

PHÂN TÍCH SO SÁNH VỀ THẨM ĐỊNH SƠ BỘ VỤ SÁP NHẬP DOANH NGHIỆP QUA TIẾP CẬN CỦA VIỆT NAM, NHẬT BẢN VÀ CHÂU ÂU

TRƯƠNG TRỌNG HIẾU

Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh
Faculty of Economic and Law, University of Economics and Law,
Vietnam National University Ho Chi Minh City
Email: hieutt@uel.edu.vn

Tóm tắt

Đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh của vụ sáp nhập doanh nghiệp là một trong những điểm mới quan trọng được bổ sung bởi Luật Cạnh tranh năm 2018. Theo đó, quy trình thẩm định vụ việc diễn ra trong hai bước: thẩm định sơ bộ và thẩm định chính thức. Tuy có chức năng và nội dung riêng, các bước thẩm định đều nhằm đánh giá tác động cạnh tranh của vụ sáp nhập. Hiện nay, quy định về thẩm định sơ bộ vụ sáp nhập khá đơn giản, chủ yếu tập trung vào việc xác định các tiêu chí an toàn cho vụ sáp nhập được thông báo. Kinh nghiệm rà soát sáp nhập của các nước cho thấy sự khác biệt và vì vậy có nhiều hàm ý cho quá trình thực thi và hoàn thiện pháp luật kiểm soát sáp nhập của Việt Nam.

Từ khóa: thẩm định, đánh giá tác động, kiểm soát sáp nhập, Luật Cạnh tranh, hạn chế cạnh tranh

Abstract

An adoption of merger assessment is one of the most critical changes in the Vietnamese 2018 Competition law. The appraisal procedure includes two phases: the preliminary appraisal and the official appraisal. Though there are particular functions and contexts, all the proceedings aim to assess anti-competitive impacts raised by the notified mergers. However, the rule of the preliminary appraisal is currently quite simple, mainly inclines to seek the safe harbour to approve the reviewed merger. Other countries' experiences on merger review supply diverse and therefore contribute to Vietnam some lessons on implementation and improvement of merger regulation.

Keywords: appraisal, merger assessment, merger regulation, merger control, competition law, competition restraint

Ngày nhận bài: 21/11/2020

Ngày duyệt đăng: 15/01/2021

Luật Cạnh tranh năm 2018 chính thức có hiệu lực kể từ ngày 1/7/2019. Đây là đạo luật có nhiều sửa đổi, bổ sung so với Luật Cạnh tranh năm 2004. Một trong những bổ sung quan trọng của Luật Cạnh tranh năm 2018 là quy định về đánh giá tác động của vụ sáp nhập doanh nghiệp.¹ Theo đó, một vụ sáp nhập, dù đã được thông báo, sẽ bị cấm khi và chỉ khi vụ việc đó “gây tác động hoặc có khả năng tác động

¹ Thực tế, Luật Cạnh tranh năm 2018 điều chỉnh về “tập trung kinh tế”. Tuy nhiên, nội dung quy định hướng đến các hiện tượng có thể tạo ra sức mạnh thị trường (*market power*) hơn là các hoạt động tạo ra sức mạnh kinh tế quá mức (*economic power*).

ĐỐI CHIẾU VỚI NHẬT BẢN VÀ EU, HAI HỆ THỐNG PHÁP LUẬT NÀY CŨNG CÓ CÁCH GỌI CÁC NHAU VỀ ĐỐI TƯỢNG PHÁP LÝ CẦN ĐƯỢC ĐIỀU CHỈNH NÀY. CỤ THỂ, EU ĐƯA RA QUY ĐỊNH ĐỂ “KIỂM SOÁT HIỆN TƯỢNG TẬP TRUNG” (*control of concentration*) VÀ NHẬT BẢN THÌ ĐIỀU CHỈNH VỀ HIỆN TƯỢNG “LIÊN KẾT KINH DOANH” (*business combination*). DÙ VẬY, CẢ HAI HỆ THỐNG PHÁP LUẬT NÀY ĐỀU DÙNG THUẬT NGỮ “SÁP NHẬP” (*merger*) HAY “KIỂM SOÁT SÁP NHẬP” (*merger regulation*) SAU ĐÓ THỐNG NHẤT QUY CHẾ PHÁP LÝ. CẦN LƯU Ý THÊM LÀ Ở NHẬT BẢN, “SÁP NHẬP” KHÁC VỚI “GENERAL CONCENTRATION” - LÀ HIỆN TƯỢNG TẬP TRUNG KINH TẾ MÀ PHÁP LUẬT CHỐNG ĐỘC QUYỀN NHẬT BẢN HIỆN CŨNG ĐANG KIỂM SOÁT, BẰNG MỘT QUY CHẾ KHÁC. VỚI NHỮNG LÝ DO ĐÓ, BÀI VIẾT SỬ DỤNG THUẬT NGỮ “SÁP NHẬP” LÀM THUẬT NGỮ CHUNG ĐỂ GỌI TÊN HIỆN TƯỢNG PHÁP LUẬT THUỘC ĐỐI TƯỢNG NGHIÊN CỨU CỦA BÀI VIẾT.

hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam”.² Cụ thể, quy trình thẩm định vụ việc bao gồm hai bước: Thẩm định sơ bộ và thẩm định chính thức. Dù có mối quan hệ gắn kết, mỗi bước thẩm định có chức năng và nội dung thực hiện riêng. Các quy định này một lần nữa được cụ thể hóa tại Nghị định số 35/2020/NĐ-CP ngày 24/3/2020 vừa được ban hành và có hiệu lực.³ Tuy nhiên, chính nội dung hướng dẫn tại Nghị định số 35/2020/NĐ-CP đã bổ sung nhiều góc nhìn mới về bản chất của bước thẩm định sơ bộ vụ việc sáp nhập. Theo quy định tại văn bản này, nội dung thẩm định vụ sáp nhập ở bước đầu tiên chỉ tập trung xác định tiêu chí an toàn để thông qua vụ việc.⁴ Nếu nằm ngoài vùng tiêu chuẩn an toàn đó, vụ việc chuyển sang giai đoạn thẩm định chính thức và quá trình thẩm định vụ việc, nếu có, sẽ “chính thức” thuộc ở giai đoạn đánh giá thứ hai đó.⁵

Kinh nghiệm của các nước, cụ thể là Nhật Bản và các nước Liên minh châu Âu, cũng cho thấy quyết định xử lý vụ sáp nhập doanh nghiệp chỉ được đưa ra sau khi đã được rà soát. Quy trình rà soát cũng thường bao gồm hai bước với thủ tục chặt chẽ tương ứng. Trong đó, hoạt động đánh giá tác động đối với cạnh tranh của một vụ sáp nhập cũng diễn ra ngay cả ở công đoạn rà soát đầu.

1. Thẩm định sơ bộ vụ sáp nhập doanh nghiệp ở Việt Nam

Nội dung thẩm định sơ bộ vụ sáp nhập chính thức được quy định tại Điều 36 Luật Cạnh tranh năm 2018. Ngoài ra, một số nội dung hướng dẫn chi tiết cũng đã được đề cập tại Điều 14 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh. Theo đó, quá trình thẩm định sơ bộ vụ sáp nhập ở Việt Nam có một vài điểm lưu ý sau:

Một là, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia (UBCTQG), cụ thể là cơ quan điều tra, có 30 ngày kể từ ngày tiếp nhận đầy đủ hồ sơ thông báo để tiến hành thẩm định. Về nguyên tắc, đây là vòng rà soát đầu tiên, mang tính “sơ bộ”. Tuy nhiên, kết thúc khoảng thời gian 30 ngày nói trên (không được gia hạn), UBCTQG buộc phải công bố kết quả thẩm định cho vòng rà soát đầu tiên.⁶ Quyết định đó thậm chí có thể là quyết định xử lý cuối cùng đối với vụ sáp nhập được rà soát. Trong trường hợp không có bất cứ thông báo nào về kết quả thẩm định được đưa ra, vụ việc sáp nhập mặc nhiên được phép thực hiện và UBCTQG không còn quyền mở tiếp vòng thẩm định tiếp theo sau đó.⁷

Hai là, quá trình thẩm định sơ bộ sẽ đánh giá tác động của vụ sáp nhập doanh nghiệp dựa trên ba yếu tố: thị phần kết hợp của doanh nghiệp

² Điều 30 Luật Cạnh tranh năm 2018.

³ Điều 36, 37 Luật Cạnh tranh năm 2018, Điều 14, 15 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP.

⁴ Điều 14 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP.

⁵ Điều 36, 37 Luật Cạnh tranh năm 2018; Điều 14, 15 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP.

⁶ Khoản 2 Điều 36 Luật Cạnh tranh năm 2018; khoản 2 Điều 14 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP.

⁷ Khoản 3 Điều 36 Luật Cạnh tranh năm 2018.

sáp nhập, mức độ tập trung thị trường và mối quan hệ giữa các bên trong chuỗi sản xuất, phân phối. Nghị định số 35/2020/NĐ-CP đã cung cấp các thông số lượng hóa các yếu tố này.⁸ Tuy nhiên, các tiêu chuẩn được đưa ra tại Nghị định chưa phản ánh rõ “thẩm định”. Về cơ bản, nhóm các tiêu chí nói trên chỉ nhằm để thiết lập một khung an toàn loại trừ các trường hợp mà một vụ sáp nhập không cần phải rà soát tiếp tục. Nội dung tiếp theo minh chứng rõ hơn nhận định này.

Ba là, theo quy định, thẩm định sơ bộ có thể sẽ kết thúc với một trong hai loại quyết định: (i) chấp nhận vụ sáp nhập được thông báo, hoặc (ii) mở thủ tục thẩm định chính thức để tiếp tục đánh giá tác động của vụ việc. Điều này cũng có nghĩa, một quyết định cấm thực hiện vụ sáp nhập sẽ không được UBCTQG đưa ra ở giai đoạn thẩm định sơ bộ. Thậm chí, nguy cơ tác động gây hạn chế cạnh tranh cũng không được đưa ra, và các biện pháp khắc phục sáp nhập cũng không được áp dụng ở giai đoạn này.⁹

Như đã nói, thẩm định sơ bộ vụ sáp nhập theo quy định hiện tại không mang tính “thẩm định”. Mục tiêu đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh trong giai đoạn này thiên về thao tác đối chiếu với không gian an toàn mà một kế hoạch sáp nhập được tiếp tục thực hiện. Nếu không thuộc trường hợp được thực hiện, vụ sáp nhập sẽ được chuyển sang giai đoạn thẩm định chính thức. Bảng thống kê về các tiêu chuẩn được hạn định cho thấy, những thông số về thị phần và tổng bình phương mức thị phần của các doanh nghiệp (HHI)¹⁰ tương ứng là cơ sở để UBCTQG đưa ra kết luận thẩm định sơ bộ. Đương nhiên, những thông số này có thể được tìm thấy bằng thủ tục điều tra.

Ngay cả tiêu chí về mối quan hệ giữa các doanh nghiệp tham gia sáp nhập trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ hoặc quan hệ đầu vào của nhau hoặc hỗ trợ cho nhau trong cùng một ngành, nghề kinh doanh, Nghị định chỉ xem đây là một cơ sở phân loại vụ việc sáp nhập. Từ sự phân loại đó, quy định đặt ra chuẩn thị phần áp dụng riêng cho vụ sáp nhập. Nói cách khác, khả năng tác động của vụ sáp nhập trong trường hợp các bên doanh nghiệp tham gia vụ việc có mối quan hệ gắn kết đã không được chú tâm để phân tích. Thẩm định sơ bộ vụ sáp nhập theo quy định hiện hành vì vậy khá giản đơn.

⁸ Khoản 1 Điều 36 Luật Cạnh tranh năm 2018; khoản 2 Điều 14 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP.

⁹ Điều 41, 42 Luật Cạnh tranh năm 2018.

¹⁰ Là thông số được viết tắt từ thuật ngữ tiếng Anh là Herfindahl-Hirschman Index. Theo đó, $HHI = S_1^2 + S_2^2 + \dots + S_n^2$. Trong đó: S_1, \dots, S_n là mức thị phần tương ứng của doanh nghiệp thứ 1 đến doanh nghiệp thứ n. Ví dụ: Nếu trên cùng một thị trường liên quan có 3 doanh nghiệp có thị phần tương ứng là 30%, 30% và 40% thì HHI của 3 doanh nghiệp này là $30^2 + 30^2 + 40^2 = 3400$. Xem thêm: khoản 3 Điều 2 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP.

Bảng 1: Trường hợp thông qua kế hoạch sáp nhập trong thẩm định sơ bộ

Trường hợp	Tiêu chuẩn	Định lượng
1	Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp	< 20%
2	Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp (và) HHI	>= 20% < 1.800;
3	Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp (và) HHI (và) Biên độ HHI	>= 20% >1.800 < 100;
4	Mối quan hệ giữa các bên trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ (hoặc có quan hệ đầu vào của nhau hoặc hỗ trợ cho nhau trong cùng một ngành, nghề kinh doanh)(và) Thị phần của mỗi doanh nghiệp	< 20%

Nguồn: Điều 14 Nghị định 35/2020/NĐ-CP.

2. Kinh nghiệm các nước về đánh giá sơ bộ tác động của vụ sáp nhập

2.1. Nhật Bản

Theo Luật Chống độc quyền Nhật Bản (*Japanese Antimonopoly Act - JAA*), quyết định can thiệp chỉ được đưa ra đối với các vụ sáp nhập có thiên hướng gây “hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể đối với một lĩnh vực thương mại cụ thể”. Đây chính là nội dung cần được xác định trong rà soát sáp nhập ở quốc gia này. Nói cách khác, để xác định sự “hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể”, JAA cho phép Ủy ban Thương mại lành mạnh (*Japan Fair Trade Commission - JFTC*) “điều tra, xem xét và xúc tiến điều trần” đối với một kế hoạch sáp nhập.¹¹ Tất cả các công việc này xảy ra trong quá trình rà soát, sau khi thủ tục thông báo sáp nhập được mở ra bằng hồ sơ mà các bên đệ trình. Tuy nhiên, JFTC cũng có thể tầm soát và mở thủ tục rà soát các vụ sáp nhập không được thông báo bất kỳ lúc nào cơ quan phát hiện có dấu hiệu cho thấy vụ sáp nhập đó có tác động hạn chế cạnh tranh hoặc có ảnh hưởng đến doanh nghiệp đối thủ và người tiêu dùng.¹²

Theo JAA, điều tra là công đoạn bắt buộc.¹³ JFTC chỉ định điều tra viên tham gia trong số các nhân viên của cơ quan này.¹⁴ Các điều tra viên theo đó thu thập thông tin liên quan đến vụ việc, và đương nhiên, họ có thể yêu cầu các bên cung cấp thông tin. Ngoài ra, cơ quan nhà nước và các tổ chức, đơn vị và cá nhân khác cũng có thể được yêu cầu hỗ trợ.¹⁵ JFTC thậm chí còn có thể đưa ra các biện pháp mạnh hơn để có thể có được kết quả điều tra, gồm:

(i) Yêu cầu nhân chứng hoặc những người có liên quan đến vụ việc báo

¹¹ Akira Inoue, *Antitrust Enforcement in Japan: History, Rhetoric and Law of the Antimonopoly Act*, Japan: Dai Ichi Hoki Co., Ltd., 2012, p. 192.

¹² “The JAA”. Art. 45. 1.

¹³ “The JAA”. Art. 45.2.

¹⁴ “The JAA”. Art. 47. 2.

¹⁵ “The JAA”. Art. 40, 41.

cáo, trình bày quan điểm, và thậm chí đối thoại trực tiếp với ban điều tra;

(ii) Yêu cầu các chuyên gia nhận định và cho ý kiến;

(iii) Yêu cầu những người đang nắm giữ tài liệu, vật chứng có liên quan cung cấp tài liệu, vật chứng và tất cả các tài liệu, vật chứng đó được lưu giữ tại JFTC;

(iv) Các điều tra viên có thể đến văn phòng kinh doanh của các bên có liên quan đến vụ việc hoặc thâm nhập các cơ sở cần thiết khác để thẩm tra điều kiện vận hành hoạt động kinh doanh, tài sản, tài liệu và các trang thiết bị khác.¹⁶

Ở Nhật Bản, quy trình rà soát vụ việc sáp nhập cũng diễn ra ở hai công đoạn. Công đoạn đầu tiên chính là quá trình đánh giá sơ bộ tác động của vụ việc đến cạnh tranh. Đây là công đoạn được mở ra cùng với thời điểm mở ra thủ tục thông báo. Chính xác hơn, rà soát sơ bộ được bắt đầu ở thời điểm mà các bên đệ trình hồ sơ thông báo và JFTC tiếp nhận hồ sơ đó.¹⁷

Từ thời điểm đó, The JFTC có 30 ngày để tiến hành rà soát vụ việc. Tuy nhiên, theo yêu cầu bằng văn bản của các bên, khoảng thời gian này có thể được rút gọn nếu cần thiết.¹⁸ Quy định này được đánh giá là khá hữu ích vì khoảng thời gian rà soát bị tiêu tốn nhiều có thể sẽ ảnh hưởng đến kế hoạch sáp nhập của doanh nghiệp. Điển hình như, đối với các kế hoạch mua bán và hoán đổi cổ phần, khoảng thời gian này kéo dài có thể ảnh hưởng đến việc bảo mật và hoàn tất sớm giao dịch.¹⁹

Về nguyên tắc, các bên không được tiếp tục thực hiện và hoàn tất hợp đồng trong khoảng thời gian chờ đợi.²⁰ Ngược lại, JFTC có quyền đưa ra cáo buộc vi phạm và khẩn cấp đề nghị Tòa án quận Tokyo đưa ra quyết định yêu cầu các bên “dừng thực hiện quyền bỏ phiếu hoặc triển khai các hoạt động kinh doanh với vai trò là nhân viên công ty”.²¹ Tuy nhiên, tình trạng tạm dừng vụ việc chỉ có giá trị trong vòng 30 ngày chờ đợi ở vòng rà soát sơ bộ. JAA không đề cập việc các bên có quyền thực hiện các kế hoạch sáp nhập trong lúc vụ việc tiếp tục được rà soát sau đó hay không. Tuy vậy, trên thực tế chưa có trường hợp nào như vậy đã từng xảy ra.²²

Vòng rà soát đầu tiên sẽ kết thúc với một trong ba phương án sau được đưa ra. Một là, nếu vụ sáp nhập không có khả năng gây tác động xấu, JFTC sẽ không ban hành lệnh cấm.²³ Tuy nhiên, thay vì một lệnh cấm, vòng rà soát này có thể kết thúc bằng bản đồng thuận phán quyết tự nguyện (*voluntary consent*

¹⁶ “The JAA”. Art. 47(1).

¹⁷ “The JFTC’s Policies Concerning Procedures of Review of Business Combination”. Be amended in 2015, 2018, and 2019, 14 Jun. 2011. Sec. 3.1.

¹⁸ “The JAA”. Art. 10, 15, 15-2, 15-3 and 16; “The JFTC’s merger review procedure.” Sec. 3.2 and the Attachment section.

¹⁹ Inoue, *Antitrust Enforcement in Japan* 277.

²⁰ “The JFTC’s merger review procedure,” 2. Sec. 3.2.

²¹ “The JAA.” Art. 70-4.

²² Nishimura and Asahi, “Japan law and practice.” Sec. 2.15.

²³ “The JFTC’s merger review procedure.” Sec. 3.3.

agreement) giữa JFTC và doanh nghiệp tham gia sáp nhập. Doanh nghiệp thông báo theo đó phải thực hiện theo đúng nội dung đồng thuận này.²⁴ Tuy nhiên, trường hợp này thuộc phương án xử lý tiếp sau. *Hai là*, đó là phương án được JFTC đưa ra khi phát hiện có tác động xấu gây ra từ vụ sáp nhập. Trong trường hợp này, giải pháp ưu tiên sử dụng là thủ tục đồng thuận phán quyết. JFTC trước hết đưa ra những khuyến nghị về những biện pháp khắc phục hậu quả của vụ sáp nhập và thỏa thuận với doanh nghiệp thông báo sáp nhập.²⁵

Về nguyên tắc, một quyết định ngăn chặn có thể được đưa ra khi phát hiện những tác động tiêu cực của vụ sáp nhập. Trong trường hợp phát hiện sai phạm, JFTC theo đó có thể đưa vụ việc ra Tòa.²⁶ Tuy nhiên, trên thực tế, đây cũng không phải là giải pháp được JFTC thường xuyên lựa chọn.²⁷ Điều đáng nói là, với sự xuất hiện của cơ chế đồng thuận phán quyết, đây không phải là lựa chọn tiếp tục được duy trì trong hướng dẫn của JFTC.²⁸

Thực ra, quy tắc và chính sách về thủ tục đồng thuận phán quyết vừa được Nhật Bản bổ sung và thông qua vào ngày 26/9/2018. *Giải pháp tự nguyện thông qua sự đồng thuận giữa JFTC và các doanh nghiệp* này hình thành trên cơ sở những kết luận của Hiệp định TPP (*the Trans-Pacific Partnership Agreement*) và Thỏa thuận nhận biết và thúc đẩy thực hiện Hiệp định đó (*the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*). Quan trọng hơn, đó là cách mà JFTC nỗ lực “*tạo ra cơ chế thực thi JAA hiệu quả*”.²⁹

Với các chính sách mới này, doanh nghiệp tham gia sáp nhập có thêm phương án lựa chọn hữu hiệu cho các thương vụ sáp nhập của họ.³⁰ Theo logic, thủ tục này mở ra cơ hội để các bên có thể tự nguyện đệ trình các biện pháp khắc phục sáp nhập cần thiết cho các tác động xấu được JFTC chỉ ra. JFTC trong trường hợp đó sẽ đánh giá hiệu quả của các biện pháp khắc phục được đề nghị trong lúc phải lựa chọn phương án ngăn cản vụ sáp nhập. Nói cách khác, với một thủ tục mới vừa được bổ sung, biện pháp khắc phục phù hợp sẽ được đánh giá kèm theo với phương án xử lý vụ sáp nhập. Kết quả, đồng thuận phán quyết có thể được đưa ra khi mà các biện pháp khắc phục đó có khả năng loại bỏ những mối nguy hại của vụ sáp nhập.³¹

Cuối cùng, đó là phương án chuyển vụ việc qua giai đoạn rà soát chính thức. Phương án này được áp dụng khi JFTC cho rằng, quá trình đánh giá tác

²⁴ “The JAA”. Art. 48-2 - 48-9; “The JFTC’s merger review procedure”, Sec. 3.3; “The JFTC’s Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc.,” Be revised in 2018, 1 Sep. 1953.

²⁵ “The JFTC’s merger review procedure” Sec. 3.3.

²⁶ “The JAA”. Art. 48-2 - 48-9; “The JFTC’s merger review procedure”; “The JFTC’s rules for notification - Rule No. 1”, Sec. 3.3.

²⁷ James D. Fry, “Struggling to Teethe: Japan’s Antitrust Enforcement Regime”, *Law and Policy in International Business*. 32.4, 2001, p. 836.

²⁸ “The JFTC’s merger review procedure,” Sec. 3.3.

²⁹ “The JFTC’s Policies Concerning Commitment Procedures,” 26 Sep. 2018.

³⁰ Nishimura and Asahi, “Japan law and practice.” Sec. 9.1.

³¹ “The JFTC’s Policies Concerning Commitment Procedures”; Sec. 5. “The JFTC’s merger review procedure.”

động cần được tiếp tục thực hiện một cách chi tiết và kỹ lưỡng hơn. Đương nhiên, để rà soát có kết quả và hiệu quả, JFTC được quyền yêu cầu các bên bổ sung báo cáo và cung cấp thêm thông tin.³²

Điều đáng nói là để có thể có được một trong các phương án nêu trên, JFTC vẫn phải tiến hành đánh giá tác động của vụ sáp nhập trong rà soát sơ bộ. JFTC thực ra cũng đã thiết lập tiêu chuẩn an toàn cho các vụ sáp nhập. Các tiêu chuẩn này được xây dựng và sửa đổi dựa trên việc đánh giá cẩn trọng hầu hết các vụ việc đã được rà soát nhằm tránh tạo ra một “vùng an toàn phức hợp” và không để các thương vụ vượt khỏi vòng kiểm soát.³³

Tiêu chuẩn xác định vùng an toàn cho các vụ sáp nhập được phân định giữa nhóm sáp nhập theo chiều ngang và nhóm sáp nhập còn lại. HHI đóng vai trò là tiêu chí trụ cột và các thông số được áp dụng cũng đã được tính toán dựa vào các vụ việc cũ.³⁴ Đối với vụ sáp nhập theo chiều ngang và hỗn hợp, thị phần của doanh nghiệp cũng được sử dụng bổ sung. Tuy nhiên, kết luận đánh giá vẫn phải dựa vào bối cảnh cụ thể của từng vụ việc.³⁵ Bảng hướng dẫn rà soát sáp nhập của JFTC cũng cho rằng, một vụ sáp nhập có các thông số HHI thuộc tiêu chuẩn an toàn cũng chưa “mặc nhiên được xem là không có tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể”. Trong một số trường hợp, tác động xấu đến cạnh tranh vẫn có thể xảy ra. Điển hình như các vụ sáp nhập mà các bên doanh nghiệp nắm giữ tài sản thuộc sở hữu trí tuệ hoặc dữ liệu. Thị phần thấp dẫn đến HHI chưa thể phản ánh đúng mức độ cạnh tranh của các doanh nghiệp này trên thị trường. Do đó, điều quan trọng là phải xem xét tác động thật sự của vụ việc, và rà soát vụ việc sáp nhập thuộc tiêu chuẩn an toàn vì vậy vẫn phải tiếp tục.

2.2. Liên minh châu Âu

Đối với Liên minh châu Âu, quy trình điều tra và thẩm định vụ việc sáp nhập được thông báo cũng diễn ra theo hai bước với hai loại thủ tục chặt chẽ.³⁶ Đối với bước rà soát đầu tiên, Ủy ban châu Âu có 25 ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ thông báo đầy đủ để đưa ra quyết định chính thức cho bước thẩm định này. Trong trường hợp Ủy ban châu Âu cần phải chờ các quốc gia thành viên gửi yêu cầu chuyển giao vụ việc về nước họ rà soát, thời gian có thể kéo dài lên đến 35 ngày làm việc. Tuy nhiên, về nguyên tắc, vụ

³² “The JFTC’s merger review procedure.” Sec. 3.3.

³³ Uesugi Akinori, “Where Japanese Competition Policy is going: Prospect and Reality of Japan”, The JFTC’s Secretary-General Speech before the 31st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (Fordham Corporate Law Institute, New York) presented at: *the Fordham Corporate Law Institute The 31st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute, New York, 7 Oct. 2004, p. 17.

³⁴ “The JFTC’s Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning the review of business combination.” Be updated in 2006, 2007, 2009, 2010, 2011, and 2019 (JFTC, 31 May 2004) 23–24 Part. IV.1(3).

³⁵ “JFTC’s Merger Guidelines” 20. Part IV.1(3).

³⁶ The EU has established the two-stage procedure since 2005. Xem Philip Lowe, “The Design of Competition Policy Institutions for the 21st Century: The Experience of the European Commission and DG Competition”, *Competition Policy Newsletter*, 3, 2008, p. 7.

việc sẽ được Ủy ban tranh thủ rà soát sớm nhất có thể. Đồng thời, cơ quan này có thể sớm đưa ra quyết định thông qua vụ việc nếu những nghi vấn về những tác động xấu của vụ việc không còn.³⁷

Cụ thể, vụ việc sẽ được thông qua ngay trong vòng rà soát đầu tiên nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây: (i) Vụ sáp nhập không thuộc phạm vi kiểm soát của pháp luật kiểm soát sáp nhập châu Âu; (ii) Vụ việc không tạo ra những nghi vấn thật sự về mức độ phù hợp của nó với thị trường chung; (iii) *Vụ sáp nhập không làm thuyên giảm mức độ cạnh tranh hiệu quả một cách đáng kể.*

Cần lưu ý là, đối với trường hợp (ii) và (iii), Ủy ban châu Âu có thể đặt ra giới hạn hoặc có những điều chỉnh nhằm bảo đảm rằng vụ sáp nhập được thông báo không tiếp tục gây ra những nghi ngại về khả năng ảnh hưởng đến cạnh tranh. Ngược lại, Ủy ban cũng có thể rút lại quyết định nếu như một trong các bên sáp nhập trước đó cung cấp thông tin không đúng, đặc biệt là có biểu hiện “giả dối” (*deceit*) hoặc không thực hiện đúng các nghĩa vụ.³⁸

Đối với các vụ sáp nhập có thể gây “nghi vấn nghiêm trọng về mức độ tương thích của nó với thị trường chung,” quy trình rà soát tiếp tục được thúc đẩy. Do đó, Ủy ban sẽ chuyển vụ việc sang vòng rà soát thứ hai. Tuy nhiên, trên thực tế, hầu hết các vụ việc được giải quyết ở vòng rà soát đầu tiên, và quy trình rà soát sâu (*in-depth review*) chỉ mở ra đối với một số lượng nhỏ các vụ sáp nhập phức tạp.³⁹

Điều đáng chú ý là các vấn đề cạnh tranh cũng có thể được xác định ở vòng rà soát đầu tiên. Biện pháp khắc phục vì vậy có thể được áp dụng ngay ở giai đoạn này. Như thường lệ, các bên sẽ đệ trình các biện pháp (có thể được điều chỉnh sau này) và tiến hành thương lượng với Ủy ban. Thực tế, bên thông báo vụ việc có thể có các cuộc tiếp xúc và thảo luận với Ủy ban.⁴⁰

Điều này có nghĩa, Ủy ban không tự mình “đơn phương đặt ra các điều kiện” trong quyết định xử lý vụ việc của mình,⁴¹ dù khó có thể phủ nhận rằng

³⁷ “Council Regulation (EC) No 139/2004 on the Control of Concentration between Undertakings” (Official Journal of the European Union, 20 Jan. 2004) Art. 10(1)-(3), 19(1); “Council Regulation (EC) No 802/2004 implementing Council Regulation on the control of concentrations” (Official Journal of the European Union, 7 Apr. 2004) Art. 5; Laitenberger Johannes, “Making Merger Review Work” in Juliane Kokott (ed.), Petra Pohlmann, and Romina Polley, *European, German and International Antitrust Law*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Cologne, 2018, p. 474, https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/jl_schroeder_article_en.pdf, truy cập ngày 13/2/2020.

³⁸ “EU Merger Regulation 2004,” Art. 2, 6 and 8.

³⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* (Sixth Ed.), Text, Cases, and Materials, Oxford, New York: Oxford University Press, 2016, p. 1128; Nicholas Levy, “EU Merger Control: From Birth to Adolescence”, *World Competition*, 26.2, 2003, p. 198.

⁴⁰ “Commission notice 2008/C 267/01 on remedies” (Official Journal of the European Union, 2008) at p. 78; “The 802/2004 Implementing Merger Regulation” Art. 19(1); DG Competition (EU Commission), “Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings”, *DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings 20/01/2004*, p. 33, <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>, truy cập ngày 13/2/2020; Xem “EU Merger Regulation 2004” Art. 6(1), 10(1).

⁴¹ “EU Remedies Notice 2008” at p. 6.

cơ quan này có “ảnh hưởng sâu” đến việc áp dụng biện pháp khắc phục.⁴² Ngoài ra, các bên sáp nhập cũng có thể mang vụ việc ra Tòa án châu Âu để biểu đạt ý đồ và tìm kiếm cách tiếp cận tương tự, và đặc biệt là để Tòa yêu cầu Ủy ban xác nhận phán quyết.⁴³

Tương tự với Nhật Bản, Liên minh châu Âu với trình tự thủ tục chặt chẽ của mình cũng mong muốn tìm kiếm “liều thuốc giải” hiệu nghiệm cho các vụ sáp nhập có vấn đề.⁴⁴ Quy trình rà soát sẽ bao gồm cả công đoạn đánh giá mức độ phù hợp của các biện pháp khắc phục theo khía cạnh liệu các biện pháp khắc phục đó có khả năng loại bỏ các tác động chống cạnh tranh được tìm thấy hay không.⁴⁵

Thực ra, các đề xuất biện pháp khắc phục thường được đưa ra ở vòng rà soát đầu tiên, và tiếp tục thảo luận, điều chỉnh để đi đến các cam kết tuân thủ ở vòng rà soát tiếp theo. Tuy nhiên, điều này chỉ xuất hiện ở vòng rà soát đầu tiên đối với những vụ việc đơn giản. Ủy ban khi đó không cần nhiều thời gian cũng như quá trình điều tra kỹ lưỡng để xử lý các vấn đề phát sinh.⁴⁶ Thông thường, điều đó cũng có thể xảy ra thông qua việc chuẩn y cam kết thực hiện đã được đệ trình ở bước tham vấn và không cần phải điều chỉnh nhiều, ví dụ như giải pháp rõ ràng về bán toàn bộ một hoạt động kinh doanh độc lập.⁴⁷

Vì vậy, có thể thấy, các bên cũng có thể đề xuất biện pháp khắc phục ở giai đoạn đánh giá phi chính thức. Sau đó, khi bước vào thủ tục thông báo và quy trình rà soát như luật định, các bên sẽ đệ trình bản cam kết tuân thủ. Ví dụ, trong vụ việc sáp nhập của Sonoco/Ahlstrom/JV (2004), các bên đã đưa ra bản cam kết thực hiện đầu tiên ở bước rà soát thứ nhất.⁴⁸ Thú vị hơn, trong vụ sáp nhập của Air France/ KLM (2004), Ủy ban châu Âu đã phê chuẩn thương vụ ngay ở vòng rà soát đầu, đương nhiên là với một gói phức hợp các biện pháp khắc phục.⁴⁹

Tương tự Nhật Bản, cách thức áp dụng tiêu chuẩn sáp nhập an toàn cũng cho thấy pháp luật kiểm soát sáp nhập của Liên minh châu Âu hướng đến việc đánh giá tác động của vụ sáp nhập ngay trong vòng rà soát đầu. Châu Âu sử

⁴² Giorgio Monti, *EC competition law*, Law in context Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 291.

⁴³ *EDP v. Commission* 86 (CFI 2005) at p. 105.

⁴⁴ Wolfgang Mederer, “Remedies in merger cases”, presented at *The Fifth Annual Competition Conference*, IBA, Fiesole/Florence, 2001, p.2.

⁴⁵ Wei Wang, “Merger Remedies in EU: Design under the Entire Competition Law Structure”, *Doctoral Dissertation 19/2016*, Finland: Aalto University, School of Business, Department of Accounting, p. 22, <https://aaltodoc.aalto.fi/bitstream/handle/123456789/19803/isbn9789526066387.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, truy cập ngày 13/2/2020.

⁴⁶ “EU Remedies Notice 2008” at para. 18, 81.

⁴⁷ Carles Esteve Mosso, and DG Comp, “EU merger control: How to remove anti-competitive effects?”, presented at *The 5th Global Merger Control Conference*, Paris, France, 2017.

⁴⁸ *Sonoco/Ahlstrom/JV*, 2004/C 180 (EU Commission 2004) at p. 108.

⁴⁹ *Air France/ KLM*, 2004/C 60 (EU Commission 2004) at p. 154-156; Xem Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (8th ed.), Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015, p. 867; Xem Andreas Weitbrecht, “EU Merger Control in 2004: An Overview”, *European Competition Law Review*, 26.2, 2005, p. 72.

dụng thông số thị phần và HHI để thiết lập các tiêu chuẩn này.⁵⁰ Về nguyên tắc, các tiêu chuẩn sáp nhập an toàn giúp Ủy ban châu Âu tránh phải xúc tiến thêm quy trình rà soát⁵¹ và điều tra kỹ trong những trường hợp không thật sự cần thiết.⁵² Tuy nhiên, điều tra và rà soát sáp nhập vẫn tiếp tục diễn ra đối với vụ sáp nhập thỏa mãn tiêu chuẩn an toàn bởi một số lý do, đặc biệt là khi các doanh nghiệp sáp nhập có năng lực phát triển lớn do năng lực đổi mới sáng tạo. Thậm chí, lịch sử tương tác của doanh nghiệp với đối thủ cũng được chú ý, và là lý do để cơ quan cạnh tranh châu Âu thúc đẩy các bước rà soát.⁵³ Nói cách khác, thị phần, HHI và các tiêu chuẩn sáp nhập an toàn sẽ được đánh giá dựa vào bối cảnh thực tế của từng vụ sáp nhập cụ thể.⁵⁴ ●

Tài liệu tham khảo

- [1] Uesugi Akinori, “Where Japanese Competition Policy is going: Prospect and Reality of Japan”, The JFTC’s Secretary-General Speech before the 31st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (Fordham Corporate Law Institute, New York) presented at: *the Fordham Corporate Law Institute The 31st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute, New York, 7 Oct. 2004
- [2] DG Competition (EU Commission), “Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings”, *DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings 20/01/2004*, <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>, accessed on 13/2/2020
- [3] James D. Fry, “Struggling to Teethe: Japan’s Antitrust Enforcement Regime”, *Law and Policy in International Business*. 32.4, 2001
- [4] Akira Inoue, *Antitrust Enforcement in Japan: History, Rhetoric and Law of the Antimonopoly Act*, Japan: Dai Ichi Hoki Co., Ltd., 2012
- [5] Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* (Sixth Ed.), Text, Cases, and Materials, Oxford, New York: Oxford University Press, 2016
- [6] Juliane Kokott (ed.), Petra Pohlmann, and Romina Polley, *European, German and International Antitrust Law*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Cologne, 2018
- [7] Nicholas Levy, “EU Merger Control: From Birth to Adolescence”, *World Competition*, 26.2, 2003
- [8] Philip Lowe, “The Design of Competition Policy Institutions for the 21st Century: The Experience of the European Commission and DG Competition”, *Competition Policy Newsletter*. 3, 2008
- [9] Wolfgang Mederer, “Remedies in merger cases”, presented at *The Fifth Annual Competition Conference*, IBA, Fiesole/Florence, 2001
- [10] Giorgio Monti, *EC competition law*, Law in context Cambridge: Cambridge University Press, 2007
- [11] Mario Monti, “European Competition for the 21st Century”, *Fordham International Law Journal*. 24.5, 2000
- [12] Carles Esteva Mosso, and DG Comp, “EU merger control: How to remove anti-competitive effects?”, presented at *The 5th Global Merger Control Conference*, Paris, France, 2017
- [13] Wei Wang, “Merger Remedies in EU: Design under the Entire Competition Law Structure”, *Doctoral Dissertation 19/2016*, Finland: Aalto University, School of Business, Department of Accounting.
- [14] Andreas Weitbrecht, “EU Merger Control in 2004: An Overview”, *European Competition Law Review*, 26.2, 2005
- [15] Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (8th ed.), Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015

⁵⁰ “The EU’s Guidelines on the assessment of horizontal merger” (Official Journal of the European Union, 2004) at p. 18.

⁵¹ “EU Remedies Notice 2008” at p. 77.
6(2) Merger Regulation

⁵² Mario Monti, “European Competition for the 21st Century”, *Fordham International Law Journal*. 24.5, 2000, p. 1606.

⁵³ “The EU’s Guidelines on the assessment of non-horizontal merger” (Official Journal of the European Union, 2008) at p. 26.

⁵⁴ Như trên, p. 27.