

ĐÁNH GIÁ VIỆC THỰC THI LUẬT CẠNH TRANH VIỆT NAM VỀ HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH/ĐỘC QUYỀN

I. Tổng quan các quy định hiện hành

Hiện nay, quy định về hành vi chống độc quyền được cụ thể trong Luật Cạnh tranh, Nghị định 116/2005/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết một số Điều của Luật Cạnh tranh, Nghị định 120/2005/NĐ-CP về xử phạt các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh. Việt Nam sử dụng cách tiếp cận vi phạm mặc nhiên để đánh giá doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, độc quyền cũng như các hành vi bị coi là lạm dụng và hình thức xử lý vi phạm.

Về khái niệm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, pháp luật cạnh tranh Việt Nam phân biệt hai trường hợp: một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh và nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh. Để xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp/nhóm doanh nghiệp, pháp luật cạnh tranh Việt Nam xem xét cụ thể dựa trên sự phân chia thị phần.

Đối với trường hợp một doanh nghiệp, khoản 1, Điều 11 của Luật Cạnh tranh quy định thêm tiêu chí khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể để xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp. Tiêu chí đánh giá này được cụ thể hóa tại Điều 22 Nghị định 116/2005/NĐ-CP, theo đó liệt kê một số căn cứ để đánh giá như: năng lực tài chính, năng lực công nghệ, quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, mạng lưới phân phối của doanh nghiệp. Tuy nhiên, Nghị định 116/2005/NĐ-CP đã không hướng dẫn cách thức đánh giá khả năng của doanh nghiệp gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể dựa trên các yếu tố đó như thế nào.

Điều 12, Luật cạnh tranh quy định khái niệm doanh nghiệp có vị trí độc quyền, 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. mới gây ảnh hưởng tiêu cực cho thị trường và người tiêu dùng.

Về các quy định cấm, pháp luật cạnh tranh Việt Nam thừa nhận sự tồn tại của các doanh nghiệp thống lĩnh, doanh nghiệp độc quyền, tuy nhiên cấm tất cả các hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường của các doanh nghiệp này. Theo cách tiếp

cận vi phạm mặc nhiên, Điều 13, Luật cạnh tranh Việt Nam liệt kê 06 hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và Điều 14 liệt kê thêm 02 hành vi lạm dụng vị trí độc quyền để điều chỉnh. Trên cơ sở các quy định này, Nghị định 116/2005/NĐ-CP đã quy định các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, lạm dụng vị trí độc quyền một cách cụ thể, theo đó mô tả một cách chi tiết các hình thức biểu hiện của từng hành vi bị coi là lạm dụng.

Ví dụ, theo quy định tại Điều 31, của Nghị định 116/2005/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết quy định tại khoản 6, Điều 13 của Luật cạnh tranh, hành vi - ngăn cản việc tham gia thị trường của những đối thủ cạnh tranh mới là những hành vi sau đây:

- “1. Yêu cầu khách hàng của mình không giao dịch với đối thủ cạnh tranh mới.
2. Đe dọa hoặc cưỡng ép các nhà phân phối, các cửa hàng bán lẻ không chấp nhận phân phối những mặt hàng của đối thủ cạnh tranh mới.
3. Bán hàng hóa với mức giá đủ để đối thủ cạnh tranh mới không thể gia nhập thị trường nhưng không thuộc trường hợp quy định tại Điều 23 của Nghị định này.”

Cách tiếp cận quy định về vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền, thị trường liên quan cũng như hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền... của pháp luật cạnh tranh Việt Nam như trên có một số điểm mạnh, đặc biệt đối với các cơ quan tranh còn non trẻ. Tuy nhiên, sau hơn 5 năm thực thi trên thực tế, các quy định hiện tại cũng đã phát sinh một số điểm bất cập, cần xem xét đánh giá để hoàn thiện.

Luật Cạnh tranh sau hơn 11 năm đi vào hoạt động, về cơ bản đã tạo được hành lang pháp lý quan trọng, giúp tạo lập và duy trì môi trường kinh doanh bình đẳng. Đây là tiền đề quan trọng đảm bảo hoạt động kinh doanh bình đẳng, bền vững cho các doanh nghiệp, đồng thời đảm bảo cho sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước và phân bổ hiệu quả các nguồn lực xã hội.

Bên cạnh đó, Cục QLCT cũng thường xuyên tiến hành các hoạt động điều tra phục vụ việc xác định hành vi lạm dụng độc quyền để yêu cầu VKS tiến hành quy trình tố tụng, tuy nhiên các vụ việc được đưa ra điều tra chính thức chưa nhiều theo quy định của pháp luật cạnh tranh.

Nguyên nhân của tình trạng trên xuất phát từ phía: các cơ quan cạnh tranh, từ nhận thức của các doanh nghiệp về pháp luật cạnh tranh còn hạn chế và từ các quy định của Luật Cạnh tranh, cũng như hoạt động thực thi các quy định đó.

II. Đánh giá quy định của pháp luật cạnh tranh Việt Nam về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền

1. Quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam về xác định thị trường liên quan

Cũng như các nước trên thế giới, việc xác định thị trường liên quan của pháp luật cạnh tranh Việt Nam dựa trên hai yếu tố đó là khả năng thay thế về cầu và khả năng thay thế về cung.

Các tiêu chí xác định thị trường liên quan của Luật cạnh tranh Việt Nam là được quy định rất cụ thể tại Nghị định 116. Tuy nhiên việc quy định này chỉ phù hợp với hàng hóa nhưng không xác định được đối với dịch vụ, do vậy, cơ quan cạnh tranh không thể áp dụng tiêu chí này để xác định đặc tính của dịch vụ¹, do đó, không đảm bảo đầy đủ các yếu tố xác định thị trường liên quan theo quy định của luật

Bên cạnh đó, cách thức xác định khả năng thay thế cho nhau về giá², pháp luật cạnh tranh Việt Nam sử dụng một hình thức đơn giản của phép thử SSNIP (*small but significant and non-transitory increase in price: mức tăng giá tối thiểu đủ để khách hàng chuyển sang sử dụng sản phẩm thay thế khác*) được các cơ quan cạnh tranh trên thế giới công nhận rộng rãi trong việc xác định thị trường liên quan. Tức là, phép thử này kiểm tra khả năng thu lợi nhuận của nhà độc quyền từ việc tăng giá sản phẩm dịch vụ từ 5-10% và trong thời gian từ 6 tháng đến 1 năm, trường hợp doanh nghiệp vẫn có lợi nhuận mặc dù sản lượng bán ra giảm thì thị trường sản phẩm liên quan được xác lập. Ngược lại, trường hợp nhà độc quyền không thể thu lợi từ việc tăng giá thì thị trường sản phẩm liên quan sẽ được mở rộng hơn.

¹Khoản 2, Điều 4, Nghị định 116 quy định: đặc tính của hàng hóa, dịch vụ được xác định theo một hoặc một số căn cứ sau: (a) tính chất vật lý, (b) tính chất hóa học, (c) tính năng kỹ thuật, (d) tác dụng phụ đối với người sử dụng, (đ) khả năng hấp thụ

²Điểm c, Khoản 5, Điều 4, Nghị định 116 quy định: Hàng hóa, dịch vụ được coi là có thể thay thế được cho nhau về giá cả nếu trên 50% của một lượng mẫu ngẫu nhiên 1.000 người tiêu dùng sinh sống tại khu vực địa lý liên quan chuyển sang mua hoặc có ý định mua hàng hóa, dịch vụ có ý định sử dụng trong trường hợp giá của hàng hóa, dịch vụ đó tăng lên quá 10% và được duy trì trong 06 tháng liên tiếp

Trên thực tế, với điều kiện của nước ta, số lượng vụ việc sử dụng phép thử SSNIP thuần túy là rất ít do khó khăn về mặt thu thập dữ liệu thị trường và sự tốn kém trong việc tổ chức lấy ý kiến người tiêu dùng.

Do đó, quy định về xác định khả năng thay thế về giá theo pháp luật cạnh tranh cụ thể là tại Nghị định 116 có những nhược điểm sau:

- Việc quy định trên 50% mẫu chuyển sang sử dụng một sản phẩm, dịch vụ khác để xác định khả năng thay thế giữa hai loại sản phẩm, dịch vụ là không khả thi. Thực tế chứng minh rằng với mức tăng giá 10% có thể số lượng khách hàng không sử dụng sản phẩm, dịch vụ đó đã chiếm 50%. Mặt khác, quy định để trên 50% lượng khách hàng chuyển sang sử dụng một sản phẩm/dịch vụ khác là không khả thi và thường dẫn đến kết quả thị trường liên quan được xác định là của chính sản phẩm/dịch vụ được khảo sát hay có thể hiểu là doanh nghiệp bị điều tra là doanh nghiệp độc quyền trên thị trường liên quan được xác định theo quy định của Luật cạnh tranh. Điều này không phản ánh đúng với thực tế cạnh tranh trên thị trường.

- Thêm vào đó, quy định bắt buộc thực hiện khảo sát đối với mọi trường hợp là cứng nhắc, khó thực hiện. Thay vào đó, có thể sử dụng các công cụ khác để đánh giá khả năng tăng giá của doanh nghiệp như độ co giãn chéo về cầu hoặc với từng vụ việc cụ thể mà sử dụng các công cụ khác cho phù hợp hơn với điều kiện thực tế.

Ở các nước trên thế giới, việc xác định thị trường liên quan chủ yếu dựa trên đánh giá khả năng thay thế về cầu, khả năng thay thế về cung được xem xét khi khả năng gia nhập thị trường của doanh nghiệp đối thủ mới là khả thi.

2. Quy định về xác định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh/độc quyền

Luật cạnh tranh của Việt Nam xác định doanh nghiệp độc quyền dựa vào hai yếu tố đó là thị phần của doanh nghiệp trên thị trường liên quan hoặc khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của doanh nghiệp. Theo đó, một 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.

Theo quy định tại Điều 22 Nghị định 116/2005/NĐ-CP khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của doanh nghiệp trên thị trường liên quan được xác định dựa vào một hoặc một số căn cứ như: năng lực tài chính của doanh nghiệp; năng lực tài chính của tổ chức kinh tế, cá nhân thành lập doanh nghiệp; năng lực tài chính của tổ chức, cá nhân có quyền kiểm soát hoặc chi phối hoạt động của của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật hoặc điều lệ của doanh nghiệp; năng lực tài chính của công ty mẹ (đối với doanh nghiệp lớn có các công ty con); năng lực công nghệ; quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp; quy mô của mạng lưới phân phối.

Như vậy có thể thấy rằng, theo Luật Cạnh tranh hiện hành thì thị phần là tiêu chí để xác định sức mạnh của doanh nghiệp, điều đó được hiểu là khi một doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp đạt được một ngưỡng thị phần nhất định thì được coi là có vị trí thống lĩnh trên thị trường. Việc xác định doanh nghiệp có hành vi phản cạnh tranh hay không căn cứ vào thị phần của doanh nghiệp đó tại thời điểm thực hiện hành vi phản cạnh tranh và xem xét trong khoảng thời gian tính theo tháng, theo quý hoặc theo năm.

Các nước trên thế giới đều lấy tiêu chí thị phần để đánh giá sức mạnh thị phần của doanh nghiệp. Tuy nhiên, ngưỡng thị phần cụ thể để xác định sức mạnh thị phần của doanh nghiệp lại không được quy định cụ thể, mà căn cứ vào sự so sánh thị phần của doanh nghiệp đó và thị phần của các doanh nghiệp đối thủ trong một quá trình liên tục

Về vấn đề này, Luật Cạnh tranh của các quốc gia phát triển đều thừa nhận vai trò của thị phần trong việc đánh giá sức mạnh thị trường của doanh nghiệp bởi thị phần của doanh nghiệp được thể hiện một cách khách quan, dựa trên các số liệu cụ thể, rõ ràng và cho thấy sự tương quan trong sức mạnh của doanh nghiệp bị xem xét với các đối thủ khác trên thị trường. Tuy nhiên, các quốc gia này không đưa ra các ngưỡng thị phần cụ thể để làm cơ sở xác định sức mạnh thị trường của doanh nghiệp. Thay vào đó, thị phần của doanh nghiệp bị xem xét được đem so sánh với thị phần của các đối thủ cạnh tranh hoặc được xem xét trong một quá trình để đánh giá sự tồn tại và sự bền vững của sức mạnh thị trường mà doanh nghiệp nắm giữ.

Trên thực tế, có trường hợp, mặc dù doanh nghiệp nắm giữ 30% thị phần trên thị trường liên quan nhưng không hề có sức mạnh vượt trội so với đối thủ cạnh tranh hoặc khách hàng. Cụ thể, một thị trường có 03 doanh nghiệp đứng đầu, các doanh nghiệp nắm giữ lần lượt 50%, 30% và 20% thị phần. Trong trường hợp này, một doanh nghiệp trong số đó, dù nắm giữ 30% thị phần, cũng không thể có sức mạnh vượt trội so với đối thủ hiện đang giữ 50% thị phần; do đó, không thể coi là có vị trí thống lĩnh trên thị trường. Ngược lại, cũng tồn tại những thị trường trong đó có 01 doanh nghiệp đứng đầu nắm giữ 20% thị phần; 80% thị trường còn lại thuộc về các doanh nghiệp chỉ nắm giữ 1%-2% thị phần. Như vậy, doanh nghiệp đứng đầu thị trường, mặc dù không nắm giữ tới 30% thị phần, nhưng lại có sức mạnh thị trường vượt trội so với phần còn lại của thị trường, hoàn toàn có khả năng đưa ra những quyết định có ảnh hưởng tới toàn thị trường.

Do đó, các cơ quan cạnh tranh của một số nước trên thế giới còn sử dụng cùng lúc rất nhiều tiêu chí đánh giá vị trí thống lĩnh khác nhau ngoài tiêu chí thị phần. Theo Báo cáo của Mạng lưới cạnh tranh quốc tế- ICN12, các cơ quan cạnh tranh trên thế giới hiện sử dụng hơn 20 tiêu chí để đánh giá vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp. Trong đó, các tiêu chí thường thấy là:

- Vị thế (gồm năng lực vượt trội) và hành vi của các đối thủ cạnh tranh trên thị trường,
- Các rào cản gia nhập và khả năng gia nhập thị trường của đối thủ mới,
- Tính bền vững của sức mạnh thị trường mà các doanh nghiệp đang nắm giữ,
- Sức mạnh của người mua,
- Các nguồn lực thiết yếu mà doanh nghiệp đang nắm giữ v.v...

Trong tất cả các tiêu chí đó, ICN cũng như các cơ quan cạnh tranh đều cho rằng: không tiêu chí đơn lẻ nào cho phép khẳng định doanh nghiệp có nắm giữ vị trí thống lĩnh hay không, nhưng nếu nhiều tiêu chí cùng được kết hợp sử dụng thì có thể cho phép khẳng định điều đó.

Pháp luật cạnh tranh của nước ta xem xét đánh giá khả năng gây hạn chế cạnh tranh của doanh nghiệp ở trạng thái tĩnh, tức là không đặt doanh nghiệp trong mối tương quan so sánh với các doanh nghiệp khác trên thị trường. Ở các nước trên thế giới, quy mô hệ thống phân phối của doanh nghiệp bị điều tra sẽ được đem so sánh với phần còn lại của thị trường, từ đó cơ quan cạnh tranh có đánh giá chính xác hơn về sức mạnh trên thị trường của doanh nghiệp.

Bên cạnh đó, trên thực tế, ở các nước trên thế giới, trong một số trường hợp, bản thân việc doanh nghiệp có thể thực hiện một hành vi lạm dụng nhất định đã cho thấy doanh nghiệp đó có sức mạnh thị trường. Mục 2 của Luật Chống độc quyền Sherman Act của Hoa Kỳ quy định, sức mạnh độc quyền được hiểu là doanh nghiệp có khả năng (1) định giá cao hơn đáng kể so với mức giá cạnh tranh và (2) cố tình gây ra hành vi này trong khoảng thời gian nhất định nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh mới gia nhập hoặc mở rộng thị trường.

Tóm lại, các quy định về đánh giá vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp trong Luật cạnh tranh hiện hành của nước ta còn khá cứng nhắc và khó khả thi trong việc xác định hành vi gây phản cạnh tranh và trong một số trường hợp không phản ánh đúng tương quan cạnh tranh trên thị trường.

3. Quy định về xác định hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền

3.1. Việc phân biệt hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và hành vi lạm dụng vị trí độc quyền chưa phù hợp với thực tiễn

Luật Cạnh tranh Việt Nam quy định việc giám sát chặt chẽ các doanh nghiệp độc quyền hơn so với các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường. Ngoài những hành vi bị cấm theo điều 13 Luật Cạnh tranh, Khoản 2 và 3 Điều 14 các doanh nghiệp độc quyền còn bị cấm thực hiện hành vi áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng và hành vi 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.

Như vậy, cơ sở xây dựng nên khoản 2 và khoản 3 Điều 14 là tình trạng không cân xứng về vị trí giữa doanh nghiệp độc quyền và khách hàng, đối tác. Theo đó, quyền lựa chọn của người tiêu dùng và khách hàng sẽ không tồn tại nếu có doanh nghiệp độc quyền trên thị trường. Hệ quả tất yếu là khách hàng sẽ luôn ở vào tình

trạng yếu thế trong giao dịch do nhu cầu của họ bị lệ thuộc vào khả năng và quyết định cung ứng của nhà độc quyền.

Ngoài ra, nhằm bảo đảm quyền lợi của khách hàng, Luật cạnh tranh còn quy định cấm các doanh nghiệp độc quyền không được áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng và không được đơn phương thay đổi, hủy bỏ hợp đồng nếu không có lý do chính đáng. Mặc dù vậy, trên thực tế, các hành vi trên có thể xảy ra ở bất kỳ môi trường kinh doanh nào mà nguyên tắc cạnh tranh không được đảm bảo thi hành, nhất là khi có sự tồn tại của doanh nghiệp có sức mạnh thị trường³.

Ở một số nước trên thế giới như Nhật, EU, Hoa Kỳ, pháp luật cạnh tranh quan niệm doanh nghiệp thống lĩnh hay doanh nghiệp độc quyền về bản chất là doanh nghiệp có sức mạnh thị trường và có khả năng hành xử tương đối độc lập so với các doanh nghiệp đối thủ và khách hàng, người tiêu dùng chứ không phân biệt rõ 2 nhóm hành vi như pháp luật cạnh tranh của Việt Nam. Trong các trường hợp cụ thể, để đánh giá, điều chỉnh, cơ quan cạnh tranh của các nước lấy căn cứ phân tích trọng tâm là yếu tố tác động gây ra hạn chế cạnh tranh, tính chất tận thu, trục lợi của doanh nghiệp hoặc hành vi ngăn cản, đóng cửa thị trường của hành vi kinh doanh.

3.2. Việc liệt kê, mô tả hành vi một mặt dẫn tới cách tiếp cận hẹp, khó thực thi, mặt khác có thể bỏ sót hành vi phản cạnh tranh trên thị trường

Luật cạnh tranh hiện hành liệt kê cụ thể 6 hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và 8 hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm. Trên cơ sở các quy định này, Nghị định 116/2005/NĐ-CP tiếp tục chi tiết hóa các quy định của Luật bằng cách liệt kê 20 hành vi lạm dụng với các hình thức biểu hiện khác nhau. Ngoài 20 hành vi trên, các hành vi khác mặc dù có thể có tính chất đóng cửa thị trường, loại bỏ đối thủ cạnh tranh (market foreclosure/exclusionary) hoặc tính chất tận thu (exploitative)

³Trong vụ việc cạnh tranh liên quan đến Công ty xăng dầu hàng không (Vinapco), các cơ quan cạnh tranh cho rằng tại thời điểm xem xét (tháng 4/2008), do Vinapco có vị trí độc quyền trên thị trường dịch vụ cung cấp xăng dầu hàng không (không có doanh nghiệp nào cạnh tranh với Vinapco trên thị trường) nên hành vi áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng và 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 đã bị xử lý. Tại thời điểm hiện tại, Vinapco hoàn toàn có thể thực hiện hành vi trên mà không bị xem xét bởi Luật cạnh tranh do hiện nay họ đã không còn vị trí độc quyền trên thị trường, mặc dù đối thủ cạnh tranh của Vinapco (là Công ty cổ phần nhiên liệu bay Petrolimex) trên thị trường chỉ chiếm một lượng thị phần không đáng kể tại sân bay Tân Sơn Nhất (Thành phố Hồ Chí Minh).

khác không bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh. Từ việc liệt kê, mô tả các hành vi trên, có thể thấy một số vấn đề sau:

- Quy định mang tính liệt kê mà không đi sâu vào bản chất của sự việc

Xem xét trên các quy định của pháp luật hiện hành, cơ quan cạnh tranh của Việt Nam thực chất không có thẩm quyền đưa ra các đánh giá sâu về bản chất gây hạn chế cạnh tranh của hành vi mà chỉ là cơ quan thu thập các chứng cứ phù hợp với các mô tả theo quy định của pháp luật để kết luận về hành vi, tuy nhiên việc liệt kê nêu trên cũng tạo ra khó khăn cho cơ quan cạnh tranh trong quá trình thực thi.

Ví dụ như trường hợp liên quan đến thị trường bia, theo đó một doanh nghiệp sản xuất kinh doanh bia đã ký hợp đồng phân phối độc quyền với một số ít các nhà hàng, các quán bán bia. Trong điều khoản hợp đồng, doanh nghiệp bia đã yêu cầu các nhà hàng ký hợp đồng với họ không được bán các loại bia cạnh tranh khác, và vì vậy, xét về mặt pháp lý, hành vi này thỏa mãn khách quan quy định tại khoản 1, Điều 31 của Nghị định 116/2005/NĐ-CP.

Thực tế, số lượng các hợp đồng độc quyền liên quan là rất nhỏ, và mặc dù không có tác động ngăn cản việc tham gia thị trường của doanh nghiệp khác theo quy định của pháp luật cạnh tranh hiện hành, việc ký hợp đồng độc quyền vẫn có thể bị coi là vi phạm do hợp đồng vì nó có nội dung phù hợp với mô tả hành vi bị cấm theo quy định của pháp luật

Một trường hợp nữa, trong vụ việc liên quan đến bản quyền phát hình các sự kiện thể thao, Công ty CP Viễn thông và Truyền thông An Viên (AVG) đã ký hợp đồng hợp tác với Liên đoàn Bóng đá Việt Nam (VFF), theo đó AVG được VFF chuyển nhượng toàn bộ thương quyền của các giải bóng đá do VFF tổ chức trong đó có các trận thi đấu tại giải bóng đá vô địch quốc gia trong thời hạn từ 2011-2030. Ở đây, theo quy định hiện hành, mặc dù hợp đồng này có tác động hạn chế cạnh tranh, ngăn cản sự tham gia thị trường của các doanh nghiệp khác nhưng do Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn hiện nay không có quy định cụ thể về thời hạn của các hợp đồng độc quyền nên các cơ quan cạnh tranh đã không thể xem xét về hành vi gây cản trở cạnh tranh đối với trường hợp này. Các cơ quan có liên

quan khác sau một thời gian xem xét cũng đã kết luận thừa nhận hiệu lực của hợp đồng trên bởi hiện nay không quy định nào của pháp luật cấm các pháp nhân ký kết với nhau hợp đồng 20 năm.

Có thể thấy rằng các hệ thống các quy định của pháp luật cạnh tranh cần đi vào bản chất của hành vi hạn chế cạnh tranh, như vậy, việc thực thi pháp luật cạnh tranh mới thực sự mang lại hiệu quả cho toàn bộ nền kinh tế theo đúng mục tiêu ban hành pháp luật.

- Việc liệt kê, mô tả hành vi một cách quá cụ thể, với cấu thành pháp lý phức tạp cụ thể là các quy định Nghị định 116/2005/NĐ-CP dẫn tới việc gây khó khăn khi áp dụng trong thực tế thi hành.

Cụ thể là khoản 2 điều 13 Luật Cạnh tranh, Nghị định 116/2005/NĐ-CP quy định về hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý như sau:

“Hành vi áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ được coi là bất hợp lý gây thiệt hại cho khách hàng nếu cầu về hàng hóa, dịch vụ không tăng đột biến tới mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp và thỏa mãn hai điều kiện sau đây:

a) 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;

b) Không có biến động bất thường làm tăng giá thành sản xuất của hàng hóa, dịch vụ đó vượt quá 5% trong thời gian tối thiểu 60 ngày liên tiếp trước khi bắt đầu tăng giá”.

Như vậy, theo quy định trên, việc xác định doanh nghiệp có áp đặt giá bán hàng hóa, dịch vụ cho khách hàng hay không phải căn cứ vào cầu về hàng hóa dịch vụ không tăng đột biến so với năng lực và năng suất của doanh nghiệp, điều này về mặt lý thuyết là hợp lý tuy nhiên trên thực tế việc xác định chính xác cầu về một loại hàng hóa, dịch vụ nào đó. Việc xác định cầu trên cơ sở đưa ra số liệu ước lượng căn cứ vào việc sản xuất, bán hàng trước đó cũng rất khó khăn, mặt khác việc xác định giá bán lẻ trung bình của hàng hóa, dịch vụ tại cùng thị trường liên quan trong khoảng thời gian tối thiểu 60 cũng rất khó thi hành. Đặc biệt, với quy

định tại khoản 4, Điều 4 của Nghị định 116/2005/NĐ-CP “*giá cả của hàng hóa, dịch vụ là giá ghi trong hóa đơn bán lẻ theo quy định của pháp luật*”, càng gây khó khăn cho việc thực hiện khi phải thu thập nhiều số liệu từ nhiều doanh nghiệp, nhiều sản phẩm hàng hóa, dịch vụ trên thị trường để tính giá trung bình của sản phẩm, dịch vụ.

Qua thực tiễn thực thi pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam, tham khảo kinh nghiệm của các nước trên thế giới, nhận thấy rằng đã đến lúc pháp luật về cạnh tranh của nước ta cần xem xét, nghiên cứu quy định về hành vi áp đặt tăng giá vì quy định về thời gian tối thiểu trước khi tăng giá và quy định chứng minh không tồn tại các biến động bất thường làm tăng giá và xem xét việc hạch toán, tính toán chi phí sản xuất hiện tại là không khả thi với điều kiện của nước ta.

Ngoài ra, quy định cụ thể về hành vi ấn định giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý như trên vô hình chung đã thu hẹp đáng kể phạm vi áp dụng của khoản 2, Điều 13, Luật Cạnh tranh. Hành vi ấn định giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý theo quy định của luật có thể được tiếp cận theo hướng ấn định giá để thu lợi quá mức (excessive pricing). Tuy vậy, quy định này sẽ không áp dụng đối với trường hợp doanh nghiệp lạm dụng sức mạnh thị trường để áp đặt mức giá cao bất hợp lý ngay từ đầu cũng như không áp dụng trong trường hợp có biến động về cầu, có biến động làm tăng chi phí sản xuất quá 5%.

Trên thực tế với biến động CPI, lạm phát của nền kinh tế Việt Nam, cộng thêm tác động của đợt khủng hoảng kinh tế toàn cầu...trong thời gian qua dễ dàng làm chi phí sản xuất tăng quá 5%. Và như đã đề cập trên đây, khi chi phí sản xuất tăng quá 5% thì doanh nghiệp thống lĩnh hoàn toàn có thể tăng giá hàng hóa ở mức cao nhất có thể mà không cần phải lo ngại về các rủi ro pháp lý liên quan.

Xem xét các quy định khác của Luật Cạnh tranh và của Nghị định 116/2005/NĐ-CP, có thể thấy cách tiếp cận quy định hiện hành không những đặt ra các đòi hỏi pháp lý gây khó khăn cho quá trình thực thi luật mà còn làm sai lệch bản chất, mục đích của việc điều chỉnh. Trong thời gian tới, ta cần xem xét về cách tiếp cận hiện hành, tránh tình trạng quy định quá chi tiết, quá cụ thể về các hành vi bởi càng quy định chi tiết, càng bó hẹp phạm vi và càng khó áp dụng trên thực tiễn.

- Việc quy định một cách chi tiết, liệt kê các hành vi tất yếu dẫn tới việc bỏ sót hành vi phản cạnh tranh, tạo kẽ hở pháp lý để doanh nghiệp lách luật.

Trong những năm qua, với việc hội nhập sâu và rộng với kinh tế thế giới, kinh tế Việt Nam có nhiều thay đổi dẫn tới việc một số nội dung của Luật Cạnh tranh không còn phù hợp và chưa bắt kịp với thực tiễn kinh doanh. Các hành vi phản cạnh tranh, hạn chế cạnh tranh được sử dụng với mức độ tinh vi, phức tạp ngày càng cao.

Trong khi đó các quy định hiện hành của Luật Cạnh tranh còn mang tính kỹ thuật, cứng nhắc chưa nhắm vào bản chất phản cạnh tranh của hành vi mà chỉ nhắm đến hình thức biểu hiện bên ngoài của hành vi và vì vậy, chưa bắt kịp với điều kiện thực tiễn, gây khó khăn cho quá trình thực thi pháp luật.

Do vậy, việc quan trọng không phải là bổ sung việc liệt kê các hành vi phản cạnh tranh mà yếu tố trước nhất là cần tập trung sửa đổi chính là cách tiếp cận ban hành và thực thi pháp luật, giữ được cân bằng giữa phương pháp liệt kê, mô tả và các quy định nhắm vào bản chất của hành vi.

4. Quy định về biện pháp xử lý vi phạm

Nghị định 120/2005/NĐ-CP quy định biện pháp xử lý vi phạm bao gồm: (1) Phạt cảnh cáo; (2) Phạt tiền; và (3) Các biện pháp xử phạt bổ sung và khắc phục hậu quả. Trong các hình thức xử phạt và khắc phục hậu quả trên đây, biện pháp cảnh cáo chỉ được áp dụng trong một số ít trường hợp liên quan đến các hành vi vi phạm quy định về cung cấp thông tin, tài liệu, tiết lộ thông tin, tài liệu thuộc bí mật điều tra hoặc gây rối tại phiên điều trần (Điều 39-40, Nghị định 120/2005/NĐ-CP). Đối với các vi phạm về lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền, cơ quan cạnh tranh có thể áp dụng biện pháp phạt tiền đến 10% tổng doanh thu trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm của doanh nghiệp, một số biện pháp xử phạt bổ sung và khắc phục hậu quả quy định tại khoản 3, 4, Điều 4 của Nghị định 120/2005/NĐ-CP.

Qua một số vụ việc thực tiễn, có thể thấy rằng quy định hiện hành của Luật Cạnh tranh và Nghị định 120/2005/NĐ-CP về xử lý vi phạm liên quan đến lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền có thể làm phát sinh một số vấn đề chính như sau:

4.1. Mức phạt tiền được xác định căn cứ trên tổng doanh thu của năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm là không hợp lý

Theo quy định hiện hành của pháp luật, mức phạt tiền đối với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền có thể lên đến 10% tổng doanh thu của năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm. Tuy nhiên, xem xét các vụ việc thực tế, doanh nghiệp liên quan thường kinh doanh đa ngành nghề, trong một số vụ việc, doanh thu phát sinh từ việc kinh doanh hàng hóa, dịch vụ có liên quan trực tiếp đến hành vi vi phạm chỉ chiếm một phần rất nhỏ trong tổng doanh thu của doanh nghiệp. Đối với những trường hợp này, việc xác định mức xử phạt căn cứ theo tổng doanh thu theo quy định dường như không tương xứng với mức độ tác động, ảnh hưởng của doanh nghiệp khi thực hiện hành vi vi phạm trên thị trường.

Vì vậy, nên các cơ quan cạnh tranh có xu hướng lựa chọn tỷ lệ tính mức phạt rất thấp do pháp luật hiện hành quy định tương đối linh hoạt về mức xử lý vi phạm (0-5%; 5-10% Tổng doanh thu)⁴.

Tuy nhiên, đối với trường hợp doanh nghiệp bị xử phạt ở khung phạt từ 5-10% tổng doanh thu theo quy định thì kể cả khi cơ quan cạnh tranh áp dụng triệt để các tình tiết giảm nhẹ, tỷ lệ tính mức xử phạt tối thiểu cũng phải là 5%. Đối với những trường hợp này, nếu lấy tổng doanh thu trong năm tài chính để làm căn cứ tính mức phạt thì mức phạt có thể rất lớn, thậm chí có thể khiến doanh nghiệp phá sản bởi quyết định xử lý vụ việc và tất nhiên, đó là trường hợp mà không một cơ quan cạnh tranh nào trên thế giới mong muốn bởi nó có thể đi ngược lại với mục tiêu bảo vệ, giữ gìn cạnh tranh.

4.2. Thiếu cơ sở để xác định mức phạt tiền cụ thể đối với các doanh nghiệp thực hiện hành vi vi phạm

Hiện nay pháp luật cạnh tranh quy định 02 khung xử phạt chính đối với hình thức phạt tiền là từ 0 - 5% và từ 5 - 10% tổng doanh thu trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm. Quy định như vậy là rất rộng đặc biệt khi sử dụng căn cứ tính phạt là tổng doanh thu, do vậy, Nghị định 120/2005/NĐ-CP quy định

⁴trong vụ việc liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí độc quyền của Vinapco, hay trong vụ việc liên quan đến hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh của 19 doanh nghiệp bảo hiểm, cơ quan cạnh tranh đã xác định mức phạt rất thấp chỉ tương đương 0.025% tổng doanh thu

một số căn cứ để xác định mức độ xử lý đối với các hành vi vi phạm. Cụ thể, Điều 7, Nghị định 120/2005/NĐ-CP quy định một số căn cứ mà cơ quan cạnh tranh có thể xem xét khi xác định mức độ xử lý vi phạm sau:

1. Mức độ gây hạn chế cạnh tranh do hành vi vi phạm gây ra.
2. Mức độ thiệt hại do hành vi vi phạm gây ra.
3. Khả năng gây hạn chế cạnh tranh của các đối tượng vi phạm.
4. Thời gian thực hiện hành vi vi phạm.
5. Khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm.
6. Các tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng được quy định tại Điều 8 của Nghị định này.

Tuy nhiên, pháp luật cạnh tranh về mặt nguyên tắc không quy định cách thức sử dụng các căn cứ trên để xác định tỷ lệ mức phạt. Điều này gây khó khăn cho cơ quan cạnh tranh trong việc xác định mức phạt tiền cụ thể đối với các doanh nghiệp vi phạm, thậm chí gây tranh cãi trong quyết định mức độ xử lý vi phạm hoặc có thể dẫn đến việc tùy tiện trong quyết định mức phạt. Việc thiếu cơ sở pháp lý cho việc xác định mức phạt tiền có khả năng dẫn tới việc thiếu tính minh bạch, thiếu hợp lý hoặc gây nhiễu loạn của cơ quan cạnh tranh khi thực hiện hình thức xử phạt này đối với doanh nghiệp vi phạm.

5. Quy định về biện pháp xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục hậu quả

Pháp luật cạnh tranh Việt Nam cũng liệt kê một cách chi tiết các biện pháp xử phạt bổ sung và khắc phục hậu quả mà cơ quan cạnh tranh có thể áp dụng. Đối với biện pháp xử phạt bổ sung, pháp luật cạnh tranh quy định 02 biện pháp đó là:

1. Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm bao gồm cả tịch thu toàn bộ khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm

2. Khắc phục hậu quả, Nghị định 120/2005/NĐ-CP liệt kê 09 biện pháp áp dụng đối với các vi phạm liên quan đến hành vi lạm dụng, ví dụ: Buộc loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng hoặc giao dịch kinh doanh

liên quan; Buộc loại bỏ các điều kiện bất lợi đã áp đặt cho khách hàng; Buộc khôi phục các điều kiện phát triển kỹ thuật, công nghệ mà doanh nghiệp đã cản trở; Buộc cơ cấu lại doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường...

Đối với biện pháp tịch thu tang vật, trên thực tế có thể thấy rằng biện pháp này chưa hợp lý và cứng nhắc. Khoản lợi nhuận thu được từ hành vi phạm không phải là tang vật hay phương tiện sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm. Ngoài ra, pháp luật xử lý vi phạm hành chính xem xét khoản lợi nhuận bất hợp pháp dưới hình thức khắc phục hậu quả, thì pháp luật cạnh tranh xem xét nó dưới hình thức tịch thu tang vật, do đó, pháp luật cạnh tranh cần sửa đổi để đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật.

Về biện pháp khắc phục hậu quả, có thể nói pháp luật cạnh tranh Việt Nam đã áp dụng cả các biện pháp khắc phục hậu quả theo hành vi (behaviorial remedies) và biện pháp khắc phục hậu quả theo cấu trúc (structural remedies). Xét về mặt bản chất, các biện pháp khắc phục hậu quả theo quy định hiện thời chủ yếu nhằm dừng hoặc chấm dứt hành vi vi phạm của doanh nghiệp hoặc tái cấu trúc lại doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường để cải thiện cạnh tranh trên thị trường

Thực tế hoạt động và xử lý các vụ việc hạn chế cạnh tranh và lạm dụng vị trí độc quyền cho thấy vai trò của biện pháp khắc phục hậu quả vẫn chưa được nhìn nhận và áp dụng đầy đủ. Tuy pháp luật cạnh tranh liệt kê nhiều biện pháp nhưng quy định này rất cứng nhắc và việc áp dụng trên thực tế gặp rất nhiều khó khăn vì các ngành nghề kinh doanh đa dạng, nhiều quy định không phù hợp.

Ở các nước trên thế giới, biện pháp khắc phục theo hành vi, , thường rất linh hoạt để phù hợp với từng điều kiện, hoàn cảnh thị trường cũng như đặc thù trong hoạt động kinh doanh của từng doanh nghiệp.

Trên thực tiễn, pháp luật cạnh tranh của nhiều nước không quy định quá chi tiết, cụ thể về các biện pháp khắc phục hậu quả mà đòi hỏi cơ quan cạnh tranh phải xem xét, đánh giá và quyết định về biện pháp khắc phục hậu quả đối với từng vụ việc, từng ngành. Việc áp dụng các biện pháp bổ sung rất linh hoạt và do cơ quan điều tra áp dụng một cách chủ động. Bên cạnh đó, việc xem xét thiết kế biện pháp khắc phục do cơ quan điều tra thực hiện được coi trọng như chính hoạt động điều

tra xác định hành vi xác định vị trí thống lĩnh và hành vi lạm dụng độc quyền. Tuy nhiên để thực hiện được điều này, yêu cầu về xây dựng yếu tố cán bộ điều tra có kiến thức, có đạo đức là yếu tố tiên quyết.

Tóm lại, để luật cạnh tranh thực sự phát huy hiệu quả, cần nghiên cứu điều chỉnh cách tiếp cận về biện pháp khắc phục hậu quả theo hướng điều chỉnh tác động của hành vi thay vì điều chỉnh trực tiếp các biểu hiện bên ngoài của hành vi như hiện nay.

