

NGUYÊN TẮC LẬP LUẬN HỢP LÝ VÀ NGUYÊN TẮC VI PHẠM MẶC NHIÊN TRONG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH

Nguyễn Thanh Tú*

1. Giới thiệu chung

Pháp luật cạnh tranh (CT) kiểm soát các hành vi hạn chế CT, nhưng không phải mọi hành vi hạn chế CT đều bị cấm. Do đó pháp luật CT cần có các nguyên tắc để xác định nhóm hành vi hạn chế CT nào phải bị cấm. Trong pháp luật CT của Mỹ (antitrust law), nguyên tắc lập luận hợp lý (rules of reason) và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (per se rules) đã được hình thành thông qua các án lệ của Tòa án Tối cao Mỹ (US Supreme Court: TATC Mỹ) nhằm xác định các thỏa thuận hạn chế CT nào là vi phạm pháp luật CT và bị cấm. Nguyên tắc vi phạm mặc nhiên khẳng định nếu một thỏa thuận hạn chế CT một cách rõ ràng thông qua bản chất cũng như ảnh hưởng của nó mà không cần phải có các phân tích chi tiết về các đặc thù của nó để khẳng định tính bất hợp pháp thì thỏa thuận đó vi phạm pháp luật CT một cách mặc nhiên (illegal per se). Nguyên tắc lập luận hợp lý được áp dụng nếu ảnh hưởng đến CT của thỏa thuận đó chỉ có thể được đánh giá thông qua việc phân tích các đặc điểm riêng biệt của loại hình kinh doanh (tình hình của ngành kinh doanh trước và sau khi có hạn chế cạnh tranh, bản chất và ảnh hưởng của hạn chế CT), lịch sử của hạn chế CT và lý do áp dụng các hạn chế như vậy¹. Việc áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên thường đơn giản. Nếu một thỏa thuận hạn chế CT thỏa mãn một số điều kiện dễ dàng xác định thì thỏa thuận đó vi phạm pháp luật CT mà không cần xem xét ảnh hưởng đến CT của thỏa thuận đó. Ngược lại việc áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý rất phức tạp và mất nhiều thời gian vì các ảnh hưởng

khuyến khích CT (pro-competitive effects) và các ảnh hưởng hạn chế CT (anti-competitive effects) của một thỏa thuận hạn chế CT được phân tích, đánh giá chi tiết, kỹ lưỡng nhằm xác định xem hạn chế CT mà thỏa thuận đó quy định về bản chất có tác dụng khuyến khích CT hay thực sự ngăn cản CT. Tức là theo nguyên tắc lập luận hợp lý, nguyên đơn phải chứng minh thỏa thuận của vụ kiện mà tòa án đang thụ lý thực sự hạn chế CT một cách bất hợp lý².

Liên quan đến pháp luật CT của Liên minh châu Âu (EU), trước đây cũng như hiện nay có rất nhiều quan điểm về việc Tòa án Tư pháp châu Âu (European Court of Justice: ECJ), Tòa án sơ thẩm châu Âu (Court of First Instance: CFI) cũng như Ủy ban châu Âu có áp dụng hay không nguyên tắc lập luận hợp lý (và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên) theo Điều 81(1) và 81(3) Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu (TEC) như pháp luật CT của Mỹ³. Nếu áp dụng các nguyên tắc này thì có sự khác biệt gì giữa Mỹ và EU khi cách thiết kế Điều 81 TEC khác với Điều 1 Đạo luật Sherman 1890?

Bài viết này phân tích việc áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên trong pháp luật CT áp dụng đối với thỏa thuận hạn chế CT của Mỹ và EU; qua đó, xem xét, so sánh với các quy định pháp luật CT của Việt Nam nhằm để

* NCS Khoa Luật, Đại học Lund, Thụy Điển

¹ *National Society of Professional Engineers v US*, 435 U.S. 697, 692 (1978).

² *Texaco Inc. & Shell Oil Company v Fouad N. Dagher et al.*, 126 S.Ct. 1276, 1279 (2006).

³ Xem Renato Nazzini, "Article 81 EC between Time Present and Time Past: A Normative Critique of "Restriction of Competition" in EU Law", 43 *Common Market Law Review* 497 (2006); Pietro Manzini, "The European Rule of Reason- Crossing the Sea of Doubt", 8 *European Competition Law Review* 392 (2002); Oliver Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, tr. 62.

xuất một số kiến nghị trong việc kiểm soát các thỏa thuận hạn chế CT theo pháp luật CT Việt Nam.

2. Nguyên tắc lập luận hợp lý và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên trong pháp luật cạnh tranh của Mỹ

Điều 1 Đạo luật Sherman 1890 quy định: "Mọi thỏa thuận... hạn chế thương mại giữa các tiểu bang, hay với nước ngoài, bị tuyên bố là bất hợp pháp". TATC Mỹ cũng đã từng áp dụng quy định này một cách máy móc qua việc cấm tất cả các thỏa thuận hạn chế thương mại, bất kể hạn chế đó có hợp lý hay không⁴. Tuy nhiên Tòa án này cũng nhanh chóng nhận ra rằng Đạo luật Sherman không áp dụng đối với các thỏa thuận nhằm thúc đẩy kinh doanh hợp pháp, không có mục đích hạn chế thương mại giữa các tiểu bang mặc dù chúng có thể ảnh hưởng gián tiếp đến thương mại⁵. Quan điểm này được chính thức khẳng định vào năm 1911 qua việc lần đầu tiên khẳng định áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý trong các án lệ *Standard Oil* và *American Tobacco*⁶. TATC Mỹ cho rằng mục đích của Đạo luật Sherman không hạn chế quyền giao kết và thực thi các thỏa thuận (hợp đồng) khi các thỏa thuận đó không hạn chế một cách bất hợp lý (unduly/unreasonable) thương mại giữa các tiểu bang hay với nước ngoài. Do đó nguyên tắc lập luận hợp lý thường được áp dụng trong thông luật (common law) phải là biện pháp được sử dụng trong pháp luật CT nhằm xác định một hành vi cụ thể trong một vụ việc cụ thể có vi phạm Đạo luật Sherman hay không.

Nhưng áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý như thế nào khi phân tích một thỏa thuận có dấu hiệu hạn chế CT chỉ được TCTC Mỹ làm rõ trong án lệ *Chicago Board of Trade*⁷. TATC Mỹ cho rằng các thỏa thuận thương mại xét về bản chất thường có xu hướng hạn chế CT nhất định, nên một thỏa thuận hạn chế CT không thể được khẳng định là hợp pháp hay không hợp pháp bằng một phép thử hay kiểm tra đơn giản. Điều đó có nghĩa cách kiểm tra đúng đắn là phải tiến hành phân tích thị trường một cách toàn diện, chi tiết để xem hạn chế CT đó chỉ đơn thuần là quy định nhằm khuyến khích CT hay thực sự kìm hãm, thủ tiêu CT. Trong án lệ này, Sở giao dịch Chicago quy định sau giờ đóng cửa phiên giao dịch và trước giờ mở cửa phiên giao dịch tiếp theo, các thành viên của Sở giao dịch chỉ được phép mua hay chào mua ngũ cốc đang trên đường vận chuyển đến Chicago (sale "to arrive") theo giá lúc đóng cửa phiên giao dịch (quy định này được gọi là "call" rule). Quy định như đã ấn định giá (price fixing). Nhưng TATC Mỹ sau khi phân tích bản chất (nature), phạm vi (scope) và ảnh hưởng (effects) của quy định đã cho rằng quy định này thúc đẩy hoạt động kinh doanh, là quy định hợp lý, phù hợp với Đạo luật Sherman.

Tuy nhiên, một vấn đề nảy sinh khi áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý nhằm phân tích các khía cạnh kinh tế của một thỏa thuận hạn chế CT theo án lệ *Chicago Board of Trade* là các phân tích kinh tế như vậy thường rất phức tạp, kéo dài, nhiều lúc không đem lại kết quả, và tạo nên sự không chắc chắn cho các doanh nghiệp vì họ không biết các thỏa thuận có xu hướng hạn chế CT của họ có vi phạm pháp luật CT hay không⁸. Trong khi đó TATC Mỹ trong án lệ *Northern Pacific Railway Company*⁹ khẳng

⁴ Xem *US v Trans-Missouri Freight Associations*, 116 U.S. 290 (1897).

⁵ Xem *US v Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1889); *Hopkins v US*, 171 U.S. 578 (1898). Xem thêm Peter Nealis, "Per Se Legality: A New Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason", 61 *Ohio State Law Journal* 347, 354-357 (2000).

⁶ *Standard Oil Co. v US*, 221 U.S. 1, 60 (1911); *US v American Tobacco*, 221 U.S. 106, 179-180 (1911). Xem thêm Alan J. Meese, "Price Theory, Competition, and the Rule of Reason", 2003 *University of Illinois Law Review* 77, 83-89 (2003).

⁷ *Chicago Board of Trade v US*, 246 US 231 (1918).

⁸ Xem Thomas C. Arthur, "A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts", 68 *Antitrust Law Journal* 337, 346-347 (2000).

⁹ *Northern Pacific Railway Company v US*, 356 U.S. 1, 5 (1958).

định tồn tại một số thỏa thuận hạn chế CT (i) có các ảnh hưởng nghiêm trọng (pernicious effects) đến CT và (ii) không có tác dụng thúc đẩy CT để bù lại (lack of redeeming virtue). Những thỏa thuận thỏa mãn hai điều kiện này bị xem là không hợp lý và vi phạm pháp luật CT mà không cần phải tiến hành các phân tích chi tiết về hậu quả xấu đối với CT do chúng gây ra hay lý do của việc áp dụng chúng, tức thỏa thuận như vậy bị coi là mặc nhiên vi phạm¹⁰.

Do đó, khi xem xét một thỏa thuận hạn chế CT, tòa án sẽ phân tích xem thỏa thuận đó có rơi vào trường hợp mặc nhiên vi phạm hay không. Nếu không thuộc trường hợp mặc nhiên vi phạm, tòa án mới tiến hành các phân tích thị trường toàn diện, đầy đủ theo nguyên tắc lập luận hợp lý để khẳng định tính hợp pháp hay không hợp pháp của thỏa thuận đó. Như vậy, nguyên tắc vi phạm mặc nhiên tránh được các nhược điểm của nguyên tắc lập luận hợp lý, đảm bảo tính chắc chắn và thuận tiện, nhanh chóng trong áp dụng pháp luật CT. Nhưng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên, đặc biệt tính chắc chắn có được khi áp dụng nguyên tắc này, thể hiện tính cứng nhắc, không thay đổi. Điều này khó có thể thích ứng với những thay đổi nhanh chóng, linh hoạt của thị trường cũng như nhận thức dưới góc độ kinh tế trong kinh doanh và CT. Vì vậy việc áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên có thể dẫn đến tình trạng cấm các thỏa thuận có tác dụng thúc đẩy CT, đổi mới, sáng tạo đem lại hiệu quả kinh tế cao và có lợi cho người tiêu dùng và xã hội¹¹. Trong án lệ *Schwinn*¹², TATC Mỹ khi xem xét thỏa thuận hạn chế CT giữa các bên không phải là đối thủ cạnh tranh (thỏa

thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc)¹³ đã cho rằng một khi nhà sản xuất đã chuyển giao quyền sở hữu và rủi ro đối với sản phẩm cho đối tác kinh doanh (nhà phân phối), nhà sản xuất đó cũng đã chuyển giao quyền chi phối đối với sản phẩm đó. Vì vậy nỗ lực của nhà sản xuất sau đó nhằm hạn chế thị trường hay khách hàng của đối tác kinh doanh, dù dưới hình thức thỏa thuận ngầm hay chính thức (rõ ràng) với đối tác kinh doanh là mặc nhiên vi phạm Điều 1 Đạo luật Sherman. Khẳng định như vậy là không hợp lý vì hậu quả ảnh hưởng đến thị trường của các thỏa thuận hạn chế CT theo chiều dọc là rất phức tạp. Chúng có thể làm giảm CT đối với một nhãn hiệu nhất định của một loại sản phẩm (intra-brand competition: CT giữa các nhà phân phối (bán buôn, bán lẻ) một loại sản phẩm của một nhà sản xuất cụ thể), nhưng chúng lại góp phần thúc đẩy CT giữa các nhãn hiệu khác nhau của một loại sản phẩm (inter-brand competition: CT giữa các nhà sản xuất một loại sản phẩm). Dưới góc độ kinh tế, cơ chế thị trường có những khiếm khuyết của nó như ảnh hưởng “ngư ông đắc lợi” (“free rider” effect), tức một hay một số doanh nghiệp phải mất nhiều chi phí đầu tư ban đầu để cải tiến, sáng tạo, quảng cáo, thiết lập thị trường..., trong khi một số doanh nghiệp chỉ “ăn theo”, không tốn các chi phí đầu tư ban đầu, có thể hưởng lợi từ sự đầu tư của doanh nghiệp khác. Điều này khiến cho các doanh nghiệp đầu tư ban đầu phải chia sẻ lợi nhuận và dẫn đến không có động lực để tiến hành đầu tư tiên phong ban đầu. Do đó, nhà sản xuất (nhà cung cấp) chỉ có thể an tâm đầu tư cho các nhà phân phối, đảm bảo tính hiệu quả đối với việc phân phối

¹⁰ TATC Mỹ trong án lệ này cho rằng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên được áp dụng đối với các thỏa thuận ấn định giá, phân chia thị trường, tẩy chay hoạt động kinh doanh của một doanh nghiệp khác (group boycotts) và thỏa thuận bán kèm.

¹¹ Xem thêm Oliver Black, chú thích số 3, tr. 74-76.

¹² *US v Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 382 (1967).

¹³ Thỏa thuận hạn chế CT theo chiều dọc (vertical restraint) là thỏa thuận hạn chế CT giữa các doanh nghiệp, mà mỗi doanh nghiệp hoạt động ở mỗi giai đoạn khác nhau của một quá trình sản xuất hay phân phối; thỏa thuận này thường liên quan đến các điều kiện theo đó các bên có thể bị hạn chế một số quyền trong mua, bán hay bán lại một số hàng hoá hoặc dịch vụ. Xem thêm Nguyễn Thanh Tú, “Nghĩa vụ không CT trong hợp đồng cung cấp-phân phối và vụ án Quán Cây dừa”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 8, 8/2004, tr. 47-56.

sản phẩm của nhà sản xuất khi các nhà phân phối chấp nhận những hạn chế nhất định (như hạn chế nhất định về lãnh thổ, về khách hàng, không bán các sản phẩm cùng loại của các đối thủ CT của nhà sản xuất...) và ngược lại. Với những hạn chế về CT như vậy, các doanh nghiệp đang bước đầu thâm nhập thị trường có thể tạo chỗ đứng cho mình trên thị trường hay các doanh nghiệp đã có vị trí trên thị trường có thể duy trì và phát triển vị trí đó, qua đó góp phần thúc đẩy CT giữa các nhà sản xuất các thương hiệu khác nhau của một loại sản phẩm để bù lại các hạn chế CT giữa các nhà phân phối sản phẩm thuộc một nhãn hiệu nhất định¹⁴.

Chính vì vậy trong án lệ *Sylvania*¹⁵, TATC Mỹ khẳng định lại hai điều kiện cần phải được thỏa mãn khi áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên đã nêu trong án lệ *Northern Pacific Railway Company*, và nhấn mạnh nguyên tắc này chỉ thích hợp khi và chỉ khi hành vi bị xem xét là hạn chế CT quá rõ ràng (manifestly anti-competitive). Như vậy việc không áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý chỉ có thể được biện minh trên cơ sở các ảnh hưởng kinh tế của hành vi hạn chế CT chứ không thể dựa trên hiện tượng hình thức bên ngoài của nó. Việc án lệ *Sylvania* phủ nhận án lệ *Schwinn* thể hiện sự thắng thế của nguyên tắc lập luận hợp lý so với nguyên tắc vi phạm mặc nhiên khi xem xét các thỏa thuận hạn chế CT, nhất là các thỏa thuận hạn chế CT theo chiều dọc không liên quan đến giá cả của sản phẩm.

Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các đối thủ cạnh tranh (thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang), TATC Mỹ

trong án lệ *BMI*¹⁶ cho rằng khi hai đối tác ấn định giá cả sản phẩm của họ, hành vi đó có vẻ như là hành vi ấn định giá nhưng không có nghĩa là hành vi đó mặc nhiên vi phạm pháp luật CT. Trong án lệ này, các nhà soạn nhạc, nhà văn và các nhà xuất bản cùng tham gia hiệp hội (ASCAP hoặc BMI), và hiệp hội này (bên chuyển quyền) ký kết và ấn định giá (theo tỷ lệ phần trăm doanh thu hay một số tiền xác định) đối với hợp đồng chuyển quyền sử dụng trọn gói các tác phẩm của các thành viên hiệp hội (blanket licence) cho các đài phát thanh, truyền hình (bên được chuyển quyền). Thỏa thuận trọn gói như vậy cho phép bên được chuyển quyền sử dụng bất kỳ hay toàn bộ các tác phẩm mà quyền tác giả thuộc về các thành viên của hiệp hội. Tòa án phúc thẩm liên bang cho rằng thỏa thuận trọn gói như vậy là hành vi ấn định giá, mặc nhiên vi phạm Đạo luật Sherman¹⁷. Tuy nhiên TATC Mỹ cho rằng thỏa thuận chuyển giao quyền sử dụng trọn gói của hiệp hội không phải là hạn chế CT quá rõ ràng (naked restraint) với mục đích loại trừ CT. Ngược lại, thỏa thuận đó giúp giảm chi phí giao kết hợp đồng với từng thành viên của hiệp hội, giảm chi phí giám sát, thực thi quyền tác giả, có lợi cho cả hiệp hội, thành viên của hiệp hội và các đài phát thanh, truyền hình, nên nó cần phải được phân tích theo nguyên tắc lập luận hợp lý. Qua đó, TATC Mỹ làm rõ rằng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên chỉ được áp dụng khi (i) hành vi đang xem xét rõ ràng hạn chế CT (facially anti-competitive), và (ii) không có sự biện minh hợp lý về tính hiệu quả của hành vi (plausible efficiency justification)¹⁸.

Như vậy phạm vi áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên có xu hướng bị thu hẹp lại. Tuy nhiên như đã trình bày, nguyên tắc lập luận hợp lý đòi hỏi phải có sự phân tích thị trường một cách toàn diện (full blown), xem

¹⁴ Xem Giuliano Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, 1997, tr. 24-27; Richard A. Posner, "Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions", 75 Colum L. Rev. 282 (1975); Nguyễn Thanh Tú, chú thích số 13, tr. 49.

¹⁵ *Continental T.V. Inc. v GTE Sylvania*, 433 U.S. 36, 50-59 (1977).

¹⁶ *Broadcast Music, Inc. v Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441U.S. 1, 9 & 19-25 (1979).

¹⁷ Xem *Columbia Broadcasting System, Inc. v ASCAP*, 562 F.2d 130, 140 (CA2 1977).

¹⁸ *Broadcast Music, Inc. v Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441U.S. 1, 19-20 (1979).

xét ảnh hưởng hạn chế CT thực tế và/hoặc tiềm năng cùng với những lợi ích, hiệu quả mà hạn chế đó mang lại, tức phải xem hạn chế có lớn hơn hiệu quả hay không. Phân tích như vậy rất phức tạp, tốn thời gian và chi phí thực hiện. Do đó, cuối những năm 1970, đầu những năm 1980 TATC Mỹ qua một số án lệ đã đưa ra phân tích rút gọn (abbreviated/quick look analysis) đối với nguyên tắc lập luận hợp lý. Thực chất nguyên tắc lập luận hợp lý rút gọn này là giảm bớt các phân tích ảnh hưởng đến CT khi rất nhiều khả năng ảnh hưởng xấu đến CT là chắc chắn. Tức là việc rút gọn sẽ được áp dụng khi thỏa thuận hạn chế CT đang xem xét không thuộc trường hợp mặc nhiên vi phạm nhưng một người quan sát với các hiểu biết cơ bản về kinh tế có thể kết luận rằng thỏa thuận đó có ảnh hưởng hạn chế CT đối với thị trường và khách hàng mà không cần các phân tích chi tiết¹⁹.

Cụ thể, trong án lệ NCAA,²⁰ Hiệp hội thể thao các trường đại học (NCAA) đã thông qua bản kế hoạch truyền hình các trận đấu bóng bầu dục của các trường đại học thành viên. Bản kế hoạch mang tính bắt buộc đối với các trường thành viên này giới hạn tổng số trận đấu liên trường và số trận đấu mà mỗi trường được truyền hình và xác định hai hãng truyền hình (ABC và CBS) được phép phát sóng các trận đấu này với điều kiện mỗi hãng này phải trả một khoản tiền tối thiểu cho các thành viên tham gia của NCAA. NCAA bị khởi kiện vì các hạn chế về truyền hình trận đấu như vậy vi phạm Điều 1 Đạo luật Sherman. Tòa sơ thẩm và phúc thẩm kết luận các hạn chế CT đó mặc nhiên vi phạm Đạo luật Sherman, nhưng TATC Mỹ không áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên vì

cho rằng NCAA và kế hoạch của nó duy trì đặc điểm riêng biệt (sản phẩm riêng): các trận đấu bóng bầu dục của trường đại học (không chuyên nghiệp), khác với các trận đấu bóng bầu dục chuyên nghiệp. Tuy nhiên TCTA Mỹ đã không áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý toàn diện, tức không bắt nguyên đơn phải chứng minh rằng ảnh hưởng xấu đối với CT của các hạn chế đó qua việc chứng minh sức mạnh thị trường (market power) của bị đơn. Thay vào đó, tòa án này cho rằng căn cứ vào bản chất hạn chế CT nguy hiểm liên quan đến giá và sản lượng (số lượng) của hành vi, bị đơn phải có nghĩa vụ chứng minh lợi ích của việc khuyến khích CT là vượt trội. Trong bất cứ trường hợp nào, vì truyền hình các trận đấu bóng bầu dục của các trường đại học là sản phẩm riêng biệt, không có sản phẩm thay thế trên thị trường nên bị đơn trên thực tế có sức mạnh độc quyền, và hành vi của bị đơn là hạn chế sản lượng, vi phạm Đạo luật Sherman.

Tương tự, trong án lệ *Indiana Federation of Dentists*,²¹ TATC Mỹ cho rằng việc phân tích đầy đủ, toàn diện theo nguyên tắc lập luận hợp lý là không cần thiết, không chỉ trong trường hợp liên quan đến các hạn chế CT về giá và sản lượng mà cả trong trường hợp có những chứng cứ trực tiếp về ảnh hưởng hạn chế CT²². Trong án lệ này Liên đoàn các nha sỹ tiểu bang Indiana từ chối cung cấp phim chụp X-quang của bệnh nhân cho công ty bảo hiểm để công ty bảo hiểm xem lợi ích điều trị mà bệnh nhân được hưởng có tương thích với chi phí mà công ty bảo hiểm phải trả thay cho bệnh nhân hay không. TATC Mỹ cho rằng hành vi như vậy là sự cấu kết giữa các thành viên của Liên đoàn, có ảnh hưởng làm triệt tiêu CT giữa các nha sỹ liên quan đến việc hợp tác của họ với các công ty bảo hiểm, đã là chứng cứ đầy đủ, vi phạm Điều 1 Đạo luật Sherman.

¹⁹ *California Dental Association v Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756, 770 (1999). Xem thêm Aiden F. Abbott, *A Brief View of American Antitrust Law*, The University of Oxford-Centre for Competition Law and Policy, Paper (L) 01/05, 2005, tr. 9-10.

²⁰ *National Collegiate Athletic Association v Board of Regent of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 102, 106-111 & 120 (1984).

²¹ *Federal Trade Commission v Indiana Federations of Dentists*, 476 U.S. 447, 459-461 (1986).

²² Xem Willard K. Ton & Chul Pak, "Toward a Flexible Rule of Reason", 68 *Antitrust Law Journal* 391,

Việc áp dụng phân tích rút gọn trong nguyên tắc lập luận hợp lý đã làm mờ đi ranh giới giữa nguyên tắc vi phạm mặc nhiên và nguyên tắc lập luận hợp lý. TATC Mỹ trong án lệ *California Dental Association*²³ thừa nhận nhiều lúc cần có các phân tích về điều kiện thị trường trước khi áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên, và việc phân tích một vụ việc CT phải được tiến hành trên cơ sở phân tích hoàn cảnh, chi tiết và lô-gic của hạn chế CT. Do đó hành vi của Hiệp hội Nha khoa California (CDA) cấm các thành viên thực hiện các quảng cáo liên quan đến giá và chất lượng dịch vụ nha khoa của mình chưa có thể bị cho là vi phạm pháp luật CT nếu chưa tiến hành các phân tích đầy đủ. Mới đây trong án lệ *Illinois Tool Works v Independent Ink*,²⁴ TATC Mỹ khẳng định tất cả mọi vụ việc liên quan đến thỏa thuận bán kèm đều không mặc nhiên vi phạm Điều 1 Đạo luật Sherman. Và để chứng minh vi phạm, nguyên đơn có nghĩa vụ chứng minh bị đơn có sức mạnh thị trường đối với sản phẩm chính (tying product).

Như vậy, việc áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý trong pháp luật CT của Mỹ thường trải qua ba bước chính sau đây: (1) thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có thực sự làm giảm cạnh tranh hay không; (2) có lý do chính đáng để biện minh cho hành vi hạn chế cạnh tranh trong thỏa thuận đó hay không; (3) nếu bị đơn đưa ra các lý do chính đáng để biện minh thì nguyên đơn phải chứng minh rằng các hạn chế cạnh tranh đó thực sự gây hại đến cạnh tranh trong bối cảnh cụ thể của thỏa thuận, và hạn chế thỏa thuận như vậy là thực sự không cần thiết, có thể áp dụng các biện pháp khác ít hạn chế cạnh tranh hơn so với biện pháp đã sử dụng.²⁵

Tóm lại qua các án lệ của TATC Mỹ cho thấy phạm vi áp dụng của nguyên tắc vi phạm mặc nhiên có xu hướng thu hẹp lại trong khi phạm vi áp dụng của nguyên tắc lập luận hợp lý ngày càng gia tăng, và rất linh hoạt; các hạn chế liên quan đến giá cả và số lượng vẫn có thể được biện minh bằng hiệu quả mà nó mang lại.

3. Nguyên tắc lập luận hợp lý trong pháp luật cạnh tranh của EU

Theo pháp luật CT của EU liên quan đến thỏa thuận hạn chế CT, Điều 81(1) TEC cấm (i) các thỏa thuận giữa (ii) các doanh nghiệp có (iii) ảnh hưởng tới thương mại giữa các quốc gia thành viên và (iv) có mục đích hoặc ảnh hưởng gây cản trở, hạn chế hoặc bóp méo CT trên thị trường chung²⁶. Tuy nhiên nếu một thỏa thuận thỏa mãn bốn điều kiện nêu trên- tức vi phạm Điều 81(1)- nhưng đáp ứng được bốn điều kiện quy định tại Điều 81(3) TEC, cụ thể: (a) góp phần nâng cao sản xuất hoặc phân phối hàng hóa, hoặc thúc đẩy sự phát triển kỹ thuật, kinh tế; (b) chia sẻ lợi ích đạt được cho người tiêu dùng; (c) không áp đặt cho các doanh nghiệp có liên quan các hạn chế không cần thiết để đạt được các mục tiêu trên; và (d) không tạo cho các doanh nghiệp này khả năng loại trừ CT đáng kể đối với các sản phẩm liên quan, thì thỏa thuận đó không vi phạm pháp luật CT.

Hiểu một cách đơn giản, bất kỳ thỏa thuận nào thỏa mãn đồng thời bốn điều kiện quy định trong Điều 81(1) TEC thì bị cấm, tức mặc nhiên vi phạm Điều 81(1). Khi nguyên đơn đã chứng minh được thỏa thuận của bị đơn thỏa mãn bốn điều kiện đó thì bị đơn chỉ còn cách chứng minh thỏa thuận của mình đáp ứng được bốn điều kiện quy định

²³ *California Dental Association v Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756, 779 & 781 (1999).

²⁴ *Illinois Tool Works v Independent Ink*, 126 S.Ct 1281, 1293 (2006).

²⁵ Xem Alan J. Meese, chú thích số 6, tr. 99-113; Alden F. Abbott, chú thích số 19, tr. 13-17; Thomas C. Arthur, chú thích số 8, tr. 374-386.

²⁶ Để áp dụng Điều 81(1) TEC, bốn điều kiện sau đồng thời phải được thỏa mãn: (i) điều kiện về thỏa thuận (trade criterion), (ii) điều kiện về doanh nghiệp (undertakings), (iii) điều kiện về thương mại (trade criterion), và (iv) điều kiện về CT (competition criterion). Xem Hans Henrik Lidgard, *Competition Classics- Material & Cases on Competition Law and Practices*, Lund University, Lund, 2005, tr. 50; Valentine Korah, *EC Competition Law and Practices*, Hart Publishing, Oxford, 2004, tr. 39-81.

tại Điều 81(3) TEC để thỏa thuận đó không bị cấm, tức là bị đơn phải phân tích các ảnh hưởng hạn chế CT và ảnh hưởng khuyến khích CT để cân bằng và chứng minh về tổng thể ảnh hưởng khuyến khích CT lớn hơn ảnh hưởng hạn chế CT, tức sử dụng nguyên tắc lập luận hợp lý theo Điều 81(3)²⁷. Như vậy việc cân bằng các lợi ích và hạn chế do thỏa thuận hạn chế CT mang lại- tức xem xét tính hợp lý - không được áp dụng trong Điều 81(1) TEC. Quan điểm này được thể hiện trong án lệ *Consten & Grundig*²⁸. Trong án lệ này Grundig đã ký hợp đồng với Consten để Consten được độc quyền phân phối các sản phẩm của Grundig trên thị trường Pháp, theo đó Grundig đồng ý không cung cấp sản phẩm của mình cho bất kỳ doanh nghiệp nào ở Pháp và cấm các nhà phân phối của Grundig bán các sản phẩm của nó (trực tiếp hay gián tiếp) vào thị trường Pháp. Đồng thời Grundig đã chuyển nhượng quyền sở hữu nhãn hiệu GINT của mình cho Consten trên thị trường Pháp. ECJ đã khẳng định mục đích của Điều 81(1) TEC là bảo vệ CT trên thị trường chung châu Âu, xóa bỏ các hàng rào cản trở sự thâm nhập thị trường một quốc gia thành viên do các doanh nghiệp dựng lên, được áp dụng với cả các thỏa thuận theo chiều dọc. Điều đó có nghĩa là một thỏa thuận chia cắt thị trường, hạn chế CT đối với một nhãn hiệu nhất định của một loại sản phẩm là đủ lý do để bị áp dụng Điều 81(1) mà không cần các phân tích lợi ích thúc đẩy CT giữa các nhãn hiệu khác nhau của một loại sản phẩm²⁹.

Tuy nhiên cũng chính phán quyết của ECJ trong án lệ *Société Technique Minière*³⁰ trước phán quyết *Consten & Grundig* khoảng hai tuần lại cho rằng việc xem xét một thỏa

thuận theo Điều 81(1) TEC phụ thuộc vào ảnh hưởng của nó đến thương mại giữa các quốc gia thành viên và đến CT hơn là dựa vào bản chất pháp lý của nó. ECJ còn cho rằng để xem một thỏa thuận có mục đích (object) hạn chế CT hay không, cần phải xem xét ý định cụ thể (precise purpose) của thỏa thuận đó trong bối cảnh kinh tế mà thỏa thuận đó được áp dụng. Trong trường hợp thỏa thuận không có mục đích hạn chế CT, thì việc xem thỏa thuận đó có ảnh hưởng (effect) hạn chế CT hay không phải dựa vào việc đánh giá hậu quả (consequences) của thỏa thuận, tức phải phân tích xem CT có bị cản trở, ngăn chặn hay bóp méo ở mức độ đáng kể (appreciable extent) hay không. Điều đó có nghĩa để xem một thỏa thuận có bị cấm theo Điều 81(1) hay không do mục đích hay ảnh hưởng hạn chế CT của nó, cần phải đánh giá nhiều yếu tố như sự cần thiết của thỏa thuận đó đối với việc gia nhập thị trường, vị trí trên thị trường của các bên liên quan, bản chất và số lượng của sản phẩm quy định bởi thỏa thuận, vai trò của thỏa thuận đó trong hàng loạt các thỏa thuận hạn chế CT tương tự (vai trò của nó trong ảnh hưởng hệ thống- network effects), khả năng tham gia thị trường của đối thủ CT³¹.

Nhiều án lệ của ECJ cũng như CFI sau này cũng đã ủng hộ việc giải thích Điều 81(1) TEC linh hoạt hơn như ý định của ECJ trong án lệ *Société Technique Minière*, tức là để đánh giá một thỏa thuận bị cấm hay không bị cấm bởi Điều 81(1) cần phải xem xét bối cảnh kinh tế và pháp lý dẫn đến việc ký kết thỏa thuận đó³²; phải xem xét mục đích, ảnh hưởng đến CT và tác động đến thương mại của thỏa thuận, tức là phải tính đến bối cảnh kinh tế mà các doanh nghiệp liên quan hoạt động kinh doanh, sản phẩm hay dịch vụ mà thỏa thuận điều chỉnh, cấu trúc thị trường liên quan và các điều kiện

²⁷ Xem Điều 2 Nghị định số 1/2003 của Hội đồng châu Âu về việc thực thi các quy định về CT theo Điều 81 và 82 TEC, OJ L 1/1, 4/1/2003.

²⁸ ECJ, Joined Cases 56 & 58/64, *Consten & Grundig v Commission*, 13/7/1966, [1966] ECR 299, tr. 340.

²⁹ Xem Renato Nazzini, chú thích số 3, tr. 507-509.

³⁰ ECJ, Case 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 30/6/1966, [1966] ECR 235, tr. 248-250.

³¹ Xem thêm Renato Nazzini, chú thích số 3, tr. 506-507.

³² ECJ, Case 22/71, *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export*, 25/11/1971, [1971] ECR 949, para. 13.

thực tế của thỏa thuận³³. Trong án lệ *European Night Services*,³⁴ CFI cho rằng nếu một thỏa thuận không chứa đựng các hạn chế CT rõ ràng như ấn định giá, phân chia thị trường hay kiểm soát hệ thống cửa hàng tiêu thụ, thì cần phải thực hiện các phân tích kinh tế để xem xét các yếu tố đã nêu ở trên và cần phải căn cứ vào tình hình CT hiện tại cũng như tình hình CT trong tương lai để kết luận thỏa thuận như vậy có vi phạm Điều 81(1) hay không³⁵. Tương tự, trong án lệ *Wouters*³⁶, ECJ khẳng định không phải mọi thỏa thuận giữa các doanh nghiệp hay mọi quyết định của hiệp hội các doanh nghiệp hạn chế quyền tự do của một hay một số các doanh nghiệp đó đều thuộc trường hợp bị cấm theo Điều 81(1) TEC, tức cần phải phân tích bối cảnh tổng thể (overall context) của thỏa thuận hay quyết định đó. Chính vì vậy ECJ đã cho rằng quyết định của Đoàn Luật sư Hà Lan không cho phép các luật sư là thành viên của Đoàn tiến hành hợp danh với những người hành nghề độc lập khác (như kế toán) là cần thiết nhằm đảm bảo cho hoạt động nghề nghiệp của luật sư được diễn ra một cách đúng đắn (tuân thủ quy tắc đạo đức nghề nghiệp, tính độc lập của luật sư), và không tồn tại một biện pháp nào khác ít hạn chế hơn nhưng vẫn đạt được mục đích đó. Vì

vậy quyết định của Đoàn Luật sư Hà Lan không vi phạm Điều 81(1) TEC.

Chính yêu cầu tiến hành các phân tích kinh tế trên cơ sở xem xét nhiều yếu tố liên quan đến thỏa thuận để khẳng định thỏa thuận đó có bị cấm theo Điều 81(1) TEC hay không làm nảy sinh quan điểm cho rằng đó thực chất là việc áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý³⁷. Tức là có sự đánh giá, cân bằng các ảnh hưởng hạn chế CT và ảnh hưởng khuyến khích CT ngay khi áp dụng Điều 81(1). Tuy nhiên trong các phán quyết của CFI trong các án lệ *Métropole Télévision (M6)*, *Van den Bergh Foods*, và đặc biệt là *O2*³⁸, tòa án này cho rằng việc tiến hành các phân tích kinh tế, xem xét bối cảnh kinh tế và pháp lý của thỏa thuận khi áp dụng Điều 81(1) không có nghĩa là thực hiện việc đánh giá các ảnh hưởng hạn chế CT và khuyến khích CT. Nói cách khác, nguyên tắc lập luận hợp lý không được áp dụng khi phân tích thỏa thuận hạn chế CT theo Điều 81(1), tức là nguyên tắc này chỉ được sử dụng khi xem xét một thỏa thuận bị cấm theo Điều 81(1) có được miễn trừ theo Điều 81(3) hay không mà thôi. CFI cho rằng nếu nguyên tắc lập luận hợp lý được áp dụng ngay trong Điều 81(1) thì sẽ ảnh hưởng đến tính hiệu quả (effectiveness) của Điều 81(3). Quan điểm này trùng với quan điểm của Ủy ban châu Âu trong Hướng dẫn áp dụng Điều 81(3) TEC. Ủy ban châu Âu cho rằng việc đánh giá theo Điều 81 TEC bao gồm hai giai đoạn. Giai đoạn thứ nhất là đánh giá xem một thỏa thuận giữa các doanh nghiệp có khả năng ảnh hưởng đến thương mại giữa các quốc gia thành viên có hay không có hoặc mục đích hạn chế CT hoặc ảnh hưởng

³³ ECJ, Case C-399/93, *H. G. Oude Luttikhuis and others v Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, 12/12/1995, [1995] ECR 4515, para 10-11.

³⁴ CFI, Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 & T-388/94, *European Night Services and Others v Commission*, 15/9/1998, [1998] ECR II-3141, para. 136-137.

³⁵ Thậm chí Ủy ban châu Âu còn khẳng định nếu một thỏa thuận không nằm trong vùng an toàn (safe harbour) của các nghị định về miễn trừ chung (block exemption), tức có dấu hiệu hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng, thì điều đó không có nghĩa thỏa thuận đó vi phạm Điều 81(1) hay không thỏa mãn Điều 81(3). Xem European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101/97, 27/4/2004, para. 24.

³⁶ ECJ, Case C-309/99, *Wouters*, 19/2/2002, [2002], ECR I-1577, para. 97.

³⁷ Xem ý kiến của Léger, người tư vấn pháp lý (Advocate General) cho ECJ, trong án lệ *Wouter*, 10/7/2001, [2002] ECR I-1577, đoạn 103-104.

³⁸ CFI, Case T-112/99, *Métropole Télévision (M6) v Commission*, 18/9/2001, [2002] ECR II-2459, para. 72, 76-78; CFI, Case T-65-98, *Van den Bergh Foods v Commission*, 23/10/2003, para. 106; CFI, Case O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v Commission, 2/5/2006, para. 69-70.

hạn chế CT thực tế/tiềm năng. Việc phân tích ở giai đoạn này phải tiến hành theo phương pháp kinh tế, dựa trên bối cảnh thực tế của thỏa thuận, xem xét tình hình CT trong cùng một nhãn hiệu của một loại sản phẩm (intra-brand competition) và giữa các nhãn hiệu của một loại sản phẩm (inter-brand competition), tính đến nội dung, mục đích của thỏa thuận, mức độ ảnh hưởng của thỏa thuận, năng lực thị trường của doanh nghiệp liên quan. Nếu câu trả lời là không (phủ định) thì thỏa thuận đó không vi phạm Điều 81- cụ thể là Điều 81(1). Nếu câu trả lời là có (khẳng định), tức thỏa thuận đó thực sự hạn chế CT thì chuyển qua giai đoạn hai. Ở giai đoạn hai sẽ áp dụng Điều 81(3), theo đó các lợi ích khuyến khích CT sẽ được phân tích và so sánh với các hạn chế CT. Nếu hạn chế CT lớn hơn lợi ích thu được thì thỏa thuận đó không được miễn trừ theo Điều 81(3) và vi phạm Điều 81. Ngược lại, thỏa thuận đó sẽ được miễn trừ và không vi phạm Điều 81. Ủy ban châu Âu còn nhấn mạnh rằng việc cân bằng ảnh hưởng hạn chế CT và ảnh hưởng khuyến khích CT, tức nguyên tắc lập luận hợp lý, chỉ duy nhất được áp dụng theo Điều 81(3)³⁹.

Mặc dù CFI đã có những phán quyết rõ ràng như vậy nhưng vẫn có nhiều ý kiến ủng hộ áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý theo Điều 81(1)⁴⁰. Mọi việc sẽ rõ ràng nếu ECJ trong các phán quyết trong tương lai của mình đề cập đến vấn đề này, nhưng hiện tại quan điểm của CFI và Ủy ban châu Âu vẫn có giá trị bắt buộc. Và dù sao đi nữa thì một điều rõ ràng là để khẳng định một thỏa thuận bị cấm theo Điều 81(1), nguyên đơn phải sử dụng các phân tích kinh tế nhằm xem xét đầy đủ bối cảnh kinh tế và pháp lý của thỏa thuận.

4. Áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong pháp luật cạnh tranh Việt Nam

Điều 8 Luật CT của Việt Nam cũng như Nghị định số 116/2005/NĐ-CP (Điều 14-21) quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật CT đã liệt kê tám nhóm thỏa thuận bị coi là có hạn chế CT. Trong tám nhóm đó, ba nhóm thỏa thuận hạn chế CT- bao gồm (i) thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; (ii) thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận; và (iii) thông đồng để thống thầu- bị cấm theo quy định tại khoản 1 Điều 9, tức mặc nhiên vi phạm. Năm nhóm thỏa thuận còn lại- bao gồm các thỏa thuận liên quan đến ấn định giá, phân chia thị trường, hạn chế về số lượng, hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ và đầu tư, và các hạn chế mang tính ràng buộc, áp đặt - chỉ bị cấm theo khoản 2 Điều 9 nếu thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các bên tham gia thỏa thuận từ 30% trở lên. Tuy nhiên các thỏa thuận bị cấm theo khoản 2 Điều 9 có thể được miễn trừ nếu chúng thỏa mãn một trong năm điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 10 nhằm hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng, tức năm nhóm thỏa thuận này ở một chừng mực nhất định được xem xét theo nguyên tắc lập luận hợp lý.

Nếu một thỏa thuận rơi vào trường hợp quy định tại khoản 6 và 7 Điều 8 Luật CT, tức thỏa thuận nhằm mục đích loại bỏ, ngăn cản một hay một số đối thủ CT hiện tại hay tiềm năng gia nhập hay phát triển thị trường⁴¹ thì những thỏa thuận này mặc nhiên vi phạm Luật CT. Điều này đi ngược với cách thức tiếp cận pháp luật CT dưới góc độ

³⁹ European Commission, Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101/97, 27/4/2004, para. 11 & 13-27.

⁴⁰ Xem Renato Nazzini, chú thích số 3, tr. 519-521; P. Nicolaidis, "The Balancing Myth: The Economics of Article 81(1) & (3), 32(2) *Legal Issues of Economic Integration* 123, 131-134 (2005).

⁴¹ Thực chất hai nhóm thỏa thuận đều có bản chất pháp lý như nhau, nhằm mục đích loại bỏ, ngăn cản một hay một số đối thủ CT hiện tại hay tiềm năng gia nhập hay phát triển thị trường (exclusivity & foreclosure clauses/agreements). Chính Nghị định số 116/2005/NĐ-CP (Điều 19 và 20) khi giải thích hai nhóm thỏa thuận hạn chế CT này đã có sự trùng lặp.

kinh tế trong xu hướng giảm phạm vi áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên trong pháp luật CT của Mỹ, hay phải xem xét bối cảnh kinh tế và pháp lý của thỏa thuận trong pháp luật CT EU như đã trình bày. Pháp luật CT của Mỹ và EU hiện nay đều thừa nhận không phải bất kỳ một thỏa thuận nhằm mục đích loại bỏ, ngăn cản một hay một số đối thủ CT hiện tại hay tiềm năng gia nhập hay phát triển thị trường đều bị cấm, nhất là các thỏa thuận theo chiều dọc. Một thỏa thuận hạn chế CT theo chiều dọc rơi vào khoản 6 và 7 Điều 8 Luật CT mặc dù làm giảm CT giữa các nhà phân phối một nhãn hiệu của một loại sản phẩm nhưng sẽ góp phần khuyến khích CT giữa các nhà sản xuất, cung cấp các nhãn hiệu khác nhau của một loại sản phẩm; hoặc một thỏa thuận hạn chế CT theo chiều ngang thuộc khoản 6 và 7 Điều 8 nhưng ảnh hưởng đối với CT là không đáng kể thì không thể bị cấm. TATC Mỹ trong án lệ *Northern Pacific Railway Company* đã khẳng định nguyên tắc vi phạm mặc nhiên chỉ áp dụng khi thỏa thuận đó thỏa mãn đồng thời hai điều kiện là gây ảnh hưởng nghiêm trọng và không có tác dụng thúc đẩy CT để bù lại. Ở EU, một thỏa thuận hạn chế CT như vậy có thể không rơi vào trường hợp bị cấm theo Điều 81(1) TEC, thậm chí nếu có rơi vào Điều này thì vẫn có thể được miễn trừ theo Điều 81(3) TEC⁴².

Như vậy, việc áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên một cách cứng nhắc theo quy định tại khoản 1 Điều 9 đối với các thỏa thuận hạn chế CT thuộc khoản 6 và 7 Điều 8 sẽ khiến cho nhiều thỏa thuận xét về tổng thể

có tác dụng khuyến khích CT, có lợi cho người tiêu dùng lại bị coi là vi phạm pháp luật CT.

Nếu một thỏa thuận có hạn chế CT thuộc một trong năm trường hợp quy định tại khoản 1 đến khoản 5 Điều 8 Luật CT và dù thị phần kết hợp⁴³ của các bên thị trường liên quan từ 30% trở lên thì thỏa thuận đó vẫn có thể được miễn trừ nếu đáp ứng được các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 10. Tuy nhiên khác với nguyên tắc lập luận hợp lý áp dụng trong pháp luật CT của Mỹ và EU, là xem xét sự cân bằng giữa ảnh hưởng khuyến khích CT và ảnh hưởng hạn chế CT, một thỏa thuận hạn chế CT thuộc khoản 2 Điều 9 được miễn trừ nếu thỏa mãn hai điều kiện: (i) thuộc một trong sáu trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 10, và (ii) nhằm hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng. Quy định hai điều kiện như vậy sẽ giúp cơ quan quản lý CT, Hội đồng CT và tòa án dễ dàng đánh giá một thỏa thuận hạn chế CT có được miễn trừ hay không. Nhưng quy định tại khoản 1 Điều 10 như vậy sẽ có hai bất hợp lý cơ bản sau đây:

Thứ nhất, có khả năng một thỏa thuận hạn chế CT rơi vào khoản 2 Điều 9, thỏa mãn hai điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 10 như trên nhưng ảnh hưởng hạn chế CT có

⁴² Nếu thị phần của các bên liên quan trong một thỏa thuận hạn chế CT không vượt quá một ngưỡng nhất định (10% đối với thỏa thuận theo chiều ngang, 15% đối với thỏa thuận theo chiều dọc, 5% đối với thỏa thuận thuộc nhóm các thỏa thuận có ảnh hưởng tích lũy) thì thỏa thuận đó không có ảnh hưởng đáng kể (appreciable effect) đối với CT, không bị cấm theo Điều 81(1) TEC. Xem ECJ, Case 5/69, *Völk*, 9/7/1969, [1969] ECR 295, para. 7; European Commission, De minimis Notice, OJ C 368/13, 22/12/2001; European Commission, Guidelines on the Application of Article 81(3), chú thích số 35, para. 24.

⁴³ Chính thuật ngữ “thị phần kết hợp” (combined market share) được sử dụng trong bối cảnh tại khoản 2 Điều 9 Luật CT khiến nhiều người cho rằng khoản 2 Điều 9 chỉ áp dụng đối với các thỏa thuận theo chiều ngang bởi định nghĩa khái niệm này theo quy định tại khoản 6 Điều 3 Luật CT cũng như trong pháp luật CT của Mỹ và châu Âu cho thấy chỉ khi nào các bên của thỏa thuận hoạt động trong cùng một giai đoạn (level) trong quá trình sản xuất, kinh doanh (tức đó là thỏa thuận giữa các đối thủ CT- thỏa thuận theo chiều ngang). Đối với thỏa thuận theo chiều dọc thì không thể có thị phần kết hợp vì các bên hoạt động ở các giai đoạn khác nhau, tức thị trường liên quan khác nhau, mà chỉ có thể xác định thị phần của mỗi bên trên từng thị trường liên quan. Nếu thị phần của mỗi bên trong thỏa thuận theo chiều dọc từ 30% trở lên thì sẽ xem xét theo trường hợp lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường. Tuy nhiên cách giải thích các thỏa thuận hạn chế CT trong Nghị định số 116/2005/NĐ-CP, nhất là Điều 18 cho thấy thỏa thuận hạn chế CT ở đây không giới hạn ở thỏa thuận hạn chế CT theo chiều ngang (giữa các đối thủ CT) mà còn là thỏa thuận hạn chế CT theo chiều dọc (giữa các bên không phải là đối thủ CT).

thể lớn hơn rất nhiều so với lợi ích mà nó mang lại, tức mặc dù thỏa mãn hai điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 10 nhưng các hạn chế đến CT của thỏa thuận đó là quá mức cần thiết, và có thể tạo điều kiện cho các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận khả năng hạn chế CT một cách đáng kể. Nếu so sánh hai điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 10 Luật CT với bốn điều kiện quy định tại Điều 81(3) TEC thì có thể thấy hai điều kiện của khoản 1 Điều 10 chỉ tương ứng với hai điều kiện khẳng định tại Điều 81(3). Như vậy hai điều kiện phủ định tại Điều 81(3)- gồm: không áp đặt cho các doanh nghiệp có liên quan các hạn chế không cần thiết để đạt được mục tiêu; và không tạo cho các doanh nghiệp này khả năng loại trừ CT đáng kể đối với các sản phẩm liên quan - dường như không được đề cập trong khoản 1 Điều 10.

Thứ hai, có khả năng một số thỏa thuận suy cho cùng có tác dụng khuyến khích CT, có lợi cho người tiêu dùng nhưng có thể không được miễn trừ vì chưa chắc đã hạ giá thành, nhất là trường hợp liên quan đến các sản phẩm mới, nâng cao chất lượng, đa dạng hóa sản phẩm⁴⁴.

Tóm lại, việc áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên và nguyên tắc lập luận hợp lý theo quy định tại Điều 8, 9 và 10 Luật CT trong bối cảnh hệ thống pháp luật Việt Nam hiện hành là quá cứng nhắc, chưa dựa trên các phân tích kinh tế đầy đủ nếu so sánh với

việc áp dụng chúng trong pháp luật CT của Mỹ và EU. Mặc dù quy định như vậy giúp cho Cục Quản lý CT, Hội đồng CT và tòa án cũng như doanh nghiệp liên quan dễ dàng áp dụng, giảm chi phí thực thi pháp luật CT nhưng dễ dẫn đến sai sót, làm tăng chi phí do áp dụng sai⁴⁵.

Trên cơ sở giảm phạm vi áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên và phải xem xét, so sánh ảnh hưởng hạn chế CT và ảnh hưởng khuyến khích CT khi áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý, đồng thời tính đến khả năng thực tế áp dụng pháp luật cạnh tranh của cơ quan có thẩm quyền về cạnh tranh của Việt Nam, để khắc phục được những hạn chế nêu trên cần phải giải quyết được hai vấn đề cơ bản sau đây:

- Sửa đổi Điều 9 Luật CT theo hướng chỉ cấm các thỏa thuận hạn chế CT quy định tại khoản 8 Điều 8 (về thông đồng để thắng thầu), còn các thỏa thuận hạn chế CT còn lại chỉ bị cấm khi thị phần kết hợp của các bên trong thỏa thuận theo chiều ngang, nếu là thỏa thuận theo chiều dọc thì thị phần của mỗi bên⁴⁶, trên thị trường liên quan từ 30% trở lên;

- Sửa đổi khoản 1 Điều 10 Luật CT theo hướng bổ sung hai điều kiện phủ định là không áp đặt cho các doanh nghiệp có liên quan các hạn chế không cần thiết để đạt được các mục tiêu trên, và không tạo cho các doanh nghiệp này khả năng loại trừ CT đáng kể đối với các sản phẩm liên quan; đồng thời bỏ cụm từ “hạ giá thành” trong “nhằm hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng”⁴⁷.

⁴⁴ Ngoài ra việc tăng cường sức CT của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế thường không thể dẫn đến việc hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng trong nước được, nên khó có thể được miễn trừ theo khoản 1 Điều 10. Ở Mỹ và EU, thỏa thuận như vậy không cần áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý mà áp dụng học thuyết ảnh hưởng (effect doctrine hay extra-territoriality). Xem Erik Nerep, *Extraterritorial Control of Competition under International Law*, Norstedts, Stockholm, 1983; Susan E. Burnett, “US Judicial Imperialism Post *Empagran v F. Hoffmann-Laroche*? Conflicts Of Jurisdiction and International Comity In Extraterritorial Antitrust”, 18 *Emory Int'l L. Rev.* 555 (2004); Tatjana Sachse, *Extraterritorial Application of Competition Laws in the US and the European Unions*, CUTS-CIER, Briefing Paper, No. 4/2006.

⁴⁵ Về phân tích việc áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên trong mối tương quan với chi phí thực thi pháp luật CT và chi phí áp dụng sai pháp luật CT, xem Arndt Christiansen & Wolfgang Kerber, “Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of Per se vs Rule of Reason”, 2(2) *Journal of Competition Law and Economics* 245 (2006).

⁴⁶ Xem thêm chú thích số 43.

⁴⁷ Ngoài ra nên đưa điểm e, khoản 1 Điều 10 thành khoản 1a trong Điều 10: “1a. Thỏa thuận hạn chế CT quy định tại khoản 2 Điều 9 của Luật này được miễn trừ nếu nhằm tăng cường sức CT của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế, không ảnh hưởng đến thị trường liên quan trong nước”.