

VỀ THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH

Trần Thị Nguyệt*

Cạnh tranh – nội hàm của khái niệm này có nhiều cách diễn đạt. Nó có thể được hiểu là những nỗ lực của hai hoặc nhiều người (hoặc nhóm người) cùng đạt một mục tiêu nhất định. Đặc trưng vốn có của cạnh tranh trong kinh doanh là luôn/phải tồn tại trên thị trường với sự tham gia ít nhất của hai hay nhiều người cung cấp hoặc có nhu cầu; và những người này có ít nhất một số mục đích đối kháng, sự đạt được mục đích của người này chỉ có thể so với sự thành công hoặc thất bại của người kia và ngược lại. Nói cụ thể hơn, cạnh tranh trong kinh doanh vốn là hành vi của các doanh nghiệp kinh doanh cùng loại hàng hóa hoặc những hàng hóa có thể thay thế cho nhau nhằm tiêu thụ hàng hóa hoặc dịch vụ trên một thị trường. Chính vì thế, cạnh tranh là một quy luật vận động cơ bản của kinh tế thị trường, đồng thời, cạnh tranh còn là động lực quan trọng thúc đẩy kinh tế quốc dân phát triển. Song, cạnh tranh gay gắt sẽ dẫn đến tình trạng cạnh tranh không lành mạnh, hạn chế cạnh tranh... Trong khi đó, không một doanh nhân nào từ bỏ ước mơ “vĩ đại” của mình là độc quyền hay chí ít cũng là khống chế hay chi phối được thị trường. Phần lớn các doanh nhân đều có chung một ước muốn là được tồn tại và phát triển mà không phải đương đầu với bất cứ cuộc cạnh tranh nào. Và thế là những hành vi hạn chế cạnh tranh xuất hiện, có thể nói là nó xuất hiện cùng lúc với sự nhen nhóm của kinh tế thị trường. Vì vậy, lịch sử của các hành vi hạn chế cạnh tranh có bề dày gần như tương đương với lịch sử của kinh tế thị trường. Trong thực tế, cùng với cạnh tranh không lành mạnh và độc quyền thì các hành vi hạn chế cạnh tranh đều được xem là những khuyết tật chủ yếu của kinh tế thị trường mà bất cứ quốc gia nào tuân theo đều gặp phải. Trong số các khuyết tật kể trên thì các hành vi hạn chế

cạnh tranh được xếp vào hàng độc hại và nguy hiểm hơn cả.

Pháp luật chống thỏa thuận và hạn chế cạnh tranh, kiểm soát độc quyền từ lâu đã trở thành bộ phận pháp luật quan trọng, không thể thiếu được ở các quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển. Bởi vì, cùng với bộ phận pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh, kiểm soát độc quyền thì nó chính là công cụ trực tiếp và hữu hiệu bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, duy trì động lực phát triển của nền kinh tế.

1. Vị trí và ảnh hưởng của hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong lý thuyết về cạnh tranh và thực tiễn cạnh tranh trong nền kinh tế thị trường

Về học thuật, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là một loại hành vi điển hình trong số các loại hành vi hạn chế cạnh tranh. Các nhà kinh tế - chính trị học thường phân chia hành vi hạn chế cạnh tranh ra thành các loại hành vi khác nhau dựa vào đặc thù của chúng và có phân nhóm rõ rệt, đó là:

- Hành vi thỏa thuận;
- Hành vi cản trở;
- Hành vi tập trung¹.

Như vậy, hành vi thỏa thuận là một trong ba loại hành vi kể trên có thể dẫn đến nguy cơ hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Adam Smith đã có nhiều thành công to lớn trong việc nghiên cứu các hạn chế cạnh tranh, lên án các tàn tích cản trở việc gia nhập và/hoặc rút khỏi thị trường có từ thời trung cổ. Ông cũng đã biết tới các thỏa thuận khống chế giá và tính nguy hại của chúng đối với lợi ích xã hội và phúc lợi công cộng song ông chưa yêu cầu phải cấm hay chí ít là phải giám sát các thỏa thuận này. Ngày nay trong điều kiện kinh tế thị trường, có thể có nhiều doanh nghiệp cùng kinh doanh một loại hàng

* Giảng viên, Trường Đại học Kinh tế quốc dân

¹ Theo I. Schmidt, “Wettbewerbspolitik und Kartellrecht”, 1987.

hóa hoặc dịch vụ, hoặc xuất hiện những loại hàng hóa, dịch vụ có thể thay thế cho nhau, biên độ co giãn cung-cầu thay đổi bất thường thì hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh ở một mức độ nhất định có tính chất nguy hiểm và độc hại cao nhất và khó nhận dạng nhất trên thị trường so với các loại hành vi hạn chế cạnh tranh khác. Hành vi này có thể làm biến dạng thị trường, làm thay đổi cơ cấu phân cung, lũng đoạn phân đầu của thị trường, phá vỡ giá trị điều tiết quy luật cung - cầu, quy luật giá cả và giá trị... Nguy hại hơn, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có thể làm cho lợi ích chung của toàn bộ thị trường bị đe dọa, quyền lợi chung của người tiêu dùng bị vi phạm đáng kể ngay cả khi không có lợi ích của một đối thủ cạnh tranh nào bị xâm hại. Tuy vậy, ở phương diện kinh tế học, các thỏa thuận của công ty kinh doanh cần được nhìn nhận nghiêm cứu ở cả hai góc độ đối lập của nó đó là giá trị tích cực thể hiện lợi ích kinh tế của thỏa thuận và mặt nguy hại như đã nói ở trên. Một khi đã là những thỏa thuận và nguy cơ hạn chế cạnh tranh thì cần có sự nhận dạng, kết luận và tìm ra những ứng xử phù hợp bằng luật pháp cũng như bằng chính sách chính trị.

2. Khái niệm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Có thể nói, trong hầu hết các văn bản quy phạm pháp luật của các nước² đều đã định nghĩa các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bằng những thuật ngữ mang tính chung chung. Điều này đã cho phép các thiết chế thực thi các pháp luật cạnh tranh tự do đi theo xu hướng giải thích khái niệm này theo nghĩa rộng. Từ đó nảy sinh một số vấn đề về ranh giới đặt ra trong khái niệm, chẳng hạn cần phải phân biệt rõ “thỏa thuận hạn chế cạnh tranh” với “hợp đồng”, với các hành vi

đơn phương cũng có mục đích hạn chế cạnh tranh và với một số hoạt động tập trung kinh tế cũng được thực hiện dưới hình thức thỏa thuận (sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh giữa các doanh nghiệp).

Với các định danh gián tiếp, Điều L420-1 Bộ luật Thương mại Pháp nghiêm cấm “các hành vi phối hợp hành động, các thỏa ước, các thỏa thuận công khai thỏa thuận ngầm hoặc liên minh” giữa các doanh nghiệp. Tương tự như vậy, thái độ của liên minh châu Âu, tại khoản 1 Điều 81 Hiệp ước Roma, cũng nghiêm cấm “mọi thỏa thuận giữa các doanh nghiệp, mọi quyết định của hiệp hội doanh nghiệp và mọi hành động phối hợp có khả năng ảnh hưởng đến trao đổi thương mại giữa các quốc gia thành viên” và có mục đích hoặc hệ quả phản cạnh tranh.

Với các định nghĩa như trên cho thấy, ngay ở những nước kinh tế thị trường văn minh, thương học rất phát triển thì một định nghĩa pháp lý về hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh cũng luôn là một định nghĩa có nội hàm rất rộng, chỉ mang tính diễn tả và phân loại hành vi chứ không khái quát bản chất của vấn đề trong định nghĩa. Hơn nữa, do luôn có xu hướng muốn mở rộng thẩm quyền thực sự cho hội đồng cạnh tranh, Ủy ban châu Âu và các tòa án có thẩm quyền giám sát hoạt động của Hội đồng cạnh tranh đều giải thích khái niệm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo nghĩa rất rộng và theo cách mềm dẻo, linh hoạt.

Như vậy, có thể hiểu thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là hành vi cấu kết giữa hai hoặc nhiều chủ thể kinh doanh để thủ tiêu sự cạnh tranh giữa chúng và ngăn cản sự tham gia thị trường của các đối thủ cạnh tranh khác cũng như sự nhập cuộc của các doanh nghiệp tiềm năng.

Về hình thức, những thỏa thuận này có thể được hình thành thông qua các hợp đồng, nghị quyết, các thỏa thuận ngầm giữa các doanh nghiệp. Hiện nay thông thường các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thường được thể hiện dưới dạng thỏa thuận ngầm hoặc cùng hành động để tránh sự phát hiện và xử lý. Tuy thế, đã từ lâu, trên thế giới luôn có sự

² Xem mục 2 Pháp lệnh về độc quyền và các hành vi hạn chế kinh doanh Pakixtan 1970; Điều 6 Pháp lệnh số 95-06 về cạnh tranh của Angiêri 1995; Mục 2 Luật về độc quyền và các hành vi hạn chế kinh doanh Nam Phi 1969; Điều 6 Luật cạnh tranh và hạn chế các hoạt động độc quyền trên thị trường hàng hóa của Liên bang Nga 1995; Điều 5 Luật Khuyến khích và bảo vệ cạnh tranh tự do Vênezuela 1991...

thừa nhận rằng hình thức pháp lý của một thỏa thuận ý chí không ảnh hưởng gì đến vấn đề định danh hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Các dạng thức biểu hiện của hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh phong phú, đa dạng đến mức “dưới bất cứ hình thức nào”³, không loại trừ “các quyết định của hiệp hội doanh nghiệp”, tức là các quyết định được thông qua bởi các tổ chức nghề nghiệp và các hoạt động do tổ chức này phối hợp thực hiện. Dạng thức khó nhận biết nhất đó là “phối hợp hành động” giữa các doanh nghiệp. Theo đó, phối hợp hành động là hình thức phối kết hợp hành vi với nhau nhưng không dẫn tới chỗ giao kết một thỏa thuận đúng nghĩa nhằm làm giảm hay triệt tiêu sức ép cạnh tranh thay thế một cách có chủ định “nguy cơ phải cạnh tranh bằng quan hệ hợp tác”⁴.

Như vậy, *hình thức pháp lý của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh không phải là vấn đề thiết yếu* vì rằng một hành vi được gọi là thỏa thuận phản cạnh tranh thậm chí cũng không cần phải có quy định về một hình thức pháp lý cụ thể, bởi rõ ràng là trong trường hợp thỏa thuận ngầm hoặc hành động phối hợp như đã phân tích ở trên không tồn tại một quy định cụ thể về hình thức pháp lý nào trên thực tế. Chẳng hạn như việc các đối thủ cạnh tranh trao đổi thông tin với nhau, tuy không được tiến hành trên cơ sở một thỏa thuận công khai nhưng lại có thể giảm thiểu đáng kể mức độ thiếu chắc chắn về khả năng tiên liệu trong các quyết định của đối thủ cạnh tranh. Như vậy, vấn đề mang tính quyết định khi xem xét hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh *đó phải là có sự thỏa thuận ý chí chính thức hoặc ít nhất là có sự thống nhất các ý chí độc lập chứ không phải là hình thức pháp lý của hành vi thỏa thuận*. Tuy nhiên, theo chúng tôi thì thỏa thuận theo cách hiểu nghĩa rộng của khái niệm hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thì bản chất

thỏa thuận ý chí ở đây phải được xem xét đồng nghĩa với sự “hợp chung ý chí”. Do đó khái niệm thỏa thuận trong thuật ngữ thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bao hàm tất cả các trường hợp mà trong đó có sự gặp gỡ và hợp chung về ý chí, cho dù động cơ có thể khác nhau. Bởi trên thực tế, có rất nhiều hành động phối hợp thể hiện sự thống nhất về ý chí nhưng lại theo đuổi những mục đích khác nhau của từng chủ thể. Một ví dụ giả định sau đây sẽ chứng minh cho điều đó: Hội đồng cạnh tranh đã tuyên phạt một doanh nghiệp sản xuất bột giặt vì doanh nghiệp này đã chấp nhận đóng góp cho một trung tâm cung ứng đầu vào chung một khoản tiền gọi là tiền quảng cáo, nhưng trong thực tế chỉ là một lợi ích riêng không có đền bù. Dù rằng doanh nghiệp này phải làm như vậy là do bị yêu cầu, nhưng sở dĩ họ không sử dụng đến sức mạnh kinh tế và sự nổi tiếng của thương hiệu (hay nhãn hiệu) để khước từ yêu cầu từ phía trung tâm cung ứng chung vì họ có động cơ riêng trong việc nộp khoản đóng góp đó. Vì vậy, Hội đồng cạnh tranh cho rằng doanh nghiệp này đã tham gia vào một hành động phối hợp.

3. Kế thừa kinh nghiệm và lý thuyết về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh của các nước có nền kinh tế thị trường phát triển trên thế giới, luật thực định của nước ta cũng chia hành vi hạn chế cạnh tranh ra làm ba nhóm:

- Nhóm hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh;
- Nhóm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường và vị trí độc quyền;
- Nhóm hành vi tập trung kinh tế⁵.

Theo đó, cách tiếp cận của Luật Cạnh tranh nước ta về các nhóm hành vi nêu trên theo hướng: đưa ra các biểu hiện cụ thể của từng nhóm hành vi, các hành vi bị cấm và các trường hợp miễn trừ. Có thể thấy đây là cách phân chia thể hiện tính khoa học và logic hình thức rất cao trong cách xây dựng quy phạm pháp luật loại này.

³ Bộ luật Thương mại Pháp.

⁴ Tòa án Công lý của Liên minh châu Âu, ngày 30/04/1998, Cabour, C-230-96, Mục 48.

⁵ Xem Chương II-Luật Cạnh tranh, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2005.

Theo cách tiếp cận nêu trên thì các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong Điều 8 Luật Cạnh tranh 2004 đã *không đưa ra một khái niệm trực tiếp về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mà thông qua phương pháp liệt kê 8 loại thỏa thuận cụ thể* giúp chúng ta hiểu khái niệm này một cách cụ thể tỉ mỉ trên cơ sở thực định chứ không trừu tượng, khái quát có tính hàn lâm. Với 8 thỏa thuận được liệt kê, mục đích của nhà làm luật là giúp các chủ thể trong xã hội nhận biết và gọi tên đúng các loại thỏa thuận hạn chế cạnh tranh cụ thể mà Luật có những quy định nghiêm cấm trong những điều kiện khác nhau⁶.

Theo Luật mẫu về cạnh tranh của Hội nghị thương mại và phát triển của Liên Hiệp quốc (UNCTAD), thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là hành vi cấu kết giữa hai hay nhiều doanh nghiệp để thủ tiêu cạnh tranh hoặc ngăn cản sự tham gia thị trường của các đối thủ cạnh tranh khác cũng như sự tham gia thị trường của các doanh nghiệp tiềm năng. Sự cấu kết này có thể được biểu hiện dưới bất kỳ hình thức nào, chính thức hay không chính thức, có thể thực hiện bằng miệng hay bằng văn bản, công khai hay là những thỏa hiệp ngầm và cũng có thể thỏa thuận bán công khai. Trên phương diện luật thực định thì bản chất pháp lý của các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đã được quy định trong pháp luật cạnh tranh chính là *một dạng hợp đồng vô hiệu*. Sở dĩ nói đó là một dạng hợp đồng là vì ở đó có sự thống nhất ý chí giữa các bên (chủ yếu là giữa các doanh nghiệp) và hệ quả của nó có thể dẫn tới làm hạn chế, sai lệch cạnh tranh trên thị trường liên quan nếu nó vi phạm điều cấm của pháp luật, bởi vì lúc ấy các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mang ý nghĩa tiêu cực và hủy diệt cạnh tranh. Nó biểu hiện sắc thái thống nhất hành động cao độ giữa nhiều doanh nghiệp với mục đích giảm bớt hoặc loại bỏ sức ép cạnh tranh. Khi doanh nghiệp đạt tới độ lớn nhất định, những thỏa thuận này có thể vô hiệu hóa chức năng điều tiết của cạnh tranh gây hại cho người tiêu dùng và cho nền kinh tế và khi đó chúng cần bị cấm.

Với tính cách hành vi có ý thức, có chủ đích và mục tiêu bám đuổi giá thì hành vi

thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là sự thỏa hiệp thống nhất ý chí trong việc nhận thức mục đích và phối hợp hành động với nhau giữa các chủ thể kinh doanh độc lập với mục đích chung tối thượng đó là nâng cao vị thế của từng bên và của tất cả các bên của thỏa thuận, cản trở cạnh tranh, thao túng được thị trường mà không cần phải có sự nỗ lực thực sự trên thương trường (như cải tiến chất lượng, cải tổ bộ máy, tiếp nhận kỹ thuật, xem xét lại giá, cơ chế tiêu thụ, dịch vụ hậu mãi và các cam kết sau tiêu thụ v.v.).

Theo PGS. TS Phạm Duy Nghĩa thì chưa tìm được một chữ nào thoát ý như chữ Cartel để dùng nói về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Theo đó, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (cartel) có thể hiểu như sau⁶:

- Đó là những hành vi hoặc là công khai dưới hình thức quy định của các hiệp hội;

- Hoặc là những hành vi nửa bí mật, nửa công khai dưới dạng các thỏa thuận (ví dụ thỏa thuận găm hàng gây ra tình trạng khan hiếm giả tạo hòng đẩy giá lên cao).

- Hoặc là những hành vi ngầm định, ngầm hiểu, ngầm thực hiện giữa các doanh nhân, giữa các “đường dây” kinh doanh.

Vì vậy mà theo ông Nghĩa, từ thỏa thuận tiết độ lượng dầu mỏ được khai thác của các quốc gia dầu mỏ OPEC cho đến cái gặt đầu ngầm ý của mấy chị hàng hoa tươi nâng (ép) giá 30, 50 ngàn đồng một bông hồng vào các dịp mừng 8 tháng 3,... hết thấy đều là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

4. Dựa trên quan hệ giữa các chủ thể (doanh nghiệp) tham gia thỏa thuận, có thể chia các hành vi thỏa thuận ra làm ba nhóm: thỏa thuận theo chiều ngang, thỏa thuận theo chiều dọc và thỏa thuận mang tính tổ hợp

Thỏa thuận theo chiều ngang thường là giữa các doanh nghiệp độc lập là hình thức cartel để khống chế giá, phân chia thị trường,... hoặc sự thỏa thuận phối hợp hành

⁶ Xem: Phạm Duy Nghĩa, “Chuyên khảo Luật kinh tế”, Nxb Đại học Quốc gia, Hà Nội, 2004. tr. 774, 775.

động nào đó trong một thời gian nhất định để cản trở cạnh tranh từ doanh nghiệp khác.

Thỏa thuận theo chiều dọc là những thỏa thuận có thể thực hiện ở ba hình thức như *định giá, thương lượng giá và thỏa thuận license*. Nó thường là thỏa thuận giữa các doanh nghiệp trong mối quan hệ cung ứng tiêu thụ. Tùy theo từng mục tiêu, mức độ, các thỏa thuận dọc này có những tác động khác nhau, thậm chí một số thỏa thuận hoàn toàn có ý nghĩa tích cực cho nền kinh tế và cho xã hội. Có thể nói những thỏa thuận theo hướng có lợi cho nền kinh tế hầu hết thuộc về các thỏa thuận dọc. Tuy nhiên quy phạm cấm. Khi xét thấy có những thỏa thuận dọc license, nếu đáp ứng được yêu cầu, mục tiêu thúc đẩy tiến bộ kỹ thuật, công nghệ, nâng cao chất lượng hàng hóa dịch vụ thì sẽ được miễn trừ có thời hạn.

Thỏa thuận mang tính hỗn hợp giữa các doanh nghiệp của một tổ hợp (có thể thấy vài dấu hiệu trong các vụ án Tăng Minh Phụng, Đông Nam Á). Loại thỏa thuận này chưa phổ biến ở Việt Nam.

Các cuộc đua tranh trong cơ chế thị trường có thể được đánh giá theo bao nhiêu tiêu chí thì cũng có bấy nhiêu loại thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, tuy phong phú là vậy song phổ biến gồm có:

- Thỏa thuận thống nhất về giá;
- Thỏa thuận găm hàng hoặc khống chế số lượng;
- Thỏa thuận phân chia thị trường;
- Thỏa thuận thống nhất các điều kiện chung về mua, bán và cung cấp dịch vụ;
- Thông đồng trong đấu thầu “quân xanh – quân đỏ”...

Luật Cạnh tranh của Việt Nam cũng đã quy định tương thích như hướng này (xem Điều 8 Luật Cạnh tranh). Theo đó, hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh quy định trong Luật Cạnh tranh Việt Nam không chỉ bao gồm những thỏa thuận mang tính cartel thông thường mà gồm cả những thỏa thuận để ngăn cản cạnh tranh của các doanh nghiệp không tham gia thỏa thuận. Do những đặc điểm có tính chi phối của các yếu tố văn hóa, phong tục, tập quán của người Việt, chúng ta nhận

thấy đặc thù của kinh tế thị trường Việt Nam là kiểu kinh tế theo mô hình gia đình phương Đông lan rộng. Thương nhân phương Đông nói chung cũng như Việt Nam nói riêng mau chóng tạo nên sức mạnh thâm tóm và điều tiết các thị trường không phải là các thỏa thuận được hiểu như hợp đồng kiểu phương Tây, mà bằng tình thân hữu, quan hệ gia đình, đồng hương và đồng hội⁷. Phát hiện ra các mối liên hệ ngầm này là vô cùng khó khăn và khi chúng cản trở cạnh tranh thì việc nhận diện, kiểm soát còn khó khăn hơn nhiều. Chẳng những xuất hiện trong kinh doanh, những liên kết, thỏa thuận ngầm còn diễn ra ở các cuộc tranh đua khác, mà mua bán cá độ bóng đá là ví dụ điển hình.

5. Mặt khác, trong bối cảnh thể chế kinh tế thị trường còn sơ khai, chưa hoàn thiện như ở nước ta hiện nay, mức độ thực hiện và bảo đảm quyền tự do trong kinh doanh (đặc biệt sự gia nhập thị trường) còn hạn chế thì việc ngăn cấm, kiểm soát các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh cũng có đặc thù riêng

Không phải ngẫu nhiên mà Điều 9 Luật Cạnh tranh 2004 nước ta đã chia các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm thành hai mức độ. Theo đó, các thỏa thuận bị nghiêm cấm và các thỏa thuận chỉ bị cấm khi chúng rơi vào các điều kiện nhất định và có thể làm sai lệch thị trường. Trong đó *các thỏa thuận bị cấm bởi quy phạm cấm dứt khoát, tuyệt đối* đó là:

- Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh;
- Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận;
- Thông đồng để một hoặc các bên của thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ⁸.

Sở dĩ những loại thỏa thuận nêu trên bị cấm là xuất phát từ mức độ tác động của

⁷ Xem Phạm Duy Nghĩa, Sdd, Tr 777.

⁸ Xem: Luật Cạnh tranh, Điều 8, 9, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2005.

chúng đến môi trường cạnh tranh lành mạnh. Các thỏa thuận độc hại đó luôn gây ra và có nguy cơ cao phá hủy, làm lệch lạc môi trường kinh doanh của các chủ thể kinh doanh trên thị trường. Do đó, Luật Cạnh tranh quy định nghiêm cấm hoàn toàn. Trong số các thỏa thuận thông đồng để một hoặc các bên của thỏa thuận thắng thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ là một trong những thỏa thuận được pháp luật cạnh tranh của các quốc gia trên thế giới quy định rất nghiêm ngặt và đưa vào *dạng thỏa thuận den*. Điều 27 Luật Cạnh tranh Trung Quốc 1993, Điều 27 Luật Cạnh tranh thương mại của Thái Lan, Điều 81 Hiệp định thành lập UNCTAD... đều nghiêm cấm các thỏa thuận thông đồng trong đấu thầu dưới bất cứ hình thức nào. Đối với các quốc gia chưa ban hành Luật cạnh tranh thì hành vi thông đồng đấu thầu cũng bị pháp luật nghiêm cấm tại các văn bản quy phạm pháp luật khác, thậm chí nhiều nước còn coi hành vi này là tội phạm và các chủ thể thông đồng đấu thầu phải chịu mức hình phạt khá nặng như ở Kenya chẳng hạn. Nhìn một cách khái quát hơn, chúng ta nhận thấy các thỏa thuận bị nghiêm cấm tuyệt đối ở trên phần lớn xuất hiện trong pháp luật cạnh tranh của các nước đang phát triển, truyền thống pháp luật cạnh tranh chưa có bề dày, thậm chí luật cạnh tranh cũng chỉ mới được ban hành trong khoảng một, hai chục năm trở lại đây hoặc còn chưa được ban hành. Vì thế mà khoản 1 Điều 9 Luật Cạnh tranh 2004 của Việt Nam cũng nằm trong điểm đặc thù này. Có thể ngầm hiểu đó là một ngoại lệ ở đa số các quốc gia đang phát triển, chưa có hoặc mới có cơ chế kinh tế thị trường. Nói như thế không có nghĩa là phủ nhận những điều cấm này trong pháp luật chống thỏa thuận hạn chế cạnh tranh của những nước phát triển, có nền kinh tế thị trường lâu năm.

Điểm tương đối đặc biệt của Điều 9 này chính là ở sự gián tiếp thể hiện mức độ chưa hoàn thiện của thị trường, mức độ tự do kinh doanh còn bị hạn chế làm cho ba loại hành vi thỏa thuận kể trên vẫn còn môi trường để sinh sôi nảy nở. Nói cách khác, sự hiện diện của nội

dung khoản 1 Điều 9 là do tính bị quyết định, tính chịu sự chi phối của các yếu tố kinh tế xã hội của một nền kinh tế thị trường còn sơ khai hiện nay ở Việt Nam. Điều phân tích trên đây đồng nghĩa với một nhận định rằng khi mà thể chế kinh tế thị trường đã phát triển, đã ở mức tương đối hoàn chỉnh thì các hành vi độc hại và nguy hiểm cho môi trường cạnh tranh kể trên không thể thực hiện được, hoặc rất hạn chế. Trong tương lai, khi các thiết chế bảo vệ cạnh tranh lành mạnh được tạo lập đồng bộ, vai trò của pháp luật cạnh tranh (cả luật nội dung và luật hình thức) được chú trọng nâng cao thì những hành vi vi phạm nghiêm trọng kể trên sẽ có thể xuất hiện, không còn điều kiện tồn tại và vì thế các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tại Điều 9 sẽ được sửa đổi theo hướng tương thích với pháp luật các quốc gia có thể chế thị trường văn minh, hoàn chỉnh. Khoản 1, khoản 2 Điều 9 Luật Cạnh tranh Việt Nam 2004 không quy định cấm hoàn toàn các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh quy định tại khoản 1, 2, 3, 4, 5 Điều 8 mà chỉ cấm các thỏa thuận này khi các bên tham gia thỏa thuận có thị phần kết hợp trên thỏa thuận liên quan từ 30% trở lên. Trong khi đó, các quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển như Anh, Ý, Đan Mạch, Hà Lan... lại quy định cấm tuyệt đối các loại thỏa thuận này trong pháp luật cạnh tranh của mình.

Quan điểm kinh tế học cho rằng, thị phần là một tiêu chí rất quan trọng giúp cho việc đánh giá chính xác, rõ ràng mức độ hạn chế cạnh tranh trên thị trường của các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Và vì thế, tiêu chí thị phần được nhiều quốc gia trên thế giới áp dụng. Theo đó, tổng thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận luôn tỷ lệ thuận với mức độ hạn chế cạnh tranh của các thỏa thuận đó. Việc mức thị phần kết hợp trên 30% là có dựa trên cơ sở kinh nghiệm một số nước và theo tính toán của các chuyên gia kinh tế thì ngưỡng thị phần trên 30% có thể đảm bảo khả năng kiểm soát được các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và ngưỡng này có thể tạo ra tính khả thi cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc xác định các hành vi này.

Điểm đặc biệt của Luật Cạnh tranh Việt Nam là chỉ dựa vào tiêu chí duy nhất là thị phần đáng kể (30% trở lên) để xác định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Trong khi đó, chính sách và pháp luật cạnh tranh của nhiều nước phát triển lại tìm cách phân tách những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (cho phép hay bị cấm) dựa vào tiêu chí hiệu quả kinh tế, hiệu quả đầu tư ngắn hạn, trung hạn hay dài hạn (Mỹ) hoặc dựa vào nhiều tiêu chí xã hội khác như lợi ích của doanh nghiệp vừa và nhỏ, mức độ tự chủ về tài chính, làm chủ thương trường trong kinh doanh hay khả năng đàm phán (các nước châu Âu).

Việc xác định các tiêu chí nêu trên chủ yếu là do các chuyên gia kinh tế thực hiện với tính toán và lập luận, cơ sở khoa học và kinh tế học. Theo đó, các nhà làm luật dựa trên những tư tưởng và kết quả nghiên cứu kinh tế học để thiết kế những điều cấm, đồng thời xác định rõ những ngoại lệ còn có những biện pháp miễn trừ. Do cơ quan quản lý cạnh tranh có bản chất kinh tế sâu sắc nên bên cạnh một điều cấm là vô số ngoại lệ, ngoài những ngoại lệ còn có các biện pháp miễn trừ do cơ quan quản lý cạnh tranh quyết định căn cứ vào từng trường hợp cụ thể. Từ những phân tích trên đây cho thấy, khác hẳn với nhiều lĩnh vực khác của pháp luật kinh tế, pháp luật chống thỏa thuận hạn chế cạnh tranh chỉ có thể được hiểu, được nhìn nhận, phân tích, đánh giá trong mối quan hệ mật thiết với các tiêu chí kinh tế và trên phương diện hiệu quả của kinh tế học.

6. Người ta thường quan tâm phân tích các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh với ý nghĩa là những hành vi nguy hiểm và độc hại cho môi trường cạnh tranh và vì vậy nó trở thành đối tượng cấm của pháp luật, *nhưng trong thực tiễn đời sống kinh tế những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là một hiện tượng xã hội bộc lộ tính hai mặt của vấn đề: mặt lợi ích và mặt độc hại.*

Những thỏa thuận thống nhất chiến lược kinh doanh về cơ bản là có lợi cho doanh nghiệp vừa và nhỏ ở Việt Nam. Trong bối cảnh hiện nay, tuyệt đại bộ phận doanh nghiệp Việt Nam có quy mô quá nhỏ so với

đối thủ nước ngoài cộng với những yếu kém về kinh nghiệm thương trường, sự thiếu vắng của một bộ phận người có tài năng quản trị, sự nhỏ bé yếu ớt về tài chính... Trong những cuộc tranh đua không cân sức này thì sự liên kết dù là công khai hay ngầm định giữa các doanh nhân Việt Nam là xu thế tất yếu để tạo nên sức mạnh và cần được Nhà nước khuyến khích. *Nếu doanh nghiệp chưa biết liên kết thì Nhà nước phải chủ động lập hội hỗ trợ tài chính để giúp doanh nghiệp liên kết.* Đặc biệt trong xuất khẩu hàng hóa, thỏa thuận thống nhất phân chia thị trường là điều kiện hết sức cần thiết để tạo cho họ sức mạnh tập thể khi đàm phán với đối thủ nước ngoài. Những thỏa thuận này thường được khuyến khích⁹ hơn là dùng quy phạm cấm. Về việc này, nước Đức cho phép mọi thỏa thuận của doanh nghiệp xuất khẩu có ảnh hưởng bên ngoài thị trường nước Đức (Cartel xuất khẩu) và nói lỏng kiểm soát độc quyền cho doanh nghiệp vừa và nhỏ trên thị trường nội địa. Điều này đương nhiên và đang được quan tâm ở nước ta. Như vậy nói một cách công bằng, một số thỏa thuận của doanh nghiệp không đồng nghĩa với tiêu cực, độc hại mà có thể rất có lợi và cần được phải khuyến khích trong giai đoạn hiện nay. Tuy nhiên những thỏa thuận này, nếu hạn chế đáng kể hoặc làm triệt tiêu cạnh tranh thì khi đó mới cần được phát hiện, điều tra và bị cấm. Bởi khi đó, các thỏa thuận có thể làm cho giá cả mất đi chức năng biểu thị sự khan hiếm tương đối của hàng hóa, cạnh tranh không diễn ra thì các chức năng phân bổ nguồn lực và phân phối cũng không được thực hiện. Điều đó tất yếu dẫn đến việc làm suy giảm sức ép cạnh tranh, thay đổi công nghệ và chất lượng hàng hóa suy giảm, người tiêu dùng phải gánh chịu thiệt thòi.

Vấn đề đặt ra là làm thế nào để phân tách được những thỏa thuận cho phép thỏa thuận làm hạn chế cạnh tranh và cần bị cấm. Dựa trên quan điểm kinh tế học người ta thường lấy tiêu chí hiệu quả kinh tế làm ranh giới phân chia nhưng cũng thật khó

⁹ Xem Phạm Duy Nghĩa, sdd, tr 769.

khân. Vì rằng việc tính toán và lập luận của những chuyên gia kinh tế không phải lúc nào cũng đồng nhất, nhất quán, bởi họ có thể xem xét, tính toán vấn đề hiệu quả trên rất nhiều góc độ khác nhau của kinh tế lượng, của thống kê kinh tế. Do vậy khác với nhiều lĩnh vực pháp luật khác, pháp luật cạnh tranh nói chung và pháp luật chống thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nói riêng chỉ có thể hiểu được, vận dụng trong mỗi quan hệ mật thiết với các tiêu chí hiệu quả của kinh tế học. Theo đó, các nhà Luật học dựa trên những cơ sở, tư tưởng và tính toán của các chuyên gia kinh tế để thiết kế những điều cấm hoặc đưa ra những ngoại lệ trong luật thực định. Về điều này trong Luật Cạnh tranh 2004 và Nghị định 116/CP cũng thể hiện sâu sắc tư tưởng nêu trên. Bên cạnh các điều cấm là các ngoại lệ, ngoài các ngoại lệ còn có các biện pháp miễn trừ do cơ quan

quản lý cạnh tranh quyết định tùy thuộc vào từng trường hợp cụ thể.

Sự “hấp dẫn” của các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh – cartel đối với doanh nghiệp đã được công nhận từ lâu. Trong tác phẩm nổi tiếng “Của cải của các dân tộc” năm 1776, Adam Smith đã viết: “Các nhà kinh doanh cùng ngành hàng hiếm khi gặp nhau thậm chí là để hội hè hay giải trí, nhưng khi gặp nhau thì kết quả thường là thông đồng để chống lại công chúng hay kết cấu nhằm tăng giá”. Cartel có thể không loại trừ tất cả các loại cạnh tranh nhưng đánh giá chung thì một khi xuất hiện nó có khả năng làm biến dạng thị trường, sai lệch nguồn cung, co hẹp hay lũng đoạn cấu của nền kinh tế, tổn hại lợi ích của người tiêu dùng... Sự can thiệp, ngăn cản của pháp luật là tất yếu.

(Tiếp theo trang 42 – Thương lượng và ...)

Một là, tăng cường giáo dục ý thức pháp luật cho người dân, nhất là các doanh nghiệp về các phương thức giải quyết tranh chấp. Cụ thể trong các sách giáo trình (phần về các phương thức giải quyết tranh chấp), cần dành nhiều hơn về các phương thức thương lượng và hoà giải (hiện nay phần này chủ yếu tập trung vào phương thức trọng tài và toà án). Trong đó, cần có sự phân tích so sánh về các dạng hoà giải phổ biến được áp dụng ở các quốc gia trên thế giới. Trong lĩnh vực khoa học pháp lý, cần có các đề tài khoa học, các sách chuyên khảo, các bài tạp chí... về các phương thức này.

Hai là, cần có sự công bố công khai các bản án, quyết định của toà án về việc giải quyết các tranh chấp dân sự, thương mại để người dân tham khảo (nên phổ biến dưới dạng các tuyển tập hàng năm và phát hành rộng rãi). Sự hiểu biết về các quyết định đó sẽ giúp các bên tranh chấp dự đoán dễ hơn kết quả (hoặc hậu quả) mà họ sẽ có nếu đưa tranh chấp ra toà (ví dụ, có một bản án nào đó của toà án về một tranh chấp tương tự như tranh chấp mà các bên đang gặp, nếu các bên biết

được thì đối với những người mong muốn bảo vệ lợi ích chính đáng chắc chắn họ sẽ không đưa nhau ra toà). Và điều này, như đã nêu trên, thúc đẩy các bên tới việc chọn phương thức thương lượng và hoà giải nhiều hơn là trọng tài và toà án (trên thực tế quyết định của toà án và trọng tài thường có kết quả giống nhau nếu áp dụng pháp luật như nhau).

Ba là, pháp luật cần có các quy định thừa nhận các loại thỏa thuận đạt được trong quá trình thương lượng và hoà giải có giá trị pháp lý bắt buộc nếu như các thỏa thuận đó như các điều khoản bổ sung của hợp đồng hoặc như là một bản hợp đồng mới. Ngoài ra, pháp luật cần có các quy định về việc cấm các thẩm phán, luật sư, trọng tài viên là nhà hoà giải tham gia giải quyết tranh chấp trong trường hợp các bên hoà giải không thành và lại tiếp tục đưa tranh chấp ra trọng tài hoặc toà án. Bởi nếu không cấm như vậy các bên sẽ e ngại trong việc chọn những người như vậy làm nhà hoà giải hoặc trong quá trình hoà giải sẽ có những điều không được bày tỏ một cách chân thật.