường luật pháp: khái niệm và trường hợp cụ thể; môi trường luật pháp điều tiết kinh doanh) thể hiện cách tiếp cận về kiểm soát TTKT ở Hoa Kỳ như một hình thức điều chỉnh của Nhà nước, điều chỉnh công đối với doanh nghiệp và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Trong các tài liệu nêu trên, không trực tiếp nhắc đến TTKT mà sử dụng thuật ngữ Mergers (sáp nhập) để chỉ hiện tượng này. Cuốn sách của Dudley F. Fegrum, đề cập đến pháp luật chống độc quyền trong một phần riêng, với nội dung liên quan đến kiểm soát TTKT - Judicial enforcement: Mergers and Consolidations under The Sherman Act (Biện pháp pháp lý: Sáp nhập và Hợp nhất trong đạo luật Sherman) thể hiện cách tiếp cận chung của các nhà nghiên cứu Hoa Kỳ là gắn kiểm soát TTKT với luật cụ thể (The Sherman Act 1890) và các án lệ liên quan⁴⁴.

Tại Chương 6 sách “*Mergers & Acquisition From A to Z*” (Sáp nhập và mua bán từ A đến Z) của Andrew J. Sherman, Milledge A. Hart⁴⁵ có trình bày về các quy định của pháp luật Hoa Kỳ liên quan đến điều chỉnh sáp nhập như hình thức TTKT, đặc biệt là nội dung của Đạo luật Hart Scott Rodino vào năm 1976 được sửa đổi bổ sung vào năm 2000 (Đạo luật HSR) liên quan đến quy tắc báo cáo khi thực hiện sáp nhập về quy mô của giao dịch, quy mô của các bên, chi phí báo cáo, thời gian chờ đợi, thủ tục và trình tự phê duyệt... Đạo luật HSR quy định việc thông báo TTKT, cung cấp thông tin và quy định cơ quan có thẩm quyền được ngăn chặn việc TTKT nhằm đánh giá và phân tích ảnh hưởng của vụ việc TTKT đó. Nghiên cứu này là cơ sở để tìm hiểu những nội dung cơ bản của pháp luật kiểm soát TTKT tại Hoa Kỳ và rút ra những kinh nghiệm quý báu cho Việt Nam.

Tại châu Âu, giáo trình “*Competition Policy: Theory and Practice*” (Chính sách cạnh tranh: Lý luận và thực tiễn)⁴⁶ của Massimo Motta là một trong những cuốn sách đầu tiên cung cấp một cách có hệ thống lý luận của kinh tế học chống độc quyền và chính sách cạnh tranh trong bối cảnh toàn cầu. Cuốn sách được viết dựa trên các tài liệu của tổ chức công nghiệp và phân tích ban đầu với các vấn đề quan trọng như các liên kết tập đoàn, liên doanh, sáp nhập, hợp đồng liên kết, ấn định giá bất hợp lý, loại

⁴³ O. Lee Reed, Peter J. Shedd, Jere W. Morehead and Robert N. Corley (12th edition, 2002), *The Legal and Regulatory Environment of Business*, McGraw - Hill Book Company.

⁴⁴ Như *Northern Securities Company v. United States* (1904), *Standard Oil Company of New Jersey, et al v. United States* (1911), *United States v. American Tobacco Company* (1911)...

⁴⁵ Andrew J. Sherman, Milledge A. Hart (2006), *Mergers & Acquisition From A to Z*. Sách này đã được dịch sang tiếng Việt, “Mua lại và sáp nhập từ A đến Z”, Nxb. Tri Thức, năm 2009.

⁴⁶ Massimo Motta (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Oxford University Press, tài liệu truy cập tại địa chỉ: www.cea.fi/course/textbook/chapter_1.pdf, ngày 18/02/2016.

bỏ đối thủ và phân biệt giá với những đề xuất chính sách về các vấn đề này. Chương một của cuốn sách tiếp cận phúc lợi xã hội như đối tượng cơ bản của chính sách cạnh tranh bên cạnh các đối tượng khác như quyền lợi người tiêu dùng, các doanh nghiệp nhỏ, sự hỗ trợ gia nhập thị trường, tự do kinh doanh, chống lạm phát... đưa ra những gợi ý quan trọng cho định hướng chính sách cạnh tranh Việt Nam nói chung và chính sách kiểm soát TTKT nói riêng.

Các tác giả Simon Bishop và Mike Walker trong công trình “*The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*” (Kinh tế trong LCT của cộng đồng châu Âu: những khái niệm, thực tiễn và khuôn khổ) đã nghiên cứu PLCT của EU từ góc độ kinh tế học pháp luật đưa ra khái niệm cạnh tranh, hiệu quả của cạnh tranh; phân tích những lợi ích của cạnh tranh đối với sản xuất, đưa ra luận điểm về xây dựng mô hình cạnh tranh hiệu quả. Các tác giả cung cấp tổng quan về lý thuyết kinh tế và phân tích sự áp dụng chúng trong PLCT của châu Âu. Qua đó cho thấy thực tế là các CQCT đã chuyển sang áp dụng nhiều khái niệm dựa trên nền tảng tư duy kinh tế nhằm giải quyết các vấn đề như: cạnh tranh có ý nghĩa gì? Lợi ích kinh tế mà cạnh tranh phải mang lại là gì? cạnh tranh “có hiệu quả” là như thế nào và bằng cách nào để đo lường được hiệu quả kinh tế... Những vấn đề này có ý nghĩa quan trọng trong việc nghiên cứu hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT sử dụng sự kết hợp giữa tư duy kinh tế và pháp lý.

Trong tập hợp các công trình “*Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*”⁴⁷ (Kinh tế học và LCT: Sự phát triển của chính sách cạnh tranh và biện pháp chống độc quyền), các tác giả cũng đã khảo sát pháp luật và chính sách cạnh tranh từ góc độ kinh tế học pháp luật với những đề tài về cơ sở kinh tế của kiểm soát sáp nhập, đánh giá sự điều chỉnh của PLCT. Trong tập hợp các công trình này có nghiên cứu “*The Economic Foundations of Merger Control*” (Các cơ sở kinh tế của kiểm soát các doanh nghiệp sáp nhập) của tác giả Massimo Motta. Tác giả giới thiệu tổng quan về chính sách của cộng đồng châu Âu đối với doanh nghiệp sáp nhập, đặc biệt nhấn mạnh những thay đổi gần đây trong quy định kiểm soát các doanh nghiệp sáp nhập của cộng đồng châu Âu, phân tích các tác động theo chiều ngang và chiều dọc đối với các doanh nghiệp sáp nhập theo quan điểm của kinh tế học hiện đại, tóm tắt những tác động của các doanh nghiệp sáp nhập

⁴⁷ Abel M. Mateus and Teresa Moreira (edited, 2007), *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, Kluwer Law, Netherlands.

mà học thuyết kinh tế học hiện đại đã chỉ ra, phân tích quy định của cộng đồng châu Âu trong kiểm soát các doanh nghiệp sáp nhập và quá trình thực thi các quy định này. Có thể tham khảo nghiên cứu này để vận dụng xem xét những cơ sở kinh tế của pháp luật kiểm soát TTKT Việt Nam.

Tại Pháp, công trình nghiên cứu quan trọng liên quan đến chính sách và PLCT là bộ sách ba tập “*Politique et Pratique du Droit de la Concurrence en France*” (Chính sách và thực tiễn pháp luật cạnh tranh của Pháp) của tác giả Dominique Brault⁴⁸ trình bày về các vấn đề như: điều kiện về cơ cấu kinh tế bảo đảm cho sự vận hành của cạnh tranh; các thiết chế thực thi PLCT, thẩm quyền và mối quan hệ giữa các thiết chế; điều tra vụ việc cạnh tranh và thủ tục giải quyết vụ việc cạnh tranh, các biện pháp xử lý trong và sau quá trình tố tụng cạnh tranh... Tác giả đã dành mục II, III, IV của chương I, thiên I, tập 1 của bộ sách để khảo cứu về kiểm soát mang tính phòng ngừa đối với TTKT trong pháp luật Pháp, kiểm soát TTKT trong pháp luật của EU và những quy định riêng về thủ tục kiểm soát TTKT áp dụng đối với một số lĩnh vực đặc biệt. Những nghiên cứu này có vai trò quan trọng trong việc nghiên cứu về bản chất, cơ sở lý luận, nguyên lý vận hành và mô hình của pháp luật về kiểm soát TTKT tại Cộng hòa Pháp và Liên minh châu Âu.

Đối với Canada, nghiên cứu có giá trị tham khảo là Bình luận của các luật gia của công ty luật Stikeman Elliot⁴⁹ đối với các nội dung cơ bản, trong đó có nội dung chuyên sâu về xem xét các vụ sáp nhập như hành vi TTKT. Bình luận 7: Xem xét các vụ sáp nhập đưa ra những thông tin hữu ích về góc tiếp cận của PLCT Canada liên quan đến kiểm soát TTKT⁵⁰. PLCT Canada cung cấp những kinh nghiệm tốt cho Việt Nam trong xác định phạm vi những giao dịch sáp nhập phải thông báo không dựa vào thị phần thị trường liên quan mà dựa trên độ lớn của tài sản, tổng doanh thu từ việc bán hàng...

Ở Liên bang Nga, TTKT được tiếp cận chủ yếu dưới góc độ kinh tế và pháp lý. Từ góc độ kinh tế, luận án tiến sĩ khoa học kinh tế của Burganov R.A nghiên cứu các vấn đề lý thuyết và thực tiễn của TTKT, đề cập từ phương pháp nghiên cứu TTKT,

⁴⁸ Dominique Brault (2004), *Politique et Pratique du Droit de la Concurrence en France*, Nxb. L.G.D.J. Bộ sách này đã được dịch sang tiếng Việt, Dominique Brault (2006), *Chính sách và thực tiễn PLCT của Cộng hòa Pháp*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.

⁴⁹ Các bình luận này đã được dịch sang tiếng Việt, tập hợp trong Cơ quan phát triển quốc tế Canada và Bộ Thương mại Việt Nam (2004), *LCT Canada và Bình luận*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.

⁵⁰ Trước năm 1986, việc một phía tham gia vào một vụ sáp nhập dẫn đến làm giảm cạnh tranh, gây tổn hại hoặc đi ngược lại với lợi ích của công chúng có nghĩa là phạm tội hình sự. Từ năm 1986, với việc áp dụng các quy định về những tập quán xét xử dân sự vào luật, các vụ sáp nhập phản cạnh tranh đã được “phi hình sự hóa” và một hệ thống điều tiết dân sự đối với việc khai báo và xem xét các vụ sáp nhập đã được hình thành.

TTKT và xu thế độc quyền, TTKT trong bối cảnh toàn cầu hóa⁵¹. Luận án này có giá trị để tham khảo chuyên sâu và toàn diện về TTKT, tuy nhiên chủ yếu tiếp cận TTKT với nghĩa kinh tế cổ điển là tập trung sản xuất chứ không đề cập đến góc độ quan trọng mà PLCT quan tâm là TTKT với nghĩa tập trung quyền lực kinh tế, quyền lực thị trường.

Trong các nghiên cứu khoa học pháp lý liên quan ở Liên bang Nga, kiểm soát TTKT được tiếp cận chủ yếu như một loại kiểm soát của Nhà nước đối với hoạt động của các chủ thể kinh doanh. Trong Giáo trình Luật Công ty do Sitkina I.C chủ biên có dành riêng một phần trong Chương VII “*Pháp luật điều chỉnh sự phụ thuộc liên kết kinh tế của chủ thể kinh doanh*” để trình bày về kiểm soát TTKT⁵². Giáo trình đưa ra phân tích ngắn gọn về những vấn đề cơ bản của kiểm soát TTKT như khái niệm TTKT; cơ sở, đối tượng, tiêu chí kiểm soát TTKT, tiền kiểm và hậu kiểm, kiểm soát việc mua cổ phần, phần vốn góp, hành động của cơ quan chống độc quyền, hậu quả pháp lý của vi phạm pháp luật chống độc quyền. Qua đây, có thể thấy thuật ngữ TTKT không được sử dụng phổ biến trong các nghiên cứu ở phương tây nhưng được đưa vào pháp luật Việt Nam là có nguồn gốc từ nghiên cứu về PLCT Liên bang Nga. Giáo trình tuy tập trung chủ yếu về những vấn đề của công ty nhưng là những gợi mở ban đầu cho những nghiên cứu tiếp tục, chuyên sâu về từng vấn đề liên quan đến kiểm soát TTKT.

Giáo trình LCT của Tochiuchev K. Iu. dành một chương (Chương 9 Phần 2) để trình bày về kiểm soát nhà nước đối với TTKT trên thị trường hàng hóa và tài chính, và chia hoạt động kiểm soát này thành: (i) kiểm soát đối với thành lập, tổ chức lại chủ thể kinh doanh; (ii) kiểm soát đối với việc tuân thủ pháp luật chống độc quyền trong mua cổ phần, phần vốn góp của chủ thể kinh doanh; (iii) kiểm soát nhà nước đối với TTKT trên thị trường dịch vụ tài chính; (iv) phá bỏ độc quyền và bắt buộc chia, tách các chủ thể kinh doanh⁵³. Giáo trình cung cấp những kiến thức cơ bản về kiểm soát TTKT, khẳng định cách tiếp cận về kiểm soát TTKT như hoạt động của cơ quan hành chính nhà nước, là cơ sở để nghiên cứu chuyên sâu theo định hướng từ cách tiếp cận này.

⁵¹ Бурганов Р. А. (2004), *Экономическая концентрация (Теория и хозяйственная практика)*: Дис.д-ра экон. наук, Москва. (Burganov R.A (2004), *Tập trung kinh tế (Lý thuyết và thực tiễn kinh tế)*, Luận án Tiến sĩ khoa học kinh tế, Moskva).

⁵² Шиткина И.С. (2007), *Корпоративное право*, М. "Волтерс Клувер". Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://uristinfo.net/korporativnoe-pravo/128-isshitkina-korporativnoe-pravo.html>, ngày 23/05/2016 (Sitkina I.C (2007), *Luật Công ty*, Moskva, Wolters Kluwer).

⁵³ Тотьев К. Ю. (2003), *Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополии)*: Учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. - М. Изд-во РДЛ. 2003. (Totiev K. Yu (2003), *LCT (Pháp luật điều chỉnh hoạt động của các chủ thể cạnh tranh và độc quyền)*, Sách giáo khoa cho các trường đại học, tái bản lần thứ hai có sửa chữa và bổ sung, Moskva, Nxb. RDL).

Luận án tiến sĩ luật học của Pavlov S.A. đã nghiên cứu so sánh sự kiểm soát của Nhà nước đối với TTKT theo pháp luật Liên bang Nga, Hoa Kỳ và EU, nhấn mạnh chủ thể của hoạt động kiểm soát này là Nhà nước và đối tượng của hoạt động kiểm soát được xác định là các hình thức TTKT⁵⁴. Luận án cũng nhấn mạnh ý nghĩa của kiểm soát nhà nước đối với TTKT nhằm mục đích bảo vệ cạnh tranh, đưa ra phân tích về mối liên hệ giữa các khái niệm “sáp nhập và mua lại”, “tập trung kinh tế”, là tài liệu tham khảo hữu ích khi nghiên cứu cơ sở lý luận của kiểm soát TTKT.

Bài nghiên cứu “*Kiểm soát nhà nước đối với tập trung tư bản*”⁵⁵ của tác giả Kabillu A.M. đăng trên Tạp chí Thông tin kinh tế Donbas số 2 năm 2009 đưa ra phân tích so sánh luật và kinh nghiệm của các nước trên thế giới như Hoa Kỳ, Nhật, Liên bang Nga và EU nói chung và đặc biệt trong xác định ngưỡng kiểm soát TTKT. Trong bài báo cũng đưa ra thông tin, số liệu về thực trạng kiểm soát TTKT ở Ucraina là tài liệu tham khảo về kinh nghiệm kiểm soát TTKT của các quốc gia trong quá trình chuyển sang KTTT.

Nghiên cứu của các nhà khoa học Liên bang Nga cho thấy cần tiếp cận chủ đề pháp luật kiểm soát TTKT từ góc độ hoạt động kiểm soát của Nhà nước, như một hình thức kiểm soát của Nhà nước đối với hoạt động của doanh nghiệp. Cách tiếp cận này tương đồng với cách tiếp cận của các nhà khoa học ở các nước phương tây, đặc biệt là ở Hoa Kỳ nhìn nhận kiểm soát sáp nhập như sự điều chỉnh công nhằm bảo vệ quyền lợi công cộng.

Tại khu vực Đông Nam Á, tài liệu “*ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy*” (Hướng dẫn khu vực của ASEAN về chính sách cạnh tranh - Hướng dẫn)⁵⁶ đưa ra những hướng dẫn dựa trên kinh nghiệm và thông lệ quốc tế tốt nhất với mục đích tạo ra một môi trường cạnh tranh công bằng trong ASEAN nhằm tăng cường và đẩy nhanh sự phát triển của chính sách cạnh tranh quốc gia trong mỗi

⁵⁴ Павлов С. А. (2011), *Государственный антимонопольный контроль экономической концентрации в Российской Федерации, Соединенных Штатах Америки и Европейском Союзе: Сравнительно-правовой анализ*, Дис. канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, (Pavlov S. A (2011), *Kiểm soát chống độc quyền Nhà nước đối với tập trung kinh tế tại Liên bang Nga, Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu: phân tích so sánh luật*, Luận án Tiến sĩ Luật, Rostov na Don).

⁵⁵ A. M. Кабиллу, г. Маприуполь, Государственный контроль за концентрацией капитала (Kiểm soát nhà nước đối với tập trung tư bản), tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://dspace.nbu.gov.ua/bitstream/handle/123456789/23149/11-Kabillu.pdf?sequence=1>, ngày 21/07/2015.

⁵⁶ ASEAN (2007), *ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy* (Hướng dẫn khu vực của ASEAN về chính sách cạnh tranh), tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://www.asean.org/images/2012/publications/ASEAN%20Regional%20Guidelines%20on%20Competition%20Policy.pdf>, ngày 27/11/2015.

nước thành viên ASEAN⁵⁷. Hướng dẫn đề cập các mục tiêu và nội dung cơ bản của chính sách và PLCT, các hành vi bị cấm trong đó có hành vi sáp nhập gây HCCT.

1.1.3. Đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu

Nếu vấn đề kiểm soát TTKT trong nghiên cứu của thế giới là khá đa dạng và phong phú thì số lượng các công trình nghiên cứu về kiểm soát TTKT theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện không nhiều. Thực tế chưa có công trình nào nghiên cứu một cách toàn diện, tổng thể cả về lý luận và thực tiễn mà chỉ nghiên cứu một hành vi hoặc một hiện tượng cụ thể hoặc nghiên cứu trong tổng thể các hành vi HCCT nói chung. Các nghiên cứu của Việt Nam về kiểm soát TTKT ở nước ngoài phần lớn là viết về khía cạnh áp dụng chính sách cạnh tranh của EU, Hoa Kỳ trong lĩnh vực pháp luật này.

Từ việc nghiên cứu các công trình khoa học trong và ngoài nước liên quan đến đề tài luận án có thể rút ra một số kết luận sau đây:

Thứ nhất, đối với các nghiên cứu ở ngoài nước.

Một là, về bản chất của TTKT.

Các nghiên cứu ngoài nước đều thống nhất coi TTKT, mặc dù tồn tại dưới nhiều cách gọi khác nhau như sáp nhập, mua bán doanh nghiệp, chuyển nhượng, tái cơ cấu, tái cấu trúc và quyền sở hữu của doanh nghiệp ..., về bản chất là hoạt động bình thường của các doanh nghiệp nhằm mục đích giành quyền kiểm soát, chi phối doanh nghiệp hoặc bộ phận doanh nghiệp. TTKT cũng có thể là việc hai hay nhiều doanh nghiệp cùng liên kết lại với nhau nhằm mục đích nâng cao năng lực cạnh tranh và hiệu quả hoạt động, hoạt động này không thuần túy là việc sở hữu một phần vốn góp hoặc cổ phần trong doanh nghiệp của các nhà đầu tư. Các nghiên cứu cũng thống nhất với nhau rằng, TTKT là một hiện tượng bình thường trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp và là một nội dung của quyền tự do kinh doanh, hoạt động này không chỉ được điều chỉnh bởi PLCT mà còn được ghi nhận và có sự liên hệ với pháp luật về doanh nghiệp, pháp luật đầu tư, chứng khoán.

Hai là, về tác động của vụ TTKT.

Các nghiên cứu đã khẳng định rằng, TTKT không đương nhiên dẫn đến tác động làm suy giảm cạnh tranh mà những tác động của việc TTKT nằm ở góc độ “khả năng” gây HCCT. Một vụ TTKT không chỉ bao gồm các tác động tiêu cực mà còn có cả tác

⁵⁷ Trong Hướng dẫn, chính sách cạnh tranh được định nghĩa là những biện pháp của Chính phủ mà trực tiếp ảnh hưởng đến hành vi của các doanh nghiệp và cấu trúc của ngành công nghiệp và thị trường. Chính sách cạnh tranh cơ bản bao gồm hai nhóm, nhóm đầu tiên liên quan đến việc đưa ra một tập hợp các chính sách thúc đẩy cạnh tranh; và nhóm thứ hai là LCT - đề cập đến hành vi vi phạm pháp luật nhằm kiểm soát hay cấm chống hành vi cạnh tranh. Xem ASEAN (2007), *tlđd* số 56.

động tích cực. Chính vì vậy, thái độ của CQCT là cần đánh giá một cách khách quan và tập trung vào việc xem xét liệu giao dịch TTKT đó có khả năng dẫn đến gây tác động HCCT trong tương lai hay không. Các nghiên cứu cũng đã chỉ ra rằng, cơ chế xem xét vụ việc TTKT theo cơ chế tiền kiểm (*ex ante*) mà không phải hậu kiểm (*ex post*) nhằm xác định nguy cơ dẫn đến HCCT và loại trừ khả năng đó ngay từ đầu bằng các biện pháp khắc phục.

Ba là, về đánh giá tác động của vụ TTKT.

Các nghiên cứu đều đã chỉ ra rằng việc đánh giá tác động của vụ TTKT là quá trình phức tạp mà trong đó CQCT sẽ sử dụng các công cụ đánh giá tác dựa trên cơ sở kết hợp tư duy pháp lý và tư duy kinh tế. Trong đó, các vấn đề đánh giá sức mạnh thị trường, các tác động mà vụ việc TTKT đem lại hay việc áp dụng ngưỡng thông báo kiểm soát TTKT là những vấn đề sử dụng đến phương pháp phân tích, đánh giá về kinh tế. Do đó, mặc dù PLCT là phương tiện được Nhà nước sử dụng để điều chỉnh các hoạt động TTKT trên thị trường, đây là một quá trình phức tạp đòi hỏi việc vận dụng không những kiến thức và tư duy pháp lý mà còn là kiến thức, tư duy kinh tế. Đồng thời, các nghiên cứu cũng đã cho thấy xu hướng của PLCT hiện đại gắn liền với bối cảnh toàn cầu hóa, hội nhập quốc tế và dựa trên những cơ sở của kinh tế học.

Bốn là, về vai trò của CQCT trong việc kiểm soát TTKT.

Các nghiên cứu cũng đã chứng minh rằng, việc kiểm soát hoạt động TTKT chỉ thực sự có hiệu quả khi được thực hiện bởi một CQCT độc lập và có thực quyền. Các nghiên cứu đã cho thấy có nhiều mô hình CQCT khác nhau, nhìn chung CQCT có thể thuộc về Quốc hội, Chính phủ hoặc cơ quan cấp Bộ... Cho dù được thiết lập ở hình thức nào đi nữa thì xu hướng chung của các quốc gia trên thế giới là xây dựng CQCT có đủ quyền lực. Để có được điều đó, CQCT cần phải đảm bảo tính độc lập trong hoạt động của mình, không nhất thiết phải độc lập, riêng rẽ về mặt tổ chức mà yếu tố cốt lõi là phải độc lập thực sự về hoạt động cũng như nhiệm vụ, quyền hạn. Để có thể thực thi một cách có hiệu quả chức năng là cơ quan kiểm soát TTKT, cơ quan này cần có đầy đủ các thẩm quyền để thực thi nhiệm vụ bên cạnh phải được hỗ trợ đáp ứng yêu cầu về nguồn lực.

Thứ hai, đối với các nghiên cứu ở trong nước.

Một là, về mục tiêu của LCT nói chung và chế định kiểm soát TTKT nói riêng.

Các nghiên cứu ít nhiều cũng đã cho thấy tầm quan trọng của việc xác định mục tiêu của pháp luật và chính sách cạnh tranh. Mặc dù vậy, ở Việt Nam những phân tích về mục tiêu của LCT nói chung và chế định kiểm soát TTKT nói riêng đặt trong việc

phân tích, đối chiếu với các hành vi cụ thể được luật điều chỉnh chưa được quan tâm nghiên cứu đầy đủ. Điều này dẫn đến kết quả là những nền tảng lý luận để từ đó tạo dựng cơ sở lý luận chính sách cạnh tranh thống nhất ở Việt Nam chưa được định hình một cách rõ nét.

Hai là, về khái niệm TTKT.

Khác với nhiều quốc gia trên thế giới, LCT 2004 của Việt Nam hiện chưa đề cập đến việc kiểm soát đối với TTKT theo chiều dọc, TTKT hỗn hợp. Ngoài ra, LCT 2004 cũng chưa đề cập đến việc kiểm soát một số hình thức TTKT đặc biệt giữa các doanh nghiệp như liên kết thông qua đội ngũ lãnh đạo, quản lý chung. Chính vì vậy, hầu hết các nghiên cứu về TTKT và kiểm soát TTKT cho đến nay đều xoay quanh vấn đề TTKT theo chiều ngang, nghĩa là giữa các đối thủ cạnh tranh với nhau. Về mặt lý luận và thực tiễn, có thể thấy rằng những dạng TTKT này là hoàn toàn có khả năng xảy ra trong tương lai bởi sự phát triển ngày càng đa dạng trong hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp trên thị trường, điều quan trọng là chúng có thể gây HCCT ở mức độ nhất định hoặc làm có khả năng gia tăng nguy cơ thỏa thuận giữa các doanh nghiệp liên quan sau khi tiến hành TTKT. Mặc dù vậy, hầu hết các nghiên cứu ở mảng nội dung này chưa đi sâu phân tích các hình thức TTKT theo chiều dọc, hỗn hợp và tác động của chúng, ngoài ra, cũng chưa có nghiên cứu chuyên biệt về những hình thức liên kết, tập trung sức mạnh thị trường thông qua các dạng như thiết lập lãnh đạo, quản lý chung. Ngoài ra, trong các nghiên cứu vẫn chưa xác định một cách rạch ròi về bản chất của hành vi TTKT khi xếp hành vi này vào nhóm hành vi HCCT.

Ba là, về cấu trúc khung pháp luật về kiểm soát TTKT của Việt Nam.

Các nghiên cứu ở Việt Nam đã chỉ ra rằng về tổng thể, pháp luật liên quan đến TTKT bao gồm các quy định thuộc nhiều chế định pháp luật khác nhau, trong đó cơ bản là pháp luật về tổ chức lại doanh nghiệp, pháp luật về thực hiện quyền góp vốn, mua cổ phần, chuyển nhượng vốn góp, pháp luật đầu tư, pháp luật chứng khoán... Trong các lĩnh vực này, các nghiên cứu bước đầu đã có sự quan tâm ở mức độ nhất định đến việc kiểm soát kinh tế bằng quy định dẫn chiếu đến các quy định của LCT. Tuy nhiên, chưa có các nghiên cứu khai thác sâu về mối liên hệ giữa pháp luật kiểm soát TTKT và các quy định pháp luật khác, chẳng hạn như mối liên hệ giữa pháp luật kiểm soát TTKT và pháp luật doanh nghiệp, pháp luật đầu tư, cơ chế phối hợp giữa các thủ tục kiểm soát TTKT với thủ tục quản lý nhà nước trong việc đăng ký kinh doanh, thủ tục đầu tư, về cơ chế phối hợp giữa cơ quan chịu trách nhiệm chính trong kiểm soát TTKT là Cục QLCT với các cơ quan quản lý nhà nước trong các lĩnh vực nói trên.

Bốn là, về vấn đề thị phần như một tiêu chí quan trọng để đánh giá vụ việc TTKT.

Các nghiên cứu chuyên sâu đã chứng minh LCT 2004 sử dụng thị phần làm cơ sở phân loại nhóm TTKT và là tiêu chí duy nhất để xác định cách thức xử lý. Ở nội dung này, các nghiên cứu hầu như đều khẳng định rằng việc sử dụng tiêu chí thị phần làm cơ sở để xác định ngưỡng thông báo TTKT, cũng như đánh giá tác động của vụ TTKT đối với cạnh tranh thông qua quy định trường hợp vụ việc TTKT bị cấm bộc lộ nhiều bất cập và bất khả thi, dẫn đến hạn chế đi hiệu quả của hoạt động kiểm soát TTKT ở Việt Nam thời gian qua. Cụ thể, các phân tích đều chứng minh rằng, trên thực tế các doanh nghiệp không thể tự xác định thị phần của mình trên thị trường liên quan nên hầu như không thể biết mình có thuộc trường hợp bị cấm hoặc thuộc trường hợp phải thông báo TTKT hay không.

Cũng theo các nghiên cứu thì trên thực tế, doanh nghiệp cũng chỉ có thể biết và chịu trách nhiệm về doanh số/doanh thu của mình mà không có nghĩa vụ phải nắm được doanh số/doanh thu của các đối thủ cạnh tranh trên thị trường. Việc nắm được doanh số/doanh thu của các đối thủ cạnh tranh như vậy là điều bất khả thi. Đồng thời, chính CQCT cũng gặp không ít khó khăn trong điều kiện thiếu các số liệu, dữ liệu thống kê minh bạch, đáng tin cậy, điều này cũng dẫn đến hậu quả là khó khăn trong việc xác định thị phần kết hợp. Cũng qua các nghiên cứu, đặc biệt là các Báo cáo của Cục QLCT thì mặc dù số lượng các giao dịch TTKT là khá lớn và tăng mạnh trong các năm vừa qua, quy mô của nhiều giao dịch cũng không nhỏ, nhưng số lượng các giao dịch được thông báo đến Cục QLCT vẫn còn khá thấp. Một phần vì các doanh nghiệp đã thực hiện TTKT trên các thị trường có thị phần kết hợp không cao (dưới ngưỡng kiểm soát 30%), nhưng quy định nghĩa vụ phải thông tin chính xác về thị phần của các bên tham gia TTKT là một khó khăn cho doanh nghiệp. Từ đó, các nghiên cứu cũng đã đi đến kết luận rằng thủ tục thông báo nên chỉ là quá trình xác định lại một cách chính xác về thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT mà không phải là quá trình đánh giá tác động của TTKT đến thị trường.

Ngoài ra, các nghiên cứu cũng đi theo hướng phân tích các bất cập của việc đặt ra ngưỡng thị phần 50% để cấm thực hiện giao dịch TTKT không phản ánh đúng thực trạng của nền kinh tế. Số liệu thống kê về các vụ việc TTKT qua các nghiên cứu dựa trên Báo cáo của Cục QLCT cho thấy đa phần các vụ việc đều có quy mô trung bình với mức thị phần kết hợp khoảng 30% trên thị trường được xem xét. Do đó, điểm chung của các nghiên cứu liên quan khẳng định rằng, ngoài việc hạn chế thẩm quyền của CQCT trong việc đánh giá vụ việc TTKT, ngưỡng thị phần 50% theo quy định của LCT có thể bỏ sót các vụ việc TTKT có khả năng gây HCCT trên thị trường liên

quan. Tuy nhiên, do gắn với việc phân tích cơ chế kiểm soát TTKT xoay quanh thị phần, có không nhiều các nghiên cứu chuyên sâu đề cập đến vấn đề đánh giá tác động của hành vi TTKT đối với cạnh tranh, kinh nghiệm pháp luật của các quốc gia về vấn đề này và khả năng học tập nhằm hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

Năm là, về nhu cầu kiểm soát các giao dịch TTKT được thực hiện ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng có tác động gây HCCT một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam.

Các nghiên cứu đều thống nhất chỉ ra vấn đề là hiện tại LCT Việt Nam chỉ mới kiểm soát bằng hình thức thông báo hoặc cấm/miễn trừ đối với hoạt động TTKT thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam⁵⁸ bởi lý do là LCT 2004 chưa dự liệu trường hợp này. Các nghiên cứu đã chỉ ra thực tế hoàn toàn có thể xảy ra trong tương lai gần, đó là việc sáp nhập các công ty đa quốc gia có hoạt động tại Việt Nam hoặc việc thực hiện các hoạt động TTKT bên ngoài lãnh thổ Việt Nam giữa một bên là doanh nghiệp Việt Nam và một bên là doanh nghiệp nước ngoài. Những vụ sáp nhập này được phân tích là tiềm ẩn khả năng gây HCCT đối với thị trường Việt Nam, chính vì vậy vấn đề này rất cần sự quan tâm sâu sắc. Các nghiên cứu cũng đều cho rằng CQCT Việt Nam nên được thông báo để xem xét ngay từ giai đoạn đầu để có được những đánh giá phù hợp là cần thiết, đồng thời tập trung nghiên cứu nhằm hoàn thiện LCT 2004 theo hướng cần có những sửa đổi căn bản về hướng tiếp cận cũng như cơ chế để trao quyền cho CQCT trong việc kiểm soát dạng hành vi này. Các nghiên cứu gần đây, đặc biệt những nghiên cứu gắn với đóng góp cho Dự thảo LCT (sửa đổi) đều cũng đã chỉ rõ sự cần thiết cấp bách của việc điều chỉnh các hành vi TTKT xuyên biên giới. Mặc dù vậy, nhiều nghiên cứu chỉ mới đề cập đến thực tiễn, nhu cầu phải điều chỉnh các dạng TTKT xuyên biên giới mà chưa đi vào nghiên cứu, phân tích nhằm hoàn thiện cơ chế pháp lý kiểm soát TTKT để đối phó với những hành vi TTKT dạng này.

Sáu là, về sự nhất quán giữa mục tiêu của chính sách kiểm soát TTKT và thực thi pháp luật về kiểm soát TTKT.

Các nghiên cứu về kinh nghiệm ở các quốc gia phát triển đều chỉ ra rằng luôn có một sự nhất quán giữa mục tiêu của chính sách kiểm soát TTKT và thực thi pháp

⁵⁸ Giả định một vụ sáp nhập giữa hai tập đoàn đa quốc gia đã được cho phép tại các quốc gia khác. Hai tập đoàn này đều có mặt trên thị trường Việt Nam với thị phần kết hợp thuộc dạng bị cấm theo quy định của LCT Việt Nam. Trường hợp này đã từng có tiền lệ khi Prudential dự định mua lại AIA, trong đó thị phần kết hợp của hai công ty con tại Việt Nam của hai tập đoàn này được báo cáo cho CQCT Việt Nam là chiếm gần 50% thị trường bảo hiểm nhân thọ. Con số này lớn hơn tất cả các thị trường khác tại châu Á mà hai tập đoàn này hoạt động (Hàn Quốc, Singapore, Nhật bản, Malaysia...). Tuy nhiên, tại các quốc gia có pháp luật kiểm soát TTKT thì vụ việc này đã phải báo cáo chính thức cho CQCT nước sở tại ngay từ giai đoạn các bên đạt được thỏa thuận mua lại.

luật về kiểm soát TTKT. Theo đó, mục tiêu chung nhất của chính sách kiểm soát TTKT là nhằm ngăn ngừa việc thay đổi cấu trúc thị trường có thể dẫn đến làm tổn hại tới động lực cạnh tranh trên thị trường, từ đó làm suy giảm hiệu quả kinh tế và xâm hại tới lợi ích của người tiêu dùng. Từ đó, các nghiên cứu đều nhấn mạnh đến vấn đề quan trọng là hoạt động thực thi chính sách TTKT luôn tập trung vào hai điểm chính: đảm bảo động lực cạnh tranh trên thị trường và hiệu quả kinh tế cũng như lợi ích người tiêu dùng. Qua nghiên cứu kinh nghiệm trong PLCT các nước, các nghiên cứu đều cho thấy các quốc gia hầu hết đều trao quyền rất lớn cho CQCT trong việc đánh giá tác động cạnh tranh của vụ việc TTKT, đồng thời cũng cho phép CQCT tiến hành các biện pháp để đảm bảo đạt được lợi ích kinh tế cũng như quyền lợi người tiêu dùng. Trong đó, tiêu chí quan trọng nhất là đảm bảo, bảo vệ cạnh tranh trên thị trường. Do đó, những vụ việc TTKT có khả năng gây HCCT trên thị trường đều bị cấm. Trong trường hợp vụ việc TTKT có mang lại hiệu quả kinh tế hoặc lợi ích cho người tiêu dùng, CQCT có thể yêu cầu thực hiện các biện pháp khắc phục để đảm bảo hiệu quả kinh tế hoặc lợi ích thu được từ vụ việc TTKT sẽ được chuyển tới người tiêu dùng. Các nghiên cứu cũng đã khẳng định sự cần thiết phải thay đổi cách thức đánh giá vụ việc TTKT theo hướng xác định và ngăn ngừa tác động HCCT của vụ việc TTKT hoặc đưa ra các biện pháp khắc phục vừa đảm bảo hiệu quả kinh tế hoặc quyền lợi người tiêu dùng, vừa hạn chế các tác động phản cạnh tranh.

Bảy là, về quy định miễn trừ trong pháp luật kiểm soát TTKT.

Các nghiên cứu về pháp luật kiểm soát TTKT đều phân tích về các trường hợp miễn trừ và hầu hết đã chỉ ra xu hướng chung của pháp luật về kiểm soát TTKT là xóa bỏ các quy định về miễn trừ. Theo các nghiên cứu này thì về bản chất, một khi pháp luật cho phép CQCT quyền đánh giá sức mạnh thị trường của các doanh nghiệp tham gia TTKT và đánh giá tác động vụ việc TTKT, cũng như việc đưa ra yêu cầu đối với các bên tham gia TTKT có các biện pháp khắc phục thì quy định về việc xin hưởng miễn trừ là không cần thiết. Các nghiên cứu cũng đã cho thấy mối liên hệ giữa việc áp dụng cơ chế miễn trừ với việc đánh giá tác động của vụ TTKT, đồng thời cho thấy một khi trao quyền hạn cho CQCT trong việc kiểm soát TTKT thì việc xóa bỏ cơ chế miễn trừ là hợp lý. Tuy nhiên, vấn đề cốt lõi chưa được làm rõ đó là cơ chế miễn trừ cần thiết phải được lồng ghép vào trong việc thực thi thẩm quyền của CQCT.

Tám là, về nguyên tắc xử lý hành vi TTKT.

Một trong những điểm chung của nghiên cứu các vấn đề lý luận và thực tiễn kiểm soát TTKT đó là chỉ ra được những thay đổi căn bản trong cách tiếp cận và tư

duy mới của PLCT trong việc kiểm soát TTKT. Các nghiên cứu đã cho thấy xu hướng là việc kết luận một hoạt động TTKT chỉ dựa trên những phân tích mang tính hình thức (*a form-based analysis*), tức là chỉ cần xác định là các doanh nghiệp đã thực hiện hành vi được mô tả, liệt kê trong luật là đủ để kết luận (*per se rule*) hiện nay đã không phù hợp và được thay đổi bằng những phương thức mới mẻ. Cụ thể, các nghiên cứu về kinh nghiệm của pháp luật kiểm soát TTKT của châu Âu đã cho thấy từ giữa những năm 90 Ủy ban châu Âu đã nhận ra tầm quan trọng của việc xem xét cách tiếp cận dựa trên tính hiệu quả (*effects-based approach*) và dựa trên khía cạnh kinh tế (*economic approach*) trong việc thực thi các quy định về xác định hành vi TTKT. Tuy nhiên, từ góc độ nghiên cứu hầu như cũng chưa có công trình nào phân tích khả năng vận dụng cách tiếp cận mới dựa trên tính hiệu quả (*effects-based approach*) và dựa trên khía cạnh kinh tế (*economic approach*) trong việc thực thi các quy định về xác định hành vi TTKT ngoại trừ các nghiên cứu gần đây, chẳng hạn nghiên cứu về các trường phái kinh tế học pháp luật và ứng dụng trong giảng dạy PLCT do tác giả Phạm Trí Hùng làm chủ biên.

Chính là, các nghiên cứu về việc thực hiện chức năng của CQCT kiểm soát TTKT.

Các tài liệu nghiên cứu cũng đã chỉ ra một bất cập của hoạt động kiểm soát TTKT, đó là sự hạn chế về khả năng của CQCT trong việc kiểm soát TTKT. Mặc dù vậy, hầu hết các nghiên cứu đều cho thấy rằng mô hình CQCT ở Việt Nam hiện nay có nhiều bất cập. Về mặt luật pháp, chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của Cục QLCT được quy định nhằm đảm bảo tính độc lập cho cơ quan này. Tuy nhiên, các nghiên cứu đã chứng minh rằng chính cơ cấu tổ chức trực thuộc Bộ Công thương đã khiến cho CQCT trên thực tế rất khó độc lập để thực hiện chức năng của mình. Ngoài ra, sự hạn chế về nguồn nhân lực, việc đảm đương nhiều nhiệm vụ khác ngoài nhiệm vụ thực thi PLCT, việc thiếu các công cụ pháp lý cần thiết để đối phó với các vụ việc TTKT xuyên biên giới là những bất cập được các nghiên cứu này chỉ ra. Ngoài ra, mô hình gồm hai cơ quan thực thi, bốn cấp xử lý đã gây kéo dài quá trình giải quyết vụ việc cạnh tranh cũng được chỉ ra là nguyên nhân dẫn đến sự hạn chế trong việc kiểm soát hoạt động TTKT ở Việt Nam thời gian qua. Nhiều nghiên cứu cũng đã chỉ ra rằng CQCT hiện chưa đóng vai trò trung tâm trong việc phối hợp hành động với một số cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành khác cũng có chức năng kiểm soát mua lại, sáp nhập trong phạm vi ngành như: Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Sở Kế hoạch và Đầu tư, Ủy ban Chứng khoán nhà nước, Ngân hàng nhà nước, Bộ Thông tin và Truyền thông... Theo các nghiên cứu thì hiện nay chưa có một cơ chế phối hợp và trao đổi

thông tin giữa các cơ quan trong việc kiểm soát TTKT dẫn đến việc nắm bắt các thông tin, dữ liệu về các vụ việc TTKT còn nhiều khó khăn và không đầy đủ. Điều đó cũng chứng minh rằng, để hoàn thiện cơ chế kiểm soát TTKT, CQCT phải giữ vai trò trung tâm và có khả năng phối hợp hành động với các cơ quan chức năng.

Có thể kết luận là, các công trình nghiên cứu trong nước mới dừng lại ở việc phân tích, luận giải và nhận diện hình thức TTKT hoặc tiếp cận đơn lẻ từng hình thức TTKT cụ thể mà chưa có công trình nào đi sâu nghiên cứu một cách cơ bản, toàn diện và có hệ thống các vấn đề lý luận và thực tiễn về kiểm soát TTKT. Thậm chí, nhiều nghiên cứu về pháp luật kiểm soát TTKT còn xem TTKT như là một trong ba nhóm hành vi HCCT. Điều này cho thấy một cách hiểu chưa đúng đắn về bản chất của hoạt động TTKT cũng như bản chất của pháp luật kiểm soát TTKT là ngăn ngừa khả năng hình thành các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền và nguy cơ tiềm tàng thực hiện các hành vi HCCT. Đồng thời, những nghiên cứu cho đến thời điểm hiện tại phần nhiều cũng chưa phản ánh sự kết hợp tư duy kinh tế và pháp lý trong việc đánh giá tác động của vụ việc TTKT đối với cạnh tranh. Đặc biệt, chưa có nghiên cứu chuyên sâu, riêng biệt về cơ sở lý luận, hình thành các hướng nghiên cứu, trường phái nghiên cứu trong lĩnh vực pháp luật về TTKT nói chung và kiểm soát TTKT nói riêng.

Các công trình đến nay cũng chưa lý giải được một cách thực sự thấu đáo cơ sở lý luận và thực tiễn của TTKT và kiểm soát TTKT cũng như chưa làm rõ bản chất pháp lý của chế định này: chưa có công trình nào đi sâu phân tích khái niệm, hình thức và bản chất TTKT đặc biệt trong bối cảnh nền KTTT định hướng xã hội chủ nghĩa như Việt Nam. Trong khoa học pháp lý Việt Nam hiện chưa có cách tiếp cận rõ ràng, thống nhất đối với TTKT như một hiện tượng kinh tế khách quan cần kiểm soát⁵⁹; các luận cứ và mục tiêu của chính sách và pháp luật kiểm soát TTKT của Việt Nam chưa được xác định rõ ràng, cụ thể. Ý nghĩa, vai trò cũng như hậu quả của TTKT còn chưa được nghiên cứu sâu, đặc biệt từ góc độ bảo đảm an ninh kinh tế để đưa vấn đề này vào nội dung của pháp luật kiểm soát TTKT; các vấn đề về đối tượng, phạm vi kiểm soát TTKT chưa được đề cập sâu; ngưỡng kiểm soát TTKT, các tiêu chí xác định và đánh giá tính HCCT của hành vi TTKT chưa được xác định rõ ràng và quy định cụ thể; chưa chỉ ra được bản chất của vi phạm pháp luật về kiểm soát TTKT; thủ tục và các biện pháp xử lý vi phạm pháp luật về kiểm soát TTKT xuất phát từ đặc

⁵⁹ TTKT được xem xét như quá trình gắn với việc hình thành và thay đổi cấu trúc thị trường, quá trình tập trung tư bản với tư cách là hành vi của doanh nghiệp...

thù, bản chất của hành vi TTKT chưa được nghiên cứu sâu. Chính vì vậy, mặc dù có nhiều nghiên cứu chuyên sâu, chi tiết, nhưng khái niệm TTKT, kiểm soát TTKT nhìn chung vẫn chưa thoát khỏi cách tiếp cận và hướng đi truyền thống là xếp TTKT vào cùng nhóm các hành vi HCCT.

Các đề xuất, kiến nghị cũng chưa đặt trong tổng thể mô hình kiểm soát TTKT ở Việt Nam, chưa có sự nghiên cứu, so sánh một cách thực sự thấu đáo với các quy định tương tự của PLCT các quốc gia trên thế giới để tham khảo, vận dụng vào điều kiện Việt Nam; do vậy hầu như chưa đưa ra các giải pháp, kiến nghị một cách đồng bộ và toàn diện và tạo ra những đột phá về tiếp cận và tư duy mới mẻ trong kiểm soát TTKT. Có thể khẳng định rằng, những hạn chế trên đã đồng thời mở ra hướng nghiên cứu mới về chế định pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam, góp phần thể hiện tính mới của luận án này.

Tóm lại, có bốn nhóm vấn đề mang tính xuyên suốt sau đây và sẽ được chứng minh trong toàn bộ luận án, góp phần giải quyết những vấn đề mà các nghiên cứu cho đến nay còn chưa được đề cập, hoặc chưa được đề cập thấu đáo và toàn diện. Cụ thể bao gồm:

- *Một là*, kiểm soát TTKT được hiểu là kiểm soát các hành vi TTKT nhằm tạo ra quyền lực thị trường và kết quả là khả năng gây HCCT mà không phải đối với tất cả mọi hành vi TTKT. TTKT có những tác động tiêu cực nhưng cũng tạo ra những tác động tích cực đến cạnh tranh.

- *Hai là*, cần phải đánh giá tác động kinh tế của vụ TTKT dựa trên cơ sở kết hợp tư duy kinh tế và pháp lý.

- *Ba là*, cơ chế kiểm soát TTKT cần được xây dựng không còn xoay quanh tiêu chí thị phần, thay vào đó là việc sử dụng một hệ thống các tiêu chí khác để xem xét ngưỡng thông báo TTKT và đánh giá tác động đến thị trường của cạnh tranh.

- *Bốn là*, trong cơ chế kiểm soát TTKT, CQCT giữ vai trò trung tâm, khẳng định một CQCT độc lập là cốt lõi và yếu tố quyết định đến hiệu quả của kiểm soát TTKT, hạn chế những tác động tiêu cực đến cạnh tranh, đồng thời tạo điều kiện phát huy những tác động tích cực đến cạnh tranh.

1.2. Cơ sở lý thuyết, phương pháp nghiên cứu và phương pháp tiếp cận

1.2.1. Cơ sở lý thuyết

1.2.1.1. Câu hỏi nghiên cứu

Câu hỏi nghiên cứu chung: Pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam hiện nay có những hạn chế, bất cập gì? Pháp luật kiểm soát TTKT cần được hoàn thiện như thế

nào để nâng cao hiệu quả kiểm soát TTKT bằng pháp luật nhằm đáp ứng được nhu cầu phát triển kinh tế trong giai đoạn hiện nay?

Câu hỏi nghiên cứu cụ thể:

Thứ nhất, cần nhận diện như thế nào về lý luận TTKT và kiểm soát TTKT? Từ đó, luận án cần giải quyết được hai vấn đề sau: (i) với ý nghĩa là đối tượng của hoạt động kiểm soát của Nhà nước để bảo vệ cạnh tranh, TTKT được quan niệm? (ii) bản chất của TTKT, kiểm soát TTKT? mục tiêu của kiểm soát TTKT với chính sách cạnh tranh như thế nào?

Thứ hai, pháp luật kiểm soát TTKT dựa trên cơ sở lý luận và thực tiễn nào? Để làm rõ câu hỏi này, luận án cần giải quyết được ba vấn đề sau: (i) cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát TTKT? (ii) tại sao phải kiểm soát TTKT bằng pháp luật? (iii) khái niệm, nội dung pháp luật và chính sách kiểm soát TTKT?

Thứ ba, cần hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT như thế nào để đáp ứng nhu cầu phát triển kinh tế trong giai đoạn hiện nay? Để giải quyết câu hỏi này, luận án cần giải quyết được các vấn đề sau: (i) thực trạng pháp luật và áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam đã kiểm soát một cách hiệu quả hoạt động TTKT tác động đến cạnh tranh chưa? các quy định của pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam hiện còn những bất cập, hạn chế nào? (ii) điều chỉnh pháp luật các vụ việc TTKT phải như thế nào để đáp ứng yêu cầu đặt ra? (iii) hướng tiếp cận nào trong việc xây dựng khung pháp lý về kiểm soát TTKT một cách có hiệu quả và phát huy những khía cạnh tích cực mà vụ TTKT có thể đem lại; và (iv) những giải pháp nào nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật kiểm soát TTKT trong LCT Việt Nam?

Thứ tư, thực tiễn quy định và áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT trên thế giới đem lại cho Việt Nam những bài học kinh nghiệm gì? Cụ thể luận án cần chỉ ra: (i) pháp luật của một số quốc gia tiêu biểu như Hoa Kỳ, Canada, Pháp, Liên bang Nga, Nhật Bản, Trung Quốc... (ii) những quy định đó có những ưu điểm, mặt tích cực cũng như những hạn chế nào? (iii) những kinh nghiệm có thể tiếp thu để hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam?

Thứ năm, các giải pháp hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam là gì? Cụ thể luận án cần phải giải quyết được hai vấn đề sau: (i) những định hướng, giải pháp lớn nào để hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam? và (ii) những giải pháp cụ thể nào nhằm hoàn thiện quy định pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam?

1.2.1.2. Lý thuyết nghiên cứu

Trên cơ sở những câu hỏi nghiên cứu, luận án dựa vào các cơ sở lý thuyết sau đây:

Thứ nhất, các lý thuyết về kinh tế học pháp luật được sử dụng khi phân tích kinh tế trong đánh giá tác động cạnh tranh của vụ việc TTKT theo chiều ngang cũng như TTKT theo chiều dọc và hỗn hợp, bao gồm việc đánh giá tác động đơn phương và tác động phối hợp mà vụ việc TTKT đem lại.

Thứ hai, lý thuyết về cạnh tranh trong nền KTTT, bao gồm lý thuyết về chính sách cạnh tranh; lý thuyết về mối tương quan giữa cấu trúc thị trường - hành vi và hiệu quả (S-C-P) được vận dụng để phân tích và làm rõ tác động của các hình thức TTKT đối với cạnh tranh và đánh giá hiệu quả kinh tế mà hành vi TTKT có thể đem lại; lý thuyết về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền nhằm chứng minh mối tương quan giữa việc hình thành sức mạnh thị trường với việc sử dụng các hành vi lạm dụng vị trí thị trường để gây ra các hiệu ứng HCCT. Các lý thuyết này được sử dụng khi phân tích đánh giá tác động HCCT trực tiếp, bao gồm việc xác định mức độ tập trung của thị trường và mối tương quan giữa cấu trúc thị trường và hành vi cũng như hiệu quả kinh tế của hoạt động của doanh nghiệp trên thị trường.

Thứ ba, lý thuyết về quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp, lý thuyết về vai trò của Nhà nước trong nền KTTT, trong đó nổi lên đặc biệt là vai trò bảo vệ cạnh tranh, điều chỉnh hoạt động của các doanh nghiệp. Các lý thuyết này được sử dụng nhằm làm rõ nền tảng cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát TTKT và mối tương quan giữa quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp với vai trò của Nhà nước nhằm tìm ra giới hạn tối ưu nhất của hoạt động kiểm soát kinh tế để đi đến mục đích cuối cùng là môi trường cạnh tranh công bằng, lành mạnh cho các hoạt động kinh tế của doanh nghiệp.

1.2.1.3. Giả thuyết nghiên cứu

Trên cơ sở kế thừa thành công của các công trình nghiên cứu pháp luật về kiểm soát TTKT và thực tiễn áp dụng pháp luật, kinh nghiệm của các nước trên thế giới, giả thuyết nghiên cứu chung của luận án như sau: Pháp luật kiểm soát TTKT của Việt Nam hiện hành còn nhiều hạn chế, bất cập, chưa đáp ứng được yêu cầu đòi hỏi của giai đoạn hiện nay và xu hướng hội nhập kinh tế quốc tế, vì thế cần được bổ sung, hoàn thiện.

Trên cơ sở đó, luận án bước đầu dự kiến một số giả thuyết nghiên cứu cụ thể:

Thứ nhất, với tư cách là một đối tượng của hoạt động kiểm soát của Nhà nước, bản chất TTKT là sự tập trung, tích tụ quyền lực thị trường. Đây là quá trình vận động tự nhiên của doanh nghiệp, hợp pháp và cần được khuyến khích và kiểm soát, hạn chế tác động tiêu cực mà không phải làm nhằm cấm đoán chúng. Do đó, hành vi

TTKT cần phải được xem xét ở cả khía cạnh tiêu cực và tích cực bằng một hệ thống các tiêu chí đánh giá tác động khách quan và hiệu quả.

Thứ hai, về nhận thức và cách tiếp cận, đã có một sự không chính xác khi quan niệm TTKT là một trong những hành vi HCCT, thể hiện qua cách thiết kế của Điều 3 khoản 3 LCT 2004. Điều này tất yếu tác động đến phương thức kiểm soát đối với các vụ việc TTKT theo nguyên tắc cho phép - cấm đoán một cách máy móc mà không dựa trên cơ sở của những phân tích về tác động của vụ TTKT đối với cạnh tranh và đối với nền kinh tế.

Thứ ba, cơ sở lý luận và thực tiễn của pháp luật kiểm soát TTKT cần thiết phải dựa trên: (i) các luận cứ và mục tiêu của chính sách kiểm soát TTKT nói riêng, chính sách cạnh tranh nói chung; (ii) nhu cầu thực hiện TTKT của các doanh nghiệp và (iii) vai trò bảo vệ cạnh tranh của Nhà nước.

Thứ tư, thực trạng pháp luật và áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam hiện đang có những bất cập nổi cộm, cụ thể:

Một là, đối tượng kiểm soát TTKT bộc lộ một số hạn chế cơ bản và tỏ ra lạc hậu với thực tiễn thế giới, thể hiện ở việc pháp luật chỉ kiểm soát TTKT theo chiều ngang, chưa đề cập đến kiểm soát TTKT theo chiều dọc, TTKT hỗn hợp, không kiểm soát được đối với các hình thức giành quyền kiểm soát như việc một cá nhân kiêm nhiệm chức vụ quản lý ở nhiều doanh nghiệp khác nhau. Do đó, cần thiết phải thay đổi khái niệm TTKT theo hướng tiếp cận có khả năng bao quát các dạng hành vi TTKT.

Hai là, phạm vi kiểm soát TTKT không phù hợp với tình hình và xu thế hiện nay, pháp luật hiện hành không kiểm soát các vụ TTKT thực hiện ngoài lãnh thổ Việt Nam. Do đó, phạm vi kiểm soát TTKT cần phải được mở rộng để có thể kiểm soát một cách có hiệu quả các hành vi TTKT xuyên biên giới.

Ba là, ngưỡng kiểm soát TTKT bộc lộ bất cập và không khả thi, việc xác định ngưỡng thông báo chỉ dựa trên tiêu chí thị phần dẫn tới không kiểm soát được TTKT theo chiều dọc hoặc hỗn hợp, không khả thi trong thực tiễn áp dụng của các doanh nghiệp. Do đó, cần phải sử dụng các tiêu chí khác vừa khả thi, vừa có khả năng đảm bảo mục tiêu của kiểm soát TTKT.

Bốn là, tiêu chí đánh giá tác động của TTKT đối với cạnh tranh là bất cập và không thể hiện được tư duy kinh tế, không cho phép xem xét tác động hậu TTKT và thuần túy dựa trên đánh giá sức mạnh thị trường phiên diện theo thị phần kết hợp, chưa xây dựng được cơ sở lý luận và hệ thống các tiêu chí đánh giá tính HCCT của hành vi TTKT, thiếu tiêu chí bảo đảm an ninh kinh tế.

Năm là, thủ tục thông báo và xử lý thông báo TTKT chưa rõ ràng, thuận tiện cho doanh nghiệp, hiện tại các doanh nghiệp chủ yếu tự xác định thị phần và không có khả năng tiến hành TTKT một cách tự động. Do đó, một cơ chế như vậy là cần thiết.

Thứ năm, có thể tiếp thu kinh nghiệm pháp luật kiểm soát TTKT của một số quốc gia trên thế giới như Hoa Kỳ, Nhật Bản, Liên bang Nga, Trung Quốc và EU. Đây chính là những quốc gia tiên phong trong việc kiểm soát các hành vi thị trường bằng PLCT và cũng là những khuôn mẫu để các quốc gia nghiên cứu, học hỏi để áp dụng cho pháp luật của quốc gia mình. Từ đó, để giải quyết những bất cập nói trên của pháp luật Việt Nam về kiểm soát TTKT. Trong đó pháp luật kiểm soát TTKT cần phải thể hiện vai trò trung tâm của CQCT cũng như việc đánh giá tác động của vụ việc TTKT cần có sự kết hợp giữa tư duy kinh tế và pháp lý.

Thứ sáu, cần thiết phải có những định hướng chung, xác định rõ mục tiêu của chính sách cạnh tranh nói chung và chính sách kiểm soát TTKT nói riêng thì mới có thể đưa ra các giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện quy định pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam. Do đó, vấn đề đặt ra là LCT (sửa đổi) cần phải xác định rõ mục tiêu, từ đó tạo cơ sở cho việc thực hiện kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

1.2.2. Phương pháp nghiên cứu

Luận án được trình bày trên cơ sở phương pháp luận của chủ nghĩa Mác-Lê nin về nhà nước và pháp luật, quan điểm của Đảng và Nhà nước về phát triển kinh tế và hội nhập kinh tế quốc tế. Nội dung của luận án được nêu và phân tích dựa trên cơ sở các văn bản pháp luật của Nhà nước, các văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật và các tài liệu pháp lý. Phù hợp với mục tiêu nghiên cứu chính của luận án, tác giả vận dụng các phương pháp nghiên cứu khoa học xã hội truyền thống trong việc tiếp cận và nghiên cứu các quy định liên quan của pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam bao gồm:

(i) *Phương pháp phân tích (bao gồm phân tích lý thuyết, phân tích luật thành văn, phân tích các tình huống áp dụng pháp luật)*: phân tích các lý thuyết liên quan góp phần làm sáng tỏ bản chất nội dung được nghiên cứu, thấy được nội dung sâu xa bên trong những thuật ngữ pháp lý được trình bày trong các văn bản luật. Từ đó, có thể đưa ra đánh giá quy định pháp luật hiện hành làm cơ sở đề xuất hoàn thiện trong quá trình nghiên cứu. Luận án chủ yếu là phân tích nội dung của một hoặc nhiều quy phạm pháp luật hoặc một chế định luật có liên quan đến nội dung cần nghiên cứu, bao gồm pháp luật Việt Nam và một số nước trên thế giới cũng như phân tích một số tình huống thực tế để minh họa cho lý luận đã nêu. Phương pháp này được sử dụng

chủ yếu ở chương một và hai khi nghiên cứu cụ thể đối tượng, phạm vi, thủ tục thông báo TTKT, cơ quan thực hiện kiểm soát TTKT.

(ii) *Phương pháp tổng hợp*: để đảm bảo tính logic, tính hệ thống trong quá trình nghiên cứu, luận án cũng sử dụng phương pháp tổng hợp nhằm đánh giá một cách tổng quan những vấn đề lý luận chưa làm rõ, những bất cập khi áp dụng trong thực tiễn, trên cơ sở đó đưa ra những đề xuất, kiến nghị cho phù hợp với điều kiện Việt Nam. Phương pháp này được sử dụng chủ yếu để viết các tiêu kết, kết luận chương, chương ba và chương bốn khi đưa ra đề xuất hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

(iii) *Phương pháp nghiên cứu so sánh luật*: so sánh, đối chiếu giữa quy định của pháp luật của Việt Nam với quy định pháp luật của các quốc gia để thấy được sự tương đồng, sự khác biệt; từ đó rút ra bài học kinh nghiệm cho Việt Nam nhằm đề xuất hoàn thiện quy định pháp luật kiểm soát TTKT có liên quan. Phương pháp này được sử dụng xuyên suốt trong các chương của luận án.

Ngoài ra, luận án cũng sử dụng các phương pháp nghiên cứu mới được áp dụng ở Việt Nam của trường phái kinh tế học pháp luật với các phương pháp cụ thể như phương pháp phân tích chi phí giao dịch/lợi ích - trước hết để đánh giá chính các đề xuất hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT, để hiệu quả thực thi pháp luật là tối ưu. Các phương pháp, lý thuyết của trường phái kinh tế học pháp luật chủ yếu được sử dụng ở chương ba khi luận giải về ngưỡng kiểm soát TTKT và chương bốn để đánh giá hiệu quả của các đề xuất hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

1.2.3. *Phương pháp tiếp cận*

Việc nghiên cứu dựa trên các phương pháp tiếp cận sau:

Thứ nhất, từ góc độ lý luận, cách tiếp cận của luận án là nghiên cứu bản chất của TTKT, kiểm soát TTKT; từ đó phân tích các nội dung xoay quanh kiểm soát TTKT: đối tượng kiểm soát, phạm vi kiểm soát, ngưỡng kiểm soát, cơ quan thực hiện việc kiểm soát, xử lý vi phạm quy định về kiểm soát TTKT.

Thứ hai, từ góc độ quản lý nhà nước đối với hoạt động của doanh nghiệp, hoạt động cạnh tranh nói chung và hành vi TTKT nói riêng. Cách tiếp cận của luận án là xem đây là hành động của Nhà nước thông qua cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền ban hành những quy định pháp luật liên quan đến kiểm soát TTKT để bảo đảm xây dựng môi trường kinh doanh bình đẳng, tự do. Từ đó, xem pháp luật kiểm soát TTKT là nhằm hướng đến bảo đảm việc kiểm soát hiệu quả của CQCT một cách minh bạch, hợp lý, khả thi và thống nhất với các lĩnh vực pháp luật khác.

Thứ ba, xuất phát từ cách tiếp cận xem pháp luật kiểm soát TTKT là một chế định quan trọng, truyền thống của PLCT thế giới, luận án nghiên cứu kinh nghiệm của một số quốc gia tiêu biểu để xây dựng những đề xuất cụ thể hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam về kiểm soát TTKT cũng như cơ chế thực thi pháp luật, xử lý vi phạm, khắc phục hậu quả.

1.3 Kết cấu của luận án

Luận án được trình bày gồm phần mở đầu, phần kết luận và 4 chương, cụ thể:

Chương 1: Tổng quan về những vấn đề nghiên cứu của luận án. Chương này đánh giá tình hình nghiên cứu nói chung về TTKT và pháp luật kiểm soát TTKT, đặt ra những nhiệm vụ nghiên cứu. Chương một xác định cơ sở lý thuyết nghiên cứu của luận án, các phương pháp nghiên cứu và cách thức tiếp cận nhằm giải quyết những vấn đề đặt ra trong quá trình nghiên cứu.

Chương 2: Cơ sở lý luận về tập trung kinh tế và pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế. Chương hai tập trung nghiên cứu các vấn đề lý luận cơ bản về TTKT, bao gồm: khái niệm, đặc điểm và phân loại TTKT; phân tích các cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát TTKT; nghiên cứu tổng quan về pháp luật kiểm soát TTKT; thực trạng và phương hướng hoàn thiện pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam. Trong quá trình phân tích, luận án có lồng ghép phân tích, so sánh với quy định pháp luật một số nước về nội dung liên quan để rút ra bài học kinh nghiệm cho pháp luật Việt Nam.

Chương 3: Quy định pháp luật về hình thức tập trung kinh tế, phạm vi và ngưỡng kiểm soát tập trung kinh tế ở Việt Nam. Đây là một trong hai vấn đề cơ bản của pháp luật về kiểm soát TTKT. Trong chương ba, các phân tích dựa theo các chủ đề chính bao gồm: hình thức, phạm vi và ngưỡng kiểm soát TTKT. Ở mỗi phần, luận án phân tích quy định của pháp luật cụ thể, chỉ ra những bất cập và hạn chế cũng như đánh giá thực tiễn áp dụng các quy định pháp luật liên quan. Phần cuối của chương là những đề xuất nhằm hoàn thiện pháp luật về hình thức, phạm vi và ngưỡng kiểm soát TTKT.

Chương 4: Cơ quan thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế và thủ tục kiểm soát tập trung kinh tế. Trong chương này, hai vấn đề được nghiên cứu và phân tích trên cơ sở các quy định của pháp luật và hoạt động của CQCT Việt Nam, đó là thực trạng áp dụng quy định về thông báo TTKT với các vụ việc được thông báo và vấn đề tham vấn trong thủ tục TTKT. Chương này cũng đi sâu vào phân tích một vấn đề quan trọng trong quá trình thực hiện kiểm soát TTKT đó là đánh giá tác động về kinh tế trong thẩm định hồ sơ thông báo TTKT. Trên cơ sở những bất cập đã được chỉ ra khi phân tích, chương này đưa ra những đề xuất nhằm hoàn thiện pháp luật về cơ chế thực hiện kiểm soát TTKT.

Kết luận Chương 1

Có thể khẳng định rằng TTKT là hiện tượng tất yếu, khách quan của hoạt động kinh tế trong nền KTTT. Bên cạnh những yếu tố tích cực, TTKT ẩn chứa những tác động tiêu cực tới nền kinh tế nếu không được kiểm soát hiệu quả. Cụ thể, đó là khả năng hình thành các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh/vị trí độc quyền và nguy cơ tiềm tàng thực thi các hành vi phản cạnh tranh gây tác động xấu đến cạnh tranh trên thị trường, bên cạnh vấn đề bảo đảm an ninh về kinh tế trước những hoạt động TTKT. Đây là vấn đề mà các Nhà nước cần phải tính đến khi ban hành PLCT, pháp luật kiểm soát TTKT nói riêng. Chương một của luận án giải quyết về tính cấp thiết của đề tài, tổng quan tình hình nghiên cứu đến đề tài và cơ sở lý thuyết, cụ thể:

1. Về tính cấp thiết của luận án: Luận án đã kết luận rằng khung pháp lý điều chỉnh về TTKT ở Việt Nam còn nhiều hạn chế, bất cập, chưa đầy đủ, hiệu quả quản lý nhà nước về kiểm soát TTKT chưa cao. Điều đó đặt ra yêu cầu nghiên cứu để tìm ra những bất cập nhằm đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật về kiểm soát TTKT.

2. Về tổng quan tình hình nghiên cứu: Hiện nay đã có nhiều nghiên cứu ở nước ngoài và ở Việt Nam về pháp luật kiểm soát TTKT. Các nghiên cứu này đã làm rõ chính sách, pháp luật của các quốc gia cụ thể và tìm hiểu một số khía cạnh liên quan đến TTKT. Qua các công trình, bài viết khoa học đã được công bố liên quan đến lĩnh vực nghiên cứu, nghiên cứu sinh nhận thấy chưa có công trình nào nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện về pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam ở cấp độ luận án tiến sĩ.

Luận án nghiên cứu tổng quan tình hình nghiên cứu ở nước ngoài và trong nước, tập trung vào những câu hỏi: Bản chất TTKT cũng như đối tượng của hoạt động kiểm soát TTKT là gì? Cơ sở lý luận và thực tiễn nào của pháp luật kiểm soát TTKT? Thực trạng pháp luật và áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam cho thấy có những bất cập nào nổi cộm nhất? Những kinh nghiệm nào có thể tiếp thu từ quy định pháp luật kiểm soát TTKT ở một số quốc gia? Cần phải có những định hướng chung và giải pháp cụ thể như thế nào để hoàn thiện quy định pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam?

3. Luận án nêu ra hướng tiếp cận, lý thuyết nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu làm cơ sở lý thuyết cho việc nghiên cứu. Phương pháp nghiên cứu, phạm vi, đối tượng nghiên cứu cũng được xác định rõ trong chương một của luận án.

Tóm lại, luận án sẽ là công trình nghiên cứu hệ thống và toàn diện các vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật kiểm soát TTKT ở Việt Nam. Từ đó góp phần xây dựng hoàn thiện hệ thống lý luận về pháp luật kiểm soát TTKT, rút ra các kết luận làm cơ sở khoa học cho việc hoàn thiện quy định pháp luật về kiểm soát TTKT ở Việt Nam.

CHƯƠNG 2

CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ TẬP TRUNG KINH TẾ VÀ PHÁP LUẬT KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ

2.1. Khái quát về tập trung kinh tế

2.1.1. Khái niệm, đặc điểm của tập trung kinh tế

2.1.1.1. Khái niệm tập trung kinh tế

• Khái niệm tập trung kinh tế trong kinh tế học và khoa học pháp lý

Hiện có nhiều cách tiếp cận và định nghĩa khác nhau về TTKT⁶⁰. Ở góc độ kinh tế học, có hai cách tiếp cận. Cách tiếp cận thứ nhất xem xét khái niệm TTKT ở góc độ kinh tế học, cụ thể là miêu tả và cung cấp một cái nhìn tổng quan về mức độ tập trung của một ngành công nghiệp, dựa vào cách đo lường sự cạnh tranh và tỷ lệ tập trung của các công ty trong ngành⁶¹. Theo cách tiếp cận này, TTKT được xem là mức độ tập trung tư bản, gồm các thành tố như doanh thu, tài sản hay việc làm trong ngành của các doanh nghiệp, TTKT bao gồm tập trung ngành hay tập trung thị trường. Trong đó TTKT có thể được chia làm hai loại là TTKT bên bán và TTKT bên mua (nhằm đối kháng lại khả năng làm giá của bên bán⁶²). Cách tiếp cận thứ hai nhìn nhận khái niệm TTKT ở góc độ kinh tế học vi mô, thông qua đó nhằm giải thích và xem xét việc tái cấu trúc chi phí và hoạt động của một công ty, đổi mới quy trình sản xuất qua TTKT⁶³. Như một lẽ tự nhiên, doanh nghiệp muốn tồn tại và phát triển trên thị trường đều phải tìm cách nâng cao năng lực cạnh tranh của mình thông qua quá trình “tự lớn lên” của chính mình (năng lực nội sinh)⁶⁴. Tuy nhiên, trên thực tế, sự lớn lên của các doanh nghiệp bằng con đường nội sinh như trên là không đáng kể mà chủ yếu thông qua con đường tăng trưởng ngoại sinh TTKT.

Theo Từ điển thuật ngữ kinh tế công nghiệp và LCT của OECD, TTKT là tình trạng khi một số ít công ty thực hiện một khối lượng lớn hoạt động kinh tế trên thị trường dựa trên tổng doanh thu, tài sản hoặc lao động sử dụng. Thuật ngữ TTKT được

⁶⁰ Hiện nay trong kinh tế học và khoa học pháp lý thường sử dụng hai khái niệm là “sáp nhập” (merger) và “tập trung kinh tế” (economic concentration). Hai khái niệm này tuy khác nhau về tên gọi nhưng về bản chất đều là cùng chỉ một vấn đề. Mặc dù vậy, trong hầu hết pháp luật của các quốc gia không sử dụng khái niệm “tập trung kinh tế”, thay vào khái niệm “sáp nhập và thu tóm” (Merger and Acquisition – M&A). Các khái niệm này sẽ được làm rõ trong chương này.

⁶¹Frederic M. Scherer and David Ross (3rd ed, 1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company.

⁶² *Tlđđ 61.*

⁶³ *Tlđđ 61.*

⁶⁴ Thể hiện bằng những biện pháp như nâng cao năng lực tài chính, cải tiến tổ chức quản lý, phát triển công nghệ mới, thay đổi chiến lược sản xuất kinh doanh... và đôi khi còn có cả việc tìm kiếm “vận may” trên thương trường thông qua việc mua bán tài sản, thậm chí là mua bán doanh nghiệp.

xem xét ở bốn khía cạnh: *một là*, tập trung tổng hợp thể hiện vị trí tương đối của các doanh nghiệp lớn trong nền kinh tế để phục vụ cho phân tích kinh tế, chính trị và thống kê; *hai là*, tập trung công nghiệp hay tập trung thị trường thể hiện vị trí tương đối và mức độ quyền lực thị trường của các doanh nghiệp lớn trong lĩnh vực công nghiệp hoặc thương mại để phục vụ cho kiểm soát chống độc quyền; *ba là*, tập trung tiêu dùng thể hiện thị phần của sản phẩm có một số lượng nhất định người mua trên thị trường và *bốn là*, tập trung tài sản thể hiện xu hướng thay đổi của dòng tư bản trên thị trường chứng khoán⁶⁵.

Luật mẫu về cạnh tranh của UNCTAD không đưa ra khái niệm TTKT mà sử dụng thuật ngữ “sáp nhập và mua lại” để chỉ tình huống khi giữa hai hoặc nhiều hơn các doanh nghiệp thực hiện hoạt động hợp pháp theo đó doanh nghiệp hợp nhất quyền sở hữu đối với tài sản mà trước kia được kiểm soát riêng biệt. Tình huống này bao gồm các hoạt động thu tóm, liên doanh và các hình thức giành quyền kiểm soát khác, bao gồm cả việc một cá nhân kiêm nhiệm chức vụ quản lý ở nhiều doanh nghiệp khác nhau.

Trong các tài liệu như Public regulation of business⁶⁶, Business Law and Regulatory Environment: Concepts and Cases⁶⁷, The Legal and Regulatory Environment of Business⁶⁸ thể hiện cách tiếp cận về kiểm soát TTKT như một hình thức điều chỉnh của Nhà nước, điều chỉnh công đối với doanh nghiệp và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Trong các tài liệu nêu trên, không trực tiếp nhắc đến TTKT mà sử dụng các thuật ngữ mergers (sáp nhập) để chỉ hiện tượng này.

• Khái niệm TTKT trong pháp luật của một số quốc gia

Khái niệm TTKT theo quy định của PLCT của các quốc gia trên thế giới cũng khá đa dạng. Pháp luật EU định nghĩa hành vi mua bán, sáp nhập doanh nghiệp tại Quy định về kiểm soát TTKT (*EC Merger Control 2004*) là “*tập trung kinh tế*” (*economic concentration*). Về cơ bản, một hoạt động TTKT xảy ra khi hai hoặc nhiều doanh nghiệp kết hợp lại với nhau, hoặc khi có sự mua lại dưới hình thức kiểm soát đơn lẻ hoặc kiểm soát chung toàn bộ hoặc một phần của doanh nghiệp hiện tại; hoặc khi một liên doanh được tạo ra với mức độ tự chủ đầy đủ (*full control joint-venture*)⁶⁹. Theo

⁶⁵ Tlđđ 34.

⁶⁶ Tlđđ 41.

⁶⁷ Tlđđ 42.

⁶⁸ Tlđđ 43.

⁶⁹ ECMR Điều 3(1).

quy định tại Điều L430-1 Bộ luật Thương mại Pháp⁷⁰, khái niệm TTKT được diễn đạt bằng hình thức liệt kê, cụ thể TTKT có thể diễn ra dưới hai hình thức sau đây: (i) Hai hoặc nhiều doanh nghiệp độc lập sáp nhập hoặc hợp nhất với nhau; (ii) Một hoặc nhiều doanh nghiệp, hoặc những người đang nắm quyền kiểm soát những doanh nghiệp đó, tiến hành nắm lấy quyền kiểm soát đối với một phần hoặc toàn bộ một hoặc nhiều doanh nghiệp khác, một cách trực tiếp hoặc gián tiếp, dưới hình thức góp vốn, mua lại tài sản, ký kết hợp đồng hoặc dưới bất kỳ hình thức nào khác⁷¹. Cách tiếp cận này có điểm tương đồng với định nghĩa về TTKT theo Điều 17 của LCT 2004.

Theo Luật Chống HCCT của Đức, sửa đổi lần thứ 9 Luật Chống HCCT⁷² thông qua tháng 3/2017 và có hiệu lực từ tháng 5/2017, trong đó có cập nhật ngưỡng thông báo TTKT theo Chỉ thị của Liên minh châu Âu, TTKT được thực hiện thông qua các hình thức mua lại toàn bộ hoặc phần lớn tài sản của doanh nghiệp khác, mua cổ phần và quyền bỏ phiếu để chiếm từ 25% đến 50% cổ phần để có được quyền kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp toàn bộ hoặc từng phần của một hay nhiều doanh nghiệp khác hoặc các hình thức liên kết khác giữa các doanh nghiệp để tạo ra sự chi phối của một hoặc một số doanh nghiệp⁷³. Tương tự như quy định về “mua lại” trong pháp luật Việt Nam, TTKT có thể bao gồm việc mua lại cổ phần nhằm nắm quyền kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp toàn bộ hay từng phần của một hoặc nhiều doanh nghiệp khác.

Tương tự, khái niệm TTKT được định nghĩa theo pháp luật chống độc quyền Trung Quốc⁷⁴ dưới hình thức liệt kê. Theo đó, một vụ TTKT được hiểu là (i) vụ TTKT giữa các chủ thể kinh doanh; hoặc (ii) việc thu tóm (*acquisition*) đối với một chủ thể kinh doanh khác bằng hình thức mua lại tài sản hoặc phần vốn góp nhằm kiểm soát đối với một chủ thể kinh doanh khác; hoặc (iii) việc thu tóm dưới hình thức một hợp

⁷⁰ Bộ luật Thương mại Cộng hòa Pháp, Luật sửa đổi, bổ sung 2013, có hiệu lực từ ngày 01/07/2013. Truy cập tại địa chỉ https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English-en/code_commerce_part_L_EN_20130701, ngày 20/10/2017.

⁷¹ Ở đây, quyền kiểm soát được hiểu là khả năng chi phối hoạt động của doanh nghiệp khác, cho dù chủ thể của quyền kiểm soát đã có được khả năng đó bằng bất kỳ cách thức nào: nhận chuyển giao quyền sở hữu hoặc quyền hưởng dụng đối với một phần hoặc toàn bộ tài sản của doanh nghiệp khác; thực hiện những giao dịch tạo ra quyền chi phối đối với thành phần, cơ chế ra quyết định của các cơ quan quản lý của doanh nghiệp khác, hoặc đối với nội dung các quyết định của các cơ quan này. Xem Ủy ban Quốc gia về hợp tác kinh tế Quốc tế (2005), *Chính sách và thực tiễn PLCT của Cộng hòa Pháp*, Tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.95.

⁷² Luật Chống Hạn chế cạnh tranh của Đức được thông qua vào năm 1957.

⁷³ Sửa đổi lần thứ 9 Luật Chống hạn chế Cạnh tranh thông qua tháng 9/2017 (Act against Restraints of Competition ARC) (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

⁷⁴ Điều 20 Luật Chống độc quyền (AML, 2008). Văn bản hướng dẫn “Các biện pháp thông báo đối với tập trung kinh tế của doanh nghiệp” (2009); Quy định tạm thời về “Thực hiện bán lại tài sản hoặc hoạt động kinh doanh trong các vụ việc tập trung kinh tế” (2010); Quy định về “Biện pháp tạm thời về các vấn đề liên quan đến thực thi hệ thống rà soát mua bán sáp nhập các doanh nghiệp nội địa bởi các doanh nghiệp nước ngoài” (2011).

đồng hoặc những biện pháp khác nhằm kiểm soát, hoặc có khả năng thực hiện một tác động có tính quyết định đối với một chủ thể kinh doanh khác. Ngoài các hình thức này, hình thức liên doanh cũng được coi là một trường hợp phải thông báo nếu như đáp ứng tiêu chí về ngưỡng thông báo (*thresholds*). Cách định nghĩa theo kiểu liệt kê như vậy tương tự như cách thức quy định của pháp luật Việt Nam, trong đó đặc điểm chung là nắm giữ quyền kiểm soát đối với một hoặc một số doanh nghiệp khác.

Tại Liên bang Nga, theo Khoản 21 Điều 4 Luật về bảo vệ cạnh tranh Liên bang Nga, TTKT là việc thực hiện những hợp đồng, những hành động khác làm ảnh hưởng đến tình trạng cạnh tranh. Ở đây cạnh tranh được hiểu là sự ganh đua của các chủ thể kinh doanh khi hành động độc lập của mỗi chủ thể loại trừ hoặc hạn chế khả năng của chủ thể khác đơn phương ảnh hưởng đến các điều kiện chung của luân chuyển hàng hóa trên thị trường liên quan⁷⁵. Như vậy, PLCT Liên bang Nga đưa ra khái niệm TTKT tương đối rộng, bao gồm tất cả những hợp đồng và hành động có thể làm ảnh hưởng đến cạnh tranh trên thị trường liên quan. Theo tác giả Kovalkova M.V thì TTKT là việc thực hiện thông qua các thủ tục tổ chức lại hoặc hợp đồng quá trình tập trung các tài nguyên vật chất và quản lý để củng cố vị trí kinh tế của chủ thể kinh doanh đã tồn tại hoặc được tổ chức lại, dẫn đến việc chủ thể có thể gây ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của các chủ thể khác hoặc đến thị trường liên quan⁷⁶. Theo cách hiểu này, vụ TTKT có thể dẫn đến hiệu ứng tập trung quyền lực thị trường vào tay một/một số đối thủ cạnh tranh dẫn đến khả năng tăng giá hoặc sử dụng giá vào mục đích cạnh tranh cũng như khả năng tiềm tàng thực hiện các hành vi HCCT khác. Việc thay đổi cấu trúc, tương quan trên thị trường cũng có khả năng dẫn đến việc chấm dứt tồn tại, rút lui khỏi thị trường, buộc các doanh nghiệp khác phải thu hẹp hoạt động sản xuất kinh doanh hoặc điều chỉnh lĩnh vực hoạt động của mình. Khác với khái niệm TTKT theo pháp luật Việt Nam, khái niệm TTKT của Liên bang Nga có nội hàm rộng hơn và hướng về hậu quả của vụ TTKT.

Khác với cách tiếp cận của các quốc gia nói trên, Đạo luật Chống độc quyền Clayton (Clayton Antitrust Act) của Hoa Kỳ⁷⁷, Mục 7 nghiêm cấm bất kỳ giao dịch mua

⁷⁵ *Тідд 52.*

⁷⁶ Ковалькова М.В. (2005), *Государственный антимонопольный контроль в российской и американском праве: Сравнительно-правовой аспект*, Дис.канд. юрид. наук. Ставрополь. (Kovalkova M.V. (2005), *Kiểm soát chống độc quyền nhà nước trong luật Nga và Hoa Kỳ: từ góc độ so sánh luật*, Luận án Tiến sĩ Luật, Stavropol).

⁷⁷ Ban hành năm 1914 (15 U.S.C §18) là Đạo luật Chống độc quyền Liên bang cơ bản về kiểm soát sáp nhập và mua lại. Quy định về kiểm soát mua bán sáp nhập được quy định chi tiết bằng Hướng dẫn Sáp nhập theo hàng ngang (Horizontal Mergers Guidelines) ban hành bởi Ủy ban Thương mại Hoa Kỳ lần đầu tiên vào năm

lại cổ phần hoặc tài sản trong các giao dịch ảnh hưởng đến thị trường và có khả năng dẫn tới HCCT một cách đáng kể, hoặc có xu hướng tạo ra độc quyền trên thị trường. Cụ thể, hướng dẫn này khẳng định, một vụ sáp nhập sẽ không được phép nếu nó tạo ra hoặc tăng cường sức mạnh thị trường hoặc tạo điều kiện cho việc tăng cường sức mạnh thị trường. Qua đây có thể thấy cách tiếp cận của pháp luật Hoa Kỳ không đưa ra định nghĩa TTKT mà thông qua việc miêu tả các hành vi cụ thể như sáp nhập hoặc mua lại cổ phần hoặc tài sản, đồng thời nhìn nhận nó chủ yếu thông qua hậu quả gây ra HCCT hay không? Tại Nhật Bản, Chương IV của Luật Chống độc quyền Nhật Bản (Anti - Monopoly Act (AMA))⁷⁸, quy định về sáp nhập áp dụng đối với sáp nhập và mua lại có tác động hạn chế đáng kể cạnh tranh trong bất kỳ lĩnh vực thương mại cụ thể nào (nghĩa là ở bất kỳ thị trường nào) và những hành vi tập trung quyền lực kinh tế một cách quá mức⁷⁹.

Tương tự, LCT Liên bang Úc chỉ quy định một công ty không được trực tiếp hoặc gián tiếp mua lại cổ phần của một công ty hoặc một bên khác (*person*) nếu như việc mua lại đó có tác động, hoặc có khả năng gây tác động làm suy giảm đáng kể sự cạnh tranh trên thị trường. Ngoài ra, Mục 50A cũng áp dụng đối với các giao dịch TTKT diễn ra bên ngoài lãnh thổ nước Úc nhưng có thể tác động hoặc có khả năng tác động HCCT đáng kể trên thị trường Úc. Cả hai Mục này đều không đề cập đến định nghĩa TTKT⁸⁰. Trên cơ sở những quy định chung đó, các quy định về kiểm soát TTKT được áp dụng đối với các hình thức cụ thể là sáp nhập, mua lại và liên doanh⁸¹. Cách tiếp cận của các quốc gia này khác với cách tiếp cận về khái niệm TTKT theo pháp luật Việt Nam, theo đó không giới hạn về các hình thức TTKT, thay vào đó là xem xét ở tiêu chí tác động HCCT của vụ TTKT.

1992, hiện tại đã được thay thế bằng Hướng dẫn mới ban hành vào 19/8/2010. Xem <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>, truy cập ngày 19/10/2017/
⁷⁸ Luật số 54 ngày 14/4/1947, còn được gọi là Đạo luật về Ngăn chặn độc quyền tư nhân và duy trì Thương mại công bằng. Truy cập tại địa chỉ http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.files/The_Antimonopoly_Act.pdf, ngày 16/10/2017.

⁷⁹ Điều 9 và 10 Luật Chống độc quyền Nhật Bản năm 1947 (sửa đổi). Truy cập tại địa chỉ http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/amended_ama15_04.html, ngày 16/10/2010.

⁸⁰ Mục 50 LCT và Tiêu dùng Australia 2010. Tài liệu truy cập tại <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013C00004>, ngày 19/10/2017.

⁸¹ Mục 50 CCA 2010 áp dụng đối với hình thức sáp nhập và mua lại (*merger & acquisition*), bao gồm việc mua lại cổ phần hoặc tài sản có tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể ở bất kỳ thị trường nào tại Úc. Tuy nhiên, CCA không quy định mức doanh thu tối thiểu hoặc các ngưỡng khác để áp dụng Mục 50 hoặc 50A, do đó việc mua lại với bất kỳ quy mô nào cũng có thể là mục tiêu của các quy định này. Đối với hình thức liên doanh (*join venture*) thì CCA 2010 áp dụng trong trường hợp nếu liên quan đến việc mua lại cổ phần hoặc tài sản. Các quy định khác của CCA cũng có thể liên quan đến liên doanh, bao gồm các quy định về hành vi cartel dân sự và hình sự, các quy định về miễn trừ và bảo đảm đối với các liên doanh và các điều khoản liên quan liên quan đến các thỏa thuận HCCT.

Các nước ASEAN⁸² có những cách định nghĩa TTKT khác nhau, tuy nhiên, nhìn chung là có những tương đồng với pháp luật Việt Nam. Theo pháp luật chống độc quyền Thái Lan, hành vi TTKT bao gồm việc mua lại và sáp nhập hai hoặc nhiều công ty có thể dưới các hình thức sau: (i) sáp nhập (hợp nhất), (ii) mua lại cổ phần, (iii) mua lại tài sản. Trong ba hình thức trên thì hình thức hợp nhất ít phổ biến tại Thái Lan do Thái Lan không khuyến khích hình thức hợp nhất các công ty. Tuy nhiên, quy định tại Mục 26 cho thấy cách tiếp cận của Thái Lan bao gồm TTKT theo chiều ngang, chiều dọc và hỗn hợp, chẳng hạn giữa một nhà sản xuất này với một nhà sản xuất khác; giữa một nhà phân phối này với một nhà phân phối khác; giữa một nhà sản xuất với một nhà phân phối khác; hoặc giữa một nhà cung cấp dịch vụ này với một nhà cung cấp dịch vụ khác. Ngoài ra, TTKT còn được hiểu là việc mua lại toàn bộ hoặc một phần tài sản hoặc cổ phần của một doanh nghiệp khác nhằm mục tiêu chiếm giữ quyền quản lý, bao gồm quản lý và quản trị doanh nghiệp⁸³.

Đối với Indonesia, Luật Chống độc quyền 1999 cấm sáp nhập và hợp nhất chủ thể kinh doanh và thu tóm đối với vốn góp của công ty nếu chúng có tác động bất lợi đối với cạnh tranh trên thị trường.⁸⁴ Cách tiếp cận này tương tự như cách tiếp cận của LCT Liên bang Úc. Đáng chú ý là, việc thành lập một liên doanh mới và thu tóm tài sản sẽ không được coi là một vụ TTKT và vì thế không chịu sự điều chỉnh của luật này. Theo LCT Philippines 2015, hành vi TTKT được định nghĩa thông qua khái niệm “sáp nhập” và “mua lại”. Sáp nhập được hiểu là việc kết hợp của hai hoặc nhiều thực thể vào một thực thể đang tồn tại hoặc tạo thành một thực thể mới. Hành vi mua lại được hiểu là việc mua cổ phần hoặc tài sản hoặc những cách thức khác nhằm mục đích chiếm quyền sở hữu bởi một thực thể đối với toàn bộ hoặc một phần của một doanh nghiệp thực thể khác; của hai hoặc nhiều thực thể đối với một thực thể khác khác; hoặc của một hoặc nhiều thực thể đối với một hoặc nhiều thực thể trở lên.⁸⁵ Ở Singapore, TTKT được hiểu là các hình thức sáp nhập, thu tóm tài sản và vốn góp, việc thu tóm các cổ phần thiểu số, thành lập liên doanh hoặc các hành vi khác dẫn đến việc sáp nhập⁸⁶. Cụ thể, TTKT được hiểu là việc hai hoặc nhiều chủ

⁸² Bao gồm Việt Nam, Thái Lan, Malaysia, Indonesia, Philippines, Singapore và Lào.

⁸³ Mục 26 LCT Thái Lan năm 1999 (Competition Act 1999), Luật số B.E. 2542 (1999). Truy cập tại địa chỉ http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=215726, ngày 16/10/2017.

⁸⁴ Điều 28 LCT Indonesia năm 1999. Truy cập tại địa chỉ http://eng.kppu.go.id/newkppu/wp-content/uploads/2016/11/law_5_year_1999_.pdf, ngày 19/10/2017.

⁸⁵ Mục 4 (Giải thích thuật ngữ), LCT Cộng hòa Philippines năm 2015, Luật số No. 10667. Truy cập tại địa chỉ <http://www.officialgazette.gov.ph/2015/07/21/republic-act-no-10667/> ngày 15/10/2017.

⁸⁶ Mục 54 LCT Singapore năm 2007

thể, trước đây độc lập với nhau, hợp nhất lại với nhau; hoặc một hoặc một số cá nhân hoặc các chủ thể khác nắm quyền kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp của toàn bộ hoặc một phần của một hoặc nhiều chủ thể khác; hoặc do kết quả của việc mua lại bởi một cam kết của tài sản; hoặc một phần của tài sản nhằm thay thế vị trí hoặc thay thế một cách đáng kể chủ thể thứ hai hoặc là lĩnh vực kinh doanh mà trong đó chủ thể kinh doanh khác đã tham gia vào trước vụ mua lại⁸⁷.

Như vậy, có thể thấy rằng hầu hết các quốc gia đều không đưa ra một định nghĩa đầy đủ về TTKT. Thay vào đó, khái niệm TTKT được thể hiện bằng cách liệt kê các hành vi TTKT. Khái niệm này thường thể hiện dưới dạng các điều khoản về giải thích từ ngữ hoặc thể hiện trong các quy định cụ thể về kiểm soát TTKT. Ngoài ra, khái niệm TTKT thường gắn liền với vấn đề cơ cấu lại doanh nghiệp dẫn đến những thay đổi trong cấu trúc thị trường cũng như tương quan của các doanh nghiệp trên thị trường. Ngoài ra, thực tiễn pháp luật kiểm soát TTKT của các nước thể hiện quan điểm chỉ kiểm soát/ngăn cấm những vụ TTKT có gây ra hoặc khả năng gây tác động tiêu cực đến cạnh tranh.

• *Khái niệm TTKT ở Việt Nam*

Khái niệm TTKT ở Việt Nam được xem xét chủ yếu như tập trung công nghiệp hay thị trường và cũng có những cách tiếp cận khác nhau. Theo Giáo trình *LCT* của Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh thì với tư cách là hành vi của các doanh nghiệp, TTKT (còn gọi là tập trung tư bản) được hiểu là tăng thêm tư bản do hợp nhất nhiều tư bản⁸⁸ lại hoặc một tư bản này thu hút một tư bản khác⁸⁹. Giáo trình *LCT* của tác giả Tăng Văn Nghĩa đưa ra khái niệm TTKT là những hình thức tích tụ, tập trung nguồn lực của doanh nghiệp trên thị trường nhằm hình thành những chủ thể kinh doanh lớn hơn hoặc liên kết giữa các doanh nghiệp thông qua những con đường khác nhau để hình thành một chủ thể kinh doanh thống nhất⁹⁰. Giáo trình *LCT và Giải quyết tranh chấp thương mại* của Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh định nghĩa TTKT là hành vi tích tụ quyền lực thị trường của

⁸⁷ Hướng dẫn của Cơ quan Cạnh tranh Singapore (CCS) về những điều khoản cơ bản ấn hành năm 2016 (đối với Mục 54 LCT Singapore 2007). Truy cập tại địa chỉ <https://www.ccs.gov.sg/~media/custom/ccs/files/legislation/ccs%20guidelines/guidelines%20finalise%20apr%202017/guidelines%20on%20the%20major%20provisions%20apr%2017.ashx>, ngày 14/10/2017.

⁸⁸ Tư bản được hiểu là các giá trị kinh tế trên thị trường được sử dụng để tìm kiếm giá trị thặng dư như vốn, công nghệ, trình độ quản lý.

⁸⁹ Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh (2010), *Giáo trình LCT*, Nxb. Đại học Quốc gia, tr.148.

⁹⁰ Tăng Văn Nghĩa (2009), *Giáo trình LCT*, Nxb. Giáo dục Việt Nam, tr.103.

các doanh nghiệp hoạt động trên cùng một thị trường liên quan với mục đích HCCT trên thị trường liên quan đó thông qua việc giảm bớt số lượng đối thủ cạnh tranh hoặc tạo ra sự liên kết giữa các đối thủ để HCCT⁹¹. Định nghĩa này đi theo cách tiếp cận xem xét hậu quả của hành vi TTKT đối với cạnh tranh và đặc biệt là chỉ xem xét hành vi TTKT ở góc độ giữa các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh.

Tựu trung lại, có ba cách tiếp cận cơ bản về khái niệm TTKT:

Một là, TTKT được nhìn nhận với tư cách là quá trình gắn liền với việc hình thành và thay đổi của cấu trúc thị trường.

Ở góc độ này, TTKT trên thị trường được hiểu là quá trình mà số lượng các doanh nghiệp độc lập cạnh tranh trên thị trường bị giảm đi thông qua các hành vi sáp nhập (theo nghĩa rộng) hoặc thông qua tăng trưởng nội sinh của doanh nghiệp trên cơ sở mở rộng năng lực sản xuất⁹². Cách nhìn nhận này đã làm rõ nguyên nhân và hậu quả của TTKT đối với cấu trúc thị trường cạnh tranh, coi hiện tượng tích tụ tư bản là một phần của khái niệm TTKT. Ở góc độ này, khái niệm TTKT có thể phân biệt với tập trung sản xuất⁹³.

Hai là, TTKT được xem xét với tư cách là hành vi của các doanh nghiệp có khả năng gây HCCT.

TTKT hay còn gọi là tập trung tư bản có thể được hiểu là sự tăng thêm tư bản do hợp nhất nhiều tư bản lại hoặc một tư bản này thu hút một tư bản khác. Khái niệm này thể hiện bản chất và phương thức của hiện tượng TTKT.

Cũng có thể thấy rằng, trong nền KTTT thì TTKT là hoạt động phổ biến của các doanh nghiệp với mục đích tăng cường tiềm lực kinh tế, tạo ra các doanh nghiệp mới có quy mô lớn hơn. Vì thế, TTKT là hoạt động tiềm tàng khả năng dẫn đến kết quả là hình thành doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc ở một mức độ cao hơn là vị trí độc quyền trên thị trường. Với việc có được những vị trí này, doanh nghiệp có xu hướng lạm dụng vị trí của mình để thực hiện các hành vi gây tác động tiêu cực cho thị trường, cho doanh nghiệp khác và người tiêu dùng, bao gồm việc tăng giá, ấn định

⁹¹ Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), *Giáo trình LCT và Giải quyết tranh chấp Thương mại*, Nxb. Hồng Đức, TP. Hồ Chí Minh, tr.211.

⁹² Lê Viết Thái (2005), *Chuyên đề nghiên cứu về hành vi tập trung kinh tế*, Đề tài nghiên cứu khoa học “Thế chế cạnh tranh tại Việt Nam trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường tại Việt Nam”, Viện Nghiên cứu thương mại, Bộ Thương mại.

⁹³ Tập trung sản xuất được hiểu là sự hợp nhất một số cơ sở sản xuất thành một xí nghiệp lớn, sự mở rộng sản xuất trên cơ sở quá trình phát triển khách quan của lực lượng sản xuất dựa vào kỹ thuật máy móc. Tập trung sản xuất diễn ra một cách tự phát, trong tiến trình cạnh tranh, khi những xí nghiệp lớn thôn tính những xí nghiệp nhỏ, còn những xí nghiệp lớn hợp nhất thành những xí nghiệp kèch xù. Tập trung sản xuất được thực hiện thông qua tập trung tư bản. Tập trung và tích tụ tư bản và sản xuất phát triển đến mức độ nhất định sẽ dẫn đến sự ra đời của các tổ chức độc quyền, tập trung trong tay chúng phần rất lớn sản xuất xã hội. Xem M.I.Voncop (1987), *Từ điển Kinh tế chính trị học*, Nxb. Tiến bộ, tr.403.

khối lượng, sản lượng hoặc tạo ra các rào cản... Chính vì thế, các hành vi TTKT cần thiết phải được kiểm soát⁹⁴.

Ba là, TTKT được xem dưới góc độ pháp luật như là một hành vi pháp lý.

LCT 2004 không quy định thế nào là TTKT mà chỉ liệt kê các hành vi được coi là TTKT⁹⁵. Theo đó, Khoản 3 Điều 3 khẳng định TTKT là hành vi HCCT; Điều 16 liệt kê: TTKT 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; các hành vi TTKT khác theo quy định của pháp luật⁹⁶.

Sự liệt kê này đã làm rõ các hình thức TTKT. Trên thực tế, các doanh nghiệp có thể thực hiện việc TTKT bằng con đường thôn tính hay chi phối doanh nghiệp khác thông qua hoạt động của thị trường chứng khoán, thị trường vốn. Vì vậy, không phải ngẫu nhiên mà pháp luật doanh nghiệp hay pháp luật chứng khoán thường quan tâm vấn đề về khống chế mức tham gia góp vốn vào một doanh nghiệp hay tỷ lệ mà mỗi nhà đầu tư mua trong mỗi đợt phát hành cổ phiếu. Những hình thức đầu tư vào doanh nghiệp khác, đến một mức độ nào đó, có thể coi là một hình thức khác của TTKT⁹⁷.

Như vậy, qua việc nghiên cứu quy định pháp luật và khoa học pháp lý ở các nước trên thế giới, có thể thấy TTKT được tiếp cận chủ yếu từ khía cạnh giành quyền kiểm soát, quyền quản lý phát sinh từ quyền sở hữu tài sản, phần vốn góp. Điều này cũng đã thể hiện bản chất của hành vi TTKT như sau:

Một là, về bản chất, TTKT được coi là hiện tượng bình thường trong hoạt động kinh doanh và tự thân TTKT là hoàn toàn hợp pháp theo pháp luật về doanh nghiệp, đầu tư, chứng khoán... TTKT cũng không phải là hành vi HCCT, mà mới chỉ là nguy cơ tiềm năng có thể gây ra hành vi HCCT. Do đó, Nhà nước chỉ nên can thiệp hoặc cấm đoán khi có đầy đủ cơ sở khẳng định TTKT gây ra tác động đáng kể cho cạnh tranh.

Hai là, bản chất của TTKT chính là hành vi tập trung quyền lực thị trường (market power)⁹⁸ và việc tập trung này được thực hiện dưới các hình thức khác nhau nhưng đều có chung dấu hiệu là làm tăng khả năng duy trì giá cả trên mức giá cạnh

⁹⁴ Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Giáo trình LCT*, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, tr.244.

⁹⁵ PLCT của các nước trên thế giới cũng thường hướng vào việc xác định các dấu hiệu cũng như hình thức thực hiện TTKT mà không đưa ra quy định giải thích TTKT là gì.

⁹⁶ Vấn đề sẽ còn bỏ ngỏ là những trường hợp TTKT khác theo quy định của pháp luật. Đây là cách quy định "dự phòng" của nhà làm luật với hy vọng là để bao quát hết những hiện tượng đã được ghi nhận ở pháp luật chuyên ngành hoặc sẽ xuất hiện trong đời sống kinh tế và vì thế sẽ được pháp luật quy định.

⁹⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội (2006), *Giáo trình Luật Thương mại*, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, tr. 372.

⁹⁸ Quyền lực thị trường hay sức mạnh thị trường là một thuật ngữ kinh tế thông dụng được dùng trong lĩnh vực cạnh tranh để đánh giá khả năng của hành vi thỏa thuận hay hành vi đơn phương được thực hiện bởi các chủ thể kinh doanh trên thị trường.

tranh hoặc giảm chất lượng hoặc sản lượng xuống dưới mức cạnh tranh mà vẫn thu được lợi nhuận⁹⁹. Khi thực hiện TTKT, các doanh nghiệp có thể có sức mạnh thị trường đáng kể (*significant/substantial market power*) thường được hiểu là sức mạnh thị trường ở một mức độ đủ để làm doanh nghiệp không phải đối mặt hay ít phải đối mặt với áp lực cạnh tranh từ các đối thủ khác trên thị trường, hoặc ít chịu sức ép từ việc gia nhập ngành của các đối thủ tiềm năng. Vì vậy, doanh nghiệp có thể hành động một cách tương đối độc lập với đối thủ cạnh tranh cũng như là với người tiêu dùng và có khả năng tăng lợi nhuận từ việc tăng và duy trì mức giá cao hơn mức giá được xác định trong thị trường cạnh tranh hoặc từ việc hạn chế sản lượng hay chất lượng dưới mức của thị trường cạnh tranh¹⁰⁰.

Ba là, với việc coi tác động của TTKT đối với cạnh tranh là nguy cơ tiềm năng, việc xem xét bản chất của hành vi TTKT nhất thiết cần xác định được sức mạnh thị trường mà TTKT sẽ tạo ra và tác động của nó. Sức mạnh thị trường ở đây có thể được tiếp cận ở hai góc độ: sức mạnh về giá và sức mạnh loại trừ. Sức mạnh về giá là khả năng có thể gia tăng lợi nhuận từ việc tăng và duy trì mức giá cao hơn mức giá cạnh tranh hoặc khả năng kiểm soát, hạn chế sản lượng để tăng giá. Trong khi đó, sức mạnh loại trừ là khả năng vượt trội trên thị trường để có thể thực hiện hành vi ngăn cản, kìm hãm hay loại trừ đối thủ cạnh tranh, xâm hại trực tiếp đến cấu trúc cạnh tranh và từ đó có thể tăng giá¹⁰¹. Đây chính là lý do mà trong quá trình kiểm soát TTKT, mối quan tâm hàng đầu của CQCT là liệu sự hợp nhất sau TTKT có khả năng tạo ra doanh nghiệp thống lĩnh với sức mạnh đáng kể để dễ dàng trục lợi từ khách hàng thông qua việc định giá cao hơn mức cạnh tranh trước đó hay không?

Trên cơ sở tiếp cận từ khía cạnh giành quyền kiểm soát, quyền quản lý phát sinh từ quyền sở hữu tài sản, phần vốn góp, theo tác giả: *TTKT là hành vi của doanh nghiệp thực hiện việc tập trung quyền lực thị trường thông qua các thủ tục tổ chức lại hoặc hợp đồng tập trung các tài nguyên vật chất và quản lý để củng cố vị trí kinh tế của chủ thể kinh doanh đã tồn tại hoặc được tổ chức lại, dẫn đến việc chủ thể có thể gây ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của các chủ thể khác hoặc ảnh hưởng đến thị trường liên quan.*

⁹⁹ Xem: Hướng dẫn về sáp nhập theo chiều ngang của Bộ Tư pháp và Ủy ban Thương mại công bằng Hoa Kỳ 1992 và Hướng dẫn của Cục Thương mại công bằng Anh về Đánh giá sức mạnh thị trường 2004 (OFT 415). Trích theo: Lưu Hương Ly (2012), *Đánh giá sức mạnh thị trường trong LCT năm 2004*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: http://vnclp.gov.vn/ct/cms/tintuc/Lists/ThucTienPhapLuot/View_detail.aspx?ItemID=84.

¹⁰⁰ Xem: Phùng Văn Thành (2012), *Sức mạnh thị trường đáng kể từ góc độ lý thuyết kinh tế đến quy định của PLCT*, *Bản tin Cạnh tranh và Người tiêu dùng*, số 36, tr.22.

¹⁰¹ Đây là cách tiếp cận của các học giả theo trường phái hậu Chicago và được xem xét nhiều hơn trên cơ sở quy định của pháp luật chống độc quyền Hoa Kỳ. Xem: Khái niệm thống lĩnh của GS. Giorgio Monti, London School of Economic, trích theo *Tlđđ 100*, tr.22.

2.1.1.2. Đặc điểm tập trung kinh tế

Cho dù được nhìn nhận từ nhiều góc độ khác nhau và được diễn tả bằng những ngôn ngữ pháp lý khác nhau, về cơ bản TTKT được thể hiện qua những nội dung sau:

Thứ nhất, chủ thể thực hiện TTKT là các doanh nghiệp hoạt động trên thị trường.

Tham gia TTKT phải có ít nhất hai chủ thể tồn tại độc lập thực hiện việc tập trung sức mạnh kinh tế (trong hợp nhất, liên doanh) hoặc dồn sức mạnh kinh tế cho một chủ thể (trong sáp nhập, mua lại). Theo Điều 2 LCT 2004, chủ thể tham gia TTKT có thể là tổ chức, cá nhân kinh doanh (được gọi chung là doanh nghiệp). Về cơ bản, các doanh nghiệp tham gia TTKT có thể là các doanh nghiệp hoạt động trong cùng hoặc không cùng thị trường liên quan.

Tuy nhiên, theo PLCT Việt Nam hiện nay, hành vi TTKT chỉ diễn ra giữa các doanh nghiệp đang hoạt động trên cùng một thị trường liên quan, nghĩa là TTKT theo chiều ngang. Ngoài ra, tùy thuộc vào hình thức TTKT mà chủ thể thực hiện hành vi TTKT phải đáp ứng những điều kiện nhất định.

Như vậy, dưới góc độ pháp luật, đặc điểm phải có nhiều doanh nghiệp tham gia TTKT đã giúp phân biệt với TTKT dưới góc độ kinh tế, được hiểu là sự tăng trưởng nội sinh của một doanh nghiệp trên cơ sở tự mở rộng năng lực sản xuất, kinh doanh của mình. Dấu hiệu chủ thể thực hiện hành vi TTKT là doanh nghiệp cũng giúp phân biệt với hành vi đầu tư vào doanh nghiệp của các cá nhân. Với vai trò là nhà đầu tư, các cá nhân có thể góp vốn vào nhiều doanh nghiệp và là chủ sở hữu của nhiều cơ sở kinh doanh nhưng việc góp vốn này có thể không phải là hành vi TTKT.

Thứ hai, TTKT được thực hiện theo các hình thức tích tụ và gia tăng tư bản được pháp luật quy định.

Hành vi TTKT được thực hiện dưới nhiều hình thức tích tụ và gia tăng tư bản khác nhau được quy định và điều chỉnh trong PLCT, phổ biến nhất là hình thức sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh giữa các doanh nghiệp. Trong đó hình thức sáp nhập, hợp nhất có bản chất là việc các doanh nghiệp đã tồn tại trên thị trường chủ động tích tụ các nguồn lực 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, có quy mô hoạt động lớn hơn, cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp sau khi thực hiện TTKT sẽ có sự thay đổi. Dấu hiệu này giúp khoa học pháp lý phân biệt TTKT với tích tụ tư bản là tăng thêm tư bản dựa vào tích lũy giá trị thặng dư, biến một phần giá trị thặng dư thành tư bản.

Trong khi đó, với hành vi TTKT dưới hình thức mua lại hoặc liên doanh, các doanh nghiệp thực hiện sự liên kết về sở hữu, trong đó chủ thể mua lại nhằm mục đích sở hữu toàn bộ hoặc một phần đủ để kiểm soát doanh nghiệp khác, làm thay đổi cơ cấu sở hữu của doanh nghiệp này; các chủ thể liên doanh cùng nhau góp vốn vào doanh nghiệp chung. Đây là điểm khác biệt cơ bản của TTKT so với các hành vi HCCT khác như thỏa thuận HCCT, lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền bởi các hành vi này không dẫn đến thay đổi cơ cấu sở hữu cũng như tổ chức quản lý của doanh nghiệp¹⁰².

Trong khi đó, theo Luật mẫu về cạnh tranh của UNCTAD, ngoài các hình thức TTKT nêu trên còn có hình thức TTKT thông qua việc một cá nhân kiêm nhiệm chức vụ quản lý ở nhiều doanh nghiệp khác nhau¹⁰³. Ngoài ra, theo quy định của PLCT Việt Nam, một số hoạt động mua và nắm giữ cổ phần thực hiện bởi các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tín dụng, ngân hàng, bảo hiểm không được coi là hành vi TTKT vì đây là hoạt động thường xuyên của các doanh nghiệp đó¹⁰⁴.

*Thứ ba, TTKT 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 trường*¹⁰⁵.

TTKT được thực hiện thông qua các thỏa thuận, theo đó hai hay nhiều doanh nghiệp độc lập quyết định kết hợp sức mạnh kinh tế của họ với nhau thành một tổ chức duy nhất thông qua phương thức mua lại, sáp nhập hoặc liên doanh làm ảnh hưởng tiêu cực đến cấu trúc của thị trường, hay để tạo lập, củng cố vị trí thống lĩnh thị trường gây HCCT một cách đáng kể.

Qua đặc điểm này, có thể thấy dù TTKT được thực hiện dưới hình thức nào cũng đều làm cho vị trí và lợi thế cạnh tranh của các doanh nghiệp trên thị trường bị thay đổi do việc xuất hiện các doanh nghiệp có tiềm lực tài chính lớn mạnh, có thể làm thay đổi đáng kể tương quan cạnh tranh. Điều đáng nói là hành vi TTKT tự thân nó không phải là một hành vi HCCT. Cách tiếp cận không chuẩn xác này sẽ dẫn đến cách nhìn nhận TTKT như là một hiện tượng tiêu cực phải kiểm soát chặt chẽ, thậm chí là cấm đoán.

¹⁰² Mặc dù vậy, hình thức TTKT theo PLCT Việt Nam chủ yếu giới hạn ở một số dạng hành vi TTKT cụ thể bao gồm các hành vi sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh giữa các doanh nghiệp. Ngoài ra, Điều 16 còn đề cập đến một số các hành vi TTKT khác theo quy định của pháp luật. Xem Điều 16 LCT 2004.

¹⁰³ *Tlđđ* 36.

¹⁰⁴ Xem Điều 35 Nghị định 116/2005/NĐ - CP ngày 15/9/2005 quy định chi tiết thi hành một số điều của LCT.

¹⁰⁵ Xem thêm: Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn (2006), *PLCT tại Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội; Nguyễn Ngọc Sơn (2006), “Kiểm soát TTKT theo PLCT và vấn đề của Việt Nam”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 79, tr.27.

Thứ tư, hành vi TTKT là một hoạt động bình thường, tất yếu và chính đáng của doanh nghiệp mong muốn mở rộng thị trường. Chính vì vậy, pháp luật chỉ can thiệp khi hoạt động TTKT mang lại nguy cơ HCCT một cách đáng kể.

Một mặt, TTKT được hiểu như hành vi của doanh nghiệp thực hiện quyền tự do kinh doanh, tự do thay đổi cơ cấu tổ chức, cơ cấu sở hữu. Khi doanh nghiệp thực hiện hành vi TTKT dưới hình thức sáp nhập, hợp nhất, mua lại thông thường được coi đó là các biện pháp tổ chức lại doanh nghiệp hoặc hình thức đầu tư và được điều chỉnh bằng pháp luật doanh nghiệp, pháp luật đầu tư¹⁰⁶ và pháp luật khác có liên quan.

Mặt khác, như đã phân tích ở trên, TTKT có thể dẫn tới việc hình thành các tập đoàn kinh tế, doanh nghiệp lớn mạnh và có thể gây HCCT, bởi vậy nên Nhà nước phải thực hiện kiểm soát TTKT. Tuy nhiên, sự kiểm soát của Nhà nước đối với hành vi TTKT phải đảm bảo không xâm phạm vào quyền tự do kinh doanh và chỉ nhằm mục đích bảo vệ cạnh tranh trên thương trường. Chính vì vậy, các nhà lập pháp đưa ra những tiêu chí (ngưỡng) nhất định để kiểm soát TTKT.

Qua nghiên cứu thực tiễn của một số nước trên thế giới, việc xem xét các vụ TTKT dựa trên cơ sở của nhiều tiêu chí, trong đó có thể kể đến các tiêu chí về thị phần kết hợp, tổng doanh thu hàng năm của các doanh nghiệp tham gia TTKT, tổng tài sản, cơ cấu thị trường, các mức độ tập trung trên thị trường, rào cản gia nhập và vị trí cạnh tranh của các doanh nghiệp khác trên thị trường liên quan. Các tiêu chí này thể hiện trong các quy định của PLCT và có sự khác nhau ở mỗi quốc gia tùy vào điều kiện kinh tế - xã hội¹⁰⁷.

Tóm lại, chỉ khi nào các doanh nghiệp tham gia TTKT đạt đến ngưỡng PLCT đã quy định thì mới bị Nhà nước kiểm soát, còn nếu chưa đạt đến ngưỡng này có quyền tự do thực hiện các hình thức TTKT theo quy định của pháp luật liên quan. Kiểm soát nhà nước đối với TTKT được thực hiện bởi cơ quan có thẩm quyền theo quy định của PLCT là một hình thức kiểm soát nhà nước đối với hoạt động của các chủ thể kinh doanh. Việc kiểm soát TTKT không có mục đích cấm đoán, hạn chế các hành vi TTKT mà nhằm để bảo vệ cạnh tranh, chống các hành vi HCCT.

¹⁰⁶ Khoản 2 Điều 24 Luật Đầu tư năm 2005 quy định: “Nhà đầu tư được quyền sáp nhập, mua lại công ty, chi nhánh. Điều kiện sáp nhập, mua lại công ty, chi nhánh theo quy định của Luật này, pháp luật về cạnh tranh và các quy định khác của pháp luật có liên quan.”

¹⁰⁷ Sẽ được phân tích ở các chương 3 và 4.

2.1.2. Phân loại tập trung kinh tế

Việc phân loại TTKT nhằm mục đích xác định cụ thể hơn về bản chất của TTKT trên cơ sở phân tích các dấu hiệu nhận dạng, hình thức biểu hiện của TTKT. Hiện nay, TTKT có thể được phân loại theo các tiêu chí khác nhau¹⁰⁸.

Một là, dựa vào mức độ liên kết, hành vi TTKT được chia thành TTKT chặt chẽ (TTKT dạng tổ hợp hay còn gọi là trust như trong pháp luật Hoa Kỳ) và TTKT không chặt chẽ (còn gọi là liên minh lý tài)¹⁰⁹. Hai hình thức TTKT này có những dấu hiệu nhận dạng sau đây:

Hình thức tập trung chặt chẽ là việc các doanh nghiệp tham gia TTKT sẽ chấm dứt tồn tại của chúng để hình thành nên một doanh nghiệp thống nhất cả ở phương diện pháp lý lẫn quản trị doanh nghiệp. Như vậy, việc hình thành một doanh nghiệp thống nhất thường được thực hiện bằng các biện pháp sáp nhập, hợp nhất các doanh nghiệp.

Hình thức tập trung không chặt chẽ là việc các doanh nghiệp sau khi tham gia TTKT vẫn là những chủ thể độc lập về mặt pháp lý. Tuy nhiên, các doanh nghiệp này lại chịu sự chi phối bởi các doanh nghiệp khác (doanh nghiệp mua lại). Với hình thức này, các doanh nghiệp một mặt vẫn duy trì sự độc lập tương đối về mặt pháp lý nhưng lại thiết lập một liên minh hoặc nhóm doanh nghiệp theo kiểu của tập đoàn. Trong hình thức này, một doanh nghiệp có thể chi phối các doanh nghiệp mà nó có phần vốn góp hoặc cổ phần bằng các quyền của chủ sở hữu¹¹⁰. Tình trạng này dẫn đến việc tương quan thị trường không thay đổi (bởi không có sự mất đi của doanh nghiệp sau vụ việc TTKT) nhưng lại có sự thay đổi về tương quan thị trường giữa các doanh nghiệp, theo đó một doanh nghiệp có sự chi phối đến một doanh nghiệp khác. Điều này cũng tạo điều kiện cho việc tiến hành các thỏa thuận HCCT giữa các doanh nghiệp này. Tình trạng này cũng có thể dẫn đến khả năng hỗ trợ, tương tác giữa các doanh nghiệp thông qua hình thức nắm quyền quản lý mà không phải nắm quyền sở hữu. Trong số các khả năng này có khả năng thực hiện trợ cấp chéo hoặc khả năng thực hiện các hành vi thông đồng, cấu kết như trong trường hợp đầu thầu.

Hai là, dựa vào vị trí của các doanh nghiệp tham gia TTKT, TTKT được chia thành TTKT theo chiều ngang (hợp nhất, sáp nhập, mua lại hoặc liên doanh của các doanh nghiệp trên cùng một thị trường liên quan), TTKT theo chiều dọc (có quan hệ người mua - người bán với nhau, tham gia vào các công đoạn khác nhau của một quá

¹⁰⁸ *Tlđđ 89, tr.155.*

¹⁰⁹ *Tlđđ 89, tr.155.*

¹¹⁰ *Tlđđ 89, tr.155.*

trình sản xuất/cung ứng dịch vụ), TTKT dạng hỗn hợp (không hoạt động trên cùng một thị trường sản phẩm và không có mối quan hệ người mua – người bán với nhau). Đây chính là cách phân chia được sử dụng phổ biến và theo hình thức của TTKT.

• ***TTKT theo chiều ngang***

TTKT theo chiều ngang bao gồm những vụ TTKT của các doanh nghiệp tham gia cung ứng cùng một loại sản phẩm hoặc các sản phẩm có thể khả năng thay thế cho nhau, tức là các doanh nghiệp hoạt động trên cùng thị trường liên quan (bao gồm thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan). Nói một cách khác, đây là hình thức TTKT diễn ra giữa các doanh nghiệp tồn tại trên cùng một cấp trong chuỗi sản xuất¹¹¹. Trước khi thực hiện TTKT, các doanh nghiệp này thường là những đối thủ cạnh tranh trực tiếp hoặc đối thủ tiềm năng. Do sự tập trung của một hoặc một số doanh nghiệp trên thị trường mà hình thức TTKT này sẽ làm giảm số lượng đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan (số lượng doanh nghiệp trên thị trường), điều này tác động đến cấu trúc cạnh tranh.

Do những khía cạnh tiêu cực có thể dễ nhận thấy của các hình thức TTKT theo chiều ngang mà kiểm soát TTKT thường là đối với TTKT theo chiều ngang, tức là TTKT giữa các doanh nghiệp hoạt động trên cùng một thị trường thông qua việc một số doanh nghiệp nắm quyền kiểm soát những doanh nghiệp khác.

• ***TTKT theo chiều dọc***

TTKT theo chiều dọc bao gồm các vụ TTKT giữa các doanh nghiệp ở cấp độ khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, cung ứng sản phẩm. Nói cách khác, đây là hình thức TTKT giữa các doanh nghiệp có quan hệ người mua - người bán với nhau¹¹². Chẳng hạn như vụ TTKT giữa nhà sản xuất cà phê và nhà phân phối cà phê. Khi thực hiện TTKT theo chiều dọc, các doanh nghiệp tham gia có thể hướng đến hai mục tiêu sau đây. *Thứ nhất*, nhằm giảm chi phí giao dịch (*transaction cost economies*), tức là giảm thiểu những chi phí mà các doanh nghiệp riêng rẽ phải bỏ ra trong quá trình sản xuất kinh doanh và việc TTKT giữa các doanh nghiệp này sẽ giúp tiết kiệm các chi phí đó. Đây là mục tiêu quan trọng nhất mà các doanh nghiệp tham gia TTKT theo chiều dọc mong muốn đạt được. Xét ở khía cạnh kinh tế, đây có thể được coi là mục tiêu tích cực. *Thứ hai*, nhằm thực hiện những mục tiêu chiến lược thị

¹¹¹ Ví dụ như sự sáp nhập của Xi măng Hà Tiên 1 và Xi măng Hà Tiên 2 là hai công ty cùng sản xuất xi măng tại khu vực miền Nam.

¹¹² Các vụ việc này phát sinh khi các doanh nghiệp đang hoặc sẽ có mối quan hệ mua - bán sản phẩm thực hiện TTKT, ví dụ, việc TTKT giữa một công ty sản xuất bánh và một công ty sản xuất bột mì, hoặc là giữa một doanh nghiệp bán buôn và doanh nghiệp bán lẻ trong ngành công nghiệp may mặc.

trường, trong đó có những khía cạnh tích cực như việc đảm bảo nguồn cung ứng hoặc nguồn tiêu thụ, trong đó có thể hướng đến mục tiêu tăng cường sức mạnh thị trường, đồng thời có những khía cạnh tiêu cực như nhằm ngăn cản đối thủ cạnh tranh mở rộng thị trường hoặc thiết lập ra các rào cản gia nhập thị trường với mục đích là ngăn chặn không cho các đối thủ cạnh tranh tiềm tàng tham gia thị trường¹¹³. Không giống như các vụ việc TTKT theo chiều ngang, các vụ TTKT theo chiều dọc không dẫn đến kết quả làm giảm số lượng đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan.

• **TTKT hỗn hợp**

Hình thức TTKT dạng hỗn hợp (hay còn được gọi là TTKT theo đường chéo - *conglomerate*) được hiểu là các vụ TTKT khi các bên tham gia hoạt động sản xuất kinh doanh trong các lĩnh vực khác nhau. Đây là trường hợp TTKT giữa các doanh nghiệp tham gia TTKT không cùng hoạt động trên một thị trường sản phẩm đồng thời cũng không có mối quan hệ khách hàng với nhau.¹¹⁴ Các doanh nghiệp này không cùng sản xuất, kinh doanh một loại sản phẩm có thể thay thế cho nhau và không có mối quan hệ mua - bán hiện hữu hoặc có khả năng thực hiện quan hệ đó trong tương lai. Cụ thể hơn, các sản phẩm này không phải là sản phẩm thay thế cho nhau, do đó không tồn tại mối quan hệ theo chiều ngang; (ii) mặc dù các doanh nghiệp có mối quan hệ mua và bán sản phẩm với nhau nhưng các sản phẩm này lại không biểu hiện thông qua một mối quan hệ theo chiều dọc nào giữa các doanh nghiệp đó và (iii) sản phẩm cũng không nằm trong thị trường sản phẩm bổ sung hay sản phẩm cùng loại¹¹⁵.

TTKT dạng hỗn hợp thường nhằm đến các mục đích sau đây: *Một là*, phân tán rủi ro vào những thị trường khác nhau, điều này là hết sức quan trọng khi mà các doanh nghiệp có sự tham gia ở nhiều thị trường khác nhau hoặc có định hướng mở rộng quy mô sản xuất kinh doanh ở nhiều lĩnh vực khác nhau. *Hai là*, nhằm thực thi những mục tiêu chiến lược thị trường trong việc phát huy lợi thế của các hoạt động nghiên cứu và triển khai, tổ chức và quản lý¹¹⁶. Các vụ TTKT hỗn hợp ít gây quan ngại nhất đến cạnh tranh trên thị trường và thường được miễn trừ trong các quy định của LCT¹¹⁷.

Như vậy, việc phân chia các cách tiếp cận tiêu chí phân loại TTKT đã cho thấy sự khác nhau giữa hình thức TTKT và các dạng TTKT cụ thể. Theo đó, hình thức

¹¹³ *Tlđđ 89*, tr.156.

¹¹⁴ *Tlđđ 89*, tr.156.

¹¹⁵ Xem Jeffrey Church (2008), “Conglomerate Mergers in two issues in competition law and policy”, *ABA Section of Antitrust law*, (2), tr. 1506.

¹¹⁶ *Tlđđ 89*, tr.156.

¹¹⁷ Những tác động của hình thức TTKT dạng hỗn hợp sẽ được phân tích ở phần tiếp theo.

TTKT là cách thức để từ đó các doanh nghiệp tham gia TTKT có sự liên kết với nhau về vốn, tài chính, công nghệ, quản lý dẫn đến sự hình thành một doanh nghiệp sau TTKT có năng lực cạnh tranh lớn hơn. Điều này là cơ sở cho CQCT xem xét vụ TTKT theo hướng đánh giá cách thức, biện pháp hình thành doanh nghiệp sau TTKT, từ đó có thể áp dụng những biện pháp khắc phục tương ứng (như buộc chia, tách, khôi phục lại tình trạng ban đầu...). Đối với việc phân loại TTKT theo chiều ngang, dọc và hỗn hợp, đây là những dạng TTKT khác nhau mà ở mỗi dạng TTKT cụ thể này, sự liên kết và tập trung sức mạnh thị trường được thực hiện thông qua những cơ chế khác nhau. Điều này cho phép CQCT xem xét tác động đến cạnh tranh ở những góc độ tiếp cận khác nhau, qua đó đánh giá chính xác những tác động tích cực, tiêu cực đến cạnh tranh và có thể đưa ra những biện pháp thích hợp, như cho phép, đưa ra các điều kiện bắt buộc trước khi tiến hành TTKT hoặc cấm TTKT.

2.2. Cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế

2.2.1. Bản chất kinh tế - pháp lý của hoạt động tập trung kinh tế của doanh nghiệp

Pháp luật kiểm soát TTKT tồn tại có cơ sở lý luận từ bản chất kinh tế - pháp lý của hoạt động TTKT. Điều này dẫn đến nhu cầu kiểm soát hoạt động TTKT bằng pháp luật và trọng trách này được trao cho PLCT mà không phải các quy định pháp luật khác, chẳng hạn như pháp luật về đầu tư, pháp luật về doanh nghiệp.

2.2.1.1. Dưới góc độ kinh tế

TTKT là hoạt động tất yếu của các doanh nghiệp trên thị trường, chính vì vậy, TTKT chịu sự chi phối từ những cơ sở kinh tế. Từ đó, có thể thấy rằng, cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát TTKT xuất phát từ những cơ sở kinh tế của hoạt động này và việc kiểm soát hành vi TTKT là yêu cầu cần thiết tất yếu và khách quan.

Về cơ bản, nền tảng kinh tế của hành vi TTKT có thể được phân tích ở những nội dung sau¹¹⁸:

Thứ nhất, TTKT là hoạt động diễn ra một cách khách quan do chính sức ép của cạnh tranh đối với các doanh nghiệp. TTKT bắt nguồn từ nhu cầu và áp lực cạnh tranh, nhưng kết quả cuối cùng lại có thể dẫn đến sự triệt tiêu cạnh tranh trên thị trường. Các yêu cầu của việc tập trung, tích tụ tư bản và tăng cường năng lực cạnh tranh trên thị trường là do những nguyên nhân sau:

Một là, để có thể tồn tại và phát triển trên thị trường, các doanh nghiệp luôn phải tìm mọi biện pháp tăng cường sức mạnh của mình với yêu cầu về thời gian ngắn

¹¹⁸ *Tlđđ* 105, tr.27.

nhất, từ đó đem lại vị trí cạnh tranh tối ưu. TTKT giúp các doanh nghiệp có khả năng giải quyết nhu cầu tích tụ các nguồn lực thị trường của mình nhằm nâng cao năng lực kinh doanh và năng lực cạnh tranh một cách nhanh nhất¹¹⁹.

Hai là, cùng với sự vận động của các doanh nghiệp trên thị trường thì có hai hiện tượng diễn ra đồng thời. Hiện tượng thứ nhất là có một số doanh nghiệp trở nên lớn mạnh hơn trên thị trường bằng sức mạnh tự thân thông qua con đường tích tụ tư bản. Hiện tượng thứ hai là các doanh nghiệp yếu thế hơn sẽ có nhu cầu tương tự bằng các hình thức liên kết khác nhau. Hai hình thức cụ thể đó là: (i) hình thành các thỏa thuận với mục tiêu tập trung sức mạnh thị trường và hỗ trợ lẫn nhau về thị trường, giá cả, thông tin, nguồn cung...¹²⁰ và (ii) hình thành những doanh nghiệp có mức độ liên kết chặt chẽ hơn về sở hữu, vốn, công nghệ, quản lý...¹²¹. Như vậy, cả hai hiện tượng nói trên đều dẫn đến kết quả là các doanh nghiệp tham gia từ chỗ đang là những đối thủ trở thành những thực thể liên kết mới và loại bỏ sự cạnh tranh giữa những doanh nghiệp đó với nhau. Chính vì vậy, TTKT có thể xem là một hình thức độc quyền hóa, trong đó bao gồm sự tăng trưởng ngoại sinh của doanh nghiệp và khả năng hình thành sức mạnh thị trường, xa hơn là có thể dẫn đến sự độc quyền.

Ba là, TTKT bao gồm nhiều hình thức khác nhau, không chỉ giới hạn ở việc sáp nhập, hợp nhất mà còn có thể được các doanh nghiệp tiến hành thông qua các hành vi mua lại, liên doanh. Những hình thức này giúp cho các doanh nghiệp tham gia hình thành nên các liên minh kinh doanh hoặc các nhóm doanh nghiệp mà giữa chúng có mối quan hệ sở hữu hoặc đầu tư với nhau trong khi vẫn tồn tại như những chủ thể có tư cách độc lập, theo đuổi những mục tiêu kinh tế riêng rẽ của mình.

Thứ hai, nhu cầu tiến hành TTKT còn do nguyên nhân từ sức ép của các cuộc khủng hoảng kinh tế¹²². Theo tác giả Vũ Quốc Thúc, mỗi khi thị trường xảy ra khủng hoảng thì một trong những giải pháp hiệu quả mà các doanh nghiệp thường sử dụng là

¹¹⁹ Có thể thấy rằng, so với các biện pháp nhằm tăng cường sức mạnh nội sinh, các biện pháp sáp nhập, hợp nhất, mua lại hoặc liên doanh... có những cách thức khác nhanh chóng hơn để hình thành nên sức mạnh thị trường. Điều này được lý giải ở việc cũng là mong muốn gia nhập thị trường nhưng nếu nhà đầu tư phải bắt đầu từ việc xây dựng cơ sở vật chất, thị trường, thương hiệu, khách hàng... thì sẽ mất rất nhiều công sức và tốn kém mà đôi khi lại không hiệu quả bằng việc mua lại các doanh nghiệp đã có sẵn trên thị trường. Do đó, mua lại, sáp nhập là cách mà nhà đầu tư có thể tiếp cận thị trường nhanh nhất thông qua việc kế thừa các giá trị có sẵn mà công ty bị mua, bị sáp nhập để lại.

¹²⁰ Trong trường hợp này, nhu cầu liên minh, liên kết tạo cơ sở cho việc hình thành các thỏa thuận và phần lớn trong số các thỏa thuận này là những thỏa thuận có tác động hạn chế cạnh tranh.

¹²¹ Mục tiêu của những hình thức liên kết đó trước tiên là nhằm tìm kiếm cơ hội tồn tại trước những đối thủ lớn hơn đang chèn ép họ và sau đó là tăng cường sức mạnh để đương đầu và thắng thế với những đối thủ cạnh tranh với sức mạnh và quy mô kinh tế lớn hơn.

¹²² Xét về khía cạnh lịch sử, điều này cũng đã được chứng minh qua quá trình phát triển của KTTT ở các nước tư bản.

tập trung lại để nương tựa vào nhau hòng tìm kiếm cơ hội tồn tại¹²³. Như vậy, nguyên nhân nội tại của TTKT xuất phát từ nhu cầu phát triển năng lực kinh doanh của thị trường. Điều này được luận giải bởi các lý do khác nhau, chủ yếu là các lý do sau đây:

Một là, TTKT sẽ tạo ra quy mô kinh doanh lớn hơn để đáp ứng yêu cầu tăng số lượng bán ra nhằm bù đắp cho phần lợi nhuận bị giảm đi do phải đầu tư cho nghiên cứu; hoặc do việc giảm chi phí sản xuất và nghiên cứu trên mỗi đầu sản phẩm và tăng cường sức cạnh tranh; hoặc nhằm mục đích tự bảo vệ các doanh nghiệp này trước nguy cơ bị thôn tóm, nắm quyền kiểm soát tài chính bởi một doanh nghiệp khác¹²⁴.

Hai là, TTKT cho phép tập hợp các doanh nghiệp phân phối hoặc khách hàng vào một đầu mối và điều này có tác dụng tích cực nhằm bảo đảm tốt hơn nguồn cung ứng hoặc khả năng tiêu thụ sản phẩm. TTKT cũng có tác dụng giúp cho các doanh nghiệp có cơ hội triển khai các chiến lược tập trung vào một số hoạt động hoặc đa dạng hóa hoạt động. Điều này có tác dụng giúp cho các doanh nghiệp thích ứng với những tác động của khủng hoảng kinh tế đem lại.

Thứ ba, TTKT có sự tác động không nhỏ của quá trình toàn cầu hóa, tự do hóa kinh tế, mở cửa thị trường đối với một số lĩnh vực độc quyền và đặc biệt là việc phải gia tăng chi phí công nghệ trong bối cảnh khoa học công nghệ phát triển...¹²⁵

Một là, trong quá trình cạnh tranh quyết liệt về công nghệ này, TTKT cho phép các doanh nghiệp rút ngắn thời gian, tăng cường hiệu quả của hệ thống mạng lưới phân phối, qua đó đẩy nhanh quá trình quay vòng đầu tư. Quá trình tự do hóa thương mại kéo theo hệ quả tất yếu là sự gia tăng về quy mô và mức độ cạnh tranh. Chính vì lẽ đó, một mặt TTKT là vấn đề sống còn của doanh nghiệp, mặt khác, kiểm soát TTKT giữa các doanh nghiệp trở thành một vấn đề đặc biệt quan trọng trong chính sách cạnh tranh của các nước công nghiệp phát triển.

Hai là, TTKT trong bối cảnh này đem lại cơ hội cho các doanh nghiệp, đặc biệt là doanh nghiệp ở các Nhà nước đang phát triển tiếp cận với công nghệ tiên tiến, tự

¹²³ *Tlđđ 109*, tr.101.

¹²⁴ Khi trả lời phỏng vấn Tạp chí Tiếng vang (ngày 5-7-1990) về việc Hachette góp vốn vào hãng truyền hình La Cinq, ông Jean - Luc Largarde (chủ tịch Hội đồng Quản trị của Hachette) đã thẳng thắn thừa nhận rằng sự kết hợp của ông Hersant trong lĩnh vực truyền hình chắc chắn sẽ không còn buộc ông phải đối đầu với tập đoàn này trong các lĩnh vực truyền thông khác, trong đó có lĩnh vực báo viết. Trích theo: *Chính sách và thực tiễn PLCT của Cộng hoà Pháp*, Tập 1, tr. 86.

¹²⁵ Trong các lĩnh vực công nghệ cao mà ở đó mức độ đầu tư và giá trị gia tăng do cải tiến công nghệ mang lại là rất lớn, chi phí cố định cao và chi phí phụ thấp, thì cạnh tranh không còn diễn ra trên thị trường chỉ vì thị trường nữa. Vấn đề mà doanh nghiệp quan tâm hàng đầu không phải là tạo ra giá cả cạnh tranh, mà là bảo đảm vị thế vượt trội của họ.

duy và trình độ quản lý hiện đại cũng như các phương thức kinh doanh hiện đại, qua đó đem lại lợi ích kinh tế cho các doanh nghiệp cũng như nền kinh tế nói chung.

Ba là, sự mở cửa thị trường trong xu thế toàn cầu hóa, hội nhập kinh tế, TTKT là hình thức hiệu quả đáp ứng nhu cầu của các doanh nghiệp nước ngoài trong việc chiếm được chỗ đứng trên thị trường nội địa của một quốc gia cũng như tạo ra cơ hội cho các doanh nghiệp thâm nhập vào các thị trường mới.

Như vậy, kiểm soát hoạt động TTKT là hết sức quan trọng và tất yếu. *Thứ nhất*, một khi hành vi TTKT được xác định là nhu cầu khách quan, lành mạnh, là sự phát triển có tính nội tại của các doanh nghiệp khi tham gia vào thị trường thì việc kiểm soát hoạt động này là cần thiết nhằm đảm bảo cho chúng được thực hiện một cách đúng đắn, lành mạnh, loại bỏ các yếu tố nguy cơ tác động tiêu cực đến thị trường. *Thứ hai*, xét về khía cạnh kinh tế, hành vi TTKT không phải là hành vi HCCT và nguy cơ dẫn đến tác động HCCT ở dạng tiềm ẩn và có thể được loại trừ hoặc khắc phục nếu như các biện pháp pháp lý kiểm soát TTKT được thực hiện đúng đắn và chính xác. *Thứ ba*, hành vi TTKT cũng có sự tác động không nhỏ của xu thế toàn cầu hóa kinh tế và hội nhập, là cơ hội cho việc xâm nhập, mở rộng thị trường của các doanh nghiệp trong và ngoài nước. Do đó, trong bối cảnh này, việc kiểm soát TTKT bằng pháp luật là cần thiết nhằm đối phó với những hiệu ứng tiêu cực đối với cạnh tranh do hoạt động TTKT đem lại.

2.2.1.2. Dưới góc độ pháp lý

TTKT được xem xét dưới góc độ pháp lý là một hành vi nhằm thực hiện các quyền và nghĩa vụ pháp lý trong quá trình tham gia thị trường của các doanh nghiệp mà cụ thể là thực hiện trong quá trình tự do liên kết và tích tụ tư bản. Hành vi TTKT được thực hiện dựa trên cơ sở của những nguyên tắc căn bản mà pháp luật đã thừa nhận, trong đó quyền tự do kinh doanh là một nguyên tắc cơ bản.

Thứ nhất, Hiến pháp và các đạo luật cơ bản về kinh tế đã xác định quyền tự do kinh doanh là một quyền cơ bản nhằm đem lại quyền tự chủ cho doanh nghiệp, cho phép doanh nghiệp hoạt động và chịu trách nhiệm trước Nhà nước và pháp luật¹²⁶. Khoản 2, Điều 51, Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định “*các thành phần kinh tế đều là bộ phận cấu thành quan trọng của nền kinh tế quốc dân, các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật*”. Vai trò của cạnh tranh được khẳng định là động lực phát triển của kinh tế thị trường và là cơ sở

¹²⁶ Tập trung kinh tế là hiện tượng thuộc về quyền tự do của các doanh nghiệp, theo các nguyên lý của kinh tế thị trường mà ở đó quyền tự do khế ước, tự do lập hội... được pháp luật thừa nhận và đảm bảo thực hiện. Điều này được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và trong Luật doanh nghiệp 2014.

để đảm bảo quyền tự do kinh doanh của các chủ thể kinh doanh. Quyền tự do kinh doanh về cơ bản thể hiện ở hai nội dung sau đây:

Một là, mọi doanh nghiệp đều có quyền định đoạt các vấn đề phát sinh trong nội bộ doanh nghiệp mình, bao gồm các vấn đề như quy mô kinh doanh, ngành nghề, kế hoạch và phương hướng kinh doanh, lao động...

Hai là, mọi doanh nghiệp có quyền tự do liên kết trong kinh doanh. Quyền tự do liên kết thể hiện ở hai vấn đề: (i) quyền tự chủ của doanh nghiệp trong việc liên kết đầu tư để mua lại, thu tóm một doanh nghiệp khác hoặc (ii) liên minh góp vốn nhằm mục đích thành lập các chủ thể kinh doanh mới¹²⁷.

Thứ hai, pháp luật về doanh nghiệp của hầu như tất cả các quốc gia trên thế giới¹²⁸ đều trao cho các chủ thể kinh doanh (trong đó chủ yếu là các doanh nghiệp) quyền được thay đổi quy mô theo nhu cầu kinh doanh của mình. Trên cơ sở đó, các biện pháp tổ chức lại cơ cấu quản lý và hoạt động sản xuất kinh doanh như sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi hình thức kinh doanh... được ghi nhận như là các biện pháp căn bản để các chủ thể kinh doanh có khả năng chủ động thích ứng với các biến động thị trường, phù hợp với năng lực kinh doanh của mình.

Như vậy, kiểm soát hoạt động TTKT còn có cơ sở lý luận từ bản chất pháp lý của hành vi TTKT. Hoạt động này nhằm thực hiện các quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp khi tham gia vào thị trường. *Thứ nhất*, pháp luật kiểm soát TTKT có vai trò là hệ thống các quy tắc pháp lý nhằm đảm bảo quyền tự do kinh doanh với tư cách là một quyền hiến định. *Thứ hai*, pháp luật kiểm soát TTKT nhằm điều chỉnh hoạt động của các doanh nghiệp trong quá trình thực thi quyền tự do liên kết trong kinh doanh để đảm bảo không làm phương hại đến cấu trúc thị trường và tương quan thị trường giữa các doanh nghiệp đang tồn tại cũng như loại bỏ những nguy cơ dẫn đến sự hình thành sức mạnh thị trường đáng kể, căn nguyên của những hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường. Do đó, pháp luật về kiểm soát TTKT mặc dù liên quan đến hoạt động kinh tế của doanh nghiệp nhưng là một bộ phận quan trọng của PLCT.

2.2.2. Vai trò bảo vệ cạnh tranh, kiểm soát tập trung kinh tế của Nhà nước

Cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát TTKT xuất phát chính từ vai trò của pháp luật trong việc bảo vệ cạnh tranh, kiểm soát TTKT của Nhà nước. Có thể khẳng định rằng, vai trò bảo vệ cạnh tranh của Nhà nước ở Việt Nam có những đặc thù mang tính tất yếu.

¹²⁷ Xem thêm: Mai Hồng Quý (2012), *Tự do kinh doanh và vấn đề bảo đảm quyền con người tại Việt Nam*, Nxb. Lao động; Phan Huy Hồng, Nguyễn Thanh Tú (2012), *Quyền tự do kinh doanh theo pháp luật Liên minh châu Âu và Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.

¹²⁸ Xem thêm Ủy ban Kinh tế của Quốc hội (2016), *Thế chế pháp luật kinh tế của một số quốc gia trên thế giới và gợi ý*, Nxb. Tài chính, Hà Nội.

Trước hết, đây là vai trò phát từ yêu cầu mang tính quy luật của quá trình phát triển KTTT, trong đó Nhà nước có vai trò điều tiết và đảm bảo các quan hệ kinh tế diễn ra theo đúng các quy luật của một nền KTTT và đảm bảo một môi trường kinh doanh công bằng, lành mạnh cho các chủ thể kinh doanh. *Thứ hai*, đây cũng là vai trò đặc biệt của Nhà nước trong nền KTTT định hướng XHCN ở Việt Nam. Bối cảnh KTTT của Việt Nam hiện nay có các đặc trưng nổi bật sau: (i) hiện vẫn chưa tồn tại khái niệm “cạnh tranh” đúng nghĩa, điều này được thể hiện ở việc các quy luật kinh tế cơ bản như cạnh tranh, cung cầu vẫn còn chịu sự chi phối và tác động của các yêu cầu về công bằng xã hội; có sự phát triển đan xen không đồng đều của các thành phần kinh tế; (ii) môi trường cạnh tranh lành mạnh mới được hình thành nên chưa đồng bộ và còn nhiều bất cập; (iii) trong bối cảnh ấy, chính sách, PLCT và các thiết chế cần thiết cho việc áp dụng nó được coi một trong những chất xúc tác có khả năng làm cho nền KTTT phát triển¹²⁹.

Thứ nhất, việc kiểm soát TTKT là nội dung thể hiện vai trò của Nhà nước trong quản lý, điều tiết vĩ mô đối với nền kinh tế.

Có thể khẳng định rằng việc thiết lập cơ chế kiểm soát đối với TTKT là một vấn đề bắt buộc trong quá trình xây dựng một hệ thống chính sách và pháp luật đầy đủ, đồng bộ và thống nhất để bảo vệ cạnh tranh trong nền KTTT. Trong đó, chính sách TTKT là một trong những thành tố quan trọng và có mục tiêu cốt lõi là đảm bảo hoạt động TTKT không có hoặc không tiềm ẩn nguy cơ gây ra các tác động tiêu cực tới hoạt động cạnh tranh trên thị trường. Do tầm quan trọng của nó đối với chính sách cạnh tranh của một quốc gia, mục tiêu của chính sách kiểm soát TTKT cần được đánh giá trong mối quan hệ tổng thể với các chính sách khác.

Như đã phân tích, các vụ việc TTKT có thể gây hậu quả làm sai lệch cấu trúc thị trường, làm thiệt hại cho sự phát triển của một ngành hay toàn bộ nền kinh tế của một quốc gia. Rõ ràng là, bảo vệ cạnh tranh và trách nhiệm chủ yếu trong việc bảo vệ cạnh tranh này thuộc về vai trò của Nhà nước. Bởi lẽ, Nhà nước, bằng các chính sách pháp luật có khả năng tác động một cách tích cực và hiệu quả nhất đến tiến trình cạnh tranh nhằm hướng chúng vận động và phát triển theo một khuôn khổ nhất định nhằm đảm bảo cạnh tranh công bằng và lành mạnh.

¹²⁹ Xem thêm: Phạm Trí Hùng (2013), *Quy định về trách nhiệm bảo vệ cạnh tranh, bảo đảm môi trường cạnh tranh lành mạnh của Nhà nước trong dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992*, Hội nghị “Góp ý Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992” ngày 28/02/2013 do Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh và Tạp chí Nghiên cứu lập pháp tổ chức.

Kiểm soát TTKT hiện nay đã được coi là một trong những nhiệm vụ cơ bản của PLCT hiện đại. PLCT nhằm kiểm soát các hiện tượng TTKT có khả năng đe dọa đến trật tự cạnh tranh của thị trường bằng hai cơ chế, đó là: (i) cấm đoán các trường hợp TTKT làm tổn hại đến tình trạng cạnh tranh; (ii) kiểm soát các khả năng tổn hại đến cạnh tranh.

Thứ hai, chính sách kiểm soát TTKT nhằm thực thi các mục tiêu quan trọng của mỗi quốc gia. Về cơ bản, bao gồm mục tiêu kinh tế và mục tiêu chính trị.

• Mục tiêu kinh tế

Có thể thấy rằng TTKT hướng đến việc hợp nhất quyền sở hữu và kiểm soát các loại tài sản (bao gồm tài sản hữu hình và tài sản vô hình). Như đã phân tích, doanh nghiệp sau sáp nhập có thể nâng cao hiệu quả kinh tế thông qua TTKT. Các phân tích cũng đã chứng minh cho thấy bên cạnh những tác động tiêu cực, HCCT, một số vụ TTKT không gây ra các quan ngại về việc gia tăng sức mạnh trên thị trường của các doanh nghiệp sau sáp nhập. Trong những vụ việc như vậy, không nhất thiết phải có biện pháp can thiệp trừ khi các biện pháp này phục vụ các mục đích của chính sách công. Chính vì vậy, cần phải xác định mục tiêu cốt lõi của chính sách TTKT là *ngăn ngừa tác động phản cạnh tranh tiềm ẩn* của vụ việc TTKT bằng các biện pháp khắc phục phù hợp, bao gồm cả việc không cho phép TTKT nếu cần thiết.

Trong việc theo đuổi mục tiêu kinh tế, mục tiêu bảo vệ cạnh tranh là một nội dung quan trọng nhằm đạt đến mục tiêu cuối cùng là gia tăng phúc lợi xã hội. Chính vì vậy, lợi ích của người tiêu dùng cần được xem xét trong việc xác định mục tiêu cốt lõi của chính sách kiểm soát TTKT. Từ đó, cần phải xem xét vụ việc TTKT theo khía cạnh có hay không khả năng làm suy giảm cạnh tranh trên thị trường bởi lẽ điều này đồng nghĩa với việc suy giảm lợi ích của người tiêu dùng.

• Mục tiêu chính trị

Việc kiểm soát đối với hành vi TTKT còn nhằm phục vụ cho những mục tiêu chính trị của các quốc gia. Các mục tiêu chính trị thể hiện rõ nét ở những quốc gia mà nền KTTT hiệu quả chưa được thiết lập đầy đủ (chẳng hạn như các quốc gia đang phát triển, hoặc trong thời kỳ chuyển đổi). Chính sách cạnh tranh có thể được các Nhà nước nhìn nhận trên một góc độ rộng không chỉ hướng đến các mục tiêu kinh tế thuần túy mà có tính đến cả những mục tiêu của chính sách điều tiết, chẳng hạn như chính sách khuyến khích, thúc đẩy việc cơ cấu lại, giảm bớt các quy định và tư nhân hoá các ngành công nghiệp cũng như lồng ghép yêu cầu điều chỉnh xã hội thông qua những chính sách như vậy. Do đó, các giá trị không liên quan tới vấn đề hiệu quả

kinh tế có thể vẫn quan trọng đối với các nước đang phát triển như Việt Nam. Đây là thực tế của những quốc gia ban hành LCT mới như là một phương tiện để mở cửa và giảm bớt quy định trên các thị trường trong nước¹³⁰.

Thứ ba, chính sách kiểm soát TTKT là một bộ phận trong tổng thể chính sách của Chính phủ, bao gồm chính sách công¹³¹, chính sách kinh tế và chính sách cạnh tranh.

Là một bộ phận của chính sách cạnh tranh nói chung, chính sách TTKT được cụ thể hóa thành một trong ba lĩnh vực điều chỉnh của PLCT, bao gồm các hành vi HCCT, bao gồm hành vi thỏa thuận HCCT và hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền. Như đã trình bày, cách nhìn nhận phổ biến hiện nay ở Việt Nam là coi kiểm soát TTKT như một dạng hành vi HCCT. Đây là một quan điểm không chính xác bởi lẽ về bản chất TTKT không phải là hành vi HCCT, hành vi này chỉ trở thành hành vi HCCT khi có chúng có “tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể”. Do vậy, mục tiêu cốt lõi của chính sách kiểm soát TTKT là nhằm đảm bảo hoạt động TTKT không hoặc không tiềm ẩn nguy cơ gây ra tác động tiêu cực tới hoạt động cạnh tranh trên thị trường¹³².

Các quy định về kiểm soát TTKT có tác động *tiền kiểm*, có mục đích và tạo ra hiệu ứng nhằm ngăn chặn các vụ việc TTKT có khả năng làm phương hại tới cạnh tranh,¹³³ làm tổn hại tới động lực cạnh tranh trên thị trường, từ đó làm suy giảm hiệu quả kinh tế và xâm hại tới lợi ích của người tiêu dùng¹³⁴. Các biện pháp kiểm soát TTKT được thực hiện ở giai đoạn trước khi các vụ TTKT được thực hiện và trước khi có những thiệt hại mà vụ TTKT có thể gây ra đối với cạnh tranh. Như vậy, kiểm soát TTKT có tác dụng “ngăn ngừa” hơn là “xử lý” hậu quả của vụ TTKT đó. Kiểm soát ngay từ giai đoạn các doanh nghiệp có dự định sáp nhập, mua lại đem lại hai tác dụng quan trọng. *Một là*, biện pháp này giúp loại bỏ ngay từ đầu các giao dịch TTKT có nguy cơ gây ra sự HCCT một cách đáng kể. *Hai là*, giúp tránh được việc khắc phục hậu quả của vụ TTKT nếu vụ việc TTKT được thực hiện.

¹³⁰ *Tlđđ 33*.

¹³¹ Chính sách công là một chính sách của Nhà nước là một bộ phận thuộc chính sách kinh tế và chính sách nói chung của mỗi nước. Chính sách công phản ánh và thể hiện hoạt động cũng như quản lý đối với khu vực công, phản ánh việc đảm bảo hàng hóa, dịch vụ công cộng cho nền kinh tế. Chính sách công đóng vai trò quan trọng được Nhà nước sử dụng để: (i) khuyến khích việc sản xuất, đảm bảo hàng hóa, dịch vụ công cho nền kinh tế, khuyến khích cả với khu vực công và cả với khu vực tư; (ii) quản lý nguồn lực công một cách hiệu quả, hiệu lực, thiết thực đối với cả kinh tế, chính trị, xã hội, môi trường, cả trong ngắn hạn lẫn trong dài hạn. Chính sách công có sự liên hệ mật thiết đến chính sách cạnh tranh, chính sách công nghiệp và chính sách thương mại của quốc gia.

¹³² Xem: Cục QLCT (2012), *Báo cáo rà soát các quy định của LCT*. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: http://www.vca.gov.vn/Modules/CMS/Upload/36/2012_10_15/VN%20-Bao%20cao.pdf, ngày 22/06/2014.

¹³³ Trong khi đó, các quy định điều chỉnh hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường lại có nhắm tới hậu kiểm, xử lý các hành vi làm phương hại tới cạnh tranh trên thị trường.

¹³⁴ *Tlđđ 132, tr. 89*.

Mục tiêu của quy định về kiểm soát TTKT là nhằm ngăn cản việc tích tụ, TTKT một cách nhanh chóng dẫn đến hậu quả là tạo ra doanh nghiệp có quyền lực thị trường, có khả năng chi phối không chế thị trường. Việc ngăn cản hình thành các doanh nghiệp không chế được thị trường sẽ giúp duy trì được môi trường cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh, có lợi cho người tiêu dùng và điều này nằm trong mục tiêu chung của cả ba chính sách nói trên. Tuy nhiên, chính sách kiểm soát TTKT cũng cần phải đảm bảo không ngăn cản việc hình thành những công ty lớn, có khả năng cạnh tranh trên thị trường thế giới¹³⁵.

2.2.3. Chính sách cạnh tranh và mục tiêu của kiểm soát tập trung kinh tế

Cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát TTKT hay sự cần thiết tất yếu của sự tồn tại và phát triển của hệ thống các quy định pháp luật này có nền tảng lý luận từ (i) việc thực thi chính sách cạnh tranh là bộ phận của chính sách vĩ mô của Nhà nước đối với hoạt động của các chủ thể kinh doanh trên thị trường, và (ii) mục tiêu của kiểm soát TTKT là những gì mà pháp luật cần phải đạt được trong việc kiểm soát hành vi này.

2.2.3.1 Chính sách cạnh tranh

Chính sách cạnh tranh là một khái niệm rộng và về cơ bản bao gồm một hệ thống các biện pháp của một Chính phủ nhằm mục đích thúc đẩy khả năng cạnh tranh của thị trường tại quốc gia đó, bao gồm mục tiêu tạo lập, duy trì một môi trường cạnh tranh bình đẳng phù hợp với lợi ích chung của xã hội và đảm bảo tự do cạnh tranh, đồng thời điều tiết cạnh tranh trong nền kinh tế. Nói cách khác, chính sách cạnh tranh chính là những biện pháp của Nhà nước nhằm điều chỉnh hành vi của doanh nghiệp và cấu trúc cạnh tranh trên thị trường. Theo cách hiểu này chính sách cạnh tranh bao gồm pháp luật, cơ chế bảo đảm thực hiện và những biện pháp kinh tế nhằm kích thích cạnh tranh như chính sách thương mại, đầu tư, quyền sở hữu trí tuệ, chính sách về dịch vụ, phân phối, pháp luật về phá sản doanh nghiệp, trợ cấp...¹³⁶. Nội dung của

¹³⁵ Bộ Thương mại (2003), Tờ trình Dự án LCT. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://www.vibonline.com.vn/Uploaded/To%20trinh%20Chinh%20phu%20ve%20Luat%20canh%20tranh.doc>, ngày 23/04/2014.

¹³⁶Xem Mohamed Lahouel and Keith Maskus, (1999), *Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries: Interests in Unilateral Initiatives and a WTO Agreement* (Paper presented at a WTO/World Bank Conference in the WTO Secretariat, Geneva Switzerland, 20-21 September 1999. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/84797-1251813753820/6415739-1251814020192/maskus.pdf>; ngày 25/06/2015;

Nnamdi Dimgba (2006), *Introduction to Competition Law: a sine qua non to a Liberalised Economy*, tr.7. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://www.globalcompetitionforum.org/regions/africa/Nigeria/INTRODUCTION%20TO%20COMPETITION%20LAW.pdf>, ngày 22/09/2014; OECD (2003), *The Objectives of Competition and Policy – Note by the Secretariat* (Global Forum on competition, CCNM/GF/COMP (2003)3), tr. 2. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://www.oecd.org/dataoecd/57/39/2486329.pdf>, ngày 28/11/2015.

chính sách cạnh tranh bao gồm hai cấu thành quan trọng là các chính sách kinh tế chung của Nhà nước nhằm thúc đẩy cạnh tranh của nền kinh tế trong nước và xây dựng cơ chế pháp luật nhằm xoá bỏ các hành vi phản cạnh tranh trên thị trường.

Ở mỗi quốc gia, chính sách kiểm soát TTKT là một bộ phận trong tổng thể các chính sách của Chính phủ, bao gồm chính sách công, chính sách kinh tế nói chung và chính sách cạnh tranh nói riêng¹³⁷. Vấn đề kiểm soát đối với TTKT và kiểm soát đến mức nào tùy thuộc vào nhiều yếu tố, chẳng hạn như chính sách cạnh tranh quốc gia, chính sách ngành và xã hội¹³⁸, mà trong đó sự cạnh tranh là một yếu tố quan trọng. Pháp luật về kiểm soát TTKT có thể có tác động kìm hãm hay phát triển một ngành kinh tế cụ thể. Sự gia nhập thị trường và phát triển của các doanh nghiệp có thể làm thúc đẩy hoặc thu hẹp đầu tư trong một ngành cụ thể và quyết định mức độ mở cửa thị trường trong hội nhập quốc tế. Điều này tùy thuộc vào chính sách cạnh tranh của Nhà nước là như thế nào, cạnh tranh có tồn tại hay không? Tồn tại đến mức nào?

Vấn đề kiểm soát TTKT còn phụ thuộc vào mức độ và sự tương quan giữa các tác động tích cực và tiêu cực đối với cạnh tranh. Cũng ở góc độ này, có thể thấy rằng TTKT không chỉ đem lại các tác động tiêu cực mà còn có những tác động tích cực đối với cạnh tranh. Cần phải thấy rằng, TTKT cũng đồng thời là một kênh đầu tư của doanh nghiệp mà pháp luật dân sự, pháp luật về doanh nghiệp và đầu tư cũng như pháp luật chuyên ngành không cấm. Do đó, hoạt động TTKT không những tạo cơ hội cho các doanh nghiệp xâm nhập, tiếp cận thị trường mà còn có tác dụng làm củng cố và tăng cường khả năng cạnh tranh của doanh nghiệp hoặc tạo cơ hội cho doanh nghiệp chuyển hướng đầu tư sang lĩnh vực khác có hiệu quả hơn. Chính vì thế mà mục đích của CQCT không phải là nhằm cấm đoán hành vi TTKT mà trái lại nhằm hạn chế những tác động tiêu cực trong khi phát huy tối đa những tác động tích cực. Sự kiểm soát đối với TTKT chỉ nên coi là cần thiết khi mà mục tiêu duy nhất của TTKT là đạt đến hoặc củng cố sức mạnh thị trường. Do đó, cần thiết phải thay đổi tư duy theo hướng LCT đóng vai trò là luật “gác cổng” của nền kinh tế, vì thế pháp luật kiểm soát TTKT có vai trò chủ yếu là ngăn chặn các hành vi TTKT gây tác động tới môi trường cạnh tranh và nền kinh tế nói chung.

Chính sách cạnh tranh quyết định đến chính sách kiểm soát TTKT. *Thứ nhất*, vấn đề kiểm soát TTKT đến mức độ nào phụ thuộc vào chính sách cạnh tranh của quốc gia

¹³⁷ *Tlđđ 9*

¹³⁸ Barry J Rodger and Angus MacCulloch (4th ed, 2009), *Competition Law and Policy in the EC and UK*, Routledge Cavendish Publishing, UK, tr.276.

cùng với định hướng phát triển trong từng ngành, lĩnh vực kinh tế. Chẳng hạn, khi cần tập trung nguồn lực để nâng cao năng lực cạnh tranh, đầu tư phát triển công nghệ... việc kiểm soát TTKT sẽ nói lỏng, ngược lại khi chính sách cạnh tranh là cần thiết để phát triển doanh nghiệp vừa và nhỏ ở một ngành kinh tế nào đó, Nhà nước sẽ kiểm soát chặt khả năng hình thành quyền lực thị trường. *Thứ hai*, chính sách cạnh tranh cũng là cơ sở để Nhà nước xác định các biện pháp cụ thể nhằm thực hiện mục tiêu của LCT trong vấn đề TTKT, chẳng hạn như việc xem xét đánh giá tác động của các vụ việc TTKT hoặc cho áp dụng các biện pháp miễn trừ; áp dụng ngưỡng thông báo đối với TTKT hoặc áp dụng các biện pháp chế tài, khắc phục hậu quả của vụ việc TTKT. Do đó, dựa trên những chính sách cạnh tranh khác nhau nên tiêu chuẩn pháp lý miễn trừ cho các hành vi TTKT trong các nền kinh tế khác nhau cũng có sự khác biệt nhất định¹³⁹.

2.2.3.2 Mục tiêu của kiểm soát tập trung kinh tế

Mục tiêu của kiểm soát TTKT có thể được hiểu theo hướng nhằm ngăn chặn và loại bỏ các hành vi TTKT có tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh. LCT phải hướng đến mục tiêu cao nhất là bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, công bằng, làm động lực phát triển cho nền kinh tế. Trong bối cảnh đó, các hành vi TTKT sẽ có tác động hoặc có khả năng dẫn tới độc quyền hóa thị trường, làm tổn hại hoặc xâm hại môi trường cạnh tranh. Việc xác định mục tiêu của LCT nói chung và kiểm soát hành vi TTKT nói riêng sẽ quyết định cách thức, biện pháp và cơ chế kiểm soát và xử lý đối với các hành vi TTKT có hại cho sự cạnh tranh. Trong bối cảnh đó, vấn đề kiểm soát TTKT phải vừa phù hợp với các chính sách của Nhà nước về tích tụ, TTKT, hình thành một số tập đoàn kinh tế mạnh, vừa phù hợp với xu thế hội nhập kinh tế quốc tế, thống nhất với các văn bản pháp luật hiện hành, nhưng không làm cản trở cơ hội kinh doanh của các doanh nghiệp.

Trong vấn đề TTKT, LCT có thể được sử dụng để hướng tới những mục tiêu có tính quốc tế nằm trong chiến lược phát triển của mỗi quốc gia, bên cạnh những mục tiêu cần phải đạt được có tính đối nội (như mục tiêu tạo lập môi trường cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh trong phạm vi quốc gia). Điều này được thể hiện ở những phân tích sau đây:

¹³⁹ Nếu như tiêu chuẩn miễn trừ cho các hành vi TTKT của pháp luật Hoa Kỳ chỉ là các tiêu chuẩn hiệu quả kinh tế (*Rule of Reason*) thì tiêu chuẩn miễn trừ cho các hành vi TTKT của EU còn nhằm vào việc cải thiện khả năng cạnh tranh của các doanh nghiệp vừa và nhỏ, khắc phục khủng hoảng, khuyến khích bảo lưu và phát triển văn hóa. Xem thêm Thomas E. Kauper (2000), 'Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations' *St. John's Law Review*, Vol 74(2). Tài liệu truy cập tại địa chỉ <<https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.vn/&httpsredir=1&article=1430&context=lawreview>> ngày 15/12/2017.

Thứ nhất, có thể thấy rằng, bản chất của kiểm soát TTKT trước hết là biện pháp “tiền kiểm”, theo đó các biện pháp kiểm soát TTKT được thực hiện ở giai đoạn trước khi các vụ TTKT được thực hiện¹⁴⁰ và trước khi có những thiệt hại mà vụ TTKT có thể gây ra đối với cạnh tranh. Như vậy, kiểm soát TTKT có tác dụng “ngăn ngừa” hơn là “xử lý” hậu quả của vụ TTKT đó. Kiểm soát ngay từ giai đoạn các doanh nghiệp có dự định sáp nhập, mua lại đem lại hai tác dụng quan trọng. *Một là*, biện pháp này giúp loại bỏ ngay từ đầu các giao dịch TTKT có nguy cơ gây ra sự HCCT một cách đáng kể. *Hai là*, giúp tránh được việc khắc phục hậu quả của vụ TTKT nếu vụ việc đó được thực hiện.

Thứ hai, các biện pháp tiền kiểm một mặt giúp các bên tham gia TTKT tránh được các chi phí giao dịch không cần thiết¹⁴¹, mặt khác giúp CQCT tiết kiệm được nguồn lực¹⁴², giảm bớt áp lực cho cơ quan này, đồng thời cũng góp phần hạn chế thiệt hại cho xã hội do các hành vi HCCT có thể được doanh nghiệp sau TTKT thực hiện ngay từ giai đoạn đầu tiên.

Thứ ba, một trong những mục tiêu quan trọng của kiểm soát TTKT là kiểm soát và điều chỉnh hoạt động TTKT cho phù hợp với chính sách cạnh tranh cũng như các chính sách kinh tế - xã hội khác của Nhà nước. Vấn đề quan trọng trong việc đánh giá tiền kiểm vụ TTKT là xem xét về những tác động kinh tế của vụ TTKT đó, đảm bảo rằng không đem lại nguy cơ HCCT lâu dài hoặc vĩnh viễn, đồng thời mang lại những lợi ích khác như khả năng đem lại lợi thế trong cạnh tranh quốc tế¹⁴³.

Thứ tư, với tư cách là quá trình tái cơ cấu lại doanh nghiệp hoặc cấu trúc đầu tư, hoạt động TTKT còn chịu sự điều chỉnh của các quy định pháp luật liên quan như pháp luật về doanh nghiệp, đầu tư, chứng khoán, sở hữu trí tuệ... Do đó, việc kiểm

¹⁴⁰ Có quan điểm ngược lại cho rằng: về cơ bản, quyền mua bán doanh nghiệp thuộc tự do khế ước; thuận mua vừa bán, miễn việc mua bán này không có những dấu hiệu làm cho việc mua bán có nguy cơ trở nên vô hiệu. Vấn đề cần quan tâm là vụ việc sáp nhập, mua lại này có tạo nên sự lũng đoạn của độc quyền cản trở cạnh tranh bình thường hay không? Và một khi một vụ việc sáp nhập, mua lại được CQCT xác định là vụ việc TTKT không được phép thực hiện hoặc bị cấm mà vẫn thực hiện thì các bên sẽ bị áp dụng các biện pháp xử phạt: bao gồm phạt tiền và có thể bị buộc phải thực hiện chia tách các doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất; bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; bị buộc phải bán tài sản đã mua... Việc áp dụng các biện pháp xử phạt vừa có tác dụng phòng ngừa, vừa có tác dụng răn đe đối với các trường hợp cố ý thực hiện hoạt động TTKT. Và như vậy, hậu kiểm vẫn có hiệu quả trong kiểm soát cạnh tranh. (Xem thêm: Phạm Duy Nghĩa (2009), *Mua bán doanh nghiệp: Một số ý kiến ngăn từ góc độ quản trị công ty*, Tài liệu Hội thảo M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội, Hà Nội, ngày 11/6/2009).

¹⁴¹ Chẳng hạn như các chi phí cho việc điều tra, thu thập thông tin về các bên tham gia, tính toán giá thành, thuê tư vấn, soạn thảo và ký kết hợp đồng...

¹⁴² Như việc CQCT phải thực hiện công tác điều tra, thu thập thông tin về vụ việc TTKT, xác định thị phần, thị trường liên quan... trong quá trình kiểm soát TTKT.

¹⁴³ *Tlđđ* 48, tr.89.

soát đối với vụ TTKT có bản chất là sự rà soát, đánh giá trong mối tương quan giữa các quy định của PLCT với những quy định pháp luật khác. Chính vì vậy, mục tiêu của LCT sẽ đạt được nếu việc kiểm soát TTKT được thực hiện một cách có hiệu quả và đặt trong tổng thể của chính sách cạnh tranh của quốc gia.

Tóm lại, các hành vi TTKT dù ở dạng nào đi nữa đều có khả năng tác động đến cấu trúc thị trường, làm thay đổi, tăng lên sức mạnh thị trường cho các doanh nghiệp hậu TTKT, làm suy giảm sự cạnh tại một hoặc một số thị trường và vì thế đem lại những tác động tiêu cực đối với cạnh tranh. Bên cạnh đó, những tác động về mặt kinh tế, xã hội, lợi ích quốc gia hoặc an ninh quốc phòng cũng góp phần tạo ra sự cân nhắc của các CQCT trong việc xem xét khả năng kiểm soát hoặc cấm đoán đối với những dạng TTKT này. Chính vì vậy, sự kiểm soát đối với các hành vi này là hết sức cần thiết và việc kiểm soát bằng PLCT là nhằm đạt những mục tiêu của chính sách kiểm soát TTKT nói riêng và chính sách cạnh tranh nói chung.

2.2.4. Tác động của tập trung kinh tế đến cạnh tranh

Khác với hành vi HCCT, hành vi TTKT có sự liên hệ với cấu trúc của thị trường bởi lẽ hành vi này tạo ra những thay đổi về cấu trúc thị trường¹⁴⁴, đồng thời TTKT cũng có những liên hệ nhất định với hành vi của doanh nghiệp trên thị trường nhằm mục đích đạt tới những lợi ích kinh tế lớn hơn sau TTKT. Pháp luật kiểm soát TTKT có cơ sở lý luận khá rõ ràng ở việc các quy định này được thiết lập nhằm phát huy và tạo điều kiện phát triển các hiệu ứng tích cực đến cạnh tranh của hoạt động TTKT, đồng thời loại bỏ, ngăn chặn và khắc phục những tác động tiêu cực đến cạnh tranh. Mỗi hình thức TTKT cụ thể có thể đem lại những hiệu ứng tích cực và tiêu cực khác nhau đến cạnh tranh. Do đó, pháp luật kiểm soát TTKT cần phải được xác định theo hướng: (i) chúng không phải nhằm mục đích cấm đoán hay loại bỏ hoạt động TTKT vì bản chất hành vi TTKT không phải là HCCT; (ii) chúng phải được thiết lập theo hướng phù hợp với từng hình thức TTKT cụ thể và cần phải có những sự linh hoạt, mềm dẻo nhất định trong quá trình đánh giá tác động và triển khai các biện pháp kiểm soát TTKT.

2.2.4.1 Tác động tích cực đối với cạnh tranh

Thứ nhất, TTKT sẽ có những tích cực đối với môi trường cạnh tranh, một thành tố quan trọng góp phần tạo nên sự ổn định và phát triển của một nền kinh tế. Tác động đầu tiên của TTKT là góp phần làm tăng hiệu quả kinh tế (*economic efficiency*)¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Xem Wolf Sauter (1997), *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford University Press, tr. 132.

¹⁴⁵ *Tlđđ* 34.

Điều này được lý giải ở những khía cạnh sau đây:

Một là, hoạt động TTKT làm tăng khả năng của doanh nghiệp “hậu TTKT” trong việc phát huy thế mạnh về quy mô kinh tế, năng lực, tiến bộ công nghệ¹⁴⁶, quản lý và thị trường¹⁴⁷. Ở những thị trường có nhiều các đối thủ cạnh tranh, TTKT giữa các đối thủ cạnh tranh không làm triệt tiêu sự cạnh tranh mà trái lại sẽ đem lại sự cạnh tranh lớn hơn.

Hai là, TTKT dẫn đến sự thay đổi số lượng doanh nghiệp hiện có trên thị trường, điều này có tác dụng giúp cho việc sử dụng một cách tập trung và hiệu quả các nguồn lực thị trường, khắc phục sự manh mún, nhỏ lẻ của quá trình kinh doanh. Các hình thức TTKT như sáp nhập, mua lại, hợp nhất điều phối các nguồn lực kinh tế từ những chủ thể sử dụng kém hiệu quả để tập trung vào chủ thể mới có khả năng sử dụng tốt hơn.

Ba là, TTKT giữa các doanh nghiệp nhỏ để tạo thành một doanh nghiệp lớn hơn sẽ có tác dụng tăng cường khả năng cạnh tranh của doanh nghiệp này trong bối cảnh cạnh tranh khốc liệt với các đối thủ cạnh tranh có sức mạnh hơn. Kết quả là, điều này có lợi cho sự phát triển của nền kinh tế ở khía cạnh hiệu quả kinh tế và đem lại lợi ích nhiều hơn cho người tiêu dùng¹⁴⁸.

Bốn là, TTKT chính là một giải pháp cho việc cơ cấu lại quy mô kinh doanh trên thị trường mà không làm giảm sút đi giá trị đầu tư của thị trường. Ở khía cạnh tích cực, TTKT tạo ra thêm khả năng hợp tác trong giữa các doanh nghiệp trong việc thực hiện hoạt động kinh doanh¹⁴⁹, điều này vừa đem lại lợi ích cho doanh nghiệp vừa tạo ra ích lợi cho nền kinh tế nói chung.

Thứ hai, TTKT cũng là một cơ hội tốt cho doanh nghiệp “thoát ra” khỏi thị trường, kinh doanh gặp khó khăn, thua lỗ, vì thế cần thiết phải có sự tái cấu trúc hoặc cơ cấu lại vốn hoặc khi doanh nghiệp đứng trước khả năng không thể cạnh tranh với các đối thủ cạnh tranh khác mà không phải việc đóng cửa doanh nghiệp¹⁵⁰. Về cơ bản,

¹⁴⁶ Lars-Hendrik Röller, Johan Stennek and Frank Verboven (2006), ‘Efficiency Gains from Mergers’ in Fabienne Ilzkovitz and Roderick Meiklejohn (eds) (2007), *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?*, Edwards Edgar Publishing, tr. 84; Jonathan Green and Gianandrea Staffiero (2007), ‘Economics of Merger Control’ in *The 2007 Handbook of Competition Economics: Global Competition Review Special Report*, tr. 9.

¹⁴⁷ Xem thêm Jones and Suffrin (2011), *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, tr.943.

¹⁴⁸ Jonathan Green and Gianandrea Staffiero (2007), ‘Economics of Merger Control’ in *The 2007 Handbook of Competition Economics: Global Competition Review Special Report* (2007) tr. 8,9 trong Julie Nicole Clarke (2010), *The International Regulation of Transnational Mergers*, PhD Thesis, Queensland University of Technology, tr.30.

¹⁴⁹ Điều này có lợi cho các doanh nghiệp trong việc tạo ra các hình thức hợp tác kinh doanh khép kín, hỗ trợ trong quản lý, thực hiện chiến lược mở rộng, phát triển thị trường; hoặc chia sẻ rủi ro khi thị trường có biến động lớn.

¹⁵⁰ *Tlđđ* 147, tr.943 – 944.

giải thể hoặc phá sản không phải luôn luôn là giải pháp tối ưu cho các doanh nghiệp này¹⁵¹ bởi lẽ việc giải thể hoặc phá sản sẽ dẫn đến những hệ quả khác mà các doanh nghiệp nói riêng và xã hội phải giải quyết như vấn đề lao động, việc làm, trợ cấp...

Thứ ba, hành vi TTKT dưới dạng mua bán, sáp nhập doanh nghiệp cũng có thể chỉ thuần túy vì mục đích đầu tư thông qua việc mua lại các công ty, sở hữu trong một thời gian ngắn, sau đó bán lại một phần hoặc toàn bộ công ty đó nhằm thu về lợi nhuận. Xét ở góc độ này, hành vi TTKT cần được xem xét dưới hình thức là một kênh đầu tư và những tác động đối với cạnh tranh có thể chỉ nên được xem xét ở khía cạnh này.

Thứ tư, dưới góc độ hội nhập kinh tế quốc tế, hành vi TTKT xuyên biên giới là một trong những phương thức thúc đẩy hội nhập thị trường mà thông qua đó đem lại nhiều lợi ích cho các doanh nghiệp tham gia TTKT.

Một là, TTKT đưa đến khả năng tiếp cận tiến bộ khoa học kỹ thuật và thúc đẩy quá trình thương mại xuyên biên giới giữa các doanh nghiệp và các nền kinh tế¹⁵². Quá trình TTKT dẫn đến việc tăng cường năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp, đặc biệt trong trường hợp TTKT giữa các doanh nghiệp nội địa, qua đó hình thành các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể và khả năng đương đầu với các đối thủ cạnh tranh nước ngoài.

Hai là, TTKT có tác dụng cơ cấu lại thị trường nội địa trong bối cảnh mở cửa, hội nhập kinh tế quốc tế. Điều này giúp cho nền kinh tế có khả năng đương đầu với các tập đoàn kinh tế đa quốc gia có tiềm lực tài chính và kinh nghiệm kinh doanh lâu đời. Trong bối cảnh này, TTKT có thể góp phần hướng đến những mục tiêu có màu sắc chính trị, chẳng hạn như việc tạo ra các doanh nghiệp nhà nước hùng mạnh, những doanh nghiệp có sức mạnh cạnh tranh đáng kể để tham gia vào cạnh tranh quốc tế cũng như đủ sức đương đầu với những tập đoàn đa quốc gia hùng mạnh trên những lĩnh vực trọng yếu của nền kinh tế¹⁵³.

2.2.4.2 Tác động tiêu cực đối với cạnh tranh

Tác động dễ thấy nhất của TTKT là việc tạo ra các tác động tiêu cực đến cạnh tranh bởi việc làm tăng sức mạnh thị trường của doanh nghiệp sau TTKT¹⁵⁴. Quan

¹⁵¹ Theo tác giả Nguyễn Ngọc Sơn thì trong pháp luật kinh doanh, các chế định về giải thể và phá sản doanh nghiệp được coi như những phương thức giải quyết số phận của các doanh nghiệp gặp khó khăn và kinh doanh kém hiệu quả. Tuy nhiên, việc sử dụng triệt để hai biện pháp nói trên có thể gây ra hậu quả là, sau khi các doanh nghiệp bị giải thể, phá sản, chấm dứt tồn tại thì các giá trị đầu tư của họ sẽ chỉ được dùng để giải quyết trách nhiệm tài sản của doanh nghiệp và trả lại cho các chủ đầu tư. Khi đó, giá trị đầu tư chung trên thị trường liên quan sẽ giảm đi. *Tlđđ* 105.

¹⁵² *Tlđđ* 147, tr.944.

¹⁵³ Đây còn được gọi là việc tạo ra những “nhà vô địch quốc gia” (national champions), ám chỉ những doanh nghiệp quốc gia có sức mạnh cạnh tranh quốc tế. Xem thêm: See Jones and Sufrin, tr.944; OECD (2009), *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions* (Competition Policy Roundtable), DAF/COMP/GF, tr.9. Tài liệu truy cập tại địa chỉ <<http://www.oecd.org/dataoecd/12/50/44548025.pdf>>, ngày 23/08/2014.

¹⁵⁴ *Tlđđ* 34.

ngại lớn nhất về tác động của TTKT đó là khả năng dẫn đến sự thay đổi về hình thái thị trường cạnh tranh, theo đó trên thị trường xuất hiện hiện tượng độc quyền nhóm hoặc hình thành các doanh nghiệp có quyền lực thị trường. Hậu quả là, chúng tạo cơ hội cho các doanh nghiệp này trong việc tăng giá bán hoặc làm giảm giá mua hàng hóa, dịch vụ liên quan, tạo rào cản gia nhập, mở rộng thị trường, hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ hoặc làm giảm khả năng tiếp cận cơ sở hạ tầng thiết yếu. Đây chính là những yếu tố mà CQCT cần phải đánh giá khi xem xét tác động của một vụ TTKT.

Một là, có thể thấy rằng, TTKT có tác động làm loại bỏ áp lực cạnh tranh giữa các bên tham gia vào vụ việc, đồng thời giảm đi số lượng các đối thủ cạnh tranh trên thị trường. Trong một số trường hợp, doanh nghiệp hình thành sau vụ TTKT vẫn có thể loại bỏ được các đối thủ cạnh tranh và thu lợi từ thị trường mà không cần phải thực hiện các hành vi HCCT¹⁵⁵.

Hai là, TTKT làm thay đổi cấu trúc và tương quan trên thị trường. Sự xuất hiện đột ngột của một doanh nghiệp có năng lực cạnh tranh lớn hơn sau một vụ TTKT cũng hàm chứa nguy cơ đe dọa sự tồn tại của những doanh nghiệp cạnh tranh khác, từ đó làm tổn hại đến cục diện cạnh tranh hiện tại trên thị trường. Nói một cách khác, khi mà số lượng các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh trên thị trường giảm đi thì mức độ “hoàn hảo” của cạnh tranh cũng bị giảm sút theo. Khi TTKT có thể diễn ra dưới nhiều hình thức khác nhau, những tác động của chúng đối với cạnh tranh sẽ tùy thuộc vào những hình thức cụ thể đó.

• **Đối với các hình thức TTKT theo chiều ngang**

TTKT theo chiều ngang thường được coi là hành vi TTKT đáng lưu tâm nhất của LCT¹⁵⁶. Nói cách khác, doanh nghiệp sau khi TTKT sẽ có một sức mạnh thị trường đáng kể. Vụ TTKT theo chiều ngang có hai dạng tác động chính là tác động đơn phương (*unilateral effects*) và tác động kết hợp (*coordinated effects*)¹⁵⁷. Cụ thể, TTKT loại này dẫn đến hai khả năng:

¹⁵⁵ Đó là các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, lạm dụng vị trí độc quyền... để gây cản trở cạnh tranh bình đẳng trên thị trường.

¹⁵⁶ Điều này là do việc TTKT theo chiều ngang sẽ trực tiếp dẫn đến sự giảm đi số lượng các doanh nghiệp - đối thủ cạnh tranh trên thị trường. Bên cạnh đó, sự tăng lên về thị phần của doanh nghiệp được tạo ra sau TTKT đương nhiên lớn hơn mỗi doanh nghiệp tham gia vụ TTKT trước đó. Xem: Tlđđ 138, tr.276; Femi Alese (2008), *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis*, Ashgate Publishing, tr.409; Herbert Hovenkamp (3rd ed, 2005), *Federal and Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson West, tr. 12.1.b; Rodger and MacCulloch, tr. 276.

¹⁵⁷ Tlđđ 89, tr.155.

Thứ nhất, TTKT dẫn đến sự thống lĩnh thị trường của một doanh nghiệp hoặc tăng cường sức mạnh thị trường hiện hữu của doanh nghiệp này, điều này làm cho hiệu quả kinh tế sẽ khó có thể đạt được như mong muốn, bên cạnh những khó khăn đối với các CQCT trong việc kiểm soát và phát hiện các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp về sau¹⁵⁸.

Thứ hai, trong trường hợp không tạo ra sự thống lĩnh của doanh nghiệp trên thị trường (tùy thuộc vào “ngưỡng” xác định mức độ kiểm soát TTKT cụ thể), TTKT vẫn đem lại mối quan tâm sâu sắc về khả năng làm tăng lên đáng kể sự tập trung sức mạnh thị trường vào tay một doanh nghiệp¹⁵⁹, từ đó dẫn đến khả năng HCCT bằng giá, giảm đi động lực sáng tạo, gây bất lợi cho đối thủ cạnh tranh.

Trong cả hai trường hợp, TTKT theo chiều ngang sẽ giúp cho doanh nghiệp sau TTKT xóa bỏ sự cạnh tranh trực tiếp giữa các doanh nghiệp trước TTKT, tập trung sức mạnh thị trường vào một doanh nghiệp sau TTKT và tạo ra nguy cơ thực hiện những hành vi HCCT¹⁶⁰ và suy cho cùng điều này cũng sẽ tiềm ẩn nguy cơ phương hại đến lợi ích của người tiêu dùng¹⁶¹.

• **Đối với các hình thức TTKT theo chiều dọc**

Như đã phân tích TTKT theo chiều dọc là sự TTKT của các doanh nghiệp ở các cấp độ khác nhau của chu trình sản xuất và mục đích của sự TTKT trong trường hợp có thể vì những mục tiêu khá hợp lý, như việc đảm bảo sự cung cấp nguyên liệu và duy trì các chuỗi cửa hàng bán sản phẩm của các doanh nghiệp liên quan¹⁶². Tác động tiêu cực đối với cạnh tranh có thể xem xét ở những khía cạnh sau đây.

Thứ nhất, TTKT trong trường hợp này có thể tạo ra sự “đóng cửa” (*foreclosure*) đối với thị trường hoặc nguồn cung cấp cho các đối thủ cạnh tranh¹⁶³, đặc biệt là khi doanh nghiệp tham gia TTKT có sức mạnh thị trường đối với một hoặc một số cấp độ trong chu trình sản xuất và phân phối¹⁶⁴.

Thứ hai, TTKT trong trường hợp này cũng có thể dẫn đến việc các doanh nghiệp khác rút lui khỏi thị trường đang có sự TTKT theo chiều dọc. Hình thức TTKT dẫn đến:

¹⁵⁸ TLdd 147.

¹⁵⁹ Đặc biệt trong trường hợp doanh nghiệp này hoàn toàn có khả năng tăng giá hoặc hạn chế đầu ra bằng việc tự thực hiện hoặc phối hợp hành động với những doanh nghiệp khác trên thị trường TLdd 34. Xem thêm TLdd 147, tr. 945.

¹⁶⁰ Paul Craig and Crainne de Burca (4th, 2008), *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, tr.1043.

¹⁶¹ S Bishop, A Lofaro and F Rosati (2006), “Turning the Tables: Why Vertical and Conglomerate are Different?” *European Competition Law Review* 27 (7), tr.406.

¹⁶² TLdd 131, tr.946; TLdd 110 tr. 276.

¹⁶³ TLdd 160, tr.1043.

¹⁶⁴ Có thể thấy rằng, khi một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đối với một sản phẩm nhất định, doanh nghiệp có thể tận dụng quyền lực này để gây sức ép đối với thị trường những người cung ứng hoặc những người tiêu thụ, từ đó gây khó khăn cho những doanh nghiệp cạnh tranh khác. Xem John C Cook and Christophe S Kerse (3rd, 2006), *EC Merger Control*, Sweet & Maxwell, tr.7-20.

(i) hạn chế khả năng tham gia thị trường của các doanh nghiệp mới. Việc TTKT theo chiều dọc sẽ dẫn đến khó khăn cho những doanh nghiệp mới gia nhập thị trường bởi nhu cầu tài chính và bí quyết kỹ thuật sẽ cao hơn đối với họ¹⁶⁵; (ii) khả năng loại bỏ các đối thủ cạnh tranh khỏi thị trường, điều này tương tự như tác động của hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường.

• **Đối với các hình thức TTKT hỗn hợp**

TTKT theo dạng hỗn hợp cũng có thể tạo ra những tác động khác nhau đến cạnh tranh¹⁶⁶. Tuy nhiên, so với hai dạng TTKT ở trên, các tác động đối với cạnh tranh của TTKT trong trường hợp này thường ít được coi là nghiêm trọng. Tuy nhiên, TTKT hỗn hợp có thể có những tác động tiêu cực sau đây:

Thứ nhất, các doanh nghiệp tham gia TTKT sẽ có lợi thế cạnh tranh so với các doanh nghiệp khác trên thị trường trong việc tiết kiệm được chi phí khi có nhu cầu tín dụng, bảo hiểm, quảng cáo và cả vận tải...¹⁶⁷. Một doanh nghiệp sau khi TTKT hỗn hợp diễn ra có thể sử dụng sức mạnh thị trường của mình để loại bỏ sự cạnh tranh tại những thị trường gần gũi hoặc có liên hệ với một thị trường chủ yếu nào đó bằng việc thực thi các hành vi HCCT như bán kèm, trợ cấp chéo hoặc định giá hủy diệt tại những thị trường đó¹⁶⁸.

Thứ hai, một doanh nghiệp sau TTKT hỗn hợp có thể làm suy giảm sự cạnh tranh trên các thị trường, đặc biệt trong hai trường hợp (i) các doanh nghiệp sản xuất, cung ứng một nhóm sản phẩm tại các thị trường khác nhau, hoặc (ii) các doanh nghiệp có sự tham gia ở nhiều thị trường khác nhau. Trong cả hai trường hợp, tác động đối với cạnh tranh là đáng kể¹⁶⁹.

Tóm lại, kiểm soát TTKT bằng pháp luật cần phải dựa trên cơ sở của những nghiên cứu, đánh giá đầy đủ, toàn diện về mặt lý luận. Trước hết cần phải xác định rõ vấn đề có tính nguyên tắc đó là việc thực hiện các hành vi TTKT là quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp. TTKT là sự tập hợp các nguồn lực kinh tế mà không phải là quá trình tích tụ tư bản thông thường hay không phải từ hiệu quả kinh doanh của từng doanh nghiệp, điều này dẫn đến nguy cơ hình thành nên các thế lực thống

¹⁶⁵ *Tlđđ* 89, tr.156.

¹⁶⁶ *Tlđđ* 156, tr.276.

¹⁶⁷ Các doanh nghiệp sau TTKT hỗn hợp có điều kiện để đưa ra những hạch toán hỗn hợp, hạn chế rủi ro về chi phí và thị trường, có được những điều kiện kinh doanh rất thuận tiện. Xem *Tlđđ* 89, tr.156.

¹⁶⁸ Điều này hoàn toàn có khả năng xảy ra đối với những thị trường liên quan chặt chẽ với nhau và doanh nghiệp sau TTKT có khả năng cung ứng một số lượng sản phẩm đáng kể. Xem S G Corones (3rd ed, 2004), *Competition Law in Australia*, Thomson Reuters, tr. 380; Jones and Sufrin, *Tlđđ* 147, tr.946.

¹⁶⁹ *TLđđ* 147, tr.947; R H Bork (1978), *The Antitrust Paradox*, Free Press, tr.249, dẫn trong in Jones and Sufrin, *Tlđđ* 147, tr. 947.

lĩnh thị trường hoặc độc quyền. TTKT không phải tạo ra những tác động tiêu cực cho thị trường mà ở một chừng mực nào đó, TTKT có thể đem lại cho thị trường hiệu quả nhất định. Do đó, việc kiểm soát đối với hoạt động TTKT là cần thiết mà không phải nhằm ngăn cấm hoặc cản trở nó trong sinh hoạt thị trường. TTKT dẫn đến sự lớn lên này của các doanh nghiệp một cách khách quan và vì thế, việc ngăn cản hay cấm đoán sự phát triển của các doanh nghiệp theo cách này là đi ngược với quy luật tự nhiên¹⁷⁰. Đồng thời, khi kiểm soát các vụ việc về TTKT, các quốc gia cần đánh giá tác động của từng vụ việc TTKT cụ thể¹⁷¹.

2.3. Tổng quan về pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế

2.3.1. Khái niệm, đặc điểm của pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế

2.3.1.1. Khái niệm

Mục tiêu cụ thể của các hình thức khác nhau của TTKT thực chất là tạo ra những doanh nghiệp lớn trên cơ sở tập trung sức mạnh của nhiều doanh nghiệp sẵn có trên thương trường. Chính vì sự xuất hiện của doanh nghiệp có sức mạnh trong thị trường liên quan nên sẽ nảy sinh vấn đề về sự hiện diện của những doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, dẫn tới yêu cầu cần có quy định pháp luật kiểm soát các hoạt động TTKT.

Pháp luật về kiểm soát TTKT là hệ thống các quy định và công cụ pháp luật thực hiện chính sách cạnh tranh và TTKT nói riêng, điều chỉnh các hoạt động kiểm soát tập trung quyền lực thị trường nhằm duy trì và bảo vệ cạnh tranh trên thị trường¹⁷².

2.3.1.2. Đặc điểm

Thứ nhất, pháp luật kiểm soát TTKT là lĩnh vực pháp luật công, mang tính quyền lực nhà nước, thể hiện ở hành vi cho phép, điều tra, xử phạt các hành vi TTKT bị cấm. Pháp luật kiểm soát TTKT vừa là luật nội dung, quy định các hành vi bị cấm TTKT và hậu quả của chúng; vừa là luật tố tụng, quy định về CQCT, HĐCT, thủ tục điều tra, xử lý, khiếu nại. Pháp luật kiểm soát TTKT không thể tách rời chính sách cạnh tranh nói chung và định hướng phát triển trong từng ngành, lĩnh vực kinh tế cụ thể. Để phát triển doanh nghiệp vừa và nhỏ để tăng cường cạnh tranh ở một ngành kinh tế nào đó, Nhà nước sẽ kiểm soát chặt khả năng hình thành quyền lực thị trường.

¹⁷⁰ Theo tác giả Nguyễn Như Phát, bản thân hiện tượng độc quyền (với tính cách là kết quả của sự tăng trưởng nội sinh ở mức cao nhất) là không có tội. Lúc đó, pháp luật chỉ có thể và cần phải tinh tường trong những hiện tượng lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền của doanh nghiệp mà thôi. Chỉ có quá trình độc quyền hóa trái pháp luật mới đáng để quan tâm. Xem thêm: Nguyễn Như Phát (2007), Các khía cạnh pháp lý về tập trung kinh tế và vai trò của Cơ quan Quản lý cạnh tranh, *Tạp chí Khoa học pháp lý* số 4 (41).

¹⁷¹ *Tlđđ* 105

¹⁷² Xem Phạm Duy Nghĩa (2004), *Chuyên khảo Luật Kinh tế*, tr.786.

Ngược lại, khi cần tập trung nguồn lực để nâng cao năng lực cạnh tranh hoặc đầu tư phát triển công nghệ...

Thứ hai, trong quan hệ pháp luật về kiểm soát TTKT, chủ thể kiểm soát hoạt động TTKT là cơ quan nhà nước được giao quản lý hoạt động cạnh tranh, chủ thể tham gia hoạt động TTKT là nhà đầu tư trong và ngoài nước (*doanh nghiệp*) có đầy đủ các điều kiện về năng lực chủ thể mà pháp luật quy định. Đây là các quan hệ có tính chất công quyền, gắn với chức năng quản lý điều tiết nền kinh tế của Nhà nước, nhưng cũng đồng thời gắn với hoạt động của các doanh nghiệp và liên quan đến doanh nghiệp, bao gồm nhân sự, thương hiệu, tài sản hữu hình, tài sản vô hình, vị thế trên thị trường, quyền sở hữu trí tuệ, mạng lưới kinh doanh, hệ thống khách hàng, kinh nghiệm thương trường và các vấn đề khác liên quan...

Thứ ba, pháp luật kiểm soát TTKT là hệ thống những quy định pháp lý được thiết lập nhằm kiểm soát đối tượng cụ thể là các giao dịch giữa các bên tham gia vụ việc TTKT. Hệ thống các quy định pháp luật này có tính chất “tiền kiểm” (trước khi thực hiện các giao dịch TTKT). Hành vi TTKT được thực hiện thông qua hợp đồng. Theo đó bên mua sẽ tiến hành các giao dịch với bên bán¹⁷³ dưới nhiều hình thức khác nhau¹⁷⁴. Chính vì vậy, trọng tâm của hệ thống các quy định pháp luật về kiểm soát TTKT đặt ở những khâu đầu tiên trong việc kiểm soát các giao dịch TTKT, đánh giá tác động của vụ TTKT đối với cạnh tranh để có thể đưa ra các quyết định về cho phép, cho phép có điều kiện hoặc cấm đoán các giao dịch đó.

¹⁷³ Bên mua chủ yếu là các doanh nghiệp có tiềm lực kinh tế muốn mở rộng qui mô hoạt động hoặc thu tóm đối thủ cạnh tranh, nâng cao năng lực tài chính, cải tiến tổ chức quản lý, phát triển công nghệ mới... từ đó hình thành các tập đoàn kinh tế lớn có sức cạnh tranh ở trong và ngoài nước. Nhưng đôi khi bên mua, lại thực hiện hoạt động mua bán nhằm mục đích thương mại. Khi đó doanh nghiệp trở thành một loại hàng hoá để mua đi bán lại nhằm mục đích kiếm lời tức là nhà đầu tư tiến hành mua lại các doanh nghiệp hoạt động không hiệu quả sau đó tiến hành các biện pháp khôi phục lại để nó đi vào hoạt động bình thường, trả hết khoản nợ và đem bán trên thị trường để thu lợi nhuận. Trong khi đó, bên bán thường là các doanh nghiệp đang lâm vào tình trạng khó khăn về tài chính nên đây sẽ là cơ hội để nó thoát khỏi nguy cơ phá sản và chuyển các khoản nợ đó cho bên mua, tránh được các trách nhiệm pháp lý do việc doanh nghiệp không có khả năng duy trì hoạt động sản xuất kinh doanh mà Luật Phá sản 2014 quy định. Bên bán doanh nghiệp nếu đang lâm vào tình trạng khó khăn đó là giải pháp tối ưu. Nếu doanh nghiệp bị phá sản, toàn bộ tài sản sẽ bị phát mãi và chủ doanh nghiệp bị cấm kinh doanh trong một thời gian nhất định. Bên bán có thể tiến hành bán một phần tài sản của doanh nghiệp thông qua việc phát hành cổ phiếu. Khi bán một phần doanh nghiệp thì mục đích mà họ đặt ra là nhằm huy động vốn để mở rộng sản xuất kinh doanh, qua đó bên bán cũng có cơ hội nâng cao năng lực cạnh tranh vì lúc này quy mô vốn đã lớn hơn.

¹⁷⁴ Như mua lại doanh nghiệp, mua tài sản doanh nghiệp, mua một phần doanh nghiệp, mua toàn bộ doanh nghiệp (sau đó tiến hành sáp nhập, hợp nhất, hoặc giữ nguyên), hoặc hợp đồng sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp và xác lập địa vị pháp lý trong doanh nghiệp mục tiêu nhằm quyết định được nhiều vấn đề quan trọng của doanh nghiệp đó

Thứ tư, kiểm soát TTKT mặc dù là một hình thức kiểm soát của Nhà nước nhưng không ảnh hưởng đến quyền tự chủ trong kinh doanh của các doanh nghiệp. Các quy định pháp luật về kiểm soát đối với hoạt động TTKT không phải nhằm mục đích ngăn cấm hoặc cản trở nó trong hoạt động thị trường, đồng thời quyền tự chủ của doanh nghiệp cũng phải được thực hiện trên cơ sở sự điều tiết của pháp luật. Việc kiểm soát hoạt động của các doanh nghiệp, về bản chất là giúp đảm bảo cho thị trường và sự cạnh tranh diễn ra công bằng, lành mạnh, loại trừ những tác động xấu đến cạnh tranh của các doanh nghiệp. Như vậy, pháp luật kiểm soát TTKT không có bản chất cấm đoán hoặc mang nặng tính chất công quyền, áp đặt mà trái lại, đây là các quy định pháp luật đi song hành và tạo điều kiện cho việc thực hiện quyền tự chủ trong kinh doanh của các doanh nghiệp. Các quy định pháp luật về kiểm soát TTKT là điều kiện thuận lợi cho việc các doanh nghiệp thực hiện quyền tự chủ trong kinh doanh của mình. Bên cạnh việc đánh giá tác động đến thị trường của CQCT, các hoạt động kiểm soát TTKT vẫn đảm bảo sự tự chủ của doanh nghiệp và dựa trên cơ sở tương tác với CQCT, bao gồm việc thông báo TTKT, tính toán thị phần, doanh thu, doanh số, thực hiện các biện pháp tái cơ cấu, khắc phục hậu quả của vụ việc TTKT...

Thứ năm, pháp luật về kiểm soát TTKT có sự liên hệ nhất định đến pháp luật doanh nghiệp. Cả hai đều hướng đến việc đảm bảo việc thực hiện quyền tự do kinh doanh của các chủ thể thuộc mọi thành phần kinh tế và đảm bảo hoạt động sản xuất kinh doanh diễn ra trong môi trường pháp luật lành mạnh, bình đẳng, văn minh. Pháp luật doanh nghiệp với vai trò tổ chức và thiết lập mô hình hoạt động cho các loại hình doanh nghiệp, về cơ bản khái niệm tổ chức lại doanh nghiệp bao gồm các hành vi hợp nhất và sáp nhập, do đó có sự tương đồng với quy định của PLCT về kiểm soát TTKT. Trong khi đó, PLCT mà cụ thể là pháp luật kiểm soát TTKT đóng vai trò là luật chung, đảm bảo việc tổ chức lại doanh nghiệp thông qua việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh không gây ra những tác động hoặc có khả năng gây ra tác động đáng kể đến cạnh tranh và quyền tự do kinh doanh của các doanh nghiệp trên thị trường. Do đó, các hành vi tổ chức lại doanh nghiệp nếu dẫn tới khả năng HCCT sẽ do pháp luật kiểm soát TTKT điều chỉnh.

Tóm lại, theo tác giả, kiểm soát TTKT được hiểu là kiểm soát việc tập trung quyền lực thị trường được thực hiện bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật, là một hình thức kiểm soát nhà nước đối với hoạt động của các chủ thể kinh doanh. Pháp luật kiểm soát TTKT chính vì lẽ đó được coi là một bộ phận của pháp luật công nhằm điều chỉnh các hành vi của các chủ thể kinh doanh trên thị

trường, là công cụ để Nhà nước thực hiện chức năng quản lý, điều tiết nền kinh tế theo hướng một môi trường cạnh tranh lành mạnh, công bằng, qua đó đảm bảo quyền tự do kinh doanh của các chủ thể kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế.

2.3.2. Nội dung pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế

Như đã phân tích, PLCT được hình thành không nhằm mục đích cấm đoán các hoạt động TTKT, thay vào đó là nhằm kiểm soát các hiện tượng TTKT có khả năng đe dọa đến trật tự cạnh tranh của thị trường. Nghiên cứu tổng quan (mục 1.1.1 và 1.1.2 chương 1) đã cho thấy PLCT của các quốc gia đều đi theo hướng này. Qua các nghiên cứu ở mục 1.1.1 thì về cơ bản, kiểm soát hoạt động TTKT được thực hiện chủ yếu thông qua hai cơ chế, đó là: (i) cấm đoán các trường hợp TTKT làm tổn hại đến tình trạng cạnh tranh; (ii) kiểm soát các trường hợp có khả năng tổn hại đến cạnh tranh.

Kiểm soát TTKT được áp dụng đối với những nhóm khác nhau và có những phương thức xử lý khác nhau cho từng nhóm. Cụ thể có thể chia thành hai nhóm như sau:

(i) *Nhóm TTKT bị cấm hoặc cần phải kiểm soát*: nhóm này bao gồm các vụ việc TTKT hoàn toàn có hại cho cạnh tranh hoặc sẽ có hại cho cạnh tranh nếu như không được kiểm soát hoặc được thực hiện trên cơ sở có điều kiện nhằm loại bỏ những tác động tiêu cực đối với cạnh tranh.

(ii) *Nhóm được tự do thực hiện TTKT*¹⁷⁵: nhóm này bao gồm các vụ việc TTKT mà qua quá trình đánh giá tác động và được kết luận bởi CQCT là không có nguy cơ dẫn đến tác động tiêu cực cho cạnh tranh hoặc tác động đó hầu như là không đáng kể.

Trong quá trình kiểm soát TTKT, việc phân chia các nhóm và cách thức xử lý đối với mỗi loại hành vi TTKT dựa trên cơ sở của tiêu chí “ngưỡng thông báo TTKT” (*threshold*). Vấn đề tiếp theo là pháp luật về kiểm soát TTKT sẽ phải xây dựng các tiêu chí cụ thể để lựa chọn xem xét các vụ việc TTKT có khả năng gây ra lo ngại về mặt cạnh tranh, yêu cầu các doanh nghiệp liên quan tiến hành thông báo. Các tiêu chí này tạo thành khái niệm “ngưỡng thông báo TTKT”.

• Quy định về thông báo TTKT

Việc xác định nguyên tắc và xây dựng các tiêu chí tạo thành ngưỡng thông báo TTKT là một trong những nội dung trọng tâm của pháp luật về kiểm soát TTKT. Trong đó, ngưỡng thông báo TTKT cần phải đáp ứng các yêu cầu cơ bản: (i) phải rõ ràng, cụ thể, dễ nắm bắt và có thể dự báo; (ii) phải dựa trên các tiêu chí định lượng

¹⁷⁵ Tác giả Nguyễn Ngọc Sơn phân chia các nhóm này theo khu vực: khu vực màu đen, xám và trắng. Xem Nguyễn Ngọc Sơn (2006), *tlđđ* 105.

khách quan và có thể tính toán được (như thị phần trên thị trường liên quan, doanh thu, doanh số, giá trị tài sản...); (iii) phải dựa trên các thông tin mà các bên tham gia TTKT cũng như cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh có thể dễ dàng tiếp cận; (iv) phải đảm bảo không bỏ sót những vụ việc thực sự có tác động HCCT; (v) phải được xây dựng một cách đồng bộ trên cơ sở mối tương quan với các chính sách của Nhà nước như chính sách công, chính sách thương mại quốc tế; và (vi) ngưỡng thông báo TTKT này cần phải tính toán dựa trên quy mô và năng lực hoạt động và thực thi pháp luật của CQCT. Hiện nay, tiêu chí thị phần trên thị trường liên quan là một tiêu chí cơ bản của pháp luật kiểm soát TTKT của Việt Nam.

Thứ nhất, do tầm quan trọng của nó, ngưỡng thông báo TTKT cần phải giúp loại bỏ được ngay từ đầu các giao dịch không có nguy cơ gây HCCT một cách đáng kể. Điều này có tác dụng giúp cho các doanh nghiệp liên quan và giúp CQCT tiết kiệm được thời gian và nguồn lực cũng như tránh các chi phí giao dịch không cần thiết. Việc đưa ra ngưỡng TTKT phù hợp còn cho phép bỏ qua những vụ việc TTKT không có nhiều tác động đến cạnh tranh hoặc khả năng gây thiệt hại xã hội.

Thứ hai, việc xác định ngưỡng thông báo TTKT cần phải được cân nhắc một cách cẩn trọng để có thể được đưa ra ở một mức độ “chấp nhận được” đối với các doanh nghiệp cũng như đối với CQCT. Điều này có nghĩa là vụ TTKT có thể được chấp nhận trong chừng mực mà sau khi đã xem xét và đánh giá, CQCT kết luận chúng không có hoặc có tác động không đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường. Trong vấn đề này, pháp luật về kiểm soát TTKT cần phải đảm bảo sự tự do quyết định của doanh nghiệp, nhà đầu tư. Một ngưỡng thông báo TTKT vừa phải, hợp lý không những góp phần tăng cường hiệu quả của hoạt động kiểm soát TTKT từ phía CQCT mà phát huy được sự tự chủ của các doanh nghiệp.

Thứ ba, ngưỡng thông báo TTKT cần phải được thiết lập dựa trên những tiêu chí khác mà không thuần túy chỉ dựa vào tiêu chí thị phần. Điều này rất quan trọng trong việc thực thi kiểm soát TTKT hiệu quả đối với những giao dịch có giá trị rất lớn hoặc những giao dịch xuyên biên giới do kết quả của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế.

Thứ tư, việc xác định ngưỡng thông báo TTKT cần dựa trên cơ sở xem xét và đánh giá năng lực của CQCT. Việc đặt “ngưỡng” cao hay thấp không chỉ giúp xác định mức độ kiểm soát TTKT cao hay thấp mà còn giúp cho CQCT có điều kiện thực hiện tốt nhất chức năng kiểm soát TTKT, tránh đối mặt với số lượng lớn hồ sơ thụ lý.

Có thể thấy rằng, việc xác định ngưỡng thông báo thường gặp phải những khó khăn nhất định. *Một là*, nếu ngưỡng TTKT chỉ dựa các một tiêu chí khách quan như

thị phần, doanh thu hoặc giá trị tài sản của các bên tham gia TTKT thì sẽ khó mang lại nhiều hiệu quả trong việc dự báo tác động cạnh tranh của giao dịch TTKT. Đồng thời khiến cho quá trình thực hiện các thủ tục thông báo sẽ mất thời gian và khó khăn hơn do CQCT việc phải tiếp cận với hệ thống các số liệu, dữ liệu đòi hỏi có độ chính xác cao. *Hai là*, nếu ngưỡng thông báo TTKT sử dụng các tiêu chí khách quan cố định cứng nhắc cao, được áp dụng chung thì sẽ khó áp dụng cho từng lĩnh vực giao dịch đặc thù, chẳng hạn như các lĩnh vực phim chiếu rạp, sữa, internet... *Ba là*, nếu ngưỡng thông báo TTKT dựa vào các tiêu chí định tính (như việc đánh giá sức mạnh thị trường, khả năng gây HCCT một cách đáng kể...) thì đòi hỏi một cơ quan kiểm soát TTKT có thực quyền và được trao toàn quyền trong việc đưa ra các quyết định liên quan cùng với một cơ chế thủ tục rõ ràng, minh bạch và khách quan.

• *Thực hiện kiểm soát TTKT*

Do tính chất đặc thù của vấn đề kiểm soát TTKT, có thể thấy rằng không phải mọi trường hợp TTKT đều bị pháp luật ngăn cấm hoặc kiểm soát, trái lại có những dạng TTKT được pháp luật cho phép. Cụ thể, việc kiểm soát TTKT được thực hiện bởi hệ thống các biện pháp thiết kế theo hướng tăng dần như sau:

- *Không cần thực hiện thủ tục kiểm soát TTKT (TTKT được hoàn toàn tự do tiến hành).*

Trong trường hợp này, một ngưỡng thông báo TTKT được thiết lập. LCT có thể áp dụng một trong số cách thức: (i) xây dựng một ngưỡng thị phần, có thể là thị phần kết hợp dựa trên tổng thị phần của các doanh nghiệp tham gia TTKT¹⁷⁶. Căn cứ vào đó các doanh nghiệp tiến hành TTKT sẽ tự mình xem xét, tính toán tổng thị phần và trên cơ sở đó sẽ không thông báo (nếu tổng thị phần dưới ngưỡng thị phần quy định) hoặc thông báo (nếu tổng thị phần trên ngưỡng thị phần quy định); (ii) thiết lập ngưỡng thông báo dựa trên các tiêu chí như giá trị giao dịch của vụ TTKT hoặc doanh thu của một trong các bên tham gia giao dịch TTKT. Về nguyên tắc, khi các giao dịch TTKT thuộc diện không phải thông báo, các doanh nghiệp liên quan có thể không cần có một hành vi cụ thể và vụ việc TTKT sẽ được tiến hành một cách tự động.

Mặc dù vậy, việc tính toán và xác định các tiêu chí về thị phần, thị phần kết hợp, doanh thu, giá trị giao dịch có thể không chính xác vì những yếu tố khách quan như thiếu số liệu hoặc số liệu ảo... dẫn đến thực tế là vượt ngưỡng thông báo thì khả năng các doanh nghiệp tham gia TTKT sẽ phải chịu sự điều chỉnh hoặc phạt vi phạm từ phía CQCT ở giai đoạn “hậu kiểm”.

¹⁷⁶ Chẳng hạn, theo LCT 2004, tất cả những trường hợp TTKT mà có thị phần kết hợp dưới 30% thì không bị cấm và các doanh nghiệp tham gia TTKT sẽ không phải thông báo cho CQCT.

- *Thông báo và chờ kết quả đánh giá tác động từ phía CQCT.*

Trên thực tế, kết quả của việc đưa ra một ngưỡng thông báo có thể dẫn đến khả năng các doanh nghiệp tham gia TTKT rơi vào trường hợp đã vượt quá ngưỡng thông báo và do đó phải tiến hành thủ tục này, đồng thời chưa đến mức bị cấm hoàn toàn TTKT theo quy định. Một số trường hợp TTKT lại tiềm ẩn khả năng gây nguy hại cho sự cạnh tranh và tác động đến lợi ích của xã hội. Chính vì vậy, vụ việc TTKT cần phải được xem xét, đánh giá về tác động đến cạnh tranh. Để kiểm soát và phát hiện kịp thời các trường hợp TTKT nói trên, các doanh nghiệp tham gia TTKT phải thông báo cho cơ quan nhà nước về cạnh tranh có thẩm quyền. Sau khi nhận được thông báo, cơ quan này sẽ tiến hành đánh giá và xác định xem việc TTKT đó có gây ra những tác động tiêu cực đến cạnh tranh hay không và vì thế cần phải cấm đoán hay không¹⁷⁷.

Khác với trường hợp TTKT hoàn toàn tự do khi mà khả năng tiến hành TTKT có thể theo cơ chế tự động (doanh nghiệp mặc nhiên tiến hành), trong trường hợp này, sau khi xem xét, CQCT cần phải trả lời cho doanh nghiệp liên quan bằng văn bản. Văn bản trả lời cần phải xác định TTKT thuộc một trong các trường hợp sau đây: (i) các doanh nghiệp không được phép tiến hành TTKT và (ii) các doanh nghiệp được chấp nhận cho tiến hành TTKT¹⁷⁸.

- *Cho hưởng miễn trừ thuộc diện bị cấm*¹⁷⁹.

Trên thực tế, miễn trừ không áp dụng đối với các hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (lạm dụng vị trí thống lĩnh và vị trí độc quyền). Trong vấn đề kiểm soát TTKT, miễn trừ là thủ tục cho phép hưởng ngoại lệ có thời hạn của những diện TTKT bị tuyên bố là cấm. Trong LCT, miễn trừ được áp dụng đối với một số hành vi thỏa thuận HCCT và TTKT dựa trên những cơ sở lý luận và thực tiễn nhất định.

¹⁷⁷ Theo quy định của LCT 2004 thì những trường hợp TTKT mà có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% cũng không bị cấm và không cần thông báo, nếu căn cứ vào sức mạnh cụ thể của doanh nghiệp trong thị trường mà chúng vẫn được xếp vào loại doanh nghiệp vừa và nhỏ theo quy định của pháp luật.

¹⁷⁸ Ví dụ, vào năm 2009, công ty hóa chất Dow đã thông báo với Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ (FTC) về việc công ty này mua lại công ty đối thủ là Rohm & Haas cũng sản xuất hóa chất. Giá trị của vụ mua bán này là 18.8 tỷ đô la. Sau khi xem xét vụ việc, FTC nhận thấy thị phần kết hợp của hai công ty này trên thị trường sản xuất axit acrylic là 40%, butyl acrylat là 75% và ethyl acrylate là 90%. Như vậy nếu để các bên thực hiện việc TTKT này thì sẽ gây HCCT trên thị trường. Do vậy FTC đã yêu cầu Dow phải bán dây chuyền sản xuất một số sản phẩm cho một số bên mua được FTC chấp thuận để đảm bảo tính cạnh tranh nếu muốn thực hiện việc TTKT này. Như vậy việc Dow thông báo TTKT tới FTC nhằm đảm bảo cho việc TTKT của họ được cơ quan có thẩm quyền kiểm soát và hạn chế đi hậu quả xấu đối với nền kinh tế. Xem Cục QLCT, *Sổ tay PLCT – Quyển 3: Tập trung kinh tế*, tr. 8.

¹⁷⁹ Chẳng hạn, theo Điều 19 LCT 2004 thì “TTKT bị cấm quy định tại điều 18 của luật này có thể được xem xét miễn trừ trong các trường hợp sau đây: 1. Một hoặc nhiều bên tham gia TTKT đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản; 2. Việc TTKT có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ”. Thẩm quyền cho hưởng miễn trừ theo khoản 1 thuộc về Bộ trưởng Bộ Thương mại; theo khoản 2 thuộc Thủ tướng Chính phủ (điều 25).

Thứ nhất, việc xem xét cho hưởng miễn trừ dựa trên sự cân nhắc đến tác dụng tích cực cho sự phát triển của thị trường, đến lợi ích của người tiêu dùng hoặc xa hơn nữa là lợi ích chung của nền kinh tế, chẳng hạn như khả năng hình thành các doanh nghiệp hay tập đoàn kinh tế có sức cạnh tranh cao hơn trên trường quốc tế¹⁸⁰.

Thứ hai, không phải mọi trường hợp TTKT đều gây ra hoặc có khả năng gây ra tác động tiêu cực đến cạnh tranh. Có những vụ TTKT mặc dù có yếu tố thị phần kết hợp lớn hơn so với ngưỡng thông báo và kiểm soát nhưng gây ra ảnh hưởng không đáng kể hoặc vụ TTKT có thể đem lại những lợi ích kinh tế - xã hội lớn hơn so với những thiệt hại đối với thị trường mà nó gây ra. Chính vì vậy, có thể nói rằng quy định về miễn trừ trong PLCT là hướng đến sự mềm dẻo và hiệu quả trong vấn đề điều tiết nền kinh tế, làm cho việc tuân thủ pháp luật sao cho có lợi nhất cho nền kinh tế.

- *Cấm tuyệt đối (không có ngoại lệ).*

Đây là những trường hợp TTKT nằm ngoài những biện pháp kiểm soát kể trên. Theo đó, mọi trường hợp TTKT đều bị cấm tiến hành, đồng thời những vụ TTKT loại này nếu đã được tiến hành đều mặc nhiên vô hiệu (vô hiệu tuyệt đối)¹⁸¹. Cơ sở của việc xem xét các trường hợp này là việc xem xét tác động tiêu cực đến cạnh tranh cũng như không có những tác động tích cực nào đối với cạnh tranh nào được xem xét và cũng không nằm ngoài các khả năng được giao quy chế miễn trừ (nếu như trong luật có dự liệu những khả năng này).

- ***Điều tra, xử lý vi phạm trong kiểm soát TTKT***

Hoạt động kiểm soát TTKT không chỉ dừng lại ở giai đoạn trước khi tiến hành vụ TTKT mà còn trong quá trình thực hiện TTKT. Chẳng hạn, tại Việt Nam, chức năng của cơ quan QLCT đối với các vụ việc HCCT bao gồm “thụ lý” và “điều tra” các vụ việc vi phạm về TTKT¹⁸². Việc điều tra được tiến hành khi có hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh đã được cơ quan QLCT thụ lý hoặc khi cơ quan này phát hiện có dấu hiệu vi phạm quy định về kiểm soát TTKT¹⁸³. Trong trường hợp kết luận có vi phạm về

¹⁸⁰ Hiện tại, theo khảo sát của VCCI thì có đến hơn 96% doanh nghiệp Việt Nam hiện tại là doanh nghiệp vừa và nhỏ, do đó khả năng cạnh tranh trên thị trường rất yếu và dễ dàng bị loại bỏ ngay tại thị trường Việt Nam. Vì vậy, những trường hợp miễn trừ đối với hành vi TTKT là hết sức cần thiết, nhằm giúp các doanh nghiệp củng cố sức mạnh cạnh tranh của mình và tạo ra các doanh nghiệp có quy mô, năng lực cạnh tranh lớn hơn.

¹⁸¹ Chẳng hạn, Điều 18, LCT 2004 quy định: "cấm TTKT nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT chiếm trên 50% trên thị trường liên quan... điều 117, 118 LCT 2004 và Nghị định của Chính phủ số 71/2014/NĐ - CP ngày 21.7.2014 quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh, tất cả các hành vi vi phạm điều 18 và điều 20 LCT 2004 có thể bị cảnh cáo; phạt tiền, mức xử phạt lên đến 10% năm tài chính trước đó của các doanh nghiệp vi phạm theo Điều 23 đến điều 27 Nghị định 71/2014/NĐ - CP.

¹⁸² Xem thêm: Điều 2 khoản 4 điểm a Nghị định số 06/2006/NĐ - CP của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục QLCT.

¹⁸³ Xem: Điều 86 LCT 2004.

TTKT thì các vi phạm này sẽ bị xử lý bởi các biện pháp chế tài hành chính, trong đó bao gồm cả những biện pháp khắc phục hậu quả đối với các doanh nghiệp vi phạm¹⁸⁴.

Các biện pháp chế tài sẽ được CQCT áp dụng cho các vụ TTKT cũng chính là các biện pháp chế tài áp dụng cho các hành vi HCCT. Mặc dù vậy, tùy theo tính chất, mức độ và hình thức cũng như hậu quả của vụ TTKT đối với cạnh tranh, các biện pháp chế tài có thể bao gồm hai loại cơ bản là (i) chế tài về hành vi và (ii) chế tài về cấu trúc thị trường.

Ở dạng thứ nhất, các doanh nghiệp vi phạm buộc phải chấm dứt hành vi TTKT, thông thường là các hành vi TTKT chuẩn bị tiến hành hoặc đang tiến hành. Ở dạng thứ hai, các doanh nghiệp vi phạm buộc phải khắc phục tình trạng vi phạm đã gây ra cho cấu trúc thị trường như tái cơ cấu, buộc trở về tình trạng đầu. Các biện pháp khắc phục hậu quả bao gồm việc cơ cấu lại doanh nghiệp lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường; chia tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất; buộc bán lại phần doanh nghiệp đã mua¹⁸⁵. Các biện pháp khắc phục loại này là rất quan trọng, vì chúng sẽ giúp loại bỏ yếu tố tiêu cực, dẫn đến không còn khả năng gây HCCT nữa. Ngoài ra, việc áp dụng các biện pháp khắc phục và tái cấu trúc sẽ góp phần loại bỏ những hành vi có hại và phát huy, cho phép tiếp tục đối với những yếu tố có giá trị tích cực đến cạnh tranh. Điều này cũng góp phần giảm tải cho CQCT, thể hiện mục tiêu của LCT là tạo ra sân chơi lành mạnh mà không phải để kiểm soát hay trừng phạt hành vi của các doanh nghiệp.

Có thể khẳng định rằng pháp luật kiểm soát TTKT là lĩnh vực pháp luật công, mang tính quyền lực nhà nước được thiết lập ra nhằm, điều chỉnh các hoạt động kiểm soát tập trung quyền lực thị trường với mục tiêu duy trì và bảo vệ cạnh tranh trên thị trường. Hoạt động kiểm soát TTKT bao gồm một quy trình gồm nhiều công đoạn với nội dung là sự phối hợp của các hoạt động như phân tích, đánh giá tác động và thực hiện các quyết định có tính hành chính. Cơ chế kiểm soát TTKT như vậy cần thiết phải đảm bảo của hai thành tố quan trọng.

Thứ nhất, về mặt pháp lý, cơ chế phải được vận hành trên cơ sở các quy định pháp luật về hình thức, phạm vi kiểm soát TTKT và xác định ngưỡng kiểm soát TTKT.

Thứ hai, về mặt thể chế, các quy định này cần phải được thực hiện bởi cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh có chức năng kiểm soát TTKT với nhiệm vụ trọng tâm là tiếp nhận và đánh giá tác động kinh tế của vụ TTKT cũng như thực hiện các vấn đề liên quan đến thủ tục thông báo TTKT.

¹⁸⁴ Xem thêm: Mục 3 Chương II và Điều 41 Nghị định số 71/2014/NĐ - CP của Chính phủ quy định chi tiết LCT 2004 về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh.

¹⁸⁵ Điều 117 khoản 3 LCT 2004.

Chính vì vậy, hai chương tiếp theo của luận án này được thiết kế nhằm nghiên cứu hai nhóm vấn đề nói trên, ở mỗi chương đều có phân tích về quy định, thực trạng áp dụng và các kiến nghị hoàn thiện pháp luật. Ngoài ra, luận án cũng sẽ không đi sâu vào nghiên cứu các vấn đề liên quan đến chế tài và xử lý vi phạm, bởi lẽ các vấn đề này cũng đồng thời là những vấn đề chung của LCT và được quy định thống nhất, cụ thể đối với các hành vi vi phạm. Do đó, với việc đặt trọng tâm vào nghiên cứu những vấn đề liên quan đến cơ chế kiểm soát và đánh giá tác động của vụ TTKT đối với cạnh tranh, việc thiết kế một chương riêng như vậy là không thực sự cần thiết.

Kết luận Chương 2

Chương 2 đã giải quyết các vấn đề lý luận cơ bản về TTKT, trong đó đã phân tích các quan điểm nhận thức khác nhau về TTKT trong khoa học pháp lý hiện nay. Trên cơ sở đó, đã rút ra khái niệm và đặc trưng cơ bản của TTKT, chỉ rõ bản chất của TTKT, bản chất của kiểm soát TTKT. Bản chất của TTKT là tập trung quyền lực, tăng sức mạnh thị trường của doanh nghiệp sau TTKT và dẫn đến nguy cơ hình thành doanh nghiệp có thể có sức mạnh thị trường đáng kể. Chính sức mạnh thị trường được tạo ra theo cách này dẫn đến nguy cơ tiềm tàng của việc thực hiện các hành vi HCCT trong tương lai, kết quả là làm phương hại đến cạnh tranh và tác động tiêu cực đến người tiêu dùng.

Chương 2 đã phân tích cơ sở lý luận của pháp luật kiểm soát TTKT, chỉ ra sự cần thiết điều chỉnh bằng pháp luật về kiểm soát TTKT; nghiên cứu nhu cầu kiểm soát TTKT thông qua việc phân tích vai trò bảo vệ cạnh tranh, kiểm soát TTKT của Nhà nước, chính sách cạnh tranh và mục tiêu của kiểm soát TTKT, bản chất kinh tế - pháp lý của hoạt động TTKT của doanh nghiệp và tác động của TTKT đến cạnh tranh. Từ đó kết luận rằng, kiểm soát TTKT không có mục đích cấm đoán, hạn chế các hành vi TTKT mà nhằm để bảo vệ cạnh tranh, đồng thời phát huy những khía cạnh tích cực đối với cạnh tranh do TTKT đem lại, bởi lẽ vụ TTKT cũng có thể đem lại những tác động tích cực đối với cạnh tranh. Mặt khác, bản chất của kiểm soát TTKT là dựa trên cơ sở của việc đánh giá các tác động nhằm xác định liệu vụ TTKT có gây hại đến sự cạnh tranh hay không và việc kiểm soát vụ TTKT nên ở mức độ và phạm vi nào?

Trên cơ sở phân tích cơ chế kiểm soát TTKT, luận án đã xác định phương hướng cơ bản của việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam về TTKT, trong đó xác định vấn đề kiểm soát cần phải xuất phát từ những đặc thù của pháp luật Việt Nam, đảm bảo tạo điều kiện cho hoạt động TTKT phát triển, xây dựng CQCT theo hướng tinh gọn, có thực quyền và trao thẩm quyền lớn hơn trong việc đưa ra các quyết định của mình cũng như phải đảm bảo được tính độc lập trong mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước có liên quan; đảm bảo tính minh bạch, thống nhất, phù hợp với các quy định của hệ thống pháp luật nói chung, cũng như các quy định của pháp luật kinh tế nói riêng, các cam kết quốc tế mà Việt Nam tham gia hoặc ký kết, đồng thời cũng tương thích với PLCT thế giới.

CHƯƠNG 3

QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ HÌNH THỨC TẬP TRUNG KINH TẾ, PHẠM VI VÀ NGƯỠNG KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ Ở VIỆT NAM

3.1. Hình thức tập trung kinh tế

3.1.1. Quy định về hình thức tập trung kinh tế trong Luật Cạnh tranh năm 2004

Có bốn hình thức TTKT được quy định tại Điều 17 LCT 2004 như sau:

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 nhất¹⁸⁶.

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.

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 mới. Liên doanh là một trong những hình thức TTKT theo quy định của LCT 2004, theo đó 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 mới¹⁸⁷.

Ngoài ra, theo LCT 2004, có một số trường hợp ngoại lệ của khái niệm mua lại doanh nghiệp với tư cách là một hình thức TTKT. Cụ thể, Điều 35, Nghị định 16/2005/NĐ - CP quy định các hình thức mua lại không bị coi là TTKT bao gồm: “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. Doanh nghiệp mua lại không thực hiện quyền

¹⁸⁶ Theo khoản 1 Điều 194 Luật doanh nghiệp 2014, hợp nhất doanh nghiệp là “hai hoặc một số công ty (sau đây gọi là công ty bị hợp nhất) có thể hợp nhất thành một công ty mới (sau đây gọi là công ty hợp nhất), đồng thời chấm dứt tồn tại của các công ty bị hợp nhất”.

¹⁸⁷ Theo quy định tại Điều 18 LCT 2004 thì liên doanh bị cấm trong trường hợp thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia liên doanh chiếm trên 50% trên thị trường liên quan, trừ trường hợp được cho hưởng miễn trừ (theo Điều 19) hoặc trường hợp doanh nghiệp sau liên doanh vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa. Điều 20, LCT 2004 quy định nếu các doanh nghiệp tham gia liên doanh có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp đó phải thông báo cho CQCT trước khi tiến hành liên doanh. Trường hợp thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia liên doanh thấp hơn 30% trên thị trường liên quan hoặc doanh nghiệp sau liên doanh vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật thì không phải thông báo.

kiểm soát hoặc chi phối doanh nghiệp bị mua lại; hoặc doanh nghiệp thực hiện quyền kiểm soát/chi phối nhưng chỉ trong khuôn khổ bắt buộc để đạt được mục đích bán lại”.

Thực tiễn kiểm soát TTKT thời gian qua tại Việt Nam, theo các Báo cáo của Cục QLCT đã cho thấy có những vụ việc TTKT giữa các doanh nghiệp được thực hiện theo những hình thức mà không phải là theo phương thức truyền thống như mua lại doanh nghiệp.

Trường hợp thứ nhất là vụ việc TTKT giữa các doanh nghiệp tham gia diễn ra trên thị trường chứng khoán. Vụ sáp nhập tiêu biểu có thể kể đến là vụ sáp nhập hai doanh nghiệp niêm yết trên thị trường chứng khoán thành công đầu tiên ở Việt Nam giữa Công ty cổ phần Mirae Fiber (Mirae Fiber) vào Công ty cổ phần Mirae (Mirae) diễn ra vào cuối năm 2009. Sau khi tiếp nhận đầy đủ thông tin và nghiên cứu vụ việc, Cục QLCT đã trả lời trường hợp này được phép tiến hành sáp nhập¹⁸⁸.

Trường hợp thứ hai là vụ việc TTKT diễn ra dưới hình thức chuyển giao vốn điều lệ giữa các doanh nghiệp liên quan. Tiêu biểu cho trường hợp này là vụ Công ty cổ phần Vinabico sáp nhập vào Công ty cổ phần Kinh Đô¹⁸⁹. Tháng 01/2013, theo đánh giá hồ sơ vụ việc và nhận định thực trạng hoạt động của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan, Cục QLCT đã có công văn trả lời rằng vụ việc sáp nhập này không thuộc trường hợp bị cấm theo quy định của LCT. Do KDC nắm giữ cổ phần chi phối tại VINABICO, vụ việc này được coi là việc cơ cấu lại nguồn vốn chủ sở hữu của VINABICO sang cho KDC.

Trường hợp thứ ba là vụ việc TTKT thông qua hình thức mua lại ngành hàng của công ty tại Việt Nam. Đây là trường hợp mà LCT 2004 không có quy định cụ thể và vì thế việc áp dụng các quy định tương ứng của LCT là hơi khiên cưỡng và chưa phản ánh được thực tế cụ thể này của hành vi TTKT. Tiêu biểu là vụ Công ty INC thông qua công ty liên kết là Công ty Cadbury Enterprises Pte, Ltd (Cadbury) mua lại ngành hàng kinh doanh bánh kẹo của Công ty cổ phần Kinh Đô¹⁹⁰. Sau khi xem

¹⁸⁸ Sau khi sáp nhập, cổ phiếu của Mirae Fiber được chuyển đổi thành cổ phiếu của Mirae với tỷ lệ đã được hai bên thống nhất, Mirae Fiber chấm dứt hoạt động, toàn bộ cổ phiếu của Mirae được niêm yết bổ sung trên Sàn giao dịch chứng khoán TP. Hồ Chí Minh, KMF hủy niêm yết trên Sở giao dịch chứng khoán Hà Nội. Xem: Cục QLCT, Bộ Công thương, *Báo cáo tập trung kinh tế Việt Nam 2012*, tr.33.

¹⁸⁹ Vào Tháng 12/2012, Công ty cổ phần Vinabico (VINABICO) và Công ty cổ phần Kinh Đô (KDC) đã nộp hồ sơ thông báo TTKT đến Cục QLCT trước khi tiến hành sáp nhập VINABICO vào KDC. Trước khi sáp nhập, KDC nắm giữ 51% vốn điều lệ của VINABICO. Xem: Cục QLCT, Bộ Công thương, *Báo cáo tập trung kinh tế Việt Nam 2012*, tr.33.

¹⁹⁰ Cụ thể, vào ngày 24 tháng 4 năm 2015, Cục QLCT nhận được hồ sơ tham vấn TTKT của Công ty Modelez thông qua công ty liên kết của mình là Cadbury dự kiến mua lại ngành hàng kinh doanh bánh kẹo của Công ty cổ phần Kinh Đô thông qua việc mua lại số cổ phần có quyền kiểm soát trong công ty con của Kinh Đô là Công

xét và căn cứ vào các quy định về kiểm soát TTKT của LCT 2004, Cục QLCT cho rằng vụ việc không thuộc trường hợp TTKT bị cấm theo LCT. Do đó, các công ty tham gia được phép làm thủ tục TTKT theo quy định của pháp luật liên quan.

Mới đây nhất, vào tháng 12/2016 Cục QLCT đã thụ lý vụ việc TTKT dưới hình thức mua lại mảng kinh doanh của công ty tại Việt Nam giữa Sanofi SA và Boehringer Ingelheim International BMBH (Boehringer). Theo đó, Boehringer mua lại toàn bộ mảng kinh doanh thuốc thú y trên toàn cầu của Sanofi SA và việc TTKT được thực hiện tại nước sở tại¹⁹¹. Như vậy, việc TTKT của các bên được thực hiện ở nước ngoài, tuy nhiên các bên có liên quan đều có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam. Do đó, TTKT thuộc trường hợp mua lại doanh nghiệp quy định tại khoản 3 Điều 17 LCT. Sau khi xem xét, đánh giá hồ sơ vụ việc và thực trạng hoạt động các doanh nghiệp trên thị trường liên quan, Cục QLCT đã có công văn trả lời việc TTKT không thuộc trường hợp bị cấm theo quy định của LCT. Thị phần kết hợp của các bên tham gia TTKT trên thị trường sản xuất và phân phối thuốc thú y (chủ yếu là vắc xin thú y) trên toàn bộ lãnh thổ Việt Nam dưới 50% và việc mua lại không gây ra quan ngại về cạnh tranh trên thị trường.

3.1.2. Những bất cập của quy định về hình thức tập trung kinh tế trong Luật Cạnh tranh năm 2004

Với cách thiết kế như hiện tại đó là việc kiểm soát dựa theo ngưỡng “thị phần kết hợp trên thị trường liên quan” vô hình chung chỉ đề cập đến TTKT theo chiều ngang, mà bỏ sót các hình thức TTKT theo chiều dọc hoặc hỗn hợp. Nói một cách khác, LCT mới chỉ xem xét TTKT giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan cùng một cấp độ kinh doanh.

Tuy nhiên, nghiên cứu về lý luận và thực tế cho thấy vẫn tồn tại hai dạng giao dịch TTKT khác đó là (i) *TTKT theo chiều dọc*, được thực hiện giữa các doanh nghiệp hoạt động trên thị trường thuộc các cấp độ khác nhau và không có cạnh tranh trực tiếp với nhau nhưng có sự liên quan và hỗ trợ cho nhau, ví dụ giữa thị trường sản xuất và thị trường cung cấp nguyên liệu, giữa thị trường sản xuất và thị trường phân phối và (ii) *TTKT dạng hỗn hợp* (giữa các doanh nghiệp hoạt động trên các thị trường sản

ty cổ phần Kinh Đô Bình Dương. Xem Bộ Công thương, Cục QLCT (2016), *Báo cáo thường niên của Cục Quản lý Cạnh tranh năm 2015*, tr. 16.

¹⁹¹ Tại Việt Nam, Bên mua lại (Boehringer) có đại diện pháp nhân là Công ty TNHH Thuốc Thú y Boehringer Ingelheim Việt Nam. Bên bán (Sanofi SA) thông qua các công ty trong nước do Merial Asia Pte., Ltd (một công ty được thành lập và hoạt động theo pháp luật Singapore, là công ty con thuộc sở hữu của Sanofi SA) chọn làm nhà phân phối và đứng tên trên giấy chứng nhận lưu hành của tất cả các sản phẩm phân phối của Sanofi tại Việt Nam. Xem Bộ Công thương, Cục QLCT (2016), *Báo cáo thường niên của Cục QLCT năm 2016*, tr. 15.

phẩm khác nhau cũng như không có mối quan hệ theo chiều dọc). Xét về tác động đối với cạnh tranh, tùy từng trường hợp mà các dạng TTKT này có những tác động nhất định đối với cạnh tranh, người tiêu dùng. Chính vì vậy, việc bổ sung các quy định pháp luật về hai loại hình TTKT này một mặt tương thích với chuẩn chung của thế giới, mặt khác đảm bảo việc kiểm soát một cách có hiệu quả các giao dịch TTKT tại Việt Nam, đặc biệt với xu thế hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng mở rộng.

Hiện tại, quy định của LCT 2004 về tiêu chí thị phần làm ngưỡng thông báo TTKT cho thấy chính yếu tố thị phần là cơ sở dẫn đến việc xác định hành vi TTKT chỉ bao gồm các giao dịch theo chiều ngang. Do đó, việc xóa bỏ tiêu chí thị phần và thay thế bằng một hoặc một số phương pháp xác định ngưỡng thông báo và kiểm soát TTKT là cần thiết nhằm đảm bảo các quy định của luật sẽ bao gồm việc kiểm soát đối với mọi hình thức TTKT.

Khái niệm TTKT trong LCT cần phải bổ sung vào phạm vi điều chỉnh các giao dịch TTKT theo chiều dọc (đặc biệt là các doanh nghiệp tham gia vụ việc nằm ngay cạnh nhau trong chuỗi cung ứng/sản xuất). Nghiên cứu tại mục 2.2.4 đã cho thấy các giao dịch dạng này cũng có khả năng gây ra tác động HCCT nhất định trên mỗi cấp độ thị trường - nơi hoạt động của các doanh nghiệp tham gia TTKT, ngay cả khi doanh nghiệp được hình thành sau TTKT không cần phải thực hiện các hành vi phản cạnh tranh. Quy định này có thể được thực hiện bằng một định nghĩa đầy đủ có tính chất bao trùm hơn tại điều khoản quy định về “giải thích” khái niệm “tập trung kinh tế”.

3.2. Phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế

3.2.1. Quy định pháp luật về phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế

LCT 2004 hiện có phạm vi áp dụng cho mọi đối tượng là chủ thể kinh doanh tại Việt Nam, trong đó không loại trừ một loại hình doanh nghiệp cụ thể nào. Điều 2 LCT quy định, Luật này áp dụng đối với “1. Tổ chức, cá nhân kinh doanh (sau đây gọi chung là doanh nghiệp) bao gồm cả doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, doanh nghiệp hoạt động trong các ngành, lĩnh vực thuộc độc quyền nhà nước và doanh nghiệp nước ngoài hoạt động ở Việt Nam; và 2. Hiệp hội ngành nghề hoạt động ở Việt Nam”. Như vậy, LCT 2004 sẽ áp dụng đối với hành vi của các doanh nghiệp (trong nước và nước ngoài) thực hiện tại Việt Nam và tác động đến toàn bộ hoặc một phần của thị trường Việt Nam¹⁹², trong đó bao gồm hành vi TTKT.

¹⁹² Xem Tran Hoang Nga (2011), *Regulations against Abusive Pricing - A Comparison of EU, US and Vietnamese Laws and an Application of its Results to Vietnam*, Doctoral Thesis, Ho Chi Minh City University of Law Lund University), tr. 167 – 168.

Tuy nhiên, đối tượng của kiểm soát TTKT theo quy định này lại giới hạn phạm vi áp dụng đối với những giao dịch TTKT diễn ra chỉ trong lãnh thổ Việt Nam, tức là giữa các doanh nghiệp hiện diện tại Việt Nam mà thôi.

3.2.2. Những bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế

Vấn đề đặt ra ở đây là LCT Việt Nam có cần thiết, hoặc đã đến lúc cần thiết phải mở rộng hình thức, hành vi giao dịch TTKT và bổ sung đối với các giao dịch TTKT được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam hay không? Do LCT 2004 chỉ mới kiểm soát bằng hình thức thông báo hoặc cấm/miễn trừ đối với hoạt động TTKT được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam, việc sáp nhập, mua lại các công ty đa quốc gia hoạt động ngoài lãnh thổ Việt Nam tiềm ẩn khả năng gây HCCT tại Việt Nam sẽ gặp phải nhiều khó khăn từ phía doanh nghiệp và cơ quan quản lý nhà nước.

Sau hơn mười hai năm thực thi LCT 2004, trên thị trường đã xuất hiện nhiều hành vi TTKT có yếu tố “xuyên biên giới” như các giao dịch mua bán, sáp nhập được thực hiện ở ngoài lãnh thổ Việt Nam với những giao dịch có giá trị rất lớn, có những ảnh hưởng nhất định tới thị trường Việt Nam¹⁹³. Trên thực tế, nhiều công ty đa quốc gia đã có sự hiện diện tại Việt Nam, cung cấp nhiều sản phẩm và dịch vụ và chiếm giữ có thị phần đáng kể trên thị trường nội địa. Cũng trên thực tế, các doanh nghiệp đa quốc gia đã và đang tiến hành các giao dịch mua bán, thu tóm, sáp nhập đối với các doanh nghiệp trong nước mà không cần có sự hiện diện thương mại.

Do đó, khi LCT 2004 chỉ mới kiểm soát bằng hình thức thông báo hoặc cấm/miễn trừ đối với hoạt động TTKT thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam thì sẽ không thể thực hiện được sự kiểm soát cần thiết đối với các giao dịch TTKT diễn ra tại nước ngoài nhưng có tác động đáng kể đến thị trường Việt Nam. Giả định một vụ sáp nhập giữa hai tập đoàn đa quốc gia đã được cho phép tại các quốc gia khác. Hai tập đoàn này đều có mặt trên thị trường Việt Nam với thị phần kết hợp thuộc dạng bị cấm theo quy định của LCT Việt Nam. Trong trường hợp hai tập đoàn này tiến hành một giao dịch TTKT, các bên sẽ phải cân nhắc các tình huống sau:

Thứ nhất, các bên vẫn tiến hành TTKT nhưng không thông báo hoặc không xin hưởng miễn trừ. Các doanh nghiệp tham gia vụ việc sẽ phải đối mặt với một rủi ro

¹⁹³ Chẳng hạn như các như thương vụ Tập đoàn Abbott mua lại Công ty dược phẩm CFR; Tập đoàn Boehringer Ingelheim International mua lại Sanofi SA trong lĩnh vực thuốc thú y; Tập đoàn Central Group (Thái Lan) mua lại Hệ thống siêu thị Big C tại Việt Nam...Xem Bộ Công thương (2017), Dự thảo Tờ trình Chính phủ về Dự án LCT (sửa đổi).

pháp lý khá lớn nếu bị CQCT phát hiện, điều tra với mức phạt có thể lên tới 10% tổng doanh thu của năm trước thời điểm vi phạm cũng như phải chia tách doanh nghiệp đã hợp nhất, sáp nhập trở về trạng thái trước khi TTKT.

Thứ hai, trong trường hợp tiến hành thông báo cho CQCT và không được cho phép hoặc hưởng miễn trừ, các doanh nghiệp liên quan sẽ phải đối mặt với các lựa chọn:

Một là, vẫn tiếp tục duy trì sự tồn tại độc lập của hai công ty con mặc dù trên thực tế khi các công ty mẹ ở nước ngoài đã sáp nhập xong. Việc này dẫn đến sự phức tạp khi mà ở tầm quốc tế, hệ thống quản lý đã được thống nhất và khó có thể đảm bảo rằng của các công ty con này tại Việt Nam sẽ độc lập trong hoạt động, trong các quyết định về sản phẩm, sản lượng và giá cả. Mặc dù vậy, một khi vụ việc TTKT đã được thực hiện ở nước ngoài thì về nguyên tắc tại thị trường Việt Nam không còn sự cạnh tranh giữa các công ty con này, do đó vấn đề đặt ra là các công ty này có cần phải thông báo nữa không. Trong trường hợp Cục QLCT yêu cầu các công ty này phải thông báo thì sẽ như thế nào? Có phù hợp không? Ngoài ra, một vấn đề nữa đặt ra là do phải tuân thủ các quyết định của công ty mẹ (hiện đã sáp nhập trên thế giới) thì liệu các công ty con này có khả năng vi phạm PLCT ở hành vi thỏa thuận HCCT hay không, và giả sử CQCT cho rằng có thể dẫn đến vi phạm thì mức phạt đối với hành vi này tương tự như đối với hành vi TTKT hay không?

Hai là, CQCT có thể buộc doanh nghiệp sáp nhập phải bán một bên trong thương vụ sáp nhập này lại cho một doanh nghiệp khác hoặc phải giải thể. Trên thực tế, cả hai cách giải quyết này đều hết sức tốn kém về thời gian và tiền bạc.

Ba là, trong trường hợp xấu nhất, để đảm bảo tiếp tục hoạt động kinh doanh ở Việt Nam thì vụ việc TTKT có thể phải hủy bỏ, buộc các bên phải phục hồi lại tình trạng ban đầu nhằm để đảm bảo cạnh tranh và để duy trì trật tự của thị trường, điều này dẫn đến sự xung đột khi mà vụ TTKT đã được chấp nhận trên thế giới.

Như vậy, có thể nói trong bất kỳ tình huống nào, việc sáp nhập các công ty đa quốc gia có hoạt động tại Việt Nam nếu có, tiềm ẩn khả năng gây HCCT tại Việt Nam sẽ gặp phải rất nhiều khó khăn. Chính vì vậy, việc CQCT được thông báo để xem xét ngay từ giai đoạn đầu để có được những đánh giá phù hợp là cần thiết.

Thực tiễn kiểm soát TTKT tại Việt Nam thời gian qua cho thấy hiện tượng TTKT của các doanh nghiệp có hiện diện thương mại tại Việt Nam nhưng giao dịch tiến hành TTKT được thực hiện ở nước ngoài. Do hạn chế về phạm vi áp dụng của LCT 2004 nên dẫn đến những phức tạp trong việc áp dụng cũng như hướng giải quyết.

Vụ việc đầu tiên là vào tháng 4/2015, FedEx Corporation (“FedEx”) có trụ sở tại Hoa Kỳ công bố ý định chào mua công khai theo pháp luật Hà Lan toàn bộ số cổ phần đã phát hành và đang lưu hành của TNT Express N.V (“TNT”) có trụ sở tại Hà Lan với mục đích mua lại 100% cổ phần của TNT. Tuy nhiên, vụ TTKT sau đó đã được Ủy ban châu Âu điều tra¹⁹⁴ và cuối cùng đến ngày 08/01/2016, Ủy ban châu Âu đã ra phán quyết cho phép thương vụ mua lại được thực hiện. Tại Việt Nam, FedEx và TNT đều có các hình thức hiện diện thương mại. Theo quy định của LCT 2004, hai doanh nghiệp này đều đang có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam, do đó thuộc đối tượng điều chỉnh của LCT 2004. Tháng 07/2015, FedEx đã gửi hồ sơ tham vấn đến Cục QLCT về giao dịch mua lại TNT Express N.V tại Việt Nam. Cục QLCT đã nhận định, với mức thị phần tại một số thị trường liên quan của hai doanh nghiệp đạt khá cao, thương vụ mua lại này cũng có khả năng gây những tác động nhất định tới môi trường cạnh tranh trên thị trường chuyển phát quốc tế đi và đến Việt Nam. Tuy nhiên, vào tháng 4/2015, Cục QLCT đã cho phép vụ mua bán sáp nhập diễn ra giữa các công ty có hiện diện thương mại tại Việt Nam. Trong trường hợp này, Cục QLCT đã dựa vào tiêu chí thị phần để từ đó đánh giá tác động mà vụ TTKT đem lại. Mặc dù vậy, vấn đề kiểm soát TTKT trong trường hợp vụ việc TTKT do các công ty mẹ diễn ra ở nước ngoài bằng LCT đối với các doanh nghiệp con trong nước là vấn đề mới đặt ra mà chưa được dự liệu trong LCT 2004, điều này cho thấy sự cần thiết phải có sự bổ sung thích hợp về phạm vi áp dụng.

Tiếp theo, Cục QLCT đã chủ động tiến hành thủ tục kiểm soát TTKT đối với hai vụ liên quan đến TTKT trong lĩnh vực bán lẻ của công ty nước ngoài với công ty nước ngoài thành lập tại Việt Nam¹⁹⁵.

Vụ việc thứ nhất là vụ tập đoàn TCC (Holding, Thailand) mua lại Hệ thống siêu thị Metro Cash & Carry Việt Nam vào năm 2016¹⁹⁶. Cục QLCT đã tiến hành rà soát các vụ việc TTKT trong lĩnh vực bán buôn, bán lẻ, trong đó Cục đã tiến hành rà soát, xem xét vụ việc TTKT của TCC Holding (Thái Lan) mua lại toàn bộ Hệ thống siêu

¹⁹⁴ Ngày 31/7/2015, Liên minh châu Âu (EU) đã mở chiến dịch điều tra chống độc quyền đối với thương vụ mua lại trị giá 4,8 tỷ USD này do lo ngại vụ việc TTKT kể trên có thể làm giảm đáng kể cạnh tranh trên thị trường giao nhận quốc tế đối với các gói bưu kiện nhỏ (dưới 31.5kg) trong khu vực Kinh tế châu Âu (EEA) và có thể dẫn đến khách hàng doanh nghiệp và người tiêu dùng phải trả mức giá cao hơn khi sử dụng dịch vụ này. Xem thêm European Commission, Press Release Database, “Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of TNT by FedEx”, tài liệu truy cập tại địa chỉ <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5463_en.htm> ngày 15/12/2017.

¹⁹⁵ Bộ Công thương, Cục QLCT (2016), *Báo cáo thường niên của Cục Quản lý Cạnh tranh năm 2016*, tr. 14

¹⁹⁶ Cụ thể, vào tháng 4/2016, Hiệp hội Doanh nghiệp TP. Hồ Chí Minh có đề nghị Cục QLCT kiểm tra việc chấp hành PLCT của các doanh nghiệp bán lẻ có vốn đầu tư nước ngoài trước quan ngại gây ra những tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh trong lĩnh vực bán lẻ. Xem Bộ Công thương, Cục QLCT (2016), *Báo cáo thường niên của Cục Quản lý Cạnh tranh năm 2016*, tr. 14

thị Metro Cash & Carry Việt Nam. Sau 06 tháng rà soát vụ việc, Cục QLCT cuối cùng đã đi đến kết luận việc TTKT mua lại Metro không thuộc trường hợp bị cấm theo quy định của LCT 2004. Cơ sở của kết luận này dựa chủ yếu vào căn cứ pháp lý hiện có là tiêu chí thị phần. Vụ việc này cho thấy hai vấn đề đặt ra. Một là, với tiêu chí xác định trường hợp TTKT bị cấm như hiện nay, CQCT không thể có các công cụ pháp lý để xác định liệu vụ việc TTKT có tác động như thế nào đến cạnh tranh, cụ thể là đối với cấu trúc thị trường và cạnh tranh ở thị trường bán lẻ tại Việt Nam, khả năng xâm nhập thị trường của doanh nghiệp và hàng hóa Việt Nam vào hệ thống các siêu thị của Metro Cash & Carry sau khi nó thuộc về tập đoàn Thái Lan, những tác động tích cực/tiêu cực đối với người tiêu dùng Việt Nam... Hai là, CQCT cũng không có công cụ và căn cứ pháp lý để xem xét, can thiệp trong trường hợp vụ mua bán sáp nhập có yếu tố nước ngoài nhưng không thuộc trường hợp bị cấm theo LCT 2004.

Vụ việc thứ hai là vụ Tập đoàn Central (Thái Lan) mua lại hệ thống siêu thị Big C Việt Nam¹⁹⁷. Trong trường hợp này, CQCT đã xác định thị trường sản phẩm liên quan được xác định là thị trường bán lẻ trong siêu thị, còn thị trường địa lý liên quan là thị trường bán lẻ trong siêu thị tại các khu vực tỉnh, thành phố nơi có siêu thị Big C hoạt động. Trong quá trình xem xét, đánh giá vụ việc, Cục QLCT cũng đã lấy ý kiến đóng góp về chuyên môn của một số đơn vị quản lý chuyên ngành có liên quan để đánh giá tác động về cạnh tranh của việc TTKT. Dựa trên kết quả thẩm định, Cục QLCT đã đánh giá tại một số thị trường liên quan nhất định (một số tỉnh, thành phố), thị phần kết hợp của các bên khá cao. Từ đó, Cục QLCT cho rằng, về lâu dài, vụ việc tiềm ẩn một số vấn đề đáng lưu tâm về cạnh tranh trên thị trường, đặc biệt nhấn mạnh đến các tác động có thể xảy ra trong bối cảnh tại Việt Nam số lượng các doanh nghiệp bán lẻ nước ngoài có sức mạnh thị trường ngày càng gia tăng. Tuy nhiên, tương tự vụ việc trên, kết quả đánh giá cũng cho thấy, thị phần kết hợp của các bên trên các thị trường bán lẻ trong siêu thị lại không thuộc ngưỡng bị cấm theo quy định của LCT 2004. Cũng giống như vụ việc trên, khả năng đánh giá thực chất và chính xác mối quan hệ thị trường và tác động đến cạnh tranh của CQCT bị hạn chế ở việc thiếu vắng các công cụ pháp lý và tiêu chí để thực hiện nhiệm vụ này.

¹⁹⁷ Cụ thể, vào tháng 10 năm 2016, Cục QLCT nhận hồ sơ thông báo TTKT của Tập đoàn Casino (Pháp) về việc Tập đoàn này sẽ bán lại hệ thống các siêu thị Big C Việt Nam cho Tập đoàn Central (Thái Lan) tại Việt Nam. Theo giải trình của các doanh nghiệp tham gia TTKT, Tập đoàn Central Thái Lan mua quyền sở hữu phần vốn góp của Tập đoàn Casino Pháp để sở hữu chuỗi siêu thị Big C tại Việt Nam theo hình thức mua lại doanh nghiệp quy định tại Khoản 1 Điều 17 LCT. Xem Bộ Công thương, Cục QLCT (2016), *Báo cáo thường niên của Cục QLCT năm 2016, Tlđđ 196, tr. 14.*

Trong cả hai vụ việc này, bất cập của LCT 2004 là không có cơ sở pháp lý cần thiết để kiểm soát các vụ TTKT có giá trị giao dịch lớn được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng có tác động tới thị trường Việt Nam. Trong trường hợp này, CQCT chỉ có thể dựa vào tiêu chí thị phần của phía đối tác Việt Nam để xác định có bị cấm hay không mà không có căn cứ để xác định vụ việc này sẽ có tác động như thế nào đối với cạnh tranh trên thị trường bán lẻ Việt Nam cũng như tác động đến nhà cung cấp, người tiêu dùng cũng như các tác động về kinh tế như giá cả, cung cầu...

Cũng trong năm 2016, Cục QLCT đã tiến hành thủ tục kiểm soát TTKT đối với thị trường mua lại một mảng kinh doanh trên toàn cầu và có phạm vi áp dụng đối với Việt Nam. Đây là vụ TTKT của Sanofi SA và Boehringer¹⁹⁸. Trong trường hợp này, cơ sở để xác định vụ việc có tác động đến cạnh tranh hay không là việc căn cứ chủ yếu vào tiêu chí thị phần kết hợp. Mặc dù vậy, theo tác giả vấn đề TTKT do các doanh nghiệp nước ngoài thực hiện ngoài lãnh thổ Việt Nam chưa được tính đến cũng như việc đánh giá thuần túy dựa vào tiêu chí thị phần cũng chưa phản ánh hết tác động của vụ TTKT có tính chất “xuyên biên giới” này đối với thị trường Việt Nam.

3.3. Ngưỡng kiểm soát tập trung kinh tế ở Việt Nam

3.3.1. Tiêu chí xác định hành vi tập trung kinh tế không phải thông báo

PLCT của Việt Nam chủ yếu dựa vào thị phần của các doanh nghiệp liên quan để đánh giá sức mạnh thị trường. Căn cứ về các quy định liên quan trong việc xác định các hành vi HCCT, có thể thấy rằng mức thị phần 30% được sử dụng làm thước đo để suy đoán sức mạnh thị trường của (các) doanh nghiệp đó¹⁹⁹. Nói cách khác, các hành vi HCCT được cho là chỉ có thể gây tác hại đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường nếu các doanh nghiệp liên quan có hoặc nhờ đó mà có được sức mạnh đủ lớn trên thị trường và được định lượng bằng tiêu chí thị phần trên 30%. Cơ sở của con số 30%, theo Tờ trình của Chính phủ về Dự án LCT năm 2004²⁰⁰, là mức đã được nhiều nước trên thế giới áp dụng và Pháp lệnh Bru chính viển thông hiện nay cũng đang sử dụng để xác định một doanh nghiệp có vị trí chi phối thị trường... một doanh nghiệp có thị phần trên thị trường liên quan đạt từ 30% trở lên sẽ bị coi là có vị trí thống lĩnh thị trường và cần phải được kiểm soát²⁰¹. Mặc dù khả năng gây HCCT một cách đáng kể cũng được coi là tiêu chí xác định sức mạnh thị trường, tuy nhiên, LCT Việt Nam dường như coi thị phần đóng vai trò là tiêu chí trung tâm trong việc đánh giá sức mạnh thị trường.

¹⁹⁸ Xem chi tiết vụ TTKT này ở mục 3.1.1.

¹⁹⁹ *Tlđđ* 99.

²⁰⁰ Chính phủ (2004), *Tờ trình của Chính phủ về Dự án LCT*, tháng 4/2004, tr.8 - 9.

²⁰¹ *Tlđđ* 200, tr.8-9.

Điều này là khác với thực tiễn của các nước trên thế giới hiện nay, tiêu biểu là Hoa Kỳ hay EU²⁰². Cụ thể, để xác định sức mạnh thị trường của một (một số) doanh nghiệp liên quan, CQCT sẽ thực hiện đánh giá nghiên cứu toàn diện và phức tạp, việc đánh giá này sẽ dựa trên việc phân tích của nhiều yếu tố, dựa trên cách tiếp cận kinh tế học, trong đó thị phần chỉ là một trong những tiêu chí²⁰³. Cụ thể, ngoài phân tích thị phần, các tiêu chí thông thường bao gồm các phân tích về cấu trúc thị trường (căn cứ vào tổng số lượng doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan); tỷ lệ tập trung, chỉ số HHI²⁰⁴; rào cản gia nhập thị trường²⁰⁵; rào cản mở rộng thị trường²⁰⁶; sức mạnh của người mua; khả năng loại bỏ cạnh tranh...²⁰⁷ Những nội dung này sẽ được phân tích cụ thể hơn trong phần đánh giá tác động của vụ TTKT tại chương 4 của luận án.

3.3.2. Ngưỡng thông báo tập trung kinh tế

LCT Việt Nam 2004 sử dụng tiêu chí thị phần kết hợp để (i) xác định ngưỡng thông báo TTKT và (ii) đồng thời đây cũng là tiêu chí để đánh giá (thẩm định) một vụ việc TTKT.

Thứ nhất, thị phần được sử dụng là ngưỡng thông báo TTKT. Theo Khoản 1, Điều 20, LCT 2004, trong trường hợp thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT chiếm từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp này có nghĩa vụ thực hiện thủ tục thông báo TTKT cho Cục QLCT theo quy định tại Điều 20 LCT²⁰⁸. Đây là những trường hợp TTKT chưa bị mặc nhiên cấm nhưng có thể được xem xét đồng ý sau khi làm thủ tục thông báo tại CQCT²⁰⁹.

²⁰² Xem: Hướng dẫn về sáp nhập theo chiều ngang của Bộ Tư pháp và Ủy ban Thương mại công bằng Hoa Kỳ 1992. Văn bản này hiện đã được thay thế bằng đã được thay thế bằng Hướng dẫn về sáp nhập theo chiều ngang do Bộ Tư pháp và Ủy ban Thương mại công bằng Hoa Kỳ ấn hành năm 2010. Tài liệu truy cập tại địa chỉ <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>; Quy định của Hội đồng châu Âu về kiểm soát tập trung giữa các doanh nghiệp (EC) 139/2004.

²⁰³ *Tlđđ* 8, *tlđđ* 198, tr.50.

²⁰⁴ Viết tắt của Herfindhal-Hirschman Index. Được tính bằng tổng của bình phương thị phần của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan trên cơ sở đó sẽ cho biết mức độ tập trung trên thị trường đó).

²⁰⁵ Bao gồm tất cả các yếu tố cản trở một doanh nghiệp mới gia nhập thị trường khi giá cả của một sản phẩm trên thị trường đó tăng lên một cách đáng kể, chẳng hạn như các yêu cầu về giấy phép, khả năng tiếp cận các kênh phân phối... Xem thêm OECD, *tlđđ* 23.

²⁰⁶ Là tất cả các yếu tố cản trở một doanh nghiệp hiện hành trên một thị trường có thể tăng sản lượng một cách nhanh chóng và hiệu quả.

²⁰⁷ *Tlđđ* 99.

²⁰⁸ Điều 20, khoản 1, LCT 2004: “Các doanh nghiệp TTKT có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp đó phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành TTKT”.

²⁰⁹ Chẳng hạn, vào năm 2008 Cục QLCT nhận được thông báo TTKT của hai công ty là Công ty cổ phần giấy Đồng Nai và Công ty cổ phần giấy Tân Mai. Hai công ty nói trên có cùng ngành nghề chính là sản xuất và kinh doanh giấy và có kế hoạch hợp nhất thành một. Trong các sản phẩm giấy của hai công ty có sản phẩm giấy in báo có thị phần

Tiêu chí về thông báo là căn cứ để CQCT áp dụng những biện pháp chế tài đối với những doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ này ở giai đoạn “hậu kiểm”. Theo Điều 27 Nghị định 71/2014/NĐ - CP quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh thì hành vi không thông báo về TTKT sẽ bị phạt tiền đến 10% tổng doanh thu trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp tham gia TTKT²¹⁰. Ngoài ra, LCT 2004 có quy định không áp dụng thông báo trong trường hợp doanh nghiệp sau TTKT vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật.

Thứ hai, thị phần cũng đồng thời được sử dụng để đánh giá tác động HCCT của vụ việc TTKT. Điều 18, LCT 2004 quy định cấm TTKT nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT chiếm trên 50% trên thị trường liên quan.

Với cách tiếp cận như vậy, có thể thấy, việc hình thành nên một thực thể (doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp) chiếm trên 50% thị phần trên thị trường liên quan đã tạo nên một sức mạnh đủ để gây HCCT, có khả năng làm giảm, làm cản trở và sai lệch cạnh tranh một cách đáng kể. Đối với những trường hợp này, doanh nghiệp bị cấm thực hiện TTKT, trừ trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện TTKT vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật.

Về vấn đề cấm TTKT, mục tiêu của quy định này là ngăn cản việc tích tụ, tập trung của các doanh nghiệp trên thị trường dẫn đến hậu quả là tạo ra một doanh nghiệp không chế được thị trường. Việc ngăn cản hình thành các doanh nghiệp không chế được thị trường sẽ giúp duy trì được môi trường cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh, có lợi cho người tiêu dùng. Tuy nhiên, quy định về quy mô tích tụ phải đảm bảo không ngăn cản việc hình thành những công ty lớn, có khả năng cạnh tranh trên thị trường thế giới²¹¹.

Nhìn chung, việc sử dụng tiêu chí thị phần để xác định ngưỡng thông báo TTKT có những cơ sở hợp lý của nó. Cụ thể, việc áp dụng ngưỡng thị phần giúp CQCT có được đánh giá ban đầu chính xác hơn về khả năng gây HCCT của vụ việc, từ đó gia tăng tỷ trọng các vụ việc thực sự có vấn đề về cạnh tranh trong tổng số các vụ việc mà CQCT phải xem xét. Đồng thời, ngưỡng thị phần giúp cho CQCT có cơ sở để quyết định việc cho phép hay không cho phép vụ TTKT.

• **Vai trò của thị phần trong việc đánh giá sức mạnh thị trường**

Thị phần và mức độ tập trung thị trường có thể đem lại những thông tin ban đầu giúp nhận diện khả năng gây quan ngại về cạnh tranh của vụ việc TTKT, để từ đó phục

kết hợp là 46,53% (năm 2007) và 41,23% năm 2008. Sau khi nghiên cứu và đánh giá hồ sơ cũng như phương án hợp nhất của các bên, Cục QLCT nhận thấy việc TTKT của các bên không thuộc diện bị cấm và do đó đã có công văn trả lời đồng ý. Xem Cục QLCT, *Sổ tay PLCT – Quyển 3: Tập trung kinh tế*, tr.9.

²¹⁰ Điều 27, Nghị định 71/2014/NĐ - CP quy định chi tiết LCT 2004 về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh.

²¹¹ Bộ Thương mại (2004), Dự thảo Tờ trình của Bộ Thương mại về Dự án LCT.

vụ cho các phân tích sâu hơn. Mức độ tập trung thị trường cao và thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT lớn là một dấu hiệu cho thấy cần phải có đánh giá chi tiết hơn về tác động của vụ việc TTKT. Việc xác định ngưỡng thị phần giúp cho quốc gia có khả năng điều chỉnh thông qua pháp luật về kiểm soát TTKT theo ý đồ và mục tiêu của chính sách cạnh tranh của mình. Việc xác định đúng đắn ngưỡng thị phần thích hợp có thể giảm gánh nặng cho CQCT. Đồng thời cho phép tính toán, tận dụng được những yếu tố tích cực đối với cạnh tranh của hành vi TTKT. Tuy nhiên, cần lưu ý, đây không phải là yếu tố quyết định về khả năng gây HCCT một cách đáng kể của vụ việc. Các CQCT sử dụng các yếu tố về thị phần và mức độ tập trung thị trường để đánh giá tác động HCCT của vụ việc TTKT cần phải đảm bảo rằng việc sử dụng các chỉ số đó được hỗ trợ bởi các đánh giá cụ thể khác về điều kiện thị trường.

• *Bất cập của việc sử dụng thị phần làm tiêu chí duy nhất để kiểm soát vụ việc TTKT*

LCT 2004 sử dụng thị phần làm cơ sở phân loại nhóm TTKT và là tiêu chí duy nhất để xác định cách thức xử lý²¹². Việc quy định kiểm soát TTKT chỉ dựa trên tiêu chí “thị phần kết hợp” chưa quy định rõ đối với việc kiểm soát các hình thức TTKT theo chiều dọc hoặc TTKT hỗn hợp. Bên cạnh đó, việc sử dụng tiêu chí thị phần còn gây khó khăn cho doanh nghiệp trong việc xác định nghĩa vụ “thông báo”, vì vậy làm giảm tính khả thi của các quy định về kiểm soát TTKT trong thực tiễn.

Thực tế cho thấy, mặc dù số lượng các giao dịch TTKT là khá lớn và tăng mạnh trong các năm vừa qua, quy mô của nhiều giao dịch cũng không nhỏ nhưng số lượng các giao dịch được thông báo đến Cục QLCT vẫn còn khá thấp. Một phần vì các doanh nghiệp đã thực hiện TTKT trên các thị trường có thị phần kết hợp không cao (xấp xỉ ngưỡng kiểm soát 30%), nhưng quy định nghĩa vụ phải thông tin chính xác về thị phần của các bên tham gia TTKT là một khó khăn cho doanh nghiệp. Bởi lẽ, trên thực tế, doanh nghiệp chỉ có thể biết và chịu trách nhiệm về doanh số của mình mà không có nghĩa vụ phải nắm được doanh số của các đối thủ cạnh tranh trên thị trường (căn cứ để tính toán thị phần của các bên tham gia TTKT). Việc yêu cầu doanh nghiệp phải thu thập một khối lượng lớn thông tin liên quan đến thị trường và thị phần tạo một áp lực rất lớn cho các doanh nghiệp mong muốn thực hiện thủ tục thông báo hoặc tham vấn ý kiến của Cục QLCT. Điều này phần nào giải thích lý do tại sao rất nhiều vụ việc TTKT đã diễn ra nhưng chỉ có một số ít được thông báo tới Cục QLCT.

²¹² *Tlđđ* 8.

Bên cạnh đó, từ góc độ của doanh nghiệp, việc xác định các đối thủ cạnh tranh để đưa ra các quyết định về sản xuất, kinh doanh phù hợp cũng có nhiều điểm khác biệt so với kỹ thuật xác định thị trường liên quan (cả thị trường sản phẩm và thị trường địa lý). Điều này cũng sẽ tạo ra những tính toán thị phần kết hợp khác nhau từ phía CQCT và doanh nghiệp. Trong việc xác định thị phần trên một số thị trường liên quan đặc biệt như thị trường cho thuê phim, dịch vụ internet, truyền hình trả tiền, sữa... thì việc xác định doanh thu của doanh nghiệp để tính thị phần là rất khó khăn, phức tạp, khó có thể thực hiện được hoặc có thể gây ra nhiều tranh cãi²¹³. Ngoài ra, việc sử dụng yếu tố thị phần kết hợp làm căn cứ để kiểm soát TTKT cho thấy LCT 2004 chỉ kiểm soát các trường hợp TTKT theo chiều ngang²¹⁴.

Trong xu thế hội nhập kinh tế, các khái niệm thị trường liên quan trở nên khá lớn hoặc rất khó để xác định nếu như chỉ dựa theo các cách tính thông thường và hầu như sẽ bất khả thi trong trường hợp các giao dịch TTKT xuyên biên giới. Chẳng hạn, vấn đề xác định thị trường liên quan trong bối cảnh gia nhập ASEAN là một khó khăn, trong trường hợp này thị trường ASEAN sẽ được xác định như thế nào? Hậu quả của việc quy định như trên là một số hình thức TTKT khác như sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh giữa các doanh nghiệp không cùng thị trường liên quan (các dạng sáp nhập theo chiều dọc và tổ hợp) sẽ không chịu sự kiểm soát của LCT.

Trong cả hai vụ mua lại của Metro Cash & Carry và Big C đã trình bày ở trên, mặc dù vụ việc TTKT vẫn được tiến hành và không có vi phạm LCT, vấn đề đặt ra là đối với những vụ việc TTKT mà một bên là phía doanh nghiệp nước ngoài không có thị phần tại thị trường liên quan ở Việt Nam, do đó việc xác định tiêu chí “thị phần kết hợp” cũng như “thị trường liên quan” là rất khó khăn²¹⁵. Điều này dẫn đến thực tế rằng Cục QLCT cho phép vụ TTKT được tiến hành bởi yếu tố thị phần kết hợp trên thị trường liên quan là chưa vượt ngưỡng bị cấm, trong khi đó, vụ TTKT hàm chứa nhiều nguy cơ HCCT, điều mà không được thể hiện trong tiêu chí thị phần kết hợp.

Về nguyên tắc, Điều 18 LCT 2004 chỉ cấm thực hiện TTKT khi thị phần kết hợp chiếm trên 50% thị trường. Một khi khẳng định thị phần kết hợp của các doanh nghiệp chỉ ở mức 50% trở xuống thì CQCT sẽ trả lời trường hợp đó không bị cấm.

²¹³ Bộ Công thương (2017), *Dự thảo Báo cáo Tổng kết 12 năm thi hành LCT, Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017*. Truy cập tại địa chỉ http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1346&TabIndex=2&TaiLieuID=2811, ngày 18/10/2017.

²¹⁴ *Tlđđ* 8.

²¹⁵ Xem thêm *tlđđ* 200.

Nói cách khác, thủ tục thông báo đơn giản chỉ là quá trình xác định lại một cách chính xác về thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT mà chưa là quá trình đánh giá tác động của TTKT đến thị trường ở nhiều phương diện.

Cách tiếp cận này khiến cho pháp luật kiểm soát TTKT chưa hiệu quả, bởi các lý do sau đây:

Thứ nhất, về bản chất, đánh giá tác động của việc TTKT đến thị trường luôn hướng về tương lai. Khi tiến hành thủ tục thông báo (trước khi tiến hành TTKT), hậu quả HCCT chưa thực sự xảy ra. Các số liệu chứng minh về thị phần chỉ phản ánh năng lực cạnh tranh của từng doanh nghiệp tham gia trong quá khứ hoặc ở hiện tại. Trong sự vận động không ngừng của thị trường, sáp nhập, mua lại, liên doanh... giữa các doanh nghiệp là nguyên nhân tạo nên những biến động về thị phần trên thị trường một cách nhanh chóng (doanh nghiệp sau khi TTKT không cần thực hiện bất cứ chiến lược cạnh tranh nào mà có thể tăng được thị phần ở một mức độ nhất định). Trong nhiều trường hợp, thị phần kết hợp của doanh nghiệp gần đạt đến mức bị cấm mặc nhiên, song tác động của sự kiện TTKT đã làm cho chúng phát triển đến hoặc vượt qua ngưỡng bị cấm. Như vậy, mức thị phần kết hợp ở hiện tại chưa đủ để chứng minh về tác hại chắc chắn trong tương lai gần của việc TTKT, mặc dù đây là căn cứ ban đầu quan trọng để xác định sức mạnh thị trường và khả năng gây ra HCCT.

Thứ hai, theo lý thuyết về cạnh tranh, khả năng HCCT của TTKT không chỉ là việc làm thay đổi cơ cấu cạnh tranh của thị trường mà còn là khả năng tăng cường quyền lực thị trường để thực hiện hành vi phản cạnh tranh trong tương lai. Đặt trong bối cảnh nhất định, việc TTKT cũng có thể bị coi là nguy hại cho thị trường cạnh tranh nếu đem lại cho doanh nghiệp khả năng chi phối thị trường và tiềm năng thực hiện hành vi phản cạnh tranh cho dù mức thị phần kết hợp hiện tại thì lại chưa đủ để bị cấm mặc nhiên (thị phần kết hợp dưới 50% trên thị trường liên quan). Tại thời điểm ban hành LCT thì quy định này có thể có tính hợp lý nhất định. Cơ chế này về mặt lý thuyết có vẻ như sẽ đơn giản hơn và việc dựa trên cơ sở của các tỷ lệ phần trăm cụ thể, do đó có thể giúp phản ánh chính xác hơn các giao dịch có khả năng gây HCCT. Tuy nhiên, quy định này rất cần được xem xét điều chỉnh cho phù hợp với sự vận động của nền kinh tế cũng như đánh giá từ kinh nghiệm thực thi của CQCT.

Thứ ba, về bản chất, đánh giá tác động TTKT luôn hướng về tương lai. Tại thời điểm đánh giá TTKT, hậu quả HCCT chưa thực sự xảy ra. Vì vậy, nếu chỉ dựa vào thị phần hiện tại để đánh giá tác động của TTKT trong tương lai đồng nghĩa với việc đặt thị trường trong trạng thái “tĩnh”. Điều này không thể hiện đúng bản chất và mục tiêu

của hoạt động đánh giá TTKT. Quy định này cũng không thể hiện được vai trò của CQCT trong việc ngăn chặn và kiểm soát hành vi có thể gây tác động tới thị trường.

Thứ tư, việc đặt ra ngưỡng thị phần 50% để cấm thực hiện giao dịch TTKT chưa phản ánh đúng thực trạng của nền kinh tế. Theo Báo cáo của Bộ Công thương thì trong giai đoạn vừa qua, phần lớn các vụ việc đều có mô trung bình với mức thị phần kết hợp khoảng 30% trên thị trường được xem xét. Điều đó cũng có nghĩa là có khả năng sẽ bỏ sót các vụ việc TTKT có khả năng gây HCCT trên thị trường liên quan²¹⁶. Chẳng hạn, có những trường hợp thị phần kết hợp của các bên liên quan là 49% sẽ không bị xử lý, dù sức mạnh thị trường ở mức đó cũng rất lớn²¹⁷. Qua kinh nghiệm của các quốc gia thì có thể thấy tiêu chí thị phần hoặc không được sử dụng, hoặc được coi là một tiêu chí duy nhất, thay vào đó là sử dụng những tiêu chí khác như doanh thu, tổng giá trị giao dịch...

Ngoài CQCT, đối với những trường hợp thuộc diện phải thông báo hoặc bị cấm, một số cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành khác cũng có chức năng kiểm soát mua lại, sáp nhập trong phạm vi ngành²¹⁸. Hiện nay cũng chưa có một cơ chế phối hợp và trao đổi thông tin giữa các cơ quan trong việc kiểm soát TTKT dẫn đến việc nắm bắt các thông tin, dữ liệu về các vụ việc TTKT còn nhiều khó khăn và không đầy đủ. Hiện tại, Cục QLCT chủ yếu dựa vào các nguồn thông tin: từ phía doanh nghiệp thực hiện TTKT, truyền thông trong nước và quốc tế, sự hợp tác của một số Sở Kế hoạch Đầu tư... Việc sử dụng tiêu chí thị phần làm ngưỡng thông báo TTKT còn có thể gây ra rủi ro pháp lý (chẳng hạn như khi các số liệu được thu thập và xử lý không đầy đủ, không chính xác) và kéo dài thời gian xử lý vụ việc, đặc biệt là do bởi công đoạn xác định thị trường liên quan và thị phần của doanh nghiệp tham gia TTKT trên thị trường liên quan²¹⁹. Ngưỡng thông báo TTKT sử dụng tiêu chí thị phần còn tạo ra các chi phí không cần thiết²²⁰.

²¹⁶ *Tlđđ* 200.

²¹⁷ Theo ý kiến của các chuyên gia nêu ra trong Dự thảo Báo cáo Tổng kết 12 năm thi hành LCT của Bộ Công thương. *Tlđđ* 206.

²¹⁸ như Bộ Kế hoạch Đầu tư và Sở Kế hoạch Đầu tư các tỉnh, thành phố, Ủy ban Chứng khoán nhà nước, Ngân hàng nhà nước, các cơ quan điều tiết ngành.

²¹⁹ Do đó, qua nghiên cứu của tác giả thì các tài liệu tổng hợp kinh nghiệm thực thi quy định về TTKT của các tổ chức như ICN và OECD đều không ủng hộ việc áp dụng hệ thống thông báo TTKT sử dụng tiêu chí thị phần.

²²⁰ Hầu hết các CQCT sử dụng tiêu chí thị phần đều kết luận rằng lợi ích do các ngưỡng thông báo TTKT dạng này không thể bù đắp cho những khó khăn và chi phí mà chúng gây ra. Xem thêm Bộ Công thương, Cục QLCT, *tlđđ* 6.

3.3.3 Kinh nghiệm của một số quốc gia tiêu biểu trong việc xác định “ngưỡng thông báo” tập trung kinh tế

Khác với quy định của pháp luật Việt Nam, việc xác định ngưỡng thông báo TTKT dựa vào tiêu chí duy nhất là thị phần, LCT của một số quốc gia áp dụng kết hợp các tiêu chí khác nhau như doanh thu, quy mô, giá trị giao dịch, doanh thu và tài sản... để làm căn cứ xác định ngưỡng thông báo TTKT²²¹. Điều này thể hiện rõ nét việc kết hợp giữa tư duy kinh tế và pháp lý trong kiểm soát TTKT, thể hiện cách tiếp cận TTKT không phải là một hành vi HCCT mà là những hành vi hợp pháp của doanh nghiệp trên thị trường, đồng thời kiểm soát TTKT có mục đích nhằm loại trừ, loại bỏ các tác động tiêu cực đến cạnh tranh. Việc sử dụng các tiêu chí này đây là những cách tiếp cận khá mới mẻ mà Việt Nam có thể nghiên cứu áp dụng. Hiện tại, việc áp dụng các tiêu chí này cũng đã được đưa vào Dự thảo LCT (sửa đổi) bản mới nhất vào tháng 9 năm 2017.

- *Hoa Kỳ*

Ngưỡng thông báo TTKT theo pháp luật Hoa Kỳ dựa trên việc đánh giá các tiêu chí về giá trị giao dịch và tổng tài sản²²². Các bên liên quan trong vụ mua bán, sáp nhập phải thông báo và nộp hồ sơ thẩm tra lên FTC và Bộ Tư pháp (DOJ) trước khi hoàn tất vụ sáp nhập và thu tóm. Khi đạt ngưỡng theo Luật HSR và HSR Rules, trước khi tiến hành, các bên thực hiện giao dịch M&A phải nộp hồ sơ thông báo kế hoạch sáp nhập với CQCT; chỉ khi được sự chấp thuận của CQCT, giao dịch mua bán sáp nhập mới được hoàn tất.

Cụ thể, đối với ngưỡng quy mô thì trách nhiệm thông báo đặt ra khi một doanh nghiệp có doanh số thuần hàng năm hoặc tổng tài sản là 152.5 triệu USD mua lại một doanh nghiệp có doanh số thuần hàng năm hoặc tổng tài sản trị giá 15.3 triệu USD, hoặc ngược lại. Trong khi đó, đối với giá trị giao dịch ngưỡng cơ bản để thực hiện thông báo là 78.2 triệu USD; các ngưỡng tiếp theo lần lượt là 156.3 triệu USD; 781.5 triệu USD, đồng thời mức phí thông báo doanh nghiệp phải nộp căn cứ theo các ngưỡng này.

- *Canada*

Canada xác định ngưỡng thông báo dựa trên cơ sở của tổng giá trị giao dịch/tổng giá trị tài sản cũng như tỷ lệ kiểm soát dự kiến sau vụ TTKT²²³. Nghĩa vụ thông báo TTKT phụ thuộc vào việc có thuộc ngưỡng quy định về quy mô của bên tham gia TTKT và quy mô giao dịch.

²²¹ *Tlđđ* 8.

²²² Theo Luật Chống độc quyền Hart-Scott-Rodino (HSR) 1976.

²²³ Đạo LCT Canada R.S.1985.

Cụ thể, đối với ngưỡng quy mô của bên tham gia TTKT thì nghĩa vụ thông báo đặt ra đối với các bên tham gia giao dịch, cùng với các công ty con, chi nhánh trên toàn thế giới của họ (được định nghĩa chung là các đơn vị trong mối quan hệ kiểm soát với nhau hoặc dưới sự kiểm soát chung), có tài sản (giá trị sổ sách) tại Canada hoặc tổng doanh thu bán hàng tại Canada, từ Canada hoặc đến Canada (tức là doanh thu nội địa cộng với xuất khẩu và nhập khẩu) vượt quá 400 triệu đô la Canada trong năm tài chính vừa hoàn thành gần nhất. Trong khi đó, ngưỡng quy mô giao dịch để thông báo TTKT dựa trên giá trị sổ sách của tài sản ở Canada do doanh nghiệp là chủ thể giao dịch nắm giữ hoặc tài sản là đối tượng của giao dịch hoặc tổng doanh thu phát sinh từ các tài sản đó (doanh thu bán hàng nội địa và xuất khẩu).

Ngưỡng được điều chỉnh lạm phát hàng năm thông thường được công bố vào tháng 01 hàng năm. Hiện tại, năm 2016, ngưỡng chung đối với tài sản hoặc doanh thu) là 87 triệu đô la Canada²²⁴.

- *Liên minh châu Âu*

Liên minh châu Âu không xác định ngưỡng thông báo theo tiêu chí thị phần kết hợp, thay vào đó là tiêu chí tổng doanh thu của các doanh nghiệp tham gia TTKT là tiêu chí cơ bản²²⁵. Theo Quy định số 139/2004 của EC về kiểm soát TTKT giữa các vụ mua lại tại Điều 1, thì một hành vi TTKT thuộc “quy mô cộng đồng” (*community dimension*) cần phải được thông báo để rà soát khi:

(i) doanh thu gộp trên toàn cầu sau sáp nhập vượt quá 5 tỷ euro và doanh thu tại EU của ít nhất của một trong hai doanh nghiệp vượt quá 250 triệu euro, trừ khi một bên nào đó có doanh thu tại một nước thành viên chiếm trên hai phần ba toàn bộ doanh thu tại EU của bên đó, hoặc

(ii) doanh thu toàn cầu gộp lại sau sáp nhập vượt quá 2,5 tỷ euro; doanh thu gộp tại ít nhất một trên ba quốc gia thành viên bất kỳ vượt ngưỡng 100 triệu euro; tại một trong số ba quốc gia thành viên này, doanh thu của một trong số hai doanh nghiệp bất kỳ vượt ngưỡng 25 triệu euro; doanh thu tại EU của một trong số hai doanh nghiệp bất kỳ vượt ngưỡng 100 triệu euro; trừ khi một bên nào đó có doanh thu tại một nước thành viên chiếm trên hai phần ba toàn bộ doanh thu tại EU của bên đó.

Sau khi đã xác định xong thị trường, Ủy ban châu Âu (EC) sẽ phải nhận định cạnh tranh hiệu quả có bị suy giảm nghiêm trọng sau khi có hành vi TTKT hay không. Quyền kiểm soát hoạt động sáp nhập thuộc về EC và các quốc gia thành viên. Nếu muốn áp

²²⁴ *Tlđđ* 6.

²²⁵ Theo Quy định số 139/2004 của EC về kiểm soát TTKT giữa các vụ mua lại.

dụng thủ tục kiểm soát TTKT với một hành vi TTKT thì phải xác định hành vi đó có quy mô cộng đồng hay không. Một hành vi TTKT có thể thuộc thẩm quyền giải quyết của quốc gia thành viên (và có nghĩa là không thuộc thẩm quyền của EC) theo Điều 9 hoặc không thuộc thẩm quyền của quốc gia đó theo Điều 21(3) quy định 139/2004.

- *Cộng hòa Pháp*

Tiêu chí ngưỡng thông báo dựa vào doanh thu cũng được áp dụng tại Cộng hòa Pháp, theo đó, một vụ TTKT chỉ bị kiểm soát khi hội đủ ba điều kiện²²⁶: (i) Tổng doanh thu của tất cả các doanh nghiệp hoặc nhóm thể nhân, pháp nhân tham gia vụ TTKT tính trên toàn thế giới sau khi đã trừ thuế vượt trên 150 triệu euro (~161.2 triệu USD); (ii) Ít nhất hai doanh nghiệp tham gia vụ việc có tổng doanh thu trên 50 triệu Euro (~53.7 triệu USD). Đồng thời, vụ TTKT cũng không thuộc phạm vi áp dụng của cơ chế kiểm soát TTKT của châu Âu (EUMR). Đối với thị trường bán lẻ thì tổng doanh thu trước thuế toàn cầu là 75 triệu Euro (~ 80.6 triệu USD) và ít nhất hai doanh nghiệp tham gia vụ việc có tổng doanh thu trên 15 triệu Euro (~16.1 triệu USD)²²⁷.

- *Nhật Bản*

Tương tự như vậy, pháp luật chống độc quyền của Nhật Bản xác định ngưỡng thông báo dựa vào doanh thu, tài sản và nghĩa vụ thông báo được xác định phụ thuộc vào hình thức TTKT²²⁸. Cụ thể bao gồm các trường hợp sau:

(1) *Trường hợp sáp nhập công ty*: nếu (i) nhóm công ty sáp nhập mà trong đó một bên tham gia giao dịch có doanh thu tại Nhật Bản nhiều hơn 20 tỷ yên; và (ii) nhóm các công ty sáp nhập mà trong đó bất kỳ một bên nào tham gia giao dịch có doanh thu tại Nhật Bản nhiều hơn 5 tỷ yên;

(2) *Trường hợp mua lại cổ phần*: nếu (i) tổng doanh thu tại Nhật Bản của nhóm công ty sáp nhập mà bên mua lại là một bên trong đó vượt quá 20 tỷ yên, (ii) tổng doanh thu tại Nhật Bản của công ty bị mua lại và các công ty con của nó vượt quá 5 tỷ yên, và (iii) do kết quả của việc mua lại, tổng phần trăm cổ phần bình quân (*aggregate percentage shareholding*) như quyền biểu quyết của nhóm công ty trong TTKT mà bên mua lại là một bên vượt trên 20% hoặc hơn 50% của tổng số cổ phần phát hành ra của công ty bị mua lại.

²²⁶ Điều L.430-2 I Bộ luật Thương mại Cộng hòa Pháp, Luật sửa đổi, bổ sung 2013, có hiệu lực từ ngày 01/07/2013. Truy cập tại địa chỉ https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English-en/code_commerce_part_L_EN_20130701, ngày 20/10/2017.

²²⁷ *Tlđđ* 232.

²²⁸ Điều 9 Luật Chống độc quyền Nhật Bản 1947 (Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947). Truy cập tại địa chỉ http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.files/The_Antimonopoly_Act.pdf, ngày 18/10/2017.

(3) *Trường hợp thuê tóm doanh nghiệp khác*: bên mua lại có tổng doanh thu tại Nhật Bản vượt trên 20 tỷ yên được thực hiện bằng những cách thức sau đây: toàn bộ hoạt động kinh doanh của một công ty có doanh thu tại Nhật Bản nhiều hơn 3 tỷ yên; hoặc một phần đáng kể hoạt động kinh doanh; toàn bộ hoặc một phần đáng kể của khối tài sản cố định của hoạt động kinh doanh của công ty có doanh thu tương ứng tại Nhật Bản nhiều hơn 3 tỷ yên.

- *Trung Quốc*

Đối với Trung Quốc, ngưỡng thông báo dựa trên tổng doanh thu toàn cầu hoặc tổng doanh thu kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT được quy định trong Quy tắc ngưỡng thông báo và Hướng dẫn năm 2014. Cụ thể, việc thông báo được áp dụng đối với một trong hai trường hợp sau đây:

(i) Tổng doanh thu toàn cầu của tất cả các doanh nghiệp tiến hành TTKT trong năm tài chính gần nhất vượt quá 10 tỷ Nhân dân tệ (xấp xỉ 1,6 tỷ USD) và doanh thu của ít nhất một doanh nghiệp trong số hai doanh nghiệp tại Trung Quốc vượt quá 400 triệu Nhân dân tệ (xấp xỉ 65,3 triệu USD); hoặc

(ii) Doanh thu kết hợp tại Trung Quốc của tất cả các doanh nghiệp tham gia TTKT trong năm tài chính gần nhất vượt quá 2 tỷ Nhân dân tệ (xấp xỉ 326.5 triệu USD) và doanh thu tại Trung Quốc của ít nhất một doanh nghiệp trong số hai doanh nghiệp vượt quá 400 triệu Nhân dân tệ (xấp xỉ 65,3 triệu USD).

Ngoài ra, các doanh nghiệp tham gia TTKT vẫn có thể tự nguyện thông báo cho MOFCOM trong trường hợp giao dịch TTKT chưa đạt được ngưỡng thông báo, nếu cho rằng giao dịch có thể gây ra mối quan ngại về cạnh tranh. Đồng thời, trong trường hợp nhận thấy một giao dịch TTKT tuy không thông báo nhưng có thể dẫn tới “loại bỏ hoặc hạn chế cạnh tranh” thì MOFCOM cũng có quyền xem xét các giao dịch mà không báo cáo²²⁹.

- *Liên bang Nga*

Khác với các nước trên, pháp luật chống độc quyền của Liên bang Nga có sự kết hợp giữa các tiêu chí tổng giá trị tài sản sau khi TTKT và tổng doanh thu. Theo quy định của pháp luật chống độc quyền Liên bang Nga²³⁰, khi thực hiện những hành vi sau phải được sự đồng ý trước của cơ quan chống độc quyền: (i) Hợp nhất các tổ chức kinh doanh (ngoại trừ các tổ chức tài chính) nếu tổng giá trị tài sản của chúng (tài sản

²²⁹ Quy tắc ngưỡng thông báo và Hướng dẫn năm 2014.

²³⁰ Xem Điều 27 Luật số No. 135-FZ ngày 26 tháng 7 năm 2006 về Bảo vệ cạnh tranh.

của nhóm chủ thể của chúng) vượt quá 3 tỷ rub hay tổng doanh thu của chúng (nhóm chủ thể của chúng) trong năm trước năm hợp nhất vượt quá 6 tỷ rub; (ii) Sáp nhập tổ chức kinh doanh (ngoại trừ các tổ chức tài chính) vào tổ chức kinh doanh khác (ngoại trừ tổ chức tài chính) nếu tổng giá trị tài sản của chúng (tài sản của nhóm chủ thể của chúng) theo bản cân đối cuối cùng vượt quá 3 tỷ rub hay tổng doanh thu của chúng (nhóm chủ thể của chúng) trong năm trước năm hợp nhất vượt quá 6 tỷ rub hoặc nếu một trong số các tổ chức tham gia hợp nhất được đưa vào danh sách; (iii) Hợp nhất tổ chức tài chính hay sáp nhập tổ chức tài chính vào tổ chức tài chính khác, nếu tổng giá trị tài sản của chúng theo bản cân đối cuối cùng vượt quá mức do Chính phủ Liên bang Nga quy định; (iv) Thành lập tổ chức kinh doanh nếu như vốn pháp định của nó được góp bằng cổ phiếu (phần vốn) và (hay) tài sản của tổ chức kinh doanh khác với tổng giá trị tài sản theo bản cân đối cuối cùng của những chủ thể (nhóm chủ thể) sáng lập tổ chức được đưa vào vốn pháp định của công ty vượt quá 7 tỷ rub, hay nếu như tổng doanh thu của các chủ thể sáng lập trong năm trước vượt quá 10 tỷ rub.

Trên cơ sở nghiên cứu kinh nghiệm pháp luật của một số quốc gia tiêu biểu, có thể rút ra những nhận xét sau đây:

Một là, các quốc gia khi xác định ngưỡng thông báo TTKT thường dựa trên cơ sở của các tiêu chí xác định khác nhau, trong đó phổ biến nhất bao gồm: (i) quy mô của bên tham gia TTKT, thể hiện qua những chỉ số về tổng doanh thu, tài sản của mỗi bên tham gia vụ việc TTKT có tại quốc gia; (ii) tổng doanh thu, tổng tài sản toàn cầu của tất cả các bên tham gia vụ TTKT; (iii) thị phần của mỗi bên tham gia tại thị trường quốc gia đó...; (iv) quy mô của giao dịch TTKT, thể hiện qua giá trị tài sản là đối tượng của giao dịch TTKT hoặc doanh thu có được từ các tài sản đó... Việc áp dụng kết hợp các tiêu chí có tính kinh tế - kỹ thuật trong việc điều chỉnh hành vi TTKT là minh chứng và là kinh nghiệm quý báu về việc kết hợp “tư duy pháp lý” và “tư duy kinh tế” trong kiểm soát TTKT. Một điểm đáng chú ý là, ngưỡng thông báo TTKT của các quốc gia này luôn được xác định bằng các con số cụ thể, tuy nhiên chúng không phải là bất biến và có thể được điều chỉnh theo tùy thuộc vào tỷ lệ lạm phát hàng năm.

Hai là, việc sử dụng các tiêu chí xác định ngưỡng thông báo TTKT khác nhau có tác dụng giúp cho các doanh nghiệp khi tham gia các giao dịch TTKT tăng cường tính chủ động trong việc thực hiện nghĩa vụ thông báo với CQCT. Các tiêu chí này về cơ bản là có thể xác định cụ thể, chính xác một cách tương đối và khả thi hơn so với tiêu chí thị phần. Điều này giúp cho doanh nghiệp giảm rủi ro về mặt pháp lý phát sinh từ việc không xác định được chính xác liệu giao dịch TTKT của mình có thuộc ngưỡng

thông báo/bị cấm theo LCT hay không nếu chỉ dựa vào tiêu chí thị phần. Đáng chú ý là, qua thực tiễn quy định của PLCT các quốc gia tiêu biểu đã phân tích thì có thể thấy không có quốc gia nào áp dụng tiêu chí thị phần để xác định ngưỡng thông báo TTKT.

Do đó, LCT (sửa đổi) nên bỏ hẳn tiêu chí thị phần kết hợp của các bên tham gia để xác định ngưỡng thông báo TTKT. Thay vào đó LCT (sửa đổi) cần bổ sung các tiêu chí khác để xác định ngưỡng thông báo TTKT. Việc thiết kế ngưỡng thông báo TTKT cần phải thể hiện sự kết hợp giữa tư duy kinh tế và luật và thể hiện bản chất của kiểm soát TTKT là hướng đến việc loại trừ, khắc phục các tác động tiêu cực đối với cạnh tranh, đồng thời khuyến khích và tạo điều kiện cho những vụ TTKT đem lại tác động tích cực đến cạnh tranh và nền kinh tế nói chung.²³¹

3.4. Đề xuất hoàn thiện pháp luật về hình thức, phạm vi và ngưỡng kiểm soát tập trung kinh tế

3.4.1. Về hình thức tập trung kinh tế

- *Về khái niệm TTKT*

Như đã phân tích, khái niệm TTKT cần phải xác định được bản chất của hành vi này cũng như đảm bảo sự khái quát cần thiết để bao gồm các hành vi TTKT có thể xảy ra trên thị trường. Theo đó, TTKT không chỉ là sự kết hợp giữa các yếu tố tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp giữa các doanh nghiệp tham gia mà còn bao gồm khả năng thu tóm dưới hình thức trực tiếp hoặc gián tiếp một phần tài sản của doanh nghiệp mục tiêu, qua đó nắm giữ ưu thế cần thiết nhằm kiểm soát, điều hành doanh nghiệp đó theo ý đồ và phục vụ cho mục đích của mình. Tại thời điểm này, Dự thảo LCT (sửa đổi) cũng đang được hoàn thiện, trong đó có những thay đổi quan trọng về kiểm soát TTKT.

- **Kiến nghị:** bổ sung khái niệm TTKT tại Điều 3 LCT 2004 như sau:

Tập trung kinh tế là việc thu tóm trực tiếp, gián tiếp toàn bộ hoặc một phần tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát doanh nghiệp đó hoặc kết hợp toàn bộ hoặc một phần giữa các doanh nghiệp để cùng kiểm soát doanh nghiệp hình thành sau kết hợp.

- *Về định nghĩa các hình thức TTKT cụ thể*

Việc định nghĩa về các dạng cụ thể của TTKT cần tương thích với các quy định tương ứng của Luật doanh nghiệp 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Về mặt kỹ thuật, có các cách thể hiện vấn đề này như sau:

²³¹ Như đã phân tích trong luận án, việc áp dụng tư duy kết hợp giữa kinh tế và luật trước nay cũng mới chỉ được đề cập trong các nghiên cứu về pháp luật kiểm soát TTKT chứ chưa được thể hiện trong quá trình lập pháp và thể hiện cụ thể trong các quy định của LCT 2004. Cách tiếp cận kết hợp tư duy kinh tế và luật chỉ mới được Ban soạn thảo áp dụng trong việc xây dựng Dự thảo LCT (sửa đổi).

Một là, không cần quy định khái niệm TTKT. Cơ sở của đề xuất này là cách định nghĩa như LCT hiện tại không cho phép đưa ra một cách hiểu chung nhất về TTKT mà được thực hiện bằng cách liệt kê hành vi. Cách thức quy định như vậy có thể dẫn đến khả năng bỏ sót các hành vi TTKT. Mặc dù nhà lập pháp cũng có thể quy định một điều khoản “quét” nhằm dự liệu khả năng quy định và bổ sung các dạng hành vi mới trong luật, tuy nhiên về khía cạnh lập pháp đây là một cách làm không nên khuyến khích bởi khả năng tạo ra sự tùy tiện và thiếu đồng bộ giữa các quy định của luật. Đồng thời, luật chỉ đưa ra định nghĩa và quy định về các hành vi TTKT bị cấm theo PLCT mà không cần có khái niệm về TTKT cũng như khái niệm từng hình thức TTKT cụ thể.

Hai là, đưa ra một khái niệm chung nhất về TTKT. Khái niệm này sẽ được đưa vào điều khoản “giải thích từ ngữ”. Khái niệm này đòi hỏi bao quát và thể hiện được bản chất của hành vi TTKT. Trên cơ sở này, các điều khoản tiếp theo của LCT sẽ quy định cụ thể các hành vi TTKT và xác định về các hành vi TTKT bị cấm. Như trên đã trình bày, tác giả ủng hộ hướng này và đề nghị bổ sung khái niệm TTKT, đồng thời định nghĩa các hành vi TTKT cụ thể.

Ba là, tác giả cho rằng, các định nghĩa về sáp nhập, hợp nhất, và liên doanh giữa các doanh nghiệp như quy định tại Điều 17 LCT 2004 là phù hợp. Tuy nhiên, khái niệm mua lại cần phải được điều chỉnh cho phù hợp.

• *Bổ sung khái niệm mua lại doanh nghiệp*

Từ những phân tích khái niệm cũng như việc nêu lên một số bất cập của thuật ngữ mua lại ở phần trên, cho thấy cần thiết phải có sự điều chỉnh khái niệm “mua lại” để phù hợp với tình hình hiện tại²³². Quy định theo tác giả dựa trên phân tích sau đây:

Một là, tài sản của doanh nghiệp ở đây được hiểu là các động sản, bất động sản, thương hiệu, uy tín, quyền sở hữu trí tuệ... mà việc mua lại các tài sản này gắn liền với việc nắm giữ một số lượng cổ phần/phần vốn góp nhất định theo quy định của pháp luật hoặc theo điều lệ của doanh nghiệp là đủ để kiểm soát, chi phối các quyết định về kinh doanh hoặc một ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp.

Hai là, việc kiểm soát, chi phối là việc giành được trên 50% cổ phần/phần vốn góp dẫn đến có quyền biểu quyết tại cơ quan quản lý cao nhất của doanh nghiệp để kiểm soát việc ra quyết định về kinh doanh của doanh nghiệp; hoặc số lượng phiếu

²³² Trong việc thực hiện yêu cầu này, theo tác giả, có thể tham khảo khái niệm “mua lại” theo PLCT của EU và Canada để từ đó có thể đưa ra khái niệm về mua lại doanh nghiệp theo PLCT như sau: “Mua lại doanh nghiệp là việc mua các tài sản hoặc cổ phần/phần vốn góp chiếm trên 50% vốn điều lệ của một hoặc các doanh nghiệp, đủ để kiểm soát, chi phối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp này”.

biểu quyết đủ để có khả năng ra quyết định có ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất, kinh doanh theo quy định của pháp luật hoặc theo điều lệ của doanh nghiệp.²³³

Ba là, về mặt thuật ngữ, việc sử dụng thuật ngữ “mua lại” cần được hiểu theo bối cảnh của PLCT và theo nghĩa rộng mà không phải bao gồm việc mua bán, chuyển nhượng doanh nghiệp. Khái niệm “mua lại” được hiểu là việc một doanh nghiệp trực tiếp hoặc gián tiếp nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần tài sản hoặc cổ phần của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát, chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại²³⁴.

Kiến nghị: Khái niệm “mua lại” cần được sửa đổi như sau:

Mua lại doanh nghiệp là việc một doanh nghiệp trực tiếp hoặc gián tiếp nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần tài sản hoặc cổ phần của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát, chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại.

• Bổ sung một số dạng giao dịch nhằm mục đích nắm quyền sở hữu hoặc kiểm soát đối với hoạt động của doanh nghiệp

Ngoài ra, có một số dạng giao dịch như: việc mua lại phần sở hữu của cổ đông thiểu số; mua/bán một phần tài sản độc lập cũng cần phải được LCT xem xét, điều chỉnh. Những giao dịch dạng này có thể được xem xét điều chỉnh dưới dạng kiểm soát TTKT nếu các giao dịch này là nhằm mục đích tập trung quyền lực về tay các cổ đông lớn hoặc nhằm mục đích ngăn cản việc ra các quyết định của doanh nghiệp này.

Ở trường hợp khác, khi một giao dịch TTKT được thực hiện trong nội bộ doanh nghiệp thì giao dịch TTKT đó có thể được coi là một hoạt động tái cấu trúc của bản thân doanh nghiệp và không làm thay đổi đáng kể tình trạng cạnh tranh trên thị trường. Do đó, cần phải có quy định miễn trừ đối với các dạng giao dịch nội bộ này.

Cuối cùng, cần phải xem xét trường hợp các doanh nghiệp trong giao dịch TTKT không thực sự mua lại hoặc nắm giữ quyền kiểm soát doanh nghiệp bị mua lại mà chỉ tiến hành đối với một ngành hàng nhất định (ví dụ ngành bánh kẹo, bán lẻ, dịch vụ vận chuyển... của một doanh nghiệp bị mua lại), qua đó tập trung sức mạnh thị trường đối với ngành hàng đó. Khái niệm này cần được bổ sung trong định nghĩa về TTKT và/hoặc khái niệm sáp nhập, mua lại doanh nghiệp.

²³³ Hiện tại theo Điều 34 Nghị định 116/2005/NĐ-CP có quy định “Kiểm soát hoặc chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp khác”. Theo Khoản 3 Điều 17 của LCT 2004 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 bị kiểm soát) dù 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 bị kiểm soát đủ để doanh nghiệp kiểm soát chi phối các chính sách tài chính và hoạt động của doanh nghiệp bị kiểm soát nhằm thu được lợi ích kinh tế từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bị kiểm soát.

²³⁴ Theo luật của các nước về kiểm soát TTKT thì thuật ngữ “acquisition” được sử dụng trong tiếng Việt là “mua lại”, mặc dù theo tác giả, bản chất của khái niệm này sẽ rộng hơn khái niệm “mua lại” thông thường.

3.4.2. Về phạm vi kiểm soát tập trung kinh tế

3.4.2.1. Mở rộng phạm vi điều chỉnh của LCT 2004 (sửa đổi) để điều chỉnh các vụ việc tập trung kinh tế xuyên biên giới

Nhằm phù hợp với tình hình hiện tại, cũng như phù hợp với PLCT của đa số các nước trên thế giới, PLCT Việt Nam cần mở rộng về hình thức và hành vi giao dịch TTKT cần phải điều chỉnh. Cụ thể, cần xem xét đưa vào kiểm soát cả các giao dịch TTKT được thực hiện bên ngoài lãnh thổ Việt Nam, nhưng có tác động gây HCCT một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam. Chính vì vậy, cần có thêm các quy định tạo hành lang pháp lý để CQCT có thể xem xét, kiểm soát các giao dịch thuộc dạng này ngay từ giai đoạn đầu là điều cần thiết.

Qua nghiên cứu PLCT của một số quốc gia tiêu biểu như Hoa Kỳ²³⁵, châu Âu²³⁶, Úc²³⁷, Đức²³⁸, Hàn Quốc²³⁹, Singapore²⁴⁰... cho thấy các quốc gia này đều điều chỉnh hoạt động TTKT theo nguyên tắc tác động, tức là điều chỉnh đối với những hành vi TTKT diễn ra bên ngoài lãnh thổ quốc gia, nhưng có tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể đối với quốc gia đó. Đồng thời, việc điều chỉnh các hành vi tác động hoặc có khả năng gây tác động HCCT còn dựa trên cơ sở của nguyên tắc “quyền tài phán ngoài lãnh thổ quốc gia” (*extraterritorial jurisdiction*), cho phép CQCT có thể mở rộng quyền tài phán của mình đối với các hành vi TTKT diễn ra ngoài phạm

²³⁵ Chẳng hạn, theo Luật Sherman Act 1890, các “Thực thể” hoặc “các thực thể” được sử dụng trong Luật này sẽ bao gồm các tập đoàn, hiệp hội thuộc hoặc được ủy quyền theo pháp luật của Hoa Kỳ, pháp luật của bất kỳ vùng lãnh thổ nào, pháp luật của bất kỳ quốc gia nào hoặc pháp luật của bất kỳ đất nước nào.

²³⁶ Trong điều 85 và 86 của Hiệp ước Rome (sau này là các Điều 101, 102 Hiệp ước Liên minh châu Âu TFEU không có đề cập một cách trực tiếp đến quyền tài phán ngoài lãnh thổ. Tuy nhiên, khác với nguyên tắc quyền tài phán ngoài lãnh thổ như Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu đi theo “cách tiếp cận về thực thi” (implementation approach). Theo đó, các CQCT của châu Âu có quyền điều chỉnh các hành vi có khả năng gây HCCT tại các thị trường địa lý thuộc phạm vi tài phán của họ, bất luận là hành vi đó được thực hiện bởi các công ty có trụ sở đặt ngoài phạm vi lãnh thổ của liên minh châu Âu, hoặc có hoạt động kinh doanh tại các thị trường khác và mang quốc tịch khác. Do đó, quyền tài phán ngoài lãnh thổ luôn được thể hiện một cách tích cực trong các quyết định của Hội đồng châu Âu (European Commission) và các phán quyết của tòa án châu Âu.

²³⁷ Theo mục 50A LCT và bảo vệ người tiêu dùng Úc năm 2010 thì nếu việc mua lại quyền kiểm soát một công ty kinh doanh ở Úc có tác động hoặc có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên một thị trường ở Úc, và việc mua lại sẽ không mang lại lợi ích công cộng bù đắp cho thiệt hại về cạnh tranh thì cần phải được đệ trình lên Tòa án Cạnh tranh Úc (Toà án) để khai báo.

²³⁸ Mục 130(2) của Luật Chống hạn chế cạnh tranh của Đức (GWB) năm 1957 áp dụng đối với tất cả các hành vi HCCT có tác động trong phạm vi nước Đức.

²³⁹ Điều 2-2 Luật Kiểm soát độc quyền và Thương mại lành mạnh của Hàn Quốc năm 1980 áp dụng đối với cả các hành vi diễn ra bên ngoài lãnh thổ Hàn Quốc nếu như có tác động đến thị trường liên quan tại Hàn Quốc.

²⁴⁰ Theo Điều 33 của LCT Singapore năm 2006 thì một hành vi xảy ra ngoài lãnh thổ Singapore cũng sẽ bị cấm nếu có mục đích hoặc tác động ngăn cản, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh trong phạm vi lãnh thổ Singapore. Theo đó, Điều 33 áp dụng đối với vụ sáp nhập dự kiến sẽ được tiến hành bên ngoài lãnh thổ Singapore; bất kỳ bên nào tham gia vào sáp nhập dự tính hoặc sáp nhập đã được tiến hành cư trú bên ngoài lãnh thổ Singapore; hoặc bất kỳ vấn đề nào khác, phát sinh từ sáp nhập dự kiến hoặc sáp nhập đã tiến hành đề cập ở trên diễn ra ngoài phạm vi lãnh thổ Singapore.

vi biên giới quốc gia, nếu như chứng minh được rằng, vụ việc TTKT có tác động tiêu cực đến cạnh tranh và phúc lợi của người tiêu dùng quốc gia mình có thể bị ảnh hưởng.

Như vậy, việc mở rộng phạm vi áp dụng của LCT (sửa đổi) sẽ đem lại hai tác động tích cực sau đây đối với vấn đề kiểm soát TTKT tại Việt Nam. *Một là*, điều này sẽ tạo hành lang pháp lý để xử lý đối với các vụ việc TTKT xuyên biên giới, cho dù diễn ra ở bất kỳ nơi đâu nhưng có tác động hoặc có khả năng gây tác động tiêu cực đối với thị trường Việt Nam. Điều này có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo vệ đối với các lĩnh vực thiết yếu, then chốt hoặc phục vụ mục đích dân sinh của nền kinh tế. *Hai là*, điều này tạo khuôn khổ pháp lý để CQCT Việt Nam có thể hợp tác với CQCT của các quốc gia khác trong quá trình điều tra, xử lý các vụ việc TTKT, trên cơ sở đó, góp phần thực thi đúng đắn các cam kết về cạnh tranh của Việt Nam trong các Hiệp định thương mại song phương và đa phương.

Theo tác giả, cần thiết bổ sung về thông báo TTKT trong trường hợp vụ việc TTKT diễn ra ở nước ngoài của các công ty mẹ và các công ty con có hoạt động sản xuất kinh doanh tại thị trường Việt Nam. Cụ thể, có thể bổ sung quy định các doanh nghiệp trong trường hợp này *“Phải thông báo TTKT đối với việc sáp nhập, mua lại các công ty mẹ ở nước ngoài có hoạt động sản xuất, kinh doanh ở Việt Nam có tác động gây HCCT một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam”*. Ở đây, quy định “có hoạt động sản xuất, kinh doanh ở Việt Nam” được hiểu theo nghĩa là: công ty có hoạt động đầu tư, sản xuất, kinh doanh tại Việt Nam. Như vậy, theo quy định này, vấn đề khó khăn liên quan đến việc xác định thị phần, thị phần kết hợp trên thị trường liên quan sẽ được khắc phục, trong đó, tiêu chí “gây HCCT đáng kể trên thị trường Việt Nam” sẽ là tiêu chí quan trọng nhất.

Tác giả cũng kiến nghị mở rộng đối tượng áp dụng theo hướng mọi đối tượng là tổ chức, cá nhân trong nước và ngoài nước có liên quan tới hoạt động TTKT trên thị trường. Đây chính là việc bổ sung về phạm vi điều chỉnh của LCT (sửa đổi).

Kiến nghị: Điều 1 (Phạm vi điều chỉnh của LCT) được bổ sung như sau:

“1. Tổ chức, cá nhân kinh doanh bao gồm cả doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, doanh nghiệp hoạt động trong các ngành, lĩnh vực thuộc độc quyền nhà nước và doanh nghiệp nước ngoài;

2. Cơ quan, tổ chức, cá nhân trong nước, ngoài nước bao gồm cả các cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, hiệp hội ngành nghề hoạt động tại Việt Nam có liên quan đến hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị

trường, vị trí độc quyền, tập trung kinh tế, cạnh tranh không lành mạnh, tổ tụng cạnh tranh và xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh”.

*3.4.2.2. Quy định những trường hợp không cho phép tiến hành tập trung kinh tế
Thứ nhất, nhằm mục đích bảo đảm an ninh kinh tế*

Bên cạnh các trường hợp cấm tiến hành TTKT thông thường sẽ được CQCT quyết định căn cứ vào tác động hoặc có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam, cần bổ sung quy định về những trường hợp không cho phép tiến hành TTKT trong trường hợp TTKT đối với những ngành kinh tế chiến lược. Đây là biện pháp nhằm hạn chế việc mua lại, sáp nhập, hợp nhất... đối với những ngành hoặc doanh nghiệp quan trọng về kinh tế, hạ tầng chiến lược hoặc liên quan đến an ninh quốc gia. Đây chính là việc áp dụng ngoại lệ về an ninh quốc gia trong pháp luật đầu tư quốc tế²⁴¹. Các biện pháp có thể bao gồm việc hạn chế mới về sở hữu nước ngoài, quốc hữu hóa ngành dầu khí và các ngành nhạy cảm khác; đàm phán lại các ưu đãi với nhà đầu tư nước ngoài và lập danh sách các ngành đầu tư trực tiếp nước ngoài bị hạn chế.

Cơ sở của vấn đề này là nguy cơ các vụ TTKT sẽ thôn tóm, chiếm lĩnh những ngành, lĩnh vực, doanh nghiệp quan trọng về kinh tế, hạ tầng chiến lược hoặc liên quan đến an ninh quốc gia trong nền kinh tế. Một khi các trường hợp miễn trừ không còn tồn tại, việc áp dụng các biện pháp tương tự nhằm đạt được các mục tiêu chính trị, kinh tế, an ninh cũng vẫn phải được duy trì và chuyển sang thẩm quyền của CQCT. Về vấn đề này, Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm từ Trung Quốc trong việc thực thi các chính sách nhằm bảo vệ an ninh kinh tế quốc gia trong hoạt động đầu tư nước ngoài thông qua M&A²⁴². Việc bổ sung quy định như vậy cũng sẽ tạo cơ sở pháp lý và góp phần thể hiện vị trí và vai trò trung tâm của CQCT trong việc kiểm soát TTKT.

²⁴¹ Ngoại lệ về an ninh trong pháp luật đầu tư quốc tế xuất hiện ở Argentina đầu thế kỷ XXI trong trường hợp đối phó khủng hoảng. Mặc dù, khái niệm và nội hàm của an ninh quốc gia hiện chưa được quy định cụ thể, ngoại lệ này đang dần được đưa vào trong các hiệp định đầu tư quốc tế và có xu hướng “hiệp định hóa” (từ luật tập quán trở thành luật thành văn. Về cơ bản, phạm vi an ninh quốc gia bao gồm việc bảo vệ các ngành chiến lược và trong trường hợp khủng hoảng kinh tế. Một ví dụ cho trường hợp này là vào năm 2005 Tập đoàn khai thác dầu ngoài khơi của Trung Quốc (CNOOC) đề nghị mua Unocal - một trong 9 công ty dầu khí lớn nhất ở Hoa Kỳ. Đề xuất mua này đã gây ra quan ngại về an ninh quốc gia, cạnh tranh không công bằng và rủi ro tiết lộ công nghệ. Sau khi có can thiệp của Quốc hội Hoa Kỳ thì CNOOC rút đề xuất và Unocal cuối cùng sáp nhập với Tập đoàn Chevron của Hoa Kỳ.

²⁴² Hiện nay, pháp luật Trung Quốc bảo vệ chặt chẽ các thương vụ mua lại các doanh nghiệp có vốn nhà nước (SOE). Theo đó, các thương vụ M&A có liên quan đến SOE đều được giám sát tuyệt đối, chặt chẽ không làm lệch hướng phát triển kinh tế quốc gia. Các thương vụ M&A về doanh nghiệp nhà nước luôn giữ: an ninh quốc gia, quốc phòng, ngành công nghệ cao, ngành khai thác khoáng sản quý hiếm và nhiều ngành quan trọng khác sẽ không được bán cho bất cứ một nhà đầu tư nước ngoài nào hay một tổ chức tư nhân Trung Quốc. Các thương vụ M&A về doanh nghiệp nhà nước có công nghệ mũi nhọn như: năng lượng, vận tải, truyền thông sẽ chỉ

LCT (sửa đổi) có thể quy định theo hai trường hợp: (i) không cho phép TTKT đối với những trường hợp cụ thể và (ii) không cho phép sau khi CQCT đã phân tích và đánh giá tác động HCCT của vụ TTKT cụ thể này. Cả hai trường hợp có thể quy định thành một khoản trong điều khoản về trường hợp TTKT bị cấm hoặc Chính phủ có thể ban hành một Nghị định riêng, trong đó quy định về các trường hợp cấm hoặc hạn chế đối với TTKT trong những trường hợp đặc biệt liên quan đến an ninh quốc gia.

Thứ hai, cấm những vụ TTKT có tác động tiêu cực nhưng không có biện pháp nào để khắc phục những tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT.

Tác giả cho rằng PLCT cần có quy định về cấm TTKT gây tác động hoặc có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam mà không có biện pháp nào để khắc phục những tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đó. Điều này sẽ khắc phục hạn chế của việc áp dụng tiêu chí thị phần cứng nhắc như hiện nay. Do bản chất của kiểm soát TTKT, nên việc cấm TTKT phải dựa trên sự đánh giá của CQCT. Thay vì cấm TTKT khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT từ 50% trở lên trên thị trường liên quan, CQCT sẽ thẩm định vụ việc TTKT trên cơ sở xem xét, đánh giá cấu trúc thị trường, mức độ tập trung trên thị trường, khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường và tác động tích cực của việc TTKT đối với nền kinh tế.

Trong trường hợp này, tác giả hoàn toàn nhất trí với quy định mới tại Dự thảo LCT (sửa đổi), bản trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017 như sau:

Điều 32. Tập trung kinh tế bị cấm

Cấm tập trung kinh tế gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam mà không có biện pháp nào để khắc phục những tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đó.

3.4.3. Về ngưỡng kiểm soát tập trung kinh tế

3.4.3.1. Về tiêu chí thị phần

Thứ nhất, qua phân tích vấn đề ngưỡng kiểm soát TTKT, có thể thấy rằng cách tiếp cận sử dụng tiêu chí thị phần trên thị trường liên quan cũng gây ra nhiều khó

được bán một phần cho công ty nước ngoài nhưng phần lớn cổ phần của các SOE này vẫn phải được Chính phủ Trung Quốc nắm giữ. Mỗi thương vụ mua lại và sáp nhập liên quan tới doanh nghiệp nhà nước là một trụ cột trong một ngành công nghiệp sẽ chịu sự thẩm định kỹ lưỡng của các cơ quan nhà nước Trung Quốc có thẩm quyền. Xem Luật Chống độc quyền thông qua vào ngày 31/8/2007, có hiệu lực từ 1/8/2008, Quy định hướng dẫn bắt đầu hoạt động đầu tư nước ngoài tại Trung Quốc (Ban hành cùng với Nghị định số 346 năm 2002 của Hội đồng nhà nước), Quyết định của Bộ Thương mại năm 2006 về quy định cho những nhà đầu tư nước ngoài thực hiện hoạt động mua lại và sáp nhập đối với các công ty nội địa Trung Quốc (Provision for Foreign Investors to Merge and Acquire Domestic Enterprise).

khẩn cho doanh nghiệp trong quá trình thực hiện thủ tục thông báo TTKT như xác định thị trường liên quan, xác định thị phần của mình trên thị trường liên quan. Cụ thể như việc không thể tính toán được doanh thu, doanh số, thị trường liên quan... để từ đó đưa ra một cách chính xác thị phần, qua đó giúp cho doanh nghiệp chuẩn bị tham gia TTKT có quyết định thực thi nghĩa vụ thông báo hay không.

Thứ hai, trong việc kiểm soát TTKT, LCT 2004 chỉ quy định một tiêu chí duy nhất đó là thị phần trên thị trường liên quan. Quy định này dẫn đến những bất cập sau: (i) việc áp dụng tiêu chí duy nhất này tạo ra sự cứng nhắc, hạn chế tính tích cực, chủ động của CQCT; (ii) việc áp dụng tiêu chí thị phần đã không phản ánh đúng bản chất của hoạt động kiểm soát TTKT đó là việc đánh giá vụ TTKT cần dựa vào sự cân nhắc giữa tác động tích cực của vụ TTKT đối với cạnh tranh với tác động tiêu cực nó có thể tạo ra.

Chính vì vậy, việc thay đổi cách thức tiếp cận kiểm soát TTKT là cần thiết theo hướng trao quyền cho CQCT trong việc đánh giá TTKT và mở rộng ngưỡng kiểm soát TTKT cụ thể, rõ ràng hơn để tăng tính chủ động cho doanh nghiệp trong việc thực hiện thủ tục thông báo TTKT. Do đó, LCT (sửa đổi) chỉ quy định cấm những TTKT có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường. Quy định về việc xin hưởng miễn trừ trở nên không cần thiết khi mà CQCT đã được trao quyền đánh giá sức mạnh thị trường của các doanh nghiệp tham gia TTKT, đánh giá tác động của vụ việc TTKT và yêu cầu các bên tham gia áp dụng các biện pháp khắc phục.

Theo quan điểm của tác giả, LCT sửa đổi (i) cần phải bổ sung các tiêu chí về ngưỡng thông báo TTKT cũng như tiêu chí đánh giá sức mạnh thị trường và những tác động đối với cạnh tranh; (ii) cần phải tăng cường về cơ chế hoạt động của CQCT theo hướng tăng cường cơ chế tham vấn giữa doanh nghiệp và CQCT và (iii) tăng cường năng lực của CQCT để thực sự có quyền lực ra các quyết định về kiểm soát TTKT.

Kiến nghị: Tiêu chí “thị phần kết hợp” để xác định ngưỡng thông báo TTKT nên bỏ hoàn toàn.

3.4.3.2. Về vấn đề miễn trừ

Thứ nhất, cơ chế xem xét và áp dụng miễn trừ như hiện tại cũng cho thấy những bất cập. Việc quy định về miễn trừ, thực chất sẽ tạo ra khả năng áp dụng không thống nhất giữa quy định của pháp luật đối với các doanh nghiệp cụ thể, tạo ra khả năng có sự phân biệt đối xử. Xét về khía cạnh hội nhập quốc tế, đối chiếu với quy định của các thiết chế kinh tế quốc tế cũng như cam kết của Việt Nam thì việc duy trì một cách “minh thị” các quy định về miễn trừ có thể dẫn đến những tranh cãi và khiếu kiện về sự tương thích đối với các cam kết quốc tế về mở cửa thị trường, nguyên tắc không phân biệt đối xử...

Thứ hai, bản thân quy định về miễn trừ cũng có những sự không đồng bộ với pháp luật chuyên ngành. Chẳng hạn, theo quy định tại khoản 2, Điều 201, Luật Doanh nghiệp 2014, các trường hợp doanh nghiệp giải thể bao gồm giải thể tự nguyện và giải thể bắt buộc, trong đó điều kiện bắt buộc là đảm bảo thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác. Nhưng PLCT và pháp luật doanh nghiệp không có một định nghĩa hoặc giải thích rõ ràng hơn về khái niệm “nguy cơ bị giải thể” tại khoản 1 Điều 19 để CQCT có căn cứ để áp dụng. Tương tự đối với quy định tại khoản 2, Điều 19, LCT 2004 CQCT và các doanh nghiệp cũng gặp khó khăn trong giải trình thế nào là “tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật”²⁴³. Hệ quả của việc thiếu các tiêu chí đánh giá các trường hợp miễn trừ như trên có thể dẫn hai khả năng: (i) sự tùy nghi khi xem xét cho hưởng miễn trừ như có thể dễ dãi trong việc đánh giá, xem xét; hoặc (ii) ngăn cản giao dịch TTKT mặc dù giao dịch đó có thể mang nhiều lợi ích cho kinh tế và người tiêu dùng. Theo Điều 36, Nghị định số 116/2005/NĐ - CP thì cơ sở áp dụng miễn trừ được dẫn chiếu đến Luật Phá sản. Trong đó, khái niệm “lâm vào tình trạng phá sản” được hiểu là doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán khi không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ trong thời hạn 03 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán. (Điều 4 (1) Luật Phá sản 2014). Tuy nhiên, những khái niệm như “không có khả năng thanh toán” hoặc “các khoản nợ đến hạn” hiện chưa được làm rõ...²⁴⁴ Những “lỗ hổng pháp lý” này có thể sẽ dẫn đến khả năng tùy tiện khi xem xét, đánh giá các trường hợp miễn trừ đối với một vụ việc TTKT cụ thể theo quy định của LCT 2004²⁴⁵.

Thứ ba, việc mạnh dạn từ bỏ quy định cấm trên cơ sở thị phần kết hợp như hiện nay trong việc thông báo TTKT cũng như trao quyền hạn lớn hơn cho CQCT trong việc đánh giá tác động của giao dịch TTKT đối với cạnh tranh sẽ dẫn đến sự tất yếu về việc xóa bỏ quy định về miễn trừ trong LCT (sửa đổi). Với việc xây dựng và thống nhất về chính sách cạnh tranh, hoạt động và nội dung kiểm soát TTKT sẽ được chi phối bởi chính sách cạnh tranh. Những trường hợp miễn trừ như hiện tại sẽ được thực hiện thông qua vai trò và hoạt động của CQCT.

Kiến nghị: bỏ quy định tại Điều 19 hiện nay về miễn trừ.

²⁴³ Giả sử các bên tham gia giao dịch đều là những doanh nghiệp chuyên kinh doanh mặt hàng xuất khẩu thì thị phần kết hợp của họ sau sáp nhập có phải là một sự mở rộng xuất khẩu hay không. Xem Bộ Công thương (2017), *Báo cáo đánh giá tác động của Dự án LCT (sửa đổi)*. Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017. Truy cập tại http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1346&TabIndex=2&TaiLieuID=2806, ngày 18/10/2017.

²⁴⁴ Những vấn đề này cũng đã được Tòa án nhân dân tối cao ghi nhận tại Báo cáo Tổng kết thi hành Luật Phá sản năm 2004 trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội số 44/BC-TANDTC ngày 09/9/2013.

²⁴⁵ *Tlđđ* 236.

3.4.3.3 Bổ sung các tiêu chí nhằm xác định ngưỡng thông báo tập trung kinh tế

Về quy định cụ thể liên quan đến kiểm soát TTKT, tác giả kiến nghị 3 tiêu chí nhằm yêu cầu các doanh nghiệp tham gia TTKT phải thông báo cho CQCT là tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam, tổng tài sản và giá trị giao dịch TTKT. Trong đó bao gồm (i) tiêu chí tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam được xác định dựa vào tổng doanh thu của một trong các bên trong năm tài chính trước năm thực hiện TTKT; (ii) tiêu chí tổng tài sản dựa trên sự đánh giá về đánh giá dựa trên quy mô doanh nghiệp và (iii) tiêu chí giá trị giao dịch cần phải được xác định dựa trên con số cụ thể hoặc dựa vào một tỷ lệ nhất định. Những tiêu chí này là phù hợp với thông lệ quốc tế và giúp giải quyết được tình trạng không xác định được thị phần của phía đối tác nước ngoài trong vụ TTKT. Việc bổ sung các tiêu chí này, bên cạnh việc xem xét xóa bỏ hẳn tiêu chí thị phần trong việc xác định ngưỡng thông báo TTKT là cần thiết và có ý nghĩa quan trọng trong việc kiểm soát các giao dịch TTKT có yếu tố xuyên quốc gia.

- *Tiêu chí tổng doanh thu.*

Trên thực tế, hầu hết các hệ thống kiểm soát TTKT chỉ sử dụng tiêu chí doanh thu để xác định ngưỡng thông báo TTKT²⁴⁶. Tiêu chí về tổng doanh thu trước thuế trong năm tài chính thực hiện TTKT: việc sử dụng tiêu chí doanh thu chưa tính thuế để xác định ngưỡng thông báo TTKT có thể có các lợi ích sau: (i) doanh nghiệp có thể dễ dàng cung cấp các số liệu về doanh thu của các bên tham gia TTKT; (ii) tiêu chí này là phù hợp với thông lệ quốc tế trong kiểm soát TTKT; (iii) một lợi ích nữa khi sử dụng loại tiêu chí này là khi căn cứ vào tiêu chí giá trị doanh thu trước thuế trong năm tài chính có thể giúp cho CQCT phát hiện ra nguy cơ gây HCCT và lúc này, nếu thấy cần thiết, thì chính CQCT là chủ thể thực hiện việc yêu cầu các doanh nghiệp tham gia TTKT và các doanh nghiệp hoạt động trên cùng thị trường liên quan cung cấp thêm thông tin về thị phần của mình²⁴⁷.

Theo tác giả, việc xây dựng tiêu chí doanh thu cần dựa trên tương quan nền kinh tế, trong đó chủ yếu dựa trên tổng thu nhập bình quân (GDP). Ngoài ra, việc xem xét bổ sung tiêu chí về tổng doanh thu cần dựa trên cơ sở nghiên cứu thực tiễn của các quốc gia

²⁴⁶ Xem mục 3.3.2 Chương này.

²⁴⁷ Trong Bảng thống kê các vụ việc TTKT được thông báo/tham vấn đến Cục QLCT (như nêu trên), để lấy mức doanh thu của các doanh nghiệp tham gia TTKT từ bằng đến hơn 500 tỷ đồng. Theo đó, ở mức doanh thu 500 tỷ đồng trong năm tài chính tiến hành sáp nhập, mua lại làm tiêu chí về doanh thu trước thuế của các doanh nghiệp tham gia TTKT bị kiểm soát, nếu có ít nhất một doanh nghiệp tham gia TTKT có tổng doanh thu trong năm tài chính thực hiện sáp nhập, mua lại từ 500 tỷ đồng trở lên thì nằm trong trường hợp phải chịu sự kiểm soát như hình thức TTKT.

trong việc thiết lập tiêu chí tổng doanh thu (mục 3.3.2) và thực tiễn của Việt Nam. Tiêu chí tổng doanh thu cần phải được xác định dựa trên con số cụ thể hoặc dựa vào một tỷ lệ nhất định để tính toán. Tác giả đồng ý với cách tiếp cận của Ban soạn thảo LCT (sửa đổi) khi khuyến nghị Việt Nam lấy mức tỷ lệ trung bình là 20 thì ngưỡng doanh thu là 1.000 tỷ VNĐ (tương đương 40 triệu USD). Mức này dựa trên sự so sánh về tương quan giữa chỉ số GDP và ngưỡng thông báo của một số quốc gia trên thế giới²⁴⁸.

Tác giả cũng cho rằng, quy định về tiêu chí tổng doanh thu cũng góp phần tạo điều kiện giúp CQCT kiểm soát được những giao dịch TTKT xuyên biên giới, khi mà việc xác định thị phần trên thị trường liên quan tại Việt Nam đối với bên doanh nghiệp nước ngoài là khó khăn, hoặc thị phần của doanh nghiệp này là không nhiều, nhưng khả năng tác động của vụ TTKT đối với cạnh tranh là đáng kể.

- *Tiêu chí tổng tài sản của các bên tham gia TTKT.*

Tương tự như việc xây dựng tiêu chí doanh thu, tiêu chí tổng tài sản của các bên tham gia TTKT sẽ dựa trên tương quan nền kinh tế, trong đó chủ yếu sử dụng tiêu chí đánh giá dựa trên quy mô doanh nghiệp của Việt Nam. CQCT có thể dựa vào kết quả của bảng xếp hạng 500 doanh nghiệp hàng đầu Việt Nam được công bố hàng năm dựa trên kết quả nghiên cứu và đánh giá độc lập theo chuẩn mực quốc tế của Công ty Vietnam Report (VNR500 Club)²⁴⁹, với sự tư vấn của các chuyên gia trong và ngoài nước²⁵⁰. Hiện tại, quy mô doanh nghiệp - 500 doanh nghiệp lớn nhất Việt Nam (VNR500) của giai đoạn năm 2015 - 2016 là có từ 1 - 3 doanh nghiệp, chiếm tỷ lệ 1,70%. Do đó, tác giả cũng đồng ý với kiến nghị của Ban soạn thảo là Việt Nam nên lấy mức tổng tài sản là 500 tỷ VNĐ (là những doanh nghiệp lớn nhất thị trường Việt Nam).

- *Tiêu chí giá trị của giao dịch.*

Theo tác giả thì tiêu chí về giá trị giao dịch cần được coi là một tiêu chí rất quan trọng, bởi lẽ, sức mạnh của doanh nghiệp được hình thành sau vụ TTKT được thể hiện khá rõ thông qua tổng giá trị giao dịch bằng những con số cụ thể. Nói cách khác, nếu giá trị giao dịch lớn, thì khả năng tích tụ tư bản một cách nhanh chóng sẽ xuất hiện, và

²⁴⁸ Theo Mạng lưới cạnh tranh quốc tế ICN “Xác định ngưỡng thông báo trong kiểm soát tập trung kinh tế”, Báo cáo Hội nghị thường niên ICN tại Kyoto, Nhật Bản, tháng 4/2008. Cụ thể, theo nghiên cứu của Ban Soạn thảo LCT (sửa đổi) thì hệ số tương quan được tính bằng ngưỡng doanh thu/GDP $\times 10^5$. Hầu hết các nước đều có hệ số tương quan ngưỡng doanh thu ở mức 5-15.

²⁴⁹ Đây là một diễn đàn thường niên do Công ty cổ phần Báo cáo đánh giá Việt Nam (Vietnam Report) phối hợp cùng Báo VietnamNet và các đơn vị truyền thông khác tổ chức công bố kết quả 500 doanh nghiệp lớn nhất Việt Nam hàng năm.

²⁵⁰ Xem: Vietnam Report (2016), *Bảng xếp hạng 500 doanh nghiệp lớn nhất Việt Nam*, Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://vnr500.com.vn/Bang-xep-hang-VNR500-4652-1009.html>.

sẽ có nguy cơ xuất hiện các doanh nghiệp độc quyền có khả năng gây ra HCCT. PLCT của nhiều quốc gia có tính đến giá trị của các giao dịch trong quá khứ trong quá trình xây dựng hoặc điều chỉnh ngưỡng thông báo TTKT²⁵¹. Mặc dù có thể có sự khác biệt trong phương pháp đánh giá tác động của ngưỡng thông báo nhưng một trong những cách tiếp cận cơ bản là rà soát lại các giao dịch được tiến hành trong một vài năm trở lại và xem xét tác động của việc tăng ngưỡng thông báo TTKT đối với lượng vụ việc mà CQCT phải tiếp nhận. Phương pháp này cũng giúp xác định một ngưỡng thông báo TTKT phù hợp để không bỏ sót các vụ việc đã từng gây HCCT trong quá khứ.

Theo Báo cáo giải trình của Ban Soạn thảo LCT (sửa đổi) thì tiêu chí giá trị giao dịch được xem xét qua nghiên cứu thực trạng mua bán sáp nhập trong 3 năm (2014 - 2016). Theo đó, trung bình mỗi năm có 450 vụ TTKT và giá trị giao dịch trung bình là 10 triệu USD/vụ. Còn trong giai đoạn 2015-2016 thì có tổng cộng khoảng gần 1.200 vụ với tổng giá trị khoảng 10 tỷ USD, trong đó 30 vụ có giá trị lớn nhất được ghi nhận chiếm tổng giá trị khoảng 5,5 tỷ USD. Giá trị trung bình trên 1.000 vụ còn lại khoảng 5 triệu USD (trung bình khoảng 120 tỷ VNĐ/vụ). Ban Soạn thảo cũng cho rằng dựa trên các dữ liệu của những năm qua và xu hướng trong 5 - 10 năm tới cộng với điều kiện kinh tế của Việt Nam, đề xuất ngưỡng thông báo theo giá trị giao dịch là 500 tỷ VNĐ.²⁵²

Tóm lại, theo tác giả, nếu vụ việc sáp nhập, mua lại doanh nghiệp đạt một trong các tiêu chí như đã nêu trên thì các doanh nghiệp hoặc đại diện của tất cả các doanh nghiệp tham gia TTKT phải tiến hành làm thủ tục thông báo TTKT với Cục QLCT. Và dựa vào các tiêu chí minh bạch nêu trên, Cục QLCT cũng có thể chủ động trong việc kiểm soát các giao dịch có hoặc không có thông báo đến Cục QLCT, để có thể có những biện pháp tác động thích hợp, nhằm duy trì và đảm bảo cạnh tranh trên thị trường.

Cho đến thời điểm thực hiện luận án này, Dự thảo LCT (sửa đổi) đã hoàn tất và trong giai đoạn lấy ý kiến chuyên gia²⁵³. Trong đó, về vấn đề thông báo TTKT, Dự thảo lần thứ 4 (trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội tháng 9/2017) đã đưa ra 03 tiêu chí đó là: (i) Tổng tài sản trên thị trường Việt Nam của một trong các doanh nghiệp tham gia TTKT; (ii) Tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam của một trong các doanh nghiệp tham gia TTKT; và (iii) Giá trị giao dịch của TTKT.

²⁵¹ Xem thêm mục 3.3.2 Chương này và *tlđđ 132*, tr.117. *Tlđđ 8*.

²⁵² Bộ Công thương (2017), *Phụ lục 1, Giải trình ngưỡng thông báo TTKT. Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017*. Tài liệu truy cập http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1346&TabIndex=2, ngày 17/10/2017.

²⁵³ Xem toàn văn Dự thảo tại trang web của Cục Quản lý Cạnh tranh, Bộ Công thương: <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=3562&CateID=274>.

So với các Dự thảo trước²⁵⁴, Dự thảo tháng 9/2017 không đưa ra chi tiết về ngưỡng thông báo TTKT dựa trên 03 tiêu chí này, thay vào đó, Dự thảo quy định Chính phủ quy định chi tiết về ngưỡng thông báo TTKT quy định tại khoản 2 Điều này và thực hiện rà soát để điều chỉnh ngưỡng thông báo TTKT cho phù hợp với sự phát triển kinh tế - xã hội trong từng thời kỳ.

Theo quan điểm của tác giả, việc không quy định ngưỡng thông báo TTKT cứng trong luật là hợp lý. Bởi lẽ nếu đưa con số cụ thể vào luật dẫn đến những bất cập trong công tác thực thi luật sau này do khả năng biến động của nền kinh tế - xã hội hay quy mô của các giao dịch TTKT đến một giai đoạn nhất định sẽ không còn phù hợp, cần phải điều chỉnh “ngưỡng thông báo”, dẫn đến việc mất thời gian, lãng phí nguồn lực.

Theo tác giả thì việc Dự thảo tháng 9/2017 bỏ hẳn tiêu chí thị phần làm căn cứ thông báo TTKT là một nội dung bước ngoặt. Trong quá trình phân tích, những bất cập của việc sử dụng tiêu chí thị phần đã được làm rõ và thực tiễn của các quốc gia cũng đã cho thấy điều đó. Chính vì vậy, việc thông báo TTKT cần được quy định theo các tiêu chí mà luận án đã phân tích.

Kiến nghị: sửa đổi, bổ sung Điều 20 LCT 2004 theo hướng như sau:

Điều 20. Thông báo việc tập trung kinh tế

1. Các doanh nghiệp tập trung kinh tế thuộc một trong các trường hợp sau phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành tập trung kinh tế:

(i) Giá trị giao dịch tập trung kinh tế;

(ii) Tổng tài sản trên thị trường Việt Nam của một trong các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế;

(iii) Tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam của một trong các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế.

²⁵⁴ Ví dụ, Dự thảo lần thứ 2 LCT (sửa đổi) quy định như sau:

Điều 25. Thông báo tập trung kinh tế

1. Các doanh nghiệp tập trung kinh tế thuộc một trong các trường hợp sau phải thông báo cho Ủy ban cạnh tranh Quốc gia trước khi tiến hành tập trung kinh tế, trừ trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại hình doanh nghiệp vừa và nhỏ theo quy định của pháp luật:

a) Một trong các bên có thị phần từ 20% trở lên thị trường liên quan;

b) Giá trị giao dịch tập trung kinh tế từ 300 tỷ đồng trở lên;

c) Một trong các bên có tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam từ 500 tỷ đồng trở lên trong năm tài chính trước năm thực hiện tập trung kinh tế.

Kết luận Chương 3

Chương 3 đã nghiên cứu quy định pháp luật về hình thức, phạm vi và ngưỡng kiểm soát TTKT trong PLCT. Đây cũng chính là những nội dung mà Dự thảo LCT (sửa đổi) đã đề cập và có những cách tiếp cận và quy định mới. Do đó, chương có giá trị đóng góp cho việc hoàn thiện Dự thảo này. Về cơ bản, những thành công của chương bao gồm những nội dung đáng lưu ý sau:

Thứ nhất, cách thiết kế như hiện tại đó là việc kiểm soát dựa theo ngưỡng “thị phần kết hợp trên thị trường liên quan” vô hình chung chỉ đề cập đến TTKT theo chiều ngang, mà bỏ sót các hình thức TTKT theo chiều dọc hoặc hỗn hợp. Quy định này cần được điều chỉnh bằng một định nghĩa đầy đủ có tính chất bao trùm hơn tại điều khoản quy định về “giải thích” khái niệm “tập trung kinh tế”.

Thứ hai, đối tượng của kiểm soát TTKT theo quy định này lại giới hạn phạm vi áp dụng đối với những giao dịch TTKT diễn ra chỉ trong lãnh thổ Việt Nam, tức là giữa các doanh nghiệp hiện diện tại Việt Nam mà không tạo cơ sở pháp lý điều chỉnh các vụ TTKT có tính chất xuyên biên giới, do đó hạn chế sự kiểm soát đối với các giao dịch TTKT diễn ra tại nước ngoài nhưng có tác động đáng kể đến thị trường Việt Nam.

Thứ ba, theo LCT 2004 sử dụng kiểm soát TTKT chỉ dựa trên tiêu chí “thị phần kết hợp” chưa quy định rõ đối với việc kiểm soát các hình thức TTKT theo chiều dọc, hoặc TTKT hỗn hợp. Đây cũng là vấn đề lịch sử lập pháp, thể hiện thực tế tại thời điểm đó các hình thức TTKT theo chiều dọc chưa tồn tại hoặc quá phổ biến. Việc xác định “thị trường liên quan” là hết sức phức tạp, đòi hỏi sự chính xác về số liệu và phương pháp tính toán. Ngoài ra, quy định này còn gây khó khăn cho doanh nghiệp trong việc xác định nghĩa vụ “thông báo”, vì vậy làm giảm tính khả thi của các quy định về kiểm soát TTKT trong thực tiễn.

Thứ tư, quy định về ngưỡng thị phần 50% ngoài việc hạn chế thẩm quyền của CQCT trong việc đánh giá vụ việc TTKT, còn có thể bỏ sót các vụ việc TTKT có khả năng gây HCCT trên thị trường liên quan. Kinh nghiệm của các quốc gia cho thấy tiêu chí thị phần có thể không được sử dụng hoặc được coi là một tiêu chí duy nhất, thay vào đó là việc sử dụng những tiêu chí khác như doanh thu, tổng giá trị giao dịch...

Thứ năm, về bản chất, đánh giá tác động TTKT luôn hướng về tương lai. Do đó, chỉ dựa vào thị phần hiện tại để đánh giá tác động của TTKT trong tương lai đồng nghĩa với việc đặt thị trường trong trạng thái “tĩnh”. Điều này không thể hiện đúng bản chất và mục tiêu của hoạt động đánh giá TTKT.

Thứ sáu, ngoài CQCT, đối với những trường hợp thuộc diện phải thông báo hoặc bị cấm, một số cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành khác cũng có chức năng kiểm soát mua lại, sáp nhập trong phạm vi ngành. Hiện nay cũng chưa có một cơ chế phối hợp và trao đổi thông tin giữa các cơ quan trong việc kiểm soát TTKT dẫn đến việc nắm bắt các thông tin, dữ liệu về các vụ việc TTKT còn nhiều khó khăn và không đầy đủ.

CHƯƠNG 4

CƠ QUAN THỰC HIỆN KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ VÀ THỦ TỤC KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ

4.1. Cơ quan thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế

4.1.1 Quy định pháp luật về cơ quan thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế

Theo LCT 2004 và Nghị định số 06/2006/NĐ - CP ngày 09/01/2006 của Chính phủ về việc quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục QLCT, Nghị định số 05/2006/NĐ - CP ngày 09/01/2006 về việc thành lập và quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ cấu tổ chức của HĐCT thì nhiệm vụ thực thi PLCT nói chung và kiểm soát TTKT nói riêng được giao cho hai cơ quan. Cụ thể, đối với vấn đề kiểm soát TTKT, Cục QLCT là cơ quan trực thuộc Bộ Công thương thực hiện chức năng quản lý nhà nước về cạnh tranh, trong đó có hoạt động TTKT. Cục QLCT có chức năng tham mưu, giúp Bộ trưởng thực hiện quản lý nhà nước và tổ chức thực thi pháp luật trong lĩnh vực kiểm soát TTKT. Trong khi đó, HĐCT là cơ quan thực thi quyền lực nhà nước độc lập, có chức năng xử lý các hành vi HCCT, trong đó có xử lý các vi phạm trong vấn đề TTKT.

Theo quy định của LCT hiện hành²⁵⁵, việc kiểm soát TTKT được thực hiện chủ yếu bởi Cục QLCT, trong khi đó HĐCT sẽ xử lý các hành vi vi phạm pháp luật về TTKT. Như vậy, kết hợp cả hai vấn đề trên thì có thể thấy rằng, mô hình cơ quan kiểm soát TTKT ở Việt Nam là mô hình gồm hai cơ quan thực thi, bốn cấp xử lý²⁵⁶. Cụ thể:

Một là, Cục QLCT có trách nhiệm tiếp nhận thông báo TTKT, sau đó tiến hành việc xem xét, thẩm định hồ sơ thông báo TTKT, trên cơ sở đó có trách nhiệm trả lời thông báo TTKT bằng văn bản cho các doanh nghiệp liên quan²⁵⁷. Nội dung trả lời thông báo TTKT cần xác định vụ việc TTKT thuộc một trong hai trường hợp sau: (i) TTKT không thuộc trường hợp bị cấm; hoặc (ii) TTKT bị cấm theo quy định của pháp luật²⁵⁸.

²⁵⁵ Từ Điều 20 đến Điều 26 LCT 2004.

²⁵⁶ Cụ thể, Cục QLCT đóng vai trò trung tâm trong việc quy trình kiểm soát TTKT. HĐCT tham gia quy trình này trong trường hợp có vi phạm. Nếu có dấu hiệu vi phạm thì sau khi kết thúc điều tra, Cục QLCT chuyển báo cáo điều tra và toàn bộ hồ sơ vụ việc TTKT cho HĐCT ra quyết định xử lý. Quyết định này sau đó được xử lý lần lượt qua bốn cấp, theo quy trình tố tụng hành chính và tư pháp. Cụ thể, (1) Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh; (2) Hội đồng cạnh tranh; (3) Tòa án sơ thẩm (4) Tòa án phúc thẩm trong trường hợp bên khiếu nại, bên bị điều tra không nhất trí với quyết định giải quyết của các cơ quan này. Xem thêm: Bộ Công thương (2017), *Báo cáo đánh giá tác động của Dự án LCT (sửa đổi)*. Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017. Truy cập tại http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1346&TabIndex=2&TaiLieuID=2806, ngày 18/10/2017.

²⁵⁷ Việc trả lời phải được Cục QLCT tiến hành trong thời hạn 45 ngày, kể từ ngày nhận được đầy đủ hồ sơ thông báo TTKT.

²⁵⁸ Trường hợp việc TTKT có nhiều tình tiết phức tạp, thời hạn trả lời có thể được Thủ trưởng CQCT gia hạn, nhưng không quá 02 lần, mỗi lần không quá 30 ngày và phải thông báo bằng văn bản cho doanh nghiệp nộp hồ sơ chậm nhất là 03 ngày làm việc trước ngày hết hạn trả lời thông báo, nêu rõ lý do của việc gia hạn.

Hai là, Trong trường hợp các doanh nghiệp tiến hành TTKT vi phạm pháp luật (cụ thể như trường hợp vụ TTKT bị cấm hoặc TTKT thuộc trường hợp phải thông báo nhưng các doanh nghiệp liên quan không thực hiện thủ tục này), vụ việc sẽ được Cục QLCT điều tra và HĐCT xử lý theo quy trình tố tụng cạnh tranh và áp dụng các biện pháp chế tài xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của LCT 2004 và Nghị định 71/2014/NĐ - CP quy định chi tiết về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh²⁵⁹.

4.1.2 Những bất cập về cơ quan thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế

Trong cơ chế kiểm soát TTKT, CQCT đóng vai trò trung tâm và quyết định đối với hiệu quả của hoạt động kiểm soát TTKT. Quy định hiện tại về CQCT cho thấy các bất cập cần phải được khắc phục.

- *Hạn chế về thẩm quyền*²⁶⁰

Xuất phát từ đặc thù của hoạt động TTKT, để đảm bảo thực thi một cách có hiệu quả hoạt động kiểm soát TTKT, CQCT cần phải có thực quyền, nghĩa là được trao đầy đủ thẩm quyền và có thể thực thi trên thực tế²⁶¹.

Một là, thẩm quyền của Cục QLCT và HĐCT trong hoạt động điều tra, xử lý và giải quyết các khiếu nại liên quan đến vụ việc TTKT được quy định trong Khoản 2 Điều 49, Khoản 2 Điều 53 và hai Nghị định hướng dẫn thi hành. Các quy định hiện tại không thiết lập cơ chế để tham vấn và can thiệp vào quá trình soạn thảo, ban hành các luật, chính sách có liên quan đến cạnh tranh. Điều này có thể dẫn đến hậu quả là quy định của pháp luật chuyên ngành có khả năng tạo ra khoảng hở hoặc độ “vênh”, không thống nhất, đồng bộ giữa LCT và luật chuyên ngành.

Hai là, so với các đạo luật chuyên ngành khác của nền KTTT, ngoài Nghị định 116/2005/NĐ - CP, hiện không có nhiều quy định hướng dẫn thi hành LCT 2004, trong đó có những vấn đề cần được quy định, hướng dẫn chi tiết như việc xác định thị trường liên quan, các tiêu chí và phương thức đánh giá, phân tích các tác động HCCT đối với vụ việc TTKT. Trong khi đó, cả Cục QLCT và HĐCT đều không có chức năng này.

²⁵⁹ Nghị định 71/2014/NĐ - CP quy định các mức phạt bao gồm phạt tiền doanh nghiệp vi phạm đến 10% tổng doanh thu. Ngoài ra, doanh nghiệp vi phạm còn bị áp dụng một hoặc một số hình thức xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục hậu quả như thu hồi giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp đã cấp cho doanh nghiệp hoặc buộc chia, tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất hoặc buộc phải bán lại phần tài sản mà doanh nghiệp đã mua. Nghị định 71 cũng quy định các mức phạt cụ thể đối với hành vi sáp nhập doanh nghiệp bị cấm (Điều 23); Hành vi hợp nhất doanh nghiệp bị cấm (Điều 24); Hành vi mua lại doanh nghiệp bị cấm (Điều 25); Hành vi liên doanh giữa các doanh nghiệp bị cấm (Điều 26); Hành vi không thông báo về tập trung kinh tế (Điều 27).

²⁶⁰ Nguyễn Anh Tuấn (2017), *Một số kiến nghị liên quan đến mô hình cơ quan cạnh tranh trong Dự thảo LCT (sửa đổi)*, Tham luận trình bày tại hội thảo về Cơ cấu tổ chức CQCT do Cục QLCT, Bộ Công thương tổ chức tháng 6/2017 tại TP. Hồ Chí Minh.

²⁶¹ *Tlđđ* 8.

Ba là, tại thời điểm đánh giá, hậu quả HCCT của vụ việc TTKT chưa thực sự xảy ra. Chính vì vậy, việc không có cơ chế và công cụ để đánh giá tác động của vụ việc TTKT dẫn đến hai hệ quả: (i) việc xác định khả năng gây HCCT của vụ việc TTKT trong tương lai chỉ thuần túy dựa vào tiêu chí thị phần, điều này đồng nghĩa với việc đặt thị trường trong trạng thái “tĩnh” và không thể hiện đúng bản chất và mục tiêu của hoạt động đánh giá TTKT; (ii) dẫn đến việc CQCT trở nên “thụ động”, không thể hiện được vai trò trung tâm và khả năng của CQCT trong việc ngăn chặn, kiểm soát những vụ TTKT có thể gây tác động tới cạnh tranh thông qua việc thiếu đi khả năng “thực quyền” trong hoạt động của mình.

• *Hạn chế về tính chuyên trách*²⁶²

Các vụ TTKT thông thường khá phức tạp và việc đánh giá đúng đắn tác động của nó đối với cạnh tranh là hoạt động có tính chuyên môn sâu, đòi hỏi thời gian tập trung để theo dõi, điều tra, phân tích và đánh giá. Chính vì vậy, cơ quan cần phải chuyên trách và chuyên môn sâu. Về vấn đề này cho thấy một số hạn chế sau đây:

Một là, mô hình hai cơ quan thực thi kiểm soát TTKT dẫn đến sự phân tán nguồn lực khiến cho việc giải quyết vụ việc TTKT chưa hiệu quả, chưa phát huy khả năng phân tích, dự báo.

Hai là, cơ quan xử lý đối với vi phạm về TTKT là HĐCT, nhưng đây không phải là cơ quan thường trực²⁶³, các thành viên của HĐCT đồng thời vẫn là lãnh đạo, cán bộ chuyên trách tại các bộ, ngành khác nhau. Trong xử lý vi phạm về TTKT, các thành viên Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải ra quyết định xử lý trong thời gian khá ngắn²⁶⁴ mặc dù họ không tham gia quá trình điều tra vi phạm²⁶⁵. Điều này là sự hạn chế có ảnh hưởng đến chất lượng và hiệu quả của việc xử lý vi phạm và đặc biệt là việc áp dụng các chế tài về TTKT. Bởi lẽ, việc xử lý này đòi hỏi nhiều thời gian để nghiên cứu, đánh giá và cân nhắc áp dụng các biện pháp thích hợp. Trong điều kiện kiêm nhiệm như trên, sẽ khó có thể đáp ứng được thời hạn nêu trên, cũng khó có thể đảm bảo được chất lượng trong việc đưa ra các quyết định chính xác, hiệu quả.

Ba là, Cục QLCT hiện còn phải thực hiện “các nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật”²⁶⁶, bao gồm: (i) bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; (ii) phòng vệ thương

²⁶² *Tlđđ* 260.

²⁶³ HĐCT chỉ họp theo định kỳ; khi có vụ việc điều tra xong mới thành lập Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh.

²⁶⁴ Theo Điều 99(2) LCT 2004, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải ra quyết định mở phiên điều trần trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận báo cáo điều tra và hồ sơ vụ việc cạnh tranh.

²⁶⁵ Điều 99 LCT 2004.

²⁶⁶ khoản đ, Điều 49 LCT 2004.

mai; (iii) chống bán phá giá, chống trợ cấp²⁶⁷. Do đó, với nhân sự hạn chế²⁶⁸, Cục QLCT không thể tập trung thực hiện hoạt động kiểm soát TTKT trong khi việc điều tra, phân tích và đánh giá tác động của vụ việc TTKT mang tính kỹ thuật, đòi hỏi sự tập trung và có chuyên môn cao.

Bốn là, về vị trí, Cục QLCT đang là một cơ quan cấp Cục trực thuộc Bộ Công thương. Điều này dẫn đến bất cập là Cục QLCT khó đảm bảo được vị thế quan trọng trong việc quản lý và thực thi PLCT; dẫn đến sự lo ngại của cộng đồng doanh nghiệp cũng như cả xã hội về tính độc lập, khách quan của cơ quan này²⁶⁹ bên cạnh sự hạn chế về quyền lực nhằm đối phó hiệu quả với các hành vi TTKT xuyên biên giới.

• *Hạn chế về tính độc lập*²⁷⁰

Sự hạn chế về tính độc lập của CQCT có thể xuất hiện do khả năng xung đột giữa chính sách cạnh tranh (*competition policy*), là chính sách chung áp dụng đối với mọi ngành, lĩnh vực của nền kinh tế và chính sách ngành (*industrial policy*), chính sách đối với một lĩnh vực đặc thù của nền kinh tế²⁷¹. Điều này dẫn đến khả năng: (i) tiến hành các hoạt động vận động hành lang (*lobby*) của các ngành công nghiệp tác động đến CQCT nhằm giành lấy mục tiêu có lợi cho ngành mình thông qua việc thực thi PLCT; (ii) khả năng can thiệp của các cơ quan quản lý ngành, thông qua việc ban hành các văn bản quản lý hành chính, tác động vào những hoạt động điều tiết thị trường nhằm có lợi cho những ngành công nghiệp nào đó²⁷². Để hạn chế khả năng này, CQCT cần phải đảm bảo tính độc lập, trong khi quy định hiện hành về Cục QLCT và HĐCT lại chưa đảm bảo yếu tố này²⁷³.

²⁶⁷ Quyết định 848/QĐ - BCT về chức năng, nhiệm vụ quyền hạn của Cục QLCT.

²⁶⁸ Theo thông tin của Cục QLCT thì có khoảng hơn 30 điều tra viên, trong đó phòng điều tra hạn chế cạnh tranh chỉ có 3 điều tra viên. Thông tin công bố tại Hội thảo Góp ý Dự thảo LCT (sửa đổi) do Cục QLCT tổ chức tại TP. Hồ Chí Minh, tháng 5/2017

²⁶⁹ Do Bộ Công thương cũng là cơ quan chủ quản của nhiều doanh nghiệp, tập đoàn kinh tế lớn.

²⁷⁰ *Tlđđ* 260.

²⁷¹ Còn được gọi là chính sách ngang (*horizontal policy*). Theo tác giả Nguyễn Anh Tuấn, ví dụ, để phát triển ngành công nghiệp ô tô trong nước, cơ quan nhà nước ban hành các rào cản kỹ thuật hạn chế xe nhập khẩu, điều này dẫn đến việc ảnh hưởng đến lợi ích của người tiêu dùng là được mua xe nhập khẩu với giá rẻ. Xem *Tlđđ* 260.

²⁷² Chẳng hạn như các quyết định hành chính trong việc can thiệp giá bán lẻ một số mặt hàng thiết yếu như xăng dầu, khí đốt, hay các văn bản chỉ định doanh nghiệp tham gia mua, bán, cung ứng hàng hóa, dịch vụ cụ thể (vé máy bay, mua bảo hiểm, tiêu thụ sản phẩm của doanh nghiệp địa phương...).

²⁷³ Hiện nay, theo Điều 50 thì Cục QLCT là một đơn vị cấp Cục trong Bộ Công thương, lãnh đạo Cục QLCT do Bộ Công thương đề nghị. Theo Điều 51 thì các điều tra viên của Cục QLCT do chính Bộ trưởng Bộ Công thương bổ nhiệm. Ngoài ra, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu tổ chức và biên chế của Cục QLCT đều theo quy định của Bộ Công thương. Đối với HĐCT, theo Điều 53, 54 thì thành viên và chủ tịch HĐCT đều do Bộ trưởng Bộ Công thương đề nghị và từ trước đến nay, chủ tịch HĐCT đều là lãnh đạo chủ chốt của Bộ Công thương, các thành viên còn lại hầu hết là cán bộ kiêm nhiệm từ các Bộ, cơ quan quản lý ngành (Bộ Tài chính, Bộ Giao thông Vận tải). Xem Hội đồng Cạnh tranh: http://www.hoidongcanhtranh.gov.vn/?page=news&do=detail&category_id=2&id=41, ngày 16/9/2017.

Do đó, vấn đề đặt ra là liệu các CQCT có thể xử lý được triệt để các hành vi có HCCT, hoặc những hành vi TTKT được thực hiện giữa các doanh nghiệp nhà nước và được hậu thuẫn bởi sự ủng hộ cho các chính sách ngành, bất chấp điều này có thể mâu thuẫn với chính sách và PLCT hay không?

Các doanh nghiệp nhà nước bên cạnh các mục tiêu kinh tế, có thể được giao các nhiệm vụ quan trọng liên quan đến mục tiêu chính trị, chính sách công... do đó TTKT các doanh nghiệp này là được cân nhắc rất cẩn trọng giữa các lợi ích của việc TTKT đem lại cho thị trường và những lợi ích công khác. TTKT của các đối tượng này chủ yếu được thực hiện thông qua các quyết định hành chính hơn là sự TTKT theo đúng nghĩa. Các quyết định này có thể được đưa ra bởi các cơ quan cấp trên mà không dựa trên các tiêu chuẩn về kiểm soát TTKT trong LCT. Đồng thời, trong quá trình kiểm soát TTKT của nhóm đối tượng này còn có thể tồn tại lợi ích nhóm liên quan đến bộ chủ quản, các ngành... điều đó dẫn đến khả năng can thiệp, tác động từ các đơn vị, cơ quan này. Do vậy, vấn đề kiểm soát TTKT có thể có sự tác động và do đó đòi hỏi tính độc lập của CQCT.

Trong vụ sáp nhập giữa EVN Telecom vào Viettel cũng có thể là một ví dụ minh chứng cho thực tế khó khăn của CQCT trong việc tiếp nhận và xử lý đối với vụ việc TTKT giữa hai doanh nghiệp nhà nước²⁷⁴. Điều đáng nói rằng, bên cạnh việc đánh giá tác động của vụ TTKT, Cục QLCT còn phải dựa trên quan điểm chủ trương của Đảng và thực hiện trên cơ sở ý kiến của Chính phủ nhằm thực hiện sáp nhập một số doanh nghiệp nhà nước để hoạt động có hiệu quả hơn. Điều này cũng cho thấy, việc cho phép tiến hành TTKT trên cơ sở miễn trừ còn có thể có sự tác động, chi phối của các cơ quan nhà nước cấp trên trong việc thực hiện kiểm soát TTKT.

Ngoài ra, sự độc lập của CQCT tại Việt Nam dẫn đến một vấn đề nữa đó là khả năng áp dụng miễn trừ hoặc xem xét cho phép tiến hành TTKT nếu nó được thực hiện bằng các mệnh lệnh hành chính, hoặc theo sự chỉ đạo của Chính phủ (cơ quan hành pháp). Nghiên cứu ở mục 3.3.1 và 4.3.1 đã khẳng định rằng bên cạnh khả năng độc lập và đủ mạnh để quyết định, CQCT cần phải được tham vấn hoặc có quyền đưa ra kiến nghị trước khả năng áp dụng những biện pháp, chính sách có liên quan đến vấn đề TTKT hoặc tác động, thay đổi đối với cấu trúc thị trường do vụ TTKT tạo ra.

- *Hạn chế về sự phối hợp với cơ quan quản lý ngành*

Như đã trình bày, pháp luật liên quan đến kiểm soát TTKT không chỉ bao gồm các quy định của PLCT mà còn có sự liên hệ đến nhiều chế định pháp luật khác nhau,

²⁷⁴ Nội dung vụ việc và phân tích của Cục QLCT sẽ được trình bày ở phần sau.

trong đó chủ yếu là pháp luật về doanh nghiệp (tổ chức lại doanh nghiệp, thực hiện quyền góp vốn, mua cổ phần, chuyển nhượng vốn góp), pháp luật đầu tư, pháp luật chứng khoán...²⁷⁵. Hiện nay, liên quan đến việc thực hiện kiểm soát TTKT, đặc biệt liên quan đến các giao dịch TTKT thuộc diện phải thông báo hoặc bị cấm, một số cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành sau đây cũng có chức năng liên quan đến vấn đề kiểm soát mua lại, sáp nhập trong phạm vi ngành, cụ thể là Bộ Kế hoạch Đầu tư và Sở Kế hoạch Đầu tư các tỉnh, thành phố có chức năng thẩm định và cấp giấy phép cho các dự án đầu tư; thay đổi giấy phép đăng ký kinh doanh do nguyên nhân sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh; khuyến khích đầu tư trực tiếp nước ngoài thông qua các chương trình xúc tiến đầu tư, cải thiện môi trường đầu tư kinh doanh²⁷⁶. Trong lĩnh vực đầu tư chứng khoán thì Ủy ban Chứng khoán nhà nước có quyền chấp nhận việc sáp nhập, hợp nhất các công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ²⁷⁷. Trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng thì Ngân hàng nhà nước sẽ chấp thuận bằng văn bản đối với việc sáp nhập, hợp nhất các tổ chức tín dụng²⁷⁸. Thậm chí các cơ quan điều tiết ngành như ngành viễn thông có quy định TTKT phải thông báo cho cơ quan quản lý ngành nếu thị phần kết hợp trên 30%.

Điều này tất yếu dẫn đến nhu cầu hình thành cơ chế phối hợp giữa Cục QLCT và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực thi pháp luật chuyên ngành. Tuy nhiên, qua nghiên cứu, tác giả nhận thấy hiện cơ chế phối hợp giữa các cơ quan chức năng chưa được quy định đầy đủ, chặt chẽ để tạo ra sự đồng bộ, nhất quán trong việc thực hiện các thủ tục kiểm soát TTKT với việc thực hiện các thủ tục quản lý nhà nước trong việc đăng ký kinh doanh, thủ tục đầu tư... Đáng chú ý hơn là giữa giữa Cục QLCT với các cơ quan quản lý nhà nước trong các lĩnh vực nói trên hiện chưa được thực hiện bằng một quy chế liên kết làm việc thống nhất.

Bên cạnh đó, giữa các quy định của luật chuyên ngành vẫn chưa có các quy định dẫn chiếu đến các quy định của LCT 2004 về thẩm quyền của Cục QLCT trong việc kiểm soát TTKT.²⁷⁹ Hiện nay chưa có một cơ chế phối hợp và trao đổi thông tin giữa

²⁷⁵ Theo Điều 19 Luật Viễn thông 2009.

²⁷⁶ Nghị định 118/2015/NĐ - CP hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

²⁷⁷ Điều 69 Luật Chứng khoán 2006.

²⁷⁸ Điều 4 khoản 12 Luật Ngân hàng nhà nước 2010.

²⁷⁹ Chẳng hạn như các Điều 69, Luật Chứng khoán; Điều 19, Nghị định số 30/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 08/4/2013 về kinh doanh vận chuyển hàng không và hoạt động hàng không chung; Điều 17, Nghị định số 123/2011/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm và sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 45/2007/NĐ-CP ngày 27/3/2007 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm.

các Cục QLCT và cơ quan liên quan trong việc kiểm soát TTKT. Điều này tạo ra sự hạn chế trong việc nắm bắt các thông tin, dữ liệu đầy đủ về các vụ việc TTKT. Chính vì vậy, trên thực tế Cục QLCT chủ yếu dựa vào các nguồn thông tin: từ phía doanh nghiệp thực hiện TTKT, phương tiện thông tin truyền thông trong nước và quốc tế, sự hợp tác của một số Sở Kế hoạch Đầu tư ở Trung ương và địa phương²⁸⁰.

4.2. Thủ tục thông báo tập trung kinh tế

4.2.1. Quy định pháp luật về thủ tục thông báo tập trung kinh tế

Thủ tục thông báo TTKT theo quy định của LCT 2004 bao gồm 03 bước sau: (i) *Bước 1*: Doanh nghiệp nộp hồ sơ thông báo TTKT; (ii) *Bước 2*: CQCT thụ lý hồ sơ thông báo TTKT; và (iii) *Bước 3*: CQCT trả lời thông báo TTKT. LCT cũng xác định rõ trách nhiệm của các doanh nghiệp: Các doanh nghiệp tham gia TTKT phải làm hồ sơ thông báo TTKT theo Điều 21, LCT 2004 để nộp cho cơ quan có thẩm quyền và chịu trách nhiệm về tính trung thực của hồ sơ²⁸¹.

CQCT có quyền kiểm soát TTKT bằng việc thụ lý hồ sơ thông báo trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày tiếp nhận hồ sơ (Điều 22 LCT 2004) và trả lời thông báo (Điều 23 LCT 2004). LCT 2004 cũng quy định về thời hạn trả lời thông báo TTKT, cụ thể là 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 CQCT. Việc gia hạn không quá 02 lần, mỗi lần không quá 30 ngày.

Với cách tiếp cận như trên, có thể thấy, LCT mặc nhiên công nhận: khi thị phần kết hợp của các bên tham gia chiếm trên 50% trên thị trường liên quan thì vụ việc TTKT gây ra HCCT một cách đáng kể. Điều này đồng nghĩa với việc nếu thị phần kết hợp của các bên tham gia chiếm từ 50% trở xuống trên thị trường liên quan thì vụ việc đó không gây ra tác động HCCT. Quy định như hiện hành không ngăn ngừa được mọi hành vi TTKT gây tác động tiêu cực tới cạnh tranh trên thị trường hoặc có thể ngăn cản TTKT có lợi cho thị trường và làm hạn chế quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp mà pháp luật cho phép.

²⁸⁰ *Ttđd 200*.

²⁸¹ Hồ sơ thông báo TTKT gồm: (i) văn bản thông báo việc TTKT theo mẫu do CQCT quy định; (ii) bản sao hợp lệ giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của từng doanh nghiệp tham gia TTKT; (iii) báo cáo tài chính trong hai năm liên tiếp gần nhất của từng doanh nghiệp tham gia TTKT; có xác nhận của tổ chức kiểm toán theo quy định của pháp luật; (iv) danh sách các đơn vị phụ thuộc của từng doanh nghiệp tham gia TTKT; (v) danh sách các loại hàng hoá, dịch vụ mà từng doanh nghiệp tham gia TTKT và các đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp đó đang kinh doanh; (vi) báo cáo thị phần trong hai năm liên tiếp gần nhất của từng doanh nghiệp tham gia TTKT trên thị trường liên quan; (vii) Giấy ủy quyền hợp pháp của các doanh nghiệp tham gia TTKT cho đại diện thực hiện thủ tục thông báo TTKT.

Ngoài ra, các quy định chồng chéo về phạm vi và thẩm quyền xem xét việc cho phép TTKT có thể tạo thêm thủ tục thông báo “kép” cho doanh nghiệp. Chẳng hạn, các doanh nghiệp khi thực hiện các thủ tục liên quan để tái cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp cần phải thông báo và chờ đợi thủ tục cho phép tiến hành TTKT đối với những giao dịch hợp nhất, sáp nhập có tổng thị phần kết hợp của các doanh nghiệp liên quan từ 30% đến 50%. Về nguyên tắc, Điều 18 LCT 2004 chỉ cấm thực hiện TTKT khi thị phần kết hợp chiếm trên 50% thị trường. Một khi khẳng định thị phần kết hợp của các doanh nghiệp chỉ ở mức 50% trở xuống thì CQCT sẽ trả lời trường hợp đó không bị cấm. Tuy nhiên, hoạt động thẩm định hồ sơ TTKT của CQCT chỉ đơn thuần là xác minh thị phần của các bên mà không đánh giá tác động của vụ việc khiến cho công tác thực thi không đem lại hiệu quả, lãng phí nguồn lực.

4.2.2. Xử lý hồ sơ thông báo tập trung kinh tế

• **Nhóm 1: tập trung kinh tế bị cấm (khu vực màu đen)**

Theo Điều 18 LCT, cấm TTKT nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT chiếm trên 50% trên thị trường liên quan. Về nguyên tắc, các trường hợp này bị cấm tuyệt đối, song PLCT của Việt Nam và của các nước luôn cân nhắc đến tính hiệu quả của hành vi bằng cách dành ra những trường hợp ngoại lệ để cho hưởng miễn trừ. Theo đó, dù có thị phần kết hợp trên 50% trên thị trường liên quan việc TTKT vẫn có thể được thực hiện nếu đáp ứng được các điều kiện luật định và được người có thẩm quyền ra quyết định cho hưởng miễn trừ²⁸².

Tiêu biểu cho vấn đề này là vụ việc đề nghị hưởng miễn trừ TTKT của Công ty cổ phần chuyển mạch tài chính quốc gia Việt Nam (Banknet) và Công ty cổ phần dịch vụ thẻ Smartlink (Smartlink)²⁸³. Theo báo cáo giải trình của các bên tham gia TTKT, Banknet và Smartlink là hai doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực trung gian thanh toán ngân hàng. Khi Smartlink sẽ sáp nhập vào Banknetvn, thị phần kết hợp của các bên trên thị trường liên quan là 100%. Do đó, nếu căn cứ thuần túy vào quy định của luật thì trường hợp TTKT này bị cấm theo quy định tại Điều 18 LCT 2004. Tuy nhiên, trong vụ việc này Cục QLCT đã áp dụng các quy định về miễn trừ trong LCT, trên cơ sở đó cho phép các bên tham gia tiến hành vụ TTKT. Cục QLCT đã chấp nhận giải trình của hai doanh nghiệp rằng việc TTKT này đáp ứng điều kiện “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” theo quy định tại Khoản 2 Điều 19 LCT 2004.

²⁸² Khoản 6 Điều 3 LCT 2004 quy định: “thị phần kết hợp là tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào tập trung kinh tế”.

²⁸³ Cụ thể, vào ngày 19 tháng 8 năm 2014, Cục QLCT nhận được hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ đối với TTKT của Banknetvn và Smartlink theo quy định tại Điều 30 LCT 2004 và Điều 57 Nghị định số 116/2005/NĐ - CP quy định chi tiết thi hành một số điều của LCT.

Như vậy trong vụ việc này, việc vận dụng các quy định về miễn trừ thể hiện vai trò của Cục QLCT trong việc đánh giá các tác động của vụ TTKT, xem xét đến tiêu chí thị phần kết hợp nhưng đồng thời cũng cân nhắc đến tác động tích cực đối với cạnh tranh và hiệu quả kinh tế mà vụ TTKT đem lại. Nói cách khác, vụ việc này cho thấy CQCT cũng đã thể hiện ít nhiều quan điểm chung về chính sách cạnh tranh là hướng đến các mục tiêu hiệu quả kinh tế, bên cạnh yêu cầu bảo vệ cạnh tranh. Điều này cũng góp phần chứng minh cho luận điểm mà tác giả nêu ra rằng CQCT có thể thực hiện việc đánh giá và quyết định áp dụng việc cho phép tiến hành TTKT dựa vào việc đánh giá tác động, điều này không cần thiết phải giữ lại quy định về miễn trừ như trong LCT 2004.

• **Nhóm 2: tập trung kinh tế cần phải kiểm soát (khu vực màu xám)**

Theo Điều 20 LCT 2004, các doanh nghiệp tham gia TTKT có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp đó phải thông báo cho CQCT trước khi tiến hành TTKT. Trong các trường hợp này, các doanh nghiệp chỉ có thể thực hiện việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh sau khi đã hoàn tất thủ tục thông báo và nhận được trả lời của CQCT theo quy định của pháp luật.

• **Nhóm 3: được tự do thực hiện tập trung kinh tế (khu vực màu trắng)**

Theo LCT 2004 và Nghị định số 116/2005/NĐ - CP, các doanh nghiệp có quyền tự do thực hiện việc TTKT trong những trường hợp sau đây:

- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT có thị phần thấp hơn 30% trên thị trường liên quan;
- Doanh nghiệp sau khi TTKT vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật không kể thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT đạt mức bao nhiêu trên thị trường liên quan²⁸⁴.

Thực tiễn áp dụng pháp luật kiểm soát TTKT từ khi LCT 2004 ra đời cho thấy CQCT Việt Nam đã vận dụng tiêu chí thị phần kết hợp để kiểm soát hoạt động TTKT.

Có thể kể đến vụ việc hợp nhất doanh nghiệp tiêu biểu giữa Công ty cổ phần giấy Tân Mai và Công ty cổ phần giấy Đồng Nai vào năm 2008²⁸⁵. Sau khi nghiên cứu và phân tích thông tin về các doanh nghiệp tham gia hợp nhất, Cục QLCT đã cho

²⁸⁴ Điều 4, Luật Hỗ trợ Doanh nghiệp nhỏ và vừa 2017 quy định: Doanh nghiệp nhỏ và vừa là doanh nghiệp hoạt động trên các lĩnh vực nông nghiệp, lâm nghiệp, thủy sản; công nghiệp và xây dựng; thương mại và dịch vụ, được thành lập, tổ chức và hoạt động theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp, có vốn đăng ký không quá 100 tỷ đồng hoặc có số lao động tham gia bảo hiểm xã hội bình quân năm không quá 200 người.

²⁸⁵ Việc hợp nhất này đã hình thành nên doanh nghiệp mới là Công ty cổ phần Tập đoàn Tân Mai, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của hai công ty trước đó.

phép hai doanh nghiệp này được phép thực hiện hợp nhất²⁸⁶. Vào năm 2012 đã diễn ra vụ TTKT giữa các ngân hàng Việt Nam, theo đó, Ngân hàng TMCP Nhà Hà Nội (HBB) sáp nhập vào Ngân hàng TMCP Sài Gòn - Hà Nội (SHB). Sau khi xem xét, đánh giá vụ việc, Cục QLCT nhận thấy thị phần kết hợp trên thị trường liên quan²⁸⁷ của hai ngân hàng SHB và HBB năm 2010 và 2011 trên tổng doanh thu của 35 Ngân hàng thương mại cổ phần tại Việt Nam chiếm tỷ lệ nhỏ (khoảng từ 3% đến 4% đối với dư nợ, huy động và tài sản). Do đó, vụ sáp nhập này không thuộc trường hợp bị cấm theo quy định của LCT, hai ngân hàng được sáp nhập theo quy định của pháp luật có liên quan²⁸⁸.

4.3. Đánh giá tác động về kinh tế trong thẩm định Hồ sơ thông báo tập trung kinh tế

4.3.1. Mục tiêu đánh giá tác động về kinh tế

Việc đánh giá tác động về kinh tế của vụ việc TTKT là hoạt động được tiến hành bởi CQCT dựa trên cơ sở của một loạt các phân tích về kinh tế, căn cứ vào đánh giá từng vụ TTKT cụ thể²⁸⁹. Mục đích của hoạt động này là nhằm đánh giá khả năng gây HCCT một cách đáng kể thông qua việc tạo lập hoặc củng cố khả năng hay động lực của doanh nghiệp trong việc lạm dụng sức mạnh sau TTKT bằng các hành vi đơn phương hoặc kết hợp với các đối thủ cạnh tranh hiện hữu trên thị trường²⁹⁰. Về bản chất, đây là quá trình vận dụng những phân tích trên cơ sở sử dụng những công cụ về kinh tế và phương pháp kinh tế học pháp luật áp dụng cho LCT²⁹¹.

Nghiên cứu kinh nghiệm của các nước cũng cho thấy²⁹², đánh giá tác động của vụ TTKT đối với thị trường và sự cạnh tranh là kết quả của quá trình phân tích, kết hợp giữa tư duy pháp lý và tư duy kinh tế, trong đó các CQCT cần phải làm rõ những tác động tích cực lẫn tiêu cực của vụ TTKT thông qua những tiêu chí đánh giá cụ thể.

²⁸⁶ Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương, “Báo cáo tập trung kinh tế Việt Nam 2012”, tr.34.

²⁸⁷ Thị trường hoạt động của các ngân hàng tham gia vụ việc TTKT này là tất cả các hoạt động kinh doanh ngân hàng theo quy định của Luật Các tổ chức tín dụng do Ngân hàng nhà nước cấp phép.

²⁸⁸ Cũng trong năm 2012, Cục QLCT đã tiếp nhận hồ sơ thông báo TTKT của Công ty cổ phần Hưng Đạo Container, theo đó Công ty cổ phần cơ khí vận tải thương mại Đại Hưng được đề nghị sáp nhập vào Công ty cổ phần Hưng Đạo Container. Cục QLCT đã xem xét thị phần kết hợp của 02 doanh nghiệp tham gia vụ việc sáp nhập đối với các thị trường liên quan và nhận thấy các bên trong vụ sáp nhập này có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan không thuộc trường hợp bị cấm theo LCT 2004.

²⁸⁹ Trong đó bao gồm việc đánh giá tác động của vụ TTKT căn cứ vào hình thức của vụ TTKT đó là theo chiều ngang, chiều dọc hoặc hỗn hợp.

²⁹⁰ Bùi Nguyễn Anh Tuấn (2017), *Đánh giá tác động cạnh tranh trong vụ việc tập trung kinh tế*, Tham luận trình bày tại Hội thảo Góp ý Dự thảo LCT (sửa đổi) do Cục QLCT tổ chức tại TP. Hồ Chí Minh, tháng 5/2017.

²⁹¹ Phạm Trí Hùng (Chủ nhiệm, 2017), *Ứng dụng trường phái kinh tế học pháp luật trong nghiên cứu, giảng dạy PLCT*, Đề tài Nghiên cứu Khoa học cấp Trường, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, tháng 4/2017.

²⁹² *Tlđđ* 290.

Cụ thể, hoạt động đánh giá tác động về kinh tế nhằm đạt tới những mục tiêu sau, đây chính là những nội dung mà việc đánh giá tác động phải giải quyết được: *Một là*, đánh giá cấu trúc thị trường và mức độ tập trung trên thị trường trên cơ sở phân tích, so sánh, đối chiếu giữa hai yếu tố này ở giai đoạn trước và sau vụ TTKT; *Hai là*, khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường. Bao gồm việc phân tích liệu vụ việc TTKT liên quan có tác động trực tiếp đến cạnh tranh hay không? khả năng gia nhập thị trường của đối thủ mới và mở rộng sản xuất có bị ảnh hưởng bởi kết quả của vụ việc TTKT hay không? *Ba là*, tác động tích cực của việc TTKT đối với nền kinh tế như thế nào? Cụ thể hiệu quả kinh tế sau vụ TTKT sẽ như thế nào? Có những tác động tích cực đến cạnh tranh hay không? Tác động tích cực đến mức độ nào?

Pháp luật của các quốc gia cũng coi đánh giá tác động của vụ việc TTKT là một vấn đề quan trọng. Nhìn chung, CQCT của các quốc gia thường hướng đến việc xem xét khả năng hình thành sức mạnh thị trường của doanh nghiệp sau TTKT bằng cách dựa vào nhiều tiêu chí khác nhau mà không thuần túy là sử dụng tiêu chí thị phần.

4.3.2. Kinh nghiệm của một số quốc gia về tiêu chí đánh giá tác động của vụ tập trung kinh tế

- *Hoa Kỳ*

Đạo luật Clayton 1914 cấm các hoạt động TTKT có tác động hoặc có thể có tác động HCCT hoặc có khuynh hướng tạo ra sự độc quyền. Cơ quan chống độc quyền của Hoa Kỳ sẽ xem xét tất cả các khía cạnh cạnh tranh trong các thị trường có liên quan. Trong đó, CQCT sẽ xem xét mức độ tập trung hậu sáp nhập và những thay đổi về mức độ tập trung trên thị trường do vụ sáp nhập gây ra. Đồng thời, trong quá trình xem xét, cơ quan này có thể tính toán mức độ tập trung thị trường bằng cách phân tích thị trường trong đó tồn tại các đối thủ cạnh tranh chính trên thị trường liên quan đó. Thông thường, chỉ số HHI được sử dụng bởi CQCT của Hoa Kỳ²⁹³. Trong những năm gần đây, CQCT của Hoa Kỳ đặc biệt quan tâm đến các giao dịch kết hợp các đối thủ cạnh tranh bán các sản phẩm hoặc dịch vụ mà đặc biệt là các sản phẩm thay thế cho nhau, điều này có thể làm tăng tác động đơn phương, cũng như khả năng xảy ra tác động kết hợp.

Sau đó, các cơ quan chống độc quyền của Hoa Kỳ sẽ đánh giá tác động của vụ việc TTKT bằng việc phân tích liệu các doanh nghiệp sáp nhập dẫn đến những hiệu

²⁹³ Cụ thể, có thể phân chia thành 03 trường hợp xem xét: (i) Thị trường không mang tính tập trung: $HHI < 1500$, và nếu mức tăng $HHI < 100$ thì cơ quan cạnh tranh không cần xem xét; (ii) Thị trường tập trung ở mức độ vừa phải: $1500 < HHI < 2500$, và nếu mức tăng $HHI > 100$ thì cơ quan cạnh tranh sẽ xem xét; và (iii) Thị trường có mức độ tập trung cao: $HHI > 2500$, và nếu mức tăng HHI từ $100 - 200$ hoặc > 200 thì CQCT sẽ xem xét cẩn trọng, chú trọng đến sức mạnh thị trường doanh nghiệp hậu sáp nhập và đánh giá những quan ngại đến cạnh tranh có thể gây ra từ vụ việc.

ứng đối với cạnh tranh hay không và ở mức độ nào, cụ thể: vụ sáp nhập có khuynh hướng khuyến khích một hay nhiều doanh nghiệp tăng giá, giảm sản lượng, giảm cải tiến, đổi mới sản phẩm, hoặc làm hại đến khách hàng hay không? Trong quá trình phân tích như vậy, CQCT sẽ tìm ra và phân tích các bằng chứng trực tiếp về các tác động HCCT có thể xảy ra (hoặc các tác động cạnh tranh thực tế trong trường hợp các trường hợp giao dịch đã hoàn thành) hoặc các bằng chứng cụ thể khác nhằm trả lời câu hỏi: liệu một giao dịch được thông báo sẽ tạo ra hoặc tăng cường sức mạnh thị trường hoặc tạo điều kiện cho việc chiếm giữ sức mạnh thị trường hay không?²⁹⁴

- *Canada*

Theo LCT Canada 1985, Cục Cạnh tranh Canada sẽ xem xét liệu giao dịch TTKT (theo chiều ngang, chiều dọc, hỗn hợp) có khả năng dẫn đến việc ngăn chặn hoặc HCCT một cách đáng kể hay không trên cơ sở đánh giá các tác động đơn phương và kết hợp. Cụ thể, đối với việc đánh giá tác động đơn phương, cơ quan này sẽ xem xét khả năng tăng giá từ việc TTKT mà không cần dựa vào phản ứng từ các đối thủ cạnh tranh của các doanh nghiệp được sáp nhập. Đối với việc đánh giá tác động đơn phương, cơ quan này sẽ xem xét khả năng giảm mức độ cạnh tranh trên thị trường, bao gồm khả năng như loại bỏ đối thủ mạnh hoặc cho phép doanh nghiệp được sáp nhập phối hợp hành động với các đối thủ cạnh tranh dẫn đến việc giá cả sau sáp nhập tăng lên. Đối với các vụ TTKT theo chiều dọc, cơ quan này xem xét liệu chúng có làm tăng rào cản gia nhập thị trường, tăng chi phí của đối thủ cạnh tranh hoặc tạo điều kiện cho hành động phối hợp hay không. LCT Canada cho phép một vụ TTKT có tác động HCCT có thể được thực hiện nếu mang lại hiệu quả có thể bù đắp được.

Để thực hiện các đánh giá quan trọng như trên, LCT Canada 1985 quy định một số yếu tố đánh giá sau nhằm giúp Toà án và Ủy viên cạnh tranh có thể sử dụng để xem xét, bao gồm: tính sẵn có của các sản phẩm thay thế có thể chấp nhận được; hiệu quả của phần cạnh tranh được duy trì trên thị trường; cạnh tranh từ nước ngoài; khả năng loại bỏ một đối thủ mạnh ra khỏi thị trường; doanh nghiệp được mua lại đã phá sản hoặc sắp phá sản hay chưa; rào cản gia nhập thị trường; bản chất, mức độ thay đổi và cải tiến trên thị trường; bất kỳ các yếu tố liên quan khác (thường bao gồm sức mạnh đối kháng của người mua). Toà án cũng được yêu cầu không đưa ra quyết định chỉ dựa trên thị phần hoặc tỷ lệ tập trung.

²⁹⁴ *Tlđđ* 6.

Một điểm đáng chú ý nữa là LCT Canada có quy định “ngưỡng an toàn”, tức là những giao dịch TTKT sẽ không được coi là có tác động đơn phương và tác động kết hợp gây tổn hại cho cạnh tranh. Cụ thể, đối với những tác động đơn phương, Ủy viên nhìn chung sẽ không xem xét các vụ sáp nhập nếu thị phần sau sáp nhập của bên nhận sáp nhập thấp hơn 35%. Đối với những tác động kết hợp, Ủy viên nhìn chung sẽ không xem xét vụ việc sáp nhập nếu mức độ tập trung thị trường của bốn doanh nghiệp lớn nhất sau sáp nhập thấp hơn 65% hoặc thị phần của doanh nghiệp được sáp nhập thấp hơn 10%. Các giao dịch có mức thị phần hoặc tỷ lệ tập trung thị trường cao hơn không tự động được xem xét, đánh giá, nhưng nhìn chung sẽ bị giám sát chặt chẽ.

- *Liên bang Úc*

Mục 50 và 50A của Đạo LCT và Bảo vệ Người tiêu dùng Liên bang Úc năm 2010 điều chỉnh các hành vi TTKT theo chiều ngang, chiều dọc và hỗn hợp²⁹⁵. Việc đánh giá tác động cạnh tranh dựa trên các lý thuyết về “thiệt hại cạnh tranh” (*theory of harm*), trong đó bao gồm việc đánh giá tác động đơn phương (*unilateral effects*) và đánh giá tác động kết hợp (*coordinated effects*). Theo Mục 50, để có thể đánh giá chính xác liệu một vụ TTKT có tác động HCCT đáng kể hay không, CQCT Liên bang Úc (ACCC) xem xét đến một loạt các yếu tố khác nhau, cụ thể bao gồm: mức độ nhập khẩu thực tế và tiềm năng; rào cản gia nhập và mở rộng thị trường; mức độ tập trung thị trường; sức mạnh đối kháng; khả năng mua lại sẽ dẫn đến việc bên mua lại có khả năng tăng giá hoặc lợi nhuận đáng kể và bền vững; tính sẵn có hoặc khả năng sẵn có của các sản phẩm thay thế; đặc tính động, bao gồm tăng trưởng, đổi mới và sự khác biệt sản phẩm; khả năng mua lại sẽ loại bỏ một đối thủ mạnh và hiệu quả khỏi thị trường; và sự tích tụ theo chiều dọc...²⁹⁶

- *Trung Quốc*

Theo Luật Chống độc quyền Trung Quốc 2008, một vụ TTKT có thể không được cho phép nếu nó có tác động hoặc có khả năng gây tác động loại bỏ hoặc HCCT (Điều 28). Các khái niệm tác động đơn phương và tác động kết hợp đã được giải thích bởi các hướng dẫn về kiểm soát TTKT của Bộ Thương mại (MOFCOM). Theo Điều 27 thì khi xem xét một vụ TTKT, các yếu tố sau đây sẽ được xem xét: thị phần của các bên tham gia trên thị trường liên quan và khả năng kiểm soát thị trường; mức độ

²⁹⁵ Điều 50 và 50A LCT và Tiêu dùng Úc 2010. Tài liệu truy cập tại <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013C00004>, ngày 19/10/2017.

²⁹⁶ Điều 50(3) LCT và Người tiêu dùng Úc 2010. Tài liệu truy cập tại địa chỉ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013C00004>, ngày 19/10/2017.

tập trung trên thị trường liên quan; tác động của việc TTKT đối với việc tiếp cận thị trường và phát triển công nghệ; tác động của việc TTKT đối với người tiêu dùng và các doanh nghiệp liên quan khác; tác động của việc TTKT đối với sự phát triển của nền kinh tế quốc dân; các yếu tố khác ảnh hưởng đến cạnh tranh trên thị trường được MOFCOM xem là có liên quan. Ngoài ra, chính sách công nghiệp và các yếu tố phi cạnh tranh khác cũng có thể được xem xét trong quá trình đánh giá TTKT²⁹⁷.

- *Nhật Bản*

Việc đánh giá tác động của vụ TTKT được quy định cụ thể trong Hướng dẫn về sáp nhập của Nhật Bản (the 2007 Merger Guidelines). Trong đó đưa ra các tiêu chuẩn đánh giá khác nhau cho các loại giao dịch khác nhau dựa trên cấu trúc và tính chất của giao dịch. Bộ hướng dẫn này có các chương cụ thể về TTKT theo chiều ngang và TTKT theo chiều dọc hoặc hỗn hợp. Tương tự như các quốc gia khác, Hướng dẫn về sáp nhập của Nhật Bản cũng có sự phân biệt giữa tác động HCCT của hành vi đơn phương và hành vi kết hợp. Ủy ban Thương mại Công bằng Nhật Bản (JFTC) đánh giá giao dịch TTKT riêng theo từng vụ việc trên cơ sở xem xét liệu vụ TTKT đó có khả năng gây ra HCCT một cách đáng kể trên thị trường liên quan hay không. Để thực hiện được điều này, JFTC dựa vào việc phân tích một số các yếu tố đánh giá tác động đơn phương và tác động kết hợp của giao dịch TTKT sau đây: vị thế thị trường của các bên và tình trạng của đối thủ cạnh tranh; lượng nhập khẩu; rào cản gia nhập thị trường; áp lực cạnh tranh từ các thị trường liên quan hoặc lân cận; áp lực cạnh tranh từ người sử dụng; năng lực kinh doanh, hiệu quả và sức mạnh tài chính của các bên tham gia.

Ngoài ra, quy định về kiểm soát TTKT của Nhật Bản cũng thiết lập ngưỡng an toàn. Cụ thể, đối với giao dịch theo chiều ngang, các tiêu chí bao gồm: HHI sau TTKT không vượt quá 1.500; HHI sau TTKT trên 1.500 và không quá 2.500 và mức tăng chỉ số HHI không quá 250; hoặc HHI sau TTKT hơn 2.500 và mức tăng chỉ số HHI dưới 150. Trong khi đó, đối với các giao dịch theo chiều dọc và hỗn hợp, các tiêu chí cụ thể như sau: thị phần kết hợp không vượt quá 10% ở các thị trường có liên quan; và HHI sau TTKT không quá 2.500 và thị phần kết hợp không quá 25% trên bất kỳ thị trường liên quan nào.

- *Singapore*

Ủy ban đã đưa ra các tiêu chí để đánh giá những ảnh hưởng cạnh tranh của việc sáp nhập trong Hướng dẫn của Ủy ban Cạnh tranh Singapore (CCS) về Đánh giá căn

²⁹⁷ Xem Luật Chống độc quyền CHND Trung Hoa 2008. Truy cập tại địa chỉ http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm. Truy cập ngày 17/10/2017.

bản về sáp nhập năm 2007. Theo đó, trong trường hợp sáp nhập theo chiều ngang, Ủy ban cho rằng việc sáp nhập này có thể dẫn đến một sự suy giảm đáng kể sự cạnh tranh bởi hiệu ứng đơn phương và hiệu ứng phối hợp, hoặc là cả hai²⁹⁸. Do đó Ủy ban sẽ xem xét cấu trúc của thị trường, đặc điểm của nó và lịch sử sự phối hợp trong thị trường liên quan. Trong trường hợp sáp nhập không phải theo chiều ngang, Hướng dẫn của CCS mô tả tình huống trong vụ sáp nhập theo chiều dọc và sáp nhập hỗn hợp có thể gây ra lo ngại cho cạnh tranh. Đối với các vụ sáp nhập theo chiều dọc, Ủy ban sẽ xem xét khả năng đóng cửa thị trường (*foreclosure*), khả năng tiềm tàng dẫn đến sự cấu kết và khả năng tạo ra rào cản xâm nhập thị trường²⁹⁹.

- *Nhận xét*

Thứ nhất, cách tiếp cận kiểm soát TTKT của các quốc gia tiêu biểu trên thế giới cho thấy một điểm chung, đó là các giao dịch TTKT chỉ bị cấm khi chúng có tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể, có khả năng tạo ra hoặc củng cố vị trí thống lĩnh thị trường. Để có thể đi đến kết luận như vậy, CQCT có thẩm quyền để đánh giá tác động của vụ TTKT dựa trên việc đánh giá tác động đơn phương hoặc tác động kết hợp hoặc của cả hai tác động nêu trên. Từ đó, cơ quan này có quyền kết luận về tác động của vụ TTKT đối với cạnh tranh là như thế nào? ở mức độ nào và liệu có cơ hội để khắc phục chúng hay không. Cơ quan này sẽ quyết định xem liệu có nên chấp nhận hoặc cho phép thực hiện giao dịch TTKT hay không, hoặc nếu những tác động đó có thể khắc phục thì sẽ cho phép với những điều kiện và biện pháp khắc phục như thế nào?

Thứ hai, để đánh giá chính xác tác động đơn phương và tác động kết hợp của các giao dịch TTKT, CQCT các quốc gia nói trên thường sử dụng một loạt các tiêu chí đánh giá, đồng thời việc đánh giá dựa trên cơ sở của việc xem xét một cách tổng thể trong mối tương quan của các tiêu chí đó. Nhìn chung, các tiêu chí được sử dụng phổ biến bao gồm: vị thế thị trường của các bên và tình trạng của đối thủ cạnh tranh;

²⁹⁸ Theo phân tích của CCS, tác động đơn phương (*unilateral coordinated effects/non-coordinated effects*) có thể xảy ra khi, do kết quả của việc sáp nhập, bên được sáp nhập có thể tăng giá (hoặc giảm đầu ra hoặc giảm chất lượng) với mục tiêu tăng lợi nhuận để bù đắp sự mất mát do việc giảm đi sự cạnh tranh của các bên tham gia sáp nhập. Các công ty khác trên thị trường cũng có thể tăng giá nhằm tìm kiếm lợi nhuận do việc giảm sút áp lực cạnh tranh phát sinh từ việc sáp nhập. Ví dụ, việc giá cả của các sản phẩm của doanh nghiệp sáp nhập tăng có thể làm cho khách hàng chuyển sang sản phẩm cạnh tranh, do đó làm tăng lên nhu cầu về sản phẩm cạnh tranh. Những tác động phối hợp như vậy có thể xuất hiện khi mà vụ sáp nhập làm tăng khả năng là sau khi sáp nhập, các công ty trên cùng thị trường sẽ điều phối hành vi của họ nhằm tăng giá hoặc giảm chất lượng hoặc đầu ra.

²⁹⁹ Hướng dẫn của Ủy ban Cạnh tranh Singapore về Đánh giá căn bản về sáp nhập năm 2007 Tài liệu truy cập tại địa chỉ: https://www.ccs.gov.sg/legislation/~/_media/custom/ccs/files/legislation/legislation%20at%20a%20glance/substantiveassessmergerjul07final.ashx, ngày 21/10/2017.

mức độ tập trung trên thị trường liên quan; lượng nhập khẩu; rào cản gia nhập thị trường; áp lực cạnh tranh từ các thị trường liên quan hoặc lân cận; áp lực cạnh tranh từ người sử dụng (hay sức mạnh đối kháng của người mua); năng lực kinh doanh, hiệu quả và sức mạnh tài chính của các bên tham gia; khả năng tăng giá hoặc lợi nhuận đáng kể và bền vững; khả năng loại bỏ đối thủ cạnh tranh mạnh và hiệu quả ra khỏi thị trường; và các yếu tố khác ảnh hưởng đến cạnh tranh trên thị trường.

Thứ ba, việc đánh giá cũng nhằm xác định có cho phép thực hiện kèm điều kiện hoặc không kèm điều kiện đối với giao dịch TTKT cụ thể, dựa trên việc đánh giá khả năng gây tác động HCCT và những tác động tích cực của việc TTKT đối với nền kinh tế. Từ đó, yêu cầu các bên tham gia thực hiện những biện pháp khắc phục hậu quả.

Như vậy, LCT (sửa đổi) cần thiết có sự thay đổi trong cách thức tiếp cận kiểm soát TTKT theo hướng trao quyền cho CQCT trong việc đánh giá tác động của giao dịch TTKT. Trên cơ sở những đánh giá tác động này, cách tiếp cận mới thể hiện ở hai nội dung: (i) cấm những TTKT có tác động hoặc có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường; và (ii) cho phép tiến hành TTKT với điều kiện áp dụng các biện pháp để khắc phục tác động.

4.3.3. Các bước đánh giá tác động về kinh tế

Dựa trên nghiên cứu kinh nghiệm pháp luật của một số quốc gia tiêu biểu, việc đánh giá tác động về kinh tế thông thường sẽ trải qua ba bước³⁰⁰. Trước hết là việc xác định thị trường liên quan, bao gồm xác định về thị trường sản phẩm³⁰¹ và thị trường địa lý liên quan³⁰². Bước tiếp theo là xác định về cấu trúc thị trường và mức độ tập trung bằng cách dựa vào các tiêu chí như xác định thị phần của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan (đây là cách xác định thuần túy dựa vào yếu tố thị phần), căn cứ theo giá trị hoặc khối lượng giao dịch hoặc sử dụng các chỉ số HHI³⁰³

³⁰⁰ *Tlđđ* 290.

³⁰¹ Trong đó bao gồm các xem xét về yếu tố liên quan về phía cung và cầu, bao gồm các yếu tố như đặc điểm sản phẩm, khả năng thay thế, chất lượng, khách hàng mục tiêu, sự thuận tiện, sự ưa thích của người tiêu dùng, khả năng chuyển đổi, nguồn thông tin: khảo sát người tiêu dùng và đối thủ cạnh tranh, chi phí thay thế/chuyên đổi, xu hướng giá, độ co giãn về giá, khả năng điều chỉnh sản xuất của nhà cung cấp sản phẩm thay thế khi có sự thay đổi về giá cả, nhu cầu hoặc các điều kiện thị trường khác.

³⁰² Thị trường địa lý liên quan tùy theo trường hợp cụ thể mà có thể là thị trường tại địa phương, khu vực, có thể mở rộng đến phạm vi quốc gia, châu lục hoặc trên thế giới.

³⁰³ Còn gọi là chỉ số Herfindahl - Hirschmann Index. Chỉ số HHI có 2 cách tính:

$$HHI = \sum_{i=1}^n S_i^2 \quad (1)$$

Trong đó N là tổng số doanh nghiệp và s_i là thị phần của doanh nghiệp thứ i trong ngành.

và CR³⁰⁴. Bước thứ ba là bước quan trọng nhất đó là việc đánh giá tác động cạnh tranh của vụ việc TTKT.

4.3.3.1. Xác định thị trường liên quan và mức độ tập trung thị trường

Thứ nhất, đối với vấn đề xác định thị trường liên quan. Mục đích của việc xác định thị trường liên quan là nhằm xác định một khuôn khổ thị trường mà ở trong đó, doanh nghiệp bị xem xét chịu tác động trực tiếp từ hành vi cạnh tranh của các đối thủ khác trên thị trường. Điều quan trọng là CQCT cần phải xác định được chính xác mức độ tập trung của thị trường. Trong việc xác định thị trường liên quan, CQCT của các nước thường áp dụng phép thử nhà độc quyền giả định hay còn gọi là phép thử SSNIP³⁰⁵. Phép thử này nhằm kiểm tra xem một nhà độc quyền giả định có thể tăng giá bán sản phẩm trong một khoảng thời gian liên tục nhất định mà vẫn thu được lợi nhuận hay không?³⁰⁶

Như vậy, việc xác định này tuy không trực tiếp phản ánh mức độ và tương quan cạnh tranh trên thị trường nhưng có thể giúp CQCT đưa ra đánh giá sơ bộ liệu một vụ TTKT như vậy có làm nảy sinh các quan ngại về cạnh tranh hay không? Các chỉ số cơ bản để đánh giá mức độ tập trung của thị trường bao gồm: thị phần, mức độ tích tụ thị trường (chỉ số CR) và chỉ số Herfindahl - Hirschmann Index (HHI).

Chỉ số HHI (hoặc Chỉ số Herfindahl³⁰³) được sử dụng để đo lường quy mô của doanh nghiệp trong mỗi tương quan với ngành và là một chỉ báo về mức độ cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trong ngành và thường được tính bằng tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp và có giá trị từ 0 đến 10.000.

Khi tất cả các doanh nghiệp trong ngành đều có thị phần bằng nhau thì $HHI = 1/N * 10.000$.

Chỉ số HHI có thể xác định bằng cách khác:

$$HHI = \frac{1}{n} + nV \quad (2)$$

Trong đó: n là số doanh nghiệp và V là phương sai thống kê của thị phần các doanh nghiệp, được xác định bằng công thức:

$$V = \frac{\sum_{i=1}^n (S_i - \frac{1}{n})^2}{n}$$

Nếu tất cả các doanh nghiệp có thị phần bằng nhau có nghĩa là nếu cấu trúc thị trường là hoàn toàn cân xứng, tức $s_i = 1/n$ đối với mọi i) thì $V = 0$ và $H = 1/n$. Nếu số lượng doanh nghiệp là không đổi, thì phương sai lớn hơn do mức độ bất đối xứng về thị phần giữa các doanh nghiệp sẽ tạo ra giá trị chỉ số cao hơn. Xem: *Tlđđ 291*.

³⁰⁴ Viết tắt của Concentration Ratio (tỷ lệ tập trung thị trường). Cách thức xác định các chỉ số này như sau:

$$CR_i = \sum_{i=1}^n S_i$$

Trong đó s_i là thị phần của doanh nghiệp lớn thứ i trong ngành; n = 3 hoặc 5 tùy trường hợp cần xác định CR3 hay CR5.

Ví dụ, CR3 = 70% hàm ý rằng 3 doanh nghiệp lớn nhất trên thị trường đã chiếm tới 70% thị phần. Xem: *Tlđđ 298*.

³⁰⁵ Tiếng Anh: Small but Significant and Non-transitory Increase in Price (mức tăng giá tối thiểu đủ để khách hàng chuyển sang sử dụng sản phẩm thay thế khác).

³⁰⁶ Cục Quản lý Cạnh tranh, Bộ Công thương (2011), *Phân tích kinh tế về tác động cạnh tranh của vụ việc tập trung kinh tế (M&A)*. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://qlct.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1288&CateID=1>, ngày 26/07/2016. Xem thêm Mục 2.2.3.3 Chương 2.

Thứ hai, đối với vấn đề xác định mức độ tập trung thị trường. Dựa vào việc phân tích các mức độ tập trung, CQCT có thể phân loại thị trường thành các dạng như sau: (i) *cạnh tranh hoàn hảo*, là khi thị trường có tỷ lệ tập trung rất nhỏ; (ii) *cạnh tranh một cách tương đối*, khi tỷ lệ CR3 < 65%, là thị trường có mức độ tập trung trung bình; và (iii) *độc quyền nhóm (Oligopoly) hoặc có vị trí thống lĩnh thị trường*, CR3 > 65%³⁰⁷, là khi thị trường có mức độ tập trung cao; mức độ tập trung thị trường cao nhất là (iv) *độc quyền*, ở đó tỷ lệ là CR1 xấp xỉ 100%. Còn nếu căn cứ vào chỉ số HHI thì mức độ tập trung thị trường sẽ được phân loại như sau: (i) nếu HHI < 1.000: *Thị trường không mang tính tập trung*; (ii) nếu tỷ lệ này là $1.000 \leq HHI \leq 1.800$: *Thị trường tập trung ở mức độ vừa phải*; và (iii) nếu tỷ lệ HHI > 1.800: *Thị trường tập trung ở mức độ cao*³⁰⁸. Pháp luật về cạnh tranh của nhiều nước quy định mức độ TTKT và chỉ số HHI là cơ sở ban đầu cho việc rà soát vụ việc TTKT³⁰⁹.

4.3.3.2. Xác định tác động đối với cạnh tranh

Như đã phân tích, TTKT có thể được thực hiện dưới 3 hình thức: TTKT theo chiều ngang, chiều dọc và hỗn hợp³¹⁰. Chính vì vậy, việc đánh giá tác động cạnh tranh của vụ TTKT sẽ được thực hiện căn cứ vào mỗi hình thức TTKT cụ thể đó.

Mục tiêu của việc phân tích tác động cạnh tranh trong rà soát các vụ việc TTKT theo chiều ngang là nhằm đánh giá khả năng gây HCCT một cách đáng kể thông qua việc tạo lập hoặc củng cố khả năng hay động lực của doanh nghiệp trong việc lạm dụng sức mạnh sau TTKT bằng các hành vi đơn phương hoặc phối hợp với các đối thủ cạnh tranh hiện hữu trên thị trường³¹¹. Do đó, khi đánh giá tác động cạnh tranh, CQCT thường cân nhắc xem sau vụ việc TTKT có khả năng dẫn đến các hành vi lạm dụng đơn phương hoặc phối hợp hay không. Hai cách đánh giá này được coi là hai khung đánh giá cạnh tranh để xem xét một vụ việc TTKT. Kinh nghiệm thực tiễn PLCT của các quốc gia cho thấy, việc đánh giá tác động cạnh tranh, dù trong khuôn khổ hành vi

³⁰⁷ Theo Điều 11 LCT 2004, nhóm 3 doanh nghiệp (CR3) có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường.

³⁰⁸ *Tlđđ* 291.

³⁰⁹ Chẳng hạn, Hoa Kỳ, Ireland quy định rà soát các vụ sáp nhập trong các ngành có HHI từ 1000 trở lên; Mexico rà soát có vụ sáp nhập trong ngành có HHI từ 2000 trở lên và vụ sáp nhập dẫn đến mức tăng HHI trên 75 điểm. Tuy nhiên, không thể chỉ dựa vào chỉ số HHI khi điều tra về tác động HCCT của một vụ TTKT. Để ngăn chặn một vụ sáp nhập, cần có bằng chứng của việc suy giảm cạnh tranh một cách đáng kể có thể diễn ra và theo đó, phúc lợi xã hội có thể bị giảm bằng nhiều yếu tố khác. Cũng lưu ý rằng chỉ số CR, HHI trong báo cáo này không được coi là thị phần của doanh nghiệp trên thị trường liên quan trong các điều tra, xử lý vụ việc HCCT, vụ việc TTKT mà chỉ được coi là chỉ số tham khảo trong việc nhìn nhận cấu trúc thị trường trong mỗi ngành kinh tế.

³¹⁰ Xem Mục 2.1.2 Chương 2.

³¹¹ *Tlđđ* 306.

đơn phương hay phối hợp, cần được dựa trên các phân tích đầy đủ, toàn diện về khía cạnh kinh tế và căn cứ vào hoàn cảnh, điều kiện thực tế của từng vụ việc³¹².

Đối với vụ việc TTKT theo chiều dọc, đây là việc đánh giá tác động phản cạnh tranh đơn phương, trong đó tập trung vào việc xem xét khả năng và động cơ của doanh nghiệp sáp nhập trong việc phong tỏa cạnh tranh trên thị trường và khả năng phối hợp gia tăng³¹³.

Đối với vụ việc TTKT theo dạng hỗn hợp thì việc đánh giá liệu vụ TTKT như vậy có gây ra tổn thất về cạnh tranh trực tiếp giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan hay không? Có khả năng có hiệu quả khi các sản phẩm của các bên tham gia là bổ sung cho nhau và không gây tổn hại cho người tiêu dùng. Tuy nhiên, trong một số ít trường hợp, TTKT dạng này có thể gây quan ngại về ngăn cản tiếp cận thị trường hoặc có thể xúc tác cho cấu kết. Đối với loại TTKT này, việc xem xét tác động đơn phương nhằm trả lời câu hỏi: Nếu vụ sáp nhập đem lại vị thế mạnh hơn trên từng thị trường đơn lẻ, doanh nghiệp mới có thể tăng cường vị thế bằng việc bán gộp hoặc bán kèm hay không? Việc xem xét tác động kết hợp nhằm xác định liệu vụ TTKT có tạo thuận lợi cho hành vi phối hợp, đặc biệt là nếu các đối thủ của doanh nghiệp được sáp nhập trên một thị trường cũng là đối thủ cạnh tranh trên ít nhất một thị trường khác và tại đó tồn tại các yếu tố khác tạo thuận lợi cho cấu kết hay không?

• *Tác động đơn phương*

Khi phân tích tác động đơn phương của vụ việc TTKT, các CQCT tập trung đánh giá để xác định liệu doanh nghiệp hình thành sau TTKT có khả năng gây HCCT một cách đáng kể trên thị trường liên quan thông qua việc tạo lập, củng cố vị thế trên thị trường và gia tăng khả năng và động lực của doanh nghiệp đó trong việc lạm dụng sức mạnh thị trường một cách độc lập hay không?³¹⁴ Như vậy, để đánh giá tác động đơn phương của vụ việc TTKT, những tiêu chí sau đây cần được xem xét³¹⁵:

Một là, vị thế của các bên tham gia TTKT - thị phần. Vấn đề này được thực hiện bằng cách xác định về mặt thị phần vị trí của các doanh nghiệp tham gia TTKT (các đối thủ cạnh tranh) trước khi thực hiện TTKT, số lượng các doanh nghiệp trên thị trường, tính tương đồng giữa các sản phẩm liên quan và cơ cấu chi phí, mức độ cạnh tranh giữa các bên tham gia TTKT, dư thừa năng lực cung ứng.

³¹² *Tlđđ* 290.

³¹³ *Tlđđ* 290.

³¹⁴ *Tlđđ* 291.

³¹⁵ *Tlđđ* 306.

Hai là, xác định áp lực cạnh tranh từ các doanh nghiệp không tham gia TTKT so với các doanh nghiệp tham gia TTKT như thế nào? Trong đó xác định các yếu tố về thị phần, khác biệt về thị phần giữa doanh nghiệp hình thành sau TTKT với các đối thủ cạnh tranh, dư thừa năng lực cung ứng, mức độ khác biệt hóa sản phẩm.

Ba là, áp lực cạnh tranh trực tiếp (hiện tại) hoặc tiềm năng (trong tương lai), khả năng gia nhập thị trường của đối thủ mới, sự hiện diện của thị trường sản phẩm và thị trường địa lý thay thế gần cho thị trường liên quan đang xem xét, tính cạnh tranh trong các thị trường liên hệ theo chiều dọc đối với thị trường đang xem xét.

Bốn là, hiệu quả kinh tế và khả năng tồn tại của các bên tham gia TTKT³¹⁶.

• *Tác động phối hợp*

Khi phân tích tác động kết hợp của vụ việc TTKT, các CQCT cần phải đánh giá xem sau vụ việc TTKT đó có làm gia tăng khả năng các doanh nghiệp trên thị trường sẽ liên kết với nhau trong tương lai, hoặc tăng cường sự liên kết hiện tại, từ đó xem xét liệu những khả năng này có thể gây ra HCCT một cách đáng kể trên thị trường liên quan. Ngoài ra, CQCT cũng đánh giá các hạn chế hiện tại về năng lực cạnh tranh và các yếu tố khác có tác động kìm hãm hoặc ngăn cản sự liên kết giữa các doanh nghiệp trên thị trường sau khi vụ việc TTKT được thực hiện.

• *Đánh giá tác động HCCT trực tiếp*

Cơ sở của việc đánh giá như vậy là lập luận rằng, nếu thị trường có mức độ cạnh tranh trực tiếp từ các đối thủ cạnh tranh không đủ lớn khiến doanh nghiệp sau TTKT có thể lạm dụng sức mạnh thị trường của mình. Ngược lại, nếu thị trường có mức độ tập trung càng cao thì áp lực cạnh tranh trực tiếp đối với doanh nghiệp hình thành sau TTKT càng thấp và vì thế doanh nghiệp hình thành sau TTKT sẽ ít có cơ hội hơn để lạm dụng sức mạnh thị trường của mình.

• *Đánh giá khả năng gia nhập thị trường của đối thủ mới và mở rộng sản xuất*

Vấn đề đặt ra và cần phải được xem xét là khả năng gia nhập thị trường của đối thủ mới và mở rộng sản xuất có bị ảnh hưởng hay không³¹⁷. Bởi lẽ, vụ TTKT không phải lúc nào cũng sẽ dẫn đến khả năng không cho phép các đối thủ mới tham gia thị trường³¹⁸. Trong quá trình phân tích, CQCT cần phải xác định liệu hiệu ứng của vụ

³¹⁶ Trịnh Anh Tuấn (2015), Kiểm soát hoạt động tập trung kinh tế ở Việt Nam: Những bất cập và giải pháp, *Tạp chí Công thương*. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://tapchicongthuong.vn/kiem-soat-hoat-dong-tap-trung-kinh-te-o-viet-nam-nhung-bat-cap-va-giai-phap-2015032611456362p40c14.htm>, ngày 21/03/2017.

³¹⁷ *Tlđđ* 306.

³¹⁸ Theo nghiên cứu của tác giả Phạm Trí Hùng thì các doanh nghiệp mới có thể gia nhập thị trường nếu: (i) sự thay đổi về giá tạo ra động lực hay khuyến khích doanh nghiệp mới gia nhập; và (ii) các rào cản gia nhập không

TTKT có thể tạo ra rào cản cho việc gia nhập của đối thủ cạnh tranh hay không? Vấn đề này là cần thiết bởi lẽ về nguyên tắc, vụ TTKT sẽ dẫn đến kết quả là thay đổi cấu trúc, tương quan giữa các doanh nghiệp trên thị trường, đồng thời tăng cường sức mạnh cạnh tranh của doanh nghiệp hình thành sau TTKT, điều này tất yếu dẫn đến khả năng gia nhập thị trường của các đối thủ mới sẽ bị hạn chế, cũng như khả năng mở rộng sản xuất. Ngoài ra, nếu các đối thủ cạnh tranh mới vẫn có thể tham gia thị trường thì vụ TTKT sẽ được coi là không gây ra tác động HCCT, cho dù vụ TTKT có thể dẫn đến sự gia tăng đáng kể trong mức độ tập trung thị trường³¹⁹. Tuy nhiên, việc gia nhập thị trường của đối thủ mới phải (i) khả thi, (ii) kịp thời và (iii) ở quy mô, phạm vi đủ lớn, trên cơ sở đó mới có thể xem xét đến việc liệu các đối thủ này có thể bị ảnh hưởng bởi tác động HCCT của vụ việc TTKT.

• *Đánh giá khả năng doanh nghiệp thất bại (phá sản)*

Khi phân tích cấu trúc thị trường đòi hỏi phải so sánh tình trạng cạnh tranh trên thị trường khi có hành vi TTKT và khi không có hành vi TTKT. Nếu một doanh nghiệp trong số các doanh nghiệp tiến hành sáp nhập thực sự rơi vào tình trạng phá sản, cần phải so sánh cấu trúc của thị trường trong trường hợp cho phép thực hiện vụ việc TTKT với trường hợp để doanh nghiệp đó phá sản hoặc trường hợp để cho doanh nghiệp khác không phải là một bên của vụ việc TTKT mua lại doanh nghiệp bị phá sản đó. Ngoài ra, đây là điều kiện cần thiết để đánh giá tác động của hành vi TTKT có ý nghĩa tích cực như một biện pháp giải phóng cho những doanh nghiệp không có khả năng tồn tại trên thị trường. Trên thực tế, các vụ việc TTKT hiếm khi đáp ứng được các tiêu chí được sử dụng để phân tích trong trường hợp một bên tham gia TTKT lâm vào tình trạng phá sản.

• *Hiệu quả kinh tế*

Một vụ TTKT có thể không tạo ra hiệu ứng phản cạnh tranh nếu như vụ TTKT đó được chứng minh là đem lại hiệu quả kinh tế. Tính hiệu quả có thể được thể hiện ở việc những tác động tích cực đến cạnh tranh trên thị trường cũng như cạnh tranh không bị suy giảm được chứng minh, cho dù số lượng đối thủ cạnh tranh bị giảm đi

cao. Bên cạnh các rào cản cấu trúc (ví dụ như lợi thế kinh tế nhờ quy mô của các doanh nghiệp hiện hữu, hoặc việc sở hữu các tài sản hay công nghệ then chốt), còn có các rào cản gia nhập dạng hành vi, ví dụ như các doanh nghiệp hiện tại sẽ đối phó với doanh nghiệp mới gia nhập mới bằng cách đưa ra mức giá rất thấp hoặc bằng việc đầu tư mở rộng sản xuất đến mức dư thừa để ngăn cản việc gia nhập. Xem *Tlđđ 291*.

³¹⁹ Cũng theo tác giả Phạm Trí Hùng thì Về lý thuyết, nếu việc gia nhập thị trường là dễ dàng thì lợi nhuận độc quyền của thị trường sau vụ TTKT (thu được từ việc hạn chế sản lượng và nâng giá) sẽ thu hút các doanh nghiệp mới tham gia thị trường và tạo sức ép giảm giá xuống mức giá trước khi thực hiện TTKT. Trong trường hợp ngược lại, nếu việc gia nhập thị trường là khó khăn, nói cách khác, nếu tồn tại rào cản gia nhập thị trường thì khả năng gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh mới sẽ bị hạn chế và doanh nghiệp hình thành sau TTKT có lạm dụng sức mạnh thị trường của mình trong một khoảng thời gian đủ dài. Xem *Tlđđ 291*.

sau vụ việc TTKT³²⁰. Các lợi ích kinh tế, bao gồm lợi ích của người tiêu dùng hoặc tổng phúc lợi xã hội có tăng lên hay không, được sử dụng như một căn cứ so sánh với tác động phản cạnh tranh của vụ TTKT.

Mục tiêu của LCT thường bao gồm hai yếu tố đi liền với nhau và có sự tác động qua lại lẫn nhau: tối đa hóa hiệu quả kinh tế và thúc đẩy phúc lợi cho người tiêu dùng, đây thường được coi là “hai mục tiêu cơ bản” của LCT. Để đạt đến mục tiêu thứ nhất, các Chính phủ sẽ áp dụng những biện pháp, công cụ chính sách kinh tế nhằm can thiệp hoặc tác động nhằm tạo điều kiện cho các doanh nghiệp tối ưu hóa lợi thế kinh tế và đạt đến lợi thế quy mô và phạm vi kinh tế. Để đạt được mục tiêu thứ hai, các Chính phủ sử dụng LCT để điều chỉnh các hành vi làm phương hại đến cấu trúc thị trường và hành vi của các doanh nghiệp làm HCCT. Bên cạnh đó, các Chính phủ cần phải giảm thiểu các biện pháp có thể tạo ra những cản trở cho cạnh tranh và thương mại.

Sự thiếu vắng một điều khoản xác định mục tiêu cụ thể của PLCT trong LCT 2004³²¹ hoặc mục tiêu của PLCT Việt Nam chưa được xác định đầy đủ, rõ ràng trong các quy định về kiểm soát hành vi HCCT nói chung và kiểm soát TTKT nói riêng dẫn đến những bất cập liên quan đến việc kiểm soát TTKT tại Việt Nam. Qua thực tiễn thi hành LCT từ năm 2004 đến nay có thể thấy rằng LCT 2004 chưa đạt được mục tiêu và hiệu quả kiểm soát TTKT theo hướng (i) ngăn chặn và loại bỏ TTKT có tác động tiêu cực tới môi trường cạnh tranh, (ii) tạo điều kiện cho những hoạt động TTKT đem lại lợi ích cho nền kinh tế, cho phép những giao dịch TTKT có tác động tốt cho thị trường do vương “ngưỡng” cấm theo quy định của luật hiện hành.

Việc đánh giá lợi ích kinh tế cũng có sự liên hệ tới việc đánh giá và đưa các biện pháp khắc phục hậu quả. Hiệu quả kinh tế, do đó là một yếu tố cần được xem xét trong quá trình đánh giá tác động của vụ TTKT và là cơ sở để CQCT cân nhắc khi ra quyết định về vụ TTKT. Chính vì vậy, bên cạnh đánh giá tác động về khía cạnh lợi ích kinh tế, CQCT cần lưu ý đến vấn đề nếu vụ việc TTKT có khả năng tạo ra hiệu ứng phản cạnh tranh, tuy nhiên nếu nó được khắc phục kịp thời bởi các biện pháp khắc phục hậu quả tương xứng và kết quả là đem lại các lợi ích kinh tế thì vụ việc TTKT vẫn có thể được xem xét chấp nhận. Theo các nghiên cứu về vấn đề này thì khi đánh giá tính hiệu

³²⁰ Ví dụ, vụ việc TTKT giúp hạ thấp chi phí cận biên của doanh nghiệp sau TTKT hoặc nâng cao khả năng cải tiến công nghệ của doanh nghiệp, điều này trở nên có lợi cho doanh nghiệp nói chung và nền kinh tế nói riêng.

³²¹ LCT 2004 không có một điều khoản cụ thể nêu rõ mục tiêu của LCT. Do đó, mục tiêu của LCT có thể suy ra từ Điều 4(2) “2. Việc cạnh tranh phải được thực hiện theo nguyên tắc trung thực, không xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, của người tiêu dùng và phải tuân theo các quy định của Luật này”.

quả của vụ việc TTKT cần phải lưu ý đến những vấn đề sau: (i) làm thế nào để so sánh giữa lợi ích kinh tế với tác động từ việc gia tăng sức mạnh thị trường của doanh nghiệp sau TTKT; (ii) lợi ích kinh tế sẽ được chuyển tới người tiêu dùng hay không?; (iii) lợi ích kinh tế thu được có cần xuất hiện ngay tại thị trường đang xem xét hay không? (iv) những tiêu chí nào cần được áp dụng để so sánh lợi, hại giữa các tiêu chí về lợi ích đối với người tiêu dùng, hoặc giữa các nhóm tiêu dùng khác nhau, giữa các thị trường khác nhau hoặc giữa tác động ngắn hạn và tác động dài hạn?³²²

• *Khung thời gian*

Việc lựa chọn khung thời gian để đánh giá một vụ việc TTKT cũng rất cần thiết và việc đánh giá này phụ thuộc vào đặc điểm cạnh tranh của thị trường nơi diễn ra vụ việc đó³²³. Khung thời gian để đánh giá này cũng phụ thuộc vào tầm quan trọng tương đối giữa tác động cạnh tranh ngắn hạn và tác động cạnh tranh dài hạn của vụ việc đó³²⁴. Như vậy, CQCT cần so sánh và xem xét giữa tác động cạnh tranh ngắn hạn và tác động cạnh tranh dài hạn đối với thị trường như thế nào?³²⁵

• *Đánh giá về khía cạnh lợi ích công*

Việc đánh giá tác động của vụ TTKT cũng cần phải căn cứ vào khả năng tác động của vụ TTKT xét về khía cạnh lợi ích công, chẳng hạn như lợi ích từ việc ưu tiên hoặc bảo vệ các ngành công nghiệp cụ thể có tác động đến toàn xã hội như viễn thông, giao thông vận tải, điện lực... Cụ thể, CQCT cần xét đến cả các vấn đề lợi ích công trong việc đánh giá tác động của vụ TTKT, mặc dù có thể những lợi ích này không liên quan tới cạnh tranh. Mục đích là nhằm xác định liệu các vấn đề này có liên quan như thế nào tới phân tích cạnh tranh và ngược lại, vụ TTKT sẽ có tác động tích cực hay tiêu cực đến các lợi ích công cần được bảo vệ? Việc đánh giá các vấn đề liên quan tới lợi ích công đòi hỏi sự minh bạch và dễ đoán định³²⁶. Để làm được điều này CQCT cần có sự độc lập, khách quan và sự cẩn trọng cần thiết trong quá trình ra quyết định, đồng thời tránh sự vận động hành lang và tìm kiếm đặc lợi độc quyền từ phía các nhóm lợi ích³²⁷.

³²² *Tlđđ* 291. *Tlđđ* 290.

³²³ Chẳng hạn, trên các thị trường có đặc trưng cạnh tranh về công nghệ hay trên các thị trường nhượng quyền thương mại có thời hạn cố định thì khung thời gian được xác định trong khoảng thời gian ngắn hạn.

³²⁴ Ví dụ, một vụ việc TTKT có tác động thúc đẩy cạnh tranh (dẫn đến việc giảm giá) trong ngắn hạn nhưng lại hạn chế cạnh tranh (dẫn đến sự tăng giá sau đó) trong dài hạn (tác động làm đóng cửa thị trường hoặc làm suy giảm động cơ đổi mới công nghệ sản xuất). Xem thêm *Tlđđ* 260.

³²⁵ *Tlđđ* 306.

³²⁶ *Tlđđ* 306.

³²⁷ Bùi Nguyễn Anh Tuấn, Phân tích kinh tế về tác động của vụ việc tập trung kinh tế, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “Pháp luật về sáp nhập, mua lại: Những vấn đề lý luận và thực tiễn”, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Ngày 27 tháng 5 năm 2011.

Trong thực tiễn kiểm soát TTKT sử dụng cơ chế đánh giá tác động đến cạnh tranh đã được vận dụng bởi Cục QLCT trong trường hợp vụ TTKT giữa hai doanh nghiệp nhà nước với khả năng hình thành doanh nghiệp sau TTKT có thị phần thống lĩnh. Trong đó, Cục đã áp dụng Điều 19 của LCT 2004 dựa trên những đánh giá tác động của vụ TTKT đối với nền kinh tế cũng như đối với các doanh nghiệp liên quan.

Cụ thể, vào năm 2012 sau khi có tin chuyển giao EVN Telecom cho Viettel, Công ty cổ phần Viễn thông Hà Nội (Hanoi Telecom) có công văn số 58/CV-HTC gửi đến Cục QLCT (Bộ Công thương), HĐCT, Hội Tiêu chuẩn và bảo vệ người tiêu dùng, kiến nghị sẽ là vi phạm PLCT trong việc chuyển giao toàn bộ mọi nguồn lực của EVN Telecom cho Viettel, trong đó nhấn mạnh đến khả năng hình thành doanh nghiệp thống lĩnh thị trường, sự ngăn cản việc tham gia thị trường của đối thủ cạnh tranh, việc phân biệt đối xử giữa các khách hàng³²⁸. Vụ việc này có thể coi một ví dụ điển hình nhằm minh chứng cho việc cho phép TTKT được thực hiện trên cơ sở áp dụng những phân tích về thị trường trong mối tương quan với tác động của vụ TTKT đối với các doanh nghiệp nói chung và nền kinh tế nói riêng.

Trong vụ này, có các vấn đề sau đây đã được xem xét: *Một là*, trước các kiến nghị về khả năng tác động tiêu cực đối với cạnh tranh trong thị trường viễn thông, theo quan điểm của Cục QLCT, việc sáp nhập EVN Telecom vào Viettel là có lợi cho doanh nghiệp, khách hàng, đối tác trong việc tập trung sức mạnh thị trường, chuyên môn hóa sản phẩm, tạo điều kiện giảm giá cước có lợi cho người tiêu dùng. *Hai là*, việc điều chuyển là cần thiết trong bối cảnh thực hiện chủ trương tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước mà trọng tâm là các tập đoàn, tổng công ty, trong đó có yêu cầu trước năm 2015, các tập đoàn, tổng công ty nhà nước phải thoái vốn đã đầu tư vào ngoài ngành nghề chính. Trong đó, tái cấu trúc các tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước là một trong ba lĩnh vực cần tập trung tái cấu trúc³²⁹. Cũng cần phải thấy rằng, trong một số trường hợp giao dịch TTKT cũng mang lại những lợi ích nhất định như giúp cho một bên của giao dịch thoát khỏi nguy cơ bị phá sản, hoặc nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh

³²⁸ Cơ sở kiến nghị của Hanoi Telecom như sau:

(i) Nếu EVN Telecom được chuyển giao toàn bộ cho Viettel thì với việc Viettel sở hữu tới trên 50% tổng quỹ tần số 3G của quốc gia, vụ sáp nhập tạo điều kiện cho Viettel trở thành doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường;

(ii) Do Viettel hiện chiếm gần 37% thị phần thông tin di động tại Việt Nam, nên nếu sau sáp nhập, Viettel có thêm thị phần từ EVN Telecom đối với dịch vụ 3G thì điều này sẽ ngăn cản việc tham gia thị trường của Hanoi Telecom.

(iii) Trong kế hoạch tiếp nhận EVN Telecom, Viettel sẽ được sử dụng miễn phí tất cả các cột tháp ăngten và hàng chục triệu cột điện, trong khi các nhà mạng khác phải thuê cột điện để treo cáp với giá tăng gấp trên bảy lần so với giá khởi điểm. Điều này cũng vi phạm các quy định của LCT 2004.

³²⁹ Kết luận Hội nghị TW 3 (Khóa XI).

nghiệp trong nước. Điều này xét trong bối cảnh chung hiện tại là tín hiệu tốt cho cạnh tranh. *Ba là*, việc này là cơ hội giúp cho Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN) ra khỏi tình trạng đầu tư vào lĩnh vực viễn thông nhưng hiệu quả hoạt động thấp, kinh doanh thua lỗ, nợ phải trả lớn. Trên cơ sở đó, theo đề nghị của EVN và Viettel, ý kiến của các Bộ liên quan, Thủ tướng Chính phủ đã quyết định thực hiện việc điều chuyển này. Do đó, căn cứ theo các quy định hiện hành thì việc cho phép EVN Telecom sáp nhập vào Viettel cũng phù hợp với LCT 2004 tại Điều 19 khoản 2. Tuy nhiên, việc CQCT cho phép vụ TTKT được tiến hành trên cơ sở áp dụng những phân tích của mình về thị trường trong mối tương quan với tác động của vụ TTKT đối với các doanh nghiệp nói chung và nền kinh tế nói riêng cần phải được luật hóa, điều này tạo cơ sở pháp lý cho CQCT thực hiện một cách có hiệu quả và minh bạch, đồng thời hạn chế các trường hợp khiếu nại có liên quan đến việc cho phép tiến hành vụ TTKT.

4.4. Đề xuất hoàn thiện pháp luật về cơ chế thực hiện kiểm soát tập trung kinh tế

4.4.1. Đối với cơ quan kiểm soát tập trung kinh tế

4.4.1.1 Về mô hình

Như vậy, CQCT được thiết kế và hoạt động một cách có hiệu quả và đảm bảo những tiêu chí quan trọng cho hoạt động của nó, bao gồm: (i) *Tính pháp lý*, nghĩa là vị trí của cơ quan này trong hệ thống các cơ quan nhà nước liên quan đến cạnh tranh; (ii) *Tính độc lập*, trong đó bao gồm sự độc lập về mặt tổ chức; độc lập về tài chính và độc lập trong quản lý nội bộ. Điều này giúp cho CQCT có quyền tự quyết trong việc điều tra, xử lý vụ việc; loại bỏ sự can thiệp, vận động của các nhóm lợi ích, đảm bảo hành động phù hợp với lợi ích công cộng; (iii) *Tính minh bạch*, thể hiện ở việc cơ quan này cần phải chịu sự giám sát của Chính phủ và xã hội; đồng thời chịu trách nhiệm giải trình trước Quốc hội, Chính phủ;³³⁰ (iv) *tính chuyên nghiệp* đảm bảo chất lượng điều tra và xử lý vụ việc, để đạt được mục tiêu của chính sách cạnh tranh hơn; và (v) *tính thống nhất* trong cách ứng xử với các vụ việc cạnh tranh, điều này đem lại niềm tin của công chúng vào việc áp dụng và thực thi LCT³³¹. Về nội dung quan trọng này, các kiến nghị đề xuất của tác giả có thể nói là khá tương đồng với quan điểm của Ban soạn thảo Dự thảo LCT (sửa đổi) tức là theo hướng xây dựng mô hình CQCT đáp ứng các tiêu chí nêu trên.

³³⁰ Xem: Phùng Văn Thành (2017), *Kết quả nghiên cứu mô hình cơ quan cạnh tranh các nước trên thế giới*, Tham luận trình bày tại Hội thảo “Mô hình cơ quan cạnh tranh trong Dự thảo LCT (sửa đổi)” do Cục QLCT, Bộ Công thương tổ chức ngày ngày 22 tháng 6 năm 2017.

³³¹ *Tlđđ* 290.

Kiến nghị: CQCT Việt Nam cần được xây dựng theo hướng sau đây:

- (i) Cơ quan cạnh tranh thiết kế theo mô hình một cơ quan duy nhất thực thi PLCT có đầy đủ các chức năng, thẩm quyền của Cục QLCT và HĐCT như hiện nay.
- (ii) Vị trí của CQCT là trực thuộc Chính phủ, do Chính phủ thành lập, có vị trí độc lập với các Bộ, ngành liên quan.

Theo tác giả, việc xây dựng một cơ quan duy nhất là nhằm đảm bảo tính độc lập, khách quan trong điều tra, xử lý các vụ việc cạnh tranh, trong đó góp phần giải quyết các bất cập trong việc xử lý các vụ việc TTKT liên quan đến các doanh nghiệp nhà nước, các vụ việc TTKT thực hiện bên ngoài lãnh thổ nhưng có tác động ảnh hưởng đáng kể đến thị trường Việt Nam. Việc xây dựng cơ quan như vậy góp phần đảm bảo vị thế của cơ quan nhà nước đặc thù thực thi PLCT, thể hiện trong hoạt động điều tra và xử lý vụ việc cạnh tranh. Mô hình một CQCT duy nhất đảm bảo việc kiểm soát TTKT được thực hiện thông suốt, liền mạch, góp phần loại bỏ nhanh chóng, hiệu quả các vụ TTKT có tác động tiêu cực, đồng thời phát huy các khía cạnh tích cực của vụ TTKT. Mô hình này cũng phù hợp của thông lệ và xu hướng phát triển của PLCT thế giới³³².

Ngoài ra, theo quan điểm của tác giả, việc xây dựng CQCT thuộc Chính phủ là hoàn toàn hợp lý. Bởi lẽ điều này sẽ: (i) khắc phục được những bất cập, hạn chế phát sinh trong quá trình thực thi; (ii) đảm bảo tính độc lập, khách quan trong điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh; (iii) đảm bảo quyền và trách nhiệm của CQCT trong việc thực hiện tham vấn chính sách cạnh tranh cho Chính phủ và các bộ; và (iv) việc hình thành một CQCT quốc gia cũng giúp tinh gọn bộ máy, phù hợp với tinh thần Nghị quyết 39-NQ/TW của Đảng. Tác giả cũng ủng hộ quan điểm nêu ra trong Dự thảo LCT (sửa đổi) đó là việc hoàn thiện mô hình và cơ cấu tổ chức của Ủy ban cạnh tranh Quốc gia không dẫn tới việc thành lập một cơ quan mới, thực chất đây chính là cơ quan được tái cơ cấu từ hai cơ quan hiện tại là Cục QLCT và HĐCT³³³.

³³² Theo thống kê sơ bộ của Bộ Công thương, trong số hơn 100 quốc gia trên thế giới có cơ quan thực thi PLCT thì hiện chỉ còn Việt Nam là tồn tại mô hình hai cơ quan cạnh tranh trong đó gồm một cơ quan điều tra và một cơ quan xử lý vi phạm. Đây là mô hình tương tự mô hình của Pháp trước đây. Tuy nhiên, năm 2009, Pháp đã chuyển đổi mô hình hai cơ quan thành mô hình một cơ quan duy nhất chịu trách nhiệm điều tra và ra phán quyết về các hành vi vi phạm PLCT. Ngoài ra, một số nước có từ hai cơ quan cạnh tranh trở lên như Hoa Kỳ, Canada, Chile, Trung Quốc, Ấn Độ... nhưng đều không phân biệt trách nhiệm giữa điều tra và xử lý như Việt Nam, thay vào đó là việc phân chia thẩm quyền theo từng nhóm hành vi vi phạm. Xem Bộ Công thương (2017), *Bản thuyết minh chi tiết Dự thảo LCT (sửa đổi)*, Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017. Truy cập tại địa chỉ http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1346&TabIndex=2&TaiLieuID=2811, ngày 18/10/2017.

³³³ Bộ Công thương (2017), *Dự thảo LCT (sửa đổi)*, Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017. Truy cập tại địa chỉ

4.4.1.2 Về cơ chế phối hợp

Ngoài ra, nhằm đảm bảo cho việc thực hiện kiểm soát TTKT một cách hiệu quả, cơ chế phối hợp giữa CQCT và các cơ quan quản lý ngành khác cần phải được thể chế hóa. Điều này cần phải được coi là một yêu cầu tiên quyết để đảm bảo hiệu quả quản lý chung của Nhà nước đối với hoạt động TTKT nói riêng và sự vận hành lành mạnh của thị trường nói chung, đảm bảo khắc phục các lỗ hổng pháp lý giữa các quy định pháp luật khác nhau. Cơ chế này cần phải giải quyết được các vấn đề sau đây:

Một là, việc đánh giá tác động cạnh tranh của vụ việc TTKT là hoạt động có tính đặc thù của pháp luật kiểm soát TTKT do CQCT thực hiện, việc này cần phải được tiến hành độc lập và không có sự chông chéo với các quy trình của pháp luật chuyên ngành như cấp giấy chứng nhận đầu tư, chấp thuận chào mua, cấp phép tổ chức lại trong các lĩnh vực quản lý kinh tế ngành khác.

Hai là, nhằm đảm bảo vị trí và vai trò của LCT với tư cách là luật chung của các hoạt động kinh tế trên thị trường, thủ tục kiểm soát TTKT cần được coi là thủ tục tiên quyết và do đó sẽ phải được thực hiện trước khi tiến hành các thủ tục khác quy định trong pháp luật quản lý ngành tương ứng. Chẳng hạn, các thủ tục cấp giấy chứng nhận đầu tư, cho phép sáp nhập, hợp nhất, mua lại... chỉ có thể được tiến hành sau khi đã trải qua các thủ tục đánh giá tác động và thẩm định của CQCT. Trong quy định này, việc các vụ TTKT bị cấm sẽ điều kiện tiên quyết để chấm dứt các thủ tục, quy trình cấp phép quản lý theo các quy định pháp luật chuyên ngành khác. Trái lại, việc xây dựng cơ chế tiến hành TTKT tự động sẽ giúp cho các doanh nghiệp chủ động hơn trong việc tiến hành các thủ tục về pháp luật doanh nghiệp, đầu tư, chứng khoán... Trong trường hợp này, sau một khoảng thời gian nhất định nếu CQCT không có văn bản trả lời thì các doanh nghiệp mặc nhiên có quyền tiến hành các thủ tục khác theo quy định của pháp luật chuyên ngành.

Ba là, cần xây dựng cơ chế phối hợp thẩm tra và kiểm soát giữa cơ quan quản lý ngành và cơ quan QLCT trong các thủ tục liên quan đến các hành vi TTKT. Vấn đề này cần được thể hiện ở quy định yêu cầu CQCT có sự tham vấn ý kiến của cơ quan quản lý ngành nhằm có được sự đánh giá chính xác, toàn diện tác động của một vụ việc TTKT cụ thể nếu vụ TTKT này có sự liên hệ đến định hướng phát triển ngành. Đây cũng là cơ sở của đề xuất tham vấn của CQCT đối với các cơ quan quản lý ngành.

Kiến nghị:***Điều . Tham vấn trong quá trình thẩm định tập trung kinh tế***

1. Trong quá trình thẩm định tập trung kinh tế, Cơ quan cạnh tranh Quốc gia có quyền tham vấn với cơ quan quản lý ngành, lĩnh vực mà các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế đang hoạt động.

4.4.2. Đối với thủ tục thông báo tập trung kinh tế

Cần thiết phải xác định rằng, thông báo TTKT có bản chất của một biện pháp “tiền kiểm” và phải theo hướng tạo điều kiện thuận lợi và nhanh chóng nhất để các doanh nghiệp tiến hành TTKT. Để việc kiểm soát TTKT được hiệu quả hơn, quy trình thông báo nên có những quy định làm rõ một số vấn đề sau:

Thứ nhất, cần phải có các tiêu chí cụ thể để làm rõ các yêu cầu cơ bản của những tài liệu được nêu trong quy định thông báo TTKT trong LCT 2004 hoặc Nghị định hướng dẫn thi hành hoặc văn bản hướng dẫn của Cục QLCT được ban hành kèm theo Nghị định hướng dẫn luật. Trong đó, cần chú ý đến các thông tin về sản phẩm mà các doanh nghiệp tham gia TTKT hiện đang kinh doanh, các tiêu chuẩn về thông tin trong báo cáo thị phần của các doanh nghiệp này. Bên cạnh đó, cũng cần phải có các tiêu chí cụ thể giúp cho việc chủ động thu thập thông tin từ phía CQCT nhằm rà soát, đối chiếu với các thông tin, tài liệu do doanh nghiệp cung cấp. Đây là các cơ sở pháp lý vững chắc cho việc xác minh tài liệu, số liệu từ doanh nghiệp cũng như tạo cơ sở cho việc ra các quyết định phù hợp, đúng đắn.

Kiến nghị:

Nên đưa ra bộ tiêu chí cụ thể để thẩm tra hồ sơ thông báo TTKT, trong bộ tiêu chí thẩm tra này, cần nêu lên: (i) nội dung thẩm tra, (ii) phương thức thẩm tra, (iii) căn cứ kiểm soát. Chẳng hạn, nếu căn cứ vào tổng doanh thu của các doanh nghiệp tham gia TTKT thì căn cứ vào báo cáo tài chính hai năm liên tiếp trước khi thực hiện TTKT đã được một cơ quan kiểm toán độc lập, có uy tín (có thể nằm trong danh sách do Cục QLCT đưa ra) kiểm toán; phương thức thẩm tra là: thẩm tra các số liệu trong các báo cáo tài chính và nếu thấy cần thiết có thể trưng cầu giám định kết quả kiểm toán một cơ quan kiểm toán khác... điều này vừa có lợi cho CQCT trong việc kiểm tra, vừa có thể giúp doanh nghiệp thấy được trách nhiệm của mình nếu không thực hiện đúng và đầy đủ hồ sơ.

Thứ hai, cần công bố thủ tục thông báo, quy trình thông báo, nội dung thẩm tra, căn cứ thẩm tra, phương thức thẩm tra để các doanh nghiệp có thể nắm được và chuẩn bị tốt bộ hồ sơ nhằm đáp ứng yêu cầu thông báo. Ngoài ra, nên có cơ chế hỗ trợ và tư

vấn miễn phí cho các doanh nghiệp có nhu cầu tìm hiểu về kỹ thuật lập hồ sơ thông báo, vừa nhằm mục đích phổ biến PLCT, vừa nâng cao ý thức tuân thủ pháp luật vừa giúp doanh nghiệp tránh khỏi những rắc rối pháp lý khi thực hiện đầu tư, góp vốn, mua cổ phần, tổ chức lại doanh nghiệp... theo quy định của pháp luật.

Kiến nghị:

Đối với doanh nghiệp thực hiện thủ tục thông báo, để đảm bảo tính minh bạch trong thực hiện thủ tục thông báo, theo tác giả, hoặc tất cả doanh nghiệp tham gia sáp nhập, mua lại phải cùng nhau làm thủ tục thông báo hoặc chính doanh nghiệp nhận sáp nhập hoặc doanh nghiệp tiến hành mua lại phải là chủ thể thực hiện thủ tục thông báo vụ việc TTKT gửi đến CQCT.

Sau khi nhận đầy đủ hồ sơ thông báo TTKT hợp lệ, trong thời hạn 07 ngày, CQCT cần công bố công khai những thông tin sau:

(i) Tên các doanh nghiệp tham gia sáp nhập, mua lại: thông tin này có thể giúp ích cho CQCT trong việc kiểm soát TTKT;

(ii) Tên các tập đoàn, công ty mẹ mà các công ty đó đang là thành viên hoặc chịu sự kiểm soát: thông tin này có thể giúp ích trong việc phát hiện ra các các dạng TTKT theo chiều dọc hoặc TTKT hỗn hợp hoặc các dạng liên kết thông qua đội ngũ lãnh đạo, quản lý;

(iii) Tính chất của vụ việc TTKT: thông tin này có thể là bước đánh giá cơ bản, ban đầu về tác động của vụ việc TTKT;

(iv) Các lĩnh vực kinh tế có liên quan đến vụ việc TTKT. Các bên thứ ba khác (có thể là các doanh nghiệp đang cạnh tranh trên thị trường liên quan) được yêu cầu phải cho biết ý kiến của họ về vụ việc sáp nhập, mua lại trong một thời hạn nhất định (thời hạn này có thể là 07 ngày), CQCT sẽ tham khảo ý kiến này khi quyết định cấm hay không cấm TTKT.

Thứ ba, cơ chế thông báo TTKT cần được thiết kế theo mô hình tự động, áp dụng đối với các vụ TTKT dự kiến dưới ngưỡng thông báo quy định. Điều này giúp cho các doanh nghiệp chuẩn bị tham gia thị trường có sự chủ động, tiết kiệm thời gian, chi phí trong thực hiện các thủ tục liên quan đến TTKT, đồng thời giải phóng áp lực và gánh nặng cho CQCT. Điều quan trọng là một cơ chế như vậy cần được quy định một cách rõ ràng, cụ thể và có sự đồng bộ, nhất quán với các quy định liên quan trong Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán... Quy định hiện hành còn có sự chưa tương thích giữa LCT và Luật Doanh nghiệp, ví dụ như trong cơ chế thông báo TTKT đối với những giao dịch thuộc diện phải thông báo và phải xem xét, dẫn đến tình trạng các

doanh nghiệp phải chờ thông báo chính thức từ phía Cục QLCT thì mới tiến hành thủ tục đăng ký cơ cấu doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp. Như vậy, việc xác định ngưỡng thông báo, một cơ chế tự động sẽ góp phần “giải phóng” cho CQCT.

Kiến nghị:

Điều . Thảm định sơ bộ việc tập trung kinh tế

Sau khi kết thúc thời hạn 30 ngày theo quy định, nếu Cơ quan cạnh tranh Quốc gia không thông báo kết quả thảm định sơ bộ theo quy định thì việc tập trung kinh tế được thực hiện.

4.4.3. Đối với thảm định tác động trong hồ sơ tập trung kinh tế

Thứ nhất, cần thay đổi cách thức tiếp cận kiểm soát TTKT theo hướng trao quyền cho CQCT trong việc đánh giá TTKT và mở rộng ngưỡng kiểm soát TTKT cụ thể, rõ ràng hơn để tăng tính chủ động cho doanh nghiệp trong việc thực hiện thủ tục thông báo TTKT với CQCT. Với cách tiếp cận này, chỉ quy định cấm những TTKT có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường (bỏ quy định cấm trên cơ sở thị phần kết hợp như hiện nay, do vậy sẽ không có quy định về miễn trừ)³³⁴.

Trong trường hợp thị phần kết hợp trên 50% như quy định hiện hành, CQCT không có nghĩa vụ/quyền hạn để đánh giá tác động cạnh tranh của vụ việc TTKT. Ngay cả trong trường hợp vụ việc TTKT thuộc diện bị cấm thì đánh giá về mặt cạnh tranh của CQCT cũng bị hạn chế. Theo quy định của Điều 19 như nêu ở trên, đánh giá của CQCT chỉ dừng lại ở việc xem xét hiệu quả mà vụ việc TTKT có thể mang lại cho sự phát triển kinh tế - xã hội. Không có một đánh giá nào liên quan tới cạnh tranh bởi sự công nhận mặc nhiên rằng với mức thị phần kết hợp trên 50%, các doanh nghiệp tham gia TTKT đã gây ra HCCT trên thị trường, dù có thực hiện các hành vi phản cạnh tranh (theo quy định điều chỉnh về thỏa thuận HCCT và lạm dụng vị trí thống lĩnh) hay không.

Theo nghiên cứu của Cục QLCT thì đối với một số thị trường, mức thị phần 10% - 20% mà không cần đến mức thị phần 30% như theo quy định của LCT 2004 là đã đủ mang lại cho doanh nghiệp một sức mạnh tuyệt đối trên thị trường. Điều này có ý nghĩa đặc biệt đối với các thị trường mà ở đó có phân tán và có sự chênh lệch

³³⁴ Theo quy định hiện hành, việc đánh giá vụ việc TTKT chủ yếu tập trung vào việc xác định thị phần của các doanh nghiệp tham gia TTKT trên thị trường liên quan. Vụ việc TTKT sẽ bị cấm trong trường hợp thị phần kết hợp của các bên tham gia TTKT chiếm trên 50% trên thị trường liên quan. Trong trường hợp đó, để có thể tiến hành giao dịch TTKT, các bên liên quan cần phải thực hiện thủ tục xin hưởng miễn trừ theo quy định tại Điều 19 LCT 2004. Điều 19 quy định hai trường hợp cho phép hưởng miễn trừ đối với vụ việc TTKT bị cấm: (i) một bên trong vụ việc đang trong có nguy cơ giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản và (ii) tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ.

đáng kể về thị phần giữa doanh nghiệp/nhóm doanh nghiệp có vị trí dẫn đầu trên thị trường với các doanh nghiệp đứng sau. Ngược lại, cũng có những trường hợp việc tiến hành TTKT giữa một doanh nghiệp trong nhóm có vị trí dẫn đầu thị trường với doanh nghiệp có thị phần nhỏ tại thị trường này sẽ không làm thay đổi đáng kể đến cấu trúc thị trường và tương quan cạnh tranh trên thị trường. Điều này là đúng tại những thị trường mà ở đó chỉ có một số ít doanh nghiệp, tuy nhiên mức thị phần của các doanh nghiệp đứng đầu có sự chênh lệch không đáng kể³³⁵. Do đó, quy định hiện tại của LCT 2004 không chỉ hạn chế thẩm quyền của CQCT trong việc đánh giá tác động cạnh tranh của vụ việc TTKT mà còn không phản ánh được chính xác thực tế thị trường, dẫn tới bỏ sót những trường hợp có khả năng gây HCCT hoặc cấm những trường hợp trên thực tế không gây ra tác động phản cạnh tranh.

Cũng cần phải thấy rằng, trong tiến trình hội nhập ngày càng sâu rộng, vấn đề kiểm soát TTKT cần phải xuất phát từ những đặc thù của pháp luật Việt Nam (hơn 90% doanh nghiệp nội địa có quy mô vừa và nhỏ)³³⁶. Cần phải xác định rằng, trong việc nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp nội địa thì Nhà nước chỉ đóng vai trò hỗ trợ. Chính các doanh nghiệp phải chủ động, tích cực tìm cách nâng cao khả năng kinh doanh và cạnh tranh cho chính mình. Trong xu thế đó, xét ở việc đánh giá các tác động tích cực, TTKT nên được xem như một cơ hội và phương thức hiệu quả nhằm liên kết hoặc tập trung các nguồn lực kinh tế từ các doanh nghiệp nhỏ và vừa hòng tìm kiếm cơ hội tồn tại, phát triển.

Thứ hai, theo tác giả, cần thay đổi cách thức đánh giá vụ việc TTKT: theo quy định hiện hành, khi tổng thị phần chiếm hơn 50% trên thị trường liên quan thì vụ việc TTKT này đương nhiên bị coi là sẽ gây ra HCCT một cách đáng kể và CQCT không cần cũng không có nghĩa vụ phải đánh giá tác động HCCT. Điều này cũng có nghĩa nếu thị phần kết hợp của các bên chiếm từ 50% trở xuống trên thị trường liên quan thì vụ việc đó không gây ra tác động cạnh tranh và được tiến hành nếu như các doanh nghiệp đã thực hiện thủ tục thông báo TTKT theo đúng quy định của PLCT.

³³⁵ Bộ Công thương, Cục QLCT (2012), *Báo cáo tóm tắt và soát các quy định của pháp luật cạnh tranh Việt Nam*. Tài liệu truy cập tại http://www.vca.gov.vn/Modules/CMS/Upload/36/2012_10_15/VN%20-%20Bao%20cao%20tom%20tat.pdf, ngày 19/10/2017.

³³⁶ Theo khảo sát mới nhất của VCCI tại Hội thảo góp ý về Dự thảo LCT sửa đổi (năm 2004) do Cục QLCT tổ chức tại TP. Hồ Chí Minh, tháng 5 năm 2017 thì vào thời điểm tháng 5/2017 có đến hơn 96% doanh nghiệp Việt Nam hiện tại là doanh nghiệp vừa và nhỏ, do đó khả năng cạnh tranh trên thị trường rất yếu và dễ dàng bị loại bỏ ngay tại thị trường Việt Nam.

Tuy nhiên, một vụ việc sáp nhập, mua lại chỉ có thể bị cấm thực hiện khi vụ việc này được đánh giá là có tác động xấu đối với thị trường. Các tác động này cần phải được xác định dựa trên các cơ sở kinh tế nhất định, cụ thể:

Dựa trên các tác động đơn phương: cần phải nghiên cứu các tác động đơn phương của vụ việc sáp nhập, mua lại doanh nghiệp. Trong trường hợp này, CQCT cần phải nghiên cứu:

(i) vị thế các bên tham gia TTKT: CQCT phải nghiên cứu để đánh giá liệu có khả năng làm gia tăng một cách nhanh chóng vị thế của doanh nghiệp sau vụ TTKT hay không? mức độ gia tăng vị thế này được đánh giá dựa trên các cơ sở nào?

(ii) áp lực cạnh tranh từ các doanh nghiệp không tham gia TTKT: CQCT cần phải đánh giá và xác định áp lực trước khi vụ việc TTKT được thực hiện và sau khi vụ việc sáp nhập, mua lại được thực hiện có gia tăng hay không? Nếu có thì mức độ gia tăng như thế nào?

(iii) áp lực cạnh tranh trực tiếp hoặc tiềm năng từ nhập khẩu và khả năng gia nhập thị trường của đối thủ mới: CQCT cần phân tích và chỉ ra liệu vụ việc TTKT này làm tăng áp lực trực tiếp lên thị trường, hoặc có phải là nguyên nhân gây ra việc hạn chế tiềm năng nhập khẩu của hàng hóa, dịch vụ đó hoặc ngăn cản khả năng gia nhập thị trường của đối thủ mới hay không?

(iv) hiệu quả kinh tế và khả năng tồn tại của các bên tham gia TTKT.

Trên cơ sở đó, những vụ việc TTKT mặc dù có khả năng gây ra HCCT, nhưng nếu mang lại những hiệu quả kinh tế nhất định, thì vụ việc TTKT này cần được xem xét, chấp nhận; và

Dựa trên phân tích các tác động kết hợp: cũng cần phải nghiên cứu các tác động kết hợp mà một vụ việc sáp nhập, mua lại có thể mang lại khi thực hiện TTKT. Các tác động kết hợp có thể là:

(i) khả năng thiết lập điều kiện kết hợp: tức là đánh giá khả năng các doanh nghiệp trên thị trường kết cấu ngầm với nhau hay không hoặc khả năng tăng cường sự liên kết hiện tại, gây HCCT một cách đáng kể trên thị trường;

(ii) khả năng phát hiện vi phạm khi thực hiện tác động kết hợp: kết quả của việc phân tích và đánh giá này tùy thuộc vào năng lực và kinh nghiệm của CQCT trong việc phát hiện được những vi phạm khi thực hiện tác động kết hợp này hay không?

(iii) khả năng trừng phạt những vi phạm đó: trong trường hợp phát hiện được các tác động kết hợp này thì CQCT có khả năng thực hiện việc trừng phạt các vi phạm này hay không?

Cũng với quan điểm về việc bỏ hoàn toàn tiêu chí thị phần trong việc đánh giá tác động của vụ TTKT, các tiêu chí đánh giá tác động của vụ TTKT nên được xây dựng lại theo hướng hoàn toàn mới, trong đó sử dụng các công cụ phân tích về kinh tế - pháp luật và không còn bị vướng mắc ở quy định về thị phần.

Kiến nghị:

Trên cơ sở phân tích các vấn đề liên quan đến việc đánh giá tác động của vụ TTKT, tác giả kiến nghị xây dựng quy định về các tiêu chí đánh giá tác động của vụ TTKT trong LCT (sửa đổi) như sau:

Điều : *Tiêu chí đánh giá tác động của vụ tập trung kinh tế*

- (i) *Cấu trúc thị trường và mức độ tập trung trên thị trường;*
- (ii) *Khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường;*
- (iii) *Khả năng tạo ra sức mạnh thị trường đáng kể, tức là khả năng của doanh nghiệp trên một thị trường sản phẩm nhất định có thể tăng, duy trì giá bán trên mức giá cạnh tranh hoặc giảm chất lượng, sản lượng dưới mức cạnh tranh trong khi vẫn thu được lợi nhuận, và*
- (iv) *Tác động tích cực của việc tập trung kinh tế đối với nền kinh tế.*

Thứ ba, cần quy định cụ thể về các biện pháp khắc phục hậu quả hoặc điều chỉnh cần thiết mà CQCT có thể chủ động áp dụng đối với các bên trong vụ TTKT. Điều này là có ý nghĩa, bởi lẽ trong trường hợp xem xét cho phép TTKT với cơ sở có một bên tham gia TTKT đáp ứng điều kiện về giải thể hoặc phá sản, CQCT có quyền đưa ra các biện pháp khắc phục nhằm nâng cao hiệu quả của thị trường. Tương tự, khi cho phép TTKT thuộc diện có khả năng gây HCCT nhưng được phép tiến hành với lý do vụ TTKT có tác động nâng cao hiệu quả kinh tế, CQCT cũng cần phải có quyền giám sát và yêu cầu các doanh nghiệp tham gia tiến hành các biện pháp khắc phục nhằm đảm bảo hiệu quả kinh tế của một vụ việc TTKT. Các biện pháp khắc phục đối với trường hợp TTKT cần được quy định cụ thể, trong đó bao gồm biện pháp khắc phục về cấu trúc và biện pháp khắc phục về hành vi nhằm giảm tác động gây HCCT do giao dịch TTKT đó có thể gây ra trên thị trường.

Ngoài ra, cần tách riêng các biện pháp khắc phục hậu quả của vụ TTKT ra khỏi nhóm các biện pháp khắc phục hậu quả đối với hành vi HCCT. Điều này là cần thiết, bởi lẽ bản chất của kiểm soát TTKT là hướng đến hạn chế những tác động xấu đến cạnh tranh, đồng thời, quan điểm xuyên suốt phải là vụ việc TTKT có thể vẫn được tiến hành nếu như các doanh nghiệp tham khắc phục hậu quả, hạn chế tác động tiêu cực đến thị trường trước khi tiến hành. Do đó, việc quy định doanh nghiệp tiến hành TTKT phải đảm bảo thực hiện các biện pháp khắc phục hậu quả mới được xem xét cho tiến hành (tập trung kinh tế có điều kiện) là hợp lý, thể hiện bản chất của kiểm soát TTKT. Điều này cũng có nghĩa, một vụ

TTKT sẽ bị cấm nếu như chúng (i) gây tác động hoặc (ii) có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam mà không có biện pháp nào để khắc phục những tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đó.

Trong quá trình kiểm soát TTKT, cần bổ sung quy định về tham vấn của các doanh nghiệp tiến hành TTKT với CQCT. Quy định này áp dụng cho những doanh nghiệp có khả năng rơi vào phạm vi bị cấm TTKT hoặc TTKT có điều kiện. Trên thực tế các doanh nghiệp cũng chủ động thực hiện việc này, tuy nhiên việc luật hóa nội dung này là rất cần thiết. Điều này vừa tăng cường tính chủ động của các doanh nghiệp lẫn CQCT, đồng thời thể hiện cách tiếp cận mới về kiểm soát TTKT là nhằm tạo điều kiện cho các doanh nghiệp thực hiện vụ TTKT mà không phải cấm đoán chúng một cách máy móc, khô cứng.

Kết luận Chương 4

Những quy định về cơ quan thực hiện kiểm soát TTKT và thủ tục thông báo TTKT có vai trò quan trọng trong việc kiểm soát hoạt động TTKT tại Việt Nam. Với những hạn chế và bất cập như hiện nay, việc nhanh chóng sửa đổi, hoàn thiện LCT 2004 sẽ góp phần tăng cường hiệu quả của hoạt động kiểm soát TTKT.

Thứ nhất, với vai trò trung tâm, CQCT cần phải được cải tổ, xây dựng theo hướng đảm bảo tối đa tính độc lập, tính thực quyền và khả năng tham gia vào quá trình kiểm soát TTKT từ khâu đầu tiên là tiếp nhận và xử lý hồ sơ thông báo TTKT đến việc quyết định cho phép/không cho phép tiến hành TTKT và áp dụng các biện pháp khắc phục.

Thứ hai, thay đổi trong cách tiếp cận về vai trò và thẩm quyền của CQCT trong việc kiểm soát quá trình TTKT là cần thiết. Quan điểm cần được thể hiện xuyên suốt là chỉ những vụ TTKT có tác động hoặc có khả năng tác động bất lợi đến cạnh tranh trên thị trường mới bị cấm. Điều này sẽ góp phần giúp CQCT có cơ chế và khả năng đánh giá đúng đắn bản chất và hậu quả của giao dịch TTKT, có cơ sở để cho phép tiến hành các vụ TTKT có lợi cho nền kinh tế. Đồng thời, với việc trao quyền chủ động đánh giá, thẩm định của CQCT đối với một giao dịch TTKT tiềm ẩn nguy cơ gây HCCT trên thị trường cũng có tác dụng giúp doanh nghiệp có cơ hội và chủ động điều chỉnh giao dịch TTKT theo hướng khắc phục những hiệu ứng gây HCCT trên thị trường.

Thứ ba, thủ tục và quy trình thông báo TTKT cần phải được sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện nhằm khắc phục sự hạn chế, chồng chéo giữa các quy định về TTKT của LCT và các luật chuyên ngành. Cùng với việc mở rộng ngưỡng kiểm soát TTKT theo hướng quy định cụ thể, rõ ràng về giá trị giao dịch, tổng doanh thu, tài sản... việc hoàn thiện quy định về thủ tục thông báo TTKT sẽ giúp các doanh nghiệp tăng tính chủ động hoạt động TTKT của mình, giúp các doanh nghiệp liên quan giảm thiểu các rủi ro về mặt pháp lý do việc không xác định được chính xác liệu giao dịch TTKT có thuộc ngưỡng thông báo hay bị cấm theo quy định của LCT hay không.

KẾT LUẬN

LCT 2004 chính là đạo luật đầu tiên quy định một cách toàn diện về kiểm soát TTKT, trong đó chính thức đặt các hành vi của doanh nghiệp trên thị trường, bao gồm vấn đề sáp nhập, hợp nhất, mua lại tài sản, cổ phần, chuyển nhượng vốn và liên doanh vốn là đối tượng điều chỉnh của pháp luật về doanh nghiệp, đầu tư, dưới góc độ bảo vệ môi trường cạnh tranh. Việc hoàn thiện các quy định kiểm soát TTKT trong LCT sẽ giúp đồng bộ với quy định của pháp luật có liên quan, từ đó tạo hành lang pháp lý đầy đủ cho hoạt động mua bán, sáp nhập, đầu tư và kinh doanh của doanh nghiệp. Tuy nhiên, quy định về kiểm soát TTKT trong luật hiện hành là khá cứng nhắc, chưa đảm bảo là cơ sở pháp lý quan trọng điều chỉnh hoạt động này tại Việt Nam cũng như khả năng đối phó với những vụ TTKT xuyên biên giới. Cụ thể:

Một là, về phạm vi, LCT 2004 chỉ áp dụng đối với các vụ TTKT theo chiều ngang. Việc quy định kiểm soát TTKT chỉ dựa trên tiêu chí “thị phần kết hợp” do đó hạn chế khả năng kiểm soát các hoạt động TTKT theo chiều dọc, hoặc TTKT hỗn hợp.

Hai là, do việc hạn chế ở phạm vi áp dụng và dựa vào tiêu chí thị phần kết hợp trên thị trường liên quan tại Việt Nam mà dẫn đến hạn chế ở khả năng áp dụng để điều chỉnh các hoạt động TTKT xuyên biên giới. Do đó, LCT là không khả thi và hữu hiệu trong việc kiểm soát, ngăn chặn những hành vi TTKT do các doanh nghiệp, tập đoàn đa quốc gia thực hiện.

Ba là, quy định của LCT hiện hành về tiêu chí “duy nhất” kiểm soát TTKT dựa trên ngưỡng “thị phần trên thị trường liên quan” không đáp ứng được yêu cầu kiểm soát TTKT theo hướng ngăn chặn và loại bỏ những vụ TTKT có tác động tiêu cực tới môi trường cạnh tranh cũng như khả năng cho phép những vụ TTKT có tác động tốt, đem lại hiệu quả kinh tế và có lợi cho cạnh tranh.

Bốn là, quy định về “ngưỡng thông báo TTKT” như hiện tại gây khó khăn cho doanh nghiệp trong việc xác định nghĩa vụ “thông báo”, cũng như chủ động tiến hành nghĩa vụ thông báo TTKT, do đó, điều này làm giảm tính khả thi của các quy định về kiểm soát TTKT trong thực tiễn.

Năm là, thiết kế về cơ chế kiểm soát TTKT hiện tại chưa đảm bảo cho việc kiểm soát TTKT một cách có hiệu quả. Do căn cứ vào tiêu chí “thị phần kết hợp”, cơ chế này chỉ mới dừng lại ở việc cấm các hành vi TTKT có tổng thị phần kết hợp từ 50% trên thị trường liên quan trở lên mà không tạo ra cơ sở cho việc xem xét đánh giá tác động đến cạnh tranh một cách khách quan đối với những trường hợp TTKT có thị

phần kết hợp lớn hơn 50% trên thị trường liên quan. Điều này không phù hợp với bản chất của việc đánh giá tác động của việc TTKT³³⁷.

Sáu là, việc CQCT không tham gia và có thẩm quyền trong việc đánh giá tác động cạnh tranh cũng như những “công cụ” tiêu chí cần thiết để đánh giá đã làm hạn chế vai trò của cơ quan này và hạn chế khả năng của CQCT trong việc ngăn chặn và kiểm soát hành vi TTKT có thể gây tác động tới thị trường, và ngược lại, hạn chế khả năng cho phép tiến hành vụ TTKT có tác động tốt cho cạnh tranh.

Bảy là, mặc dù TTKT được điều chỉnh dưới góc độ của LCT nhưng đây cũng là hành vi của các doanh nghiệp được điều chỉnh bởi quy định pháp luật chuyên ngành về phạm vi và thẩm quyền xem xét việc cho phép TTKT (như Luật Các Tổ chức tín dụng, Luật Viễn thông...). Sự chông chéo này dẫn kết quả là tạo thêm thủ tục thông báo “kép” cho doanh nghiệp cũng như làm cho các doanh nghiệp lúng túng trong việc thực hiện các quy định về thông báo TTKT và thực hiện hoạt động TTKT theo pháp luật doanh nghiệp. Chính vì vậy, việc tuân thủ các điều kiện về thông báo TTKT và xem xét khả năng vi phạm điều cấm của LCT cần được coi là điều kiện tiên quyết trước khi các cơ quan quản lý ngành thực hiện các thủ tục tiếp theo, như chấp thuận cấp giấy chứng nhận đầu tư, cho phép sáp nhập, hợp nhất, mua lại...

Chính vì vậy, LCT cần phải được sửa đổi, bổ sung các quy định cho phù hợp nhằm khắc phục những hạn chế trên, đồng thời xây dựng cơ chế kiểm soát TTKT theo hướng cho phép CQCT độc lập đánh giá tác động hoặc khả năng tác động của vụ việc TTKT đến cạnh tranh và căn cứ vào đó có thẩm quyền cho phép hoặc từ chối cho phép vụ TTKT được thực hiện. Điều này cần được thực hiện bên cạnh những bổ sung về các biện pháp khắc phục để tạo điều kiện thuận lợi nhất cho các doanh nghiệp tiến hành TTKT vừa đảm bảo được môi trường cạnh tranh lành mạnh, hiệu quả, vừa phát huy khía cạnh tích cực đối với thị trường mà vụ TTKT đem lại. Đồng thời cần bổ sung và hoàn thiện cơ sở lý luận, hình thành các hướng nghiên cứu, trường phái nghiên cứu trong lĩnh vực pháp luật về TTKT nói chung và kiểm soát TTKT nói riêng.

³³⁷ Như đã phân tích, việc đánh giá tác động TTKT là hướng về tương lai trong khi tại thời điểm đánh giá TTKT, hậu quả hạn chế cạnh tranh chưa thực sự xảy ra.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

A. DANH MỤC VĂN BẢN PHÁP LUẬT

1. Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương (2017), Dự thảo LCT (sửa đổi).
2. Chính phủ (2004), Tờ trình của Chính phủ về Dự án LCT, tháng 4/2004.
3. Chính phủ (2015), Nghị định 116/2005/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành một số điều của LCT.
4. Đảng Cộng sản Việt Nam (2011), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị quốc gia. Đảng Cộng sản Việt Nam (2016), *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII*, Nxb. Chính trị quốc gia.
5. Quốc hội (2004), *LCT*, Hà Nội.
6. Quốc hội (2005), *Luật Đầu tư*, Hà Nội.
7. Quốc hội (2013), *Hiến pháp 2013*, Hà Nội.
8. Quốc hội (2014), *Luật Doanh nghiệp*, Hà Nội.
9. Quốc hội (2015), *Bộ luật Dân sự*, Hà Nội.
10. Quốc hội (2017), *Luật Hỗ trợ Doanh nghiệp nhỏ và vừa*, Hà Nội.

B. DANH MỤC CÁC TÀI LIỆU THAM KHẢO

TIẾNG VIỆT

11. Bộ Công thương (2017), *Báo cáo đánh giá tác động của Dự án LCT (sửa đổi)*.
12. Bộ Công thương (2017), *Dự thảo Tờ trình Chính phủ về Dự án LCT (sửa đổi)*.
13. Bộ Công thương (2017), *Dự thảo LCT (sửa đổi)* lần thứ 2, tháng 5 năm 2017.
14. Bộ Thương mại (2004), *Dự thảo Tờ trình của Bộ Thương mại về Dự án LCT*
15. Cơ quan phát triển quốc tế Canada và Bộ Thương mại Việt Nam (2004), *LCT Canada và Bình luận*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
16. Cục Quản lý Cạnh Tranh - Bộ Thương mại (2005), *Thực thi Luật Thương mại lành mạnh ở Đài Loan – Các vụ điển hình*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
17. Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương (2012), *Báo cáo rà soát các quy định của LCT và Báo cáo tóm tắt rà soát các quy định của PLCT*, Hà Nội.
18. Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương (2015), *Báo cáo hoạt động thường niên năm 2014*, Hà Nội.
19. Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương (2013), *Báo cáo hoạt động thường niên năm 2012*, Hà Nội.
20. Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương (2014), *Báo cáo hoạt động thường niên năm 2013*, Hà Nội.

21. Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương (2015), *Báo cáo tập trung kinh tế Việt Nam năm 2014*, Hà Nội.
22. Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Thương mại (TS. Đinh Thị Mỹ Loan chủ biên) (2007), *Kiểm soát tập trung kinh tế - Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn tại Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
23. Cục Quản lý Cạnh tranh, *Sổ tay PLCT – Quyển 3: Tập trung kinh tế*.
24. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh (2010), *Giáo trình LCT*, Nxb. Đại học Quốc gia.
25. Trường Đại học Luật Hà Nội (2006), *Giáo trình Luật Thương mại*, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội.
26. Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Giáo trình LCT*, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội.
27. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), *Giáo trình LCT và Giải quyết tranh chấp Thương mại*, Nxb. Hồng Đức, TP. Hồ Chí Minh.
28. Trường Đại học Ngoại thương (2009), *Giáo trình LCT*, Nxb. Giáo dục, Hà Nội.
29. Ủy ban Kinh tế của Quốc hội (2016), *Thế chế pháp luật kinh tế của một số quốc gia trên thế giới và gợi ý*, Nxb. Tài Chính, Hà Nội.
30. Ủy ban Quốc gia về hợp tác kinh tế Quốc tế (2005), *Chính sách và thực tiễn PLCT của Cộng hòa Pháp*, Tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
31. Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp (2012), *Về trường phái kinh tế học pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
32. Vụ Pháp luật Dân sự - kinh tế, Vụ Phổ biến Giáo dục pháp luật, Bộ Tư pháp (2004), *Đề cương giới thiệu LCT*.
33. Hà Ngọc Anh (2011), *Pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế và an ninh kinh tế của Việt Nam*, Tạp chí Khoa học an ninh, Số 21.
34. Hà Thị Thanh Bình, *Xây dựng thị trường chung trong Cộng đồng kinh tế ASEAN và vấn đề xác định thị trường liên quan theo PLCT Việt Nam*, Hội thảo Quốc tế về “Các thể chế pháp lý của Cộng đồng kinh tế ASEAN: tác động đối với pháp luật thương mại và đầu tư Việt Nam” do trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh tổ chức, tháng 12 năm 2016.
35. Nguyễn Văn Cường (2006), *Tiêu chí đánh giá tính cạnh tranh bất hợp pháp của một số nước và một số bình luận về LCT của Việt nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
36. Bùi Xuân Hải (2003), *Về mục tiêu và phạm vi điều chỉnh của LCT*, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, Số 4.

37. Phan Huy Hồng, Nguyễn Thanh Tú (2012), *Quyền tự do kinh doanh theo pháp luật Liên minh châu Âu và Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
38. Đặng Vũ Huân (2004), *Pháp luật về kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
39. Phạm Trí Hùng (2013), *Quy định về trách nhiệm bảo vệ cạnh tranh, bảo đảm môi trường cạnh tranh lành mạnh của Nhà nước trong dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992*, Hội nghị “Góp ý Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992” ngày 28/02/2013 do Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh và Tạp chí Nghiên cứu lập pháp tổ chức.
40. Phạm Trí Hùng (Chủ nhiệm, 2012), *PLCT Liên bang Nga và những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.
41. Phạm Trí Hùng (Chủ nhiệm, 2012), *Pháp luật điều chỉnh sáp nhập, mua lại ở Việt Nam*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.
42. Phạm Trí Hùng (Chủ nhiệm, 2017), *Ứng dụng trường phái kinh tế học pháp luật trong nghiên cứu, giảng dạy PLCT*, Đề tài Nghiên cứu Khoa học cấp Trường, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, tháng 4/2017.
43. Phạm Trí Hùng, Hà Ngọc Anh (2012), Khẳng định trách nhiệm bảo vệ cạnh tranh của Nhà nước khi sửa đổi Hiến pháp 1992, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, số 3 (70).
44. Nguyễn Hữu Huyền (2004), *LCT của Pháp và Liên minh Châu Âu*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
45. Đặng Ngọc Lợi (2008), Chính sách công ở Việt Nam: Lý luận và thực tiễn, *Tạp chí Kinh tế và Dự báo*, Số 12.
46. Phạm Duy Nghĩa (2009), *Mua bán doanh nghiệp: Một số ý kiến ngắn từ góc độ quản trị công ty*, Tài liệu Hội thảo M&A Việt Nam 2009 – Kinh nghiệm và cơ hội, Hà Nội, ngày 11/6/2009.
47. Phạm Duy Nghĩa (2004), *Chuyên khảo Luật Kinh tế*, Nxb. Đại học Quốc gia.
48. Tăng Văn Nghĩa (2009), *Giáo trình LCT*, Nxb. Giáo dục Việt Nam.
49. Nguyễn Như Phát (2007), Các khía cạnh pháp lý của tập trung kinh tế và vai trò của cơ quan quản lý cạnh tranh, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, Số 4 (41).

50. Xem Vũ Bá Phú (2011), *Các vấn đề chống tập trung kinh tế qua hoạt động M&A*, Tổng hợp Tài liệu Diễn đàn M&A Việt Nam 2011. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://m.maf.vn/tong-hop-tai-lieu-dien-dan-ma-viet-nam-2011.html>.
51. Lê Nết (2006), *Kinh tế luật*, Nxb. Tri Thức.
52. Mai Hồng Quỳnh (2012), *Tự do kinh doanh và vấn đề bảo đảm quyền con người tại Việt Nam*, Nxb. Lao động.
53. Nguyễn Ngọc Sơn (2005), Xác định thị trường liên quan theo LCT 2004, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 11.
54. Nguyễn Ngọc Sơn (2006), Kiểm soát tập trung kinh tế theo PLCT và vấn đề của Việt Nam, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 79.
55. Lê Việt Thái (2005), *Chuyên đề nghiên cứu về hành vi tập trung kinh tế*, Đề tài nghiên cứu khoa học “Thể chế cạnh tranh tại Việt Nam trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường tại Việt Nam”, Viện Nghiên cứu thương mại, Bộ Thương mại.
56. Nguyễn Anh Tuấn (2017), *Một số kiến nghị liên quan đến mô hình cơ quan cạnh tranh trong Dự thảo LCT (sửa đổi)*, Tham luận trình bày tại hội thảo về Cơ cấu tổ chức Cơ quan quản lý cạnh tranh do Cục Quản lý cạnh tranh, Bộ Công thương tổ chức tháng 6/2017 tại TP. Hồ Chí Minh.
57. Phùng Văn Thành (2012), Sức mạnh thị trường đáng kể từ góc độ lý thuyết kinh tế đến quy định của PLCT, *Bản tin Cạnh tranh và Người tiêu dùng*, số 36.
58. Phùng Văn Thành (2017), *Kết quả nghiên cứu mô hình cơ quan cạnh tranh các nước trên thế giới*, Tham luận trình bày tại Hội thảo “Mô hình cơ quan cạnh tranh trong Dự thảo LCT (sửa đổi)” do Cục Quản lý Cạnh tranh, Bộ Công thương tổ chức ngày ngày 22 tháng 6 năm 2017.
59. Vũ Quốc Thúc (1963-1964), *Kinh tế học tập 3*, Sài Gòn.
60. Bùi Nguyễn Anh Tuấn (2017), *Đánh giá tác động cạnh tranh trong vụ việc tập trung kinh tế*, Tham luận trình bày tại Hội thảo Góp ý Dự thảo LCT (sửa đổi) do Cục Quản lý Cạnh tranh tổ chức tại TP. Hồ Chí Minh, tháng 5/2017.
61. Đặng Quang Vinh (2017), *Mô hình cơ quan cạnh tranh Kinh nghiệm một số nước và khuyến nghị*, tham luận trình bày tại Hội thảo "Mô hình cơ quan cạnh tranh trong Dự thảo LCT (sửa đổi) theo Kinh nghiệm Úc" do Viện Nghiên cứu Kinh tế Trung ương (CIEM) tổ chức tại TP. Hồ Chí Minh, ngày 22/6/2017.
62. Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn (2006), *PLCT tại Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.
63. M.I.Voncop (1987), *Từ điển Kinh tế chính trị học*, Nxb. Tiến bộ.

TIẾNG NƯỚC NGOÀI

64. Abel M. Mateus and Teresa Moreira (edited, 2007), *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, Kluwer Law, Netherlands.
65. Andrew J. Sherman, Milledge A. Hart (2006)., *Mergers & Acquisition From A to Z*, Sách này đã được dịch sang tiếng Việt, “Mua lại và sáp nhập từ A đến Z”, Nxb. Tri Thức, năm 2009.
66. Barry J Rodger and Angus MacCulloch (4th ed, 2009), *Competition Law in the EC and UK*, Routledge-Cavendish.
67. Barry J Rodger and Angus MacCulloch (4th ed, 2009), *Competition Law and Policy in the EC and UK*, Routledge Cavendish Publishing, UK.
68. David Pender (2006, Bài phát biểu tại Tọa đàm về mối quan hệ giữa cơ quan quản lý cạnh tranh và cơ quan điều tiết ngành tại Việt Nam, ngày 23/08/2006 tại Hà Nội.
69. Dominique Brault (2004), *Politique et Pratique du Droit de la Concurrence en France*, Nxb. L.G.D.J. Bộ sách này đã được dịch sang tiếng Việt: Dominique Brault (2006), *Chính sách và thực tiễn PLCT của Cộng hòa Pháp*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
70. Dudley F. Fegrum (1965), *Public regulation of Business*.
71. Femi Alese (2008), *Federal Antitrust and EC Competition Law Analysis*, Ashgate Publishing.
72. Frederic M. Scherer and David Ross (3rd ed, 1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company
73. Gordon Bootie (2015), *The Need for Discretion in the Application of Competition Law, International Harmonization of Competition Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands.
74. Herbert Hovenkamp (3rd ed, 2005), *Federal and Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson West.
75. John C Cook and Christophe S Kerse (3rd, 2006), *EC Merger Control*, Sweet & Maxwell. Jonathan Green and Gianandrea Staffiero (2007), ‘Economics of Merger Control’ in *The 2007 Handbook of Competition Economics: Global Competition Review Special Report*.
76. Jones and Suffrin (2011), *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press.

77. Julie Nicole Clarke, *The International Regulation of Transnational Mergers* (2010), PhD Thesis, Queensland University of Technology.
78. Lars-Hendrik Röller, Johan Stennek and Frank Verboven (2006), 'Efficiency Gains from Mergers' in Fabienne Ilzkovitz and Roderick Meiklejohn (eds) (2007), *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?*, Edwards Edgar Publishing.
79. O. Lee Reed, Peter J. Shedd, Jere W. Morehead and Robert N. Corley (12th edition, 2002), *The Legal and Regulatory Environment of Business*, McGraw - Hill Book Company.
80. Paul Craig and Crainne de Burca (4th, 2008), *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press.
81. R H Bork (1978), *The Antitrust Paradox*, Free Press.
82. Richard D Irwin (8th edition, 1991), *Business Law and Regulatory Environment: Concepts and Cases*, McGraw-Hill.
83. S Bishop, A Lofaro and F Rosati (2006), 'Turning the Tables: Why Vertical and Conglomerate are Different?' *European Competition Law Review* 27 (7).
84. Thomas E. Kauper (2000), 'Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations', *St. John's Law Review*, Vol 74(2).
85. Tran Hoang Nga (2011), *Regulations against Abusive Pricing - A Comparison of EU, US and Vietnamese Laws and an Application of its Results to Vietnam*, Doctoral Thesis, Ho Chi Minh City University of Law and Lund University.
86. Tran Thang Long (2011), *The Application of Competition Law to Anti - Competitive Behaviours of State Monopolies - A Comparative Perspective*, PhD Thesis, La Trobe University. Tài liệu truy cập tại địa chỉ: <http://arrow.latrobe.edu.au/store/3/4/9/4/2/public/MasterVersion.pdf>.
87. William M. Landes và Richard A. Posner (1981), Market Power in Antitrust Cases, *Harvard Law Review*, Vol. 94, No. 5.
88. Wolf Sauter (1997), *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford University Press.
89. Бурганов Р. А. (2004), *Экономическая концентрация (Теория и хозяйственная практика): Дис.д-ра экон. наук*, Москва. (Burganov R.A (2004), *Tập trung kinh tế (Lý thuyết và thực tiễn kinh tế)*, Luận án Tiến sĩ khoa học kinh tế, Moskva).

90. Ковалькова М.В. (2005), *Государственный антимонопольный контроль в российском и американском праве: Сравнительно-правовой аспект*, Дис.канд. юрид. наук. Ставрополь. (Kovalkova M.V. (2005), *Kiểm soát chống độc quyền nhà nước trong luật Nga và Hoa Kỳ: từ góc độ so sánh luật*, Luận án Tiến sĩ Luật, Stavropol).
91. Павлов С. А. (2011), *Государственный антимонопольный контроль экономической концентрации в Российской Федерации, Соединенных Штатах Америки и Европейском Союзе: Сравнительно-правовой анализ*, Дис. канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, (Pavlov S. A (2011), *Kiểm soát chống độc quyền nhà nước đối với tập trung kinh tế tại Liên bang Nga, Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu: phân tích so sánh luật*, Luận án Tiến sĩ Luật, Rostov na Don).
92. Тотьев К. Ю. (2003), *Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополии): Учебник для вузов. 2-е изд, перераб. и доп. - М. Изд-во РДЛ. 2003. (Totiev K. Yu (2003), *LCT (Pháp luật điều chỉnh hoạt động của các chủ thể cạnh tranh và độc quyền)*, Sách giáo khoa cho các trường đại học, tái bản lần thứ hai có sửa chữa và bổ sung, Moskva, Nxb. RDL).*

C. WEBSITE

93. <http://www.asean.org>
94. <https://www.ccs.gov.sg>
95. <http://www.cea.fi>
96. <http://www.china.org.cn>
97. <http://documents.worldbank.org>
98. <http://duthaoonline.quochoi.vn>
99. <http://dspace.nbu.gov.ua>
100. <http://eur-lex.europa.eu>
101. <http://eng.kppu.go.id>
102. <http://hoinhapkinhte.gov.vn>
103. <http://qlct.gov.vn>
104. <https://www.ftc.gov>
105. <http://www.globalcompetitionforum.org>
106. <http://www.jftc.go.jp>
107. <https://www.legifrance.gouv.fr>

108. <https://www.legislation.gov.au>
109. <http://www.nber.org>
110. <http://www.oecd.org>
111. <http://www.officialgazette.gov.ph>
112. <http://siteresources.worldbank.org>
113. <http://tapchicongthuong.vn>
114. <http://tcdcpl.moj.gov.vn>
115. <http://unctad.org>
116. <http://uristinfo.net>
117. <http://www.vca.gov.vn>
118. <http://www.vibonline.com.vn>
119. <http://vnclp.gov.vn>
120. <http://vnr500.com.vn>
121. <http://www.wipo.int>