

ÁP DỤNG CHỈ SỐ HHI TRONG PHÁP LUẬT VỀ TẬP TRUNG KINH TẾ TẠI HOA KỲ, LIÊN MINH CHÂU ÂU – MỘT SỐ ĐỀ XUẤT CHO PHÁP LUẬT CẠNH TRANH VIỆT NAM

Mai Nguyễn Dũng*

Tóm tắt: Để đo lường về mức độ tập trung kinh tế trên một thị trường nhất định, người ta thường dùng các công cụ như chỉ số HHI, chỉ số C4 hay chỉ số Rosenbluth. Trong số đó, chỉ số HHI (còn gọi là Herfindahl Index hay Herfindahl – Hirschman Index) được sử dụng rộng rãi hơn cả. Tuy nhiên, tại Việt Nam, nghiên cứu về vấn đề này còn chưa nhiều. Bài viết có mục đích, thứ nhất, cung cấp cho người đọc tổng quan về chỉ số HHI, phân tích công thức tính, các ưu và nhược điểm của chỉ số này; thứ hai, giới thiệu về các quy định liên quan đến chỉ số này ở Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu (EU); thứ ba, trình bày và nhận xét về việc áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật Việt Nam về tập trung kinh tế, và cuối cùng, đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về chỉ số HHI trong việc thẩm định tập trung kinh tế.

Abstract: To measure the level of market concentration in a given market, the HHI index, C4 index, or Rosenbluth index are often be used. Among them, the HHI index (usually referred to as Herfindahl Index or Herfindahl – Hirschman Index) is the most common. However, in Vietnam, literature about this topic is still limited. The purposes of this article are, firstly, to provide readers with an overview of the HHI index, analysis of calculation formulas, advantages and drawbacks of this measure; secondly, to introduce the relevant regulations with respect to this index in the United States and the European Union (EU); thirdly, to present and assess the application of HHI index to market concentration under Vietnamese laws; and finally, to propose some suggestions to improve Vietnamese legislations regarding the HHI index in the evaluation of economic concentration.

1. Tổng quan về chỉ số HHI

Chỉ số HHI là một thước đo về mức độ tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp trên thị trường¹, phổ biến trong pháp luật về cạnh tranh, chống độc quyền và quản lý

công nghệ², đặt theo tên hai nhà kinh tế học Orris C. Herfindahl (Hoa Kỳ) và Albert O. Hirschman (Đức) vốn lần đầu tiên sử dụng vào những năm 1940³. Hiện nay, chỉ số này đang ngày càng được ghi nhận trong pháp luật và chính sách về thị trường của nhiều quốc gia và khu vực trên

* Học viên Cao học, Đại học Utrecht (Hà Lan).

¹ Stephen A. Rhoades (1993), *The Herfindahl-Hirschman Index*, Federal Reserve Bulletin, số 79/1993, tr.188.

² Catherine Liston-Hayes, Alan Pilkington, *Inventive Concentration: An Analysis of Fuel Cell Patents*, Science and Public Policy, số 1 (31)/2004, tr.15.

³ Investopedia, *HHI*, <https://www.investopedia.com/terms/h/hhi.asp>, truy cập ngày 19/11/2019.

thế giới như Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu, Nhật Bản, Hàn Quốc...

1.1. Công thức tính

Chỉ số HHI của một thị trường liên quan được xác định bằng tổng bình phương của thị phần các doanh nghiệp có trên thị trường đó, công thức:

$$HHI = n_i^2 + n_j^2 + n_k^2 + \dots$$

Trong đó, n là thị phần của một doanh nghiệp trong thị trường. Ví dụ, trên thị trường bán lẻ điện thoại, thị phần của doanh nghiệp A, B, C, D, E lần lượt là 25, 15, 40 và 20% thì chỉ số HHI trên thị trường này là 2.850. Như vậy, nếu trên một thị trường độc quyền chỉ tồn tại duy nhất một doanh nghiệp thì chỉ số HHI lúc này chạm ngưỡng tối đa là 10.000; ngược lại, trên một thị trường mà ở đó có vô số doanh nghiệp (∞) và thị phần của mỗi doanh nghiệp đều không đáng kể (xấp xỉ 0), chỉ số HHI lúc này sẽ đạt ngưỡng tối thiểu (xấp xỉ 0).

Trong các giao dịch mua bán và sáp nhập (M&A), các nhà kinh tế và nhà làm luật quan tâm đến hai yếu tố là chỉ số HHI của thị trường sau giao dịch và hệ số delta của giao dịch. Chỉ số HHI này bằng bình phương của thị phần doanh nghiệp sau giao dịch, cộng với bình phương thị phần của các doanh nghiệp khác có trên thị trường, xác định bằng công thức, với n_i, n_j, n_k lần lượt là thị phần của các doanh nghiệp tham gia vào giao dịch sáp nhập:

$$HHI = (n_i + n_j + n_k + \dots)^2 + n_x^2 + n_y^2 + n_z^2 + \dots$$

Delta được xác định bằng chênh lệch HHI giữa doanh nghiệp sau và tổng các doanh nghiệp tham gia vào giao dịch, xác định bằng công thức:

$$\Delta = (n_i + n_j + n_k + \dots)^2 - (n_i^2 + n_j^2 + n_k^2 + \dots)$$

Ví dụ, trên thị trường bán lẻ điện thoại như đã mô tả ở ví dụ trước, doanh nghiệp A tham gia vào giao dịch sáp nhập với doanh nghiệp B thì HHI của thị trường bán lẻ điện thoại sau giao dịch là $(25+15)^2 + 40^2 + 20^2 = 3600$ và delta của giao dịch là $3600 - 2850 = 750$. Delta trong trường hợp có hai doanh nghiệp tham gia giao dịch còn được tính nhanh bằng cách lấy hai nhân với tích của thị phần hai doanh nghiệp trước sáp nhập⁴.

1.2. Ý nghĩa

Về mặt kinh tế, thông qua các ví dụ trên cho thấy, chỉ số HHI của một thị trường càng cao thì mức độ tập trung kinh tế của thị trường ấy càng lớn và tiến dần tới mức độc quyền. Ngược lại, chỉ số HHI càng nhỏ cho thấy một thị trường cạnh tranh càng tiến đến ngưỡng hoàn hảo. Khi tính toán HHI, thị phần của các doanh nghiệp nhỏ có thể được bỏ qua do ảnh hưởng của các doanh nghiệp này đến chỉ số HHI của thị trường là không đáng kể. Trong khi đó, delta được xem là thước đo hữu ích cho thấy sự thay đổi về mức độ tập trung kinh tế mà giao dịch M&A mang lại⁵. Trong các giao dịch này, HHI đóng vai trò quan trọng trong việc liệu giao dịch đó có được cơ quan quản lý cạnh tranh chấp nhận hay không, bởi lẽ nó là chỉ số ban đầu khi các cơ quan này xem xét đến sự thay đổi về cấu trúc thị trường⁶,

⁴ Chú thích số 19, European Commission Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2004).

⁵ Đoạn 16, Hướng dẫn năm 2014.

⁶ Bùi Nguyễn Anh Tuấn, *Phân tích kinh tế về tác động cạnh tranh của vụ việc tập trung kinh tế (M&A)*, Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng, <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?lg=1&CateID=371&ID=1288>, truy cập ngày 20/11/2019.

theo dõi tác động tiềm tàng của việc sáp nhập và mua lại đối với một ngành công nghiệp. Nếu HHI vượt ra khỏi ngưỡng nhất định, cơ quan có thẩm quyền sẽ tiến hành một cuộc điều tra chi tiết đối với giao dịch này. Nói cách khác, đây được xem như một biện pháp định lượng mà các cơ quan quản lý về cạnh tranh có thể trích dẫn để phủ quyết một giao dịch M&A. Ngược lại, các doanh nghiệp có thể đưa chỉ số này vào lập luận của họ để chỉ ra rằng việc sáp nhập sẽ không dẫn đến yếu tố độc quyền trên thị trường liên quan⁷.

Chỉ số HHI rất nhạy cảm đối với tình trạng bất cân xứng của thị trường. Ví dụ, trên thị trường có ba doanh nghiệp với thị phần mỗi doanh nghiệp là 33% thì HHI là 3267. Trong khi nếu chỉ có một doanh nghiệp chiếm lĩnh 99% thị trường thì HHI là 9801. Đặc biệt, nghiên cứu bởi nhà kinh tế học Morris Adelman vào năm 1969 cho thấy, người ta có thể dễ dàng tính toán số lượng doanh nghiệp cần thiết có thị phần bằng nhau để cho ra bất kì một HHI nào bằng phép tính nghịch đảo của tích HHI với 0.0001⁸. Điều này sẽ hỗ trợ các nhà quản lý trong việc điều tiết và quy hoạch thị trường ở mức mà họ mong muốn. Ví dụ, để đạt mức HHI là 1250 thì số lượng doanh nghiệp trên thị trường cần có là: $1/(1250 \times 0.0001) = 8$. Một ưu điểm nữa của chỉ số HHI nằm ở tính đơn giản, bởi chỉ cần lấy bình phương của thị phần các doanh nghiệp có trên thị

trường (cho phép bỏ qua các doanh nghiệp nhỏ), bên cạnh đó, lượng dữ liệu cho phép tính này không nhiều (biến chỉ bao gồm thị phần). Tuy nhiên, đây cũng lại chính là nhược điểm bởi nó không tính đến sự phức tạp của các thị trường khác nhau theo cách cho phép đánh giá chính xác các điều kiện trong thị trường đó là cạnh tranh hoặc độc quyền⁹. Ngoài ra, chỉ số này quá phụ thuộc bởi việc dựa trên thị phần của doanh nghiệp trên một thị phần liên quan, vốn được tính toán dựa trên thị phần sản phẩm liên quan và thị phần địa lý liên quan. Việc sai lầm trong xác định thị phần có thể làm cho mục đích ban đầu của việc tính toán HHI là không thể đạt được.

2. Việc áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật về tập trung kinh tế ở Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu

2.1. Tại Hoa Kỳ

Tại Hoa Kỳ, từ năm 1982, Bộ Tư pháp (DOJ) đã đưa chỉ số về HHI trong Hướng dẫn về sáp nhập (*Merger Guidelines*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 1982), thay thế cho chỉ số về tập trung kinh tế (*Concentration Ratio – CR*), vốn được sử dụng từ năm 1968¹⁰. Đến nay, chỉ số này vẫn tiếp tục được sử dụng trong Hướng dẫn về sáp nhập “ngang hàng” phiên bản mới nhất (2010) (*Horizontal Merger Guidelines*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2010) ban hành bởi DOJ và Ủy ban thương mại Liên bang (FTC). Theo đó, ưu điểm của việc sử dụng HHI được DOJ khẳng định: “Không giống như việc tính toán tỷ lệ tập trung kinh

⁷ Corporate Finance Institute, *Herfindahl Hirschman Index – HHI*, <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/herfindahl-hirschman-index-hhi/>, truy cập ngày 20/11/2019.

⁸ Adelman, M A, *Comment on the “H” Concentration Measure as a Numbers-Equivalent*, *The Review of Economics and Statistics*, số 51 (1)/1969, tr.99.

⁹ Xem chú thích 3.

¹⁰ Stephen Calkins, *The New Merger Guidelines and the Herfindahl-Hirschman Index*, *California Law Review*, số 2 (71)/1983, tr.402.

tế dựa vào bốn công ty như truyền thống, HHI phản ánh cả sự phân bố về thị phần của bốn công ty hàng đầu và cấu trúc của thị trường bên ngoài bốn công ty đó. Nó cũng đánh giá đúng được sức ảnh hưởng cho thị phần của các công ty lớn, phù hợp với tầm quan trọng của họ trong bất kỳ hành vi thông đồng nào (nếu có)”¹¹.

Trong Hướng dẫn năm 1982, DOJ ghi nhận: HHI trong một thị trường sẽ được phân thành ba vùng với mức độ tập trung khác nhau là không tập trung (HHI dưới 1000), tập trung vừa phải (HHI từ 1000 đến 1800) và tập trung cao (HHI trên 1800). Cũng theo Hướng dẫn này, khi xét đến các vụ sáp nhập “ngang hàng”¹², DOJ sẽ tiến hành xem xét cả mức độ tập trung thị trường sau sáp nhập (HHI) và sự gia tăng mức độ tập trung do sáp nhập (hệ số delta của giao dịch). Cơ quan này giải thích rằng, hệ số delta là quan trọng, bởi dù việc sáp nhập giữa các doanh nghiệp nhỏ cũng làm tăng mức độ tập trung kinh tế, nhưng những tác động về hạn chế cạnh tranh của chúng là không đáng kể, hơn nữa, đối với một số thị trường tập trung, việc sáp nhập có thể làm tăng hiệu quả kinh tế theo quy mô (*economic of scale*).

Ba ngưỡng tập trung kinh tế được đề cập trong Hướng dẫn năm 1982 là:

(i) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập dưới 1000: Các thị trường trong khu vực này thường được coi là không tập trung bởi có ít nhất 10 công ty có quy mô tương

đương. Do đó, DOJ sẽ không thẩm định các vụ sáp nhập ở nhóm này.

(ii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 1000 đến 1800: Các thị trường trong khu vực này trải từ mức không tập trung cho đến tập trung cao, có nguy cơ tác động tiêu cực đến tính cạnh tranh của thị trường, do đó, DOJ sẽ xét đến hệ số delta:

- Nếu delta dưới 100: DOJ sẽ không thẩm định vụ sáp nhập;

- Nếu delta trên 100: DOJ sẽ xem xét các yếu tố khác để quyết định có thẩm định vụ sáp nhập hay không.

(iii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập trên 1800: Các thị trường được coi là tập trung cao độ với không quá sáu công ty có quy mô tương đương. Các vụ việc tập trung kinh tế trong nhóm này có khả năng làm giảm đáng kể mức độ cạnh tranh có trên thị trường và DOJ sẽ xem xét các câu hỏi có liên quan đến việc sáp nhập này, dựa theo hệ số delta:

- Nếu delta dưới 50: DOJ sẽ không thẩm định vụ sáp nhập;

- Nếu delta từ 50 đến 100: DOJ sẽ xem xét các yếu tố khác để quyết định có thẩm định vụ sáp nhập hay không;

- Nếu delta trên 100: DOJ sẽ thẩm định vụ sáp nhập đó.

Hệ số delta là 50 hay 100 được DOJ tính toán dựa trên sự thay đổi về thị phần sau sáp nhập. Cụ thể, nếu hai doanh nghiệp có 5% thị phần mỗi doanh nghiệp sáp nhập thì delta là 50, nếu hai doanh nghiệp có 7% thị phần mỗi doanh nghiệp sáp nhập thì delta là 100¹³.

¹¹ Hướng dẫn năm 1982.

¹² Sáp nhập ngang hàng, theo Hướng dẫn năm 1982 định nghĩa, là sự sáp nhập giữa các công ty nằm trong cùng một thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan.

¹³ George Georgiadis, *Module 7: FTC / DOJ Merger Guidelines*, <https://www.kellogg.northwestern.edu/fa>

Các mức trên vẫn được giữ nguyên trong Hướng dẫn về sáp nhập “ngang hàng” ban hành năm 1992, sửa đổi năm 1997 (sau đây gọi là Hướng dẫn năm 1992). Tuy nhiên, đến Hướng dẫn năm 2010, ba mức tập trung kinh tế đã có sự thay đổi, cụ thể:

(i) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập dưới 1500: Các thị trường trong khu vực này được coi là không tập trung và DOJ không phân tích chuyên sâu các vụ sáp nhập ở nhóm này.

(ii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 1500 đến 2500: Đây là thị trường tập trung vừa phải, và ngưỡng delta 100 được sử dụng nhằm đánh giá có hay không việc cần phải phân tích chuyên sâu một vụ sáp nhập.

(iii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập trên 2500: Đây là thị trường tập trung cao độ. Cũng như các Hướng dẫn trước đó, DOJ và FTC cũng chia ra ba mức delta nhưng có sự khác biệt về con số:

- Nếu delta dưới 100: DOJ và FTC sẽ không thẩm định vụ sáp nhập;

- Nếu delta từ 100 đến 200: DOJ và FTC sẽ xem xét liệu các hành vi tập trung này có khả năng gây ra mối quan tâm cạnh tranh đáng kể hay không và thường sẽ được xem xét kỹ lưỡng.

- Nếu delta trên 200: Được xem là có khả năng tăng cường sức mạnh thị trường và các cơ quan sẽ tiến hành thẩm định vụ sáp nhập.

Không những vậy, FTC và DOJ, trong Hướng dẫn năm 2010, nhấn mạnh rằng tuy mức độ tập trung kinh tế càng cao thì càng

dẫn đến các lo ngại về cạnh tranh, nhưng các ngưỡng HHI này không phải nhằm mục đích cứng nhắc khi xem xét hay phân biệt các vụ việc tập trung kinh tế. Thay vào đó, nó cung cấp một phương thức để xác định một số vụ việc sáp nhập có hay không khả năng làm tăng mối lo ngại đến việc hạn chế cạnh tranh và làm tăng các ảnh hưởng tiềm ẩn lên thị trường. HHI sau sáp nhập càng cao và delta càng lớn thì khả năng xuất hiện các tác động tiêu cực đối với cạnh tranh càng lớn và trong trường hợp này, các cơ quan sẽ yêu cầu thêm thông tin để tiến hành phân tích và thẩm định giao dịch tập trung kinh tế này.

Ngoài việc xác định HHI trong các vụ việc sáp nhập “ngang hàng”, từ năm 1984, DOJ cũng ghi nhận về chỉ số HHI trong Hướng dẫn về sáp nhập “không ngang hàng” (*Non-horizontal Merger Guidelines*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 1984)¹⁴. Theo đó, một số trường hợp liên quan đến HHI được Hướng dẫn này quy định như sau:

- DOJ sẽ thẩm định và phân tích về vụ việc khi doanh nghiệp thực hiện hành vi “thâu tóm” (không phải doanh nghiệp “bị thâu tóm”) hoạt động trong một thị trường có HHI trên 1800.

- DOJ sẽ thẩm định và phân tích về cấu trúc và hiệu suất của thị trường sơ cấp¹⁵ khi HHI ở thị trường đó trên 1800.

¹⁴ Sáp nhập không ngang hàng, theo Hướng dẫn năm 1984 định nghĩa, là sự sáp nhập giữa các công ty không nằm trong cùng một thị trường liên quan.

¹⁵ Thuật ngữ thị trường sơ cấp (*primary market*) được Hướng dẫn năm 1984 định nghĩa là thị trường mà các mối quan tâm về cạnh tranh đang được xem xét, và thuật ngữ thị trường thứ cấp (*secondary market*) là thị trường liên kết với thị trường sơ cấp.

- DOJ sẽ thẩm định và phân tích về tính nguyên vẹn của thị trường hay khả năng loại bỏ người mua của các vụ việc sáp nhập trên thị trường bán lẻ theo “hàng dọc”¹⁶ nếu HHI của doanh nghiệp trên thị trường “upstream” trên 1800.

2.2. Tại Liên minh châu Âu

Vào năm 2004, Ủy ban châu Âu (EC) đã ban hành Hướng dẫn về đánh giá các vụ việc sáp nhập “ngang hàng” theo Quy chế của Hội đồng châu Âu về kiểm soát tập trung kinh tế giữa các chủ thể kinh doanh (*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2004). Hướng dẫn này đã nhắc đến chỉ số HHI như một công cụ nhằm cung cấp thông tin hữu ích về tình hình cạnh tranh trong một thị trường nhất định¹⁷. Tương tự Hoa Kỳ, EC cũng chia đánh giá một vụ việc tập trung kinh tế dựa trên ba mức HHI của một thị trường, tuy nhiên các thông số giữa châu Âu và Hoa Kỳ lại không giống nhau, cụ thể:

(i) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập dưới 1000: EC không xác định các mối quan ngại về cạnh tranh.

(ii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 1000 đến 2000:

- Nếu delta dưới 250: EC sẽ không xác định các mối quan ngại về cạnh tranh, trừ khi vụ việc đó rơi vào một hay một số trường hợp đặc biệt được EC chỉ ra;

- Nếu delta trên 250: EC sẽ xác định các mối quan ngại về cạnh tranh.

(iii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 2000 trở lên: Cũng tương tự như mức trên nhưng ngưỡng delta giảm còn 150.

Một số trường hợp đặc biệt đã đề cập ở trên được EC mô tả liên quan đến các hiệu ứng không phối hợp (ví dụ: Nếu một trong các công ty có thị phần trước sáp nhập vượt quá 50%), nhưng hầu hết được quy định để giải quyết các lo ngại về hiệu ứng phối hợp (ví dụ: Nếu xuất hiện sự đáng kể về sở hữu chéo, nếu có bằng chứng thông đồng...).

Sau Hướng dẫn năm 2004, vào năm 2008, Ủy ban châu Âu ban hành hướng dẫn tương tự đối với các vụ việc sáp nhập “không ngang hàng” (*Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2008). Bên cạnh chỉ ra các tác động tích cực lẫn tiêu cực tiềm năng của các vụ việc sáp nhập “không ngang hàng”, Hướng dẫn đã nhắc đến HHI như một công cụ khi đánh giá về thị phần và mức độ tập trung kinh tế của giao dịch. Cụ thể, khi doanh nghiệp sau sáp nhập có thị phần ở mỗi thị trường liên quan dưới 30% và chỉ số HHI ở các thị trường đó dưới 2000 thì EC khó có thể tìm thấy các lo ngại về hiệu ứng phối hợp và không phối hợp trong cạnh tranh. Điều này đồng nghĩa với việc Ủy

¹⁶ Tuy Hướng dẫn năm 1984 không đưa ra định nghĩa thế nào là sáp nhập theo “hàng dọc”, nhưng có thể hiểu đây là sự hợp nhất hay sáp nhập của hai hoặc nhiều công ty tham gia ở các giai đoạn khác nhau trong chuỗi cung ứng với cùng một sản phẩm hay dịch vụ. Thị trường mà doanh nghiệp hoạt động ở phía trước trong chuỗi (ví dụ: Cung cấp nguyên vật liệu) được gọi là thị trường “upstream”, ngược lại, thị trường mà doanh nghiệp hoạt động ở phía sau trong chuỗi (ví dụ: Sản xuất hay phân phối hàng hoá) được gọi là thị trường “downstream”.

¹⁷ Đoạn 16 Hướng dẫn năm 2004.

ban đã vạch ra một “vùng an toàn” đối với các vụ sáp nhập không ngang hàng khi đáp ứng điều kiện nêu trên. Điểm cần lưu ý ở cả Hướng dẫn năm 2004 và 2008 là việc EC khẳng định, vấn đề xem xét các mối quan ngại về cạnh tranh dựa trên chỉ số HHI hay hệ số delta chỉ là một dấu hiệu ban đầu. Chúng không làm phát sinh giả định về sự tồn tại hoặc không tồn tại những quan ngại đó (chỉ là điều kiện cần, không là điều kiện đủ)¹⁸.

3. Việc áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật Việt Nam về tập trung kinh tế và một số nhận xét

3.1. Quy định trong Luật Cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành

Luật Cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành không áp dụng việc tính toán chỉ số HHI trong các giao dịch tập trung kinh tế mà tiếp cận theo hướng chia ra ba ngưỡng riêng biệt theo thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trên thị trường liên quan là: (1) Trên 50%, (2) Từ 30% đến 50% và (3) Dưới 30%. Đối với ngưỡng thứ nhất, các giao dịch tập trung kinh tế trong nhóm này sẽ bị cấm, trừ trường hợp được miễn trừ¹⁹. Đối với ngưỡng thứ hai, đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành tập trung kinh tế²⁰. Đối với ngưỡng thứ ba, các doanh nghiệp này không phải thông báo với cơ quan quản lý cạnh tranh khi tập trung kinh tế²¹. Các ngưỡng trên sẽ không áp

dụng đối với các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế vẫn thỏa mãn điều kiện doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật. Thị phần kết hợp được định nghĩa là tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào thỏa thuận tập trung kinh tế²². Một điểm đáng quan tâm là khi tập trung kinh tế rơi vào ngưỡng thứ hai, tức từ 30% đến 50%, việc xem xét của cơ quan quản lý cạnh tranh đối với tập trung kinh tế chỉ là liệu việc tập trung đó có rơi vào trường hợp bị cấm (thị phần kết hợp trên 50%) hay không²³. Ngoài ra, Nghị định số 116/2005/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh, trong đó phần về tập trung kinh tế không đi sâu vào các ngưỡng này mà chỉ quy định rõ hơn về thủ tục và làm rõ các thuật ngữ đã tồn tại trong luật.

Có thể nhận xét, việc quy định về các ngưỡng tập trung kinh tế như Luật Cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành còn có một số điểm hạn chế. Thứ nhất, cơ quan quản lý về cạnh tranh không thật sự đánh giá về yếu tố kinh tế và tác động đến thị trường trong tập trung kinh tế mà chỉ đi làm rõ vấn đề: Thị phần các bên là bao nhiêu và rơi vào ngưỡng nào trong ba mức nêu trên. Các câu hỏi đáng lẽ phải trả lời nhưng không được làm rõ: Liệu giao dịch đó có ảnh hưởng đến thị trường hay không? Nếu có tác động thì đó là tích cực hay tiêu cực? Các trường hợp miễn trừ đã bao gồm hết các tác động tích cực mà việc tập trung kinh tế mang lại hay không? Ngay cả khi trải qua quá trình kiểm tra hồ sơ tập trung kinh tế, các vấn đề trên cũng

¹⁸ Đoạn 21 Hướng dẫn năm 2004.

¹⁹ Điều 18 Luật Cạnh tranh năm 2004.

²⁰ Khoản 1 Điều 20 Luật Cạnh tranh năm 2004.

²¹ Khoản 1 Điều 20 Luật Cạnh tranh năm 2004.

²² Khoản 6 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2004.

²³ Khoản 1 Điều 23 Luật Cạnh tranh năm 2004.

không được thể hiện. *Thứ hai*, việc quy định theo ba ngưỡng đã đề cập không phản ánh được đầy đủ tình trạng bất cân xứng trên thị trường như việc quy định theo chỉ số HHI. Có những trường hợp mà ở đó, phân tích kinh tế chỉ ra nếu có giao dịch tập trung kinh tế thì ảnh hưởng cũng không đáng kể đến thị trường liên quan. Ví dụ, trong một thị trường có doanh nghiệp A chiếm 50% thị phần cùng 50 doanh nghiệp, mỗi doanh nghiệp chiếm 1% thị phần thì việc tập trung kinh tế giữa doanh nghiệp A với một trong 50 doanh nghiệp nêu trên cũng không dẫn đến tác động nghiêm trọng đối với thị trường, dù bị cấm theo quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004. Không những thế, có một số giao dịch thể hiện tính tập trung kinh tế cao, nhưng cơ quan quản lý về cạnh tranh lại không thể ngăn cản hay tác động. Ví dụ, trên thị trường bán lẻ điện thoại đã mô tả ở phần 1.2, nếu doanh nghiệp A thực hiện hành vi sáp nhập với doanh nghiệp B thì doanh nghiệp mới sẽ có thị phần kết hợp là 40%. Xét đến quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004, giao dịch này cần phải thông báo, nhưng sẽ được cơ quan quản lý cạnh tranh xác định không thuộc trường hợp bị cấm. Tuy nhiên, nếu áp dụng việc tính toán chỉ số HHI sẽ cho thấy, HHI của thị trường bán lẻ điện thoại sau giao dịch là 3600 và delta của giao dịch là 750, vượt xa các ngưỡng của Liên minh châu Âu và Hoa Kỳ về thị trường có tính tập trung cao, lúc này, giao dịch đó sẽ đòi hỏi quá trình thẩm định và phân tích kỹ lưỡng.

3.2. Quy định trong Luật Cạnh tranh năm 2018 và các văn bản hướng dẫn thi hành

Luật Cạnh tranh năm 2018 đã có cách tiếp cận về tập trung kinh tế khác so với Luật Cạnh tranh 2004, trong đó có nhiều điểm quan trọng thể hiện sự thay đổi trong tư duy của các nhà làm luật. Tuy nhiên, hiện nay, các nghị định hướng dẫn Luật này vẫn đang ở giai đoạn dự thảo. Do đó, tác giả dựa trên văn bản dự thảo Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh được đăng tải trên website của Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (sau đây gọi là Dự thảo Nghị định) để đánh giá²⁴.

Một số điểm mới nổi bật có thể kể đến như sau: *Thứ nhất*, Luật Cạnh tranh năm 2018 không cứng nhắc xác định các trường hợp tập trung kinh tế bị cấm dựa trên thị phần kết hợp như Luật cũ. Cụ thể, Luật chỉ cấm khi doanh nghiệp thực hiện 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 Nam²⁵. Để giải thích thế nào là “*gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam*”, Luật không cứng nhắc định nghĩa mà đòi hỏi một quá trình đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động²⁶ được thực hiện bởi Ủy ban Cạnh tranh quốc gia dựa trên các tiêu chí như: Thị phần kết hợp, mức độ tập trung kinh tế, mối quan hệ của các doanh nghiệp tham gia vào giao dịch, lợi thế cạnh tranh...

²⁴ Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng, “*Lấy ý kiến đóng góp đối với dự thảo Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh*”, <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?lg=1&CateID=1&ID=3961>, truy cập ngày 18/11/2019.

²⁵ Điều 30 Luật Cạnh tranh năm 2018.

²⁶ Điều 31 Luật Cạnh tranh năm 2018.

Thứ hai, quy định về các ngưỡng thông báo tập trung kinh tế đã có sự thay đổi, không chỉ đơn thuần dựa vào một yếu tố mà còn nhiều yếu tố khác, như tổng tài sản, tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam, giá trị giao dịch hay thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế²⁷. *Thứ ba*, luật nhấn mạnh vào khâu thẩm định trong tập trung kinh tế trước khi tiến hành ra quyết định bao gồm hai bước là thẩm định sơ bộ và thẩm định chính thức, cũng như xác định các tác động tích cực và tiêu cực của hành vi tập trung kinh tế.

Trong Dự thảo Nghị định, lần đầu tiên chỉ số HHI đã được đề cập. Cụ thể, khoản 2 và khoản 3 Điều 30 đã nhắc đến HHI một cách gián tiếp khi quy định về các trường hợp mà Ủy ban Cạnh tranh quốc gia tiến hành thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế theo quy định tại khoản 1 Điều 36 của Luật Cạnh tranh năm 2018 và thông báo tập trung kinh tế:

- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế từ 20% trở lên trên thị trường liên quan và tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan thấp hơn 1800.

- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế từ 20% trở lên trên thị trường liên quan, tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan trên 1800 và mức tăng tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan trước và sau tập trung kinh tế thấp hơn 100.

Luật Cạnh tranh năm 2018 đã tiếp thu pháp luật của các quốc gia trên thế giới, nhất là Hoa Kỳ và EU, khi xây dựng các ngưỡng HHI và delta trong việc thẩm định sơ bộ tập trung kinh tế. Có thể thấy, những quy định này đã được nhà làm luật xây dựng trên nguyên tắc kết hợp tư duy kinh tế và tư duy pháp lý trong kiểm soát việc tập trung kinh tế²⁸. Tuy nhiên, vẫn còn một số thiếu sót và bất cập cần hoàn thiện:

Thứ nhất, quy định của pháp luật Việt Nam về chỉ số HHI nhìn chung còn sơ sài. Cụ thể, khi so sánh với Hoa Kỳ hay EU, Dự thảo Nghị định chỉ quy định hai ngưỡng (dưới 1800 và trên 1800) thay vì ba ngưỡng (tập trung thấp, tập trung trung bình và tập trung cao). Điều này khiến cho việc thẩm định các giao dịch tập trung kinh tế nếu có giữa các doanh nghiệp trên thị trường mà ở đó HHI dưới 1000 trở nên không cần thiết. Hệ số delta cũng chỉ được nhắc đến trong trường hợp HHI ở thị trường đó trên 1800.

Thứ hai, từ ngữ tại một số điều dễ gây nhầm lẫn, như Điều 30 Dự thảo Nghị định: “*Ủy ban Cạnh tranh quốc gia tiến hành thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế theo quy định tại khoản 1 Điều 36 của Luật Cạnh tranh và thông báo tập trung kinh tế*”. Tuy nhiên, khái niệm “*thông báo tập trung kinh tế*” là gì lại chưa được Dự thảo Nghị định giải thích, liệu đó là: (i) Thông báo kết quả của quá trình thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế, hay (ii) Nếu một giao dịch rơi vào ngưỡng đó thì Ủy ban sẽ tiến hành

²⁸ Đỗ Khắc Tất Hưng, Vũ Diệu Thảo, “*Luật Cạnh tranh 2018: Khi tư duy kinh tế kết hợp cùng tư duy pháp lý*”, Diễn đàn và doanh nghiệp, <http://enternews.vn/luat-can-hanh-2018-khi-tu-duy-kinh-te-ket-hop-cung-tu-duy-phap-ly-135404.html>, truy cập ngày 21/11/2019.

²⁷ Khoản 1 Điều 29 Dự thảo Nghị định.

thông báo và bắt đầu quá trình tập trung kinh tế. Khoản 1 Điều này quy định: “*Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế thấp hơn 20% trên thị trường liên quan*”. Vô lý ở chỗ, nếu hiểu theo từ ngữ, việc sáp nhập của hai nhà hàng tại một địa phương cũng cần phải thông báo cho Ủy ban Cạnh tranh quốc gia (!?). Điều 31 cũng khiến người đọc phân vân: “*Ủy ban Cạnh tranh quốc gia thông báo cho doanh nghiệp nộp hồ sơ việc tập trung kinh tế phải thẩm định chính thức nếu việc tập trung kinh tế không thuộc trường hợp được phép thực hiện theo quy định tại Điều 30 của Nghị định này và có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường Việt Nam*”. Cần lưu ý là, Điều 30 Dự thảo Nghị định chỉ quy định về các trường hợp thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế, chứ không quy định về việc có hay không việc cho phép thực hiện từ cơ quan quản lý cạnh tranh, phải chăng điều này đồng nghĩa với việc các trường hợp nếu rơi vào Điều 30 đều được phép thực hiện hay các giao dịch sẽ chỉ trải qua thẩm định chính thức nếu không rơi vào các trường hợp ở Điều 30 (dù về logic, việc thẩm định chính thức chỉ xảy ra sau quá trình thẩm định sơ bộ).

Thứ ba, dù Dự thảo Nghị định có nhắc đến HHI và hệ số delta một cách gián tiếp, nhưng lại không quy định rõ cách tính chỉ số này, mà chỉ là “*tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan*” và “*mức tăng tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan trước và sau tập trung kinh tế*”. Việc áp dụng pháp luật trong trường hợp này trở nên mơ hồ, bởi việc tính toán tổng bình phương

là việc tính toán dựa trên mỗi thị phần của doanh nghiệp tham gia vào giao dịch tập trung kinh tế, hay của cả thị trường? Nếu việc tính toán dựa trên cả thị trường, liệu có cần phải thu thập toàn bộ thị phần của các doanh nghiệp có trên thị trường đó hay không? Đó là một số vấn đề còn để ngỏ mà Dự thảo Nghị định chưa nhắc đến.

4. Một số đề xuất nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về chỉ số HHI trong việc thẩm định tập trung kinh tế

Dựa trên việc đánh giá các quy định trong pháp luật về tập trung kinh tế ở Hoa Kỳ, EU và Việt Nam, trong bối cảnh góp ý cho Dự thảo Nghị định, bên cạnh một số hạn chế đã nêu khi quy định về chỉ số HHI, tác giả có một số góp ý và đề xuất như sau:

4.1. Xây dựng cơ sở khoa học về kinh tế trong việc xác định các chỉ số HHI phù hợp với thực tiễn Việt Nam

Hiện nay, dù đã đề cập đến chỉ số HHI, nhưng cách tiếp cận của Việt Nam lại khác so với Hoa Kỳ hay EU (hai ngưỡng thay vì ba ngưỡng, hệ số delta chỉ được đề cập trong trường hợp hệ số delta trên 1800). Tuy nhiên, không thể tìm thấy bất kỳ một giải thích nào phù hợp về việc đánh giá tính hiệu quả kinh tế cho quy định này. Bên cạnh đó, chúng ta vẫn phải nên đặt câu hỏi, liệu có nên áp dụng các ngưỡng như Hoa Kỳ hay châu Âu không? Các ngưỡng đó có phù hợp với thị trường Việt Nam chưa, hay là cần điều chỉnh? Nếu áp dụng thì sẽ áp dụng theo tiêu chuẩn của Hoa Kỳ hay châu Âu? Trong bối cảnh nền kinh tế đang phát triển của Việt Nam, vấn đề này đòi hỏi không chỉ các phân tích về pháp lý mà còn đặc biệt cần thiết các phân tích kinh tế. Ví dụ, ở EU, để hiểu rõ hơn về các mức HHI và delta, EC

đã phân tích một số lượng lớn các quyết định trong quá khứ của mình và tổng hợp thông tin về thị phần của nhiều doanh nghiệp trên các thị trường liên quan. Phân tích thực hiện trong các trường hợp: (i) Tất cả các vụ việc mà EC cho rằng có sự độc quyền, (ii) Tất cả các vụ việc mà EC chấp nhận các biện pháp khắc phục trong quá trình điều tra giai đoạn I (Phase I investigation) trên cơ sở có phát sinh nghi ngờ nghiêm trọng, (iii) Tất cả các vụ việc đã giải quyết trong năm 2002. Tổng cộng, phân tích đã dựa trên dữ liệu từ 1231 thị trường của 207 vụ việc²⁹.

4.2. Phân biệt chỉ số HHI trong sáp nhập “ngang hàng” và “không ngang hàng”

Hiện nay, Dự thảo Nghị định khi quy định về chỉ số HHI chỉ nhắc đến các vụ sáp nhập ngang hàng: “*Tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan*”. Điều này đồng nghĩa với việc chỉ số HHI sẽ không đóng vai trò là một yếu tố khi xem xét các vụ sáp nhập “không ngang hàng”, lúc này các tiêu chí khác sẽ được áp dụng như: (i) Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế thấp hơn 20% trên thị trường liên quan, (ii) Doanh nghiệp sau tập trung kinh tế không thuộc nhóm 5 doanh nghiệp có thị phần từ 85% trở lên trên thị trường liên quan, hay (iii) Các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế có

quan hệ với nhau trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau hoặc hỗ trợ cho nhau có thị phần thấp hơn 20% trên từng thị trường liên quan³⁰. Các yếu tố này đa phần nhấn mạnh vào các vụ sáp nhập “ngang hàng”, trừ yếu tố cuối cùng áp dụng trong các vụ sáp nhập “hàng dọc”. Tuy nhiên, trên thực tế, tại Hoa Kỳ và EU, trong các hướng dẫn về sáp nhập “không ngang hàng”, người ta chia ra làm hai loại là sáp nhập “hàng dọc” (vertical) giữa hai hay nhiều doanh nghiệp “upstream” và “downstream”, cũng như sáp nhập nhóm (conglomerate) giữa hai hay nhiều doanh nghiệp không có sự liên quan theo “hàng ngang” hay “hàng dọc”. Thực tế, ở các vụ sáp nhập này vẫn có các mối quan ngại về cạnh tranh như kìm hãm đầu vào (input foreclosure) làm gia tăng chi phí cho đối thủ “ngang hàng”, kìm hãm khách hàng (consumer foreclosure) làm giảm phúc lợi khách hàng (consumer welfare), thực hiện các hành vi như bó buộc (tying and bundling) làm giảm khả năng lựa chọn của khách hàng, điều này đặc biệt đúng nếu một trong các doanh nghiệp tham gia vụ sáp nhập là doanh nghiệp độc quyền hay thống lĩnh thị trường. Bên cạnh đó, còn tồn tại các hiệu ứng không phối hợp khi các doanh nghiệp khác trên các thị trường liên quan, sau khi sáp nhập, có thể tham gia vào các thỏa thuận nhằm hạn chế cạnh tranh, từ đó phá hỏng cấu trúc thị trường. Tại Hoa Kỳ và EU, như đã phân tích, chỉ số HHI vẫn được đưa vào đánh giá trong các trường hợp này.

²⁹ Vincent Verouden, “The role of market shares and market concentration indices in the European Commission’s Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the EC Merger Regulation”, Department of Justice, <https://www.justice.gov/atr/role-market-shares-and-market-concentration-indices-european-commissions-guidelines-assessment>, truy cập ngày 22/11/2019.

³⁰ Khoản 5 Điều 30 Dự thảo Nghị định.

Do đó, tác giả đề xuất đưa chỉ số HHI vào xem xét trong tất cả các loại giao dịch (“ngang hàng” và “không ngang hàng”), nhưng ở mỗi loại thì có các ngưỡng HHI và delta khác nhau.

4.3. Nâng cao trình độ và kiến thức trong việc xác định thị phần và thị trường liên quan

Một ưu điểm đã được nhắc đến của chỉ số HHI là sự nhạy cảm đối với tình trạng bất cân xứng của thị trường, nhưng cũng dẫn tới một hiệu ứng phụ là việc tính toán thị phần cũng rất quan trọng, bởi lẽ 1% chênh lệch về thị phần có thể dẫn đến sai số lên đến hàng trăm. Ví dụ, trên một thị trường có hai doanh nghiệp nắm giữ lần lượt là 90% và 10% thì HHI là 8200, nhưng nếu là 91% và 9% thì HHI là 8362. Như vậy, khâu xác định thị phần là cực kì quan trọng. Bên cạnh đó, việc xác định thị trường liên quan cũng là then chốt, bởi lẽ, nếu xác định quá rộng sẽ dẫn đến việc bỏ sót các giao dịch tập trung kinh tế gây ra tác động tiêu cực đến thị trường, nhưng nếu xác định quá hẹp thì sẽ là rào cản cho doanh nghiệp và tạo ra các chi phí không đáng có liên quan đến thủ tục hành chính. Điều này ngày càng cấp thiết trong bối cảnh nền “kinh tế số”, có sự giao thoa mạnh mẽ giữa các loại hình truyền thống và phương thức mới hay khái niệm mới, cũng như sự bùng nổ của internet, kinh doanh trực tuyến và toàn cầu hoá, dẫn đến việc rất khó khăn trong xác định thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Lấy ví dụ về vụ sáp nhập “đình đám” giữa Grab và Uber tại thị trường Đông Nam Á, trong đó có Việt Nam. Nếu xác định đây là “đơn vị kinh doanh vận tải” thì sẽ bao gồm cả các loại hình taxi

truyền thống như Vinasun, Mai Linh, còn xem đây là “đơn vị cung cấp phần mềm kết nối giữa hành khách và lái xe” thì thị trường sẽ bị thu hẹp đi đáng kể. Thực tế, điều này đã dẫn đến việc có nhiều cuộc tranh luận trên các phương tiện thông tin đại chúng³¹. Do đó, cần nâng cao cả về trình độ lẫn kiến thức trong khâu xác định thị phần và thị trường liên quan, nhất là yếu tố kinh tế, pháp lý và công nghệ.

Kết luận

Chỉ số HHI đóng vai trò quan trọng trong việc xác định mức độ tập trung kinh tế trên thị trường liên quan, bởi nó nhạy cảm khi thị trường có bất kỳ sự thay đổi về thị phần. Tại Hoa Kỳ và EU, chỉ số này cùng với hệ số delta đã được ghi nhận trong việc đánh giá mức độ tập trung kinh tế trong các giao dịch tập trung kinh tế “ngang hàng” và “không ngang hàng”. Ở Việt Nam, lần đầu tiên Dự thảo Nghị định hướng dẫn Luật Cạnh tranh năm 2018 đã ghi nhận về phương thức này, tuy nhiên, việc quy định vẫn còn sơ sài và mơ hồ, có thể dẫn đến tình trạng hiểu sai và bất nhất trong việc áp dụng pháp luật. Do đó, tác giả đề xuất một số sửa đổi và giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam như: Xây dựng cơ sở khoa học kinh tế phù hợp với tình hình của đất nước, phân biệt chỉ số HHI trong các loại sáp nhập cũng như nhấn mạnh và nâng cao chuyên môn trong việc xác định thị trường liên quan.

³¹ Hoàng Dũng, “Bản chất của Grab là kinh doanh vận tải hay phần mềm kết nối?”, *Dân trí*, <https://dantri.com.vn/xa-hoi/ban-chat-cua-grab-la-kinh-doanh-van-tai-hay-phan-mem-ket-noi-20181128193142552.htm>, truy cập ngày 04/12/2019.