

THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH BỊ CẤM THEO LUẬT CẠNH TRANH NĂM 2018

LÊ VĂN TRANH*

Tóm tắt: Luật Cạnh tranh năm 2018 được ban hành trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam đã và đang có những bước chuyển mình mạnh mẽ hội nhập vào khu vực và thế giới. Luật này được kì vọng sẽ là một trong những công cụ hiệu quả góp phần điều tiết kinh tế và duy trì cạnh tranh cũng như hạn chế tối đa khuyết tật của thị trường. Bài viết phân tích các nhóm hành vi "thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm" theo Luật Cạnh tranh năm 2018. Theo đó, các nội dung chính bao gồm: 1) nhận diện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm; 2) kiểm soát thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm; 3) quy định miễn trừ đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm.

Từ khóa: Cạnh tranh; thỏa thuận; hạn chế; Luật Cạnh tranh; cấm; thị trường

Nhận bài: 24/9/2019

Hoàn thành biên tập: 29/4/2020

Duyệt đăng: 03/6/2020

PROHIBITED COMPETITION RESTRICTION AGREEMENTS UNDER THE 2018 COMPETITION LAW

Abstract: The 2018 Competition Law was enacted in the context that Vietnam's economy has been making vigorous changes to integrate into the region and the world. The Law is expected to be an effective tool to contribute to economic regulation and competition maintenance as well as minimisation of market defects. The paper offers an analysis of groups of acts of "prohibited competition restriction agreements" under the 2018 Competition Law. Accordingly, the main contents include: 1) identifying prohibited competition restriction agreements; 2) control of prohibited competition restriction agreements; and, 3) exemption for prohibited competition restriction agreements.

Keywords: Competition; agreement; restriction; Competition Law; prohibition; market

Received: Sept 24th, 2019; Editing completed: Apr 29th, 2020; Accepted for publication: June 3rd, 2020

1. Nhận diện hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm

1.1. Khái niệm

Trong Tờ trình của Chính phủ về dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi) có đoạn: "Các quốc gia trên thế giới xác định pháp luật cạnh tranh là công cụ hữu hiệu để nhà nước thực hiện chức năng điều tiết nền kinh tế, khắc phục những khiếm khuyết của thị trường hoặc những tác động bất lợi của quá

trình tự do hoá kinh doanh và thương mại".⁽¹⁾ Với quan điểm đó, các chế định trong pháp luật cạnh tranh nói chung và hạn chế cạnh tranh nói riêng cần được xây dựng dựa trên nguyên tắc hài hoà giữa lợi ích doanh nghiệp với lợi ích xã hội để phát huy tác động tích cực, giảm thiểu tiêu cực trong cạnh tranh. Quy định về hành vi bị cấm trong Luật Cạnh tranh năm 2018 là giải pháp pháp lí được đặt ra để góp phần duy trì cạnh tranh công bằng, văn minh, nâng cao hiệu

* Thạc sĩ

Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh
E-mail: lvtranh@bcmulaw.edu.vn

(1). Tờ trình số 377/TT-CP ngày 06/9/2017 của Chính phủ về dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi).

quả kinh tế, phúc lợi xã hội và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm trong Luật Cạnh tranh năm 2018 không được diễn giải dưới dạng một định nghĩa mà Luật chi liệt kê các hành vi cụ thể tại Điều 12, tuy vậy, việc không định nghĩa về thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm cũng không ảnh hưởng đến việc xác định hành vi bởi nhà làm luật đã minh thị trường hợp cấm, điều kiện cấm. Hơn nữa, xét về bản chất, thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm là thoả thuận giữa các doanh nghiệp dưới mọi hình thức khác nhau, gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh và bị Luật Cạnh tranh cấm thực hiện nhằm bảo vệ quyền và lợi ích của các chủ thể khác trên thị trường.

Cùng với hành vi hạn chế cạnh tranh, hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hai chế định quan trọng của pháp Luật Cạnh tranh Việt Nam. Hai dạng hành vi này đều do doanh nghiệp thực hiện trong quá trình kinh doanh và đều bị cấm bởi Luật Cạnh tranh hoặc luật chuyên ngành cho dù hệ quả, mức tác động là không giống nhau. Hành vi cạnh tranh không lành mạnh bị cấm là những hành vi trái với nguyên tắc thiện chí, trung thực, tập quán thương mại và các chuẩn mực khác trong kinh doanh "*gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác*".⁽²⁾ Trong khi đó, hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm để lại hậu quả nghiêm trọng ở quy mô và phạm vi lớn hơn bởi chúng có thể "*loại trừ, làm giảm, sai lệch*

hoặc cản trở cạnh tranh trên thị trường".⁽³⁾

Một yếu tố khác cũng xuất phát từ bản chất của hành vi mà phương pháp điều chỉnh đối với hai chế định này cũng khác nhau. Trên thế giới, pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh được xem là lĩnh vực thuộc luật tư bởi không chỉ các quốc gia thuộc hệ thống thông luật (common law) mà cả hệ thống pháp luật thành văn (civil law) được phát triển chủ yếu bởi án lệ. Việc các hành vi cạnh tranh không lành mạnh được xử lý chủ yếu bằng án lệ cũng xuất phát từ bản chất của các hành vi này là mang tính tập quán, sáng tạo và biến hoá cao.⁽⁴⁾ Theo đó, khi quyền và lợi ích bị xâm phạm thì nhà nước không có trách nhiệm phải đứng ra bảo vệ quyền lợi cho một hoặc một nhóm doanh nghiệp hoặc lĩnh vực cụ thể nào, mặt khác để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình, chủ thể bị vi phạm phải tự sử dụng công cụ pháp lý theo tổ tụng dân sự để tự bảo vệ mình. Trong khi đó, hành vi hạn chế cạnh tranh xâm phạm đến môi trường cạnh tranh, nền kinh tế, chủ thể bị thiệt hại không xác định được cụ thể, nhà nước là đại diện chủ thể bị xâm hại, do đó cơ quan cạnh tranh phải chủ động phát hiện và xử lý vi phạm theo tinh chất của luật công.⁽⁵⁾

(2). Khoản 6 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2018.

(3). Khoản 3 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2018.

(4). Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, *Giáo trình Pháp luật về cạnh tranh và giải quyết tranh chấp thương mại*. Nxb. Hồng Đức, 2012, tr. 38.

(5). Sự phân biệt giữa luật công và luật tư được xem là bắt nguồn từ Luật La Mã sau này đã được các quốc gia theo dân luật ứng dụng vào đầu thế kỉ XIX và ảnh hưởng dần sang pháp luật các nước theo thông luật. Tuy nhiên, việc phân định giữa luật công và luật tư không phải lúc nào cũng minh thị trong mọi trường hợp.

Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm⁽⁶⁾ trong Luật Cạnh tranh năm 2018 ngoài liệt kê từng hành vi cụ thể còn quy định thêm điều khoản “quét” để rộng đường xử lý các hành vi mang bản chất phản cạnh tranh. Hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có thể kể đến như: thông thầu, ấn định giá hàng hoá, dịch vụ, phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ... đã vi phạm nguyên tắc trung thực, công bằng và lành mạnh, xâm phạm đến lợi ích của nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, của người tiêu dùng,⁽⁷⁾ vi thể chúng cần bị xử lý bởi các chế tài nghiêm khắc nhất. Tuy vậy, khi xác định hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm cần tính đến tác động “thực tế” hoặc “giả định” của hành vi để cân nhắc cách xử lý là “cấm tuyệt” hay “cấm có điều kiện”. Luật Cạnh tranh năm 2018 được xây dựng trên quan điểm kết hợp giữa tư duy kinh tế và tư duy pháp lý nên quá trình thực thi cần hướng vào bản chất kinh tế của hành vi. Tư duy đó, đòi hỏi cơ quan tiến hành tố tụng phải cân nhắc toàn diện và thận trọng hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh ở mức độ “thúc đẩy” và “hạn chế” cạnh tranh của hành vi để ban hành hoặc áp dụng pháp luật nhằm bảo đảm tính khách quan, tránh sự máy móc trong xử lý vụ việc.⁽⁸⁾

(6). Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tại Điều 12 được sửa đổi tại Điều 9 Luật Cạnh tranh năm 2004.

(7). Khoản 2 Điều 5 Luật Cạnh tranh năm 2018.

(8). Khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh năm 2018.

1.2. Đặc điểm của hành vi

Đặc điểm của thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm trong Luật Cạnh tranh năm 2018 được xác định, phân tích ở các khía cạnh cơ bản sau:

Thứ nhất, về chủ thể thực hiện: Đây là hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp, đặc điểm này được thấy rõ trong các quy định tại Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018 về thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm: “1. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp... 2. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp... 3. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp... 4. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp...”. Doanh nghiệp tham gia thoả thuận này có thể trên cùng thị trường liên quan hoặc không cùng thị trường liên quan nhưng ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định. Doanh nghiệp⁽⁹⁾ tham gia thoả thuận được hiểu là các tổ chức, cá nhân kinh doanh trong và ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng thực hiện hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh gây tác động hoặc có khả năng gây tác động đến thị trường Việt Nam.⁽¹⁰⁾ Hành vi thoả thuận này chỉ có thể được thực hiện khi có ít nhất

(9). Doanh nghiệp trong Luật này chỉ là một cách gọi tên mang tính quy ước, viết tắt thay cho cụm từ “tổ chức, cá nhân kinh doanh” mà không phải là một định nghĩa hay khái niệm về doanh nghiệp như quy định trong Luật Doanh nghiệp.

(10). Về vấn đề này, có thể xem là phù hợp khi liên hệ với Điều 1 - Phạm vi điều chỉnh: “Luật này quy định về hành vi hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đến thị trường Việt Nam...”.

hai hay nhiều doanh nghiệp cùng tham gia. Thoả thuận đó có thể là giữa các doanh nghiệp Việt Nam, doanh nghiệp Việt Nam với doanh nghiệp nước ngoài hoạt động tại Việt Nam hoặc giữa các doanh nghiệp nước ngoài hoạt động tại Việt Nam.

Thứ hai, về hình thức thoả thuận: Luật Cạnh tranh không quy định về hình thức của thoả thuận hạn chế cạnh tranh nói chung và thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm nói riêng. Điều này gián tiếp cho thấy, hình thức biểu hiện của thoả thuận không phải là tiêu chí bắt buộc để quy kết hành vi, theo đó, mọi thoả thuận của doanh nghiệp nếu có “*chứa đựng thông tin hạn chế cạnh tranh*” dưới bất kì hình thức vật li nào thì đều có thể bị xử lí. Thực tế, biểu hiện của thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có thể bằng lời nói, bằng văn bản hoặc hành vi cụ thể nhằm ghi nhận ý chí, mục đích của doanh nghiệp tham gia. Với thái độ nghiêm khắc của nhà làm luật, cộng với sự “bắt bẻ” của đối thủ cạnh tranh cũng như phản ứng của người tiêu dùng đối với hành vi phân cạnh tranh trên thị trường nên biểu hiện của thoả thuận hạn chế cạnh tranh ngày nay có xu hướng “ngầm hoá”, vì thế thường khó phát hiện và xử lí triệt để.⁽¹¹⁾ Thoả thuận hạn

chế cạnh tranh thường là kết quả của những doanh nghiệp “cùng chí hướng” đã trực tiếp tham gia vào quá trình khởi xướng, đàm phán, thương thảo hoặc các bên gián tiếp đạt được sự thoả thuận thông qua các “kênh trung gian” mà trong đó các chủ thể tham gia hành động với tư cách là thành viên của tổ chức kinh tế hoặc hiệp hội.

Tuy nhiên, chúng ta chỉ có thể kết luận là có tồn tại thoả thuận hạn chế cạnh tranh khi tồn tại chứng cứ⁽¹²⁾ cho thấy rằng các bên đã thoả thuận hạn chế cạnh tranh (trực tiếp, gián tiếp) để cùng hành động vì lợi ích của mỗi thành viên.⁽¹³⁾ Do đó, trong quá trình thực thi cần đánh giá khách quan và toàn diện rằng có hay không có hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh; hành vi này bị cấm hay không; cấm tuyệt đối hay cấm có điều kiện? Đặc biệt, trong trường hợp áp dụng chế tài hình sự để xử lí hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh thì dù muốn hay không vẫn phải tuân thủ nguyên tắc “suy đoán vô tội” để bảo đảm tinh thuyết phục trong điều tra, xử lí vụ án.

Tóm lại, cho dù thoả thuận được thể hiện dưới bất kì hình thức nào đều cần phải thoả mãn tiêu chí “có chứa đựng thông tin” cùng hành động trái luật, gây hạn chế cạnh

(11). Lí giải điều này có nhiều nguyên nhân, trong đó phải kể đến: *Một là* thẩm quyền ngăn chặn hành chính bị hạn chế khi không thể khám giữ người, vật, phương tiện vi phạm mà chỉ dừng ở mức độ xử lí vi phạm hành chính (phạt); chính sách khoan hồng mới được áp dụng chưa lâu; biện pháp “cài người” của cơ quan cạnh tranh nhằm thu thập thông tin vụ việc để xử lí chưa được áp dụng, bên cạnh đó lực lượng thực thi còn nhiều hạn chế. *Hai là* các phương thức thoả thuận trên thực tế thường được các doanh nghiệp nâng cấp, biến hoá nhằm “qua mặt” cơ quan thực thi pháp luật.

(12). Điều 56 Luật Cạnh tranh năm 2018.

(13). Có thể nói, sẽ là thiếu thuyết phục khi đồng nhất vi phạm với “hành vi giống nhau” bởi đó có thể là kết quả của quá trình tính toán độc lập. Hoặc, để tránh “đội đầu” với doanh nghiệp có sức mạnh thị trường, doanh nghiệp (yếu thế) đã quan sát và đơn phương thực hiện theo, hoặc trong kinh tế học có hành vi “câu kết ngầm định” (tacit collusion) là trường hợp các doanh nghiệp “tránh” cạnh tranh với nhau (có thể do văn hoá) trên cùng một thị trường chứ không phải là “thoả thuận” hạn chế cạnh tranh, vì vậy chúng không được coi là hành vi trái luật.

tranh nhằm đạt được kết quả có lợi cho doanh nghiệp tham gia và hơn hết chúng phải đến từ nhiều doanh nghiệp kinh doanh trên thị trường chứ không phải là hành vi đơn lẻ, độc lập bằng cách tăng hay giảm giá bán, giá mua, áp đặt điều kiện bất lợi với đối tác, khách hàng như hành vi của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền trên thị trường.

Thứ ba, về nội dung thoả thuận: Nội dung thoả thuận hạn chế cạnh tranh thường tập trung vào các yếu tố cơ bản của quan hệ cạnh tranh giữa các doanh nghiệp như các yếu tố giá, thị trường, khách hàng, đầu tư, công nghệ, áp đặt; ấn định điều kiện kí kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thoả thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.⁽¹⁴⁾

Theo thông lệ, pháp luật cạnh tranh của các quốc gia trên thế giới thường đề cập cả thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang (cartel) và thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc (vertical restraints). Đặc trưng của thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang là thoả thuận giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan (là đối thủ cạnh tranh của nhau), còn thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc là thoả thuận giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp hoạt động ở các cấp độ khác nhau trong chuỗi sản xuất, phân phối cùng một loại hàng hoá, dịch vụ.⁽¹⁵⁾ Việc phân biệt

thoả thuận theo chiều ngang và thoả thuận theo chiều dọc là nhằm tiếp cận kiểm soát, điều chỉnh sao cho phù hợp với bản chất và mức độ tác động của hành vi.⁽¹⁶⁾

Thứ tư, về tính chất, hậu quả của hành vi: Tuỳ thuộc vào mối quan hệ giữa các chủ thể tham gia thoả thuận mà thoả thuận hạn chế cạnh tranh được chia thành thoả thuận theo chiều ngang và thoả thuận theo chiều dọc. Tính chất nguy hiểm của các thoả thuận theo chiều ngang thường nguy hiểm hơn chiều dọc nhưng thoả thuận theo chiều dọc lại xảy ra phổ biến hơn trong cạnh tranh, thậm chí một số hành vi còn trở thành tập quán thương mại. Tuy nhiên, các thoả thuận này là hành vi trái luật, vừa mang tính tư lợi và lợi ích nhóm của mỗi doanh nghiệp tham gia. Ở mức cao nhất, hành vi này có thể "loại trừ" cạnh tranh, ở mức ít nghiêm trọng hơn thì chúng có thể làm "giảm, sai lệch" hoặc "cản trở cạnh tranh trên thị trường". Về phần mình, các doanh nghiệp tham gia có kì vọng vị thế của mình được đảm bảo an toàn hoặc nâng cao nhờ vào sức mạnh "liên kết" được hình thành sau thoả thuận mà không cần sự nỗ lực, cải tiến trong kinh doanh.⁽¹⁷⁾

hàng, thị trường; hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng; thông đồng đấu thầu; thoả thuận không giao dịch với các bên không tham gia thoả thuận.

- Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc: duy trì giá bán lại; giao dịch độc quyền; bán kèm; áp đặt điều kiện giao dịch.

(16). Bộ Công thương, *Kết quả 10 năm thực thi Luật Cạnh tranh của Việt Nam*, Nxb. Công thương, 2017, tr. 166.

(17). Thoả thuận hạn chế cạnh tranh ở một trạng thái nhất định có thể hình thành nên cartel (các-ten) ở quy mô và mức độ gây hại khác nhau.

(14). Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018.

(15). - Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang có thể kể đến: ấn định giá; bán chia khách

Thứ năm, về chế tài áp dụng: Tùy theo mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Trường hợp doanh nghiệp thoả thuận hạn chế cạnh tranh gây thiệt hại đến lợi ích của nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật. Đối với mỗi hành vi vi phạm, doanh nghiệp vi phạm phải chịu một trong các hình thức xử phạt chính (phạt cảnh cáo và phạt tiền).⁽¹⁸⁾

2. Kiểm soát thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm

Trong Luật Cạnh tranh năm 2018, thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo hai mức độ: 1) cấm tuyệt đối; 2) cấm có điều kiện.

2.1. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tuyệt đối

Thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tuyệt đối là các thoả thuận ngang nghiêm trọng (*hardcore cartes*), luôn mang bản chất phản cạnh tranh và pháp luật cạnh tranh trên thế giới coi là các nhóm thoả thuận đặc biệt nguy hại đối với cạnh tranh và vì vậy là các vi phạm mặc nhiên (*per se illegal*).⁽¹⁹⁾ Điều này có nghĩa thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm trong mọi trường hợp mà không cần căn cứ vào sự thoả thuận giữa các doanh nghiệp là ngang hay dọc, số

lượng thị phần ít hay nhiều và thoả thuận này không được áp dụng chính sách miễn trừ khi có hành vi vi phạm. Tại Việt Nam, các hành vi bị cấm tuyệt đối tại khoản 4, 5 và 6 Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018 về cơ bản được kế thừa từ quy định trong Luật Cạnh tranh năm 2004. Theo đó, quy định cấm tuyệt đối bao gồm 3 trường hợp sau: 1) thoả thuận để một hoặc các bên tham gia thoả thuận thắng thầu khi tham gia đấu thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ, 2) thoả thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; 3) thoả thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên tham gia thoả thuận. Có thể nhận thấy, đây là nhóm hành vi phản cạnh tranh luôn bị coi là trái luật trong mọi trường hợp, để lại hậu quả nghiêm trọng nhất đối với thị trường, vì vậy Luật Cạnh tranh năm 2018 là không miễn trừ trong mọi trường hợp, bởi:

Đối với hành vi thoả thuận để một hoặc các bên tham gia thoả thuận thắng thầu khi tham gia đấu thầu trong việc cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ hay còn gọi là thoả thuận thông thầu. Thoả thuận thông thầu mang bản chất phản cạnh tranh, được xem là “kẻ thù” của đấu thầu vì bản chất của đấu thầu⁽²⁰⁾ là việc bên mời thầu sử dụng cơ chế đấu thầu với mong muốn lựa chọn được người cung cấp hàng hoá, dịch vụ có chất lượng và giá cạnh tranh nhất. Tuy nhiên, do sự xuất hiện của hành vi thông thầu đã làm cho hoạt động đấu thầu bị phá sản, các bên

(18). Trong áp dụng biện pháp xử lý, chế tài được áp dụng trong mọi trường hợp cho dù hậu quả là đã xảy ra hay chưa, tính chất này đồng nghĩa chế tài được áp dụng ngay cả trong trường hợp thoả thuận hạn chế cạnh tranh chưa được thực hiện theo thoả thuận, cam kết trước đó của các bên tham gia (trừ trường hợp ngoại lệ).

(19) Bộ Công thương, t.đ.d, tr.166.

(20). Khoản 12 Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2013.

dự thầu đã triệt tiêu cơ chế cạnh tranh, khi đó doanh nghiệp trúng thầu không phải được chọn do cơ chế cạnh tranh mà lại do các doanh nghiệp thông đồng chi phối. Lĩnh vực xây dựng hạ tầng như điện, đường, trường, trạm; các hợp đồng sử dụng ngân sách nhà nước hoặc vốn ODA có thể là nơi dễ xuất hiện hành vi thông thầu. Do tác động nghiêm trọng này mà hướng xử lý đối với hành vi thông thầu bị cấm tuyệt đối, thậm chí có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự, cụ thể: “*tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về đấu thầu và quy định khác của pháp luật có liên quan thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỉ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự*”.⁽²¹⁾

Đối với hành vi thoả thuận ngăn cản, kim hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh, nguy hiểm ở chỗ đây là hành vi phân cạnh tranh, xâm phạm quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp và vi phạm chính sách của nhà nước về cạnh tranh cũng như xâm phạm đến quyền và nguyên tắc cạnh tranh trong kinh doanh được quy định trong pháp luật cạnh tranh. Biểu hiện của hành vi, doanh nghiệp tham gia thoả thuận có thể vận động để thay đổi hoặc duy trì chính sách bất lợi nhằm tăng độ khó, tạo thêm rào cản gia nhập thị trường của doanh nghiệp không tham gia thoả thuận hoặc yêu cầu, kêu gọi, dụ dỗ các nhà phân phối, các nhà bán lẻ ủng hộ mình và không giao dịch với doanh nghiệp không tham gia thoả thuận.

Hành vi này trong quá khứ đã khiến “*bia Laser không thể chen chân vào được các cửa hàng, đại lí, quán bia vì họ không dám nhận bán hàng cho bia Laser. Họ còn không dám trưng mẩu quảng cáo bia Laser ở quán vì trước đó họ đã kí hợp đồng độc quyền với Tiger, Heineken và Bivina. Một trong những điều khoản độc quyền đó chính là không được bán, trưng bày, giới thiệu, tiếp thị cho bất kì thương hiệu bia nào khác*”.⁽²²⁾ hậu quả, hãng bia Laser phải đóng cửa sau chưa đầy một năm gia nhập thị trường. Trường hợp này cho thấy, hành vi “*ngăn cản, kim hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh*”⁽²³⁾ có thể là nguồn gốc gây lãng phí nguồn lực và ở mức độ cao hơn các doanh nghiệp tham gia thoả thuận đã tạo thành “*khối liên minh công phá trực tiếp*” vào sự tồn tại của doanh nghiệp không tham gia thoả thuận.

Đối với hành vi thoả thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên tham gia thoả thuận, thoả thuận này có dấu hiệu giống với thoả thuận ngăn cản, kim hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh. Tuy nhiên, thoả thuận này nguy hại hơn gấp nhiều lần bởi mục đích “*tiêu diệt*” các doanh nghiệp đang hoạt động nhưng không tham gia thoả thuận ra khỏi thị trường.

Các thoả thuận tại khoản 4, 5 và 6 Điều

(22). Bảo Linh, *Quảng đời ngăn ngại của bia tươi Laser*. <https://vtc.vn/kinh-te/quang-doi-ngan-ngui-cua-bia-tuoi-laser-ar199683.html>, truy cập 20/12/2019.

(23). Khoản 5 Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018.

(21). Điều 90 Luật Đấu thầu năm 2013.

12 Luật Cạnh tranh năm 2018 là hành vi phân cạnh tranh ở mức đặc biệt nghiêm trọng, vi phạm nguyên tắc hiến định về quyền tự do kinh doanh và xâm phạm cũng như đi ngược với chính sách của nhà nước về cạnh tranh, gây lãng phí nguồn lực. Bởi bằng sức ép, thủ đoạn trái luật mà các doanh nghiệp tham gia thoả thuận đã tạo ra những rào cản hết sức phi lý, trái quy luật cạnh tranh văn minh, hợp pháp, làm cho một số doanh nghiệp không những không thể mở rộng sản xuất, kinh doanh theo năng lực vốn có của họ mà còn phải chịu thêm chi phí phát sinh không đáng có để cố “bám trụ” thị trường cho dù đang kinh doanh hợp pháp. Ở mức cao hơn, các doanh nghiệp tham gia thoả thuận đã tạo thành “thể lực” đe dọa sự tồn tại của doanh nghiệp không tham gia thoả thuận với mục đích cô lập và loại bỏ họ ra khỏi thị trường. Chính vì vậy, những thoả thuận này còn được gọi là “thoả thuận đen” đương nhiên vi phạm pháp luật cạnh tranh mà không cần đánh giá tác động và chế tài áp dụng với hành vi này cũng hết sức nghiêm khắc.

Trên thế giới, tùy thuộc quan niệm của mỗi quốc gia về hành vi hạn chế cạnh tranh nhưng các hành vi được xem là thoả thuận ngang nghiêm trọng (hardcore cartels) luôn bị cấm tuyệt đối. *Ví dụ:* ⁽²⁴⁾ tại Nhật Bản, các thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang, bao gồm thoả thuận ấn định giá, giới hạn sản xuất, phân chia thị trường và khách hàng và hành vi thông thầu được Ủy ban

Thương mại công bằng Nhật Bản (Japan Fair Trade Commission) coi là các hành vi vi phạm mặc nhiên và cơ quan này không chấp nhận các lập luận hoặc biện hộ của các doanh nghiệp bị đơn; Hoặc tại Mục 1 Đạo luật Chống độc quyền Sherman của Hoa Kỳ, thoả thuận giữa các đối thủ cạnh tranh về giá cả, sản lượng, phân chia khách hàng, lãnh thổ hoặc hành vi thông thầu được xem là vi phạm mặc nhiên.

2.2. Hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện

Thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có điều kiện có thể được phân thành ba trường hợp sau theo khoản 1, 3 và 4 Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018:

- Trường hợp thứ nhất: Thoả thuận giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan được quy định tại khoản 1 Điều 12 gồm có các hành vi: 1) ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; 2) phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ; 3) hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ. Trong nhóm này, hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm với một tiêu chí duy nhất là “thoả thuận giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan” mà không cần đến việc xác định hệ quả của hành vi.

Về bản chất, các thoả thuận được xem là những thoả thuận hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng có thể tác động vào định hướng đầu tư của doanh nghiệp, làm cho tỉ lệ chất xám trong sản phẩm giảm đi nhưng giá cả hàng hoá, dịch vụ không đổi hoặc tăng lên. Tuy

(24). Bộ Công thương, Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017, tr. 46 - 49.

nhiên, cũng cần thấy rằng thoả thuận dạng này chỉ gây hạn chế cạnh tranh khi các doanh nghiệp tham gia có sức mạnh thị trường “đáng kể” bởi nếu chỉ với vị thế “không đáng kể” thì hành vi này hầu như là vô hại, thậm chí còn làm khô cho chính các doanh nghiệp tham gia thoả thuận. Vậy câu hỏi đặt ra trong trường hợp này là vì sao thoả thuận tại khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018 lại bị cấm khi có sự kết hợp giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan mà không kể đó là thoả thuận của những doanh nghiệp có sức mạnh thị trường hay không? Vấn đề này có thể được gợi mở từ những góc độ sau:

Một là đây là nhóm thoả thuận mang bản chất phản cạnh tranh, vi phạm nghiêm trọng nguyên tắc cạnh tranh và có tác động trực tiếp các yếu tố của thị trường như giá cả, sản lượng, thị trường nên những hành vi này bị luật cạnh tranh trên thế giới coi là nhóm thoả thuận đặc biệt nguy hại đối với cạnh tranh và vì vậy sẽ là vi phạm mặc nhiên (per se illegal). Trong trường hợp vi phạm mặc nhiên thì các cơ quan cạnh tranh không cần phải chứng minh về tác động hạn chế cạnh tranh do hành vi vi phạm gây ra mà mặc nhiên xác định đó là vi phạm.

Hai là về mức độ nguy hại của từng hành vi. Hành vi thoả thuận ấn định giá một cách trực tiếp hoặc gián tiếp có thể dẫn đến hậu quả là bóc lột (đổi tác, người tiêu dùng) làm cho các đối thủ cạnh tranh không còn cạnh tranh với nhau về giá và cơ hội lựa chọn giá tốt đối với họ sẽ ít đi. Hành vi thoả thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá,

cung ứng dịch vụ⁽²⁵⁾ nguy hiểm ở chỗ có thể tạo ra vị thế độc quyền cho doanh nghiệp tham gia thoả thuận⁽²⁶⁾ và cũng có thể triệt tiêu cạnh tranh trên thị trường. Hành vi thoả thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ là những “toán tính” tác động trực tiếp đến cân cân cung cầu dẫn đến sự khan hiếm giá tạo, không phản ánh đúng diễn biến của thị trường.

Ba là Luật Cạnh tranh năm 2018 cấm ba nhóm thoả thuận này trên thị trường liên quan mà không cần đến thị phần của doanh nghiệp, thậm chí đã loại bỏ điều kiện “... khi các bên tham gia thoả thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên” quy định tại khoản 2 Điều 9 Luật Cạnh tranh năm 2004 là có cơ sở. Trong một cuộc khảo sát lấy ý kiến chuyên gia của Bộ Công Thương,⁽²⁷⁾ có đến 91% chuyên gia được hỏi cho rằng quy định tại khoản 2 Điều 9 Luật Cạnh tranh năm 2004 là không hợp lý bởi đây là dạng hardcore cartel (thoả thuận ngang nghiêm trọng). Thực tiễn thi hành pháp luật cạnh tranh cho thấy, thị phần chỉ là yếu tố đầu tiên chứ không nên được dùng là căn cứ duy nhất, nếu chỉ dựa vào tiêu chí thị phần theo ngưỡng có thể dẫn đến bỏ sót

(25). Với hành vi này, các doanh nghiệp có thể phân chia khách hàng thành từng nhóm theo những tiêu chí nhất định như dựa vào thu nhập, độ tuổi, giới tính, nhu cầu tiêu dùng để từ đó mỗi doanh nghiệp tham gia sẽ được phân công phụ trách mua hoặc bán sản phẩm với một nhóm khách hàng riêng, hệ quả làm cho cạnh tranh hầu như không tồn tại ở những nhóm được phân chia.

(26). Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, *ltdđ*, tr. 160, 161.

(27). Bộ Công Thương, *ltdđ*, tr. 169.

hành vi phân cạnh tranh gây hại cho môi trường cạnh tranh và người tiêu dùng bởi mỗi ngành có cấu trúc thị trường riêng và số lượng doanh nghiệp cũng khác nhau vì thế việc ấn định % thị phần cho tất cả các thị trường khác nhau là không hợp lý và toàn diện làm cho việc xử lý hành vi trở nên cứng nhắc, thị phần luôn thay đổi, khó xác định, vừa gây tranh cãi, vừa không chính xác về mặt kinh tế.⁽²⁸⁾

Tóm lại, với nhóm hành vi này, áp dụng cảm mặc nhiên là phản ánh đúng bản chất và tác động của hành vi cũng như giúp gỡ bỏ gánh nặng chứng minh không cần thiết đối với cơ quan cạnh tranh trong việc xác định thị trường liên quan, sức mạnh thị trường và tác động của hành vi, từ đó có thể tiết kiệm chi phí, phân bổ hiệu quả nguồn lực thực thi pháp luật cạnh tranh.

- Trường hợp thứ hai: Thoả thuận giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường theo quy định tại khoản 3 Điều 12 gồm có hành vi: 1) thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; 2) áp đặt hoặc ấn định điều kiện kỹ kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thoả thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; 3) không giao dịch với các bên không tham gia thoả thuận; 4) hạn chế thị trường tiêu thụ sản phẩm, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ của các bên không tham gia thoả thuận;

5) thoả thuận khác gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

Trong nhóm này, thoả thuận bị cấm khi thoả mãn hai điều kiện: 1) thoả thuận giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan; 2) gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. *Thứ nhất*, thoả thuận giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan được hiểu là các doanh nghiệp cùng một lĩnh vực, ngành nghề kinh doanh và là đối thủ cạnh tranh của nhau. Thị trường liên quan theo quy định tại Điều 9 Luật Cạnh tranh năm 2018 là thị trường được xác định trên góc độ sản phẩm liên quan và địa lý liên quan. Trong đó, 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 khu vực địa lý cụ thể, trong đó có những hàng hoá, dịch vụ được cung cấp 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 địa lý lân cận. Đối với thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm dạng này, việc xác định được thị trường liên quan là cơ sở quan trọng để đánh giá bước tiếp theo (ảnh hưởng/tác động) của hành vi hạn chế cạnh tranh. *Thứ hai*, gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Điều 13 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định về đánh giá tác động của hành vi thông qua một số yếu tố như mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận; rào cản gia nhập, mở rộng thị trường; hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn

(28). Bộ Công thương, t.lđđ, tr 169, 170.

chế năng lực công nghệ. Tuy vậy, các thoả thuận hạn chế cạnh tranh trên thị trường rất đa dạng và phức tạp. Để đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể phải dựa trên nhiều tiêu chí, trong đó có tiêu chí có thể định lượng được, có tiêu chí không định lượng được, có những tiêu chí được đánh giá trên cơ sở phân tích kinh tế phụ thuộc vào tính chất của thị trường liên quan và loại hành vi cụ thể. Một trong các yếu tố tạo nên "ảnh hưởng" hạn chế cạnh tranh về nguyên tắc nó phải xuất phát từ doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể, sức mạnh thị trường càng lớn thì sự "ảnh hưởng" đến hạn chế cạnh tranh sau khi hình thành thoả thuận lại càng nghiêm trọng. Sức mạnh thị trường (market power) là thuật ngữ kinh tế được dùng trong lĩnh vực cạnh tranh để đánh giá khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường.⁽²⁹⁾ Áp dụng phân tích kinh tế trong xác định tính chất "đáng kể" của hành vi hạn chế cạnh tranh là cần thiết và cũng phù hợp quan điểm kết hợp giữa tư duy kinh tế và tư duy pháp lý trong áp dụng pháp luật cạnh tranh. Song, đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh và sức mạnh thị trường đáng kể

là phạm trù tương đối phức tạp đòi hỏi cán bộ thực thi phải am hiểu và có chuyên môn sâu về lĩnh vực mình phụ trách.

Tóm lại, đối với nhóm thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang (trong trường hợp này) và các thoả thuận dọc (được trình bày ở phần sau) thì đánh giá tác động hoặc khả năng gây "tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường" là yếu tố cấu thành quan trọng. Quy định này cho thấy Luật Cạnh tranh năm 2018 đã phần nào áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý, theo đó, một hành vi vi phạm sẽ được xem xét trên hai yếu tố thúc đẩy cạnh tranh và hạn chế cạnh tranh. Việc áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý là cần thiết để đảm bảo tính khách quan trong điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh, tránh máy móc, xử lý quá mức, không cần thiết đối với một số hành vi và điều này cũng phù hợp với thông lệ quốc tế (các hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh ít nghiêm trọng nên được xem xét cấm dựa trên đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của hành vi).

Trường hợp thứ ba: Thoả thuận giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường được quy định tại khoản 4 Điều 12. Trong nhóm này, chỉ cấm khi thoả mãn hai điều kiện: 1) thoả thuận giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau; 2) gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường.

(29). Thực tế, hầu như doanh nghiệp nào cũng có sức mạnh thị trường (với sự khác biệt hoá so với đối thủ cạnh tranh). Tuy vậy, để có sức mạnh thị trường đáng kể thì doanh nghiệp cần phải nắm giữ thị phần, tiềm lực tài chính, danh tiếng, phát minh, sáng chế hoặc các nguồn lực khác ở mức nhất định mà khi đó họ có thể độc lập hoặc liên kết với doanh nghiệp khác để không chế, mở rộng thị trường hoặc ít nhất chỉ là không lo ngại trước sức ép cạnh tranh từ các đối thủ thì đó mới được xem là biểu hiện của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể

Theo đó, thoả thuận giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau được hiểu là thoả thuận liên quan đến việc bán lại những sản phẩm từ nhà sản xuất hay nhà cung cấp, do đó nó diễn ra giữa các doanh nghiệp ở các công đoạn khác nhau trong quá trình sản xuất, phân phối sản phẩm như thoả thuận giữa nhà sản xuất và nhà phân phối trên thị trường. Các hành vi này đã đi ngược lại với nguyên tắc cạnh tranh trong kinh doanh, vì vậy cần phải ngăn cấm (cho dù hệ quả tác động hạn chế cạnh tranh là ít nghiêm trọng hơn so với thoả thuận ngang). *Vi dụ:* thị trường được phân là thị trường có tính đan xen giữa hoạt động sản xuất, nhập khẩu và phân phối, do đó việc kiểm soát theo chiều dọc là cần thiết, nếu không sẽ tiềm ẩn nguy cơ xuất hiện thoả thuận hạn chế cạnh tranh liên quan đến định giá, bán kèm, phân nhóm khách hàng để trục lợi bất chính.

Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định: *"thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định"* thành một nhóm riêng (khoản 4 Điều 12) và chỉ cấm khi các thoả thuận này gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Các thoả thuận theo chiều dọc gồm nhiều hành vi phải sinh được tạo ra từ các nhóm thoả thuận hạn chế cạnh tranh và dường như không thể liệt kê đầy đủ các thoả thuận, thực tế nhóm hành vi này có thể xảy ra thường xuyên đặc biệt trong lĩnh vực phân phối, bán lẻ. Theo đó, các thoả thuận này thường hướng đến các

yếu tố về thoả thuận duy trì giá bán lại hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu đối với hàng hoá, dịch vụ; thoả thuận giao dịch độc quyền; thoả thuận bán kèm hoặc áp đặt điều kiện giao dịch, buộc doanh nghiệp khác mua hàng hoá, dịch vụ từ nhà cung cấp được chỉ định.

Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, khi xử lý vi phạm với nhóm hành vi này, cơ quan cạnh tranh thường có thái độ bao dung khi cân nhắc yếu tố kinh tế và pháp lý của hành vi. Theo pháp luật cạnh tranh Canada,⁽³⁰⁾ tự thân các thoả thuận dọc luôn được xem xét và nhìn nhận bằng thái độ khoan dung bởi nó có thể tạo ra năng lực cạnh tranh hiệu quả cho thị trường và chúng chỉ thực sự gây hại hoặc có khả năng gây hại khi có dấu hiệu của sự lạm dụng quyền lực thị trường nhằm xâm hại đến quyền tự do kinh doanh của người khác, đến quyền và lợi ích chính đáng của doanh nghiệp và người tiêu dùng. Tại Hoa Kỳ, trong những năm gần đây,⁽³¹⁾ hầu hết thoả thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc được phân tích dựa trên nguyên tắc hợp lý. Theo đó, không phải mọi thoả thuận hạn chế cạnh tranh nhằm mục đích loại bỏ, ngăn cản đối thủ cạnh tranh đều bị cấm, nhất là các thoả thuận theo chiều dọc.

Về trường hợp cấm, hành vi hạn chế cạnh tranh thuộc nhóm "thoả thuận khác" quy định tại khoản 11 Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018. Về nguyên tắc chỉ được

(30). Lê Danh Vinh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn, *Pháp luật Cạnh tranh tại Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 267.

(31). Bộ Công thương. Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017, tr. 50.

xem là “thỏa thuận khác” khi thỏa mãn ba tiêu chí: 1) đây phải là hành vi thỏa thuận giữa các bên mang bản chất hạn chế cạnh tranh; 2) về hệ quả hành vi phải gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh; 3) không thuộc các trường hợp đã liệt kê tại Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018. Quy định về “thỏa thuận khác” mang tính chất của một “điều khoản quét” với mục đích phòng ngừa để có thể xử lý các hành vi mới, đảm bảo tính ổn định và thực thi của luật. Tuy nhiên, để tránh sự tùy tiện hoặc lạm dụng quy định từ phía cơ quan nhà nước, cần lưu ý rằng chỉ được coi là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thuộc nhóm “thỏa thuận khác” khi và chỉ khi thỏa mãn ba tiêu chí như đã nêu trên. Việc không đầy đủ ba tiêu chí trên nếu áp dụng sẽ tạo ra sự “không khách quan” cho đối tượng bị áp dụng bởi suy cho cùng tự do kinh doanh cũng đồng nghĩa với tự do cạnh tranh và theo đó doanh nghiệp phải được làm, được bảo vệ những quyền lợi chính đáng nếu hành vi đó không vi phạm điều cấm của pháp luật cạnh tranh.

3. Miễn trừ đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm

Quyền tự do kinh doanh cũng đồng nghĩa với tự do cạnh tranh, theo đó việc ghi nhận khả năng tự hành xử trên thị trường của mỗi doanh nghiệp⁽³²⁾ là hợp pháp nếu nó không phương hại đến trật tự kinh tế, xã hội. Quy định “miễn trừ” đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm được đặt ra khi đánh giá bản chất của hành vi trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp vi phạm với người tiêu dùng và xã hội. Theo đó, ngoại trừ thỏa

thuận liên quan đến giá và các yếu tố của giá cũng như thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tuyệt đối, Điều 14 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định miễn trừ⁽³³⁾ “có thời hạn” đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm nếu thỏa thuận đó có lợi cho người tiêu dùng và đáp ứng một trong các điều kiện sau đây: 1) tác động thúc đẩy tiến bộ kỹ thuật, công nghệ, nâng cao chất lượng hàng hoá, dịch vụ; 2) tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế; 3) thúc đẩy việc áp dụng thống nhất tiêu chuẩn chất lượng, định mức kỹ thuật của chủng loại sản phẩm; 4) thống nhất các điều kiện thực hiện hợp đồng, giao hàng, thanh toán.

Về bản chất, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đã vi phạm pháp luật cạnh tranh, song những tác dụng về thúc đẩy phát triển kinh tế, xã hội ở một góc độ nào đó là không thể phủ nhận, vì thế, quy định “miễn trừ” được xem là giải pháp hợp lý. Quy định này cũng phù hợp với mục tiêu “*thúc đẩy cạnh tranh, bảo đảm quyền tự do cạnh tranh trong kinh doanh của doanh nghiệp... tăng cường khả năng tiếp cận thị trường, nâng cao hiệu quả kinh tế, phúc lợi xã hội và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng*”.⁽³⁴⁾ Đối tượng xin hưởng miễn trừ là các bên “đự định” tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, điều này có nghĩa để được hưởng miễn trừ thì các doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục xin hưởng miễn trừ (mang tính chất của một thủ tục hành chính). Điều kiện tiên quyết để xem

(32) Lê Văn Tranh, *Luận giải về công ti cổ phần*, Nhà Tư pháp, Hà Nội, 2017, tr. 79.

(33) Các thỏa thuận lao động, thỏa thuận hợp tác trong các ngành, lĩnh vực đặc thù như hoạt động ngân hàng, lao động, bảo hiểm sẽ áp dụng quy định của pháp luật chuyên ngành trong lĩnh vực đó.

(34) Khoản 3 Điều 6 Luật Cạnh tranh năm 2018.

xét hưởng miễn trừ là thoả thuận hạn chế cạnh tranh đó phải có lợi cho người tiêu dùng. Đó thường phải là số đông người sử dụng hàng hoá, dịch vụ tự đánh giá hay được đánh giá bằng những giá trị căn bản. Miễn trừ được áp dụng “có thời hạn” bởi các tiêu chí miễn trừ có thể thay đổi theo điều kiện, hoàn cảnh của chiến lược phát triển kinh tế quốc gia. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm quy định thời hạn và rà soát thời hạn hưởng các miễn trừ đó. Quy định miễn trừ đối với hành vi hạn chế cạnh tranh trên thực tế đã được ghi nhận trong Điều 83 (1) Hiệp định Roma quy định miễn áp dụng các thoả thuận hạn chế cạnh tranh nhằm góp phần cải tiến sản xuất, ứng dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật trong một số trường hợp nhất định.⁽³⁵⁾ Bên cạnh đó, luật cạnh tranh nhiều quốc gia trên thế giới (Đức, Nhật Bản, Tây Ban Nha, Thụy Điển, Venezuela...) còn đưa ra một tiêu chí miễn trừ khá quan trọng khác là “*tiêu chí miễn trừ đối với các thoả thuận nhằm cơ cấu lại sản xuất kinh doanh trong thời kì khủng hoảng nền kinh tế*”.⁽³⁶⁾ Chúng ta không nên nhầm lẫn giữa chế định “miễn trừ” với “*chính sách khoan hồng*” trong Luật bởi hai quy định này hướng đến mục tiêu không giống nhau. “Miễn trừ” nhằm thúc đẩy hoặc duy trì lợi ích kinh tế, xã hội của hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh nếu có lợi cho người tiêu dùng và chủ thể liên quan. Trong khi đó, “*chính sách khoan hồng*” được xây dựng nhằm tăng cường khả năng phát hiện, xử lý các thoả thuận hạn chế cạnh tranh hiện có xu hướng

“ngấm hoá”, theo đó, cho phép “miễn” hoặc “giảm” mức phạt đối với một hoặc một số bên tham gia thoả thuận. Thông qua chính sách khoan hồng, cơ quan cạnh tranh có thể kì vọng vào sự “tự nguyện” khai báo, hợp tác tích cực của doanh nghiệp vi phạm. Từ đó, mục đích tăng cường hiệu quả thực thi các quy định kiểm soát hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh hứa hẹn sẽ trở nên khả thi hơn.

4. Kết luận

Kiểm soát hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh là một trong những chế định cơ bản trong pháp luật cạnh tranh của mỗi quốc gia bởi tính chất nguy hại và tác động tiêu cực của hành vi này đối với môi trường kinh doanh nói chung và cạnh tranh nói riêng. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm trong Luật Cạnh tranh năm 2018 của Việt Nam đã được “thiết kế lại” để đảm bảo hiệu lực, hiệu quả trong thực tiễn. Theo đó, các quy định cấm phần nào đã thể hiện tinh hợp lí và toàn diện thông qua đánh giá bản chất kinh tế và pháp lí của hành vi. Thông qua các quy định cấm, chúng ta có thể thấy bước đầu nguyên tắc lập luận hợp lí và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên đã áp dụng. Nguyên tắc lập luận hợp lí đánh giá hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh trên cơ sở xem xét, cân bằng tổng thể giữa tác động thúc đẩy cạnh tranh và tác động hạn chế cạnh tranh còn nguyên tắc vi phạm mặc nhiên được áp dụng đối với hành vi phản cạnh tranh nghiêm trọng trên thị trường giúp tiết kiệm thời gian và nguồn lực của cơ quan cạnh tranh. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm đều mang tính không thân thiện và an toàn cho thị trường, xâm phạm nghiêm trọng quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp.

(Xem tiếp trang 42)

(35). Lê Hoàng Oanh, *Bình luận khoa học Luật Cạnh tranh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005, tr. 57.

(36). Lê Hoàng Oanh, *lđđ*, tr. 58.