

Quy định của pháp luật Việt Nam về thoả thuận hạn chế cạnh tranh: Một số bất cập và kiến nghị sửa đổi

Nguyễn Khánh Phương

Trường Đại học Kinh tế TP.HCM - khanhphuong@ueh.edu.vn

Ngày nhận: 08/06/2014	Tóm tắt Bài viết nghiên cứu các quy định của pháp luật VN về thoả thuận hạn chế cạnh tranh, trong đó tập trung chứng minh các quy định này đã không thực sự hiệu quả trong việc bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh và quyền lợi thiết thực của người tiêu dùng. Dựa trên cơ sở nghiên cứu các điều luật, phân tích các tình huống tiêu biểu và so sánh với quy định pháp luật của một số quốc gia khác, bài viết chỉ ra một số bất cập và thiếu sót, đồng thời cố gắng kiến nghị một số giải pháp nhằm sửa đổi và bổ sung các điều luật này.
Ngày nhận lại: 01/07/2014	
Ngày duyệt đăng: 05/08/2014	
Mã số: 0514-K-23	

Từ khóa: Thoả thuận hạn chế cạnh tranh, thoả thuận ngang, thoả thuận dọc, thoả thuận ngang nghiêm trọng, hiệp hội ngành nghề	Abstract: This paper reviews the regulations of Vietnam regarding anti-competitive agreements and focuses on proving that such regulations have not been absolutely useful for protecting a fair competition environment and consumers' legitimate interests. Based on research into provisions, analysis of case studies and comparison of laws of other nations, the paper shows inadequacies and shortcomings in Vietnamese regulations; and offers some recommendations in order to amend and implement these regulations.
Keywords: Anti-competitive agreement, horizontal agreement, vertical agreement, hardcore cartel, trade associations	

1. GIỚI THIỆU

Thoả thuận hạn chế cạnh tranh là một trong các loại hành vi hạn chế cạnh tranh được điều chỉnh bởi pháp luật cạnh tranh của đa số các quốc gia. Việc điều chỉnh này được coi là một phần không thể thiếu trong việc duy trì một thị trường trong sạch, cạnh tranh lành mạnh và hiệu quả. Pháp luật VN cũng xây dựng được một bộ quy định về thoả thuận hạn chế cạnh tranh; tuy nhiên, sau gần 10 năm, dường như hiệu quả thực thi không được như kì vọng của các nhà làm luật. Trong Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh VN của Cục Quản lí cạnh tranh & Cơ quan hợp tác quốc tế Nhật (2012), nhóm nghiên cứu đã chỉ ra những khó khăn, vướng mắc phát sinh từ chính quy định pháp luật về thoả thuận hạn chế cạnh tranh. Đồng quan điểm với nhóm nghiên cứu, nhưng trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ tập trung nghiên cứu ba vấn đề: (1) Sự thiếu vắng một định nghĩa chung về thoả thuận hạn chế cạnh tranh; (2) Sự không phù hợp của ngưỡng 30% thị phần kết hợp trên thị trường liên quan trong việc xác định một số thoả thuận hạn chế cạnh tranh; và (3) Sự không phù hợp trong danh mục các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện và có thể được miễn trừ. Không dừng lại ở việc tìm hiểu và so sánh quy định của VN với quy định của Liên minh châu Âu và Nhật, nghiên cứu mở rộng phạm vi so sánh tới quy định của một số nước phát triển khác, cũng như một số nước đang phát triển và đặc biệt là Luật mẫu về cạnh tranh của Tổ chức Thương mại và Phát triển Liên Hợp Quốc (UNCTAD). Đặt pháp luật cạnh tranh trong tương quan với các chính sách kinh tế và xã hội của VN, tác giả cố gắng lí giải những nguyên nhân dẫn tới sự ra đời của các quy định pháp luật về thoả thuận hạn chế cạnh tranh và những bất cập trong chính những quy định này. Bài viết kết luận không thể áp dụng một quy định cụ thể hoặc một bài học nhất định của bất kì một quốc gia nào vào VN và hy vọng quy định đó sẽ tương thích tuyệt đối với môi trường kinh tế, xã hội của VN. Vì thế, bài viết cố gắng phân tích, tổng hợp các bài học kinh nghiệm và đưa ra những khuyến nghị sửa đổi để nâng cao hiệu quả thực thi của quy định pháp luật VN về thoả thuận hạn chế cạnh tranh.

Bài viết được nghiên cứu trên cơ sở phương pháp so sánh pháp luật, phương pháp chuyên gia, phương pháp nghiên cứu các tình huống thực tế tiêu biểu.

2. MỘT SỐ BẤT CẬP LIÊN QUAN TỚI QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VN VỀ THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

2.1. Sự thiếu vắng một định nghĩa chung về thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Luật Cạnh tranh [1] và Nghị định số 116 [2] cũng như những văn bản quy phạm pháp luật hiện tại có liên quan chưa đưa ra một khái niệm hay định nghĩa rõ ràng để xác định thế nào là một thoả thuận hạn chế cạnh tranh. Thật vậy, mặc dù thoả thuận hạn chế cạnh tranh là một trong những hành vi hạn chế cạnh tranh và có thể được định nghĩa một cách gián tiếp như là: “Thoả thuận giữa hai hay nhiều doanh nghiệp nhằm làm giảm, làm sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường”; [3] thì vẫn chưa có câu trả lời rõ ràng cho những câu hỏi như: (1) Pháp luật cạnh tranh VN có điều chỉnh thoả thuận giữa các doanh nghiệp hoạt động ở các khâu khác nhau trong quá trình kinh doanh (chẳng hạn như: nhà sản xuất và nhà phân phối) hay chỉ ngăn cấm thoả thuận giữa các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh của nhau [4]; (2) Quyết định phi cạnh tranh của hiệp hội ngành nghề có bị xử lý theo Luật Cạnh tranh hay không; (3) Quyết định hoặc đề xuất có tính thông đồng, hay những hành vi tiến hành song song làm trái với quy định của pháp luật cạnh tranh có bị coi là thoả thuận hạn chế cạnh tranh không; hay thoả thuận hạn chế cạnh tranh phải là thoả thuận bằng lời nói hoặc phải được viết ra dưới dạng văn bản [5]; và (4) Làm giảm, làm cản trở và sai lệch cạnh tranh trên thị trường nên được hiểu là mục đích hay hậu quả của thoả thuận hạn chế cạnh tranh [6]. Những câu hỏi này quan trọng vì giúp chỉ ra bản chất của thoả thuận hạn chế cạnh tranh, và gọi tên các tiêu chí để xác định rằng liệu có tồn tại một thoả thuận hạn chế cạnh tranh hay không [7]. Quy định về thoả thuận hạn chế cạnh tranh trong Luật mẫu về cạnh tranh có thể được xem là một ví dụ hữu ích, bởi đã trả lời cho hầu hết các câu hỏi mấu chốt như: “Nghiêm cấm các thoả thuận sau đây, bất kể bằng miệng hay bằng văn bản, chính thức hay không chính thức giữa các công ty đang hoặc sẽ trở thành đối thủ cạnh tranh với nhau...” [8]. Điều 101 của Hiệp ước thành lập Liên minh châu Âu cũng là một ví dụ có tính chất tương tự: “Mọi thoả thuận giữa các doanh nghiệp, quyết định của hiệp hội các doanh nghiệp và mọi hành vi liên kết khác có thể ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước thành viên và có mục đích hoặc hệ quả ngăn cản, hạn chế hoặc làm sai lệch quy luật cạnh tranh trên thị trường của liên minh, đều bị coi là đi ngược lại với mục đích thành lập thị trường chung và bị cấm”.

Tại VN, có thể thấy việc thiếu vắng một định nghĩa chung đã khiến cho các nhà nghiên cứu cũng như cơ quan thực thi pháp luật khó tránh khỏi những bất đồng khi nhìn nhận và đánh giá thoả thuận hạn chế cạnh tranh từ góc độ pháp lý. Dựa vào danh

mục 8 loại thoả thuận được liệt kê theo Điều 8- Luật Cạnh tranh và mô tả chi tiết từ Điều 14 tới Điều 21 của Nghị định số 116, một số học giả cho rằng Luật Cạnh tranh đã không đề cập tới thoả thuận theo chiều dọc mà chỉ đề cập tới thoả thuận theo chiều ngang [9], một số lại nhận xét Điều 8 chỉ điều chỉnh thoả thuận ngang, còn “các thoả thuận dọc sẽ bị cấm khi nó được thực hiện bởi các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hay vị trí độc quyền (các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền)” [10]. Trái với các quan điểm trên, một số nhà nghiên cứu kết luận rằng Điều 8 Luật Cạnh tranh điều chỉnh cả thoả thuận theo chiều ngang và thoả thuận theo chiều dọc, có chăng vẫn còn sự khác biệt trong cách nhìn nhận khoản nào thuộc Điều 8 có thể xử lý thích đáng các vấn đề khác nhau của thoả thuận dọc mà thôi [11]. Một trong những yêu cầu của “một đạo luật tốt” [12] chính là tính rõ ràng, dễ hiểu. Những cách hiểu, cách lý giải khác nhau như ở trên đang đặt ra thách thức về tính rõ ràng trong quy phạm pháp luật liên quan tới thoả thuận hạn chế cạnh tranh.

Bên cạnh đó, cách liệt kê đồng thời mô tả chi tiết các hình thức thoả thuận hạn chế cạnh tranh như hiện nay khiến hạn chế phạm vi áp dụng của các điều luật. Các thoả thuận hoặc hành vi thông đồng của các doanh nghiệp dù có bản chất là làm giảm, làm cản trở và sai lệch cạnh tranh nhưng nếu nằm ngoài danh mục 8 hình thức thoả thuận hạn chế cạnh tranh được quy định, thì rõ ràng không chịu sự điều chỉnh của Luật Cạnh tranh [13]. Cơ quan quản lý cạnh tranh do thiếu các tiêu chí chung mang tính nguyên tắc để xác định thế nào là một thoả thuận hạn chế cạnh tranh, cũng không có căn cứ, cơ sở pháp lý để điều tra, phân tích và kết luận một thoả thuận là hạn chế cạnh tranh nếu nằm ngoài danh sách 8 thoả thuận kể trên, mặc dù có dấu hiệu rõ ràng mục đích hoặc hậu quả của thoả thuận là phi cạnh tranh. Hơn nữa, đặt trong thực tiễn biến đổi không ngừng, tính cạnh tranh trên thương trường dường như chưa bao giờ giảm sút, 8 hình thức thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo quy định của pháp luật VN có thể không còn đủ tính linh hoạt và dự báo để điều chỉnh các hình thức thoả thuận mới tinh vi hơn được các doanh nghiệp sử dụng nhằm liên kết, dàn xếp về giá cả, khách hàng; duy trì thị phần và lợi nhuận kinh doanh trên thị trường.

Do vậy, bằng cách tiếp cận không đặt ra các tiêu chí chung mà chỉ liệt kê đồng 8 loại thoả thuận hạn chế cạnh tranh, quy phạm pháp luật liên quan tới thoả thuận hạn chế cạnh tranh có thể sẽ không có được hiệu quả thực thi như kì vọng ban đầu của các nhà làm luật.

2.2. Sự không phù hợp của ngưỡng 30% “thị phần kết hợp trên thị trường liên quan” trong việc xác định một số thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Trong số 8 hành vi được liệt kê tại Điều 8- Luật Cạnh tranh, ngoài ba trường hợp bị cấm tuyệt đối, các thoả thuận còn lại chỉ bị cấm khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận trên thị trường liên quan từ 30% trở lên. Nói cách khác, thị phần kết hợp của các bên tham gia thoả thuận trên thị trường liên quan được xem là cơ sở duy nhất để đánh giá một thoả thuận có phải là thoả thuận hạn chế cạnh tranh hay không, mà không cân nhắc giữa các tác động tích cực và tiêu cực của thoả thuận [14].

Lí do trước tiên của quy định này được giải thích, có lẽ vì dưới góc nhìn của nhà làm luật VN, thị phần là cơ sở để xác định khả năng doanh nghiệp có thể chi phối tới thị trường; và với mức thị phần trên thị trường liên quan từ 30% trở lên, doanh nghiệp đã được xem là có sức mạnh thị trường - khả năng can thiệp tới giá cả thị trường của một hoặc nhiều loại hàng hóa hoặc dịch vụ mà doanh nghiệp đó mua hay bán [14]. Theo đó, có thể cho rằng các thoả thuận giữa những doanh nghiệp chiếm tổng thị phần trên thị trường liên quan từ 30% trở lên mới có khả năng tạo ra “Hệ quả bất lợi đáng kể đến cạnh tranh” [15]. Lí do này dường như không mấy thuyết phục bởi hai vấn đề: Một là, thị phần vốn không được xem là đại diện duy nhất, toàn diện và xác đáng trong việc tính toán sức mạnh thị trường; Hai là, khó có thể chứng minh, dưới mức 30% các thoả thuận được quy định sẽ không hoặc ít có tác động đáng kể đến cạnh tranh và trên mức 30% thì chắc chắn các thoả thuận này sẽ ngăn cản hoặc hạn chế cạnh tranh. Đầu tiên, sức mạnh thị trường phụ thuộc vào hai yếu tố: Độ co giãn về cầu của thị trường, và khả năng hoán đổi sức mua đối với bất cứ sản phẩm tăng thêm nào của đối thủ cạnh tranh [16]. Yếu tố thứ hai phản ánh sự kết hợp trong độ co giãn về cung của các đối thủ cạnh tranh cộng với thị phần của doanh nghiệp [16]. Nhưng để tính toán được độ co giãn về cầu của thị trường và độ co giãn về cung của các đối thủ cạnh tranh lại là một thách thức. Kết quả là rất khó xác định được sức mạnh thị trường nếu chỉ dựa vào thị phần [16]. Cần nói thêm rằng không thể chỉ dựa vào mức thị phần 30% để quyết định doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp thông đồng ký kết thoả thuận là có sức mạnh thị trường mà còn phải dựa vào hàng loạt các yếu tố quan trọng khác như rào cản gia nhập thị trường, rào cản mở rộng, việc chiếm lĩnh công nghệ cao... và những yếu tố này có thể thay đổi tùy thuộc vào từng loại thị trường khác nhau [17]. Nói cách khác, thị phần dường như không phải là yếu tố chính xác và duy nhất để tính sức mạnh thị trường.

Hai là, không phải trong mọi trường hợp, thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các bên tham gia thoả thuận trên mức 30% là thoả thuận được quy định sẽ phản cạnh tranh và thị phần dưới 30% là thoả thuận đó sẽ không thể có ảnh hưởng đến thị trường [18]. Hậu quả ngăn cản và hạn chế cạnh tranh phụ thuộc vào tính chất của từng loại thoả thuận, và thậm chí với cùng một loại thoả thuận, các tình huống thực tiễn khác nhau cũng có thể ảnh hưởng tới việc đánh giá liệu một doanh nghiệp thực sự có sức mạnh thị trường gây cản trở cạnh tranh hay không. Có thể lấy hợp đồng hợp tác làm ví dụ. Các bên hợp tác trong hợp đồng này để cùng nhau sản xuất một loại hàng hóa hay cung cấp một loại dịch vụ; có thể thống nhất với nhau mức giá, phân chia sản lượng và thị trường tiêu thụ. Đa phần hiệu quả thúc đẩy và nâng cao cạnh tranh là không thể chối cãi, thậm chí có thể vượt xa hậu quả ngăn cản cạnh tranh có thể có [19]. Hợp tác mua hoặc nhập khẩu cùng một loại nguyên vật liệu có thể giảm chi phí vận chuyển, chi phí hải quan... và do đó giảm giá thành sản phẩm cung cấp cho khách hàng. Vì thế, pháp luật một số quốc gia như Mỹ không nghiêm cấm tuyệt đối loại thoả thuận này cho dù đó là sự liên kết giữa các đối thủ cạnh tranh với nhau và thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các bên có thể từ 30% trở lên [20]. Còn pháp luật cạnh tranh của Liên minh châu Âu thì đặt ra mức thị phần kết hợp khác nhau cho từng loại thoả thuận hợp tác khác nhau. Đối với hợp đồng nghiên cứu và phát triển (R&D), mức thị phần kết hợp trên thị trường liên quan là 25%, còn đối với hợp đồng liên kết cùng mua hoặc cùng bán thì mức thị phần kết hợp trên thị trường liên quan là 15% [21]. Cũng cần nhấn mạnh thêm rằng trong vụ Jefferson Parish, Tòa án Tối cao Mỹ đã tuyên bố chỉ duy nhất yếu tố 30% thị phần sẽ là không đủ để thiết lập một loại sức mạnh thị trường- điều cần thiết để bắt đầu áp dụng nguyên tắc mặc nhiên vi phạm (Per Se Rule) đối với trường hợp bán kèm [22]. Cụ thể hơn, một hợp đồng bán kèm sẽ chỉ bị coi là vi phạm nếu nó ngăn cản, hạn chế cạnh tranh ở khía cạnh ép buộc người mua phải thực hiện việc mua kèm. Khi người mua không đồng ý, hợp đồng giữa người mua và người bán sẽ không được ký kết. Trong vụ việc này, Tòa án xét thấy dù bệnh viện có hay không hợp đồng cung cấp dịch vụ gây mê đi kèm, thì người bệnh vẫn có xu hướng sử dụng dịch vụ gây mê của công ty mà bệnh viện chỉ định. Lí do nằm ở hoàn cảnh thực tế rằng: (1) Người bệnh không có nhu cầu so sánh giá cả của dịch vụ gây mê này với dịch vụ gây mê của một công ty khác, vì dù với giá nào đi nữa thông thường bảo hiểm sức khỏe sẽ trả chi phí này cho họ; và (2) Người bệnh thiếu thông tin hữu ích để so sánh chất lượng dịch vụ chăm sóc y tế của bệnh viện đối thủ cạnh tranh. Kết quả vì giá cả không phải là mối bận tâm nên bệnh nhân sẽ không ép họ phải sử dụng dịch

vụ gây mê của bác sĩ mà họ không muốn. Tương tự, nếu các bệnh nhân không thể đánh giá được chất lượng dịch vụ gây mê thì mọi bác sĩ gây mê có chứng chỉ nghề nghiệp đều không có gì khác biệt dù bệnh viện có hay không có hợp đồng cung cấp dịch vụ gây mê đi kèm [23]. Như vậy, vụ việc này và cách lập luận của Tòa án Tối cao Mỹ một lần nữa minh chứng rằng ngưỡng 30% thị phần không thể là một yếu tố duy nhất để xác định sức mạnh thị trường, mà chính bản chất của thoả thuận đặt trong mỗi tình huống cụ thể mới là yếu tố quyết định liệu thoả thuận có hạn chế cạnh tranh hay không.

Lí do thứ hai giải thích cho quy định về ngưỡng 30% có thể là để bảo vệ các doanh nghiệp nhỏ và vừa trong môi trường cạnh tranh khốc liệt mà ở đó các doanh nghiệp này đa phần ở vào vị trí bất lợi, làm ăn khó khăn, thậm chí bị phá sản [24]. Bởi vì, mặc dù mục tiêu chính của chính sách cạnh tranh là nhằm tăng cường hiệu quả kinh tế và đảm bảo cũng như mở rộng các lựa chọn cho người tiêu dùng, nhưng cũng phải lưu ý rằng các chính sách cạnh tranh không thể được đặt riêng lẻ mà phải xem xét trong tương quan với các chính sách khác của chính phủ. Có nghĩa là trong một vài trường hợp, các nhà làm luật buộc phải ưu tiên những lợi ích khác trước các mục đích kể trên của pháp luật cạnh tranh; và việc bảo hộ các doanh nghiệp vừa và nhỏ là một trong những trường hợp như thế. Bảo hộ cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa đồng nghĩa với việc bảo đảm hơn 40% GDP cả nước, bảo vệ hơn một triệu cơ hội việc làm mới mỗi năm cho trên 50% lao động xã hội, giúp xóa đói giảm nghèo, tăng cường an sinh xã hội [25]. Bảo vệ doanh nghiệp nhỏ và vừa có ý nghĩa quan trọng, nhưng quy định ngưỡng thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% có thể sẽ không chính xác để đạt được mục tiêu này, bởi vì khó đánh giá quy mô doanh nghiệp khi chỉ thông qua thị phần của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật VN. Trong khi, quy mô doanh nghiệp được tính toán dựa trên số lao động và tổng số vốn thực tế của doanh nghiệp, thì thị phần của doanh nghiệp phụ thuộc vào doanh thu hoặc doanh số mua vào của doanh nghiệp và tổng doanh thu hoặc tổng doanh số mua vào của tất cả doanh nghiệp trên thị trường liên quan [26]. Hệ thống pháp luật một số quốc gia như Liên minh châu Âu và Singapore đã trực tiếp quy định doanh nghiệp nhỏ và vừa là một trong những trường hợp miễn trừ song song với tổng thị phần kết hợp của các bên, hoặc đi kèm điều kiện về tổng thị phần kết hợp là quy định về doanh thu của các bên tham gia thoả thuận, thay vì chỉ quy định tổng thị phần như quy định của pháp luật VN [27].

Cuối cùng, mượn góc nhìn của UNCTAD, có thể lí giải rằng mốc 30% được quy định trong Luật Cạnh tranh VN không phải để phân biệt một thoả thuận hạn chế cạnh

tranh với một thoả thuận thúc đẩy cạnh tranh mà là mốc phân định một thoả thuận phân cạnh tranh ở mức độ “có thể chấp nhận” so với những thoả thuận còn lại [28]. Nhưng nếu như vậy thì có thể quy định của pháp luật VN đã nói rộng phạm vi “có thể chấp nhận” này hơn nhiều so với quy định của pháp luật một số quốc gia khác. Do không phân biệt rõ ràng giữa thoả thuận ngang và thoả thuận dọc, mức 30% có thể hiểu là mức thị phần kết hợp trên thị trường liên quan được áp dụng chung cho cả thoả thuận ngang và thoả thuận dọc. Trong khi đó, theo quy định của Liên minh châu Âu, dưới mức 10% đối với các thoả thuận ngang và dưới 15% đối với các thoả thuận dọc là có thể đảm bảo thoả thuận tạo ra những hệ quả không lớn cho cạnh tranh (De Minimis Rule) [29]; Singapore áp dụng mức 20% đối với những thoả thuận giữa các đối thủ cạnh tranh với nhau; và 25% đối với những thoả thuận giữa các bên không phải đối thủ cạnh tranh [30].

Tóm lại, mức 30% thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các bên tham gia thoả thuận có thể là không phù hợp để xác định một số thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị nghiêm cấm theo quy định của pháp luật VN.

2.3. Sự không phù hợp trong danh mục các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện và có thể được miễn trừ

Nghiên cứu các quy định của pháp luật VN hiện nay về thoả thuận hạn chế cạnh tranh được hưởng ngoại lệ và miễn trừ, có thể nhận thấy một số điểm bất hợp lý. Thứ nhất, dường như tồn tại mâu thuẫn trong nội dung Điều 8 và Điều 10. Một trong những thoả thuận được phép hưởng miễn trừ chính là “thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư” [31]; trong khi đó hai trong những điều kiện được hưởng miễn trừ lại là: “thúc đẩy tiến bộ kỹ thuật, công nghệ, nâng cao chất lượng hàng hoá, dịch vụ”[32]; và “thúc đẩy việc áp dụng thống nhất các tiêu chuẩn chất lượng, định mức kỹ thuật của chủng loại sản phẩm”[33]. Liệu có thể có lí khi lập luận rằng thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ hay hạn chế đầu tư đi ngược lại hai tiêu chí hưởng miễn trừ kể trên, nhưng lại có thể thoả mãn các tiêu chí miễn trừ còn lại. Dường như câu trả lời là không. Bởi lẽ khó có thể thuyết phục rằng thoả thuận hạn chế kỹ thuật có thể làm tăng hiệu quả kinh doanh hoặc nâng cao vị thế của doanh nghiệp nhỏ và vừa, cũng như củng cố sức mạnh của doanh nghiệp VN trên trường quốc tế. Thêm nữa, công nghệ cao vốn được xem là chìa khóa cho bài toán hạ giá thành, tăng cường chất lượng sản phẩm cho người tiêu dùng. Cho nên bản chất của thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ vốn đi ngược lại mục đích của cạnh tranh và do đó

nên bị xếp vào danh mục các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị nghiêm cấm tuyệt đối, không được phép hưởng ngoại lệ hay miễn trừ [34].

Thêm nữa, hầu hết các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện đều là thoả thuận ngang nghiêm trọng (Hardcore Cartel), như: thoả thuận ấn định giá, thoả thuận hạn chế sản lượng và thoả thuận phân chia thị trường. Những thoả thuận này mặc nhiên bị nghiêm cấm tại nhiều hệ thống luật (Per Se Illegal), nay lại được áp dụng quy định loại trừ đối với những thoả thuận mà thị phần kết hợp từ 30% trở lên và miễn trừ nếu đáp ứng đủ điều kiện theo quy định của Luật Cạnh tranh VN [35]. Cần thiết phải nhấn mạnh rằng không phải vô lí mà các quốc gia đều có xu hướng nghiêm cấm tuyệt đối loại thoả thuận ngang nghiêm trọng [36], hoặc hạn chế tối đa phạm vi áp dụng các trường hợp miễn trừ đối với loại thoả thuận này. Chỉ xét trên khía cạnh làm tăng giá thành sản phẩm, nghiên cứu gần đây trên một số lượng lớn các thoả thuận hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng đã chỉ ra ảnh hưởng của nhóm thoả thuận này đối với việc tăng giá trung bình từ 20-30% [37]. Vấn đề đặt ra là cho dù thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận có là 30% hay ít hơn, thì người tiêu dùng luôn có nguy cơ bị mất cơ hội được mua sản phẩm với mức giá cạnh tranh và chất lượng cao hơn khi không có sự cấu kết. Thật vậy, trong vụ việc 19 doanh nghiệp bảo hiểm, không ai có thể khẳng định hoàn toàn rằng nếu số doanh nghiệp tham gia vào thoả thuận ít hơn con số 19 và thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp là ít hơn 30% thì sẽ không có người tiêu dùng nào bị thiệt hại vì lựa chọn mức phí bảo hiểm tiêu chuẩn với ô tô cao hơn mức thông thường [38]. Đối diện với vấn đề này, có lẽ một lần nữa các nhà làm luật VN cần cân nhắc tác hại của thoả thuận ngang nghiêm trọng và quyền lợi người tiêu dùng, để sửa đổi, loại bỏ thoả thuận ngang nghiêm trọng ra khỏi danh sách các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện và có thể được miễn trừ.

Thứ ba, cần lưu ý rằng hiện nay chưa có một quy định nào của pháp luật VN hướng dẫn cũng như giải thích cụ thể các điều kiện miễn trừ quy định tại Điều 10, Luật Cạnh tranh. Vì vậy, cùng với việc cơ quan quản lý cạnh tranh có nhiều cơ hội hơn xem xét và quyết định thoả thuận nào được miễn trừ, thoả thuận nào không; hiệu quả của Luật Cạnh tranh vì thế có thể sẽ không được đảm bảo do pháp luật thiếu tính rõ ràng [39] và tính minh bạch, tương tự như trường hợp của pháp luật cạnh tranh Tunisia.

Như vậy, quy định của pháp luật VN về thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện và có thể được miễn trừ, có một số điểm bất hợp lý, thậm chí mang tính chất khác biệt so với quy định của hầu hết các quốc gia trên thế giới.

3. KẾT LUẬN

Không thể có một đạo luật cạnh tranh mẫu hoặc một nhóm các quy định mẫu nào thích hợp và có thể áp dụng một cách hiệu quả tại tất cả các quốc gia trên thế giới. Bởi lẽ mỗi quốc gia có một bối cảnh pháp lý khác nhau và mỗi nhà làm luật trong quốc gia đó đều phải cân nhắc, suy xét từng mục tiêu cũng như thứ tự ưu tiên khác nhau tại từng thời kì. Tuy vậy, việc tham khảo hướng dẫn của UNCTAD, khuyến nghị của OECD, so sánh đối chiếu với pháp luật của Mỹ, Liên minh châu Âu, một số quốc gia phát triển khác cũng như một số quốc gia đang phát triển có thể gợi mở những giải pháp hữu ích cho VN trong việc điều chỉnh hiệu quả thoả thuận hạn chế cạnh tranh. Những khuyến nghị sửa đổi có thể được rút ra từ những nghiên cứu và phân tích ở trên, bao gồm:

Thứ nhất, cần thiết bổ sung vào nội dung Điều 8- Luật Cạnh tranh một định nghĩa về thoả thuận hạn chế cạnh tranh. Trong đó, phải chỉ rõ những yếu tố thiết yếu nhằm xác định thế nào là thoả thuận hạn chế cạnh tranh.

Thứ hai, cùng với việc đánh giá lại mức độ tác hại nghiêm trọng của từng loại thoả thuận hạn chế cạnh tranh, cũng nên đánh giá lại tầm quan trọng của mỗi mục tiêu ưu tiên (như: bảo hộ doanh nghiệp nhỏ và vừa, đảm bảo khả năng lựa chọn mức giá và chất lượng hàng hóa tốt nhất cho người tiêu dùng...) nhằm đặt ra mức ngoại lệ phù hợp cho từng loại thoả thuận; thay vì một mức duy nhất- 30% thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các bên tham gia thoả thuận. Theo đó, Điều 9 phải được thiết kế lại. Trong đó, thoả thuận hạn chế phát triển kĩ thuật, công nghệ và các thoả thuận ngang nghiêm trọng như thoả thuận ấn định giá, thoả thuận phân chia thị trường tiêu thụ, thoả thuận hạn chế hoặc kiểm soát sản lượng cần được bổ sung vào danh mục cấm tuyệt đối tại khoản 1. Mức 30% thị phần kết hợp trên thị trường liên quan trong khoản 2 Điều 9 nên được sửa đổi, bổ sung thành hai ngưỡng khác nhau áp dụng riêng lẻ cho thoả thuận ngang và thoả thuận dọc. Thêm nữa, để các doanh nghiệp nhỏ và vừa thực sự được bảo đảm tăng cường sức cạnh tranh, khoản 2 Điều 9 cũng có thể quy định loại trừ trực tiếp các trường hợp mà doanh nghiệp nhỏ và vừa là các bên tham gia thoả thuận hạn chế cạnh tranh.

Thứ ba, các trường hợp miễn trừ cũng phải được giải thích cụ thể trong Nghị định hoặc trong hướng dẫn của Cục Quản lý cạnh tranh để đảm bảo tính rõ ràng, minh bạch trong quy định pháp luật ■

Chú thích

- [1] Quốc hội nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa VN (2004), *Luật Cạnh tranh số 27/2004/QH11 do Quốc hội khoá XI, kì họp thứ 6 ban hành ngày 03/12/2004*.
- [2] Chính phủ nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa VN (2005), *Nghị định số 116/2005/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh do Chính phủ ban hành ngày 15/09/2005*.
- [3] Cục Quản lý cạnh tranh, Trung tâm đào tạo điều tra viên (2012), *Giáo trình đào tạo luật và chính sách cạnh tranh*: 26, Hà Nội.
- [4] Cục Quản lý cạnh tranh & Cơ quan Hợp tác Quốc tế Nhật (2012), *Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh VN*, 6-13, [<http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1415&CatelID=157>, truy cập ngày 15/10/2012]; và United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2012), *Model Law on Competition – Chapter III*, 5-6, Căn cứ theo mối quan hệ giữa các chủ thể kinh doanh tham gia vào thoả thuận, pháp luật cạnh tranh của đa số các quốc gia trên thế giới có thể phân chia thoả thuận hạn chế cạnh tranh thành thoả thuận theo chiều ngang và thoả thuận theo chiều dọc. Thoả thuận theo chiều ngang là thoả thuận giữa các doanh nghiệp trong cùng ngành hàng và cùng khâu của quá trình kinh doanh. Nói cách khác, đó chính là thoả thuận giữa những đối thủ cạnh tranh với nhau. Khác với thoả thuận theo chiều ngang, thoả thuận theo chiều dọc là thoả thuận giữa nhiều chủ thể kinh doanh hoạt động ở những khâu khác nhau trong quá trình sản xuất, hoặc phân phối trên thị trường. Việc phân loại này quan trọng vì các thoả thuận ngang, đặc biệt là thoả thuận ấn định giá và hạn chế sản lượng, thông thường có ảnh hưởng nghiêm trọng tới cạnh tranh hơn các thoả thuận dọc. Theo đó, các quy định và hình phạt nghiêm khắc nhất thường được dành cho các thoả thuận ngang; trong khi, các trường hợp miễn trừ có nhiều khả năng dành cho các thoả thuận dọc.
- [5] Tòa án Mỹ đã từng phán xét một doanh nghiệp tham gia thông đồng với doanh nghiệp khác thông qua hành vi “nháy mắt dụng ý”. Xem *Esco Corp. v. United States*, 340 F.2D 1000, 1007 (9th Cir. 1965).
- [6] Elhauge, E. & D. Geradin (2011), *Global Competition Law and Economics*: 79, Oxford and Portland, Oregon. Theo Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), một thoả thuận có mục đích ngăn cản hoặc hạn chế cạnh tranh (như thoả thuận ấn định giá) sẽ vi phạm Điều 101(1) mà không cần phải xét tới hậu quả của thoả thuận đó.
- [7] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)(2012), *Model Law on Competition – Chapter III*, 3-4
- [8] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)(2012), *Model Law on Competition – Chapter III*, 2.
- [9] Tăng Văn Nghĩa (2009), *Giáo trình Luật Cạnh tranh*, 82, NXB Giáo dục VN.
- [10] Hà Thị Thanh Bình (2012), *Giáo trình pháp luật về cạnh tranh và giải quyết tranh chấp thương mại*: 156, Trường Đại học Luật TP.HCM, NXB Hồng Đức.

- [11] Trong khi Giáo trình Luật Cạnh tranh - Trường Đại học Luật Hà Nội nhận định tại trang 135: “Chỉ còn lại 2 loại thoả thuận quy định tại khoản 6 và 7 Điều 8 Luật Cạnh tranh (2004) có thể là thoả thuận theo chiều ngang hoặc thoả thuận theo chiều dọc - tùy thuộc vào việc các đối tượng tham gia thoả thuận có phải là đối thủ cạnh tranh của nhau hay không”, thì Trung tâm đào tạo điều tra viên thuộc Cục Quản lý cạnh tranh cho rằng: “Luật Cạnh tranh VN 2004 không trực tiếp xử lý các thoả thuận hạn chế độc. Trên thực tế, chỉ có 3 mục của Điều 8... có thể được hiểu theo hướng này, đó là mục 5 đến mục 7” (trang 83).
- [12] Fuller, L.L. (1969), *The Morality of Law* (Revised Edition), 39, New Haven and London: Yale University Press.
- [13] Cục Quản lý cạnh tranh & Cơ quan Hợp tác Quốc tế Nhật (2012), *Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh VN*, 5, [<http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1415&CateID=157>, truy cập ngày 15/10/2012].
- [14] Cục Quản lý cạnh tranh, Trung tâm đào tạo điều tra viên (2012), *Giáo trình đào tạo Luật và Chính sách cạnh tranh*, 28, Hà Nội.
- [15] Cục Quản lý cạnh tranh, Trung tâm đào tạo điều tra viên (2012), *Giáo trình đào tạo Luật và Chính sách cạnh tranh*, 67, Hà Nội.
- [16] Elhauge, E. & D. Geradin (2011), *Global Competition Law and Economics*, 283, Oxford and Portland, Oregon.
- [17] Elhauge, E. & D. Geradin (2011), *Global Competition Law and Economics*, 286, Oxford and Portland, Oregon.
- [18] Đối với trường hợp thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận là dưới 30% nhưng thoả thuận vẫn có khả năng gây cản trở hoặc hạn chế cạnh tranh.
- [19] Elhauge, E. & D. Geradin (2011), *Global Competition Law and Economics*, 82, Oxford and Portland, Oregon.
- [20] Elhauge, E. & D. Geradin (2011), *Global Competition Law and Economics*, 74 & 85, Oxford and Portland, Oregon.
- [21] Commission Regulation No 1218/2010 of 14 December 2010 on the Application Article 101(3) of the Treaty to Categories of Specialization Agreements, O.J. L 335/43; Commission Regulation No 1217/2010 of 14 December 2010 on the Application Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Research and Development Agreements, O.J. L 335/36.
- [22] Elhauge, E. & D. Geradin (2011), *Global Competition Law and Economics*, 285, Oxford and Portland, Oregon.
- [23] Jefferson Parish Hospital dist. no. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984) 466 U.S. 2, 26-29, [<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=466&invol=2#f44>].
- [24] Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc & Nguyễn Ngọc Sơn (2010), *Giáo trình Luật Cạnh tranh*: 96, Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP.HCM.
- [25] Hà Vương (2011), *Doanh nghiệp nhỏ và vừa VN: Lạc quan trước thêm năm mới*, [<http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Viet-nam-tren-duong-doi-moi/2011/389/Doanh-nghiep-nho-va-vua-Viet-Nam-Lac-quan-truoc-them-nam.aspx>, truy cập ngày 6/2/2011].
- [26] Luật Cạnh tranh (2004), Điều 3.2 và Nghị định số 56/2009/NĐ-CP ngày 30/6/2009 của Chính phủ về trợ giúp phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa, Điều 3.
- [27] Competition Commission of Singapore (2007), *CCS Guidelines on the Section 34 Prohibition*: 7, Singapore: CCS; European Commission (2012), “Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition under Article 81(1) of the Treaty Establishing the European Community (de minimis)” (2001/C 368/07), *Official Journal of the European Communities*, [<http://eur-lex.europa.eu/legal->

- content/EN/ALL/;jsessionid=v91qTh6GS17ZtqgqkZpt0n26Dh5Lx24vMdYG05TKpnRNYrbd
ddq!-1614442047?uri=CELEX:52001XC1222(03), truy cập ngày 22/12/2001].
- [28] UNCTAD (2002), *Application of Competition Law: Exemption and Exception*, UNCTAD Report.
- [29] European Commission (2012), “Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition under Article 81(1) of the Treaty Establishing the European Community (de minimis)” (2001/C 368/07), *Official Journal of the European Communities*, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/;jsessionid=v91qTh6GS17ZtqgqkZpt0n26Dh5Lx24vMdYG05TKpnRNYrbd
ddq!-1614442047?uri=CELEX:52001XC1222(03), truy cập ngày 22/12/2001].
- [30] Competition Commission of Singapore (2007), *CCS Guidelines on the Section 34 Prohibition*, 7, Singapore: CCS.
- [31] Luật Cạnh tranh (2004), Điều 8.4.
- [32] Luật Cạnh tranh (2004), Điều 10.1.b.
- [33] Luật Cạnh tranh (2004), Điều 10.1.c.
- [34] OECD (1998), *Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*.
- [35] Luật Cạnh tranh (2004), Điều 9.2 và 10.
- [36] Mỹ và Liên minh châu Âu áp dụng Per Se Rule khi xem xét thoả thuận ngang nghiêm trọng (hardcore cartels). Xem thêm Elhauge, E. & D. Geradin (2011), *Global Competition Law and Economics*, 74 & 79, Oxford and Portland, Oregon.
- [37] OECD (2005), *Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Council Recommendation*, 26.
- [38] Từ đầu tháng 10/2008, 19 doanh nghiệp bảo hiểm chiếm tới 99,79% thị trường bảo hiểm vật chất xe ô tô tại VN đã tham gia vào thoả thuận trong lĩnh vực bảo hiểm xe cơ giới để cùng thống nhất áp dụng các công thức tính phí chung với các tỉ lệ tính phí bảo hiểm cụ thể, đồng thời tăng mức phí bảo hiểm tiêu chuẩn với ô tô từ 1,3% lên mức 1,56% 1 năm (chưa tính thuế giá trị gia tăng). Xem thêm Cục Quản lý cạnh tranh, Trung tâm đào tạo điều tra viên (2012), *Giáo trình đào tạo Luật và Chính sách cạnh tranh*: 73, Hà Nội.
- [39] Murciego, G.M. (2013), *Cartel Exemptions in Developing Countries: Recent Work from the World Bank Group*: 7.

Tài liệu tham khảo

- Chính phủ nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa VN (2005), *Nghị định số 116/2005/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh do Chính phủ ban hành ngày 15/09/2005*.
- Chính phủ nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa VN (2009), *Nghị định số 56/2009/NĐ-CP ngày 30/6/2009 của Chính phủ về trợ giúp phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa*.
- Competition Commission of Singapore (2007), *CCS Guidelines on the Section 34 Prohibition*, 7, Singapore: CCS.
- Cục Quản lý cạnh tranh & Cơ quan Hợp tác Quốc tế Nhật (2012), *Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh VN*, 5, [http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1415&CatelID=157, truy cập ngày 15/10/2012].
- Cục Quản lý cạnh tranh (2010), *Báo cáo đánh giá cạnh tranh trên thị trường sữa bột VN*.
- Cục Quản lý cạnh tranh, Trung tâm đào tạo điều tra viên (2012), *Giáo trình đào tạo luật và chính sách cạnh tranh*, Hà Nội.

- European Commission (2012), “Commission Notice on Agreements of Minor Importance Which Do not Appreciably Restrict Competition under Article 81(1) of the Treaty Establishing the European Community (de minimis)” (2001/C 368/07), *Official Journal of the European Communities* [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?jsessionid=v91qTh6GS17ZtqgqkZpt0n26Dh5Lx24vMdYG05TKpnRNYrbd ddq!-1614442047?uri=CELEX:52001XC1222(03), truy cập ngày 22/12/2001].
- Elhauge, E. & Geradin, D. (2011), *Global Competition Law and Economics*, 285, Oxford and Portland, Oregon.
- European Commission (2010), *Commission Regulation No 1218/2010 of 14 December 2010 on the Application Article 101(3) of the Treaty to Categories of Specialization Agreements*, O.J. L 335/43.
- European Commission (2010), *Commission Regulation No 1217/2010 of 14 December 2010 on the Application Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Research and Development Agreements*, O.J. L 335/36.
- Fuller, L. L. (1969), *The Morality of Law* (Revised Edition), 39, New Haven and London: Yale University Press.
- Jefferson Parish Hospital dist. no. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984) 466 U.S. 2, 26-29, [http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=466&invol=2#f44].
- Hà Thị Thanh Bình (2012), *Giáo trình pháp luật về cạnh tranh và giải quyết tranh chấp thương mại*, 156, Trường Đại học Luật TP.HCM, NXB Hồng Đức.
- Hà Vương (2011), *Doanh nghiệp nhỏ và vừa VN: Lạc quan trước thềm năm mới*, [http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Viet-nam-tren-duong-doi-moi/2011/389/Doanh-nghiep-nho-va-vua-Viet-Nam-Lac-quan-truoc-them-nam.aspx, truy cập ngày 6/2/2011].
- Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc & Nguyễn Ngọc Sơn (2010), *Giáo trình Luật Cạnh tranh*, 96, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP.HCM.
- Murciego, G. M. (2013), *Cartel Exemptions in Developing Countries: Recent Work from the World Bank Group*, 7.
- OECD (1998), *Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*.
- OECD (2005), *Hard Core Cartels: Third report on the Implementation of the 1998 Council Recommendation*, 26.
- Quốc hội nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa VN (2004), *Luật Cạnh tranh số 27/2004/QH11 do Quốc hội khoá XI, kì họp thứ 6 ban hành ngày 03/12/2004*.
- Adhikari, R. (2004), “Prerequisite for Development - Oriented Competition Policy Implementation”, *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*, United Nations, New York and Geneva.
- Tăng Văn Nghĩa (2009), *Giáo trình Luật Cạnh tranh*, NXB Giáo dục VN.
- Treaty of Lisbon (2007), *Consolidated Reader - Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*.
- Trường Đại học Luật Hà Nội (2012), *Giáo trình Luật Cạnh tranh*, NXB Công an nhân dân.
- UNCTAD (2002), *Application of Competition Law: Exemption and Exception*, UNCTAD Report.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)(2012), *Model Law on Competition – Chapter III*.
- UNCTAD (2002), *Application of Competition law: Exemption and Exception*, UNCTAD Report.