



ĐẠI HỌC
QUỐC GIA
TP. HỒ CHÍ MINH

ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT

GIÁO TRÌNH LUẬT CẠNH TRANH

Tác giả:

PGS.TS. Lê Danh Vĩnh (Chủ biên)

Ths. Hoàng Xuân Bắc

Ths. Nguyễn Ngọc Sơn

Tháng 6 năm 2010



ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT



GIÁO TRÌNH LUẬT CẠNH TRANH

Tác giả:

PGS.TS. Lê Danh Vĩnh (Chủ biên)

Ths. Hoàng Xuân Bắc

Ths. Nguyễn Ngọc Sơn



MỤC LỤC

LỜI GIỚI THIỆU	6
----------------------	---

CHƯƠNG 1	10
-----------------------	-----------

TỔNG QUAN CHUNG VỀ CẠNH TRANH	10
CHÍNH SÁCH CẠNH TRANH VÀ LUẬT CẠNH TRANH	10

I. TỔNG QUAN VỀ CẠNH TRANH VÀ CHÍNH SÁCH CẠNH TRANH	10
1. Khái niệm cạnh tranh	10
2. Các hình thức tồn tại của cạnh tranh	16
3. Khái niệm chính sách cạnh tranh	25

II. VAI TRÒ, MỤC TIÊU CỦA LUẬT CẠNH TRANH	31
1. Vai trò của pháp luật cạnh tranh	31
2. Mục tiêu của Luật Cạnh tranh	35
3. Một số kết luận	43

III. LỊCH SỬ SỰ RA ĐỜI CỦA PHÁP LUẬT CẠNH TRANH TRÊN THẾ GIỚI	44
1. Tổng quan chung	44
2. Pháp luật cạnh tranh của Hoa Kỳ	47
3. Pháp luật cạnh tranh của EC	49

IV. MỘT SỐ KHÁI NIỆM CƠ BẢN TRONG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH	59
1. Sức mạnh thị trường	59
2. Khái niệm thị trường liên quan	60
3. Rào cản gia nhập thị trường	70

CHƯƠNG 2	74
-----------------------	-----------

HÀNH VI THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH	74
---	----

I. HÀNH VI THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH	74
1. Khái niệm, đặc điểm của hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh	74
2. Thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp	78
3. Thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ (gọi tắt là thỏa thuận phân chia thị trường)	81

4. Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, dịch vụ.....	82
5. Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật công nghệ, hạn chế đầu tư.....	84
6. Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng	84
7. Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh	86
8. Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận	90
9. Thông đồng để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ	91
II. NGUYÊN TẮC XỬ LÝ CÁC THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH	94
1. Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị Luật Cạnh tranh cấm	94
2. Các trường hợp miễn trừ.....	97

CHƯƠNG 3 103

HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH VÀ VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN NHẪM HẠN CHẾ CẠNH TRANH 103

I. NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH VÀ VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN NHẪM HẠN CHẾ CẠNH TRANH..... 103

- | | |
|---|-----|
| 1. Khái niệm, đặc điểm hành vi lạm dụng | 103 |
| 2. Xác định vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền..... | 109 |

II. CÁC HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH, VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN THEO LUẬT CẠNH TRANH 118

- | | |
|---|-----|
| 1. Nhóm hành vi lạm dụng mang tính bóc lột..... | 118 |
| 2. Nhóm hành vi lạm dụng mang tính độc quyền..... | 132 |
| 3. Hành vi lạm dụng của doanh nghiệp độc quyền..... | 143 |
| 4. Nguyên tắc xử lý đối với các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh | 143 |

CHƯƠNG 4 146

HÀNH VI TẬP TRUNG KINH TẾ..... 146

I. BẢN CHẤT CỦA HÀNH VI TẬP TRUNG KINH TẾ 146

- | | |
|---------------------------------------|--|
| 1. Quá trình phát triển của pháp luật | |
|---------------------------------------|--|



về hành vi tập trung kinh tế tại Việt Nam.....	146
2. Khái niệm và đặc điểm của các hành vi tập trung kinh tế	148
3. Nguyên nhân và tác động của hành vi tập trung kinh tế đối với thị trường cạnh tranh.....	150
4. Các hình thức tập trung kinh tế	155
 II. KIỂM SOÁT HÀNH VI TẬP TRUNG KINH TẾ THEO LUẬT CẠNH TRANH.....	161
1 Nguyên tắc xử lý đối với tập trung kinh tế	161
2. Thủ tục thông báo về việc tập trung kinh tế.....	163
3. Các biện pháp xử lý vi phạm	164
 III. THỦ TỤC THỰC HIỆN CÁC TRƯỜNG HỢP MIỄN TRỪ ĐỐI VỚI CÁC THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH VÀ TẬP TRUNG KINH TẾ.....	165
1. Bản chất của thủ tục miễn trừ.....	165
2. Thẩm quyền xem xét và quyết định cho hưởng miễn trừ	166
3. Thủ tục thực hiện	166
 CHƯƠNG 5	169
 PHÁP LUẬT VỀ CHỐNG HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH	169
 I. ĐẶC ĐIỂM CỦA HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH.....	169
1. Hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh.....	169
2. Hành vi cạnh tranh trái với với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh	170
3. Hành vi gây thiệt hại, có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, doanh nghiệp khác và người tiêu dùng.....	171
 II. HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH TRONG LUẬT CẠNH TRANH.....	173
1. Chi dẫn gây nhầm lẫn.....	173
2. Hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh.....	175
3. Ép buộc trong kinh doanh	177
4. Gièm pha doanh nghiệp khác	178
5. Hành vi gây rối hoạt động kinh doanh của người khác	180
6. Hành vi quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh	181
7. Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh.....	185
8. Phân biệt đối xử trong hiệp hội	187
9. Bán hàng đa cấp bất chính	189

III. HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH ĐƯỢC QUY ĐỊNH TRONG CÁC VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT KHÁC	199
1. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực giá	199
2. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực quảng cáo.....	203
3. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp.....	203

CHƯƠNG 6

BỘ MÁY THỰC THI LUẬT CẠNH TRANH VÀ THỦ TỤC TỔ TỤNG CẠNH TRANH	205
---	-----

I. TỔ CHỨC, BỘ MÁY THỰC THI LUẬT CẠNH TRANH.....	205
1. Yêu cầu của Luật Cạnh tranh về cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh	205
2. Kinh nghiệm của các nước trong việc tổ chức cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh	208

II. ĐIỀU TRA, XỬ LÝ VỤ VIỆC CẠNH TRANH	216
1. Các nguyên tắc chung trong tố tụng cạnh tranh	216
2. Quy trình, thời hạn điều tra	220
3. Phiên điều trần	221
4. Giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh	223
5. Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh	224

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	226
-----------------------------------	-----

DANH SÁCH TỪ VIẾT TẮT

CIDA: Cơ quan phát triển quốc tế Canada
 EU: Liên minh châu Âu
 EC: Cộng đồng châu Âu
 GATT: Hiệp định chung về thương mại và thuế quan
 OECD: Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế
 UNCTAD: Hội nghị Liên Hợp Quốc về thương mại và phát triển
 UN: Liên Hợp Quốc
 WTO: Tổ chức Thương mại thế giới



LỜI GIỚI THIỆU

Pháp luật cạnh tranh là lĩnh vực mới mẻ trong khoa học pháp lý của Việt Nam. Các công trình khoa học về lĩnh vực này chủ yếu phục vụ cho công tác xây dựng Luật Cạnh tranh. Trong công tác đào tạo bậc đại học chuyên ngành Luật học, nhiều cơ sở đào tạo đã đưa môn học Luật Cạnh tranh vào chương trình đào tạo trong bộ môn Luật Kinh doanh (Luật Kinh tế). Tuy nhiên, vẫn chưa có các giáo trình chính thức được biên soạn và công bố về vấn đề này.

Để phục vụ cho công tác đào tạo chuyên ngành Luật, Đại học Kinh tế - Luật thuộc Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh đã mời ba tác giả: PGS. TS Lê Danh Vĩnh, Ths. Nguyễn Ngọc Sơn và Ths. Hoàng Xuân Bắc biên soạn giáo trình Luật Cạnh tranh làm tài liệu chính thức giảng dạy cho sinh viên. Việc biên soạn và xuất bản giáo trình này là một hoạt động trong khuôn khổ Dự án Hỗ trợ thương mại đa biên giai đoạn III (EU - Việt Nam - MUTRAP III) với mục đích “Tăng cường năng lực của các bên liên quan đến chính sách cạnh tranh nhằm đảm bảo một sân chơi bình đẳng và công bằng cho mọi doanh nghiệp, bảo vệ người tiêu dùng thông qua việc thực thi Luật Cạnh tranh”.

PGS. TS. Lê Danh Vĩnh là một trong những chuyên gia hàng đầu về Luật Cạnh tranh. Được đào tạo tiến sĩ tại Liên Xô và chủ nhiệm nhiều công trình khoa học về thương mại và các đề tài về pháp luật thương mại, PGS. TS. Lê Danh Vĩnh đã được Nhà nước giao trọng trách là Trưởng ban soạn thảo Luật Cạnh tranh từ khi Luật được bắt đầu xây dựng cho đến khi được Quốc hội nước CHXHCN Việt Nam thông qua, là Thứ trưởng Bộ Công Thương trực tiếp phụ trách việc thực thi Luật Cạnh tranh vào cuộc sống. Từ ngày 8 tháng 8 năm 2008, PGS. được Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm làm Chủ tịch Hội đồng Cạnh tranh. Với những gì tích lũy trong quá trình soạn thảo, thực thi Luật, PGS. muốn chuyển tải tất cả những nền tảng lý luận và việc ứng dụng kinh nghiệm của các nước vào các quy định của Luật Cạnh tranh thành những kiến thức chuyên sâu trong đào tạo môn học Luật Cạnh tranh cho sinh viên chuyên ngành Luật học.

Về cơ bản, Luật Cạnh tranh được Quốc hội Nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 3 tháng 12 năm 2004 có những điểm sáng sau:

Thứ nhất, đây là đạo luật đầu tiên kết hợp các quy phạm luật nội dung và quy phạm luật hình thức. Với Luật Cạnh tranh, tổ tụng cạnh tranh chính thức ra đời bên cạnh các luật tổ tụng khác như tổ tụng hình sự, tổ tụng dân sự, tổ tụng hành chính.

Thứ hai, Luật Cạnh tranh đã thành lập mới các thiết chế thực thi Luật lần đầu tiên có mặt tại Việt Nam. Đó là Cục Quản lý cạnh tranh và Hội đồng Cạnh tranh. Trong đó Hội đồng Cạnh tranh là một thiết chế khá đặc biệt: là một cơ quan hành chính nhưng lại có chức năng “xét xử” độc lập.

Tuy nhiên, nếu so với các ngành luật khác, Luật Cạnh tranh kể cả ở phạm vi quốc tế, vẫn có lịch sử khá non trẻ. Đặc biệt trong bối cảnh toàn cầu hóa kinh tế thế giới hiện nay, việc áp dụng Luật Cạnh tranh đang đặt ra nhiều vấn đề mới không dễ có câu trả lời trong một sớm một chiều.

Dự án hy vọng giáo trình này sẽ là tài liệu tham khảo hữu ích góp phần phổ biến và nâng cao nhận thức về pháp luật cạnh tranh cũng như cách thức áp dụng Luật Cạnh tranh tại Việt Nam. Để giáo trình được hoàn thiện hơn trong những lần xuất bản sau, chúng tôi rất mong nhận được ý kiến đóng góp, phê bình của các doanh nghiệp, các nhà quản lý, các nhà nghiên cứu và toàn thể bạn đọc.

Giám đốc dự án



Nguyễn Thị Hoàng Thúy



LỜI TÁC GIẢ

Đã hơn 4 năm trôi qua kể từ khi Luật Cạnh tranh Việt Nam chính thức có hiệu lực thi hành. So với kinh nghiệm một trăm hai mươi năm của Hoa Kỳ và năm mươi hai năm của Cộng đồng châu Âu trong việc thực thi pháp luật cạnh tranh và kiểm soát độc quyền thì kinh nghiệm của hơn bốn năm thực thi Luật Cạnh tranh của Việt Nam quả là không đáng kể. Nhưng mỗi lần có dịp nhìn lại chặng đường xây dựng, ban hành và thực thi Luật Cạnh tranh Việt Nam, nay với tư cách Thứ trưởng Bộ Công Thương phụ trách việc thực thi Luật Cạnh tranh, trực tiếp làm Chủ tịch Hội đồng Cạnh tranh, tôi vẫn thấy nguyên niềm thích thú ngay từ ngày bắt tay xây dựng Luật Cạnh tranh đầu tiên ở Việt Nam.

Khi được giao nhiệm vụ làm Trưởng Ban soạn thảo Dự án Luật Cạnh tranh, tôi vẫn gặp không ít khó khăn, bối rối. Việt Nam mới chỉ bước ra từ nền kinh tế kế hoạch hóa không lâu, cách hiểu về cạnh tranh vẫn còn chưa thống nhất trong các cơ quan quản lý Nhà nước, giới học giả và cộng đồng doanh nghiệp. Trước tình hình đó, Ban soạn thảo chúng tôi đã cho tập hợp tất cả các công trình nghiên cứu của học giả trong nước về chính sách cạnh tranh, về kiểm soát độc quyền và cạnh tranh không lành mạnh. Trên cơ sở nghiên cứu kỹ những gì mà giới học giả Việt Nam đã tích lũy được, chúng tôi đã triển khai đồng thời ba hướng, đó là tổ chức hội thảo thu thập ý kiến của doanh nghiệp về thực trạng cạnh tranh trên thị trường, tổ chức nghiên cứu kinh nghiệm nước ngoài và tổ chức rà soát hệ thống pháp luật Việt Nam về vấn đề này. Với sự phối hợp chặt chẽ của cộng đồng doanh nghiệp, các học giả trong nước và các chuyên gia nước ngoài, Ban soạn thảo đã hoàn thành Dự án Luật đúng thời hạn Quốc hội yêu cầu.

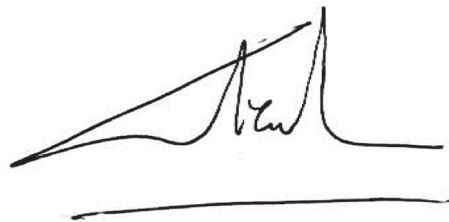
Để chuyển tải được những gì mà mình tích lũy được trong quá trình tham gia xây dựng Dự án Luật, tôi cùng hai cộng sự là Ths. Nguyễn Ngọc Sơn và Ths. Hoàng Xuân Bắc đã viết cuốn sách “Pháp luật Cạnh tranh tại Việt Nam”. Sau đó, Đại học Kinh tế - Luật thuộc Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh đã mời chúng tôi viết cuốn sách này. Chúng tôi vô cùng trân trọng cơ hội này vì có dịp chia sẻ những suy nghĩ của mình về nội dung cũng như cách thức áp dụng Luật Cạnh tranh trong một tài liệu tham khảo chính thức của Đại học Kinh tế - Luật thuộc Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh. Việc biên soạn và xuất bản giáo trình này là một hoạt động trong khuôn khổ Dự án Hỗ trợ thương mại đa biên giai đoạn III (EU - Việt Nam - MUTRAP III) với mục đích “Tăng cường năng lực của các bên liên quan đến chính sách cạnh tranh nhằm đảm bảo một sân chơi bình đẳng và công bằng cho mọi doanh nghiệp, bảo vệ người tiêu dùng thông qua việc thực thi Luật Cạnh tranh”.

Chúng tôi cũng rất biết ơn nhiều người thân, bạn bè, đồng nghiệp của mình trong suốt quá trình biên soạn tài liệu này. Chúng tôi cũng xin chân thành cảm ơn Dự án Hỗ trợ thương mại đa biên giai đoạn III (EU - Việt Nam - MUTRAP III) đã hỗ trợ kinh phí cho việc biên soạn và xuất bản giáo trình này.

Đặc biệt, chúng tôi xin trân trọng cảm ơn PGS.TS. Nguyễn Văn Luân cũng như Hội đồng nghiệm thu đã cho nhiều ý kiến quý báu trong việc tu chỉnh. Song do có những hiểu biết hạn chế nhất định, cuốn sách này không tránh khỏi những khiếm khuyết. Những quan điểm, nhận định trong cuốn sách này kể cả những sai sót là của cá nhân nhóm tác giả. Chúng tôi mong nhận được sự góp ý và trân trọng cảm ơn mọi ý kiến phê bình để có thể hoàn thiện hơn trong lần xuất bản sau.

Hà Nội, tháng 6 năm 2010

TM. Nhóm tác giả



PGS. TS Lê Danh Vĩnh
THỦ TRƯỞNG BỘ CÔNG THƯƠNG
CHỦ TỊCH HỘI ĐỒNG CẠNH TRANH



CHƯƠNG 1

TỔNG QUAN CHUNG VỀ CẠNH TRANH, CHÍNH SÁCH CẠNH TRANH VÀ LUẬT CẠNH TRANH

I. TỔNG QUAN VỀ CẠNH TRANH VÀ CHÍNH SÁCH CẠNH TRANH

1

Khái niệm cạnh tranh

1.1. Khái niệm, đặc trưng của cạnh tranh

a. Khái niệm về cạnh tranh

Cùng với sự thay đổi của các hình thái kinh tế xã hội trong lịch sử phát triển của xã hội loài người, con người luôn đi tìm động lực phát triển trong các hình thái kinh tế xã hội. Đã có thời kỳ, thị trường, cạnh tranh và lợi nhuận được coi như là mặt trái gắn liền với chủ nghĩa tư bản và bị gạt ra khỏi công cuộc xây dựng thể chế kinh tế thời kỳ kế hoạch hóa tập trung. Lúc đó, các Nhà nước xã hội chủ nghĩa coi việc nắm giữ sức mạnh kinh tế kết hợp với yếu tố kế hoạch tập trung như là những động lực cơ bản để thúc đẩy sự phát triển kinh tế xã hội, thực hiện công bằng, dân chủ và văn minh.

Với đặc trưng của nền kinh tế chuyển đổi, Việt Nam thực sự thực thi những nguyên lý của cơ chế thị trường chưa từng được biết đến trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung. Chúng ta đã dần quen với việc vận dụng một động lực mới của sự phát triển là *cạnh tranh*. Cạnh tranh đã đem lại cho thị trường và cho đời sống xã hội một diện mạo mới, linh hoạt, đa dạng, phong phú và ngày càng phát triển, đồng thời cũng làm nảy sinh nhiều vấn đề xã hội mà trước đây người ta chỉ tìm thấy trong sách vở, như phá sản, kinh doanh gian dối, cạnh tranh không lành mạnh. Qua hơn 20 năm phát triển nền kinh tế thị trường, cạnh tranh không còn mới mẻ trong đời sống kinh tế - xã hội và trong khoa học pháp lý của Việt Nam. Song, trong công tác lập pháp và thực thi pháp luật cạnh tranh, chúng ta còn quá ít kinh nghiệm. Vì thế, việc hệ thống hóa các lý thuyết cạnh tranh mà các nhà kinh tế học, các nhà khoa học pháp lý đã xây dựng qua gần 5 thế kỷ của nền kinh tế thị trường là điều cần thiết.

Cho đến nay, các nhà khoa học dường như chưa thể thoả mãn với bất cứ khái niệm nào về cạnh tranh. Bởi lẽ với tư cách là một hiện tượng xã hội riêng có của nền kinh tế thị trường, cạnh tranh xuất hiện ở mọi lĩnh vực, mọi công đoạn của quá trình kinh doanh và gắn liền với bất cứ chủ thể nào đang hoạt động trên thị trường. Do đó, cạnh tranh được nhìn nhận ở nhiều góc độ khác nhau tùy thuộc vào ý định và hướng tiếp cận của các nhà khoa học.

Với tư cách là động lực nội tại trong mỗi một chủ thể kinh doanh, cạnh tranh được cuốn Black'Law Dictionary diễn tả là “sự nỗ lực hoặc hành vi của hai hay nhiều thương nhân nhằm tranh giành những lợi ích giống nhau từ chủ thể thứ ba”¹.

Với tư cách là hiện tượng xã hội, theo cuốn Từ điển Kinh doanh của Anh xuất bản năm 1992, cạnh tranh được định nghĩa là “sự ganh đua, sự kình địch giữa các nhà kinh doanh nhằm tranh giành cùng một loại tài nguyên hoặc cùng một loại khách hàng về phía mình”².

b. Những đặc trưng cơ bản của cạnh tranh

Mặc dù được nhìn nhận dưới những góc độ khác nhau, song theo các lý thuyết về kinh tế, cạnh tranh là sản phẩm riêng có của nền kinh tế thị trường, là linh hồn và là động lực cho sự phát triển của thị trường. Từ đó, cạnh tranh được mô tả bởi ba đặc trưng căn bản sau đây:

Một, cạnh tranh là hiện tượng xã hội diễn ra giữa các chủ thể kinh doanh

Với tư cách là một hiện tượng xã hội, cạnh tranh chỉ xuất hiện khi tồn tại những tiền đề nhất định sau đây:

- Có sự tồn tại của nhiều doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế và các hình thức sở hữu khác nhau. Kinh tế học đã chỉ rõ cạnh tranh là hoạt động của các chủ thể kinh doanh nhằm tranh giành hoặc mở rộng thị trường, đòi hỏi phải có sự tồn tại của nhiều doanh nghiệp trên thị trường. Một khi trong một thị trường nhất định nào đó chỉ có một doanh nghiệp tồn tại thì chắc chắn nơi đó sẽ không có đất cho cạnh tranh nảy sinh và phát triển. Mặt khác, khi có sự tồn tại của nhiều doanh nghiệp, song chúng chỉ thuộc về một thành phần kinh tế duy nhất thì sự cạnh tranh chẳng còn ý nghĩa gì. Cạnh tranh chỉ thực sự trở thành động lực thúc đẩy các doanh nghiệp kinh doanh tốt hơn nếu các doanh nghiệp thuộc về các thành phần kinh tế khác nhau với những lợi ích và tính toán khác nhau³.

- Cạnh tranh chỉ có thể tồn tại nếu như các chủ thể có quyền tự do hành xử trên thị trường. Tự do khế ước, tự do lập hội và tự chịu trách nhiệm sẽ đảm bảo cho các doanh nghiệp có thể chủ động tiến hành các cuộc tranh giành để tìm cơ hội phát triển trên thương trường. Mọi kế hoạch để sắp đặt các hành vi ứng xử, cho dù được thực hiện với mục đích gì đi nữa, đều hạn chế khả năng sáng tạo trong kinh doanh. Khi đó, mọi sinh hoạt trong đời sống kinh tế sẽ giống như những động thái của các diễn viên đã được đạo diễn sắp đặt trong khi sự tự do, sự độc lập và tự chủ của các doanh nghiệp trong quá trình tìm kiếm khả năng sinh tồn và phát triển trên thương trường không được đảm bảo.

Hai, về mặt hình thức, cạnh tranh là sự ganh đua, sự kình địch giữa các doanh nghiệp. Nói cách khác, cạnh tranh suy cho cùng là phương thức giải quyết mâu thuẫn về lợi ích tiềm năng giữa các nhà kinh doanh với vai trò quyết định của người tiêu dùng⁴.

Trong kinh doanh, lợi nhuận là động lực cho sự gia nhập thị trường, là thước đo sự thành đạt và là mục đích hướng đến của các doanh nghiệp. Kinh tế chính trị Macxít đã chỉ ra nguồn gốc của lợi nhuận là giá trị thặng dư mà nhà tư bản tìm kiếm được trong các chu trình của quá trình sản xuất, chuyển hoá giữa tiền - hàng.

¹ Bryan A. Garner, Black' Law Dictionary (St. Paul, 1999), tr 278.

² Dẫn theo Đặng Vũ Hoàn, Pháp luật về kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam (NXB chính trị quốc gia, 2004), tr 19.

³ PGS. Nguyễn Như Phát, TS. Trần Đình Hào, Cạnh tranh và xây dựng pháp luật cạnh tranh hiện nay ở Việt Nam (NXB Công an nhân dân, 2001), chuyên đề “Một số đặc điểm của nền kinh tế thị trường Việt Nam có ảnh hưởng tới Pháp luật cạnh tranh” của PGS Lê Hồng Hạnh.

⁴ PGS. Nguyễn Như Phát & Ths. Bùi Nguyên Khánh, Tiến tới xây dựng pháp luật về cạnh tranh và chống độc quyền trong điều kiện chuyển sang nền kinh tế thị trường (Hà Nội: NXB Công an nhân dân, 2001).



Trong chu trình đó, khách hàng và người tiêu dùng có vai trò là đại diện cho thị trường, quyết định giá trị thặng dư của xã hội sẽ thuộc về ai. Ở đó mức thụ hưởng về lợi nhuận của mỗi nhà kinh doanh sẽ tỷ lệ thuận với năng lực của bản thân họ trong việc đáp ứng nhu cầu của khách hàng, người tiêu dùng trong xã hội.

Hình ảnh của cạnh tranh sẽ được minh họa bằng quan hệ *tay ba* giữa các doanh nghiệp với nhau và với khách hàng. Các doanh nghiệp *đua* nhau lấy lòng khách hàng. Khách hàng là người có quyền lựa chọn người sẽ cung ứng sản phẩm cho mình. Quan hệ này cũng sẽ được mô tả tương tự khi các doanh nghiệp cùng nhau tranh giành một nguồn nguyên liệu.

Hiện tượng tranh đua như vậy được kinh tế học gọi là cạnh tranh trong thị trường. Từng thủ đoạn được sử dụng để giành đua được gọi là hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp. Kết quả của cuộc cạnh tranh trên thị trường làm cho người chiến thắng mở rộng được thị phần và tăng lợi nhuận, làm cho kẻ thua cuộc chịu mất khách hàng và phải rời khỏi thị trường.

Ba, mục đích của các doanh nghiệp tham gia cạnh tranh là cùng tranh giành thị trường mua hoặc bán sản phẩm.

Với sự giúp đỡ của lợi nhuận, nhà kinh doanh khi tham gia vào thị trường luôn giành đua để có thể tranh giành các cơ hội tốt nhất nhằm mở rộng thị trường. Với sự giúp đỡ của người tiêu dùng, thị trường sẽ chọn ra người thắng cuộc và trao cho họ lợi ích mà họ mong muốn.

Trên thị trường, cạnh tranh chỉ xảy ra giữa các doanh nghiệp có chung lợi ích tiềm năng về nguồn nguyên liệu đầu vào (cạnh tranh mua); hoặc về thị trường đầu ra của sản phẩm (cạnh tranh bán) của quá trình sản xuất. Việc có cùng chung lợi ích để tranh giành làm cho các doanh nghiệp trở thành là đối thủ của nhau. Lý thuyết cạnh tranh xác định sự tồn tại của cạnh tranh giữa các doanh nghiệp theo hướng xác định sự tồn tại của thị trường liên quan đối với các doanh nghiệp. Việc họ có cùng một thị trường liên quan làm cho họ có cùng mục đích và trở thành đối thủ cạnh tranh của nhau. Theo kinh nghiệm pháp lý của các nước và theo Luật Cạnh tranh Việt Nam, thị trường liên quan bao gồm thị trường sản phẩm và thị trường địa lý. Việc xác định thị trường liên quan suy cho cùng là xác định khả năng thay thế cho nhau giữa sản phẩm của các doanh nghiệp trên một khu vực không gian nhất định. Trong đó, khả năng thay thế của các sản phẩm thường được mô tả bằng tính năng sử dụng, tính chất lý hóa và giá cả tương tự nhau. Mọi sự khác biệt của một trong ba dấu hiệu về tính năng sử dụng, tính chất lý hóa và giá cả sẽ làm phân hoá nhóm khách hàng tiêu thụ và làm cho các sản phẩm không thể thay thế cho nhau. Ví dụ, rượu Henessy ngoại nhập và rượu đế gò đen cho dù cùng được tiêu thụ trên thị trường Việt Nam, cùng có mục đích sử dụng giống nhau nhưng không thể cùng thị trường liên quan do giá cả và đặc tính lý hóa của chúng khác nhau quá xa.

Các sản phẩm tương tự nhau của các doanh nghiệp khác nhau không thể thay thế cho nhau nếu chúng ở những vùng thị trường địa lý khác nhau vì sự khác nhau đó không đủ làm cho người tiêu dùng thay đổi thói quen sử dụng sản phẩm của doanh

ngành này bằng sản phẩm tương tự của doanh nghiệp khác không cùng một khu vực với nó, cho dù có sự thay đổi về giá cả và các điều kiện mua bán có gây bất lợi cho người tiêu dùng.

Nói tóm lại, chỉ khi nào xác định được các doanh nghiệp cùng trên một thị trường liên quan mới có thể kết luận được rằng các doanh nghiệp đó là đối thủ cạnh tranh của nhau. Khi họ có chung khách hàng hoặc đối tác để tranh giành, có chung một nguồn lợi ích để hướng đến mới có căn nguyên nảy sinh ra sự ganh đua giữa họ với nhau.

Dấu hiệu mục đích vì lợi nhuận và vì thị trường phản ánh bản chất kinh tế của hiện tượng cạnh tranh. Từ đó có thể phân biệt cạnh tranh với các hiện tượng xã hội khác có cùng biểu hiện của sự ganh đua như: thi đấu thể thao hay các cuộc thi đua để tranh dành danh hiệu khác trong đời sống kinh tế - xã hội (ví dụ các cuộc thi để dành danh hiệu Sao vàng đất Việt...). Sự ganh đua trong thi đấu thể thao hay trong các cuộc thi tranh dành danh hiệu có thể đem lại vinh quang cho kẻ thắng và nỗi buồn cho người thất bại nhưng lại không đẩy người thua cuộc đi về phía cùng đường trong kinh doanh hay trong đời sống xã hội. Đồng thời, các bên trong cuộc thi đua hay thi đấu tranh dành những phần thưởng, danh hiệu mà *Ban tổ chức cuộc thi* trao tặng, người thắng cuộc được phần thưởng và những doanh nghiệp thua cuộc ra về tay không (không mất gì cho người thắng). Cạnh tranh đem về thị trường, khách hàng và các yếu tố kinh tế của thị trường của người thua cuộc cho doanh nghiệp thắng cuộc. Mối quan hệ giữa các doanh nghiệp cạnh tranh nhau trên thương trường luôn đưa đến kết quả *bàn tay vô hình* của thị trường sẽ lấy lại phần thị trường, lấy lại các yếu tố thị trường như vốn, nguyên vật liệu, lao động... của người yếu thế và kinh doanh kém hiệu quả hơn để trao cho những doanh nghiệp có khả năng sử dụng hiệu quả hơn. Như thế, sẽ có kẻ mất và người được trong cuộc cạnh tranh. Người được sẽ tiếp tục kinh doanh với những gì đã gặt hái, còn doanh nghiệp thua cuộc phải thu hẹp hoạt động kinh doanh, thậm chí phải rời bỏ thị trường. Có thể nói, với đặc trưng này, cạnh tranh được mô tả như quy luật đào thải rất *tự nhiên* diễn ra trên thương trường.

1.2. Ý nghĩa của cạnh tranh

Trong nền kinh tế thị trường, nếu quan hệ cung cầu là cốt vật chất, giá cả là diện mạo thì cạnh tranh là linh hồn của thị trường⁵. Nhờ có cạnh tranh, với sự thay đổi liên tục về nhu cầu và với bản tính *tham lam* của con người mà nền kinh tế thị trường đã đem lại những bước phát triển nhảy vọt mà loài người chưa từng có được trong các hình thái kinh tế trước đó. Sự ham muốn không có điểm dừng đối với lợi nhuận của nhà kinh doanh sẽ mau chóng trở thành động lực thúc đẩy họ sáng tạo không mệt mỏi, làm cho cạnh tranh trở thành động lực của sự phát triển. Theo đó, cạnh tranh có những vai trò cơ bản sau đây:

a. Cạnh tranh đáp ứng nhu cầu của người tiêu dùng

Trong môi trường cạnh tranh, người tiêu dùng có vị trí trung tâm, họ được *cung phụng* bởi các bên tham gia cạnh tranh. Nhu cầu của họ được đáp ứng một cách tốt

⁵Cách diễn tả của PGS. Nguyễn Như Phát – sdd



nhất mà thị trường có thể cung ứng, bởi họ là người có quyền bỏ phiếu bằng đồng tiền để quyết định ai được tồn tại và ai phải ra khỏi cuộc chơi. Nói khác đi, cạnh tranh đảm bảo cho người tiêu dùng có được cái mà họ muốn. Một nguyên lý của thị trường là ở đâu có nhu cầu, có thể kiếm được lợi nhuận thì ở đó có mặt các nhà kinh doanh, người tiêu dùng không còn phải sống trong tình trạng xếp hàng chờ mua nhu yếu phẩm như thời kỳ bao cấp, mà ngược lại, nhà kinh doanh luôn tìm đến để đáp ứng nhu cầu của người tiêu dùng một cách tốt nhất.

Với sự ganh đua của môi trường cạnh tranh, các doanh nghiệp luôn tìm mọi cách hạ giá thành sản phẩm nhằm lôi kéo khách hàng về với mình. Sự tương tác giữa nhu cầu của người tiêu dùng và khả năng đáp ứng của doanh nghiệp trong điều kiện cạnh tranh đã làm cho giá cả hàng hoá và dịch vụ đạt được mức rẻ nhất có thể; các doanh nghiệp có thể thoả mãn nhu cầu của người tiêu dùng trong khả năng chi tiêu của họ. Với ý nghĩa đó, cạnh tranh loại bỏ mọi khả năng bóc lột người tiêu dùng từ phía nhà kinh doanh.

Thị trường là nơi gặp gỡ giữa sở thích của người tiêu dùng và khả năng đáp ứng về trình độ công nghệ của người sản xuất. Trong mối quan hệ đó, sở thích của người tiêu dùng là động lực chủ yếu của yếu tố cầu; công nghệ sẽ quyết định về yếu tố cung của thị trường. Tùy thuộc vào khả năng tài chính và nhu cầu, người tiêu dùng sẽ quyết định việc sử dụng loại hàng hoá, dịch vụ cụ thể. Phụ thuộc vào những tính toán về công nghệ, về chi phí... nhà sản xuất sẽ quyết định mức độ đáp ứng nhu cầu về loại sản phẩm, về giá và chất lượng của chúng. Thực tế đã cho thấy, mức độ thoả mãn nhu cầu của người tiêu dùng phụ thuộc vào khả năng tài chính, trình độ công nghệ của doanh nghiệp. Những gì mà doanh nghiệp chưa thể đáp ứng sẽ là các *đề xuất* từ phía thị trường để doanh nghiệp lên kế hoạch cho tương lai. Do đó, có thể nói nhu cầu và sở thích của người tiêu dùng (đại diện cho thị trường) có vai trò định hướng cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Kinh tế học đánh giá hiệu quả của một thị trường dựa vào khả năng đáp ứng nhu cầu cho người tiêu dùng. Thị trường sẽ được coi là hiệu quả nếu nó cung cấp hàng hoá, dịch vụ đến tay người tiêu dùng với giá trị cao nhất. Thị trường sẽ kém hiệu quả nếu chỉ có một người bán mà cô lập với các nhà cạnh tranh khác, các khách hàng khác.

b. Cạnh tranh có vai trò điều phối các hoạt động kinh doanh trên thị trường

Như một quy luật sinh tồn của tự nhiên, cạnh tranh đảm bảo phân phối thu nhập và các nguồn lực kinh tế tập trung vào tay những doanh nghiệp giỏi, có khả năng và bản lĩnh trong kinh doanh. Sự tồn tại của cạnh tranh sẽ loại bỏ những khả năng lạm dụng quyền lực thị trường để bóc lột đối thủ cạnh tranh và bóc lột khách hàng. Vai trò điều phối của cạnh tranh thể hiện thông qua các chu trình của quá trình cạnh tranh. Dẫu biết rằng, cạnh tranh là một chuỗi các quan hệ và hành vi liên tục không có điểm dừng diễn ra trong đời sống của thương trường, song được các lý thuyết kinh tế mô tả bằng hình ảnh phát triển của các chu trình theo hình xoắn ốc. Theo đó, chu trình sau có mức độ cạnh tranh và khả năng kinh doanh cao hơn so với chu trình trước. Do đó, khi một

chu trình cạnh tranh được giả định là kết thúc, người chiến thắng sẽ có được thị phần (kèm theo chúng là nguồn nguyên liệu, vốn và lao động...) lớn hơn điểm xuất phát. Thành quả này lại được sử dụng làm khởi đầu cho giai đoạn cạnh tranh tiếp theo. Cứ thế, kết quả thực hiện các chiến lược kinh doanh và cạnh tranh hiệu quả sẽ làm cho doanh nghiệp có sự tích tụ dần trong quá trình kinh doanh để nâng cao dần vị thế của người chiến thắng trên thương trường. Trong cuộc cạnh tranh dường như có sự hiện diện của một *bàn tay vô hình* lấy đi mọi nguồn lực kinh tế từ những doanh nghiệp kinh doanh kém hiệu quả để trao cho những người có khả năng sử dụng một cách tốt hơn. Sự dịch chuyển như vậy đảm bảo cho các giá trị kinh tế của thị trường được sử dụng một cách tối ưu.

c. Cạnh tranh đảm bảo cho việc sử dụng các nguồn lực kinh tế một cách hiệu quả nhất

Những nỗ lực giảm chi phí để từ đó giảm giá thành của hàng hoá, dịch vụ đã buộc các doanh nghiệp phải tự đặt mình vào những điều kiện kinh doanh tiết kiệm bằng cách sử dụng một cách hiệu quả nhất các nguồn lực mà họ có được. Mọi sự lãng phí hoặc tính toán sai lầm trong sử dụng nguyên vật liệu đều có thể dẫn đến những thất bại trong kinh doanh. Nhìn ở tổng thể của nền kinh tế, cạnh tranh là động lực cơ bản giảm sự lãng phí trong kinh doanh, giúp cho mọi nguồn nguyên, nhiên, vật liệu được sử dụng tối ưu.

d. Cạnh tranh có tác dụng thúc đẩy việc ứng dụng các tiến bộ khoa học, kỹ thuật trong kinh doanh

Nhu cầu tìm kiếm lợi nhuận đã thúc đẩy các doanh nghiệp không ngừng áp dụng các tiến bộ khoa học, kỹ thuật tiên tiến nhằm nâng cao chất lượng sản phẩm, giảm chi phí sản xuất để đáp ứng ngày càng tốt hơn đòi hỏi của thị trường, mong giành phần thắng về mình. Cứ như thế, cuộc chạy đua giữa các doanh nghiệp sẽ thúc đẩy sự phát triển không ngừng của khoa học, kỹ thuật trong đời sống kinh tế và xã hội. Trên thực tế, sự thay đổi và phát triển liên tục của các thể hệ máy vi tính và sự phát triển của hệ thống viễn thông quốc tế hiện đại cho thấy rõ vai trò của cạnh tranh trong việc thúc đẩy tiến bộ khoa học, kỹ thuật.

đ. Cạnh tranh kích thích sự sáng tạo, là nguồn gốc của sự đổi mới liên tục trong đời sống kinh tế - xã hội

Nền tảng của quy luật cạnh tranh trên thị trường là quyền tự do trong kinh doanh và sự độc lập trong sở hữu và hoạt động của doanh nghiệp. Khi sự tự do kinh doanh bị tiêu diệt, mọi sự thi đua chỉ là những cuộc tụ họp theo phong trào, không thể là động lực đích thực thúc đẩy sự phát triển. Cạnh tranh đòi hỏi Nhà nước và pháp luật phải tôn trọng tự do trong kinh doanh. Trong sự tự do kinh doanh, quyền được sáng tạo trong khuôn khổ tôn trọng lợi ích của chủ thể khác và của xã hội luôn được đề cao như một kim chỉ nam của sự phát triển. Sự sáng tạo làm cho cạnh tranh diễn ra liên tục theo



chiều hướng gia tăng của quy mô và nhịp độ tăng trưởng của nền kinh tế. Việc vắng thiếu sự sáng tạo sẽ làm cho cạnh tranh trở thành những tua quay được lặp đi lặp lại ở cùng một mức độ, làm cho ý nghĩa của cạnh tranh - động lực của sự phát triển sẽ chỉ còn là những danh hiệu sáo rỗng.

Sự sáng tạo không mệt mỏi của con người trong cuộc cạnh tranh nhằm đáp ứng những nhu cầu luôn thay đổi qua nhiều thế hệ liên tiếp là cơ sở thúc đẩy sự phát triển liên tục và đổi mới không ngừng. Sự đổi mới trong đời sống kinh tế được thể hiện thông qua những thay đổi trong cơ cấu thị trường, hình thành những ngành nghề mới đáp ứng những nhu cầu của đời sống hiện đại, sự phát triển liên tục của khoa học kỹ thuật, là sự tiến bộ trong nhận thức của tư duy con người về các vấn đề liên quan đến kinh tế - xã hội.

Với ý nghĩa là động lực thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế, cạnh tranh luôn là đối tượng được pháp luật và các chính sách kinh tế quan tâm. Sau vài thế kỷ thăng trầm của của kinh tế thị trường và với sự chấm dứt của cơ chế kinh tế kế hoạch hoá tập trung, con người ngày càng nhận thức đúng đắn hơn về bản chất và ý nghĩa của cạnh tranh đối với sự phát triển chung của đời sống kinh tế. Do đó, đã có nhiều nỗ lực xây dựng và tìm kiếm những cơ chế thích hợp để duy trì và bảo vệ cho cạnh tranh được diễn ra theo đúng chức năng của nó.

2

Các hình thức tồn tại của cạnh tranh

Trong kinh tế học và trong khoa học pháp lý, các nhà khoa học có nhiều cách phân loại cạnh tranh khác nhau để phục vụ cho nhiệm vụ nghiên cứu hoặc cho công tác xây dựng chính sách cạnh tranh.

2.1. Cạnh tranh tự do và cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước

Dựa vào vai trò điều tiết của Nhà nước, cạnh tranh được chia thành hai loại: cạnh tranh tự do và cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước.

a. Cạnh tranh tự do

Lý thuyết về cạnh tranh tự do ra đời vào thời kỳ giá cả tự do vận động lên xuống theo sự chi phối của quan hệ cung cầu, của các thế lực thị trường. Cùng với chủ nghĩa tự do trong thương mại, lý thuyết tự do cạnh tranh là ngọn cờ đầu tranh trước những nguy cơ can thiệp thô bạo từ phía công quyền vào đời sống kinh doanh, từ đó tạo môi trường cho chủ nghĩa tư bản phát triển trong những thời kỳ đầu của chúng. Ở một chừng mực nhất định, các quan điểm về tự do cạnh tranh đã tôn sùng và tạo điều kiện cho sự sáng tạo của con người vượt ra những quan niệm cổ hủ của tư tưởng

phong kiến trọng nông.

Khái niệm cạnh tranh tự do được hiểu từ sự phân tích các chính sách xây dựng và duy trì thị trường tự do, theo đó “thị trường tự do tồn tại khi không có sự can thiệp của Chính phủ và tại đó các tác nhân cung cầu được phép hoạt động tự do”⁶. Do đó, lý thuyết về cạnh tranh tự do đưa ra mô hình cạnh tranh mà ở đó các chủ thể tham gia cuộc tranh đua hoàn toàn chủ động và tự do ý chí trong việc xây dựng và thực hiện các chiến lược, các kế hoạch kinh doanh của mình.

Mô hình cạnh tranh tự do ra đời cùng với quan điểm về bàn tay vô hình do nhà kinh tế học người Anh Adam Smith (1723-1790) đề xuất. Theo Adam Smith, sự phát triển kinh tế phụ thuộc vào quy luật của tự nhiên vì cho rằng trong các hiện tượng tự nhiên luôn tồn tại một trật tự có thể thấy được qua quan sát hoặc bằng cảm giác đạo đức. Do đó, cơ chế kinh tế và pháp luật nên tuân theo thay vì đi ngược lại các trật tự tự nhiên này. Trong tác phẩm *Nghiên cứu về bản chất và nguồn gốc của cải của các dân tộc* (1776), Ông tôn vinh vai trò điều tiết thị trường của *bàn tay vô hình* và cho rằng, sự tự do tự nhiên đã sản sinh ra một hệ thống điều tiết các quan hệ và các lợi ích thị trường đơn giản và rõ ràng. Theo đó, khi chạy theo lợi ích cá nhân, mỗi người đã vô tình đồng thời đáp ứng lợi ích của xã hội, cho dù trước đó họ không có ý định này (cơ chế này được gọi là sự điều hoà tự nhiên về lợi ích). Vì vậy, hệ thống cạnh tranh tự do tự nó đã sản sinh những quyền lực cần thiết để điều tiết và phân bổ các nguồn lực một cách tối ưu. Vì vậy, công quyền không cần phải can thiệp sâu vào đời sống thị trường⁷.

Bản về cạnh tranh tự do, Adam Smith không loại bỏ vai trò của Nhà nước ra khỏi các quan hệ trên thương trường. Mặc dù cổ súy cho tự do kinh doanh và tự do cạnh tranh, nhưng ông vẫn đề cao vai trò của công quyền trong việc đảm bảo trật tự thị trường. Theo đó, thị trường cần phải có sự can thiệp của Nhà nước thông qua hai nội dung: *Thứ nhất*, Nhà nước cần phải bảo vệ các ngành công nghiệp còn non trẻ bằng các hàng rào thuế quan;

Thứ hai, Nhà nước phải thực hiện ba chức năng là đảm bảo an ninh, duy trì sự công bằng, xây dựng và bảo vệ các công trình công cộng.

Ngày nay, lý thuyết về mô hình cạnh tranh tự do sơ khai kiểu của Adam Smith đã được một số người tự xưng là môn đệ của ông phát triển thành nhiều trường phái khác nhau. Sự phát triển đa dạng và phức tạp của các quan hệ trên thương trường với sự đan xen ngày càng chặt chẽ của nhiều dạng lợi ích đã làm nổi bật sự bất lực của *bàn tay vô hình* trong việc điều tiết cạnh tranh trên thương trường. Mô hình cạnh tranh tự do đã không còn là hình thức cạnh tranh lý tưởng được xưng tụng và áp dụng trong thực tế. Tuy nhiên, giá trị lịch sử của mô hình đó vẫn còn sáng mãi trong quan niệm và trong ý thức của loài người khi thiết kế các mô hình thị trường hoặc mô hình cạnh tranh trong thực tế của đời sống kinh tế - xã hội hiện đại.

b. Cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước

Khác với cạnh tranh tự do, cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước là hình thức cạnh tranh mà ở đó Nhà nước bằng các chính sách và công cụ pháp luật can thiệp vào đời

⁶David W. Pearce, Từ điển kinh tế học hiện đại (Hà Nội: tái bản lần 4, Nhà xuất bản chính trị quốc gia, 1999), tr 397.

⁷David W. Pearce, sđd, tr 950-952.



sống thị trường để điều tiết, hướng các quan hệ cạnh tranh vận động và phát triển trong một trật tự, đảm bảo sự phát triển công bằng và lành mạnh.

Yêu cầu về sự điều tiết của Nhà nước đối với cạnh tranh xuất phát từ nhận thức của con người về mặt trái của cạnh tranh tự do và sự bất lực của *bàn tay vô hình* trong việc điều tiết đời sống kinh tế. Với sự giục giã của lợi nhuận và khả năng sáng tạo những thủ pháp cạnh tranh trong kinh doanh, các doanh nghiệp khi tham gia thương trường đã không ngừng tiến hành cải tiến và nâng cao trình độ công nghệ, trình độ quản lý lao động, quản lý sản xuất kinh doanh để đáp ứng ngày càng tốt hơn nhu cầu của khách hàng. Bên cạnh những tính toán để nâng cao khả năng kinh doanh một cách chính đáng, còn phát sinh nhiều toan tính không lành mạnh nhằm tiêu diệt đối thủ để chiếm lĩnh vị trí thống trị thị trường, giảm bớt sức ép của cạnh tranh, nhiều thủ đoạn chiếm đoạt thị phần của người khác một cách bất chính, lừa dối khách hàng để trục lợi.... Những biểu hiện không lành mạnh ấy ngày càng phát triển cả về số lượng lẫn độ phức tạp trong biểu hiện, làm *ô nhiễm* môi trường kinh doanh của thị trường.

Trong khi đó, lý thuyết về cạnh tranh tự do tôn vinh khả năng tự điều tiết của thị trường và của cạnh tranh thông qua phương thức *thưởng phạt* theo quy luật tự nhiên. Thực tế lại cho thấy, khả năng điều tiết các quan hệ thị trường của *bàn tay vô hình* dường như chỉ thích hợp và phát huy tác dụng khi quan hệ cạnh tranh và hợp tác giữa các chủ thể là lành mạnh và công bằng. Một khi những toan tính đi ngược lại với các tiêu chuẩn đạo đức len lỏi vào các quan hệ đó thì *bàn tay vô hình* cũng bị mất đi tác dụng. Bởi lẽ với những người mong muốn có được lợi nhuận bất chấp đạo đức thì các biện pháp trừng phạt tự nhiên của thị trường và của truyền thống, tập quán kinh doanh sẽ không thể phát huy hiệu quả. Trong trường hợp này, xã hội và thị trường cần phải có thêm *bàn tay hữu hình* của một thể lực đủ mạnh, đứng trên các chủ thể kinh doanh (là những chủ thể có tư cách pháp lý bình đẳng nhau), bằng những công cụ cần thiết để ngăn chặn, trừng phạt những hành vi xâm hại trật tự công bằng của thị trường, khôi phục những lợi ích chính đáng bị xâm hại.

Lịch sử phát triển của kinh tế thị trường đã chứng minh cho những lý lẽ trên và cũng đặt ra yêu cầu cho con người phải thay đổi nhận thức từ cạnh tranh tự do sang cạnh tranh có điều tiết. Trong thời kỳ đầu xây dựng và phát triển thị trường, Nhà nước tư bản cho dù đóng vai trò như *người gác đêm* (theo cách miêu tả của Macxit) hoặc *con chó canh cửa* (watch dog) - theo cách mô tả của những người chủ thuyết của kinh tế học cổ điển, cũng đã nhận ra được các tác hại của những toan tính lợi dụng tự do để cạnh tranh không lành mạnh, hòng trục lợi. Vì vậy, ngay từ những năm đầu của thế kỷ XIX, các Nhà nước tư bản đã vận dụng một vài nguyên tắc của dân luật để xử lý các hành vi không lành mạnh trong cạnh tranh và xác định trách nhiệm vật chất cho người vi phạm để khôi phục lại các lợi ích chính đáng bị xâm hại. Lý thuyết về cạnh tranh có điều tiết đã được các nhà kinh tế học và luật học phát triển thêm một bước khi nền kinh tế tư bản chuyển sang giai đoạn phát triển tư bản độc quyền. Sự xuất hiện của các doanh nghiệp độc quyền và hành vi lạm dụng quyền lực thị trường của các nhà tư bản dẫn đến những cuộc khủng hoảng kinh tế - xã hội đòi hỏi Nhà nước và pháp luật phải xuất

hiện như một đối trọng với quyền lực kinh tế của các nhà độc quyền nhằm duy trì trật tự và hạn chế những khuyết tật mà tự do cạnh tranh gây ra, ngăn chặn khả năng lạm dụng vị trí độc quyền của những doanh nghiệp đang có vai trò thống trị.

Cho đến nay, học thuyết về mô hình tự do cạnh tranh dường như đã kết thúc sứ mệnh lịch sử của nó, bởi hầu hết các nước đều đã làm quen và hài lòng với mô hình cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước. Lý luận cũng như thực tiễn của thị trường phải làm rõ vấn đề xác định chính xác mức độ và phương pháp, công cụ can thiệp của Nhà nước để điều tiết môi trường cạnh tranh nhằm vừa bảo vệ trật tự cạnh tranh vừa tôn trọng quyền tự do và tự chủ của các doanh nghiệp trên thương trường. Mọi sự can thiệp một cách thô bạo vào thị trường vừa làm méo mó diện mạo của cạnh tranh vừa xâm hại đến quyền tự do của các chủ thể kinh doanh.

Có thể nói, việc phân chia và nghiên cứu cạnh tranh dưới các mô hình cạnh tranh tự do và cạnh tranh có điều tiết đã làm sáng tỏ nhiều vấn đề lý luận để lý giải cho sự xuất hiện của Nhà nước vào đời sống cạnh tranh, làm cơ sở cho việc tìm kiếm những phương tiện để điều tiết thị trường.

2.2. Cạnh tranh hoàn hảo, cạnh tranh không hoàn hảo và độc quyền

Căn cứ vào tính chất mức độ biểu hiện, cạnh tranh được chia thành cạnh tranh hoàn hảo, cạnh tranh không hoàn hảo và độc quyền.

a. Cạnh tranh hoàn hảo

Cạnh tranh hoàn hảo là hình thức cạnh tranh mà ở đó người mua và người bán đều không có khả năng tác động đến giá cả của sản phẩm trên thị trường. Trong hình thái thị trường cạnh tranh hoàn hảo, giá cả của sản phẩm hoàn toàn do quan hệ cung cầu, quy luật giá trị quyết định; không có sự tồn tại của bất cứ khả năng hay quyền lực nào có thể chi phối các quan hệ trên thị trường.

Phân tích các yếu tố của thị trường, các nhà kinh tế học cho rằng, cạnh tranh hoàn hảo sẽ chỉ tồn tại khi có đủ 5 điều kiện sau đây:

Một, số lượng doanh nghiệp tham gia thị trường và số lượng khách hàng rất lớn, đủ để không một ai trong số họ có khả năng tác động đến thị trường. Do đó, thị phần của các doanh nghiệp và khả năng tiêu dùng của khách hàng là không lớn;

Hai, sản phẩm tham gia thị trường phải đồng nhất, vì sự dị biệt trong sản phẩm là đối tượng của thị trường nên mức độ khác biệt giữa các sản phẩm tương tự có thể tạo ra quyền lực cho từng doanh nghiệp ở mức độ nhất định;

Ba, thông tin trên thị trường là hoàn hảo. “Thông tin hoàn hảo là việc những người tham gia thị trường trong một nền kinh tế cạnh tranh nhận biết được đầy đủ và thấy trước được giá cả hiện nay và tương lai cũng như vị trí của hàng hoá và dịch vụ”⁸. Một khi thông tin thị trường được coi là hoàn hảo thì cả người mua và người bán đều không có cơ hội để lừa dối nhau nhằm nâng giá hay ép giá sản phẩm;

Bốn, không có sự tồn tại của các rào cản gia nhập thị trường, điều này có nghĩa là một thị trường cạnh tranh hoàn hảo luôn tồn tại sự tự do gia nhập của các doanh

⁸David W. Pearce, sđd, tr 780.



ng nghiệp tiềm năng. Dưới những phân tích của kinh tế học, tự do gia nhập được hiểu là các doanh nghiệp hoặc các nhà đầu tư “có thể và sẽ gia nhập vào thị trường nếu như họ quan sát thấy các doanh nghiệp khác đang kiếm được lợi nhuận nhiều hơn lợi nhuận bình thường. Tác động của sự gia nhập tự do này sẽ làm cho đường cầu của mỗi doanh nghiệp có chiều hướng đi xuống cho đến khi mỗi doanh nghiệp chỉ kiếm được lợi nhuận bình thường, tại thời điểm mà không còn sự kích thích nào cho doanh nghiệp muốn gia nhập”⁹;

Năm, các yếu tố đầu vào của quy trình sản xuất được lưu thông tự do và các doanh nghiệp đều có cơ hội như nhau trong việc tiếp cận với những yếu tố trên. Các yếu tố đầu vào như nguyên vật liệu, lao động... đều có khả năng ảnh hưởng đến năng lực kinh doanh và quyết định một phần vị trí của nhà kinh doanh trên thị trường, bởi lẽ nếu như một người có khả năng chi phối nguồn nguyên liệu đầu vào trong một ngành sản xuất, chắc chắn họ cũng sẽ khống chế sự vận động của các quan hệ sản xuất trên thị trường đó. Vì vậy, điều kiện về sự cân bằng của các yếu tố đầu vào đảm bảo cho doanh nghiệp có vị thế ngang nhau và cơ hội ngang nhau trong việc triển khai các chiến lược kinh doanh.

Nhìn chung, những điều kiện để có cạnh tranh hoàn hảo là những tiêu chí nhằm gạt bỏ mọi nguy cơ hình thành các thế mạnh trên thị trường, đảm bảo không một ai (cả người bán lẫn người mua) có thể chi phối thị trường. Với mô hình thị trường cạnh tranh hoàn hảo, các nhà kinh tế học xem khả năng của cạnh tranh tác động đến sự vận hành các quan hệ thị trường trong trạng thái *tĩnh*. Nói cách khác, cạnh tranh hoàn hảo là hình thức cạnh tranh mang tính lý thuyết dựa trên những điều kiện giả định của các nhà khoa học, mà không tồn tại trên thực tế. Sự vận động của các yếu tố trên thị trường như vốn, nguyên liệu, lao động và thị phần, kết hợp với bản tính hay thay đổi của người tiêu dùng đã làm cho thị trường không thể đồng thời tồn tại đủ các điều kiện nói trên. Các sản phẩm sẽ không thể đồng nhất trước sự phong phú và đa dạng của nhu cầu tiêu dùng trong xã hội, ngay cả với những mặt hàng đồng nhất do tự nhiên mà có như đường ăn, muối... cũng đang có xu hướng đa dạng hóa. Mặt khác, sự mở rộng không ngừng của khái niệm thị trường sản phẩm lẫn thị trường địa lý làm cho khả năng hoàn hảo về thông tin là không thể xảy ra. Sự vận động không ngừng của thị trường đã phủ nhận khả năng tồn tại của một loại thị trường *tĩnh* theo kiểu lý thuyết về cạnh tranh hoàn hảo.

b. Cạnh tranh không hoàn hảo

Cạnh tranh không hoàn hảo là hình thức cạnh tranh chiếm ưu thế trong các ngành sản xuất mà ở đó, các doanh nghiệp phân phối hoặc sản xuất có đủ sức mạnh và thế lực để có thể chi phối giá cả các sản phẩm của mình trên thị trường¹⁰. Theo Từ điển kinh tế học hiện đại, cạnh tranh không hoàn hảo ra đời do sự khuyết đi một trong những yếu tố để tạo nên sự hoàn hảo của thị trường (đã đề cập đến ở phần cạnh tranh hoàn hảo). Trong thực tế, hình thức cạnh tranh không hoàn hảo là hình thức cạnh tranh phổ biến trên thị trường, ở nhiều lĩnh vực, nhiều ngành của nền kinh tế. Nếu như trong cạnh tranh hoàn hảo, không có ai có đủ khả năng chi phối thị trường, thì trong cạnh

⁽⁹⁾David W. Pearce, sdd, tr 779.

⁽¹⁰⁾PGS. Nguyễn Như Phát & Ths. Bùi Nguyên Khánh, sdd.

tranh không hoàn hảo, do các điều kiện để sự hoàn hảo tồn tại không đầy đủ nên mỗi thành viên của thị trường đều có một mức độ quyền lực nhất định đủ để tác động đến giá cả của sản phẩm. Tùy từng biểu hiện của hình thức cạnh tranh này mà cách thức tác động đến giá cả sẽ là khác nhau.

Kinh tế học chia cạnh tranh không hoàn hảo thành cạnh tranh mang tính độc quyền và độc quyền nhóm:

- Cạnh tranh mang tính độc quyền

Lý thuyết về hình thức cạnh tranh mang tính độc quyền gắn liền với các công trình nghiên cứu của nhà kinh tế học người Mỹ Edward Chamberlin¹¹ (1899-1967) và nhà kinh tế học người Anh Joan V. Robinson¹² (1903-1983). Mặc dù là những nhà nghiên cứu độc lập nhưng trong các tác phẩm đã công bố, hai nhà khoa học này có nhiều quan điểm tương đồng trong việc mô tả về hiện tượng cạnh tranh mang tính độc quyền. Cạnh tranh mang tính độc quyền là hình thức cạnh tranh sản phẩm, mà mỗi doanh nghiệp đều có mức độ độc quyền nhất định vì họ có sản phẩm của riêng mình. Mặc dù các sản phẩm trên thị trường có thể thay thế cho nhau, song các doanh nghiệp luôn nỗ lực thực hiện cá biệt hoá sản phẩm của mình¹³. Sự thành công trong việc dị biệt hoá sản phẩm phù hợp với sự đa dạng và tính hay thay đổi của nhu cầu thị trường quyết định mức độ độc quyền và thành công của doanh nghiệp. Các tiêu chí được sử dụng để cá biệt hoá sản phẩm thường là mẫu mã, chất lượng, nhãn mác, dịch vụ bán hàng,... Chúng ta có thể tìm thấy sự hiện diện của cạnh tranh mang tính độc quyền trong thị trường của các ngành như hoá mỹ phẩm, may mặc, ô tô...

- Độc quyền nhóm

Trong độc quyền nhóm, hình thức cạnh tranh được tồn tại trong một số ngành chỉ có một số ít nhà sản xuất và mỗi nhà sản xuất đều nhận thức được rằng giá cả của mình không chỉ phụ thuộc vào năng suất của chính mình mà còn phụ thuộc vào hoạt động của các đối thủ cạnh tranh quan trọng trong ngành đó¹⁴. Ở mô hình độc quyền nhóm, người ta không cần quan tâm đến tính thuần nhất của sản phẩm mà nhấn mạnh đến số lượng thành viên của thị trường, đặc thù công nghệ của một số ngành sản xuất đòi hỏi quy mô tối thiểu có hiệu quả lớn đến mức không phải ai cũng có thể đáp ứng. Chỉ một số lượng nhỏ doanh nghiệp với tiềm lực tài chính và khả năng về công nghệ có thể tham gia đầu tư, ví dụ như sản xuất ô tô, cao su, thép, xi măng.v.v. Khi đó, sự thay đổi về giá của mỗi doanh nghiệp sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến nhu cầu đối với sản phẩm của doanh nghiệp khác và ngược lại. Mặt khác, việc thay đổi sản lượng của doanh nghiệp sẽ tác động trực tiếp đến quan hệ cung cầu của sản phẩm và tác động đến sự thay đổi của giá cả sản phẩm.

c. Độc quyền

Độc quyền tồn tại khi chỉ có một doanh nghiệp duy nhất sản xuất hoặc tiêu thụ sản phẩm trên thị trường mà không có sự thay thế từ các sản phẩm hoặc các chủ thể kinh

⁽¹¹⁾Với tác phẩm Lý thuyết cạnh tranh độc quyền xuất bản 1933.

⁽¹²⁾Kinh tế học về cạnh tranh không hoàn hảo, xuất bản năm 1933.

⁽¹³⁾Hình thức cạnh tranh mang tính độc quyền khuyết đi yếu tố về tính đồng nhất của sản phẩm nên là không hoàn hảo.

⁽¹⁴⁾Đặng Vũ Huân, Chuyên đề về cạnh tranh, chống cạnh tranh không lành mạnh và kiểm soát độc quyền - Viện khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (1996), tr 21.



doanh khác. Khi có vị trí độc quyền, thị trường sẽ trao cho doanh nghiệp quyền lực của mình, “khả năng tác động đến giá cả thị trường của một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định”¹⁵. Như vậy, độc quyền là một thuật ngữ để chỉ việc một doanh nghiệp nào đó duy nhất tồn tại trên thị trường mà không có đối thủ cạnh tranh. Doanh nghiệp độc quyền có thể độc quyền nguồn cung (độc quyền bán) hoặc độc quyền cầu (độc quyền mua) trên thị trường. Cả hai trường hợp độc quyền này đều đem lại cho doanh nghiệp độc quyền khả năng khống chế ý chí của đối tác hoặc của khách hàng, tước bỏ khả năng lựa chọn của khách hàng, buộc họ chỉ còn một cơ may duy nhất là *được giao dịch với doanh nghiệp độc quyền*. Khi ấy, sự chi phối của doanh nghiệp độc quyền đến giá cả và những điều kiện thương mại khác dễ xảy ra.

Những nguyên nhân dẫn đến sự hình thành độc quyền bao gồm các loại sau đây:

- Độc quyền hình thành từ quá trình cạnh tranh. Với tư cách là kết quả của quá trình cạnh tranh, độc quyền được tạo ra bởi sự tích tụ dần theo cơ chế lợi nhuận và các nguồn lực thị trường cứ tích tụ dần vào doanh nghiệp đã chiến thắng. Cứ như thế, *sự bồi đắp về nguồn lực* qua thời gian cho doanh nghiệp chiến thắng và sự ra đi của những doanh nghiệp thất bại đã hình thành nên thế lực độc quyền;

- Độc quyền hình thành từ yêu cầu của công nghệ sản xuất hoặc yêu cầu về quy mô tối thiểu của ngành kinh tế kỹ thuật. Theo đó, trong những ngành kinh tế nhất định chỉ có những nhà đầu tư nhất định đáp ứng được yêu cầu về công nghệ hoặc về số vốn đầu tư tối thiểu mới có thể đầu tư kinh doanh có hiệu quả. Những điều kiện về công nghệ, về vốn tối thiểu đã loại bỏ dần những người không đủ khả năng, dẫn đến việc chỉ có một nhà đầu tư nào đó có thể đáp ứng được những điều kiện đó và thị trường đã trao cho người đủ điều kiện vị trí độc quyền. Trong đời sống kinh tế hiện đại, có thể tìm thấy những ngành có các yêu cầu công nghệ cao và vốn lớn như chế tạo máy bay, du lịch không gian.

- Độc quyền hình thành từ sự tồn tại của các rào cản trên thị trường (barrier). Các rào cản đó bao gồm sự bảo hộ của Nhà nước (bao gồm bảo hộ bằng các quyết định hành chính cho các doanh nghiệp Nhà nước và bảo hộ các đối tượng thuộc sở hữu công nghiệp); sự trung thành của khách hàng; rào cản do lợi thế chi phí tuyệt đối của doanh nghiệp đang tồn tại, đã làm cản trở sự gia nhập thị trường của các nhà kinh doanh mới, từ đó củng cố và bảo vệ vị trí độc quyền của doanh nghiệp hiện đang tồn tại;

- Độc quyền do sự tích tụ tập trung kinh tế. Tập trung kinh tế diễn ra thông qua việc sáp nhập, hợp nhất hoặc mua lại, liên doanh và những hình thức khác (ví dụ như việc kiểm nhiệm vị trí lãnh đạo trong nhiều doanh nghiệp), việc mua lại doanh nghiệp có thể hiểu là mua lại toàn bộ một doanh nghiệp hoặc mua một lượng đáng kể cổ phiếu của doanh nghiệp khác để có thể kiểm soát nó.

Sự tồn tại của doanh nghiệp độc quyền có khả năng tập trung mọi nguồn lực thị trường để đầu tư hoặc phát triển nghiên cứu công nghệ, triển khai thực hiện những dự án đầu tư đòi hỏi vốn lớn. Rất nhiều thành tựu kinh tế và khoa học kỹ thuật của nhân loại trong thế kỷ XXI đã được thực hiện dưới sự tài trợ của các doanh nghiệp hoặc các tập đoàn độc quyền.

⁽¹⁵⁾David W. Pearce, sdd, tr 682

Tuy nhiên, sự xuất hiện của độc quyền trong đời sống kinh tế sẽ triệt tiêu cạnh tranh, có thể gây ra những thiệt hại khó lường trước như:

- Người tiêu dùng rất dễ bị bóc lột bởi việc doanh nghiệp độc quyền đặt ra các mức giá phi cạnh tranh (còn gọi là mức giá bóc lột);

- Độc quyền có thể là nguyên nhân gây ra lãng phí cho xã hội bằng các chi phí mà doanh nghiệp bỏ ra để củng cố hoặc duy trì độc quyền bằng mọi giá;

- Độc quyền có thể bóp méo chi phí sản xuất. Doanh nghiệp độc quyền ít chịu sức ép cạnh tranh so với các doanh nghiệp cạnh tranh. Do đó nên sức ép giảm chi phí đối với doanh nghiệp độc quyền cũng thấp hơn nhiều so với doanh nghiệp phải tồn tại trong môi trường cạnh tranh. Với cùng một loại hàng hoá sản xuất và cùng một lượng hàng hoá cung cấp cho người tiêu dùng, doanh nghiệp độc quyền thường có chi phí cao hơn so với doanh nghiệp hoạt động trong thị trường cạnh tranh;

- Độc quyền tạo ra sức ỳ cho bản thân doanh nghiệp độc quyền. Vì không phải chịu các sức ép từ cạnh tranh, nên các doanh nghiệp độc quyền không có động lực cải tiến kỹ thuật, cắt giảm chi phí và đầu tư phát triển công nghệ... được bao bọc bởi hiệu quả kinh tế không từ khả năng kinh doanh mà từ vị trí độc quyền có thể khiến cho doanh nghiệp tự *bằng lòng* với những gì họ đang có. Những điều nói trên tạo ra sức ỳ nhất định cho doanh nghiệp. Những diễn biến xảy ra đối với các doanh nghiệp độc quyền của Việt Nam trong nhiều ngành là ví dụ điển hình.

2.3. Cạnh tranh lành mạnh, cạnh tranh không lành mạnh và hạn chế cạnh tranh

Dựa vào tính lành mạnh và sự tác động của hành vi đối với thị trường, các hành vi cạnh tranh được chia làm 3 loại là cạnh tranh lành mạnh, cạnh tranh không lành mạnh và hạn chế cạnh tranh.

a. Hành vi cạnh tranh lành mạnh

Theo cuốn Black's Law Dictionary, cạnh tranh lành mạnh được định nghĩa "là hình thức cạnh tranh công khai, công bằng và ngay thẳng giữa các đối thủ cạnh tranh trong kinh doanh"¹⁶. Luôn là ước muốn của các doanh nghiệp có thái độ kinh doanh tử tế, của những nhà quản lý kinh tế, cạnh tranh lành mạnh đem lại hiệu quả tối ưu cho người tiêu dùng. Nuôi nấng và tô vẽ các nét đẹp truyền thống văn hiến vài nghìn năm, nền kinh tế lúa nước của người Việt Nam cũng phản ánh những quan niệm về cạnh tranh lành mạnh trong hoạt động giao lưu thương mại. Những câu thành ngữ "buôn có bạn, bán có phường", sự hình thành các trung tâm thương mại lớn như "nhất kinh kỳ, nhì phố Hiến" đã cho thấy các thương nhân Việt Nam đã có thói quen yêu mến sự lành mạnh của cạnh tranh.

Hiện nay, là khái niệm chỉ có ý nghĩa về mặt lý thuyết, cạnh tranh lành mạnh không phải là khái niệm luật định cho dù bất cứ đạo luật cạnh tranh nào cũng đều hướng đến xây dựng và hoàn thiện một thị trường cạnh tranh lành mạnh. Trong khoa học pháp lý, người ta cũng chưa có được bất cứ khái niệm nào về cạnh tranh lành mạnh làm vừa lòng tất cả những nhà khoa học. Tuy nhiên, các nhà khoa học cũng đã có một sự thống

⁽¹⁶⁾Bryan A.Gamer, sdd, tr 279.



nhất khi đưa ra những đặc trưng của cạnh tranh lành mạnh như sau:

- Cạnh tranh bằng tiềm năng vốn có của doanh nghiệp;
- Có mục đích thu hút khách hàng;
- Không trái pháp luật và tập quán kinh doanh lành mạnh¹⁷.

Cạnh tranh lành mạnh đem lại cho người tiêu dùng chất lượng sản phẩm ngày càng cao, sự đa dạng sản phẩm theo nhu cầu, giá cả hợp lý; đem lại cho đời sống kinh tế - xã hội những thành tựu phát triển của khoa học kỹ thuật, sự hợp lý trong việc sử dụng các nguồn lực kinh tế như: vốn, lao động, nguyên liệu. Đối với doanh nghiệp, cạnh tranh lành mạnh sẽ là trọng tài công bằng để lựa chọn những nhà kinh doanh có đủ năng lực, đủ bản lĩnh để tồn tại và kinh doanh hiệu quả.

b. Hành vi cạnh tranh không lành mạnh

Điều 10 Bis Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp quy định: “bất cứ hành vi cạnh tranh nào trái với các hoạt động thực tiễn, không trung thực trong lĩnh vực công nghiệp và thương mại đều bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh”.

Do ra đời từ bản tính háo lợi và ganh đua của con người trong kinh doanh, cạnh tranh luôn có tính hai mặt. Dưới góc độ tích cực, cạnh tranh đem lại các lợi ích cho xã hội, cho người tiêu dùng, cho doanh nghiệp. Song, ở chừng mực nào đó, khi nhu cầu lợi nhuận thúc giục và cảm dỗ con người đến với những thủ đoạn thái quá trong cạnh tranh, thì các hành vi cạnh tranh ấy trở thành nỗi ám ảnh và có thể gây ra nhiều hậu quả bất lợi cho sự phát triển, xâm hại lợi ích chính đáng của các doanh nghiệp khác, của người tiêu dùng. Lý thuyết cạnh tranh gọi đó là những hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Mặc dù có nhiều cố gắng, song pháp luật các nước đều không thể đưa ra được khái niệm cạnh tranh không lành mạnh có thể bao quát được mọi biểu hiện trên thực tế. Vì vậy, nếu có đưa ra khái niệm cạnh tranh không lành mạnh, pháp luật của các nước cũng phải kèm theo các quy định liệt kê từng hành vi cụ thể. Lý giải về điều này, Phó Giáo sư Nguyễn Như Phát cho rằng sức sáng tạo bất tận của các nhà kinh doanh đã làm cho phạm vi của hành vi không lành mạnh luôn thay đổi bằng sự xuất hiện của những thủ đoạn bất chính mới. Do đó, pháp luật với tính ổn định tương đối sẽ mau trở thành lỗi thời trước thực tế sinh động của thị trường.

Với những lý do đó, lý thuyết về cạnh tranh và pháp luật cạnh tranh cho dù có những cách thức tiếp cận có khác nhau, nhưng họ đều có sự thống nhất về những căn cứ để nhận dạng cạnh tranh không lành mạnh. Theo đó, cạnh tranh không lành mạnh là hành vi:

- Nhằm mục đích cạnh tranh phát sinh trong kinh doanh;
- Trái với pháp luật cạnh tranh hoặc tập quán kinh doanh thông thường;
- Gây thiệt hại cho đối thủ hoặc cho khách hàng.

c. Hành vi hạn chế cạnh tranh

Nếu như sự bất thành trong việc xây dựng mô hình cạnh tranh tự do đã chỉ ra cho

⁽¹⁷⁾PGS. Nguyễn Như Phát – Ths. Bùi Nguyên Khánh, sdd.

con người nhận biết được các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, thì những thủ đoạn lũng đoạn thị trường của các tập đoàn kinh tế tư bản độc quyền ở Hoa Kỳ vào cuối thế kỷ XIX đã cảnh báo cho con người về nguy cơ đe dọa cạnh tranh của quyền lực thị trường. Ban đầu, các hành vi lũng đoạn thị trường gây hậu quả xấu đến tình hình kinh tế - xã hội được coi là một dạng của cạnh tranh không lành mạnh. Cho đến nay, các nhà khoa học đã tách nhóm hành vi hạn chế cạnh tranh ra khỏi khái niệm cạnh tranh không lành mạnh do những thiệt hại mà hành vi này xâm hại và những biểu hiện khách quan của chúng.

Mặc dù được thực hiện từ các doanh nghiệp đều mang bản chất bất chính và có khả năng gây thiệt hại cho thị trường hoặc cho chủ thể khác, giữa hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh có những khác biệt cơ bản, theo đó, hành vi hạn chế cạnh tranh luôn hướng đến việc hình thành một sức mạnh thị trường hoặc tận dụng sức mạnh thị trường để làm cho tình trạng cạnh tranh trên thị trường bị biến dạng. Có hai nội dung cần phải xác định đối với hành vi hạn chế cạnh tranh là:

Thứ nhất, chủ thể thực hiện hành vi có thể là một doanh nghiệp hoặc một nhóm doanh nghiệp, các doanh nghiệp này hoặc là đã có sức mạnh thị trường, hoặc hướng đến việc hình thành nên sức mạnh thị trường bằng cách thỏa thuận hoặc tập trung kinh tế;

Thứ hai, các hành vi được thực hiện nhằm mục tiêu làm biến dạng cạnh tranh, sự biến dạng của cạnh tranh có thể là làm thay đổi cấu trúc thị trường, thay đổi tương quan cạnh tranh giữa các doanh nghiệp, loại bỏ đối thủ, ngăn cản đối thủ tiềm năng để làm giảm đi sức ép cạnh tranh hiện có hoặc sẽ có, bóc lột khách hàng.... Thông thường, hành vi hạn chế cạnh tranh bao gồm ba dạng hành vi là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền để hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế.

Như vậy, so với hành vi cạnh tranh không lành mạnh, thì các hành vi hạn chế cạnh tranh có khả năng gây thiệt hại cao hơn. Đồng thời do sự xuất hiện của quyền lực thị trường nên các biện pháp trừng phạt mang tính dân sự như bồi thường thiệt hại hay cải chính công khai sẽ không thể phát huy hiệu quả một cách tối ưu. Vì lẽ đó, công quyền thường không thể sử dụng cùng một loại biện pháp trừng phạt giống nhau để áp dụng cho cả hai loại hành vi trên.

3

Khái niệm chính sách cạnh tranh

3.1. Yêu cầu điều tiết của Nhà nước đối với cạnh tranh

Vai trò điều tiết của Nhà nước đối với cạnh tranh là kết quả của sự nhận thức đối với thị trường và đối với cạnh tranh. Mặc dù ngay từ những ngày đầu khai sinh ra mô hình cạnh tranh tự do, nhà kinh tế học lỗi lạc Adam Smith đã đặt vai trò của Nhà nước trong



mối quan hệ với cạnh tranh như một *con chó canh cửa* (watch dog) cho thị trường bằng chức năng chống ngoại xâm, đảm bảo trật tự xã hội và công bằng trong lợi ích. Nhưng sau đó, sự lên ngôi của bàn tay vô hình đã xoá mờ những cảnh báo của ông đối với những biến dạng của thị trường. Vì thế vai trò của Nhà nước trở nên mờ nhạt đối với cạnh tranh. Cho đến nay, khi nhận thức về tính hai mặt của cạnh tranh không còn nằm trong các lý thuyết kinh tế kinh điển hay hiện đại mà đã được kiểm chứng bởi thực tế thị trường thì yêu cầu điều tiết của Nhà nước lại càng trở nên bức thiết.

Dưới góc độ lý luận luật học, vai trò điều tiết của Nhà nước đối với cạnh tranh được xác lập dựa trên các quan điểm cơ bản sau đây:

Thứ nhất, quan điểm về giới hạn của sự tự do.

Ngay từ thời cổ đại, nhà triết gia Hecralit đã tuyên bố *ta sẽ giải phóng các người bằng pháp luật*. Tư tưởng về sự tự do không đồng nghĩa với tự do vô chính phủ đã được xây dựng và hoàn thiện cùng với những đấu tranh của loài người cho một xã hội công bằng và tốt đẹp hơn. Theo đó, mọi sự tự do quá trớn và không trật tự đều tạo ra nguy cơ tiêu diệt tự do. Bởi hành vi tự do quá trớn của một người có thể xâm hại tự do của người khác và cuối cùng cả hai đều bị mất tự do. Kinh tế thị trường đòi hỏi phải có sự tồn tại của tự do, có như thế các nguồn lực thị trường mới có thể vận hành tốt và đem lại hiệu quả cho sự phát triển. Nhận thức về sự tự do luôn gắn liền với nhu cầu phải gạt bỏ các biểu hiện nhân danh tự do để hủy hoại sự tự do. Sự xuất hiện của Nhà nước và pháp luật sẽ giải phóng mọi sự kiểm toà của các biểu hiện bất chính đó đối với tự do của những người đang bị xâm hại.

Thứ hai, khi đứng ngoài đời sống thị trường, các Nhà nước tư sản đã nhận thấy được sự bất lực của *bàn tay vô hình* trước những thủ đoạn bất tận và bất chính do con người thực hiện để giành giật lợi ích kinh tế trong cạnh tranh.

Lý thuyết về khả năng điều tiết thị trường của *bàn tay vô hình* dường như chỉ đem lại hiệu quả tối ưu cho thị trường khi các quan hệ mà *quyền lực của bàn tay vô hình* điều khiển hoàn toàn lành mạnh, khi các nhà kinh doanh là những *chính nhân quân tử* thì các quy luật của thị trường mới có thể phát huy tác dụng. Bàn tay vô hình của thị trường chỉ có thể *thưởng cho người giỏi giang và tước đi lợi ích* của người yếu kém trong kinh doanh, mà không thể *trừng phạt* những nhà kinh doanh có các toan tính không lành mạnh. Các cuộc khủng hoảng kinh tế do những tập đoàn độc quyền vào cuối thế kỷ 19, những yêu sách đòi được bồi thường do bị *chơi xấu* của các doanh nghiệp, v.v đã cảnh tỉnh các Nhà nước tư sản, buộc họ phải xuất hiện với *bàn tay hữu hình* của quyền lực công để duy trì trật tự trong cạnh tranh và bảo vệ những lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp.

Thứ ba, thừa nhận vai trò điều tiết của Nhà nước nhưng không phủ nhận giá trị của *bàn tay vô hình* mà Adam Smith đã đưa ra cách đây vài thế kỷ.

Vai trò điều tiết có giới hạn của Nhà nước là sự hỗ trợ từ phía công quyền cho *bàn tay vô hình* của thị trường. Mọi biểu hiện không lành mạnh không thể bị loại bỏ bằng quyền lực của *bàn tay vô hình* sẽ bị điều tiết bởi các thiết chế quyền lực của *bàn tay hữu hình* của Nhà nước. Nói văn vẻ hơn, cần phải có *cái bắt tay* giữa quyền lực thị trường

và công quyền trong việc điều tiết các quan hệ cạnh tranh trên thị trường. Có nghĩa là, sự can thiệp của Nhà nước luôn phải tôn trọng các quy luật chung vốn có của nền kinh tế, tránh gây nguy cơ đe dọa đến sự tự do kinh doanh của doanh nghiệp. Vì vậy, trình độ điều tiết của Nhà nước đối với cạnh tranh phụ thuộc vào sự khéo léo trong việc xác định mức độ và sự tinh tế của các phương pháp điều tiết mà Nhà nước sử dụng để tác động đến các quan hệ thị trường.

Cho đến nay, tất cả các quốc gia thừa nhận và thực thi nền kinh tế thị trường đều đã thừa nhận vai trò điều tiết của Nhà nước đối với cạnh tranh. Trong các lý thuyết kinh tế hiện đại hay những nhà chủ thuyết làm mới lại các lý thuyết kinh tế cổ điển cũng đã khẳng định sự tất yếu và vai trò không thể thiếu của Nhà nước trong đời sống kinh doanh. Sự khác nhau chỉ là những nguyên tắc được đặt ra trong việc cân nhắc mức độ can thiệp của công quyền đối với thị trường cạnh tranh. Lịch sử phát triển của luật cạnh tranh trong gần hai thế kỷ qua đã cho thấy những thay đổi theo chiều hướng tích cực của ý thức pháp lý trong quan niệm và phương cách điều tiết thị trường của Nhà nước hiện đại. Các biện pháp mà Nhà nước sử dụng để điều tiết cạnh tranh gọi chung là chính sách cạnh tranh.

3.2. Khái niệm chính sách cạnh tranh

Chính sách cạnh tranh bao gồm tất cả các biện pháp của Nhà nước nhằm duy trì cạnh tranh, một mặt chủ động tạo ra các tiền đề cho cạnh tranh, mở cửa thị trường, loại bỏ các barrier cản trở xâm nhập thị trường, mặt khác thực thi các biện pháp chống lại các chiến lược hạn chế cạnh tranh của các doanh nghiệp¹⁸. Khái niệm chính sách cạnh tranh theo cách hiểu này bao gồm cả pháp luật, cơ chế bảo đảm thực hiện, cũng như những biện pháp kinh tế kích thích cạnh tranh trên thị trường.

Có một cách hiểu chính sách cạnh tranh theo nghĩa hẹp, theo đó nó bao gồm các quy tắc và quy định nhằm thúc đẩy cạnh tranh trong một nền kinh tế quốc dân, một phần thông qua việc phân bổ có hiệu quả hơn nguồn tài nguyên¹⁹. Với cách hiểu này, pháp luật cạnh tranh là nội dung cơ bản của chính sách cạnh tranh. Nó bao gồm các quy định chống các hành vi cạnh tranh không lành mạnh và những biện pháp chống các hành vi hạn chế cạnh tranh.

Trong phạm vi của nội dung này, chính sách cạnh tranh được giới thiệu theo nghĩa rộng, bao gồm tổng hợp các biện pháp xây dựng môi trường cạnh tranh trong đời sống kinh tế, các biện pháp duy trì trật tự cạnh tranh lành mạnh, bảo vệ lợi ích chính đáng của doanh nghiệp và người tiêu dùng. Trong đó, nội dung quan trọng của pháp luật cạnh tranh với hai bộ phận cấu thành cơ bản là pháp luật chống các hành vi cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật chống các hành vi hạn chế cạnh tranh.

Theo nghĩa rộng, chính sách cạnh tranh được xây dựng dựa trên những cơ sở khác nhau sau đây:

Một, chủ trương phát triển kinh tế của quốc gia;

, tình hình thực tế của đời sống kinh tế và tương quan cạnh tranh giữa các thành phần kinh tế chính trên thị trường;

⁽¹⁸⁾Lê Viết Thái, "Chính sách cạnh tranh một công cụ cần thiết trong nền kinh tế thị trường" trong Tạp chí nghiên cứu kinh tế số 221/1996, tr 28.

⁽¹⁹⁾Walter Goode, Từ điển chính sách thương mại quốc tế (sách dịch, NXB thông kê, 1997), tr 58.

Ba, xu thế kinh tế quốc tế hiện đại;

Bốn, tập quán kinh doanh truyền thống của quốc gia.

Điều đó làm cho chính sách cạnh tranh của các nước luôn có những nét đặc thù khác nhau. Thậm chí ngay trong một quốc gia, chính sách cạnh tranh có nhiệm vụ và nội dung được thay đổi theo từng thời kỳ.

Có thể thấy được những vấn đề nói trên bằng việc khảo cứu chính sách cạnh tranh của một số quốc gia điển hình. Chính phủ Hoa Kỳ với chủ trương thừa nhận tự do cạnh tranh, ngăn ngừa sự hình thành độc quyền và lạm dụng sức mạnh độc quyền để xâm hại lợi ích của các chủ thể khác nên chính sách cạnh tranh của nước này bao gồm luật chống độc quyền, các chính sách kinh tế khác (chính sách thuế, chính sách bảo hộ và hỗ trợ tài chính, nghiên cứu, triển khai...) để thúc đẩy và bảo vệ cạnh tranh trên thị trường. Trong khi đó, Việt Nam lại chủ trương xây dựng thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa trong đó thành phần kinh tế quốc doanh với sự hiện hữu của các doanh nghiệp Nhà nước đóng vai trò chủ đạo. Do đó, chúng ta đã xác định sự cần thiết đối với độc quyền của doanh nghiệp Nhà nước trong các lĩnh vực thiết yếu, duy trì một thị trường cạnh tranh có mức độ. Bên cạnh đó, trong thực thi pháp luật còn tồn tại nhiều sự bất bình đẳng giữa các doanh nghiệp thuộc những thành phần kinh tế khác nhau, làm cho chính sách cạnh tranh của Việt Nam sẽ có nhiều nội dung đặc biệt.

Tại Nhật Bản, yếu tố truyền thống trong tập quán kinh doanh đã có ảnh hưởng lớn đến chính sách cạnh tranh. Văn hoá của người Nhật ủng hộ các doanh nghiệp thỏa thuận với nhau, thống nhất hành động và chấp nhận hạn chế cạnh tranh cho dù giá thị trường cao vì mục đích ổn định. Mặt khác, sau chiến tranh, thị trường Nhật bản chưa thừa nhận và phổ biến quan niệm cạnh tranh với nghĩa là sự ganh đua tự phát. Họ cho rằng, cạnh tranh là một hình thức quản lý của Nhà nước, chứ không phải là một nguyên tắc tổ chức của nền kinh tế. Vì thế chính sách cạnh tranh phải tập trung vào việc Chính phủ quản lý cho được những rủi ro và hạn chế cạnh tranh *quá mức*, Chính phủ phải kiểm soát sự gia nhập thị trường của doanh nghiệp để xây dựng cạnh tranh bằng cách xác định và cân đối quan hệ cung cầu²⁰.

Về vai trò của chính sách cạnh tranh, tùy thuộc vào điều kiện kinh tế xã hội, mỗi quốc gia khác nhau sẽ trao cho chính sách cạnh tranh những nhiệm vụ khác nhau. Với sự ổn định về đầu tư, về trình độ công nghệ và nhịp độ tăng trưởng kinh tế, chính sách cạnh tranh của Hoa Kỳ tập trung vào các nhiệm vụ tăng phúc lợi cho người tiêu dùng và bảo vệ quá trình cạnh tranh, tăng hiệu quả kinh tế.

Đối với Việt Nam, công cuộc đổi mới diễn ra xấp xỉ hai mươi năm, tuổi đời thị trường còn quá non trẻ, các thiết chế của thị trường chưa hình thành đầy đủ và chưa đồng bộ. Do đó, chính sách cạnh tranh còn tập trung vào việc xây dựng một thị trường cạnh tranh thực sự và hướng tới việc hình thành dần các thiết chế cần thiết để duy trì và bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh. Các nhiệm vụ nổi bật trong quá trình đó là thu hút đầu tư để hình thành thị trường cạnh tranh; phân bổ các yếu tố sản xuất một cách tối ưu, chuyển nguồn lực xã hội từ nơi kém hiệu quả sang nơi hiệu quả hơn; xây dựng môi trường kinh doanh và cạnh tranh bình đẳng; điều chỉnh hành vi cạnh tranh của các

⁽²⁰⁾Viện nghiên cứu quản lý kinh tế TW, Các vấn đề pháp lý và thể chế về chính sách cạnh tranh và kiểm soát độc quyền kinh doanh (NXB Giao thông vận tải, 2001), tr 376-377.

doanh nghiệp; bảo vệ người tiêu dùng.

3.3. Nội dung của chính sách cạnh tranh

Với vai trò xây dựng môi trường cạnh tranh sôi động, lành mạnh để khuyến khích cạnh tranh phát triển và bảo vệ sự lành mạnh của thị trường, chính sách cạnh tranh luôn bao gồm các nhóm nội dung sau đây:

a. Tạo lập và thúc đẩy các cơ hội bình đẳng và không phân biệt đối xử trong cạnh tranh của các tổ chức, cá nhân kinh doanh

- Xóa bỏ các phân biệt đối xử về mặt pháp lý giữa các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế:

- Xóa bỏ cơ chế hai giá giữa doanh nghiệp trong nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài;

- Xóa bỏ ưu đãi thuế và tài chính doanh nghiệp (xây dựng nghị định chung về thuế thu nhập doanh nghiệp, xóa bỏ mức hạn chế chi phí quảng cáo của doanh nghiệp trong nước);

- Đẩy mạnh công tác cổ phần hóa doanh nghiệp Nhà nước;

- Đưa cạnh tranh vào những lĩnh vực thuộc độc quyền Nhà nước (lĩnh vực điện, lĩnh vực hàng không, lĩnh vực viễn thông);

- Minh bạch hóa hoạt động của cơ quan Nhà nước các cấp để ngăn cản các hành vi can thiệp vào môi trường cạnh tranh từ các cơ quan Nhà nước;

- Đẩy mạnh hội nhập kinh tế quốc tế.

b. Bảo vệ và khuyến khích cạnh tranh lành mạnh

- Xóa bỏ các trợ cấp của Nhà nước với doanh nghiệp, tách hỗ trợ tín dụng thương mại ra khỏi hỗ trợ mang tính chính sách (thành lập Ngân hàng chính sách chuyên cho vay xóa đói giảm nghèo);

- Tổ chức nhiều giải thưởng tôn vinh doanh nghiệp hoạt động tốt (Sao đỏ, Sao vàng đất Việt);

- Cải cách hành chính trong việc đăng ký bảo hộ đối tượng sở hữu công nghiệp;

- Tạo nhiều kênh để doanh nghiệp khiếu nại về thủ tục hành chính;

- Tạo nhiều diễn đàn để doanh nghiệp lên tiếng cải thiện môi trường cạnh tranh (qua Phòng Thương mại và Công nghiệp, qua hiệp hội ngành nghề);

- Xây dựng các thiết chế mới để bảo vệ cạnh tranh trên các thị trường đặc thù.

c. Ngăn chặn các hành vi hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh trên thị trường

- Luật hoá các nỗ lực chống lại hành vi hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh.

- Ban hành đầy đủ các chế tài để xử lý các hành vi vi phạm pháp luật;

- Xây dựng các thiết chế mới để xử lý hành vi hạn chế cạnh tranh.

d. *Bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, của doanh nghiệp và của người tiêu dùng bao gồm:*

- Xây dựng các công cụ bảo hộ mới được quốc tế chấp nhận (chống bán phá giá, chống trợ cấp, tự vệ);
- Xây dựng các công cụ quản lý mới được quốc tế chấp nhận (thuế tuyệt đối, hạn ngạch thuế quan, giấy phép xuất nhập khẩu tự động);
- Xây dựng các tiêu chí miễn trừ trong Luật Cạnh tranh.

3.4. Chính sách cạnh tranh và vấn đề tự do hóa thương mại

Các định chế pháp lý của GATT và WTO sau này hướng đến việc tập trung xây dựng một hệ thống kinh tế quốc tế trên cơ sở nền tảng của nguyên lý *thương mại tự do*. Mục đích của thương mại tự do là giảm thiểu đến mức thấp nhất sự can thiệp của Nhà nước vào các dòng chảy thương mại xuyên biên giới nhằm xây dựng một thị trường chung lành mạnh và bình đẳng. Xây dựng và phát triển một thị trường thống nhất không đồng nghĩa với việc xoá bỏ những đặc thù về lợi thế thương mại của các quốc gia. Ngược lại, thương mại tự do tạo cơ hội cho sự liên kết kinh tế giữa các quốc gia bằng việc tập trung phát huy những lợi thế thương mại của mỗi nước. Bởi lẽ, không một quốc gia nào có tất cả các điều kiện giống nhau về thiên nhiên, khí hậu và thậm chí là tập quán kinh doanh. Những khác biệt ấy khiến cho mỗi quốc gia có được một lợi thế nhất định so với những nước khác. Thương mại tự do sẽ chuyển những lợi thế riêng ấy thành năng suất tối đa cho tất cả các thị trường. Điều này chỉ có thể có được khi mọi rào cản thương mại được tháo bỏ để hàng hoá và tư bản có thể được lưu thông tự do. Để xây dựng một thị trường tự do trên phạm vi toàn cầu hoặc khu vực, các nghĩa vụ pháp lý phát sinh đối với các quốc gia chủ yếu là xoá bỏ các rào cản thuế quan cũng như phi thuế quan, nhằm đảm bảo cho hàng hoá và dịch vụ của thương mại tự do có thể *tự do* di chuyển qua biên giới. Việc những rào cản thuế quan đang được xoá bỏ đến mức không còn sự khác biệt giữa hàng hoá nội địa và hàng nhập khẩu và các yếu tố liên quan đến chi phí vận chuyển và thông tin liên lạc ngày càng giảm dần dẫn đến sự gia tăng các cấp độ thương mại cũng như sự lệ thuộc lẫn nhau giữa thị trường của các quốc gia²¹. Ngoài ra, quá trình tự do hoá kinh tế diễn ra hiệu quả và đem lại cho thị trường của các quốc gia động lực phát triển mới đòi hỏi sự mở cửa, *làm sạch* thị trường bằng các công cụ chính sách và pháp lý phù hợp. Chỉ khi nào các phần thị trường ở mỗi nước thực sự lành mạnh thì thị trường chung được cấu thành từ đó mới có thể tránh được các mầm mống đe dọa đến sự phát triển. Về vấn đề này, có hai nội dung cần làm rõ như sau:

Thứ nhất, sự thúc đẩy của lợi nhuận và sự bảo hộ của chính sách tự do hoá thương mại là mầm mống nảy sinh các toan tính không lành mạnh trên thị trường, bao gồm những hành vi phản cạnh tranh của các doanh nghiệp, những tính toán lạm dụng vị trí độc quyền của các thế lực tài chính lớn và sự liên kết của các nhóm doanh nghiệp hòng thiết lập một sức mạnh chung chi phối thị trường.

Sự tồn tại và phát triển của những hành vi nói trên sẽ làm gia tăng nguy cơ đe dọa đến quá trình hình thành thị trường tự do bởi không có bất cứ nhà đầu tư tư tế nào lại

⁽²¹⁾ Nguyễn Ngọc Sơn, Pháp luật chống bán phá giá hàng nhập khẩu tại Việt nam - những vấn đề lý luận và thực tiễn (NXB Tư pháp, 2005).

muốn đồng tiền của mình mạo hiểm trong môi trường kinh doanh bị vắn đục và không công bằng. Khi đó, các lợi ích có thể có được từ quá trình tự do hoá thương mại có thể bị vô hiệu nếu pháp luật và các chính sách cạnh tranh không thể bao trùm toàn bộ nền kinh tế hoặc tính khả thi bị hạn chế. Mặt khác, với vai trò là cơ chế thiết lập, duy trì và bảo hộ cạnh tranh, chính sách cạnh tranh góp phần thúc đẩy sự hình thành các quan hệ thị trường cho đời sống kinh tế, hình thành cơ chế *tự điều chỉnh* của thị trường... là những thiết chế cơ bản của quá trình tự do hoá thương mại. Ngoài ra, sự xuất hiện các thể lực kinh tế quốc tế với tiềm lực tài chính khổng lồ và dày dặn kinh nghiệm thương trường luôn là mối lo ngại cho các nước đang phát triển về nhu cầu xây dựng một nền kinh tế tự chủ, đòi hỏi các quốc gia này phải thiết kế một chính sách cạnh tranh hợp lý, đủ mạnh và khôn khéo để đối phó với các thủ đoạn không *từ tế* lợi dụng sự tự do hoá để gia nhập hòng chiếm lĩnh và chi phối thị trường của mình. Nếu các chính sách kinh tế nói chung và chính sách cạnh tranh nói riêng không đủ mạnh thì quá trình hội nhập kinh tế sẽ chỉ là quá trình *một chiều* mà thôi. Tòa án tối cao Hoa Kỳ đánh giá, chính sách cạnh tranh, các công cụ điều tiết cạnh tranh như là công cụ để bảo trợ cho quá trình tự do hoá thương mại, và đạo Luật Sherman như là một điều lệ toàn diện cho thương mại tự do nhằm mục đích bảo đảm cạnh tranh tự do và không gây cản trở.

Thứ hai, khi thực thi chính sách thương mại tự do và chính sách cạnh tranh các nước luôn phải đảm bảo sự hỗ trợ hài hoà giữa hai công cụ này, theo đó, với nội dung là một hệ thống hoàn chỉnh bao gồm luật lệ, quy định, hiệp định quốc tế và các quan điểm đàm phán được Chính phủ thông qua để đạt được mở cửa thị trường hợp pháp, chính sách thương mại tự do sẽ là cơ sở để hình thành một môi trường cạnh tranh sinh động. Ngược lại, với vai trò duy trì và đảm bảo sự lành mạnh của thị trường, chính sách cạnh tranh sẽ bảo hộ cho quá trình tự do và bảo vệ tự do thương mại.

II. VAI TRÒ, MỤC TIÊU CỦA LUẬT CẠNH TRANH

1

Vai trò của pháp luật cạnh tranh

1.1. Tạo lập môi trường kinh doanh và cạnh tranh bình đẳng, tự do

Cơ sở pháp lý quan trọng tạo điều kiện và bảo đảm cho cạnh tranh tồn tại là các quy định về tự do kinh doanh và quyền được tồn tại bình đẳng của các doanh nghiệp. Chỉ khi nào được tự do gia nhập thị trường, tự do giao kết và bảo đảm quyền sở hữu thì lúc đó các chủ thể tham gia thị trường mới có đủ năng lực để quyết định phương thức kinh doanh. Lúc đó, cạnh tranh mới có đất để tồn tại và phát huy tác dụng.

Với tư cách là lĩnh vực pháp luật đặc thù của nền kinh tế thị trường, pháp luật cạnh tranh bảo vệ cạnh tranh bằng cách chống lại các hành vi cạnh tranh không lành mạnh và loại bỏ mọi hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Vai trò bảo vệ thị trường lành mạnh của pháp luật được thực hiện theo cơ chế sau đây:

- Trong thị trường tự do và lành mạnh, các doanh nghiệp tự quyết định việc cung cấp hàng hoá và dịch vụ mà không chịu bất cứ sự chi phối nào từ phía Nhà nước và các doanh nghiệp khác. Người tiêu dùng mua những hàng hoá mà họ cần. Thị trường đưa các doanh nghiệp và người tiêu dùng đến với nhau. Cơ chế thị trường trong đó giá cả thay đổi theo sự vận động của cung cầu quyết định hành vi của các doanh nghiệp và nhu cầu của người tiêu dùng.

- Trong cơ chế thị trường, các doanh nghiệp gia nhập thị trường theo ý muốn, tồn tại bằng việc tạo ra lợi nhuận, và phải cạnh tranh nhau. Kết quả là, trong khi khi một vài doanh nghiệp thành công thì sẽ có những doanh nghiệp phải gánh chịu tổn thất, thậm chí là phải rời bỏ thị trường. *Đây là quy tắc tự chịu trách nhiệm* của các doanh nghiệp và được tuân thủ theo các nguyên tắc của thị trường. Tuy nhiên, thực tế thị trường luôn nảy sinh những biểu hiện tiêu cực từ cạnh tranh. Do những thôi thúc từ nhu cầu tìm kiếm lợi nhuận, bằng những toan tính không phù hợp với truyền thống kinh doanh lành mạnh, những biểu hiện tiêu cực đó đã xâm hại trật tự kinh doanh, đe dọa hoặc xâm hại trực tiếp đến lợi ích của đối thủ cạnh tranh hoặc của người tiêu dùng. Các hành vi hạn chế cạnh tranh trực tiếp xâm hại trật tự kinh tế, hủy hoại cạnh tranh và xâm phạm quyền tự do kinh doanh lành mạnh của các doanh nghiệp khác. Sự hỗn loạn của thị trường từ những hành vi bất chính trong cạnh tranh buộc pháp luật và Nhà nước vào cuộc để sắp xếp lại trật tự thị trường cho phù hợp với những nguyên tắc vốn có của nó. Sự can thiệp của Nhà nước bằng việc điều tiết cạnh tranh tạo ra chính sách cạnh tranh, thông qua việc xây dựng pháp luật cạnh tranh.

- Pháp luật đảm bảo loại trừ những hành vi phản cạnh tranh trong việc đua tranh giành lợi nhuận trên thị trường. Từ đó, bảo vệ quyền tự do kinh doanh của các thành viên thị trường, bảo vệ môi trường cạnh tranh, bảo vệ sự lành mạnh của quan hệ thị trường.

1.2. Bảo vệ quyền lợi của các doanh nghiệp

Việc các doanh nghiệp chịu sự điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh thường gây ra sự hiểu lầm là luật cạnh tranh chỉ đem lại lợi ích cho cộng đồng, cho người tiêu dùng mà không đem lại lợi ích cho các doanh nghiệp. Tuy nhiên, việc xoá bỏ mọi kiểm chế không phù hợp đối với hoạt động kinh doanh, pháp luật cạnh tranh có mục đích đảm bảo cho các doanh nghiệp hoạt động kinh doanh tự do trên một thị trường tự do. Với mục đích bất chính và với những thủ pháp không đàng hoàng, tất cả các hành vi bất chính trong cạnh tranh đều là những biến tướng của cạnh tranh, lợi dụng tự do để xâm hại đến trật tự cạnh tranh trên thị trường. Lúc này, cần có sự hiện diện của pháp luật cạnh tranh để lập lại trật tự thị trường, giải phóng các doanh nghiệp khác ra khỏi sự kiểm tỏa của những biểu hiện không lành mạnh.

Mặt khác, với tư cách là nội dung quan trọng trong chính sách cạnh tranh, pháp

luật cạnh tranh ngăn chặn các doanh nghiệp thu lợi nhuận bằng việc thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh, nâng cao nhận thức của xã hội về truyền thống kinh doanh *buôn có bạn, bán có phường*, khích lệ sự năng động, tự chủ, bảo vệ quyền lợi chính đáng của các doanh nghiệp.

1.3. Bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng

Trên thị trường, nhu cầu của người tiêu dùng và khả năng của các doanh nghiệp cùng nhau giải quyết ba vấn đề cơ bản: sản xuất cái gì? sản xuất cho ai? và sản xuất như thế nào?. Giống như việc bỏ phiếu của cử tri trong các cuộc bầu cử, hành vi lựa chọn hàng hoá và dịch vụ có chất lượng, phù hợp với nhu cầu và túi tiền của người tiêu dùng là những hướng dẫn quan trọng liên quan đến hoạt động kinh doanh cho các doanh nghiệp. Quyền bỏ phiếu và lựa chọn được gọi là *quyền tối cao*, quyết định vị trí trung tâm của người tiêu dùng trên thị trường mà bất kỳ doanh nghiệp nào muốn tồn tại đều phải *cung phụng*.

Để có thể tồn tại, các doanh nghiệp luôn tìm mọi phương cách và mọi thủ đoạn để lôi kéo khách hàng mua sản phẩm của mình. Trên thực tế, có nhiều trường hợp, hành vi của doanh nghiệp còn là sự xâm phạm, bóc lột khách hàng, thể hiện qua những nội dung sau đây:

- Trong quan hệ giữa nhà sản xuất hoặc cung ứng sản phẩm và người tiêu dùng, thì người tiêu dùng luôn ở vị trí bất lợi. Tuy là mục tiêu hướng đến của quan hệ thị trường, là định hướng cơ bản cho hoạt động sản xuất và cung ứng của doanh nghiệp, nhu cầu của người tiêu dùng bị khống chế bởi khả năng đáp ứng và chịu sự kiểm soát từ các doanh nghiệp. Các nhà sản xuất và phân phối thường hiểu biết về hàng hoá và dịch vụ của họ hơn người tiêu dùng. Cùng với sự tiến bộ của khoa học kỹ thuật, hàng hoá và dịch vụ ngày càng đa dạng, phong phú đáp ứng nhu cầu tiêu dùng cho xã hội hiện đại. Có những trường hợp, lợi dụng sự thiếu hiểu biết của người tiêu dùng mà các doanh nghiệp đã cung cấp các hàng hoá kém chất lượng. Khi phát hiện, người tiêu dùng không thể khiếu nại hay kiện tụng vì giao dịch đã hình thành hoàn toàn tự nguyện.

- Dưới góc độ pháp luật, các giao dịch giữa người tiêu dùng và doanh nghiệp là kết quả của những thỏa thuận tự nguyện. Người tiêu dùng được quyền tự do lựa chọn hàng hoá, lựa chọn, thiết lập giao dịch với người cung cấp. Những thỏa thuận đã hình thành và có hiệu lực thi hành làm cho người mua phải tự hài lòng với những gì mình đã lựa chọn. Có nhiều trường hợp việc thiếu những thông tin về hàng hoá, sự thuyết phục từ những nhà cung cấp và những thủ đoạn gian dối, che lấp những khiếm khuyết trong việc cung ứng và trong tính năng, kết cấu của sản phẩm đã dẫn đến việc hình thành thỏa thuận. Việc giao dịch của người tiêu dùng với doanh nghiệp về hình thức được hình thành theo sự lựa chọn và tự nguyện của người tiêu dùng. Vì thế, nguyên tắc trung thực trong khế ước của dân luật dường như chỉ còn mang tính hình thức mà không thể dùng làm căn cứ pháp lý bảo vệ quyền lợi của người đã bị lường gạt. Lúc này, sự trung thực trong cạnh tranh với những thiết chế cấm đoán của pháp luật cạnh tranh nhằm bảo vệ sự trung thực của thị trường và lợi ích của người tiêu dùng.

- Cạnh tranh vốn là sự ganh đua để lấy lòng khách hàng. Những hạn chế từ khả năng nhận biết tính trung thực của hành vi kinh doanh, sự phát triển không ngừng của tư duy sáng tạo trong thủ pháp kinh doanh làm cho người tiêu dùng từ vị trí trung tâm của thị trường thường *được đi tàu bay giấy* bằng các khẩu hiệu hoặc thủ đoạn tinh vi suy tôn họ lên vai trò của thượng đế. Đến khi *thượng đế* trở về với đời sống thực mới hiểu là bị mắc lừa. Các hành vi đó ngày càng đa dạng từ những trưng bày, quảng cáo sai sự thật cho đến những lời hứa thường gian dối... Những hành vi bất chính này ảnh hưởng đến sự lựa chọn của người tiêu dùng và xâm hại đến lợi ích của những doanh nghiệp làm ăn chân chính.

- Khi cạnh tranh giữa các doanh nghiệp bị triệt tiêu bằng những thủ đoạn không lành mạnh hoặc bằng sự tích tụ, tập trung tất yếu của thị trường, dường như quyền lựa chọn của người tiêu dùng - quyền tối cao trên thị trường đã bị xâm phạm. Họ không còn khả năng lựa chọn vì chỉ có một loại sản phẩm do một hoặc một nhóm doanh nghiệp cung cấp. Lúc này, quyền được đáp ứng nhu cầu của người tiêu dùng, lợi ích chung của xã hội sẽ bị hạn chế, bị xâm phạm nghiêm trọng và những lợi ích xã hội sẽ trở thành siêu lợi nhuận cho doanh nghiệp độc quyền.

Từ đó, một trong những vai trò của pháp luật cạnh tranh là bảo vệ người tiêu dùng. Vai trò này được thể hiện qua các nội dung như bảo vệ người tiêu dùng trước những hợp đồng không trung thực và không công bằng theo hướng phải sửa đổi lại các điều khoản không công bằng; đặt ra các quy định trong việc đảm bảo thông tin về sản phẩm, kiểm soát hoạt động quảng cáo, khuyến mãi và ngăn cấm các biểu hiện bất chính trong các lĩnh vực này; quy định trách nhiệm đối với những vi phạm có thể đe dọa đến quyền lợi của người tiêu dùng.

1.4. Thúc đẩy tiến trình toàn cầu hoá diễn ra nhanh chóng và có hiệu quả

Quá trình toàn cầu hóa kinh tế với sự ra đời của nhiều tổ chức kinh tế quốc tế thúc đẩy sự hình thành nên nhiều vùng thị trường khu vực và thế giới rộng lớn thông qua việc xóa bỏ các rào cản thuế quan và phi thuế quan. Quan hệ thương mại quốc tế được biểu hiện thông qua sự dịch chuyển các nguồn đầu tư tư bản và các giá trị thương mại dưới hình thức hàng hoá hoặc dịch vụ giữa thị trường của các nước với nhau dựa trên quy chế tối huệ quốc (MFN) và quy chế đãi ngộ quốc gia (NT). Hai quy chế này đảm bảo cho nguyên tắc tự do và bình đẳng thực sự phát huy được hiệu quả trong thương mại quốc tế cũng như bảo đảm cho hàng hoá được lưu thông một cách tự do trên tinh thần không phân biệt đối xử. Một khi sự tự do được đề cao như là nguyên lý bất khả xâm phạm với sự giục giã của quy luật giá trị và bản tính của con người sẽ xuất hiện những hành vi cạnh tranh tự phát có thiên hướng thái quá, cực đoan trong thương mại quốc tế - đây chính là mặt trái của tự do hóa thương mại. Nguyên tắc cạnh tranh lúc này không chỉ thể hiện ở sự ganh đua giữa các nhà sản xuất hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ, mà còn thể hiện ở sự *đối đầu* giữa hai thị trường, hai khu vực kinh tế. Trong quan hệ thương mại quốc tế, những thế lực kinh tế quốc tế hay dùng thủ đoạn lạm dụng thế mạnh tài chính để chiếm đoạt và thao túng thị trường của những nước đang phát triển,

những nước có trình độ phát triển thấp hơn, bằng hai thủ đoạn phổ biến sau đây:

- Các tập đoàn kinh tế đa quốc gia với tiềm lực tài chính khổng lồ, đã và đang dùng sức mạnh tài chính đó chiếm đoạt dần thị trường ở các nước mà họ đầu tư.

- Hiện tượng *cướp đoạt vốn liên doanh* đang diễn ra phổ biến ở thị trường của các nước đang phát triển. Trong bối cảnh của toàn cầu hoá kinh tế, sự dịch chuyển vốn đầu tư qua lại giữa các thị trường là một trong những nội dung cơ bản của chính sách hội nhập mà các nước, không phân biệt trình độ phát triển, đang theo đuổi. Trong quan hệ về đầu tư vốn, sự liên kết giữa vốn đầu tư từ nước ngoài và các nguồn vốn nội địa là tất yếu, là hình thức quan trọng của hoạt động đầu tư quốc tế. Bên cạnh những tác động tích cực của xu thế đầu tư quốc tế đối với quá trình xây dựng những khu vực thị trường chung, xuất hiện những biểu hiện tiêu cực: liên kết vốn rồi sau đó dùng vốn liên doanh để đầu tư tìm kiếm, mở rộng thị trường. Trong thời gian mở rộng thị trường có hiện tượng báo lỗ đến khi bên liên doanh nội địa không thể kham nổi lỗ vì khả năng tài chính có hạn, dẫn đến việc bên nước ngoài thu tóm toàn bộ vốn liên doanh bằng cách mua lại phần giá trị vốn của bên liên doanh nội địa. Các vụ việc liên quan đến các liên doanh ở Việt Nam chuyển thành doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài là những thí dụ về biểu hiện tiêu cực trong đầu tư quốc tế.

Trong bối cảnh đó, với tư cách là công cụ pháp lý được sử dụng để loại bỏ các biểu hiện không lành mạnh trên thị trường quốc gia, pháp luật cạnh tranh có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo vệ sự lành mạnh và khả năng phát triển tự thân của nền kinh tế nội địa, thúc đẩy tiến trình toàn cầu hoá diễn ra nhanh chóng, hiệu quả trên tinh thần phát triển lợi thế so sánh của từng thị trường thành viên.

2

Mục tiêu của Luật Cạnh tranh

2.1. Duy trì tính cạnh tranh trên thị trường

Xét theo nghĩa rộng, Luật Cạnh tranh ra đời là để bảo vệ quá trình cạnh tranh trong nền kinh tế thị trường. Các quy phạm của luật cạnh tranh có mục tiêu tìm cách phát huy cạnh tranh hiệu quả và không bị bóp méo trên thị trường.

Điều này không có nghĩa là trong một nền kinh tế thị trường, tất cả các ngành kinh tế đều bị thả cho cạnh tranh tự do, không kiểm soát. Các nước, tùy theo trình độ phát triển có thể mở cửa cho cạnh tranh ở các phạm vi khác nhau. Ở các nước phát triển, các lĩnh vực như dịch vụ y tế hoặc cung cấp các tiện ích cơ bản như giao thông công cộng, điện, gas, nước,.. phải chịu sự kiểm soát của Chính phủ. Ở các nước đang phát triển, phạm vi các lĩnh vực chịu sự can thiệp của Chính phủ thường lớn hơn, ví dụ như hàng không, khai thác khoáng sản,... Ngoài ra, các nước có thể có quan điểm khác nhau về phạm vi tác động của các yếu tố xã hội đối với thị trường tự do. Ví dụ, ở Hoa Kỳ

và Liên minh châu Âu, ngành nông nghiệp được bảo hộ thông qua các biện pháp trợ cấp, trợ giá và quyền mua can thiệp để điều tiết thị trường và như vậy ở các nước này, thị trường nông nghiệp là một thị trường tương phản với những gì mà một thị trường cạnh tranh yêu cầu.

Từ góc độ kinh tế có thể nói mục tiêu duy nhất của luật cạnh tranh là duy trì tính cạnh tranh trên thị trường. Tuy nhiên, vị trí của Luật Cạnh tranh không đơn giản chỉ có vậy. Nhiều ý kiến cho rằng nên theo đuổi một phạm vi mục tiêu rộng lớn hơn.

2.2. Tăng cường hiệu quả của nền kinh tế

a. Duy trì cạnh tranh hiệu quả

Nhiều nhà kinh tế cho rằng mục tiêu chính của luật cạnh tranh là thúc đẩy và duy trì một quá trình cạnh tranh hiệu quả, từ đó đạt được cách thức phân bổ hiệu quả hơn các nguồn lực²². Các nhà kinh tế đi theo cách tiếp cận này thuộc trường phái kinh tế học công nghiệp và đặc biệt là kinh tế học phúc lợi. Các nhà kinh tế này tìm cách chứng minh tại sao cạnh tranh lại được cho là làm ra lợi ích lớn nhất cho xã hội và để đạt được hiệu quả. Để có thể hiểu những vấn đề này tốt hơn trước tiên chúng ta cùng nhau nghiên cứu qua một số khái niệm cơ bản của kinh tế học vi mô.

b. Các thuật ngữ kinh tế cơ bản

- Đường cong của cầu và thặng dư của người tiêu dùng

Người tiêu dùng không đồng nhất về văn hóa tiêu dùng. Họ có những ưu tiên khác nhau, có thu nhập khác nhau và kết quả là sẽ sẵn sàng trả những mức giá khác nhau cho một hàng hóa cụ thể. Mức giá tối đa mà một người tiêu dùng sẵn sàng trả cho một hàng hóa là mức giá đặc cược của anh ta. Khi người tiêu dùng mua số lượng hàng hóa càng lớn thì anh ta sẽ phải trả càng ít cho các đơn vị sản phẩm mua thêm. Về lý thuyết, các nhà cung cấp có thể ép mỗi người tiêu dùng chấp nhận một mức giá khác nhau nhưng trên thực tế, điều này thường không khả thi. Do đó, nhà cung cấp phải xem xét mối quan hệ giữa sự sẵn sàng trả giá của người tiêu dùng và số lượng hàng hóa sẽ được mua trên thị trường một cách tổng thể. Nếu chỉ có những người mua sẵn sàng trả giá cao được cung cấp, số lượng hàng hóa được sản xuất sẽ ít hơn trong trường hợp nếu người mua là người trả giá thấp hơn được cung cấp. Trái lại, để bán được số lượng hàng hóa lớn hơn thì mức giá bán cần phải giảm để phù hợp với người mua chỉ sẵn sàng trả giá thấp. Mối quan hệ giữa giá bán và lượng cung được thể hiện bởi đường cong của cầu thị trường. Đường cong cầu thông thường có xung hướng chéo xuống từ trái sang phải.

Nếu chúng ta giả sử rằng giá thị trường là 500 đồng chúng ta có thể thấy một số người tiêu dùng sẽ chỉ phải trả 500 đồng cho một hàng hóa mà họ có thể trả mức giá cao hơn thế. Điều này dẫn đến một hiện tượng được kinh tế học gọi là thặng dư của người tiêu dùng và được chỉ ra bởi vùng gạch chéo ở Đồ thị 1. Đó là sự khác nhau giữa mức giá sẵn sàng trả của người mua và mức giá thị trường²³.

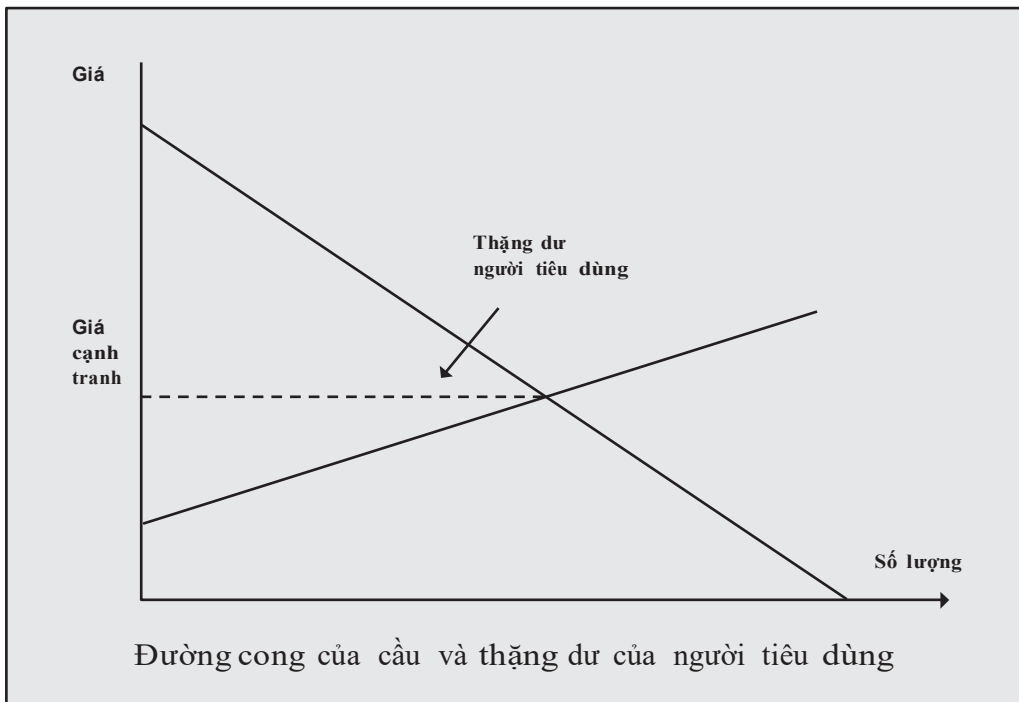
- Độ co giãn của cầu

⁽²²⁾J. Vickers and D. Hay, 'The Economics of Market Dominance' in D. Hay and J. Vickers (eds.), *The Economics of Market Dominance* (OUP, 1987), tr 2.

⁽²³⁾The concept of consumer surplus was first described by Alfred Marshall, *Principles of Economics*, (8th edn., Macmillan, 1920).

Số lượng tại đó một lượng hàng hoá được yêu cầu sẽ tăng khi giá giảm (và ngược lại) sẽ phụ thuộc vào thị trường đang nghiên cứu và độ co giãn của cầu đối với sản phẩm.

Độ co giãn giá của cầu đo tính nhạy cảm của số lượng hàng hoá được yêu cầu căn cứ vào giá. Cầu sẽ được cho là không co giãn nếu một lượng tăng về giá dẫn đến việc giảm không đáng kể về cầu. Ví dụ, cầu đối với dầu mỏ là không co giãn vì trong nhiều lĩnh vực sử dụng dầu mỏ không có sản phẩm thay thế để có thể thực hiện chức năng tương tự. Trái lại, cầu là co giãn nếu một sự tăng giá dẫn đến giảm đáng kể về cầu. Ví dụ, cầu đối với ô tô 4 chỗ là co giãn.



Ở góc độ kỹ thuật, độ co giãn giá của cầu là sự thay đổi phần trăm về số lượng của một sản phẩm được yêu cầu chia cho những thay đổi phần trăm tương ứng trong giá của nó. Kết quả sẽ là một số âm vì sự giảm cầu sẽ được thể hiện dưới dạng số âm từ điểm xuất phát. Nếu cầu với một sản phẩm nào đó giảm 2 phần trăm là kết quả của việc tăng giá 1 phần trăm, sự thay đổi của cầu sẽ được thể hiện là -2 phần trăm. Độ co giãn của cầu khi đó sẽ là -2 chia cho 1 (lượng tăng giá), bằng -2²⁴. Diễn hình, độ co giãn giảm theo chiều đi xuống của đường cầu, do đó ở mức giá cao hơn cầu co giãn hơn. Lý thuyết kinh tế đặt đường phân cách giữa cầu co giãn và cầu không co giãn

²⁴Các nhà kinh tế thường thể hiện con số này mà không dùng dấu âm (bởi vì nó luôn luôn âm). Số âm càng lớn thì độ co giãn càng lớn, ví dụ, độ co giãn là -5 sẽ lớn hơn độ co giãn là -1.

ở mức -1. Cầu là co giãn ở mức thấp hơn hay nói cách khác là âm hơn mức -1. Cầu không co giãn trong khoảng -1 và 0. Nhưng có một điều, trên thị trường khi mà cầu không co giãn, sự thiếu hụt hàng hoá sẽ dẫn đến mức giá cao hơn. Một vụ mùa thất bát có thể lại tốt hơn cho người sản xuất lương thực so với một vụ mùa bội thu. Cụ thể là vì sương muối mà sản lượng cà phê của Brazil vào năm 1995 bị giảm sút nhưng vì cung giảm nên cà phê lại được giá²⁵.

Vị trí của một doanh nghiệp đơn lẻ trên thị trường sẽ khác với vị trí của tất cả các nhà sản xuất trên thị trường như một thể thống nhất. Như trên đã nói, nhu cầu xăng là không co giãn nhưng giá cho bất kỳ nhãn hàng nào cũng co giãn. Nếu Petrolimex có tăng giá xăng nhưng Petro Vietnam không làm như vậy, các lái xe sẽ tìm đến cây xăng của Petro Vietnam và mua xăng ở đây. Tuy nhiên, nếu tất cả người bán xăng cùng nhau thống nhất tăng giá xăng, lượng xăng được yêu cầu có lẽ sẽ không thay đổi nhiều.

- Độ co giãn chéo của cầu

Độ co giãn của cầu đo mối quan hệ giữa giá của sản phẩm và cầu đối với sản phẩm này còn độ co giãn giá chéo của cầu lại đo nhu cầu đối với một sản phẩm (A) tăng bao nhiêu khi giá của một sản phẩm khác (B) tăng lên. Nó được đo bằng sự thay đổi phần trăm về số lượng được yêu cầu đối với sản phẩm A chia cho sự tăng lên về phần trăm trong giá của B. Độ co giãn chéo của cầu có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc xác định thị trường sản phẩm liên quan.

Độ co giãn giá chéo là dương nếu tăng giá ở sản phẩm B dẫn đến sự tăng về cầu đối với sản phẩm A và điều này cho thấy rằng A và B là các sản phẩm thay thế được cho nhau. Sự thiếu hụt cà phê ở Việt Nam, dù rằng dẫn tới việc tăng giá cà phê, không khiến cho người tiêu dùng ngừng mua cà phê và không làm cho người tiêu dùng chuyển sang mua chè. Điều này chỉ ra rằng người tiêu dùng không coi chè là một sản phẩm thay thế cho cà phê và rằng nhu cầu cà phê là không co giãn. Một điểm quan trọng cần lưu ý là việc khi xem xét hai sản phẩm có thể có sự co giãn giá chéo theo một hướng này và không theo hướng khác. Mặc dù người uống cà phê có thể không mua chè khi giá cà phê tăng, điều này không có nghĩa là người uống chè không muốn mua cà phê nếu có sự tăng giá tương tự đối với chè.

Nếu các sản phẩm là bổ sung cho nhau chứ không phải là thay thế nhau thì chỉ số co giãn giá chéo có thể âm chứ không phải luôn dương. Nếu giá xăng tăng, cầu đối với ô tô động cơ lớn dùng nhiều gas có thể giảm xuống.

- Tối đa hoá lợi nhuận

Kinh tế học phúc lợi giả định rằng các công ty sẽ hành xử một cách hợp lý và theo cách nào đó để có thể tối đa hoá lợi nhuận²⁶ còn trên thực tế các công ty có luôn luôn hành xử như vậy không thì phải xem xét thêm.²⁷ Cụ thể là, với một công ty có vị trí độc quyền, ban giám đốc có thể thích một “cuộc sống yên ổn” để tối đa hoá lợi nhuận. Nhưng với các hoàn cảnh khác thì chưa chắc đã thế. Chỉ có điều chắc chắn là một

⁽²⁵⁾D. Begg, S. Fischer, and R. Dornbusch, *Economics* (7th edn., McGraw-Hill, 2003), tr 46.

⁽²⁶⁾Lợi nhuận chính là sự chênh lệch giữa tổng chi phí sản xuất hàng hoá, cung cấp dịch vụ và doanh thu thu được từ việc bán hàng hoá dịch vụ.

công ty sẽ không dễ bị thua lỗ trong dài hạn vì nếu thế nó chắc chắn sẽ bị phá sản. Còn nếu một công ty không đem lại lãi cho các cổ đông của nó sẽ hấp dẫn đối với một kẻ chuyên mua lại và sẽ dễ dàng trở thành nạn nhân trong một phi vụ mua lại công ty.

- *Tính kinh tế nhờ quy mô*

Tính kinh tế nhờ quy mô xảy ra khi chi phí sản xuất bình quân một hàng hoá giảm xuống nếu hàng hoá đó được sản xuất với số lượng lớn. Nếu một nhà máy chỉ sản xuất một sản phẩm khi đó sản phẩm đó phải gánh chịu toàn bộ chi phí xây dựng và vận hành nhà máy. Tuy nhiên, nếu nhà máy đó sản xuất 10.000 sản phẩm thì chi phí sẽ được chia đều cho 10.000 chứ không phải chia cho 1. Tất nhiên là, một số chi phí (chi phí khả biến) có thể tăng lên cùng với sản xuất (ví dụ như năng lượng, lao động dù rằng chúng có thể không tăng tỷ lệ với số đơn vị sản phẩm tăng thêm). Tuy nhiên, có một số chi phí có thể không tăng, ví dụ như đối với việc giao hàng, người lái xe tải sẽ được trả tiền như cũ và xăng sẽ tốn như cũ không cần biết là xe tải đó chở đầy hàng hay chỉ chở một nửa trọng tải.

Tính kinh tế nhờ quy mô có kết quả trong trường hợp đạt được hiệu quả trong sản xuất vì sản lượng tăng lên²⁸. Tuy nhiên, chắc chắn sẽ đến một điểm khi mà chi phí bình quân ngừng giảm và không còn thu được tính kinh tế nhờ quy mô nữa. Điểm đó được gọi là quy mô hiệu quả tối thiểu (MES). MES có ý nghĩa đặc biệt lớn với luật cạnh tranh vì nó có tác dụng rất lớn trong việc xác định cấu trúc thị trường. Trường hợp MES là rất lớn trong tương quan với thị trường, như việc một nhà sản xuất phải cung cấp một số lượng lớn sản phẩm trên thị trường trước khi đạt được MES, khi đó chỉ một số công ty, có lẽ chỉ một công ty có thể hoạt động hiệu quả trên thị trường. Tuy nhiên, trên một thị trường cạnh tranh, MES chỉ ở mức thấp so với tổng cầu thì sẽ có nhiều công ty có thể hoạt động trên thị trường đó.

c. Hiệu quả động lực

Toàn bộ phân tích ở trên về hiệu quả và không hiệu quả trong sản xuất và phân bổ là không toàn diện. Người ta đã khẳng định rằng ở điểm cân bằng tĩnh nơi mà công nghệ là cố định và các chi phí có liên quan đến một mức độ nhất định. Tuy nhiên, trên thực tế nhiều thị trường là động, phát triển liên tục với việc ra đời sản phẩm và công nghệ mới. Một đánh giá chính xác hơn về phúc lợi của người tiêu dùng sẽ có được nếu tác động của những đổi mới đó được tính đến. Điều này liên quan đến việc chấp nhận

⁽²⁷⁾Có một lập luận về chủ đề này. Một công trình có ảnh hưởng mạnh là *The Modern Corporation and Private Property* của A.A. Berle và G.C. Means (revised edn, 1968, Harcourt Brace and World, 1932). Tranh luận về chủ đề này là cuốn *Corporate Power and Responsibility* của J.E. Parkinson (OUP, 1993). Sự nghi ngờ này phát sinh một phần vì sự chia tách sở hữu từ việc kiểm soát ở tất cả các dạng công ty trừ công ty nhỏ nhất. Trong các lớp tổ chức phức tạp tạo thành công việc kinh doanh hiện đại, các quyết định có thể được đưa ra bởi các giám đốc và người điều hành đang đối diện với những sự kiện tương lai bất định và một số lượng lớn các biến số. Kỳ vọng của họ có thể bị đặt nhầm chỗ, họ có thể không thích nắm lấy rủi ro, và họ có thể lo lắng nhất về sự tồn tại của công ty hay của cá nhân họ hay sự tăng trưởng của công ty hơn là lợi nhuận. Quá trình quản lý công ty có thể theo đuổi chính sách thoả dụng. Đây là lý thuyết về hành vi của công ty mà trái với lý thuyết về tối đa hoá lợi nhuận. Thoả dụng là khi quá trình quản lý thông qua những mục tiêu nhất định về lợi nhuận, về bán hàng, vv và cố gắng đáp ứng, nhưng không nhất thiết phải vượt quá chúng. Ban đầu, những mục tiêu có thể không được đặt ra ở mức cao, do đó quá trình quản lý sẽ không coi là thất bại nếu nó không đạt được những mục tiêu này, và sẽ là không sẵn sàng ở vào vị trí cần thiết trong trường hợp các cổ đông yêu cầu mục tiêu cao hơn trong tương lai. Xem thêm H. A. Simon, 'Theories of Decision-making in Economic and Behavioral Sciences' (1959) 49 *American Economic Review* 253 và Parkinson, tr 66-7.

⁽²⁸⁾Tính kinh tế nhờ phạm vi là các nhân tố (như dây chuyền lắp ráp dùng chung hay cán bộ kiểm nhiệm) có thể giúp các công ty tiết kiệm chi phí bằng việc sản xuất nhiều loại hàng hoá hơn là chỉ sản xuất những sản phẩm cá biệt của riêng họ.

quan điểm trong ngắn hạn về sức mạnh thị trường đáng kể có thể phát sinh nhưng không phải lúc nào sức mạnh thị trường cũng có hại cho phúc lợi người tiêu dùng. Những phân tích sau đây của một nhà kinh tế sẽ giải thích rõ điều đó²⁹.

“Trong việc phân tích phúc lợi tĩnh của sức mạnh thị trường, có bằng chứng là một khoản thua thiệt về thặng dư người tiêu dùng sẽ xảy ra trong trường hợp người tiêu dùng sẵn sàng trả chi phí biên thì lại không được cung cấp hàng hóa. Sự thực thì điều này cũng thường xảy ra khi có một độc quyền không được điều tiết lại làm tăng giá lên trên mức chi phí biên về cung cấp. Việc tính toán sự không hiệu quả tĩnh mà kết quả được phân tích ở các khía cạnh chi phí sản xuất thực tế so với chi phí sản xuất tối thiểu (không hiệu quả về sản xuất), và ở khía cạnh giá được đặt trên chi phí biên về cung cấp (không hiệu quả về phân bổ)... Trong phân tích tĩnh này có một tổng thua thiệt về phúc lợi rất rõ ràng gắn với việc lạm dụng sức mạnh thị trường. Việc phân tích tĩnh không có khía cạnh thời gian vì nó đang tìm đến một trạng thái cân bằng. Một phân tích như thế là không thể giải thích hoặc bằng sự kết hợp sự phát triển công nghệ hoặc bằng sự đổi mới quá trình và sản phẩm, mà chỉ liên quan đến sự phân bổ nguồn lực trong bối cảnh công nghệ cố định và chi phí đã được định sẵn. Trong thế giới thực, thị trường sản phẩm tiến hóa liên tục theo thời gian do những phát hiện công nghệ mới, sự ra đời của những sản phẩm mới được cải tiến. Những đổi mới đó sinh ra phúc lợi do hiệu quả động lực. Điều này có nghĩa là một phân tích phúc lợi đúng đắn về sức mạnh thị trường cần tính đến cả hiệu quả động và hiệu quả tĩnh - và bất cứ sự kết hợp nào giữa hai yếu tố này.

Trong trường hợp các khía cạnh của hiệu quả động được đưa vào phân tích cạnh tranh, thì sự lạm dụng sức mạnh thị trường dẫn tới sự thua thiệt về hiệu quả phân bổ và sự thua thiệt trong phúc lợi người tiêu dùng được xác định chủ yếu theo giả định rằng chi phí liên quan của công ty không giảm do sự hợp lý hóa sản xuất hoặc rằng sự đổi mới sản phẩm không xảy ra. Theo trường phái châu Âu, có thể rút ra kết luận sau đây: sức mạnh thị trường có thể thúc đẩy tăng năng suất, tăng trưởng giá trị gia tăng và giảm chi phí của quá trình tăng trưởng bất chấp xu hướng thấp hơn mức phân bổ nguồn lực tối ưu trong cân bằng tĩnh.

Hiệu quả động được phân tích dưới khía cạnh tổng thặng dư bao gồm thặng dư người tiêu dùng cộng với thặng dư của nhà sản xuất, phát triển theo thời gian với sự ra đời của một sản phẩm trong quá trình đổi mới. Một sản phẩm mới thỏa mãn một nhu cầu mà không được nuôi dưỡng trước đó. Nếu sản phẩm được cung cấp ở mức chi phí sản xuất biên ngắn hạn thì khi đó không nhà cung cấp nào bù đắp được đầu tư đã bỏ vào quá trình nghiên cứu và phát triển ban đầu. Sự đề phòng vấn đề này của nhà cung cấp có nghĩa là sẽ không có động lực để đầu tư và phát triển sản phẩm mới. Thậm chí trong tình huống thị trường cạnh tranh, một công ty đầu tư vào một dự án nếu giá trị ròng hiện tại của khoản sẽ thu về trong tương lai phù hợp với chi phí đầu tư và những thua lỗ ban đầu. Đánh giá của công ty cạnh tranh sẽ bao gồm cả sự cần thiết đối với ít nhất là một tỉ lệ thông thường lợi nhuận như trong điều kiện cân bằng. Nhà cung cấp sẽ thờ ơ trong việc có đầu tư hay không nếu họ sau đó chỉ kiếm được lợi nhuận đủ bù

⁽²⁹⁾D. Hildebrand, “Trường phái Châu Âu trong luật cạnh tranh EC” (2002) 25 World Competition 3, tr 8-9

đáp cho chi phí ban đầu của mình cũng như hoàn lại những gì đã đầu tư. Đổi mới sản phẩm chỉ xảy ra nếu công ty kiếm được hơn mức đầu tư ban đầu. Họ sẽ chỉ đầu tư trên thực tế nếu họ dự tính được sẽ kiếm được nhiều lợi nhuận. Tuy nhiên, khoản lợi nhuận đó có nghĩa là đặt giá trên mức tổng chi phí trung bình tối thiểu trong ngắn hạn hoặc có những rào cản gia nhập hoặc công ty đổi mới có sức mạnh thị trường. Thị trường, khi nó vận hành tốt, giải quyết sự cân bằng khó khăn này bằng việc tạo ra vị trí thống lĩnh thị trường tạm thời, lợi nhuận siêu ngạch, sau đó thu hút tất cả cách thức và dạng nhân tố doanh nghiệp mà bỏ qua lợi nhuận siêu ngạch mà trong điều kiện cân bằng khoản đầu tư biên sẽ chỉ là khoản bù đắp bởi giá trị hiện tại của khoản lợi nhuận thông thường trong tương lai”.

Nhà kinh tế Áo Joseph Schumpeter nhìn nhận vấn đề với ý tưởng rằng cạnh tranh sẽ là một sự khích lệ tốt hướng đến đổi mới hơn là độc quyền. Ông cho rằng một nhà độc quyền có thể sẵn sàng chấp nhận rủi ro, chi phí đổi mới và phát triển kỹ thuật.

Lập luận của Schumpeter là cạnh tranh trong đổi mới còn quan trọng hơn cạnh tranh về giá bởi vì nó là công cụ hiệu quả hơn trong việc đạt được lợi thế so với một đối thủ nào đó. Điều này được biết đến như là “sự ganh đua của Schumpeter”, trường hợp các công ty cạnh tranh trong một cuộc đua thường xuyên để đưa sản phẩm mới ra thị trường trong “sự bùng nổ của phá hủy sáng tạo”, cạnh tranh là động và các vị trí sức mạnh thị trường chỉ là ngắn hạn vì đổi mới liên tục sẽ trao lợi thế vào tay người khác. Khái niệm về hiệu quả động và cạnh tranh động đặc biệt quan trọng đối với cái được gọi là “nền kinh tế mới - nền kinh tế tri thức” của những thị trường công nghệ cao.

2.3. Các mục tiêu khác của pháp luật cạnh tranh

Theo phân tích ở trên thì mục tiêu chủ yếu của pháp luật cạnh tranh là nhằm đạt được hiệu quả phân bổ và tối đa hóa phúc lợi người tiêu dùng. Tuy nhiên, điều này mới chỉ là sự bắt đầu vì vẫn còn những vấn đề khác. Một câu hỏi lớn được đặt ra là liệu có nên xác định việc theo đuổi tính hiệu quả về kinh tế là mục tiêu duy nhất của Luật Cạnh tranh hay không. Một khi điều này được giải quyết, nó sẽ tác động đến nội dung của Luật Cạnh tranh và cách thức thực thi luật trên thực tế. Nhưng trước hết, chúng ta cùng nhìn nhận pháp luật cạnh tranh có thể theo đuổi những mục tiêu khác sau đây:

a. Bảo vệ tự do kinh tế

Việc sử dụng các quy phạm cạnh tranh để bảo vệ thị trường mang tính cạnh tranh có thể đạt được hiệu quả về kinh tế nhưng cũng có thể hậu thuẫn cho sự tự do kinh tế. Thị trường mang tính cạnh tranh sẽ loại trừ việc tạo ra sức mạnh thị trường một cách thái quá.

Như chúng ta biết, luật chống độc quyền, được xây dựng bởi không phải là những chuyên gia trong lĩnh vực luật thương mại (dù họ đã trở thành những chuyên gia đầu tiên) cũng không phải là những nhà kinh tế (dù họ đã cung cấp những nền tảng cơ bản). Thay vào đó, ở Mỹ những chính trị gia là người mong muốn có luật cạnh tranh còn ở châu Âu thì đó là những học giả quan tâm đến những trụ cột của hệ thống tự

do kinh tế, những người nhìn nhận luật cạnh tranh như là câu trả lời cho một vấn đề qua trọng đối với nền kinh tế: sự nổi lên từ một công ty, một doanh nghiệp như một sự thể hiện hiện tượng đối lập về quyền lực kinh tế; một quyền lực không chính danh và có thể vi phạm một cách nguy hiểm không chỉ tự do kinh tế của các tổ chức, cá nhân khác, mà còn có thể xâm phạm sự cân bằng các quyết định công cộng bởi sức mạnh độc đoán của nó. Các công ty, doanh nghiệp có quyền tự do kinh doanh của họ và được thực hiện quyền đó nhưng họ không bao giờ được trở thành người ép buộc người khác. Quyền lực kinh tế của một công ty không được vượt quá thẩm quyền nó được giao trong phạm vi công ty. Vượt quá những hạn chế này, quyền lực kinh tế của một công ty được nhìn nhận là sự lạm dụng và phải được hạn chế, từ đó không ai có thể ra quyết định ảnh hưởng đến người khác mà không cho họ biết trước điều đó.

Các phân tích trên lý giải cho sự can thiệp của nhà nước vào hành vi cạnh tranh trên thị trường. Một trong những lập luận nền tảng ủng hộ cấu trúc thị trường cạnh tranh, nơi mà từng người bán và người mua là không đáng kể trong mối tương quan với quy mô của thị trường, là việc nó phi tập trung hóa và hạn chế quyền lực thị trường và từ đó bảo vệ tự do kinh tế³⁰.

b. Bảo vệ đối thủ cạnh tranh và cạnh tranh bình đẳng

Việc bảo vệ tự do kinh tế hậu thuẫn cho thị trường cạnh tranh và có thể trong nhiều thị trường tạo ra hiệu quả kinh tế. Pháp luật cạnh tranh có mục tiêu hạn chế quyền lực thị trường, từ đó ủng hộ các doanh nghiệp nhỏ và tìm cách bảo vệ họ trước những doanh nghiệp lớn. Thay vì bảo vệ cạnh tranh, xu hướng có thể là sử dụng các quy tắc cạnh tranh để bảo vệ đối thủ. Ví dụ như pháp luật cạnh tranh có thể được sử dụng để bảo vệ các công ty nhỏ trước hành vi đặt giá thấp của các công ty thống lĩnh, hoặc buộc một công ty thống lĩnh phải cho phép công ty nhỏ tiếp cận các nguồn lực mà công ty lớn này kiểm soát để công ty nhỏ có thể cạnh tranh trên thị trường.

Một chính sách như vậy có thể phù hợp với quan điểm phổ biến là không tin tưởng vào các công ty lớn. Nó là cái được mô tả bởi một số trường phái như là những người đại chúng, như chúng ta sẽ xem dưới đây, và có thể được nhìn nhận như là cạnh tranh “công bằng” hơn là cạnh tranh “tự do”. Tuy nhiên, nó sẽ làm cho một chính phủ phải nuôi dưỡng các công ty nhỏ và để thúc đẩy một xã hội trong đó công dân được khuyến khích thành lập doanh nghiệp và tự làm chủ doanh nghiệp của mình và hành xử với tư cách là doanh nhân. Việc hạn chế quyền lực thị trường cũng ngăn cản việc phân bổ lại của cải từ người tiêu dùng nộp cho các công ty có quyền lực thị trường (một cách cá lè hay tập thể) và đảm bảo rằng người tiêu dùng có vô số lựa chọn.

c. Các vấn đề xã hội, chính trị

Pháp luật cạnh tranh cũng có thể được sử dụng để phục vụ các chính sách khác như chính sách về xã hội, về tạo việc làm, về công nghiệp, về môi trường và/hoặc về khu vực (ví dụ, bằng việc cấm sáp nhập mà có thể gây ra việc sa thải hàng loạt hoặc cho phép các thỏa thuận hạn chế mà sẽ giúp bảo vệ các ngành công nghiệp đang thua lỗ).

³⁰F. M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3rd edn., Houghton Mifflin, 1990), tr 18.

Một số kết luận

Dường như có một sự nhất trí hiện nay rằng Luật Cạnh tranh nên được thông qua và áp dụng để theo đuổi hiệu quả kinh tế. Tuy nhiên, sẽ có nhiều ý kiến khác nhau về việc quy định của luật cạnh tranh có thể đạt được hiệu quả đầy tốt nhất bằng cách nào. Hơn nữa, như trên đã chỉ ra, tùy thuộc vào hoàn cảnh cụ thể của từng nước mà pháp luật cạnh tranh cũng nên được sử dụng để theo đuổi các mục tiêu khác ngoài mục tiêu hiệu quả như bảo vệ đối thủ, công ăn việc làm, môi trường.

Sự theo đuổi những mục tiêu khác này có thể ủng hộ các công ty nhỏ, các cá nhân hay các quan ngại về môi trường với cái giá là phúc lợi người tiêu dùng. Ủng hộ các công ty nhỏ vì lợi ích của các công ty này bằng cách đánh vào chi phí của các đối thủ cạnh tranh hiệu quả hơn sẽ là một trở ngại cho nền kinh tế. Tương tự thế, việc ngăn cản một vụ sáp nhập mà vụ sáp nhập này sẽ giúp tăng tính hiệu quả vì lý do rằng việc ngăn cản có thể giúp bảo vệ công ăn việc làm trong ngắn hạn có thể được hiểu rằng các công ty cả thế không thể cạnh tranh một cách hiệu quả trên thị trường trong dài hạn và một quyết định cho phép một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các công ty trong một ngành công nghiệp đang bị giảm sút mang tính lịch sử có thể đảm bảo sự sống sót của công ty trong một thời gian nhưng có thể gây ra sự không hiệu quả. Người hiệu quả nhất sẽ tồn tại và các nguồn lực còn lại có thể được sử dụng trong các ngành công nghiệp mới mà sẽ tạo ra sự thịnh vượng trong tương lai.

Có một thực tế không may là quá trình cạnh tranh lại dẫn đến người thắng kẻ thua. Các công ty hiệu quả sẽ nở rộ và bù vào chỗ của những công ty không hiệu quả. Cạnh tranh bình đẳng không nhất thiết tương tự như cạnh tranh tự do. Vấn đề là ở chỗ thị trường tự do có thể sản sinh ra lợi nhuận cho xã hội như một tổng thể trong dài hạn nhưng gây ra nhiều đau đớn cho những người thua cuộc cùng thời gian đó.

Điều này không phải để nói rằng không nên có các mục tiêu như chính sách xã hội, khu vực, lao động, môi trường,... Đó là vấn đề liệu và trong phạm vi nào, những chính sách này có thể được hoặc nên được theo đuổi như là một phần của chính sách cạnh tranh cũng như khoảng cách giữa chính sách cạnh tranh và những chính sách khác nên là bao nhiêu. Một chính phủ mong muốn bảo vệ môi trường bằng việc từ chối lên kế hoạch cho phép mở các cửa hàng ngoài thành phố có thể bảo vệ các cửa hàng nhỏ ở các làng ngoại thành khỏi sự cạnh tranh của các cửa hàng lớn hơn nhưng lại là những siêu thị hiệu quả hơn. Pháp luật về quy hoạch do đó có thể gây ra sự hạn chế cạnh tranh trên một thị trường cụ thể. Vì những luật lệ như thế là những biện pháp cụ thể của chính phủ, hơn là những hành động của các thương nhân, và thông thường những quy định như thế vượt quá tầm với của Luật Cạnh tranh. Câu hỏi rằng mối quan tâm nào Luật Cạnh tranh nên thể hiện bên cạnh việc tập trung vào hiệu quả kinh tế cuối cùng thuộc về lựa chọn chính trị.

III. LỊCH SỬ SỰ RA ĐỜI CỦA PHÁP LUẬT CẠNH TRANH TRÊN THẾ GIỚI

1

Tổng quan chung

1.1. Sự cần thiết phải có sự can thiệp của Nhà nước đối với môi trường cạnh tranh

Cạnh tranh là hiện tượng tất yếu, là động lực phát triển của thị trường. Tuy nhiên, trong lịch sử phát triển của thị trường, đã có một thời kỳ, nguyên tắc tự do trong cạnh tranh được tôn trọng tuyệt đối đến mức, Nhà nước cho dù là chủ thể của quyền lực xã hội đã không được quyền can thiệp vào các quan hệ thị trường. Điều này lý giải tại sao cạnh tranh đã có từ lâu nhưng pháp luật về cạnh tranh lại xuất hiện muộn hơn rất nhiều. Những lý do cần có sự can thiệp và điều tiết của Nhà nước đối với môi trường cạnh tranh chính là lý do cần phải có pháp luật với tư cách là công cụ chủ yếu và hữu hiệu nhất của Nhà nước để quản lý xã hội và quản lý nền kinh tế.

Khi bàn đến sự cần thiết phải có pháp luật cạnh tranh đối với đời sống kinh tế, cũng cần phải làm rõ vai trò kinh tế của Nhà nước, tạo nên những lý do chính yếu về sự xuất hiện cũng như xác định giới hạn điều tiết của Nhà nước và pháp luật trong môi trường cạnh tranh.

Bất kỳ Nhà nước nào trong lịch sử loài người đều có chức năng kinh tế. Bởi lẽ, những biến chuyển cơ bản trong đời sống kinh tế và những thay đổi trong xã hội là nguyên nhân, là môi trường thai nghén ra Nhà nước. Chính vì thế, Nhà nước là một bộ máy đặc biệt để bảo đảm sự thống trị về kinh tế, để thực hiện quyền lực về chính trị và thực hiện sự tác động về tư tưởng đối với quần chúng³¹. Vai trò quản lý kinh tế (việc thực hiện quyền thống trị kinh tế) thể hiện ở việc bảo đảm quyền lực kinh tế của giai cấp thống trị và ở nội dung duy trì trật tự kinh tế của xã hội. Tùy vào mô hình Nhà nước và tùy vào từng thời kỳ, vai trò kinh tế của Nhà nước có nội dung và được thực hiện khác nhau. Trong thời kỳ kinh tế thị trường cổ điển của giai cấp tư bản, Nhà nước chỉ có chức năng bảo vệ an ninh, xây dựng luật pháp và xét xử tranh chấp; pháp luật chỉ giới hạn ở việc quản lý chung đời sống dân sự và trật tự xã hội. Chức năng đó đủ để pháp luật và Nhà nước tạo lập một môi trường cho cạnh tranh và quan hệ thị trường vận động linh hoạt, năng động, làm cho mọi khuyết tật của thị trường được bộc lộ một cách mạnh mẽ. Sự thất bại của mô hình kinh tế chỉ huy ở các nước xã hội chủ nghĩa và những cuộc khủng hoảng kéo dài trên thị trường tự do của Nhà nước tư sản là những nguyên nhân, là động lực để thiết lập mô hình kinh tế thị trường hiện đại. Trong mô hình này, ở tầm vĩ mô về cơ bản do bàn tay vô hình của thị trường điều tiết. Vai trò kinh tế của Nhà nước là vừa hạn chế những khuyết tật của thị trường, vừa tạo môi trường cho ưu thế của thị

³¹Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình lý luận Nhà nước và pháp luật (NXB Công an Nhân dân, 2003), tr 46.

trường phát huy tác dụng tích cực. Với vai trò đó, Nhà nước không còn là *người cầm chèo* cho nền kinh tế, mà có vai trò là *người cầm lái* cho nó.

Trong đời sống cạnh tranh của thị trường cũng vậy, Nhà nước bằng công cụ pháp luật cạnh tranh phải can thiệp để duy trì một trật tự chung đảm bảo sự lành mạnh và phát triển của thị trường.

1.2. Quá trình phát triển của pháp luật cạnh tranh

Pháp luật cạnh tranh ra đời cùng với sự thừa nhận và đảm bảo quyền tự do kinh doanh. Theo nghĩa kinh điển, pháp luật cạnh tranh chỉ bao hàm các quy định ngăn cấm những hành vi cạnh tranh không lành mạnh theo cách hiểu của ngày nay. Sở dĩ như vậy là vì, trong lịch sử đã có lúc người ta chưa biết đến hiện tượng độc quyền và sự tác hại của nó. Đó là thời kỳ của chủ nghĩa tư bản tự do³². Trong Bộ luật Dân sự của Pháp (Code civil - 1804), Điều 1382 và 1383 quy định về trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng³³. Từ đó, những trách nhiệm phát sinh cho các thương nhân trong cạnh tranh được án lệ của nước Pháp coi là một loại hình mới của trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trên cơ sở đó, những hành vi cạnh tranh mà ở đó người thực hiện chúng phải chịu trách nhiệm về hậu quả gây ra cho người khác được gọi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh³⁴. Hiện nay, những quy định mang tính nguyên tắc của Bộ luật Dân sự 1804 cùng với một số văn bản pháp luật đơn hành tạo thành một chế định pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh của Cộng hoà Pháp. Ở Italia cũng tương tự, các điều 1151 và 1152 của Bộ Luật Dân sự năm 1865 quy định các nguyên tắc cơ bản liên quan đến trách nhiệm của người thực hiện hành vi không lành mạnh. Tuy nhiên, cho đến năm 1872 với sự ra đời của Bộ luật Dân sự mới thì những quy định về cạnh tranh không lành mạnh mới được quy định cụ thể, chi tiết và rõ ràng³⁵.

Như vậy, nhìn về lịch sử, lúc sơ khai pháp luật cạnh tranh được xây dựng trên cơ sở của các nguyên tắc trong dân luật và được đảm bảo thực hiện bằng trách nhiệm dân sự. Đồng thời, do sự nhận thức chưa đầy đủ và sự hạn chế trong khả năng dự liệu của luật pháp đối với hành vi cạnh tranh đang phát triển trên thị trường mà pháp luật về cạnh tranh trong thời kỳ đó chủ yếu tồn tại dưới dạng các án lệ của toà án. Những nguyên tắc của dân luật là nền tảng cơ sở của các án lệ và là cơ sở pháp luật quan trọng để duy trì trật tự cạnh tranh. Cùng với sự phát triển của thị trường, sự biến đổi đa dạng và phức tạp trong các biểu hiện của cạnh tranh đã giảm thiểu tính hiệu quả của các nguyên tắc trên. Các Nhà nước ngày càng tích cực nhận dạng và ngăn cấm những biểu hiện không lành mạnh bằng các quy định trong các văn bản pháp luật. Hầu hết các nước có nền kinh tế thị trường đều đã ban hành văn bản pháp luật cạnh tranh.

Đến cuối thế kỷ XIX, pháp luật cạnh tranh đã được mở rộng và có những thay đổi rất cơ bản về nội dung cũng như phương pháp điều chỉnh. Lúc bấy giờ, hiện tượng độc quyền xuất hiện với tư cách là kết quả của sự tích tụ, tập trung tư bản và kéo theo nó là những khủng hoảng tài chính, sự bóc lột người tiêu dùng là tiền đề cho pháp luật chống độc quyền ra đời. Quê hương của pháp luật chống độc quyền là Hoa Kỳ. Cuộc cách mạng công nghiệp vào giữa thế kỷ 19 là động lực quan trọng thúc đẩy nền kinh

³²Viện nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, Cạnh tranh và xây dựng pháp luật cạnh tranh ở Việt Nam hiện nay (NXB công an nhân dân, 2001), tr 244.

³³Xem Bộ luật Dân sự của nước Cộng Hoà Pháp (NXB chính trị quốc gia, 1998), tr 365.

³⁴Khái niệm đầu tiên về cạnh tranh không lành mạnh được gọi là concurrence déloyale).

³⁵Xem PGS. Nguyễn Như Phát – Ths.Bùi Nguyễn Khánh, sđd, tr 245, 246.



tế Mỹ phát triển. Trong bối cảnh đó đã hình thành hàng loạt các công ty và tập đoàn công nghiệp lớn. Hệ quả của quá trình này là hiện tượng hạ giá rất nhiều loại hàng hoá và dịch vụ dẫn đến nguy cơ phá sản và đóng cửa rất nhiều công ty. Để đối phó với tình hình thực tế, các công ty đã thay đổi chiến lược bằng cách thoả thuận với nhau nhằm ổn định và tăng giá hàng hoá, dịch vụ, phân chia thị trường và hình thành các tập đoàn, sáp nhập công ty... Những thoả thuận trên ảnh hưởng rất lớn đến đời sống xã hội mà phân đông là người lao động làm công. Trước sức ép của xã hội đòi hỏi chính quyền phải can thiệp. Các bang của Hợp chúng quốc đã liên tục ban hành các đạo luật chống Tò-Rót (Trust), đầu tiên là bang Alahama vào năm 1883. Sau đó, vào năm 1890, Dự Luật chống độc quyền do nghị sĩ Sherman của bang Ohio được Hạ viện Hoa Kỳ thông qua và Tổng thống Harrison ký công bố. Đây là đạo luật thứ hai trên thế giới quy định về chống hạn chế cạnh tranh. Mặc dù Luật Sherman được coi là viên gạch đầu tiên của hệ thống pháp luật chống độc quyền của Hoa Kỳ và của loài người. Song trên thực tế, từ khi được công bố cho đến năm 1895, Đạo luật này lại được sử dụng như một công cụ pháp lý để chống lại các cuộc đình công của công nhân. Cho đến năm 1897 nó mới được sử dụng đúng chức năng của mình để ngăn chặn và cấm đoán các thoả thuận ngầm về giá. Vào năm 1904, lần đầu tiên Tổng thống Roosevelt đã sử dụng Luật Sherman để chống lại một số tập đoàn khổng lồ của Mỹ.

1.3. Quá trình hoàn thiện của pháp luật cạnh tranh

Cho đến nay, ngoài các quy định về cạnh tranh không lành mạnh trong pháp luật cạnh tranh của các nước, chế định về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền luôn là nội dung quan trọng không thể thiếu để Nhà nước bảo vệ và điều tiết cạnh tranh. Sự ra đời của Luật Sherman đánh dấu một bước phát triển mạnh về pháp luật cạnh tranh. Theo đó, nội dung của pháp luật đã được mở rộng cho thấy Nhà nước đã thực sự nhận thức và giành quyền quản lý thị trường, điều tiết cạnh tranh không chỉ bằng cách loại bỏ các biểu hiện tranh đua không lành mạnh, mà còn tạo ra các thiết chế pháp lý ngăn chặn và loại bỏ các rào cản nhân tạo cũng như tự nhiên để bảo vệ cho thị trường cạnh tranh. Mặt khác, từ tư duy Luật Cạnh tranh là lĩnh vực pháp luật dân sự mà ở đó chỉ khi có yêu cầu thì Nhà nước mới giải quyết, Đạo luật Sherman và sau này là sự nở rộ của pháp luật về kiểm soát độc quyền các nước trên thế giới đã cho phép Nhà nước chủ động ngăn chặn và kiểm soát mọi nguy cơ có thể làm hạn chế cạnh tranh bằng các thiết chế quyền lực của mình, kể cả bằng các biện pháp trừng phạt nặng như chế tài hình sự cho các hành vi vi phạm.

Cùng với sự phát triển của thị trường và nhận thức của con người về môi trường tồn tại của mình, trong đó có môi trường của đời sống kinh tế. Pháp luật cạnh tranh ngày càng được hoàn thiện và trở thành chế định pháp luật cơ bản của pháp luật kinh tế, góp phần làm cho thị trường vận hành ổn định và hiệu quả. Theo thống kê của UNCTAD, trên thế giới tính tới năm 2007, đã có tới 113 nước và vùng lãnh thổ có luật điều tiết hoạt động cạnh tranh và kiểm soát độc quyền.

Pháp luật cạnh tranh của Hoa Kỳ

2.1. Mô hình Cấu trúc - Hành vi - Kết quả (S-C-R) và Trường phái Havard

Mô hình S-C-P là việc cấu trúc của thị trường quyết định hành vi của công ty và rằng hành vi quyết định kết quả trên thị trường, ví dụ như lợi nhuận, hiệu quả, tiên bộ về kỹ thuật và tăng trưởng. Mô hình đó đã tìm cách lập luận rằng cấu trúc ngành nhất định dẫn tới những dạng hành vi nhất định, mà sau đó lại dẫn tới những kiểu kết quả nhất định. Đặc biệt, nhiều ngành bị tập trung cao tạo ra những hành vi dẫn đến kết quả kinh tế nghèo nàn, đặc biệt là làm giảm sản lượng và hình thành giá cả độc quyền.

Những quan điểm này bắt nguồn chủ yếu từ công trình được nghiên cứu tại Đại học Havard. Công việc ban đầu được thực hiện bởi E.S. Mason³⁶ vào năm 1930, được phát triển bởi học sinh của ông là J.S. Bain vào những năm 1950. Lý thuyết đã được phát triển thông qua các nghiên cứu mang tính kinh nghiệm về các ngành công nghiệp của Hoa Kỳ (20 ngành sản xuất đã được nghiên cứu vào đầu những năm 1950) hơn là từ những mô hình mang tính lý thuyết. Kết luận rằng cấu trúc thị trường quyết định kết quả tạo ra một niềm tin rằng chống độc quyền nên liên quan đến các biện pháp điều chỉnh về mặt cơ cấu hơn là các biện pháp điều chỉnh mang tính hành vi. Do đó, bằng việc tập trung nghiên cứu các ngành bị tập trung. Bain đã cho rằng hầu hết các ngành công nghiệp bị tập trung hơn mức cần thiết (tính kinh tế nhờ quy mô không phải là cơ bản, thiết yếu ở hầu hết các ngành); rằng rào cản gia nhập có nhiều và rất cao làm cho các công ty mới bị ngăn cản gia nhập thị trường; việc đặt giá độc quyền gắn với các ngành độc quyền nhóm bắt đầu xảy ra ở mức tập trung tương đối thấp.

Những kết luận có tầm ảnh hưởng này trùng với một xu hướng chung của chính sách của Quốc hội Hoa Kỳ trong việc tìm cách bảo vệ các doanh nghiệp nhỏ và ngăn việc bành trướng kinh doanh. Điều này đã dẫn đến việc ra đời các chính sách thực thi Luật chống độc quyền theo hướng can thiệp mạnh mẽ trong những năm 1960. Trường phái Chicago đã chỉ trích những phân tích của trường phái Bain, với lập luận rằng các kết luận rút ra từ những nghiên cứu mang tính kinh nghiệm là thiếu sót; đã sai khi thấy các rào cản gia nhập có mặt ở khắp nơi, khi thấy tính kinh tế nhờ quy mô không xuất hiện nhiều ở các ngành. Việc lên án rất nhiều hành vi kinh doanh được coi là hạn chế cạnh tranh là nhận thức sai lầm. Tuy nhiên, bất chấp sự thắng thế của trường phái Chicago, mô hình S-C-P vẫn là một công cụ cơ bản của phân tích chống độc quyền. Mặc dù các nhà kinh tế chủ đạo không còn tin rằng cấu trúc thị trường quyết định kết quả nhưng họ cũng chấp nhận rằng cấu trúc thị trường là quan trọng đối với khả năng của công ty hành xử mang tính hạn chế cạnh tranh. Theo học giả Hovenkamp “Chống độc quyền mà không có phân tích cấu trúc, không nhờ chủ yếu vào các tác giả của mô hình S-C-P, sẽ là không khả thi”.³⁷

2.2. Trường phái Chicago

³⁶See E.S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem* (Harvard University Press, 1957).

³⁷H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of competition and its Practice* (2nd edn., West Publishing Co., 1999), tr 45.



“Chicago” là một trường phái của những nhà kinh tế học tại Đại học Chicago ủng hộ thị trường tự do và kinh tế tiền tệ. Không giống như trường phái Harvard, nền tảng của các phân tích chống độc quyền lại dựa chủ yếu trên cơ sở lý thuyết chứ không phải là những nghiên cứu mang tính kinh nghiệm. Thậm chí ngay sau khi mô hình S-C-P đã được thiết lập, trở thành nhận thức thống trị, vẫn bị các học giả chống độc quyền của Chicago lớn tiếng chỉ trích. Mặc dù mô hình S-C-P chưa bao giờ bị át hẳn, các nhà kinh tế theo trường phái Chicago đã làm ra một cuộc cách mạng trong tư duy về chống độc quyền. Mặc dù, đến lượt mình, nó lại bị chỉ trích và một số trong các khẩu hiệu giá trị nhất của nó thấy rằng không thể tiếp tục đứng vững cùng với các phân tích của mình, ảnh hưởng của trường phái này đến Luật Cạnh tranh vẫn còn lại. Ở Hoa Kỳ, uy lực của trường phái Chicago trong suốt những năm 1970 và 1980 đã dẫn đến một thay đổi trong định hướng áp dụng Luật chống độc quyền và thực sự đã hậu thuẫn cho chính sách kinh tế của chính quyền Reagan.

Theo quan điểm cơ bản của trường phái Chicago, việc theo đuổi hiệu quả, tức là hiệu quả về mặt phân bổ bởi thị trường, nên là mục tiêu duy nhất của luật chống độc quyền. Trường phái này không ủng hộ tính cảm tính đối với các công ty nhỏ, các cửa hàng nhỏ mà đặt trọn niềm tin vào thị trường. Sự giống nhau của người chiến thắng hay người thua cuộc là không phù hợp cho đến khi đạt được hiệu quả. Trường phái này cho rằng chỉ có ít rào cản gia nhập tồn tại, rằng các ngành công nghiệp thường hưởng lợi từ tính kinh tế nhờ quy mô và các doanh nghiệp đều là những người tối đa hóa lợi nhuận. Trường phái Chicago đặt nhiều niềm tin vào khả năng của thị trường có thể sửa chữa và đạt được tính hiệu quả mà không cần có sự can thiệp từ Chính phủ hay Luật chống độc quyền.

2.3. Hậu Chicago

Không thể phủ nhận là trường phái Chicago đã thay đổi tư duy về pháp Luật chống độc quyền một cách sâu sắc, đã đặt các phân tích kinh tế ở vị trí trung tâm của luật chống độc quyền. Sau khi trường phái Chicago ra đời, mô hình S-C-P được bổ sung những tiêu chí đánh giá, hoặc được bổ sung về hiệu quả như là mối quan tâm chủ yếu. Trường phái Chicago đã đem đến ánh sáng mới trong việc tiếp cận nhiều vấn đề.

Tuy nhiên, gần đây một số ý tưởng của trường phái Chicago cực đoan đã được củng cố. Lý thuyết về tổ chức công nghiệp hiện đại hay kinh tế học công nghiệp mới nhấn mạnh tác động của hành vi chiến lược của công ty trong những tình huống thị trường khác nhau. Lý thuyết này cho rằng các công ty có thể tự cho phép mình ngăn cản sự gia nhập thị trường chiến lược. Quan điểm của những người theo Trường phái Chicago về hành vi đặt giá cướp đoạt là hành vi lý trí hiếm hoi, có thể được chấp nhận như là một chiến lược để ngăn cản các đối thủ cạnh tranh mới gia nhập thị trường. Quan điểm của trường phái Chicago đã được chấp nhận rộng rãi không phải đối với tất cả mọi lĩnh vực, ví dụ việc các thỏa thuận dọc không có tính hạn chế cạnh tranh nếu như không có sức mạnh thị trường đáng kể. Quan điểm của Bork về phân phối chọn lọc có thể được chấp nhận, nhưng không thể chia sẻ niềm tin rằng cái tốt cho doanh nghiệp lớn nhất thiết là tốt cho xã hội.

Pháp luật cạnh tranh của EC

3.1. Lịch sử ra đời

Hiệp ước Rôme và các quy định cạnh tranh trong đó Hiệp ước có hiệu lực từ năm 1958. Các quy định này được thực thi cho đến khi có Quy chế số 17 được ban hành 4 năm sau đó, tức là 7 thập kỷ sau khi Hoa Kỳ có Luật Cạnh tranh. Luật của EC có sự liên hệ với Luật của Hoa Kỳ trong mối so sánh hệ thống giữa hai bờ Đại Tây Dương về các ý tưởng, bài học có thể được rút ra từ kinh nghiệm của Hoa Kỳ.

Ảnh hưởng của Hoa Kỳ trong lĩnh vực Luật Cạnh tranh được nhìn nhận khá cụ thể. Ngày 1/1/1958, Hiệp ước Rôme đồng thời với một hệ thống luật cạnh tranh mới của Đức cũng có hiệu lực. Các quan chức Hoa Kỳ chiếm đóng Tây Đức cho rằng việc nền công nghiệp nước Đức trước chiến tranh bị tập trung hóa và Cartel hóa nặng nề đã giúp, hậu thuẫn cho Hitler nổi lên nắm quyền lực, gây ra chiến tranh thế giới; Luật Cạnh tranh theo kiểu Mỹ sẽ giúp nền dân chủ của nước Đức hậu chiến. Tuy Đạo luật chống Cartel hóa đã lần đầu tiên được đưa ra vào năm 1947, nhưng do áp lực từ trong nước và của phía Hoa Kỳ yêu cầu phải có một hệ thống luật mới hoàn toàn, Bộ trưởng Kinh tế thời Thủ tướng Adenauer, ông Ludwig Erhard, đã gây áp lực mạnh mẽ cho việc ban hành luật mới năm 1958.

Luật Cạnh tranh mới của Đức đã nhanh chóng có được một vai trò quan trọng trong hệ thống pháp lý và kinh tế của nước Đức. Tổ chức chịu trách nhiệm chính trong việc thực thi luật là Cục Cartel liên bang. Kinh nghiệm và ảnh hưởng của Đức có tác động quan trọng đến Luật Cạnh tranh của EC bắt đầu phát triển từ giữa những năm 1960 trở đi. Do Luật chống độc quyền của Hoa Kỳ ảnh hưởng đến hệ thống Luật của Đức, hệ thống Luật của Đức lại ảnh hưởng đến Luật của EC. Nên theo nguyên lý bắc cầu thì Luật của EC phải liên quan chủ yếu đến Luật của Hoa Kỳ.

Trên thực tế thì mọi việc không đơn giản như thế. Luật Cạnh tranh EC đã được xây dựng bởi người châu Âu, trong đó chủ yếu là người Đức, với những ý tưởng của người Mỹ. Tuy nhiên, đã thành xu hướng là người ta thường thảo luận luật của EC thông qua lăng kính những phát triển của luật Mỹ. Trong một quyển sách xuất bản năm 1998, Daniel Gerber, một luật sư về luật so sánh, luận lập rằng châu Âu có một truyền thống giàu có về những tư tưởng mà hiện nay được gọi là Luật Cạnh tranh. Chính điều này đã tạo cho pháp luật cạnh tranh trong nước của các nước châu Âu cũng như Luật Cạnh tranh của EC một đặc trưng của riêng nó.

Gerber cho rằng tinh thần của Luật Cạnh tranh châu Âu xuất phát từ những tư tưởng kinh tế của người Áo và từ tinh thần tự do của người Đức. Trên thực tế, ông ta còn lùi lại xa hơn, về tận khái niệm của chủ nghĩa tự do thế kỷ 19 về sự cần thiết tạo ra tự do bởi quyền lực ép buộc. Ở châu Âu, Luật Cạnh tranh được nhìn nhận như là một phần của “Hiến pháp Kinh tế” là một phần của hệ thống chính trị, góp phần tạo ra công bằng xã hội.



Ở Vương quốc Anh thậm chí có một xu hướng lấy Mỹ làm nguồn tham khảo. Lý do đầu tiên là ngôn ngữ và nó đã làm cho một khối lượng lớn tài liệu của Mỹ về chống độc quyền có thể được tiếp cận theo cách mà nghiên cứu ở châu Âu lục địa, đối với hầu hết mọi người không thể tiếp cận. Thứ hai, giữa Mỹ và Anh có sự chia sẻ nhau về truyền thống luật chung. Thứ ba, có ý kiến cho rằng Anh có, ít nhất là trong thời gian gần đây, chia sẻ các lý luận kinh tế học với người Mỹ. Một học giả đã xác định sự lưỡng phân giữa chủ nghĩa tư bản mới của Mỹ - có đặc trưng mang tính cá nhân, không bị điều tiết, dựa trên lợi nhuận ngắn hạn và chỉ có yếu tố xã hội tối thiểu - và chủ nghĩa tư bản theo mô hình sông Ranh - mang tính thành tựu tập thể, đồng thuận công cộng và phúc lợi xã hội. Chính phủ của Thủ tướng Anh Thatcher đã hăng hái theo đuổi mô hình của Mỹ nhưng cuối cùng thì các cử tri đã phản đối chính sách này. Người Anh không sẵn sàng hơn so với các nước khác của châu Âu trong việc từ bỏ yếu tố phúc lợi và chấp nhận những yếu tố phù hợp nhất trong phạm vi những thứ được chấp nhận ở Mỹ. Gerber cho rằng văn hóa pháp lý của người Anh đã dẫn đến các đặc trưng trong mô hình Luật Cạnh tranh của Anh đẩy nó ra xa mô hình chung của châu Âu. Tuy nhiên, việc nước Anh sử dụng công cụ kiểm soát hành chính đã chứng minh sự tương tự, tính tương đồng là những yếu tố quan trọng từ tiền đề hội nhập của châu Âu, là những kinh nghiệm chung được hình thành trong khuôn khổ các thiết chế EU, liên kết các chính phủ và cán bộ của các nước thành viên.

Trong lĩnh vực cạnh tranh cũng như các lĩnh vực khác, không phải tất cả tư duy đều bắt nguồn từ Mỹ. Trong Luật Cạnh tranh EC đã sử dụng các phân tích kinh tế làm công cụ trong việc áp dụng Luật Cạnh tranh, nhưng bối cảnh của Luật Cạnh tranh lại là mục tiêu và mục đích của Hiệp ước Rôme.

3.2. Mục tiêu của chính sách cạnh tranh EC

a. Mục tiêu của Cộng đồng châu Âu

Trước khi nói về mục tiêu của Luật Cạnh tranh EC thì nhất thiết phải đề cập qua về mục tiêu của EC dù là sơ lược. Một số học giả - Craig và De Búrca - tuyên bố “đã có và luôn có nhiều quan điểm khác nhau và được tranh luận với nhau về mục đích ban đầu và cơ sở tồn tại của EC và EU giữa các chính trị gia, người dân và học giả. Một loạt các yếu tố kinh tế, chính trị, lịch sử phức tạp và các câu chuyện liên quan đến xây dựng các thực thể tồn tại đến ngày nay”.

Theo Lời nói đầu của Hiệp ước Rôme, các quốc gia thành viên công nhận, cùng với những yếu tố khác, “rằng việc loại bỏ các trở ngại hiện nay đòi hỏi các hành động cùng nhau để đảm bảo mở rộng vững chắc, thương mại cân bằng và cạnh tranh công bằng”. Mục tiêu của Hiệp ước Rôme được nêu ra ở Điều 2 như sau:

- “Cộng đồng có nhiệm vụ, bằng việc thiết lập một thị trường chung và dần dần thống nhất các chính sách kinh tế của các nước thành viên, phải thúc đẩy trên toàn Cộng đồng việc phát triển hài hòa các hoạt động kinh tế, việc mở rộng liên tục và cân bằng, sự gia tăng vững chắc, sự nâng cao không ngừng tiêu chuẩn sống và các mối quan hệ gắn gũi giữa các quốc gia thành viên”.

Sau đó đã được sửa đổi khi Hiệp ước Amsterdam có hiệu lực vào ngày 01/5/1999 Điều 2 nói rằng:

- “Cộng đồng có nhiệm vụ, bằng việc thiết lập một thị trường chung và một liên minh kinh tế, tiền tệ và bằng việc thực hiện các chính sách chung, các hoạt động chung như được đề cập tại Điều 3 và 4, phải thúc đẩy trên toàn Cộng đồng việc phát triển hài hòa, cân bằng và bền vững các hoạt động kinh tế, mức độ cao về sử dụng lao động, bảo vệ xã hội và bình đẳng giữa nam và nữ, tăng trưởng bền vững và không lạm phát, cấp độ cao về tính cạnh tranh và sự tích tụ các kết quả hoạt động kinh tế, mức độ cao về bảo vệ và cải tiến chất lượng môi trường, việc nâng cao tiêu chuẩn sống và chất lượng cuộc sống, sự cố kết và phụ thuộc lẫn nhau về xã hội giữa các nước thành viên”.

Do đó, Cộng đồng có một loạt các mục tiêu mang tính khát vọng vươn tới và có phạm vi rộng. Những mục tiêu này đã mở rộng cùng với thời gian tồn tại của EC, trở thành những mục tiêu mà EC tìm cách đạt được thông qua hội nhập kinh tế. Việc tạo ra thị trường chung không phải là điểm kết thúc mà là phương tiện để đạt được việc thúc đẩy các vấn đề được liệt kê ở Điều 2 (cùng với việc thiết lập liên minh kinh tế và tiền tệ và thực hiện các hoạt động chính sách và hoạt động chung). Thị trường chung thường được sử dụng một cách dân dã như là dấu hiệu của Cộng đồng, có nghĩa là một khu vực nơi các hàng rào trực tiếp và gián tiếp đến thương mại giữa các nước thành viên được dỡ bỏ và chính sách xuất khẩu, nhập khẩu chung được thông qua hướng đến thế giới bên ngoài liên quan đến các giao dịch thương mại. Trong vụ kiện *Metro kiện Ủy ban*, Tòa Công lý nói vào năm 1976 rằng mục tiêu của Hiệp ước đã bao gồm việc tạo ra một thị trường đơn lẻ đạt được các điều kiện tương tự như điều kiện của một thị trường nội địa. Thị trường duy nhất là khía cạnh phía trong của thị trường chung, hiện nay được định nghĩa ở Điều 14(2):

- “Thị trường nội địa sẽ bao gồm một khu vực không có điểm kiểm soát nội địa trong đó sự di chuyển tự do hàng hóa, con người, dịch vụ và vốn được đảm bảo phù hợp với quy định của Hiệp ước này”.

Hội nhập kinh tế của các nước thành viên đã tiến xa hơn bởi những tiến bộ hướng đến liên minh kinh tế và tiền tệ. Giai đoạn thứ ba và là giai đoạn cuối cùng của liên minh kinh tế, tiền tệ với việc thông qua một đồng tiền chung, đồng Euro, bắt đầu vào ngày 1/1/1999, đạt đỉnh cao vào thời điểm giới thiệu tiền xu và tiền giấy mới vào ngày 1/1/2002 và loại bỏ đồng tiền quốc gia và cuối tháng 2/2002. Tuy nhiên, khái niệm then chốt của thị trường nội địa chung vẫn còn đóng vai trò nền tảng của hội nhập kinh tế.

Điều 3 của Hiệp ước đặt ra các hoạt động của Cộng đồng cần thiết cho mục đích đặt ra ở Điều 2, cũng đã được mở rộng kể từ năm 1958, phản ánh sự bổ sung thêm của Điều 2. Điều 3 hiện nay có nguyên văn như sau:

- “1. Vì những mục tiêu đã đặt ra ở Điều 2, các hoạt động của Cộng đồng sẽ bao gồm, như được quy định trong Hiệp ước này và phù hợp với thời gian biểu đặt ra trong đó:

(a) ngăn cấm việc áp dụng giữa các nước thành viên, thuế quan và hạn chế số lượng đánh vào việc xuất khẩu, nhập khẩu hàng hóa, và cấm các biện pháp khác có tác dụng tương đương;



- (b) chính sách thương mại chung;
- (c) thị trường nội địa được đặc trưng bởi sự hủy bỏ giữa các nước thành viên các rào cản đối với việc dịch chuyển tự do hàng hóa, con người, dịch vụ và vốn;
- (d) các biện pháp liên quan đến việc nhập cảnh và dịch chuyển thể nhân như quy định ở Mục IV;
- (e) chính sách chung trong lĩnh vực nông nghiệp và thủy sản;
- (f) chính sách chung trong lĩnh vực giao thông;
- (g) hệ thống đảm bảo rằng cạnh tranh trên thị trường nội địa không bị bóp méo;
- (h) thống nhất luật của các nước thành viên trong phạm vi được yêu cầu để vận hành thị trường chung;
- (i) thúc đẩy điều phối chính sách việc làm giữa các nước thành viên với quan điểm tăng cường tính hiệu quả bằng việc phát triển một chiến lược sử dụng lao động có điều phối;
- (j) chính sách trong lĩnh vực xã hội bao gồm tạo ra một Quỹ xã hội châu Âu;
- (k) tăng cường sự liên kết kinh tế và xã hội;
- (l) chính sách trong lĩnh vực môi trường;
- (m) tăng cường tính cạnh tranh của ngành công nghiệp của Cộng đồng;
- (n) thúc đẩy nghiên cứu và phát triển công nghệ;
- (o) khuyến khích việc thành lập và phát triển các mạng lưới toàn châu Âu;
- (p) đóng góp cho việc đạt được mức độ cao về bảo vệ sức khỏe;
- (q) đóng góp cho giáo dục và đào tạo có chất lượng và cho việc đưa nỏ của văn hóa các nước thành viên;
- (r) chính sách trong lĩnh vực hợp tác phát triển;
- (s) hiệp hội các quốc gia và vùng lãnh thổ hải ngoại để tăng thương mại và thúc đẩy phát triển kinh tế, xã hội mang tính liên kết;
- (t) đóng góp cho việc tăng cường bảo vệ người tiêu dùng;
- (u) các biện pháp trong lĩnh vực năng lượng, bảo vệ dân sự và du lịch”.

Các hoạt động của Cộng đồng do đó rất rộng, bao gồm việc theo đuổi một số lượng lớn các chính sách và hoạt động, bao gồm Điều 3(1)(g), “một hệ thống đảm bảo rằng cạnh tranh trên thị trường không bị bóp méo”.

Tiếp theo, Điều 4(1), được bổ sung vào Hiệp ước vào năm 1993, cho rằng các chính sách kinh tế trong Cộng đồng sẽ được dựa trên một nền kinh tế thị trường mở cửa với cạnh tranh tự do.

Vì những mục tiêu đã đặt ra ở Điều 2, các hoạt động của Cộng đồng sẽ bao gồm, như được quy định trong Hiệp ước này và phù hợp với thời gian biểu đặt ra trong đó, việc thông qua một chính sách kinh tế dựa trên sự điều phối gần gũi của chính sách kinh tế của các nước thành viên, trên thị trường nội địa và trên cơ sở xác định các mục tiêu chung, và được tiến hành phù hợp với nguyên tắc của nền kinh tế thị trường mở với cạnh tranh tự do.

Theo Điều 157(1) về xử lý chính sách công nghiệp của Cộng đồng, hành động của Cộng đồng sẽ phù hợp với một hệ thống thị trường mở và cạnh tranh.

Hiến pháp của EU, nếu được thông qua sẽ giải tán EC như một thực thể và gộp nó vào trong EU, đặt ra mục tiêu của EU ở Điều 3. Theo Điều 3(2), Liên minh “sẽ trao cho các công dân của mình... một thị trường duy nhất nơi cạnh tranh là tự do và không bị bóp méo”. Quy định này đã đề cao nguyên tắc cạnh tranh tự do trong các quy định cơ bản của Liên minh. Hơn nữa, theo Điều 3(3), Liên minh đang hoạt động “vì sự phát triển bền vững của châu Âu dựa trên tăng trưởng kinh tế cân bằng, nền kinh tế thị trường xã hội, cạnh tranh cao và hướng đến toàn dụng lao động và tiến bộ xã hội”.

b. Các mục tiêu của chính sách cạnh tranh của EC

Có nhiều quan điểm cho rằng luật của EC dường như nhấn mạnh vào “cạnh tranh hiệu quả” nhưng câu hỏi tiếp theo sẽ là cạnh tranh hiệu quả đó mong muốn đạt được cái gì? Như chỉ ra ở trên, chính sách cạnh tranh đã nằm trong danh sách các hoạt động của Cộng đồng châu Âu được đề ra trong Điều 3 kể từ khi Cộng đồng ra đời vào năm 1958. Ngay từ đầu, Hiệp ước đã đặt ra một loạt các mục tiêu chính sách rộng hướng đến mục tiêu của hội nhập kinh tế châu Âu. Cần thiết phải củng cố thêm khía cạnh thị trường nội địa của thị trường chung trong việc dỡ bỏ, thông qua các quy định về tự do dịch chuyển. Quan điểm cho rằng các quy định về tự do dịch chuyển được áp dụng cho các biện pháp của quốc gia, còn các quy định cạnh tranh được áp dụng cho khối doanh nghiệp còn che dấu những phức tạp nhất định:

- Trong một số trường hợp, các quy định về tự do dịch chuyển có thể ràng buộc các chủ thể khối tư nhân, đặc biệt khi hành động tư nhân mang tính tập thể liên quan trong lĩnh vực tự do dịch chuyển thể nhân.

- Một số tình huống làm dấy lên cả vấn đề về tự do dịch chuyển và cạnh tranh. Ví dụ như trong vụ Bosman nơi mà EC đã quyết định vụ việc trên cơ sở tự do dịch chuyển và từ chối xử lý những lập luận về cạnh tranh rất thú vị.

- Có thể nghi ngờ một số biện pháp của quốc gia trên cơ sở cạnh tranh. Sự thực thì việc áp dụng quy định cạnh tranh đối với hành động của Nhà nước đã trở thành khía cạnh rất quan trọng trong Luật Cạnh tranh ở EU.

Như một công cụ của hội nhập thị trường chung, vai trò của chính sách cạnh tranh là cực kỳ quan trọng đối với bất cứ thương nhân trong Luật cạnh tranh EC thể hiện sự khác biệt của hệ thống Luật Cạnh tranh của EC với hệ thống Luật Cạnh tranh nội địa của các nước thành viên EU, với Luật Cạnh tranh của Hoa Kỳ. Luật Cạnh tranh EC phục vụ hai đối tượng, một là “cạnh tranh” và hai là nhu cầu hợp nhất thành thị trường chung. Mục tiêu thứ hai đôi khi nấn chỉnh toàn bộ sự phát triển của luật, đặc biệt đối với thỏa thuận độc. Một ví dụ của việc áp dụng quy định của Luật Cạnh tranh trong việc hướng đến thị trường chung là sự thông qua Quy chế về miễn trừ nhóm mới đối với ngành phân phối mô tô vào năm 2002. Quy chế cho phép các nhà phân phối và nhà sản xuất ít mất thời gian hơn Quy chế cũ vì Ủy ban châu Âu lo ngại rằng họ vẫn đang hành xử theo kiểu duy trì giá bán khác nhau ở các nước khác nhau trong Cộng đồng. Cao ủy Cạnh tranh Mario Monti đã nói về Quy chế mới như sau:

- “Ủy ban cũng cần đóng vai trò như một người đề xuất thay đổi ở nơi thị trường



không vận hành theo ý muốn theo tinh thần của các mục tiêu của Hiệp ước. Việc thông qua vào tháng 7 những quy định về miễn trừ mới cho ngành phân phối xe mô tô có thể là một ví dụ. Đây là thời điểm chúng ta có một thị trường chung thực sự cho xe ô tô, vì lợi ích của người tiêu dùng, vì lợi ích về tính cạnh tranh của công nghiệp châu Âu. Một cuộc rà soát đã chỉ rõ rằng hợp nhất về thị trường được theo đuổi bởi quy chế cũ có thể áp dụng cho ngành đã không đạt được kết quả như ý trong phạm vi được kỳ vọng, và rằng người tiêu dùng đang nhận phần lợi ích của họ từ những hạn chế được miễn trừ. Do đó, một hệ thống mới đã được đặt vào bộ phóng để mang lại sức sống mới cho hợp nhất thị trường, người tiêu dùng có thể có lợi từ giá cả tốt hơn, nhiều lựa chọn hơn và dịch vụ được cải thiện”.

Cùng với việc Cộng đồng ngày càng được hoàn thiện, chính sách cạnh tranh đã trở thành trung tâm cho sự phát triển của nó. Điều này được phản ánh trong Báo cáo hàng năm về Chính sách Cạnh tranh của Ủy ban, ví dụ, Báo cáo số 23 (1993) thảo luận mối quan hệ giữa chính sách cạnh tranh và chính sách công nghiệp như sau:

- “Chính sách cạnh tranh đóng vai trò trung tâm trong chiến lược của Cộng đồng trong việc đạt được sự phục hồi lâu dài trong tăng trưởng và sử dụng lao động. Do đó, những ưu tiên mà Ủy ban đã đặt ra liên quan đến cạnh tranh được quyết định chủ yếu bởi sự đóng góp mà chính sách cạnh tranh có thể tạo ra cho mục tiêu tăng trưởng, tính cạnh tranh và sử dụng lao động của Cộng đồng như được nêu ra trong Sách Trắng”.

Cạnh tranh khuyến khích việc phân bổ hiệu quả các nguồn lực, kích thích việc nghiên cứu và phát triển, đổi mới và đầu tư. Đây chính là cơ chế qua đó các nguồn lực, việc làm được định hướng lại về các ngành nghề đang lớn mạnh và rời bỏ những ngành nghề có tương lai ít hứa hẹn hơn. Tầm quan trọng của vai trò truyền thống của chính sách cạnh tranh đã được tăng cường trong những năm gần đây theo hai hướng:

- Đầu tiên là sự tham gia, đóng góp của nó đối với thị trường nội địa như thúc đẩy công ăn việc làm, kích thích tăng trưởng và tính cạnh tranh.

- Thứ hai, cạnh tranh có vai trò trung tâm trong chính sách công nghiệp của Cộng đồng. Việc phát triển thị trường nội địa thực sự và chính sách công nghiệp hiệu quả là những ưu tiên hàng đầu trong Sách Trắng, đặt ra sự cần thiết phải hoàn thiện chính sách cạnh tranh nhằm bổ sung và tăng cường sự phát triển chính sách công nghiệp.

Trong lời nói đầu của Báo cáo về chính sách cạnh tranh năm 1997 của Ủy ban, Cao ủy cạnh tranh lúc bấy giờ, Karel van Miert cho rằng chính sách cạnh tranh trong bối cảnh đồng tiền chung sắp ra đời “có thể mong đợi đóng một vai trò mang tầm châu lục trong những năm tới”. Năm 1998, Ủy ban đã tiếp tục thảo luận vai trò của chính sách cạnh tranh trong bối cảnh Cộng đồng trở thành liên minh kinh tế và tiền tệ, cho rằng liên minh kinh tế và tiền tệ sẽ làm cạnh tranh trở nên mạnh mẽ hơn vì ba lý do:

Thứ nhất, việc tăng cường tác động tích cực của thị trường chung, thị trường địa lý mở rộng sẽ mở ra những cơ hội mới trong việc khai thác tính kinh tế nhờ quy mô, dẫn tới sự gia tăng các vụ sáp nhập, mua lại;

Thứ hai, việc tăng độ minh bạch về giá, cho phép so sánh dễ hơn giá cả ở các nước thành viên khác nhau;

Thứ ba, việc giảm chi phí vốn, dẫn đến tăng các vụ sáp nhập và gia nhập thị trường dễ dàng hơn đối với các doanh nghiệp.

Báo cáo thứ 28 về chính sách cạnh tranh của Ủy ban (năm 1998) ghi rõ: “Trong bối cảnh của tác động ủng hộ cạnh tranh của Liên minh tiền tệ châu Âu, chính sách cạnh tranh đã đóng một vai trò quan trọng trong việc bảo vệ hay tăng cường tính linh hoạt của thị trường sản phẩm và thị trường dịch vụ. Các công ty có thể bảo vệ họ bằng các hành vi phản cạnh tranh chống lại áp lực cạnh tranh dường như ít hiệu quả và đôi mới làm cho họ ít khả năng thích nghi trong trường hợp có những cú sốc về kinh tế vĩ mô.

Một số công ty sẽ trải qua những khó khăn do phải cạnh tranh khốc liệt hơn. Các quốc gia thành viên sẽ trải qua áp lực lớn để bảo vệ những công ty này bằng công cụ trợ cấp của chính phủ, trợ cấp tái cơ cấu và những khoản cứu trợ. Những hỗ trợ như thế có thể dẫn đến việc bóp méo nghiêm trọng cạnh tranh, ảnh hưởng đến những công ty hoạt động hiệu quả hơn.

Tiềm năng cạnh tranh tăng lên có thể làm cho các công ty tìm cách giảm mức độ cạnh tranh thực tế xuống. Ví dụ, sự gia tăng minh bạch về giá cả sẽ tạo ra những động lực cho phát triển thương mại song song, nhưng cũng sẽ thúc đẩy các công ty tạo ra những rào cản mới. Tương tự, những đe dọa cạnh tranh mới phát sinh từ liên minh tiền tệ châu Âu có thể thúc đẩy các doanh nghiệp tham gia vào các thỏa thuận ngang và thỏa thuận dọc với mục tiêu chiếm đoạt thị trường của đối thủ hoặc tìm kiếm sự hỗ trợ nhà nước. Cuối cùng, trong tầm dài hạn, sự gia tăng việc sáp nhập và mua lại có thể tạo ra những doanh nghiệp độc quyền nhóm trong một số ngành. Các công ty trong những ngành này có thể sẽ giảm áp lực cạnh tranh bằng cách tham gia vào thông đồng ngầm hoặc bằng tạo ra Cartel. Điều này sẽ được thực hiện dễ dàng hơn vì sự gia tăng minh bạch hóa về giá sẽ tạo điều kiện cho việc giám sát giá cả của đối thủ. Việc áp giá khác với mức giá đã thỏa thuận cũng sẽ khó khăn hơn và được che dấu bằng sự biến động của tỷ giá hối đoái.

Chính sách cạnh tranh của quốc gia và Cộng đồng có một vai trò quan trọng làm cho thị trường sản phẩm và dịch vụ đều linh hoạt để người tiêu dùng châu Âu sẽ được hưởng lợi đầy đủ từ đồng tiền chung.

Trong Sách trắng về hiện đại hóa năm 1999, Ủy ban nói rằng: “Ngay từ đầu, trọng tâm trong hoạt động của Ủy ban nằm ở việc xây dựng các quy tắc điều chỉnh hành vi hạn chế trực tiếp can thiệp với mục tiêu hội nhập thị trường... Ủy ban hiện nay đã tập trung hơn vào việc duy trì cấu trúc thị trường cạnh tranh và đảm bảo cạnh tranh hiệu quả bằng việc phát hiện và ngăn chặn các Cartel xuyên quốc gia”.³⁸

Tuy nhiên, việc có thể thay đổi trọng tâm của hoạt động của EC không có nghĩa rằng chính sách cạnh tranh được nhìn nhận một cách trùng lặp với mục tiêu về thị trường chung. Việc tiếp tục thực hiện dự án về thị trường chung, đặc biệt, việc mở rộng của Liên minh châu Âu vào ngày 1/5/2004 có nghĩa là Luật Cạnh tranh sẽ tiếp tục đóng vai trò quan trọng trong việc thiết lập một thị trường hội nhập cho một tương lai có thể thấy trước.

Đoạn trích trên cho thấy rằng chính sách cạnh tranh của EC liên quan đến cả tính hiệu quả và việc xây dựng thị trường chung. Tuy nhiên, quá trình áp dụng Luật Cạnh

³⁸⁾Sách trắng của Ủy ban về hiện đại hóa các quy tắc thực thi Điều 81 và 82 của Hiệp ước EC 1999 - C 132/1, Executive Summary, tr 8.



tranh có một số mục tiêu khác cũng được theo đuổi, cụ thể như sau:

- Bảo vệ doanh nghiệp nhỏ và vừa.
- Giữ cho thị trường luôn mở.
- Bảo vệ các doanh nghiệp cạnh tranh.
- Bảo vệ người tiêu dùng.
- Cho phép các doanh nghiệp hợp tác để thúc đẩy công nghệ của châu Âu.

Hiện nay Ủy ban đang ưu tiên mục tiêu hiệu quả hơn so với mục tiêu xây dựng thị trường chung. Trong vụ kiện năm 1998, Luật sư trưởng Jacobs nhấn mạnh cuộc tranh luận giữa bảo vệ cạnh tranh và bảo vệ đối thủ cạnh tranh khi ông nhắc nhở Tòa rằng “mục tiêu ban đầu của Điều 82 là nhằm ngăn chặn việc bóp méo cạnh tranh, đặc biệt là bảo vệ lợi ích của người tiêu dùng chứ không phải là để bảo vệ vị thế của đối thủ cạnh tranh cụ thể”. Từ khi bổ nhiệm nhà kinh tế Mario Monti làm Cao ủy cạnh tranh châu Âu năm 1999, việc thúc đẩy mục tiêu hiệu quả đã được công khai coi là giá trị chủ đạo. Trong một bài phát biểu vào tháng 7 năm 2001, ông Monti nói rằng: “...trong tất cả các khía cạnh của nó, mục tiêu của chính sách cạnh tranh là bảo vệ phúc lợi người tiêu dùng bằng việc duy trì cấp độ cao về cạnh tranh trên thị trường chung. Cạnh tranh nên tạo ra giá cả thấp, nhiều lựa chọn hơn và đổi mới công nghệ, nhằm phục vụ lợi ích của người tiêu dùng”.

Quan điểm của ông Monti đã được Phó Trợ lý Tổng trưởng lý của Bộ Tư pháp Hoa Kỳ, phụ trách bộ phận chống độc quyền đồng tình: “Chúng tôi ở Hoa Kỳ hoan hô sự lãnh đạo táo bạo của Cao ủy Monti trong việc đi theo mô hình phúc lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực chính sách cạnh tranh”. Tuy nhiên, nội dung chính là nói về lợi ích của người tiêu dùng một cách khái quát chứ không phải theo nghĩa kỹ thuật. Theo ông Monti, mục tiêu ở hai bờ Đại Tây dương sẽ nhằm đảm bảo cạnh tranh hiệu quả giữa các doanh nghiệp, bằng việc tiến hành chính sách cạnh tranh dựa trên kinh tế học đúng đắn và bảo vệ lợi ích người tiêu dùng. Năm 2000, ông Monti đã mô tả cách tiếp cận của EC theo cách này: “Điều được trân trọng trong Hiệp ước... là một nền kinh tế thị trường mở với cạnh tranh tự do. Đã được thông qua đã hơn 40 năm về trước, Hiệp ước ghi nhận vai trò cơ bản của thị trường và của cạnh tranh trong việc đảm bảo phúc lợi người tiêu dùng, khuyến khích việc phân bổ tối ưu nguồn lực và trao cho các thực thể kinh tế động lực phù hợp để theo đuổi hiệu quả trong sản xuất, chất lượng và đổi mới.

Cá nhân tôi tin rằng nguyên tắc này về nền kinh tế thị trường mở không ngụ ý một thái độ về niềm tin vô điều kiện đối với việc vận hành cơ chế thị trường. Trái lại, nó đòi hỏi một cam kết nghiêm túc cũng như sự tự kiểm chế bởi các quyền lực công cộng nhằm bảo vệ cơ chế đó”.

Theo cách tiếp cận này, Luật Cạnh tranh bảo vệ cấu trúc cạnh tranh và động lực của thị trường: “họ bảo vệ sự mở cửa của quyền tiếp cận thị trường, và quyền của các thực thể trên thị trường không bị cản trở bởi chiến lược của công ty thống lĩnh mà không dựa vào các giá trị cạnh tranh”.

Luật của EC cũng tập trung vào người tiêu dùng như là người thụ hưởng trực tiếp việc áp dụng Luật Cạnh tranh. Ví dụ, trong báo cáo lần 32 về chính sách cạnh tranh

(2002), Ủy ban đã tuyên bố: “Một trong những mục tiêu chính của chính sách cạnh tranh châu Âu là thúc đẩy lợi ích của người tiêu dùng, đó là, đảm bảo rằng người tiêu dùng được hưởng lợi từ sự thịnh vượng mà kinh tế châu Âu mang lại”.

Tuy nhiên, trong Luật Cạnh tranh của EC thành tựu về hiệu quả phải nhường chỗ cho các cân nhắc chính sách khác. Hiệu quả không thể là mục tiêu duy nhất của chính sách cạnh tranh của EC vì cạnh tranh là một phần và phải tương tác với các chính sách khác của Cộng đồng. Mục tiêu hiệu quả không thể tách rời hoàn toàn khỏi các mục tiêu khác và không giống mục tiêu hiệu quả của trường phái Chicago.

Hơn nữa, phân tích kinh tế vi mô có thể giải thích tại sao và khi nào mọi thứ xảy ra và có thể dự đoán trước kết quả, nhưng không thể trả lời được câu hỏi về thời điểm khi nào các cơ quan cạnh tranh nên can thiệp vào thị trường vì đó là vấn đề mang tính chính sách. Theo học giả Fox và Sullivan, luật không phải là kinh tế học. Các phân tích kinh tế có thể cung cấp công cụ nhưng cuối cùng công cụ nào được dùng lại phụ thuộc vào dạng xã hội của Cộng đồng châu Âu trong tương lai.

3.3. Giới hạn của cạnh tranh và các quy chế

a. Giới hạn của cạnh tranh

Ngay cả trong nền kinh tế thị trường tự do, một số lĩnh vực không thể để mặc cho cạnh tranh tự do được. Nói một cách khác, có những giới hạn đối với cạnh tranh. Việc cung cấp một số hàng hóa, dịch vụ có thể được xem là thiết yếu nhưng không phù hợp với sự khốc liệt của thị trường và không phù hợp với việc áp dụng luật cạnh tranh. Lĩnh vực có tranh cãi lớn nhất liên quan đến cái gọi là “dịch vụ công”. Có rất nhiều tranh cãi trong các quốc gia thành viên về việc các dịch vụ công nên được vận hành như thế nào, dịch vụ nào nên được tư nhân hóa, dịch vụ nào nên được hưởng miễn trừ độc quyền, không phải cạnh tranh. Đây chính là cuộc tranh cãi bất phân thắng bại ở các nước. Theo Luật EC, một số cơ quan được tổ chức bên ngoài quy định của cạnh tranh, trong khi ở một số trường hợp khác, quy định cạnh tranh áp dụng cho những cơ quan này chỉ trong phạm vi nhất định hoặc với một sự sắp đặt trước.

b. Cạnh tranh và các quy chế

Hai mươi năm cuối cùng của thế kỷ 20 đã chứng kiến một cuộc cách mạng về cách thức sở hữu và vận hành các dịch vụ công. Trên toàn châu Âu, nhiều lĩnh vực độc quyền do nhà nước sở hữu đã được tư nhân hóa toàn bộ hoặc một phần³⁹. Việc mở cửa các ngành trước đây thuộc độc quyền của các doanh nghiệp nhà nước đã giúp các doanh nghiệp nhà nước phải cạnh tranh theo xu hướng tự do hóa. Tuy nhiên, việc mở cửa đó có thể dẫn đến sự thay thế độc quyền nhà nước bằng độc quyền tư nhân, làm thiệt hại cho người tiêu dùng. Có thực tế là việc cung cấp dịch vụ trong một ngành phụ thuộc vào việc sử dụng một mạng lưới (như hệ thống đường ray, hệ thống truyền tải điện, cấp thoát nước.v.v.). Việc này sẽ không khả thi, không hiệu quả nếu mạng lưới đó được nhân lên nhiều lần. Hơn nữa, những dịch vụ này là những dịch vụ thiết yếu và phải được cung cấp phổ cập (cung cấp điện, nước, thoát nước, các dịch vụ bưu chính và viễn thông cơ bản).

³⁹Sở hữu tư nhân chứ không phải là sở hữu công cộng là một nguyên tắc chủ yếu của hệ tư tưởng tự do mới mà hiện nay đang thúc đẩy quá trình toàn cầu hóa.



Giải pháp để xử lý những vấn đề này là đưa những ngành được tự do hóa vào diện bị điều tiết thông qua các quy chế. Quy chế điều tiết bao gồm sự can thiệp của quyền lực công đối với việc vận hành của thị trường thông qua các mệnh lệnh và kiểm soát⁴⁰; thành lập một cơ quan thực hiện việc kiểm soát giá, chất lượng, đặt ra những điều kiện có thể cho cạnh tranh được tồn tại, được giám sát; các quy định những nghĩa vụ xã hội của các doanh nghiệp như nghĩa vụ cung cấp dịch vụ phổ cập⁴¹.

Sự khác biệt cơ bản giữa các quy chế điều tiết và Luật Cạnh tranh ở chỗ trong quy chế điều tiết được áp dụng cơ chế tiền kiểm trong khi Luật Cạnh tranh (ít nhất là trong việc kiểm soát độc quyền) áp dụng cơ chế hậu kiểm (phản ứng lại những hành vi đang diễn ra hoặc đã diễn ra). Ví dụ liên quan đến giá, cơ quan điều tiết sẽ đặt ra trước những yêu cầu đối với các doanh nghiệp trong khi cơ quan cạnh tranh sẽ chỉ vào cuộc nếu thấy rằng việc đặt giá của doanh nghiệp vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh, quy chế điều tiết cứng nhắc hơn nhiều so với Luật Cạnh tranh. Luật Cạnh tranh có thể áp dụng chung một cơ chế điều tiết đối với các ngành được điều tiết. Thực tế ở châu Âu là Ủy ban châu Âu coi trọng hơn việc áp dụng Luật Cạnh tranh so với các quy định điều tiết mỗi khi có thể.

Trong phạm vi EC, Ủy ban châu Âu đã thực hiện một chương trình tự do hóa và nỗ lực mở cửa dịch vụ bưu chính, dịch vụ vận tải, các thị trường ga, điện, viễn thông. Là ví dụ mạnh mẽ và điển hình nhất của quá trình tự do hóa, thị trường viễn thông đã được thực hiện thông qua:

- Các Chỉ thị được quy định tại Điều 86(3) Hiệp ước EC,
- Các Chỉ thị hài hòa hóa của Hội đồng theo Điều 95 (áp dụng các biện pháp cần thiết cho việc thành lập thị trường chung).
- Chỉ thị khung năm 2002 đối với liên lạc điện tử.⁴²

Do ở EU không có nhà điều tiết chung của EC⁴³ nhưng Luật EC có thể giao cho các cơ quan điều tiết ở các quốc gia thành viên thực thi chính sách của Cộng đồng. Ví dụ, Chỉ thị khung “đặt ra nhiệm vụ cho các cơ quan điều tiết quốc gia và thiết lập một loạt thủ tục để hài hòa hóa các quy chế điều tiết trong phạm vi toàn Cộng đồng”⁴⁴. Có lẽ điểm đáng kể nhất để lưu ý về khung khổ này là việc đưa vào phạm vi điều tiết các thị trường liên lạc điện tử nơi mà Luật Cạnh tranh không thể khắc phục được những khiếm khuyết thị trường. Ủy ban có thể phủ quyết hoàn toàn quyết định của cơ quan điều tiết quốc gia nhằm đặt những thị trường cụ thể vào phạm vi điều tiết theo cơ chế tiền kiểm nếu Ủy ban cho là cần thiết. Các ngành được điều tiết không được xử lý cụ thể trong tài liệu này nhưng được thảo luận khi phù hợp.

⁽⁴⁰⁾T. Prosser, *Law and the Regulators* (OUP 1997), tr 4.

⁽⁴¹⁾T. Prosser, sdd, tr 5-6.

⁽⁴²⁾Chỉ thị về khung khổ điều tiết chung đối với dịch vụ và mạng liên lạc điện tử (2002) OJ L108/33

⁽⁴³⁾Việc diễn đạt “cơ quan điều tiết” thường được sử dụng để chỉ cơ quan cạnh tranh

⁽⁴⁴⁾Chỉ thị về khung khổ điều tiết chung đối với dịch vụ và mạng liên lạc điện tử (2002) OJ L108/33

IV. MỘT SỐ KHÁI NIỆM CƠ BẢN TRONG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH

1

Sức mạnh thị trường

Trong nền kinh tế thị trường các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường có thể hạn chế sản lượng, tăng giá bán trên mức cạnh tranh và kiếm lợi nhuận độc quyền. Việc này tất yếu sẽ dẫn đến những hậu quả không mong muốn cho xã hội nói chung.

Khi có sức mạnh thị trường, doanh nghiệp có thể tăng giá bán sản phẩm mà không hề bị giảm doanh thu. Tuy nhiên, việc tăng giá bán hàng hóa sẽ còn phụ thuộc vào nhiều nhân tố sau đây:

- Sự sẵn có của sản phẩm thay thế từ các nhà sản xuất khác;
- Sự tồn tại của rào cản và khả năng gia nhập thị trường của các đối thủ cạnh tranh tiềm năng.

Do đó, điều quan trọng là sức mạnh thị trường chỉ phát sinh khi đặt trong mối quan hệ với thị trường. Sức mạnh thị trường có nghĩa rằng một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường sẽ được bảo vệ trước những đối thủ cạnh tranh tiềm năng, những đối thủ bị ngăn cản không thể tham gia thị trường được. Những rào cản tham gia thị trường một mặt cho phép một doanh nghiệp thu lợi nhuận độc quyền mặt khác cản trở các doanh nghiệp khác tham gia thị trường đó, sẽ là yếu tố quan trọng trong việc xác định sức mạnh thị trường. Định nghĩa, nhận dạng và tầm quan trọng của rào cản tham gia thị trường là những vấn đề gây tranh cãi nhất trong kinh tế học chống độc quyền.

Quy mô thị phần của một doanh nghiệp, theo Ủy ban châu Âu, là “một chỉ số quan trọng cho sự tồn tại của sức mạnh thị trường”. Thị phần đo “quy mô tương đối của một doanh nghiệp trong một ngành hoặc một thị trường về mặt tỷ lệ của tổng sản lượng và doanh thu hoặc khả năng chiếm thị phần sở hữu” là điểm bắt đầu để đánh giá sức mạnh thị trường. Tuy nhiên, theo cách tiếp cận của Ủy ban châu Âu thì việc xác định sức mạnh thị trường chỉ dựa vào thị phần là không đủ mà còn cần phân tích chi tiết các đặc điểm kinh tế của thị trường. Ví dụ như việc cần xác định rào cản gia nhập thị trường là để làm rõ sức ép cạnh tranh lên doanh nghiệp. Trên thực tế, trong quá trình điều tra một số vụ việc cạnh tranh, doanh nghiệp có thị phần lớn đồng nghĩa với doanh nghiệp đó có sức mạnh thị trường. Theo quan điểm chính thức của Ủy ban châu Âu, nhiều thỏa thuận giữa các doanh nghiệp mang tính phản cạnh tranh nhưng vì thiếu sức mạnh thị trường nên cũng sẽ không bị coi là vi phạm Luật Cạnh tranh. Quan điểm này cũng tương tự cách tiếp cận của Luật Cạnh tranh Việt Nam. Trong đa số trường hợp, điều kiện cần để xác định hành vi vi phạm Luật Cạnh tranh là doanh nghiệp hay nhóm doanh nghiệp thực hiện hành vi đó có sức mạnh thị trường hay không. Việc xác định sức mạnh thị trường chủ yếu thông qua thị phần là cách tiếp cận vừa đơn giản vừa hiệu quả.



Khái niệm thị trường liên quan

2.1. Ý nghĩa của thị trường liên quan

Việc xác định được thị trường liên quan là để có thể đánh giá được sức mạnh thị trường của một doanh nghiệp, là để xem mức độ những sản phẩm và dịch vụ thay thế lẫn nhau tạo sức ép cạnh tranh lên các nhà cung cấp những sản phẩm và dịch vụ tương ứng. Ví dụ, nếu công ty A đang bị nghi ngờ là nhà cung cấp duy nhất hoa lan vàng, đang thực hiện sức mạnh thị trường và định giá độc quyền thì câu hỏi đầu tiên phải được đặt ra là liệu sản phẩm thay thế của hoa lan vàng mà người tiêu dùng có thể dễ dàng chuyển qua sử dụng là sản phẩm nào. Nếu có, và sau đó nếu A tăng giá bán, A sẽ mất khách hàng. Việc người tiêu dùng có thể mua hoa lan xanh và hoa lan nâu (sản phẩm thay thế hoàn hảo từ những công ty khác) làm cho việc tăng giá hoa lan vàng sẽ thúc đẩy khách hàng chọn mua hoa lan xanh và hoa lan nâu (rẻ hơn). Khi đó, nói A có “độc quyền” trong việc bán hoa lan vàng là vô nghĩa theo khía cạnh kinh tế. Tương tự như vậy, giả sử A là nhà cung cấp duy nhất tất cả màu độc của hoa lan. A vẫn sẽ không thể tăng giá bán mà không bị mất khách hàng nếu địa lan – được cung cấp bởi các công ty khác, là sản phẩm thay thế hoàn hảo cho lan thường. Trong việc xác định thị trường, thường khó xác định đâu là những sản phẩm và dịch vụ nằm trong cùng một thị trường. Ví dụ, hiển nhiên là phân bón và áo sơ mi không cùng một thị trường, nhưng còn cà phê và trà; rượu vodka và whisky, chuối và táo thì sao?

Sau đây chúng ta sẽ lần lượt xem xét cách thức xác định thị trường liên quan của khuôn khổ pháp lý hiện hành.

Tầm quan trọng của việc xác định thị trường liên quan đã được thừa nhận rộng rãi. Việc xác định được thị trường liên quan làm cơ sở quan trọng để các cơ quan thực thi luật kết luận một hành vi cụ thể là có vi phạm Luật Cạnh tranh hay không. Nói cách khác, xác định thị trường liên quan là công đoạn đầu tiên trong chuỗi tác nghiệp thực thi Luật Cạnh tranh liên quan đến các hành vi hạn chế cạnh tranh.

Luật Cạnh tranh đã đưa ra khái niệm về thị trường liên quan như sau:

“Thị trường liên quan bao gồm thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan.

Thị trường sản phẩm liên quan là thị trường của những hàng hoá, dịch vụ có thể thay thế cho nhau về đặc tính, mục đích sử dụng và giá cả.

Thị trường địa lý liên quan là một khu vực địa lý cụ thể trong đó có những hàng hoá, dịch vụ có thể thay thế cho nhau với các điều kiện cạnh tranh tương tự và có sự khác biệt đáng kể với các khu vực lân cận.

Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh (Nghị định số 116/2005/NĐ-CP) đã quy định cụ thể hơn cách tiếp cận để xác định thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan.

2.2. Sự thay thế cung cầu

Việc xác định thị trường liên quan phụ thuộc vào những sản phẩm nào trong thị trường nào có thể thay thế cho nhau. Trong trường hợp có 2 sản phẩm thay thế hoàn hảo cho nhau, nhà sản xuất sẽ không có sức mạnh thị trường, sẽ không khai thác tính độc quyền bằng việc tăng giá sản phẩm vì người tiêu dùng sẽ chuyển sang dùng sản phẩm thay thế. Có hai khía cạnh của tính thay thế cho nhau. *Thay thế về cầu* liên quan đến khả năng người sử dụng sản phẩm chuyển sang sử dụng sản phẩm thay thế. *Thay thế về cung* liên quan đến khả năng người cung cấp sản phẩm tương tự sản xuất ra sản phẩm. *Cạnh tranh tiềm năng* cũng là nhân tố quan trọng cần được tính đến. Một doanh nghiệp trên thị trường sẽ không thể hành động tùy tiện nếu các đối thủ cạnh tranh tiềm năng có thể dễ dàng tham gia thị trường. Tuy nhiên, cạnh tranh tiềm năng thường được xem xét không phải ở giai đoạn định nghĩa thị trường mà ở giai đoạn sau, cụ thể là khi xem xét vị trí của doanh nghiệp trên thị trường.

Khi xác định thị trường liên quan, cần phải xem xét cả hai khía cạnh thay thế về cung và thay thế về cầu mặc dù trên thực tế các cơ quan cạnh tranh ở nhiều nước chủ yếu tập trung đánh giá sự thay thế về mặt cầu.

Xét từ góc độ kinh tế, đối với việc xác định thị trường liên quan, sự thay thế về cầu tạo ra áp lực nhanh và hiệu quả nhất đối với các nhà cung cấp của một sản phẩm nhất định, nhất là trong việc định giá sản phẩm. Một công ty hoặc một nhóm các công ty không thể có bất kỳ một tác động đáng kể nào đối với những điều kiện hiện chiếm ưu thế của việc bán hàng (như là tác động về giá cả) nếu khách hàng tiêu dùng của họ dễ dàng chuyển sang sử dụng các sản phẩm thay thế hoặc chuyển sang mua sản phẩm của các nhà cung cấp khác. Như vậy ở đây việc xác định thị trường liên quan là việc nhận dạng nguồn cung cấp có thể thay thế hiệu quả đối với khách hàng của công ty cả về mặt sản phẩm/dịch vụ và cả về vị trí địa lý của nhà cung cấp.

Sự thay thế về nguồn cung nói chung ít tạo ra sức ép trực tiếp như từ sự thay thế về cầu và trong bất kỳ trường hợp nào cần phân tích thêm những nhân tố bổ sung khác.

2.3. Sự thay thế về cầu

a. Những cách xác định thay thế về cầu

Thay thế về cầu là việc xác định đâu là sản phẩm mà người tiêu dùng cân nhắc làm sản phẩm thay thế. Trừ phi sản phẩm là hoàn toàn đồng nhất, còn không sẽ không được coi là sản phẩm thay thế hoàn hảo. Tuy nhiên, hầu hết mọi sản phẩm đều có sản phẩm thay thế cùng loại. Việc xác định sản phẩm thay thế phụ thuộc vào một số nhân tố: việc người tiêu dùng có thể dễ dàng chuyển sang dùng sản phẩm tương tự; một thời gian để người tiêu dùng thích ứng; sự giống nhau về chất lượng hoặc giá cả không; sản phẩm thay thế có sẵn (dễ mua).

Vấn đề sẽ trở nên phức tạp trong một số trường hợp sau: chỉ có một nhóm người tiêu dùng chuyển sang sử dụng sản phẩm thay thế; hoặc có sản phẩm thay thế nhưng không thay thế cho tất cả công dụng của một sản phẩm. Như đã đề cập ở phần trên, tính hoán đổi được đánh giá dựa trên việc đo “co dẫn chéo của nhu cầu”.



Cách thức mà cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh Việt Nam áp dụng để đo sự co giãn chéo của cầu là căn cứ vào kết quả điều tra thị trường mà Ủy ban châu Âu gọi là SS-NIP test (tăng giá nhẹ nhưng lâu dài). Phương pháp này cũng được biết đến như một phương pháp xác định độc quyền dựa trên giả thiết mà các cơ quan cạnh tranh của Mỹ, Canada, New Zealand, Australia và Anh áp dụng. Phương pháp này được đánh giá cao vì đã phản ánh những phân tích kinh tế đương thời.

Cách thức kiểm tra được quy định tại khoản 5(c) của Điều 4 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP. Cụ thể là giả sử có một mức tăng giá nhẹ (hơn 10%) của một sản phẩm so với giá bán lẻ hiện tại và thời hạn tăng giá là 6 tháng liên tiếp (không phải là tăng giá quá độ). Sau đó, sẽ xem xét câu hỏi liệu việc tăng giá này có khiến cho khách hàng đang dùng sản phẩm đó chuyển sang dùng sản phẩm khác không, hoặc khách hàng có mua sản phẩm đó từ các nhà cung cấp ở những khu vực khác không. Vì là giả định nên câu trả lời sẽ lấy từ 1000 người theo mẫu thống kê ngẫu nhiên từ người tiêu dùng trên thị trường thực tế. Nếu câu trả lời là có thì các sản phẩm và khu vực *thêm vào* nằm trong phạm vi của một thị trường liên quan.

Cách phân tích tương tự có thể được áp dụng trong những trường hợp liên quan đến tập trung sức mua, nơi mà điểm bắt đầu là nhà cung cấp và giá thử nghiệm đóng vai trò nhận dạng những kênh phân phối thay thế hoặc các đại lý cho các sản phẩm của nhà cung cấp.

Ví dụ như việc sáp nhập các hãng nước ngọt. Vấn đề cần xem xét sẽ là việc xác định liệu những mùi vị khác nhau của nước ngọt có thuộc cùng một thị trường không. Trên thực tế, câu hỏi then chốt là liệu người tiêu dùng đang sử dụng hương vị A có chuyển sang hương vị khác không khi phải chịu sự tăng giá lâu dài 10% của đồ uống A. Nếu số người tiêu dùng chuyển sang hương vị B đạt tới mức độ đủ để việc tăng giá A không mang lại lợi nhuận do mất doanh thu, lúc đó thị trường sẽ bao gồm ít nhất hương vị A và B. Quá trình sẽ phải được mở rộng với những hương vị đang được sử dụng khác cho đến khi tổng hợp các sản phẩm tăng giá không dẫn đến sự thay thế đủ về nhu cầu. Nói chung, giá xem xét sẽ là giá thịnh hành trên thị trường. Điều này không áp dụng trong những trường hợp mà giá thịnh hành được xác định khi thiếu cạnh tranh đầy đủ. Cụ thể như đối với việc điều tra lạm dụng vị trí thống lĩnh, giá thịnh hành đã tăng đáng kể trong thực tế sẽ được xem xét.

SSNIP test là hợp lý và đơn giản. Nhiều nhà kinh tế đã đồng tình và đánh giá cao việc sử dụng phương pháp này để xác định thị trường liên quan. W. Bishop, một nhà kinh tế của châu Âu đã cho rằng thành công của SSNIP không phải là ngẫu nhiên. Câu hỏi trọng tâm mà phương pháp này nêu ra là tại sao chúng ta lại quan tâm trước tiên về định nghĩa thị trường. Chúng tôi chỉ có thể trả lời câu hỏi liệu 70% cổ phần của một “thị trường” có tạo cho doanh nghiệp sức mạnh thị trường không nếu “thị trường” đó là một thị trường theo ý nghĩa kinh tế. Câu hỏi mấu chốt ở đây là sự thay thế các sản phẩm hoặc các khu vực địa lý có là hạn chế quan trọng hay chỉ là hạn chế bình thường đối với hành vi của các doanh nghiệp kinh doanh. Chúng tôi muốn thị trường bao gồm toàn bộ sản phẩm thay thế cho một số lượng đáng kể người tiêu dùng và ngoại trừ khỏi

thị trường tất cả những thứ không phải sản phẩm thay thế thực tế. SSNIP test là công cụ hữu ích để làm việc này.

Tuy nhiên, trên thực tế, làm thế nào để xác định phản ứng của khách hàng với việc tăng giá giả định này?

Ủy ban châu Âu công nhận rằng những bằng chứng liên quan và thuyết phục sẽ phụ thuộc vào công nghệ, sản phẩm, hoặc dịch vụ cạnh tranh, cũng như cho rằng họ có thể thiết lập thị trường tiềm năng trên cơ sở thông tin ban đầu có giá trị hoặc do các công ty liên quan đệ trình. Thông thường, vấn đề được rút lại với câu hỏi đơn giản “liệu sản phẩm A có nằm trong cùng thị trường với sản phẩm B không?”. Đến đây, vụ việc được xác định mà không cần định nghĩa chính xác về thị trường. Tuy nhiên, đối với những trường hợp đòi hỏi phải có định nghĩa chính xác hơn về thị trường, Ủy ban châu Âu có thể liên lạc với những khách hàng và công ty chính trong ngành, hiệp hội chuyên nghiệp và những công ty ở thị trường sơ cấp để xác minh chính xác về quan điểm của mình. Ủy ban châu Âu có thể chuyển yêu cầu cung cấp thông tin bằng văn bản tới các doanh nghiệp trong thị trường (hỏi ý kiến về phản ứng với việc tăng giá giả định và trên ranh giới thị trường), tham gia thảo luận với họ, thậm chí bố trí làm việc hoặc thanh tra theo gợi ý của các bên, khách hàng hoặc đối thủ cạnh tranh. Đối với những thị trường khách hàng cảm thấy băn khoăn, việc đưa ra câu hỏi giả định được thừa nhận có thể dẫn đến nhiều kết quả khác nhau và những người được hỏi có thể trả lời theo cách khác biệt so với thực tiễn. Nghiên cứu thái độ khách hàng khiến các nhà kinh tế ủng hộ “phân tích kết hợp” do đó “trao đổi” mà người tiêu dùng tiến hành khi đối mặt với những sản phẩm khác nhau (ví dụ giữa giá cả và chất lượng, lòng tin và xu hướng) có thể được đưa vào trong phân tích.

Kinh nghiệm của Ủy ban châu Âu cũng cho thấy họ sẽ xem xét đến khía cạnh của những cuộc kiểm tra định lượng được tiến hành bởi các nhà kinh tế để phân định thị trường. Những cuộc kiểm tra này bao gồm ước tính độ co giãn, kiểm tra dựa trên sự đồng nhất của dịch chuyển giá qua thời gian (phân tích tương quan giá), tính toán nguyên nhân, và phân tích hội tụ giá. Cụ thể, Ủy ban châu Âu sẽ xem xét những bằng chứng thay thế có thể áp dụng được trong quá khứ từ kết quả của việc phân tích cú sốc thực tế, bao gồm việc tham gia thị trường của các đối thủ cạnh tranh hoặc giới thiệu sản phẩm mới. Nói cách khác, Ủy ban châu Âu ngụ ý rằng “nguồn thông tin này thông thường sẽ giữ vai trò cơ bản cho định nghĩa thị trường”. Bằng chứng về kết quả của việc giới thiệu sản phẩm mới trên doanh thu của những sản phẩm tồn cũng được cho là hữu ích.

Tuy nhiên, theo kinh nghiệm của cơ quan cạnh tranh Vương quốc Anh (OFT) còn một số vấn đề tồn tại với việc kiểm tra này.

Nhìn chung, cần xem xét thận trọng với những cuộc kiểm tra chỉ dựa vào chiều hướng giá cả, bởi vì chúng không đánh giá được liệu khi có doanh nghiệp tham gia thị trường, giá có được tăng lên cùng lợi nhuận không. Tuy nhiên, những dữ liệu ít ỏi thường cản trở nhà phân tích trong việc đánh giá đâu là mô hình cầu thích hợp hơn, cốt để thị trường chống độc quyền được xác định trên cơ sở chi bản thân kiểm tra giá.



Bishop và Walker thừa nhận một vài yếu điểm của phân tích tương quan giá, nhưng vẫn dự đoán cách phân tích này có thể cung cấp thông tin hữu ích hỗ trợ định nghĩa thị trường. Một trong những điểm đáng chú ý là nó có “yêu cầu thông tin tương đối thấp và dễ sử dụng”. Vấn đề này đặc biệt quan trọng, như trong các cuộc điều tra liên doanh, khi cơ quan cạnh tranh không còn nhiều thời gian để đưa ra phán quyết. Có sự nhất trí là tương quan giá có thể nhận dạng được thị trường kinh tế nhưng không phải lúc nào cũng xác định được thị trường chống độc quyền, tức là không trả lời câu hỏi “có phải thị trường này có độc quyền không?”. Tuy nhiên, như kinh nghiệm của OFT kết luận, mặc dù phương pháp định lượng không phải “viên đạn thần kỳ” nhưng khi được sử dụng một cách chính xác và chặt chẽ, chúng có thể là những công cụ rất hữu ích.

Ủy ban châu Âu sẽ không xem xét dựa trên dấu hiệu bên ngoài hai thay thế về cầu là thuộc cùng một thị trường nếu Ủy ban châu Âu thấy rằng có những rào cản cản trở khách hàng thay đổi sang sản phẩm thay thế. Trong một hướng dẫn của mình, Ủy ban châu Âu đã nói về Những rào cản và chi phí gắn với việc thay đổi nhu cầu chuyển sang sử dụng sản phẩm thay thế tiềm năng. Chi phí chuyển đổi sản phẩm (*switching costs*) là giá mà người tiêu dùng trả khi chuyển sang sử dụng sản phẩm khác. Chúng không nhất thiết phải liên quan đến tài chính, nhưng lại chứa đựng nhiều bất lợi và phiền phức. Chi phí chuyển đổi sản phẩm cũng có thể là rào cản gia nhập thị trường, có thể được tạo ra hoặc tăng lên bởi các công ty lớn như một thủ đoạn ngăn chặn. Sẽ là không thể để đưa ra một danh sách trọn vẹn về chi phí chuyển đổi sản phẩm và dự đoán về mọi rào cản có thể đối với việc chuyển đổi sản phẩm. Những rào cản này có nguồn gốc khác nhau và hình thức khác nhau như can thiệp quốc gia, sức ép phát sinh từ thị trường thứ cấp, nhu cầu đầu tư vốn đặc biệt hoặc chịu tổn thất sản phẩm đầu ra để chuyển sang sử dụng đầu vào thay thế, vị trí của khách hàng, đầu tư đặc biệt trong quá trình sản xuất, nghi ngờ về chất lượng và uy tín của các nhà cung cấp không có danh tiếng, và nhiều nhân tố khác.

b. Đặc tính và mục đích sử dụng

Đặc tính và mục đích sử dụng đã được diễn giải thêm trong Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

Việc xác định sự tương tự về đặc tính của sản phẩm đòi hỏi phải phân tích các yếu tố trong cấu tạo vật chất của sản phẩm như các yếu tố lý hoá, các tác dụng phụ đối với người sử dụng⁴⁵... Bởi lẽ các sản phẩm không tương đồng nhau về những yếu tố trên thì không thể thay thế cho nhau, ví dụ các loại Vitamin không thể thay thế cho nhau bởi các thành phần dinh dưỡng, đặc tính vật lý, nguyên lý chuyển hoá chất khi sử dụng... của chúng không giống nhau. Việc xác định sự tương đồng về các yếu tố vật chất lý hoá của sản phẩm là khâu quan trọng hàng đầu trong việc điều tra thị trường liên quan trong trường hợp cần thiết làm cơ sở để cơ quan điều tra khoanh vùng các sản phẩm có khả năng nằm trong một vùng thị trường và thực hiện các bước điều tra tiếp theo. Theo Nghị định số 116/2005/NĐ-CP “hàng hóa, dịch vụ được coi là có thể thay thế cho nhau về đặc tính nếu hàng hoá, dịch vụ đó có nhiều tính chất về vật lý,

⁽⁴⁵⁾Khoản 2 Điều 4 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

hoá học, tính năng kỹ thuật, tác dụng phụ đối với người sử dụng và khả năng hấp thụ giống nhau”⁴⁶.

Các sản phẩm được coi là có thể thay thế cho nhau về mục đích sử dụng, về đặc tính nếu như chúng có mục đích sử dụng, có nhiều tính chất vật lý, tính chất hoá học, tác động phụ với người sử dụng giống nhau⁴⁷. Nói cách khác, các sản phẩm được coi là cạnh tranh với nhau khi tính chất của nó giống nhau. Dưới góc độ khoa học, *mục đích sử dụng* là những yếu tố cơ bản được nhìn nhận từ nhu cầu tiêu dùng của người sử dụng. Các sản phẩm đáp ứng cho cùng một nhu cầu sử dụng được coi là thay thế cho nhau về mục đích sử dụng. Khi phân tích dấu hiệu này, cơ quan có thẩm quyền cần phải nhìn nhận hiện tượng dưới góc độ của người sử dụng hàng hoá, dịch vụ thay vì với vai trò của cơ quan quản lý nhà nước. Mục đích sử dụng của hàng hóa dịch vụ được xác định căn cứ vào mục đích sử dụng chủ yếu nhất của hàng hoá, dịch vụ đó⁴⁸. Vì thế, nếu có nhiều mục đích sử dụng, các sản phẩm thay thế cho nhau khi mục đích sử dụng chủ yếu giống nhau.

Trong thực tế, việc xác định khả năng thay thế về tính chất của các sản phẩm không đơn giản. Có những sản phẩm về lý thuyết có khả năng thay thế cho nhau nhưng nếu thực tế chúng lại đáp ứng nhu cầu của những đối tượng khách hàng khác biệt về sức mua, về những ưu tiên mang tính định tính rõ nét (như dịch vụ ăn uống của các nhà hàng và của các căngtin trường học không thay thế cho nhau bởi căngtin trường học còn đáp ứng thêm nhu cầu giám sát học sinh) hoặc khác biệt nhau vì được áp dụng các phương thức kinh doanh khác nhau thì vẫn không thể kết luận rằng chúng có khả năng thay thế cho nhau⁴⁹. Vì thế, cơ quan điều tra phải sử dụng các công cụ kỹ thuật z- kinh tế và kinh nghiệm thực tiễn để xác định các yếu tố cấu thành nên mục đích sử dụng và đặc tính của sản phẩm.

Việc phân tích đặc tính và mục đích sử dụng sản phẩm cho phép cơ quan cạnh tranh, ở giai đoạn điều tra đầu tiên, hạn chế phạm vi điều tra những sản phẩm có thể thay thế. Tuy nhiên, đặc tính và mục đích sử dụng của sản phẩm không đủ để nhận dạng sản phẩm thay thế về nhu cầu. Tính hoán đổi chức năng hoặc bản thân sự đồng nhất của đặc tính có thể không cung cấp đầy đủ tiêu chí bởi vì phản ứng của khách hàng với sự thay đổi tương đối về giá có thể được quyết định bởi những nhân tố khác. Ví dụ, có sức ép cạnh tranh khác nhau trong thị trường thiết bị, phụ tùng nguyên bản đối với phụ tùng ô tô và linh kiện dự trữ, do đó dẫn đến sự mô tả riêng biệt của hai thị trường liên quan. Ngược lại, sự khác nhau trong bản thân đặc tính sản phẩm là không đủ để loại trừ sự thay thế về cầu, khi mà điều này sẽ phụ thuộc vào mức độ đánh giá đặc tính khác nhau của khách hàng.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt, việc kiểm tra đặc tính của sản phẩm là yếu tố quyết định để xác định thị trường liên quan. Ví dụ trong một vụ việc cạnh tranh ở châu Âu (*United Brands*), Tòa án đã dựa vào đặc tính của chuỗi để xác định chuỗi nằm trong thị trường riêng biệt so với các hoa quả khác. Ở đây, việc xem xét mục đích của sản phẩm là quan trọng vì nó giúp xác định liệu có sản phẩm thay thế không. Ở một vụ việc khác (*Van den Bergh Foods Ltd*) Tổng cục Cạnh tranh của châu Âu đã quyết định

⁴⁶Điều a khoản 5 Điều 4 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁴⁷Khoản 1, 2 Điều 15 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁴⁸Khoản 3 Điều 4 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁴⁹Dominique Brault, Chính sách và thực tiễn pháp luật cạnh tranh của Cộng hòa Pháp (Hà Nội: Tập 2, NXB chính trị quốc gia, 2005), tr 222.



loại kem mua theo từng khẩu phần lẻ tại các cửa hàng để tiêu thụ ngay và loại kem mua nhiều gói để dự trữ và tiêu thụ tại nhà nằm trong hai thị trường riêng biệt. Điều này được Tổng cục Cạnh tranh châu Âu giải thích là vì “sự khác biệt trên cơ sở mục đích sử dụng của khách hàng trong việc mua kem đã xác định sự khác nhau trong đặc tính về giá giữa sản phẩm ăn ngay và sản phẩm tiêu thụ tại nhà”. Tương tự, trong quyết định năm 2001 về vụ *Michelin (Michelin II)*, Tổng cục Cạnh tranh châu Âu quyết định mà không sử dụng SSNIP test rằng thị trường lốp thay mới cho xe tải và xe bus là riêng biệt. Cơ quan này đã xem xét “phân tích những đặc tính riêng biệt và công dụng của lốp xe bởi khách hàng cuối cùng” dựa trên các cuộc khảo sát (các công ty chuyên chở vận tải).

c. Chuỗi hoạt động thay thế

Sự thay thế về cầu có thể trở nên phức tạp vì sự tồn tại của “chuỗi hoạt động thay thế”, khi mà B là sản phẩm thay thế của A và C là sản phẩm thay thế của B v.v... Điều này hoàn toàn có thể xảy ra trong thị trường địa lý cũng như thị trường sản phẩm. Ví dụ, hai cửa hàng cạnh tranh nhau để thu hút khách hàng sống trong phạm vi giữa hai cửa hàng đó, nhưng đối với khách hàng sống cách xa, sản phẩm thay thế có thể khác: Cửa hàng A β khách hàng 1 α Cửa hàng B β khách hàng 2 α Cửa hàng C β khách hàng 3 α Cửa hàng D.

Trong ví dụ này, cửa hàng A và B là sản phẩm thay thế đối với khách hàng 1, B và C là sản phẩm thay thế đối với khách hàng 2 và C và D là sản phẩm thay thế đối với khách hàng 3. A và D, A và C, B và D không phải sản phẩm thay thế trực tiếp đối với bất kỳ khách hàng nào. Làm thế nào để định ra ranh giới thị trường địa lý? Theo kinh nghiệm của Ủy ban châu Âu thì câu trả lời cho vấn đề trên nằm ở sự tồn tại của sản phẩm thay thế có ảnh hưởng ở phạm vi địa lý nào lên chính sách đặt giá của một công ty.

d. Thị trường sơ cấp và thứ cấp

Định nghĩa thị trường cũng có vấn đề ở nơi mà một sản phẩm được liên kết với một sản phẩm khác nhưng không phải sản phẩm thay thế, ví dụ như ô tô và linh kiện dự trữ ô tô hoặc máy photocopy và ống cartridges. Trong những tình huống như vậy, hai sản phẩm phải là tương thích với nhau và sức ép đối với sự thay thế được áp đặt bởi những điều kiện trong thị trường liên kết phải được tính đến.

đ. Nhóm khách hàng riêng biệt

Khách hàng nói chung thường có những thiên vị riêng nhưng khi áp dụng định nghĩa thị trường phải công nhận một thực tế: một nhóm khách hàng có thể chuyển sang sử dụng một sản phẩm tương tự để phản ứng lại việc tăng giá, trong khi nhóm tiêu dùng khác là không thể. Ví dụ một người không biết lái xe không thể phản ứng lại việc tăng giá vé tàu hỏa bằng việc tự quyết định lái ô tô. Trong vụ *United Brands* ở châu Âu, Tòa án đã xác nhận quyết định của Tổng cục Cạnh tranh châu Âu là: thị trường chuối độc lập với thị trường hoa quả khác, một phần vì đối với một số khách hàng (trẻ em, người

già và người bệnh) chuối là hoa quả phù hợp duy nhất (chuối có thể được nấu như cho trẻ em, dễ dàng tiêu hóa, dễ cầm và có thể ăn được bởi người không có răng). Tuy nhiên, lập luận này dẫn tới những luồng chỉ trích kịch liệt mà cụ thể là thực tế chuối đáp ứng nhu cầu duy nhất của một tầng lớp khách hàng riêng biệt không có nghĩa là chuối tạo thành một thị trường riêng lẻ nếu những khách hàng khác (đa số) không bị hạn chế trong lựa chọn hoa quả và có thể phản ứng lại việc tăng giá chuối bằng việc mua những hoa quả khác. Mặc dù tại điểm bán, có thể có sự phân biệt *có lợi* cho một số khách hàng nhất định (như là sinh viên hoặc người già hưởng hưu chí) bằng việc tính tiền ít hơn giá tiêu chuẩn, nhưng nói chung không thể có sự phân biệt giống như vậy giữa các cá nhân, ví dụ người hưởng trợ cấp và tính tiền họ cao hơn. Nếu không có sự phân biệt người trẻ, người già và người có bệnh (hoặc những người mua cho họ) trong việc tính tiền cao hơn thì thái độ của những khách hàng sẵn sàng thay đổi phải được xét đến. Chính những khách hàng này đã làm ảnh hưởng đến quyết định định về giá của nhà cung cấp và thái độ của khách hàng thường xuyên đóng vai trò quan trọng trong việc xác định thị trường. Một nhóm người tiêu dùng có nhu cầu riêng về một sản phẩm sẽ khó khai thác trừ khi nó được giữ tách biệt từ những người tiêu dùng khác và nếu những người tiêu dùng khác có thể bị ngăn cản từ việc tăng doanh thu từ tầng lớp đặc biệt.

Sau vụ việc này, Ủy ban châu Âu có thừa nhận một nhóm khách hàng riêng biệt sẽ liên quan đến định nghĩa thị trường chỉ khi bản thân khách hàng đó tạo ra một thị trường riêng và sự phân biệt về giá giữa các nhóm khách hàng là có thể xảy ra.

e. Thị trường trong nền kinh tế mới

Luật Cạnh tranh mà trước đây là Luật chống độc quyền ra đời từ thế kỷ 19 trên cơ sở bối cảnh và nền tảng kinh tế của thời kỳ đó. Hiện nay, sự phát triển vũ bão của cuộc cách mạng khoa học công nghệ đã hình thành nên một khái niệm mới - nền kinh tế tri thức hay nền kinh tế mới. Nền kinh tế mới đặt ra rất nhiều vấn đề lớn và khó cho việc thực thi Luật Cạnh tranh. Một trong số đó là việc áp dụng các nguyên tắc thông thường của định nghĩa thị trường. SSNIP test cố gắng nhận dạng thay thế về cầu trong ngắn hạn bằng việc ấn định một mức tăng giá nhẹ nhưng đáng kể. Tuy nhiên, thị trường công nghệ cao của nền kinh tế mới có những đặc điểm của cạnh tranh năng động, tức là sản phẩm mới là mối đe dọa của các sản phẩm đang tồn tại trên thị trường. Tập trung vào giá thiết tăng giá sản phẩm từ việc cải tiến thay cho sức ép cạnh tranh có thể dẫn đến nhận dạng thị trường quá hẹp. Định nghĩa thị trường trong nền kinh tế mới là một trở ngại trong thực thi luật, đặc biệt trong trường hợp sáp nhập, nơi mà các bên sáp nhập có thể hy vọng tạo ra những sản phẩm cải tiến mà những sản phẩm này chưa hề tồn tại trên thị trường.

g. Cấu trúc của cung cầu

Cấu trúc cung cầu có thể đóng vai trò quan trọng trong việc xác định thị trường liên quan và cũng có thể tạo ra những sản phẩm đồng nhất trong các thị trường khác nhau.



Tại châu Âu, cấu trúc cung cầu được cho là có liên quan đến việc xác định thị trường trong vụ *Michelin*. Trong vụ này, Tòa án của châu Âu đã công nhận quyết định của Tổng cục Cạnh tranh châu Âu là những lớp xe hơi hạng nặng đồng nhất có nằm trong các thị trường khác nhau không dựa vào việc xác định liệu chúng được cung cấp cho nhà sản xuất làm thiết bị nguyên gốc trên dây chuyền, hay được cung cấp cho các nhà bán buôn làm đồ thay thế. Có kết luận này là vì tính năng động của giao dịch khá khác nhau.

2.4. Sự thay thế về cung

Nghị định số 116/2005/NĐ-CP cũng đề cập đến sự thay thế về cung như một yếu tố có thể tham khảo để xác định thuộc tính có thể thay thế cho nhau của hàng hóa, dịch vụ. Theo kinh nghiệm của châu Âu (vụ *Continental Car*) thì thị trường được xác định khi tham chiếu tới cả thay thế cung và cầu. Nếu nhà sản xuất của một sản phẩm dễ dàng chuyển sang sản xuất những sản phẩm khác thì cả hai sản phẩm đó có thể cùng nằm trong một thị trường. Khó khăn ở đây là việc phân biệt thay thế về cung với cạnh tranh tiềm năng. Ủy ban châu Âu cho rằng đây là câu hỏi thuộc phạm vi thời gian. Nếu nhà sản xuất có thể chuyển sang sản xuất sản phẩm khác trong một thời gian ngắn mà không gặp phải chi phí hoặc rủi ro đáng kể, thì hai sản phẩm đó được cho là nằm trong cùng một thị trường. Nếu nhà sản xuất tham gia vào thị trường nhưng chỉ trong thời gian dài và sau khi gánh chịu một số chi phí thì lúc đó sự hiện diện của nhà sản xuất sẽ không liên quan trong giai đoạn định nghĩa thị trường. Tuy nhiên, sự hiện diện này sẽ là quan trọng khi đánh giá sức mạnh thị trường: nếu nhà sản xuất có thể tham gia thị trường, lúc đó họ sẽ là đối thủ cạnh tranh tiềm năng và sự tồn tại đó sẽ có tác động kìm hãm đối với các đối thủ khác đang hoạt động trên thị trường. Thay thế về cung chỉ khả thi ở những lĩnh vực nhà sản xuất sản xuất ra sản phẩm tương tự chứ không phải là sản phẩm thay thế.

Một ví dụ thực tế là thị trường giấy. Giấy thường được sản xuất tạo ra những chất lượng khác nhau, từ giấy viết tiêu chuẩn tới giấy chất lượng cao được dùng để xuất bản sách nghệ thuật. Từ khía cạnh nhu cầu, chất lượng giấy khác nhau được sử dụng tùy vào mục đích nhất định, ví dụ sách nghệ thuật hoặc sách xuất bản chất lượng cao không dựa trên giấy chất lượng thấp. Tuy nhiên, các nhà sản xuất chuẩn bị sản xuất ra những mặt hàng giấy có chất lượng khác nhau, và việc sản xuất đó có thể được điều chỉnh với chi phí không đáng kể và trong một thời gian ngắn. Không gặp khó khăn trong việc phân phối, nhà sản xuất giấy do đó có thể cạnh tranh đối với việc đặt hàng chất lượng giấy khác nhau, đặc biệt nếu lệnh đặt hàng được đặt với thời gian cho phép điều chỉnh kế hoạch sản xuất. Trong những tình huống đó, không nên xác định một thị trường tách biệt đối với mỗi loại giấy và mục đích tương ứng. Chất lượng giấy khác nhau nằm trong cùng một thị trường, và doanh thu sẽ được tính tổng cộng để đánh giá toàn bộ giá trị và số lượng của thị trường.

Khi thay thế về cung cho phép điều chỉnh đáng kể động sản và bất động sản, đầu tư bổ sung, quyết định chiến lược hoặc thời gian trì hoãn, thì nó sẽ không được xem xét trong giai đoạn định nghĩa thị trường. Ví dụ trong lĩnh vực sản xuất đồ uống có nhãn. Về

nguyên tắc, các nhà máy đóng chai sản xuất những đồ uống khác nhau, nhưng thực tế có chi phí trội nảy sinh (quảng cáo, thử nghiệm sản phẩm và phân phối) trước khi sản phẩm cụ thể có thể được bán ra. Trong những trường hợp thế này, tác động của thay thế về cung và hình thức cạnh tranh tiềm năng khác sẽ được xem xét ở giai đoạn sau.

Liệu khả năng thay thế về cung có được tính đến ở giai đoạn định nghĩa thị trường hay không mang một ý nghĩa rất quan trọng nhưng chỉ trong trường hợp thị phần là vấn đề tồn tại *duy nhất* và không có “giai đoạn sau” như được đề cập ở đoạn trên. Nếu thay thế về cung được tính đến tại giai đoạn định nghĩa thị trường thì nó có thể mở rộng thị trường và một doanh nghiệp liên quan sẽ có thị phần không đáng kể trong khi với một thị trường hẹp hơn doanh nghiệp đó lại có cổ phần đủ lớn.

2.5. Thị trường địa lý

Thông thường, xác định thị trường địa lý là yếu tố cần thiết. Do được xác định bởi tính thay đổi sản phẩm, định nghĩa thị trường có khả năng là các doanh nghiệp sản xuất sản phẩm đồng nhất sẽ không hoạt động trên cùng thị trường nếu các doanh nghiệp này hoạt động trên những khu vực địa lý loại trừ nhau. Tuy nhiên, khi một khách hàng ở Anh có thể thay thế *sữa tắm* Pháp bằng *sữa tắm* Anh thì nhà sản xuất ở Anh không có sức mạnh thị trường nếu mức độ tăng giá nhẹ nhưng đáng kể lại làm cho khách hàng của họ *mua sữa tắm* Pháp thay thế. Theo Nghị định số 116/2005/NĐ-CP thì liệu khu vực địa lý có loại trừ nhau hay không, liệu thị trường địa lý của một sản phẩm là toàn cầu hay một địa phương cụ thể, sẽ phụ thuộc vào nhiều nhân tố, chủ yếu là chi phí vận chuyển, bản chất của sản phẩm và rào cản gia nhập thị trường. Nếu chi phí vận chuyển tương đối cao với giá trị sản phẩm, thị trường địa lý có thể nhỏ, thậm chí là thị trường địa phương. Có thể có chuỗi thay thế trong thị trường địa lý như đã giải thích ở trên.

Điều 7 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP miêu tả thị trường địa lý là một khu vực có các điều kiện cạnh tranh tương tự. Cách tiếp cận để xác định tính tương tự sẽ dựa vào chi phí vận chuyển, thời gian vận chuyển và sự hiện diện của các rào cản gia nhập như sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý theo quy định của pháp luật về sở hữu công nghiệp; chi phí đầu tư vào sản xuất, phân phối, xúc tiến thương mại hoặc khả năng tiếp cận với các nguồn cung cấp tài chính; quyết định hành chính của cơ quan quản lý nhà nước; các quy định về điều kiện kinh doanh, sử dụng hàng hóa, dịch vụ; các chuẩn mực nghề nghiệp; thuế nhập khẩu và hạn ngạch nhập khẩu và tập quán của người tiêu dùng.

Cách xác định thị trường địa lý có thể hiểu như sau: cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh sẽ xem xét sơ bộ phạm vi của thị trường địa lý trên cơ sở những chỉ số khái quát về phân phối thị phần giữa các nhà sản xuất và đối thủ của họ, cũng như phân tích sơ bộ việc định giá và sự khác biệt về giá ở các vùng, miền khác nhau.

Thử nghiệm lý thuyết lại dựa trên sự thay thế nảy sinh từ thay đổi giá tương đối, và câu hỏi cần trả lời lần nữa là liệu khách hàng có chuyển sang sử dụng sản phẩm từ các doanh nghiệp ở vị trí địa lý khác trong thời gian ngắn và tại mức chi phí không thay đổi đáng kể không.



Nếu cần thiết, sẽ tiến hành kiểm tra kỹ hơn các nhân tố cung cấp để đảm bảo rằng những doanh nghiệp có trụ sở ở các khu vực khác không đối mặt với những cản trở trong việc phát triển doanh thu qua toàn bộ thị trường địa lý. Phân tích này sẽ bao gồm việc kiểm tra đối với từng rào cản gia nhập đã nêu ở trên. Tóm lại, cần xác minh những khó khăn của các doanh nghiệp tại một khu vực xác định so với sức ép cạnh tranh của các doanh nghiệp ngoài khu vực đó, để quyết định ranh giới địa lý của thị trường.

3

Rào cản gia nhập thị trường

3.1. Định nghĩa rào cản gia nhập thị trường

Một cách chung nhất, rào cản gia nhập thị trường là những nhân tố ngăn cản hoặc kìm hãm các doanh nghiệp tham gia vào một thị trường riêng biệt. Khó khăn ở đây là việc xác định đâu là cái sẽ cản trở cạnh tranh tiềm năng trên thị trường.

Tác phẩm phôi thai về rào cản gia nhập thị trường của J.S. Bain thuộc trường Harvard đã mô tả rào cản tham gia thị trường như:

- “Mức độ, và trong thời gian dài, các doanh nghiệp đã được thành lập có thể nâng giá bán cao hơn chi phí sản xuất và phân phối trung bình tối thiểu...mà không làm cho các doanh nghiệp tiềm năng gia nhập vào ngành”.

Cách thức xác định rào cản gia nhập thị trường này là dựa vào tác động. Ngược lại, Stigler của trường Chicago đã đưa ra một định nghĩa hẹp hơn, tập trung vào sự khác biệt trong nhu cầu và những điều kiện chi phí mà các doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường và các doanh nghiệp tiềm năng lần lượt gánh chịu. Ông ta xác định rào cản gia nhập thị trường là:

- “Chi phí sản xuất (một vài hoặc trên từng tỉ lệ đầu ra) phải do doanh nghiệp cố gắng gia nhập thị trường gánh chịu, chứ không phải các doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường”.

Von Weizsacker đã tán thành cách tiếp cận của Stigler nhưng bổ sung thêm về khía cạnh phúc lợi kinh tế:

- “Chi phí sản xuất (một vài hoặc trên từng tỉ lệ đầu ra) phải do doanh nghiệp cố gắng thâm nhập thị trường gánh chịu, chứ không phải các doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường, và chi phí sản xuất này ngụ ý một sự bóp méo về phân phối sản phẩm từ khía cạnh xã hội”.

Một định nghĩa quan trọng khác là của Gibert:

- “Rào cản gia nhập thị trường là khoản tiền mà các doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường thu lợi. Nó là lợi nhuận thêm mà một doanh nghiệp có thể kiếm được như kết quả của việc đã có mặt trên thị trường”.

Cách tiếp cận này dựa trên định nghĩa của Bain nhưng nhấn mạnh “lợi thế của người đi tiên phong”, đó là lợi thế mà một doanh nghiệp đơn giản nhận được từ việc đã có

mặt trên thị trường trước các đối thủ cạnh tranh tiềm năng, hơn là lợi thế giá tuyệt đối. Một chuỗi rối rắm các định nghĩa đã được đưa ra, mỗi định nghĩa có tầm quan trọng riêng, được kết hợp dựa trên cơ sở nhiều nhân tố khác nhau. Cuộc tranh luận về vấn đề này hiện vẫn đang tiếp diễn. Câu hỏi đặt ra ở đây: liệu định nghĩa của Bain hay Stigler là phù hợp và chính xác hơn. Cách tiếp cận của Bain dẫn đến việc nhiều thứ được cho là rào cản. Định nghĩa của Stigler lại mang hàm ý ngược lại. Ví dụ, theo cách tiếp cận của Bain (không giống Stigler), ông chấp nhận hành vi thị trường có thể hoạt động như một rào cản tham gia thị trường vì định nghĩa này chủ yếu dựa trên tác động. Hơn nữa, định nghĩa của Bain cũng thừa nhận quy mô kinh tế có thể hoạt động như rào cản khác đối với việc tham gia thị trường. Những rào cản này ngăn cản doanh nghiệp mới tham gia khi cho phép duy trì giá trên mức giá đơn vị tối thiểu. Tuy nhiên, định nghĩa của Stigler lại không chấp nhận quy mô kinh tế là rào cản tham gia thị trường khi doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường và các nhà cạnh tranh mới đều phải đối mặt với rào cản này khi thâm nhập thị trường.

Ngày nay, cách tiếp cận của Bain đã có ảnh hưởng lớn nhất đến kinh tế học công nghiệp và thường được sử dụng trong những quyết định chống độc quyền ở Mỹ. Định nghĩa dựa theo cách tiếp cận của Bain được thể hiện Hướng dẫn sát nhập Ngang 1992, được công bố bởi Vụ chống độc quyền của Bộ Tư pháp và Ủy ban Thương mại liên bang (FTC).

Ủy ban châu Âu đã thảo luận “những hình thức của rào cản gia nhập thị trường trong Hướng dẫn sáp nhập ngang, xuất bản tháng 1 năm 2004”. Ủy ban châu Âu có quan điểm rộng về rào cản gia nhập thị trường, xem xét rằng rào cản này có thể bao gồm lợi thế pháp lý hay kỹ thuật hoặc có thể mất đi vì vị trí của các doanh nghiệp đã tồn tại trên thị trường.

Tranh luận về rào cản gia nhập thị trường cực kỳ quan trọng trong việc xác định sức mạnh thị trường. Nếu các nhân tố được nhận dạng dễ dàng là rào cản tham gia thị trường, một doanh nghiệp có thể được cho là có sức mạnh thị trường và hành vi của doanh nghiệp đó có thể bị kìm hãm bởi Luật Cạnh tranh. Tương tự như vậy, sáp nhập giữa hai doanh nghiệp có thể bị cấm mặc dù việc sáp nhập này không dẫn tới việc các công ty đạt được sức mạnh thị trường. Điều này có nghĩa là quá trình cạnh tranh thực tế bị xâm hại bởi luật cạnh tranh khi nó can thiệp và làm phương hại đến thái độ của các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường cạnh tranh. Mặt khác, nếu khả năng của rào cản tham gia được loại bỏ quá dễ dàng, các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường có thể lách luật cạnh tranh để tiến hành sáp nhập tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường.

Ở Việt Nam, Điều 8 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP đã quy định những loại được cho là rào cản gia nhập thị trường, bao gồm:

- Sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý theo quy định của pháp luật về sở hữu công nghiệp.
- Các rào cản về tài chính bao gồm chi phí đầu tư vào sản xuất, phân phối, xúc tiến thương mại hoặc khả năng tiếp cận với các nguồn cung cấp tài chính.
- Quyết định hành chính của cơ quan quản lý nhà nước.



- Các quy định về điều kiện kinh doanh, sử dụng hàng hóa, dịch vụ; các chuẩn mực nghề nghiệp.
- Thuế nhập khẩu và hạn ngạch nhập khẩu.
- Tập quán của người tiêu dùng.
- Các rào cản gia nhập thị trường khác.

3.2. Vai trò của rào cản gia nhập thị trường

Những rào cản gia nhập thị trường đóng vai trò quan trọng trong việc xác định liệu doanh nghiệp có là độc quyền hoặc có sức mạnh thị trường đáng kể trên một thị trường hay không. Từ khía cạnh kinh tế, một doanh nghiệp với 100% thị phần có thể không phải là độc quyền. Thị phần không cho chúng ta biết về cạnh tranh tiềm năng hoặc vì sao một doanh nghiệp lại có thị phần cao như vậy. Thị phần chỉ cung cấp cho chúng ta về tình trạng cạnh tranh hiện tại. Một doanh nghiệp sẽ không thể định giá độc quyền nếu các doanh nghiệp khác có thể tự do gia nhập thị trường và cạnh tranh trên đó. Chính giá cả độc quyền nói cho các doanh nghiệp khác biết tham gia thị trường đó là có lợi. Liệu một doanh nghiệp thực sự có sức mạnh độc quyền về giá hay không sẽ phụ thuộc vào mức độ tổn thương mà doanh nghiệp đó gây ra cho các doanh nghiệp mới tham gia thị trường. Liệu một thị trường có dễ tổn thương với các doanh nghiệp mới tham gia hay không sẽ phụ thuộc vào “những rào cản gia nhập thị trường”. Nếu những rào cản gia nhập thị trường tồn tại thì một doanh nghiệp có thể thực thi sức mạnh thị trường trong một thời gian đáng kể.

3.3. Cạnh tranh và tiếp cận chiến lược

Lý thuyết tổ chức công nghiệp hiện đại, mặc dù dựa vào một lượng lớn mô hình và ví dụ của lý thuyết trò chơi, đã thành công trong việc tách biệt nhiều nhân tố quan trọng khỏi việc phân loại hóa hoặc ‘hệ thống hóa’ rào cản tham gia thị trường. Tại mức tổng quát nhất, thông điệp của lý thuyết tổ chức công nghiệp mới là việc phân tích chiến lược kinh doanh, hoặc cạnh tranh chiến lược, đóng vai trò cơ bản khi phân tích thị trường riêng. Mô hình Bain, mô hình mà phân tích các ngành về chuỗi nhân quả từ cấu trúc đến hành vi thực thi, mô hình mà cấu trúc được quyết định chủ yếu bởi nhân tố công nghệ, đã được thay thế bởi cách tiếp cận: nhấn mạnh tác động của hành vi (tác động chiến lược với nhau) về cấu trúc ngành và thực thi. Nói một cách vắn tắt, cách thức mà doanh nghiệp cạnh tranh một phần sẽ xác định được các ngành tập trung như thế nào. Đặc biệt, điều quan trọng đối với quyết định gia nhập chính là bản chất của cạnh tranh sau gia nhập, tức là doanh nghiệp tiềm năng mới gia nhập cần xem đó như một nhân tố trong quyết định của mình.

3.4. Chi phí rút lui khỏi thị trường và những cam kết

Lý thuyết các tổ chức công nghiệp hiện đại cũng đề cao vai trò quan trọng của chi phí rút lui khỏi thị trường (sunk costs) trong các quyết định gia nhập (và rút lui) thị trường. Chi phí rút lui khỏi thị trường là chi phí không thể lấy lại khi rút lui khỏi thị trường,

do đó giữ vai trò như một cam kết để giữ lại trên thị trường một hoặc nhiều doanh nghiệp. *Hướng dẫn sáp nhập theo chiều ngang của Bộ Tư pháp Mỹ* xác định chi phí rút lui khỏi thị trường như “chi phí để mua động sản và bất động sản nhưng không thể lấy lại được những tài sản này ngoài thị trường liên quan”. Có 3 khía cạnh quan trọng của chi phí rút lui khỏi thị trường có thể ảnh hưởng đến quyết định gia nhập hoặc rút lui. Thứ nhất, chi phí rút lui khỏi thị trường làm tăng khả năng gia nhập thị trường vì chúng không thể lấy lại được khi rút lui khỏi thị trường. Thứ hai, chi phí rút lui khỏi thị trường tạo ra tính không cân xứng trong chi phí giữa doanh nghiệp đã và chuẩn bị gia nhập thị trường. Khi chi phí không lấy lại được, nó không còn là tỷ lệ của chi phí cơ hội sản xuất, do đó doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường sẽ yêu cầu đền bù thấp hơn để ở lại ngành hơn là bị yêu cầu tham gia. Thứ ba, chi phí rút lui khỏi thị trường có thể được các doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường sử dụng như cam kết không rút lui khỏi ngành. Do đó, chi phí rút lui khỏi thị trường là trung tâm để tính toán số lượng doanh nghiệp tiềm năng tham gia vì khi gia nhập phải tính đến chi phí không lấy lại được và các doanh nghiệp đã tồn tại trên thị trường có thể tận dụng thực tế này một cách chiến lược theo các cách khác nhau.

Lập luận của lý thuyết các tổ chức công nghiệp gần đây cũng đã nhận dạng những công cụ đầu tư liên quan đến chi phí không lấy lại được có thể được sử dụng một cách chiến lược để hạn chế hoặc ngăn cản gia nhập trong những môi trường phức tạp hơn... Các chi phí này có thể được phân loại tương đối như sau:

- Đầu tư để hạ thấp chi phí của doanh nghiệp đã có mặt trên thị trường liên quan đến chi phí của doanh nghiệp tiềm năng gia nhập, đó là, công suất, sáng chế, nghiên cứu và phát triển, ký kết hoặc thanh toán hợp đồng với nhà cung cấp đầu vào, vừa làm vừa học, v.v...

- Đầu tư để điều chỉnh cấu trúc chi phí của đối thủ, đó là, ký kết hoặc thanh toán hợp đồng, mua sáng chế rồi không phát triển thêm, giữ độc quyền sản lượng đầu vào, kiểm soát dọc, v.v...

- Đầu tư để làm thay đổi điều kiện về cầu, đó là: quảng cáo, triển khai nhãn hàng hóa, hợp đồng dài hạn với người mua, v.v...

Trong tất cả ví dụ này, cam kết là cần thiết và là vai trò quan trọng của chi phí rút lui khỏi thị trường. Từ đó bài học tiếp theo của lý thuyết các tổ chức công nghiệp sẽ là: chi phí rút lui khỏi thị trường giữ vai trò chủ yếu để dự đoán doanh nghiệp tham gia tiềm năng. Việc nhận dạng chi phí rút lui khỏi thị trường là rất quan trọng để đánh giá điều kiện gia nhập. Hành vi chiến lược và cạnh tranh sau khi tham gia kết hợp với chi phí rút lui khỏi thị trường là một yếu tố quyết định quan trọng của cấu trúc thị trường thông qua tác động của chúng lên các quyết định tham gia và rút lui.



CHƯƠNG 2

HÀNH VI THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

I. HÀNH VI THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

1

Khái niệm, đặc điểm của hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

1.1. Khái niệm hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Trong kinh tế học, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (Cartel) được nhìn nhận là sự thống nhất hành động của nhiều doanh nghiệp nhằm giảm bớt hoặc loại bỏ sức ép của cạnh tranh hoặc hạn chế khả năng hành động một cách độc lập giữa các đối thủ cạnh tranh. Từ điển Chính sách thương mại quốc tế định nghĩa Cartel là một thỏa thuận chính thức hoặc không chính thức để đạt được kết quả có lợi cho các hàng có liên quan, nhưng có thể có hại cho các bên khác⁵⁰.

Khoản 1 Điều 81 Hiệp ước Rome nghiêm cấm mọi thỏa thuận giữa các doanh nghiệp, mọi quyết định của hiệp hội doanh nghiệp và mọi hành động phối hợp có khả năng ảnh hưởng đến trao đổi thương mại giữa các quốc gia thành viên và có mục đích hoặc hệ quả phản cạnh tranh. Luật Cạnh tranh Việt Nam không đưa ra khái niệm mà sử dụng phương pháp liệt kê các thỏa thuận bị coi là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bao gồm: thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ; thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán, hàng hóa, dịch vụ; thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; thỏa thuận áp đặt cho các doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận; thông đồng để một hoặc các bên của thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ⁵¹. Việc không đưa ra khái niệm mà chỉ liệt kê các thỏa thuận cụ thể đã không gây nên những tranh luận cần thiết về hình thức và bản chất pháp lý của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Theo đó, chỉ những thỏa thuận được liệt kê tại Điều 8 Luật Cạnh tranh mới bị coi là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Trên thực tế, thỏa thuận giữa các doanh nghiệp diễn ra ở nhiều công đoạn khác nhau của quá trình sản xuất, phân phối. Do đó, có nhiều dạng biểu hiện khác nhau của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh: thỏa thuận giữa những người bán với nhau (ví dụ

⁵⁰Kh. Walter Goode, sdd, tr 47.

⁵¹Điều 8 Luật Cạnh tranh.

như thỏa thuận ấn định giá, thỏa thuận phân chia thị trường...); thỏa thuận giữa những người mua; thỏa thuận trong đấu thầu.

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có thể diễn ra giữa các doanh nghiệp thuộc những khâu khác nhau của quá trình kinh doanh;

- Thỏa thuận theo chiều ngang là những thỏa thuận giữa các chủ thể kinh doanh trong cùng ngành hàng và cùng khâu của quá trình kinh doanh (ví dụ giữa những người bán buôn với nhau, giữa những người bán lẻ với nhau);

- Thỏa thuận theo chiều dọc là thỏa thuận giữa những doanh nghiệp ở các công đoạn sản xuất khác nhau.

1.2. Những đặc trưng của các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Trong thực tế thị trường nội dung các hành vi thỏa thuận cũng rất đa dạng, không thể dự liệu một cách tuyệt đối, đều mang tính tương đối và luôn được bổ sung cùng với sự sáng tạo của người kinh doanh. Các thỏa thuận có thể hướng đến sự thống nhất về giá cả của hàng hoá, dịch vụ; có thể là sự thống nhất trong việc phân chia thị trường, phân chia khách hàng; trong chiến lược marketing; thống nhất trong hành động để tiêu diệt đối thủ hoặc phát triển khoa học kỹ thuật.v.v.

Như vậy, dựa vào khái niệm mà kinh tế học đưa ra và những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được quy định trong Luật Cạnh tranh, có thể nhìn nhận và phân tích chúng bằng 3 dấu hiệu sau đây:

a. Về chủ thể, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh diễn ra giữa các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh của nhau

Để xác định dấu hiệu này, phải chứng minh được những điểm sau đây:

- Các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận cùng trên thị trường liên quan;
- Các doanh nghiệp phải hoạt động độc lập với nhau, không phải là những *người liên quan của nhau* theo pháp luật doanh nghiệp; không cùng trong một tập đoàn kinh doanh, không cùng là thành viên của tổng công ty. Những hành động thống nhất của tổng công ty, của một tập đoàn kinh tế hoặc của các công ty mẹ, con, không được pháp luật cạnh tranh coi là thỏa thuận bởi thực chất các tập đoàn kinh tế nói trên cho dù bao gồm nhiều thành viên cũng chỉ là một chủ thể thống nhất.

b. Hình thức của thỏa thuận là sự thống nhất cùng hành động giữa các doanh nghiệp có thể công khai hoặc không công khai

Để xác định các hành động của một nhóm doanh nghiệp độc lập là thỏa thuận, cơ quan có thẩm quyền phải có đủ bằng chứng kết luận rằng giữa họ đã tồn tại một hợp đồng, bản ghi nhớ, các cuộc gặp mặt cho thấy đã có một thỏa thuận công khai hoặc ngầm đồng ý về giá, về hạn chế sản lượng, phân chia thị trường. Một khi chưa có sự thống nhất cùng hành động giữa các doanh nghiệp tham gia thì chưa thể kết luận có sự tồn tại của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh phải được hình thành từ sự thống nhất ý chí của



các doanh nghiệp tham gia về việc thực hiện một hành vi hạn chế cạnh tranh. Hình thức pháp lý của sự thống nhất ý chí không ảnh hưởng đến việc định danh thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Do đó, chỉ cần hội đủ hai điều kiện là có sự thống nhất ý chí và các doanh nghiệp đã cùng thống nhất thực hiện một hành vi hạn chế cạnh tranh là có thể kết luận đã có thỏa thuận hạn chế cạnh tranh cho dù thỏa thuận đó bằng bản thảo hay lời nói, thỏa thuận công khai hay thỏa thuận ngầm. Một thỏa thuận thậm chí không cần phải có hình thức pháp lý, ví dụ trong trường hợp các doanh nghiệp thỏa thuận ngầm hoặc cùng hành động phối hợp đã không tồn tại hình thức pháp lý nào. Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bao gồm cả các quyết định tập thể của các doanh nghiệp nên các quyết định của Hiệp hội ngành nghề, của các tổ chức nghề nghiệp để các tổ chức, cá nhân kinh doanh là thành viên thực hiện các hành vi hạn chế cạnh tranh cũng là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Cần phân biệt sự thống nhất ý chí và thống nhất về mục đích. Việc xác định một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, chỉ cần chứng minh rằng các doanh nghiệp tham gia đã có sự thống nhất ý chí mà không nhất thiết cần phải có cùng mục đích. Khi thống nhất thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh, các doanh nghiệp có thể cùng hoặc không cùng theo đuổi một mục đích. Các doanh nghiệp có thể có những mục đích khác nhau khi cùng thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh nào đó. Vì vậy, nếu dùng mục đích để chứng minh về thỏa thuận có thể làm giảm khả năng điều chỉnh của pháp luật. Với nhiệm vụ bảo vệ cạnh tranh, pháp luật về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh chỉ cấm đoán các thỏa thuận gây ra hoặc có khả năng gây ra hậu quả phản cạnh tranh trên thị trường. Do đó, nếu có sự thống nhất ý chí và sự thống nhất ý chí đó gây ra hậu quả phản cạnh tranh là có thể xử lý những người tham gia thỏa thuận cho dù mục đích tham gia của họ khác nhau.

Trong việc định danh một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền không chỉ kiểm tra có sự tồn tại thực sự của một thỏa thuận hay sự thống nhất ý chí, mà còn phải khẳng định được rằng thỏa thuận đó chắc chắn xuất phát từ ý chí độc lập của các bên và không chịu sự ràng buộc từ bên ngoài. Việc tồn tại các yếu tố khách quan hoặc chủ quan làm cho các doanh nghiệp không còn độc lập về ý chí cho dù đã hoặc đang cùng thực hiện một hành vi phản cạnh tranh cũng không tạo nên một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Trong trường hợp này, pháp luật cạnh tranh đã sử dụng khái niệm *kiếm khuyết của sự thỏa thuận ý chí* trong pháp luật hợp đồng để kết luận về sự tồn tại của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Thông thường, các doanh nghiệp không độc lập về ý chí nếu thuộc một trong những trường hợp: các bên đang chịu sự ràng buộc của một văn bản luật, dưới luật nên đã thực hiện hành vi gây ra hậu quả làm hạn chế cạnh tranh, ví dụ: có quyết định của Chính phủ buộc các doanh nghiệp kinh doanh phân bón phải giảm giá bán nhằm ổn định thị trường. Trong trường hợp này, cho dù mức giá bán được đặt ra đã tạo nên rào cản cho việc gia nhập thị trường của các doanh nghiệp tiềm năng thì các doanh nghiệp tham gia vào việc ấn định giá không vi phạm Luật Cạnh tranh; các doanh nghiệp trong cùng một tập đoàn hoặc có quan hệ kiểm soát lẫn nhau. quan hệ trong nội bộ tập đoàn hoặc quyền kiểm soát của một doanh

ng nghiệp đối với các doanh nghiệp khác có thể làm cho các doanh nghiệp thành viên hoặc các doanh nghiệp bị kiểm soát không thực sự độc lập về ý chí khi thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh. Vì thế, pháp luật cạnh tranh của các nước đều ghi nhận nguyên tắc “không thể có thỏa thuận phản cạnh tranh giữa hai doanh nghiệp trong đó doanh nghiệp này kiểm soát doanh nghiệp kia hoặc giữa những doanh nghiệp cùng đặt dưới sự kiểm soát chung của một doanh nghiệp thứ ba, hoặc giữa các doanh nghiệp hợp thành một thực thể kinh tế”⁵². Tuy nhiên, nguyên tắc này không được áp dụng một cách cứng nhắc mà cần có những phân tích và đánh giá thực tế trong từng vụ việc cụ thể. Theo đó, trong những trường hợp trên, cơ quan có thẩm quyền cần đánh giá tác động của các yếu tố tác động đến ý chí của các doanh nghiệp. Nếu các doanh nghiệp tham gia không còn sự lựa chọn nào khác ngoài việc phải thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh thì kết luận là họ không độc lập về ý chí. Ngược lại, nếu có một văn bản luật hoặc dưới luật hoặc quan hệ kiểm soát, quan hệ tập đoàn đã buộc các doanh nghiệp phải thực hiện một hành vi gây ra hậu quả hạn chế cạnh tranh thì hành vi tập thể của các doanh nghiệp đó không cấu thành nên thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Cơ quan có thẩm quyền dễ dàng tìm ra được những bằng chứng về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đối với các thỏa thuận công khai, song tìm kiếm bằng chứng không đơn giản đối với các thỏa thuận ngầm. Trong thực tế, để đối phó với pháp luật cạnh tranh, các doanh nghiệp thường ngầm thiết lập nên các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tấu tặc bằng chứng về thỏa thuận. Dấu hiệu đầu tiên đặt ra nghi vấn về các thỏa thuận ngầm là các doanh nghiệp đã có sự phối hợp cùng thực hiện một hành vi hạn chế cạnh tranh (hành động song song). Tuy nhiên, để kết luận hành động phối hợp là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh còn cần thêm những bằng chứng về sự thống nhất ý chí.

c. Nội dung của các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thường tập trung vào các yếu tố cơ bản của quan hệ thị trường mà các doanh nghiệp đang cạnh tranh nhau như giá, thị trường, trình độ kỹ thuật, công nghệ, điều kiện ký kết hợp đồng và nội dung của hợp đồng.

Khi những nội dung của thỏa thuận được hình thành và thực hiện, thì các yếu tố nói trên sẽ trở thành tiêu chuẩn thống nhất không có cạnh tranh trên thị trường giữa những người tham gia thỏa thuận. Nói cách khác, nội dung của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là các doanh nghiệp thống nhất thực hiện cùng một hành vi hạn chế cạnh tranh. Dựa vào hành vi, Điều 8 Luật Cạnh tranh đã liệt kê thành những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh cụ thể. Chỉ khi thuộc một trong những trường hợp quy định tại Điều 8, thỏa thuận của các doanh nghiệp mới bị coi là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có thể được xác định khi chúng đã hoặc chưa được thực hiện. Nói cách khác, việc các doanh nghiệp tham gia đã thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh đã thỏa thuận hay chưa không quan trọng trong việc định danh thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Có những trường hợp cơ quan có thẩm quyền phát hiện ra thỏa thuận sau khi các doanh nghiệp thực hiện hành vi và gây hậu quả cho thị trường, song cũng có trường hợp các doanh nghiệp chỉ vừa thống nhất sẽ thực hiện một hành vi hạn chế cạnh tranh và

⁽⁵²⁾Dominique Brault, sdd, tr 152.



bị phát hiện. Tất cả những trường hợp trên đều cấu thành nên thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Như vậy, chỉ cần có đủ hai điều kiện sau đây:

Thứ nhất, có bằng chứng về sự thống nhất ý chí giữa các doanh nghiệp;

Thứ hai, các doanh nghiệp thỏa thuận cùng nhau thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh là có thể kết luận về sự tồn tại của một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

d. Hậu quả của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, dấu hiệu chung cho cả ba loại hành vi hạn chế cạnh tranh, là làm giảm, sai lệch và cản trở cạnh tranh trên thị trường

Sự thống nhất ý chí đã liên kết các doanh nghiệp độc lập với nhau nhằm tạo nên sức mạnh chung trong quan hệ với khách hàng hoặc trong quan hệ cạnh tranh với những doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Thế nên hậu quả đầu của thỏa thuận gây ra cho thị trường là xoá bỏ cạnh tranh giữa những doanh nghiệp tham gia. Khi nội dung thỏa thuận được hình thành, tạo ra những tiêu chuẩn chung về giá, về kỹ thuật, về công nghệ, về điều kiện giao kết hợp đồng... các doanh nghiệp đang từ đối thủ cạnh tranh của nhau sẽ không còn cạnh tranh với nhau nữa. Bằng sức mạnh chung (nếu sự liên kết tạo nên sức mạnh thị trường) và bằng việc thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh, các doanh nghiệp tham gia có thể gây thiệt hại cho khách hàng khi đặt ra các điều kiện giao dịch bất lợi cho họ hoặc gây thiệt hại cho các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận.

2

Thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp

Nếu một thị trường mà ở đó, người tiêu dùng có thể hưởng nhờ lợi ích từ cạnh tranh thì chắc chắn sẽ tồn tại sự tranh đua hạ giá bán hoặc tăng cao giá mua giữa các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh của nhau. Quyền lựa chọn của khách hàng được tôn trọng sẽ sinh ra một cách tự nhiên cơ chế hình thành giá cạnh tranh của hàng hoá và dịch vụ, các doanh nghiệp đua nhau mua chuộc khách hàng bằng những mức giá hấp dẫn. Tính chất tự nhiên của cơ chế giá cạnh tranh đòi hỏi sự trung thực và thái độ tích cực của các nhà kinh doanh khi đối diện với sức ép của cạnh tranh trong đời sống thị trường. Sự giục giã của lợi nhuận cũng làm xuất hiện những toan tính loại bỏ sức ép của cạnh tranh qua giá bằng cách liên kết các đối thủ cạnh tranh với một chiến lược kinh doanh thống nhất.

Thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ là việc các doanh nghiệp thống nhất áp dụng một mức giá hoặc một cách thức tính giá chung khi mua, bán hàng hóa, dịch vụ với các khách hàng hoặc trao đổi thông tin về giá để tạo nên những phản ứng thống nhất về giá hàng hóa, dịch vụ khi đàm phán với khách hàng. Khi phân tích bản chất của thỏa thuận ấn định giá cần làm rõ những nội dung cơ bản sau đây:

2.1. Thỏa thuận ấn định giá có thể xảy ra ở giao dịch mua hoặc bán mà các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận sẽ giao kết trong tương lai với khách hàng

Thông thường, với các thỏa thuận về giá bán hàng hoá, dịch vụ, các doanh nghiệp thường áp dụng mức giá cao hơn so với giá được hình thành trong môi trường có cạnh tranh, và ngược lại trong các thỏa thuận về giá mua hàng hoá, dịch vụ, giá mua hàng hoá, dịch vụ sẽ là thấp hơn giá cạnh tranh (ép giá).

2.2. Nội dung của thỏa thuận

- Thống nhất áp dụng giá đối với một số hoặc tất cả khách hàng;
- Thống nhất cùng tăng giá ở các mức độ cụ thể; thỏa thuận áp dụng chung công thức tính giá;
- Thỏa thuận duy trì tỷ lệ cố định về giá của sản phẩm cạnh tranh giống nhau nhưng không đồng nhất;
- Loại trừ việc chiết khấu giá hoặc thiết lập mức chiết khấu đồng bộ;
- Duy trì tỷ lệ cố định về giá của sản phẩm liên quan;
- Dành hạn mức tín dụng cho khách hàng;
- Không giảm giá nếu không thông báo cho các thành viên khác của thỏa thuận; Sử dụng mức giá thống nhất tại thời điểm các cuộc đàm phán về giá bắt đầu⁶³.

Từ những tác động của nội dung thỏa thuận đến giá mua, giá bán hàng hóa dịch vụ, thỏa thuận giá có thể được phân chia thành hai nhóm:

Thứ nhất, các thỏa thuận trực tiếp ấn định giá mua, bán bao gồm việc các doanh nghiệp thỏa thuận áp dụng thống nhất mức giá với một số hoặc tất cả khách hàng; hoặc tăng giá hoặc giảm giá ở mức cụ thể; hoặc áp dụng công thức tính giá chung. Bằng những thỏa thuận này, các doanh nghiệp đã tạo ra mặt bằng chung về giá mua, bán hàng hóa trên thị trường. Khi đó, giá mua, bán không được hình thành từ những quy luật của thị trường như quy luật giá trị, quy luật cạnh tranh và quan hệ cung cầu mà do thỏa thuận giữa các doanh nghiệp tạo nên.

Thứ hai, các thỏa thuận gián tiếp tác động đến giá mua, bán hàng hóa dịch vụ bao gồm việc các doanh nghiệp thỏa thuận thỏa thuận duy trì tỷ lệ cố định về giá của sản phẩm cạnh tranh giống nhau nhưng không đồng nhất; loại trừ việc chiết khấu giá hoặc thiết lập mức chiết khấu đồng bộ; duy trì tỷ lệ cố định về giá của sản phẩm liên quan; dành hạn mức tín dụng cho khách hàng; không giảm giá nếu không thông báo cho các thành viên khác của thỏa thuận; sử dụng mức giá thống nhất tại thời điểm các cuộc đàm phán về giá bắt đầu. Các thỏa thuận này không trực tiếp tạo nên mặt bằng chung về giá nhưng chúng lại có tác dụng khuyến khích doanh nghiệp tham gia thực hiện việc định giá theo những chuẩn mực định sẵn thay vì định giá một cách tự do và độc lập tùy theo điều kiện riêng. Do đó, cho dù mức giá mua, bán của các doanh nghiệp không như nhau, song hành vi định giá của từng doanh nghiệp không hoàn toàn diễn ra theo các quy luật của thị trường cạnh tranh mà đã chịu sự chi phối bởi nội dung của thỏa thuận.

Việc chứng minh được có sự tồn tại của một trong những thỏa thuận nói trên giữa các doanh nghiệp, cơ quan cạnh tranh sẽ khẳng định đã có thỏa thuận ấn định giá, mà

⁶³Điều 14 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.



không cần phải chứng minh tính vô lý của mức giá được các bên ấn định. Cho dù có nội dung là mức giá thống nhất hay một công thức tính giá chung thì kết quả cuối cùng của thỏa thuận ấn định giá sẽ dẫn đến không còn sự cạnh tranh về giá giữa các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận với nhau. Nếu thỏa thuận không bị ngăn chặn, các doanh nghiệp sẽ cùng tăng giá hoặc ép giá đối với khách hàng trong các giao dịch mua hoặc bán hàng hóa, dịch vụ.

Dưới góc độ lý thuyết, thỏa thuận ấn định giá sẽ gây thiệt hại cho khách hàng do mức giá được ấn định trực tiếp hoặc gián tiếp đã loại bỏ sự cạnh tranh về giá giữa các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận. Mặc dù không đòi hỏi mức giá được ấn định mang bản chất của sự bóc lột, Luật Cạnh tranh chỉ cần xác định rằng, có tồn tại của một thỏa thuận về giá là đủ để kết luận về sự vi phạm. Do đó, khi phân tích về hậu quả của hành vi thỏa thuận ấn định giá cần làm rõ:

Một, tước đoạt cơ hội của khách hàng được lựa chọn các mức giá cạnh tranh hợp lý trên thị trường;

Hai, làm giảm mức độ của cạnh tranh bằng cách xoá bỏ cạnh tranh về giá hàng hoá, dịch vụ giữa các thành viên của thỏa thuận.

Trong thực tế của thị trường Việt Nam, đã từng tồn tại những ví dụ liên quan đến những thỏa thuận về giá như trường hợp thỏa thuận của các hãng taxi trong Hiệp hội taxi vào năm 2000, 2001; hoặc vụ việc các doanh nghiệp bảo hiểm thỏa thuận tăng mức phí tối thiểu đối với dịch vụ bảo hiểm vật chất xe ô tô vào năm 2008.

Ngày 25/3/2000 Hợp tác xã Sao Việt đã gây chấn động mạnh tới Hiệp hội Taxi thành phố Hồ Chí Minh với 14 doanh nghiệp bởi việc công bố giá cước taxi là 10.000 đồng/2 km đầu và 5.000 đồng/km tiếp theo, thấp hơn 2.000 đồng so với giá 12.000 đồng/2 km đầu của Hiệp hội. Chưa hết, tới giữa tháng 4/2000 Sao Việt đã họp xã viên và một lần nữa gây chấn động Hiệp hội khi biểu quyết thông qua giá cước mới 8.000 đồng/2 km đầu và 4.500 đồng/km tiếp theo. Sự thành công và sự ủng hộ của khách hàng đối với Sao Việt thể hiện cụ thể bằng sự phát triển từ vài chục xe ban đầu lên đến 216 xe. Điều kỳ lạ là thành công đó lại gặp sự chống đối quyết liệt của chính Hiệp hội Taxi thành phố Hồ Chí Minh. Bằng sự độc quyền của mình, 14 doanh nghiệp taxi thành phố Hồ Chí Minh ngay sau khi thành lập Hiệp hội năm 1997 đã thống nhất đồng loạt tăng giá cước từ 6.000 đồng/km đầu tiên lên 12.000 đồng/2 km đầu và 5.000 đồng/km tiếp theo. Nay với sự tham gia của Sao Việt, một yếu tố cạnh tranh lành mạnh xuất hiện, thể độc quyền kìm hãm sự phát triển đã bị phá vỡ và người được lợi là khách hàng⁵⁴...

Tháng 10/2008, 20 doanh nghiệp kinh doanh bảo hiểm đã cùng nhau ký bản thỏa thuận về mức phí bảo hiểm tiêu chuẩn ô tô. Theo đó, mức phí bảo hiểm tăng từ 1,3% lên 1,56%/năm. Những doanh nghiệp tham gia ký thỏa thuận mà không thu đúng sẽ bị hiệp hội bảo hiểm phạt 10% số phí bảo hiểm thu được của hợp đồng vi phạm nhưng tối thiểu 10 triệu đồng đối với bảo hiểm tàu biển và 5 triệu đồng với bảo hiểm hàng hóa. Trong bản thỏa thuận đã khẳng định việc thống nhất tăng phí bảo hiểm nhằm giảm những thiệt hại do cạnh tranh gây ra cho các doanh nghiệp và đảm bảo cạnh tranh bình đẳng giữa các doanh nghiệp⁵⁵.

⁽⁵⁴⁾Báo Lao động số 83 ngày 26/4/2000.

⁽⁵⁵⁾Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, số ra ngày 26/11/2008, tr 11.

Thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ (gọi tắt là thỏa thuận phân chia thị trường)

Theo Điều 15 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, thỏa thuận phân chia thị trường bao gồm các hành vi sau đây:

Một, thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ là việc thống nhất về số lượng hàng hoá, dịch vụ; địa điểm mua, bán hàng hoá, dịch vụ; nhóm khách hàng đối với mỗi bên tham gia thỏa thuận.

Hai, thỏa thuận phân chia nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ là việc thống nhất mỗi bên tham gia thỏa thuận chỉ được mua hàng hoá, dịch vụ từ một hoặc một số nguồn cung cấp nhất định.

Như vậy, theo nội dung của thỏa thuận, các doanh nghiệp tham gia đã phân chia thị trường mua bán thành các khu vực và giao cho một, một số doanh nghiệp tham gia được quyền mua, bán trong một khu vực nhất định. Các doanh nghiệp tham gia chỉ mua, bán hàng hóa, dịch vụ với khách hàng hoặc với số lượng, khối lượng đã được phân chia và không thể xâm phạm đến khu vực của người khác. Quy định của Điều 15, Nghị định 116/2005/NĐ-CP đã phân chia thỏa thuận này thành hai loại là thỏa thuận phân chia thị trường bán hàng hóa, dịch vụ và thỏa thuận phân chia nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ (phân chia thị trường mua). Tuy nhiên, nếu dựa vào nội dung của thỏa thuận, có thể chia thỏa thuận này thành ba loại:

Thứ nhất, thỏa thuận phân chia thị trường theo lãnh thổ là việc các doanh nghiệp phân chia thị trường địa lý liên quan thành các khu vực và giao cho từng doanh nghiệp tham gia được quyền mua, bán hàng hóa dịch vụ trong một, một số khu vực nhất định. Thỏa thuận này được pháp luật của các nước coi là loại thỏa thuận kinh điển nhất trong những thỏa thuận phân chia thị trường.

Thứ hai, thỏa thuận phân chia thị trường mang tính định lượng là việc các doanh nghiệp thống nhất phân bổ lượng hàng hóa, dịch vụ mua, bán trên thị trường cho từng doanh nghiệp tham gia. Trong trường hợp này, thị trường được phân chia theo lượng cung, lượng cầu mà không phải theo khu vực địa lý hoặc theo nhóm khách hàng. Để thực hiện được thỏa thuận này, các doanh nghiệp phải dự liệu được tổng lượng hàng hóa, dịch vụ được mua, bán trên thị trường liên quan và phân chia thành những phần khối lượng, số lượng mà từng doanh nghiệp được quyền mua, bán.

Thứ ba, thỏa thuận phân chia thị trường theo nhóm khách hàng là việc các doanh nghiệp thống nhất cho từng doanh nghiệp tham gia được quyền mua, bán hàng hóa với một số nhóm khách hàng nhất định. Với thỏa thuận này, các doanh nghiệp phải phân chia khách hàng thành từng nhóm theo những tiêu chí nhất định. các tiêu chí phân nhóm khách hàng rất đa dạng, có thể phân chia theo thu nhập, theo độ tuổi, theo giới tính, theo đặc điểm về nhu cầu tiêu dùng.... Từ đó, mỗi doanh nghiệp tham gia được phân công phụ trách mua hoặc bán sản phẩm với một nhóm khách hàng.



Thỏa thuận phân chia thị trường tạo ra quyền lực thị trường cho từng thành viên tham gia trong khu vực được phân chia. Nếu nhìn từ tổng thể thị trường liên quan, dường như vẫn có cạnh tranh do sự tồn tại của nhiều doanh nghiệp kinh doanh sản phẩm có thể thay thế cho nhau. Song, những doanh nghiệp đang cạnh tranh bằng sự chi định mỗi người *phụ trách* một khu vực thị trường đã làm cho từng người trở thành *độc quyền* đối với phần thị trường được chia.

Sự hình thành độc quyền của từng doanh nghiệp trong thị trường được phân chia sẽ gây ra nhiều hậu quả xấu cho thị trường theo hướng sau đây:

- Việc loại bỏ sức ép của cạnh tranh hiện có làm cho các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận sẽ có cơ hội *tung hoành* trên thị trường bằng những điều khoản giao dịch bất lợi cho khách hàng;

- Quyền lựa chọn của khách hàng bị hạn chế không phải do cơ cấu vốn có của thị trường mà là kết quả của những toan tính mang tính chiến lược của những doanh nghiệp đang hoạt động.

4

Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, dịch vụ

Điều 16 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP phân chia thỏa thuận này thành 2 loại:

Một, thỏa thuận hạn chế số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, dịch vụ là việc thống nhất cắt giảm số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ so với trước đó

Với quy định này, pháp luật không yêu cầu cơ quan có thẩm quyền phải chứng minh về mục đích hay hậu quả thực tế của thỏa thuận mà chỉ cần có bằng chứng về việc các doanh nghiệp đã thống nhất cắt giảm lượng cung, cầu của một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định là có thể định danh được thỏa thuận hạn chế số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hóa, dịch vụ. Mặt khác, pháp luật chưa định lượng tỷ lệ hoặc mức cắt giảm nguồn cung hoặc nguồn cầu của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường để cấu thành thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Vì vậy, cấu thành pháp lý của loại thỏa thuận này chỉ có hai dấu hiệu là: (1) có sự thống nhất ý chí của các doanh nghiệp tham gia; (2) các doanh nghiệp đồng ý cùng nhau cắt giảm số lượng, khối lượng hàng hóa, dịch vụ mà họ sản xuất, mua bán hoặc cung ứng so với trước đó.

Hai, thỏa thuận kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ là việc thống nhất ấn định số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ ở mức đủ để tạo khan hiếm trên thị trường⁵⁶.

Như vậy, cấu thành pháp lý của thỏa thuận này bao gồm ba yếu tố cơ bản: (1) có sự thống nhất ý chí của các doanh nghiệp tham gia; (2) các doanh nghiệp ấn định lượng hàng hóa, dịch vụ mà mỗi doanh nghiệp được sản xuất, mua, bán hoặc cung ứng; (3)

⁽⁵⁶⁾Điều 16 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

lượng hàng hóa, dịch vụ được ấn định ở mức đủ tạo khan hiếm trên thị trường. Khác với thỏa thuận thứ nhất, cấu thành của thỏa thuận này đòi hỏi cơ quan có thẩm quyền phải xác định được tác động hoặc khả năng tác động của thỏa thuận đến nguồn cung, cầu của thị trường. Theo đó, nếu thỏa thuận được thực hiện trên thực tế thì lượng hàng hóa, dịch vụ được sản xuất, mua, bán sẽ luôn thấp hơn nhu cầu của thị trường và thấp hơn ở mức đủ tạo khan hiếm. Vấn đề là pháp luật chưa giải nghĩa thế nào là *đủ tạo khan hiếm trên thị trường*.

Suy cho cùng, hai loại thỏa thuận trên là những toan tính tác động trực tiếp đến sự cân bằng cung cầu của thị trường bằng cách tạo ra sự khan hiếm *giả tạo* về hàng hóa, dịch vụ mà các doanh nghiệp kinh doanh. Sự khan hiếm giả tạo được chứng minh bằng năng lực kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận, theo đó họ đã thống nhất cắt giảm số lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ hoặc ấn định số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá đủ để tạo khan hiếm trên thị trường trong khi năng lực sản xuất, mua bán hoặc cung ứng của họ đủ đáp ứng nhu cầu thị trường. Năng lực kinh doanh của doanh nghiệp được xác định bằng số lượng, khối lượng hàng hoá, dịch vụ đã sản xuất mua bán hoặc cung ứng trước khi có thỏa thuận.

Thực tế cho thấy, có nhiều lý do dẫn đến việc các doanh nghiệp cắt giảm hoặc ấn định lượng hàng hóa, dịch vụ được sản xuất, mua bán hoặc cung ứng như nhu cầu của thị trường đang giảm; đang có khủng hoảng kinh tế; các doanh nghiệp dự báo sai về tình hình phát triển hoặc suy thoái của thị trường; lượng hàng hóa tồn kho lớn; sản xuất dư thừa hoặc khi các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận muốn tăng giá sản phẩm.... Do đó, khi xử lý vụ việc về loại thỏa thuận này, cơ quan có thẩm quyền cần phân tích thêm tình hình thị trường, các yếu tố khách quan, chủ quan tác động đến doanh nghiệp và phân tích thật chính xác những tác động của hành vi đối với thị trường để có những quyết định đúng đắn. Những hạn chế nhằm giảm đi sự dư thừa sản phẩm trên thị trường trong những điều kiện khó khăn của nền kinh tế - xã hội sẽ là cần thiết. Ngược lại, các cơ quan công quyền cần cấm đoán và nghiêm trị những chiến lược làm giảm cung để tăng giá hòng bóc lột khách hàng.

Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hoặc cung ứng có gây ra tình trạng khan hiếm hàng hoá, dịch vụ trên thị trường, làm cho thị trường không được thỏa mãn đủ nhu cầu theo đúng năng lực kinh doanh hiện có; sự khan hiếm hàng hóa, dịch vụ do việc thực hiện thỏa thuận gây ra có thể sẽ đẩy giá hàng hoá, dịch vụ lên cao làm cho người tiêu dùng sẽ phải gánh chịu những thiệt hại từ mức giá đó; sự khan hiếm cũng có thể gây ra những xáo trộn nhất định trong đời sống kinh tế - xã hội, dễ tạo ra những cuộc khủng hoảng hoặc những cơn sốt trên thị trường. Có thể lấy ví dụ về hậu quả của cơn sốt xi măng trong những năm 1995 - 1997 đã gây ra cho thị trường làm điển hình cho khả năng gây thiệt hại của nhóm thỏa thuận này.



5

Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật công nghệ, hạn chế đầu tư

Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ là việc thống nhất mua phát minh, sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghệ để tiêu hủy hoặc không sử dụng. Thỏa thuận hạn chế đầu tư là việc thống nhất không đưa thêm vốn để mở rộng sản xuất, cải tiến chất lượng hàng hoá, dịch vụ hoặc để nghiên cứu phát triển khác.

Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật - công nghệ, hạn chế đầu tư hàm chứa trong nó khả năng kìm hãm sự phát triển khoa học - kỹ thuật hoặc kìm hãm mức độ đầu tư trên thị trường. Việc các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận thống nhất mua các giá trị kỹ thuật - công nghệ mới được phát minh để tiêu hủy hoặc không sử dụng đã làm cho thị trường không có cơ hội thụ hưởng những thành quả sáng tạo của con người, làm cho khoa học, công nghệ và kỹ thuật khó có thể phát triển những bước tiếp theo, loại trừ khả năng cạnh tranh giữa họ về công nghệ, kỹ thuật. Ngoài ra, việc hạn chế mức độ đầu tư làm giảm đi khả năng phát triển trên thị trường liên quan, kìm hãm khả năng cạnh tranh và mở rộng quy mô kinh doanh từ thỏa thuận có tính chiến lược kìm hãm của các doanh nghiệp.

6

Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng

Điều 18 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP đã chia thỏa thuận này thành hai thỏa thuận cụ thể:

6.1. Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ là việc các doanh nghiệp thống nhất đặt ra một hoặc một số điều kiện tiên quyết buộc khách hàng phải chấp nhận trước khi ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa dịch vụ với họ

Trong cấu thành pháp lý của thỏa thuận này, có một số vấn đề cần lưu ý như sau:

Thứ nhất, Khoản 5 Điều 8 Luật Cạnh tranh chỉ áp dụng đối với các hợp đồng mua bán giữa doanh nghiệp tham gia thỏa thuận với khách hàng là các doanh nghiệp khác. Thế nên, việc các doanh nghiệp đặt ra các điều kiện ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ với các tổ chức, cá nhân là người tiêu dùng sẽ không thuộc phạm vi điều chỉnh của quy định này.

Thứ hai, các điều kiện mà thỏa thuận đặt ra phải là những điều kiện có nội dung phản cạnh tranh. Như vậy, bằng quy định này, pháp luật cạnh tranh không cấm các doanh nghiệp thỏa thuận hoặc đơn phương đặt ra các điều kiện buộc khách hàng phải chấp nhận khi ký kết hợp đồng nếu các điều kiện đó không phản cạnh tranh. Trong thực tế, các doanh nghiệp thường sử dụng các tiêu chuẩn về năng lực tài chính, về kinh nghiệm, về kỹ thuật... làm căn cứ để chọn lọc khách hàng, đảm bảo cho các hợp đồng mua bán được ký kết và thực hiện hiệu quả. Trong trường hợp này, việc áp đặt điều kiện với khách hàng không nhằm mục đích và không gây ra hậu quả hạn chế cạnh tranh nên pháp luật cạnh tranh không thể cấm đoán. Sẽ là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nếu các điều kiện được thống nhất giữa các doanh nghiệp là điều kiện hạn chế cạnh tranh.

Nghị định số 116/2005/NĐ-CP đã liệt kê 04 điều kiện có nội dung phản cạnh tranh, bao gồm:

- Hạn chế về sản xuất, phân phối hàng hoá khác; mua, cung ứng dịch vụ khác không liên quan trực tiếp đến cam kết của bên nhận đại lý theo quy định của pháp luật về đại lý;
- Hạn chế về địa điểm bán lại hàng hoá, trừ những hàng hoá thuộc danh mục mật hàng kinh doanh có điều kiện, mật hàng hạn chế kinh doanh theo quy định của pháp luật;
- Hạn chế về khách hàng mua hàng hoá để bán lại, trừ những hàng hoá quy định tại điểm b khoản này;
- Hạn chế về hình thức, số lượng hàng hoá được cung cấp⁵⁷.

Nội dung của các điều kiện trên cho thấy mục đích của thỏa thuận nhằm hạn chế khả năng phân phối của các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận hoặc hạn chế năng lực sản xuất kinh doanh của khách hàng bao gồm:

- Với việc buộc khách hàng chấp nhận không phối hàng hóa khác, không mua, cung ứng dịch vụ khác không liên quan trực tiếp đến cam kết của bên nhận đại lý theo quy định của pháp luật về đại lý, thỏa thuận này không chỉ làm giảm năng lực kinh doanh của khách hàng mà còn cản trở việc phân phối hàng hóa, mua bán dịch vụ của các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Các doanh nghiệp khác không thể mua, bán sản phẩm với khách hàng của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận.

- Việc hạn chế khả năng sản xuất, phân phối hàng hóa khác, hạn chế về địa điểm bán lại và khách hàng mua hàng hóa để bán lại, hạn chế về hình thức, số lượng hàng hóa được cung cấp cho thấy mục đích của thỏa thuận là làm giảm năng lực kinh doanh của khách hàng.

Dương nhiên, hai mục đích trên chỉ thực hiện được khi sức mạnh tổng hợp của các doanh nghiệp tham gia đủ chi phối thị trường liên quan. Bởi lẽ, khách hàng sẽ chỉ chấp nhận những hạn chế trên khi quyền lựa chọn của họ bị hạn chế và nhu cầu của họ phụ thuộc vào khả năng cung ứng của doanh nghiệp. Trong trường hợp không tồn tại quyền lực thị trường, khách hàng có thể sử dụng quyền lựa chọn để từ chối ký kết những hợp đồng có các điều kiện bất lợi cho họ.

Thứ ba, các điều kiện được đặt ra phải là điều kiện tiên quyết để có thể ký kết hợp đồng. Có nghĩa là, các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận đã đặt khách hàng của họ vào tình trạng buộc phải lựa chọn giữa việc chấp nhận các điều kiện được đưa ra để có

⁵⁷Khoản 1 Điều 18 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.



được hợp đồng mua bán hoặc không có được hợp đồng nếu không chấp nhận những điều kiện trên. Về mặt hình thức, các điều kiện được đưa ra có thể tìm thấy trong đơn chào hàng, bản ghi nhớ hoặc trong các điều khoản của hợp đồng mua bán, song trong mọi trường hợp, khách hàng đều không có sự lựa chọn khác nếu muốn có được hợp đồng với các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận.

6.2. Buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng là việc thống nhất rằng buộc doanh nghiệp khác khi mua, bán hàng hoá, dịch vụ với bất kỳ doanh nghiệp nào tham gia thỏa thuận phải thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ nằm ngoài phạm vi cần thiết để thực hiện hợp đồng⁵⁸

Với quy định này, cấu thành pháp lý của thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng bao gồm các thành tố sau đây:

Một, khách hàng trong hợp đồng mua bán phải là các tổ chức, cá nhân kinh doanh mà không thể là người tiêu dùng.

Hai, các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng bao gồm khách hàng buộc phải chấp nhận mua thêm hàng hóa, dịch vụ khác từ nhà cung cấp hoặc người được chỉ định trước hoặc phải thực hiện thêm một hoặc một số nghĩa vụ nằm ngoài phạm vi cần thiết để thực hiện hợp đồng⁵⁹.

Như vậy, nếu thỏa thuận này được thực hiện, các hợp đồng mua bán giữa doanh nghiệp tham gia và khách hàng sẽ có hai đối tượng được mua, bán là hàng hóa, dịch vụ mà khách hàng mong muốn có được hoặc bán được (đối tượng chính) và hàng hóa, dịch vụ mà khách hàng phải mua thêm hoặc những nghĩa vụ mà khách hàng phải thực hiện thêm (đối tượng phụ). Trong đó, đối tượng phụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng chính của hợp đồng. Cho đến nay, Luật Cạnh tranh chưa giải nghĩa thế nào là *không liên quan đến đối tượng của hợp đồng*. Thông thường, hai đối tượng trên không liên quan trực tiếp đến nhau nếu không có đối tượng phụ thì khách hàng vẫn có thể khai thác triệt để chức năng của đối tượng chính trong hợp đồng mua, bán.

Trong lý thuyết cạnh tranh, loại thỏa thuận này bị lên án bởi nó tạo ra các hợp đồng mua bán kèm. Hợp đồng mua bán kèm luôn là những hợp đồng gây bất lợi cho khách hàng. Các doanh nghiệp cũng chỉ có thể buộc khách hàng ký kết hợp đồng mua, bán kèm khi có được quyền lực thị trường. Những bất lợi mà khách hàng phải gánh chịu cho thấy môi trường và hiệu quả của cạnh tranh đã bị sai lệch và suy giảm nghiêm trọng. Bằng thỏa thuận, các doanh nghiệp đã tạo nên khả năng chi phối thị trường và lợi dụng khả năng đó để bóc lột khách hàng.

7

Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh

⁽⁵⁸⁾Khoản 2 Điều 18 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁽⁵⁹⁾Điều 18 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

Khoản 6 Điều 8 Luật Cạnh tranh và Điều 19 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định hai loại thỏa thuận sau:

7.1. Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường là việc thống nhất thực hiện những hành vi nhằm tạo nên các rào cản ngăn trở việc gia nhập thị trường bằng cách gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác, làm giảm tính hấp dẫn của thị trường

Căn cứ khoản 1 Điều 19 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, cấu thành pháp lý của thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác gia nhập thị trường bao gồm các yếu tố sau:

Thứ nhất, đối tượng bị ngăn cản là các doanh nghiệp đang có nhu cầu gia nhập thị trường nhưng không tham gia thỏa thuận.

Các doanh nghiệp bị ngăn cản có thể là những tổ chức, cá nhân kinh doanh đang hoạt động ở thị trường khác, nhưng đang có nhu cầu đầu tư hoặc chuyển hướng kinh doanh; hoặc có thể là những nhà đầu tư tiềm năng đang có nhu cầu đầu tư vốn vào thị trường bị ngăn cản. Với các doanh nghiệp tiềm năng, việc quyết định đầu tư vào một thị trường nào đó phụ thuộc vào mức độ hấp dẫn của thị trường đó, bao gồm khả năng có lợi nhuận, mức độ và tính chất của môi trường cạnh tranh của thị trường ở hiện tại và tương lai, những thuận lợi về nguồn nguyên liệu, nguồn tiêu thụ, tập quán tiêu thụ, sự trung thành và thói quen của người tiêu dùng.... Chỉ số khảo sát của các yếu tố trên cho các doanh nghiệp thấy được mức độ thuận lợi hoặc khó khăn của hoạt động kinh doanh trên thị trường mà họ đang có nhu cầu đầu tư. Mức độ thuận lợi hoặc khó khăn sẽ quyết định mức độ hấp dẫn của thị trường và tác động lớn đến quyết định đầu tư của doanh nghiệp tiềm năng. Với thỏa thuận ngăn cản kìm hãm không cho doanh nghiệp khác gia nhập thị trường, các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận đã thực hiện những hành vi nhất định để cảnh báo đến các doanh nghiệp tiềm năng rằng nếu gia nhập thị trường, họ sẽ gặp phải những khó khăn nhất định trong quá trình kinh doanh. Nói cách khác, bằng hành vi của mình, các doanh nghiệp tham gia đã làm giảm tính hấp dẫn của thị trường mà họ có ý định ngăn cản việc gia nhập thị trường của doanh nghiệp tiềm năng.

Thứ hai, về nội dung, các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận đã thống nhất thực hiện một trong các hành vi sau:

- Thống nhất không giao dịch với doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Hành vi này còn được gọi là hành vi cấm vận hay tẩy chay doanh nghiệp khác. Hành vi trên không chỉ có lập để tạo ra những áp lực tâm lý mà còn gây ra những khó khăn cho doanh nghiệp bị ngăn cản trong việc tiếp cận nguồn thông tin của thị trường, nguồn nguyên liệu....

- Thống nhất yêu cầu, kêu gọi, dụ dỗ khách hàng của mình không mua, bán hàng hoá, không sử dụng dịch vụ của doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Với hành vi này, các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận mong muốn phong tỏa mạng lưới phân phối, tiêu thụ hoặc nguồn cung cấp hàng hóa, dịch vụ của họ, không cho doanh



ng nghiệp tiềm năng khai thác khi tham gia thị trường. Việc yêu cầu, kêu gọi, dụ dỗ khách hàng của mình không giao dịch với doanh nghiệp khác có thể thực hiện thông qua các cam kết của nhà phân phối, của đại lý không mua, bán sản phẩm của doanh nghiệp đó; hoặc bằng các chiến lược đầu tư, chiến lược chiết khấu có điều kiện.... Nếu thỏa thuận này được thực hiện, các doanh nghiệp tiềm năng sẽ gặp khó khăn trong việc tìm kiếm nguồn nguyên liệu hoặc trong việc tổ chức phân phối, tiêu thụ sản phẩm. Khi không thể khai thác mạng lưới phân phối, tiêu thụ hiện có trên thị trường, các doanh nghiệp mới gia nhập thị trường chỉ còn cách tổ chức mạng lưới thu mua hoặc phân phối cho riêng mình. Trong trường hợp này, đã xuất hiện rào cản về chi phí cho việc gia nhập thị trường bởi doanh nghiệp mới sẽ phải gánh chịu thêm chi phí xây dựng và phát triển mạng lưới thu mua, tiêu thụ.

- Thống nhất mua, bán hàng hóa, dịch vụ với mức giá đủ để doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận không thể tham gia thị trường liên quan. Bằng hành vi này, các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận chấp nhận giảm lợi nhuận, thậm chí chấp nhận không có lợi nhuận nhằm làm cho thị trường liên quan không còn hấp dẫn với các nhà đầu tư, các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Hình thức của thỏa thuận này có thể là các doanh nghiệp thống nhất tăng giá mua hàng hóa, dịch vụ hoặc giảm giá bán hàng hóa dịch vụ đến mức doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận nhận thấy rằng chiến lược gia nhập thị trường liên quan không khả thi vì không có lợi nhuận. Vấn đề cần được pháp luật giải quyết là xây dựng cơ chế xác định *mức giá mua, bán hàng hóa, dịch vụ đủ để doanh nghiệp khác không thể tham gia thị trường liên quan*. Cho đến nay, pháp luật Việt Nam chưa làm rõ về vấn đề này.

Sự từ chối của các khách hàng, của nhà phân phối, hoặc người bán lẻ đã gây khó khăn cho doanh nghiệp tiềm năng trong việc xây dựng thị trường tiêu thụ sản phẩm; tạo ra những thông tin về giá không chính xác bằng cách bán hàng hóa, dịch vụ với mức giá đủ để cho các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận không thể gia nhập thị trường liên quan (áp đặt giá ngăn cản). Với mức giá ngăn cản nói trên, thỏa thuận của các doanh nghiệp đã *gửi thông điệp* đến những doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận rằng với phản ứng của họ, doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận khó có thể thu hồi vốn hoặc kinh doanh hiệu quả nếu họ thực hiện ý định tham gia thị trường liên quan. Thông điệp đó làm cho các doanh nghiệp là đối tượng bị ngăn cản phải e ngại mà từ bỏ ý định của mình.

7.2. Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh là việc thống nhất thực hiện những hành vi nhằm gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh hoặc cho việc tiêu thụ sản phẩm hoặc cản trở việc mở rộng quy mô của các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận

Căn cứ khoản 2 Điều 18 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, cấu thành pháp lý của thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh bao gồm các yếu tố sau:

Thứ nhất, đối tượng mà thỏa thuận này tác động đến là các doanh nghiệp đang hoạt

động trên thị trường liên quan nhưng không tham gia thỏa thuận. So sánh với thỏa thuận ngăn cản việc tham gia thị trường của doanh nghiệp khác cho thấy cả hai thỏa thuận này đều nhằm mục đích ngăn chặn chiến lược đầu tư của các doanh nghiệp. Tuy nhiên, thỏa thuận ngăn cản việc gia nhập thị trường được thực hiện nhằm mục đích cản trở những kế hoạch, chiến lược đầu tư của các doanh nghiệp mới, các nhà đầu tư tiềm năng (chưa tham gia thị trường), còn thỏa thuận ngăn cản không cho doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh tác động đến các kế hoạch đầu tư thêm, kế hoạch mở rộng sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường liên quan.

Từ đó làm cản trở mức độ tăng trưởng của cạnh tranh trên thị trường.

Thứ hai, nội dung của thỏa thuận là việc các doanh nghiệp thống nhất thực hiện một trong các hành vi sau:

- Thống nhất không giao dịch với doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Hành vi này có nội dung và hậu quả giống với thỏa thuận ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập thị trường. Sự khác nhau chỉ là đối tượng bị tác động như đã trình bày trong yếu tố thứ nhất.

- Yêu cầu, kêu gọi, dụ dỗ các nhà phân phối, các nhà bán lẻ đang giao dịch với mình phân biệt đối xử khi mua, bán hàng hoá của doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận theo hướng gây khó khăn cho việc tiêu thụ hàng hoá của doanh nghiệp này. Nếu hành vi này được thực hiện, các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận sẽ gặp phải bất lợi trong việc tiêu thụ sản phẩm do các nhà phân phối, nhà bán lẻ áp dụng các điều kiện bất lợi so với những điều kiện áp dụng với doanh nghiệp tham gia thỏa thuận khi tổ chức thu mua hoặc phân phối hàng hóa. Về hậu quả, thỏa thuận này gần giống với thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa bằng cách buộc họ hạn chế phân phối hàng hóa khác đã được phân tích trong mục 2.5. Cả hai thỏa thuận này đều có thể gây ra những khó khăn cho các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận trong việc phân phối, tiêu thụ sản phẩm. Tuy nhiên, hai thỏa thuận này có sự khác nhau cơ bản trong cách thức thực hiện. Với thỏa thuận áp đặt điều kiện ký kết hợp đồng, việc hạn chế phân phối hàng hóa khác là một điều kiện buộc khách hàng phải chấp nhận nếu muốn có được hợp đồng mua, bán với các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận. Với thỏa thuận ngăn cản doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh, cách thức mà các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận thực hiện là yêu cầu, dụ dỗ, kêu gọi (không mang tính cưỡng ép) các nhà phân phối, các nhà bán lẻ của mình phân biệt đối xử (không hạn chế việc phân phối) với doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Mặt khác, thỏa thuận áp đặt điều kiện ký kết hợp đồng có thể nhằm hạn chế hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận hoặc của doanh nghiệp đang có nhu cầu mua, bán hàng hóa với các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận, trong khi thỏa thuận ngăn cản doanh nghiệp khác chỉ nhằm tạo bất lợi cho doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận trong việc phân phối, tiêu thụ sản phẩm.

- Mua, bán hàng hoá, dịch vụ với mức giá đủ để doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận không thể mở rộng thêm quy mô kinh doanh. nội dung của thỏa thuận này giống với thỏa thuận ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập thị trường. Ngoài ra, còn một



vấn đề là cần phân biệt thỏa thuận ấn định mức giá, mua bán hàng hóa, dịch vụ đủ để doanh nghiệp không tham gia thị trường không thể mở rộng quy mô kinh doanh với các hành vi ấn định giá nhằm loại bỏ doanh nghiệp khác ra khỏi thị trường theo khoản 7 Điều 8 và khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh⁶⁰. Trong các hành vi này, các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc đơn phương thực hiện hành vi đều tổ chức mua, bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ với mức giá không bình thường để làm cản trở hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp khác. Sự khác nhau chỉ là khả năng và mức độ gây thiệt hại cho đối tượng bị tác động. Với thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm mức giá áp dụng chỉ đủ để doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận không thể mở rộng quy mô kinh doanh (vẫn tiếp tục tồn tại), trong khi các hành vi ấn định giá nhằm loại bỏ doanh nghiệp khác có khả năng gây ra thiệt hại lớn hơn cho đối tượng bị tác động (có thể phải rời khỏi thị trường liên quan). Vấn đề đòi hỏi pháp luật phải giải quyết là phân biệt giữa mức giá ngăn cản và mức giá loại bỏ doanh nghiệp khác. Cho đến nay, trong các văn bản quy phạm pháp luật chưa có sự phân định được ranh giới về mức giá có khả năng loại bỏ đối thủ và mức giá có khả năng ngăn cản, gây thiệt hại cho đối thủ. Ở các nước, pháp luật không phân định rạch ròi hai mức giá này, mà trao quyền cho cơ quan có trách nhiệm thi hành tùy theo tình hình thực tế để nghiên cứu, xác định tùy theo điều kiện của từng vụ việc, trong từng hoàn cảnh nhất định của thị trường. Kinh nghiệm cho thấy, việc xác định mức độ ngăn cản hoặc gây thiệt hại của mức giá bán hàng hóa, dịch vụ mà thỏa thuận nói trên đưa ra không phải đơn giản vì cơ quan cạnh tranh cần thu thập, phân tích rất nhiều số liệu thực tế về giá, về biến động của tình hình thị trường trong những ngành nghề có liên quan.

Các thỏa thuận ngăn cản sự gia nhập thị trường của các doanh nghiệp tiềm năng hoặc ngăn cản sự mở rộng sản xuất kinh doanh luôn mang bản chất hạn chế cạnh tranh. Trong trường hợp này, các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận đang nỗ lực làm giảm đi khả năng phát triển của cạnh tranh trên thị trường, ngăn cản sự gia tăng mức độ cạnh tranh trong tương lai của thị trường liên quan bằng việc cố gắng duy trì cấu trúc cạnh tranh hiện có trên thị trường. Bởi sự gia nhập hoặc việc mở rộng quy mô kinh doanh của đối thủ sẽ làm thay đổi tương quan và mức độ cạnh tranh trên thị trường.

8

Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận ⁽⁶¹⁾

Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận là việc thống nhất thực hiện những hành vi nhằm gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận để buộc các doanh nghiệp này phải rời khỏi thị trường liên quan.

Căn cứ Điều 19 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, cấu thành pháp lý của thỏa thuận này

⁽⁶⁰⁾Khoản 7 Điều 8 Luật Cạnh tranh quy định về thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận; khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh quy định về hành vi bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh.

⁽⁶¹⁾Điều 20 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

bao gồm các nội dung sau:

Thứ nhất, đối tượng bị tác động là các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường nhưng không tham gia thỏa thuận. Về đối tượng bị tác động, thỏa thuận này giống với thỏa thuận ngăn cản, kim hãm không cho doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh, tuy nhiên mục đích của hai thỏa thuận này lại khác nhau. Thỏa thuận ngăn cản, kim hãm được thực hiện chỉ nhằm không cho doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh trong khi thỏa thuận loại bỏ nhằm tác động để làm cho doanh nghiệp khác chấm dứt hoạt động trên thị trường liên quan.

Thứ hai, để thực hiện mục đích loại bỏ doanh nghiệp khác, các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận thống nhất thực hiện đồng thời hai hành vi sau:

- Thống nhất không giao dịch với doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận; và
- Thống nhất thực hiện thêm một trong các hành vi:

+ Kêu gọi, dụ dỗ khách hàng của mình không giao dịch với doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận;

+ Yêu cầu, dụ dỗ các nhà phân phối, các nhà bán lẻ đang giao dịch với mình chấm dứt mua, bán hàng hoá, chấm dứt sử dụng dịch vụ của doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận;

+ Bán hàng hóa với mức giá đủ để doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận phải rút lui khỏi thị trường liên quan.

Nội dung của các hành vi trong thỏa thuận loại bỏ doanh nghiệp khác giống với các hành vi trong thỏa thuận ngăn cản, kim hãm doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh. Tuy nhiên, do mục đích khác nhau nên mức độ của các hành vi trong thỏa thuận loại bỏ chắc chắn sẽ nghiêm trọng hơn đến mức các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận có thể phải chấm dứt kinh doanh. Mức độ nghiêm trọng sẽ được xác định theo từng vụ việc cụ thể.

9

Thông đồng để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ

9.1. Khái niệm

Theo cuốn *Black's Law Dictionary*, đấu thầu được hiểu là việc đặt ra *một mức giá hợp lý cho việc thực hiện một công việc hoặc đặt mua một số lượng hàng hoá nhất định*⁶².

Như vậy, đấu thầu là hình thức lựa chọn người cung cấp hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ, theo đó người tổ chức mời thầu sẽ đưa ra gói thầu để các bên tham gia dự thầu *cạnh tranh nhau về giá, về chất lượng...* để người mời thầu lựa chọn được người cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ có chất lượng tốt nhất và mức giá rẻ nhất.

Nếu như đấu giá là hình thức lựa chọn người mua, thì đấu thầu lại là cách thức để tìm kiếm người bán ưng ý nhất. Tuy nhiên, cả hai hình thức này đều sử dụng một công

⁽⁶²⁾Bryan A. Garner, sdd, tr 154.



cụ lựa chọn duy nhất là sự cạnh tranh giữa những người tham gia về giá, chất lượng và những yêu cầu khác, nhưng cạnh tranh về giá mua, giá bán là cơ bản. Một cuộc đấu thầu sẽ chỉ có hiệu quả khi có đủ các điều kiện sau đây:

- Có nhiều người tham gia dự thầu;
 - Các nhà dự thầu phải độc lập với nhau và với người mời thầu;
 - Không có sự tồn tại bất cứ thỏa thuận nào giữa người mời thầu với một, một số người dự thầu, giữa những người dự thầu với nhau. Việc thỏa mãn những điều kiện đó tạo môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa những người dự thầu với nhau không tạo điều kiện tốt nhất cho người mời thầu lựa chọn đúng đắn người trúng thầu.
- Hình thức đấu thầu được áp dụng phổ biến trong các hoạt động thương mại, trong hoạt động xây dựng cơ bản và hoạt động mua sắm công của Nhà nước. Hiện nay, hoạt động đấu thầu được điều chỉnh bởi nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Luật Xây dựng, Luật Thương mại năm 2005, Luật Đấu thầu năm 2005...

Với vai trò đảm bảo duy trì cạnh tranh trên thị trường, Luật Cạnh tranh cấm đoán mọi hành vi có khả năng làm tổn hại đến trật tự hoặc mức độ cạnh tranh, trong đó có những hành vi phát sinh trong hoạt động đấu thầu. Trong lĩnh vực này, pháp luật cạnh tranh chỉ chú ý đến những hành vi có thể làm hủy hoại cạnh tranh giữa những người dự thầu, ảnh hưởng đến mục đích và hiệu quả của hoạt động đấu thầu. Luật Cạnh tranh năm 2004 *cấm đoán mọi thông đồng để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ*. Với cách gọi tên như trên, hành vi thông đồng trong đấu thầu là hành vi hạn chế cạnh tranh khi có các dấu hiệu sau đây:

Thứ nhất, chủ thể tham gia thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu là các doanh nghiệp dự thầu. Những thỏa thuận, thông đồng, lời hứa hẹn của bên mời thầu với một, một số doanh nghiệp dự thầu về việc người mời thầu sẽ dành cho những doanh nghiệp dự thầu những ưu đãi, điều kiện tốt hơn trong quá trình đấu thầu, không phải là thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu. Như vậy, thông đồng trong đấu thầu là việc thống nhất cùng hành động của những người dự thầu.

Thứ hai, nội dung của thỏa thuận là các doanh nghiệp tham gia đấu thầu thống nhất để một, một số doanh nghiệp tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ. Phương cách để đạt được mục đích trên có thể là khác nhau và rất đa dạng, nhưng mục tiêu cuối cùng của các thông đồng luôn là mở đường để một, một số doanh nghiệp sẽ trúng thầu.

Thứ ba, bản chất hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu là các bên tham gia đã loại bỏ cạnh tranh giữa họ hoặc với những doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận để dành quyền trúng thầu cho người mà họ chỉ định. Như vậy, quan hệ cạnh tranh mà người mời thầu mong muốn sử dụng để tìm kiếm người cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ tốt nhất đã bị *hủy diệt* bằng thỏa thuận thông đồng của những người tham gia dự thầu. Vì vậy, người mời thầu đã không thể đạt được ý định của mình, cuộc *cạnh tranh* đã trở thành giả tạo giữa những người dự thầu khi tổ chức đấu thầu. Bằng sự thông đồng, các bên dự thầu đã phá hỏng cơ chế cạnh tranh trong đấu thầu nên người trúng thầu được lựa chọn nhưng không do cơ chế cạnh tranh theo đúng ý định

của người mời thầu, mà do các doanh nghiệp tham gia thông đồng xác định.

9.2. Các loại thông đồng trong đấu thầu bị cấm theo Luật Cạnh tranh

Căn cứ Điều 21 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, các loại thông đồng trong đấu thầu bị cấm bao gồm:

a. Ngăn cản đấu thầu

Ngăn cản đấu thầu là việc các doanh nghiệp tham gia thông đồng thống nhất thực hiện một trong hai hành vi sau đây:

- Một hoặc nhiều bên tham gia thỏa thuận rút khỏi việc dự thầu hoặc rút đơn dự thầu được nộp trước đó để một hoặc các bên trong thỏa thuận thắng thầu.

Trong trường hợp này, các doanh nghiệp tham gia thông đồng đã chỉ định một, một số doanh nghiệp trong số họ có quyền thắng thầu. Các doanh nghiệp còn lại sẽ rút đơn dự thầu hoặc không tham gia phiên đấu thầu. Do đó, trong phiên đấu thầu sẽ chỉ còn lại những người được chỉ định tham gia. Như vậy, cuộc cạnh tranh trong hoạt động đấu thầu đã không xảy ra. Người mời thầu buộc phải giao dịch với doanh nghiệp còn lại tham gia đấu thầu. Loại thông đồng này thường được thực hiện khi lời kéo được tất cả các doanh nghiệp dự thầu tham gia thỏa thuận. Nếu còn có một số doanh nghiệp dự thầu không tham gia thông đồng, doanh nghiệp được chỉ định sẽ phải tiếp tục cạnh tranh với các doanh nghiệp không tham gia.

- Một hoặc nhiều bên tham gia thỏa thuận gây khó khăn cho các bên không tham gia thỏa thuận khi dự thầu bằng cách từ chối cung cấp nguyên liệu, không ký hợp đồng phụ hoặc các hình thức gây khó khăn khác.

Bản chất ngăn cản của thỏa thuận còn thể hiện thông qua việc *ngăn cản sự tham gia đấu thầu* của những doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận bằng cách gây khó khăn cho họ trong hoạt động kinh doanh hòng tại sức ép buộc phải rời bỏ cuộc đấu thầu. Loại thông đồng này được thực hiện khi việc thông đồng không lời kéo được toàn bộ các doanh nghiệp dự thầu tham gia. Do đó, để tạo điều kiện cho người được chỉ định thắng thầu, các doanh nghiệp tham gia đã thống nhất thực hiện những hành vi hỗ trợ bằng cách gây áp lực cho người dự thầu không tham gia thỏa thuận để những người này chấp nhận thua trong cuộc cạnh tranh với doanh nghiệp được chỉ định. Trong trường hợp này, quyền dự thầu của doanh nghiệp khác đã bị ngăn cản.

b. Hỗ trợ tham gia đấu thầu (còn gọi là đấu thầu mang tính bổ sung)

Hỗ trợ tham gia đấu thầu là việc các bên tham gia thỏa thuận thống nhất đưa ra mức giá không có tính cạnh tranh hoặc đặt mức giá cạnh tranh nhưng kèm theo những điều kiện mà bên mời thầu không thể chấp nhận để xác định trước một hoặc nhiều bên sẽ thắng thầu. Khác với ngăn cản thầu, trong trường hợp này, các doanh nghiệp tham gia thông đồng vẫn tiếp tục hoạt động đấu thầu và tham gia vào phiên đấu thầu. Tuy nhiên để tạo điều kiện cho người được chỉ định thắng thầu, các doanh nghiệp còn lại tham gia đấu thầu đã tự loại mình ra khỏi khả năng thắng thầu bằng mức giá không cạnh tranh



hoặc bằng những điều kiện kèm theo khó có thể được chấp nhận. Trong thực tế, các cuộc đấu thầu kiểu này được gọi là *đấu thầu quân xanh quân đỏ*, hay diễn ra trong các cuộc thầu xây dựng cơ bản. Bằng thỏa thuận này, các doanh nghiệp dự thầu đã hoàn toàn không chế được ý chí của người mời thầu bởi mức giá hoặc các điều kiện thương mại của người được *chỉ định thắng thầu là tốt nhất* trong số những người dự thầu.

c. Quay vòng thắng thầu

Quay vòng thắng thầu là việc các bên trong thỏa thuận xác định trước số lần mỗi bên được thắng thầu trong một khoảng thời gian nhất định. Trong thực tế, còn có trường hợp thông đồng trong đấu thầu bằng hình thức chỉ định người trúng thầu theo thị trường địa lý. Trong đó, các bên dựa trên khu vực hoạt động của thị trường để quyết định người sẽ thắng trong cuộc đấu thầu.

Thông thường, để thực hiện thỏa thuận quay vòng trong đấu thầu, có một bản ghi nhớ, các bên thường thực hiện một trong hai cách là ngăn cản đấu thầu hoặc hỗ trợ tham gia đấu thầu để mở đường cho người *đến lượt* trúng thầu.

II. NGUYÊN TẮC XỬ LÝ CÁC THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

1

Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị Luật Cạnh tranh cấm

Theo Điều 9 Luật Cạnh tranh, có hai mức độ cấm đoán đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Việc xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bằng cách phân chia thành hai nhóm thỏa thuận với hai mức độ cấm đoán khác nhau như trên đã cho thấy thái độ khá mềm dẻo của pháp luật khi xử lý các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, làm cho việc áp dụng Luật Cạnh tranh được linh hoạt theo sự phát triển của thị trường.

1.1. Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tuyệt đối

Các thỏa thuận bị cấm tuyệt đối gồm: thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác phát triển kinh doanh; thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận; thông đồng để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ.

Những thỏa thuận được quy định tại khoản 6, 7, 8 Điều 8 Luật Cạnh tranh luôn hàm chứa tính chất hạn chế cạnh tranh mà không có bất cứ một cơ sở nào để có thể biện hộ về hiệu quả của chúng đối với thị trường. Nói cách khác, ba loại thỏa thuận này là những thỏa thuận luôn mang bản chất hạn chế cạnh tranh nên chỉ cần có đủ căn cứ để

kết luận các doanh nghiệp đã thiết lập nên một trong ba thỏa thuận trên là có thể kết luận đã có hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh. Với bản chất hạn chế cạnh tranh, các thỏa thuận này luôn cấu thành nên thỏa thuận phản cạnh tranh cho dù mục đích phản cạnh tranh chưa được thực hiện trong thực tế. Ví dụ, hành vi thông đồng trong đấu thầu, vốn tự nó đã là hạn chế cạnh tranh vì nó trái ngược với mục tiêu của các bên dự thầu đang tìm cách bán hàng hoá, dịch vụ với giá cả và các điều kiện khác một cách ưu đãi nhất. Vì thế, hành vi này luôn là bất hợp pháp theo pháp luật của các nước. Thậm chí những nước chưa có luật chống hành vi hạn chế cạnh tranh cũng đã đưa ra những quy định đặc biệt để điều chỉnh quan hệ giữa những người dự thầu. Hầu hết các nước đều xử lý hành vi thông đồng trong đấu thầu nặng hơn các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh khác vì tính chất gian lận và hậu quả nghiêm trọng của nó đối với thị trường⁶³. Thỏa thuận ngăn cản hoặc thỏa thuận loại bỏ đối thủ cạnh tranh là những thỏa thuận vi phạm nghiêm trọng quyền tự do kinh doanh của người khác đã được Hiến pháp thừa nhận. Hậu quả của nó là làm thay đổi cơ cấu cạnh tranh hiện có đang hình thành trên thị trường để duy trì, củng cố vị trí của các doanh nghiệp tham gia liên kết.

1.2. Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh khi các bên tham gia thỏa thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên sẽ bị cấm

Các thỏa thuận sau: thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ; thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, dịch vụ; thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng, nếu các bên tham gia thỏa thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên.

Các thỏa thuận không thuộc ba trường hợp bị cấm tuyệt đối chỉ có thể bị cấm khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận trên thị trường liên quan từ 30% trở lên. Thị phần là cơ sở để xác định khả năng chi phối của doanh nghiệp đối với thị trường. Theo Luật Cạnh tranh, mức thị phần trên thị trường liên quan từ 30% trở lên đã có thể trao cho doanh nghiệp sức mạnh thị trường⁶⁴, là *khả năng tác động đến giá cả thị trường của một loại hàng hoá hoặc dịch vụ mà họ bán hoặc mua*. Quyền lực thị trường sẽ trao cho doanh nghiệp khả năng tác động đến những yếu tố của thị trường theo hướng có lợi cho mình. Những doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp cho dù liên kết mà vẫn không thể có được mức thị phần thống lĩnh sẽ không bị coi là có sức mạnh thị trường. Trở lại với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, sự thống nhất cùng hành động giữa các doanh nghiệp là sự kết hợp giữa những thế lực độc lập để tạo thành một sức mạnh tập thể hòng nâng cao khả năng kinh doanh và năng lực cạnh tranh chung. Sức mạnh mà các thỏa thuận đem lại cho các doanh nghiệp phụ thuộc vào hai yếu tố:

- Nội dung của thỏa thuận;
- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia. Pháp luật không thể cấm đoán

⁶³UNCTAD, Luật mẫu về cạnh tranh (Hà Nội: sách dịch, 2003).

⁶⁴Điều 11 Luật Cạnh tranh.



những thỏa thuận mà thị phần kết hợp của tất cả các chủ thể tham gia chưa đủ để tạo ra sức mạnh thị trường. Mức thị phần kết hợp được luật dự liệu đối với các thỏa thuận để tạo ra sức mạnh là từ 30% trên thị trường liên quan.

Lý lẽ để bào chữa cho các thỏa thuận có mức thị phần dưới 30% trên thị trường liên quan là:

- *Một*, sức mạnh tập thể của nhóm doanh nghiệp này chưa đủ để chi phối thị trường liên quan, quyền lựa chọn của khách hàng vẫn chưa thể bị tước đoạt làm cho các thỏa thuận nói trên chưa đủ sức để làm *hạn chế cạnh tranh*;

- *Hai*, về mặt kinh tế, sự kết hợp cùng hành động giữa các doanh nghiệp góp phần tạo ra sức mạnh kinh doanh và sức cạnh tranh tập thể cho các thành viên của thỏa thuận. Sức mạnh đó đặc biệt có ý nghĩa đối với các doanh nghiệp nhỏ trong môi trường cạnh tranh khốc liệt mà ở đó các doanh nghiệp nhỏ luôn ở vào vị trí bất lợi, làm ăn khó khăn, thậm chí bị phá sản, là nguyên nhân hình thành các thế lực độc quyền của thị trường⁶⁵.

So với mức thị phần của hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, mức thị phần của nhóm doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đủ để bị cấm đoán là thấp hơn. Nếu như hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh chỉ giới hạn trong nhóm doanh nghiệp có số lượng tối đa là 4, thì ở thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, số lượng này không bị giới hạn. Mặt khác, mức thị phần có thể bị cấm đoán cho nhóm doanh nghiệp thực hiện hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thấp nhất là 50% (đối với 2 doanh nghiệp) thì với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, mức thị phần bị cấm đoán áp dụng chung là từ 30% trở lên. Điều đó cho thấy, pháp luật có thái độ nghiêm khắc hơn đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh so với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của nhóm doanh nghiệp có quyền lực thị trường. Sở dĩ có quy định trên là do trong thỏa thuận hạn chế cạnh tranh luôn tồn tại một sự liên kết có chủ ý để cùng thực hiện hành vi, tức là có sự thống nhất cùng hành động của nhóm doanh nghiệp. Điều đó đã tạo cho nhóm doanh nghiệp một sức mạnh chung như một chủ thể để chi phối thị trường. Khi đó, sự thỏa thuận đã tạo cho nhóm doanh nghiệp một tư cách duy nhất trong cạnh tranh trên thị trường. Sự riêng lẻ của các doanh nghiệp trong nhóm doanh nghiệp khi thực hiện hành vi lạm dụng đòi hỏi phải có một mức thị phần đủ lớn để thống lĩnh khác với trường hợp có thỏa thuận. Luật Cạnh tranh dự liệu mức tối thiểu là 50% và tối đa là 75% trên thị trường liên quan cho nhóm 2, 3 hoặc 4 doanh nghiệp đối với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh.

1.3. Kinh nghiệm các nước về những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm

Pháp luật cạnh tranh của các nước cũng trong tình trạng tương tự. Pháp luật của Hoa Kỳ sử dụng nguyên tắc tự dạng (*per se rule*) đối với một số thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Theo đó, Tòa án tối cao của Hoa Kỳ cho rằng: có một số thỏa thuận nhất định nguy hại đến cạnh tranh nên bị coi là bất hợp pháp mà không cần điều tra về những tác hại cụ thể mà chúng gây ra hoặc điều tra về lý do thực hiện thỏa thuận đó. Các thỏa thuận vi phạm nguyên tắc tự dạng bao gồm: thỏa thuận ấn định giá, thỏa thuận phân chia thị trường và khách hàng, thỏa thuận tẩy chay theo chiều ngang,

⁶⁵OECD-WB, Khuôn khổ cho việc xây dựng và thực thi Luật và chính sách cạnh tranh (Hà Nội: sách dịch, 2004), tr 65.

thông đồng trong đấu thầu⁶⁶. Các thỏa thuận khác có thể được áp dụng theo nguyên tắc hợp lý (rule of reason). Liên minh châu Âu sử dụng khái niệm *ngưỡng đáng kể* để xử lý các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Ngay từ năm 1969, Tòa án công lý của Liên minh châu Âu đã chính thức đưa ra khái niệm này trong bản án Volk Vervaeke: *một thỏa thuận phân phối độc quyền dù kèm theo sự bảo hộ tuyệt đối về mặt lãnh thổ vẫn có thể không bị cấm nếu các bên tham gia thỏa thuận chiếm vị trí không đáng kể trên thị trường*⁶⁷... Pháp luật của các nước thành viên của EU đã ứng dụng khái niệm này vào pháp luật cạnh tranh. Quá trình phát triển của pháp luật cạnh tranh tại Cộng hòa Pháp cho thấy, đã có những tranh luận về việc ứng dụng khái niệm ngưỡng đáng kể khi xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Đương nhiên kết quả của những tranh luận này là sự khác nhau trong đường lối xử lý các thỏa thuận. Tòa án tư pháp tối cao đã chính thức sử dụng khái niệm này trong các bản án ngày 4/5/1993, *rocamat c/Sogepierre*; bản án ngày 15/7/1992, bản tin chính thức về cạnh tranh, tiêu dùng và chống gian lận thương mại, ngày 15/8/1992. Trong khi đó, Hội đồng cạnh tranh Pháp vẫn cho rằng việc áp dụng ngưỡng đáng kể là trái với quy định tại điều L420-1 Bộ luật Thương mại bởi vì theo điều luật này thì chỉ cần thỏa thuận có mục đích phản cạnh tranh cũng đủ để kết luận thỏa thuận đó là phản cạnh tranh, cho dù mục đích phản cạnh tranh chưa được thực hiện trong thực tế⁶⁸. Hiện nay, Điều 24 Pháp lệnh số 2004-274 ngày 25/3/2004 đã bổ sung vào Bộ luật Thương mại một số quy định về việc áp dụng ngưỡng đáng kể cho việc xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Các quy định về ngưỡng đáng kể được xây dựng theo quan điểm cho rằng việc thỏa thuận có chứa một điều khoản hạn chế cạnh tranh chưa đủ để kết luận thỏa thuận đó vi phạm pháp luật cạnh tranh. Muốn kết luận có vi phạm còn phải chứng minh rằng hệ quả phản cạnh tranh cho dù chỉ là hệ quả tiềm năng phải đáng kể trên cơ sở có tính đến những đặc điểm cụ thể của thị trường, đặc biệt là cơ cấu và mức độ cạnh tranh trên thị trường đó, vị trí của các doanh nghiệp liên quan và những điều kiện thực hiện thỏa thuận đó. Như vậy, pháp luật của các nước đều có sự cân nhắc đến tác động thực tế của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh để quyết định việc xử lý các doanh nghiệp tham gia. Có những thỏa thuận đương nhiên bị cấm mà không cần phải xem xét đến khả năng gây ra hậu quả thực tế. Nhưng cũng có những thỏa thuận cần xem xét đến khả năng hạn chế cạnh tranh. Hầu hết các nước đều sử dụng thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia để đánh giá về khả năng hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận. Sự khác nhau trong pháp luật của các nước chỉ là phạm vi thỏa thuận bị cấm tuyệt đối và thỏa thuận cần xem xét đến thị phần của doanh nghiệp tham gia.

2

Các trường hợp miễn trừ

2.1 Cơ sở cho việc miễn trừ trách nhiệm cho các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

⁽⁶⁶⁾ OUNCTAD, sdd, tr 37.

⁽⁶⁷⁾ Tòa án công lý của Liên minh châu Âu, ngày 9/7/1969, Rec. 1969, 295.

⁽⁶⁸⁾ Dominique Brault, sdd, tr 201.



Việc xử lý các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh luôn đòi hỏi Nhà nước cân cân trọng bởi thực tế và kinh nghiệm của các nước cho thấy không phải mọi thỏa thuận đều gây hại cho thị trường. Theo đó, các quy định về việc miễn trừ đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được xây dựng trên những cơ sở lý luận và thực tiễn sau:

a. Quyền tự do kinh doanh

Tự do kinh doanh luôn bao hàm trong nó quyền được khế ước và lập hội. Các chủ thể tham gia thị trường hoàn toàn có quyền chủ động trong việc liên kết để thiết lập và thực hiện các chiến lược kinh doanh của mình một cách hiệu quả. Công quyền và pháp luật không những không được can thiệp mà còn phải xây dựng các cơ chế bảo hộ cho những hoạt động nói trên.

Với tư cách là lực lượng bảo vệ công lý và lẽ phải, Nhà nước và pháp luật chỉ có thể can thiệp vào sự tự do khi hành vi của một nhóm người là *nguy cơ đe dọa sự tự do, quyền và lợi ích chính đáng của người khác*. Khi sự liên kết của các doanh nghiệp tạo ra khả năng xâm hại lợi ích của doanh nghiệp khác, của người tiêu dùng và của thị trường, pháp luật cần có các biện pháp để ngăn chặn và trừng phạt.

b. Sự cân xứng về các lợi ích mà pháp luật bảo vệ

Dưới góc độ tác động đối với cạnh tranh, các thỏa thuận luôn có tính hai mặt. Theo đó, ngoài những khả năng gây hại cho cạnh tranh, nhiều thỏa thuận *không có khả năng gây hại*, hoặc bên cạnh khả năng gây ra nhiều tác hại làm giảm cạnh tranh, nhiều thỏa thuận còn *đem lại nhiều tác dụng tích cực cho sự phát triển của thị trường*. Vì vậy, pháp luật của các nước đều đòi hỏi người thực thi phải luôn cân nhắc và tính toán đến mọi khả năng có thể xảy ra để có thái độ trừng phạt hay cho phép thực thi các thỏa thuận trên thực tế. Có những trường hợp, cơ quan thực thi pháp luật cần xem xét sự cân xứng giữa lợi ích mà thỏa thuận đem lại với thiệt hại có thể gây ra cho thị trường để đưa ra quyết định cuối cùng về việc trừng phạt hay cho phép thỏa thuận.

Pháp luật của các nước sử dụng quy tắc hợp lý để đánh giá sơ bộ về tác động của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nhằm giới hạn phạm vi áp dụng của các quy định cấm. Quy tắc hợp lý cho phép loại bỏ việc áp dụng các quy định cấm đối với những thỏa thuận vừa có hệ quả tích cực đối với cạnh tranh, vừa có hậu quả phản cạnh tranh nếu như hệ quả tích cực nhiều hơn hệ quả phản cạnh tranh⁶⁹. Do đó mục II chương III của Luật mẫu về cạnh tranh của Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế, hoặc trong điều 81 (3) Hiệp ước Rome của Cộng đồng châu Âu quy định “những thỏa thuận bị cấm tại khoản 1 có thể được tuyên bố miễn áp dụng nếu thỏa thuận đó góp phần cải thiện sản xuất hay phân phối hàng hóa, hay khuyến khích ứng dụng tiến bộ kinh tế, kỹ thuật, trong khi cho phép người tiêu dùng hưởng lợi một cách tương ứng”. Luật cạnh tranh của nhiều nước như Đức, Nhật, Tây Ban Nha, Thụy Điển, Liên bang Nga... đều cho phép trong những trường hợp cụ thể và trong một thời hạn nhất định như trong điều kiện suy thoái của nền kinh tế, nhu cầu hợp lý hoá sản xuất... các cartel có thể được pháp luật thừa nhận.

⁽⁶⁹⁾Dominique Brault, sdd, tr 206.

Có thể nói, những tính toán về mức độ cân xứng giữa lợi ích bị thỏa thuận xâm hại mà các lợi ích mà nó có khả năng đem lại là cơ sở kinh tế quan trọng để pháp luật và cơ chế thực thi xem xét công nhận hay loại trừ các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Dưới góc độ của lý thuyết cạnh tranh, khả năng gây hại và tác dụng của thỏa thuận giữa các doanh nghiệp phản ánh mức độ *hạn chế cạnh tranh* của hành vi. Pháp luật và công quyền sẽ chỉ có thể lên án thỏa thuận nếu như có đủ cơ sở kinh tế để kết luận về khả năng gây hại đến lợi ích mà họ bảo vệ.

Tóm lại, là một sự liên kết trong kinh doanh giữa các doanh nghiệp, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có thể được phân tích, xem xét dưới nhiều góc độ khác nhau, từ đó pháp luật và công quyền có thái độ thích hợp. Bên cạnh những quy định cấm đoán và trừng phạt đối với các thỏa thuận có khả năng gây hại cho thị trường, pháp luật cạnh tranh của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều ghi nhận những trường hợp thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có tác dụng tích cực đối với thị trường, đều được coi là hợp pháp. Tùy theo chính sách cạnh tranh của từng nước mà mức độ cấm đoán hoặc thừa nhận tính hợp pháp của các thỏa thuận trong pháp luật cạnh tranh sẽ khác nhau.

2.2. Những trường hợp được miễn trừ⁷⁰

Theo quy định của Luật Cạnh tranh, những thỏa thuận sau đây được xếp vào đối tượng có thể được hưởng miễn trừ:

- Thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp;
- Thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ;
- Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hoá, dịch vụ;
- Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư;
- Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.

Các thỏa thuận nói trên sẽ được hưởng miễn trừ nếu như chúng được thực hiện nhằm hạ giá thành và đem lại lợi ích cho người tiêu dùng bằng các chiến lược sau đây:

Một là, chiến lược liên doanh và hợp tác phát triển.

Thực tế đã cho chúng ta thấy, là đối thủ cạnh tranh của nhau, các doanh nghiệp đôi khi còn liên kết lại để có thể cạnh tranh tốt hơn trên thị trường bằng cách hợp tác, hỗ trợ nhau để nâng cao khả năng kinh doanh trên thương trường. Sự hỗ trợ để phát huy thế mạnh và hạn chế những yếu điểm của từng thành viên tham gia thỏa thuận sẽ đem lại hiệu quả cho sự phát triển của từng doanh nghiệp và cho cả thị trường liên quan. Điều đó có thể thấy rõ thông qua chiến lược liên doanh và hợp tác của các doanh nghiệp.

Chiến lược liên doanh và hợp tác phát triển giữa các doanh nghiệp được thực hiện để nhằm:

- Hợp lý hoá cơ cấu tổ chức, mô hình kinh doanh, nâng cao hiệu quả kinh doanh;
- Thúc đẩy tiến bộ kỹ thuật, công nghệ, nâng cao chất lượng hàng hoá, dịch vụ.

Có thể minh họa chiến lược này bằng các trường hợp sau: *trường hợp 1*, hai doanh

⁷⁰Điều 10 Luật Cạnh tranh.



ngành cùng cạnh tranh trên thị trường, trong đó một doanh nghiệp có chất lượng sản phẩm tốt nhưng mạng lưới phân phối kém có thể phối hợp với doanh nghiệp có sản phẩm với chất lượng trung bình nhưng lại có mạng lưới phân phối hiệu quả. Sự liên kết này giúp cho hiệu quả hoạt động của hai doanh nghiệp tốt hơn và đem lại hiệu quả cho người tiêu dùng trong việc hưởng thụ sản phẩm với chất lượng đảm bảo yêu cầu. *Trường hợp 2*, các doanh nghiệp có thể hợp tác phát triển và thực hiện các công trình nghiên cứu, ứng dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật có liên quan mà nếu như làm một mình sẽ không đạt được kết quả mong muốn. Trường hợp này thường xảy ra với những ngành kinh tế kỹ thuật đòi hỏi công nghệ có trình độ cao như chế tạo máy bay, khoa học viễn thông...

Hai là, chiến lược xây dựng các tiêu chuẩn chung về sản phẩm và các điều kiện kinh doanh.

Các thỏa thuận nằm trong chiến lược chuẩn hoá những yêu cầu về sản phẩm và các điều kiện kinh doanh thường bao gồm hai nội dung là:

- Thỏa thuận giữa các doanh nghiệp nhằm thống nhất các tiêu chuẩn chất lượng, định mức kỹ thuật của chủng loại sản phẩm;
- Thỏa thuận thống nhất các điều kiện kinh doanh, giao hàng, thanh toán nhưng không liên quan đến giá và các yếu tố của giá.

Dưới góc độ kinh tế, các thỏa thuận về việc đặt ra các tiêu chuẩn nói trên nhìn chung là có lợi cho người tiêu dùng và có thể làm cho thị trường hoạt động một cách có hiệu quả hơn nếu như những tiêu chuẩn đó là tiến bộ và phản ánh sự *đi lên* trong công nghệ, kỹ thuật, chất lượng và trình độ kinh doanh. Mặc dù lý thuyết về cạnh tranh đều cho thấy rằng, các tiêu chuẩn về chất lượng, định mức kỹ thuật của chủng loại sản phẩm hoặc các điều kiện kinh doanh có thể làm hạn chế cạnh tranh giữa những người tham gia thỏa thuận, có thể làm cho các doanh nghiệp không đáp ứng đủ những tiêu chuẩn đó phải rời khỏi thị trường, thậm chí còn có thể *sinh ra* những rào cản cho sự gia nhập đối với những doanh nghiệp tiềm năng. Song các nhà hoạch định chính sách cạnh tranh của Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế lại cho rằng, các thỏa thuận đặt ra tiêu chuẩn cho sản phẩm và cho hoạt động kinh doanh đem lại lợi ích nhiều hơn so với thiệt hại mà chúng gây ra vì làm giảm cạnh tranh⁷¹. Điều đó được thể hiện ở hai góc độ: Đầu tiên là việc đặt ra các tiêu chuẩn cho sản phẩm sẽ có lợi ích rất nhiều cho xã hội nếu các tiêu chuẩn này là tích cực và tiến bộ. Bởi thị trường sẽ có được một *mặt bằng* về sản phẩm đủ chất lượng, đáp ứng nhu cầu của người tiêu dùng và sẽ loại bỏ được những sản phẩm kém chất lượng trên thị trường. Mặt khác, nó còn giúp cho người tiêu dùng có thêm nhiều thông tin để đưa ra các quyết định chính xác hơn về sản phẩm mà họ dự định mua. Đặc biệt, những thỏa thuận về tiêu chuẩn liên quan đến sức khỏe và an toàn sẽ bảo vệ người tiêu dùng trước các toan tính gian dối về chất lượng sản phẩm của những nhà kinh doanh bất chính. Ngoài ra, các tiêu chuẩn về sản phẩm còn có ý nghĩa là động lực thúc đẩy doanh nghiệp ứng dụng hiệu quả tiến bộ kỹ thuật vào đời sống kinh doanh. Tiếp đó, việc thống nhất các điều kiện kinh doanh, thanh toán giữa các doanh nghiệp trên cùng một thị trường có ý nghĩa trong việc cải tiến trình độ quản lý kinh doanh của họ, đặc biệt với những lĩnh vực hoặc ngành nghề đang trong

⁽⁷¹⁾UNCTAD, sdd, tr 82-83.

giai đoạn hình thành và phát triển. Sự thống nhất các điều kiện kinh doanh và thanh toán có thể tạo ra những chuẩn mực trong kinh doanh của ngành nghề để từ đó hình thành nên các tập quán tốt đẹp cho hoạt động sản xuất, mua bán trên thị trường đó, đem lại hiệu quả cho doanh nghiệp và cho khách hàng của họ. Tuy nhiên, để những thỏa thuận thống nhất về điều kiện thương mại được pháp luật cạnh tranh thừa nhận thì chúng không được hủy hoại cạnh tranh, đặc biệt là cạnh tranh về giá và các yếu tố của giá. Điều đó có nghĩa là, các doanh nghiệp khi thiết lập và thực hiện thỏa thuận vẫn còn là đối thủ cạnh tranh của nhau về giá, về các yếu tố của giá....

Ba là, chiến lược nâng cao năng lực cạnh tranh

Chiến lược nâng cao năng lực cạnh tranh được Luật Cạnh tranh dự liệu theo hai tiêu chí:

- Các thỏa thuận nhằm nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp nhỏ và vừa

Theo quy định tại Điều 3 Nghị định số 90/2001/NĐ-CP ngày 23/11/2001, doanh nghiệp nhỏ và vừa là cơ sở sản xuất kinh doanh độc lập, đã đăng ký kinh doanh theo pháp luật hiện hành, có vốn đăng ký không quá 10 tỷ đồng hoặc có số lao động trung bình hàng năm không quá 300 người. Hiện nay ở nước ta, có hơn 90% trên tổng số doanh nghiệp đang hoạt động là doanh nghiệp vừa và nhỏ, mức vốn đầu tư trung bình mặc dù có sự tăng lên theo từng thời kỳ nhưng nhìn chung vẫn còn thấp. Theo báo cáo đánh giá tình hình thi hành luật doanh nghiệp của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, mức vốn đăng ký trung bình của một doanh nghiệp trong thời kỳ 1991 – 1999 là 0,57 tỷ đồng, năm 2000 là 0,96 tỷ đồng, năm 2001 là 1,3 tỷ, 7 tháng đầu năm 2003 là 2,12 tỷ đồng. Với số vốn như vậy, khả năng tiếp cận thị trường quốc tế và thậm chí cả thị trường trong nước gặp nhiều khó khăn do quy mô nhỏ, vốn thấp, trình độ công nghệ lạc hậu, kỹ năng quản lý yếu, chủ yếu dựa vào kinh nghiệm bản thân hoặc gia đình, thiếu thông tin thị trường.... Dẫn đến chất lượng sản phẩm thường thấp hơn so với các hàng hoá nhập khẩu⁷².

Đánh giá về việc thực hiện chiến lược kinh tế xã hội 1991 - 2000, Đại hội Đảng lần IX thẳng thắn thừa nhận điểm yếu kém bất cập đầu tiên là nền kinh tế kém hiệu quả và khả năng cạnh tranh thấp, trong đó tình trạng bao cấp và bảo hộ còn nặng⁷³. Với điều kiện đó, nhiệm vụ nâng cao năng lực kinh doanh của doanh nghiệp sẽ là chìa khóa cho việc củng cố và phát triển năng lực cạnh tranh quốc gia. Trong các cuộc tranh luận nên hay không nên bảo hộ các doanh nghiệp vừa và nhỏ, có những ý kiến cho rằng ích lợi mà người tiêu dùng (đại diện cho thị trường) là chuẩn mực phán xét hiệu quả của Luật Cạnh tranh, nên không cần phải trao cho đạo luật này nhiệm vụ bảo hộ các doanh nghiệp nói trên. Quan điểm này còn dựa vào lập luận rằng, cạnh tranh tự nó đã có cơ chế thưởng phạt. Pháp luật chỉ nên can thiệp khi nhà kinh doanh nào đó có ý định làm biến dạng cơ chế thưởng phạt tự nhiên trong thị trường cạnh tranh mà thôi. Bình luận về quan điểm trên, chúng ta nên xuất phát từ ý tưởng được đưa ra là pháp luật cạnh tranh và giới hạn của nó phụ thuộc vào quan niệm về chính sách cạnh tranh của mỗi quốc gia mà chính sách cạnh tranh lại là bộ phận không tách rời của chính sách phát triển kinh tế. Ở Việt Nam, với quan điểm và nhu cầu xây dựng một nền kinh tế “phát triển nhanh, hiệu quả và bền vững, tăng trưởng kinh tế đi đôi với thực hiện tiến bộ, công bằng xã hội và bảo

⁷²Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Báo cáo đánh giá tình hình thi hành luật doanh nghiệp 1999, (Hà Nội: 2003), tr 2,3,6.

⁷³Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX (Hà Nội: NXB Chính trị quốc gia, 2001), tr 183.

vệ môi trường. Phát huy mọi nguồn lực để phát triển nhanh và có hiệu quả những sản phẩm, ngành, lĩnh vực mà nước ta có lợi thế, đáp ứng nhu cầu trong nước và đẩy mạnh xuất khẩu, không ngừng nâng cao sức cạnh tranh trên thị trường trong nước và ngoài nước”⁷⁴, thì việc nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp là cần thiết để tạo nên *nội lực* cho sự phát triển chung của thị trường. Trong đó việc giành những quy chế hỗ trợ phát triển cho doanh nghiệp vừa và nhỏ là cần thiết. Vì lẽ đó, với các thỏa thuận hướng đến phát triển doanh nghiệp vừa và nhỏ luôn được Nhà nước quan tâm thừa nhận và tạo điều kiện cho chúng thực hiện hiệu quả.

- Các thỏa thuận nhằm tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế

Theo cuốn Từ điển chính sách thương mại quốc tế, cartel công cộng là một loại thỏa thuận trong đó Chính phủ tạo điều kiện cho việc thiết lập và điều tiết các quy tắc thị trường vì các lý do chính sách rộng lớn hơn, bao gồm việc chấp nhận các cartel xuất khẩu nhằm tăng cường sức cạnh tranh cho các hãng trong nước⁷⁵. Trong pháp luật của nhiều nước, nhu cầu nâng cao năng lực cạnh tranh của nền kinh tế nội địa trong bối cảnh xây dựng và phát triển thị trường chung khu vực và quốc tế là cần thiết. Ngay ở Hoa Kỳ, người ta có thể tìm thấy các quy định về cho phép thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được thực hiện nếu nó góp phần nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp nội địa của họ ở nước ngoài trong đạo luật Webb - Pomerene. Có thể thấy rằng, việc thừa nhận các thỏa thuận có mục đích nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp nội địa trên thị trường quốc tế đã được chính sách thương mại quốc tế và kinh nghiệm pháp lý của nhiều nước thừa nhận.

Để trở thành một thành viên của các tổ chức kinh tế quốc tế như ASEAN, APEC và WTO, trước hết Việt Nam đã cam kết cải cách từng bước hệ thống chính sách và pháp luật vì mục đích tự do thương mại. Toàn cầu hoá đã bộc lộ những mặt khó chịu của nó đối với nước nghèo, những quốc gia chưa kịp cải cách đã phải chấp nhận những luật chơi quốc tế phần lớn do những nước phương Tây đặt ra. Muốn giành lợi thế so sánh, không còn con đường nào khác là buộc phải chủ động tiếp thu những chuẩn mực của pháp luật thương mại quốc tế đã được thừa nhận. Trong đó, pháp luật phải chuyển từ “công cụ quản lý kinh tế Nhà nước sang một trật tự bảo vệ tự do sở hữu, tự do khế ước và bảo vệ môi trường cạnh tranh toàn cầu”⁷⁶. Trên tinh thần ấy, bên cạnh việc tạo lập các biện pháp bảo vệ cho sản xuất nội địa như một yêu cầu tất yếu của quá trình hội nhập, còn cần phải nỗ lực xây dựng và phát triển nội lực. Vì vậy mà mọi nỗ lực của các doanh nghiệp trong việc nâng cao khả năng kinh doanh, khả năng cạnh tranh khi tham gia vào thị trường quốc tế cần được Nhà nước và pháp luật thừa nhận nếu những nỗ lực đó không gây hại cho nền kinh tế nội địa và không vi phạm pháp luật, tập quán của thương mại quốc tế. Có như vậy, hội nhập kinh tế quốc tế mới có khả năng thực hiện hiệu quả.

Để các trường hợp thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thuộc diện có thể được miễn trừ phải thực hiện thủ tục xin được hưởng miễn trừ theo pháp luật cạnh tranh. (phần này sẽ được phân tích cụ thể trong Chương 5).

⁽⁷⁴⁾Đảng Cộng sản Việt Nam, sđd, tr 162.

⁽⁷⁵⁾Walter Goode, sđd, tr 47.

⁽⁷⁶⁾Phạm Duy Nghĩa, Chuyên khảo Luật kinh tế (Hà Nội: NXB đại học quốc gia, 2004), tr 72, 74 và 85.

CHƯƠNG 3

HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH VÀ VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN NHẪM HẠN CHẾ CẠNH TRANH

I. NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH VÀ VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN NHẪM HẠN CHẾ CẠNH TRANH

1

Khái niệm, đặc điểm hành vi lạm dụng

1.1. Khái niệm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền

Kiểm soát và xử lý các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền (gọi tắt là hành vi lạm dụng) là một trong những nhiệm vụ quan trọng của pháp luật cạnh tranh nhằm bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, không phân biệt đối xử. Đặc trưng cơ bản của chế định pháp này là đối tượng áp dụng là những doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp đang có vị trí thống lĩnh, doanh nghiệp có vị trí độc quyền trên thị trường. Luật Cạnh tranh năm 2004 không đưa ra định nghĩa mà liệt cụ thể các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh. Theo đó, chỉ khi doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện những hành vi được quy định tại Điều 13 và Điều 14 Luật Cạnh tranh mới bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh. Pháp luật của một số nước (điển hình là Canada cũng có cách tiếp cận như pháp luật Việt Nam là không đưa ra khái niệm chung mà liệt kê các hành vi bị coi là vi phạm pháp luật chống lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền. Điều 78 Luật Cạnh tranh Canada liệt kê 11 hành vi bị coi là lạm dụng (ngoài ra còn cho phép cơ quan có thẩm quyền xử lý những hành vi chưa được pháp luật liệt kê nhưng thỏa mãn cấu thành pháp lý của hành vi lạm dụng theo Điều 79). Điều 79 quy định Tòa Cạnh tranh chỉ đưa ra phán quyết xử lý doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp khi chứng minh đủ ba nội dung sau đây:

Thứ nhất, một hoặc nhiều doanh nghiệp về cơ bản hoặc hoàn toàn kiểm soát một loại hình, một phân đoạn kinh doanh, trên toàn lãnh thổ Canada hay tại bất kỳ khu vực nào của nó;

Thứ hai, đã hoặc đang thực hiện hành vi phản cạnh tranh được quy định trong luật cạnh tranh;

Thứ ba, hành vi đó đã, đang hoặc có thể làm cản trở, làm giảm cạnh tranh trên thị trường một cách đáng kể⁷⁷.

⁷⁷CIDA-Bộ Thương mại Việt Nam, Luật Cạnh tranh Canada và bình luận (Hà Nội, 2004).

Theo Bộ quy tắc về cạnh tranh của Liên Hợp Quốc được thông qua ngày 22/4/1980 và Luật mẫu về cạnh tranh của UNCTAD, “hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh là hành vi hạn chế cạnh tranh mà doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền sử dụng để duy trì hay tăng cường vị trí của nó trên thị trường bằng cách hạn chế khả năng gia nhập thị trường hoặc hạn chế quá mức cạnh tranh”⁷⁸. Bên cạnh khái niệm, hai văn bản này cũng liệt kê cụ thể các hành vi bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh.

Như vậy, giống như các chế định khác trong pháp luật cạnh tranh, các quy định trong pháp luật của các nước và các tổ chức quốc tế về hành vi lạm dụng đều liệt kê và mô tả dấu hiệu pháp lý của các hành vi cụ thể; đặt ra các điều kiện để xử lý doanh nghiệp có hành vi vi phạm. Việc đưa ra khái niệm chỉ có ý nghĩa lý luận, phục vụ cho công tác nghiên cứu và cho việc nhận thức về bản chất của nhóm hành vi này. Các quy định liệt kê các hành vi lạm dụng nhằm đảm bảo cho công tác áp dụng pháp luật được thực hiện một cách công bằng và hiệu quả.

Với những hành vi được liệt kê trong Luật Cạnh tranh, có thể khái quát thành khái niệm sau: hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền những hành vi do doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện nhằm củng cố vị trí thống lĩnh, duy trì vị trí độc quyền bằng cách loại bỏ doanh nghiệp khác ra khỏi thị trường; ngăn cản, kìm hãm doanh nghiệp khác không cho gia nhập thị trường, phát triển kinh doanh hoặc nhằm thu lợi nhuận độc quyền bằng cách bóc lột khách hàng.

1.2. Đặc điểm của hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền

Dù có những khác biệt nhất định trong các quy định về hành vi lạm dụng, song pháp luật của các nước đều thống nhất rằng nhóm hành vi này có ba đặc trưng sau đây:

a. Chủ thể thực hiện hành vi là doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc doanh nghiệp có vị trí độc quyền trên thị trường liên quan

Vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có thể được hình thành từ sự tích tụ trong quá trình cạnh tranh; từ những điều kiện tự nhiên của thị trường như: yêu cầu về quy mô hiệu quả tối thiểu, sự biến dị của sản phẩm, sự tồn tại của các rào cản gia nhập thị trường; hoặc sự bảo hộ của quyền lực Nhà nước.... Vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền đem lại cho doanh nghiệp quyền lực thị trường và khả năng chi phối các quan hệ trên thị trường. Theo cuốn từ điển kinh tế học hiện đại “quyền lực thị trường là khả năng của một doanh nghiệp hoặc một nhóm các doanh nghiệp trong việc tác động đến giá cả thị trường của một loại hàng hoá hoặc dịch vụ mà họ bán hoặc mua”⁷⁹.

Tiếp thu những giá trị truyền thống trong lý thuyết cạnh tranh và các học thuyết kinh tế, Pháp luật của Canada coi “quyền lực thị trường là khả năng giữ giá cao hơn mức giá cạnh tranh mà vẫn có lợi nhuận trong một khoảng thời gian đáng kể, thông thường là một năm”⁸⁰. Trong khi đó, pháp luật của Cộng hòa Pháp sử dụng đồng thời hai cách tiếp cận về quyền lực thị trường là cách tiếp cận mang tính học thuyết và cách tiếp cận

⁽⁷⁸⁾Mục B đoạn 1 Bộ quy tắc về cạnh tranh của Liên Hợp Quốc (Hà Nội: sách dịch, 2001), tr 52.

⁽⁷⁹⁾David W. Pearce, sdd, tr 682.

⁽⁸⁰⁾CIDA, Luật Cạnh tranh Canada - một số hướng dẫn thi hành (NXB Giao thông vận tải, 2006), tr 179.

mang tính thực tiễn. Cách tiếp cận thứ nhất đã áp dụng định nghĩa trừu tượng mà các án lệ đã đưa ra: “doanh nghiệp chiếm vị trí thống lĩnh là doanh nghiệp có khả năng thoát khỏi cạnh tranh thực chất, không chịu ràng buộc của thị trường và đóng vai trò chủ đạo trên thị trường đó”. Thế nên, thay vì phải tuân theo quy luật của thị trường, doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền có thể tự làm luật trên thị trường đó. Cách tiếp cận thực tiễn được hình thành từ triết lý cho rằng “người lạm dụng không hẳn là người muốn lạm dụng, nhưng người lạm dụng chắc chắn phải là người có khả năng lạm dụng”. Thế nên, người ta thừa nhận sự tồn tại của sự thống lĩnh trên một thị trường khi trên thị trường đó xuất hiện những hành vi mà nếu có cạnh tranh thực chất thì những hành vi đó đã không thể thực hiện được⁸¹. Sự khác nhau nói trên đã đưa đến những khác biệt về căn cứ pháp lý được sử dụng để xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp trong pháp luật của các nước.

Pháp luật Canada chủ yếu sử dụng thị phần và các rào cản gia nhập thị trường, trong khi Pháp luật của Pháp lại sử dụng đa tiêu chí để xác định vị trí thống lĩnh, bao gồm: thị phần của doanh nghiệp, sự mất cân đối giữa các lực lượng thị trường như quy mô của doanh nghiệp, doanh nghiệp có trực thuộc hay không trực thuộc vào một tập đoàn, khả năng tài chính, sự yếu kém của đối thủ cạnh tranh..., diễn biến về sự thay đổi thị phần của doanh nghiệp, việc nắm giữ một số lợi thế về công nghệ, hiệu quả quản lý, ưu thế nhãn hiệu và các yếu tố bên ngoài có thể cho phép doanh nghiệp tránh được sự cạnh tranh thực chất. Dù có sự khác nhau trong quan niệm về quyền lực thị trường, song pháp luật của các nước đều thống nhất rằng vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền đem lại cho doanh nghiệp lợi thế cạnh tranh so với các doanh nghiệp khác và đem lại khả năng chi phối các quan hệ với khách hàng. Những lợi thế cạnh tranh có thể là khả năng kiểm soát các yếu tố của thị trường (như nguồn nguyên liệu, giá cả, số lượng sản phẩm đáp ứng cho người tiêu dùng; khả năng tài chính; thói quen tiêu dùng của khách hàng .v.v.) và các yếu tố tạo ra địa vị không ngang bằng trong cạnh tranh giữa doanh nghiệp thống lĩnh trên thị trường và các đối thủ của nó (bao gồm cả đối thủ tiềm năng). Trong quan hệ ấy, doanh nghiệp có điều kiện tận dụng những ưu thế trên nhằm gây khó khăn cho đối thủ trong quá trình kinh doanh hoặc ngăn cản việc gia nhập thị trường. Đối với khách hàng, vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền đã khẳng định địa vị quan trọng của doanh nghiệp trong cung ứng hoặc tiêu thụ sản phẩm trên thị trường liên quan bởi họ là nguồn cung hoặc nguồn cầu chủ yếu của thị trường. Vì thế, quyền lựa chọn của khách hàng đã bị hạn chế, nhu cầu của khách hàng bị lệ thuộc vào khả năng đáp ứng của doanh nghiệp. Doanh nghiệp có cơ hội để bóc lột khách hàng bằng cách đặt ra những điều kiện giao dịch không công bằng.

Về mặt học thuật, có hai vấn đề cần phải làm rõ như sau:

Một là, mục đích của pháp luật về chống hành vi lạm dụng là nhằm tạo ra một khuôn khổ thị trường trong đó mọi doanh nghiệp đều có cơ hội thành công hay thất bại tùy thuộc vào năng lực cạnh tranh.

Các quy định của pháp luật được áp dụng nhằm thúc đẩy cạnh tranh hiệu quả và không ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của bất kỳ đối thủ cạnh tranh hay nhóm đối thủ

⁸¹Dominique Brault, sdd, tr 233-234.

cạnh tranh nào. Mặt khác, các chính sách cạnh tranh được xây dựng và được áp dụng để khuyến khích cạnh tranh mà không phải để trừng phạt các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền. Nếu vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền của doanh nghiệp được tạo lập hợp pháp và doanh nghiệp thực hiện các chiến lược cạnh tranh lành mạnh (cho dù kết quả của chiến lược đó có loại bỏ đối thủ cạnh tranh) thì pháp luật cạnh tranh chưa thể xử lý doanh nghiệp. Nói cách khác, việc áp dụng pháp luật chống lạm dụng không nhằm xoá bỏ vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền của doanh nghiệp mà chỉ loại bỏ hành vi lạm dụng vị trí thống trị thị trường để trục lợi hoặc để bóp méo cạnh tranh. Một khi doanh nghiệp có quyền lực thị trường chưa có các biểu hiện của sự lạm dụng thì chúng vẫn là chủ thể được pháp luật bảo vệ.

Hai là, chủ thể thực hiện việc lạm dụng có thể là một doanh nghiệp đơn lẻ hoặc một nhóm doanh nghiệp (tối đa là 4) có vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền trên thị trường liên quan. Đối với vụ việc điều tra về hành vi lạm dụng của nhóm doanh nghiệp có quyền lực thị trường, cơ quan có thẩm quyền cần phải phân biệt được hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh với các thoả thuận hạn chế cạnh tranh. Bởi trong pháp luật về hạn chế cạnh tranh, những thoả thuận hạn chế cạnh tranh do một nhóm doanh nghiệp thực hiện, mặt khác, nội dung của một số thoả thuận có biểu hiện giống với các hành vi lạm dụng như: phân chia thị trường, hạn chế sản sản xuất, phân phối sản phẩm, hạn chế phát triển khoa học kỹ thuật.... Khi một nhóm doanh nghiệp (với tổng thị phần kết hợp đủ để thống lĩnh thị trường) thực hiện hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường để hạn chế cạnh tranh thì giữa họ không có sự thoả thuận trước. Nếu cơ quan Nhà nước có thẩm quyền có đủ chứng cứ chứng minh rằng đã tồn tại một thoả thuận trong nhóm doanh nghiệp đó để thực hiện những hành vi nói trên thì hành động của họ sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật chống thoả thuận hạn chế cạnh tranh.

b. Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, doanh nghiệp độc quyền đã hoặc đang thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh được quy định trong Luật Cạnh tranh

Điều 13 Luật Cạnh tranh nghiêm cấm doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thực hiện những hành vi hạn chế cạnh tranh sau:

- Bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh;
 - Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng;
 - Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hóa, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng;
 - Áp đặt điều kiện thương mại khác nhau trong giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh;
 - Áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng;
 - Ngăn cản việc tham gia thị trường của những đối thủ cạnh tranh mới.
- Với các doanh nghiệp độc quyền, ngoài những hành vi trên, Điều 14 Luật Cạnh tranh

còn cấm thực hiện hai hành vi sau:

- Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng;
- Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng.

Với các quy định tại Điều 13 và Điều 14 Luật Cạnh tranh, có thể kết luận rằng cơ quan có thẩm quyền chỉ có thể xử lý doanh nghiệp về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh khi chứng minh đủ hai điều kiện sau:

Một, doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp bị điều tra có vị trí thống lĩnh thị trường hoặc doanh nghiệp có vị trí độc quyền;

Hai, doanh nghiệp đó đã, đang thực hiện một trong những hành vi hạn chế cạnh tranh kể trên.

Do đó, nếu hành vi trên do doanh nghiệp bình thường thực hiện thì không thể kết luận đó là hành vi lạm dụng. Tương tự, doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền thực hiện những chiến lược, những hành vi cạnh tranh không thuộc các trường hợp trên cũng không làm xuất hiện hành vi lạm dụng. Như vậy, các quy định về lạm dụng đã đưa ra một ranh giới ứng xử về cạnh tranh cho các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hoặc độc quyền. Các cơ quan có thẩm quyền không thể áp dụng các biện pháp xử lý nếu các doanh nghiệp chưa vượt quá giới hạn cho phép và ngược lại.

Căn cứ vào các quy định hiện hành, doanh nghiệp thống lĩnh hoặc độc quyền không thể bị quy kết là đã có hành vi lạm dụng nếu thực hiện những hành vi không thuộc những trường hợp được liệt kê tại Điều 13 và Điều 14 Luật Cạnh tranh. Về vấn đề này, pháp luật của các nước có những cách tiếp cận rộng hơn. Điều 78 Luật Cạnh tranh Canada liệt kê những hành vi lạm dụng, song thực tiễn áp dụng lại cho thấy, Cục Cạnh tranh và Tòa Cạnh tranh Canada còn chấp nhận một số hành vi không được liệt kê trong Điều 78 là hành vi phản cạnh tranh nếu thỏa mãn ba điều kiện theo quy định tại Điều 79 đã được đề cập ở phần trên⁸². Tương tự, Hội đồng Cạnh tranh của Cộng hòa Pháp đã thừa nhận rằng một số hành vi dù không thuộc diện bị cấm nhưng vẫn có thể bị coi là cản trở đối với sự vận hành bình thường của thị trường vì những hành vi đó do một doanh nghiệp chiếm vị trí thống lĩnh thực hiện với động cơ phản cạnh tranh rõ rệt⁸³. Như vậy, với cách giải quyết này, chế định về hành vi lạm dụng trong pháp luật của các nước có thể được mở rộng bằng quyền của cơ quan cạnh tranh trong việc đánh giá mục đích và khả năng phản cạnh tranh của những hành vi không được pháp luật liệt kê.

Về bản chất, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh là việc các doanh nghiệp đã khai thác lợi thế mà quyền lực thị trường đem lại trong quan hệ với khách hàng để áp đặt những điều kiện giao dịch bất lợi cho khách hàng như áp đặt giá bán cao, áp đặt giá mua thấp, áp đặt các điều kiện mua bán bất hợp lý.... Với những hành vi bóc lột khách hàng, doanh nghiệp có quyền lực thị trường đã thâm tóm toàn bộ thặng dư xã hội (bao gồm toàn bộ thặng dư sản kinh doanh và toàn bộ thặng dư tiêu dùng). Do đó, cạnh tranh đã không có cơ hội phát huy tác dụng đối với thị trường nói chung và đối với khách hàng, người tiêu dùng nói riêng. Trong quan hệ cạnh tranh với đối thủ, các doanh nghiệp đã sử dụng lợi thế mà quyền lực thị

⁽⁸²⁾DCIDA, sdd, tr 168.

⁽⁸³⁾Dominique Brault, sdd, tr 257.

trường đem lại để thực hiện các chiến lược cạnh tranh nhằm chèn ép; ngăn cản việc gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh tiềm năng. Trong những trường hợp này, doanh nghiệp đã làm giảm, làm cản trở sự phát triển của tình trạng cạnh tranh trên thị trường. Dưới góc độ kinh tế, các doanh nghiệp thực hiện hành vi đã khai thác sự yếu thế của khách hàng; của đối thủ để củng cố, duy trì vị trí hiện tại của mình trên thị trường. Môi trường cạnh tranh không vận hành theo đúng quy luật hoặc bị cản trở, bị tiêu diệt nên pháp luật cần can thiệp để tái thiết lập các điều kiện thuận lợi cho cạnh tranh hoạt động trở lại. Dưới góc độ pháp lý, khi thực hiện hành vi lạm dụng, các doanh nghiệp đã vi phạm nghĩa vụ đặc thù của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền là “không được làm giảm mức độ cạnh tranh hiện có trên thị trường”. Trong thời kỳ phôi thai của pháp luật chống Cartel, chống tở-rớt, các quốc gia phương Tây đã ghi nhận rằng các doanh nghiệp có quyền lực thị trường có nghĩa vụ đặc thù trên bởi chúng có khả năng thực hiện những hành vi làm suy giảm, làm cản trở sự phát triển của môi trường cạnh tranh.

c. Hậu quả của hành vi lạm dụng là làm sai lệch, cản trở hoặc giảm cạnh tranh trên thị trường liên quan

Đặc trưng này cho thấy tác hại của hành vi lạm dụng đối với thị trường. Doanh nghiệp thực hiện hành vi lạm dụng nhằm duy trì, củng cố vị trí hiện có hoặc nhằm thu lợi ích độc quyền từ việc bóc lột khách hàng. Do đó, việc thực hiện hành vi có thể gây ra những thiệt hại cho một số đối tượng cụ thể, song nghiêm trọng hơn là làm suy giảm, cản trở tình trạng cạnh tranh của thị trường. Vì vậy, pháp luật của các nước đều buộc cơ quan có thẩm quyền phải chứng minh hành vi lạm dụng đã, đang hoặc có thể sẽ gây hậu quả ngăn cản hay hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường.

OECD cũng đưa ra khuyến nghị về việc xác định hành vi lạm dụng, trong đó họ cảnh báo rằng chỉ có thể chống lại có kết quả sự lạm dụng quyền lực thị trường, khi pháp luật và người thi hành nó xác định được “những hành vi cụ thể có thể gây hại cho cạnh tranh và đánh giá được những tác động toàn diện của chúng trên thị trường có liên quan”⁸⁴. Điều 79 Luật Cạnh tranh Canada quy định một trong những điều kiện để xử lý doanh nghiệp có quyền lực thị trường đã thực hiện hành vi lạm dụng là hành vi đã, đang hoặc có thể gây ra hậu quả ngăn cản hay hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường. Pháp luật của Cộng hòa Pháp cũng có những quy định tương tự. Theo pháp luật của những quốc gia trên thì hậu quả không phải là yếu tố cấu thành của hành vi lạm dụng mà là điều kiện để xử lý doanh nghiệp có hành vi lạm dụng. Với cách tiếp cận này, trong vụ việc về hành vi lạm dụng, cơ quan có thẩm quyền của các nước sẽ xác định ba nội dung sau đây:

Một, doanh nghiệp bị điều tra có hay không vị trí thống lĩnh thị trường hoặc vị trí độc quyền;

Hai, doanh nghiệp bị điều tra có thực hiện hành vi lạm dụng không;

Ba, hành vi lạm dụng có gây ra hoặc có thể gây ra hậu quả phản cạnh tranh hay không.

Khi có đủ bằng chứng chứng minh cả ba nội dung trên đều tồn tại, cơ quan có thẩm quyền sẽ áp dụng các biện pháp xử lý đối với doanh nghiệp bị điều tra.

⁸⁴OECD – WB, sdd, tr 160.

Luật Cạnh tranh của Việt Nam không đi theo xu hướng này. Theo đó, Luật Cạnh tranh coi hậu quả hạn chế cạnh tranh là một trong những yếu tố cấu thành nên hành vi lạm dụng. Do đó, khi điều tra vụ việc về hành vi lạm dụng, cơ quan có thẩm quyền chỉ cần chứng minh hai nội dung là:

Một, doanh nghiệp bị điều tra có vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền;

Hai, doanh nghiệp bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi lạm dụng được quy định tại Điều 13, Điều 14 Luật Cạnh tranh. Hậu quả hạn chế cạnh tranh đã được chuyển hóa trong những dấu hiệu pháp lý của từng hành vi lạm dụng.

Dấu hiệu về hậu quả của hành vi là căn cứ để phân biệt hành vi lạm dụng với hiện tượng tập trung kinh tế (cũng là một dạng hạn chế cạnh tranh). Tập trung kinh tế được Luật Cạnh tranh quy định bao gồm bốn hành vi (sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh). Thực chất, bốn hành vi này tạo thành những chiến lược của các doanh nghiệp tập trung các nguồn lực hiện có bằng cách tập trung hoặc liên kết những yếu tố về vốn, thị trường, lao động... từ các doanh nghiệp tham gia nhằm nâng cao khả năng kinh doanh và cạnh tranh, hình thành nên các thể lực độc quyền mà không thông qua sự tích tụ tư bản (tích tụ dần từ hiệu quả kinh tế). Từ đó, khả năng làm giảm, sai lệch hoặc hạn chế cạnh tranh của tập trung kinh tế được chứng minh trên cơ sở những *suy đoán* về việc các doanh nghiệp sáp nhập, hợp nhất, mua lại hay liên doanh có thể tạo ra doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có quyền lực thị trường làm thay đổi cấu trúc và tương quan cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên thị trường. Trong khi đó, hành vi lạm dụng gây ra hậu quả là những thiệt hại về lợi ích mà các doanh nghiệp khác, hoặc khách hàng phải gánh chịu. Nói cách khác, pháp luật chống lạm dụng hướng đến việc cấm đoán hành vi, còn pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế có nhiệm vụ ngăn chặn khả năng hình thành các thể lực có quyền lực trên thị trường bằng việc tiến hành tập trung kinh tế.

2

Xác định vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền

2.1. Xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp

Luật Cạnh tranh không định nghĩa thế nào là vị trí thống lĩnh mà chỉ quy định các căn cứ để xác định doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền trên thị trường liên quan. Điều 11 Luật Cạnh tranh quy định về vị trí thống lĩnh như sau:

“Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể;

Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu cùng hành động nhằm gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể và thuộc một trong các trường hợp sau:

- Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;

- Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;
- Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan.”

Điều 12 Luật Cạnh tranh quy định về vị trí độc quyền như sau:

“Doanh nghiệp được coi là có vị trí độc quyền nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hoá, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh trên thị trường liên quan.”

Như vậy, đối tượng có vị trí thống lĩnh có thể là một hoặc một nhóm doanh nghiệp. Các căn cứ xác định vị trí thống lĩnh cho hai đối tượng trên không giống nhau. Pháp luật của các nước đều có những quy định tương tự về đối tượng có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền trên thị trường liên quan.

a. Vị trí thống lĩnh của một doanh nghiệp

Theo khoản 1 Điều 11 Luật Cạnh tranh, doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh nếu thuộc một trong hai trường hợp sau đây:

Trường hợp 1: Doanh nghiệp đó có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan.

Doanh nghiệp có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan đương nhiên được coi là có vị trí thống lĩnh trên thị trường liên quan. Như vậy, để xác định vị trí thống lĩnh, cần xác minh thị trường liên quan và thị phần của doanh nghiệp bị điều tra.

Thị trường liên quan trong một vụ việc về hành vi lạm dụng là thị trường mà doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh đang kiểm soát hoặc chi phối. Thế nên, thị trường liên quan không đồng nghĩa với ngành, lĩnh vực kinh tế mà doanh nghiệp đó đang tham gia kinh doanh mà là thị trường cạnh tranh của doanh nghiệp bị điều tra. Việc phân tích nhằm xác định trong khu vực sản phẩm và địa lý đang kinh doanh, doanh nghiệp bị điều tra có cạnh tranh với doanh nghiệp nào khác không. Do đó, thị trường liên quan được xác định theo những dấu hiệu cơ bản như:

Một là, dấu hiệu về hàng hóa, dịch vụ. Theo dấu hiệu này, cần xem xét trên thị trường liên quan của doanh nghiệp bị điều tra có bao nhiêu loại sản phẩm cụ thể. Cách sắp xếp này không hoàn toàn giống việc phân ngành kinh tế của các nhà kinh tế vĩ mô. Thí dụ, người ta có thể nói đến một thị trường năng lượng song trên thực tế, người ta biết đến vô số những sản phẩm và hàng hóa đang xuất hiện trên thị trường này, mặc dù nhiều loại sản phẩm không tham gia cạnh tranh với nhau được. Thị trường liên quan có thể chỉ là một phân đoạn cụ thể của quy trình sản xuất hoặc chỉ bao gồm một sản phẩm cụ thể đáp ứng cho một nhóm khách hàng riêng biệt hoặc có thể bao trùm toàn bộ một ngành, một lĩnh vực kinh tế mà doanh nghiệp bị điều tra tham gia sản xuất, kinh doanh. Vì thế, dấu hiệu này được xác định từ những sản phẩm có khả năng thay thế cho sản phẩm bị điều tra.

Hai là, dấu hiệu về phương diện địa lý - phạm vi không gian mà các sản phẩm thay thế cho nhau (bao gồm sản phẩm bị điều tra và các sản phẩm cạnh tranh với nó) được tiêu thụ chủ yếu. Phạm vi này được cấu thành từ những khu vực địa lý cụ thể cùng tiêu thụ sản phẩm bị điều tra và các sản phẩm thay thế cho nó với điều kiện là các khu vực này có điều kiện cạnh tranh tương tự nhau. Vì thế khi khoanh vùng thị trường liên quan về phương diện địa lý, cần xác định chính xác những khu vực có tiêu thụ sản phẩm bị

điều tra và khu vực tiêu thụ sản phẩm thay thế. Sau đó, thẩm tra các điều kiện cạnh tranh giữa những khu vực này bằng các điều kiện vận chuyển, chi phí và thời gian vận tải.... Nói chung, sẽ không có một công thức nào đúng cho mọi thị trường liên quan khi phải phân khúc về phương diện không gian. Vấn đề quả thực không đơn giản và cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ phải lường trước được những cửa ải phức tạp. Mặt khác, quy mô về địa lý của các thị trường có thể thay đổi theo thời gian bởi sự phát triển của các phương tiện vận tải và thông tin liên lạc cũng như sự phát triển của các kỹ thuật kinh doanh. Một số thị trường trước đây mang tính địa phương, song hiện nay đang có xu hướng mất đi tính chất này. Không còn cách nào khác, cơ quan quản lý cạnh tranh quốc gia phải cân nhắc đến tình hình thực tế đặc thù của “công nghệ” kinh doanh của từng loại sản phẩm, hàng hóa mà phân xét theo tiêu chí cơ bản về *địa bàn tập trung* của việc tiêu thụ sản phẩm. Ngoài ra, thị trường liên quan còn được xem xét dưới góc độ thời gian, có những thị trường được hình thành tức thời và nhanh chóng biến mất, song cũng có những trường luôn tồn tại. Với những sản phẩm được mua bán liên tục thì vấn đề thời gian sẽ không đặt ra trong việc xác định thị trường liên quan. Nhưng có những hàng hóa mang tính mùa vụ hoặc quan hệ mua bán nhất thời như bánh trung thu vào mùa tết trung thu hoặc các hội chợ được tổ chức trong thời gian ngắn... thì cần xem xét đến yếu tố thời gian khi xác định phạm vi của thị trường liên quan trong các vụ việc về hành vi lạm dụng.

Trong trường hợp này, thị phần là căn cứ duy nhất để xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp. Những doanh nghiệp có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan sẽ mặc nhiên được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường. Việc nắm thị phần lớn cho thấy khả năng chi phối cung - cầu trên thị trường nên pháp luật cạnh tranh của các nước cũng sử dụng thị phần làm căn cứ cơ bản để xác định quyền lực thị trường của doanh nghiệp. Sự khác nhau chủ yếu trong pháp luật các nước là mức thị phần được sử dụng để xác định quyền lực thị trường. Ví dụ, ở Vương quốc Anh, một doanh nghiệp được xem là có vị trí thống lĩnh khi mua hoặc bán 25% trở lên của một loại hàng hoá, dịch vụ trong nước hoặc trên một khu vực nhất định. Trong khi đó, luật của Mông cổ và Ucraina cho rằng vị trí thống lĩnh của một hoặc một nhóm công ty chỉ xuất hiện khi chúng chiếm trên 50% mức cung ứng một loại sản phẩm nào đó; pháp luật của Liên bang Nga đưa ra mức thị phần của doanh nghiệp thống lĩnh là 65%⁸⁵.

Như vậy, pháp luật Việt Nam đã sử dụng phương pháp định lượng (án định mức thị phần cụ thể) để xác định vị trí thống lĩnh thị trường. Do đó, chỉ cần xác định doanh nghiệp bị điều tra có thị phần bằng hoặc vượt *ngưỡng* quy định là kết luận có vị trí thống lĩnh thị trường mà không cần chứng minh doanh nghiệp đó có khả năng kiểm soát thị trường trên thực tế hay không. Với cách tiếp cận này, pháp luật không cần đưa ra khái niệm mang tính học thuật mà chỉ quy định căn cứ pháp lý để xác định về vị trí thống lĩnh. Do đó, có thể dễ dàng kết luận một doanh nghiệp đang thống lĩnh thị trường nếu đã xác định được thị trường liên quan và thị phần của doanh nghiệp đó. Pháp luật của nhiều nước (đặc biệt là những nước có nhiều kinh nghiệm trong việc xử lý các vụ việc về hạn chế cạnh tranh như các nước trong cộng đồng châu Âu, Hoa Kỳ,

⁸⁵UNCTAD, sdd, tr 52-53.

Canada...) ưu tiên sử dụng cách đánh giá đa tiêu chí theo từng vụ việc cụ thể để xác định vị trí thống lĩnh thị trường. Với quan niệm cho rằng doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh là doanh nghiệp có khả năng kiểm soát thị trường trên thực tế hoặc là doanh nghiệp có khả năng thoát khỏi cạnh tranh, không chịu sự ràng buộc của thị trường và đóng vai trò chủ đạo trên thị trường, án lệ của các nước đều khẳng định thị phần là một trong những nhân tố quan trọng song chưa phải là duy nhất cấu thành nên quyền lực thị trường⁸⁶. Tại Pháp, việc xác định vị trí thống lĩnh thị trường được tiến hành dựa trên nhiều tiêu chí, trong đó chủ yếu là các tiêu chí sau: thị phần của doanh nghiệp; sự mất cân đối giữa các lực lượng trên thị trường (quy mô của doanh nghiệp, doanh nghiệp có trực thuộc tập đoàn, khả năng tài chính, sự yếu kém của các đối thủ cạnh tranh); những lợi thế của doanh nghiệp bị điều tra như trình độ công nghệ, hiệu quả quản lý, uy tín nhãn hiệu...; các yếu tố khách quan khác có khả năng cho phép doanh nghiệp tránh được áp lực cạnh tranh như các rào cản.... Pháp luật của Canada yêu cầu cơ quan điều tra cần phân tích kết hợp nhiều yếu tố như thị phần của doanh nghiệp bị điều tra, thị phần của các doanh nghiệp còn lại trên thị trường, sự tồn tại của các rào cản gia nhập.... Từ đó, Cục Quản lý cạnh tranh Canada đã đặt ra nguyên tắc: một doanh nghiệp có thị phần thấp hơn 35% không thể có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp có thị phần từ 35% trở lên cần được tiếp tục xem xét bằng cách đánh giá thêm những yếu tố khác⁸⁷.

Luật Cạnh tranh Ấn Độ năm 2002 định nghĩa vị trí thống lĩnh là một vị trí có sức mạnh, do một doanh nghiệp nắm giữ cho phép doanh nghiệp đó:

- Hoạt động độc lập với các lực lượng cạnh tranh áp đảo khác trên thị trường;
- Gây ảnh hưởng đối với các đối thủ cạnh tranh và người tiêu dùng hoặc thị trường có liên quan của doanh nghiệp theo mong muốn của doanh nghiệp đó.

Pháp luật về cạnh tranh của Hoa Kỳ không quy định cụ thể về vị trí thống lĩnh, nhưng trong các án lệ, Toà án của nước này lại xác định vị trí thống lĩnh là quyền kiểm soát giá cả thị trường hoặc loại trừ cạnh tranh.... Do đó, pháp luật ở nhiều quốc gia không coi thị phần là yếu tố duy nhất hay quan trọng nhất mà các yếu tố tổng hợp có thể tác động đồng thời đến khả năng chi phối thị trường của doanh nghiệp sẽ phản ánh quyền lực của doanh nghiệp trên thị trường liên quan. Cách thức này sẽ khắc phục được những tình huống có thị phần lớn nhưng do chịu sự chi phối bởi nhiều yếu tố khách quan nên không thể chi phối thị trường, do đó doanh nghiệp không thể được coi là có vị trí thống lĩnh. Tuy nhiên, để việc phân tích tổng hợp có hiệu quả, thị trường phải đảm bảo yếu tố minh bạch, trung thực về thông tin, người thực thi phải có được đủ trình độ chuyên môn, kỹ thuật... Trong khi đó, thị phần được coi là cơ sở quan trọng nhất để xác định vị trí thống lĩnh, còn các yếu tố như rào cản gia nhập thị trường, tương quan thị trường lại được sử dụng để xác định thị trường liên quan mà không phải được dùng để phân tích quyền lực của doanh nghiệp.

Như vậy, mặc dù có sự khác nhau về số lượng các tiêu chí được sử dụng, song pháp luật của các nước nói trên đều có chung quan điểm cho rằng doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh phải có khả năng kiểm soát thị trường trên thực tế (cụ thể là kiểm soát giá cả

⁽⁸⁶⁾CIDA, sdd, tr 186; Dominique Brault, sdd, tr 235.

⁽⁸⁷⁾CIDA, sdd, tr 186; Dominique Brault, sdd, tr 235-240.

của sản phẩm). Do đó, một doanh nghiệp có thị phần lớn, song không thể chi phối thị trường vì có nhiều yếu tố khác ngăn trở như sự tồn tại của các rào cản, quy mô của đối thủ cạnh tranh... thì không thể kết luận là doanh nghiệp đó có vị trí thống lĩnh. Ngược lại, có thể tồn tại vị trí thống lĩnh với một doanh nghiệp có thị phần không lớn nhưng lại chi phối được thị trường vì đang nắm giữ nhiều lợi thế cạnh tranh như trình độ công nghệ, khả năng tài chính, sự hậu thuẫn của các tập đoàn.... Với cách tiếp cận này, pháp luật không đặt ra ngưỡng thị phần cụ thể mà trao cho cơ quan cạnh tranh quyền đánh giá về khả năng kiểm soát thị trường của các doanh nghiệp bị điều tra theo điều kiện của từng vụ việc cụ thể.

Kinh nghiệm của các nước cho thấy, phương pháp định lượng mà Luật Cạnh tranh năm 2004 sử dụng một mặt đem lại sự thuận lợi cho cơ quan điều tra nhưng mặt khác có thể tồn tại những sai sót cho việc kết luận về vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp bị điều tra. Bởi vẫn còn khả năng doanh nghiệp chưa đủ ngưỡng thị phần luật định song lại có thể chi phối thị trường bằng tiềm lực về công nghệ, về tài chính, về hệ thống phân phối... và ngược lại.

Trường hợp 2: Doanh nghiệp đó có khả năng hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

Doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường khi có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể. Trường hợp này được sử dụng để xác định vị trí thống lĩnh khi một doanh nghiệp chưa tích lũy đủ mức thị phần tối thiểu (tức là có thị phần dưới 30% trên thị trường liên quan) nhưng có khả năng thực hiện những hành vi gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Nghị định số 116/2005/NĐ-CP không giải thích mà chỉ đưa ra các căn cứ để xác định khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể, bao gồm:

1. Năng lực tài chính của doanh nghiệp;
2. Năng lực tài chính của tổ chức cá nhân thành lập doanh nghiệp;
3. Năng lực tài chính của tổ chức, cá nhân có quyền kiểm soát hoặc chi phối hoạt động của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật hoặc điều lệ của doanh nghiệp;
4. Năng lực tài chính của công ty mẹ;
5. Năng lực công nghệ;
6. Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghệ;
7. Quy mô của mạng lưới phân phối;
8. Các căn cứ khác mà Cơ quan Quản lý cạnh tranh và Hội đồng Cạnh tranh cho là phù hợp⁸⁸.

Việc quy định về vị trí thống lĩnh cho các doanh nghiệp có thị phần dưới 30% trên thị trường nhưng có khả năng hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể nhằm bổ sung và khắc phục những hạn chế của việc sử dụng thị phần làm căn cứ duy nhất để xác định vị trí thống lĩnh. Như đã phân tích, nếu chỉ sử dụng thị phần làm căn cứ xác định vị trí thống lĩnh thì vẫn có thể bỏ sót những trường hợp đặc biệt do doanh nghiệp nắm giữ nhiều lợi thế về tài chính, công nghệ, hệ thống phân phối... nên có thể chi phối thị trường và thực hiện những hành vi làm sai lệch môi trường cạnh tranh. Trong trường hợp này, thị phần hiện tại của doanh nghiệp chưa cho thấy khả năng làm sai lệch

⁸⁸Điều 22 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

cung - cầu nhưng lại có tiềm lực tài chính của doanh nghiệp hoặc sự hỗ trợ tài chính của các chủ sở hữu, của tập đoàn hoặc quy mô của mạng lưới phân phối, sức mạnh công nghệ... để thực hiện những hành vi gây ra hậu quả hạn chế cạnh tranh. Nghị định 116.2005.NĐ-CP chỉ liệt kê các tiêu chí xác định khả năng hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể mà không đưa ra mức định lượng cho từng tiêu chí. Do đó, tùy theo từng vụ việc cụ thể, cơ quan có thẩm quyền sẽ phân tích, đánh giá và đưa ra kết luận. Cơ quan có thẩm quyền có thể sử dụng tất cả hoặc một số tiêu chí trên để đánh giá về vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp.

Việc sử dụng *khả năng hạn chế cạnh tranh* một cách đáng kể làm căn cứ dự phòng khi xác định vị trí thống lĩnh thị trường nếu yếu tố thị phần chưa đủ để kết luận sẽ có ý nghĩa đối với quá trình đấu tranh chống các toan tính lạm dụng sức mạnh tài chính, công nghệ để lũng đoạn thị trường từ phía các doanh nghiệp, các nhà đầu tư trong và ngoài nước. Khả năng xuất hiện những thủ đoạn cấu kết ngầm hoặc đầu tư ngầm để chiếm lĩnh, lũng đoạn thị trường từ các thể lực tài chính quốc tế và trong nước không phải là ít. Chúng có thể dựng lên các doanh nghiệp dưới hình thức doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, hoặc doanh nghiệp trong nước làm bình phong để thực hiện những tính toán nói trên. Nếu phân tích từ thị phần, thì những doanh nghiệp này không đủ *tiêu chuẩn* để được coi là thống lĩnh hoặc độc quyền, song với sự tài trợ của các doanh nghiệp mẹ, chúng có thể thực hiện những hành vi hạn chế cạnh tranh và có khả năng gây ra hậu quả không khác gì doanh nghiệp thống lĩnh thị trường thực sự. Vì vậy, khi sử dụng *khả năng hạn chế cạnh tranh* làm căn cứ kết luận về vị trí thống lĩnh, chúng ta sẽ có cơ sở để đấu tranh chống lại các biểu hiện tiêu cực nhằm hạn chế cạnh tranh ngay từ trong những giai đoạn đầu của một chiến lược chiếm lĩnh thị trường, từ đó nâng cao hiệu quả quản lý kinh tế đảm bảo sự phát triển lành mạnh và an ninh cho nền kinh tế.

b. Vị trí thống lĩnh của một nhóm doanh nghiệp

Theo khoản 2 Điều 11 Luật Cạnh tranh, một nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường nếu thỏa mãn hai điều kiện sau:

Một, cùng hành động gây hạn chế cạnh tranh (thực hiện cùng một hành vi hạn chế cạnh tranh);

Hai, tổng thị phần của các doanh nghiệp trong nhóm đạt các mức sau:

- Nếu nhóm có hai doanh nghiệp, tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;
- Nếu nhóm có ba doanh nghiệp, tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;
- Nếu nhóm có bốn doanh nghiệp, tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;

Theo nghĩa thông thường, nhóm doanh nghiệp bao gồm những doanh nghiệp có mối liên hệ về kinh tế, tài chính và tổ chức với nhau như nhóm doanh nghiệp có quan hệ mẹ - con, nhóm doanh nghiệp trong cùng tập đoàn, nhóm doanh nghiệp cùng tham gia một thỏa thuận.... Tuy nhiên, trong trường hợp này, khái niệm nhóm doanh nghiệp không được xác định từ những quan hệ kinh tế, tài chính, tổ chức hay thỏa thuận nói trên mà bao gồm các doanh nghiệp đã thực hiện cùng một hành vi hạn chế cạnh tranh. Các doanh nghiệp trong nhóm là những doanh nghiệp độc lập và đã thực hiện hành vi

hạn chế cạnh tranh giống nhau trong cùng một khoảng thời gian trên cùng thị trường liên quan.

Như vậy, không phải đương nhiên có một nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường nếu các doanh nghiệp chưa thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh. Khi chưa có hành vi hạn chế cạnh tranh được thực hiện, các doanh nghiệp vẫn còn là những chủ thể kinh doanh độc lập. Việc cùng thực hiện cùng một hành vi gây hạn chế cạnh tranh là lý do để gom các doanh nghiệp đơn lẻ thành nhóm doanh nghiệp. Dưới góc độ so sánh, có thể xác định một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường ngay cả khi doanh nghiệp đó chưa thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh chỉ bằng hai căn cứ là thị phần và khả năng hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể. Song với nhóm doanh nghiệp thì khi các doanh nghiệp chưa thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền chưa thể xếp các doanh nghiệp đơn lẻ thành một nhóm để kết luận có hay không có vị trí thống lĩnh thị trường.

Một vấn đề luôn gây ra tranh cãi trong quá trình thực thi pháp luật cạnh tranh ở nhiều nước là các doanh nghiệp có thỏa thuận về việc thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh hay không. Tại EU, trong quá trình phát triển của pháp luật cạnh tranh đã nảy sinh những quan điểm khác nhau về vấn đề này. Ngay từ năm 1979, Hội đồng cạnh tranh Pháp đã sử dụng lý thuyết về hành động phối hợp để cho rằng Hội đồng có quyền xử lý các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh tập thể của một số ít doanh nghiệp hoạt động trên thị trường dù giữa họ không có thỏa thuận⁸⁹. Cơ quan này cũng đưa ra khuyến cáo rằng không phải cứ thấy các doanh nghiệp có hành vi giống nhau là kết luận ngay họ đã có sự phối hợp cùng hành động. Hội đồng chỉ đưa ra kết luận về việc lạm dụng tập thể nếu chứng minh rằng việc thực hiện hành vi giống nhau đó không thể giải thích theo cách nào khác ngoài việc đã có sự phối hợp hành động. Quan điểm này tương tự với những quan điểm đã tồn tại ở Hoa Kỳ. Ngay từ năm 1946, các cơ quan thực thi pháp luật của Hoa Kỳ đã cho rằng nếu vài doanh nghiệp cùng áp dụng một chính sách như nhau trên thị trường (đặc biệt là chính sách giá), cho dù họ không có thỏa thuận với nhau, vẫn có thể cấu thành một hành vi thống nhất cùng hành động chiếu theo quy định tại Mục II Luật Sherman nếu các doanh nghiệp này có thể kiểm soát thị trường⁹⁰.

Tuy nhiên, Hội đồng Cạnh tranh Pháp lại cho rằng “trong trường hợp một số doanh nghiệp hoạt động trên cùng thị trường mà không có doanh nghiệp nào chiếm vị trí thống lĩnh và chiến lược kinh doanh của họ được xây dựng một cách độc lập với nhau thì không thể nhìn nhận những doanh nghiệp đó là một nhóm doanh nghiệp chiếm vị trí thống lĩnh trên thị trường chỉ vì lý do mỗi doanh nghiệp trong số đó đã lựa chọn một chiến lược tương tự như chiến lược của các doanh nghiệp còn lại”⁹¹. Quan điểm này là sự tiếp nối quan điểm của Tòa án Công lý của EU cho rằng để có thể kết luận việc thực hiện những hành vi giống nhau là một sự phối hợp hành động theo Điều 81 Hiệp ước Rome hoặc là một sự lạm dụng tập thể theo Điều 82 thì cần phải hội đủ hai điều kiện: các doanh nghiệp phải ý thức được sự giống nhau đó và phải cố ý thực hiện. Cho đến nay, sau những tranh luận của các nhà khoa học và các cơ quan thực thi pháp luật, các cơ quan có thẩm quyền của EU, của Pháp đã chấp nhận quan điểm cho rằng các

⁸⁹CPhụ lục tạp chí ADCC Lamy, số 150, xem các báo cáo thường niên của Hội đồng Cạnh tranh năm 1979 và 1980, tr. 37.

⁹⁰Dominique Brault, sdd, tr 243.

⁹¹Hội đồng Cạnh tranh Pháp, Báo cáo thường niên năm 1987.



doanh nghiệp có thể nắm vị trí thống lĩnh thị trường cho dù giữa họ không tồn tại các mối liên hệ về kinh tế và tài chính, không có thỏa thuận về hành vi hạn chế cạnh tranh⁹². Việc các doanh nghiệp không có thỏa thuận nhưng thực hiện cùng một hành vi hạn chế cạnh tranh không có thỏa thuận là căn cứ để kết luận về vị trí thống lĩnh của nhóm doanh nghiệp nếu sự kết hợp giữa các doanh nghiệp đủ để kiểm soát thị trường.

Pháp luật cạnh tranh của Canada cũng quy định về nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh. Theo đó, *hành động giống nhau có chủ ý* là cơ sở để gom các doanh nghiệp thành nhóm thống lĩnh. Hành động giống nhau có chủ ý không phải là một thỏa thuận về hành vi hạn chế cạnh tranh mà chỉ là sự phối hợp về hành vi giữa các doanh nghiệp độc lập. Từng doanh nghiệp trong nhóm được xem xét đã có những quyết định dựa vào hành vi của đối thủ. Sự tương tác giữa các hành vi giống nhau (nhưng không là kết quả của thỏa thuận) đã tạo nên chiến lược hạn chế cạnh tranh tập thể của nhóm doanh nghiệp. Do đó, một nhóm doanh nghiệp liên kết hành động mà không có một thỏa thuận rõ ràng sẽ được giải quyết theo những quy định về lạm dụng tập thể⁹³.

Cho đến nay, các quy định về nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trong Luật Cạnh tranh năm 2004 chưa tạo ra những tranh luận trong khoa học pháp lý Việt Nam. Lý do của tình trạng này là pháp luật cạnh tranh còn non trẻ và việc áp dụng Luật cạnh tranh chưa có những tác động lớn đến thị trường. Với các quy định hiện hành về hành vi hạn chế cạnh tranh, mọi thỏa thuận giữa các doanh nghiệp về việc thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh sẽ cấu thành nên thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Trong trường hợp các doanh nghiệp cùng thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh được quy định tại Điều 13 Luật Cạnh tranh mà không chứng minh được có thỏa thuận thì có thể xem xét xử lý theo chế định về lạm dụng nếu thỏa mãn điều kiện về thị phần của nhóm doanh nghiệp thống lĩnh thị trường.

Với một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, pháp luật xử lý các doanh nghiệp tham gia bởi mục đích hạn chế cạnh tranh đã được chứng minh một cách rõ ràng qua sự thống nhất ý chí (thỏa thuận) cùng thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh. Với việc lạm dụng của một nhóm doanh nghiệp, pháp luật không xử lý doanh nghiệp vì mục đích hạn chế cạnh tranh mà vì hậu quả hạn chế cạnh tranh mà hành vi của họ gây ra cho thị trường. Việc cùng thực hiện một hành vi hạn chế cạnh tranh giống nhau có thể là phản ứng ngẫu nhiên của các doanh nghiệp, có thể là những phản ứng dây chuyền, thậm chí là sự thỏa thuận ngầm mà cơ quan có thẩm quyền không thể tìm được bằng chứng về thỏa thuận. Song, trong mọi trường hợp, hành vi của các doanh nghiệp nếu không được chấm dứt sẽ làm sai lệch, làm giảm hoặc cản trở cạnh tranh trên thị trường. Chế định về nhóm doanh nghiệp thống lĩnh được đặt ra nhằm bảo vệ cơ cấu cạnh tranh của thị trường cho dù không chứng minh được ý chí hạn chế cạnh tranh của các doanh nghiệp.

Vì khuyết các bằng chứng về ý chí của doanh nghiệp thực hiện hành vi nên các quy định về nhóm doanh nghiệp thống lĩnh thị trường đặt ra những điều kiện chặt chẽ hơn so với việc xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh:

- Với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, các doanh nghiệp tham gia chỉ cần thống nhất thực hiện một trong những hành vi hạn chế cạnh tranh là có thể xử lý nếu đáp ứng các

⁽⁹²⁾Dominique Brault, sdd, tr 248-249.

⁽⁹³⁾CIDA, sdd, tr 191-192.

điều kiện xử lý theo nguyên tắc cấm tuyệt đối hoặc nguyên tắc thị phần từ 30% trở lên (hành vi hạn chế cạnh tranh có thể đã, đang hoặc chưa được thực hiện trên thực tế). Trong khi đó, các doanh nghiệp chỉ bị quy kết là có vị trí thống lĩnh tập thể khi hành vi hạn chế cạnh tranh đã được thực hiện trên thực tế;

- Số lượng các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận không là căn cứ để xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Có nghĩa là chỉ cần có từ hai doanh nghiệp trở lên cùng nhau thống nhất thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh là đủ cấu thành nên thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh chỉ có thể bao gồm từ 2 đến 4 doanh nghiệp. Do đó, nếu có từ 5 doanh nghiệp trở lên trên thị trường liên quan cùng thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh mà cơ quan có thẩm quyền không có đủ bằng chứng về việc giữa họ có thỏa thuận thì cũng không thể quy kết là nhóm doanh nghiệp thống lĩnh thị trường.

- Tổng thị phần để kết luận nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh luôn cao hơn nhiều so với tổng thị phần để có thể xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Khi có hai doanh nghiệp cùng thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh, pháp luật chỉ có thể xử lý theo chế định về nhóm thống lĩnh khi tổng thị phần đạt từ 50% trở lên trên thị trường liên quan (tương ứng với 3 doanh nghiệp là 65%; 4 doanh nghiệp là 75% trở lên trên thị trường liên quan). Trong khi đó, trừ ba loại thỏa thuận bị cấm tuyệt đối (không cần cứ vào thị phần), các thỏa thuận còn lại bị cấm khi tổng thị phần của các doanh nghiệp tham gia đạt từ 30% trở lên trên thị trường liên quan (dù số lượng tham gia là 2 doanh nghiệp trở lên).

Như vậy, không phải mọi trường hợp nhiều doanh nghiệp cùng thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh mà không có thỏa thuận (hoặc ít nhất là không chứng minh được họ có thỏa thuận) đều quy kết về nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh để xử lý bằng chế định về hành vi lạm dụng. Sẽ có những trường hợp nếu có thỏa thuận thì xử lý theo pháp luật về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, song nếu không có thỏa thuận hoặc không chứng minh được có sự thỏa thuận giữa các doanh nghiệp thì không thể xử lý. Cụ thể là những trường hợp mà số lượng doanh nghiệp thực hiện hành vi từ 5 doanh nghiệp trở lên hoặc tổng thị phần ở các mức từ 30 đến dưới 50% đối với nhóm 2 doanh nghiệp (từ 30 đến dưới 65% đối với nhóm 3 doanh nghiệp...).

2.2. Vị trí độc quyền của doanh nghiệp

Theo Luật Cạnh tranh, doanh nghiệp được coi là có vị trí độc quyền nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hóa, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh trên thị trường liên quan. Dưới góc độ lý thuyết, vị trí độc quyền đã loại bỏ khả năng có sự tồn tại của cạnh tranh trên thị trường liên quan bởi tại đó chỉ có một doanh nghiệp duy nhất là doanh nghiệp đang được xem xét hoạt động. Do đó, khi xác định vị trí độc quyền, cơ quan cạnh tranh chỉ cần:

- Xác định thị trường liên quan;
- Xác định số lượng doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường. Nếu kết luận đưa ra là chỉ có một doanh nghiệp duy nhất thì doanh nghiệp đó có vị trí độc quyền. Các



bước phân tích về doanh thu, doanh số... để xác định tổng thị phần của thị trường sẽ không còn cần thiết.

II. CÁC HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH, VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN THEO LUẬT CẠNH TRANH

Điều 13, 14 Luật Cạnh tranh liệt kê các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh. Căn cứ vào tính chất và mục đích của chủ thể thực hiện, có thể chia các hành vi lạm dụng thành hai nhóm hành vi sau đây:

1

Nhóm hành vi lạm dụng mang tính bóc lột

Nhóm hành vi lạm dụng mang tính bóc lột là những hành vi của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền trên thị trường liên quan đã áp đặt những điều kiện thương mại bất lợi cho khách hàng nhằm thu lợi nhuận độc quyền. Ngoài những dấu hiệu cơ bản của hành vi lạm dụng như đã phân tích ở mục 1, nhóm hành vi này còn có các dấu hiệu cơ bản sau:

Thứ nhất, đối tượng mà nhóm hành vi này hướng đến là khách hàng của doanh nghiệp làm phát sinh trong quan hệ giữa doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, có vị trí độc quyền với khách hàng. Ở đó, hiện tượng *trăm người bán, vạn người mua* sẽ là cơ hội cho người bán tận dụng để đưa ra những điều kiện bất lợi cho *người mua* trong giao dịch.

Thứ hai, hành vi lạm dụng đem lại lợi ích cho doanh nghiệp không từ hiệu quả kinh doanh mà từ những điều kiện thương mại bất lợi mà khách hàng phải gánh chịu. Lợi ích mà doanh nghiệp thu được có thể là các khoản lợi nhuận độc quyền, khả năng khống chế các yếu tố của thị trường như nguyên, vật liệu, nguồn cung..., các chiến lược kinh doanh ở những thị trường khác được thực hiện.... Điều này cho thấy bản chất bóc lột của hành vi lạm dụng bởi các khoản lợi ích mà doanh nghiệp thu được là do đã *bóc lột* được từ khách hàng bằng những nghĩa vụ vô lý hoặc không công bằng.

Theo Luật Cạnh tranh, nhóm hành vi này bao gồm các hành vi sau đây:

- Áp đặt giá mua giá bán hàng hoá, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng;
- Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hoá, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng;
- Phân biệt đối xử trong các giao dịch như nhau;
- Áp đặt các điều kiện cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc các doanh nghiệp khác phải chấp nhận những nghĩa vụ không liên quan đến hợp đồng.

1.1. Áp đặt giá mua giá bán hàng hoá, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng

Hành vi áp đặt giá mua, giá bán bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại gây thiệt hại cho khách hàng được coi là điển hình cho nhóm hành vi lạm dụng mang tính bóc lột. Với hành vi này, khách hàng đã phải chịu thiệt hại bởi giá mà họ phải mua quá cao so với giá trị thực tế của sản phẩm; hoặc phải bán với giá thấp hơn giá thành của sản phẩm. Giá mua, bán sản phẩm trên thị trường không được hình thành từ cạnh tranh mà do các doanh nghiệp thống lĩnh hoặc độc quyền ấn định. Mức chênh lệch giữa giá được ấn định với giá cạnh tranh (giá định) là khoản lợi ích độc quyền mà doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có được. Dưới góc độ kinh tế, bằng hành vi ấn định giá bán, giá mua hàng hóa dịch vụ bất hợp lý, doanh nghiệp thống lĩnh hoặc độc quyền đã có được toàn bộ giá trị thặng dư tiêu dùng của thị trường. Giá trị thặng dư tiêu dùng là những lợi ích mà người tiêu dùng được thụ hưởng nếu thị trường có cạnh tranh. Do đó, lợi nhuận mà việc ấn định giá bất hợp lý đem lại cho doanh nghiệp không phải do khả năng kinh doanh hay do khả năng đàm phán, trả giá mang lại, mà do kết quả của sự lạm dụng vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền, lạm dụng tình trạng không có khả năng lựa chọn khác của khách hàng để buộc họ phải chấp nhận mức giá mà doanh nghiệp có sức mạnh thị trường áp đặt. Với những hành vi này, giá mua, giá bán hàng hóa dịch vụ không được hình thành theo đúng các quy luật của thị trường mà do các doanh nghiệp có quyền lực thị trường ấn định. Do đó, hành vi áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng bị coi là hạn chế cạnh tranh không chỉ bởi mục đích bóc lột khách hàng của các doanh nghiệp thực hiện hành vi mà còn bởi chúng làm sai lệch cơ chế hình thành giá thị trường của hàng hóa, dịch vụ.

Theo Luật Cạnh tranh và Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, nhóm hành vi này có ba loại vi phạm cụ thể sau đây:

a. Hành vi áp đặt giá mua hàng hoá dịch vụ bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng, là “việc doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền trên thị trường liên quan khi mua hàng hoá, dịch vụ đã áp đặt giá mua được đặt ra thấp hơn giá thành sản xuất hàng hoá, dịch vụ trong điều kiện chất lượng hàng hóa không suy giảm và thị trường không có biến động về giá bán buôn của hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ”⁹⁴.

Trong trường hợp này, doanh nghiệp thực hiện hành vi đang đóng vai trò là người mua hàng hoá, dịch vụ trên thị trường. Với quy định trên, để xác định hành vi, cần chứng minh hai dấu hiệu sau đây:

Thứ nhất, giá của hàng hóa, dịch vụ đã bị doanh nghiệp thực hiện hành vi áp đặt thấp hơn giá thành sản xuất. Để xác định dấu hiệu này, cơ quan có thẩm quyền so sánh giá mua bán của sản phẩm với giá thành của chúng. Giá mua bán là giá giao dịch thực tế giữa doanh nghiệp thực hiện hành vi với khách hàng (người bán). Giá thành sản xuất hàng hoá, dịch vụ bao gồm các chi phí trực tiếp sau đây: Chi phí vật tư trực tiếp

⁹⁴Khoản 1 Điều 27 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.



(gồm các chi phí về nguyên liệu, vật liệu, nhiên liệu và động lực tiêu dùng trực tiếp cho sản xuất sản phẩm, dịch vụ của doanh nghiệp); chi phí nhân công trực tiếp (gồm các khoản trả cho người lao động trực tiếp sản xuất như tiền lương, tiền công và các khoản phụ cấp có tính chất lương, chi ăn ca, chi bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và kinh phí công đoàn của công nhân trực tiếp); chi phí sản xuất chung (gồm các khoản chi phí chung phát sinh ở các phân xưởng, bộ phận kinh doanh của doanh nghiệp như tiền lương, phụ cấp, ăn ca trả cho nhân viên phân xưởng, chi phí vật liệu, công cụ, dụng cụ sản xuất dùng cho phân xưởng, khấu hao tài sản cố định, chi phí thuê nhà xưởng, chi phí dịch vụ mua ngoài và các chi phí bằng tiền ngoài các chi phí kể trên)⁹⁵. Dấu hiệu này được thỏa mãn nếu kết quả so sánh cho thấy giá mua bán thấp hơn giá thành của hàng hóa, dịch vụ và ngược lại.

Thứ hai, việc áp đặt giá mua hàng hóa, dịch vụ thấp hơn giá thành là bất hợp lý. Việc áp đặt giá mua hàng hóa, dịch vụ thấp hơn giá thành là bất hợp lý nếu thỏa mãn hai điều kiện:

- Chất lượng hàng hoá, dịch vụ không kém hơn trước đó;
- Không có khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch họa hoặc biến động bất thường làm giá bán buôn hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ trên thị trường liên quan giảm tới mức dưới giá thành sản xuất trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp so với trước đó.

Dấu hiệu thứ hai cho thấy có những trường hợp doanh nghiệp áp đặt giá mua sản phẩm dưới giá thành nếu hợp lý (không có dấu hiệu của việc lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền) là chất lượng của hàng hóa, dịch vụ giảm so với trước đó; hoặc có khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch họa hoặc biến động bất thường làm giá bán buôn hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ trên thị trường liên quan giảm tới mức dưới giá thành sản xuất trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp so với trước đó. Trong những trường hợp này, giá của sản phẩm đã bị chi phối bởi các điều kiện khách quan của thị trường và của chất lượng sản phẩm mà không do ý chí của các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền.

Bằng việc áp đặt giá mua hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý, doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền đã buộc khách hàng phải chấp nhận lỗ để tiêu thụ được sản phẩm mà không có lý do chính đáng. Doanh nghiệp đã sử dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền làm lợi thế trước khách hàng để gây bất lợi cho họ nhằm thu lợi ích độc quyền.

b. Hành vi áp đặt giá bán hàng hoá, dịch vụ được coi là bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng nếu cầu về hàng hoá, dịch vụ không tăng đột biến tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp và hành vi đó xảy ra trong hai trường hợp sau đây:

- Giá bán lẻ trung bình tại cùng thị trường liên quan trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp được đặt ra tăng một lần vượt quá 5%; hoặc tăng nhiều lần với tổng mức tăng vượt quá 5% so với giá đã bán trước khoảng thời gian tối thiểu đó;
- Không có biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất của hàng hoá, dịch vụ đó vượt quá 5% trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp trước khi bắt đầu tăng giá⁹⁶.

⁹⁵Điều 24 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁹⁶Khoản 2 Điều 27 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

Như vậy, để xác định hành vi này, cơ quan có thẩm quyền cần chứng minh các dấu hiệu sau đây:

Thứ nhất, có hiện tượng giá bán lẻ trung bình của hàng hóa, dịch vụ trên cùng thị trường liên quan tăng vượt mức 5% so với trước đó trong 60 ngày liên tiếp. Do đó, cơ quan điều tra sẽ phải xác định giá bán lẻ trung bình trước sáu tháng kể từ khi có hiện tượng tăng giá và xác định mức tăng lên của giá bán lẻ trung bình trong khoảng thời gian trên. Nếu mức tăng vượt quá 5% thì thỏa mãn dấu hiệu này và ngược lại. Cần lưu ý rằng, dấu hiệu này chỉ yêu cầu cơ quan có thẩm quyền xác định hiện tượng tăng giá bán lẻ của sản phẩm mà không cần xác định sự bất hợp lý của giá bán. Thế nên, căn cứ để xác định dấu hiệu này không là giá bán thực tế và giá cạnh tranh của sản phẩm mà là giá bán lẻ trung bình trước và sau khi có hiện tượng tăng giá bán.

Thứ hai, việc tăng giá bán lẻ trung bình của sản phẩm xảy ra trong điều kiện cầu và hàng hoá, dịch vụ không tăng đột biến tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp và không có biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất của hàng hoá, dịch vụ đó vượt quá 5% trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp trước khi bắt đầu tăng giá. Dấu hiệu này cho thấy sự bất hợp lý của việc tăng giá bán hàng hóa, dịch vụ trên thị trường. Quyết định tăng giá đã không dựa trên những cơ sở kinh tế hợp lý mà chịu sự chi phối bởi quyền lực thị trường. Ngược lại, nếu xảy ra một trong hai tình huống là lượng cầu của thị trường tăng đột biến và thị trường có biến động bất thường làm giá thành sản xuất của sản phẩm tăng thì việc tăng giá bán lẻ trung bình trên cùng thị trường liên quan không có dấu hiệu của việc lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền.

Về hành vi này, kinh nghiệm của các nước cho thấy, pháp luật của họ còn ngăn cấm việc định giá bán hàng hóa, dịch vụ cao một cách vô lý. Để kết luận về hành vi bán hàng hóa, dịch vụ với giá cao bất hợp lý cơ quan cạnh tranh sẽ thực hiện hai bước điều tra:

Một là, xác định một *mức giá đúng* có thể chấp nhận được dựa vào chi phí sản xuất và tình hình thị trường (còn gọi là giá cạnh tranh - tức là giá được hình thành trong môi trường có cạnh tranh) và giá bán thực tế của sản phẩm. Nếu giá bán thực tế cao hơn so với giá cạnh tranh thì có thể kết luận là có dấu hiệu lạm dụng.

Hai là, cơ quan cạnh tranh sẽ xem xét những lý do dẫn đến việc giá bán quá cao như do chi phí tăng lên hoặc do nhu cầu tăng....

Các nhà hoạch định chính sách cạnh tranh khuyến cáo việc ngăn cấm hành vi định giá cao cần phải lưu ý khả năng cơ quan cạnh tranh có thể điều tiết sâu vào quan hệ thị trường, bởi giá cả thể hiện khả năng tìm kiếm lợi nhuận trên thị trường và lợi nhuận lại có vai trò tạo động cơ cho việc gia nhập hay rút khỏi thị trường. Khi đó, việc Nhà nước lạm dụng quy định này để điều tiết giá cả có thể làm cho vai trò trên của lợi nhuận bị vô hiệu⁹⁷. Dưới góc độ khoa học, cách tiếp cận này mới thực sự diễn tả đúng về hành vi áp đặt giá bán bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng.

c. Áp đặt giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng là việc doanh nghiệp không chế không cho phép các nhà phân phối, các nhà bán lẻ bán lại hàng hoá thấp hơn mức

⁹⁷OECD-WB, sdd, tr 170.



*đã quy định trước*⁹⁸.

Trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp với những nhà phân phối hoặc bán lẻ hàng hoá của doanh nghiệp với việc ấn định giá bán lại, đối tượng bóc lột của doanh nghiệp là người tiêu dùng sản phẩm chứ không phải nhà phân phối hoặc người bán lẻ đã có quan hệ trực tiếp với họ. Khi bàn đến khái niệm hành vi ấn định giá bán lại, cần phải phân biệt ấn định giá bán lại và ấn định giá trong thỏa thuận về giá giữa các doanh nghiệp được quy định tại khoản 1 điều 8 Luật Cạnh tranh⁹⁹. Thỏa thuận ấn định giá là sự thống nhất giữa các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh của nhau để xác định một mức giá hoặc một công thức tính giá duy nhất mà họ sẽ áp dụng khi tiêu thụ sản phẩm của mình.

Như vậy, mức giá hoặc công thức tính giá được thống nhất trong thỏa thuận về giá phải là:

- Kết quả của sự tự nguyện giữa những người tham gia thỏa thuận (những người tham gia thỏa thuận là đối thủ cạnh tranh của nhau - cùng cấp độ kinh doanh trên thị trường liên quan);

- Tất cả doanh nghiệp tham gia thỏa thuận có nghĩa vụ áp dụng giá đã thỏa thuận khi tiêu thụ sản phẩm của mình.

Hành vi ấn định giá bán lại được kinh tế học coi là một dạng của thỏa thuận về giá, nhưng lại có những dấu hiệu đặc thù sau đây:

- Ấn định giá bán lại là thỏa thuận dọc giữa nhà sản xuất với người phân phối sản phẩm của họ. Như vậy, các bên tham gia hành vi ấn định giá bao gồm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền và các nhà phân phối, các nhà bán lẻ của họ. Các chủ thể này không cùng thị trường liên quan mà chỉ là các doanh nghiệp ở những cấp độ khác nhau của quá trình sản xuất, phân phối sản phẩm. Do đó, hành vi ấn định giá bán lại dù được các lý thuyết cạnh tranh gọi là thỏa thuận song không phải là thỏa thuận ấn định giá đã được phân tích trong chế định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

- Giá bán lại là kết quả của sự áp đặt của nhà sản xuất đối với người phân phối, thiếu vắng yếu tố tự nguyện, tự do ý chí của người phân phối trong việc xác định mức giá bán lại. Theo đó, với vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền, doanh nghiệp không cho phép các nhà phân phối, các nhà bán lẻ bán lại hàng hoá thấp hơn mức đã quy định trước. Nhà phân phối, nhà bán lẻ chỉ còn có thể bán lại hàng hóa bằng hoặc cao hơn mức giá sản đã được doanh nghiệp ấn định. Với hành vi này, doanh nghiệp đã không gây thiệt hại trực tiếp cho các nhà phân phối, các nhà bán lẻ mà buộc họ phải hợp tác với mình để bóc lột khách hàng mua lại hàng hóa.

1.2. Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hoá, dịch vụ bất hợp lý, giới hạn thị trường cản trở phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng

Là người nắm giữ thị phần lớn, doanh nghiệp thống lĩnh thị trường, là đại diện cho năng lực, quy mô sản xuất, mua bán của thị trường liên quan, doanh nghiệp độc quyền sẽ đại diện cho khả năng cung hoặc cầu của thị trường liên quan, các quyết định về lượng hàng hóa, dịch vụ được sản xuất, mua, bán sẽ ảnh hưởng đến mức độ thoả mãn nhu cầu cho khách hàng. Do ở vào địa vị thấp hơn trong giao dịch bởi quyền lựa chọn

⁹⁸Khoản 3 Điều 27 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁹⁹Khoản 1 Điều 8 Luật Cạnh tranh cấm các thỏa thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.

bị hạn chế, nên khi bị vi phạm quyền lợi, khách hàng rất khó phản ứng lại vì không thể sử dụng các cơ chế *trừng phạt tự nhiên* của thị trường để răn đe doanh nghiệp.

Nhóm hành vi này bao gồm ba loại hành vi cụ thể sau đây:

a. Hạn chế sản xuất, phân phối sản phẩm gây thiệt hại cho khách hàng là hành vi giảm khả năng cung hàng hoá, dịch vụ một cách giả tạo để lũng đoạn thị trường, làm biến động quan hệ cung - cầu theo hướng có lợi cho doanh nghiệp trong giao dịch với khách hàng.

Hành vi này thường được thực hiện bằng một trong 3 cách thức sau đây:

Một, cắt, giảm lượng cung ứng hàng hoá, dịch vụ trên thị trường liên quan so với lượng hàng hoá, dịch vụ cung ứng trước đó trong điều kiện không có biến động lớn về quan hệ cung - cầu; không có khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch hoạ; không có sự cố lớn về kỹ thuật; hoặc không có tình trạng khẩn cấp.

Trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền phải thu thập các số liệu về lượng hàng hóa, dịch vụ mà doanh nghiệp bị điều tra cung cấp trước và sau khi thực hiện hành vi. Đồng thời thẩm tra những diễn biến của thị trường trong thời gian trước và trong khi hành vi được thực hiện. Nội dung thẩm tra là sự biến động của lượng cầu hàng hóa, dịch vụ đó trên thị trường liên quan, tình trạng khủng hoảng kinh tế, thiên tai, dịch hoạ hoặc những sự cố lớn về kỹ thuật, các tình trạng khẩn cấp khác ảnh hưởng đến khả năng sản xuất, mua bán của doanh nghiệp. Nếu kết luận cho thấy doanh nghiệp bị điều tra đã chủ động cắt giảm lượng cung hàng hóa, dịch vụ trong khi không xảy ra những biến động trên thì kết luận là có vi phạm và ngược lại.

Hai, ấn định lượng cung ứng hàng hoá, dịch vụ ở mức đủ để tạo khan hiếm trên thị trường.

Trong trường hợp này, doanh nghiệp đã định lượng khả năng sản xuất, khả năng cung ứng hàng hóa, dịch vụ của mình để tạo khan hiếm trên thị trường. Vấn đề quan trọng nhất trong việc xác định hành vi là chứng minh việc định lượng hàng hóa, dịch vụ được sản xuất, mua bán *đủ tạo khan hiếm trên thị trường*. Thông thường, có rất nhiều cách để chứng minh về tình trạng khan hiếm hàng hóa, dịch vụ trên thị trường như so sánh lượng cầu của thị trường với lượng cung của hàng hóa, dịch vụ và năng lực sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp hoặc chứng minh bằng những biến động về giá, về điều kiện mua bán hàng hóa, dịch vụ đó trên thị trường.... Tùy theo điều kiện cụ thể của vụ việc mà cơ quan có thẩm quyền sẽ sử dụng những căn cứ, những cách thức phù hợp để xác định về mức độ khan hiếm hàng hóa, dịch vụ trên thị trường.

Ba, găm hàng lại không bán để gây mất ổn định thị trường.

Theo từ điển tiếng Việt, *găm* được hiểu là *giữ rịt lấy không chịu đưa ra nhằm mưu lợi riêng*¹⁰⁰. Do đó, hành vi này được hiểu là việc doanh nghiệp vẫn sản xuất hoặc thu mua hàng hóa theo năng lực nhưng đã không cung cấp cho thị trường theo nhu cầu của khách hàng với mục đích gây mất ổn định thị trường. Với hai hành vi đầu, doanh nghiệp chỉ sản xuất, chỉ cung ứng hàng hóa, dịch vụ ở mức thấp hơn nhu cầu thị trường nhằm trục lợi. Với hành vi găm hàng lại không bán, doanh nghiệp chỉ giới hạn lượng hàng hóa được bán ra thị trường mà không giới hạn khả năng sản xuất, thu mua của mình.

⁽¹⁰⁰⁾Viện Ngôn ngữ học, Từ điển Tiếng Việt (Hà Nội: NXB Khoa học xã hội, 1994), tr 359.



Do đó, để xác định hành vi này, cơ quan có thẩm quyền cần chứng minh rằng doanh nghiệp đã có dấu hiệu đầu cơ hàng hóa (có sản xuất hoặc có thu mua hàng hóa nhưng chỉ bán với số lượng ít hơn so với nhu cầu thị trường) nhằm gây mất ổn định thị trường.

Ba loại trường hợp vi phạm trên cho thấy doanh nghiệp đã tự giới hạn năng lực sản xuất, hoặc giới hạn lượng hàng hóa cung cấp thấp hơn so với nhu cầu trên thị trường. Các dấu hiệu khách quan của hành vi đã chứng minh rằng doanh nghiệp đang lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để chi phối quan hệ cung - cầu của thị trường, làm mất cân đối cung - cầu nhằm chi phối các điều kiện mua, bán với khách hàng. Hậu quả mà hành vi này gây ra cho khách hàng không chỉ là nhu cầu của họ về hàng hoá, dịch vụ không được đáp ứng đầy đủ theo đúng khả năng thực có của thị trường mà còn là những điều kiện mua bán như giá cả, phương thức phân phối, cung ứng... sẽ thay đổi theo hướng bất lợi cho khách hàng.

Ngoài ra dưới góc độ quản lý kinh tế, hành vi hạn chế sản xuất hay phân phối còn có thể gây ra những tổn hại không thể lường trước và khó phục hồi ngay được trên thị trường, làm mất lòng tin của người dân vào khả năng quản lý kinh tế của Nhà nước, có thể gây ra những xáo trộn nhất định. Trong hình luật của nhiều nước, các hành vi đầu cơ, tích trữ mà gây xáo trộn thị trường còn có thể bị coi là tội phạm.

b. Hạn chế thị trường gây thiệt hại cho khách hàng là việc doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền đã tự giới hạn khu vực bán hoặc giới hạn nguồn mua sản phẩm mà không có lý do chính đáng gây thiệt hại cho khách hàng

Dưới sự bảo trợ của quyền tự do kinh doanh, các doanh nghiệp được lựa chọn thị trường tiêu thụ và nguồn cung ứng sản phẩm để phục vụ cho quá trình kinh doanh. Nhà nước không được can thiệp nếu như quyền tự do kinh doanh vẫn được sử dụng trong khuôn khổ của pháp luật. Tuy nhiên, doanh nghiệp thống lĩnh hoặc độc quyền lại có một vị thế hết sức đặc biệt trên thị trường liên quan bởi họ là nguồn cung hoặc nguồn cầu lớn nhất, quan trọng nhất của thị trường. Sự tự do của doanh nghiệp trong việc lựa chọn thị trường lại càng phải được thực hiện một cách hết sức cân trọng để tránh khả năng xảy ra thiệt hại rất lớn đối với trật tự kinh tế, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Trong tư duy đó, việc lựa chọn thị trường hay quyền giới hạn thị trường mua bán của các doanh nghiệp nói trên cũng nằm trong tình trạng tương tự.

Việc giới hạn thị trường gây thiệt hại bị coi là vi phạm pháp luật cạnh tranh khi doanh nghiệp có sức mạnh thị trường thực hiện một trong hai hành vi sau đây:

Một, chỉ cung ứng hàng hoá, dịch vụ trong một khu vực địa lý nhất định. Hành vi này làm cho các khách hàng ở những khu vực địa lý khác trên thị trường liên quan không có cơ hội được thỏa mãn nhu cầu tiêu dùng, không được sử dụng các sản phẩm mà doanh nghiệp sản xuất hoặc phân phối. Với hành vi này, doanh nghiệp đã tự giới hạn thị trường địa lý mà họ kinh doanh bằng cách chỉ cung ứng hàng hóa trong một khu vực nhất định và từ chối hoặc không cung ứng sản phẩm ở những khu vực khác. Vì vậy, cơ quan có thẩm quyền cần phải chứng minh được rằng doanh nghiệp bị điều tra có đủ khả năng cung ứng hàng hóa dịch vụ ở những khu vực địa lý khác. Hành vi vi phạm trên đã bao

hàm trong nó khả năng gây ra thiệt hại đối với khách hàng mà pháp luật và cơ quan thực thi không cần phải chứng minh về hậu quả của chúng đối với thị trường.

Hai, chỉ mua hàng hóa, dịch vụ từ một hoặc một số nguồn cung nhất định mà không có lý do chính đáng. Với hành vi này, doanh nghiệp đã giới hạn thị trường mua hàng hóa, dịch vụ theo nguồn cung cấp (theo khách hàng). Chứng cứ về hành vi này là việc doanh nghiệp đã từ chối không mua hàng hóa, dịch vụ từ những nguồn cung khác mà không có lý do chính đáng. Theo Điểm b Khoản 2 Điều 28 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, doanh nghiệp được quyền từ chối mua hàng hóa, dịch vụ từ các nguồn khác nếu các nguồn này không đáp ứng được những điều kiện hợp lý và không phù hợp với tập quán thương mại thông thường do bên mua đặt ra.

c. Hạn chế sự phát triển kỹ thuật, công nghệ làm thiệt hại cho khách hàng là việc doanh nghiệp thực hiện những hành vi nhằm cản trở việc nghiên cứu phát triển kỹ thuật, công nghệ hoặc ngăn cản việc ứng dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật vào hoạt động kinh doanh

Cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ làm thiệt hại cho khách hàng bao gồm các loại hành vi sau đây:

Một là, mua sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp để tiêu hủy hoặc không sử dụng. Để xác định hành vi, cơ quan có thẩm quyền cần chứng minh hai điều kiện:

- Doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền đã tổ chức mua sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp của các chủ thể khác; và
- Có bằng chứng cho thấy doanh nghiệp tiêu hủy hoặc không sử dụng những đối tượng trên.

Như vậy, doanh nghiệp thực hiện hành vi không phải là tác giả mà là người mua lại sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp từ các chủ thể khác. Việc tiêu hủy hoặc không sử dụng những đối tượng trên cho thấy doanh nghiệp thực hiện hành vi không có ý định khai thác lợi ích của sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp để phục vụ cho hoạt động kinh doanh mà chỉ lợi dụng quyền được bảo hộ để ngăn cản các doanh nghiệp khác không được tiếp cận và sử dụng những đối tượng đó. Hành vi này bị coi là hạn chế cạnh tranh bởi nó đã cản trở khả năng ứng dụng của các đối tượng thuộc sở hữu công nghiệp vào hoạt động kinh doanh và sự phát triển của nền kinh tế. Hành vi mua lại các phát minh, sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp sẽ xác lập tư cách chủ sở hữu cho doanh nghiệp được pháp luật bảo hộ quyền sở hữu, sử dụng những đối tượng nói trên. Song, doanh nghiệp không có quyền tuyệt đối và vô hạn. Việc doanh nghiệp định đoạt bằng cách không sử dụng hoặc tiêu hủy đã ngăn chặn khả năng kế thừa thành tựu khoa học, công nghệ của các thế hệ sau trong sự phát triển chung của xã hội, làm cho những lợi ích công chúng có thể được thụ hưởng từ việc sử dụng các giải pháp hữu ích, sáng chế, phát minh... sẽ bị ngăn chặn, làm giảm khả năng phát triển về năng lực cạnh tranh của nền kinh tế. Vì vậy, dù đã xác lập tư cách chủ sở hữu đối với các đối tượng thuộc quyền sở hữu công nghiệp, song pháp luật không thể bảo hộ, che chắn cho những toan tính không từ bỏ nói trên của doanh nghiệp có quyền lực thị trường.



Hai là, đe dọa hoặc ép buộc người đang nghiên cứu phát triển kỹ thuật, công nghệ phải ngừng hoặc hủy bỏ việc nghiên cứu đó. Với hành vi này, cơ quan có thẩm quyền cần xác định được chủ thể đang tiến hành nghiên cứu phát triển kỹ thuật công nghệ và chứng minh được rằng doanh nghiệp đã có hành vi đe dọa, ép buộc những chủ thể đó phải ngừng hoặc hủy bỏ việc nghiên cứu.

Lý thuyết cạnh tranh đã chỉ rõ, vì mục đích lợi nhuận, các doanh nghiệp đã đua nhau phục vụ khách hàng một cách tốt nhất, kể cả không ngừng nghiên cứu, ứng dụng khoa học để nâng cao chất lượng sản phẩm, nâng cao hiệu quả sản xuất của doanh nghiệp. Nhờ có cạnh tranh, các chủ thể trên thị trường (bao gồm doanh nghiệp và người tiêu dùng) có thể hưởng được thành quả của sự phát triển kỹ thuật công nghệ. Sự tồn tại của doanh nghiệp thống lĩnh trên thị trường làm giảm sức ép cạnh tranh, làm cho động lực phát triển kỹ thuật sẽ giảm, xâm hại nghiêm trọng đến quyền được hưởng thụ của xã hội thông qua các khách hàng.

1.3. Hành vi áp đặt các điều kiện thương mại khác nhau cho các giao dịch như nhau nhằm tạo sự bất bình đẳng cho khách hàng (còn gọi là hành vi phân biệt đối xử trong thương mại)

Điều 29 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định việc áp đặt điều kiện thương mại khác nhau trong điều kiện giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh là hành vi phân biệt đối xử đối với các doanh nghiệp về điều kiện mua, bán, giá cả, thời hạn thanh toán, số lượng trong những giao dịch mua, bán hàng hoá, dịch vụ tương tự về mặt giá trị hoặc tính chất hàng hoá, dịch vụ để đặt một hoặc một số doanh nghiệp vào vị trí cạnh tranh có lợi hơn so với doanh nghiệp khác.

Quy định trên cho thấy cấu thành pháp lý của hành vi này bao gồm các yếu tố sau đây:

Thứ nhất, doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh đã áp dụng các điều kiện mua, bán, giá cả, thời hạn thanh toán, số lượng khác nhau trong những giao dịch như nhau. Như vậy, để xác định dấu hiệu này, cơ quan có thẩm quyền cần chứng minh:

- Doanh nghiệp đang có giao dịch mua bán hàng hóa, dịch vụ với nhiều khách hàng là những doanh nghiệp khác. Điều này cho thấy, pháp luật cạnh tranh chỉ giới hạn phạm vi điều chỉnh đối với các giao dịch mua bán và khách hàng là các doanh nghiệp. Do đó, hành vi phân biệt đối xử với khách hàng là người tiêu dùng sẽ không thuộc phạm vi điều chỉnh của quy định này. Mặt khác, loại giao dịch mà doanh nghiệp phân biệt đối xử là các giao dịch mua bán hàng hoá hoặc dịch vụ. Về vấn đề này, luật pháp các nước có những cách tiếp cận khác nhau sau đây:

+ Mở rộng phạm vi áp dụng đối với mọi giao dịch từ mua bán hàng hoá, dịch vụ đến bảo hiểm, ủy thác.... Điều 6 Luật Cạnh tranh của Thổ Nhĩ Kỳ quy định loại hành vi lạm dụng này bao gồm "...tạo ra một sự phân biệt một cách trực tiếp hay gián tiếp bằng cách áp đặt các điều kiện khác nhau đối với các quyền và nghĩa vụ như nhau cho các khách hàng có vị trí như nhau"; Khoản 2 Điều 7 Luật Cạnh tranh Hungary cũng quy định hành vi phân biệt đối xử với các khách hàng khác nhau hoặc sử dụng các điều khoản hợp đồng không bình đẳng là hành vi hạn chế cạnh tranh.

+ Giới hạn loại giao dịch áp dụng đối với hành vi này. Theo đó pháp luật chỉ áp dụng điều khoản về phân biệt đối xử cho các giao dịch mua bán hàng hoá, mọi giao dịch về thuê hoặc ký gửi trong thương mại cho dù có sự phân biệt cũng không bị coi là lạm dụng quyền lực để phân biệt đối xử¹⁰¹. Pháp luật Cạnh tranh của Canada, Hàn Quốc, Việt Nam... theo xu hướng thứ hai này.

- Các giao dịch bị phân biệt đối xử phải là những giao dịch như nhau. Một khi chưa chứng minh được các giao dịch với khách hàng là như nhau thì chưa thể kết luận có hành vi phân biệt đối xử. Nếu các giao dịch là tương tự nhau thì các khách hàng cần được đối xử như nhau. Việc doanh nghiệp áp dụng các điều kiện mua bán, áp dụng giá mua bán, số lượng.... khác nhau với các giao dịch như nhau cho thấy doanh nghiệp đã có thái độ bất công với khách hàng và có thể gây ra những hậu quả bất lợi cho một, một số khách hàng so với những khách hàng còn lại. Theo Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, các giao dịch được coi là như nhau khi chúng tương tự nhau về tính chất hoặc giá trị của hàng hóa, dịch vụ. Nói cách khác, khi đối tượng của giao dịch tương tự nhau thì chúng phải được coi là như nhau. Điều đó cho thấy, nếu như sản phẩm của các giao dịch không giống nhau về giá trị hoặc về tính chất thì việc áp dụng điều kiện thương mại khác nhau cho chúng sẽ được pháp luật chấp nhận. Về vấn đề này, pháp luật của các nước có các quy định chặt chẽ hơn, theo đó, các giao dịch chỉ được coi là như nhau khi chúng tương tự nhau về đối tượng (tính chất và giá trị), về khối lượng, số lượng giao dịch, về tính thường xuyên, về thời gian thiết lập và thực hiện giao dịch.... Chỉ cần có sự khác biệt một cách đáng kể về một trong những yếu tố trên thì việc áp dụng các điều kiện thương mại khác nhau có thể được chấp nhận. Do đó, quy định về sự như nhau của giao dịch mua bán trong pháp luật Việt Nam còn nhiều bất cập, cụ thể là:

+ Các giao dịch chỉ được coi là tương tự nhau khi chúng tương tự về mặt *giá trị của giao dịch* (không đồng nhất với khái niệm giá trị sản phẩm). Do các doanh nghiệp có quyền dành ưu đãi cho khách hàng lớn hoặc thường xuyên (khách hàng lớn là những người mua bán với giá trị lớn), nên pháp luật của hầu hết các nước đều cho phép nhà kinh doanh dành những ưu đãi cho các hợp đồng có giá trị lớn (mua với số lượng lớn) cho các khách hàng thường xuyên với điều kiện nhất định (những ưu đãi đó phải minh bạch cho mọi khách hàng được biết và khách hàng có cơ hội như nhau nếu thỏa mãn điều kiện đã được đưa ra từ trước). Giá trị hợp đồng sẽ được tính dựa vào số lượng sản phẩm và giá trị sản phẩm. Trong thực tế, các doanh nghiệp thường thực hiện các chính sách ưu đãi đối với các khách hàng mua bán hàng hóa, dịch vụ với số lượng lớn và thường xuyên.

+ Việc phải xem xét thời điểm thiết lập và thực hiện các giao dịch là hợp lý bởi cùng với thời gian và các biến động của tình hình thị trường, các điều kiện về quan hệ cung cầu, về mức độ cạnh tranh và về tình hình tài chính, đầu tư trên thị trường sẽ thay đổi, kéo theo những thay đổi trong chiến lược kinh doanh (bao gồm cả chiến lược tiêu thụ sản phẩm) của các doanh nghiệp. Các giao dịch cho dù tương tự về sản phẩm và về giá trị hợp đồng nhưng được xác lập ở những điều kiện thị trường không giống nhau thì có thể sẽ áp dụng các điều kiện thương mại khác nhau. Vì vậy, việc ngăn cấm hành vi

⁽¹⁰¹⁾CIDA-Bộ Thương mại Việt Nam, sdd, tr 69.



phân biệt đối xử không có ý hạn chế các doanh nghiệp được thay đổi điều kiện thương mại theo thời gian.

- Doanh nghiệp đã áp dụng những điều kiện thương mại khác nhau về giá, về điều kiện mua bán, thời hạn thanh toán, số lượng... cho những giao dịch như nhau. Cơ quan có thẩm quyền căn cứ vào nội dung giao dịch, nội dung hợp đồng để chứng minh dấu hiệu này. Với quy định trên, hành vi phân biệt đối xử theo pháp luật Việt Nam bao gồm nhiều loại như phân biệt đối xử về giá, về điều kiện mua bán, phân biệt đối xử về thời hạn thanh toán, về số lượng, khối lượng giao dịch. Pháp luật không quy định riêng về cấu thành pháp lý của các hành vi này mà gọi chung là hành vi áp đặt các điều kiện thương mại khác nhau trong giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh. Khoản 4 Điều 13 Luật Cạnh tranh và điều 29 Nghị định 116/2005/NĐ-CP được áp dụng chung cho mọi loại phân biệt đối xử. So sánh với pháp luật của các quốc gia phát triển như Hoa Kỳ, Canada, Cộng hòa Pháp..., pháp luật có những quy định chi tiết về từng loại phân biệt đối xử. Đặc biệt đối với phân biệt đối xử về giá, Luật Cạnh tranh và án lệ của các nước có những giải nghĩa khá cụ thể về cấu thành pháp lý của hành vi này. Điều 50(1)(a) Luật Cạnh tranh Canada quy định cấm các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền phân biệt đối xử giá với các khách hàng có giao dịch như nhau. Để xác định hành vi, Cơ quan cạnh tranh của quốc gia này có những hướng dẫn chi tiết về cấu thành pháp lý của hành vi và giải thích cận kề các từ ngữ trong quy định của Luật Cạnh tranh¹⁰². Với mỗi loại phân biệt đối xử sẽ có những căn cứ xác định riêng.

Thứ hai, hành vi gây ra tình trạng cạnh tranh bất bình đẳng giữa các khách hàng. Xét về mặt hậu quả, hành vi phân biệt đối xử không xâm hại đến đối thủ cạnh tranh trực tiếp của doanh nghiệp vi phạm mà nó bóp méo diện mạo cạnh tranh giữa các khách hàng của doanh nghiệp. Do đó, các khách hàng của doanh nghiệp phải là những chủ thể kinh doanh và hoạt động trên cùng thị trường liên quan với nhau.

Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định sự bất bình đẳng là *tình trạng một một số doanh nghiệp có được vị trí có lợi hơn so với doanh nghiệp khác*.

Vị trí cạnh tranh có lợi mà Nghị định mô tả nhìn dưới góc độ kinh tế học được xem xét dưới hai tình huống, sau đây:

- Việc phân biệt đối xử tạo ra những ưu thế cho một số khách hàng so với những khách hàng khác, ví dụ giá sản phẩm được tính rẻ hơn người khác hoặc thời gian giao hàng được sớm hơn...;

- Việc phân biệt đối xử tạo ra những tình trạng bất lợi hơn của một hoặc một số khách hàng so với những khách hàng khác, ví dụ như áp đặt các điều kiện giao sản phẩm bất lợi hơn, giá cả cao hơn... người khác. Hai tình huống trên tương ứng với hai nội dung của sự phân biệt, đó là áp đặt các điều kiện thương mại ưu đãi cho một hoặc một vài khách hàng nhất định nào đó trong các giao dịch tương tự với các khách hàng còn lại; hoặc áp đặt điều kiện thương mại mang tính bất lợi cho một hoặc một số khách hàng khác so với điều kiện thương mại thông thường của các giao dịch tương tự khác.

1.4. Hành vi áp đặt cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá,

¹⁰²CIDA, sdd, tr 238-281.

dịch vụ, hoặc buộc các doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng

a. Hành vi áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ

Khoản 1 Điều 30 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định “Áp đặt cho các doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ là việc áp đặt những điều kiện tiên quyết mà khách hàng phải chấp nhận trước khi ký kết hợp đồng, bao gồm:

- Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hóa khác; hạn chế mua, cung ứng dịch vụ khác không liên quan trực tiếp đến cam kết của bên nhận đại lý theo quy định của pháp luật về đại lý;
- Hạn chế về địa điểm, bán lại hàng hoá trừ những hàng hoá thuộc danh mục mặt hàng kinh doanh có điều kiện, mặt hàng hạn chế kinh doanh theo quy định của pháp luật;
- Hạn chế về khách hàng mua lại hàng hoá trừ những hàng hoá thuộc danh mục mặt hàng kinh doanh có điều kiện, mặt hàng hạn chế kinh doanh theo quy định của pháp luật;
- Hạn chế về hình thức, số lượng hàng hoá được cung cấp”.

Quy định trên cho thấy cấu thành pháp lý của hành vi này bao gồm các yếu tố sau đây:

Thứ nhất, doanh nghiệp đã buộc khách hàng khi mua, bán hàng hóa, dịch vụ phải chấp nhận các điều kiện có nội dung hạn chế cạnh tranh. Như vậy, ngoài nghĩa vụ của bên mua hoặc bên bán hàng hóa dịch vụ, khách hàng phải chấp nhận thêm các điều kiện ký kết hợp đồng do doanh nghiệp đặt ra. Những điều kiện này có thể là một nghĩa vụ nằm trong một vài điều khoản của hợp đồng hoặc chỉ là một yêu cầu độc lập được doanh nghiệp đưa ra khi đàm phán ký kết hợp đồng. Khi xác định yếu tố này, có một số vấn đề cần lưu ý:

- Khách hàng trong các giao dịch bị áp đặt điều kiện ký kết hợp đồng phải là các doanh nghiệp khác. Thông thường, khách hàng trong trường hợp này là các nhà phân phối, các đại lý hoặc của hàng bán lẻ của doanh nghiệp thực hiện hành vi hoặc các doanh nghiệp mua bán hàng hóa, dịch vụ làm nguyên liệu sản xuất. Khoản 5 Điều 13 Luật Cạnh tranh không áp dụng đối với các hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ giữa doanh nghiệp với khách hàng là người tiêu dùng hoặc các tổ chức, cá nhân không kinh doanh.

- Các điều kiện được doanh nghiệp đưa ra có nội dung phản cạnh tranh. Điều này cho thấy pháp luật không cấm các doanh nghiệp đặt ra điều kiện ký kết hợp đồng mà chỉ cấm đối với trường hợp doanh nghiệp đặt ra điều kiện mua bán nhằm mục đích hạn chế cạnh tranh. Trong thực tế, với mục đích bảo vệ uy tín của doanh nghiệp, nâng cao danh tiếng của thương hiệu, các doanh nghiệp có quyền đưa ra các tiêu chuẩn để lựa chọn đối tác có khả năng sử dụng tối ưu hiệu quả của đối tượng hợp đồng hoặc đưa ra các nghĩa vụ mà đối tác phải chấp nhận nhằm bảo đảm cho sản phẩm có khả năng được sử dụng một cách tốt nhất. Với cách tiếp cận này, quyền lựa chọn đối tác và quyền đưa ra các nghĩa vụ trong hợp đồng là bình thường trong kinh doanh và được



pháp luật thừa nhận. Có thể tìm thấy những tiêu chuẩn chọn lựa đối tác trong tổ chức đấu thầu, đấu giá hoặc các điều kiện về tiêu chuẩn kỹ thuật mà đối tác phải đáp ứng khi giao dịch với doanh nghiệp....

Các điều kiện hạn chế cạnh tranh bị cấm bao gồm 4 loại điều kiện: buộc khách hàng phải hạn chế sản xuất, phân phối hàng hoá khác; hạn chế mua, cung ứng dịch vụ khác không liên quan trực tiếp đến cam kết của bên nhận đại lý theo quy định của pháp luật về đại lý; hoặc hạn chế về địa điểm, bán lại hàng hoá trừ những hàng hoá thuộc danh mục mặt hàng kinh doanh có điều kiện, mặt hàng hạn chế kinh doanh theo quy định của pháp luật; hoặc hạn chế về khách hàng mua lại hàng hoá trừ những hàng hoá thuộc danh mục mặt hàng kinh doanh có điều kiện, mặt hàng hạn chế kinh doanh theo quy định của pháp luật; hoặc hạn chế về hình thức, số lượng hàng hoá được cung cấp. Nội dung của các điều kiện này một mặt *không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng* có nghĩa là những nội dung đó không phục vụ cho việc thực hiện hợp đồng, mặt khác còn có thể gây ra hậu quả hạn chế cạnh tranh. Lý thuyết cạnh tranh đều cho rằng các điều khoản trên được các doanh nghiệp đưa ra nhằm thực hiện chiến lược độc quyền hoặc chiến lược bóc lột thông qua việc thực hiện hành vi sau đây:

- Với chiến lược độc quyền, doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền dùng khả năng thị trường của mình tạo sức ép cho khách hàng nhằm buộc họ phải thực hiện những yêu cầu nhất định nhằm tạo ra những rào cản cho đối thủ cạnh tranh tiềm năng hoặc gây khó khăn cho đối thủ hiện có, từ đó củng cố, duy trì vị trí của doanh nghiệp trên thị trường liên quan. Chiến lược này thường gắn liền với các điều kiện giới hạn thị trường, giới hạn nguồn sản phẩm sản xuất hoặc cung ứng, buộc khách hàng phải chấp nhận những nhà cung cấp được doanh nghiệp chỉ định....

- Chiến lược bóc lột thường được các doanh nghiệp sử dụng làm công cụ để tối đa hoá lợi ích không phải từ hiệu quả kinh doanh mà từ sự tận dụng lợi thế của vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền. Chiến lược này không trực tiếp tác động đến giá cả của hàng hoá hoặc dịch vụ mà doanh nghiệp cung cấp nhưng lại có ảnh hưởng đến nguồn cung hoặc cầu hàng hoá, dịch vụ để đem đến lợi ích cho doanh nghiệp ở mức cao nhất. Thông thường chiến lược bóc lột thường gắn liền với các yêu cầu về việc hạn chế khách hàng mua lại, hạn chế thị trường, hạn chế số lượng hàng hoá được cung cấp.... Với những chiến lược kinh doanh nói trên, nhìn ở góc độ hẹp trong quan hệ hợp đồng, khách hàng của doanh nghiệp đã bị giới hạn khả năng ứng xử trong kinh doanh theo chiến lược mà doanh nghiệp vạch sẵn, các đối thủ của doanh nghiệp có thể phải gánh chịu những sự suy giảm sản lượng hoặc phải tăng chi phí cho việc xây dựng mạng lưới phân phối mới, từ đó rơi vào tình trạng bất lợi trong kinh doanh. Dưới góc độ rộng của thị trường, các chiến lược kinh doanh có thể làm thay đổi diện mạo của quan hệ cung cầu trên thị trường, làm giảm khả năng cung ứng sản phẩm cho thị trường một cách giả tạo để thu lợi ích cho doanh nghiệp. Như vậy, bản chất hạn chế cạnh tranh và sự phi lý của hành vi vi phạm không chỉ thể hiện ở chỗ các nguyên lý của thị trường bị xâm hại mà còn thể hiện ở chỗ những lợi ích *không chính đáng* mà doanh nghiệp được hưởng bằng cách xâm hại lợi ích của khách hàng và của cả cộng đồng¹⁰³.

¹⁰³CIDA, sdd, tr 101-105; UNCTAD, sdd, tr 61-63.

Thứ hai, các điều kiện được đưa ra phải là điều kiện tiên quyết cho việc ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ. Cho đến nay, pháp luật cạnh tranh chưa giải nghĩa cụm từ điều kiện tiên quyết cho việc ký kết hợp đồng. Các từ điển Luật học chính thống của Việt Nam cũng chưa đưa ra định nghĩa về khái niệm này và khái niệm điều kiện ký kết hợp đồng. Từ điển Tiếng Việt định nghĩa điều kiện là điều nêu ra như một đòi hỏi trước khi thực hiện một việc nào đó; tiên quyết là cần phải có trước, được giải quyết trước thì mới có thể làm được việc khác¹⁰⁴. Do đó, điều kiện tiên quyết cho việc ký kết hợp đồng có thể được hiểu là những yêu cầu được đưa ra mà khách hàng phải chấp nhận thì mới tiến hành ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, dịch vụ. Nếu khách hàng không chấp nhận điều kiện đưa ra, doanh nghiệp sẽ không tiến hành đàm phán hoặc ký kết hợp đồng. Dấu hiệu này đã loại bỏ những trường hợp doanh nghiệp áp dụng các chế độ ưu đãi với các đại lý, nhà phân phối... nếu khách hàng chấp nhận các điều kiện hạn chế cạnh tranh ra khỏi phạm vi điều chỉnh của Khoản 5 Điều 13 Luật Cạnh tranh. Ví dụ, các doanh nghiệp sản xuất đánh chế độ chiết khấu, đánh các khoản đầu tư cơ sở vật chất cho đại lý nếu họ chấp nhận chỉ phân phối sản phẩm của doanh nghiệp.

b. Buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng

Khoản 2 Điều 30 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định “buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng là hành vi gắn việc mua bán hàng hoá, dịch vụ là đối tượng của hợp đồng với việc phải mua hàng hoá, dịch vụ khác từ nhà cung cấp hoặc người được chỉ định trước hoặc thực hiện thêm một hoặc một số nghĩa vụ nằm ngoài phạm vi cần thiết thực hiện hợp đồng”.

Tương tự như hành vi áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ là việc đặt điều kiện tiên quyết sau đây trước khi ký kết hợp đồng, khi thực hiện hành vi này, doanh nghiệp cũng đặt ra điều kiện đối với khách hàng (doanh nghiệp khác) để ký kết hoặc thực hiện hợp đồng mua bán, hàng hóa, dịch vụ. Sự khác nhau giữa hai hành vi là những yêu cầu được doanh nghiệp đưa ra. Với hành vi buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng, doanh nghiệp đã bắt khách hàng phải mua thêm hàng hóa, dịch vụ khác từ nhà cung cấp hoặc từ người thứ ba được chỉ định hoặc phải thực hiện thêm những nghĩa vụ nằm ngoài phạm vi cần thiết để thực hiện hợp đồng. Như vậy, có hai vấn đề được đặt ra khi nghiên cứu và xác định hành vi này:

Một là, hành vi này đã hình thành nên các hợp đồng mua bán kèm. Hợp đồng mua bán kèm là loại hợp đồng mà ngoài đối tượng chính của việc mua bán, khách hàng phải chấp nhận mua thêm hàng hóa, dịch vụ khác hoặc thực hiện thêm những nghĩa vụ khác (đối tượng phụ). Đối tượng phụ của hợp đồng mua bán không phải là những nghĩa vụ đương nhiên phát sinh từ hợp đồng mua bán đối tượng chính. Cần phân biệt hợp đồng mua bán kèm với các trường hợp khuyến mại tặng kèm hàng hóa, dịch vụ. Trong hoạt động xúc tiến thương mại, các doanh nghiệp có thể lựa chọn hình thức tặng kèm hàng hóa, dịch vụ khi khách hàng mua, bán hàng hóa, dịch vụ mà doanh nghiệp

⁽¹⁰⁴⁾Viện Ngôn ngữ học, sdd, tr 311; 949.

⁽¹⁰⁵⁾ Điều 30 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.



đang kinh doanh. Trong trường hợp này, khách hàng không phải trả tiền hoặc trả ít hơn đối với những sản phẩm được dùng để khuyến mại. Mặt khác, khách hàng có thể nhận (không nhận) sản phẩm được dùng để khuyến mại mà vẫn mua, bán được hàng hóa, dịch vụ với doanh nghiệp tổ chức khuyến mại. Ngược lại, trong các hợp đồng bán kèm, khách hàng bị buộc phải mua thêm sản phẩm phụ hoặc phải thực hiện thêm những nghĩa vụ phụ nếu muốn mua bán hàng hóa, dịch vụ với doanh nghiệp thực hiện hành vi.

Hai là, đối tượng chính và đối tượng phụ trong hợp đồng mua bán kèm không liên quan trực tiếp với nhau. Nghị định số 116/2005/NĐ-CP giải nghĩa không liên quan trực tiếp là việc mua thêm hàng hóa, dịch vụ hoặc thực hiện thêm những nghĩa vụ nằm ngoài phạm vi cần thiết để thực hiện hợp đồng. Do đó, có những trường hợp doanh nghiệp buộc khách hàng mua thêm hàng hóa, dịch vụ hoặc thực hiện thêm những nghĩa vụ nhưng không là buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng nếu các đối tượng phụ là những hàng hóa, dịch vụ hoặc những nghĩa vụ đặc dụng để đối tượng chính của hợp đồng có thể phát huy tác dụng một cách tối ưu hoặc để cho việc sử dụng đối tượng chính được an toàn cho người sử dụng và cho xã hội. Nói cách khác, nếu không có đối tượng phụ thì đối tượng chính của hợp đồng mua bán không thể sử dụng, không thể phát huy tác dụng một cách tốt nhất. Như vậy, tùy từng vụ việc cụ thể, các bên liên quan và cơ quan có thẩm quyền cần chứng minh sự liên quan giữa đối tượng chính và đối tượng phụ của hợp đồng mua, bán kèm. Nếu chứng minh được rằng không có đối tượng phụ, hàng hóa, dịch vụ là đối tượng chính vẫn có thể sử dụng theo đúng chức năng thì kết luận giữa chúng không có liên quan trực tiếp với nhau.

2

Nhóm hành vi lạm dụng mang tính độc quyền

Hành vi lạm dụng mang tính độc quyền là những hành vi do doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền thực hiện nhằm kìm hãm cạnh tranh bằng cách loại bỏ, ngăn cản đối thủ tham gia thị trường để duy trì, củng cố quyền lực thị trường. Có hai dấu hiệu cần phải chú ý khi phân tích bản chất của nhóm hành vi này là:

Thứ nhất, đối tượng mà hành vi này hướng đến là đối thủ cạnh tranh. Đối thủ cạnh tranh có thể là các doanh nghiệp đang hoạt động kinh doanh hoặc các đối thủ tiềm năng (bao gồm những doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường khác và những nhà đầu tư có ý định tham gia vào thị trường liên quan của doanh nghiệp).

Thứ hai, nhóm hành vi này có thể không đem lại lợi ích vật chất trực tiếp nhưng tạo cơ hội cho doanh nghiệp củng cố địa vị bằng cách loại bỏ đối thủ. Sự ra đi hoặc việc từ bỏ ý định gia nhập thị trường sẽ giảm bớt sức ép cạnh tranh cho doanh nghiệp, đồng thời khách hàng sẽ mất đi cơ hội có được sự lựa chọn trong giao dịch trên thị trường liên quan.

Nhóm hành vi này bao gồm hai hành vi là:

2.1. Hành vi bán hàng hoá, dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh (còn gọi là hành vi định giá cướp đoạt hoặc hành vi định giá hủy diệt)

Điều 23 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định “trừ những trường hợp đặc biệt, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh là việc bán hàng với mức giá thấp hơn tổng các chi phí sau đây:

- Chi phí cấu thành giá thành sản xuất hàng hoá, dịch vụ theo quy định của pháp luật hoặc giá mua hàng hoá để bán lại;
- Chi phí lưu thông hàng hóa, dịch vụ theo quy định của pháp luật”.

Từ quy định trên, khi điều tra về hành vi cơ quan có thẩm quyền tiến hành xác định và so sánh giữa giá bán trên thực tế và giá thành toàn bộ của cùng một sản phẩm như sau:

a. Xác định giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ. Giá bán hàng hoá, dịch vụ là giá bán thực tế của doanh nghiệp trong các giao dịch với khách hàng.

Tuy nhiên, có một số vấn đề được đặt ra từ thực tiễn cho việc xác định giá bán của sản phẩm như sau:

Thứ nhất, việc xác định giá bán hàng hóa sẽ đơn giản nếu doanh nghiệp bán toàn bộ sản phẩm ở cùng một khâu phân phối (hoặc chỉ bán lẻ hoặc chỉ bán sỉ). Tuy nhiên, sẽ gặp nhiều khó khăn nếu doanh nghiệp tổ chức tiêu thụ sản phẩm bằng nhiều cấp tiêu thụ khác nhau như vừa trực tiếp bán lẻ, vừa bán cho các đại lý.... Luật Cạnh tranh và Nghị định số 116/2005/NĐ-CP chưa có quy định để giải quyết tình huống này. Thật ra, pháp luật không thể chỉ sử dụng giá bán lẻ hay bán sỉ cho mọi trường hợp vì hành vi định giá hủy diệt có thể được thực hiện ở bất cứ cấp nào trong quá trình kinh doanh, phân phối. Để giải quyết trường hợp trên, có hai nguyên tắc cần được triệt để tôn trọng là:

- Mức giá bán thực tế được sử dụng để điều tra về hành vi phải là giá bán thực tế của doanh nghiệp bị điều tra. Vì vậy, cơ quan thực thi pháp luật không thể sử dụng *giá thị trường* hay *giá cả suy định* để xác định về hành vi vi phạm nếu như các mức giá đó không là giá bán *thực* của doanh nghiệp bị điều tra.

- Mức giá được sử dụng phải là giá áp dụng cho các khách hàng giao dịch trực tiếp với họ. Vì vậy, nếu doanh nghiệp bị điều tra không trực tiếp bán lẻ sản phẩm cho người tiêu dùng thì không thể dùng mức giá bán lẻ sản phẩm trên thị trường làm căn cứ xác định sự vi phạm bởi mức giá bán lẻ thực tế đã bị thay đổi qua nhiều giai đoạn phân phối. Khi đó, giá được sử dụng là giá bán sản phẩm mà doanh nghiệp đã áp dụng trong các giao dịch với các nhà phân phối (khách hàng trực tiếp) của họ. Ngược lại, khi doanh nghiệp bị điều tra là trực tiếp bán lẻ trên thị trường thì *giá thực tế* được sử dụng là giá bán lẻ doanh nghiệp đã áp dụng trong các giao dịch với khách hàng. Trong trường hợp doanh nghiệp có nhiều loại khách hàng khác nhau ở những vị trí khác nhau trong quá trình phân phối và tiêu thụ sản phẩm (doanh nghiệp vừa bán lẻ, vừa bán sỉ sản phẩm) và với mỗi nhóm khách hàng họ áp dụng mức giá riêng, thì cơ quan thi hành sẽ sử dụng độc lập từng mức giá với từng nhóm khách hàng để điều tra về sự vi phạm mà



không tính theo nguyên tắc bình quân của các mức giá.

Thứ hai, trong một thị trường đồng nhất không có sự chia cắt và các chi phí phân phối sản phẩm không quá khác biệt giữa các vùng thị trường thì việc xác định giá bán hàng hoá, dịch vụ không gặp nhiều khó khăn, trở ngại. Cơ quan điều tra chỉ cần dựa vào các thông tin trung thực trên thị trường để xác định giá bán của hàng hoá, dịch vụ bị điều tra. Tuy nhiên, việc xác định chính xác giá bán của hàng hoá dịch vụ sẽ gặp nhiều khó khăn khi có sự khác biệt về giá cả giữa các khu vực trong cùng một thị trường địa lý hoặc có sự chênh lệch về mức giá bán ở những thời điểm khác nhau thuộc thời kỳ điều tra. Nếu chỉ dựa vào một vài giao dịch nào đó để tính toán là không hợp lý bởi giá bán thực tế phải phản ánh được chiến lược mở rộng thị trường bằng cách tiêu diệt đối thủ chứ không phải là những mức giá tức thời ở một thời điểm nào đó trong quá trình kinh doanh. Bởi lẽ, các doanh nghiệp có thể bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ với giá đặc biệt cho một vài giao dịch, ở một vài thời điểm nào đó chỉ để ứng phó trước những tình huống bất ngờ xảy ra đối với doanh nghiệp. Thông thường, khi điều tra, cơ quan có thẩm quyền sẽ khảo sát về giá bán trên một vùng thị trường đủ để xác định một chiến lược kinh doanh với một khoảng thời gian hợp lý. Trong trường hợp có sự chênh lệch về giá bán giữa các tiểu vùng thị trường và các thời điểm khác nhau trong cùng giai đoạn điều tra thì việc cân nhắc và tính toán một mức giá bình quân gia quyền là cần thiết nhằm tạo lập một giá bán căn bản, hợp lý làm cơ sở để tiến hành so sánh giá. Vấn đề này Luật Cạnh tranh của Việt nam chưa quy định chi tiết. Pháp luật của Canada trong điều 50(1) b và c Luật Cạnh tranh và trong *Các nguyên tắc hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh trong việc bán phá giá* đã đặt ra nguyên tắc xác định giá bán bình quân khi điều tra về việc định giá dưới chi phí sản xuất¹⁰⁶. Các nhà luật học của Canada cho rằng muốn chứng minh được hành vi định giá tiêu diệt đối thủ trước tiên phải chứng minh được rằng *mức giá bán* dưới chi phí bình quân phải nằm trong một *chính sách cạnh tranh* của doanh nghiệp. Vì vậy, cần phải cân nhắc cả về mức *thấp* của giá, phạm vi không gian áp dụng mức giá thấp và thời gian áp dụng để xác định sự vi phạm. Trong khu vực thị trường và ở khoảng thời gian đó, nếu có sự thay đổi hoặc sự khác nhau về giá, người ta sẽ cân nhắc đến khả năng áp dụng cách tính giá bình quân.

b. Xác định giá thành sản xuất toàn bộ. Giá thành toàn bộ được hiểu là mức giá cơ bản được cấu thành từ các chi phí phát sinh trong quá trình sản xuất, lưu thông...của sản phẩm và được các doanh nghiệp sử dụng làm các căn cứ xác định giá bán hàng hoá, dịch vụ của mình.

Trong việc xác định hành vi định giá hủy diệt (hoặc định giá cướp đoạt), giá thành toàn bộ được sử dụng như là *mức chuẩn* của sự công bằng và hợp lý. Nếu doanh nghiệp chủ đích bán hàng hoá, dịch vụ dưới giá thành toàn bộ thì hành vi ấy bị coi là *không bình thường* do chưa đủ bù đắp chi phí đã bỏ ra để có được sản phẩm.

Để tính toán giá thành toàn bộ, Nghị định số 116/2005/NĐ-CP đặt ra công thức “*giá thành toàn bộ là tổng các chi phí sau: chi phí cấu thành giá thành sản xuất hàng hoá, dịch vụ hoặc giá mua hàng hoá để bán lại; và chi phí lưu thông hàng hoá, dịch vụ*”¹⁰⁷.

⁽¹⁰⁶⁾Xem thêm CIDA-Bộ Thương mại Việt Nam, sdd, từ trang 76 đến trang 79.

⁽¹⁰⁷⁾Điều 23, 24, 25, 26 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

- Đối với chi phí cấu thành giá thành sản xuất hàng hoá, dịch vụ hoặc giá mua hàng hoá để bán lại: đây là bộ phận cơ bản cấu thành nên giá thành toàn bộ của sản phẩm. Nếu doanh nghiệp bị điều tra là doanh nghiệp sản xuất sản phẩm thì giá thành sản xuất là tổng các loại chi phí phát sinh trong quá trình sản xuất sản phẩm. Trong trường hợp doanh nghiệp bị điều tra là nhà phân phối sản phẩm thì giá thành sản xuất được thay bằng giá mua hàng hoá để bán lại. Tài liệu chứng minh các chi phí cấu thành giá thành là sổ sách kế toán của doanh nghiệp và giá mua hàng hoá để bán lại được xác định là giá giao dịch trong các hợp đồng của doanh nghiệp bị điều tra với nhà cung cấp hàng hoá của họ.

Giá thành sản xuất hàng hoá, dịch vụ bao gồm các chi phí trực tiếp sau đây:

+ Chi phí vật tư trực tiếp : gồm các chi phí về nguyên, vật liệu, nhiên liệu và động lực tiêu dùng trực tiếp cho sản xuất sản phẩm, dịch vụ của doanh nghiệp;

+ Chi phí nhân công trực tiếp: gồm các khoản trả cho người lao động trực tiếp sản xuất như tiền lương, tiền công và các khoản phụ cấp có tính chất lương, chi ăn ca, chi bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và kinh phí công đoàn của công nhân trực tiếp;

+ Chi phí sản xuất chung: gồm các khoản chi phí chung phát sinh ở các phân xưởng, bộ phận kinh doanh của doanh nghiệp như tiền lương, phụ cấp, ăn ca trả cho nhân viên phân xưởng, khấu hao tài sản cố định, chi phí thuê nhà xưởng, chi phí dịch vụ mua ngoài và các chi phí bằng tiền ngoài các chi phí kể trên.

- Đối với chi phí lưu thông hàng hoá, dịch vụ: chi phí lưu thông sản phẩm là những chi phí phát sinh trong quá trình tiêu thụ hàng hoá dịch vụ. Đây là loại chi phí có độ co giãn rất cao do chúng bị chi phối bởi nhiều yếu tố khác nhau như: tính chất của loại hàng hoá, dịch vụ; tính chia cắt của thị trường; phương tiện vận chuyển; khoảng cách giữa các vùng thị trường tiêu thụ sản phẩm... Loại chi phí này cũng được xác định căn cứ vào sổ sách kế toán của doanh nghiệp, bao gồm các loại chi phí sau: tiền lương; các khoản phụ cấp phải trả cho nhân viên bán hàng; hoa hồng cho đại lý, hoa hồng môi giới; tiếp thị; đóng gói; vận chuyển; bảo quản; khấu hao tài sản cố định; dụng cụ, đồ dùng; dịch vụ mua ngoài; chi phí bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và kinh phí công đoàn cho nhân viên bán hàng theo quy định của pháp luật; chi lãi vay vốn kinh doanh; chi phí quản lý doanh nghiệp được phân bổ cho việc lưu thông hàng hoá, dịch vụ; các chi phí bảo hành hàng hoá, chi phí quảng cáo và các chi phí bằng tiền khác theo quy định của pháp luật.

Nói tóm lại, giá thành toàn bộ bao gồm tất cả những chi phí mà doanh nghiệp có thể phải bỏ ra để sản xuất hoặc để có được sản phẩm. Một vấn đề đặt ra trong việc xác định giá thành toàn bộ là các thông số về tài chính được sử dụng để xác định từng loại chi phí của sản phẩm bị điều tra là của doanh nghiệp bị điều tra hay của các doanh nghiệp trên thị trường. Trong pháp luật hiện hành, có hai xu hướng khác nhau:

Cách tiếp cận thứ nhất, theo Pháp lệnh giá năm 2002, việc xác định hành vi bán phá giá (là một dạng định giá dưới chi phí) được thực hiện trên cơ sở của sự so sánh giữa giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ với *giá trị thông thường của hàng hoá, dịch vụ tương tự trên thị trường*¹⁰⁸. Với cách thức này, thì việc xác định giá trị thông thường của

⁽¹⁰⁸⁾Điều 4 Pháp lệnh Giá năm 2002.



sản phẩm tương tự trên thị trường có vẻ *mơ hồ*. Có thể do cách tiếp cận về khái niệm bán phá giá của pháp lệnh giá bị chi phối và bị ảnh hưởng quá lớn từ khái niệm bán phá giá (Dumping) của hàng hoá nhập khẩu trong thương mại quốc tế nên văn bản pháp luật này đã sử dụng căn cứ để xác định hành vi là giá trị thông thường của sản phẩm trên thị trường. Cho đến nay, giá trị thông thường chưa được pháp lệnh giá định nghĩa và làm rõ¹⁰⁹, thế nên, để tìm kiếm giá trị thông thường của sản phẩm tương tự có lẽ cơ quan, cán bộ nhà nước phải sử dụng giá bán trên thị trường (trong đó có giá của doanh nghiệp bị điều tra và giá của doanh nghiệp khác kinh doanh sản phẩm tương tự). Khi đó, nếu chỉ sử dụng giá của doanh nghiệp khác để so sánh thì kết quả sẽ là không công bằng cho doanh nghiệp bị điều tra; ngược lại nếu xác định bán phá giá dựa vào giá trung bình của các doanh nghiệp kinh doanh sản phẩm tương tự trên thị trường liên quan (bao gồm cả doanh nghiệp bị điều tra) sẽ làm cho việc so sánh giá không chính xác do một bộ phận thông số được sử dụng để tính giá trị thông thường (giá chuẩn) lại là giá bán (giá bị so sánh) của sản phẩm bị điều tra.

Cách tiếp cận thứ hai, Luật Cạnh tranh năm 2004 xác định hành vi định giá hủy diệt dựa vào *chi phí toàn bộ (chi phí sản xuất và chi phí lưu thông...)* của sản phẩm bị điều tra. Pháp luật cạnh tranh sử dụng giá bán và các chi phí thực tế của doanh nghiệp bị điều tra. Về lý thuyết, cách tiếp cận này là hợp lý vì sẽ đem lại kết quả phản ánh chính xác chiến lược chịu lỗ của doanh nghiệp thực hiện hành vi.

Việc xác định giá thành toàn bộ không đơn giản. Sẽ có nhiều vấn đề phát sinh gây khó khăn cho cơ quan thực thi pháp luật trong việc tính toán giá thành toàn bộ của hàng hóa, dịch vụ, cụ thể như sau:

Một, theo Luật Cạnh tranh, hành vi định giá cướp đoạt được áp dụng đối với hàng hoá và dịch vụ. Việc áp dụng đối với hành vi định giá cung ứng dịch vụ dưới chi phí toàn bộ để loại bỏ đối thủ đặt ra khó khăn trong việc điều tra về hành vi. Những khó khăn xuất phát từ khái niệm dịch vụ và quá trình cung ứng dịch vụ. Do tính chất *vô hình* của dịch vụ mà cho đến nay, chưa có một định nghĩa về dịch vụ được chấp nhận trên phạm vi toàn cầu. Tính vô hình và khó nắm bắt của dịch vụ, sự đa dạng, phức tạp của các loại dịch vụ làm cho việc định nghĩa dịch vụ trở nên phức tạp. Chỉ có thể hiểu dịch vụ bằng cách tìm ra các đặc điểm nổi bật và khác biệt của dịch vụ so với hàng hoá, theo đó có ba đặc điểm nổi bật của dịch vụ:

- Dịch vụ mang tính vô hình, nếu như hàng hoá được mô tả và nhận dạng bằng các tính chất cơ, lý, hoá học... từ đó việc xác định chi phí dễ dàng. Trong khi đó dịch vụ không tồn tại dưới dạng vật chất, không nhìn thấy được và cũng không thể đo lường bằng những tiêu chuẩn kỹ thuật được lượng hoá;

- Quá trình sản xuất (cung ứng) dịch vụ và tiêu dùng dịch vụ xảy ra đồng thời;

- Dịch vụ không thể lưu trữ được¹¹⁰.

Với những đặc tính đó, việc hình dung dịch vụ và kéo theo là xác định chi phí cung ứng đối với một loại dịch vụ của doanh nghiệp cũng như xác định chi phí *lành mạnh* đối với việc cung ứng dịch vụ để so sánh với giá cung ứng thực tế là không đơn giản, chưa nói là có nhiều trường hợp là không thể.

⁽¹⁰⁹⁾Về vấn đề này, Hiệp định về việc thực thi Điều VI của GATT (còn gọi là Hiệp định chống bán phá giá) và Pháp lệnh chống bán phá giá hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam năm 2004 đã quy định rõ.

⁽¹¹⁰⁾Bài tham luận của Nguyễn Bình Minh, một số vấn đề lý luận và thực tiễn về thương mại dịch vụ và dịch vụ thương mại ở Việt Nam – Tham luận tại hội thảo về định hướng phát triển thương mại dịch vụ tại Việt Nam do Bộ Thương mại tổ chức tại Hà Nội năm 2003.

Hai, việc điều tra và thu thập các thông số về tài chính kế toán, về chi phí sản xuất của doanh nghiệp không phải là công việc đơn giản. Chưa kể những thông số đó không thực sự lành mạnh do hoạt động kế toán của doanh nghiệp Việt Nam còn nhiều kiểm khuyết về sự minh bạch và thiếu trung thực. Bên cạnh đó, trong cấu trúc chi phí toàn bộ của sản phẩm, bộ phận chi phí liên quan đến lưu thông của sản phẩm hoặc của nguyên vật liệu để phục vụ cho sản xuất ra sản phẩm luôn có độ co giãn cao làm cho việc điều tra về chi phí toàn bộ gặp nhiều trở ngại ảnh hưởng đến tính chính xác trong việc xác định hành vi hạn chế cạnh tranh về định giá hủy diệt. Đặc biệt, khi sản phẩm bị điều tra trong vụ việc liên quan đến hành vi định giá cướp đoạt chỉ là một sản phẩm trong nhiều sản phẩm được sản xuất và phân phối bởi doanh nghiệp, thì công việc bóc tách các phần chi phí có liên quan đến sản phẩm trong tổng chi phí sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp là không đơn giản. Hiện nay, chúng ta chưa có nhiều kinh nghiệm trong việc điều tra về hành vi định giá hủy diệt và pháp luật về kiểm toán, về cạnh tranh còn non trẻ, chưa có nhiều nội dung tương xứng để chuẩn bị cho công tác thực thi pháp luật hiệu quả. Đương nhiên những điều đó sẽ làm giảm đi hiệu quả áp dụng và điều chỉnh của pháp luật.

c. So sánh giá bán thực tế và giá thành toàn bộ của sản phẩm để xác định hành vi

Việc xác định hành vi định giá hủy diệt được thực hiện đơn giản bằng việc so sánh giữa giá bán thực tế với giá thành toàn bộ của hàng hóa dịch vụ. Một khi doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hoặc vị trí độc quyền áp dụng giá bán thực tế thấp hơn giá thành toàn bộ thì kết luận sẽ là có hành vi vi phạm và ngược lại. Bản chất phi kinh tế của định giá hủy diệt thể hiện thông qua việc doanh nghiệp lợi dụng vị trí và khả năng tài chính của mình nên đã chấp nhận lỗ hoặc chấp nhận hy sinh lợi nhuận để đạt được mục đích loại bỏ đối thủ cạnh tranh. Do đó, chỉ có thể xác định được bản chất và mục đích đó khi dùng chi phí mà doanh nghiệp đó bỏ ra để sản xuất và phân phối sản phẩm để so sánh với giá bán thực tế. Có như vậy, việc so sánh mới thực sự công bằng, rõ ràng và chính xác. Nói tóm lại, theo Luật Cạnh tranh của Việt Nam, ý định và khả năng loại bỏ đối thủ của định giá hủy diệt được chứng minh từ hiện thực khách quan là giá bán thấp hơn giá thành của sản phẩm. Về vấn đề này, pháp luật của các quốc gia khác như Canada và Hoa Kỳ có cách tiếp cận khác. Theo đó, các nhà làm luật ở các quốc gia này đã ứng dụng trọn vẹn lý thuyết truyền thống về định giá hủy diệt để đưa ra các căn cứ xác định hành vi và phân tích mục đích loại bỏ đối thủ¹¹¹. Theo đó, hai mức chi phí căn bản làm cơ sở xác định hiện tượng ép giá là *chi phí toàn bộ bình quân* (*average total cost - ATC*) và *chi phí biến đổi bình quân* (*average variable cost - AVC*). Chi phí biến đổi bình quân là chi phí biến đổi được tính trên một đơn vị sản phẩm, ví dụ như chi phí lao động, chi phí nguyên, nhiên, vật liệu... (còn gọi là chi phí trực tiếp); chi phí toàn bộ bình quân là tổng chi phí đầu vào (yếu tố sản xuất) tính trên một đơn vị sản phẩm, bao gồm chi phí cố định bình quân (chi phí gián tiếp) và chi phí biến đổi bình quân¹¹². Mức giá cao hơn chi phí toàn bộ bình quân sẽ không bị coi là định giá hủy diệt cho dù mức giá đó có thể dẫn đến loại bỏ doanh nghiệp khác ra khỏi thị trường. Lý giải về điều này,

⁽¹¹¹⁾Xem thêm Nguyễn Ngọc Sơn, "Hành vi định giá hủy diệt và việc ứng dụng trong pháp luật cạnh tranh Việt Nam", Tạp chí nghiên cứu lập pháp số 19 - tháng 11/2008, tr 25-33.

⁽¹¹²⁾David W. Pearce, sđd, tr 67, 1032.



các nhà làm luật của Canada cho rằng mức giá cao hơn chi phí toàn bộ bình quân là mức giá bình thường bởi trong đó đã bao gồm một khoản lợi nhuận hợp lý cho dù mức giá đó có thấp hơn giá bán của doanh nghiệp khác. Lúc này, giá bán phản ánh hiệu quả kinh doanh của doanh nghiệp trong cạnh tranh về giá so với đối thủ. Mức giá thấp hơn chi phí biến đổi bình quân là *bất hợp lý* vì mức giá đó không thể dẫn tới sự tối đa hoá lợi nhuận hay sự tối thiểu hoá tổn thất trong bất cứ bối cảnh thị trường nào. Mức giá nằm ở khoảng giữa *chi phí toàn bộ bình quân* và *chi phí khả biến bình quân* (gọi là mức giá trong khu vực màu xám), tức là cao hơn chi phí khả biến bình quân và thấp hơn chi phí toàn bộ bình quân có thể bị coi là định giá huỷ diệt nhưng cũng có thể được chấp nhận nếu như chứng minh được rằng doanh nghiệp đang thực hiện chiến lược tối đa hoá lợi nhuận trong những điều kiện đặc biệt của thị trường, ví dụ nhu thời kỳ nhu cầu thị trường bị giảm sút¹¹³... Lý lẽ biện hộ cho trường hợp này là mặc dù doanh nghiệp không tìm kiếm được lợi nhuận với mức giá đó nhưng doanh nghiệp cũng đã có thể trang trải được các chi phí sản xuất trực tiếp và một phần bù đắp cho các khoản đầu tư cố định hòng duy trì sản xuất trong điều kiện khó khăn của thị trường.

Pháp luật cạnh tranh Việt Nam có đề cập đến những trường hợp bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ song không có mục đích huỷ diệt đối thủ. Khoản 2 Điều 23 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP liệt kê những hành vi không bị coi là bán hàng hóa dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh, bao gồm:

- Hạ giá bán hàng hoá tươi sống;
- Hạ giá bán hàng hoá tồn kho do chất lượng giảm, lạc hậu về hình thức, không phù hợp với thị hiếu người tiêu dùng;
- Hạ giá bán hàng hoá theo mùa vụ;
- Hạ giá bán hàng hoá trong chương trình khuyến mại theo quy định của pháp luật;
- Hạ giá bán hàng hoá trong trường hợp phá sản, giải thể, chấm dứt hoạt động sản xuất, kinh doanh, thay đổi địa điểm, chuyển hướng sản xuất, kinh doanh;
- Các biện pháp thực hiện chính sách bình ổn giá của nhà nước theo quy định hiện hành của pháp luật về giá.

Các trường hợp hạ giá nói trên phải niêm yết công khai, rõ ràng ở những nơi tiêu thụ về mức giá cũ, giá mới và thời gian hạ giá. Trong các tình huống này, việc hạ giá bán xuống dưới giá thành toàn bộ (thậm chí dưới giá thành sản xuất) không phản ánh mong muốn loại bỏ đối thủ mà chỉ có thể là kết quả của những điều kiện đặc biệt của hoạt động kinh doanh nên việc hạ giá sản phẩm là cần thiết để bảo vệ quyền lợi chính đáng cho nhà kinh doanh. Nếu không cho phép hạ giá bán trong những tình huống ấy, có thể sẽ gây ra lãng phí hoặc gây ra thiệt hại cho doanh nghiệp; hoặc do doanh nghiệp thực hiện những chiến lược mở rộng thị trường bằng việc tổ chức khuyến mại trong giới hạn cho phép của pháp luật. Như vậy, ở chừng mực nào đó, pháp luật Việt Nam cũng đã cân nhắc đến ý chí đích thực của doanh nghiệp thực hiện hành vi bằng cách loại bỏ những tình huống đặc biệt ra khỏi phạm vi của sự vi phạm.

Những phân tích và so sánh trên cho thấy pháp luật cạnh tranh của Việt Nam và các nước đều sử dụng phương pháp so sánh giá để xác định hành vi định giá huỷ

⁽¹¹³⁾CIDA, sdd, tr 78.

diệt. Đồng thời, cũng đã đặt ra những nguyên tắc để xác định mục đích loại bỏ đối thủ cạnh tranh của hành vi đặt giá bán hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ dưới giá thành. Tuy nhiên, vẫn tồn tại những khác biệt giữa pháp luật Việt Nam và pháp luật các nước mà cơ bản là cách phân tích các căn cứ xác định hành vi và xác định mục đích hủy diệt đối thủ cạnh tranh. Để điều tra về hiện tượng định giá hủy diệt, pháp luật cạnh tranh của EU, Hoa Kỳ, Canada... luôn đòi hỏi cơ quan có thẩm quyền phải tính toán và phân tích cấu trúc chi phí tạo nên giá thành của sản phẩm và cân nhắc các điều kiện khách quan trên thị trường có thể tác động đến việc định giá của doanh nghiệp. Kinh nghiệm của các nước cho thấy rằng, luật pháp của họ đã sử dụng nhiều kiến thức kinh tế học hiện đại để nhận thức về hình thức và mức độ xâm hại của hành vi định giá tiêu diệt đối thủ để từ đó thái độ của pháp luật đối với người vi phạm đạt đến mức tinh tế cho từng trường hợp cá biệt. Mặt khác, pháp luật cũng không cần phải liệt kê cụ thể, chi tiết từng loại chi phí có thể được sử dụng để tính toán giá thành sản phẩm bởi mọi loại sản phẩm cụ thể trong điều kiện cụ thể của thị trường và tùy theo thói quen của các doanh nghiệp mà cấu trúc chi phí sẽ là khác nhau. Những người có thẩm quyền thực thi pháp luật sẽ dựa trên thực tế sổ sách của doanh nghiệp và tập quán ngành, dựa trên các kiến thức kinh tế và kinh nghiệm mà xác định các chi phí cụ thể cấu thành chi phí toàn bộ bình quân hay chi phí biến đổi bình quân. Cách tiếp cận này đã làm cho pháp luật trở nên linh hoạt và uyển chuyển nhưng vẫn có những nguyên tắc bất biến được triệt để tôn trọng. Từ đó, pháp luật không thể quy kết mọi hành vi bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ ở mức giá gây lỗ là định giá hủy diệt.

Mặt khác, Luật Cạnh tranh của Việt Nam và các văn bản hướng dẫn có cách tiếp cận đơn giản hơn so với pháp luật của các nước phát triển như Hoa Kỳ, Pháp, Canada. Theo đó, cơ quan điều tra chỉ cần xác định và tính toán tất cả các chi phí đã được doanh nghiệp bỏ ra để kinh doanh sản phẩm (không sử dụng các khái niệm chi phí khả biến hay chi phí cố định làm căn cứ điều tra) và giá bán thực tế của sản phẩm rồi so sánh chúng với nhau. Nếu phân tích cụ thể dưới góc độ kinh tế thì khái niệm giá thành toàn bộ mà luật pháp của chúng ta sử dụng dường như là chi phí toàn bộ bình quân mà pháp luật của các nước nói đến. Do đó, hành vi bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ với mức giá gây lỗ mặc nhiên bị coi là định giá hủy diệt nếu doanh nghiệp thực hiện hành vi có quyền lực thị trường và hành vi đó không thuộc những trường hợp đặc biệt theo khoản 2 Điều 23 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

Việc xác định mục đích loại bỏ đối thủ cạnh tranh được pháp luật Việt Nam và các nước đặt ra trong trường hợp giá bán của sản phẩm dưới chi phí toàn bộ (hoặc dưới chi phí toàn bộ bình quân) để loại bỏ các trường hợp do điều kiện khách quan của hoạt động kinh doanh hoặc do kế hoạch khuyến mại hợp pháp của doanh nghiệp ra khỏi phạm vi của hành vi định giá hủy diệt. Tuy nhiên, cách giải quyết của pháp luật Việt Nam và các nước có sự khác biệt đáng kể. Pháp luật của các nước không liệt kê cụ thể và cố định những trường hợp được coi là không vi phạm mà sử dụng phương pháp phân tích ảnh hưởng của hành vi đến tình trạng cạnh tranh của thị trường. Theo đó, ngay khi tiến hành so sánh giữa giá bán thực tế với giá thành của sản phẩm, pháp luật



đòi hỏi cơ quan điều tra phải phân tích cấu trúc chi phí để tìm kiếm những trường hợp đặc biệt ảnh hưởng đến việc định giá sản phẩm của doanh nghiệp. Mặt khác, những nhân tố khách quan trên thị trường cũng được phân tích để làm rõ hai vấn đề:

- Việc định giá thấp hơn chi phí toàn bộ bình quân là do ý chí của doanh nghiệp hay do ảnh hưởng của điều kiện thị trường;

- Việc định giá gây lỗ có khả năng làm sai lệch, làm giảm cạnh tranh trên thị trường và có thể tăng cường vị trí của doanh nghiệp thực hiện hành vi hay không.

Pháp luật không ấn định một cách cứng nhắc những nhân tố được xem xét nên cơ quan cạnh tranh có thể chủ động và linh hoạt theo từng vụ việc. Cách giải quyết như trên cho thấy pháp luật của các nước không chỉ quan tâm đến sự tồn tại của việc định giá thấp hơn giá thành toàn bộ mà còn xác định những tác động thực tế của hành vi đến thị trường cạnh tranh. Pháp luật Việt Nam mặc nhiên coi việc định giá dưới giá thành toàn bộ của doanh nghiệp thống lĩnh thị trường hoặc độc quyền là định giá hủy diệt trừ phi doanh nghiệp chứng minh được hành vi của họ thuộc những trường hợp đặc biệt được loại trừ (không là miễn trừ) khỏi sự vi phạm theo Khoản 2 Điều 23 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP. Các trường hợp loại trừ được liệt kê khá cụ thể nên có thể tạo thuận lợi cho việc áp dụng, song mặt khác lại làm cho pháp luật thiếu linh hoạt trong khi thị trường luôn vận động.

2.2. Hành vi ngăn cản việc gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh mới

Ngăn cản việc gia nhập thị trường của những đối thủ cạnh tranh mới là hành vi tạo ra những rào cản về giá hoặc về nguồn tiêu thụ, nguồn nguyên vật liệu... trên thị trường liên quan¹¹⁴. Việc xác định hành vi ngăn cản cần phải làm rõ một số vấn đề sau đây:

Thứ nhất, cần xác định rõ đối thủ cạnh tranh mới. Đối thủ cạnh tranh mới là doanh nghiệp đang tìm cách tham gia thị trường¹¹⁵ (có thể gọi là doanh nghiệp mới). Cần phân biệt thuật ngữ doanh nghiệp mới và doanh nghiệp mới thành lập. Thuật ngữ doanh nghiệp mới trong Luật Cạnh tranh mô tả những doanh nghiệp đang tìm cách tham gia vào một thị trường cụ thể, bao gồm:

- Các doanh nghiệp tiềm năng, tức là chưa được thành lập theo pháp luật về doanh nghiệp;
- Đã được thành lập và hoạt động ở một thị trường khác, đang có ý định tham gia thị trường tồn tại rào cản gia nhập.

Thuật ngữ doanh nghiệp mới thành lập được sử dụng rộng rãi trong pháp luật về doanh nghiệp, đặc biệt là trong pháp luật về thủ tục pháp lý đăng ký kinh doanh, để diễn tả những doanh nghiệp vừa hoàn tất các thủ tục đăng ký kinh doanh cần thiết để được công quyền thừa nhận sự tồn tại và hoạt động hợp pháp. Như vậy, việc làm rõ doanh nghiệp mới trong Luật Cạnh tranh không phải là việc doanh nghiệp đó đã được thành lập hay chưa, mà phải làm rõ nhu cầu đầu tư mới trên thị trường liên quan.

Thứ hai, xác định các rào cản cho sự gia nhập. Theo Black's Law Dictionary, rào cản gia nhập thị trường là những nhân tố kinh tế gây khó khăn cho các nhà kinh doanh trong việc tham gia vào thị trường và trong cuộc cạnh tranh với các doanh nghiệp đang tồn tại trên thị trường đó¹¹⁶. Trong kinh tế học, người ta chia rào cản ra làm hai loại:

⁽¹¹⁴⁾Điều 31 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁽¹¹⁵⁾PGS. Nguyễn Như Phát, Ths. Bùi Nguyên Khánh, sdd.

⁽¹¹⁶⁾Bryan A. Garner, sdd, tr 144.

- Rào cản cơ cấu là những nhân tố ngăn chặn sự nhập cuộc của các doanh nghiệp tiềm năng. Những nhân tố này không phụ thuộc vào ý chí chủ quan của các doanh nghiệp trên thị trường đó, bao gồm: những điều kiện vốn có của thị trường, đòi hỏi những người muốn tham gia kinh doanh phải đáp ứng, ví dụ: điều kiện về tính kinh tế nhờ quy mô, lợi thế tuyệt đối về chi phí v.v.; hoặc là những quy định của pháp luật để chọn lọc người tham gia thương trường, như: các quy định về điều kiện kinh doanh, quy định về bảo hộ trong những ngành thiết yếu của kinh tế quốc dân.... Nếu sự phát triển cạnh tranh trên thị trường là cần thiết thì công cụ cần được áp dụng để khắc chế khả năng hạn chế cạnh tranh của những nhân tố trên sẽ là các chính sách kinh tế mà không thể sử dụng pháp luật cạnh tranh. Trong trường hợp này, các rào cản không do hành vi của các nhà kinh doanh gây ra nên không thể sử dụng pháp luật cạnh tranh để giải quyết. Các chính sách được sử dụng có thể là chính sách khuyến khích đầu tư, chính sách hỗ trợ tài chính, kỹ thuật, xóa bỏ các rào cản pháp lý, cải cách thủ tục đầu tư, cấp phép....

- Rào cản chiến lược là hành vi trong chiến lược của các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường nhằm ngăn cản sự gia nhập của các doanh nghiệp tiềm năng, ví dụ như chiến lược định giá để ngăn chặn đối thủ; chiến lược thiết lập các rào cản theo chiều dọc...¹¹⁷. Trong trường hợp này, do các rào cản do hành vi của các doanh nghiệp gây ra nên có thể sử dụng pháp luật cạnh tranh để giải quyết. Cơ quan có thẩm quyền có thể sử dụng các chế định khác nhau để xử lý tùy từng vụ việc cụ thể. Nếu các rào cản do một thỏa thuận của nhiều doanh nghiệp gây ra thì sử dụng chế định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh để giải quyết. Nếu rào cản do doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền thực hiện thì áp dụng các quy định về hành vi lạm dụng để xử lý.

Theo Điều 31 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, các rào cản cho việc gia nhập thị trường có thể được hình thành bằng việc các doanh nghiệp thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp độc quyền thực hiện một trong các hành vi sau đây:

- Các doanh nghiệp thực hiện chiến lược tẩy chay bằng cách *yêu cầu khách hàng của mình không giao dịch với đối thủ cạnh tranh mới*. Hành vi này được pháp luật của một số nước gọi là hành vi *thâu tóm khách hàng* bởi nếu không có hành vi này, khách hàng có thể sẽ trở thành khách hàng của đối thủ cạnh tranh¹¹⁸. Bằng việc yêu cầu khách hàng của mình không giao dịch với đối thủ cạnh tranh mới, các doanh nghiệp đã tạo ra những khó khăn trong việc tiêu thụ sản phẩm hoặc làm tăng chi phí sản xuất, kinh doanh của đối thủ. Nếu khách hàng là người tiêu thụ hoặc phân phối sản phẩm, thì hành vi này đã làm cho đối thủ gặp khó khăn trong việc tìm kiếm nguồn đầu ra. Ngược lại, nếu khách hàng là người cung cấp nguyên liệu đầu vào, hành vi này đã ngăn cản đối thủ mới tiếp cận các nguồn nguyên liệu quan trọng trên thị trường. Trong mọi trường hợp, đối thủ cạnh tranh buộc phải tổ chức kế hoạch tìm kiếm nguồn nguyên liệu mới hoặc nguồn tiêu thụ mới. Việc *thâu tóm các nguồn cung cấp nguyên liệu, nguồn tiêu thụ* đã làm tăng chi phí của đối thủ, có thể làm cho đối thủ bị suy giảm sức cạnh tranh.

- Các doanh nghiệp thực hiện chiến lược thiết lập rào cản chiều dọc bằng cách *đưa hoặc cưỡng ép các nhà phân phối, các cửa hàng bán lẻ không chấp nhận phân*

⁽¹¹⁷⁾Điều 31 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁽¹¹⁸⁾CIDA, sdd, tr 198.



phối những mặt hàng của đối thủ cạnh tranh mới. Với chiến lược này, doanh nghiệp có quyền lực thị trường đã hạn chế khả năng phân phối sản phẩm của đối thủ mới bằng cách khống chế ý chí của những nhà phân phối hoặc các cửa hàng bán lẻ, ép buộc họ không được phân phối sản phẩm của đối thủ. Lúc này, để có thể tiêu thụ được sản phẩm, đối thủ mới buộc phải có chiến lược xây dựng và phát triển mạng lưới phân phối hoàn toàn mới (không phải là những nhà phân phối hoặc cửa hàng bán lẻ hiện đang tồn tại trên thị trường). Kế hoạch này sẽ là mạo hiểm bởi sẽ làm tăng chi phí và tăng độ rủi ro khi tiêu thụ sản phẩm do người sản xuất và nhà phân phối đều là *lính mới* trên thị trường. Một vấn đề cần lưu ý khi điều tra về hành vi này là phải chứng minh được doanh nghiệp vi phạm đã dùng thủ đoạn *đe dọa hoặc cưỡng ép* các nhà phân phối, các cửa hàng bán lẻ không chấp nhận phân phối sản phẩm của đối thủ cạnh tranh mới. Do đó, sự khác nhau giữa chiến lược tẩy chay và hành vi này không chỉ là đối tượng được yêu cầu không giao dịch với đối thủ mới mà còn là cách thức thực hiện hành vi. Hành vi tẩy chay yêu cầu các khách hàng (bao gồm người tiêu thụ và người cung cấp nguyên liệu) không giao dịch với đối thủ cạnh tranh, trong khi hành vi này chủ yếu tác động đến các nhà phân phối, các nhà bán lẻ đang hoạt động trên thị trường. Cách thức mà chiến lược tẩy chay sử dụng là yêu cầu khách hàng không giao dịch với đối thủ cạnh tranh mà không là đe dọa hoặc cưỡng ép họ. Yêu cầu có thể được thực hiện bằng các cách thức như dành cho khách hàng các khoản đầu tư, chiết khấu, giảm giá....

- Các doanh nghiệp thực hiện chiến lược ngăn cản qua giá bằng cách *bán hàng hoá với mức giá đủ để đối thủ cạnh tranh không thể gia nhập thị trường nhưng không thuộc trường hợp bán hàng hoá dưới giá thành toàn bộ để loại bỏ đối thủ*. Với lập luận tương tự như trường hợp của hành vi định giá dưới giá thành toàn bộ, chiến lược ngăn cản qua giá được thực hiện để làm cho các nhà kinh doanh có ý định gia nhập phải cân nhắc khả năng có được lợi nhuận hay không với mức giá hiện tại (đã được hạ thấp). Đối với trường hợp này, Nghị định số 116/2005/NĐ-CP chưa đưa ra được căn cứ để xác định mức *giá ngăn cản*, các quy định mới chỉ dừng lại ở việc mô tả chung là “*không thuộc trường hợp bán hàng hoá dưới giá thành toàn bộ để loại bỏ đối thủ*.... Vì thế vấn đề tiếp theo mà pháp luật phải làm rõ là xác định ranh giới về giá của hai trường hợp định giá dưới giá thành toàn bộ và định giá ngăn cản.

Thứ ba, mặc dù một trong những căn cứ để xác định sự vi phạm là đã *ngăn cản sự gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh mới*, nhưng cơ quan có thẩm quyền chỉ cần xác định được rằng doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, có vị trí độc quyền đã thực hiện một trong ba chiến lược ngăn cản kể trên, không cần phải xác định chiến lược ngăn cản đã hoàn thành hay chưa. Việc ngăn cản mà Luật Cạnh tranh nói đến tồn tại ở dạng *tiềm năng* của hành vi, tức là nếu các hành vi kể trên đã mang trong mình khả năng ngăn cản sự nhập cuộc của doanh nghiệp mới, là đủ để kết luận về sự vi phạm.

3

Hành vi lạm dụng của doanh nghiệp độc quyền

Đối với các doanh nghiệp có vị trí độc quyền trên thị trường, kể cả các doanh nghiệp độc quyền tự nhiên hay độc quyền Nhà nước, ngoài những hành vi lạm dụng quyền lực thị trường để hạn chế cạnh tranh kể trên, Luật Cạnh tranh còn nghiên cứu thêm hai hành vi sau đây:

- Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng là hành vi buộc khách hàng phải chấp nhận vô điều kiện những nghĩa vụ gây khó khăn cho khách hàng trong quá trình thực hiện hợp đồng¹¹⁹;

- Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng là hành vi của doanh nghiệp độc quyền thực hiện một trong các hình thức sau:

- + Đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không cần thông báo trước cho khách hàng và không phải chịu biện pháp chế tài nào;

- + Đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết căn cứ vào một hoặc một số lý do không liên quan trực tiếp đến các điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện đầy đủ hợp đồng và không chịu biện pháp chế tài nào¹²⁰.

4

Nguyên tắc xử lý đối với các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh

Luật Cạnh tranh áp dụng nguyên tắc cấm tuyệt đối đối với các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh. Theo đó:

- Cơ quan có thẩm quyền chỉ cần chứng minh hai điều kiện sau đây là có thể xử lý doanh nghiệp bị điều tra trong vụ việc về hành vi lạm dụng:

- + Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp bị điều tra có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp có vị trí độc quyền.

- + Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp bị điều tra đã thực hiện một trong các hành vi hạn chế cạnh tranh quy định tại Điều 13 và Điều 14 Luật Cạnh tranh. Về điều kiện này, Luật Cạnh tranh liệt kê gần như đầy đủ các dạng lạm dụng phổ biến theo kinh nghiệm của các nước và dựa trên dự báo tình hình cạnh tranh của thị trường Việt Nam trong tương lai. Chúng ta có thể tìm thấy các quy định về hành vi lạm dụng: liên quan đến giá sản phẩm như định giá hủy diệt, định giá bóc lột, định giá bán lại; chiến lược lạm dụng theo chiều dọc như thiết lập mạng lưới phân phối độc quyền, phân biệt đối xử...; chiến lược ngăn cản đối thủ tiềm năng.... Với diện *phủ sóng* rộng và bao quát như trên, khả năng điều chỉnh của Luật sẽ rất lớn, bao gồm mọi lĩnh vực của đời sống

⁽¹¹⁹⁾Điều 32 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁽¹²⁰⁾Điều 33 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.



kinh tế, mọi doanh nghiệp có quyền lực thị trường kể cả các doanh nghiệp độc quyền tự nhiên hay độc quyền Nhà nước. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam chưa cho phép cơ quan có thẩm quyền xử lý những hành vi gây ra hậu quả hạn chế cạnh tranh mà Luật Cạnh tranh chưa quy định. Do đó, căn cứ pháp lý để kết luận về việc thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh sẽ chỉ là những quy định của Luật Cạnh tranh. Trong hệ thống pháp luật hiện hành, có một số văn bản pháp luật ghi nhận về hành vi hạn chế cạnh tranh của các tập đoàn kinh tế độc quyền hoặc thống lĩnh như pháp luật về điện lực, pháp luật về bưu chính viễn thông, pháp luật về hàng không.... Tuy nhiên, khoản 1 Điều 5 Luật Cạnh tranh lại đặt ra một nguyên tắc *trong trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của Luật này với các quy định của luật khác về hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh thì áp dụng quy định của Luật này*. Như vậy, nếu có sự tương đồng về số lượng hành vi và dấu hiệu pháp lý của từng hành vi giữa Luật Cạnh tranh và các văn bản pháp luật kể trên thì không phát sinh những tranh cãi về việc áp dụng pháp luật. Tuy nhiên, nếu các văn bản pháp luật trên quy định về một, một số hành vi hạn chế cạnh tranh mà Luật Cạnh tranh không quy định và ngược lại hoặc có sự khác nhau về dấu hiệu pháp lý của hành vi thì giải pháp được lựa chọn phải là áp dụng Luật Cạnh tranh.

- Không áp dụng cơ chế loại trừ đối với các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền thị trường để hạn chế cạnh tranh. Đây là điểm khác biệt về mặt kỹ thuật lập pháp của Việt Nam so với Luật mẫu về cạnh tranh của Tổ chức hợp tác và phát triển liên hiệp quốc cũng như Luật về kiểm soát độc quyền của nhiều nước khác. Trong pháp luật cạnh tranh của nhiều quốc gia, và trong Luật mẫu về cạnh tranh đều đưa ra các trường hợp được miễn trừ trách nhiệm, ví dụ Mục III Chương IV Luật mẫu cạnh tranh cho phép miễn trừ đối với các hành vi lạm dụng nếu doanh nghiệp thông báo với cơ quan có thẩm quyền trước khi thực hiện, và cơ quan này thấy hành vi phù hợp với mục tiêu của Luật đã đề ra; Điều 61.1 Luật Cạnh tranh Canada quy định các trường hợp ngoại lệ được miễn trừ trách nhiệm khi thực hiện hành vi định giá bán lại... Các nhà làm luật của những nước nói trên lập luận rằng hành vi lạm dụng ở những tình huống cụ thể nào đó là phù hợp với sự phát triển của đời sống kinh doanh, rằng các doanh nghiệp có quyền bảo vệ lợi ích của mình nếu điều đó không xâm hại đến quyền tự do kinh doanh và lợi ích chính đáng của bất cứ ai. Cách thức mà Luật Cạnh tranh của chúng ta đưa ra cho thấy thái độ nghiêm khắc của nhà làm luật đối với hành vi lạm dụng¹²¹.

Tuy nhiên, một vấn đề khó khăn sẽ đặt ra cho pháp luật và cho cơ chế thực thi là, pháp luật sẽ phải chi tiết hơn trong việc quy định về hành vi theo hướng sau đây:

- Phải đưa ra được những căn cứ xác định hành vi chi tiết hơn để không quy trách nhiệm oan cho những trường hợp về hình thức là vi phạm nhưng về bản chất là có thể chấp nhận được (*ví dụ các hành vi ấn định giá mua trong các trường hợp thị trường có biến động*);

- Phải lượng hoá các căn cứ đó bằng những dấu hiệu khách quan để tránh sự tùy tiện trong quá trình áp dụng pháp luật của các cơ quan chức năng. Vì lẽ đó mà các căn cứ nhận dạng hành vi theo Luật Cạnh tranh có vẻ phức tạp hơn so với những quy

⁽¹²¹⁾Đối với tập trung kinh tế và thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, Luật Cạnh tranh năm 2004 vẫn quy định các trường hợp miễn trừ.

định tương ứng trong pháp luật của các quốc gia khác như Canada, Hoa Kỳ, Hàn Quốc.v.v.

Ngoài ra, theo Luật Cạnh tranh năm 2004 và Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, trong những cơ sở nhận dạng hành vi lạm dụng có những căn cứ đã được lượng hoá như giá thành toàn bộ đã được lượng hoá bằng các chi phí cụ thể, sự bất hợp lý của giá bóc lột v.v. cũng có một số những quy định chưa rõ hoặc còn là định tính, ví dụ như khả năng gây thiệt hại cho khách hàng của hành vi định giá bán lại tối thiểu, mức độ phân biệt đối xử trong các điều kiện thương mại giữa các khách hàng, khả năng ngăn cản đối thủ cạnh tranh mới của mức giá bán hàng hoá thấp, xác định tính chất không liên quan đến đối tượng của hợp đồng trong các điều kiện thương mại hay nghĩa vụ bị áp đặt v.v. Những tồn tại nói trên có thể ảnh hưởng lớn đến hiệu quả áp dụng pháp luật nếu chúng không được làm rõ trong các văn bản pháp luật. Mặt khác, việc điều tra thu thập thông tin và phân tích thông tin để kết luận về hành vi vi phạm đòi hỏi phải được thực hiện bằng các biện pháp chuyên ngành kinh tế, kỹ thuật cụ thể tùy theo từng vụ việc. Mặt khác, sự vận động không ngừng của các quan hệ và các yếu tố kinh tế của thị trường, làm cho những thông số kinh tế- kỹ thuật trong sản xuất kinh doanh thường xuyên thay đổi, co dãn. Vì thế, việc thực thi pháp luật cạnh tranh đối với những vụ việc về hành vi lạm dụng, đòi hỏi cơ quan thực thi và cán bộ có thẩm quyền phải có trình độ, kinh nghiệm và năng động, nhằm làm cho pháp luật phát huy hiệu quả trong cuộc sống.



CHƯƠNG 4

HÀNH VI TẬP TRUNG KINH TẾ

I. BẢN CHẤT CỦA HÀNH VI TẬP TRUNG KINH TẾ

1

Quá trình phát triển của pháp luật về hành vi tập trung kinh tế tại Việt Nam

Các quy định về hoạt động sáp nhập, hợp nhất, mua bán cổ phần, chuyển nhượng vốn góp trong các loại công ty và góp vốn thành lập doanh nghiệp con... đã được ghi nhận trong pháp luật về doanh nghiệp, pháp luật chứng khoán ngay từ giai đoạn đầu của thời kỳ xây dựng thị trường tại Việt Nam. Các hành vi tập trung kinh tế chỉ thực sự trở thành một nội dung nghiên cứu sâu rộng kể từ khi Luật Cạnh tranh được mạnh mẽ hình thành. Có thể tạm chia quá trình nhận thức về tập trung kinh tế thành hai giai đoạn căn cứ vào thời điểm ban hành Luật Cạnh tranh.

1.1. Giai đoạn trước khi Luật Cạnh tranh được ban hành

Luật Công ty năm 1990 ghi nhận quyền quyết định việc sáp nhập công ty trách nhiệm hữu hạn của các thành viên, quyền chuyển nhượng vốn, chuyển nhượng cổ phần của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần; Điều 20 Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 1995 quy định việc sáp nhập là một trong những giải pháp tổ chức lại các doanh nghiệp nhà nước; tương tự, Điều 44 Luật Hợp tác xã năm 1997 ghi nhận quyền hợp nhất các hợp tác xã với nhau. Tuy nhiên, các quy định kể trên có nội dung khá nghèo nàn và đơn giản là việc ghi nhận các quyền cơ bản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc thành viên của công ty. Ngay cả thủ tục để thực hiện việc sáp nhập, hợp nhất chưa được quy định cụ thể.

Luật Doanh nghiệp năm 1999 thay thế Luật Doanh nghiệp tư nhân, Luật Công ty năm 1990 ghi nhận khá đầy đủ về các giải pháp tổ chức lại công ty, trong đó có hai giải pháp liên quan trực tiếp đến tập trung kinh tế là sáp nhập và hợp nhất công ty; ngoài ra các quy định về chuyển nhượng vốn, mua bán cổ phần, phát hành cổ phần, cổ phiếu được quy định chi tiết và chặt chẽ hơn so với hai đạo luật mà nó kế thừa. Ngoài Luật Doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành quy định và xây dựng lộ trình, thủ tục thực hiện các biện pháp tổ chức lại, chuyển đổi sở hữu đối với công ty nhà nước gắn liền với tập trung kinh tế như sáp nhập, hợp nhất, khoán, cho thuê, bán toàn bộ hoặc một phần công ty Nhà nước¹²².

Trong giai đoạn này, pháp luật và khoa học pháp lý chưa nhìn nhận việc sáp nhập,

⁽¹²²⁾Chương VII, Chương VIII Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003.

hợp nhất, chuyển nhượng vốn góp, mua bán cổ phần và liên doanh thành lập doanh nghiệp từ góc độ của lý thuyết cạnh tranh. Các chế định trong các văn bản pháp luật nói trên chỉ giải quyết vai trò quản lý nhà nước về doanh nghiệp, đăng ký kinh doanh, ghi nhận và bảo đảm cho quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp mà chưa đề cập đến nhiệm vụ quản lý, duy trì môi trường cạnh tranh lành mạnh, an toàn cho nền kinh tế. Nói cách khác, trong giai đoạn này, pháp luật thiên về tổ chức doanh nghiệp, về việc thực thi quyền đầu tư, quyền sở hữu trong doanh nghiệp. Các vấn đề nói trên chưa được giải quyết theo pháp luật cạnh tranh. Có thể lý giải nguyên nhân cơ bản là do nhiệm vụ của pháp luật kinh tế trong thời kỳ này là xây dựng các thiết chế để gia nhập thị trường.

1.2. Giai đoạn sau khi Luật Cạnh tranh được ban hành

Luật Cạnh tranh được Quốc hội khóa X kỳ họp thứ 10 thông qua ngày 09/11/2004 và có hiệu lực kể từ ngày 01/7/2005. Ngoài các quy định về hành vi cạnh tranh không lành mạnh, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh và tổ tụng cạnh tranh... Luật Cạnh tranh còn quy định về các hình thức tập trung kinh tế, các biện pháp kiểm soát và nguyên tắc xử lý đối với tập trung kinh tế trên thị trường Việt Nam, là văn bản đầu tiên quy định một cách toàn diện các vấn đề về cạnh tranh và chính thức đặt các vấn đề về sáp nhập hợp nhất, chuyển nhượng vốn, cổ phần, tài sản và liên doanh dưới góc độ của việc bảo vệ môi trường cạnh tranh. Các nguyên tắc mà Luật Cạnh tranh quy định đã có những ảnh hưởng nhất định đến các lĩnh vực pháp luật khác như Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán.... Cụ thể là, ngoài những quy định về thủ tục liên quan đến đăng ký kinh doanh, tổ chức quản lý, hoạt động và tổ chức lại doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã tiếp thu các nguyên tắc kiểm soát sáp nhập hợp nhất của Luật Cạnh tranh; Luật Đầu tư ghi nhận các hình thức đầu tư có liên quan đến tập trung kinh tế như mua chi nhánh, mua công ty.

1.3. Một số nhận xét

Từ lịch sử phát triển, có thể đánh giá một cách khái quát thực trạng của pháp luật về tập trung kinh tế tại Việt Nam như sau:

Một là, dù nhận thức chưa toàn diện, song các vấn đề về tập trung kinh tế như sáp nhập, mua bán cổ phần, chuyển nhượng vốn góp, liên doanh... đã được chi nhận trong pháp luật như một nội dung cơ bản của tự do kinh doanh và được bảo đảm thực hiện bằng những thủ tục tương ứng với từng giai đoạn gia nhập thị trường. Những quy định sơ khai nói trên trở thành nền tảng cho sự tiếp nhận các lý thuyết cạnh tranh vào pháp luật cạnh tranh của Việt Nam.

Hai là, có thể chia pháp luật liên quan đến các biện pháp tập trung kinh tế hiện nay thành hai nhóm tương ứng:

- Pháp luật quản lý nhà nước đối với hoạt động sáp nhập, hợp nhất công ty, chuyển nhượng vốn, mua bán cổ phần, cổ phiếu và góp vốn thành lập doanh nghiệp... bao



gồm các quy định nằm rải rác trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Chứng khoán, Luật các tổ chức tín dụng.... Đặc trưng của nhóm này là pháp luật tổ chức doanh nghiệp, tổ chức quản lý nhà nước về hoạt động kinh doanh với nhiệm vụ cơ bản là xây dựng và duy trì các bộ phận cấu trúc nền thị trường. Nội dung của các quy định nói trên không trực tiếp và không giải quyết vấn đề cạnh tranh mà chỉ ghi nhận các quyền của doanh nghiệp, của các nhà đầu tư và quy định các thủ tục tương ứng để đảm bảo thực hiện vai trò quản lý nhà nước đối với hoạt động kinh doanh, bao gồm vấn đề tổ chức doanh nghiệp.

- Các quy định của Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn thi hành về tập trung kinh tế có nhiệm vụ duy trì và bảo vệ trật tự cạnh tranh trên thị trường với việc phân tích và kiểm soát các hoạt động sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh của doanh nghiệp dưới góc độ của thị trường cạnh tranh.

Nhóm quy định thứ nhất nhìn nhận các hoạt động tập trung kinh tế là tất yếu, đương nhiên của quyền tự do kinh doanh và được thực hiện có trật tự trong phạm vi quản lý của nhà nước. Nhóm quy định trong Luật Cạnh tranh xác định giới hạn của các hành vi tập trung kinh tế để duy trì, bảo vệ cấu trúc cạnh tranh của thị trường một cách hiệu quả.

2

Khái niệm và đặc điểm của các hành vi tập trung kinh tế

Dưới sức ép của cạnh tranh, nhà kinh doanh luôn tìm mọi cách để nâng cao năng lực kinh doanh của mình trước đối thủ trên thị trường nhằm tìm kiếm cơ hội tồn tại và phát triển. Lịch sử hình thành các loại công ty đã cho thấy phương cách ngắn nhất để các thương nhân nâng cao năng lực cạnh tranh là liên kết về vốn và khả năng quản lý trong quá trình kinh doanh¹²³. Cùng với nhu cầu tìm kiếm một năng lực kinh doanh mới, các nhà kinh doanh đã biết tập trung các nguồn lực kinh tế ngay từ thời kỳ phôi thai của thị trường. Ngày nay, hình thức tập trung nguồn lực kinh doanh đã diễn ra khá phổ biến với những mức độ khác nhau và trở thành một phần quan trọng của quyền tự do kinh doanh.

Khái niệm hành vi tập trung kinh tế được bình luận ở nhiều góc độ khác nhau trong kinh tế học và trong khoa học pháp lý. Nhìn nhận như một quá trình gắn liền với việc hình thành và thay đổi của cấu trúc thị trường, hành vi tập trung kinh tế trên thị trường được hiểu là việc giảm số lượng các doanh nghiệp độc lập cạnh tranh trên thị trường 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 xuất¹²⁴. Các nhà hoạch định chính sách cạnh tranh có thể phân tích các yếu tố kinh tế để tìm kiếm, bản chất pháp lý nhằm tìm ra những cơ chế điều chỉnh phù hợp.

Với tư cách là hành vi của các doanh nghiệp, tập trung kinh tế (còn gọi là tập trung tư bản) được hiểu là tăng thêm tư bản do hợp nhất nhiều tư bản¹²⁵ lại hoặc một tư bản nhà thu hút một tư bản khác¹²⁶.

(123) Đại học luật Hà Nội, Giáo trình Luật Kinh tế (NXB Công an nhân dân, 2003), tr 230.

(124) Lê Việt Thái, "Chuyên đề về Hành vi tập trung kinh tế, đề tài nghiên cứu về thể chế cạnh tranh trong điều kiện phát triển thị trường tại Việt Nam" (Viên nghiên cứu thương mại- Bộ Thương mại, 2005).

(125) 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...

(126) Viện ngôn ngữ học, sdd, tr 870.

Luật Cạnh tranh không định nghĩa về hành vi tập trung kinh tế mà chỉ liệt kê các hành vi được coi là tập trung kinh tế. Theo đó, Điều 3 Khoản 3 khẳng định tập trung kinh tế là hành vi hạn chế cạnh tranh, Điều 16 quy định tập trung kinh tế là hành vi của doanh nghiệp bao gồm:

- Sáp nhập doanh nghiệp;
- Hợp nhất doanh nghiệp;
- Mua lại doanh nghiệp;
- Liên doanh giữa các doanh nghiệp;
- Các hành vi tập trung khác theo quy định của pháp luật.

Từ đó, hành vi tập trung kinh tế có những đặc trưng sau đây:

Thứ nhất, chủ thể của tập trung kinh tế là các doanh nghiệp hoạt động trên thị trường.

Các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế có thể là các doanh nghiệp trên cùng hoặc không cùng hoạt động trên thị trường liên quan. Từ dấu hiệu này, có thể phân biệt các hành vi tập trung kinh tế của doanh nghiệp với hoạt động đầu tư vào nhiều doanh nghiệp của các nhà đầu tư không phải là doanh nghiệp. Với vai trò là nhà đầu tư, các cá nhân có thể góp vốn vào nhiều doanh nghiệp và là chủ sở hữu (đồng chủ sở hữu) của các đơn vị kinh doanh cùng hoặc không cùng ngành nghề. Lúc đó, các doanh nghiệp cho dù có chung chủ sở hữu nhưng cũng không thuộc phạm vi của khái niệm tập trung kinh tế. Tập trung kinh tế là hành vi của các chủ thể đang hoạt động kinh doanh trên thị trường. Luật Cạnh tranh năm 2004 quy định phạm vi của khái niệm doanh nghiệp bao gồm các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế và hộ kinh doanh cá thể. Đối chiếu bốn hành vi tập trung kinh tế nói trên với các quy định có liên quan đến chúng trong pháp luật về doanh nghiệp có thể nhận thấy rằng, chủ thể của hành vi sáp nhập, hợp nhất chỉ có thể là:

- Các loại công ty theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 (công ty cổ phần, công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên)¹²⁷;
- Công ty Nhà nước theo Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003¹²⁸;
- Các hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã năm 2003.

Như vậy, không phải mọi loại doanh nghiệp đều có thể tham gia vào các hành vi tập trung kinh tế mà với mỗi hình thức tập trung kinh tế khác nhau sẽ có giới hạn khác nhau về chủ thể tham gia nhất định.

Hành vi sáp nhập, hợp nhất, mua lại hay liên doanh chỉ xảy ra khi có nhiều doanh nghiệp cùng tham gia thực hiện. Có nghĩa là, trước khi thực hiện các hành vi tập trung kinh tế, các doanh nghiệp tham gia đã tồn tại và đang hoạt động trên thị trường. Hành vi tập trung kinh tế không phải là hành vi đơn phương của doanh nghiệp. Vì vậy, hành vi đầu tư vốn để thành lập các công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên của một doanh nghiệp nào đó có thể tạo ra nhóm kinh doanh nhưng sẽ không là hiện tượng tập trung kinh tế theo Luật Cạnh tranh.

Thứ hai, hình thức tập trung kinh tế bao gồm: sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh giữa các doanh nghiệp.

Các hiện tượng tập trung kinh tế đòi hỏi sự tồn tại của nhiều doanh nghiệp khác

⁽¹²⁷⁾Điều 152, 153 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

⁽¹²⁸⁾Điều 73 Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003.



nhau trên thị trường. Các doanh nghiệp nói trên đã liên kết khả năng kinh doanh bằng cách chủ động tích tụ các nguồn lực kinh tế như vốn, lao động, kỹ thuật, năng lực quản lý, tổ chức kinh doanh... mà họ đang nắm giữ riêng lẻ để hình thành một khối thống nhất bằng việc sáp nhập, hợp nhất hoặc phối hợp theo kiểu tập đoàn theo mô hình liên kết về sở hữu hoặc góp vốn bằng cách mua lại vốn góp của nhau, liên doanh với nhau. Dấu hiệu này giúp khoa học pháp lý phân biệt tập trung kinh tế với việc tích tụ tư bản trong kinh tế học. 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 bản¹²⁹. Tích tụ tư bản là quá trình phát triển nội sinh của một doanh nghiệp theo thời gian bằng kết quả kinh doanh. Theo đó, bằng việc sử dụng giá trị thặng dư trong kinh doanh (lợi nhuận) để tái đầu tư tăng vốn, doanh nghiệp đã dần dần nâng cao được năng lực kinh doanh. Một doanh nghiệp có thể tích tụ tư bản để có được vị trí đáng kể trên thị trường, song để điều đó xảy ra đòi hỏi thời gian khá dài.

Thứ ba, hậu quả của tập trung kinh tế là việc hình thành các tập đoàn kinh tế, thay đổi cấu trúc thị trường và tương quan cạnh tranh trên thị trường.

Các hình thức sáp nhập, hợp nhất sẽ làm cấu trúc thị trường thay đổi theo hướng giảm đi số lượng doanh nghiệp đang hoạt động bằng cách tập trung tất cả năng lực vào một doanh nghiệp duy nhất (doanh nghiệp được sáp nhập hoặc doanh nghiệp mới hình thành). Việc mua lại hoặc liên doanh sẽ hình thành nên các liên kết giữa các doanh nghiệp độc lập theo mô hình sở hữu để tạo ra nhóm kinh doanh theo kiểu tập đoàn. Cho dù tập trung được thực hiện theo mô hình tích tụ hay liên kết năng lực kinh doanh thì cuối cùng đều dẫn đến kết quả là tương quan cạnh tranh trên thị trường sau khi tập trung kinh tế sẽ khác so với trước đó. Bởi lúc này, thị trường đột ngột xuất hiện doanh nghiệp, hoặc nhóm doanh nghiệp có tiềm lực kinh doanh lớn hơn trước mà không phải trải qua quá trình tích tụ tư bản. Vị trí của các doanh nghiệp còn lại trong quá trình cạnh tranh sẽ giảm đi trước doanh nghiệp được hình thành từ tập trung kinh tế.

3

Nguyên nhân và tác động của hành vi tập trung kinh tế đối với thị trường cạnh tranh

3.1 Cơ sở kinh tế – pháp lý của hành vi tập trung kinh tế

a. Nguyên nhân kinh tế

Lịch sử phát triển của kinh tế thị trường cho thấy, hiện tượng tập trung kinh tế xuất hiện lần đầu tiên tại Hoa Kỳ vào cuối thế kỷ XIX. Cho đến nay, các biện pháp nâng cao năng lực kinh doanh thông qua sáp nhập, hợp nhất, mua lại.v.v vẫn đang được sử dụng như một công cụ để cơ cấu, tổ chức lại kinh doanh. Dưới góc độ kinh tế, tập trung kinh tế ra đời do các nguyên nhân cơ bản sau đây:

⁽¹²⁹⁾Viện ngôn ngữ học, sdd, tr 948.

Một là, do sức ép của cạnh tranh trong đời sống kinh doanh.

Sự thịnh vượng của thị trường luôn đồng hành với tính khốc liệt của cạnh tranh. Trong cuộc cạnh tranh, các doanh nghiệp có trong tay nhiều phương tiện (nguồn lực) kinh tế sẽ có vị trí có lợi hơn so với các đối thủ còn lại. Vì thế, có hai khả năng có thể xảy ra là:

- Các nhà kinh doanh tìm mọi cách với thời gian ngắn nhất để có được vị trí cạnh tranh tối ưu trên thị trường;

- Các doanh nghiệp đang yếu thế cần tập hợp thành *liên minh* hoặc *đơn vị to lớn* nhằm tìm kiếm cơ hội tồn tại trước đối thủ lớn hơn đang chèn ép họ. Cả hai trường hợp nói trên đều dẫn đến kết quả là các doanh nghiệp đang từ *đối đầu* trở thành những đơn vị liên kết, không còn cạnh tranh với nhau nữa. Sự tập trung kinh tế bắt nguồn ở cạnh tranh nhưng dẫn đến kết quả là tiêu diệt cạnh tranh.

Hai là, do sức ép của các cuộc khủng hoảng kinh tế.

Lịch sử đã chứng minh rằng, khi xảy ra khủng hoảng thì một trong những giải pháp đối với các doanh nghiệp là tập trung lại để *nuông tựa* vào nhau hòng tìm kiếm cơ hội tồn tại¹³⁰. Thậm chí, trong phạm vi các cuộc khủng hoảng đơn lẻ xảy ra trong phạm vi một doanh nghiệp hoặc một ngành nghề kinh doanh nhất định, khi một vài doanh nghiệp gặp khó khăn đến mức lâm vào tình trạng phá sản thì các biện pháp tập trung kinh tế được đặt ra để giải quyết hòng tránh các hậu quả xấu về kinh tế xã hội.

Ba là, do nhu cầu phát triển kinh doanh.

Sự xuất hiện những ngành nghề kinh doanh mới và nhu cầu đầu tư phát triển khoa học kỹ thuật luôn đặt ra nhu cầu hợp tác trong kinh doanh. Những ngành nghề kinh doanh tự nó đã tồn tại rào cản về vốn, tức là để có thể tham gia kinh doanh và thu được lợi nhuận thì nhà đầu tư cần có số vốn đáng kể trong khi khả năng của mỗi doanh nhân về vốn rất hạn chế. Thực tế phát triển thị trường này sinh nhiều nhu cầu nghiên cứu, phát triển khoa học, công nghệ – kỹ thuật vượt quá năng lực của một doanh nghiệp. Một trong những phương cách để các doanh nghiệp giải quyết là việc tập trung các nguồn lực giữa họ với nhau bằng các cách thức sáp nhập, hợp nhất, liên doanh.

b. Nguyên nhân pháp lý

Dưới góc độ pháp lý, các hành vi tập trung kinh tế của các doanh nghiệp được thực hiện dựa trên những nguyên tắc căn bản mà pháp luật thương mại thừa nhận, đó là:

Thứ nhất, quyền tự do kinh doanh mà Hiến pháp và các văn bản pháp luật thừa nhận đã trao chủ quyền cho doanh nghiệp trước Nhà nước và pháp luật.

Chủ quyền của doanh nghiệp được thể hiện cơ bản ở hai nội dung sau đây:

- Doanh nghiệp có quyền định đoạt các vấn đề phát sinh trong nội bộ doanh nghiệp như quy mô kinh doanh, ngành nghề, kế hoạch và phương hướng kinh doanh, lao động;

- Doanh nghiệp có quyền tự do liên kết trong kinh doanh, theo đó, quyền tự do khế ước bao gồm sự tự chủ trong việc liên kết đầu tư để mua doanh nghiệp khác hoặc liên minh góp vốn thành lập các chủ thể kinh doanh mới.

Thứ hai, pháp luật về doanh nghiệp của tất cả các quốc gia đều đã trao doanh nhân

⁽¹³⁰⁾Vũ Quốc Thúc, Kinh tế học tập 3 (Sài Gòn, 1963-1964), tr 100.



(trong đó có các doanh nghiệp) quyền được thay đổi quy mô theo nhu cầu kinh doanh.

Trên cơ sở đó, các biện pháp tổ chức lại như sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi hình thức kinh doanh... được ghi nhận như là các biện pháp căn bản để doanh nhân năng động thích ứng với các biến động thị trường, phù hợp với năng lực kinh doanh của mình. Pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam cũng quy định khá rõ về các biện pháp này trong các đạo luật về các loại hình doanh nghiệp như Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Hợp tác xã năm 2003, Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003.

3.2. Tác động của tập trung kinh tế đối với môi trường cạnh tranh

Tập trung kinh tế với tư cách là một hiện tượng, một trào lưu trong lịch sử phát triển thị trường đã có những tác động đáng kể đến đời sống kinh tế. Điều đó được nhìn nhận dưới hai góc độ rộng hẹp khác nhau:

a. Dưới góc độ lợi ích của các doanh nghiệp tham gia

Dựa vào những lợi ích kinh tế, việc tiến hành tập trung kinh tế có những tác động đáng kể đến lợi ích và chiến lược kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia:

Thứ nhất, tập trung kinh tế được coi là con đường ngắn nhất để giải quyết nhu cầu tập trung các nguồn lực thị trường của các nhà kinh doanh nhằm nâng cao năng lực kinh doanh và năng lực cạnh tranh.

Bằng phương cách tập trung hoặc liên minh các nguồn lực đang được từng doanh nghiệp nắm giữ riêng lẻ thành một khối thống nhất hoặc do một tập đoàn quản lý chung, tập trung kinh tế đã tạo ra khả năng đầu tư lớn hơn với sức mạnh tổng hợp để giải quyết nhiều vấn đề được đặt ra từ thị trường mà mỗi doanh nghiệp tồn tại một mình khó có thể thực hiện triệt để. Có thể kể đến các hình thức sau đây:

- Tập trung vốn để nâng cao khả năng đầu tư kinh doanh, mở rộng thị trường;
- Tập trung khả năng về *chất xám* để đầu tư phát triển khoa học kỹ thuật, nâng cao công nghệ quản lý.v.v.

Vì vậy, các biện pháp sáp nhập, hợp nhất, mua lại hoặc liên doanh... được các lý thuyết kinh tế coi là cách thức không tốn kém nhiều thời gian để hình thành nên quyền lực thị trường.

Thứ hai, tập trung kinh tế tạo ra khả năng hợp tác sâu sắc trong kinh doanh.

Thông qua các hành vi mua lại, liên doanh, các doanh nghiệp tham gia hình thành nên các liên minh kinh doanh, các nhóm doanh nghiệp có mối quan hệ sở hữu hoặc đầu tư với nhau cho dù dưới góc độ pháp lý các doanh nghiệp đó vẫn là những chủ thể có tư cách độc lập. Sự tồn tại của nhóm kinh doanh 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; hợp tác chia sẻ rủi ro khi thị trường có những biến động lớn hồng tìm kiếm cơ hội vượt qua các cuộc khủng hoảng.

Thứ ba, tập trung kinh tế diễn ra giữa các doanh nghiệp trong cùng một ngành và ở cùng một công đoạn của quá trình kinh doanh (cùng thị trường liên quan) sẽ đưa đến kết quả là các doanh nghiệp không còn cạnh tranh với nhau nữa.

Tuy chưa khẳng định về khả năng làm hại đến vị trí cạnh tranh của những doanh nghiệp không tham gia tập trung kinh tế, có thể đủ cơ sở để khẳng định về khả năng hủy diệt cạnh tranh trong quan hệ nội bộ của những chủ thể tham gia với nhau. Từ vai trò là đối thủ cạnh tranh của nhau, các doanh nghiệp tham gia vào việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh đã không còn cơ hội cạnh tranh với nhau bởi sau khi sáp nhập, hợp nhất các doanh nghiệp đã *hóa thân* để hình thành một chủ thể duy nhất; tạo ra mối quan hệ *một nhà* bằng hành vi mua lại hoặc liên doanh.

Thứ tư, tập trung kinh tế có thể là giải pháp hiệu quả cho các doanh nghiệp trong việc cơ cấu lại hoạt động kinh doanh.

Quá trình kinh doanh của doanh nhân luôn chịu sự chi phối bởi những biến động của thị trường, nhu cầu kinh doanh thay đổi, sự hình thành các rào cản trên thị trường v.v. Những biến động đó tạo ra nhiều khó khăn và thuận lợi trong kinh doanh đòi hỏi doanh nghiệp phải thực hiện các chiến lược cơ cấu lại bản thân cho phù hợp với những thay đổi từ thị trường nhằm đảm bảo tính hiệu quả của hoạt động kinh doanh. Thực tế đã chứng minh rằng, các biện pháp sáp nhập, hợp nhất, mua lại doanh nghiệp hoặc liên doanh thường được sử dụng trong những tình huống nói trên.

b. Dưới góc độ của thị trường cạnh tranh

Tập trung kinh tế tạo ra nhiều thay đổi trong cơ cấu và tương quan cạnh tranh trên thị trường, cụ thể như sau:

- Tập trung kinh tế làm thay đổi số lượng doanh nghiệp hiện có trên thị trường.

Sự sáp nhập hoặc hợp nhất giữa các doanh nghiệp đã làm cho các doanh nghiệp bị sáp nhập, hợp nhất chấm dứt tồn tại để chuyển giao toàn bộ năng lực kinh doanh cho một chủ thể duy nhất. Khi đó, cơ cấu cạnh tranh vốn có trên thị trường sẽ thay đổi về mặt cấu trúc - số lượng doanh nghiệp. Sự thay đổi trên có thể tác động đến thị trường theo những xu hướng sau đây:

- + Các nguồn lực thị trường sẽ được sử dụng tập trung và hiệu quả hơn, tránh tình trạng manh mún, nhỏ lẻ của quá trình kinh doanh, tạo hiệu quả chung lớn hơn cho xã hội;

- + Hình thái thị trường cạnh tranh có thể sẽ thay đổi và chuyển sang mô hình *độc quyền nhóm* hoặc hình thành các doanh nghiệp có quyền lực thị trường. Sự thay đổi số lượng doanh nghiệp theo phương thức tập trung vốn, thị trường hoặc các nguồn lực kinh tế khác sẽ làm thay đổi cấu trúc doanh nghiệp trên thị trường và hình thành nên những doanh nghiệp đủ lớn để chi phối các yếu tố của quan hệ thị trường.

- Tập trung kinh tế làm thay đổi tương quan cạnh tranh trên thị trường.

Sự tập trung hoặc liên minh các nguồn lực kinh tế giữa các doanh nghiệp thông qua các biện pháp tập trung kinh tế đã *đột ngột* làm xuất hiện một doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có năng lực cạnh tranh bằng tổng năng lực cạnh tranh của tất cả doanh nghiệp tham gia. Về căn bản, tập trung kinh tế sẽ không trực tiếp làm giảm vị trí cạnh tranh trên thị trường của các doanh nghiệp không tham gia, song chúng lại làm thay đổi quan hệ cạnh tranh giữa họ với doanh nghiệp sau khi tập trung kinh tế so với mối quan hệ trước đó. Sự xuất hiện đột ngột một doanh nghiệp hoặc một nhóm doanh



ng nghiệp có quan hệ sở hữu với nhau đã làm cho tương quan, mức độ và thái độ cạnh tranh trên thị trường thay đổi so với trước khi có hiện tượng tập trung xảy ra.

- Các lý thuyết về thị trường đôi khi coi sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh như là các biện pháp cơ cấu lại thị trường có những tác dụng tích cực đối với sự phát triển chung của nền kinh tế, nhất là trong bối cảnh của quá trình toàn cầu hóa kinh tế đang diễn.

Những luận điểm được đưa ra để chứng minh về vai trò cơ cấu lại thị trường của tập trung kinh tế được thể hiện ở chỗ:

+ Các biện pháp sáp nhập, hợp nhất mua lại doanh nghiệp góp phần cơ cấu lại các doanh nghiệp kinh doanh kém hiệu quả song không làm giảm đi giá trị đầu tư của thị trường. 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 lại kéo theo 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 tương ứng. Trong khi đó, sự sáp nhập, mua lại, hợp nhất có thể diễn ra với vai trò của *quá trình điều phối* các nguồn lực kinh tế từ những người sử dụng kém hiệu quả để *tập trung* vào doanh nghiệp có khả năng sử dụng tốt hơn. Khi đó, số lượng doanh nghiệp có thể giảm đi song giá trị đầu tư của thị trường không giảm sút.

+ Sự mạnh mẽ của quy mô đầu tư có thể sẽ làm cho thị trường kém phát triển, lúc đó, tập trung kinh tế lại được coi như giải pháp cho việc cơ cấu lại quy mô kinh doanh trên thị trường.

+ Trong điều kiện của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, việc phải đương đầu với các tập đoàn kinh tế đa quốc gia có tiềm lực tài chính và kinh nghiệm kinh doanh lâu đời sẽ là thách thức khá lớn đối với các quốc gia đang phát triển, đặc biệt là các quốc gia có nền kinh tế thị trường chuyển đổi. Nhu cầu nâng cao năng lực cạnh tranh của quốc gia là đòi hỏi tất yếu khi tham gia vào thị trường khu vực và thế giới. Một trong những biện pháp mà nhiều nước (trong đó có cả các nước phát triển) sử dụng là tập trung các nguồn lực kinh tế để hình thành nên các tập đoàn hoặc liên minh có sức mạnh về tài chính, kỹ thuật, công nghệ.

3.3. Một số nhận xét

Từ những phân tích về luận cứ cho việc tập trung kinh tế, tác động của chúng đối với thị trường cho thấy:

Một là, việc thực hiện các hành vi tập trung kinh tế là quyền doanh nghiệp. Dưới góc độ kinh tế, các biện pháp sáp nhập, hợp nhất, liên doanh hay mua lại xuất phát, phụng sự cho nhu cầu kinh doanh của doanh nhân, thuộc phạm vi của quyền tự do kinh doanh được pháp luật đã thừa nhận và bảo hộ. Vì lẽ ấy, Luật Cạnh tranh của các quốc gia đều không có chủ đích loại bỏ các hành vi tập trung kinh tế ra khỏi sinh hoạt của thị trường.

Hai là, tập trung kinh tế là sự tập hợp các nguồn lực kinh tế bằng hành vi sáp nhập,

hợp nhất, mua lại hoặc liên doanh mà không phải là quá trình tích tụ tư bản thông thường. Thông qua tập trung kinh tế, các doanh nghiệp nâng cao được năng lực cạnh tranh song không phải từ hiệu quả kinh doanh của từng doanh nghiệp, đôi khi được sử dụng để hình thành nên các thế lực thống lĩnh thị trường hoặc độc quyền.

Ba là, ở chừng mực nào đó, tập trung kinh tế đem lại cho thị trường hiệu quả nhất định cho dù chúng có thể tạo ra các doanh nghiệp có khả năng chi phối thị trường. Do đó, việc kiểm soát các vụ việc về tập trung kinh tế đòi hỏi Nhà nước và pháp luật phải cân nhắc về tính hiệu quả của từng vụ việc cụ thể.

4

Các hình thức tập trung kinh tế

Việc nhận dạng bản chất của hành vi tập trung kinh tế đòi hỏi phải phân tích khái niệm, các dấu hiệu nhận dạng, các hình thức biểu hiện của chúng ở nhiều góc độ khác nhau.

4.1. Hành vi tập trung kinh tế chặt chẽ (hoặc còn gọi là tổ hợp) và tập trung không chặt chẽ (gọi là liên minh lý tài)¹³¹:

Hình thức tập trung chặt chẽ (hình thức Trust) là việc các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế chấm dứt tồn tại để hình thành nên một doanh nghiệp thống nhất cả ở phương diện pháp lý lẫn quản trị doanh nghiệp, 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 tham gia vẫn là những chủ thể độc lập dưới góc độ pháp luật, song chúng chịu sự chi phối bởi các doanh nghiệp khác. Bằng các hành vi mua lại hoặc liên doanh, các doanh nghiệp đã thiết lập được mối quan hệ với nhau, tạo thành một liên minh, một nhóm doanh nghiệp theo kiểu của tập đoàn. Trong đó, bằng quyền của chủ sở hữu, các doanh nghiệp có thể chi phối các doanh nghiệp mà nó có phần vốn góp hoặc cổ phần.

4.2. Theo cấp độ kinh doanh, tập trung kinh tế được chia thành tập trung theo chiều ngang, tập trung theo chiều dọc hoặc tập trung hỗn hợp

a. Tập trung kinh tế theo chiều ngang

Tập trung kinh tế theo chiều ngang là sự sáp nhập, hợp nhất, mua lại hoặc liên doanh... của các doanh nghiệp trong một thị trường liên quan (sản phẩm và không gian). Mục tiêu chính của hình thức này là: thực hiện hiệu quả theo quy mô (economies of scale), thực hiện mục tiêu chiến lược thị trường (khống chế thị trường hoặc tạo rào cản thị trường).v.v.

Tập trung theo chiều ngang, có thể tạo ra những tác động tích cực và tiêu cực. Sự gia tăng tập trung theo chiều ngang sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc phối hợp hành

⁽¹³¹⁾Vũ Quốc Thúc, sdd, tr 101.



động giữa các doanh nghiệp và từ đó dẫn đến hạn chế cạnh tranh theo giá. Về nguyên tắc, khi số lượng doanh nghiệp hoạt động trên thị trường càng lớn (hoặc mức độ tập trung kinh tế càng nhỏ) thì nguy cơ đề xuất hiện một thể lực khổng lồ trên thị trường càng nhỏ. Chính vì vậy, khi việc tập trung kinh tế tạo ra doanh nghiệp có qui mô vượt qua một mức giới hạn nhất định, việc Nhà nước kiểm soát sự tập trung đó, đánh giá tác động của nó là cực kỳ quan trọng để từ đó có thể quyết định cho phép hay không cho phép các doanh nghiệp này tập trung với nhau.

b. Tập trung kinh tế theo chiều dọc

Tập trung kinh tế theo chiều dọc là sự hợp nhất, sáp nhập, mua lại hoặc liên doanh giữa các doanh nghiệp có quan hệ người mua - người bán với nhau. Mục tiêu của sự hợp nhất này thường nhằm giảm chi phí giao dịch (transaction cost economies) hoặc thực hiện những mục tiêu chiến lược thị trường (đảm bảo nguồn cung ứng hoặc nguồn tiêu thụ, ngăn cản đối thủ cạnh tranh mở rộng thị trường hoặc dựng rào cản gia nhập thị trường).

Hình thức tập trung này có thể dẫn đến những tác động tiêu cực đến cạnh tranh sau đây:

- Khi một doanh nghiệp có vị thế rất mạnh ở một khâu nhất định (theo nghĩa thị trường một sản phẩm) trong chu trình kinh doanh thì họ có thể tận dụng quyền lực này để gây sức ép đối với thị trường những người cung ứng hoặc những người tiêu thụ. Thông qua đó, doanh nghiệp này có thể gây khó khăn cho những người cạnh tranh không cùng liên kết với họ;

- Về cơ bản, sự tập trung kinh tế theo chiều dọc của các doanh nghiệp sẽ gây khó khăn cho những người mới gia nhập thị trường bởi nhu cầu tài chính và bí quyết kỹ thuật sẽ cao hơn đối với họ.

c. Tập trung kinh tế hỗn hợp (conglomerate)

Tập trung kinh tế hỗn hợp là sự hợp nhất, sáp nhập, mua lại, liên doanh của các doanh nghiệp không cùng hoạt động trên một thị trường sản phẩm đồng thời cũng không có mối quan hệ khách hàng với nhau. Mục tiêu của việc hợp nhất này thường là phân bổ rủi ro vào những thị trường khác nhau hoặc từ những lý do chiến lược thị trường của những doanh nghiệp này. Lợi thế quy mô thực sự của loại hình hợp nhất này chỉ có thể xảy ra ở những lĩnh vực như nghiên cứu và triển khai, tổ chức và quản lý.

Lý thuyết về hình thái thị trường độc quyền và độc quyền nhóm (monopoly và oligopoly) không nghiên cứu về ảnh hưởng của hình thức tập trung kiểu này, song thực tiễn cho thấy, chúng cũng có thể gây ra những tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh sau đây:

- Các doanh nghiệp tham gia tập trung dạng *conglomerate* có lợi thế cạnh tranh trong việc tiết kiệm được chi phí khi có nhu cầu tín dụng, bảo hiểm, quảng cáo và cả vận tải cũng như trên cơ sở tiềm lực hùng mạnh về tài chính, doanh nghiệp hợp nhất này có thể gây những ảnh hưởng đến chính trị, vận động hậu trường,... hoặc trong công tác đối ngoại, quan hệ công cộng (public relation).

- Thông qua những hoạt động kinh doanh, các giao dịch qua lại các doanh nghiệp hợp nhất dạng *conglomerate* có thể 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 và vì thế sẽ gây bất lợi cho những đối thủ cạnh tranh nhỏ hơn. Hiện tượng này sẽ làm vô hiệu hoá nguyên lý hiệu quả với tư cách là nguyên tắc chọn lọc của nền kinh tế thị trường.

- Về cơ bản, xã hội không bao giờ mong muốn việc hình thành một thế lực quá hùng mạnh trên thị trường, đe dọa sự kiểm soát thông qua cơ chế thị trường cũng như thông qua sự hợp tác giữa Nhà nước và các hiệp hội. Sự tập trung dạng *conglomerate* này chính là mối đe dọa đó¹³².

4.3. Căn cứ vào hình thức biểu hiện, tập trung kinh tế bao gồm các hành vi: sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh giữa các doanh nghiệp¹³³

a. Hành vi sáp nhập và hợp nhất giữa các doanh nghiệp

Theo Điều 17 Luật Cạnh tranh, sáp nhập doanh nghiệp là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp chuyển toàn bộ hoặc một phần 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 các doanh nghiệp bị sáp nhập; hợp nhất doanh nghiệp là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một doanh nghiệp mới, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các doanh nghiệp bị hợp nhất.

Luật Doanh nghiệp cũng có cách tiếp cận tương tự, song giới hạn hai hành vi trên bằng điều kiện việc sáp nhập, hợp nhất chỉ diễn ra giữa các doanh nghiệp cùng loại với nhau, ví dụ giữa các công ty trách nhiệm hữu hạn với nhau hoặc công ty cổ phần với nhau; Ngoài ra, theo Luật Doanh nghiệp, đối tượng áp dụng hình thức sáp nhập, hợp nhất chỉ là các loại công ty mà không áp dụng đối với doanh nghiệp tư nhân. Luật Đầu tư năm 2005 ghi nhận đầu tư thực hiện việc sáp nhập doanh nghiệp là một hình thức đầu tư trực tiếp¹³⁴.

Về bản chất pháp lý, việc sáp nhập và hợp nhất là những giải pháp tổ chức lại doanh nghiệp, theo đó, các doanh nghiệp thay vì hoạt động độc lập có thể tổ chức lại thành một doanh nghiệp duy nhất và có sự chấm dứt hoạt động của các doanh nghiệp bị sáp nhập, bị hợp nhất. Dưới góc độ kinh tế, sáp nhập, hợp nhất là sự cộng dồn nguồn lực kinh tế riêng lẻ của các doanh nghiệp tham gia thành một khối thống nhất trong doanh nghiệp nhận sáp nhập, doanh nghiệp hợp nhất.

b. Hành vi mua lại doanh nghiệp

Theo Khoản 3 Điều 17 Luật cạnh tranh, 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.

Quy định trên có thể diễn giải bằng hai nội dung. Về hình thức, mua lại là việc một doanh nghiệp mua tài sản của doanh nghiệp khác. Bên cạnh đó, việc mua tài sản đủ

⁽¹³²⁾Lê Viết Thái, “Chuyên đề nghiên cứu về hành vi tập trung kinh tế, đề tài thể chế cạnh tranh tại Việt Nam trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường”, (Viện nghiên cứu thương mại – Bộ Thương mại, 2005).

⁽¹³³⁾Điều 17 Luật Cạnh tranh.

⁽¹³⁴⁾Khoản 6 Điều 21 Luật Đầu tư năm 2005.

để đem lại cho doanh nghiệp mua lại quyền kiểm soát, chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại. Về các nội dung này, có một số vấn đề cần làm rõ:

Thứ nhất, về bản chất pháp lý, mua lại doanh nghiệp là hình thức tập trung kinh tế bằng biện pháp thiết lập quan hệ sở hữu giữa doanh nghiệp mua lại và doanh nghiệp bị mua lại.

Việc mua lại không là quá trình thống nhất về tổ chức giữa hai doanh nghiệp nói trên. Sau khi mua lại, doanh nghiệp nắm quyền sở hữu có thể thực hiện việc sáp nhập hoặc không. Nếu thực hiện việc sáp nhập thì sự thống nhất về tổ chức là kết quả của hoạt động sáp nhập và việc mua lại chỉ là tiền đề để có được quyết định sáp nhập. Dưới góc độ cạnh tranh, quan hệ sở hữu tạo nên nhóm doanh nghiệp hoặc một tập đoàn (với số lượng doanh nghiệp bị mua lại đủ lớn). Một khi các doanh nghiệp tham gia đang hoạt động trên cùng thị trường liên quan thì việc mua lại đã làm cho quan hệ cạnh tranh giữa họ không còn tồn tại.

Thứ hai, về quyền chi phối hoặc kiểm soát doanh nghiệp bị mua lại, theo pháp luật cạnh tranh, quyền kiểm soát hoặc chi phối được hiểu là trường hợp doanh nghiệp mua lại dành được quyền sở hữu tài sản của doanh nghiệp bị kiểm soát đủ chiếm được trên 50% quyền bỏ phiếu tại Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị hoặc ở mức mà theo quy định của pháp luật hoặc điều lệ của doanh nghiệp bị kiểm soát đủ để doanh nghiệp mua lại 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 soát¹³⁵.

Luật Doanh nghiệp năm 2005 không trực tiếp sử dụng thuật ngữ quyền chi phối hoặc kiểm soát doanh nghiệp khác mà sử dụng quan hệ mẹ con giữa các công ty để diễn tả mối quan hệ sở hữu được xác lập từ việc mua lại hay góp vốn. Theo đó, một công ty được coi là công ty mẹ của công ty khác nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- Sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông đã phát hành của công ty đó;

- Có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc của công ty đó;

- Có quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ của công ty đó¹³⁶.

Về ý nghĩa pháp lý, dường như quy định trong hai văn bản trên là tương đồng, song về căn cứ xác định và giá trị ứng dụng lại có những khác biệt đáng kể. Luật Doanh nghiệp cơ bản dựa trên mức vốn sở hữu hoặc giá trị quyền quyết định đến bộ máy quản lý, điều hành doanh nghiệp trong khi luật cạnh tranh đã quy đổi mức sở hữu thành giá trị của quyền biểu quyết trong bộ máy quản lý để xác định. Mặt khác, Luật Doanh nghiệp còn sử dụng quyền quyết định đến việc sửa đổi, bổ sung điều lệ làm một trong những trường hợp xác lập quan hệ mẹ con, trong khi luật cạnh tranh sử dụng quyền chi phối các chính sách tài chính, hoạt động của doanh nghiệp bị mua lại làm căn cứ xác định. Cách tiếp cận của luật doanh nghiệp có vẻ dễ hiểu và dễ xác định

⁽¹³⁵⁾Điều 34 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

⁽¹³⁶⁾Khoản 15 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

dựa trên các quy định về thẩm quyền của Hội đồng thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, Đại hội đồng cổ đông và định rõ tỷ lệ vốn đại diện cần có để quyết định về việc sửa đổi, bổ sung điều lệ được thông qua¹³⁷.

Trong khi đó, để áp dụng Luật Cạnh tranh hiệu quả, phải làm rõ quan niệm về quyền chi phối đến các chính sách tài chính và hoạt động của doanh nghiệp bị mua lại. Như vậy, các căn cứ xác định quan hệ mẹ con giữa các công ty trong luật doanh nghiệp chân phương và dễ ứng dụng, song mặt khác có thể tạo nên sự cứng nhắc khi áp dụng. Ngược lại, quy định trong pháp luật cạnh tranh tuy vẫn còn chung chung và ở chừng mực nhất định vẫn còn mơ hồ nhưng có thể ứng dụng linh hoạt theo từng vụ việc cụ thể.

Thứ ba, Luật Cạnh tranh và Nghị định số 116/2005/NĐ-CP sử dụng cụm từ mua toàn bộ hoặc một phần tài sản của doanh nghiệp khác... để diễn tả việc mua lại doanh nghiệp.

Điều này dễ dẫn đến quan niệm sai lệch cho rằng việc mua lại doanh nghiệp là mua các loại tài sản (có thể cả tài sản hữu hình, vô hình) đang thuộc sở hữu của doanh nghiệp bị mua lại. Có lẽ vì thế, Luật Đầu tư năm 2005 quy định việc mua cổ phần hoặc góp vốn để tham gia quản lý hoạt động đầu tư và việc mua lại doanh nghiệp là hai hình thức đầu tư khác nhau¹³⁸.

Tuy nhiên, để làm rõ quan niệm mua lại trong Luật Cạnh tranh cần đối chiếu các quy định trên của đạo luật này với pháp luật về doanh nghiệp. Một khi mua lại được hiểu là mua tài sản để tạo quyền kiểm soát, chi phối doanh nghiệp khác mà cơ bản là khả năng chi phối bằng quyền biểu quyết trong các cơ quan quản lý hoặc quyền quyết định các vấn đề quan trọng trong hoạt động nội bộ của doanh nghiệp đó. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, các quyền năng nói trên chỉ dành cho chủ sở hữu của doanh nghiệp, bao gồm: chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên; thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên; cổ đông của công ty cổ phần; thành viên hợp danh của công ty hợp danh.... Như vậy, mua lại doanh nghiệp cơ bản là mua cổ phần của công ty cổ phần hoặc nhận chuyển nhượng vốn góp trong các loại công ty khác hoặc góp vốn đầu tư khi doanh nghiệp tăng vốn điều lệ... đủ để tạo quyền kiểm soát và chi phối doanh nghiệp bị mua lại¹³⁹. Vì thế, đối với hành vi này, có nhiều lĩnh vực pháp luật điều chỉnh ở nhiều góc độ khác nhau như pháp luật cạnh tranh, pháp luật về doanh nghiệp với các quy định về chuyển nhượng vốn góp, mua bán cổ phần, phát hành và chào bán cổ phần..., pháp luật đầu tư với các quy định về hình thức và quy trình đầu tư, pháp luật chứng khoán....

Thứ tư, từ lập luận trên, để xác định một trường hợp cụ thể nào đó có cấu thành việc mua lại hay không, cơ quan có thẩm quyền cần đối chiếu mức cổ phần, vốn góp... mà doanh nghiệp sở hữu với các quy định về quyền kiểm soát, chi phối trong pháp luật doanh nghiệp theo từng loại hình doanh nghiệp hoặc trong điều lệ của doanh nghiệp bị mua lại.

Với mỗi loại doanh nghiệp, pháp luật thiết kế những mô hình quản lý khác nhau nên việc tổ chức thực hiện và phân bổ quyền năng giữa các bộ phận trong bộ máy quản lý không thể giống nhau. Mặt khác, pháp luật về doanh nghiệp hiện tại được xây dựng

⁽¹³⁷⁾Xem thêm điểm b khoản 2 Điều 52 và điểm b khoản 3 Điều Luật Doanh nghiệp năm 2005.

⁽¹³⁸⁾Khoản 5, 6 Điều 21 Luật Đầu tư năm 2005.

⁽¹³⁹⁾Việc mua cổ phần, mua vốn góp không là tập trung kinh tế nếu mức cổ phần hoặc giá trị vốn góp chưa đủ tạo nên quyền kiểm soát, chi phối cho doanh nghiệp.

theo nguyên tắc tôn trọng đến mức cao nhất quyền tự định đoạt của doanh nghiệp nên trong việc quản lý doanh nghiệp, pháp luật chỉ đặt ra khung theo tỷ lệ sở hữu được định ở mức tối đa hoặc tối thiểu tùy từng vấn đề cần quyết định. Trong khung đó, điều lệ được quyền đặt ra tỷ lệ cụ thể cho phù hợp với điều kiện thực tế của doanh nghiệp.

c. Liên doanh giữa các doanh nghiệp

Hành vi 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 mới¹⁴⁰.

Suy cho cùng, liên doanh là dạng liên kết giữa các doanh nghiệp thông qua việc cùng tham gia thành lập một doanh nghiệp mới. Nói cách khác, sự tồn tại của doanh nghiệp mới tạo nên mối liên kết giữa các doanh nghiệp tham gia. Xét về bản chất, hoạt động liên doanh đồng nghĩa với hoạt động góp vốn thành lập doanh nghiệp được quy định trong Luật doanh nghiệp, Luật hợp tác xã, Luật các tổ chức tín dụng và luật đầu tư. Thế nên, ngoài các quy định của Luật Cạnh tranh, hoạt động liên doanh còn chịu sự điều chỉnh bởi các quy định về đăng ký kinh doanh, về thủ tục đăng ký đầu tư hoặc thẩm tra đầu tư trong các văn bản nói trên.

Từ các phân tích trên, có thể kết luận rằng:

- Không có khác biệt cơ bản về nội dung pháp lý của các hành vi tập trung kinh tế trong hệ thống pháp luật hiện hành. Sự thiếu thống nhất trong các quy định của Luật Cạnh tranh, Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư chủ yếu là việc sử dụng các ngôn từ pháp lý khác nhau về cùng một vấn đề. Điều này có thể dẫn đến có thể những cách hiểu không giống nhau.

- Chỉ dựa vào các khái niệm, có thể hiểu rằng các hành vi tập trung kinh tế theo pháp luật cạnh tranh bao gồm hiện tượng tập trung theo chiều ngang (giữa các doanh nghiệp có cùng thị trường liên quan), tập trung theo chiều dọc (giữa các doanh nghiệp thuộc những cấp độ khác nhau của quá trình kinh doanh) và tập trung hỗn hợp (giữa các doanh nghiệp không cùng ngành nghề kinh doanh. Ở góc độ này, quan niệm về tập trung kinh tế có nội hàm khá rộng.

- So sánh với pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới, pháp luật cạnh tranh của Việt Nam chưa đề cập đến hình thức tập trung kinh tế bằng cách kiêm nhiệm chức vụ (một hoặc một số người làm quản lý trong nhiều doanh nghiệp hoặc đại diện của nhiều doanh nghiệp cùng tham gia quản lý một doanh nghiệp thứ ba) hoặc mua lại xuyên quốc gia (hiện tượng mua bán, sáp nhập các tập đoàn đa quốc gia). Thực tế cho thấy, cả hai hiện tượng trên đều có thể tạo nên sự liên kết về mặt tổ chức hoặc trong việc quản lý để tạo nên liên minh trong hành động giữa các doanh nghiệp và đều có thể ảnh hưởng đến cơ cấu cạnh tranh của thị trường. Đặc biệt, ngày càng có nhiều hiện tượng mua bán, sáp nhập các tập đoàn kinh tế quốc tế diễn ra trên thị trường EU, Hoa Kỳ... có ảnh hưởng đến thị trường Việt Nam vì họ có các công ty con hoạt động tại Việt Nam.

⁽¹⁴⁰⁾Khoản 4 Điều 17 Luật Cạnh tranh năm 2004.

II. KIỂM SOÁT HÀNH VI TẬP TRUNG KINH TẾ THEO LUẬT CẠNH TRANH

1

Nguyên tắc xử lý đối với tập trung kinh tế

Theo Mục 3 Chương II Luật Cạnh tranh, các trường hợp tập trung kinh tế được chia thành 3 nhóm với thái độ xử lý khác nhau sau đây:

1.1. Nhóm tập trung kinh tế bị cấm (còn gọi là khu vực màu đen)

Theo Điều 18 Luật Cạnh tranh, “cấm tập trung kinh tế nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế chiếm trên 50% trên thị trường liên quan”.

Về nguyên tắc, các trường hợp này bị cấm tuyệt đối, song pháp luật cạnh tranh 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, cho dù có thị phần kết hợp trên 50% trên thị trường liên quan việc tập trung kinh tế có diễn ra giữa các doanh nghiệp 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 trừ¹⁴¹.

1.2. Nhóm tập trung kinh tế cần phải kiểm soát (khu vực màu xám)

Theo Điều 20 Luật Cạnh tranh, “các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế 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 tập trung kinh tế”.

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 cơ quan quản lý cạnh tranh theo quy định của pháp luật.

1.3. Nhóm được tự do thực hiện tập trung kinh tế (khu vực màu trắng)

Theo Luật Cạnh tranh và Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, các doanh nghiệp có quyền tự do thực hiện việc tập trung kinh tế trong những trường hợp sau đây:

- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế có thị phần thấp hơn 30% trên thị trường liên quan;
- Doanh nghiệp sau khi tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật¹⁴² không kể thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế đạt mức bao nhiêu trên thị trường liên quan.

1.4. Một số nhận xét

Như vậy, Luật Cạnh tranh đã sử dụng thị phần làm cơ sở phân loại nhóm tập trung

⁽¹⁴¹⁾Khoản 6 Điều 3 Luật Cạnh tranh 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.

⁽¹⁴²⁾Điều 3 Nghị định số 90/2001/NĐ-CP ngày 23/11/2001 quy định: Doanh nghiệp nhỏ và vừa là cơ sở sản xuất kinh doanh độc lập, đã đăng ký kinh doanh theo pháp luật hiện hành, có vốn đăng ký không quá 10 tỷ đồng hoặc có số lao động trung bình hàng năm không quá 300 người.

kinh tế và làm tiêu chí duy nhất để xác định khả năng gây hại của các trường hợp tập trung kinh tế.

Theo đó, những trường hợp tập trung kinh tế mà thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia chiếm trên 50% trên thị trường liên quan luôn mang bản chất hạn chế cạnh tranh. Trong trường hợp này, việc tập trung kinh tế đã hình thành một doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp nắm giữ đa số thị phần trên thị trường liên quan không từ hiệu quả kinh doanh của doanh nghiệp, làm cho các doanh nghiệp còn lại chỉ là thiểu số trên thị trường. Bản chất hạn chế cạnh tranh thể hiện ngay ở sự thay đổi đột ngột trong tương quan cạnh tranh và cấu trúc cạnh tranh trên thị trường, làm giảm, làm cản trở và sai lệch cạnh tranh một cách đáng kể.

Khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia chỉ chiếm dưới 30% trên thị trường liên quan thì sự tập trung kinh tế chưa có khả năng tạo ra vị trí thống lĩnh cho doanh nghiệp hình thành sau khi tập trung. Lúc này, việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại hay liên doanh chỉ đơn giản là các biện pháp cơ cấu lại kinh doanh hoặc đầu tư vốn bình thường nên chưa chứa đựng những nguy cơ đe dọa đến trật tự cạnh tranh trên thị trường.

Bên cạnh đó, các trường hợp tập trung kinh tế thuộc đối tượng bị cấm (thị phần kết hợp trên 50% trên thị trường liên quan) có thể được xem xét miễn trừ nếu thỏa mãn một trong hai điều kiện sau:

- Một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản;
- Việc tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ¹⁴³.

Các trường hợp sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh giữa các doanh nghiệp luôn gắn liền với các thủ tục về đăng ký kinh doanh, đăng ký kinh doanh bổ sung theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Do đó, khi tiến hành tập trung kinh tế sẽ có hai các tình huống xảy ra về thủ tục tiến hành là:

- Nếu tập trung kinh tế thuộc nhóm được tự do thực hiện thì chỉ phải làm các thủ tục về việc đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh mà không phải thực hiện bất cứ thủ tục gì tại cơ quan cạnh tranh;
- Nếu tập trung kinh tế thuộc nhóm cần kiểm soát thì trước khi tiến hành các thủ tục tại cơ quan đăng ký kinh doanh, các doanh nghiệp tham gia tập trung phải làm thủ tục thông báo tại cơ quan quản lý cạnh tranh. Chỉ khi nào có trả lời của cơ quan này khẳng định việc tập trung kinh tế không thuộc trường hợp bị cấm thì các doanh nghiệp mới được thực hiện các thủ tục về sáp nhập, hợp nhất, mua lại hoặc liên doanh theo pháp luật doanh nghiệp.

(143) Điều 19 Luật Cạnh tranh.

Thủ tục thông báo về việc tập trung kinh tế

2.1. Những khái niệm chủ yếu

Luật Cạnh tranh quy định về thủ tục thông báo trong 5 điều luật (từ Điều 20 đến Điều 26) nên các nội dung có tính khái quát khá cao, chủ yếu đề cập đến những vấn đề sau đây:

Đối tượng áp dụng của thủ tục thông báo là các trường hợp tập trung kinh tế mà thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia chiếm từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan, trừ trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp vừa và nhỏ.

Trách nhiệm của các doanh nghiệp có liên quan: các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế phải làm hồ sơ thông báo tập trung kinh tế theo Điều 21 Luật Cạnh tranh để nộp cho cơ quan có thẩm quyền và chịu trách nhiệm về tính trung thực của hồ sơ. Hồ sơ thông báo việc tập trung kinh tế cung cấp những thông tin cần thiết về tài chính, về sản phẩm, về thị phần của doanh nghiệp trên thị trường liên quan trong hai năm liên tiếp gần nhất... làm cơ sở để cơ quan có thẩm quyền phân tích, đánh giá vụ việc.

Thẩm quyền của cơ quan quản lý cạnh tranh: cơ quan quản lý cạnh tranh có quyền kiểm soát tập trung kinh tế bằng việc xem xét hồ sơ thông báo và trả lời thông báo tập trung kinh tế. Nội dung trả lời thông báo tập trung kinh tế phải xác định tập trung kinh tế thuộc một trong hai trường hợp sau: tập trung kinh tế không thuộc trường hợp bị cấm; hoặc tập trung kinh tế bị cấm theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp này, lý do cấm phải được nêu rõ trong văn bản trả lời.

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

Quy định về thời hạn trả lời thông báo tập trung kinh tế 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 Cơ quan Quản lý cạnh tranh. Việc gia hạn không quá hai lần, mỗi lần không quá 30 ngày. Quy định về thời hạn như trên chịu sự chi phối bởi nguyên tắc tôn trọng quyền tự do kinh doanh bởi lẽ những trường hợp tập trung kinh tế là đối tượng của thủ tục thông báo chưa thuộc trường hợp bị cấm mà (chỉ có khả năng

thuộc trường hợp bị cấm). Thế nên, thủ tục thông báo được thiết kế vừa đủ để ngăn chặn những khả năng gây tổn hại cho thị trường cạnh tranh nhưng không xâm phạm quyền kinh doanh của doanh nghiệp. Theo đó, thời hạn thực hiện cần đảm bảo yêu cầu nhanh chóng và thủ tục này không được mang tính chất của cơ chế xin cho.

2.2. Một số nhận xét

Với 5 điều luật có nội dung khái quát, Luật Cạnh tranh chỉ giải quyết các vấn đề về thủ tục cần thực hiện khi doanh nghiệp thông báo tập trung kinh tế mà chưa làm rõ những nội dung thẩm tra hồ sơ thông báo. Tập trung kinh tế không phải là những hành vi vi phạm pháp luật nên thủ tục thông báo chỉ là quá trình thẩm tra khả năng tác động của các doanh nghiệp đến cơ cấu cạnh tranh của thị trường. Với những quy định trên, chúng ta chỉ hình dung được rằng trong thủ tục thông báo, cơ quan cạnh tranh tính toán thị phần của các doanh nghiệp tham gia để xác định thị phần kết hợp của họ có thuộc trường hợp bị cấm (trên 50%) hay không thuộc trường hợp bị cấm. Vì vậy, nội dung của thủ tục thông báo bao gồm:

- Việc xác định thị trường liên quan;
- Xác định thị phần của từng doanh nghiệp tham gia để tính thị phần kết hợp¹⁴⁴.

Điều 18 Luật Cạnh tranh chỉ cấm thực hiện tập trung kinh tế 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 cơ quan quản lý cạnh tranh buộc phải trả lời trường hợp đó không bị cấm. 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 tập trung kinh tế mà chưa là quá trình đánh giá tác động của tập trung kinh tế đến thị trường ở nhiều phương diện (không chỉ từ thị phần).

3

Các biện pháp xử lý vi phạm

Các doanh nghiệp thực hiện tập trung kinh tế bị áp dụng các biện pháp xử lý vi phạm theo pháp luật cạnh tranh nếu thực hiện một trong hai hành vi sau:

- Tiến hành tập trung kinh tế thuộc trường hợp bị cấm;
- Tiến hành tập trung kinh tế mà không thông báo nếu trường hợp tập trung kinh tế đó thuộc những trường hợp phải thông báo.

Việc xử lý vi phạm pháp luật về tập trung kinh tế được thực hiện theo thủ tục tố tụng cạnh tranh, trong đó cơ quan quản lý cạnh tranh có chức năng điều tra vụ việc và có thẩm quyền xử lý hành vi vi phạm bằng các biện pháp xử phạt vi phạm hành chính theo các quy định của Luật Cạnh tranh và Nghị định số 120/2005/NĐ-CP của Chính phủ ngày 30/09/2005 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh (Nghị định số 120/2005/NĐ-CP).

⁽¹⁴⁴⁾Thị phần kết hợp là tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào tập trung kinh tế.

Các biện pháp xử phạt bao gồm: phạt tiền tùy theo hành vi vi phạm và mức độ nghiêm trọng của hành vi. Theo đó, phạt tiền đến 5% tổng doanh thu trong năm tài chính trước khi tiến hành tập trung kinh tế đối với sáp nhập, hợp nhất, mua lại liên doanh bị cấm; phạt tiền từ 5% đến 10% tổng doanh thu trong năm tài chính trước khi tiến hành tập trung kinh tế đối với sáp nhập, mua lại bị cấm trong trường hợp có dấu hiệu chèn ép, buộc doanh nghiệp khác phải sáp nhập hoặc bán toàn bộ hoặc 1 phần tài sản; phạt tiền từ 5% đến 10% tổng doanh thu trong năm tài chính trước khi tiến hành tập trung kinh tế đối với hợp nhất, liên doanh bị cấm trong trường hợp làm tăng giá hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan một cách đáng kể; phạt tiền từ 1 đến 3% tổng doanh thu trong năm tài chính trước khi tiến hành tập trung kinh tế trong trường hợp không thực hiện nghĩa vụ thông báo theo quy định của Luật Cạnh tranh. Ngoài ra, doanh nghiệp có thể bị buộc 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 mua¹⁴⁵.

III. THỦ TỤC THỰC HIỆN CÁC TRƯỜNG HỢP MIỄN TRỪ ĐỐI VỚI CÁC THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH VÀ TẬP TRUNG KINH TẾ

1

Bản chất của thủ tục miễn trừ

Cơ chế miễn trừ được đặt ra khi phân tích bản chất kinh tế, có nhiều trường hợp, hành vi thỏa thuận hoặc tập trung kinh tế của các doanh nghiệp đã cấu thành đủ các dấu hiệu để kết luận là vi phạm luật cạnh tranh, song lại có nhiều tác dụng tích cực cho sự phát triển của kinh tế - xã hội. Pháp luật của các nước trong đó có Việt Nam đã quy định khá chi tiết về những trường hợp được miễn trừ đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế. Do đó, khi đề cập đến thủ tục miễn trừ theo pháp luật cạnh tranh, cần nhấn mạnh một số nội dung sau đây:

- Thủ tục miễn trừ được coi các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế thuộc trường hợp bị cấm nhưng thỏa mãn đủ điều kiện được miễn trừ được thực hiện các thỏa thuận, các hành vi tập trung kinh tế. Điều đó có nghĩa là các hành vi hạn chế cạnh tranh được miễn trừ *không mặc nhiên* được thực hiện khi thỏa mãn các điều kiện do luật định về mặt nội dung mà phải có được quyết định cho hưởng miễn trừ của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền;

- Thủ tục miễn trừ mang bản chất của thủ tục hành chính được thực hiện theo quy định của pháp luật cạnh tranh;

- Quyết định cho hưởng miễn trừ không có giá trị vĩnh viễn, chúng luôn có giá trị

⁽¹⁴⁵⁾Xem từ Điều 25 đến Điều 29 Nghị định số 120/2005/NĐ-CP.

trong một thời hạn nhất định¹⁴⁶ hoặc có thể được xem xét lại và có thể bị bãi bỏ theo quy định của pháp luật.

2

Thẩm quyền xem xét và quyết định cho hưởng miễn trừ

Theo quy định của Luật Cạnh tranh và Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, các cơ quan có thẩm quyền xem xét và quyết định việc miễn trừ đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế bao gồm:

Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định việc miễn trừ đối với việc tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ;

Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) xem xét, quyết định việc miễn trừ đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và trường hợp tập trung kinh tế còn lại được miễn trừ theo Luật Cạnh tranh.

Cơ quan quản lý cạnh tranh có thẩm quyền thụ lý, thẩm định hồ sơ và đề xuất ý kiến để người có thẩm quyền quyết định.

Ngoài ra, đối với trường hợp tập trung kinh tế thuộc thẩm quyền quyết định của Thủ tướng Chính phủ, khi thẩm định hồ sơ, cơ quan quản lý cạnh tranh phải tham khảo ý kiến của các Bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan trực thuộc chính phủ và cơ quan, tổ chức khác có liên quan theo quyết định của Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương).

3

Thủ tục thực hiện

Quá trình thụ lý, xem xét hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ được thực hiện như sau:

3.1. Thụ lý hồ sơ

Các doanh nghiệp dự định tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế thuộc diện được hưởng miễn trừ là đối tượng nộp hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ. Khi đó, các doanh nghiệp nói trên sẽ cử một đại diện làm thủ tục đề nghị hưởng miễn trừ (việc cử đại diện phải lập thành văn bản). Các bên vẫn phải chịu trách nhiệm về hành vi của bên đại diện trong phạm vi ủy quyền.

Hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ bao gồm:

- Đơn đề nghị được hưởng miễn trừ;
- Bản sao hợp lệ giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của các doanh nghiệp có liên quan;
- Báo cáo tài chính trong hai năm liên tiếp gần nhất của từng doanh nghiệp tham gia;

⁽¹⁴⁶⁾Trong quyết định cho hưởng miễn trừ luôn xác định thời hạn cho hiệu lực.

- Báo cáo giải trình cụ thể về việc đáp ứng các trường hợp được hưởng miễn trừ theo Luật Cạnh tranh;

- Báo cáo thị phần trong hai năm liên tiếp gần nhất của từng doanh nghiệp tham gia trên thị trường liên quan;

- Văn bản ủy quyền của các doanh nghiệp tham gia cho bên đại diện.

Trong trường hợp doanh nghiệp tham gia mới được thành lập và hoạt động chưa đủ 1 năm thì báo cáo tài chính được thay thế bởi các tài liệu sau đây:

- Bản kê khai vốn điều lệ, tài sản cố định, tài sản lưu động, công nợ có xác nhận của tổ chức kiểm toán độc lập được thành lập theo quy định của pháp luật;

- Kê khai nộp thuế từ thời điểm doanh nghiệp bắt đầu hoạt động đến thời điểm 01 tháng trước ngày ghi trong đơn đề nghị hưởng miễn trừ.

Như vậy, trong hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, các bên tham gia tập trung kinh tế hoặc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh phải đảm bảo chứng minh được các nội dung sau đây:

- Tư cách pháp lý của các bên tham gia;

- Vị trí của họ trên thị trường liên quan;

- Các điều kiện được hưởng miễn trừ. Điều này cho thấy, trách nhiệm chứng minh về điều kiện được hưởng miễn trừ thuộc về các doanh nghiệp thực hiện hành vi mà không phải thuộc về cơ quan Nhà nước. Lúc này, các cơ quan có thẩm quyền chỉ xem xét và thẩm định các chứng cứ mà các bên đưa ra.

Vì lẽ đó, Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định:

Thứ nhất, báo cáo giải trình cụ thể việc đáp ứng điều kiện được hưởng miễn trừ phải được thực hiện dưới hình thức đề án nghiên cứu khả thi do tổ chức khoa học và công nghệ, các tổ chức nghiên cứu và phát triển được thành lập theo quy định của Luật Khoa học và Công nghệ thực hiện hoặc đánh giá hoặc phải chứng minh được việc một hay nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng bị phá sản theo quy định tại Điều 36 của Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

Thứ hai, doanh nghiệp nộp hồ sơ và các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế chịu trách nhiệm về tính trung thực của hồ sơ. Doanh nghiệp nộp hồ sơ phải nộp phí thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ.

Cơ quan Quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ.

3.2. Thẩm định hồ sơ

Trong quá trình thẩm định hồ sơ, cơ quan quản lý cạnh tranh có các quyền sau đây:

- Yêu cầu doanh nghiệp nộp hồ sơ bổ sung tài liệu, thông tin cần thiết khác liên quan đến dự định thực hiện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế và giải thích thêm những vấn đề chưa rõ ràng;

- Yêu cầu tổ chức, cá nhân có liên quan cung cấp thông tin về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế đang được thụ lý;

- Thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ và kiến nghị Bộ trưởng Bộ Thương mại gửi văn bản xin ý kiến các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan trực thuộc Chính phủ và cơ quan, tổ chức khác có liên quan về trường hợp đề nghị hưởng miễn trừ trong thời hạn

50 ngày, kể từ ngày nhận đầy đủ hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ;

- Lập văn bản thẩm định đề trình người có thẩm quyền xem xét, quyết định. Trong đó phải bao gồm các nội dung chủ yếu là:

+ Sự phù hợp của báo cáo giải trình với việc đáp ứng điều kiện được hưởng miễn trừ có thời hạn;

+ Những vấn đề còn có ý kiến khác nhau và phương án xử lý;

+ Ý kiến đề xuất của cơ quan quản lý cạnh tranh hoặc ý kiến đề xuất của Bộ trưởng .Bộ Thương mại đối với trường hợp tập trung kinh tế thuộc thẩm quyền cho hưởng miễn trừ của Thủ tướng Chính phủ.

Doanh nghiệp đã nộp hồ sơ có thể rút đề nghị hưởng miễn trừ bằng một thông báo bằng văn bản cho cơ quan quản lý cạnh tranh. Trong trường hợp này, người đã nộp hồ sơ không được hoàn lại lệ phí thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ.

3.3. Giải quyết việc cho hưởng miễn trừ

Sau khi nhận được đầy đủ hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, Thủ tướng Chính phủ hoặc Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ trưởng Bộ Công Thương) sẽ ra một trong hai quyết định sau đây trong thời hạn được Luật Cạnh tranh quy định:

- Chấp thuận cho các bên được hưởng miễn trừ¹⁴⁷;

- Không chấp thuận các bên được hưởng miễn trừ¹⁴⁸.

Trong thời hạn 07 ngày làm việc, kể từ ngày có quyết định cho hưởng miễn trừ, cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm công khai quyết định cho hưởng miễn trừ đồng thời theo các hình thức sau đây:

- Niêm yết tại trụ sở của cơ quan quản lý cạnh tranh;

- Công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng.

Quyết định cho hưởng miễn trừ có thể bị bãi bỏ. Người có thẩm quyền quyết định cho hưởng miễn trừ có thẩm quyền bãi bỏ quyết định đó trong những trường hợp sau:

- Phát hiện có sự gian dối trong việc đề nghị hưởng miễn trừ¹⁴⁹;

- Doanh nghiệp được hưởng miễn trừ không thực hiện các điều kiện, nghĩa vụ trong thời hạn quy định tại quyết định cho hưởng miễn trừ;

- Điều kiện cho hưởng miễn trừ không còn.

⁽¹⁴⁷⁾Quyết định cho hưởng miễn trừ phải có đầy đủ các nội dung quy định tại Điều 35 Luật Cạnh tranh.

⁽¹⁴⁸⁾Thời hạn để ra các quyết định trên là: đối với trường hợp do Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định, thời hạn ra quyết định là 60 ngày (có thể gia hạn không quá 2 lần, mỗi lần không quá 30 ngày); đối với trường hợp do Thủ tướng quyết định thời hạn ra quyết định là 90 ngày (nếu vụ việc là phức tạp thì thời hạn ra quyết định là 180 ngày)

⁽¹⁴⁹⁾Những sai sót không bị coi là gian dối trong việc đề nghị hưởng miễn trừ bao gồm các lỗi chính tả, lỗi đánh máy, lỗi in ấn không liên quan đến số liệu báo cáo tài chính và không làm thay đổi nội dung cơ bản của báo cáo giải trình trong hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ.

CHƯƠNG 5

PHÁP LUẬT VỀ CHỐNG HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH

I. ĐẶC ĐIỂM CỦA HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH

Khoản 4 Điều 3 Luật Cạnh tranh quy định “hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh trái với với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh, gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng”.

Theo quy định nói trên, các hành vi cạnh tranh không lành mạnh có những đặc điểm cơ bản như sau:

1

Hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh

Đặc điểm này thể hiện quy định về đối tượng áp dụng của Luật cạnh tranh. Theo đó, chủ thể thực hiện hành vi cạnh tranh chỉ bao gồm các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế, hợp tác xã, hộ kinh doanh cá thể, doanh nghiệp nước ngoài hoạt động tại Việt Nam, các hiệp hội ngành nghề. Những đối tượng còn lại như các đơn vị sự nghiệp, các tổ chức của người tiêu dùng, các đơn vị truyền thông, các tổ chức phi kinh tế... không là đối tượng áp dụng các quy định của pháp luật về cạnh tranh không lành mạnh. Đôi khi, thực tế phát sinh những tình huống một số tổ chức phi kinh tế, các đơn vị truyền thông... thực hiện những hành vi xâm phạm đến quyền cạnh tranh lành mạnh của doanh nghiệp, ví dụ tung tin không trung thực về doanh nghiệp, về hàng hóa, dịch vụ.... Với việc giới hạn chủ thể thực hiện hành vi, pháp luật cạnh tranh không áp dụng để xử lý những tình huống trên. Mặt khác, đặc điểm này cũng khẳng định hành vi cạnh tranh không lành mạnh xảy ra trong kinh doanh ở mọi ngành, mọi lĩnh vực của đời sống kinh tế, mọi công đoạn của quá trình kinh doanh. Pháp luật về hành vi cạnh tranh không lành mạnh được áp dụng cho mọi ngành nghề, mọi lĩnh vực kinh tế. Nói cách khác, pháp luật không giới hạn áp dụng cho bất kỳ ngành nghề, lĩnh vực hoặc hoạt động kinh doanh nào của kinh tế quốc dân.

Hành vi cạnh tranh trái với với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh

Đặc điểm này là căn cứ lý luận để xác định bản chất không lành mạnh của hành vi. Tuy nhiên, “trái với chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh” là thuật ngữ trừu tượng cả về pháp lý lẫn lý thuyết. Không có những căn cứ pháp lý hoặc cấu thành pháp lý cụ thể để xác định đặc điểm này. Thế nên, Cơ quan có thẩm quyền không thể sử dụng khái niệm hành vi không lành mạnh để quy kết một hành vi cụ thể của doanh nghiệp là không lành mạnh. Để khắc phục tình trạng trên, pháp luật cạnh tranh đã tập trung giải quyết hai nội dung sau:

Một, vì các phương pháp cạnh tranh rất đa dạng, bao gồm thủ đoạn gây nhầm lẫn, gian dối, gièm pha, bóc lột, gây rối, nên Luật Cạnh tranh 2004 đã liệt kê các hành vi cạnh tranh bị coi là không lành mạnh và quy định cấu thành pháp lý của chúng. Pháp luật cạnh tranh của hầu hết các nước như Cộng hoà liên bang Đức, Nhật bản... đều có cách tiếp cận tương tự, tức là ngoài việc đưa ra khái niệm về hành vi cạnh tranh không lành mạnh¹⁵⁰ còn liệt kê và mô tả từng hành vi bị coi là không lành mạnh trong cạnh tranh. Khái niệm hành vi cạnh tranh không lành mạnh được quy định trong Luật cạnh tranh Việt nam và của các nước chỉ có ý nghĩa về mặt lý thuyết. Trong thực tế, việc áp dụng sẽ căn cứ vào các quy định về từng hành vi vi phạm cụ thể như chỉ dẫn gây nhầm lẫn, xâm phạm bí mật kinh doanh, dèm pha doanh nghiệp khác....

Hai, các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh được xác định dựa vào hai căn cứ sau đây:

- Căn cứ luật định là những tiêu chuẩn đã được định lượng hoá bằng pháp luật, một khi hành vi đi trái với các quy định pháp luật sẽ được xem là không lành mạnh. Trong trường hợp này, hành vi cạnh tranh không lành mạnh đồng nghĩa với hành vi cạnh tranh bất hợp pháp. Theo đó, hành vi cạnh tranh không lành mạnh có thể là hành vi của tổ chức, cá nhân kinh doanh vi phạm điều cấm của pháp luật (bao gồm các quy định cấm của Luật Cạnh tranh và các văn bản pháp luật khác như pháp luật thương mại, pháp luật về quản lý giá, pháp luật về sở hữu trí tuệ...) hoặc là hành vi vi phạm các tiêu chuẩn lành mạnh được pháp luật quy định như pháp luật khuyến mại quy định giới hạn của giá trị khuyến mại như sau: “mức giảm giá tối đa đối với hàng hóa, dịch vụ được khuyến mại không được vượt quá 50% giá hàng hóa, dịch vụ đó ngay trước thời gian khuyến mại¹⁵¹”.

- Các tập quán kinh doanh thông thường đã được thừa nhận rộng rãi được áp dụng đối với những hành vi chưa được pháp luật dự liệu là cạnh tranh không lành mạnh. Nói cách khác, căn cứ này là biện pháp dự phòng để áp dụng cho những trường hợp pháp luật chưa quy định về một hành vi cụ thể nhưng khi hành vi này được thực hiện đã xâm hại đến quyền cạnh tranh của các tổ chức, cá nhân kinh doanh khác, quyền lợi hợp pháp của người tiêu dùng và trái với tập quán kinh doanh. Căn cứ này đã mở rộng khá

⁽¹⁵⁰⁾Điều 1 Luật chống cạnh tranh không lành mạnh Cộng hòa Liên bang Đức quy định: “người nào trong quan hệ thương mại mà có những hành vi nhằm mục đích cạnh tranh, song những hành vi này chống lại truyền thống kinh doanh lành mạnh thì buộc phải chấm dứt hành vi đó và bồi thường thiệt hại”.

⁽¹⁵¹⁾Điều 6 Nghị định số 37/2006/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động xúc tiến thương mại.

năng điều chỉnh và khắc phục được tình trạng chóng lác hậu của pháp luật cạnh tranh. Cho đến nay, Luật cạnh tranh chưa quy định những tập quán kinh doanh nào được coi là các chuẩn mực đạo đức thông thường.

Tính trái chuẩn mực đạo đức thông thường trong kinh doanh của hành vi cạnh tranh không lành mạnh đòi hỏi pháp luật cạnh tranh phải luôn được chỉnh lý, bổ sung cho phù hợp với thực tiễn. Nhận thức về các dấu hiệu, biểu hiện không lành mạnh cụ thể luôn thay đổi và có sự khác biệt theo từng điều kiện và hoàn cảnh cụ thể như sau:

- Quan niệm về tính không lành mạnh là kết quả của những ý niệm liên quan đến xã hội học, kinh tế học, đạo đức học của một xã hội nhất định nên có thể dẫn đến hiện tượng là hành vi cạnh tranh bị coi là cạnh tranh không lành mạnh ở nước này, nhưng được coi là lành mạnh ở nước khác.

- Trong đời sống thị trường, những hành vi cạnh tranh luôn được sáng tạo không ngừng về hình thức thể hiện và phương thức cạnh tranh, làm xuất hiện những thủ đoạn cạnh tranh không lành mạnh mới muôn màu, muôn vẻ và phát triển không ngừng. Vì vậy, phạm vi của khái niệm cạnh tranh không lành mạnh cũng phải luôn được bổ sung bởi sự nhận thức của con người về bản chất không lành mạnh của những hành vi mới phát sinh.

- Hiện nay, pháp luật cạnh tranh của các nước, các học thuyết liên quan đến cạnh tranh chưa đưa ra được những tiêu chuẩn chung về tính lành mạnh của hành vi cạnh tranh mà chỉ mới dựa vào việc phân tích các hậu quả của hành vi cạnh tranh đối với đời sống kinh tế, xã hội để xác định sự lành mạnh và mức độ biểu hiện của các hành vi đó. Theo sự thay đổi và phát triển của thị trường, nhận thức về mức độ ảnh hưởng của từng hành vi trên thị trường cũng thay đổi. Có những thời điểm nhất định, hành vi nào đó có thể sẽ là nguy hiểm cho xã hội, nhưng ở thời điểm khác lại không có điều kiện để gây hại cho đối thủ hoặc cho người tiêu dùng. Sự thay đổi đó đã làm cho phạm vi của khái niệm cạnh tranh không lành mạnh luôn biến đổi.

3

Hành vi gây thiệt hại, có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, doanh nghiệp khác và người tiêu dùng

Hành vi cạnh tranh không lành mạnh có đối tượng xâm hại cụ thể là lợi ích của Nhà nước, của các doanh nghiệp khác và người tiêu dùng. Bên cạnh đó, thiệt hại mà hành vi gây ra có thể là hiện thực (đã xảy ra) nhưng cũng có thể chỉ là tiềm năng (có căn cứ để xác định rằng hậu quả chắc chắn sẽ xảy ra nếu không ngăn chặn hành vi). Do đó, một số hành vi cạnh tranh không lành mạnh có cấu thành vật chất (thiệt hại là dấu hiệu bắt buộc) như dèm pha doanh nghiệp khác; một số hành vi có cấu thành hình thức (thiệt hại không là dấu hiệu bắt buộc mà có thể chỉ là sự suy đoán nếu hành vi tiếp tục được thực hiện), ví dụ hành vi quảng cáo không trung thực....

Đặc điểm về hậu quả của hành vi giúp cho chúng ta phân biệt dưới góc độ lý thuyết hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hành vi hạn chế cạnh tranh. Hành vi hạn chế cạnh tranh là những xử sự của doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp làm thay đổi một cách tiêu cực tình trạng cạnh tranh hoặc làm giảm tác dụng của cạnh tranh đối với thị trường. Hành vi hạn chế cạnh tranh có thể gây thiệt hại cho một, một số đối tượng cụ thể, song nghiêm trọng hơn là làm cản trở, làm suy giảm hoặc sai lệch cạnh tranh. Trong khi đó, hành vi cạnh tranh không lành mạnh chỉ gây thiệt hại cho các tổ chức, cá nhân kinh doanh khác hoặc cho người tiêu dùng, xâm hại đến trật tự quản lý cạnh tranh của nhà nước mà không cản trở, sai lệch hay làm giảm tình trạng cạnh tranh của thị trường. Vì vậy, cách thức và mức độ xử lý đối với hai loại hành vi này khác nhau.

Dưới góc độ lịch sử phát triển, những đặc điểm về hậu quả của hành vi cạnh tranh không lành mạnh thay đổi theo thời gian phụ thuộc vào nhận thức của con người về tính nguy hại và mức độ xâm hại của hành vi đó đối với lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ. Ở thời kỳ đầu tiên, pháp luật cạnh tranh chỉ nhằm chống lại các biểu hiện không lành mạnh xâm phạm lợi ích của đối thủ cạnh tranh theo quan niệm cạnh tranh phải là sự đối đầu giữa các đối thủ trên thị trường, vì vậy những hành vi xâm hại lợi ích người tiêu dùng không nằm trong khái niệm cạnh tranh không lành mạnh. Cùng với sự phát triển của nền kinh tế thị trường, những hành vi không lành mạnh được thực hiện với khách hàng (người tiêu dùng), tương chừng như không liên quan đến các đối thủ cạnh tranh nhưng thực tế cũng làm tổn hại và thậm chí phá vỡ trật tự và hệ thống cạnh tranh hiện hành¹⁵². Do đó, quan niệm về hành vi cạnh tranh không lành mạnh đã làm cho pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh mở rộng phạm vi sang cả những hành vi xâm hại lợi ích của khách hàng, của người tiêu dùng.

Hơn 20 năm phát triển thị trường của Việt Nam cho thấy cạnh tranh không lành mạnh đang diễn ra trong tất cả các ngành kinh tế. Ngoài khu vực độc quyền của các doanh nghiệp Nhà nước, ở các khu vực khác của thị trường Việt nam đã có sự tồn tại của cạnh tranh ở những mức độ nhất định. Trong bối cảnh thực hiện nền kinh tế thị trường, ở đâu có cạnh tranh, ở đó có cạnh tranh không lành mạnh. Các biểu hiện cạnh tranh không lành mạnh cũng diễn ra trên các thị trường hoá mỹ phẩm, nước giải khát và trong lĩnh vực quảng cáo, khuyến mại, mua bán.... Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh rất đa dạng và luôn thay đổi về hình thức thực hiện. Ví dụ trong lĩnh vực quảng cáo, có thể nghi ngờ tính trung thực của thông tin được cung cấp (về khả năng tăng cường trí thông minh của các loại thuốc dinh dưỡng, về tác động của các sản phẩm sữa cho trẻ em...), về sự so sánh của các doanh nghiệp kinh doanh hóa mỹ phẩm.

(152)Viện nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, sdd, tr 258.

II. HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH TRONG LUẬT CẠNH TRANH

1

Chỉ dẫn gây nhầm lẫn ⁽¹⁵³⁾

Chỉ dẫn gây nhầm lẫn bao gồm hai dạng vi phạm cụ thể sau đây: một là hành vi sử dụng chỉ dẫn chứa đựng thông tin gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì, chỉ dẫn địa lý... làm sai lệch nhận thức của khách hàng về hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích cạnh tranh; và hai là hành vi kinh doanh các sản phẩm có sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn.

Theo quy định nói trên, hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn có những đặc điểm sau đây:

1.1. Đối tượng của hành vi là các chỉ dẫn thương mại của sản phẩm

Luật Cạnh tranh không quy định khái niệm chỉ dẫn thương mại mà chỉ liệt kê một số đối tượng được coi là chỉ dẫn thương mại, bao gồm: tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì, chỉ dẫn địa lý và những dấu hiệu khác theo quy định của Chính phủ. Chỉ dẫn thương mại là cơ sở quan trọng để khách hàng nhận biết sản phẩm của một doanh nghiệp cụ thể và là những dấu hiệu để phân biệt chúng trong những sản phẩm cùng loại trên thị trường. Về giá trị kinh tế, các đối tượng nói trên là kết quả đầu tư của doanh nghiệp trong việc xây dựng danh tiếng cho sản phẩm của mình.

1.2. Về hình thức, hai hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn có cấu thành pháp lý khác nhau

Đối với hành vi sử dụng các chỉ dẫn chứa đựng những thông tin gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì, chỉ dẫn địa lý... làm sai lệch nhận thức của khách hàng về hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích cạnh tranh, doanh nghiệp được giả định vi phạm đã sử dụng các chỉ dẫn thương mại có nội dung trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn của doanh nghiệp khác để gây nhầm lẫn cho khách hàng. Như vậy, để xác định hành vi, cần phải làm rõ những vấn đề sau đây:

- Xác định chỉ dẫn bị vi phạm. Tùy từng vụ việc, chỉ dẫn bị vi phạm có thể là tên thương mại, bao bì, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, chỉ dẫn địa lý của sản phẩm, của doanh nghiệp đang được pháp luật bảo hộ.

- Việc sử dụng tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, bao bì, xuất xứ địa lý... của doanh nghiệp vi phạm đã *gây nhầm lẫn* cho khách hàng. Theo Luật Cạnh tranh, khả năng gây nhầm lẫn được hiểu là *khả năng làm sai lệch nhận thức của khách hàng* làm cho họ không phân biệt được đâu là sản phẩm *chính hiệu* và đâu là sản phẩm có sử dụng *chỉ dẫn gây nhầm lẫn*. Về hình thức, doanh nghiệp vi phạm đã sử dụng các chỉ dẫn giống hệt hoặc tương tự đến mức nhầm lẫn với chỉ dẫn của doanh nghiệp khác đang được bảo hộ. Khi các chỉ dẫn giống hệt nhau thì việc xác định sự nhầm lẫn sẽ

⁽¹⁵³⁾Điều 40 Luật Cạnh tranh

dễ dàng. Nhưng nếu các chỉ dẫn thương mại không hoàn toàn giống nhau, có nghĩa là vẫn tồn tại một mức độ khác biệt nhất định, thì pháp luật phải xác định sự khác biệt đến mức độ nào có thể gây nhầm lẫn và có thể không tạo ra sự nhầm lẫn. Về vấn đề này, Luật cạnh tranh vẫn chưa định lượng mức độ *sai số* có trong các thông tin của chỉ dẫn làm nên sự nhầm lẫn.

Còn hành vi kinh doanh sản phẩm có sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn thì chỉ áp dụng đối với những doanh nghiệp tham gia vào việc phân phối các sản phẩm có sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn.

1.3. Dưới góc độ kinh tế, hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn với doanh nghiệp khác luôn mang bản chất bóc lột

Khi sử dụng các thông tin làm cho khách hàng nhầm lẫn doanh nghiệp vi phạm đã có ý dựa dẫm vào danh tiếng của sản phẩm khác hoặc của doanh nghiệp khác để tiêu thụ sản phẩm của mình, đã *hưởng* thành quả đầu tư của người khác một cách bất chính. Dưới góc độ pháp lý, hành vi vi phạm đã xâm hại quyền được bảo hộ các thành quả đầu tư hợp pháp của doanh nghiệp. Trong cơ chế thị trường, sự cạnh tranh luôn là động lực thúc đẩy các nhà kinh doanh phải tìm mọi cách khẳng định vị trí của mình và của sản phẩm trong thói quen tiêu dùng của thị trường. Pháp luật và công quyền sẽ bảo vệ thành quả chính đáng của doanh nghiệp khi có sự xâm hại và có yêu cầu từ phía người bị thiệt hại. Dưới góc độ quyền lợi của người tiêu dùng, hành vi vi phạm với những thông tin gây nhầm lẫn, đã tác động trực tiếp đến ý thức của khách hàng, làm cho họ không thể lựa chọn đúng sản phẩm mong muốn đã xâm phạm đến quyền tự do lựa chọn của người tiêu dùng. Hành vi này thực sự nguy hại cho xã hội khi sản phẩm bị giả mạo các chỉ dẫn thương mại lại là sản phẩm kém chất lượng.

Trên thị trường Việt Nam hiện nay, những vi phạm kể trên đang được thực hiện công khai với nhiều thủ đoạn khác nhau. Có thể kể một số ví dụ: trong lĩnh vực nước giải khát, nhãn hiệu nước khoáng Lavie được giả mạo nhãn hiệu với các tên gọi thương mại na ná theo kiểu Laville, Leville, La vier...; Xe Wave của hãng Honda với kiểu dáng thanh lịch được nhiều người tiêu dùng ưa chuộng bị giả mạo với các loại xe Trung Quốc với hình dáng tương tự bằng các tên gọi như Waver, Weaser...; những giả mạo chỉ dẫn thương mại cũng không phải hiếm với những hàng hóa dán mác MADE IN JAPAN; MADE IN USA... nhưng thực chất chúng được sản xuất tại Trung Quốc hoặc tại ngay Việt Nam.

Có thể nêu lên một số hành vi chỉ dẫn gây nhầm lẫn: việc làm “nhái” các sản phẩm mỹ phẩm Camay, Pamolive, Zets, sau đến các sản phẩm nước ngọt, dược phẩm, khách sạn, nước uống tinh khiết. Nước khoáng Lavie đã có các anh em đồng hao như Lavile, Lavie, La vier, Lavige, La vise; nước khoáng Vital cũng tìm thấy anh em là Vilan. Bột giặt OMO có hai người anh em có tên gần giống và bao bì “y hệt” là bột giặt TOMOT và bột giặt Vi Mô... Một sản phẩm máy nông nghiệp của Công ty máy Nông nghiệp Miền Nam (Vikyno) đã bị làm nhái với tên gọi Vikjing, Vikno...

Trong lĩnh vực dược phẩm, các vụ việc như trên chiếm không dưới 30% tổng số các

vụ vi phạm với nhiều kiểu làm nhái (như nhái tên, mẫu mã, bao bì...). Ví dụ thuốc Decolgen của Công ty dược phẩm Philipines đã bị 7 loại thuốc như Decoagen, Debacongen, Devicongen nhái dưới dạng sử dụng tên thuốc na ná, ngoài ra mẫu mã viên thuốc cũng được dập hình thoi nổi giống hệt nhau. Cả Tiffi lẫn Panadol cũng gặp tình trạng tương tự. Năm 1995, đã xảy ra một vụ tranh chấp mẫu nhãn hiệu thuốc chữa bệnh trong nước Tranalar của Công ty Dược - Vật tư Trà Vinh và Trangalar của Công ty Dược Minh Hải (đã được đăng ký nhãn hiệu sản phẩm từ năm 1991). Bộ Y tế đã ra công văn xử lý cho đình chỉ, thu hồi toàn bộ lô thuốc Tranalar của Công ty Dược - Vật tư Trà Vinh vì có nhãn hiệu gây nhầm lẫn với nhãn hiệu thuốc Trangalar của Công ty Dược Minh Hải. Hợp tác xã Cửu Long (thành phố Hồ Chí Minh) sản xuất thuốc đánh răng nhãn hiệu Colligate, làm nhái sản phẩm của Colgate. Công ty Colgate khởi kiện Hợp tác xã Cửu Long ra Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh và đã thắng kiện.

2

Hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh ⁽¹⁵⁴⁾

2.1. Khái niệm

Theo khoản 10 Điều 3 Luật Cạnh tranh, bí mật kinh doanh là thông tin có đủ các điều kiện sau đây:

- Không phải là hiểu biết thông thường;
- Có khả năng áp dụng trong kinh doanh và khi được sử dụng sẽ tạo cho người nắm giữ thông tin đó có lợi thế hơn so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng thông tin đó;
- Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để thông tin đó không bị tiết lộ và không dễ dàng tiếp cận được.

Bí mật kinh doanh không là kiểu dáng công nghiệp, giải pháp hữu ích, chỉ dẫn địa lý mà chỉ đơn thuần là những thông tin (không là hiểu biết thông thường) phát sinh trong kinh doanh; có giá trị sử dụng trong thực tế và đem lại lợi ích cho người nắm giữ hoặc người sử dụng; đang được chủ sở hữu bảo mật. Theo kinh nghiệm của các nước, khó có thể liệt kê những thông tin nào được coi là bí mật kinh doanh và không có cơ chế đăng ký quyền sở hữu đối với bí mật kinh doanh. Các thông tin về nguồn nguyên liệu, nguồn khách hàng tiềm năng,... đều có thể là bí mật kinh doanh của doanh nghiệp.

Sự bất lực trong việc liệt kê các đối tượng bí mật kinh doanh gây khó khăn cho việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến đối tượng này khi xác định tính chất bí mật của thông tin, quyết định chính xác mức độ vi phạm. Khi xây dựng Luật Cạnh tranh, đã có ý kiến cho rằng cần đăng ký bí mật kinh doanh giống như đăng ký các đối tượng thuộc quyền sở hữu công nghiệp hoặc sở hữu trí tuệ để được bảo hộ bởi luật cạnh tranh. Song, cơ chế đăng ký bảo hộ đòi hỏi phải được công bố công khai, rộng rãi cho mọi chủ thể được biết để không vi phạm. Do đó, nếu áp dụng cơ chế này đối với bí mật

⁽¹⁵⁴⁾Điều 41 Luật Cạnh tranh

kinh doanh sẽ làm cho bí mật của doanh nghiệp mau chóng trở thành *không bí mật* và sự bảo mật trở thành *vô nghĩa*. Vì lẽ đó, Luật Cạnh tranh đặt ra yêu cầu *tự bảo mật* của chủ sở hữu.

Luật Cạnh tranh bảo vệ quyền lợi của chủ sở hữu bí mật bằng cách trừng phạt người có hành vi xâm phạm các thông tin thuộc bí mật kinh doanh. Do đó, chỉ khi có hành vi vi phạm, cơ quan có thẩm quyền mới xác định tính bí mật kinh doanh của đối tượng bị xâm phạm theo nguyên tắc chủ sở hữu có nghĩa vụ chứng minh các thông tin đã bị xâm phạm thỏa mãn ba dấu hiệu của bí mật kinh doanh được quy định trong Luật cạnh tranh.

2.2. Các hành vi vi phạm bí mật kinh doanh

Luật Cạnh tranh quy định bốn tình huống vi phạm bí mật kinh doanh của người khác. Từ bốn tình huống này, có thể xác định thành ba nhóm hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh:

a. Hành vi tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh là việc doanh nghiệp tìm cách có được các thông tin thuộc bí mật kinh doanh của doanh nghiệp khác một cách bất chính

Để cấu thành hành vi này, người ta cần xác định hai điều kiện cơ bản sau đây:

- Doanh nghiệp vi phạm đang nỗ lực *tiếp xúc* hoặc *góp nhặt* những thông tin thuộc bí mật kinh doanh của người khác.

- Việc tiếp cận, thu thập thông tin là bất chính, không lành mạnh. Tính chất bất chính của hành vi được thể hiện thông qua phương cách mà doanh nghiệp sử dụng để *tiếp cận, thu thập bí mật kinh doanh*. Theo đó, việc tiếp cận, thu thập bí mật kinh doanh bị coi là bất chính khi người thực hiện hành vi đã:

- + Chống lại các biện pháp bảo mật của người sở hữu hợp pháp bí mật kinh doanh đó;
- + Vi phạm hợp đồng bảo mật với chủ sở hữu của bí mật kinh doanh hoặc lừa gạt, lợi dụng lòng tin của người có nghĩa vụ bảo mật;
- + Vi phạm khi chủ sở hữu của bí mật kinh doanh làm thủ tục theo quy định của pháp luật liên quan đến kinh doanh, làm thủ tục lưu hành sản phẩm hoặc bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của cơ quan Nhà nước¹⁵⁵.

b. Tiết lộ thông tin thuộc bí mật kinh doanh

Theo Từ điển tiếng Việt, tiết lộ được diễn giải là *để cho người khác biết một việc phải giữ kín*¹⁵⁶. Để thực hiện hành vi, doanh nghiệp vi phạm đang có được, biết được bí mật kinh doanh của doanh nghiệp khác. Việc doanh nghiệp có được bí mật kinh doanh là hợp pháp, có nghĩa vụ phải bảo mật thông tin đó (ví dụ đã ký kết hợp đồng bảo mật với chủ sở hữu...). Biểu hiện của hành vi doanh nghiệp đã để cho người khác biết các thông tin thuộc bí mật kinh doanh của doanh nghiệp khác trong các tình huống sau đây:

- Không được phép của chủ sở hữu;
- Vi phạm hợp đồng bảo mật với chủ sở hữu của bí mật kinh doanh hoặc lừa gạt, lợi dụng lòng tin của người có nghĩa vụ bảo mật.

Theo Luật Cạnh tranh, cho dù với động cơ và mục đích gì, hành vi tiết lộ bí mật kinh

⁽¹⁵⁵⁾Điều 41 Luật Cạnh tranh.

⁽¹⁵⁶⁾Viện ngôn ngữ học, sdd.

doanh chỉ cần có đủ hai tình huống trên sẽ bị coi là cạnh tranh không lành mạnh.

c. Sử dụng bí mật kinh doanh của doanh nghiệp khác

Việc doanh nghiệp sử dụng bí mật kinh doanh của người khác cho hoạt động kinh doanh của mình bị coi là cạnh tranh không lành mạnh nếu thuộc một trong hai trường hợp sau:

- Không được phép của chủ sở hữu bí mật đó;
- Nhằm mục đích kinh doanh, xin giấy phép liên quan đến kinh doanh hoặc lưu hành sản phẩm. Trong trường hợp này, pháp luật không quan tâm đến nguồn gốc, tính hợp pháp của bí mật kinh doanh mà chỉ cần xác định tính không được phép của chủ sở hữu đối với việc sử dụng là đủ để kết luận về sự vi phạm.

3

Ép buộc trong kinh doanh ⁽¹⁵⁷⁾

Căn cứ Điều 42 Luật Cạnh tranh, “ép buộc trong kinh doanh là hành vi của doanh nghiệp bằng cách đe dọa hoặc cưỡng ép khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác để buộc họ không giao dịch hoặc ngừng giao dịch với doanh nghiệp đó”.

Theo khái niệm trên, hành vi ép buộc trong kinh doanh có cấu thành pháp lý bao gồm các yếu tố sau đây:

Một là, đối tượng của hành vi là khách hàng hoặc đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác. Từ dấu hiệu này, có thể thấy, bằng hành vi của mình doanh nghiệp vi phạm đã không trực tiếp giao tiếp với doanh nghiệp khác (đối thủ), mà tác động đến khách hàng hoặc đối tác của họ. Khách hàng, đối tác kinh doanh có thể là các tổ chức, cá nhân đang giao dịch hoặc sẽ giao dịch (khách hàng tiềm năng) của doanh nghiệp khác; có thể là người tiêu dùng hoặc tổ chức, cá nhân có giao dịch với doanh nghiệp bị xâm phạm.

Hai là, hình thức của hành vi là doanh nghiệp vi phạm dùng thủ đoạn đe dọa hoặc cưỡng ép những đối tượng trên để buộc họ không được giao dịch, ngừng giao dịch với doanh nghiệp khác. Dấu hiệu này được làm rõ từ những nội dung sau đây:

- Việc đe dọa hoặc cưỡng ép được thực hiện nhằm khống chế ý chí của khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác. Doanh nghiệp vi phạm có thể trực tiếp hoặc gián tiếp với vai trò tổ chức hoặc thuê mướn người khác thực hiện các thủ đoạn đe dọa, cưỡng ép các đối tượng trên. Phương thức đe dọa, cưỡng ép rất đa dạng và không giống nhau trong các vụ việc cụ thể.

- Yêu cầu được doanh nghiệp vi phạm đưa ra cho người bị đe dọa, bị cưỡng ép là không giao dịch hoặc ngừng giao dịch với doanh nghiệp khác. Yêu cầu này có thể được đặt ra công khai hoặc ẩn chứa trong thủ đoạn đe dọa, cưỡng ép để các đối tượng bị tác động phải ngầm hiểu. Như vậy, hành vi *ép buộc trong kinh doanh không bao gồm*

⁽¹⁵⁷⁾Điều 42 Luật Cạnh tranh

mục đích ép buộc người khác phải giao dịch với mình. Trong thực tế, đôi khi hai mục đích nói trên cùng tồn tại trong một vụ việc. Theo đó, mục đích buộc khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác không được giao dịch, không thực hiện giao dịch với họ là để những đối tượng bị ép buộc chỉ có thể giao dịch với mình. Với nội dung này, hành vi ép buộc trong kinh doanh phản ánh chiến lược ngăn cản hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác.

Ba là, sự không lành mạnh của hành vi được chứng minh bằng các hậu quả gây ra cho khách hàng (người tiêu dùng, đối tác của doanh nghiệp khác) và doanh nghiệp bị xâm hại:

- Với khách hàng, quyền lựa chọn của họ bị xâm phạm do bị ngăn trở, bị cưỡng ép mà không thể thiết lập được giao dịch, không tiếp tục thực hiện được giao dịch theo ý chí của mình. Quyền lựa chọn bị khống chế sẽ dẫn đến khả năng khách hàng phải giao dịch với doanh nghiệp vi phạm hoặc người được chỉ định. Dấu hiệu ép buộc khách hàng phải giao dịch với mình hoặc với người mà mình chỉ định khi điều tra về hành vi ép buộc không được đặt ra.

- Hành vi này mang bản chất côn đồ trong kinh doanh, có thể gây ra những xáo trộn trong xã hội, gây ảnh hưởng lớn đến trật tự an ninh của cộng đồng, là những dấu hiệu không lành mạnh trong đời sống kinh doanh đòi hỏi pháp luật và công quyền phải thẳng tay trừng trị.

- Với các doanh nghiệp khác, việc không thiết lập được, không thực hiện được những giao dịch của họ với khách hàng có thể làm cho tình hình kinh doanh bị ngăn trở, rối loạn. Mặc dù đối tượng của hành vi ép buộc trong kinh doanh là đối thủ cạnh tranh trực tiếp của doanh nghiệp vi phạm, song thủ đoạn cản trở khách hàng thiết lập, thực hiện giao dịch cũng đã làm cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác bị cản trở hoặc bị hạn chế.

4

Gièm pha doanh nghiệp khác

Gièm pha doanh nghiệp khác là hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp đưa ra thông tin không trung thực, gây ảnh hưởng xấu đến uy tín, tình trạng tài chính và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó.

Từ khái niệm trên, cấu thành pháp lý của hành vi gièm pha doanh nghiệp khác bao gồm các yếu tố sau đây:

Thứ nhất, hình thức của hành vi là việc trực tiếp hoặc gián tiếp đưa thông tin không trung thực về doanh nghiệp khác. Việc đưa thông tin có thể được thực hiện một cách trực tiếp từ doanh nghiệp vi phạm, hoặc gián tiếp thông qua các phương tiện truyền thông, báo chí. Doanh nghiệp vi phạm có thể thực hiện hành vi công khai hoặc không công khai. Nội dung của thông tin về doanh nghiệp khác được đưa ra rất đa dạng như

các thông tin về chất lượng sản phẩm, tình hình tài chính, uy tín và đạo đức của người quản lý, về cổ phiếu.... Những thông tin này tác động đến nhận thức và đánh giá của khách hàng về sản phẩm, về tình hình kinh doanh của doanh nghiệp khác. Qua đó, khách hàng sẽ quyết định có hay không việc giao dịch hoặc tiếp tục giao dịch với doanh nghiệp bị gièm pha.

Doanh nghiệp vi phạm có thể là tác giả hoặc chỉ là người tuyên truyền những thông tin mà họ thu thập được những thông tin về doanh nghiệp khác. Vấn đề mà pháp luật quan tâm là tính trung thực (đúng hay sai so với thực tế) của thông tin. Nếu những thông tin được đưa ra là thông tin trung thực thì không cấu thành hành vi gièm pha bởi bằng hành vi của mình doanh nghiệp đã giúp cho người tiêu dùng, các thành viên khác của thương trường có cơ sở để giám sát doanh nghiệp và lựa chọn đúng đắn sản phẩm theo nhu cầu của họ. Ngược lại, sẽ là cạnh tranh không lành mạnh nếu những thông tin được đưa ra là không trung thực về doanh nghiệp khác. Trong trường hợp này, quyền được thông tin của khách hàng đã bị xâm phạm để qua đó các quyết định không giao dịch hoặc không tiếp tục giao dịch với doanh nghiệp bị gièm pha không còn đúng đắn.

Thứ hai, hậu quả của hành vi là gây ảnh hưởng xấu đến uy tín, tình trạng tài chính và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bị thông tin nói đến. Uy tín của doanh nghiệp phản ánh niềm tin và sự yêu thích của khách hàng đối với doanh nghiệp hoặc sản phẩm. Sự giảm sút uy tín của doanh nghiệp bị xâm hại thể hiện ở sự giảm sút một cách bất thường các giao dịch, doanh số bán ra, doanh thu của doanh nghiệp, số lượng khách hàng so với trước đó. Những ảnh hưởng xấu của hành vi gièm pha đối với tình hình tài chính và hoạt động kinh doanh thể hiện ở các số liệu kế toán thống kê, những biến động bất thường của tình hình tài chính, những sự kiện làm rối loạn hoạt động kinh doanh bình thường của doanh nghiệp.... Khi điều tra về hành vi gièm pha doanh nghiệp khác, hậu quả phải được xác định là hiện thực, tức là chúng phải xảy ra trong thực tế, doanh nghiệp bị gièm pha đã phải gánh chịu những bất lợi về uy tín, về tài chính và về tình hình kinh doanh do thông tin không trung thực gây ra. Đối với hành vi này, mọi sự *suy đoán* về hậu quả đều không được coi là cơ sở để kết luận về sự vi phạm.

Thị trường Việt Nam trong những năm qua đã xuất hiện nhiều dấu hiệu của hành vi gièm pha, được lưu truyền bằng các phương tiện thông tin đại chúng, các biện pháp như tin đồn, rỉ tai. Vụ việc về hành vi gièm pha Ngân hàng Cổ phần thương mại Á Châu (viết tắt là ACB) trong năm 2003, đầu tháng 10/2003, có tin đồn Ông Nguyễn Văn Thiệt - Giám đốc ACB bỏ trốn, sau đó nâng cấp thành ông giám đốc ACB đã bị bắt. Nhiều khách hàng của ACB đã đến các điểm giao dịch của ngân hàng này để rút tiền gửi. Để chế ngự được tin đồn thất thiệt, ACB phối hợp cùng với Ngân hàng Nhà nước giải quyết mọi yêu cầu rút tiền của khách hàng và trấn an dư luận. Theo Báo cáo của Giám đốc Ngân hàng Nhà nước tại thành phố Hồ Chí Minh Trần Ngọc Minh ngày 14/10/2003, hành vi tung tin đồn nhằm nói trên đã xâm hại nghiêm trọng đến uy tín của ACB, gây tâm lý hoang mang cho rất nhiều khách hàng và làm ảnh hưởng đến cả hệ thống ngân hàng trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh¹⁵⁸. Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh

⁽¹⁵⁸⁾Trích từ thông tin trên trang website www.vnexpress.net, ngày 14/10/2003.

đã ra thông báo khẳng định thông tin về vụ việc của Ngân hàng ACB là tin đồn thất thiệt có tính chất phá hoại an ninh tiền tệ và an ninh kinh tế, làm ảnh hưởng đến an ninh chính trị trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh. Cho đến nay, hậu quả của sự việc đã được giải quyết rõ ràng, nhưng các cơ quan chức năng vẫn chưa đưa ra ánh sáng người đã tung tin đồn cho khách hàng của ACB và mục đích của họ¹⁵⁹.

5

Hành vi gây rối hoạt động kinh doanh của người khác

Gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác là hành vi của doanh nghiệp trực tiếp hoặc gián tiếp làm cản trở hoặc gián đoạn hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác.

Nếu so sánh với hành vi gièm pha trong kinh doanh hoặc ép buộc trong kinh doanh thì hành vi gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác cũng là một dạng biểu hiện trong chiến lược cản trở hoặc gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác như hai hành vi nói trên. Chúng đều có thể do doanh nghiệp vi phạm thực hiện một cách trực tiếp hoặc gián tiếp. Sự khác nhau giữa các hành vi chỉ là ở phương tiện, thủ đoạn được doanh nghiệp vi phạm sử dụng. Nếu hành vi gièm pha sử dụng thông tin không trung thực về doanh nghiệp bằng cách thức truyền miệng công khai, không công khai hoặc thông qua các phương tiện truyền thông...; hành vi ép buộc trong kinh doanh sử dụng các thủ đoạn mang tính côn đồ đối với khách hàng của doanh nghiệp khác, thì hành vi gây rối hoạt động kinh doanh sử dụng bất kỳ thủ đoạn nào khác (luật không thể liệt kê) ngoài những thủ đoạn nói trên để làm cản trở gián đoạn hoạt động kinh doanh của người khác. Như vậy, pháp luật không quy định về hình thức cũng như những phương tiện, công cụ được sử dụng trong hành vi gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác. Căn cứ pháp lý duy nhất của hành vi này được quy định là:

- Tình hình kinh doanh của họ bị gián đoạn hoặc bị cản trở, và
- Hậu quả này đã xảy ra trên thực tế.

Vụ việc tranh chấp giữa hai công ty Taxi Thu Hương và V20 tại Hà Nội là một ví dụ cho hành vi gây rối hoạt động kinh doanh của người khác. Năm 2001, Taxi V20 có 124 đầu xe, chiếm 5% số xe taxi của Hà Nội, nhưng đã chiếm 30-40% thị phần vận chuyển hành khách bằng taxi của Hà Nội do giá cả và cung cách phục vụ hợp lý. Tuy nhiên, từ đầu tháng 10/2001, Trung tâm điều khiển vô tuyến điện của V20 bị tê liệt do một dải tần chèn phá và Trung tâm kiểm soát tần số khu vực I đã phát hiện một số đài phát sóng lạ trên địa bàn Hà Nội, có vị trí phát sóng thường xuyên thay đổi, gây nhiễu, phá liên lạc của hãng Taxi V20. Ngày 19/10, Trung tâm kiểm soát tần số khu vực I đã xác định được 2 vị trí phát sóng vô tuyến điện gây nhiễu vô tuyến điện trên cột ăngten (tại 25 Láng Hạ, Đống Đa, trụ sở của Công ty xe Du lịch Hà Nội) và tại nhà số 5, phố Tây

⁽¹⁵⁹⁾Thông tin về vụ việc được lấy từ website www.tuoiitre.com.vn ngày 14/10/2003.

Sơn, Đồng Đa (trụ sở Công ty Thương mại và Du lịch Hoàn Thắng, chủ sở hữu Taxi Thu Hương). Đêm 22/10 Lực lượng cảnh sát điều tra đã cùng các cán bộ Trung tâm kiểm soát tần số khu vực I phát hiện tại trụ sở của hãng Taxi Thu Hương 5 thiết bị phát sóng, khuếch đại gây nhiễu loạn hệ thống thông tin của Taxi V20. Chủ nhân của các thiết bị cũng là chủ hãng Taxi Thu Hương đã thừa nhận sai phạm¹⁶⁰. Hành vi gây rối nói trên đã làm cho gần 10.000 cuộc gọi của khách hàng gọi tới V20 không thể thực hiện, gây thiệt hại trên dưới 300 triệu đồng trong 10 ngày thực hiện việc phá hoại, gây những tổn hại về uy tín của Taxi V20 trước khách hàng.

6

Hành vi quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh ⁽¹⁶¹⁾

Là một biện pháp nâng cao khả năng cạnh tranh để thu hút khách hàng, chiếm lĩnh thị trường, quảng cáo hàng hoá, dịch vụ, “việc chủ thể kinh doanh giới thiệu đến người tiêu dùng về hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ”¹⁶², giúp các doanh nghiệp giới thiệu sản phẩm đến với khách hàng một cách nhanh chóng. Đối với người tiêu dùng, hoạt động quảng cáo cung cấp cho người tiêu dùng những thông tin cơ bản về tình hình thị trường, về hàng hoá, dịch vụ nhằm nâng cao khả năng lựa chọn của họ đối với các sản phẩm trên thị trường. Với ý nghĩa đó, hoạt động quảng cáo thực sự có vai trò quan trọng đối với sự phát triển của nền kinh tế và của các doanh nghiệp.

Các doanh nghiệp thực hiện việc *quảng cáo* thông qua sản phẩm quảng cáo (những thông tin bằng hình ảnh, hành động, âm thanh, tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng... chứa đựng nội dung quảng cáo) và những phương tiện rất đa dạng để đưa sản phẩm quảng cáo đến với khách hàng (phương tiện thông tin đại chúng, phương tiện truyền tin, các xuất bản phẩm, các loại băng, biển, panô, áp phích...).

Hiện nay, các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh hành vi quảng cáo gồm có Luật Cạnh tranh, Luật Thương mại năm 2005, Pháp lệnh Quảng cáo, Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 hướng dẫn thi hành Pháp lệnh Quảng cáo... Trong các văn bản pháp luật này cũng có đề cập đến hành vi quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh. Theo Luật Cạnh tranh, những hành vi quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh bao gồm:

6.1. So sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác

Quảng cáo so sánh là việc khi thực hiện quảng cáo, doanh nghiệp đã đưa ra những thông tin có nội dung so sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác. Lý luận cạnh tranh phân chia hành vi quảng cáo so sánh thành nhiều mức độ khác nhau như sau:

- Quảng cáo so sánh bằng là hình thức so sánh cho rằng sản phẩm của mình có

⁽¹⁶⁰⁾ www.vnexpress.net ngày 24/10/2001.

⁽¹⁶¹⁾ Điều 45 Luật Cạnh tranh.

⁽¹⁶²⁾ Điều 4 Pháp lệnh Quảng cáo 16/11/2001.

chất lượng, có cung cách phục vụ hoặc tính năng giống như sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác;

- Quảng cáo so sánh hơn là hình thức quảng cáo cho rằng sản phẩm của người quảng cáo có chất lượng tốt hơn, cung cách phục vụ, hình thức,... tốt hơn sản phẩm của doanh nghiệp khác;

- Quảng cáo so sánh nhất là hình thức quảng cáo khẳng định vị trí số một của sản phẩm của mình trên thị trường bằng cách cho rằng chất lượng, mẫu mã, phương thức cung ứng... của mình là tốt nhất hoặc khẳng định rằng không có bất cứ sản phẩm cùng loại nào trên thị trường có được những tiêu chuẩn nói trên như sản phẩm của mình. Tùy từng mức độ so sánh và tính chất trung thực của thông tin mà khả năng xâm hại cho đối thủ và cho khách hàng sẽ là khác nhau.

Luật Cạnh tranh năm 2004 ngăn cấm mọi hành vi quảng cáo so sánh mà không phân biệt giữa so sánh bằng, so sánh hơn và so sánh nhất. Hành vi quảng cáo bị coi là quảng cáo so sánh nhằm cạnh tranh không lành mạnh khi thỏa mãn hai dấu hiệu sau đây:

Một là, sản phẩm quảng cáo đã đưa ra những thông tin khẳng định sản phẩm được quảng cáo có các điều kiện thương mại như chất lượng, mẫu mã, số lượng, giá cả, điều kiện mua bán... ngang bằng, tốt hơn hoặc tốt nhất so với các sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác. Như vậy, các thông tin trong sản phẩm quảng cáo không chỉ nói về sản phẩm được quảng cáo mà còn đề cập đến sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác (sản phẩm bị so sánh), khẳng định sản phẩm được quảng cáo có chất lượng, mẫu mã, cung cách phục vụ... ngang bằng hoặc tốt hơn sản phẩm bị so sánh. Thông tin so sánh có thể đúng hoặc không đúng. Với hành vi quảng cáo so sánh, những thông tin so sánh đúng hoặc không đúng đều là cạnh tranh không lành mạnh. Trong dấu hiệu này, có hai nội dung cần xác định sau đây:

- Sản phẩm được quảng cáo và sản phẩm bị so sánh phải là những sản phẩm cùng loại. Các sản phẩm chỉ có thể được coi là cạnh tranh với nhau khi chúng cùng loại và các thông tin trong quảng cáo khi nói đến hai sản phẩm cùng loại của hai doanh nghiệp khác nhau thì mới là so sánh. Ngược lại, một sản phẩm quảng cáo đưa ra những thông tin nói về hai loại hàng hoá, dịch vụ không cùng loại thì hành vi ấy được kinh tế học coi là quảng cáo liên kết chứ không phải là so sánh. ví dụ, quảng cáo về sản phẩm bột giặt ô mô có sử dụng nước xả vải hương Downy.... Các sản phẩm cùng loại với nhau khi chúng phục vụ cho cùng một nhu cầu sử dụng.

- Sản phẩm bị so sánh phải là sản phẩm do doanh nghiệp khác sản xuất hoặc kinh doanh. Nếu nội dung quảng cáo so sánh các sản phẩm cùng loại do doanh nghiệp thực hiện việc quảng cáo kinh doanh như : so sánh sản phẩm mới và sản phẩm trước đây để cho khách hàng thấy được tính năng của sản phẩm mới thì việc quảng cáo đó không coi là quảng cáo so sánh.

Hai là, hành vi quảng cáo so sánh phải là so sánh *trực tiếp* với sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác. Các thông tin quảng cáo sẽ là *so sánh trực tiếp* nếu những hình ảnh, màu sắc, tiếng nói, chữ viết... được sử dụng trong sản phẩm quảng cáo đủ để người tiếp nhận thông tin xác định được sản phẩm bị so sánh. Trong thực tế, nhiều

doanh nghiệp đã gọi tên sản phẩm cạnh tranh, doanh nghiệp cạnh tranh khi thực hiện quảng cáo so sánh, song cũng có trường hợp doanh nghiệp chỉ sử dụng hình ảnh, tên gọi chung chung về sản phẩm khác để so sánh. Nếu những hình ảnh, màu sắc, tiếng nói... cho thấy đặc trưng riêng có của sản phẩm bị so sánh mà không cần gọi tên cụ thể cũng cấu thành việc so sánh trực tiếp. Với dấu hiệu này, có nhiều khả năng sau đây sẽ xảy ra trong việc so sánh:

- So sánh trực tiếp (còn gọi là xâm phạm trực tiếp đến đối thủ cụ thể) có thể là việc doanh nghiệp vi phạm điểm mặt, chỉ tên sản phẩm và doanh nghiệp cụ thể mà nó muốn so sánh đến. Các trường hợp quảng cáo so sánh với những thông tin chung chung như so sánh độ tẩy trắng của bột giặt Tide với bột giặt thường, hoặc hình ảnh so sánh nước xả vải Downy với hình ảnh mờ mờ của loại nước xả vải khác nhưng không xác định cụ thể là sản phẩm nào, của ai có thể sẽ không bị coi là vi phạm;

- Sự so sánh sẽ là trực tiếp nếu như những thông tin đưa ra làm cho khách hàng có khả năng xác định được loại sản phẩm, nhóm doanh nghiệp bị so sánh mà không cần phải gọi tên các doanh nghiệp cụ thể nào. Có thể lấy vụ dụ về trường hợp liên quan đến công ty sản xuất nệm mút Kymdan. Ngày 17/7/2003, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã công bố quyết định số 20/HĐTP-DS ngày 23/6/2003 về vụ án ba Công ty Vạn Thành, Ưu Việt và Anh Dũng kiện công ty cổ phần cao su Sài Gòn - Kymdan, yêu cầu công ty cao su Sài Gòn - Kymdan chấm dứt hành vi quảng cáo và xin lỗi công khai. Vụ việc xoay quanh việc công ty Kymdan không sản xuất hai loại nệm lò xo và nệm mút xóp nhưng khi quảng cáo trên báo đã so sánh chất lượng nệm do công ty này sản xuất với chất lượng hai loại nệm mút xóp và nệm lò xo của các doanh nghiệp khác (trong đó có các công ty đã khởi kiện nói trên). Hội đồng thẩm phán đã kết luận là hành vi quảng cáo của công ty Kymdan là vi phạm pháp luật và buộc công ty này phải có trách nhiệm xin lỗi công khai hai công ty Vạn Thành và Ưu Việt về nội dung quảng cáo gây hiểu lầm nói trên và phải cải chính nội dung quảng cáo đó trên báo chí¹⁶³. Trong ví dụ này, công ty Kymdan không gọi tên đối thủ cạnh tranh, song với các thông tin trong sản phẩm quảng cáo, người tiêu dùng có thể xác định sản phẩm bị so sánh là sản phẩm nệm lò xo. Sản phẩm nệm lò xo và sản phẩm nệm mút Kymdan là những sản phẩm cùng loại.

Quảng cáo so sánh là hành vi cạnh tranh không lành mạnh bởi những lý do sau đây:

- Việc quảng cáo bằng cách so sánh trực tiếp với hàng hóa, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác đã vượt quá giới hạn cho phép và nhiệm vụ của hoạt động quảng cáo. Quảng cáo là việc doanh nghiệp giới thiệu về sản phẩm để xúc tiến việc tiêu thụ sản phẩm nên những thông tin được đưa ra phải là những thông tin về hàng hoá, dịch vụ của doanh nghiệp thực hiện quảng cáo. Mọi hành vi dùng thông tin về sản phẩm cùng loại của người khác để tạo ấn tượng, đề cao sản phẩm của mình đều đi ngược lại bản chất của việc quảng cáo.

- Sự so sánh thể hiện mong muốn dựa dẫm vào sản phẩm của người khác, nhất là những sản phẩm nổi tiếng. Ví dụ như quảng cáo cho rằng sản phẩm được quảng cáo có chất lượng không thua gì một sản phẩm quen thuộc đối với người tiêu dùng hoặc

⁽¹⁶³⁾Xem Thời Báo kinh tế Việt Nam ngày 21/7/2003.

một sản phẩm rất nổi tiếng trên thị trường nhằm đề cao vị thế của mình, hạ thấp uy tín của sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác trên thị trường liên quan. Pháp lệnh Quảng cáo cũng có quy định tương tự về hành vi quảng cáo so sánh.

6.2. Bắt chước sản phẩm quảng cáo để gây nhầm lẫn cho khách hàng

Sản phẩm quảng cáo là những thông tin bằng hình ảnh, hành động, âm thanh, tiếng nói, chữ viết, biểu tượng, màu sắc, ánh sáng... chứa đựng nội dung quảng cáo, được trình bày thông qua các phương tiện thông tin đại chúng, pano, áp phích... để đưa các thông tin mà nó chứa đựng đến với khách hàng. Sự hấp dẫn của cách thức trình bày và nội dung trong sản phẩm quảng cáo quyết định mức độ thu hút của nó đối với khách hàng làm cho mục đích quảng cáo sẽ đạt được hiệu quả. Bên cạnh nâng cao năng lực cạnh tranh qua giá cả, qua chất lượng, việc cạnh tranh qua hoạt động quảng cáo diễn ra rất quyết liệt đòi hỏi các sản phẩm quảng cáo của các doanh nghiệp ngày càng đa dạng, hấp dẫn và có quy mô đầu tư ngày càng lớn. Chi phí dành cho quảng cáo trong cơ cấu chi phí kinh doanh của doanh nghiệp cũng chiếm một tỷ lệ không nhỏ. Sự lựa chọn ngày càng khắt khe của người tiêu dùng trong môi trường cạnh tranh đa thông tin và đa phương tiện đã buộc mọi doanh nghiệp phải biết cách xây dựng chiến lược đầu tư để tạo ra các sản phẩm quảng cáo độc đáo, ấn tượng đối với khách hàng.

Trước tình hình đó, xuất hiện nhiều toan tính không lành mạnh bằng cách bắt chước sản phẩm quảng cáo của người khác nhằm gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng. Bắt chước sản phẩm quảng cáo là việc dùng các thông tin, hình ảnh, âm nhạc, màu sắc, chữ viết... giống với sản phẩm của doanh nghiệp khác đã công bố trước đó với mục đích gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng về nguồn gốc xuất xứ, về chất lượng... của sản phẩm được quảng cáo. Luật Cạnh tranh không thể xác định cụ thể mức độ *bắt chước* của *sản phẩm quảng cáo nhái* so với *sản phẩm quảng cáo bị nhái* để có thể gây nhầm lẫn cho khách hàng. Tùy thuộc vào từng trường hợp cụ thể, cơ quan thực thi pháp luật sẽ xác định căn cứ vào tình hình cụ thể của sự việc và của thị trường. Về vấn đề này, Pháp lệnh quảng cáo cấm doanh nghiệp thực hiện việc quảng cáo *gây nhầm lẫn với cơ sở sản xuất kinh doanh hàng hoá, dịch vụ của người khác*.

6.3. Quảng cáo đưa thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng

Luật Cạnh tranh cấm doanh nghiệp thực hiện hành vi “đưa thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng trong hoạt động quảng cáo về một trong các nội dung sau: giá, số lượng, chất lượng công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, ngày sản xuất, thời hạn sử dụng, xuất xứ hàng hoá, người sản xuất, nơi sản xuất, người gia công, nơi gia công; cách thức sử dụng, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành; và các nội dung gian dối hoặc gây nhầm lẫn khác”¹⁶⁴.

Các thông tin về giá, số lượng, chất lượng, công dụng, kiểu dáng, chủng loại... được liệt kê trong Luật Cạnh tranh là những thông tin có ý nghĩa quan trọng tác động đến sự lựa chọn của khách hàng đối với sản phẩm quảng cáo. Các thông tin bị sai lệch sẽ làm cho sự lựa chọn sẽ không chính xác. Hành vi gian dối trong quảng cáo bằng cách làm

⁽¹⁶⁴⁾Khoản 3 Điều 46 Luật Cạnh tranh.

sai lệch nhận thức, gây nhầm lẫn trong ý thức lựa chọn của khách hàng đều là không lành mạnh. Pháp luật cạnh tranh và pháp luật chuyên ngành trong lĩnh vực quảng cáo quy định ngăn cấm việc quảng cáo gian dối. Căn cứ Khoản 3 Điều 46 Luật Cạnh tranh, hành vi này có hai cấp độ vi phạm: đầu tiên là quảng cáo gian dối. Cụ thể, đó là việc doanh nghiệp cung cấp các thông tin quảng cáo về giá, số lượng, chất lượng... sai sự thật khách quan. Với cấp độ này, để xác định hành vi, cơ quan có thẩm quyền chỉ cần đối chiếu nội dung của thông tin quảng cáo với thực tế khách quan. Tiếp đó là quảng cáo đưa thông tin nhằm lẫn. Cụ thể là việc doanh nghiệp cung cấp những thông tin có khả năng gây nhầm lẫn cho khách hàng về giá, số lượng, chất lượng, công dụng của sản phẩm.... Trong trường hợp này, thông tin quảng cáo chưa là gian dối, song lại có thể làm cho khách hàng hiểu không chính xác về nội dung quảng cáo với điều kiện khách hàng đang trong trạng thái bình thường.

Để xác định sự gian dối trong hành vi quảng cáo, cần có quy trình thẩm định thông tin một cách khoa học và trung thực. Phải phân tích, so sánh tính đúng đắn của những thông số kinh tế - kỹ thuật liên quan đến giá, sản phẩm.

Trên thị trường Việt Nam hiện nay, việc kiểm soát tính trung thực của các thông tin về quảng cáo một cách qua loa, chiếu lệ đã làm cho người tiêu dùng cảm thấy loại hàng hoá nào cũng tốt nhất trái với thực tế khi sử dụng hàng hoá không.

7

Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh ⁽¹⁶⁵⁾

Sự hiểu kỳ và hám lợi của con người (nhất là khi họ lại là người tiêu dùng) được các nhà kinh doanh khai thác thông qua hoạt động quảng cáo và khuyến mại nhằm xúc tiến việc tiêu thụ sản phẩm của mình. Quảng cáo là hình thức thoả mãn tính hiếu kỳ bằng thông tin đưa ra cho thị trường, khuyến mại là việc dùng lợi ích vật chất để khuyến khích mua hàng. Người tiêu dùng khi mua hàng hoá, dịch vụ của doanh nghiệp có khuyến mại sẽ được dành cho những lợi ích vật chất nhất định trước hoặc sau khi mua hàng¹⁶⁶ ngoài giá trị sử dụng của hàng hoá, dịch vụ. Các hình thức khuyến mại bao gồm việc đưa hàng mẫu để khách hàng dùng thử mà không phải trả tiền; việc tặng hàng hoá, cung ứng dịch vụ không lấy tiền; việc bán hàng với giá thấp hơn giá bình thường trước đó; việc tổ chức các giải thưởng.v.v.

Để điều chỉnh hoạt động khuyến mại, Luật Thương mại năm 2005 quy định về hình thức, chủ thể và cách thức tổ chức hoạt động khuyến mại của thương nhân. Dưới góc độ của lý thuyết cạnh tranh, là một trong những cách thức thu hút, tranh giành và tạo thói quen tiêu dùng cho khách hàng bằng những chiến dịch, khuyến mại có thể làm xuất hiện nhiều khả năng tranh giành một cách không lành mạnh. Theo quy định của Luật Cạnh tranh, những hành vi khuyến mại sau đây sẽ bị coi là cạnh tranh không lành mạnh:

- *Tổ chức khuyến mại mà gian dối về giải thưởng.* Hành vi này xảy ra khi doanh

⁽¹⁶⁵⁾Điều 46 Luật Cạnh tranh.

⁽¹⁶⁶⁾Trường ĐH Luật Hà nội, Giáo trình Luật thương mại (NXB Công an nhân dân, 2001), tr 288.

nghiệp thực hiện khuyến mại bằng hình thức tổ chức giải thưởng nhưng đã không thực hiện hoặc thực hiện không đúng giải thưởng đã công bố trước đó.

- *Khuyến mại không trung thực hoặc gây nhầm lẫn về hàng hoá, dịch vụ để lừa dối khách hàng.* Trong trường hợp này, hoạt động khuyến mại được doanh nghiệp sử dụng làm công cụ để làm cho khách hàng bị nhầm lẫn về hàng hoá, dịch vụ. Ví dụ, doanh nghiệp tặng hàng mẫu cho khách hàng dùng thử với chất lượng cao hơn so với hàng hóa đang được bán trên thị trường.

Hai hành vi này được thực hiện với thủ đoạn đưa những thông tin gian dối về giải thưởng, không trung thực về hàng hoá, dịch vụ hoặc gây nhầm lẫn để lừa dối người tiêu dùng. Bản chất lừa dối của hành vi khuyến mại khác với sự lừa dối trong quảng cáo ở chỗ, quảng cáo lừa dối là việc doanh nghiệp không trung thực khi đưa ra các thông tin trực tiếp về giá, số lượng, chất lượng... của hàng hoá, dịch vụ được quảng cáo, trong khi đó, lừa dối trong khuyến mại là việc các doanh nghiệp đã không trung thực về các lợi ích mà khách hàng sẽ được hưởng hoặc dùng các lợi ích đó để tạo ra sự nhận thức sai lệch về hàng hoá, dịch vụ của khách hàng. Những hành vi như tổ chức và công bố công khai về giải thưởng song không có giải thưởng hoặc giải thưởng không đúng với những gì đã công bố; hành vi tổ chức khuyến mại bằng cách đưa hàng mẫu cho khách hàng dùng thử với chất lượng cao cấp hơn nhiều so với hàng hóa được dùng để mua bán hàng làm cho khách hàng bị nhầm lẫn về chất lượng hàng hóa đều bị coi là cạnh tranh không lành mạnh.

- Phân biệt đối xử với khách hàng như nhau tại các địa bàn tổ chức khuyến mại khác nhau trong cùng một chương trình khuyến mại. Căn cứ vào quy định này, có những yếu tố sau đây cấu thành nên hành vi vi phạm:

+ Doanh nghiệp tổ chức khuyến mại trong một khu vực bao gồm nhiều địa bàn khác nhau (doanh nghiệp có thể chia khu vực khuyến mại thành các địa bàn theo khu vực địa lý, theo tiêu chuẩn thành thị, nông thôn hoặc theo nhóm khách hàng...);

+ Khách hàng ở các địa bàn trên phải đáp ứng các điều kiện như nhau để được tham gia vào chương trình khuyến mại (ví dụ khách hàng cần có số lượng hàng hóa tiêu thụ giống nhau...);

+ Doanh nghiệp đã áp dụng cơ cấu lợi ích khác nhau theo địa bàn. Do đó, dù đáp ứng các điều kiện như nhau nhưng các khách hàng ở các địa bàn khác nhau được hưởng lợi ích khuyến mại không giống nhau. Ví dụ cùng điều kiện là có đủ 3 nắp chai bia, các khách hàng ở nông thôn và ở thành thị sẽ có cơ hội trúng những giải thưởng với giá trị khác nhau. Hành vi này bị coi là cạnh tranh không lành mạnh bởi đã phân biệt đối xử với khách hàng. Về nguyên tắc, khi khách hàng đáp ứng đủ những điều kiện mà doanh nghiệp đặt ra và các điều kiện là như nhau thì họ có vị trí như nhau trước doanh nghiệp. Một khi điều kiện giống nhau nhưng lợi ích được thụ hưởng khác nhau thì doanh nghiệp thực hiện việc khuyến mại đã có thái độ đối xử không công bằng đối với khách hàng. Việc quy định hành vi phân biệt đối xử với khách hàng là cạnh tranh không lành mạnh cho thấy pháp luật cạnh tranh không chỉ bảo vệ tổ chức, cá nhân kinh doanh mà còn có vai trò quan trọng trong việc bảo vệ quyền lợi của người tiêu

dùng. Tuy nhiên, trong quy định về hành vi này, pháp luật chưa làm rõ yếu tố *như nhau* của khách hàng khi tham gia khuyến mại.

- Tặng hàng hoá cho khách hàng dùng thử nhưng lại yêu cầu khách hàng đổi hàng hoá cùng loại do doanh nghiệp khác sản xuất mà khách hàng đó đang sử dụng để dùng hàng hoá của mình¹⁶⁷. Đề cấu thành hành vi vi phạm, cần xác định các yếu tố sau đây:

+ Hình thức khuyến mại là tặng hàng hóa cho khách hàng dùng thử;

+ Để được tặng hàng hóa, khách hàng phải chấp nhận đổi hàng hóa cùng loại do doanh nghiệp khác sản xuất mà họ đang sử dụng.

Với điều kiện này, đối tượng được tham gia khuyến mại chỉ là các khách hàng đang giao dịch, đang sử dụng hàng hóa của đối thủ cạnh tranh. Nói cách khác, doanh nghiệp đã trực diện lôi kéo khách hàng đang tiêu thụ sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác bằng cách tặng hàng hóa cho họ dùng thử với mong muốn khách hàng thay đổi thói quen tiêu dùng. Hành vi này bị coi là một dạng không lành mạnh bởi nó được thực hiện nhằm xoá bỏ một cách không chính đáng thói quen tiêu dùng của khách hàng đối với sản phẩm của doanh nghiệp khác. Khi tham gia thị trường các doanh nghiệp được quyền tác động đến nhu cầu của khách hàng bằng cách dành lợi ích vật chất, cung cấp các thông tin về sản phẩm của mình để khách hàng có thể lựa chọn chúng trong vô số các sản phẩm cùng loại khác. Trước rất nhiều sản phẩm cùng loại có khả năng đáp ứng cho cùng một nhu cầu, doanh nghiệp chỉ có thể *làm nổi bật* sản phẩm của mình trước khách hàng để cạnh tranh.

Trong khuyến mại không lành mạnh việc tặng hàng hoá cho khách hàng dùng thử nhưng lại yêu cầu khách hàng đổi hàng hoá cùng loại do doanh nghiệp khác sản xuất mà khách hàng đó đang sử dụng để dùng hàng hoá của mình là toan tính nhằm xoá bỏ hình ảnh của doanh nghiệp khác trong thói quen tiêu dùng đã có của khách hàng để tạo thói quen tiêu dùng mới đối với sản phẩm của mình. Trong thực tiễn, đã có những doanh nghiệp tổ chức chương trình khuyến mại tặng những gói sản phẩm bột nêm với khối lượng 250g cho khách hàng với điều kiện khách hàng phải cung cấp cho doanh nghiệp ít nhất là hai vỏ bao bột nêm do doanh nghiệp khác sản xuất. Có thể nói, đây là vụ việc điển hình cho chiến lược xoá bỏ sản phẩm của doanh nghiệp khác trong nhu cầu tiêu dùng của khách hàng.

8

Phân biệt đối xử trong hiệp hội ⁽¹⁶⁸⁾

Việc thành lập các hiệp hội nhằm liên kết giữa các doanh nghiệp độc lập trong ngành hoặc nghề là nhu cầu phát triển tất yếu của nền kinh tế hiện đại, sẽ tạo ra những sức mạnh chung để hỗ trợ phát triển kỹ thuật, phát triển thị trường và đầu tư trong ngành, nghề đó. Tuy nhiên, hoạt động của các hiệp hội có thể dẫn đến những biểu hiện tiêu cực do sự chi phối của các thế lực trong hiệp hội đó. Luật Cạnh tranh quy định

⁽¹⁶⁷⁾Điều 46 Luật Cạnh tranh.

⁽¹⁶⁸⁾Điều 7 Luật Cạnh tranh.

các hành vi cạnh tranh không lành mạnh của Hiệp hội ngành, nghề bao gồm:

8.1. Từ chối doanh nghiệp có đủ điều kiện gia nhập hoặc rút khỏi hiệp hội nếu việc từ chối đó mang tính phân biệt đối xử và làm cho doanh nghiệp đó bị bất lợi trong cạnh tranh

Tuy chỉ là những tổ chức xã hội nghề nghiệp của các doanh nghiệp độc lập, là đại diện cho ngành, nghề trên thị trường liên quan, các hiệp hội có ý nghĩa rất quan trọng đối với các doanh nghiệp thành viên và chưa phải thành viên hoạt động trong ngành, nghề đó. Việc từ chối nhu cầu gia nhập hoặc rút khỏi hiệp hội làm cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng bất lợi trong kinh doanh, đôi khi còn buộc họ phải rời bỏ thị trường. Việc gia nhập, rút khỏi hiệp hội là quyền tự do của doanh nghiệp và việc xem xét kết nạp doanh nghiệp là quyền của hiệp hội đó.

Theo quy định của Luật Cạnh tranh, việc từ chối một doanh nghiệp có nhu cầu gia nhập hoặc rút khỏi thị trường sẽ là cạnh tranh không lành mạnh trong các trường hợp sau đây:

Một, các doanh nghiệp đủ điều kiện để được gia nhập hoặc rút khỏi hiệp hội theo quy định của Pháp luật, quy chế của hiệp hội;

Hai, sự từ chối mang tính phân biệt đối xử. Điều đó có nghĩa là, với cùng một điều kiện, hiệp hội đã giải quyết cho doanh nghiệp nào đó gia nhập hoặc rút khỏi hiệp hội, song lại từ chối đối với một hoặc một số doanh nghiệp khác;

Ba, sự từ chối của hiệp hội đã làm cho doanh nghiệp bị từ chối lâm vào tình trạng bất lợi trong cạnh tranh, có thể làm cho doanh nghiệp gặp khó khăn trong kinh doanh hoặc chắc chắn sẽ gây ra các khó khăn đó nếu không kịp thời ngăn chặn. Những bất lợi mà doanh nghiệp bị từ chối gặp phải có thể là nguồn nguyên liệu cho hoạt động kinh doanh, nguồn tiêu thụ sản phẩm, phạm vi thị trường bị thu hẹp....

8.2. Hạn chế bất hợp lý đối với hoạt động kinh doanh hoặc các hoạt động khác có liên quan tới mục đích kinh doanh của các thành viên

Là tổ chức xã hội nghề nghiệp của các doanh nghiệp để hỗ trợ cho các thành viên trong việc đào tạo nhân lực, tìm kiếm thị trường, là đại diện cho ngành nghề trong các sinh hoạt chính trị, xã hội hoặc tham gia các cuộc tranh tụng trong các vụ việc liên quan đến thương mại quốc tế, các hiệp hội không có vai trò như một tập đoàn kinh tế hoặc các tổng công ty trong việc điều phối hoạt động kinh doanh của các thành viên trực thuộc. Sự liên kết và phối hợp của các thành viên hoàn toàn là tự nguyện, không có các dấu hiệu của quản lý hành chính - kinh tế trong mối quan hệ giữa hiệp hội và thành viên. Vì vậy, sự hạn chế bất hợp lý đối với hoạt động kinh doanh hoặc các hoạt động khác có liên quan tới mục đích kinh doanh của các thành viên từ phía hiệp hội là trái với tôn chỉ và chức năng của hiệp hội đẩy những doanh nghiệp bị hạn chế vào tình trạng bất lợi trong kinh doanh và cạnh tranh.

Bán hàng đa cấp bất chính

9.1. Khái niệm bán hàng đa cấp

Theo Luật Cạnh tranh, bán hàng đa cấp được hiểu là phương thức tiếp thị để bán lẻ hàng hoá đáp ứng được các yêu cầu sau đây:

- Việc tiếp thị để bán lẻ hàng hoá được thực hiện thông qua mạng lưới người tham gia bán hàng đa cấp gồm nhiều cấp, nhiều nhánh khác nhau;
- Hàng hoá được người tham gia bán hàng đa cấp tiếp thị trực tiếp cho người tiêu dùng tại nơi ở, nơi làm việc của người tiêu dùng hoặc địa điểm khác không phải là địa điểm bán lẻ thường xuyên của doanh nghiệp hoặc của người tham gia;
- Người tham gia bán hàng đa cấp được hưởng tiền hoa hồng, tiền thưởng hoặc lợi ích kinh tế khác từ kết quả tiếp thị bán hàng của mình và của người tham gia bán hàng đa cấp cấp dưới do mình tổ chức và mạng lưới đó được doanh nghiệp bán hàng đa cấp chấp thuận¹⁶⁹.

9.2. Những nét đặc trưng của bán hàng đa cấp

Từ quy định trên, bán hàng đa cấp có những nét đặc trưng sau đây:

a. Bán hàng đa cấp là phương thức tiếp thị để bán lẻ hàng hoá¹⁷⁰, được xem xét ở hai nội dung:

- Với phương thức bán lẻ hàng hoá thông qua mạng lưới tiếp thị, doanh nghiệp tổ chức bán hàng đa cấp thiết lập mối quan hệ mua bán sản phẩm trực tiếp với người tiêu dùng cuối cùng mà không cần đầu tư thành lập, duy trì mạng lưới phân phối dưới dạng cửa hàng giới thiệu sản phẩm, các đại lý phân phối. Người tiêu dùng có cơ hội mua được sản phẩm từ gốc sản xuất, tránh những rủi ro có thể phát sinh trong quá trình phân phối (như nạn hàng giả, giá cả không trung thực). Doanh nghiệp bán hàng đa cấp có thể là doanh nghiệp sản xuất hàng hóa trực tiếp tiếp thị và bán lẻ bằng phương thức đa cấp hoặc là các doanh nghiệp phân phối hàng hóa do doanh nghiệp khác sản xuất.

Bán hàng đa cấp chỉ xảy ra trong thị trường hàng hoá. Theo Luật Cạnh tranh và Nghị định số 110/2005/NĐ-CP ngày 24/8/2005 quy định về quản lý đối với bán hàng đa cấp (Nghị định số 110/2005/NĐ-CP), đối tượng áp dụng của hành vi bán hàng đa cấp là thị trường hàng hoá chứ không phải là thị trường dịch vụ. Khi bán hàng đa cấp được hiểu như *phương thức tiếp thị để tiêu thụ*, thì hoạt động *tiếp thị để cung ứng* trong thị trường dịch vụ không phải là bán hàng đa cấp. Các hoạt động của mạng lưới tiếp thị bảo hiểm không phải là bán hàng đa cấp, không thuộc đối tượng điều chỉnh của Điều 48 Luật Cạnh tranh.

b. Doanh nghiệp bán hàng đa cấp tiếp thị hàng hoá thông qua những người tham gia được tổ chức ở nhiều cấp khác nhau

⁽¹⁶⁹⁾Xem Khoản 11 điều 3 Luật cạnh tranh và điều 3 Nghị định số 110/2005/NĐ-CP.

⁽¹⁷⁰⁾Xem thêm điều 5 Nghị định số 110/2005/NĐ-CP.

Khi phân tích về tổ chức của mạng lưới đa cấp, cần phải làm rõ một số nội dung sau đây:

- Người tham gia bán hàng đa cấp là những cộng tác viên trong việc tiếp thị, bán lẻ hàng hoá (được gọi với những tên như đại lý, nhà phân phối độc lập, trực tiêu viên.v.v.) trực tiếp cho người tiêu dùng mà không nhân danh doanh nghiệp. Như vậy, không phải là người trực tiếp thiết lập quan hệ với người tiêu dùng, doanh nghiệp thực hiện việc giới thiệu và bán lẻ thông qua mạng lưới người tham gia, cũng có quan hệ độc lập với khách hàng. Do người tham gia bán hàng đa cấp không là nhân viên của mình, nên doanh nghiệp không phải chịu trách nhiệm trước khách hàng tiêu thụ sản phẩm về hành vi của người tham gia, mà chỉ chịu trách nhiệm trong giới hạn phạm vi chất lượng sản phẩm và các thông tin liên quan đến sản phẩm do họ cung cấp.

- Khi tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp, người tham gia không phải là các đại lý phân phối theo quy định của Luật Thương mại, không thuộc các cửa hàng tiêu thụ sản phẩm do doanh nghiệp thành lập. Luật Cạnh tranh quy định người tham gia tiếp thị hàng hoá tại nơi ở, nơi làm việc của người tiêu dùng mà không phải là địa điểm bán lẻ thường xuyên của doanh nghiệp hay của người tham gia. Do trực tiếp gặp gỡ người tiêu dùng để giới thiệu và bán lẻ sản phẩm, người tham gia không phải đăng ký kinh doanh khi tham gia bán hàng đa cấp.

- Người tham gia được tổ chức thành những cấp khác nhau theo phương thức: mỗi người tham gia tổ chức một mạng lưới phân phối mới, khi được doanh nghiệp chấp nhận; số người tham gia ở cấp sau luôn nhiều hơn so với cấp trước nó. làm cho phương thức kinh doanh này tạo ra một hệ thống phân phối theo hình tháp. Trong quan hệ nội bộ, người tham gia ở cấp trên có vai trò tổ chức và điều hành hoạt động của những người trong mạng lưới cấp dưới.

c. Người tham gia được hưởng tiền hoa hồng, tiền thưởng, lợi ích kinh tế khác¹⁷¹ từ kết quả bán hàng của mình và của người tham gia khác trong mạng lưới do họ tổ chức ra

Cách thức phân chia lợi ích như trên vừa kích thích người tham gia tích cực tiêu thụ hàng hoá, vừa kích thích họ tích cực tạo lập hệ thống phân phối cấp dưới¹⁷².

Bán hàng đa cấp có thể đem lại nhiều lợi ích thiết thực cho người tiêu dùng như: mua hàng trực tiếp từ nhà sản xuất, tránh được nạn hàng giả, hàng kém chất lượng. Đối với doanh nghiệp, bán hàng đa cấp tiết kiệm được chi phí quảng cáo, cắt giảm được hàng loạt các chi phí khác như chi phí thuê mặt bằng trưng bày, chi phí vận chuyển; mặt khác do mạng lưới phân phối để đưa hàng hoá trực tiếp đến người tiêu dùng tạo nhiều thuận lợi cho quảng bá hàng hoá một cách trực tiếp và hữu hiệu. Bên cạnh đó, tạo ra nhiều việc làm cho xã hội do phương thức kinh doanh này không giới hạn số lượng người tham gia.

9.3. Tính không lành mạnh của hành vi bán hàng đa cấp bất chính

a. Quản lý việc bán hàng đa cấp

Không lên án phương thức bán hàng đa cấp, pháp luật chỉ coi bán hàng đa cấp là

⁽¹⁷¹⁾Lợi ích kinh tế khác có thể là nhà ở, phương tiện đi lại, các chuyến du lịch...

⁽¹⁷²⁾Ở các nước, pháp luật của họ không chế sô cấp phân phối để người tham gia đầu tiên được chia lợi ích từ các cấp dưới là cấp 5 hoặc cấp 6.

đối tượng của pháp luật cạnh tranh khi thuộc những trường hợp bị coi là bất chính.

Tại Việt Nam, về thái độ của Nhà nước và pháp luật đối với bán hàng đa cấp, có nhiều quan điểm khác nhau. Có quan điểm cho rằng “cần cấm các hình thức bán hàng đa cấp” cho rằng nó có quá nhiều khuyết tật, đem lại những hậu quả về kinh tế xã hội. Cũng lại có quan điểm rằng “cần quản lý bán hàng đa cấp”. Theo quan điểm thứ hai thì bán hàng đa cấp chỉ là cách thức được doanh nghiệp sử dụng để tiêu thụ hàng hoá, nên pháp luật cần xây dựng cơ chế kiểm soát hợp lý, đảm bảo cho nó tồn tại, phát huy hiệu quả và hạn chế các khuyết tật¹⁷³.

Trong quan điểm “cần quản lý bán hàng đa cấp”, cũng có những ý kiến khác nhau về lĩnh vực pháp luật điều chỉnh loại hành vi này. Có ý kiến coi bán hàng đa cấp như một hành vi thương mại, thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật thương mại. Phản đối ý kiến này, nhiều người cho rằng bán hàng đa cấp không phải là một dạng hoạt động kinh doanh mà chỉ là một phương thức tổ chức tiêu thụ sản phẩm, không thể được coi là hành vi thương mại (giống như các hành vi quảng cáo, khuyến mại, đại lý hay đại diện thương mại.v.v). Nhiều người cho rằng cần có một văn bản pháp luật riêng về hoạt động quản lý Nhà nước đối với bán hàng đa cấp; các biểu hiện không lành mạnh sẽ được điều chỉnh theo pháp luật cạnh tranh. Như vậy, ý kiến này đòi hỏi nhiệm vụ phối hợp giữa pháp luật quản lý hành chính về bán hàng đa cấp với pháp luật cạnh tranh - một bộ phận pháp luật đặc thù của kinh tế thị trường, theo đó Pháp luật quản lý hành chính về bán hàng đa cấp xác định thủ tục đăng ký, cơ chế kiểm soát hoạt động bán hàng đa cấp, quyền và nghĩa vụ của những chủ thể có liên quan.v.v. Theo quan điểm này, hệ thống truyền tiêu đa cấp là cách thức đặc thù để xây dựng mạng lưới tiếp thị và tiêu thụ sản phẩm, là một thủ pháp cạnh tranh trong kinh doanh, nhằm tạo lập vị thế cạnh tranh của mình trên thương trường. Hành vi thiết lập hoặc vận hành hệ thống bán hàng đa cấp ẩn chứa trong mình nó những toan tính thiết lập một mạng lưới phân phối ảo xâm phạm đến lợi ích của những người tham gia, của người tiêu dùng và của các doanh nghiệp khác, được chính sách cạnh tranh coi là không lành mạnh, cần phải được cấm đoán và trừng phạt nhằm bảo vệ trật tự và sự lành mạnh trong thị trường cạnh tranh. Có nhiều quốc gia coi một số hành vi kinh doanh đa cấp là bất chính, thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Cạnh tranh (Luật Thương mại lành mạnh của Đài Loan¹⁷⁴, Luật Cạnh tranh của Canada....).

b. Về bán hàng đa cấp bất chính

Theo Luật Cạnh tranh, việc bán hàng đa cấp bị coi là bất chính khi hội đủ hai điều kiện sau đây:

Một là, thực hiện một trong các hành vi mà luật liệt kê. Các hành vi được liệt kê bao gồm:

- Yêu cầu người tham gia phải đặt cọc, phải mua một số lượng hàng hoá ban đầu hoặc phải trả một khoản tiền để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;
- Không cam kết mua lại với mức giá ít nhất là 90% giá hàng hoá đã bán cho người tham gia để bán lại;
- Cho người tham gia nhận tiền hoa hồng, tiền thưởng, lợi ích kinh tế khác chủ yếu

⁽¹⁷³⁾Các ý kiến này được đăng tải trên website www.laodong.com.vn các số 359 ngày 25/12/2003 và số 53 ngày 22/2/2004.

⁽¹⁷⁴⁾Ngoài các quy định tại Điều 21, 23, 24, 41, 42 Luật thương mại lành mạnh, Đài Loan còn ban hành Bản quy định giám sát bán hàng đa cấp - văn bản pháp luật riêng để quản lý hoạt động kinh doanh đa cấp.

từ việc dụ dỗ người khác tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;

- Cung cấp thông tin gian dối về lợi ích của việc tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp, thông tin sai lệch về tính chất, công dụng của hàng hoá để dụ dỗ người khác tham gia¹⁷⁵.

Dấu hiệu khách quan, vật chất của hành vi bán hàng đa cấp bất chính là việc thực hiện một trong bốn hành vi trên.

Hai là, nhằm thu lợi bất chính từ việc tuyển dụng người tham gia mạng lưới.

Dấu hiệu chủ quan của hành vi bán hàng đa cấp bất chính là mục đích thu lợi bất chính mà doanh nghiệp bán hàng đa cấp mong muốn thụ hưởng. Luật Cạnh tranh của chúng ta đã sử dụng đồng thời cả hai dấu hiệu này để làm cơ sở cấu thành hành vi vi phạm. Dưới góc độ so sánh, Luật Cạnh tranh có những quy định khá tương đồng¹⁷⁶ với các nước trong việc mô tả dấu hiệu khách quan của hành vi bán hàng đa cấp bất chính¹⁷⁷. Khi quy định dấu hiệu chủ quan về tính *bất chính* của sự vi phạm, pháp luật của Việt Nam xác định mục đích của các hành vi vi phạm là *nhằm thu lợi bất chính*. Trong khi đó, pháp luật của Canada, Đài Loan.v.v. tập trung phân tích bản chất gian dối của hành vi vi phạm thể hiện ở các thủ đoạn gian dối của doanh nghiệp khi đưa ra thông tin về:

- Lợi ích mà những người đang tham gia được hưởng,

- Lợi ích sẽ được hưởng khi tham gia vào mạng lưới, để từ đó thiết lập được hệ thống phân phối đa cấp¹⁷⁸.

c. Mục đích của bán hàng đa cấp bất chính

Mặc dù đạo luật đã xác định tương đối rõ ràng về hành vi vi phạm và bản chất bất chính của nó, song Luật Cạnh tranh lại chưa làm rõ được nội hàm của “*nhằm thu lợi bất chính từ việc tuyển dụng người tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp*”. Có một số vấn đề cần bình luận về mục đích thu lợi bất chính:

Một là, mục đích thu lợi thuộc phạm trù chủ quan, là một trong hai căn cứ pháp lý để kết luận có hay không có sự vi phạm, pháp luật đưa ra những dấu hiệu pháp lý cụ thể, rõ ràng, khách quan và thống nhất để tránh sự suy đoán thi về mục đích của hành vi và sự tùy tiện của người thực khi áp dụng pháp luật, làm sai lệch hiệu quả của pháp luật.

Hai là, về mục đích thu lợi, Luật Cạnh tranh chỉ “*cấm thực hiện những hành vi sau đây nhằm thu lợi bất chính từ việc tuyển dụng người tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp...*” mà chưa làm rõ: Nếu đòi hỏi mục đích thu lợi đã đạt được, người điều tra vụ việc phải xác định chính xác, cụ thể các khoản lợi mà doanh nghiệp đã gặt hái được từ hành vi bất chính. Ngược lại, nếu không đòi hỏi mục đích đã hoàn thành, mà chỉ coi như là *ước mong* của doanh nghiệp khi thực hiện hành vi, thì pháp luật cũng cần phải có cơ sở xác thực để kết luận về mục đích của hành vi bởi mục đích chỉ tồn tại trong ý chí chủ quan của người vi phạm.

Ba là, về nguồn gốc của các khoản lợi bất chính, theo Luật Cạnh tranh nội dung các khoản lợi bất chính mà doanh nghiệp vi phạm có thể thu được từ việc tuyển dụng người tham gia mạng lưới đa cấp đã làm tối nghĩa quy định tại Điều 48 của Luật Cạnh tranh vì mỗi hành vi trong bốn hành vi vi phạm được luật dự liệu đều là nguồn gốc của những

(175)Điều 48 Luật Cạnh tranh.

(176)Nhóm tác giả chỉ sử dụng cụm từ khá tương đồng vì ở nhiều nước hành vi quảng cáo hay khuyến khích hệ thống đa cấp ảo cũng bị coi là bất chính.

(177)Có thể tham khảo Điều 55 và 55.1 Luật Cạnh tranh Canada.

(178)Xem thêm CIDA-Bộ Thương mại Việt nam, sđd, tr 95-96.

khoản lợi bất chính (như hành vi không cam kết mua lại với giá tối thiểu bằng 90% giá đã bán cho người tham gia; hành vi bắt đặt cọc một khoản tiền mới được tham gia, khoản tiền đặt cọc hoặc mức chênh lệch giữa giá đã bán và giá mua lại là những lợi ích mà doanh nghiệp thu được).

Bốn là, Luật Cạnh tranh chưa xác định được tính vật chất hay phi vật chất của các khoản lợi bất chính mà doanh nghiệp muốn thu được. Theo các hành vi vi phạm mà Điều 48 liệt kê, có trường hợp doanh nghiệp bán hàng đa cấp phải tổn tiền khi thực hiện hành vi (ví dụ như *cho người tham gia nhận hoa hồng, tiền thưởng, lợi ích vật chất khác chủ yếu từ việc dụ dỗ người khác tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp*). Nên việc xác định tính vật chất của các khoản lợi bất chính sẽ không đơn giản. Tuy nhiên, đối với lợi ích thu được ngoài vật chất, việc xác định mục đích bất chính để dẫn đến sự tùy tiện và suy đoán.

Năm là, tính bất chính của các khoản lợi ích, theo từ điển tiếng Việt, được hiểu là trái với đạo đức, không chính đáng¹⁷⁹. Tính trái đạo đức, không chính đáng cần phải căn cứ vào nguồn gốc của các khoản lợi thu được. Theo các hành vi mà điều Điều 48 Luật Cạnh tranh quy định, việc thực hiện hành vi vi phạm có thể đem lại cho doanh nghiệp những khoản lợi bất chính, từ nguồn gốc là những nghĩa vụ của người tham gia phải thực hiện, những thủ đoạn mà doanh nghiệp đã áp dụng khi xây dựng mạng lưới bán hàng đa cấp.

d. Xác định tính không lành mạnh của bán hàng đa cấp bất chính

Việc xác định sự không lành mạnh của hành vi cạnh tranh được căn cứ vào khả năng gây thiệt hại của nó đối với thị trường, đối với đời sống xã hội và bản chất trái đạo đức, tập quán kinh doanh hơn là khả năng thu lợi cho người thực hiện. Tự thân bốn hành vi bị cấm đoán đã bao hàm trong đó mục đích bất chính của người thực hiện. Chỉ cần thực hiện một trong bốn hành vi đã liệt kê tại điều 48 nói trên, doanh nghiệp đã bán hàng đa cấp bất chính. Không coi mục đích *thu lợi bất chính từ việc dụ dỗ tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp* là một căn cứ độc lập để xác định về sự vi phạm, Nghị định số 110/2005/NĐ-CP về quản lý bán hàng đa cấp sử dụng¹⁸⁰ đã quy định rõ các hành vi bị cấm đoán. Việc xác định tính không lành mạnh của bán hàng đa cấp bất chính phải dựa trên việc phân tích các biểu hiện của các hành vi vi phạm, nhất là các dấu hiệu về sự chiếm dụng vốn, dồn hàng cho người tham gia và lừa dối:

Một, bán hàng đa cấp bất chính được thực hiện nhằm chiếm dụng vốn của người tham gia

Luật Cạnh tranh quy định “*cấm doanh nghiệp yêu cầu người muốn tham gia phải đặt cọc hoặc phải trả một khoản tiền để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp*”. Hành vi này được xác định bằng các điều kiện mà doanh nghiệp đặt ra cho người muốn tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp. Theo đó, người muốn tham gia phải trả tiền hoặc phải đặt cọc một khoản tiền để được tham gia mạng lưới bán hàng. Cần phải xác định rằng pháp luật không cấm doanh nghiệp đặt ra điều kiện để chọn lọc người tham gia vào mạng lưới bán hàng nếu các điều kiện đó không phải là điều kiện trả tiền

⁽¹⁷⁹⁾Viện ngôn ngữ học, sdd, tr 47.

⁽¹⁸⁰⁾Xem Điều 7 Nghị định số 110/2005/NĐ-CP.



hay đặt cọc. Trong thực tế, các doanh nghiệp có thể đưa ra các tiêu chuẩn nhất định về kinh nghiệm, trình độ, ngoại hình... để chọn lọc những người có năng lực và điều kiện thực tế nhằm đáp ứng nhu cầu tiếp thị, bán hàng của mình. Chỉ khi các điều kiện được đặt ra là phải trả tiền hay đặt cọc một khoản tiền thì sẽ cấu thành hành vi vi phạm.

Theo các doanh nghiệp bán hàng đa cấp, các nghĩa vụ đặt cọc hay trả tiền của người tham gia là biện pháp bảo đảm an toàn, uy tín, bình đẳng trong kinh doanh, là sự ràng buộc vật chất để bảo đảm người tham gia phải tôn trọng uy tín của doanh nghiệp và của sản phẩm. Theo lý thuyết cạnh tranh, sự chiếm dụng của hành vi được lập luận qua các căn cứ sau đây:

- Người tham gia mạng đa cấp chỉ là người tiếp thị để bán lẻ sản phẩm giúp cho doanh nghiệp tiến hành tiếp thị sản phẩm đến với khách hàng. Doanh nghiệp không ký gửi hàng hoá cho người tham gia để bán dùm. Khi trực tiếp bán lẻ hàng hoá cho khách hàng, người tham gia phải thực hiện theo phương thức mua đi, bán lại để hưởng phần chênh lệch. Vì vậy, nghĩa vụ đặt cọc hay trả tiền cho việc tham gia là không có căn cứ;

- Bản chất của bán hàng đa cấp là người tham gia tiếp thị sản phẩm giúp doanh nghiệp, được hưởng lợi ích từ kết quả tiếp thị, bán hàng của mình và của mạng lưới do mình tổ chức ra. Quan hệ qua lại về lợi ích và nghĩa vụ giữa doanh nghiệp với người tham gia thực sự chỉ phát sinh khi người tham gia thực hiện việc tiếp thị sản phẩm. Việc gia nhập mạng lưới chưa đem lại cho người tham gia bất cứ lợi ích gì, nên chưa thể ràng buộc trách nhiệm vật chất đối với họ;

- Về bản chất, đặt cọc trong các giao dịch phát sinh trên thị trường là biện pháp bảo đảm vật chất mà các chủ thể phải thực hiện với nhau nhằm đảm bảo cho việc thực hiện một nghĩa vụ; việc trả tiền là nghĩa vụ thanh toán của một chủ thể cho việc được hưởng một lợi ích ngang giá. Vì vậy, việc doanh nghiệp buộc người muốn tham gia phải thực hiện các nghĩa vụ nói trên như một điều kiện để xem xét việc có được tham gia mạng lưới hay không là trái với bản chất của việc đặt cọc hay của nghĩa vụ trả tiền trong các thương vụ.

Từ các lý lẽ trên, những khoản tiền mà doanh nghiệp bán hàng đa cấp có được từ nghĩa vụ vô lý đã áp đặt cho người muốn tham gia phải thực hiện là những khoản tài chính bất chính mà doanh nghiệp đã *chiếm dụng* được.

Thí dụ về chiến lược chiếm dụng vốn trong bán hàng đa cấp là vụ việc của công ty TNHH Thế giới mới, trụ sở tại số 4 - B2 đường Nguyễn Chí Thanh - Hà Nội. Theo phương thức kinh doanh của Công ty Thế giới mới (là công ty chuyên phân phối não bạch kim Melatonin và tảo xoắn Spirulina với tên gọi là “Thực phẩm bổ dưỡng”), những người muốn tham gia vào hệ thống kinh doanh đa cấp phải đặt một khoản tiền cọc với sự phân biệt giữa các vùng, miền trên cả nước (tùy theo mức độ hấp dẫn và phát triển của thị trường) mới có quyền tham gia. Những người tham gia ở các tỉnh phía Nam phải đặt 240 USD, còn ở phía Bắc 120 USD tiền đặt cọc mới được cấp giấy ủy quyền làm đại lý trong một năm cùng với 3 hộp thực phẩm bổ dưỡng đi tiếp thị, mở rộng thị trường của doanh nghiệp. Hợp đồng được thực hiện theo 9 đợt, mỗi đợt kéo dài 10 ngày. Sau

6 kỳ nộp tiền, người tham gia sẽ được thưởng ở kỳ thứ bảy 33 USD; nếu giới thiệu được hai đại lý mới sẽ được thưởng 36 USD, số tiền thưởng mỗi năm sẽ tăng lên theo số đại lý mới và doanh thu do bán sản phẩm. Nếu hoàn thành các chỉ tiêu do công ty đề ra, ngoài việc nhận lại tiền đặt cọc người tham gia sẽ được thêm ít nhất 135 USD. Trong vòng 2 tháng kể từ ngày ký hợp đồng, nếu không tiêu thụ được sản phẩm người tham gia sẽ được công ty hoàn trả lại 120 USD ban đầu dưới dạng “kinh phí quảng cáo theo định kỳ” và được hưởng 3 sản phẩm đã được công ty giao ban đầu. Sau đó công ty sẽ chấm dứt hợp đồng¹⁸¹.

Với những thông tin hấp dẫn đó, Công ty Thế giới mới đã thiết lập được một hệ thống đại lý theo kiểu bán hàng đa cấp với hơn 4000 người tham gia và số tiền đặt cọc thu về là rất lớn (trong vòng 4 tháng hoạt động từ tháng 4/2002 đến tháng 8/2002). Sau đó, với lý do các chuyên gia Trung Quốc bỏ trốn, công ty Thế giới mới đã chấm dứt hoạt động và chiếm đoạt số tiền đặt cọc khổng lồ của những người tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp của nó. Để những người muốn tham gia đặt cọc hoặc trả một khoản tiền nhất định, doanh nghiệp bán hàng đa cấp thường đưa ra những lời chào hấp dẫn về thu nhập trong tương lai. Nếu bình tĩnh trước sự hấp dẫn của đồng tiền, doanh nghiệp không thể kham nổi với chi phí thưởng quá lớn dành cho người tham gia. Từ đó có thể thấy trước được khả năng lừa đảo để chiếm đoạt số tiền đặt cọc là rất cao.

Hai, các hành vi tổ chức mạng lưới hoặc tổ chức bán hàng hóa với mục đích dồn hàng cho người tham gia

Theo Luật Cạnh tranh, việc dồn hàng cho người tham gia được thực hiện thông qua các hành vi: doanh nghiệp bán hàng đa cấp yêu cầu người muốn tham gia phải mua một số lượng hàng hoá ban đầu để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp; hoặc không cam kết mua lại với mức giá ít nhất là 90% giá hàng hoá đã bán cho người tham gia để bán lại.

Bán hàng đa cấp là phương thức tiếp thị để bán lẻ sản phẩm đến tay người tiêu dùng, theo đó những người tham gia chỉ là người giúp doanh nghiệp tiếp thị và tiêu thụ sản phẩm, mà không phải là đại lý bao tiêu hay người tiêu thụ sản phẩm của doanh nghiệp. Hợp đồng tham gia bán hàng đa cấp có tính chất của hợp đồng hợp tác giữa doanh nghiệp và người tham gia. Người tham gia không phải là người tiêu dùng trong giao dịch này (trừ phi họ là người có nhu cầu tiêu thụ sản phẩm, khi đó, họ sẽ giao kết một thương vụ khác với doanh nghiệp). Trong quá trình tiếp thị, người tham gia tìm kiếm khách hàng, sau đó mua sản phẩm từ doanh nghiệp để bán lẻ cho người tiêu dùng với mong muốn được hưởng hoa hồng, tiền thưởng. Khi người tham gia không bán được hoặc bán không hết số sản phẩm đã mua, doanh nghiệp có nghĩa vụ phải mua lại với mức giá hợp lý để không gây thiệt hại quá lớn cho người tham gia. Mức hợp lý được xác định ít nhất bằng 90% giá đã bán cho người tham gia. Tỷ lệ tối đa 10% giá đã mua mà người tham gia phải chịu thiệt (nếu không bán được hàng hóa) được coi như khoản vật chất ràng buộc hồng thúc ép họ nỗ lực thực hiện nghĩa vụ tiếp thị đã thoả thuận trong hợp đồng. Hành vi buộc người muốn tham gia phải mua một lượng hàng nhất định ban đầu để được quyền tham gia bán hàng đa cấp, hoặc từ chối mua

⁽¹⁸¹⁾Các thông tin về vụ việc trên được lấy từ: <http://vnexpress.net/Vietnam/Phap-luat/2003/09/3B9CBC5C/>



lại sản phẩm hoặc mua với giá thấp hơn 90% giá đã bán là hành vi đi ngược lại bản chất và mục đích của hệ thống kinh doanh đa cấp lành mạnh. Lúc đó, doanh nghiệp bị coi là đã thực hiện hành vi dòn hàng cho người tham gia, biến họ trở thành người tiêu dùng bất đắc dĩ.

Vụ việc của công ty TNHH Thương mại Lô Hội là một minh chứng sống động cho trường hợp này. Theo Báo cáo kết luận kiểm tra của Sở thương mại TP. Hồ Chí Minh ngày 04/12/2003 về việc truyền tiêu đa cấp các loại thực phẩm dinh dưỡng và mỹ phẩm được nhập khẩu từ Hoa Kỳ của công ty Lô Hội, công ty yêu cầu người muốn tham gia phải mua một lượng hàng để được gia nhập vào hệ thống truyền tiêu đa cấp, người tiêu dùng đã phải bỏ số tiền lớn để mua giá trị ảo quá cao so với giá trị thật của sản phẩm và cũng chính những người này tham gia vào mạng lưới tuyên truyền sản phẩm. Kinh doanh theo mạng trong trường hợp này đã tạo ra một tầng lớp dịch vụ ảo, làm cho người tham gia trước hưởng hoa hồng của người tham gia sau, gây hậu quả nặng nề cho xã hội không chỉ về mặt kinh tế, làm cho hàng chục ngàn người hưởng hoa hồng lẫn nhau trên giá trị ảo¹⁸²....

Ba, bán hàng đa cấp bất chính nhằm lôi kéo, dụ dỗ người tham gia.

Luật Cạnh tranh quy định cấm doanh nghiệp không được thực hiện hành vi cho người tham gia được nhận tiền hoa hồng, tiền thưởng, lợi ích kinh tế khác chủ yếu từ việc giới thiệu người khác tham gia vào mạng lưới bán hàng đa cấp. Theo hệ thống bán hàng đa cấp truyền thống, những người tham gia được hưởng hoa hồng, tiền thưởng hoặc các lợi ích kinh tế khác từ hai nguồn sau đây:

- Từ kết quả tiếp thị, bán lẻ sản phẩm của họ;
- Từ kết quả tiếp thị, bán hàng hóa của người tham gia bán hàng đa cấp cấp dưới trong mạng lưới do họ đã xây dựng và bảo trợ trong một phạm vi nhất định (có một giới hạn về cấp nhất định)¹⁸³.

Điều này đã giúp cho doanh nghiệp đồng thời đạt được hai mục đích: kích thích người tham gia nỗ lực tiếp thị và bán hàng hóa; thúc đẩy người tham gia xây dựng, tổ chức và vận hành mạng lưới cấp dưới có năng lực và hoạt động hiệu quả.

Khi đem lại cho người tham gia những lợi ích chủ yếu từ việc giới thiệu những người tham gia mới mà không từ kết quả tiếp thị và bán hàng của họ, hệ thống bán hàng đa cấp bị coi là không bình thường. Bởi lẽ, với lợi ích được hưởng, người tham gia sẽ chỉ chú trọng đến việc dụ dỗ người khác tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp mà không nỗ lực tiến hành các hoạt động tiếp thị và bán hàng hóa. Với hành vi này, khi thiết lập mạng bán hàng đa cấp, doanh nghiệp dường như đã không quan tâm đến việc tiếp thị và tiêu thụ hàng hóa mà chỉ tìm cách tổ chức mạng lưới đa cấp. Đương nhiên, mạng lưới đa cấp này không được pháp luật thừa nhận, các khoản chi để thành lập mạng đa cấp là rất lớn trong khi thu nhập từ việc bán hàng hóa là không đáng kể. Mặt khác, nếu bán hàng đa cấp truyền thống luôn khống chế một giới hạn cấp tham gia nhất định được hưởng hoa hồng, tiền thưởng và thường là mức hoa hồng sẽ giảm dần theo cấp tham gia (vì số lượng thể hệ có hạn cho nên người tham gia càng chậm, càng xa vị trí của người cầm đầu thì mức lợi ích được hưởng càng ít và phần lợi ích thu được từ

⁽¹⁸²⁾Báo cáo số 4283/BC-TM-TTr của Sở Thương mại trình
Thường trực Ủy ban nhân dân TP. HCM ngày 04/12/2003, tr 5.
⁽¹⁸³⁾ Xem khoản 11 Điều 3 Luật Cạnh tranh.

doanh số bán hàng phải chia cho những cấp ở tầng trên). Khi hệ thống bán hàng đa cấp dành lợi ích không từ hiệu quả tiếp thị hoặc doanh thu bán lẻ mà từ việc giới thiệu người mới tham gia vào hệ thống thì doanh nghiệp sẽ không bao giờ không chế thể hệ, cấp bán hàng được hưởng hoa hồng, tiền thưởng. Số tiền doanh nghiệp phải trả cho người tham gia sẽ tăng dần theo cấp số gia tăng của số lượng người mới tham gia. Lúc này, nguy cơ xảy ra các cuộc khủng hoảng về tài chính cho doanh nghiệp, đe dọa lợi ích của xã hội, của những người tham gia là tất yếu. Do đó, các doanh nghiệp luôn tìm mọi cách để bù đắp khoản chi phí đã trả cho người tham gia, đặt ra những điều kiện về mức hàng hoá tối thiểu mà người muốn gia nhập phải mua hoặc đặt ra mức phí gia nhập đối với thành viên mới.

Bốn, bán hàng đa cấp bất chính mang tính lừa dối.

Luật Cạnh tranh “cấm doanh nghiệp bán hàng đa cấp cung cấp những thông tin gian dối về lợi ích của việc tham gia vào mạng lưới bán hàng đa cấp, thông tin sai lệch về tính chất, công dụng của hàng hoá để dụ dỗ, lôi kéo người khác tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp”.

Việc đưa ra các thông tin gian dối có thể nhằm mục đích sau đây:

- Dụ dỗ, lôi kéo người khác tham gia bằng cách tác động vào bản tính háo lợi của con người thông qua những thông tin về lợi ích của người tham gia đang được hưởng hoặc sẽ được hưởng nếu tham gia;

- Thúc đẩy việc tiêu thụ sản phẩm với những thông tin về tính chất công dụng gây ra sự nhầm lẫn để những người tham gia tiếp thị, bán hàng hoá cho người tiêu dùng. Sự lừa dối này không chỉ làm giảm uy tín của người tham gia trước người tiêu dùng mà còn đe dọa đến lợi ích chính đáng của khách hàng, của xã hội, nhất là khi những sản phẩm được tiêu thụ là sản phẩm kém chất lượng.

Các vụ việc có liên quan đến hành vi đưa thông tin gian dối trong bán hàng đa cấp chủ yếu tập trung vào các loại sản phẩm là thực phẩm và thuốc chữa bệnh - những sản phẩm ảnh hưởng trực tiếp đến tính mạng và sức khoẻ con người. Thí dụ điển hình là vụ việc những người tham gia mạng lưới truyền tiêu cho sản phẩm NONI của công ty Tahitian Noni International tuyên truyền và phổ biến các tài liệu về sản phẩm nước trái nhàu nhãn hiệu Noni, đã được giới truyền thông đề cập đến trong tháng 5,6 năm 2005. Theo đó: “cây nhàu được trồng ở đảo TAHITIAN cho trái rất tốt khác với trái nhàu ở những nơi khác vì nó được sống trong môi trường có mật độ dân số thấp và trong môi trường đất đen như ngọc trai, nước tốt, không khí trong lành. Với kết quả thử nghiệm của 16.000 người (trong đó có 160 người là bác sĩ) đã trực tiếp sử dụng thức uống dinh dưỡng TAHITIAN NONI kết quả tốt với 32 căn bệnh, trong đó có cả các bệnh nan y như ung thư, HIV, tiểu đường..., kết quả thấp nhất là 51% (với bệnh giảm đau)”¹⁸⁴. Những thông tin này chưa được bất cứ cơ quan hữu quan nào kiểm tra và xác định tính xác thực của nó, trong khi người dân vẫn sử dụng hòng mong chữa được bệnh tật của mình với quan niệm mang bệnh thì vái tứ phương.

Các cơ quan Nhà nước, dù còn nhiều lúng túng nhưng cũng đã xử lý được một số vụ việc về bán hàng đa cấp. Phần lớn các công ty bị xử lý đều có hành vi cung cấp

⁽¹⁸⁴⁾Các tác giả trích trực tiếp tài liệu được cung cấp từ người tham gia mạng lưới đa cấp của công ty.



thông tin gian dối cho khách hàng và cho người tham gia. Ví dụ, trong Quyết định xử phạt hành chính của Ủy ban nhân dân TP. Hồ Chí Minh đối với Công ty cổ phần Sinh lợi¹⁸⁵, đã kết luận: “Công ty cổ phần Sinh lợi đã có những chỉ dẫn bằng các thông tin sai lệch, thiếu trung thực, không đầy đủ cho khách hàng, người tiêu dùng...”. Trong báo cáo kết quả kiểm tra trình Thường trực Ủy ban nhân dân TP. Hồ Chí Minh đối với hoạt động bán hàng đa cấp của Công ty TNHH Âu Việt Á, Giám đốc Sở Thương mại khẳng định “công ty đã có hành vi lừa dối người tiêu dùng bằng các kiểu quảng cáo truyền miệng của mạng lưới cộng tác viên đồng đạo để giới thiệu, thổi phồng quá mức các sản phẩm của Vision chữa trị được nhiều bệnh...”¹⁸⁶.

Việc đưa thông tin gian dối trong bán hàng đa cấp đang diễn ra theo chiều hướng phức tạp, đa dạng về phương thức truyền bá thông tin. Mặt khác, đặc thù của tính truyền tiêu dưới hình thức *ri tai* làm cho tính xã hội trong việc xây dựng mạng lưới, tiêu thụ sản phẩm rất lớn không thể lường trước được. Tính gian dối của thông tin và khả năng gây hậu quả của nó đối với đời sống xã hội là cơ sở thực tế để kết luận về tính bất chính của hành vi vi phạm. Tính độc lập trong hoạt động của người tham gia đặt ra một vài vấn đề cho việc xác định trách nhiệm. Trong bán hàng đa cấp, người tham gia tiến hành tiếp thị để bán lẻ sản phẩm một cách độc lập, người tiêu dùng cuối cùng sẽ chỉ biết đến người tham gia đã trực tiếp giới thiệu và bán sản phẩm cho họ. Do đó, việc đổ trách nhiệm qua lại giữa người tham gia và doanh nghiệp bán hàng đa cấp rất dễ xảy ra. Ví dụ, các thông tin trong tờ rơi hay tài liệu mà người tham gia phân phối sản phẩm nước trái nhàu NONI cung cấp cho người tiêu dùng không thể xác định là do người tham gia hay do doanh nghiệp *bịa ra*. Khi báo giới và cơ quan chức năng vào cuộc, người đứng đầu văn phòng đại diện của công ty Tahitan Noni International tại Việt Nam đã phủ nhận mọi trách nhiệm, cho rằng chính người tham gia tự nghĩ ra mà công ty không được biết các thông tin nói trên. Công ty chỉ kiểm soát số lượng sản phẩm được bán ra từ những người tham gia.

⁽¹⁸⁵⁾Sự việc này đã được báo chí đưa tin trong khoảng thời gian cuối năm 2004.

⁽¹⁸⁶⁾QĐ số 622/QĐ-UB ngày 14/02/2005 của UBND TP HCM về xử lý vi phạm hành chính đối với công ty Sinh lợi; và Báo cáo kết quả thanh tra công ty Âu Việt Á, ngày 29/9/2004.

III. HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH ĐƯỢC QUY ĐỊNH TRONG CÁC VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT KHÁC

Ngoài Luật Cạnh tranh, các văn bản pháp luật trong các lĩnh vực pháp luật khác như pháp luật về giá, pháp luật về quảng cáo, khuyến mại... cũng có những quy định về hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Trong mối quan hệ về hiệu lực giữa Luật Cạnh tranh và các văn bản pháp luật nói trên, Luật Cạnh tranh được ưu tiên áp dụng nếu có xung đột giữa các quy định của chúng.

1

Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực giá

Trong cơ chế kinh tế tập trung, giá cả hàng hoá, dịch vụ do Nhà nước quản lý, quyết định mà không tuân theo sự điều tiết của các quy luật vốn có trên thị trường là quy luật giá trị, quy luật cung cầu. Với điều kiện đó, không có sự cạnh tranh về giá giữa các đơn vị kinh tế quốc doanh khi tham gia sản xuất và phân phối sản phẩm cho xã hội. Chuyển sang cơ chế thị trường, quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp đòi hỏi Nhà nước và pháp luật phải thay đổi chính sách quản lý về giá, thừa nhận và tôn trọng quyền định giá của doanh nghiệp. Chính sách quản lý về giá đòi hỏi phải tạo lập môi trường cạnh tranh về giá ổn định, trật tự và loại trừ những biểu hiện không lành mạnh. Trong hai thập kỷ phát triển thị trường, Nhà nước ta đã ban hành một số văn bản pháp luật quy định về việc quản lý giá, xử lý hành vi vi phạm pháp luật trong quản lý giá, bao gồm: Quyết định số 137/HĐBT ngày 27/4/1992 của Hội đồng Bộ trưởng (nay là Chính phủ) quy định về quản lý giá và cách thức quản lý; thông báo số 04/VGNN-KHCS ngày 06/07/1992 của Ủy ban Vật giá Nhà nước; Thông tư số 09/1998/TT-BVGCP ngày 31/12/1998 của Ban Vật giá Chính phủ quy định về chế độ đăng ký giá, hiệp thương giá.

Sau 10 năm thực hiện cơ chế quản lý giá theo Quyết định 137, công tác quản lý và đấu tranh với các hành vi vi phạm pháp luật về giá, cạnh tranh về giá đã bộc lộ nhiều hạn chế cả dưới góc độ luật pháp lẫn trình độ quản lý của cán bộ, cơ quan quản lý Nhà nước. Vì thế Pháp lệnh Giá do Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành ngày 26/4/2002 có hiệu lực từ ngày 01/7/2002; Nghị định số 170/2003/NĐ-CP ngày 25/12/2003 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh giá; Thông tư số 15/2004/TT-BTC ngày 9/3/2004 của Bộ Tài chính hướng dẫn thực hiện Nghị định số 170/2004/NĐ-CP.

Ngoài việc quy định các biện pháp quản lý giá, ổn định trật tự giá, Pháp lệnh giá còn có một nội dung quan trọng là quy định những hành vi vi phạm chế độ quản lý Nhà nước về giá cả. Trong các hành vi vi phạm pháp luật về giá, có một số hành vi vi phạm mang bản chất cạnh tranh không lành mạnh, bao gồm:



1.1. Bán phá giá hàng hoá, dịch vụ

Điều 4 Pháp lệnh Giá quy định: “bán phá giá là hành vi bán hàng hoá, dịch vụ với giá quá thấp so với giá thông thường trên thị trường Việt Nam để chiếm lĩnh thị trường, hạn chế cạnh tranh đúng pháp luật, gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân sản xuất kinh doanh khác và lợi ích của Nhà nước.... Có thể nhận dạng hành vi bán phá giá bằng những dấu hiệu sau đây:

Thứ nhất, bán phá giá là hành vi bán hàng hoá, dịch vụ với giá quá thấp so với giá thông thường trên thị trường Việt Nam.

Trong cơ chế thị trường, nơi mà quyền tự do kinh doanh được xác lập và bảo vệ, việc tự do hình thành và xác định giá cả hàng hoá, sản phẩm là điều đương nhiên, là nguồn sống của thị trường. Giá cả được hình thành dưới sự thúc đẩy của nhu cầu, lợi nhuận và sự điều tiết của quy luật giá trị, quy luật cung cầu trên thị trường. Những hành vi bán hàng bằng hoặc dưới mức chi phí sản xuất đều được coi là những toan tính *phi kinh tế* bởi doanh nghiệp thực hiện hành vi đã chấp nhận lỗ hoặc chấp nhận hy sinh lợi nhuận. Hành vi bán phá giá đã đi ngược lại với quy luật bình thường của kinh doanh là tìm kiếm lợi nhuận¹⁸⁷. Vì thế, mọi biểu hiện bán hàng hoá, cung ứng dưới mức giá thông thường của sản phẩm trên thị trường đều bị coi là có dấu hiệu bất bình thường.

Việc xác định dấu hiệu này trong thực tế có nhiều khó khăn nhất định là do các lý do sau đây:

- Phải xác định được mức độ chênh lệch giữa giá bán và giá thông thường do Pháp lệnh giá quy định mức chênh lệch để xác định phá giá là *quá thấp so với giá thông thường*. Việc xác định mức nào là quá thấp không phải dễ dàng, phụ thuộc vào nhiều quan điểm khác nhau. Về bản chất, chỉ cần đưa hàng hoá, cung ứng dịch vụ vào thị trường với mức giá bằng với chi phí bỏ ra thì hành vi đó đã là không bình thường so với mục đích của hoạt động kinh doanh.

- Phải xác định giá thông thường trên thị trường của hàng hoá cùng loại với hàng hoá bị nghi ngờ. Giá thông thường được xem như giá tiêu chuẩn (giá bình thường) của thị trường. Từ đó, mọi hành vi bán thấp hơn tiêu chuẩn đó đều có dấu hiệu của phá giá. Ngược lại, nếu hành vi bán hàng với mức giá bán bằng hoặc cao hơn giá tiêu chuẩn là hành vi bình thường. Tuy nhiên, Pháp lệnh giá không quy định căn cứ xác lập giá bán thông thường. Vì vậy mà việc áp dụng pháp luật để xác định hành vi bán phá giá hàng hoá, dịch vụ sẽ là không đơn giản.

Thứ hai, mục đích của chủ thể bán phá giá là nhằm chiếm lĩnh thị trường, hạn chế cạnh tranh đúng pháp luật, gây thiệt hại cho các chủ thể kinh doanh là đối thủ cạnh tranh.

Trong khoa học pháp lý và trong kinh tế học, dựa vào mục đích của chủ thể thực hiện, hành vi bán phá giá được chia thành hai loại là phá giá độc quyền (còn gọi là phá giá cướp đoạt hay định giá hủy diệt) và phá giá nhằm mở rộng thị trường. Phá giá độc quyền gắn liền với nhu cầu mong muốn chiếm lĩnh vị trí độc quyền trên thị trường sản phẩm bằng cách loại bỏ các đối thủ cạnh tranh. Trong khi đó, phá giá để mở rộng thị trường chỉ nhằm làm suy yếu đối thủ cạnh tranh, qua đó mở rộng thị phần của mình.

Khi phân biệt hai hình thức phá giá này, người ta dựa vào những dấu hiệu sau đây:

⁽¹⁸⁷⁾Khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “kinh doanh là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi”.

- Vị trí của doanh nghiệp thực hiện hành vi bán phá giá vì thông thường phá giá độc quyền do doanh nghiệp có quyền lực thị trường (có thị phần thống trị thị trường) thực hiện;
- Tính chất cạnh tranh của thị trường bị bán phá giá;
- Tỷ lệ chênh lệch giữa giá bán và mức giá trong điều kiện cạnh tranh so với chi phí sản xuất hay chi phí để doanh nghiệp có được hàng hoá đó.

Trong phá giá độc quyền, mức chênh lệch thường rất cao, đủ để làm cho đối thủ không thể tiếp tục duy trì hoạt động kinh doanh. Sự khác nhau về mục đích và mức độ nguy hại làm cho hai hành vi phá giá kể trên thuộc đối tượng điều chỉnh của những lĩnh vực pháp luật khác nhau. Phá giá độc quyền do Pháp luật chống hạn chế cạnh tranh điều chỉnh, phá giá mở rộng thị trường do Pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh điều chỉnh. Các quy định trong Pháp lệnh giá của Việt Nam đã gộp chung cả hai dạng hành vi nói trên trong khái niệm về hành vi bán phá giá hàng hóa, dịch vụ.

Thứ ba, hậu quả của bán phá giá là gây thiệt hại đến lợi ích của tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh khác và lợi ích của Nhà nước.

Thiệt hại có thể là làm mất khách hàng dẫn đến giảm thị phần, giảm thu nhập; người lao động mất việc làm do doanh nghiệp bị thiệt hại phải thu hẹp quy mô kinh doanh... Khi bàn đến hậu quả của hành vi bán phá giá, có những quan điểm khác nhau. Dựa trên lợi ích của người tiêu dùng, hành vi bán hàng với giá thấp hơn giá thông thường tạo cho người tiêu dùng những lợi ích nhất định do mua được hàng hoá hoặc được cung ứng dịch vụ với giá rẻ bất thường. Xét từ tình hình kinh doanh của ngành sản xuất hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ bị phá giá, những lợi ích của đối thủ bị xâm hại thể hiện sự không công bằng trong *cuộc chơi* qua giá cả. Bán phá giá suy cho cùng là hành vi lạm dụng lợi thế về tài chính, chấp nhận chịu lỗ hoặc giảm lợi nhuận để chiếm thị phần của người khác mà không phải do nỗ lực kinh doanh để giảm chi phí. Sự suy đoán về lợi ích của người tiêu dùng sau khi kết thúc việc phá giá, doanh nghiệp chấp nhận lỗ ngắn hạn, toan tính tìm cách lấy lại cái đã mất, cái đã phải hy sinh từ việc phá giá bằng sự hy sinh của người tiêu dùng.

Theo quy định của Pháp lệnh Giá, thuật ngữ *giá thông thường* đã loại trừ những trường hợp hạ giá sau đây ra khỏi phạm vi của khái niệm bán phá giá:

- Hạ giá bán hàng tương sống;
- Hạ giá bán hàng hoá tồn kho do chất lượng giảm, lạc hậu về hình thức, không phù hợp với thị hiếu người tiêu dùng;
- Hạ giá bán hàng theo mùa vụ (ví dụ bán bánh trung thu sau tết trung thu)
- Hạ giá bán hàng hoá để khuyến mại theo quy định của pháp luật.
- Hạ giá bán hàng hoá trong trường hợp phá sản, giải thể, chấm dứt hoạt động sản xuất, kinh doanh, thay đổi địa điểm, chuyển hướng sản xuất, kinh doanh.

1.2. Bịa đặt, loan tin không có căn cứ về việc tăng giá hoặc hạ giá gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân sản xuất kinh doanh khác, của người tiêu dùng và lợi ích của Nhà nước

Hành vi mang bản chất gian dối này nhằm gây ra những xáo trộn trong quan hệ



cung cầu bằng các thông tin không trung thực về những biến động của giá hàng hoá, dịch vụ trên thị trường. Để xác định sự vi phạm đối với hành vi này, cần phải chứng minh những nội dung sau:

- Thông tin về việc tăng hay hạ giá đối với sản phẩm là không có thật;
- Doanh nghiệp vi phạm có thể là người tạo ra thông tin hoặc là người loan truyền thông tin do người khác bịa ra;
- Hành vi nói trên gây thiệt hại cho các doanh nghiệp khác, cho người tiêu dùng ở dạng: doanh thu giảm sút, thị trường bị thu hẹp, phải mua sản phẩm với giá cao do quan hệ cung cầu thay đổi theo chiều hướng bất lợi cho khách hàng .v.v.

1.3. Định giá sai để lừa dối người tiêu dùng hoặc tổ chức, cá nhân hợp tác sản xuất, kinh doanh với mình; Tăng hoặc giảm giá giả tạo bằng cách thay đổi số lượng, chất lượng, địa điểm giao nhận hàng hoá, dịch vụ

Bằng hành vi này, giá cả của sản phẩm có sự thay đổi tăng hoặc giảm về hình thức, song thực chất thì sự thay đổi đó là giả tạo do đã có sự thay đổi về chất lượng, số lượng hoặc địa điểm giao nhận tương ứng. Sự thay đổi về số lượng, chất lượng và địa điểm giao nhận làm cho giá thành hoặc giá thành toàn bộ của sản phẩm thay đổi, dẫn đến việc tăng hoặc giảm giá bán hàng hóa, dịch vụ. Trong trường hợp này, khách hàng sẽ không được bất cứ lợi ích gì thêm từ việc tăng hoặc giảm giá so với trước đó. Với thủ đoạn này, doanh nghiệp đã lợi dụng sự thiếu thông tin của khách hàng nhằm tạo ra sức hấp dẫn giả tạo bằng việc thay đổi giá để chi phối khả năng lựa chọn của họ.

1.4. Lợi dụng thiên tai, dịch hoạ và diễn biến bất thường khác để đầu cơ tăng giá, ép giá

Hành vi này xâm hại đến trật tự quản lý kinh tế trong những tình huống đặc biệt của tình hình kinh tế - xã hội. Những sự kiện như thiên tai, dịch hoạ xảy ra làm cho tình hình kinh tế - xã hội có những biến động khó lường ảnh hưởng không tốt đến khả năng kiểm soát của Nhà nước và cuộc sống của người dân, người lao động. Việc lợi dụng tình hình trên để chi phối thị trường nhằm đầu cơ, ép giá xâm hại đến trật tự kinh tế xã hội, làm trầm trọng hơn tình hình, gây ra những tác động lớn đối với lòng tin của người dân vào chính thể và vào khả năng kiểm soát của Nhà nước.

Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực quảng cáo

Pháp lệnh Quảng cáo được ban hành ngày 16/11/2001 và Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết Pháp lệnh Quảng cáo tạo lập nền tảng pháp lý cơ bản cho hoạt động quảng cáo tại Việt Nam hiện nay, thừa nhận và bảo hộ quyền quảng cáo tự do của doanh nghiệp, Hành vi quảng cáo vi phạm pháp luật, trong đó có các biểu hiện không lành mạnh được quy định như sau:

- Quảng cáo gian dối: bao gồm quảng cáo không đúng chất lượng hàng hoá dịch vụ; không đúng cơ sở sản xuất kinh doanh; không đúng địa chỉ sản xuất, kinh doanh, dịch vụ.

- Lợi dụng quảng cáo để xúc phạm danh dự, uy tín hoặc xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân.

- Quảng cáo nói xấu, so sánh hoặc gây nhầm lẫn với cơ sở sản xuất, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ của người khác; dùng danh nghĩa, hình ảnh của tổ chức, cá nhân khác để quảng cáo mà không được sự chấp thuận của tổ chức cá nhân đó.

- Quảng cáo sản phẩm, hàng hoá chưa được phép lưu thông, dịch vụ chưa được phép thực hiện tại thời điểm quảng cáo.

- Quảng cáo hàng hoá, dịch vụ mà pháp luật cấm kinh doanh hoặc cấm quảng cáo.

- Quảng cáo thuốc chữa bệnh cho người bán theo đơn thuốc của thầy thuốc; thuốc chưa được cấp đăng ký hoặc hết hạn đăng ký, đã loại ra khỏi danh mục thuốc cho phép sử dụng; thuốc đã được đăng ký nhưng bị đình chỉ lưu hành; các thiết bị dụng cụ y tế chưa được phép sử dụng, dịch vụ y tế chưa được phép thực hiện tại Việt Nam¹⁸⁸.

Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp

Ngoài hành vi *chỉ dẫn gây nhầm lẫn* được quy định trong Luật cạnh tranh liên quan đến các đối tượng thuộc sở hữu công nghiệp, Điều 24 Nghị định số 54/2000/NĐ-CP của Chính phủ còn quy định những hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến sở hữu công nghiệp như sau:

3.1. Sử dụng các chỉ dẫn thương mại để làm sai lệch nhận thức và thông tin về chủ thể kinh doanh, cơ sở kinh doanh, hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ nhằm mục đích

⁽¹⁸⁸⁾Xem Điều 6 Pháp lệnh Quảng cáo và Điều 3 Nghị định số 24/2003/NĐ-CP.



- Lợi dụng uy tín, danh tiếng của người sản xuất kinh doanh khác trong sản xuất kinh doanh của mình;
- Làm thiệt hại đến uy tín, danh tiếng của người sản xuất kinh doanh khác trong sản xuất kinh doanh của mình;
- Gây nhầm lẫn về xuất xứ, cách sản xuất, tính năng, chất lượng, số lượng hoặc đặc điểm khác của hàng hoá, dịch vụ; về điều kiện cung cấp hàng hoá, dịch vụ... cho người tiêu dùng trong quá trình nhận biết, chọn lựa hàng hoá, dịch vụ hoặc hoạt động kinh doanh.

3.2. Chiếm đoạt, sử dụng thành quả đầu tư của người khác mà không được người đó cho phép¹⁸⁹

Những quy định về hành vi cạnh tranh không lành mạnh được đề cập trong các lĩnh vực pháp luật khác như *pháp luật về khuyến mại, pháp luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng*.v.v. bổ sung, cụ thể hoá những quy định về hành vi không lành mạnh được quy định trong Luật Cạnh tranh.

⁽¹⁸⁹⁾Thành quả đầu tư theo Nghị định số 54/2000/NĐ-CP là kiến thức, thông tin dưới dạng công nghệ, sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp, bí quyết kỹ thuật, bí mật kinh doanh..., thu được từ hoạt động đầu tư tài chính hoặc trí tuệ.

CHƯƠNG 6

BỘ MÁY THỰC THI LUẬT CẠNH TRANH VÀ THỦ TỤC TỔ TỤNG CẠNH TRANH

I. TỔ CHỨC, BỘ MÁY THỰC THI LUẬT CẠNH TRANH

Lịch sử xây dựng và thực thi luật và chính sách cạnh tranh trên thế giới đã chứng minh rằng cơ quan quản lý cạnh tranh có vai trò quyết định trong việc bảo đảm thực thi Luật Cạnh tranh. Từng quốc gia, tùy vào điều kiện chính trị – xã hội cụ thể của mình mà xây dựng một mô hình cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh phù hợp nhằm đảm bảo thực thi Luật Cạnh tranh một cách có hiệu quả nhất.

1

Yêu cầu của Luật Cạnh tranh về cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh

Luật Cạnh tranh đã dành ra 1 chương (Chương IV) với 7 điều để quy định về hai thiết chế thực thi Luật Cạnh tranh bao gồm Cơ quan Quản lý cạnh tranh và Hội đồng Cạnh tranh.

1.1. Cơ quan quản lý cạnh tranh

Luật Cạnh tranh quy định về Cơ quan Quản lý cạnh tranh như sau:

“Điều 49. Cơ quan Quản lý cạnh tranh

1. Chính phủ quyết định thành lập và quy định tổ chức, bộ máy của cơ quan quản lý cạnh tranh.

2. Cơ quan quản lý cạnh tranh có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

- a) Kiểm soát quá trình tập trung kinh tế theo quy định của Luật này;
- b) Thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ; đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc trình Thủ tướng Chính phủ quyết định;
- c) Điều tra các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh;
- d) Xử lý, xử phạt hành vi cạnh tranh không lành mạnh;
- đ) Các nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật”.

Từ quy định trên đây, Cơ quan Quản lý cạnh tranh của Việt Nam là một cơ quan thuộc hệ thống cơ quan hành pháp mà cụ thể là thuộc Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương). Có thể khẳng định điều này là bởi vì Điều 7 Luật Cạnh tranh đã quy định:

“Điều 7. Trách nhiệm quản lý Nhà nước về cạnh tranh



1. Chính phủ thống nhất Nhà nước quản lý về cạnh tranh.
2. Bộ Thương mại chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý Nhà nước về cạnh tranh”.

Trong khi đó, Thủ tướng Cơ quan Quản lý cạnh tranh là do Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) đề xuất đề Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, miễn nhiệm¹⁹⁰. Hơn nữa, ở các quy định liên quan đến thủ tục thực hiện miễn trừ, Cơ quan Quản lý cạnh tranh có vai trò như một cơ quan tham mưu, thay mặt cho Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) đứng ra thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) trình Thủ tướng Chính phủ quyết định¹⁹¹.

Nếu căn cứ vào hệ thống văn bản quy phạm pháp luật trong lĩnh vực tổ chức bộ máy Nhà nước, có thể thấy rằng trong hệ thống cơ quan hành pháp của Việt Nam, Cơ quan Quản lý cạnh tranh có vị trí tương đương với một Tổng Cục thuộc Bộ. Theo quy định tại Nghị định số 178/2007/NĐ-CP ngày 03/12/2007 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ thì trong cơ cấu tổ chức bộ máy của Bộ có thể có Cục hoặc Tổng Cục. Tuy nhiên với cơ quan cấp Cục thì chức năng, nhiệm vụ là do Bộ trưởng quy định còn với cơ quan cấp Tổng Cục thì chức năng, nhiệm vụ là do Thủ tướng Chính phủ quy định.

Xét về chức năng, theo quy định tại Điều 49 Luật Cạnh tranh, Cơ quan Quản lý cạnh tranh của Việt Nam vừa là cơ quan điều tra, vừa là cơ quan xử lý vừa là cơ quan hành chính.

Tính chất cơ quan điều tra thể hiện qua nhiệm vụ sau đây:

- Điều tra các hành vi hạn chế cạnh tranh;
- Điều tra các hành vi cạnh tranh không lành mạnh¹⁹².

Tính chất cơ quan xử lý thể hiện qua quyền hạn được trực tiếp xử phạt các hành vi cạnh tranh không lành mạnh¹⁹³.

Tính chất cơ quan hành chính thể hiện qua nhiệm vụ, quyền hạn kiểm soát quá trình tập trung kinh tế và thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ; đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) trình Thủ tướng Chính phủ quyết định¹⁹⁴.

1.2. Hội đồng Cạnh tranh

Luật Cạnh tranh quy định về Hội đồng Cạnh tranh như sau:

“Điều 53. Hội đồng Cạnh tranh

1. Hội đồng Cạnh tranh là cơ quan do Chính phủ thành lập.

Hội đồng Cạnh tranh có từ 11 - 15 thành viên do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương).

2. Hội đồng Cạnh tranh có nhiệm vụ tổ chức xử lý, giải quyết khiếu nại đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của Luật này”.

Từ quy định trên đây, có thể thấy, Hội đồng Cạnh tranh là một cơ quan thuộc hệ thống cơ quan hành pháp. Luật Cạnh tranh khẳng định Hội đồng Cạnh tranh là cơ

⁽¹⁹⁰⁾Điều 50 Luật Cạnh tranh.
⁽¹⁹¹⁾Điều 30 Luật Cạnh tranh.
⁽¹⁹²⁾Điều 49 Luật Cạnh tranh.
⁽¹⁹³⁾Điều 49 Luật Cạnh tranh.
⁽¹⁹⁴⁾Điều 49 Luật Cạnh tranh.

quan có vị trí độc lập tương đối trong mối quan hệ với Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương). Có thể thấy điều này qua cơ chế giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh quy định tại Mục 7 Chương V Luật Cạnh tranh.

Điều 107 Luật Cạnh tranh quy định:

“1. Trường hợp không nhất trí một phần hoặc toàn bộ nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên có quyền khiếu nại lên Hội đồng Cạnh tranh.

2. Trường hợp không nhất trí một phần hoặc toàn bộ nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Thủ trưởng Cơ quan Quản lý cạnh tranh, các bên có quyền khiếu nại lên Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương).

Điều 115 Luật Cạnh tranh lại quy định:

“1. Trường hợp không nhất trí với quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên liên quan có quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với một phần hoặc toàn bộ nội dung của quyết định giải quyết khiếu nại ra Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có thẩm quyền.

2. Trường hợp Tòa án thụ lý đơn khởi kiện quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh theo quy định tại Khoản 1 Điều này, Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương), Chủ tịch Hội đồng Cạnh tranh có trách nhiệm chỉ đạo chuyển hồ sơ vụ việc cạnh tranh đến Tòa án trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu của Tòa án”.

Như vậy, Luật Cạnh tranh quy định Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) là cơ quan chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý Nhà nước về cạnh tranh, các thành viên Hội đồng Cạnh tranh do Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) đề nghị Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm nhưng Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) lại không có quyền giải quyết các khiếu nại đối với quyết định của Hội đồng cạnh tranh theo nguyên tắc “việc giải quyết khiếu nại của cơ quan hành chính trước hết phải do cơ quan hành chính cấp trên trực tiếp xử lý” quy định tại Luật khiếu nại, tố cáo. Nói cách khác, quyết định giải quyết khiếu nại của Hội đồng cạnh tranh là quyết định “chung thẩm” trong hệ thống cơ quan hành chính vì sau khi Hội đồng cạnh tranh giải quyết khiếu nại mà các bên vẫn không đồng ý thì các bên phải kiện ra Tòa.

Hội đồng Cạnh tranh là một thiết chế mới chưa có tiền lệ ở Việt Nam. Việc Quốc hội quyết định Hội đồng Cạnh tranh nằm trong hệ thống cơ quan hành pháp và giao cho Chính phủ quyết định cụ thể là giải pháp tối ưu trong điều kiện hiện nay.

Xét về chức năng, theo quy định tại Điều 53 Luật Cạnh tranh, Hội đồng Cạnh tranh của Việt Nam là một cơ quan chuyên xử lý “xét xử hành chính” - đối với các vụ việc hạn chế cạnh tranh. Nói một cách khác, Hội đồng Cạnh tranh là một loại cơ quan tài phán vì có đầy đủ những yếu tố cần thiết sau đây:

- Áp dụng pháp luật để ra phán quyết;
- Thủ tục xử lý mang tính tranh tụng;
- Quyết định của Hội đồng Cạnh tranh chỉ bị xét lại bởi hệ thống toà án.



Tuy nhiên, khác với các cơ quan xử lý hành chính hiện có trong bộ máy Nhà nước, Hội đồng Cạnh tranh tổ chức xử lý theo chế độ tập thể chứ không theo chế độ Thủ trưởng. Cụ thể trong số 11 đến 15 thành viên của Hội đồng Cạnh tranh¹⁹⁵, Chủ tịch Hội đồng sẽ lựa chọn ít nhất 5 người để tham gia xử lý một vụ việc cụ thể. Hội đồng xử lý này sẽ quyết định vụ việc theo nguyên tắc biểu quyết theo đa số¹⁹⁶.

2

Kinh nghiệm của các nước trong việc tổ chức cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh

Ở các quốc gia và vùng lãnh thổ khác nhau, tên gọi và mô hình tổ chức của thiết chế thực thi Luật Cạnh tranh khá khác nhau, ví dụ ở Australia là Ủy ban người tiêu dùng và cạnh tranh, ở Belarus là Bộ Đầu tư và Doanh nghiệp, ở Đan Mạch là Hội đồng Cạnh tranh, ở Pháp là Hội đồng Cạnh tranh và Tổng Cục cạnh tranh và chống gian lận thương mại¹⁹⁷. Dù có những tên gọi khác nhau nhưng về cơ bản, những thiết chế thực thi Luật Cạnh tranh đều cần có các yếu tố sau:

- Phải được trao đầy đủ quyền hạn,
- Hoạt động phải đảm bảo tính tin cậy cao,
- Phải đảm bảo việc hoạt động và ra quyết định một cách độc lập
- Phải đảm bảo tính minh bạch trong thực thi nhiệm vụ¹⁹⁸.

2.1 Mô hình cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh trực thuộc Quốc hội - Kinh nghiệm của Hungary

a. Cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh của Hungary là Văn phòng Cạnh tranh kinh tế Văn phòng cạnh tranh kinh tế là cơ quan độc lập, chịu sự giám sát của Quốc hội, có chức năng, nhiệm vụ như sau đây:

- Giám sát cạnh tranh kinh tế;
- Giám sát việc ban hành các văn bản hành chính. Trong trường hợp phát hiện các văn bản hành chính vi phạm quyền tự do cạnh tranh kinh tế, Văn phòng cạnh tranh có quyền yêu cầu cơ quan ban hành văn bản đó hủy bỏ hay sửa đổi cho phù hợp, nếu trong vòng 30 ngày mà cơ quan đó không sửa đổi thì Văn phòng có quyền đưa vụ việc ra Tòa án;

- Bảo vệ lợi ích người tiêu dùng.

Chủ tịch Văn phòng Cạnh tranh kinh tế do Thủ tướng đề cử và Chủ tịch nước bổ nhiệm. Chủ tịch là người trực tiếp điều hành các hoạt động của văn phòng, chịu trách nhiệm quản lý, giám sát của Quốc hội thông qua các báo cáo thường niên.

Văn phòng Cạnh tranh kinh tế có hai Phó Chủ tịch có trách nhiệm giúp việc cho Chủ tịch do Chủ tịch nước bổ nhiệm. Một trong hai Phó Chủ tịch sẽ kiêm nhiệm chức Chủ

(195) Điều 53 Luật Cạnh tranh.

(196) Điều 80 Luật Cạnh tranh.

(197) UNCTAD Secretariat, Directory of Competition Authorities, UN Doc. TD/B/COM.2/CLP/16, 14 January 2000.

(198) Francine Matte, Phát biểu tại Hội thảo “Cơ quan cạnh tranh: Kinh nghiệm quốc tế và lựa chọn cho Việt Nam”, do Bộ Thương mại phối hợp với Dự án hỗ trợ thực thi chính sách (PIAP – Canada) đồng tổ chức tại Hà Nội ngày 8 - 9/7/2003, Kỷ yếu hội thảo.

tịch Hội đồng Cạnh tranh. Phó Chủ tịch còn lại sẽ phụ trách Cơ quan điều tra.

b. Văn phòng Cạnh tranh kinh tế có cơ cấu gồm:

- Ban thư ký;
- Ban điều tra;
- Ban thông tin hướng dẫn;
- Ban tài chính nhân sự;
- Ban chính sách cạnh tranh;
- Ban truyền thông.

Cơ chế hỗ trợ cho Văn phòng cạnh tranh kinh tế là:

c. Hội đồng Cạnh tranh

Hội đồng Cạnh tranh bao gồm Chủ tịch và các thành viên. Chủ tịch Hội đồng Cạnh tranh do một Phó Chủ tịch Văn phòng cạnh tranh kinh tế đảm nhiệm. Các thành viên khác của Hội đồng Cạnh tranh được Chủ tịch nước bổ nhiệm/miễn nhiệm theo đề xuất của Chủ tịch Văn phòng Cạnh tranh kinh tế.

Hội đồng Cạnh tranh là bộ phận tài phán của Văn phòng Cạnh tranh kinh tế. Hội đồng hoạt động theo các quy định trong Luật Cạnh tranh. Hội đồng có nghĩa vụ thi hành các quyết định của Chủ tịch Văn phòng Cạnh tranh kinh tế đối với các trường hợp vi phạm Luật Cạnh tranh.

Sau khi xem xét hồ sơ của các điều tra viên, Hội đồng Cạnh tranh có quyền:

- Đình chỉ, chấm dứt quá trình tố tụng nếu thấy việc tiếp tục tố tụng là không cần thiết hoặc khi đã xác minh rằng không có sự vi phạm;

- Trả lại hồ sơ và yêu cầu các điều tra viên điều tra bổ sung khi thấy cần thiết hay trong các trường hợp đặc biệt;

- Ra quyết định áp dụng các biện pháp tạm thời: nhằm ngăn chặn việc tiếp tục cạnh tranh một cách bất hợp pháp hoặc yêu cầu chấm dứt tình trạng cạnh tranh bất hợp pháp khi xét thấy cần thiết để bảo vệ lợi ích kinh tế của những bên liên quan hoặc nhận thấy sự hình thành, phát triển hay tiếp tục quá trình cạnh tranh kinh tế đang bị đe dọa;

- Thành lập Hội đồng tiến hành tố tụng vụ việc cạnh tranh và Ban hội thẩm (từ 3 đến 5 người) do Chủ tịch Văn phòng Cạnh tranh kinh tế chỉ định để xét xử các vụ việc cụ thể. Chủ tịch Hội đồng Cạnh tranh cũng có thể tham gia hội đồng tiến hành tố tụng.

d. Cơ quan điều tra

Cơ quan điều tra do Phó Chủ tịch còn lại của Văn phòng Cạnh tranh kinh tế trực tiếp điều hành. Cơ quan điều tra có nhiệm vụ sau đây:

- Kiểm tra việc thi hành các quyết định của Hội đồng Cạnh tranh;
- Thường xuyên nắm bắt tình hình thị trường và các vấn đề liên quan đến cạnh tranh
- Tiếp cận thông tin nhằm tiến hành cuộc điều tra đương nhiên;
- Thực hiện và chuẩn bị các đề xuất đối với các quyết định của Hội đồng dưới dạng báo cáo;



- Tham gia chuẩn bị để tham mưu cho Văn phòng về các lập trường và quan điểm chỉ tiết vào các dự thảo Luật.

Cơ quan điều tra bao gồm 7 phòng sau đây:

- Phòng Nông nghiệp và công nghiệp thực phẩm chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc liên quan đến: nông nghiệp, thực phẩm và đồ uống, thủy sản, lâm nghiệp, các sản phẩm thuốc lá, chế biến gỗ.

- Phòng Công nghiệp chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc liên quan đến các ngành: mỏ, các ngành công nghiệp nói chung nhưng không thuộc thẩm quyền của Phòng Nông nghiệp và công nghiệp thực phẩm; Phòng Dịch vụ, cung cấp gas, điện, dầu khí, cơ khí, nghiên cứu và phát triển công nghệ;

- Phòng Thông tin và truyền thông chịu trách nhiệm về các ngành: dịch vụ, quảng cáo, truyền thông, máy tính và công nghệ thông tin, đài truyền hình và phát thanh, sản phẩm phim và video;

- Phòng Thương mại chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc liên quan đến: thương mại bán lẻ và bán buôn, du lịch, dịch vụ giải trí, khách sạn;

- Phòng Dịch vụ tài chính chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc liên quan đến các ngành: dịch vụ tài chính, tín dụng, bảo hiểm, đầu tư, thị trường chứng khoán.

- Phòng Dịch vụ chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc liên quan đến các ngành: in, phát hành, xây dựng, giáo dục, chăm sóc sức khỏe, tái chế rác thải, các hoạt động văn hoá và các dịch vụ liên quan khác;

- Phòng chuyên trách Cartel: thống nhất đối với tất cả các ngành kinh tế thực hiện chức năng về đơn kiện và các thủ tục liên quan đến xét xử Cartel.

2.2. Mô hình Cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh trực thuộc Chính phủ - Kinh nghiệm của Đài Loan

Luật Thương mại lành mạnh của Đài Loan đã được ban hành ngày 4/2/1991. Tuy nhiên Luật có hiệu lực sau một năm để cho phép cộng đồng doanh nghiệp điều chỉnh hành vi của mình. Luật Thương mại lành mạnh đã được sửa đổi ba lần vào năm 1999, năm 2000 và năm 2002.

Trên cơ sở của Luật, Ủy ban Thương mại lành mạnh đã được thành lập ngày 27/1/1992 để thực thi luật. Ủy ban Thương mại lành mạnh là cơ quan ngang Bộ. Khi một vấn đề được Luật Thương mại lành mạnh quy định liên quan đến các cơ quan liên quan khác, Ủy ban có trách nhiệm phối hợp với các cơ quan đó để xử lý vụ việc. Ủy ban cũng đồng thời chịu trách nhiệm điều chỉnh hay giám sát việc thực thi Luật Thương mại lành mạnh của các cơ quan có thẩm quyền khác ở cấp địa phương.

Để đảm bảo việc thực thi luật, Ủy ban có quyền ra quyết định đình chỉ và buộc chấm dứt hành vi, để yêu cầu người bị khiếu nại sửa chữa những hành vi bất hợp pháp của mình, quyền ấn định mức phạt hành chính lên đến 50 triệu đô la Đài Loan (khoảng 1.450.000 đô la). Ủy ban có quyền điều tra để phát hiện những hành vi bất hợp pháp, với những chức năng và thẩm quyền bán tư pháp nhất định (semi-judicial power). Bất chấp thực tế là toà án và công tố viên (kiểm sát viên) có đầy đủ thẩm quyền trong

những vấn đề này, việc thực thi luật cạnh tranh chủ yếu do Ủy ban thi hành. Các vi phạm hình sự sẽ được đưa sang Cơ quan công tố (Viện Kiểm sát) nếu người vi phạm không chấp hành quyết định của Ủy ban. Các chế tài hình sự có thể là phạt tù hay phạt tiền (tối đa là 100 triệu đô la Đài Loan) hoặc cả hai.

Ủy ban có các nhiệm vụ chính sau đây:

- Xây dựng văn bản quy phạm liên quan đến chính sách cạnh tranh
- Xác định và rà soát các vấn đề cạnh tranh liên quan đến Luật Thương mại lành mạnh.
- Điều tra các hoạt động của doanh nghiệp và các điều kiện kinh tế.
- Điều tra và xử lý các vụ việc vi phạm luật.
- Giám sát các vấn đề khác liên quan đến cạnh tranh.

Cuộc họp các ủy viên là cơ quan quyết định cao nhất của Ủy ban. Cuộc họp có các chức năng sau đây:

- Cân nhắc, thảo luận về chính sách cạnh tranh;
- Thảo luận và đánh giá kế hoạch quản lý hoạt động cạnh tranh;
- Đánh giá các tuyên bố, các quyết định liên quan đến việc thực thi Luật;
- Cân nhắc, thảo luận các luật lệ liên quan đến cạnh tranh;
- Thảo luận các đề xuất của các Ủy viên nêu ra;
- Thảo luận các vấn đề khác mà Luật quy định.

Đặc điểm của cuộc họp các ủy viên bao gồm:

- Ủy ban làm việc theo chế độ tập thể. Các quyết định của Ủy ban được thông qua theo chế độ bỏ phiếu của các ủy viên.

- Ủy ban có 9 ủy viên chuyên trách. Các ủy viên này có nhiệm kỳ 3 năm, và có thể được tái bổ nhiệm. Một ủy viên giữ vị trí Chủ tịch và chịu trách nhiệm điều hành chung công việc của Ủy ban.

- Các ủy viên làm việc hoàn toàn độc lập theo Luật.

- Mỗi ủy viên phải có chuyên môn trong một trong các lĩnh vực sau: luật, kinh tế, tài chính và thuế, kế toán, quản lý.

Ủy ban có các đơn vị giúp việc sau đây:

- Vụ 1;
- Vụ 2;
- Vụ 3;
- Vụ Kế hoạch;
- Vụ Pháp chế;
- Văn phòng.

Chức năng nhiệm vụ của Vụ 1: điều tra và xem xét những vấn đề có liên quan đến độc quyền, liên kết và những hành động thông đồng của các doanh nghiệp ở những lĩnh vực sau:

- Nông nghiệp, trồng rừng, thủy sản, chăn nuôi, và săn bắn.
- Hoạt động kinh doanh.
- Vận tải, dự trữ hàng và thông tin.
- Tài chính, bảo hiểm, bất động sản, và các dịch vụ kinh doanh/ công nghiệp



- Các hoạt động xã hội và nhân sự.

Chức năng nhiệm vụ của Vụ 2: điều tra và giải quyết những vấn đề liên quan đến những hoạt động độc quyền, liên kết và những hành động thông đồng của các doanh nghiệp ở những lĩnh vực sau:

- Khai thác mỏ, vỡ hoang
- Sản xuất
- Các hoạt động về nước, điện, ga
- Hoạt động xây dựng
- Những hoạt động không phân loại hoặc có liên quan:

Chức năng nhiệm vụ của Vụ 3: có trách nhiệm về những vấn đề sau:

- Điều tra và giải quyết vấn đề hạn chế giá bán lại;
- Điều tra và giải quyết vấn đề hạn chế cạnh tranh lành mạnh;
- Điều tra và giải quyết việc làm hàng giả;
- Điều tra và giải quyết quảng cáo, in bao bì gây nhầm lẫn, sai lệch;
- Điều tra và giải quyết những hành động gây thương tổn cho danh tiếng kinh doanh của người khác;

- Điều tra và giải quyết việc bán hàng đa cấp.

- Điều tra và giải quyết những vấn đề liên quan đến những hành động không lành mạnh ảnh hưởng đến trật tự kinh doanh

Chức năng nhiệm vụ của Vụ Kế hoạch: có trách nhiệm về những vấn đề sau:

- Chuẩn bị và xây dựng các chính sách thương mại lành mạnh,
- In các văn bản hướng dẫn luật thương mại lành mạnh,
- Tiến hành nghiên cứu, phát triển và kiểm soát những vấn đề liên quan đến thương mại lành mạnh,

- Thu thập những thông tin về thương mại lành mạnh cả ở trong và ngoài nước và đưa ra các phân tích kinh tế,

- Giải quyết những vấn đề khác liên quan đến thương mại lành mạnh

Chức năng nhiệm vụ của Vụ Pháp chế: chịu trách nhiệm về những vấn đề sau:

- Chuẩn bị và xây dựng các quy tắc và quy định, những sửa đổi về thương mại lành mạnh.
- Giải thích luật và quy định liên quan đến thương mại lành mạnh.
- Nghiên cứu hệ thống luật pháp liên quan đến thương mại lành mạnh.
- Thực hiện những chế tài
- Giải quyết việc dẫn độ tội phạm để truy tố.

Chức năng nhiệm vụ của Văn phòng: văn phòng có trách nhiệm chuẩn bị cho các cuộc họp, các công việc văn phòng, sử dụng con dấu của cơ quan, nhận hay trả tiền, các công việc chung và các mối quan hệ xã hội cũng như là các công việc không liên quan đến các phân ban khác.

2.3 Mô hình Cơ quan thực thi Luật cạnh tranh trực thuộc Thủ tướng Chính phủ - Kinh nghiệm của Hàn Quốc

Ủy ban Thương mại lành mạnh (KFTC) và Văn phòng Thương mại lành mạnh được

thành lập với tư cách là đơn vị xử lý công việc (hay Ban Thư ký) được thành lập vào năm 1981, nằm trong Cục Kế hoạch kinh tế theo Luật điều tiết độc quyền và thương mại lành mạnh của Hàn Quốc. Đến năm 1994, Ủy ban Thương mại lành mạnh và Ban Thư ký được tách ra khỏi Cục Kế hoạch kinh tế thành một cơ quan độc lập trực thuộc Thủ tướng Chính phủ, nhưng người đứng đầu Ủy ban chỉ tương đương với Thứ trưởng các Bộ. Đến năm 1996, người đứng đầu Ủy ban có hàm Bộ trưởng. Từ khi thành lập, chức năng, nhiệm vụ của Ủy ban Thương mại lành mạnh ngày càng được bổ sung theo quá trình ban hành các luật trong lĩnh vực cạnh tranh và cùng với đó thẩm quyền của Ủy ban cũng ngày càng được nâng cao.

Ủy ban Thương mại lành mạnh có chức năng như là một cơ quan bán tư pháp (vừa là cơ quan quản lý Nhà nước vừa là cơ quan tư pháp). Cơ cấu tổ chức của KFTC gồm có một Ủy ban - cơ quan ra quyết định, và một Ban Thư ký - cơ quan giải quyết công việc.

Ủy ban gồm có 9 thành viên: Chủ tịch, Phó chủ tịch, 3 ủy viên thường trực, 4 ủy viên không thường trực (gồm cả các luật gia và các nhà kinh tế). Ủy ban chịu trách nhiệm nghiên cứu và ra quyết định về các vấn đề cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng. Chủ tịch và Phó Chủ tịch Ủy ban do Thủ tướng Chính phủ đề cử và Tổng thống bổ nhiệm, còn các thành viên khác do Chủ tịch Ủy ban đề cử và Tổng thống bổ nhiệm. Nhiệm kỳ của các thành viên là 3 năm.

Ban Thư ký đứng đầu là Tổng thư ký. Ban Thư ký gồm các cục và 4 phòng khu vực (Busan, Gwangju, Daejeon, Daegu). Ban Thư ký trực tiếp soạn thảo và xây dựng các chính sách cạnh tranh hay điều tra về các vấn đề chống độc quyền và trình lên Ủy ban, thực thi các vấn đề này theo quyết định của Ủy ban.

Ủy ban Thương mại lành mạnh có 4 chức năng chính sau đây:

- Thúc đẩy cạnh tranh;
- Nâng cao quyền của người tiêu dùng;
- Xây dựng môi trường cạnh tranh cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ
- Hạn chế tập trung quyền lực kinh tế

Mô hình tổ chức của Ủy ban Thương mại lành mạnh được phác hoạ như sau:

a. Vụ Kế hoạch và quản trị: Vụ Kế hoạch và quản trị có rất nhiều nhiệm vụ, trong đó có một số nhiệm vụ quan trọng nhất là:

- Xây dựng, điều phối, điều chỉnh kế hoạch và chính sách quản lý cạnh tranh.
- Xây dựng và kiểm soát việc thực hiện ngân sách.
- Tổng hợp các vấn đề liên quan đến cạnh tranh trong kinh doanh.
- Xây dựng kế hoạch hoàn thiện bộ máy hành chính và chỉ đạo, kiểm soát thực hiện.
- Xây dựng và đảm bảo sự hoạt động của các thư viện tham khảo.
- Xây dựng và đảm bảo thực hiện kế hoạch tự động hoá văn phòng và vi tính hoá quản lý hành chính.
- Phát hành sách về luật pháp và các quy tắc liên quan đến quản lý cạnh tranh.



b. Cục chống độc quyền: Cục chống độc quyền chịu trách nhiệm về việc đảm bảo thực hiện luật pháp nhằm hạn chế việc tập trung kinh tế vào các tập đoàn kinh doanh (chaebols). Cục cũng giải quyết các vấn đề như kiểm soát sáp nhập, mua lại, xem xét cơ cấu thị trường độc quyền, các hoạt động nhằm nâng cao tính cạnh tranh ở các thị trường của các doanh nghiệp Nhà nước và các hoạt động điều tra những hành vi kinh doanh không lành mạnh. Nhiệm vụ chính bao gồm:

- Xây dựng và đảm bảo thực hiện các chính sách kiểm soát độc quyền; theo dõi các doanh nghiệp đang thống lĩnh thị trường và kiểm soát sự lạm dụng sức mạnh thị trường.
- Xây dựng và đảm bảo thực hiện các biện pháp nhằm làm suy yếu sự tập trung kinh tế; xác định ra 30 tập đoàn kinh doanh hàng đầu
- Kiểm soát sáp nhập
- Điều tra về các hoạt động kinh doanh không lành mạnh trong nước của các tập đoàn kinh doanh và các công ty cổ phần.

c. Cục Bảo vệ người tiêu dùng: Cục Bảo vệ người tiêu dùng một số nhiệm vụ cụ thể là:

- Xây dựng và đảm bảo thực hiện các chính sách bảo vệ người tiêu dùng;
- Kiểm tra quảng cáo
- Kiểm tra các hợp đồng được tiêu chuẩn hoá liên quan đến việc kinh doanh tài chính, bảo hiểm, phân phối.
- Giám sát hành vi bán hàng đa cấp

d. Luật sư trưởng: văn phòng của luật sư trưởng thực hiện rất nhiều nhiệm vụ liên quan đến sự hoạt động của Ủy ban và các vụ kiện. Đây cũng là nơi giải quyết các kháng án chống lại quyết định của KFTC. Luật sư trưởng có nhiệm vụ chính sau:

- Xây dựng chương trình xử kiện.
- Tiếp nhận và giải quyết các vụ kiện
- Tổ chức hội nghị của Ủy ban Thương mại.
- Rà soát lại những điều luật về thương mại trong nước và quốc tế, thu thập, phân tích và công bố những thông tin chuẩn mực về những phán quyết, án lệ .v.v
- Kiểm tra và hỗ trợ pháp lý trong các vụ án về cạnh tranh
- Tổng hợp các vụ kiện hành chính về cạnh tranh và điều hành văn phòng tư vấn hỗ trợ về các vấn đề liên quan đến việc truy tố hình sự.

đ. Cục Cạnh tranh: Cơ quan cạnh tranh có trách nhiệm thực hiện nhiệm vụ điều tra liên quan đến các hoạt động phối hợp thái quá, sự lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, việc duy trì giá bán lẻ, các hoạt động thương mại không lành mạnh, các hoạt động bị cấm của các liên minh thương mại, v.v. Một số nhiệm vụ cụ thể là:

- Điều tra về các hoạt động kinh doanh không lành mạnh
- Điều tra các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh của các doanh nghiệp, các hiệp hội và các tập đoàn thương mại.

e. Cục Hợp đồng thầu phụ: nhiệm vụ của Cục Hợp đồng thầu phụ là ngăn chặn những người ký hợp đồng chính không lợi dụng ưu thế của mình gây thiệt hại cho những người ký hợp đồng phụ trong hoạt động xây dựng, chế tạo và sửa chữa, điều tra những vi phạm luật hợp đồng thầu phụ.

g. Cục Chính sách cạnh tranh: Cơ quan quản lý về chính sách cạnh tranh có trách nhiệm chính sau:

- Xây dựng chính sách cơ bản liên quan đến luật cạnh tranh, nghiên cứu và phát triển các chính sách cạnh tranh; thúc đẩy sự phối hợp liên Bộ.

- Xây dựng chính sách về cạnh tranh quốc tế; thực hiện hợp tác song phương và xem xét các hợp đồng quốc tế.

- Hợp tác về chính sách cạnh tranh trong các tổ chức quốc tế như OECD, WTO, UNCTAD, v.v..

h. Cục Điều tra: Cơ quan điều tra chịu trách nhiệm

- Xây dựng kế hoạch điều tra và tập hợp thông tin.

- Tiến hành các hoạt động điều tra.

2.4. Mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh trực thuộc Bộ - Kinh nghiệm của Canada

Cục Cạnh tranh Canada là cơ quan trực thuộc Bộ Công nghiệp Canada. Người đứng đầu Cục là Cục trưởng được bổ nhiệm theo Luật Cạnh tranh. Bên cạnh thực thi Luật Cạnh tranh, Cục trưởng Cục Cạnh tranh còn có trách nhiệm thực thi các luật sau: Luật nhãn hiệu và đóng gói hàng hoá, Luật nhãn hiệu hàng dệt may, Luật ký mã hiệu kim loại quý.

Cơ cấu tổ chức của Cục Cạnh tranh Canada như sau:

a. Cục trưởng Cục Cạnh tranh: là người đứng đầu Cục Cạnh tranh, chịu trách nhiệm theo dõi và thực thi Luật Cạnh Tranh, Luật về nhãn mác và đóng gói hàng hóa, Luật nhãn mác kim loại quý và Luật Nhãn hiệu hàng dệt may.

b. Phòng Sáp nhập: chịu trách nhiệm xem xét, đánh giá hoạt động sáp nhập. Với các vụ sáp nhập mà tổng giá trị tài sản trên 400 triệu đô la, giá trị chuyển nhượng lớn hơn 35 triệu đô la, thì cần phải có hồ sơ gửi trước cho Phòng Sáp nhập.

c. Phòng Chấp hành và thực thi: Có nhiệm vụ phát triển các chương trình điều phối, thực thi có hiệu quả các chính sách của Cục, tuyên truyền giáo dục cho cộng đồng. Đồng thời Phòng còn chịu trách nhiệm lập kế hoạch, quản lý và xử lý thông tin.

d. Phòng Kinh tế và các vấn đề quốc tế: điều phối các hoạt động hợp tác quốc tế trong các diễn đàn quốc tế về chính sách cạnh tranh và là kênh liên lạc với đại diện các cơ quan chính phủ khác. Phòng cũng cung cấp các phân tích, tư vấn về kinh tế cho



các bộ phận khác để thực thi luật trong từng trường hợp cụ thể, từng vụ việc về chính sách cụ thể, về các thay đổi của luật pháp, và cả những can thiệp có tính chất điều tiết. Phòng cũng đưa ra các tư vấn về chính sách cạnh tranh và các đề xuất nhằm hỗ trợ chính phủ các nước khác.

đ. Phòng Các vấn đề dân sự: chịu trách nhiệm điều tra những hành động nghi vấn có yếu tố hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, nhà sản xuất khống chế người tiêu dùng, như là việc từ chối cung cấp hàng, giữ độc quyền kinh doanh, hay bán kèm điều kiện khắt khe. Trách nhiệm của Phòng là phải ra tay can thiệp trước khi các cơ quan điều tiết hay tòa cấp tỉnh, cấp liên bang tham gia vào.

e. Phòng Các vấn đề hình sự: có trách nhiệm điều tra các hành vi vi phạm có tính hình sự, chẳng hạn như thông đồng để định giá trên thị trường, móc ngoặc - gian lận trong đấu thầu, cơ chế phân biệt giá, phá giá, duy trì giá... Ngoài ra, Phòng còn phụ trách cả bộ phận Sửa đổi bổ sung Luật để đảm bảo là các điều khoản trong Luật Cạnh tranh và những chế định về dán nhãn mác thích hợp với thực tiễn.

g. Phòng Thương mại lành mạnh: có nhiệm vụ khuyến khích cạnh tranh lành mạnh trên thị trường thông qua các hướng dẫn chấp hành, các chương trình đào tạo cho cả nhà sản xuất lẫn người tiêu dùng. Phòng sẽ áp dụng những điều khoản trong Luật Cạnh tranh để giải quyết những vi phạm trong quảng cáo và những vụ gian lận khác. Ngoài ra còn quản lý việc thực thi Luật Cạnh tranh, cũng như Luật Đóng gói, nhãn hiệu, Luật nhãn mác kim loại và Luật nhãn hiệu hàng dệt may.

II. ĐIỀU TRA, XỬ LÝ VỤ VIỆC CẠNH TRANH

1

Các nguyên tắc chung trong tổ tụng cạnh tranh

Tổ tụng cạnh tranh là tổng hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh. Tổ tụng cạnh tranh có sự kết hợp giữa tổ tụng dân sự và tổ tụng hành chính.

Nguyên tắc tổ tụng cạnh tranh là những phương châm, những định hướng chi phối tất cả hoặc một số hoạt động tổ tụng cạnh tranh được các văn bản quy phạm pháp luật ghi nhận.

Luật Cạnh tranh là một đạo luật đầu tiên do Quốc hội ban hành đã bao gồm cả các

quy phạm về nội dung và quy phạm về hình thức. Là một đạo luật trong hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa, phần quy phạm về hình thức trong Luật Cạnh tranh chịu sự chi phối của các nguyên tắc chung của hệ thống pháp luật như mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật, .v.v.

1.1 Những nguyên tắc cụ thể của tổ tụng cạnh tranh

Luật Cạnh tranh cũng quy định những nguyên tắc cụ thể trong tổ tụng cạnh tranh sau đây:

a. Nguyên tắc bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa trong tổ tụng cạnh tranh¹⁹⁹

Nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa là nguyên tắc bao trùm nhất, được thể hiện trong tất cả các giai đoạn của tổ tụng cạnh tranh. Đây cũng đồng thời là nguyên tắc pháp lý cơ bản nhất trong hoạt động của cơ quan Nhà nước và công dân được ghi nhận ở Điều 12 của Hiến pháp 1992.

Trong tổ tụng cạnh tranh, nguyên tắc này đảm bảo cho việc điều tra, xử lý các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh một cách hiệu quả. Nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa được biểu hiện cụ thể trong tổ tụng cạnh tranh như sau:

- Cơ quan Quản lý cạnh tranh, Hội đồng Cạnh tranh và những người tham gia tổ tụng cạnh tranh khác phải nghiêm chỉnh tuân thủ những quy định của Chương V Luật Cạnh tranh về Điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh.

- Việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn hành chính, các biện pháp nghiệp vụ trong điều tra và các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh phải theo đúng quy định của pháp luật.

- Tất cả các quyết định của Cơ quan Quản lý cạnh tranh, của Hội đồng Cạnh tranh và Tòa án đều phải căn cứ vào quy định của pháp luật cạnh tranh.

b. Nguyên tắc tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân liên quan và bảo đảm bí mật kinh doanh của doanh nghiệp²⁰⁰

Khoản 3 Điều 56 Luật Cạnh tranh quy định: “Trong quá trình tiến hành tổ tụng cạnh tranh, điều tra viên, Thủ trưởng Cơ quan Quản lý cạnh tranh, thành viên Hội đồng Cạnh tranh trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình phải giữ bí mật kinh doanh của doanh nghiệp, tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân liên quan”.

Trong tổ tụng cạnh tranh, nguyên tắc này đảm bảo rằng việc áp dụng các biện pháp nhằm đạt được mục tiêu quản lý của Nhà nước không được xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp. Cụ thể, nguyên tắc này được thể hiện như sau:

- Tách chức năng điều tra và xử lý vụ việc cạnh tranh cho hai cơ quan khác nhau, theo đó Cơ quan quản lý cạnh tranh có nhiệm vụ điều tra các vụ việc cạnh tranh còn Hội đồng Cạnh tranh có nhiệm vụ tổ chức xử lý và giải quyết khiếu nại. Việc phân tách hai nhiệm vụ nêu trên cho hai cơ quan sẽ góp phần đảm bảo việc điều tra và xử lý vụ việc cạnh tranh được khách quan, trung thực.

- Một trong những nghĩa vụ quan trọng của điều tra viên khi tiến hành tổ tụng cạnh

⁽¹⁹⁹⁾Khoản 1, khoản 2 Điều 56 Luật Cạnh tranh.

⁽²⁰⁰⁾Khoản 3 Điều 56 Luật Cạnh tranh.



tranh là giữ bí mật kinh doanh của doanh nghiệp.

- Tất cả các giai đoạn trong tố tụng cạnh tranh đều có thời hạn rõ ràng.
- Trong quá trình tiến hành tố tụng cạnh tranh, các cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng gây thiệt hại cho tổ chức, cá nhân liên quan phải có trách nhiệm bồi thường.

c. Nguyên tắc bảo đảm quyền được luật sư bảo vệ²⁰¹

Quyền được luật sư bảo vệ được quy định nhằm bảo đảm cho những người có hành vi vi phạm pháp luật được bày tỏ thái độ trước những lời buộc tội, đưa ra chứng cứ cần thiết, lưu ý các cơ quan tiến hành tố tụng xem xét tình tiết minh oan hoặc giảm nhẹ cho bên bị khiếu nại, bị kiện, bị truy tố theo quy định của pháp luật.

Thực hiện quyền bào chữa của người có hành vi vi phạm pháp luật là điều kiện cần thiết giúp các cơ quan tiến hành tố tụng xử lý vụ việc đúng người, đúng pháp luật. Tuy nhiên từ trước tới nay, quyền được luật sư bảo vệ thường chỉ được chú trọng trong tố tụng trước toà án. Lần đầu tiên, tố tụng cạnh tranh với tư cách là một loại hình tố tụng hành chính - kinh tế đã thừa nhận nguyên tắc bảo đảm quyền được luật sư bảo vệ.

Thể hiện điều này Khoản 1 Điều 66 quy định Bên bị điều tra có quyền uỷ quyền cho luật sư tham gia tố tụng cạnh tranh. Tiếp đó, Khoản 2 Điều 67 quy định khi tham gia tố tụng cạnh tranh, luật sư có trách nhiệm giúp bên mà mình đại diện về mặt pháp luật để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ.

d. Nguyên tắc bảo đảm sự vô tư của những người tiến hành hoặc người tham gia tố tụng²⁰²

Có thể nói đây là một trong những nguyên tắc rất cơ bản của bất cứ quy trình tố tụng nào và tố tụng cạnh tranh không phải là ngoại lệ. Luật Cạnh tranh đã giành ra 2 điều để quy định về thủ tục từ chối giám định, phiên dịch hoặc đề nghị thay đổi người giám định, người phiên dịch và thẩm quyền quyết định việc thay đổi này (Điều 72, 73) và giành ra 2 điều để quy định về thủ tục từ chối tiến hành tố tụng cạnh tranh hoặc đề nghị thay đổi thành viên Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, thư ký phiên điều trần và thẩm quyền quyết định việc thay đổi này (Điều 84, 85). Ngoài ra, Điều 83 Luật Cạnh tranh cũng quy định rõ ràng những trường hợp phải từ chối hoặc thay đổi thành viên Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, điều tra viên, thư ký phiên điều trần, người giám định, người phiên dịch như sau:

- Là người thân thích với bên khiếu nại hoặc bên bị điều tra;
- Là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ việc cạnh tranh;
- Có căn cứ rõ ràng khác để cho rằng họ không vô tư khi làm nhiệm vụ.

Nguyên tắc này một mặt đảm bảo quyền lợi hợp pháp của các bên trong tố tụng, một mặt đảm bảo những người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng sẽ là những người vô tư nhất để quá trình tố tụng được diễn ra trung thực, khách quan.

đ. Nguyên tắc thành viên Hội đồng xử lý độc lập và chỉ tuân theo pháp luật²⁰³

Qua tổng kết nguyên lý hoạt động của các cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh của các nước trên thế giới, có thể rút ra mấy nguyên tắc sau đây:

⁽²⁰¹⁾Điều 66, 67 Luật Cạnh tranh.

⁽²⁰²⁾Điều 72, 73, 83, 84, 85 Luật Cạnh tranh.

⁽²⁰³⁾Khoản 1 Điều 80 Luật Cạnh tranh.

- Phải được trao đầy đủ quyền hạn,
- Hoạt động phải đảm bảo tính tin cậy cao,
- Phải đảm bảo việc hoạt động và ra quyết định một cách độc lập,
- Phải đảm bảo tính minh bạch trong thực thi nhiệm vụ.

Để đảm bảo cho Hội đồng cạnh tranh hoạt động và quyết định một cách độc lập, khoản 1 Điều 80 đã quy định “Khi giải quyết vụ việc cạnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật.”

Nguyên tắc này được hiểu là các thành viên của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh không thể cho bất cứ ai vì bất cứ lý do gì chi phối mà xử lý không đúng pháp luật. Khi xử lý vụ việc cạnh tranh, thành viên Hội đồng xử lý không được chỉ dựa vào quyết định, kết luận của Cơ quan Quản lý cạnh tranh mà phải tự mình nghiên cứu lại toàn bộ hồ sơ vụ việc, kết hợp với những chứng cứ mới thu được tại phiên điều trần để có kết luận riêng của mình đối với từng vấn đề. Nguyên tắc này đảm bảo cho Hội đồng xử lý thực hiện tốt các chức năng xử lý của mình theo quy định của pháp luật, đồng thời đề cao trách nhiệm của thành viên Hội đồng Cạnh tranh.

e. Nguyên tắc Hội đồng xử lý tập thể²⁰⁴

Để đảm bảo cho việc xử lý được thận trọng, khách quan chống độc đoán, Khoản 2 Điều 80 Luật Cạnh tranh quy định “Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh được Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh thông qua bằng cách biểu quyết theo đa số, trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định theo phía có ý kiến của Chủ tọa phiên điều trần”. Việc xử lý vụ việc cạnh tranh tại Hội đồng sẽ được tiến hành cụ thể như sau:

Chủ tịch Hội đồng Cạnh tranh thành lập Hội đồng xử lý gồm ít nhất 5 thành viên, trong đó có một thành viên làm Chủ tọa phiên điều trần, để giải quyết một vụ việc cụ thể.

Hội đồng xử lý sẽ tiến hành nghiên cứu hồ sơ, mở phiên điều trần và sau khi nghe những người tham gia phiên điều trần trình bày ý kiến và tranh luận, Hội đồng xử lý sẽ tiến hành thảo luận, bỏ phiếu kiến và quyết định theo đa số.

g. Nguyên tắc xử lý công khai²⁰⁵

Khoản 1 Điều 104 Luật Cạnh tranh đã ghi nhận nguyên tắc này như sau: “Phiên điều trần được tổ chức công khai. Trường hợp nội dung điều trần có liên quan đến bí mật quốc gia, bí mật kinh doanh thì phiên điều trần được tổ chức kín”.

Nguyên tắc xử lý công khai các vụ việc cạnh tranh góp phần vào việc giáo dục và nâng cao ý thức tôn trọng pháp luật của nhân dân, tạo điều kiện để nhân dân giám sát hoạt động của Hội đồng Cạnh tranh. Mặt khác nguyên tắc này có tác dụng nâng cao tinh thần trách nhiệm của thành viên Hội đồng xử lý trước cộng đồng doanh nghiệp.

h. Nguyên tắc bảo đảm quyền khiếu nại, tố cáo, khởi kiện trong tố tụng cạnh tranh²⁰⁶

Đây là một nguyên tắc rất đặc thù của tố tụng cạnh tranh. Thông thường tố tụng trước cơ quan tư pháp phải qua hai cấp xét xử. Tố tụng cạnh tranh được thực hiện trước cơ quan hành chính chỉ thực hiện một cấp điều trần và xử lý. Tuy nhiên, vì quyết định

⁽²⁰⁴⁾Khoản 2 Điều 80 Luật Cạnh tranh.

⁽²⁰⁵⁾Điều 104 Luật Cạnh tranh.

⁽²⁰⁶⁾Điều 107 Luật Cạnh tranh.



của Hội đồng Cạnh tranh vẫn là quyết định của cơ quan hành chính nên vẫn thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật khiếu nại tố cáo, tức là các bên liên quan có quyền khiếu nại lên cơ quan hành chính cấp trên trực tiếp. Trong thời hạn luật định, Bộ trưởng Bộ Thương mại (là cấp trên trực tiếp của Cơ quan Quản lý cạnh tranh) hoặc Hội đồng Cạnh tranh (là cấp trên trực tiếp của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh) sẽ chịu trách nhiệm giải quyết khiếu nại của các bên liên quan. Trường hợp các bên vẫn không nhất trí với quyết định giải quyết khiếu nại, Luật Cạnh tranh quy định các bên liên quan có quyền khởi kiện vụ án hành chính ra Tòa án nhân dân cấp tỉnh.

2

Quy trình, thời hạn điều tra

Điều tra vụ việc cạnh tranh là một giai đoạn trong tổ tụng cạnh tranh, theo đó, cơ quan quản lý cạnh tranh áp dụng các biện pháp nghiệp vụ cần thiết để xác định hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh và đối tượng thực hiện hành vi làm cơ sở cho việc xử lý của Hội đồng Cạnh tranh.

Điều tra vụ việc cạnh tranh được chia làm hai giai đoạn: điều tra sơ bộ và điều tra chính thức.

2.1. Điều tra sơ bộ

Điều tra sơ bộ vụ việc cạnh tranh được tiến hành trong thời hạn 30 ngày theo quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh trong những trường hợp sau đây²⁰⁷:

- Hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh đã được cơ quan quản lý cạnh tranh thụ lý;
- Cơ quan quản lý cạnh tranh phát hiện có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh.

Thời hạn điều tra sơ bộ không phân biệt đó là vụ việc hạn chế cạnh tranh hay cạnh tranh không lành mạnh. Thời hạn này bao gồm cả việc phân công điều tra viên, hoàn thành điều tra sơ bộ và kiến nghị Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh xử lý kết quả điều tra.

Nội dung của điều tra sơ bộ là phát hiện dấu hiệu vi phạm quy định của pháp luật cạnh tranh làm cơ sở cho việc điều tra chính thức. Trường hợp không phát hiện được dấu hiệu vi phạm quy định của pháp luật cạnh tranh thì Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh ra quyết định đình chỉ điều tra.

2.2. Điều tra chính thức

Điều tra chính thức là giai đoạn tiếp theo của giai đoạn điều tra sơ bộ sau khi điều tra viên đã phát hiện ra dấu hiệu vi phạm quy định của pháp luật cạnh tranh.

Nội dung của điều tra chính thức bao gồm²⁰⁸:

⁽²⁰⁷⁾Điều 86 Luật Cạnh tranh.

⁽²⁰⁸⁾Điều 89 Luật Cạnh tranh.

- Đối với vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế, nội dung điều tra bao gồm:

- + Xác minh thị trường liên quan;
- + Xác minh thị phần trên thị trường liên quan của bên bị điều tra;
- + Thu thập và phân tích chứng cứ về hành vi vi phạm.

- Đối với vụ việc cạnh tranh không lành mạnh, điều tra viên phải xác định căn cứ cho rằng bên bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Thời hạn điều tra chính thức phụ thuộc vào hành vi vi phạm là hành vi cạnh tranh không lành mạnh hay hành vi hạn chế cạnh tranh nhưng ít nhất là 90 ngày và dài nhất là 300 ngày²⁰⁹.

2.3 Điều tra bổ sung

Điều tra bổ sung là giai đoạn sau khi kết thúc điều tra chính thức, Cơ quan quản lý cạnh tranh chuyên toàn bộ báo cáo và hồ sơ vụ việc đến Hội đồng cạnh tranh. Tuy nhiên Hội đồng xử lý thấy rằng hồ sơ chưa đủ cơ sở pháp lý để xử lý và yêu cầu Cơ quan Quản lý Cạnh tranh phải điều tra bổ sung. Trong trường hợp này, Cơ quan Quản lý cạnh tranh sẽ có thêm 60 ngày để điều tra bổ sung²¹⁰.

Trường hợp trong quá trình điều tra vụ việc cạnh tranh, điều tra viên phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì phải kiến nghị ngay với Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh chuyển hồ sơ đến cơ quan có thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự.

Dấu hiệu tội phạm theo pháp luật Việt Nam bao gồm: tính nguy hiểm cho xã hội, tính có lỗi, tính trái pháp luật hình sự và tính phải chịu hình phạt. Như vậy, trong quá trình điều tra một vụ việc cạnh tranh, nếu điều tra viên thấy vụ việc có đầy đủ cả bốn dấu hiệu trên đây thì cần làm các thủ tục cần thiết để chuyển hồ sơ đến các cơ quan như cơ quan điều tra của Bộ Công an, cơ quan điều tra của Viện Kiểm sát.v.v. để khởi tố vụ án hình sự.

Tuy nhiên, nếu cơ quan tiếp nhận hồ sơ trong trường hợp trên đây thấy không đủ căn cứ để khởi tố vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự thì phải trả lại hồ sơ cho Cơ quan Quản lý Cạnh tranh để tiếp tục điều tra. Trong trường hợp này, thời hạn điều tra chính thức được tính lại kể từ ngày nhận lại hồ sơ.

3

Phiên điều trần

Mục 5 Chương V Luật Cạnh tranh đã giành 7 điều để quy định về phiên điều trần - một chế định đột phá trong hệ thống pháp luật của Việt Nam. Lần đầu tiên, pháp luật đã giao cho cơ quan hành chính Nhà nước thẩm quyền xử lý một vụ việc vi phạm pháp luật thông qua phiên điều trần, trong đó các bên liên quan sẽ có cơ hội được trình bày quan điểm và trao đổi trực tiếp với các bên tham gia tố tụng và người tiến hành tố tụng khác.

⁽²⁰⁹⁾Điều 90 Luật Cạnh tranh.

⁽²¹⁰⁾Điều 96 Luật Cạnh tranh.



Về phạm vi các vụ việc cạnh tranh được xử lý qua phiên điều trần, Điều 98 đã quy định tất cả các vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh đều phải được xử lý thông qua phiên điều trần. Nói một cách khác, các vụ việc vi phạm Luật Cạnh tranh liên quan đến các hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, lạm dụng vị trí độc quyền, tập trung kinh tế đều phải được xử lý thông qua phiên điều trần.

Ngay sau khi Hội đồng Cạnh tranh thụ lý hồ sơ vụ việc cạnh tranh, Chủ tịch Hội đồng sẽ thành lập Hội đồng xử lý vụ việc để trực tiếp giải quyết hồ sơ này. Hội đồng xử lý này sẽ có thời gian 30 ngày để nghiên cứu hồ sơ.

Trường hợp nhận thấy các chứng cứ thu thập được chưa đủ để xác định hành vi vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc sẽ trả hồ sơ để điều tra bổ sung.

Trường hợp xảy ra một trong ba sự kiện pháp lý sau đây, Hội đồng xử lý sẽ đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh:

Thứ nhất, thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh đề nghị đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh trong trường hợp không đủ chứng cứ chứng minh hành vi vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh và Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh xét thấy đề nghị đó là xác đáng;

Thứ hai, bên bị điều tra đã tự nguyện chấm dứt hành vi vi phạm, khắc phục hậu quả gây ra và bên khiếu nại tự nguyện rút đơn khiếu nại;

Thứ ba, bên bị điều tra đã tự nguyện chấm dứt hành vi vi phạm, khắc phục hậu quả gây ra và Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh đề nghị đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh.

Trường hợp thấy có đủ cơ sở để mở phiên điều trần, Hội đồng xử lý phải ra quyết định mở phiên điều trần.

Phiên điều trần được tổ chức công khai. Trường hợp nội dung điều trần có liên quan đến bí mật quốc gia, bí mật kinh doanh thì phiên điều trần được tổ chức kín. Sau khi nghe những người tham gia phiên điều trần trình bày ý kiến và tranh luận, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tiến hành thảo luận, bỏ phiếu kín và quyết định theo đa số.

Như trên đã đề cập, lần đầu tiên, pháp luật đã giao cho cơ quan hành chính Nhà nước xử lý một vụ việc vi phạm pháp luật thông qua phiên điều trần. Theo hệ thống pháp luật hiện hành về xử lý vi phạm đến trước thời điểm có Luật Cạnh tranh, các hành vi vi phạm pháp luật của Nhà nước chưa đến mức xử lý hình sự sẽ bị lập biên bản và xử phạt theo trình tự, thủ tục quy định tại Pháp lệnh xử lý vi phạm hành chính. Trong trường hợp này, người vi phạm không có nhiều cơ hội được trình bày quan điểm và trao đổi trực tiếp với cơ quan Nhà nước có thẩm quyền. Quyết định xử phạt trong nhiều trường hợp là quyết định hoàn toàn dựa trên phân tích một chiều vụ việc mà không có sự trao đổi lại.

Trong lĩnh vực cạnh tranh, Luật Cạnh tranh quy định trước khi ra quyết định xử lý vụ việc gây hạn chế cạnh tranh, Hội đồng xử lý phải tổ chức phiên điều trần với sự tham gia của thành viên Hội đồng xử lý, thư ký phiên điều trần; điều tra viên đã điều tra vụ việc cạnh tranh; bên bị điều tra; bên khiếu nại; luật sư và những người khác được ghi

trong quyết định mở phiên điều trần. Cơ chế này đã đảm bảo cho người vi phạm trong lĩnh vực hạn chế cạnh tranh có cơ hội trao đổi lại các vấn đề có liên quan đến vụ việc hạn chế cạnh tranh, tránh việc áp đặt ý chí đơn phương của cơ quan Nhà nước trên cơ sở áp dụng chưa thấu đáo pháp luật cạnh tranh.

4

Giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh

Vì Quyết định của Cơ quan Quản lý Cạnh tranh và Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh là quyết định của cơ quan hành chính nên nếu các bên liên quan không nhất trí với một phần hoặc toàn bộ nội dung của Quyết định thì có quyền khiếu nại lên cơ quan hành chính cấp trên trực tiếp. Điều 107 Luật Cạnh tranh quy định:

“1. Trường hợp không nhất trí một phần hoặc toàn bộ nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên có quyền khiếu nại lên Hội đồng Cạnh tranh.

2. Trường hợp không nhất trí một phần hoặc toàn bộ nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Thủ trưởng Cơ quan Quản lý cạnh tranh, các bên có quyền khiếu nại lên Bộ trưởng Bộ Thương mại.”

Hai quy định trên đảm bảo rằng những phần của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh bị khiếu nại thì chưa được đưa ra thi hành và trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ khiếu nại, Hội đồng Cạnh tranh hoặc Bộ trưởng Bộ Thương mại có trách nhiệm giải quyết khiếu nại theo thẩm quyền; trường hợp đặc biệt phức tạp, thời hạn giải quyết khiếu nại có thể được gia hạn, nhưng không quá ba mươi ngày²¹¹.

Khi một quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, bao gồm cả Quyết định của Cơ quan quản lý cạnh tranh và của Hội đồng Cạnh tranh, bị khiếu nại thì những nội dung bị khiếu nại chưa được đưa ra thi hành.

Thời hạn để Bộ trưởng Bộ Thương mại và Hội đồng Cạnh tranh giải quyết khiếu nại tối thiểu là 30 ngày và tối đa là 60 ngày. Như trên đã đề cập, Hội đồng xử lý là Hội đồng vụ việc, có ít nhất 5 thành viên trong tổng số 11 đến 15 thành viên của Hội đồng Cạnh tranh. Hội đồng xử lý là nơi quyết định trực tiếp với từng vụ việc. Khi Quyết định của Hội đồng xử lý bị khiếu nại thì toàn thể Hội đồng cạnh tranh có trách nhiệm xem xét, giải quyết khiếu nại đó.

Trường hợp vẫn không nhất trí với quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên liên quan có quyền khởi kiện vụ án hành chính đối với một phần hoặc toàn bộ nội dung của quyết định giải quyết khiếu nại ra Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có thẩm quyền²¹².

Ở đây, theo kinh nghiệm của các nước thì không phải Tòa án nào cũng có thể xem xét lại Quyết định của Cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh. Cụ thể, ở Nhật phải là Tòa án

²¹¹⁾Điều 111 Luật Cạnh tranh.

²¹²⁾Điều 115 Luật Cạnh tranh.



phúc thẩm Tokyo, ở Pháp phải là Toà phúc thẩm Paris,... Luật Cạnh tranh Việt Nam quy định việc xem lại Quyết định của Hội đồng Cạnh tranh là thẩm quyền của Toà án cấp tỉnh. Vấn đề này rất cần Toà án nhân dân tối cao có hướng dẫn cụ thể để có thể hạn chế phạm vi các Toà án cấp tỉnh có thể có thẩm quyền này. Vấn đề hạn chế cạnh tranh là một vấn đề đòi hỏi phải có kiến thức chuyên môn sâu nên nếu tất cả các toà án cấp tỉnh đều có quyền xem lại quyết định của Hội đồng Cạnh tranh thì rất dễ xảy ra tình trạng lẫn tránh pháp luật, ảnh hưởng đến hiệu lực thi hành các quyết định của Hội đồng Cạnh tranh.

5

Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh

Các quy phạm về xử lý vi phạm trong lĩnh vực cạnh tranh, đặc biệt là đối với các hành vi vi phạm về hạn chế cạnh tranh cũng là một trong những điểm đột phá nữa của Luật Cạnh tranh.

Từ trước tới nay, các hành vi vi phạm pháp luật trong các lĩnh vực đều được xử lý theo các khung phạt tiền đã được định trước. Cách tiếp cận này có ưu điểm là dễ dàng áp dụng trên thực tế. Tuy nhiên, cách tiếp cận này cũng có nhược điểm lớn là khung phạt tiền thường nhanh chóng lạc hậu theo thời gian nên trong nhiều trường hợp mức phạt tiền không còn tác dụng răn đe đối tượng có hành vi vi phạm.

Lần đầu tiên, Quốc hội đã cho phép áp dụng biện pháp phạt tiền theo tỉ lệ phần trăm trên doanh thu của doanh nghiệp vi phạm trong Luật Cạnh tranh. Cụ thể, Khoản 1 Điều 118 Luật Cạnh tranh quy định “đối với hành vi vi phạm quy định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế, cơ quan có thẩm quyền xử phạt có thể phạt tiền tối đa đến 10% tổng doanh thu của tổ chức, cá nhân vi phạm trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm.”

Cách tiếp cận này đảm bảo rằng biện pháp xử lý của Nhà nước sẽ không bị lạc lậu theo thời gian, công bằng trong việc áp dụng. Quan trọng hơn, việc Quốc hội quy định mức trần phạt tiền là 10% sẽ đảm bảo tính răn đe cao đối với các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh, góp phần phòng ngừa vi phạm pháp luật nói chung.

Ngoài các hình thức phạt chính là cảnh cáo hoặc phạt tiền, Luật Cạnh tranh còn quy định các hình thức phạt bổ sung và khắc phục hậu quả sau đây²¹³:

- Các hình thức xử phạt bổ sung:
 - + Thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề;
 - + Tịch thu tang vật, phương tiện sử dụng để vi phạm pháp luật về cạnh tranh.
- Các biện pháp khắc phục hậu quả:
 - + Cơ cấu lại doanh nghiệp lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường;

⁽²¹³⁾Điều 117 Luật Cạnh tranh.

- + Chia, tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất; buộc bán lại phần doanh nghiệp đã mua;
- + Cải chính công khai;
- + Loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng hoặc giao dịch kinh doanh;
- + Các biện pháp cần thiết khác để khắc phục tác động hạn chế cạnh tranh của hành vi vi phạm.

Riêng đối với hành vi vi phạm quy định về cạnh tranh không lành mạnh và các hành vi khác vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền xử phạt tiến hành phạt tiền theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính hoặc theo quy định của pháp luật có liên quan.

Là một đạo luật mang dáng dấp của Luật công, Luật Cạnh tranh sẽ không thể đi vào cuộc sống nếu không có đồng bộ các cơ quan thực thi và cưỡng chế thực thi. Chính vì vậy, Luật Cạnh tranh đã dành một điều (Điều 121) để quy định về việc thi hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh. Cụ thể, sau thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có hiệu lực pháp luật, nếu bên phải thi hành không tự nguyện thi hành, không khởi kiện ra Tòa án theo quy định tại Mục 7 Chương V Luật Cạnh tranh thì bên được thi hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền tổ chức thực hiện quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh thuộc phạm vi chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan đó. Các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền có thể kể ra ở đây chính là Cơ quan Quản lý cạnh tranh, Cơ quan đăng ký doanh nghiệp, Cơ quan đăng ký hợp đồng.v.v.

Trường hợp quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có liên quan đến tài sản của bên phải thi hành thì bên được thi hành có quyền yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành tổ chức thực hiện quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.



DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

- Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX (Hà Nội: NXB Chính trị Quốc gia, 2001).
- Luật Cạnh tranh
- Luật Đầu tư năm 2005
- Luật Doanh nghiệp năm 2005
- Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003
- Pháp lệnh chống bán phá giá hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam
- Pháp lệnh Giá
- Pháp lệnh Quảng cáo
- Nghị định số 110/2005/NĐ-CP ngày 24/08/2005 của Chính phủ về quản lý hoạt động bán hàng đa cấp.
- Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh.
- Nghị định số 120/2005/NĐ-CP ngày 30/9/2005 của Chính phủ quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực pháp luật cạnh tranh.
- Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 của Chính phủ về việc quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh Quảng cáo.
- Nghị định số 37/2006/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động xúc tiến thương mại.
- Nghị định số 54/2000/NĐ-CP ngày 3/10/2000 của Chính phủ về việc bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với bí mật kinh doanh, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại và bảo hộ quyền chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan tới sở hữu công nghiệp.
- Nghị định số 90/2001/NĐ-CP ngày 23/11/2001 của Chính phủ về việc trợ giúp phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa.
- Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Báo cáo đánh giá tình hình thi hành luật doanh nghiệp 1999, (Hà Nội: 2003).
- Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa Pháp (NXB Chính trị quốc gia, 1998).
- Bryan A. Garner, Black' Law Dictionary (St. Paul, 1999)
- Chỉ thị về khung khổ điều tiết chung đối với dịch vụ và mạng liên lạc điện tử (2002) OJ L108/33.
- CIDA - Bộ Thương mại Việt Nam, Luật Cạnh tranh Canada và bình luận (Hà Nội, 2004).
- CIDA, Luật Cạnh tranh Canada - Một số hướng dẫn thi hành (NXB Giao thông vận tải, 2006).
- D. Begg, S. Fischer, and R. Dornbusch, Economics (7th edn., McGraw-Hill, 2003).
- D. Hildebrand, "Trường phái châu Âu trong Luật Cạnh tranh EC" (2002) 25 World Competition 3.
- Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Kinh tế (NXB Công an nhân dân, 2003).
- Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình lý luận Nhà nước và pháp luật (NXB Công an Nhân dân, 2003).
- Đặng Vũ Huân, Chuyên đề về cạnh tranh, chống cạnh tranh không lành mạnh và kiểm soát độc quyền - Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (1996).
- Đặng Vũ Huân, Pháp luật về kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam (NXB chính trị Quốc gia, 2004).
- David W. Pearce, Từ điển Kinh tế học hiện đại (Hà Nội: tái bản lần 4, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, 1999).
- Dominique Brault, Chính sách và thực tiễn pháp luật cạnh tranh của Cộng hòa Pháp (Hà Nội: Tập 2, NXB chính trị Quốc gia, 2005).

- E.S.Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem* (Harvard University Press, 1957). F. M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3rd edn., Houghton Mifflin, 1990).
 - H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of competition and its Practice* (2nd edn., West Publishing Co, 1999).
 - Hiệp định Chống bán phá giá của WTO. J. Vickers and D. Hay, "The Economics of Market Dominance" in D. Hay and J. Vickers (eds.), *The Economics of Market Dominance* (OUP, 1987).
 - Lê Viết Thái, "Chính sách cạnh tranh một công cụ cần thiết trong nền kinh tế thị trường" trong *Tạp chí nghiên cứu kinh tế số 221/1996*.
 - Liên Hợp Quốc, *Bộ Quy tắc về cạnh tranh* (Hà Nội: sách dịch, 2001).
 - Luật chống cạnh tranh không lành mạnh Cộng hòa Liên bang Đức.
 - Nguyễn Ngọc Sơn, *Pháp luật chống bán phá giá hàng nhập khẩu tại Việt Nam - Những vấn đề lý luận và thực tiễn* (NXB Tư pháp, 2005).
 - OECD - WB, *Khuôn khổ cho việc xây dựng và thực thi Luật và chính sách cạnh tranh* (Hà Nội: sách dịch, 2004).
 - PGS. Nguyễn Như Phát & Ths. Bùi Nguyên Khánh, *Tiến tới xây dựng pháp luật về cạnh tranh và chống độc quyền trong điều kiện chuyển sang nền kinh tế thị trường* (Hà Nội: NXB Công an nhân dân, 2001)
 - PGS. Nguyễn Như Phát, TS. Trần Đình Hào, *Cạnh tranh và xây dựng pháp luật cạnh tranh hiện nay ở Việt Nam* (NXB Công an nhân dân, 2001).
 - Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế* (Hà Nội: NXB Đại học Quốc gia, 2004)
 - Sách trắng của Ủy ban về hiện đại hóa các quy tắc thực thi Điều 81 và 82 của Hiệp ước EC 1999 O C 132/1, *Executive Summary*.
 - T. Prosser, *Law and the Regulators* (OUP, 1997).
 - The concept of consumer surplus was first described by Alfred Marshall, *Principles of Economics*, (8th edn., Macmillan, 1920).
 - Trường ĐH Luật Hà nội, *Giáo trình Luật Thương mại* (NXB Công an nhân dân, 2001).
 - UNCTAD Secretariat, *Directory of Competition Authorities*, UN Doc. TD/B/COM.2/CLP/16, 14 January 2000.
 - UNCTAD, *Luật mẫu về cạnh tranh* (Hà Nội: sách dịch, 2003).
 - Viện Nghiên cứu Nhà nước và pháp luật, *Cạnh tranh và xây dựng pháp luật cạnh tranh ở Việt Nam hiện nay* (NXB Công an nhân dân, 2001).
 - Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế TW, *Các vấn đề pháp lý và thể chế về chính sách cạnh tranh và kiểm soát độc quyền kinh doanh* (NXB Giao thông vận tải, 2001).
 - Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển Tiếng Việt* (Hà Nội: NXB Khoa học xã hội, 1994).
 - Vũ Quốc Thúc, *Kinh tế học tập 3* (Sài Gòn, 1963-1964).
 - Walter Goode, *Từ điển Chính sách thương mại quốc tế* (sách dịch, NXB thống kê, 1997).
- website www.laodong.com.vn
website www.tuotitre.com.vn
website www.vnexpress.net
Báo Lao động
Báo Pháp luật TP Hồ Chí Minh
Thời Báo Kinh tế Việt Nam.



ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT

In 2.000 cuốn, tại Công ty.....

.....
Giấy chấp nhận kế hoạch xuất bản số

.....
Quyết định xuất bản số

.....
In xong và nộp lưu chiểu
Tháng năm 2010



DỰ ÁN MUTRAP DO LIÊN MINH CHÂU ÂU TÀI TRỢ
BỘ CÔNG THƯƠNG VIỆT NAM PHỐI HỢP THỰC HIỆN



GIÁO TRÌNH LUẬT CẠNH TRANH

Hiệu đính
PGS. TS. Lê Danh Vĩnh

Trình bày



Cuốn sách này được thực hiện với sự hỗ trợ tài chính của Liên minh châu Âu. Nội dung cuốn sách là quan điểm của các tác giả và hoàn toàn không thể hiện quan điểm chính thức của Liên minh châu Âu hay Bộ Công Thương.