BỘ CÔNG THƯƠNG

CỤC CẠNH TRANH VÀ BẢO VỆ NGƯỜI TIÊU DÙNG

BÁO CÁO

NGHIÊN CỨU KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

VỀ ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HOẶC KHẢ NĂNG GÂY TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ CỦA VỤ VIỆC CẠNH TRANH VÀ ĐỀ XUẤT XÂY DỰNG HƯỚNG DẪN ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ CHO VIỆT NAM

DỰ ÁN "TĂNG CƯỜNG CÁC THỂ CHẾ CẠNH TRANH VÀ BẢO VỆ NGƯỜI TIÊU DÙNG"

AUS4REFORM

Hà Nội, tháng 04 năm 2021

LỜI CẢM ƠN

Năm 2020, với sự hỗ trợ của Dự án "Tăng cường các thể chế cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng" do chính phủ Úc tài trợ, Cục Cạnh tranh và Bảo vệ ngọời tiêu dùng – Bộ Công Thương đã thực hiện "Báo cáo nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của vụ việc cạnh tranh và đề xuất xây dựng hướng dẫn đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể cho Việt Nam"

Báo cáo được thực hiện nhằm (i) Tổng hợp kinh nghiệm một số cơ quan cạnh tranh trên thế giới về cách thức đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể khi xác định hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế vi phạm pháp luật cạnh tranh cạnh tranh trên thị trường; (ii) Đóng góp những kiến thức lý thuyết và thực tiễn để xây dựng Hướng dẫn đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể đối với vụ việc thỏa thuận hận chế cạnh tranh và tập trung kinh tế của VCCA; (iii) Báo cáo được sử dụng làm tài liệu hướng dẫn, đào tạo, tuyên truyền phổ biến pháp luật và chính sách cạnh tranh đối với cơ quan quản lý liên quan cũng như cộng đồng doanh nghiệp trong đó đưa ra quan điểm của cơ quan cạnh tranh Việt Nam trong việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể đối với vụ việc cạnh tranh.

Để có được thành công của Báo cáo này, Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng xin chân thành cảm ơn Đơn vị tài trợ Dự án "Tăng cường các thể chế cạnh tranh và bảo vệ ngọời tiêu dùng", sự cộng tác và đóng góp nội dung của các chuyên gia tư vấn trong nước, cơ sở dữ liệu từ các cơ quan hữu quan có liên quan, các chuyên gia đóng góp và tham gia ý kiến để hoàn thiện báo cáo. Để những nội dung báo cáo có đóng góp thực tiễn, mang tính chất cập nhật với xu thế phát triển của pháp luật cạnh tranh và xu hướng hội nhập kinh tế quốc tế, Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (Bộ Công Thương) luôn mong muốn tiếp tục nhận được các đánh giá, ý kiến đóng góp từ các cơ quan, tổ chức, cá nhân,…có quan tâm để hoàn thiện tốt hơn nữa chất lượng của Báo cáo.

Trân trọng./.

MỤC LỤC

CHƯƠNG 1: CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HOẶC KHẢ NĂNG GÂY TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ TRONG CÁC VỤ VIỆC CẠNH TRANH 9

1. Khái niệm cơ bản 9

1.1. Cạnh tranh, chính sách và pháp luật cạnh tranh 9

1.1.1. Khái niệm về cạnh tranh và các hình thái cạnh tranh 9

1.1.2. Khái niệm và lịch sử hình thành chính sách và luật cạnh tranh 11

1.2. Vụ việc cạnh tranh 16

1.3. Tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể ... 16

2. Hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh 18

2.1.Thoả thuận hạn chế cạnh tranh 18

2.2. Lạm dụng sức mạnh thị trường (lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) 22

3. Ý nghĩa của việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc cạnh tranh 27

3.1. Vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh 28

3.2. Vụ việc tập trung kinh tế 28

4. Quy định của pháp luật cạnh tranh Việt Nam về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc cạnh tranh 30

4.1. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trong vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. 30

4.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trong các vụ việc lạm dụng vụ trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền 32

4.3. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong vụ việc tập trung kinh tế 35

CHƯƠNG 2: KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VỀ ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HOẶC KHẢ NĂNG GÂY TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ TRONG CÁC VỤ VIỆC CẠNH TRANH 38

1. ...Kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh 38

1.1. Kinh nghiệm của Hoa Kỳ 38
1.2. Kinh nghiệm của EU 53
1.3. Kinh nghiệm của Nhật Bản 65
1.4. Kinh nghiệm của Úc 71
1.5. Kinh nghiệm của Singapore 84
2. Kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) **96**
2.1. Kinh nghiệm của Hoa Kỳ 97
2.2. Kinh nghiệm của EU 110
2.3. Kinh nghiệm của Nhật Bản. 121
2.4. Kinh nghiệm của Úc 131
2.5. Kinh nghiệm của Singapore. 140
3. Kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc tập trung kinh tế **150**
3.1. Kinh nghiệm Liên minh Châu Âu (EU) 150
3.3. Kinh nghiệm Úc 161
3.4. Kinh nghiệm Nhật Bản 172
3.5. Kinh nghiệm Hàn Quốc 177
CHƯƠNG 3: ĐỀ XUẤT XÂY DỰNG HƯỚNG DẪN ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HOẶC KHẢ NĂNG GÂY TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ CỦA VỤ VIỆC CẠNH TRANH 184
1. Đề xuất xây dựng hướng dẫn đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh **184**
1.1. Quy định kiểm soát thỏa thuận hạn chế cạnh tranh 184
1.2. Đề xuất xây dựng hướng dẫn đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh 192
2. Đề xuất xây dựng Hướng dẫn đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường **197**
2.1. Quy định kiểm hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường 197
2.2. Đề xuất xây dựng hướng dẫn 200

3. Đề xuất xây dựng đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của việc tập trung kinh tế **204**

3.1. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của giao dịch tập trung kinh tế theo chiều ngang 204

3.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của giao dịch tập trung kinh tế theo chiều dọc 211

3.3. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của giao dịch tập trung kinh tế hỗn hợp 213

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

VIẾT TẮT	Ý NGHĨA
ACCC	Ủy Ban Cạnh tranh và Người tiêu dùng Úc
CSCT	Chính sách cạnh tranh
CT&BVNTD	Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng
CTKLM	Cạnh tranh không lành mạnh
Cục CT&BVNTD	Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng
DNNN	Doanh nghiệp nhà nước
EU	Liên minh Châu Âu
FTA	Hiệp định thương mại tự do
HCCT	Hạn chế cạnh tranh
TTKT	Tập trung kinh tế
TTHCCT	Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh
TNHH	Trách nhiệm hữu hạn
HĐCT	Hội đồng cạnh tranh
NTD	Người tiêu dùng
OECD	Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế
UNCTAD	Hội nghị Liên Hiệp Quốc về Thương mại và Phát triển
JFTC	Uỷ Ban Thương mại Lành mạnh Nhật Bản
KFTC	Uỷ Ban Thương mại Lành mạnh Hàn Quốc
ICN	Mạng lưới Cạnh tranh Quốc tế
WTO	Tổ chức thương mại quốc tế
VBQPPL	Văn bản quy phạm pháp luật

LỜI MỞ ĐẦU

Tại Việt Nam, Luật Cạnh tranh mới đã được thông qua vào năm 2018 và có hiệu lực kể từ ngày 1 tháng 7 năm 2019 thay thế Luật Cạnh tranh 2004. Luật Cạnh tranh 2018 tiếp tục cấm (i) các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, (ii) lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường /vị trí độc quyền, (iii) tập trung kinh tế gây hạn chế cạnh tranh, và (iv) các hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Tuy nhiên, có sự thay đổi đáng chú ý trong cách tiếp cận của Luật Cạnh tranh về cách đánh giá yếu tố hạn chế cạnh tranh trong vụ việc cạnh tranh và trong giao dịch mua bán và sáp nhập. Đối với Luật Cạnh tranh 2004, thị phần đóng vai trò quan trọng trong việc đánh giá và xác định hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh. Ví dụ, một số thỏa thuận hạn chế cạnh tranh chỉ bị cấm khi các bên có thị phần kết hợp từ 30% trở lên. Tuy nhiên, khác với cách tiếp cận của Luật Cạnh tranh 2004, tiêu chí về mức thị phần không còn giữ "vị trí độc quyền" trong Luật Cạnh tranh 2018. Thay vào đó, Luật cạnh tranh 2018 đưa ra khái niệm "Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh (HCCT) đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh" khi xác định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm đồng thời đưa ra các tiêu chí đánh giá để đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể theo đó thị phần chỉ là một trong các tiêu chí kể trên.

Liên quan đến tập trung kinh tế, so với Luật Cạnh tranh 2004, các hình thức tập trung kinh tế vẫn được giữ nguyên như sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh. Tuy nhiên, ngưỡng thị phần kết hợp không còn là yếu tố duy nhất để xác định vụ việc tập trung kinh tế bị cấm. Thay vào đó, Luật Cạnh tranh 2018 quy định về việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể khi xem xét các trường hợp tập trung kinh tế bị cấm. Đồng thời, Luật Cạnh tranh 2018 cũng đưa ra các tiêu chí để đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của vụ việc tập trung kinh tế theo đó thị phần kết hợp cũng chỉ là một trong các tiêu chí kể trên.

Đánh giá tác động hoặc khả năng gây ra tác động HCCT đáng kể là là một hoạt động mới trong công tác thực thi pháp luật cạnh tranh Việt Nam nhưng đã được hầu hết các cơ quan quản lý cạnh tranh tiên tiến trên thế giới áp dụng khi xem xét xác định vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh như Ủy Ban Cạnh tranh và bảo vệ gười tiêu dùng Úc, Ủy ban Thương mại Lành mạnh Hoa Kỳ, Ủy ban Thương mại Lành mạnh Nhật Bản, Singapore…Do đó, việc học tập kinh nghiệm các cơ quan cạnh tranh trên thế giới để xây dựng hướng dẫn đánh giá tác động

hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể là cần thiết đối với cơ quan cạnh tranh Việt Nam trong quá trình thực thi Luật Cạnh tranh 2018.

Nhằm tham khảo các kinh nghiệm của các tổ chức, cơ quan cạnh tranh quốc tế về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể khi đánh giá vụ việc cạnh tranh, trong khuôn khổ Dự án "Tăng cường các thể chế cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng" do Đại sứ quán Úc tài trợ, Cục Cạnh tranh và Người tiêu dùng Việt Nam (VCCA) triển khai xây dựng ***"Báo cáo nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của vụ việc cạnh tranh và đề xuất xây dựng hướng dẫn đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể cho Việt Nam"***.

CHƯƠNG 1: CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HOẶC KHẢ NĂNG GÂY TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ TRONG CÁC VỤ VIỆC CẠNH TRANH

1. Khái niệm cơ bản

1.1. Cạnh tranh, chính sách và pháp luật cạnh tranh

1.1.1. Khái niệm về cạnh tranh và các hình thái cạnh tranh

(a) Khái niệm cạnh tranh

Khái niệm cạnh tranh với tư cách là một hiện tượng kinh tế, xuất hiện và tồn tại như là một trong những đặc trưng cơ bản của kinh tế thị trường, phản ánh năng lực phát triển của kinh tế thị trường. Với cách tiếp cận này, Từ điển Kinh doanh của Anh năm 1992 đã định nghĩa "Cạnh tranh là sự ganh đua, sự kình địch giữa các nhà kinh doanh trên thị trường nhằm tranh giành cùng một loại tài nguyên sản xuất hoặc cùng một loại khách hàng về phía mình". Từ điển Luật học cũng giải thích "cạnh tranh là sự đua tranh về kinh tế giữa các nhà kinh doanh có những lợi ích giống nhau trên cùng thị trường bằng các phương thức khác nhau để giành được nhiều nhất về phía mình khách hàng, thị trường và thị phần của một thị trường qua đó thu lợi nhuận nhiều hơn ([1])".

Theo quan điểm trên, xét từ góc độ các chủ thể của hành vi thì cạnh tranh được coi là phương thức giải quyết mâu thuẫn về lợi ích tiềm năng giữa các nhà kinh doanh với vai trò quyết định của người tiêu dùng. Nếu nhìn khái quát trên quy mô toàn xã hội, thì cạnh tranh là phương thức phân bổ các nguồn lực, tài nguyên một cách tối ưu, do đó là động lực bên trong thúc đẩy nền kinh tế phát triển. Tuy nhiên, nhiều nhà nghiên cứu cũng đã chỉ ra rằng, cạnh tranh có bản chất kinh tế và bản chất xã hội. Bản chất kinh tế của cạnh tranh thể hiện mục đích tạo lập cho mình một ưu thế chi phối thị trường và vì lợi nhuận. Bản chất xã hội của cạnh tranh phản ánh đạo đức kinh doanh và uy tín của mỗi chủ thể cạnh tranh trong mối quan hệ đối với những người trực tiếp tạo ra tiềm lực cạnh tranh của doanh nghiệp và trong mối quan hệ với người tiêu dùng và với các đối thủ cạnh tranh khác ([2]).

(b) Các hình thái cạnh tranh

Cạnh tranh hoàn hảo và cạnh tranh không hoàn hảo

([1]) Viện khoa học pháp lý Bộ Tư pháp: *Từ điển Luật học*, Nhà xuất bản từ điển bách khoa, Nhà xuất bản tư điển tư pháp, năm 2005, Trang 105.

([2]) Nguyễn Như Phát, Bùi Nguyên Khánh: *Tiến tới xây dựng pháp luật về cạnh tranh trong điều kiện chuyển sang nền kinh tế thị trường ở Việt Nam*. NXB Công an nhân dân, 2001, Hà Nội, trang 19.

Căn cứ vào cơ cấu doanh nghiệp và mức độ tập trung trong một ngành, lĩnh vực kinh tế, người ta phân thị trường thành các hình thái: Cạnh tranh hoàn hảo, độc quyền và cạnh tranh không hoàn hảo ([3]).

Cạnh tranh hoàn hảo là hình thái thị trường trong đó giá cả và sản lượng của một hàng hoá được hoàn toàn xác định bởi cung và cầu trên thị trường về hàng hoá đó, do vậy, một doanh nghiệp tham gia thị trường phải chấp nhận giá thị trường. Theo đó, cạnh tranh hoàn hảo là hình thái thị trường trong đó có nhiều người bán và nhiều người mua một sản phẩm. Bất kỳ người bán và người mua nào đều là quá nhỏ so với quy mô thị trường, do vậy không có khả năng để tác động tới giá của sản phẩm. Điều này có nghĩa là sự thay đổi sản lượng của một doanh nghiệp hoàn toàn không ảnh hưởng gì tới giá thị trường. Tương tự, mỗi người mua cũng quá nhỏ để có thể đòi hỏi người bán những điều như phải giảm giá khi mua nhiều hay bán chịu.

Độc quyền là một hình thái thị trường trong đó có một doanh nghiệp duy nhất bán một sản phẩm mà không có một sản phẩm thay thế gần giống với nó (được gọi là độc quyền bán - monopoly), hoặc chỉ có một người mua (được gọi là độc quyền mua - monopsony). Như vậy, độc quyền là thái cực trái ngược với cạnh tranh hoàn hảo.

Cạnh tranh không hoàn hảo là một hình thái thị trường nằm giữa hai hình thái là cạnh tranh hoàn hảo và độc quyền. Cạnh tranh không hoàn hảo bao gồm cạnh tranh mang tính độc quyền và độc quyền nhóm.

Cạnh tranh mang tính độc quyền là hình thái thị trường có nhiều người bán sản xuất ra những sản phẩm có thể dễ dàng thay thế cho nhau. Mỗi người chỉ có một mức độ ảnh hưởng nhất định tới giá cả sản phẩm của mình. So với hình thái cạnh tranh hoàn hảo, cạnh tranh mang tính độc quyền cũng có nhiều doanh nghiệp gia nhập thị trường không hạn chế. Nhưng nó khác với cạnh tranh hoàn hảo ở chỗ sản phẩm được phân hoá cao độ - mỗi doanh nghiệp đều có một loại sản phẩm khác nhau về hình dáng, kích thước, nhãn mác, chất lượng và danh tiếng và mỗi doanh nghiệp là người duy nhất sản xuất loại hàng hoá riêng của mình.

Độc quyền nhóm là một hình thái thị trường trong đó chỉ có một số ít các nhà sản xuất, mỗi người đều nhận thức được rằng giá cả của mình không chỉ phụ thuộc vào sản lượng của mình mà còn phụ thuộc vào hoạt động của các đối thủ cạnh tranh quan trọng trong ngành đó.

Cạnh tranh lành mạnh và cạnh tranh không lành mạnh

([3]) Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ của Viện nghiên cứu thương mại *'Một số giải pháp nhằm nâng cao năng lực cạnh tranh trong xuất khẩu của các doanh nghiệp Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế*' Năm 2002

Căn cứ vào mục đích, tính chất của các phương thức cạnh tranh, người ta phân loại các hành vi cạnh tranh trên thị trường thành cạnh tranh lành mạnh và cạnh tranh không lành mạnh.

Cạnh tranh lành mạnh là hình thức cạnh tranh tích cực, trong sáng, cạnh tranh bằng tiềm năng vốn có của bản thân doanh nghiệp. Đó là những hoạt động nhằm thu hút khách hàng mà pháp luật không cấm và phù hợp với tập quán thương mại và đạo đức kinh doanh.

Cạnh tranh không lành mạnh là những hành vi cụ thể của một chủ thể kinh doanh, nhằm mục đích cạnh tranh, luôn thể hiện tính không lành mạnh (không nhất thiết phải trái pháp luật) và vô tình hay cố ý gây thiệt hại cho một đối thủ cạnh tranh hay bạn hàng cụ thể.

Như vậy, từ những khái niệm ở trên đây, có thể hiểu rằng cạnh tranh là sự ganh đua nhau giữa các doanh nghiệp về giá cả, số lượng, dịch vụ hoặc kết hợp các yếu tố này để dành nhân tố sản xuất hoặc khách hàng nhằm nâng cao vị thế của mình trên thị trường. Cạnh tranh trên thị trường được phân chia thành cạnh tranh hoàn hảo, độc quyền, cạnh tranh không hoàn hảo nếu xét theo cơ cấu doanh nghiệp và mức độ tập trung trong một ngành, lĩnh vực kinh tế; hoặc thành cạnh tranh lành mạnh và cạnh tranh không lành mạnh nếu căn cứ vào mục đích và tính chất của các phương thức cạnh tranh.

1.1.2. Khái niệm và lịch sử hình thành chính sách và luật cạnh tranh

(a) Khái niệm về chính sách và luật cạnh tranh

Từ cuối thập niên 1990, cùng với các đồng thuận khác về chính sách kinh tế vĩ mô, trong giới học thuật chủ đạo và chính phủ các nước trên thế giới đã có cách nhìn nhận chung về chính sách cạnh tranh. Chính sách cạnh tranh là một bộ công cụ và biện pháp do chính phủ thực hiện để đảm bảo các điều kiện chung cho cạnh tranh có thể đạt được trong những thị trường xác định. Chính sách cạnh tranh là một khái niệm rộng liên quan đến nhiều ngành, lĩnh vực. Về mặt vĩ mô, chính sách cạnh tranh ra đời nhằm mục đích thúc đẩy tăng trưởng kinh tế. Trong tiến trình tự do hóa nền kinh tế thị trường, bên cạnh các chính sách nới lỏng và tự do hóa thương mại, cơ quan quản lý nhà nước sử dụng chính sách cạnh tranh như là công cụ quản lý và giám sát hoạt động của các thành phần nền kinh tế nhằm đảm bảo cạnh tranh bình đẳng trên thị trường. Một thị trường cạnh tranh bình đẳng có tác động hỗ trợ tăng trưởng năng suất qua đó thúc đẩy phát triển kinh tế.

Chính sách cạnh tranh là công cụ hỗ trợ tích cực đối với chính sách thương mại, công nghiệp và đầu tư. Cụ thể, chính sách cạnh tranh điều chỉnh hành vi gây cản trở cạnh tranh trên thị trường, thúc đẩy tăng trưởng kinh tế. Chính sách công

nghiệp khuyến khích sự điều chỉnh cấu trúc ngành để thúc đẩy tăng trưởng năng suất. Thực thi chính sách cạnh tranh giúp tạo dựng niềm tin đối với các nhà đầu tư qua đó thúc đẩy đầu tư đồng thời ngăn cản lợi ích do đầu tư và thương mại mang lại có thể bị hạn chế bởi hành vi phản cạnh tranh. Về khía cạnh này, chính sách cạnh tranh là nhân tố quan trọng nhằm tăng cường sự hấp dẫn của nền kinh tế đối với đầu tư nước ngoài và theo đó tăng cường lợi ích đầu tư và thúc đẩy tăng trưởng thương mại.

Bên cạnh đó, chính sách cạnh tranh có tác dụng hỗ trợ việc đạt được mục tiêu của các chính sách khác (cả về mặt kinh tế và xã hội), chẳng hạn như chính sách hội nhập, hỗ trợ doanh nghiệp vừa và nhỏ, thúc đẩy phát triển khoa học công nghệ, đa dạng hóa ngành nghề, bảo vệ môi trường, tạo công ăn việc làm… Chẳng hạn như liên quan đến việc tạo công ăn việc làm cho người lao động, chính sách cạnh tranh có tác động thúc đẩy thị trường cạnh tranh, tạo môi trường bình đẳng cho sự tham gia của các thành phần kinh tế, đặc biệt là các doanh nghiệp kinh doanh hiệu quả. Càng nhiều doanh nghiệp làm ăn hiệu quả trên thị trường sẽ tạo nhiều công ăn việc làm cho người lao động.

Luật cạnh tranh là một cấu phần của chính sách cạnh tranh. Luật Cạnh tranh điều chỉnh các hành vi phản cạnh tranh, bao gồm: (i) lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường; (ii) các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; và (iii) quy định kiểm soát tập trung kinh tế. Một số Luật Cạnh tranh bao gồm điều khoản về cạnh tranh không lành mạnh. Luật cạnh tranh được thực thi bởi có quan quản lý cạnh tranh. Cơ quan cạnh tranh có thẩm quyền thực thi luật cạnh tranh nhưng thường không có đầy đủ thẩm quyền thực thi toàn bộ chính sách cạnh tranh (mà chỉ có chức năng tham các vấn đề liên quan đến chính sách cạnh tranh). Chính sách cạnh tranh sẽ được thực thi bởi cơ quan quản lý cạnh tranh và cơ quan quản lý ngành.

(b) Lịch sử hình thành luật cạnh tranh

Luật cạnh tranh của các nước ra đời bắt nguồn từ nhu cầu của nền kinh tế. Cùng với quá trình phát triển, pháp luật cạnh tranh liên tục được sửa đổi để phù hợp với thực tiễn. Luật Cạnh tranh có thể được gọi theo nhiều cách khác nhau (ví dụ: Luật cạnh tranh - Competition Law của Anh, Luật chống độc quyền- Anti monopoly Act của Nhật Bản, Luật thương mại lành mạnh – Fair Trade Law của Đài Loan…) nhưng tất cả đều có một mục đích chung là duy trì và bảo vệ cạnh tranh lành mạnh trên thị trường, cho phép các thực thể kinh tế có cơ hội bình đẳng trong quá trình cạnh tranh cũng như tiếp cận thị trường. Bảo vệ người tiêu dùng thông qua việc khuyến khích hạ giá và cải thiện chất lượng sản phẩm được xem như một hệ quả của cạnh tranh tự do và lành mạnh trên thị trường.

Sự ra đời của luật cạnh tranh trên thế giới đạt được bước tiến ấn tượng, đặc biệt trong thời gian gần đây. Nếu như vào cuối những năm 1970 trên thế giới chỉ có 09 quốc gia ban hành luật cạnh tranh và đến năm 1990 trên thế giới mới có 23 nước ban hành luật cạnh tranh thì trong vòng hơn 20 năm trở lại đây, từ năm 1990 đến năm 2014, con số này tăng lên gấp 600%. Tính đến năm 2018, luật cạnh tranh đã được ban hành ở 136 nước. Riêng với khu vực ASEAN, hiện tại đã có 9/10 nước đã ban hành luật cạnh tranh (trừ Campuchia dự kiến ban hành luật cạnh tranh vào năm 2021).

Trên thế giới có thể nói Hoa Kỳ là một trong số những nước ban hành pháp luật cạnh tranh sớm nhất, Luật cạnh tranh này còn được biết đến với tên gọi là luật chống độc quyền. Lịch sử chống độc quyền của Hoa Kỳ nhìn chung được bắt đầu với Luật Sherman năm 1890, đây là bộ luật chống độc quyền đầu tiên được thông qua bởi các bang trước khi trở thành bộ luật Liên bang. Luật Sherman gồm hai phần chính. Phần một quy định các thoả thuận gây hạn chế thương mại. Phần hai cấm việc giành được vị thế độc quyền bằng việc sử dụng các biện pháp phản cạnh tranh hoặc lạm dụng vị trí độc quyền (không phải là độc quyền tự nhiên). Một điểm quan trọng cần lưu ý là Luật Sherman có thể được thực thi như luật dân sự hoặc như luật hình sự, trong trường hợp này thẩm quyền truy tố được trao cho Cục Chống độc quyền, thuộc Bộ Tư pháp Hoa Kỳ. Cụ thể, các hành vi hiển nhiên vi phạm như: ấn định giá tạm thời, thông đồng để thắng thầu sẽ bị truy tố hình sự. Trong năm 1914, hai bộ luật Liên bang nữa đã được thông qua là Luật Clayton và Luật Uỷ ban Thương mại Liên bang.

Theo quy định của Luật Ủy ban Thương mại Liên bang, Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ (FTC) được thành lập để thực thi Luật Clayton, Luật Robinson-Patman (ngoại trừ điều khoản xử lý hình sự theo Luật Sherman). Mặc dù đã có những sửa đổi, bổ sung đối với 3 bộ luật Liên bang này (điển hình là Luật Robinson-Patman 1936 và Luật Hart-Scott-Rodino 1976) nhưng về cơ bản là không có sự thay đổi lớn từ năm 1914. Đến nay, hầu hết các bang cũng đã thông qua luật của bang căn cứ theo nội dung của Luật Sherman và Luật FTC.

Canada ban hành Luật Cạnh tranh lần đầu tiên năm 1889. Mặc dù có lịch sử tương đối dài nhưng Luật Cạnh tranh vẫn không có được vai trò nổi trội trong các hoạt động kinh tế của Canada cho tới gần đây. Đó một phần là do các lực lượng kinh tế và chính trị đứng đằng sau quá trình phát triển của nền kinh tế Canada vốn thích sự phát triển một cơ cấu công nghiệp tương đối tập trung. Canada đã phát triển nền kinh tế của mình với một mức độ tham gia lớn của Chính phủ. Theo đó, việc thực thi các quy định về câu kết ấn định giá được chú ý đáng kể, trong khi các quy định về phân biệt giá, bán phá giá, sáp nhập và độc quyền thì thực sự bị bỏ qua. Năm 1975, Nghị viện đã thực hiện giai đoạn sửa đổi đầu

tiên. Điểm đáng chú ý trong sửa đổi lần này là đã mở rộng quyền khởi kiện ra tòa án của các bên liên quan (private right of action), biến các hành vi thông đồng trong đấu thầu thành đương nhiên bất hợp pháp, và việc từ chối giao dịch, bán hàng có ràng buộc, giao dịch mang tính độc quyền và hạn chế thị trường thành những hành vi được xem xét về mặt dân sự.

Giai đoạn sửa đổi thứ hai được thực hiện vào năm 1986. Luật, khi đó được gọi là Luật Điều tra các vụ kết hợp được đổi tên thành Luật Cạnh tranh. Những cuộc cải cách trong năm 1986 cũng bao gồm việc củng cố các quy định về âm mưu (hành vi câu kết, thỏa thuận) mang tính hình sự của Luật, bổ sung quy định về các thoả thuận chuyên môn hoá và bổ sung khả năng xem xét về mặt dân sự hành vi định giá chuyển giao, lạm dụng vị trí thống lĩnh và sáp nhập. Cuộc cải cách trong năm 1986 cũng tạo nên một cơ quan pháp luật mới gọi là Toà Cạnh tranh thay cho Hội đồng các hành vi hạn chế thương mại để xử lý các quy định dân sự của Luật. Vào tháng 3/1999, Luật được sửa đổi lần nữa bởi Luật sửa đổi Luật Cạnh tranh. Những sửa đổi lần này đã làm thay đổi Luật về một số khía cạnh rất quan trọng như chuyển một số hành vi từ vi phạm mang tính hình sự thuần tuý sang hành vi được xem xét cả về mặt hình sự và dân sự tuỳ từng trường hợp; sửa đổi cũng bổ sung quy định miễn trừ và các quy định về xử lý hình sự… Năm 2000, Luật tiếp tục được sửa đổi quy định giao cho Uỷ viên Hội đồng Cạnh tranh (Commissioner) và Toà Cạnh tranh những quyền mới để xử lý các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường của Hàng không Canada (Air Canada).

Trong các nước Châu Âu (Italia, Bỉ, Đức, Đan Mạch, Hà lan, Pháp, Anh và Thụy điển), Đức là quốc gia ban hành pháp luật cạnh tranh rất sớm. Đức đã ban hành Luật Chống hạn chế cạnh tranh, viết tắt ARC, và chính thức có hiệu lực vào ngày 01/01/1958. Tính đến nay, Luật đã được sửa đổi, bổ sung 7 lần. Lần sửa đổi cuối cùng có hiệu lực vào tháng 07/2008.

Ở Pháp, Bộ Luật Thương mại đã chứa đựng các quy định về cạnh tranh. Quay lại lịch sử hình thành và phát triển pháp luật cạnh tranh Pháp, có thể nhận thấy một số thay đổi của pháp luật tuy chỉ mang tính hình thức nhưng lại có tầm quan trọng đáng kể: Pháp lệnh ngày 01/12/1986 về tự do giá cả và tự do cạnh tranh đã bị bãi bỏ và chuyển hoá vào Bộ Luật Thương mại sau một chương trình pháp điển hoá rộng lớn. Kể từ nay, nếu xét về nguồn luật trong nước thì văn bản nền tảng của pháp luật cạnh tranh chính là Quyển IV của Bộ luật Thương mại. Do quá trình pháp điển hoá nên số thứ tự của các điều khoản đã hoàn toàn bị thay đổi. Chính vì vậy, Quyển IV đã dành một phụ lục trong đó trình bày bảng đối chiếu giữa các điều khoản trước đây của Pháp lệnh năm 1996 và các điều khoản hiện hành của Bộ Luật Thương mại. Một số thay đổi khác của pháp luật cạnh tranh trong nước, chủ yếu xuất phát từ việc ban hành Luật ngày 15/05/2001 về các biện

pháp điều tiết kinh tế mới, là những thay đổi liên quan đến cả luật nội dung lẫn luật tố tụng.

Mặc dù còn nặng về mặt hình thức, nhưng pháp luật cạnh tranh của Châu Âu đã chiếm một vị trí rất quan trọng, có uy tín tại nhiều quốc gia muốn gia nhập Liên minh và tại một số quốc gia khác. Đặc biệt, cách thức áp dụng pháp luật cạnh tranh của Châu Âu đã làm cho các chủ thể kinh tế phải tôn trọng và cân nhắc thận trọng những ràng buộc của pháp luật đó.

Tại Anh, Luật Cạnh tranh được ban hành ngày 09/11/1998 để sửa đổi Luật Thương mại lành mạnh 1973. Luật đã đưa thêm các điều khoản cấm các hành vi phản cạnh tranh (Chương I, Chương II). Văn phòng Thương mại lành mạnh (OFT) có thẩm quyền khá lớn trong việc điều tra các doanh nghiệp được cho là vi phạm Luật và áp dụng các hình phạt đối với các doanh nghiệp này. Luật được sửa đổi ngày 01/05/2004, theo đó đã trao cho OFT quyền điều tra và áp dụng các hình phạt đối với các tổ chức/các nhân vi phạm các điều khoản cấm theo Điều 81 và Điều 82 của Hiệp ước EC. Tuy nhiên một điểm đáng lưu ý đối với pháp luật cạnh tranh của Anh là khi tiến hành xử lý, OFT không chỉ dựa trên Luật Cạnh tranh, mà còn tuân theo các quy định pháp luật có liên quan, chẳng hạn Luật doanh nghiệp 2002 (có điều khoản quy định vi phạm cacten). Theo đó, các cá nhân tham gia vào một trong các dạng thoả thuận phản cạnh tranh nghiêm trọng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Hơn nữa, khi Luật doanh nghiệp 2002 được ban hành, nước Anh cũng đã tiến hành sửa đổi Luật Truất quyền các nhà điều hành doanh nghiệp. Các nhà điều hành doanh nghiệp khi vi phạm pháp luật cạnh tranh (các hành vi bị cấm theo Điều 81, Điều 81 Hiệp ước EC và của Luật Cạnh tranh) có thể phải nhận Lệnh truất quyền cạnh tranh. Lệnh này sẽ chấm dứt các hành vi có liên quan và buộc họ không được quản lý doanh nghiệp trong thời hạn tối đa là 15 năm.

Nhưng quan trọng hơn chính là những thay đổi của pháp luật cạnh tranh của Liên minh Châu Âu. Khuôn khổ pháp luật điều chỉnh các hành vi hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc đã được sửa đổi ngay từ năm 1999. Quy chế về kiểm soát hoạt động tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp cũng đã được sửa đổi bổ sung và có hiệu lực kể từ ngày 01/05/2004. Các quy định hướng dẫn thi hành Điều 81 và các điều tiếp theo của Hiệp ước thành lập Cộng đồng Châu Âu đã được sửa đổi một cách toàn diện vào cuối năm 2002 và trong năm 2003. Những sửa đổi này cũng bắt đầu có hiệu lực kể từ ngày 01/05/2004. Ở đây cần lưu ý: điều khoản được hướng dẫn thi hành là Điều 81 chứ không còn là Điều 85, bởi sau khi Hiệp ước Amsterdam được ký kết, đã kéo theo sự thay đổi trong cách đánh số quen thuộc của các điều khoản.

Đối với Úc, pháp luật cạnh tranh được quy định trong Luật Thực tiễn Thương mại năm 1974 và Luật Giám sát giá cả năm 1983. Mục đích của Luật Thực tiễn Thương mại (TPA) là nhằm thúc đẩy sự thịnh vượng của Úc thông qua việc thúc đẩy cạnh tranh và thương mại lành mạnh và bảo vệ người tiêu dùng. TPA liên quan đến hầu hết các vấn đề trên thị trường: mối quan hệ giữa nhà cung cấp, bán buôn, bán lẻ, các đối thủ cạnh tranh và khách hàng. Trên bình diện rộng, TPA giải quyết các vấn đề như các hành vi không lành mạnh trên thị trường, luật theo ngành, sáp nhập, an toàn sản phẩm, nhãn mác sản phẩm, giám sát giá cả và quy định của các ngành công nghiệp như viễn thông, khí đốt, điện và hàng không.

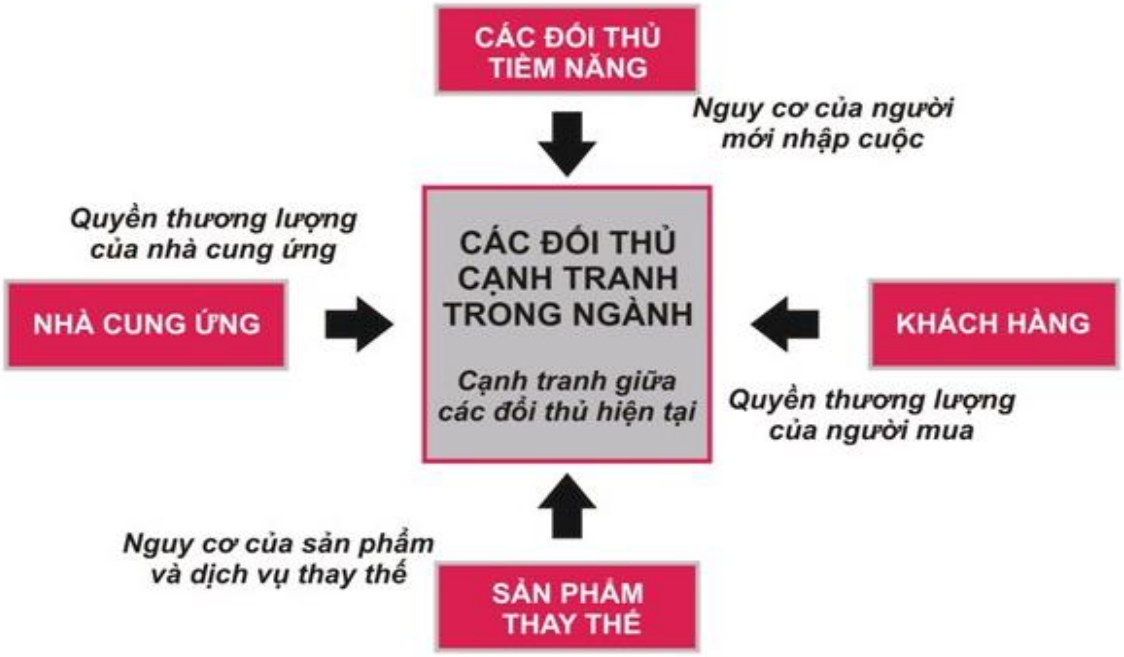
1.2. Vụ việc cạnh tranh

Luật cạnh tranh điều chỉnh hành vi phản cạnh tranh hay nói cách khác là công cụ để điều tra và xử lý vụ việc cạnh tranh. Vụ việc cạnh tranh là vụ việc có dấu hiệu vi phạm pháp luật cạnh tranh. Hầu hết luật cạnh tranh của các nước quy định vụ việc cạnh tranh bao gồm vụ việc liên quan đến thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (chiều dọc và chiều ngang); lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền (lạm dụng sức mạnh thị trường) và tập trung kinh tế gây hạn chế cạnh tranh. Ở một số quốc gia, luật cạnh tranh quy định vụ việc cạnh tranh còn bao gồm hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Theo Luật cạnh tranh Việt Nam 2018: "Vụ việc cạnh tranh là vụ việc có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh bị điều tra, xử lý theo quy định của Luật cạnh tranh, bao gồm vụ việc hạn chế cạnh tranh, vụ việc vi phạm quy định về tập trung kinh tế và vụ việc cạnh tranh không lành mạnh."

1.3. Tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể

Theo từ điển luật học "cạnh tranh là sự đua tranh về kinh tế giữa các nhà kinh doanh có những lợi ích giống nhau trên cùng thị trường bằng các phương thức khác nhau để giành được nhiều nhất về phía mình khách hàng, thị trường và thị phần của một thị trường qua đó thu lợi nhuận nhiều hơn". Giáo sư Michael Porter đưa ra 5 yếu tố cạnh tranh trên thị trường và thường được nhắc đến với mô hình 5 áp lực cạnh tranh của Porter, cụ thể:



Trong đó:

(i) Đối thủ cạnh tranh: đối thủ cạnh tranh hiện tại;

(ii) Quyền lực nhà cung cấp: khả năng nhà cung cấp tăng giá đầu vào;

(iii) Quyền lực người mua: khả năng người mua giảm giá;

(iv) Mối đe dọa thay thế: mức độ sản phẩm và dịch vụ khác được sử dụng thay cho sản phẩm liên quan;

(v) Mối đe dọa gia nhập thị trường: mức độ dễ dàng gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh nếu họ nhận thấy bạn đang có lợi nhuận tốt (và sau đó giảm giá).

Hạn chế cạnh tranh đáng là việc làm mất đi tính cạnh tranh vốn có của thị trường *(Phán quyết của Tòa án tối cao Tokyo, ngày 20/02/2012).*

Tác động hạn chế cạnh tranh là tác động loại trừ, làm giảm, sai lệch hoặc cản trở các yếu tố cạnh tranh nói trên. Tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể là tác động loại trừ, làm giảm, sai lệch hoặc cản trở các yếu tố cạnh tranh trên thị trường một cách đáng kể.

"Loại trừ" được hiểu là việc một doanh nghiệp đơn phương hoặc phối hợp với doanh nghiệp khác loại bỏ doanh nghiệp mục tiêu ra khỏi thị trường. Việc loại bỏ có thể thực hiện thông qua một số cách thức như định giá hủy diệt, ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia thị trường (tiếp cận đầu vào, tiếp cận khách hàng) từ đó làm giảm khả năng và động cơ của đối thủ cạnh tranh hiện tại và tiềm năng

trên thị trường. Việc loại bỏ, ngăn chặn như vậy có thể ngăn cản sự gia nhập hoặc mở rộng của đối thủ cạnh tranh buộc họ phải rút khỏi thị trường.

"Làm giảm" được hiểu là hành vi của doanh nghiệp có tác động cản trở, làm suy yếu hoặc mất đi áp lực cạnh tranh trên thị trường. Chẳng hạn như với hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp (ấn định giá, phân chia thị trường, phân chia khách hàng, thông đồng), doanh nghiệp tham gia thỏa thuận không còn động cơ để cạnh tranh với nhau để giành khách hàng về phía mình tức là làm suy yếu áp lực cạnh tranh trên thị trường. Tương tự, với hành vi TTKT, một số tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh có sức mạnh thị trường, đặc biệt là các đối thủ cạnh tranh trực tiếp và sản phẩm của các doanh nghiệp tham gia TTKT là lựa chọn thứ nhất và thứ hai của người tiêu dùng có thể làm mất đi áp lực cạnh tranh trên thị trường.

"Làm sai lệch" được hiểu làm thay đổi môi trường cạnh tranh trên thị trường liên quan theo cách làm gia tăng hành vi phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp theo đó làm mất đi tính cạnh tranh vốn có của thị trường. Làm sai lệch còn có thể được hiểu là làm thay đổi tính chất quan hệ cạnh tranh giữa các đối thủ cạnh tranh trên thị trường làm cho hành vi thỏa thuận có nhiều khả năng xảy ra hơn, đầy đủ hơn hoặc bền vững hơn.

2. Hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh

Hầu hết luật cạnh tranh các nước quy định hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh là hành vi gây hạn chế cạnh tranh. Thông thường, luật cạnh tranh các nước quy định hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh bao gồm 03 loại hành vi chính: (i) hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; (ii) lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền; (iii) tiến hành tập trung kinh tế gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể. Một số luật cạnh tranh bao gồm hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Với luật cạnh tranh Việt nam, Luật Cạnh tranh 2018 quy định về các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh khác nhau, gồm: hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền; hành vi vi phạm quy định về tập trung kinh tế và hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

2.1.Thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là một trong những hành vi hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng gây tác động tiêu cực đến nền kinh tế và người tiêu dùng. Mỗi quốc gia có thể sử dụng thuật ngữ khác nhau, tuy nhiên, nội hàm thì tương đối giống nhau, theo đó ***"thoả thuận hạn chế cạnh tranh là thoả thuận, hợp đồng hay sự câu kết giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp dưới bất kỳ hình thức nào***

nhằm mục đích, có tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường". Nói cách khác, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là thỏa thuận giữa các bên tham gia gây tác động ngăn cản, bóp méo hoặc hạn chế cạnh tranh trên thị trường.

Tùy theo quy định tại luật cạnh tranh của từng nước, thỏa thuận thường được hiểu bao gồm cả thỏa thuận ràng buộc về mặt pháp lý (thỏa thuận viết) và thỏa thuận không ràng buộc pháp lý (thỏa thuận miệng). Thỏa thuận có thể là "rõ ràng" hoặc "ngụ ý". Thỏa thuận có thể đạt được thông qua gặp mặt giữa các bên hoặc qua trao đổi thư từ, điện thoại hoặc bằng bất cứ phương tiện nào khác. Điều quan trọng để xem xét yếu tố cấu thành nên thỏa thuận là các bên đi đến sự đồng thuận về việc mỗi bên sẽ thực hiện, hoặc không thực hiện hành động nào đó.

Các bên tham gia thỏa thuận bao gồm cá nhân hoặc tổ chức có khả năng thực hiện hành vi liên quan đến hàng hóa và dịch vụ.

Khái niệm "ngăn cản", "bóp méo" hoặc "hạn chế" đề cập đến việc giảm áp lực cạnh tranh, thay đổi nhân tạo các điều kiện cạnh tranh theo hướng có lợi cho các bên tham gia thỏa thuận và làm giảm cạnh tranh trên thị trường, thông thường là thị trường bị tác động tiêu cực bởi sự tồn tại của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bao gồm thỏa thuận theo chiều ngang và thỏa thuận theo chiều dọc. Thoả thuận theo chiều ngang thường được coi là nghiêm trọng và nguy hại so với thoả thuận theo chiều dọc.

Thỏa thuận theo chiều ngang là thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp (đối thủ cạnh tranh) hoạt động trên cùng một thị trường liên quan (ví dụ thỏa thuận giữa hai doanh nghiệp để ấn định giá bán sản phẩm).

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc là thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp, mỗi doanh nghiệp hoạt động ở những phân đoạn khác nhau trong cùng chuỗi sản xuất và cung ứng hàng hóa và sản phẩm (ví dụ thỏa thuận phân phối sản phẩm giữa nhà sản xuất và nhà phân phối, thỏa thuận đại lý hoặc thỏa thuận nhượng quyền). Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc thường được coi là ít gây tác động hạn chế cạnh tranh hơn (ít nghiêm trọng hơn) so với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang.

Có thể nói, bất kỳ thỏa thuận nào giữa các doanh nghiệp đều có tác dụng hạn chế hoặc giới hạn sự tự do hành động giữa các bên. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là tất cả các thỏa thuận đều gây tác động hạn chế cạnh tranh và bị cấm theo luật cạnh tranh. Hầu hết luật cạnh tranh thường bao gồm quy định về việc phân tích, đánh giá để xác định liệu thỏa thuận có gây tác động hạn chế cạnh tranh hay không và có thuộc trường hợp bị cấm theo luật cạnh tranh.

Một số thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định "mặc nhiên". Nghĩa là những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh "mặc nhiên" bị cấm khi xác định có hành vi diễn ra và khi đó cơ quan cạnh tranh không cần phải chứng minh tác động hạn chế cạnh tranh thỏa thuận để kết luận hành vi vi phạm của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Việc đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh hoặc khả năng gây hạn chế cạnh tranh đáng kể chỉ được sử dụng làm căn cứ để xác định mức độ nghiêm trọng của hành vi theo đó đưa ra biện pháp xử lý phù hợp. Một số thỏa thuận được coi là vi phạm "mặc nhiên" thường bao gồm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng "hardcore cartel" như thỏa thuận ấn định giá, hạn chế sản lượng, phân chia thị trường, thông thầu.

- Thỏa thuận ấn định giá: là thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh ấn định mức giá hoặc thành phần cấu thành nên giá hoặc mức chiết khấu, hoặc mức độ (phần trăm) tăng giá, hoặc biên độ giá bán hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ.

- Thỏa thuận phân chia thị trường: là thỏa thuận giữa các đối thủn cạnh tranh phân chia với nhau về thị trường (theo lãnh thổ hoặc theo đối tượng khách hàng).

- Thoả thuận hạn chế sản lượng: là thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh giới hạn sản lượng hoặc quy mô sản xuất bằng cách đặt ra mức sản xuất hoặc hạn ngạch.

- Thông thầu là hành vi thỏa thuận giữa các bên để sao cho một bên tham gia thỏa thuận thắng thầu.

Ví dụ, khoản 2 Điều 12 Luật Cạnh tranh Việt Nam quy định cấm "mặc nhiên" đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh sau:

"Thỏa thuận để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu khi tham gia đấu thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ.

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 tham gia thỏa thuận." và

Khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh quy định cấm "mặc nhiên" giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan có hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh sau:

"Thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.

Thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ.

Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ."

Bên cạnh một số thỏa thuận cạnh tranh bị cấm theo quy định "mặc nhiên", hầu hết cơ quan cạnh tranh đều xem xét hành vi vi phạm bằng cách cách đánh giá tác động hạn chế hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh. Việc đánh giá tác động thường được thực hiện bằng cách phân tích để so sánh mức độ cạnh tranh trên thị trường khi có thỏa thuận và khi không có thỏa thuận. Khi kết luận được thỏa thuận có gây tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh (không thuộc trường hợp được loại trừ và miễn trừ), thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thường chỉ bị cấm khi gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể.

Khoản 3 Điều 12 Luật Cạnh tranh có quy định cấm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan khi những thỏa thuận gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường, cụ thể những thỏa thuận sau:

" Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư.

Thỏa thuận áp đặt hoặc ấn định điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.

Thỏa thuận không giao dịch với các bên không tham gia thỏa thuận.

Thỏa thuận hạn chế thị trường tiêu thụ sản phẩm, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ của các bên không tham gia thỏa thuận."

Để đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường, một số tiêu chí thường được đề cập trong đánh giá như: thị phần, rào cản thị trường (rào cản gia nhập hoặc mở rộng thị trường), sức mạnh tương quan của các bên liên quan (sức mạnh của người mua, sức mạnh của người bán)…

Điều 13 Luật Cạnh tranh quy định một số yếu tố cơ quan cạnh tranh sẽ căn cứ khi đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể, cụ thể:

"a) Mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận;

b) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường;

c) Hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ;

d) Giảm khả năng tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu;

đ) Tăng chi phí, thời gian của khách hàng trong việc mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ liên quan khác;

e) Gây cản trở cạnh tranh trên thị trường thông qua kiểm soát các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan đến các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận."

Trong phân tích đánh giá vi phạm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, một số cơ quan cạnh tranh còn đưa ra ngưỡng "an toàn" khi đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể. Ví dụ như, một số cơ quan cạnh tranh có quy định về một số trường hợp khi đó thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được coi là không gây ra hoặc không có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể.

Với pháp luật cạnh tranh Việt Nam, Khoản 3 Điều 11 Nghị định 35/2020/NĐ-CP quy định: *"Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được coi là không gây ra hoặc không có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể nếu thuộc một trong các trường hợp sau:*

a) Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan, khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận nhỏ hơn 5%;

b) Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định, khi thị phần của từng doanh nghiệp tham gia thoả thuận nhỏ hơn 15%."

2.2. Lạm dụng sức mạnh thị trường (lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền)

Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường là hành vi hạn chế cạnh tranh được thực hiện bởi doanh nghiệp có sức mạnh thị trường trên thị trường liên quan.

Để xác định hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền), cơ quan cạnh tranh cần đánh giá để xác định liệu doanh nghiệp có có vị trí thống lĩnh hay không. Thông thường, có 02 cách để xác định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh. Thứ nhất là căn cứ vào tiêu chí về ngưỡng, thường là ngưỡng về thị phần của doanh nghiệp. Luật cạnh tranh Singapore và Malaysia quy định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh nếu có thị phần từ 60% trở

lên trên thị trường liên quan. Thứ hai là căn cứ vào sức mạnh thị trường. Hầu hết cơ quan cạnh tranh quy định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh nếu có sức mạnh thị trường. Một số cơ quan cạnh tranh chẳng hạn như Việt Nam căn cứ vào cả 02 tiêu chí nói trên để xác định vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp. Điều 24 Luật cạnh tranh Việt Nam quy định:

"1. Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 26 của Luật này hoặc có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan.

2. Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu cùng hành động gây tác động hạn chế cạnh tranh và có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 26 của Luật này hoặc có tổng thị phần thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;

b) Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;

c) Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan;

d) Năm doanh nghiệp trở lên có tổng thị phần từ 85% trở lên trên thị trường liên quan."

Điều 26 Luật cạnh tranh Việt Nam quy định các yếu tố làm căn cứ để xác định sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp, cụ thể như sau:

"a) Tương quan thị phần giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan;

b) Sức mạnh tài chính, quy mô của doanh nghiệp;

c) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường đối với doanh nghiệp khác;

d) Khả năng nắm giữ, tiếp cận, kiểm soát thị trường phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ hoặc nguồn cung hàng hóa, dịch vụ;

đ) Lợi thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật;

e) Quyền sở hữu, nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng;

g) Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ;

h) Khả năng chuyển sang nguồn cung hoặc cầu đối với các hàng hóa, dịch vụ liên quan khác;

i) Các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà doanh nghiệp đang hoạt động kinh doanh."

Hầu hết luật cạnh tranh đều có quy định cấm đối với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường. Tương tự như với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, mục tiêu của quy định cấm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường là nhằm bảo vệ cạnh tranh trên thị trường (không nhằm bảo vệ đối thủ cạnh tranh). Liên quan đến quy định này, một số luật cạnh tranh liệt kê danh sách của hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm. Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường thường bao gồm 02 loại hành vi: hành vi trục lợi và hành vi loại trừ.

Hành vi trục lợi diễn ra khi doanh nghiệp thực hiện hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường. Một số ví dụ về hành vi trục lợi như định giá mua giá bán quá mức hoặc không hợp lý.

Hành vi loại trừ được thực hiện bởi doanh nghiệp sở hữu sức mạnh thị trường nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường. Một số điển hình về hành vi loại trừ là: định giá hủy diệt, từ chối cung cấp hoặc giới hạn sản xuất, giới hạn thị trường hoặc hạn chế sự phát triển kỹ thuật. Một số hành vi có thể mang cả hàm ý trục lợi và loại trừ, chẳng hạn như hành vi phân biệt giá và bán kèm.

Một số hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường thường thấy là:

Định giá hủy diệt là hành vi của doanh nghiệp có sức mạnh thị trường (doanh nghiệp thống lĩnh/độc quyền) bán hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ ở mức giá thấp đáng kể (có thể thấp hơn giá thành) chịu lỗ trong một thời gian nhằm mục đích làm cho đối thủ cạnh tranh (với tiềm lực yếu hơn) không thể tồn tại và buộc phải rút khỏi thị trường. Khi không còn đối thủ cạnh tranh trên thị trường, doanh nghiệp có sức mạnh thị trường giờ đây có thể dễ dàng tăng giá để lấy lại những gì đã mất và thu lợi nhuận cao.

Phân biệt giá là hành vi của doanh nghiệp có sức mạnh thị trường bán hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ ở những mức giá khác nhau cho những khách hàng khác nhau cho cùng một hàng hóa dịch vụ mà không có lý do chính đáng.

Định giá độc quyền xảy ra khi doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường định giá cao quá mức so với mức giá có thể được nếu có cạnh tranh trên thị trường.

Bán kèm là việc một sản phẩm (sản phẩm thứ nhất) chỉ được bán khi kèm theo sản phẩm thứ hai (gọi là sản phẩm được bán kèm). Nói cách khác, bán kèm là việc một sản phẩm chỉ được bán nếu người mua đồng ý mua kèm sản phẩm này với sản phẩm thứ hai. Trong thường hợp này, thông thường sản phẩm thứ hai là sản phẩm không thể bán được nếu bán độc lập trên thị trường.

Giao dịch độc quyền (thường là giao dịch giữa nhà sản xuất và đại lý bán hàng) là thỏa thuận trong đó người mua chỉ được mua hàng hóa từ một nhà cung cấp. Doanh nghiệp có sức mạnh thị trường sẽ dành cho người mua mức chiết khấu độc quyền liên quan đến giao dịch độc quyền này.

Từ chối cung cấp là hành vi doanh nghiệp có sức mạnh thịtrường từ chối cung cấp hàng hóa, dịch vụ (thường là cho đối thủ cạnh tranh) mà không có lý do chính đáng.

Hạn chế sản lượng xảy ra khi doanh nghiệp có sức mạnh thị trường hạn chế sản lượng bán ra thị trường. Hành vi này xảy ra nhằm mục đích làm tăng cầu (so với mức cung trên thị trường) theo đó gây áp lực tăng giá sản phẩm.

Điều 27 Luật Cạnh tranh Việt Nam quy định về các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền bị cấm, cụ thể như sau:

"Doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện hành vi sau đây:

a) Bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến loại bỏ đối thủ cạnh tranh;

b) Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng;

c) Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hóa, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng;

d) Áp dụng điều kiện thương mại khác nhau trong các giao dịch tương tự dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ doanh nghiệp khác;

đ) Áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác trong ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc yêu cầu doanh nghiệp khác, khách hàng chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ doanh nghiệp khác;

e) Ngăn cản việc tham gia hoặc mở rộng thị trường của doanh nghiệp khác;

g) Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm theo quy định của luật khác.

2. Doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện hành vi sau đây:

a) Hành vi quy định tại các điểm b, c, d, đ và e khoản 1 Điều này;

b) Áp đặt điều kiện bất lợi cho khách hàng;

c) 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;

d) Hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm theo quy định của luật khác."

2.3. Tập trung kinh tế gây tác động hạn chế cạnh tranh

Khái niệm TTKT theo quy định của pháp luật cạnh tranh của các quốc gia trên thế giới cũng khá đa dạng. Pháp luật EU định nghĩa hành vi mua bán, sáp nhập doanh nghiệp tại Quy định về kiểm soát TTKT *(EC Merger Control 2004)* là *"tập trung kinh tế" (economic concentration).*

Theo quy định tại Điều L430-1 Bộ luật Thương mại Pháp, khái niệm TTKT được diễn đạt bằng hình thức liệt kê, cụ thể TTKT có thể diễn ra dưới hai hình thức sáp nhập, góp vốn, mua lại tài sản, ký kết hợp đồng hoặc dưới bất kỳ hình thức nào khác[4].

Khác với cách tiếp cận của các quốc gia nói trên, Đạo luật Chống độc quyền Clayton (Clayton Antitrust Act) của Hoa Kỳ[5] quy định TTKT là giao dịch mua lại cổ phần hoặc tài sản của doanh nghiệp.

Các nước ASEAN có những cách định nghĩa TTKT khác nhau, tuy nhiên, nhìn chung có những tương đồng với pháp luật Việt Nam. Theo pháp luật chống độc quyền Thái Lan, hành vi TTKT bao gồm việc mua lại và sáp nhập hai hoặc nhiều công ty có thể dưới các hình thức: (i) sáp nhập (hợp nhất), (ii) mua lại cổ phần, (iii) mua lại tài sản.

Theo LCT Philippines 2015, hành vi TTKT được định nghĩa thông qua khái niệm "sáp nhập" và "mua lại".

Khoản 1 Điều 29 Luật Cạnh tranh Việt Nam đề cập đến các hình thức tập trung kinh tế, bao gồm:

"a) Sáp nhập doanh nghiệp;

b) Hợp nhất doanh nghiệp;

---

[4] Ở đây, quyền kiểm soát được hiểu là khả năng chi phối hoạt động của doanh nghiệp khác, cho dù chủ thể của quyền kiểm soát đã có được khả năng đó bằng bất kỳ cách thức nào: nhận chuyển giao quyền sở hữu hoặc quyền hưởng dụng đối với một phần hoặc toàn bộ tài sản của doanh nghiệp khác; thực hiện những giao dịch tạo ra quyền chi phối đối với thành phần, cơ chế ra quyết định của các cơ quan quản lý của doanh nghiệp khác, hoặc đối với nội dung các quyết định của các cơ quan này. Xem Ủy ban Quốc gia về hợp tác kinh tế Quốc tế (2005), *Chính sách và thực tiễn PLCT của Cộng hòa Pháp*, Tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.95.

[5] Ban hành năm 1914 (15 U.S.C §18) là Đạo luật Chống độc quyền Liên bang cơ bản về kiểm soát sáp nhập và mua lại. Quy định về kiểm soát mua bán sáp nhập được quy định chi tiết bằng Hướng dẫn Sáp nhập theo hang ngang (Horizontal Mergers Guidelines) ban hành bởi Ủy ban Thương mại Hoa Kỳ lần đầu tiên vào năm 1992, hiện tại đã được thay thế bằng Hướng dẫn mới ban hành vào 19/8/2010.
(https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf, truy cập ngày 19/10/2017)

c) Mua lại doanh nghiệp;

d) Liên doanh giữa các doanh nghiệp;

đ) Các hình thức tập trung kinh tế khác theo quy định của pháp luật."

TTKT được phân loại thành TTKT theo chiều ngang (giữa các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh), TTKT theo chiều dọc (giữa các doanh nghiệp không phải là đối thủ cạnh tranh) và TTKT hỗn hợp (bao gồm cả doanh nghiệp theo chiều dọc và chiều ngang).

Tập trung kinh tế (TTKT) có ý nghĩa quan trọng đối với sự vận hành hiệu quả của nền kinh tế. Chúng cho phép các công ty đạt được hiệu quả, chẳng hạn như tính kinh tế theo quy mô hoặc phạm vi, cho phép công ty hợp nhất giảm chi phí và trở nên hiệu quả hơn, dẫn đến giá cả thấp hơn, chất lượng cao hơn, gia tăng số lượng và sự đa dạng của sản phẩm hoặc tăng đầu tư vào đổi mới, trong nhiều trường hợp, người tiêu dùng hoặc nhà cung cấp được hưởng lợi từ việc TTKT.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp, TTKT có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh. Bằng cách thay đổi cấu trúc thị trường và tạo điều kiện khuyến khích các doanh nghiệp hành xử theo cách phản cạnh tranh, một số tập trung kinh tế (TTKT) có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể. Một số hoạt động TTKT có thể gây tổn hại đến cạnh tranh bằng cách tạo ra hoặc nâng cao sức mạnh thị trường đáng kể của các doanh nghiệp sau TTKT hoặc tăng cường sự phối hợp và thông đồng giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan, dẫn đến việc tăng giá trên mức cạnh tranh trong một thời gian đáng kể, giảm chất lượng hoặc chậm đổi mới. Khi được thực hiện bởi người bán, sức mạnh thị trường là khả năng tăng giá trên mức cạnh tranh trong một khoảng thời gian đáng kể mà vẫn thu lợi nhuận và/hoặc giảm bớt sự cạnh tranh về chất lượng sản phẩm dịch vụ hoặc khả năng đổi mới. Khi được thực hiện bởi người mua, sức mạnh thị trường là khả năng giảm giá trả cho nhà cung cấp dưới mức cạnh tranh trong một khoảng thời gian đáng kể mà vẫn thu lợi nhuận, điều này có thể dẫn đến việc giảm sản lượng của nhà cung cấp, gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường.

Hầu hết luật cạnh tranh các nước quy định TTKT bị cấm khi gây ra hoặc có khả năng gây ra tác động hạn chế cạnh tranh. Ví dụ, Điều 30 Luật cạnh tranh Việt Nam quy định tập trung kinh tế bị cấm khi *"Doanh nghiệp thực hiện tập trung kinh tế gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam."*

3. Ý nghĩa của việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc cạnh tranh

3.1. Vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Có hai hình thức cấm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Một số thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo hành vi hay gọi là cấm "mặc nhiên". Nghĩa là những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh "mặc nhiên" bị cấm khi xác định có hành vi diễn ra và khi đó cơ quan cạnh tranh không cần phải chứng minh vi phạm bằng cách đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh gây ra bởi thỏa thuận. Hầu hết các nước đều quy định cấm "mặc nhiên" đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng "hardcore cartel" như hành vi ấn định giá, hạn chế sản lượng, phân chia thị trường, thông thầu.

Đối với thỏa thuận bị cấm mặc nhiên, mặc dù không đòi hỏi cơ quan cạnh tranh phải tiến hành đánh giá tác động hạn chế hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể khi xem xét kết luận hành vi vi phạm, việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh vẫn có ý nghĩa quan trọng, giúp cho cơ quan cạnh tranh có căn cứ xác định mức độ vi phạm của thỏa thuận theo đó đưa ra hình thức xử lý vi phạm phù hợp.

Đối với thỏa thuận bị cấm theo "nguyên tắc hợp lý"? Việc đánh giá tác động thường được thực hiện bằng cách phân tích so sánh mức độ cạnh tranh trên thị trường khi có thỏa thuận và khi không có thỏa thuận. Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thường chỉ bị coi là vi phạm luật cạnh tranh (và theo đó bị cấm theo luật cạnh tranh) khi thỏa thuận đó gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể.

Do đó, đối với thỏa thuận bị cấm theo nguyên tắc hợp lý, việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể là yêu cầu cần thiết để xác định yếu tố cấu thành hành vi vi phạm của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Đồng thời, cũng như đối với trường hợp quy định cấm theo hành vi, đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể được sử dụng làm căn cứ để cơ quan cạnh tranh xác định mức độ vi phạm và theo đó đưa ra hình thức xử lý phù hợp đối với hành vi vi phạm.

3.2. Vụ việc tập trung kinh tế

Ở mỗi quốc gia, chính sách kiểm soát tập trung kinh tế là một bộ phận trong tổng thể các chính sách của Chính phủ, bao gồm chính sách công, chính sách kinh tế và chính sách cạnh tranh. Là một bộ phận của chính sách cạnh tranh nói chung, chính sách kiểm soát TTKT được cụ thể hóa là một trong ba lĩnh vực điều chỉnh của Luật Cạnh tranh, bao gồm: thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền và kiểm soát TTKT. Các quy định về kiểm soát TTKT có

tác động tiền kiểm, nhằm ngăn chặn các vụ việc TTKT có khả năng làm phương hại tới cạnh tranh.

Việc đưa các quy định về TTKT vào Luật Cạnh tranh là do:

Thứ nhất, TTKT ngay lập tức loại bỏ áp lực cạnh tranh giữa các bên tham gia vào vụ việc và làm giảm số lượng các đối thủ cạnh tranh trên thị trường. Khi tác động loại bỏ cạnh tranh của vụ việc TTKT đủ lớn, thị trường sẽ mất dần định hướng hiệu quả kinh tế; đồng thời trong một số trường hợp, doanh nghiệp thành lập sau vụ việc TTKT không cần thực hiện các hành vi có thể vi phạm các quy định mang tính hậu kiểm của Luật Cạnh tranh mà vẫn có thể loại bỏ được các đối thủ cạnh tranh và thu lợi từ thị trường.

Thứ hai, không phải vi phạm nào cũng có thể bị phát hiện và xử lý. Do đó, việc áp dụng các biện pháp tiền kiểm có thể giúp giảm bớt áp lực cho cơ quan thực thi Luật. Ngoài ra, ngay cả khi có thể thực hiện các biện pháp khắc phục ở khâu hậu kiểm đối với các vụ việc TTKT bị phát hiện có tác động xấu tới cạnh tranh, thì các biện pháp này cũng rất tốn kém.

Tóm lại, chính sách kiểm soát TTKT là nhằm mục đích ngăn ngừa việc thay đổi cấu trúc thị trường có thể dẫn đến việc làm tổn hại tới động lực cạnh tranh trên thị trường, từ đó làm suy giảm hiệu quả kinh tế và xâm hại tới lợi ích của người tiêu dùng.

Kiểm soát tập trung kinh tế được thực hiện chủ yếu thông qua rà soát thông báo tập trung kinh tế. Một số luật cạnh tranh quy định doanh nghiệp phải thông báo TTKT để cơ quan cạnh tranh thực hiện thẩm định nếu giao dịch đạt đến một số ngưỡng nhất định, chẳng hạn như ngưỡng thị phần, tài sản doanh nghiệp, giá trị giao dịch.

Cơ quan quản lý cạnh tranh thực hiện chức năng thẩm định hồ sơ tập trung kinh tế. Nội dung chính của thẩm định vụ việc tập trung kinh tế là nhằm đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của TTKT để quyết định giao dịch TTKT thuộc trường hợp được phép tiến hành, tiến hành có điều kiện hay cấm không được phép tiến hành. Tùy theo quy định của từng quốc gia, quá trình việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể sẽ căn cứ vào các tiêu chí khác nhau trong đó có thể kể đến như tiêu chí về thị phần kết hợp của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế; mức độ tập trung trên thị trường liên quan trước và sau TTKT; mối quan hệ của doanh nghiệp trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng; lợi thế cạnh tranh do tập trung kinh tế mang lại trên thị trường; khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá hoặc tăng lợi nhuận một cách đáng kể; khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế có thể loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường.

Bên cạnh đó, cơ quan cạnh tranh còn đánh giá tác động tích cực của TTKT, có thể căn cứ vào các yếu tố: Tác động tích cực đến việc phát triển của ngành, lĩnh vực và khoa học, công nghệ theo chiến lược, quy hoạch của Nhà nước; Tác động tích cực đến việc phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa; Tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp trên thị trường quốc tế.

So sánh giữa tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của TTKT và tác động tích cực mà TTKT mang lại, cơ quan cạnh tranh sẽ quyết định về giao dịch TTKT (được phép tiến hành, tiến hành có điều kiện và không được tiến hành).

Như vậy, việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể làm cơ sở để cơ quan cạnh tranh đưa ra ra quyết định về giao dịch TTKT (cho phép tiến hành, tiến hành có điều kiện hoặc cấm theo quy định luật cạnh tranh tranh). Đồng thời, đối với vụ việc tập trung tế gây tác động hạn chế cạnh tranh bị cấm, đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể là cơ sở để cơ quan cạnh tranh đưa ra kết luận về vụ việc TTKT có vi phạm luật cạnh tranh hay không đồng thời kết quả từ việc đánh giá này là căn cứ để cơ quan cạnh tranh đưa đưa ra hình thức xử lý phù hợp.

4. Quy định của pháp luật cạnh tranh Việt Nam về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc cạnh tranh

4.1. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trong vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Điều 13 Luật Cạnh tranh quy định về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, cụ thể như sau:

"1. Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh căn cứ vào một số yếu tố sau đây:

a) Mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận;

b) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường;

c) Hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ;

d) Giảm khả năng tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu;

đ) Tăng chi phí, thời gian của khách hàng trong việc mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ liên quan khác;

e) Gây cản trở cạnh tranh trên thị trường thông qua kiểm soát các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan đến các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận.

2. Chính phủ quy định chi tiết khoản 1 Điều này".

Điều 11 Nghị định 35/2020/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Cạnh tranh quy định nội dung đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thoả thuận hạn chế cạnh tranh:

1. Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thuộc các trường hợp quy định tại khoản 3 và 4 Điều 12 của Luật Cạnh tranh.

2. Việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được căn cứ vào một hoặc một số yếu tố như sau:

a) Diễn biến, xu hướng thay đổi mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận được đánh giá trong tương quan với các doanh nghiệp khác là đối thủ cạnh tranh không tham gia thỏa thuận;

b) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường được đánh giá để xác định tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận căn cứ vào những yếu tố ảnh hưởng đến việc quyết định của doanh nghiệp khi gia nhập, mở rộng thị trường quy định tại Điều 8 Nghị định này;

c) Hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ được đánh giá để xác định tác động hoặc khả năng gây tác động của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đối với mục tiêu nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc nâng cao năng lực công nghệ trong ngành và lĩnh vực liên quan;

d) Giảm khả năng tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu được đánh giá căn cứ vào mức độ thiết yếu của cơ sở hạ tầng đối với hoạt động sản xuất, kinh doanh và chi phí, thời gian để các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh không tham gia thỏa thuận có thể tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng đó hoặc cơ sở hạ tầng tương tự;

đ) Tăng chi phí, thời gian của khách hàng trong việc mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ liên quan khác được xác định bằng việc so sánh chi phí, thời gian cần thiết của khách hàng khi mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận

hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh trước và sau khi có thỏa thuận;

e) Gây cản trở cạnh tranh trên thị trường thông qua kiểm soát các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan đến các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận được xác định dựa trên mức độ chi phối của các yếu tố đặc thù đó đối với hoạt động cạnh tranh của các doanh nghiệp trên thị trường.

3. Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được coi là không gây ra hoặc không có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể nếu thuộc một trong các trường hợp sau:

a) Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan, khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận nhỏ hơn 5%;

b) Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định, khi thị phần của từng doanh nghiệp tham gia thoả thuận nhỏ hơn 15%.

4. Trong quá trình đánh giá tác động và khả năng gây tác hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có quyền tham vấn ý kiến của các cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan và yêu cầu các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận cung cấp thông tin, tài liệu cần thiết.

4.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trong các vụ việc lạm dụng vụ trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền

Đối với vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường, Luật Cạnh tranh không đưa ra quy định cụ thể về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể. Tuy nhiên, Điều 24 Luật Cạnh tranh quy định về doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, cụ thể:

"1. Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 26 của Luật này hoặc có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan.

2. Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu cùng hành động gây tác động hạn chế cạnh tranh và có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 26 của Luật này hoặc có tổng thị phần thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;

b) Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;

c) Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan;

d) Năm doanh nghiệp trở lên có tổng thị phần từ 85% trở lên trên thị trường liên quan.

3. Nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường quy định tại khoản 2 Điều này không bao gồm doanh nghiệp có thị phần ít hơn 10% trên thị trường liên quan."

Điều 26 Luật Cạnh tranh quy định về xác định sức mạnh thị trường đáng kể, cụ thể như sau:

"1. Sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp được xác định căn cứ vào một số yếu tố sau đây:

a) Tương quan thị phần giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan;

b) Sức mạnh tài chính, quy mô của doanh nghiệp;

c) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường đối với doanh nghiệp khác;

d) Khả năng nắm giữ, tiếp cận, kiểm soát thị trường phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ hoặc nguồn cung hàng hóa, dịch vụ;

đ) Lợi thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật;

e) Quyền sở hữu, nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng;

g) Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ;

h) Khả năng chuyển sang nguồn cung hoặc cầu đối với các hàng hóa, dịch vụ liên quan khác;

i) Các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà doanh nghiệp đang hoạt động kinh doanh.

2. Chính phủ quy định chi tiết khoản 1 Điều này."

Điều 12 Nghị định 35/2020/NĐ-CP quy định về nội dung xác định sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp và nhóm doanh nghiệp, cụ thể như sau:

"1. Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia xác định sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp quy định tại Điều 26 Luật Cạnh tranh căn cứ vào một hoặc một số yếu tố như sau:

a) Tương quan thị phần giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan được đánh giá trên cơ sở so sánh thị phần giữa các doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp trên thị trường liên quan;

b) Sức mạnh tài chính, quy mô của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp được đánh giá căn cứ vào năng lực tài chính, khả năng tiếp cận nguồn vốn, tín dụng và các nguồn tài chính khác, tổng nguồn vốn, tổng tài sản, số lao động, quy mô sản xuất, mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp đó trong tương quan với các doanh nghiệp khác là đối thủ cạnh tranh;

c) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường đối với doanh nghiệp khác được đánh giá dựa trên những yếu tố ảnh hưởng đến việc quyết định của doanh nghiệp khi gia nhập, mở rộng thị trường quy định tại Điều 8 Nghị định này;

d) Khả năng nắm giữ, tiếp cận, kiểm soát thị trường phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ hoặc nguồn cung hàng hóa, dịch vụ được đánh giá căn cứ vào ưu thế của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp so với đối thủ cạnh tranh nhờ việc nắm giữ, kiểm soát mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ hoặc nguồn cung hàng hóa, dịch vụ trên thị trường;

đ) Lợi thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp được đánh giá căn cứ vào ưu thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp đang sở hữu hoặc sử dụng cho sản xuất, kinh doanh so với đối thủ cạnh tranh;

e) Quyền sở hữu, nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng được đánh giá để xác định ưu thế của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp so với đối thủ cạnh tranh căn cứ vào mức độ thiết yếu, khả năng tiếp cận cơ sở hạ tầng cho sản xuất, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ;

g) Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ được đánh giá để xác định ưu thế của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp so với đối thủ cạnh tranh căn cứ vào mức độ thiết yếu, khả năng tiếp cận đối tượng quyền sở hữu trí tuệ của doanh nghiệp trong hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ;

h) Khả năng chuyển sang nguồn cung hoặc cầu đối với các hàng hóa, dịch vụ liên quan khác được xác định dựa trên chi phí và thời gian cần thiết để khách hàng, doanh nghiệp chuyển sang mua, bán hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp khác trên cùng thị trường liên quan;

i) Các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp đang hoạt động kinh doanh được đánh giá để xác định ưu thế của doanh

nghiệp, nhóm doanh nghiệp so với đối thủ cạnh tranh trong điều kiện cụ thể của ngành, lĩnh vực đó.

2. Trong quá trình xác định sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có quyền tham vấn ý kiến của các cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan và yêu cầu các doanh nghiệp cung cấp các thông tin, tài liệu cần thiết.".

4.3. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong vụ việc tập trung kinh tế

Điều 31 Luật Cạnh tranh quy định về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của việc tập trung kinh tế:

"1. Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của việc tập trung kinh tế căn cứ vào một trong các yếu tố hoặc kết hợp giữa các yếu tố sau đây:

a) Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trên thị trường liên quan;

b) Mức độ tập trung trên thị trường liên quan trước và sau khi tập trung kinh tế;

c) Mối quan hệ của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau hoặc bổ trợ cho nhau;

d) Lợi thế cạnh tranh do tập trung kinh tế mang lại trên thị trường liên quan;

đ) Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu một cách đáng kể;

e) Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường;

g) Yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế.

2. Chính phủ quy định chi tiết khoản 1 Điều này."

Điều 15 Nghị định 35/2020/NĐ-CP quy định đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của vụ việc tập trung kinh tế, cụ thể như sau:

"1. Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trên thị trường liên quan trước và sau tập trung kinh tế.

2. Mức độ tập trung trên thị trường liên quan trước và sau khi tập trung kinh tế được đánh giá để xác định nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường của doanh nghiệp, khả năng gia tăng phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan.

3. Mối quan hệ của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau hoặc bổ trợ cho nhau được đánh giá để xác định khả năng các bên sau tập trung kinh tế tạo ra ưu thế cạnh tranh vượt trội so với các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh khác nhằm ngăn cản hoặc loại bỏ đối thủ cạnh tranh gia nhập thị trường.

4. Lợi thế cạnh tranh do tập trung kinh tế mang lại trên thị trường liên quan được xem xét tổng thể dựa trên các ưu thế về đặc tính sản phẩm, chuỗi sản xuất, phân phối, năng lực tài chính, thương hiệu, công nghệ, quyền sở hữu trí tuệ và các ưu thế khác của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trong quan hệ với đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan, dẫn tới nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp hình thành sau tập trung kinh tế.

5. Khả năng doanh nghiệp tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu sau tập trung kinh tế được đánh giá căn cứ vào một hoặc một số yếu tố sau đây:

a) Thay đổi dự kiến về cầu trước khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan;

b) Thay đổi dự kiến về cung của các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan trước khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ;

c) Thay đổi dự kiến về giá, sản lượng, điều kiện giao dịch của doanh nghiệp cung ứng hàng hóa, dịch vụ là các yếu tố đầu vào cho các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế;

d) Điều kiện và nguy cơ các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh trên thị trường gia tăng phối hợp hoặc thỏa thuận nhằm tăng giá bán hoặc tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu;

đ) Các yếu tố khác có ảnh hưởng đến khả năng tăng giá hoặc tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế.

6. Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường được xác định dựa trên một hoặc một số yếu tố sau đây:

a) Mức độ kiểm soát yếu tố đầu vào cho sản xuất, kinh doanh trước và sau tập trung kinh tế;

b) Đặc điểm cạnh tranh trong ngành, lĩnh vực và hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong giai đoạn trước tập trung kinh tế;

c) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường quy định tại Điều 8 Nghị định này;

d) Các yếu tố khác dẫn đến khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường.

7. Yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế được xem xét khi yếu tố đó trực tiếp ảnh hưởng hoặc thay đổi đáng kể kết quả đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh và khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của tập trung kinh tế quy định tại Điều này.”

CHƯƠNG 2: KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VỀ ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HOẶC KHẢ NĂNG GÂY TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ TRONG CÁC VỤ VIỆC CẠNH TRANH

1. Kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Thoả thuận hạn chế cạnh tranh là một trong các nhóm hành vi cơ bản được điều chỉnh bởi Luật Cạnh tranh hay Luật Chống độc quyền của các quốc gia trên thế giới. Mỗi quốc gia có thể sử dụng thuật ngữ khác nhau, tuy nhiên, nội hàm thì tương đối giống nhau, theo đó "*thoả thuận hạn chế cạnh tranh là thoả thuận, hợp đồng hay sự câu kết giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp dưới bất kỳ hình thức nào nhằm mục đích, có tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường" (sau đây gọi tắt là "thỏa thuận" hoặc "thỏa thuận HCCT").*

Pháp luật cạnh tranh của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều đề cập đến 02 hình thức thoả thuận HCCT: Thỏa thuận HCCT theo chiều ngang (cartel, hoặc các-ten) và thoả thuận HCCT theo chiều dọc (vertical restraints). Trong đó, thoả thuận theo chiều ngang là thoả thuận giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan, là đối thủ cạnh tranh của nhau. Thoả thuận theo chiều dọc là thoả thuận giữa hai hoặc nhiều doanh nghiệp hoạt động ở các cấp độ khác nhau trong chuỗi sản xuất, phân phối cùng một loại hàng hoá, dịch vụ. Thoả thuận theo chiều ngang thường được coi là nghiêm trọng và nguy hại so với thoả thuận theo chiều dọc. Chính vì vậy, việc phân biệt thoả thuận theo chiều ngang và thoả thuận theo chiều dọc là nhằm có cách tiếp cận kiểm soát, điều chỉnh sao cho phù hợp với bản chất và mức độ tác động của hành vi.

Dưới đây là quy định về hành vi thoả thuận HCCT trong pháp luật của một số quốc gia trên thế giới.

1.1. Kinh nghiệm của Hoa Kỳ

1.1.1. Quy định kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo pháp luật cạnh tranh của Hoa Kỳ

Chương I, Đạo luật Sherman quy định cấm đối với hành vi thỏa thuận HCCT như sau: "*Mọi hợp đồng, liên kết dưới hình thức độc quyền hoặc theo phương thức khác, nhằm hạn chế trao đổi hoặc thương mại giữa các bang với nhau hoặc với các quốc gia khác, đều bị coi là bất hợp pháp*".

Phạm vi điều chỉnh của Chương I, Đạo luật Sherman khá rộng, tuy nhiên, các quyết định của tòa án đã thu hẹp phạm vi của nó. Đặc thù trong thực thi pháp luật nói chung và các quy định về thỏa thuận HCCT nói riêng của Hoa Kỳ chính

là việc điều tra và xử lý theo án lệ. Để nâng cao việc chấp hành pháp luật của doanh nghiệp và hạn chế phạm vi và khả năng đưa ra quá nhiều các quyết định khác nhau của các cơ quan cạnh tranh, các toà án, một loạt các phương thức xét xử của toà án đã được xác định là những "án lệ", làm mẫu cho những trường hợp xét xử sau đó (ví dụ những vụ về thoả thuận giá, hạn chế sản xuất, tẩy chay). Xu hướng mới của Toà án tối cao liên bang là mở rộng hơn các án lệ để xử lý những trường hợp thoả thuận HCCT.

Theo pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ, các thỏa thuận được chia thành 02 nhóm:

i) Các thỏa thuận ấn định giá hoặc khung giá, phân chia thị trường và khách hàng theo chiều ngang cũng như thỏa thuận tẩy chay theo chiều ngang và thông đồng đấu thầu;

ii) Các thỏa thuận khác có thể được áp dụng theo *"nguyên tắc hợp lý" – rules of reason*. Khi đánh giá các thỏa thuận này phải xem xét thêm các tác động tích cực do thỏa thuận mang lại cho môi trường cạnh tranh và xã hội.

a) <u>Thoả thuận HCCT theo chiều ngang (cartel) của Hoa Kỳ</u>

Theo đó, các hành vi thoả thuận HCCT theo chiều ngang (cartel) giữa các đối thủ cạnh tranh luôn được coi là có mục đích HCCT trên thị trường và mặc nhiên vi phạm Chương I, Đạo luật Sherman, các thoả thuận đó bao gồm:

- thoả thuận về giá cả,
- thoả thuận về sản lượng,
- thoả thuận phân chia khách hàng, khu vực địa lý kinh doanh hoặc
- thoả thuận thông thầu

Đây là các hành vi bị coi là HCCT đặc biệt nghiêm trọng và luôn bị cấm (được đánh giá theo *"nguyên tắc vi phạm mặc nhiên" – per se rules*), bất chấp tác động thực tế hoặc tính hợp lý của các thỏa thuận này. Các thoả thuận này không cần phải được chứng minh là thoả thuận chính thức hay bằng văn bản, nhưng phải chứng minh được có một "cam kết có ý thức đối với một kế hoạch chung được thiết kế để đạt được một mục tiêu phi pháp".

Có thể thấy một số quốc gia cũng áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên đối với các thỏa thuận HCCT tương tự Hoa Kỳ như Australia hay Ấn Độ. Nhà nước có thể áp dụng hình phạt nhẹ hơn đối với trường hợp này như chấm dứt hoặc đình chỉ thỏa thuận. Trong khi đó, pháp luật một số nước như Nga không áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên đối với các thỏa thuận HCCT bị cấm. Nói cách khác, cơ quan chống độc quyền của Liên bang Nga chỉ cấm các thỏa thuận nếu họ

cho rằng những thỏa thuận đó có tác động HCCT hay có khả năng gây tác động HCCT đáng kể.

b) Thoả thuận HCCT theo chiều dọc (vertical restraints) của Hoa kỳ

Các hình thức khác nhau của thoả thuận HCCT theo chiều dọc không được quy định rõ ràng trong Luật. Thay vào đó, những khái niệm này được phát triển thông qua các quyết định của toà án, thường được gọi là "thông luật" về chống độc quyền. Nhiều loại hành vi thoả thuận HCCT theo chiều dọc đã được xem xét theo luật chống độc quyền hiện hành, phổ biến nhất là các hình thức sau:

- *Duy trì giá bán lại* – thoả thuận giữa những người kinh doanh ở các cấp độ khác nhau trong cấu trúc phân phối về mức giá bán lại hàng hoá, dịch vụ. Duy trì giá bán lại có thể dưới hình thức xác định một mức giá cụ thể, nhưng thông thường nó liên quan đến việc thiết lập một mức giá sàn (duy trì giá bán lại tối thiểu) hoặc một mức giá trần (duy trì giá bán lại tối đa) mà theo các điều kiện của thoả thuận, mức giá bán lại không thể thấp hơn mức giá sàn hoặc cao hơn mức giá trần.

- *Hạn chế khách hàng hoặc khu vực địa lý* – là việc một nhà cung cấp hoặc một nhà sản xuất ở thị trường sơ cấp cấm nhà phân phối bán sản phẩm ngoài khu vực địa lý hoặc nhóm khách hàng nhất định đã được phân chia;

- *Hạn chế kênh phân phối* – thoả thuận này tương tự như thoả thuận hạn chế khách hàng hoặc khu vực địa lý, theo đó nhà sản xuất thị trường sơ cấp hoặc nhà cung cấp sản phẩm cấm nhà phân phối bán ngoài kênh phân phối đã chỉ định. Thông thường, loại thoả thuận này thường liên quan đến việc nhà sản xuất các hàng hoá cao cấp nghiêm cấm nhà phân phối bán hàng hoá qua internet;

- *Thoả thuận giao dịch độc quyền* – đòi hỏi người mua phải mua hàng hoá hoặc dịch vụ từ một nhà cung cấp trong một khoảng thời gian nhất định. Thoả thuận này có thể dưới hình thức cấm khách hàng mua hàng hoá, dịch vụ từ các đối thủ cạnh tranh của nhà cung cấp đó hoặc hợp đồng yêu cầu người mua cam kết mua tất cả hoặc phần lớn trong tổng số nhu cầu của họ đối với hàng hoá, dịch vụ nhất định chỉ từ nhà cung cấp đó. Những thoả thuận này có thể khiến các đối thủ cạnh tranh của nhà cung cấp không thể tiếp thị sản phẩm của họ đến người mua trong một khoảng thời gian nhất định ghi trong thoả thuận;

- *Thoả thuận phân phối độc quyền* – thường trao cho nhà phân phối quyền độc quyền phân phối hàng hoá hoặc dịch vụ của nhà sản xuất trong một khu vực địa lý nhất định. Theo thoả thuận đó, nhà sản xuất không được thành lập cơ sở phân phối riêng của mình trong khu vực địa lý đó và không được bán hàng hoá, dịch vụ cho các nhà phân phối khác;

- *Thoả thuận bán kèm* – là thoả thuận mà theo đó một bên chỉ bán một sản phẩm (sản phẩm chính) với điều kiện bên mua phải mua một sản phẩm khác (sản phẩm được bán kèm). Thoả thuận bán kèm có thể áp dụng đối với cả hàng hoá và dịch vụ. Thoả thuận bán kèm này có thể buộc bên mua phải mua sản phẩm mà họ không mong muốn hoặc hạn chế sự tự do lựa chọn sản phẩm từ nhà cung cấp khác so với người bán;

- *Thoả thuận "trục bánh xe và nan hoa*" (hub-and-spoke conspiracies) – là thoả thuận giữa hai hoặc nhiều bên cùng một cấp độ trong cấu trúc phân phối cùng tham gia vào một loạt các thoả thuận với cùng một bên đối tác ở cấp độ khác trong chuỗi phân phối.

Trong những năm gần đây, hầu hết các thoả thuận HCCT theo chiều dọc được phân tích dựa trên nguyên tắc hợp lý. Phân tích theo nguyên tắc hợp lý bắt đầu từ việc đánh giá bản chất của thoả thuận và xem xét liệu thoả thuận đó có gây ra hoặc có khả năng gây ra HCCT hay không.

Khi phân tích cũng cần đánh giá một loạt các chỉ số liên quan đến thị trường, bao gồm cả rào cản gia nhập thị trường. Nếu kết quả điều tra hành vi thoả thuận và tác động của thoả thuận đối với thị trường cho thấy có tác động HCCT, bước tiếp theo là phải đánh giá liệu thoả thuận đó có cần thiết ở mức độ nào đó để đạt được những lợi ích thúc đẩy cạnh tranh có khả năng bù đắp cho những thiệt hại về cạnh tranh hay không. Quá trình cân nhắc tính hợp lý của thoả thuận và lợi ích thúc đẩy cạnh tranh so với tác động HCCT chính là bản chất của nguyên tắc hợp lý. Trường hợp lợi ích thúc đẩy cạnh tranh vượt trội hơn so với thiệt hại về cạnh tranh, thoả thuận có thể được coi là hợp pháp theo nguyên tắc hợp lý. Trường hợp có bằng chứng cho thấy thoả thuận đã có tác động HCCT trên thực tế, phân tích theo nguyên tắc hợp lý đôi khi có thể được rút ngắn thông qua "phân tích nhanh".

Thực tế hệ thống pháp luật về cạnh tranh của Hoa Kỳ cho thấy chỉ có một loại thỏa thuận chiều dọc bị coi là bất hợp pháp là ấn định giá bán lại tối thiểu. Thoả thuận duy trì giá bán lại tối thiểu lâu nay vẫn được coi là vi phạm mặc nhiên theo pháp luật chống độc quyền Liên bang, bất kể nó thuộc phạm vi các thoả thuận được đánh giá theo nguyên tắc hợp lý. Tuy bị coi là phạm pháp, nhưng hành vi duy trì giá bán lại không bị phân biệt đối xử về biện pháp xử lý và thi hành như đối với trường hợp ấn định giá theo chiều ngang. Các quan hệ chiều dọc khác được đánh giá theo nguyên tắc hợp lý và chỉ bị coi là bất hợp pháp khi tác động hạn chế cạnh tranh được chứng minh. Biện pháp xử lý đối với thỏa thuận này là cảnh cáo, dừng, bác bỏ thỏa thuận hoặc bồi thường trong các vụ kiện tư nhân.

Tuy nhiên, trong vụ việc liên quan đến Leegin, Toà án Tối cao Hoa Kỳ đã phá vỡ nguyên tắc vi phạm mặc nhiên đối với thoả thuận duy trì giá bán lại tối

thiểu, thay vào đó, Toà đã quyết định thoả thuận này sẽ được xem xét theo nguyên tắc hợp lý. Toà án đã giải thích rằng các thoả thuận thuộc nhóm vi phạm mặc nhiên chỉ khi chúng luôn hoặc hầu như luôn gây HCCT, chẳng hạn như thoả thuận ấn định giá theo chiều ngang giữa các đối thủ cạnh tranh. Mặt khác, thoả thuận duy trì giá bán lại tối thiểu có thể có những lợi ích thúc đẩy cạnh tranh lớn hơn so với tác động HCCT. Toà án cho rằng thoả thuận duy trì giá bán lại tối thiểu không phải là mặc nhiên vi phạm, và đề xuất những thoả thuận như vậy có thể vi phạm Luật chống độc quyền Liên bang khi nhà sản xuất hoặc nhà bán lẻ tham gia thoả thuận sở hữu sức mạnh thị trường.

Tương tự, thoả thuận bán kèm, một loại hành vi thoả thuận HCCT theo chiều dọc phi giá, cũng được toà án xử lý theo các cách khác nhau. Mặc dù gần đây các toà án đã có xu hướng xem xét các lập luận kinh doanh và phân tích các tác động kinh tế của thoả thuận bán kèm, là những dấu hiệu của phân tích theo nguyên tắc hợp lý, thoả thuận bán kèm vẫn có thể được coi là vi phạm mặc nhiên nếu thỏa mãn các yếu tố sau:

- Liên quan đến hai sản phẩm hoặc dịch vụ riêng biệt;
- Việc bán hoặc thoả thuận bán một hàng hoá, dịch vụ được quy định kèm điều kiện phải mua một sản phẩm khác;
- Người bán có sức mạnh thị trường đáng kể trên thị trường sản phẩm chính đủ để hạn chế thương mại trên thị trường sản phẩm được bán kèm và
- Quy mô thương mại đáng kể giữa các bang trên thị trường sản phẩm được bán kèm bị ảnh hưởng.

Các quy định của hiệp hội cũng là đối tượng của pháp luật chống HCCT Hoa Kỳ. Pháp luật về cạnh tranh đã được sử dụng để phá vỡ hạn chế kiểu "đạo đức nghề nghiệp" do những người hành nghề chuyên nghiệp hoặc những người cung ứng dịch vụ áp đặt thông qua các hiệp hội nghề nghiệp của mình.

1.1.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh tại Hoa Kỳ

Để phân tích tác động cạnh tranh của các thỏa thuận giữa các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh, cần phải đánh giá "tác động phản cạnh tranh", "lợi ích cạnh tranh" và "tác động tổng thể đến cạnh tranh". Tất cả các tác động được nêu bao gồm các hiệu ứng cạnh tranh thực tế và có khả năng xảy ra:

- "tác hại phản cạnh tranh" chỉ hậu quả bất lợi của thỏa thuận mà không tính đến việc bù đắp lợi ích cho cạnh tranh;

- ngược lại, “lợi ích cạnh tranh” đề cập đến tác động có lợi cho cạnh tranh của một thỏa thuận, mà không tính đến tác hại phản cạnh tranh;

- "tác động tổng thể đến cạnh tranh " hoặc "tác động cạnh tranh" được sử dụng để đánh giá tác động kết hợp giữa tác hại phản cạnh tranh của thỏa thuận và lợi ích cạnh tranh.

Việc đánh giá tác động HCCT đối với các thỏa thuận được phân tích theo nguyên tắc lý tính để xác định hiệu quả cạnh tranh tổng thể của chúng. Câu hỏi trọng tâm là liệu thỏa thuận liên quan có khả năng gây hại cho cạnh tranh bằng cách tăng khả năng hoặc động cơ sinh lợi để tăng giá cao hơn hoặc giảm sản lượng, chất lượng, dịch vụ hay không. Đánh giá tác động đòi hỏi sự linh hoạt và chi tiết tùy thuộc vào bản chất của thỏa thuận và bối cảnh thị trường liên quan, để xác định cụ thể tác động tổng thể đến cạnh tranh của thỏa thuận liên quan.

Việc đánh giá tác động bắt đầu bằng việc phân tích bản chất của thỏa thuận liên quan (về mục đích kinh doanh của thỏa thuận và kiểm tra xem liệu thỏa thuận, nếu đã đi vào hoạt động, có gây tác hại phản cạnh tranh hay không).

Nếu cho thấy những quan ngại về cạnh tranh có thể xảy ra, thì thường sẽ phải xác định các thị trường liên quan và tính toán thị phần, mức độ tập trung để đánh giá xem liệu thỏa thuận có thể tạo ra hoặc gia tăng sức mạnh thị trường hoặc tạo điều kiện cho việc thực hiện thỏa thuận. Ngoài ra, cơ quan cạnh tranh sẽ kiểm tra mức độ mà những chủ thể tham gia vào thỏa thuận có khả năng và động cơ để cạnh tranh độc lập hay không, đồng thời cũng đánh giá các yếu tố hoàn cảnh thị trường khác, như: rào cản gia nhập, sự thúc đẩy hoặc ngăn chặn các tác hại phản cạnh tranh.

Nếu việc kiểm tra các yếu tố nêu trên cho thấy không có khả năng gây tác động HCCT, cơ quan cạnh tranh sẽ kết thúc cuộc điều tra mà không cần phải xem xét lợi ích cạnh tranh. Ngược lại, cơ quan cạnh tranh sẽ phải kiểm tra xem liệu thỏa thuận liên quan có đạt được lợi ích cạnh tranh đủ để có khả năng bù đắp các tác hại phản cạnh tranh gây ra hay không.

a) Bản chất của thỏa thuận (mục đích kinh doanh, hoạt động thị trường, mối quan tâm đến cạnh tranh có thể có, ...)

Bản chất của thỏa thuận có liên quan đến việc liệu nó có thể gây ra tác hại phản cạnh tranh hay không. Ví dụ: bằng cách hạn chế việc ra quyết định độc lập hoặc kết hợp quyền kiểm soát lợi ích tài chính trong sản xuất, tài sản quan trọng hay các quyết định về giá cả, sản lượng hoặc các biến số cạnh tranh nhạy cảm khác, một thỏa thuận có thể tạo ra hoặc gia tăng sức mạnh thị trường và/hoặc tạo

điều kiện cho việc thực hiện nó bằng cách phối hợp giữa những người tham gia thỏa thuận.

Thỏa thuận hạn chế việc ra quyết định độc lập hoặc kết hợp quyền kiểm soát hoặc lợi ích tài chính có thể làm giảm khả năng hoặc động cơ cạnh tranh độc lập. Một thỏa thuận cũng có thể làm tăng khả năng, sức mạnh thị trường bằng cách tạo điều kiện cho sự thông đồng rõ ràng hoặc ngầm, thông qua các hoạt động như trao đổi thông tin nhạy cảm có tính cạnh tranh hoặc thông qua việc tăng cường mức độ tập trung thị trường.

Khi xem xét bản chất của các thỏa thuận liên quan, cơ quan cạnh tranh phân tích mục đích kinh doanh, bằng chứng về ý định chủ quan của những người tham gia ở mức độ làm sáng tỏ các tác động cạnh tranh. Ngoài ra, cũng kiểm tra xem thỏa thuận đã có hiệu lực có gây ra tác hại phản cạnh tranh hay không và thông thường cũng sẽ không cần phải xác định sức mạnh thị trường. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, tác động phản cạnh tranh có thể được xác định bằng cách xem xét sức mạnh thị trường.

Một số yếu tố dưới đây, nhưng không giới hạn, sẽ minh họa cụ thể về những quan ngại về cạnh tranh có thể phát sinh từ bản chất của các hành vi thỏa thuận cụ thể giữa đối thủ cạnh tranh:

- *Các thỏa thuận liên quan đến việc hạn chế quyền ra quyết định độc lập, kết hợp kiểm soát hoặc lợi ích tài chính:*

(i) Hợp tác sản xuất: bao gồm các thỏa thuận cùng sản xuất một sản phẩm bán cho người khác hoặc được những người tham gia sử dụng làm đầu vào, các thỏa thuận về mức sản lượng hoặc việc sử dụng các tài sản chính, hoặc về giá mà sản phẩm sẽ được tiếp thị, chẳng hạn như chất lượng, dịch vụ hoặc chiến lược khuyến mại, điều đó có thể dẫn đến tác hại phản cạnh tranh.

(ii) Hợp tác quảng cáo, tiếp thị: bao gồm các thỏa thuận chung để bán, phân phối hoặc quảng bá hàng hóa, dịch vụ được sản xuất chung hay riêng lẻ, dẫn đến hạn chế thông tin cho người tiêu dùng về giá cả và các yếu tố cạnh tranh quan trọng khác gây ra tác hại phản cạnh tranh.

(iii) Hợp tác mua chung: bao gồm các thỏa thuận chung để mua các sản phẩm đầu vào cần thiết, làm tăng động cơ thúc đẩy giá của sản phẩm đã mua và do đó làm giảm sản lượng xuống dưới mức có khả năng sẽ chiếm ưu thế trong trường hợp không có thỏa thuận liên quan. Việc hợp tác mua chung cũng có thể tạo điều kiện thông đồng bằng cách đưa ra những tiêu chuẩn đối với những chủ thể tham gia, dễ dàng theo dõi mức đầu ra của những chủ thể tham gia thông qua thông tin về đầu vào của họ.

(iv) Hợp tác nghiên cứu và phát triển: hầu hết các thỏa thuận như vậy đều mang tính cạnh tranh và chúng thường được phân tích theo nguyên tắc hợp lý.

- *Các thỏa thuận liên quan có thể tạo điều kiện cho sự thông đồng:*

Sự hợp tác của các đối thủ cạnh tranh có thể tạo cơ hội cho những người tham gia thảo luận và đồng ý về các điều khoản phản cạnh tranh, hoặc thông đồng với nhau một cách phản cạnh tranh. Ví dụ, một số hợp tác tiếp thị, sản xuất và mua hàng nhất định có thể tạo cơ hội cho những người tham gia của họ thông đồng về giá cả, sản lượng, khách hàng, lãnh thổ hoặc các biến số cạnh tranh nhạy cảm khác.

Các thỏa thuận tạo điều kiện cho sự thông đồng đôi khi liên quan đến việc trao đổi hoặc tiết lộ thông tin, ví dụ: chia sẻ một số công nghệ, bí quyết hoặc tài sản trí tuệ khác có thể đạt được lợi ích cạnh tranh, phụ thuộc vào bản chất của thông tin được chia sẻ. Ví dụ, khi một liên doanh sản xuất mua đầu vào từ thị trường thượng nguồn để đưa vào sản phẩm bán ở thị trường hạ nguồn, cả thị trường thượng nguồn và hạ nguồn đều có thể là "thị trường bị ảnh hưởng bởi sự hợp tác của đối thủ cạnh tranh".

b) Các thị trường liên quan bị ảnh hưởng bởi sự hợp tác

Cơ quan cạnh tranh Hoa Kỳ thường xác định và đánh giá các tác động cạnh tranh trong tất cả các sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan, mặc dù trong một số trường hợp, có thể đánh giá tác động cạnh tranh trực tiếp mà không cần xác định (các) thị trường liên quan cụ thể.

- *Thị trường hàng hóa:* Nói chung, đối với các thị trường hàng hóa bị ảnh hưởng bởi sự hợp tác của đối thủ cạnh tranh, cơ quan cạnh tranh Hoa Kỳ tiếp cận định nghĩa thị trường liên quan như được mô tả trong Phần 1 của "Hướng dẫn về Sáp nhập theo chiều ngang". Để xác định thị trường liên quan, FTC thường xem xét phản ứng của người mua đối với việc tăng giá so với mức giá hiện hành (cụ thể được trình bày trong Phần 1.31 và 1.32 của "Hướng dẫn về Sáp nhập theo chiều ngang").

- *Thị trường công nghệ:* Thị trường công nghệ bao gồm tài sản trí tuệ được cấp phép và các sản phẩm thay thế gần gũi của nó; nghĩa là các công nghệ hoặc hàng hóa đủ gần có thể thay thế đáng kể để hạn chế việc thực thi quyền lực thị trường đối với tài sản trí tuệ được cấp phép. Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ (FTC) tiếp cận định nghĩa về thị trường công nghệ liên quan và đo lường thị phần như được dẫn chiếu trong Phần 3.2.2 của "Hướng dẫn về Sở hữu Trí tuệ".

- *Nghiên cứu và Phát triển, đổi mới thị trường:* Trong nhiều trường hợp, tác động cạnh tranh của thỏa thuận đối với sự đổi mới được phân tích như một tác

động cạnh tranh riêng biệt trong thị trường hàng hóa có liên quan. Tuy nhiên, nếu sự hợp tác giữa các đối thủ cạnh tranh có thể gây ra những tác động cạnh tranh đối với sự đổi mới mà không thể giải quyết thỏa đáng thông qua phân tích thị trường hàng hóa hoặc công nghệ, thì FTC có thể xác định và phân tích thị trường đổi mới như được mô tả trong Phần 3.2.3 của "Hướng dẫn về Sở hữu Trí tuệ". Thị trường đổi mới bao gồm việc nghiên cứu và phát triển hàng hóa, sản phẩm, quy trình mới hoặc những cải tiến cụ thể. FTC chỉ xác định thị trường đổi mới khi các khả năng tham gia vào nghiên cứu và phát triển có liên quan có thể gắn liền với các tài sản hoặc đặc điểm chuyên biệt của các công ty cụ thể.

c) Thị phần và mức độ tập trung của thị trường

Việc gia tăng hoặc tạo điều kiện thuận lợi cho sức mạnh thị trường có thể sẽ làm tăng khả năng và động cơ có lợi để tăng giá cao hơn hoặc giảm sản lượng, chất lượng, dịch vụ hoặc sự đổi mới dưới mức có thể so với trường hợp không có thỏa thuận liên quan. Khi đánh giá liệu một thỏa thuận có thể gây ra tác hại phản cạnh tranh hay không, FTC thường tính toán thị phần của những người tham gia và của sự hợp tác. Nhìn chung, FTC tiếp cận cách tính thị phần như được nêu trong Phần 1.4 của "Hướng dẫn về Sáp nhập theo chiều ngang".

Khi đánh giá liệu một thỏa thuận có thể làm tăng khả năng thông đồng hay không, FTC tính toán mức độ tập trung của thị trường như được dẫn chiếu trong Phần 1.5 của "Hướng dẫn về Sáp nhập theo chiều ngang".

Thị phần và mức độ tập trung thị trường chỉ cung cấp điểm khởi đầu để đánh giá tác động cạnh tranh của thỏa thuận liên quan. Ngoài ra FTC cũng phải kiểm tra các yếu tố khác được nêu trong "Hướng dẫn về Sáp nhập theo chiều ngang".

d) Các yếu tố liên quan đến khả năng và sự khuyến khích

Đôi khi, sự cạnh tranh giữa các bên tham gia và sự hợp tác có thể bị hạn chế thông qua các điều khoản hợp đồng rõ ràng hoặc thông qua các điều khoản tài chính hoặc các điều khoản khác làm giảm hoặc loại bỏ động cơ cạnh tranh. FTC xem xét những lợi ích và tác hại cạnh tranh của thỏa thuận liên quan, không chỉ đơn thuần là các điều khoản chính thức trong thỏa thuận giữa các bên tham gia.

Trong trường hợp bản chất của thỏa thuận và dữ liệu về thị phần, mức độ tập trung thị trường cho thấy khả năng gây tác hại phản cạnh tranh, FTC kiểm tra chặt chẽ hơn mức độ mà các bên tham gia và sự hợp tác, động cơ để cạnh tranh độc lập với nhau: (i) mức độ của thỏa thuận liên quan không loại trừ trong đó các bên tham gia có khả năng tiếp tục cạnh tranh độc lập ngoài sự hợp tác trong các

hoạt động chung trên thị trường; (ii) mức độ mà các bên tham gia giữ quyền kiểm soát độc lập đối với các tài sản cần thiết để cạnh tranh; (iii) bản chất và mức độ về lợi ích tài chính của những người tham gia; (iv) kiểm soát việc ra quyết định có tính cạnh tranh của thỏa thuận liên quan; (v) khả năng chia sẻ thông tin phản cạnh tranh; và (vi) thời gian hợp tác.

Mỗi yếu tố trên sẽ được thảo luận chi tiết hơn ở phần tiếp theo. Việc xem xét các yếu tố này có thể làm giảm hoặc tăng mối quan tâm cạnh tranh. Việc phân tích nhất thiết phải linh hoạt, mức độ phù hợp và ý nghĩa của từng yếu tố phụ thuộc vào sự kiện và hoàn cảnh của từng trường hợp, và bất kỳ yếu tố bổ sung nào phù hợp trong hoàn cảnh đều được xem xét. Ví dụ, khi một thỏa thuận được kiểm tra sau khi hình thành sự hợp tác, FTC cũng kiểm tra bằng chứng thực tế liên quan đến hành vi thực tế của người tham gia.

- *Độc quyền:* Để đánh giá tính độc quyền khi một thỏa thuận đã có hiệu lực, FTC xem xét liệu thỏa thuận liên quan có cho phép các bên tham gia tiếp tục cạnh tranh lẫn nhau và sự hợp tác của họ thông qua các hoạt động kinh doanh độc lập, ở mức độ nào và theo cách nào hoặc thông qua các hoạt động kinh doanh độc lập hay tư cách thành viên trong các hoạt động hợp tác khác hay không.

- *Kiểm soát tài sản:* FTC sẽ đặt câu hỏi liệu thỏa thuận liên quan có yêu cầu người tham gia đóng góp các tài sản quan trọng mà trước đây có khả năng cho phép người tham gia trở thành đối thủ cạnh tranh độc lập hiệu quả tại các thị trường bị ảnh hưởng bởi sự hợp tác hay không. Nếu các nguồn lực đó phải được đóng góp cho sự hợp tác và được chuyên môn hóa mà chúng không thể thay thế dễ dàng, sẽ dẫn đến việc mất tất cả hoặc một số khả năng cạnh tranh lẫn nhau.

- *Lợi ích tài chính trong hợp tác:* FTC đánh giá mối quan tâm tài chính của mỗi người tham gia đối với sự hợp tác và tác động tiềm năng đối với động cơ của người tham gia để cạnh tranh độc lập với sự hợp tác. Tác động đó có thể thay đổi tùy thuộc vào quy mô và bản chất của lãi suất tài chính (ví dụ: lãi suất tài chính là nợ hay vốn chủ sở hữu). FTC cũng đánh giá các khoản đầu tư cổ phần trực tiếp giữa các bên tham gia. Những khoản đầu tư như vậy có thể làm giảm động cơ cạnh tranh của những người tham gia với nhau.

- *Kiểm soát việc ra quyết định quan trọng của đối thủ cạnh tranh:* FTC xem xét cách thức tổ chức và điều hành sự hợp tác trong việc đánh giá mức độ mà những người tham gia và động cơ để cạnh tranh độc lập. Ví dụ, FTC sẽ hỏi liệu những người tham gia có được phép chỉ định các thành viên của ban giám đốc cho sự hợp tác, nếu được hợp nhất, hay thực hiện quyền kiểm soát đáng kể đối với các hoạt động của sự hợp tác. Trong phạm vi mà việc ra quyết định của người tham gia phụ thuộc vào sự kiểm soát của những người tham gia khác, FTC sẽ xem

xét liệu việc kiểm soát đó có thể được thực hiện cùng nhau hay không. Việc cùng nhau kiểm soát mức giá và mức sản lượng có thể tạo ra hoặc tăng sức mạnh thị trường và gây ra lo ngại về cạnh tranh.

- *Khả năng chia sẻ thông tin chống cạnh tranh:* FTC đánh giá mức độ mà thông tin nhạy cảm liên quan đến cạnh tranh có thể sẽ được tiết lộ. Khả năng xảy ra này phụ thuộc vào bản chất của sự hợp tác, tổ chức và quản trị của nó, và các biện pháp bảo vệ được thực hiện để ngăn chặn hoặc giảm thiểu sự tiết lộ đó. Ví dụ: những người tham gia có thể không chỉ định nhân viên tiếp thị cho một sự cộng tác trong lĩnh vực nghiên cứu và phát triển hoặc, trong một hợp tác quảng bá, những người tham gia có thể hạn chế quyền truy cập vào thông tin nhạy cảm liên quan đến hoạt động tương ứng của họ mà chỉ cho một số cá nhân hoặc bên thứ ba độc lập. Tương tự, hợp tác mua hàng có thể sử dụng một bên thứ ba độc lập trong các cuộc đàm phán trong đó các yêu cầu đầu vào của người tham gia hoặc thông tin nhạy cảm cạnh tranh khác có thể được tiết lộ.

- *Thời gian hợp tác:* FTC xem xét thời gian hợp tác trong việc đánh giá để xem liệu những bên tham gia có giữ được khả năng và động cơ cạnh tranh lẫn nhau hay không.

e) Rào cản gia nhập

Trong trường hợp bản chất của thỏa thuận và dữ liệu về thị phần và mức độ tập trung cho thấy khả năng gây tác hại phản cạnh tranh không đủ để giảm thiểu rào cản gia nhập, FTC sẽ hỏi xem liệu việc gia nhập có kịp thời, có khả năng và đủ tầm quan trọng, đặc điểm và phạm vi để ngăn chặn hoặc chống lại các tác hại phản cạnh tranh cần quan tâm. FTC sẽ đánh giá tính kịp thời, khả năng xảy ra và mức độ đầy đủ của việc tham gia đã cam kết theo các nguyên tắc nêu trong Phần 3 của "Hướng dẫn về Sáp nhập theo chiều ngang". Tuy nhiên, không giống như các hành vi tập trung kinh tế, sự hợp tác của đối thủ cạnh tranh thường chỉ hạn chế một số hoạt động kinh doanh nhất định, trong khi vẫn duy trì sự cạnh tranh giữa những người tham gia ở các khía cạnh khác và chúng có thể được chấm dứt sau một khoảng thời gian giới hạn. Do đó, mức độ mà một thỏa thuận tạo ra và cho phép xác định các cơ hội có thể thúc đẩy gia nhập và các điều kiện về việc gia nhập dễ dàng có thể ngăn chặn hoặc chống lại các tác hại phản cạnh tranh có thể phức tạp hơn và ít trực tiếp hơn so với các hành vi tập trung kinh tế và sẽ thay đổi đôi chút tùy theo bản chất của thỏa thuận có liên quan.

f) Xác định lợi ích cạnh tranh của việc hợp tác

Cạnh tranh thường thúc đẩy các công ty đạt được hiệu quả trong nội bộ. Tuy nhiên, như đã giải thích ở trên, sự hợp tác của đối thủ cạnh tranh có tiềm năng tạo ra những hiệu quả đáng kể mang lại lợi ích cho người tiêu dùng theo nhiều

cách khác nhau. Ví dụ: sự hợp tác giữa các đối thủ cạnh tranh có thể cho phép các công ty cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ rẻ hơn, có giá trị hơn cho người tiêu dùng hoặc đưa ra thị trường nhanh hơn khả năng có thể. Hiệu quả thu được từ sự hợp tác giữa các đối thủ cạnh tranh thường bắt nguồn từ sự kết hợp của các khả năng hoặc nguồn lực khác nhau.

Hiệu quả được tạo ra thông qua sự hợp tác với đối thủ cạnh tranh có thể nâng cao khả năng và động lực cạnh tranh của những người tham gia, điều này có thể dẫn đến giá thấp hơn, chất lượng được cải thiện, dịch vụ nâng cao hoặc sản phẩm mới. Ví dụ, thông qua sự hợp tác, các đối thủ cạnh tranh có thể tạo ra đầu vào hiệu quả hơn bất kỳ người tham gia nào có thể làm riêng lẻ; những hiệu quả tạo ra có thể tăng cường cạnh tranh bằng cách cho phép hai hoặc nhiều người tham gia không hiệu quả (ví dụ: chi phí cao) trở thành đối thủ cạnh tranh hiệu quả hơn, chi phí thấp hơn. Tuy nhiên, ngay cả khi hiệu quả được tạo ra thông qua sự hợp tác với đối thủ cạnh tranh sẽ nâng cao khả năng cạnh tranh của cộng tác hoặc người tham gia, sự hợp tác của đối thủ cạnh tranh có thể có những tác động khác làm giảm bớt sự cạnh tranh và cuối cùng có thể làm cho thỏa thuận liên quan trở nên phản cạnh tranh.

Nếu FTC kết luận rằng thỏa thuận liên quan đã gây ra hoặc có khả năng gây ra tác hại phản cạnh tranh, họ sẽ xem xét liệu thỏa thuận có cần thiết một cách hợp lý để đạt được "hiệu quả có thể nhận biết được". "Hiệu quả có thể nhận biết được" là hiệu quả đã được FTC xác minh.

- *Hiệu quả có thể nhận biết:* Hiệu quả và lợi ích cạnh tranh rất khó để xác minh và định lượng, một phần vì phần lớn thông tin liên quan đến hiệu quả chỉ thuộc sở hữu của những người tham gia thỏa thuận. Các bên tham gia phải chứng minh về hiệu quả cạnh tranhh để FTC có thể xác minh được bằng các phương tiện hợp lý: về khả năng xảy ra và mức độ của mỗi lợi ích được khẳng định; làm thế nào và khi nào đạt được; các chi phí để đạt được; cách thức mỗi bên để nâng cao khả năng và động lực cạnh tranh; và tại sao thỏa thuận liên quan lại cần thiết một cách hợp lý để đạt được lợi ích như đã được công bố. Các tuyên bố về tính hiệu quả sẽ không được xem xét nếu chúng mơ hồ hoặc suy đoán hoặc không thể xác minh được bằng các phương tiện hợp lý. Hơn nữa, hiệu quả có thể nhận biết được phải có khả năng cạnh tranh. Ví dụ, việc tiết kiệm chi phí phát sinh từ việc giảm sản lượng hoặc dịch vụ kém cạnh tranh không được coi là hiệu quả có thể nhận biết được.

- *Sự cần thiết hợp lý và các giải pháp thay thế ít hạn chế hơn:* FTC chỉ xem xét những lợi ích cạnh tranh khi mà một thỏa thuận có thể được coi là "cần thiết một cách hợp lý". Sự cần thiết hợp lý của một thỏa thuận có thể phụ thuộc vào

bối cảnh thị trường và thời hạn của thỏa thuận. Ví dụ, một thỏa thuận có thể được biện minh bởi nhu cầu của người mới tham gia, có thể không cần thiết một cách hợp lý để đạt được lợi ích cạnh tranh trong các hoàn cảnh thị trường khác nhau. Sự cần thiết hợp lý của một thỏa thuận cũng có thể tùy thuộc vào việc nó ngăn cản những người tham gia cá nhân thực hiện hành vi tự do hoặc hành vi cơ hội khác có thể làm giảm đáng kể khả năng của sự hợp tác để đạt được lợi ích cạnh tranh.

g) Hiệu ứng cạnh tranh tổng thể

Nếu thỏa thuận liên quan là cần thiết một cách hợp lý để đạt được lợi ích cạnh tranh mà có thể nhận biết được thì FTC sẽ đánh giá khả năng và mức độ của hiệu quả có thể nhận biết và tác hại phản cạnh tranh để xác định ảnh hưởng tổng thể thực tế hoặc có khả năng xảy ra của thỏa thuận đối với cạnh tranh trên thị trường liên quan. Để đưa ra quyết định cần thiết, FTC xem xét liệu hiệu quả có thể nhận biết được có đủ để bù đắp khả năng gây hại cho người tiêu dùng trên thị trường liên quan, ví dụ, bằng cách ngăn chặn việc tăng giá hay không. Khi đánh giá hiệu quả cạnh tranh tổng thể của một thỏa thuận, FTC xem xét mức độ và khả năng xảy ra của cả tác hại phản cạnh tranh và hiệu quả có thể nhận biết được từ thỏa thuận liên quan. Khả năng xảy ra và mức độ của các tác hại phản cạnh tranh trong một trường hợp cụ thể có thể không đáng kể so với hiệu quả có thể nhận biết được mong đợi hoặc ngược lại. Khi tác hại dự kiến về phản cạnh tranh của thỏa thuận tăng lên, FTC yêu cầu phải có bằng chứng thiết lập mức độ hiệu quả dự kiến có thể nhận thức được cao hơn để tránh kết luận rằng thỏa thuận sẽ có tác động phản cạnh tranh về tổng thể. Khi tác hại phản cạnh tranh của thỏa thuận có thể là đặc biệt lớn, thì hiệu quả nhận biết đặc biệt lớn sẽ là cần thiết để ngăn chặn thỏa thuận có tác động phản cạnh tranh về tổng thể.

1.1.3. Vụ việc điển hình

Ngày 27/01/2003, Bộ Tư pháp Mỹ đã đưa ra xét xử theo thủ tục dân sự đối với các bị đơn là Công ty Village Voice Media, LLC và New Times Media LLC, hai công ty xuất bản các tuần báo lớn nhất trong cả nước do đã thực hiện hành vi thoả thuận phân chia thị trường quảng cáo và người đọc ở hai khu vực Cleveland, Ohio và Los Angeles, California, vi phạm Điều 1 Đạo luật Sherman.

Công ty Village Voice Media có trụ sở chính đặt tại New York, xuất bản hai tờ tuần báo là Cleveland Free Times - một trong những tờ tuần báo phổ biến nhất ở khu vực Ohio và tờ tuần báo LA Weekly - tờ tuần báo có số trang lớn nhất ở khu vực Los Angeles. Đối thủ cạnh tranh trực tiếp và cũng là duy nhất của Công ty Village Voice Media là công ty báo chí New Times Media, LLC có trụ sở chính đặt tại Phoenix, Arizona, đồng thời cũng xuất bản hai tờ tuần báo Cleveland Scene

ở khu vực Ohio và New Times LA ở khu vực Los Angeles. Hai công ty báo chí cạnh tranh gay gắt với nhau ở hai khu vực Cleveland Ohio và Los Angeles, California nhằm thu hút số lượng lớn độc giả và các doanh nghiệp thực hiện quảng cáo thông qua hình thức giảm giá quảng cáo, cung cấp dịch vụ khách hàng tốt hơn, tăng các hoạt động khuyến mại, khuếch trương, và cung cấp nhiều dịch vụ giá trị gia tăng cho các công ty thực hiện quảng cáo như quảng cáo một lần, tặng thêm một lần, quảng cáo với khổ rộng hơn nhưng vẫn giữa nguyên giá, tự động nâng cấp chất lượng quảng cáo từ đen trắng, lên màu. Từ năm 1996 đến tháng 10/2002, các doanh nghiệp quảng cáo và người đọc có được rất nhiều lợi ích từ hoạt động cạnh tranh của hai công ty Village Voice Media và New Times. Để chấm dứt cuộc chiến cạnh tranh, tháng 7/2002, New Times đã đề nghị Village Voice cùng ký kết một thoả thuận phân chia thị trường kinh doanh, theo đó New Times sẽ ngừng xuất bản tờ New Times LA, và LA Weekly của Village Voice Media sẽ là tờ tuần báo lớn duy nhất hoạt động ở khu vực Los Angeles. Ngược lại, Village Voice Media cũng sẽ ngừng xuất bản tờ Cleveland Free Times để tạo điều kiện cho tờ tuần báo Cleveland Sence độc quyền ở khu vực Cleveland. Đến tháng 8/2002, hai nhà xuất bản đã thoả thuận được với nhau những điều khoản chính trong thoả thuận về cơ chế phân chia thị trường. Mục đích của việc tham gia thoả thuận của hai tờ tuần báo là chấm dứt việc cạnh tranh của các tờ báo và tạo ra sức mạnh độc quyền trên những khu vực địa lý riêng biệt. Trong nội dung của thoả thuận có những nội dung đảm bảo khu vực địa lý riêng của mỗi doanh nghiệp:

- Quan trọng nhất là điều khoản "Không cạnh tranh" trong đó mỗi doanh nghiệp đồng ý không xuất bản tuần báo trong thị trường riêng của doanh nghiệp trong thời gian ít nhất là 10 năm;

- Mỗi doanh nghiệp cam kết không xúi giục, lôi kéo các doanh nghiệp quảng cáo thực hiện việc quảng cáo trên những ấn phẩm cạnh tranh trong vòng 10 năm;

- Ngăn cản các đối thủ mới gia nhập thị trường đã phân chia.

Sau khi xem xét vụ việc, Toà án tối cao cho rằng thoả thuận phân chia lãnh thổ giữa các đối thủ cạnh tranh trực tiếp gây hạn chế thương mại và HCCT trên thị trường. Thoả thuận phân chia thị trường là thoả thuận trong đó các đối thủ cạnh tranh đồng ý phân chia các khu vực địa lý kinh doanh nhất định, mặc nhiên vi phạm Điều 1 của Bộ luật Sherman. Trong vụ việc này, mục đích chính của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận là HCCT một cách bất hợp lý, thông qua việc phân chia thành hai thị trường riêng biệt, tránh việc cạnh tranh giữa các doanh

nghiệp. Toà án tối cao đã đưa ra kết luận về hành vi vi phạm của hai công ty xuất bản báo chí dựa trên những phân tích về vụ việc như sau:

Thứ nhất, thoả thuận của hai doanh nghiệp Village Voice Media và New Times không tạo ra thêm sản phẩm, tăng cạnh tranh trên thị trường tuần báo ở hai khu vực Cleveland và Los Angeles. Những HCCT từ thoả thuận của hai doanh nghiệp là yếu tố không cần thiết cho việc xuất bản và kinh doanh các tờ tuần báo, đồng thời, chỉ đưa lại lại ích trong kinh doanh cho hai doanh nghiệp. Trước khi thực hiện thoả thuận phân chia thị trường, hai doanh nghiệp đã cạnh tranh gay gắt với nhau trên thị trường tuần báo. Sau khi thoả thuận, mỗi doanh nghiệp đã ngừng xuất bản và kinh doanh tuần báo trên thị trường của doanh nghiệp kia, các doanh nghiệp quảng cáo và người đọc không còn nhiều lựa chọn và đối mặt với tình trạng chi phí quảng cáo tăng lên. Do đó, thoả thuận của hai doanh nghiệp không có tác động thúc đẩy hoạt động sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận.

Thứ hai, mục đích rõ ràng của các quy định trong bản thoả thuận là nhằm loại bỏ cạnh tranh trên thị trường và ngăn cản các đối thủ cạnh tranh khác tham gia vào trong thị trường. Village Voice Media đồng ý không xuất bản tuần báo ở khu vực Cleveland với điều kiện duy nhất là New Times phải ngừng xuất bản tờ tuần báo của doanh nghiệp này ở khu vực Los Angeles. Điều khoản cần thiết và quan trọng nhất trong bản thoả thuận đó là điều khoản "Không thoả thuận" ngăn cản doanh nghiệp khác xuất bản tuần báo trên thị trường của doanh nghiệp khác trong thời gian 10 năm. Mỗi doanh nghiệp cũng đồng ý không lôi kéo, xúi giục các doanh nghiệp quảng cáo thực hiện hoạt động quảng cáo trong tờ ấn phẩm đang cạnh tranh trong thời gian 10 năm. Hai doanh nghiệp cũng đồng ý hạn chế việc sử dụng logo của tuần báo đã ngừng xuất bản, và ngăn chặn các doanh nghiệp khác sử dụng những tài sản có giá trị như vậy cho các ấn phẩm đang phát hành và sẽ phát hành trong tương lai ở Los Angeles và Cleveland. Đồng thời, mỗi doanh nghiệp đồng ý không bán các tài sản cố định liên quan tới việc xuất bản các tuần báo đã ngừng xuất bản cho nhân viên cũ, chuyên gia tư vấn, hoặc các đối tác ký kết hợp đồng để có thể tái xuất bản các tờ báo đã đóng cửa, và khôi phục lại cạnh tranh trên thị trường.

Thứ ba, những HCCT trong vụ việc này không liên quan đến việc bán tài sản, mặc dù trên thực tế một số tài sản sản xuất tuần báo đã được chuyển giao.

Thứ tư, trong bản giải trình, hai doanh nghiệp tham gia thoả thuận đã thừa nhận mục đích HCCT, đồng thời khẳng định rằng các doanh nghiệp tham gia thoả thuận nhằm mục đích chấm dứt cuộc chiến cạnh tranh, và tạo ra sức mạnh độc quyền trên các khu vực địa lý riêng. Các tài liệu thu thập từ bị đơn, đồng thời lời

khai từ các nhân viên cũ, và khách hàng quảng cáo cho thấy thoả thuận phân chia thị trường của hai doanh nghiệp Village Voice Media và New Times sẽ chấm dứt và loại bỏ mọi hoạt động cạnh tranh, giúp mỗi doanh nghiệp xuất bản và kinh doanh tuần báo trong khu vực riêng của mình, đồng thời tăng giá quảng cáo trên tuần báo.

Thứ năm, với thoả thuận phân chia thị trường từ tháng 10/2002, các doanh nghiệp nhằm mục đích tăng chi phí quảng cáo.

Trên cơ sở những lập luận về vụ việc, Toà án đã đưa ra phán quyết và xử phạt theo thủ tục dân sự đối với hai doanh nghiệp Village Voice Media và New Times.

1.2. Kinh nghiệm của EU

1.2.1. Quy định kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo pháp luật cạnh tranh của EU

Trong các nước thành viên nội khối Liên minh châu Âu (EU), cũng như các nước: Iceland, Liechtenstein và Na Uy theo như Thỏa ước về Khu vực kinh tế châu Âu (European Economic Area, EEA) vào năm 1992 thì cả pháp luật quốc gia và pháp luật EU về cạnh tranh đều được áp dụng. Đối với pháp luật cạnh tranh của EU, quy định pháp luật liên quan là Điều 101 Hiệp ước về Hoạt động của Liên minh châu Âu (Treaty on the Functioning of the European Union, ***sau đây gọi tắt là TFEU,*** thường được biết đến như là chỉ dẫn "*de minimis"*). Quy chế Hội đồng số 1/2003 bao gồm các quy tắc về thủ tục và việc thực thi.

Điều 101 (Điều 81 cũ) của TFEU, thỏa thuận HCCT được quy định như sau:

"Mọi thỏa thuận giữa các doanh nghiệp, quyết định của hiệp hội các doanh nghiệp và mọi hành vi liên kết khác ***có thể ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước thành viên*** *và* ***có mục đích hoặc hệ quả ngăn cản, hạn chế hoặc làm sai lệch quy luật cạnh tranh trên thị trường của liên minh****, đều bị coi là đi ngược lại với mục đích thành lập thị trường chung và bị cấm".*

Pháp luật cạnh tranh EU quy định thỏa thuận giữa các thương nhân (hay các hành vi thông đồng, các quyết định của các hiệp hội) gây HCCT (phụ thuộc vào hậu quả chúng gây ra với hoạt động kinh doanh giữa các quốc gia thành viên) đều bị nghiêm cấm [Khoản 1, Điều 81 Hiệp ước Rome] và đương nhân vô hiệu [Khoản 2, Điều 82 Hiệp ước Rome]. Người ta cũng xem xét rằng trong những hoàn cảnh nhất định, một số thỏa thuận có thể được miễn áp dụng những quy định của Điều 81 (1), nếu chúng đáp ứng những điều kiện sau [Khoản 3, Điều 81 của Hiệp ước Rome]:

(1) Góp phần cải thiện sản xuất, phân phối hàng hóa hoặc khuyến khích phát triển tiến bộ kỹ thuật, kinh tế;

(2) Cho phép người tiêu dùng hưởng lợi tương ứng;

(3) Không ấn định cho những thương nhân liên quan những hạn chế (về cạnh tranh) mà không buộc phải đi kèm những mục tiêu này; và

(4) Không tạo cho những thương nhân đó khả năng hủy bỏ cạnh tranh trên phần thị trường chủ yếu của những sản phẩm liên quan.

- *Nội dung quy định về các hành vi thỏa thuận HCCT của EU*

Điều 101 TFEU có thể được áp dụng cho các thỏa thuận, nghị quyết hoặc thực tiễn phối hợp giữa các doanh nghiệp nằm ngoài khu vực EU nhưng có ảnh hưởng lên sự cạnh tranh nội khối.

Khoản 1 Điều 1 TFEU cũng quy định về một số hành vi cụ thể bị cấm bao gồm:

(i) thỏa thuận, nghị quyết, hoặc thực tiễn phối hợp mà trực tiếp hoặc gián tiếp ấn định giá mua hoặc giá bán, hoặc bất kỳ điều kiện giao thương nào khác (ấn định giá);

(ii) hạn chế hoặc kiểm soát việc sản xuất, thị trường, sự phát triển khoa học – kỹ thuật hoặc hoạt động đầu tư (ví dụ: hạn chế sản lượng hàng hóa bán ra hoặc dịch vụ được cung ứng);

(iii) hoặc thị phần hoặc nguồn cung;

(iv) áp dụng các điều kiện khác nhau đối với các giao dịch tương đương với các đối tác thương mại khác, do đó đặt họ vào thế bất lợi trong cạnh tranh;

(v) việc giao kết hợp đồng phải được các bên khác chấp nhận các nghĩa vụ bổ sung mà về bản chất hoặc theo mục đích thương mại, không có mối liên hệ nào với đối tượng của hợp đồng đó.

Cả hạn chế chiều ngang và hạn chế chiều dọc đều thuộc các trường hợp được quy định tại Khoản 1 Điều 101 TFEU. Đối với các thỏa thuận theo chiều ngang, điều kiện của các thỏa thuận về: nghiên cứu và phát triển (R&D), sản xuất, đồng thủ đắc, thương mại hóa và tiêu chuẩn hóa đều được hướng dẫn cụ thể.

Đối với các thỏa thuận theo chiều dọc, tương tự như vậy là các thỏa thuận về: thương hiệu cá biệt, độc quyền phân phối, phân bổ khách hàng, phân phối sàng lọc, nhượng quyền kinh doanh, độc quyền cung ứng, thanh toán trả trước để được quyền tiếp cận, quản trị ngành hàng, ràng buộc bán và ấn định giá bán lại/giá bán lẻ (Resale Price Maintenance/Retail Price Maintenance, RPM).

Khoản 2 Điều 101 TFEU quy định rằng các thỏa thuận bị cấm theo Khoản 1 sẽ đương nhiên bị vô hiệu và không có giá trị ràng buộc mà không cần phải có một tuyên bố của Ủy ban rằng các thỏa thuận này là vi phạm Điều 101 TFEU. Điều 101 TFEU cũng có giá trị ràng buộc đối với các tòa án quốc gia và các cơ quan cạnh tranh của các nước thành viên.

Trên thực tế, bất kỳ thỏa thuận nào mà ấn định giá, hạn chế sản lượng, thị phần, khách hàng hoặc nguồn cung ứng hoặc liên quan đến hành vi độc quyền khác như dàn xếp đấu thầu hầu như chắc chắn sẽ bị xem như là một thỏa thuận HCCT theo cách hiểu tại Khoản 1 Điều 101 TFEU. Quan điểm của Ủy ban Châu Âu cho rằng những hành vi HCCT như thế là rất nghiêm trọng và có thể bị xem là có tác động tiêu cực đến thị trường.

Về hạn chế theo chiều dọc, Điều 4 Quy chế số 330/2010 (ngoại lệ chung cho các thỏa thuận dọc) đưa ra một danh sách cấm những thỏa thuận mà ngoại lệ chung không được áp dụng (ví dụ: thỏa thuận có mục đích áp đặt mức giá bán lại cố định hoặc tối thiểu, hoặc cấm xuất khẩu).

Các thỏa thuận hợp tác theo chiều ngang giữa các đối thủ cạnh tranh (chẳng hạn như các thỏa thuận về trao đổi thông tin, quy chuẩn hóa và R&D) phải được đánh giá dựa trên khuôn khổ các Quy chế và Hướng dẫn năm 2010 của Ủy ban.

Không có vi phạm đặc thù ngành nào, tuy nhiên, có những quy tắc đặc biệt điều chỉnh việc áp dụng Điều 101 TFEU trong các lĩnh vực nông nghiệp và giao thông vận tải.

- *Phạm vi đối tượng áp dụng*

Điều 101 TFEU chỉ được áp dụng cho doanh nghiệp, không áp dụng cho các cá nhân là nhân viên của doanh nghiệp. "Doanh nghiệp" được định nghĩa khá rộng và có thể bao gồm bất kỳ pháp nhân hay thể nhân nào tham gia vào hoạt động kinh tế hoặc thương mại (cho dù có vì lợi nhuận hay không). Nội hàm của thuật ngữ này gồm cả các công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, hiệp hội thương mại, cá nhân hoạt động với tư cách là người giao dịch đơn lẻ, các tập đoàn nhà nước và các tổ chức phi lợi nhuận. Pháp luật nội địa của một số nước thành viên có thể áp dụng hình thức chế tài hình sự (ví dụ: xem chương về Liên hiệp Anh), phạt hành chính (ví dụ: xem chương về Hà Lan), hoặc các chế tài dành cho cá nhân khác (ví dụ: xem các lệnh truất quyền quản lý điều hành của Giám đốc trong chương về Liên hiệp Anh) nếu như cá nhân vi phạm quy định Điều 101 TFEU.

- *Cơ quan có thẩm quyền*

Các vấn đề về cartel có thể do Ủy ban châu Âu (Ủy ban) và/hoặc các cơ quan quản lý cạnh tranh của mỗi quốc gia tiến hành điều tra. Quy chế số 1/2003 chứa đựng các quy tắc về thực thi liên quan đến thủ tục thi hành án. Các quy định chính yếu liên quan đến vụ kiện cartel gồm có:

- Cơ quan thi hành án chủ yếu của EU là Ủy ban, với Tổng cục Cạnh tranh (Directorate-General (DG) Competition) là cơ quan chuyên môn chịu trách nhiệm cho hoạt động thi hành các quy tắc cạnh tranh.

- Trong trường hợp một cơ quan cạnh tranh quốc gia (National competition authority, NCA) của một nước nội khối EU áp dụng pháp luật cạnh tranh nội địa để điều tra một cartel, nếu cartel đó ảnh hưởng đến giao thương giữa các nước thành viên thì cơ quan đó cũng phải áp dụng Điều 101 TFEU;

- Giữa Ủy ban và những NCA của các nước thành viên có sự hợp tác chặt chẽ, gồm cả việc trao đổi thông tin mật với nhau, nằm trong khuôn khổ của Mạng lưới Cạnh tranh châu Âu (European Competition Network, ECN) được thiết lập giữa Ủy ban và các NCA;

- Ủy ban có thẩm quyền bao quát trong hoạt động thanh tra, bao gồm quyền lấy lời khai, khám xét cơ sở làm việc, niêm phong cơ sở hoặc hồ sơ doanh nghiệp, và yêu cầu được giải thích bằng lời nói ngay tại chỗ về các tài liệu hoặc tình tiết đặc biệt trong quá trình thanh tra;

- Ủy ban có thể áp đặt khoản phạt đáng kể lên các hành vi vi phạm quy tắc về thủ tục (ví dụ: không cung cấp thông tin); và

- Ủy ban có thẩm quyền áp đặt các biện pháp khắc phục về cấu trúc (ví dụ: buộc thoái vốn) và các khoản phạt cho hành vi vi phạm Điều 101 TFEU.

Ủy ban cũng thông qua việc thực thi Quy chế số 773/2004 hướng dẫn cụ thể về trình tự thủ tục được quy định trong Quy chế số 1/2003. Việc này đặt ra các quy tắc liên quan đến việc khởi xướng vụ kiện và tiến hành điều tra của Ủy ban, cũng như việc giải quyết các khiếu nại và chủ trì phiên điều trần cho các bên liên quan.

Thêm vào đó, Ủy ban đã công bố các chỉ dẫn hướng dẫn việc áp dụng Điều 101 TFEU. Các chỉ dẫn, cùng với những văn bản khác, được thông qua cho nội dung về hợp tác trong ECN, về vấn đề phối hợp giữa Ủy ban và các tòa án của các nước thành viên nội khối EU, về việc giải quyết các khiếu nại và về tính hiệu lực của khái niệm giao thương trong Điều 101 và Điều 102 TFEU.

Các tòa án quốc gia phải áp dụng Điều 101 và Điều 102 TFEU, bên cạnh các quy tắc về độc quyền trong pháp luật nội địa. Các cơ quan này không được thông qua các quyết định trái với quyết định của Ủy ban về cùng một nội dung vụ

việc. Ủy ban có thể truyền đạt các ý kiến và tuyên bố với tư cách là thân hữu của tòa án trong các vụ kiện trước các tòa án quốc gia mà phải áp dụng Điều 101 và Điều 102 TFEU.

1.2.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh tại EU

Khi một thỏa thuận không bị xác định là thỏa thuận HCCT theo một dạng hành vi nào đó, thì cần xem xét thỏa thuận đó có tác động hay có khả năng gây tác động HCCT hay không. Trong trường hợp đánh giá tác động HCCT trên một thị trường liên quan, cần phải đánh giá những tác động tiêu cực đến (i) giá cả, sản lượng; (ii) và/hoặc sự đổi mới hoặc sự đa dạng hoặc chất lượng của hàng hóa và dịch vụ với mức độ xác suất hợp lý, ảnh hưởng tới sự lựa chọn của người tiêu dùng và thương mại của EU.

- *Về ngưỡng thị phần*: Điều 101 (1) áp dụng cho cả thỏa thuận "chiều dọc" (thỏa thuận giữa các thành viên ở các cấp độ khác nhau của chuỗi cung ứng: nhà sản xuất và nhà phân phối; nhà phân phối và nhà bán lẻ) và thỏa thuận "chiều ngang" (thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh):

- Các thỏa thuận hạn chế theo chiều dọc sẽ có tác động đáng kể đến cạnh tranh khi thị phần của mỗi bên vượt quá 15%;

- Đối với các thỏa thuận ngang, ngưỡng là 10%;

- Trong trường hợp khó phân loại thỏa thuận là thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh hoặc thỏa thuận giữa những người không phải đối thủ cạnh tranh, ngưỡng 10% sẽ được áp dụng.

- Tuy nhiên, nếu thỏa thuận có những hạn chế "cốt lõi", nghĩa là các-ten (chẳng hạn như ấn định giá hoặc chia sẻ thị trường) thì tác động đến cạnh tranh luôn được coi là tác động đáng kể.

- Trong một thị trường liên quan, đối với tác động tích lũy của mạng lưới các thỏa thuận song song có tác động tương tự nhau trên thị trường, thị phần các ngưỡng quy định nêu trên sẽ được giảm xuống còn 5%. Các nhà cung cấp hoặc nhà phân phối riêng lẻ có thị phần không vượt quá 5%, nhìn chung không được coi là có đóng góp tác động đáng kể vào tác động tích lũy.

- Ủy ban cũng giữ quan điểm rằng các thỏa thuận không gây ra tác động HCCT một cách đáng kể nếu thị phần của các bên tham gia thỏa thuận không vượt quá các ngưỡng lần lượt là 10%, 15% và 5% trong hai năm liên tiếp.

- *Khái niệm "ảnh hưởng đến thương mại"*: là cơ sở tài phán xác định liệu các quy tắc cạnh tranh của Liên minh châu Âu (EU) có được áp dụng hay không.

Điều đặc biệt quan trọng, bắt buộc các tòa án quốc gia và các cơ quan cạnh tranh áp dụng các quy tắc cạnh tranh của EU cho tất cả các thỏa thuận và thông lệ có khả năng ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước EU: *"Điều 101 và 102 TFEU được áp dụng cho các thỏa thuận và thông lệ theo chiều ngang và dọc về một phần các cam kết có thể ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước thuộc Liên minh Châu Âu (EU")*.

Trong trường hợp của Điều 101 TFEU, nếu toàn bộ thỏa thuận có khả năng ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước EU thì luật pháp EU có quyền tài phán đối với toàn bộ thỏa thuận, bao gồm cả bất kỳ phần nào của thỏa thuận mà không ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước EU. Ví dụ, trong trường hợp quan hệ hợp đồng giữa các bên bao gồm một số hoạt động thì các hoạt động này, để tạo thành một phần của cùng một thỏa thuận, phải được liên kết trực tiếp và tạo thành một bộ phận hợp thành của cùng một thỏa thuận kinh doanh tổng thể. Nếu không, mỗi hoạt động được tính là tạo thành một thỏa thuận riêng biệt.

Việc phân tích khái niệm ảnh hưởng đến thương mại đòi hỏi phải giải quyết ba khía cạnh cụ thể:

• *khái niệm "thương mại giữa các nước EU"*: không chỉ giới hạn trong trao đổi truyền thống hàng hóa và dịch vụ qua biên giới, mà còn bao hàm tất cả các hoạt động kinh tế xuyên biên giới bao gồm cả việc thành lập. Cách giải thích này phù hợp với mục tiêu cơ bản của Hiệp ước là thúc đẩy sự di chuyển tự do của hàng hóa, dịch vụ, con người và vốn. Yêu cầu rằng phải có tác động đến thương mại "giữa các nước EU" có ý nghĩa rằng phải có tác động đến hoạt động kinh tế xuyên biên giới liên quan đến ít nhất hai nước EU;

• *khái niệm "có thể ảnh hưởng"*: là xác định bản chất của tác động bắt buộc đối với thương mại giữa các nước EU:

(i) mức độ sắc xuất trên cơ sở tập hợp các yếu tố khách quan của quy luật hoặc thực tế xảy ra của thỏa thuận:

Việc đánh giá ảnh hưởng đối với thương mại dựa trên các yếu tố khách quan và không bắt buộc phải có ý định chủ quan đối với các thỏa thuận liên quan. Tuy nhiên, nếu có bằng chứng cho thấy các cam kết có ý định ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước thành viên, ví dụ như tìm cách cản trở xuất nhập khẩu giữa các nước thành viên khác, thì đây là một yếu tố liên quan cần được tính đến.

Các từ "có thể ảnh hưởng" và việc Tòa án Công lý tham chiếu đến khái niệm "một mức độ xác suất" có ý nghĩa rằng, để quyền tài phán theo luật của Cộng đồng chung Châu Âu được thiết lập, không bắt buộc thỏa thuận hoặc thông lệ phải

thực sự đã có ảnh hưởng đến thương mại giữa các Quốc gia Thành viên mà chỉ cần "có khả năng" ảnh hưởng là đủ.

Không nhất thiết phải tính toán khối lượng giao dịch thương mại thực tế giữa các nước thành viên bị ảnh hưởng bởi thỏa thuận hoặc thông lệ, ví dụ trong trường hợp các thỏa thuận cấm xuất khẩu sang các nước thành viên khác, không cần phải ước tính mức độ hoặc khối lượng giao dịch thương mại song phương giữa các quốc gia đó sẽ như thế nào khi không có thỏa thuận.

Việc đánh giá dưới tác động của tiêu chí thương mại phụ thuộc vào một số yếu tố mà khi phân tách riêng lẻ có thể không mang tính quyết định. Các yếu tố liên quan bao gồm bản chất của thỏa thuận và thông lệ, bản chất của các sản phẩm được điều chỉnh bởi thỏa thuận hoặc thông lệ cũng như vị trí và tầm quan trọng của các cam kết liên quan.

Bản chất của các sản phẩm được điều chỉnh bởi các thỏa thuận hoặc thông lệ cũng cung cấp dấu hiệu về việc thương mại giữa các Quốc gia Thành viên có khả năng bị ảnh hưởng hay không. Vị thế thị trường của các cam kết liên quan và khối lượng bán hàng cũng là biểu hiện từ quan điểm định lượng về khả năng ảnh hưởng của thỏa thuận đến thương mại giữa các Quốc gia Thành viên. Khía cạnh này, là một phần không thể thiếu của việc đánh giá khả năng tác động, được đề cập dưới đây.

Ngoài các yếu tố được nêu trên, cần phải tính đến môi trường pháp lý và hoàn cảnh thực tiễn mà thỏa thuận hoặc thông lệ hoạt động. Bối cảnh kinh tế và pháp lý liên quan sẽ cung cấp cái nhìn sâu sắc về khả năng ảnh hưởng đến thương mại giữa các quốc gia thành viên. Nếu có các rào cản tuyệt đối, đối với thương mại xuyên biên giới giữa các quốc gia thành viên, không nằm ngoài thỏa thuận, thì thương mại chỉ có khả năng bị ảnh hưởng nếu những rào cản đó có khả năng mất đi trong tương lai gần. Trong trường hợp các rào cản không phải là tuyệt đối mà chỉ làm cho các hoạt động xuyên biên giới trở nên khó khăn hơn, điều quan trọng nhất là đảm bảo rằng các thỏa thuận và thông lệ không cản trở thêm các hoạt động đó. Các thỏa thuận và thông lệ như vậy được đánh giá là có khả năng ảnh hưởng đến thương mại giữa các quốc gia thành viên.

(ii) nhận thấy có thể có ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp, thực tế hoặc tiềm năng:

Ảnh hưởng trực tiếp đến thương mại giữa các Quốc gia Thành viên thường xảy ra liên quan đến các sản phẩm được điều chỉnh bởi một thỏa thuận hoặc thông lệ. Ví dụ, khi các nhà sản xuất cùng một loại sản phẩm cụ thể ở các Quốc gia Thành viên khác nhau đồng ý chia sẻ thị trường, thì các tác động trực tiếp được tạo ra đối với thương mại giữa các Quốc gia Thành viên trên cùng một thị trường

các sản phẩm được đề cập. Một ví dụ khác về tác động trực tiếp được tạo ra là khi một nhà cung cấp giới hạn việc nhà phân phối hoàn lại tiền cho các sản phẩm được bán trong Quốc gia Thành viên nơi các nhà phân phối được thành lập. Những thỏa thuận như vậy làm tăng giá tương đối của các sản phẩm dành cho xuất khẩu, làm cho việc bán hàng xuất khẩu trở nên kém hấp dẫn và kém cạnh tranh hơn.

Các tác động gián tiếp thường xảy ra đối với các sản phẩm có liên quan đến những điều được đề cập trong một thỏa thuận hoặc thông lệ. Ví dụ, các tác động gián tiếp có thể xảy ra khi một thỏa thuận hoặc thông lệ có tác động đến các hoạt động kinh tế xuyên biên giới sử dụng hoặc dựa vào các sản phẩm được đề cập trong thỏa thuận đó. Ví dụ, những tác động như vậy có thể phát sinh khi thỏa thuận hoặc thông lệ liên quan đến sản phẩm trung gian, sản phẩm không được mua bán nhưng được sử dụng để cung cấp sản phẩm cuối cùng được giao dịch. Ví dụ liên quan đến vụ việc ấn định giá rượu mạnh được sử dụng trong sản xuất rượu cognac, trong khi nguyên liệu thô không được xuất khẩu, sản phẩm cuối cùng, ở đây là rượu cognac, đã được xuất khẩu. Trong những trường hợp như vậy, luật cạnh tranh của EU có thể được áp dụng nếu việc buôn bán sản phẩm cuối cùng có thể bị ảnh hưởng đáng kể. Các ảnh hưởng gián tiếp đến thương mại giữa các Quốc gia Thành viên cũng có thể xảy ra liên quan đến các sản phẩm được điều chỉnh bởi thỏa thuận hoặc thông lệ. Ví dụ: các thỏa thuận theo đó nhà sản xuất giới hạn bảo hành đối với các sản phẩm được bán bởi các nhà phân phối trong Quốc gia thành viên dẫn đến không khuyến khích người tiêu dùng từ Quốc gia thành viên khác mua sản phẩm vì họ sẽ không thể yêu cầu bảo hành. Việc xuất khẩu của các nhà phân phối chính thức sẽ gặp nhiều khó khăn hơn vì trong mắt người tiêu dùng, sản phẩm kém hấp dẫn hơn nếu không có chế độ bảo hành của nhà sản xuất.

Ảnh hưởng thực tế đối với thương mại giữa các Quốc gia thành viên là những ảnh hưởng do thỏa thuận hoặc thông lệ tạo ra sau khi hiệp định được thực hiện. Một thỏa thuận giữa nhà cung cấp và nhà phân phối trong cùng một Quốc gia thành viên, chẳng hạn như thỏa thuận cấm xuất khẩu sang các Quốc gia thành viên khác, có khả năng tạo ra những ảnh hưởng thực tế đến thương mại giữa các Quốc gia thành viên. Nếu không có thỏa thuận, nhà phân phối sẽ được tự do tham gia bán hàng xuất khẩu. Tuy nhiên, cần nhắc lại rằng không bắt buộc phải chứng minh các tác động thực tế.

Tác động tiềm tàng là những ảnh hưởng có thể xảy ra trong tương lai với mức độ xác suất đủ lớn. Nói cách khác, phải tính đến các diễn biến thị trường có thể mô phỏng trước được ngay cả khi thương mại không có khả năng bị ảnh hưởng vào thời điểm thỏa thuận được ký kết hoặc thông lệ được thực hiện. Điều 101 TFEU

vẫn được áp dụng nếu các yếu tố dẫn đến kết luận thị trường có khả năng thay đổi trong tương lai gần.

Việc đưa các tác động gián tiếp hoặc tiềm ẩn vào phân tích tác động lên thương mại giữa các Quốc gia Thành viên không có nghĩa là việc phân tích đó dựa trên các tác động giả định. Khả năng một thỏa thuận cụ thể tạo ra các tác động gián tiếp hoặc tiềm ẩn phải được giải thích còn nếu chỉ là giả thuyết hoặc suy đoán thì sẽ không đủ điều kiện để thiết lập quyền tài phán theo luật của Cộng đồng chung Châu Âu.

(iii) ảnh hưởng đối với mô hình thương mại giữa các nước EU:

Thuật ngữ "mô hình thương mại" là trung lập. Đó không phải là một điều kiện để hạn chế hoặc cản trở thương mại. Các mô hình thương mại cũng có thể bị ảnh hưởng khi một thỏa thuận hoặc thông lệ gây ra sự gia tăng thương mại. Cụ thể, thương mại giữa các Quốc gia thành viên có khả năng phát triển khác đi khi có thỏa thuận so với khi không có thỏa thuận. Cách giải thích này phản ánh thực tế là ảnh hưởng đến tiêu chí thương mại là một quyền tài phán, dùng để phân biệt các thỏa thuận có khả năng gây ảnh hưởng xuyên biên giới, để đảm bảo việc kiểm tra theo các quy tắc cạnh tranh.

Trong trường hợp thỏa thuận hoặc thông lệ có thể ảnh hưởng đến cấu trúc cạnh tranh bên trong EU, quyền tài phán theo luật của EU sẽ được thiết lập;

• *khái niệm "đáng kể":* ảnh hưởng đến tiêu chí thương mại kết hợp một yếu tố định lượng, có khả năng có tác động ở một mức độ nhất định. Tác động đáng kể có thể được đánh giá cụ thể bằng cách tham khảo vị trí và tầm quan trọng của các thỏa thuận liên quan trên thị trường đối với các sản phẩm liên quan. Việc đánh giá mức độ đáng kể phụ thuộc vào hoàn cảnh của từng trường hợp cụ thể, như là bản chất của thỏa thuận và thông lệ, bản chất của sản phẩm và vị trí thị trường của các thỏa thuận liên quan. Trong thông báo của mình về các thỏa thuận có tầm quan không đáng kể, Ủy ban Cạnh tranh Châu Âu (EC) nói rằng các thỏa thuận giữa các doanh nghiệp vừa và nhỏ hiếm khi ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước EU ở một mức độ đáng kể. Ủy ban cho rằng về nguyên tắc các thỏa thuận không có khả năng ảnh hưởng đáng kể đến thương mại giữa các nước EU khi các điều kiện tích lũy sau được đáp ứng: ngưỡng thị phần tổng hợp của các bên trên bất kỳ thị trường liên quan nào trong EU không vượt quá 5% và ngưỡng tổng doanh thu của các bên tham gia (hoặc của nhà cung cấp đối với các thỏa thuận theo chiều dọc, hoặc của cả chủ thể cấp phép và chủ thể được cấp phép đối với các thỏa thuận cấp phép, hoặc của những chủ thể mua kết hợp đối với những thỏa thuận ký kết mua chung, …) không vượt quá 40 triệu euros.

Ủy ban sẽ áp dụng giả định tương tự khi trong hai năm dương lịch liên tiếp, ngưỡng doanh thu trên không được vượt quá 10% và ngưỡng thị trường trên không vượt quá 2 điểm phần trăm. Trong trường hợp thỏa thuận liên quan đến một thị trường mới nổi và do đó các bên không tạo ra doanh thu liên quan hoặc bất kỳ thị phần liên quan nào, Ủy ban sẽ không áp dụng giả định này mà sẽ đánh giá trên cơ sở vị thế của các bên trên thị trường sản phẩm liên quan hoặc sức mạnh của họ về công nghệ liên quan đến thỏa thuận.

1.2.3. Vụ việc điển hình

Thỏa thuận ấn định giá theo luật cạnh tranh Anh:

Từ 1/5/2004 không chỉ Ủy ban cạnh tranh Châu Âu mà cả Cơ quan thương mại công bằng (Office of Fair Trading - OFT) Anh có thẩm quyền áp dụng và thực thi Điều 81 và 82, Hiệp ước Châu Âu (EC Treaty), nay là Điều 101 và 102 trong Hiệp ước sửa đổi, trong khuôn khổ Vương quốc Anh. Ngoài ra, OFT còn có thẩm quyền áp dụng và thực thi Đạo luật cạnh tranh Anh 1998. Cùng với đó, trong một số ngành đặc biệt có quy định, thì các điều khoản về cạnh tranh tương tự cũng được áp dụng và thực thi đồng thời với OFT, bởi các cơ quan chức năng chuyên ngành trong các lĩnh vực viễn thông, ga, điện, cấp nước và thoát nước, dịch vụ giao thông hàng không và hỏa xa.

Trong các vụ việc, thị phần là một trong những căn cứ để OFT đánh giá tác động HCCT của hành vi. Mặc dù vậy, đối với hành vi thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh nhằm trực tiếp hay gián tiếp ấn định giá thì không cần xem xét. Cơ quan này nhận định một thỏa thuận mà mục tiêu là trực tiếp hay gián tiếp ấn định mức giá của hàng hóa hay dịch vụ thì bản chất tự thân của nó là đã có tính HCCT trong một chừng mực nào đó.

Khi điều tra, OFT chỉ có nghĩa vụ xác định thị trường liên quan duy nhất trong trường hợp nếu không xác định thị trường thì không thể xác định được một thỏa thuận có thực sự ảnh hưởng tới nền thương mại của Anh và có mục tiêu hay có tác động làm ngăn cản, hạn chế hay làm sai lệch cạnh tranh. Tuy vậy, xác định thị trường liên quan là bước đầu tiên trong quá trình xác định mức xử lý.

Hộp 1: Vụ việc ấn định giá đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động

Đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động (automatic slack adjuster) hay còn gọi là bộ điều chỉnh phanh tự động là một thiết bị an toàn tự động được lắp trong hệ thống phanh khí nén của các loại xe cơ giới lớn rơ móoc, xe tải hay xe buýt.

Sau khi điều tra, OFT kết luận các công ty gồm John Bruce Limited (JB), Fleet Parts Limited (FP) và Truck and Trailer Components (TTC) - một chi nhánh của tập đoàn Unipart (Unipart Group of Companies) đã thỏa thuận ấn định trực tiếp giá bán đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động (dành cho xe rơ móoc, xe tải và xe buýt) được sản xuất bởi Madras Engineering Industries, Ấn Độ (MEI). Và thỏa thuận này có mục đích là cản trở, hạn chế hay sai lệch cạnh tranh về giá trên thị trường đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động.

- JB thành lập năm 1998, nhập khẩu và phân phối đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động do MEI sản xuất tại thị trường Anh.

- FP là nhà phân phối các linh kiện ô tô, trong đó có phân phối đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động do MEI sản xuất.

- TTC là nhà phân phối thương mại đối với các phần linh kiện rời của các loại phương tiện. Nó là một chi nhánh của tập đoàn Unipart.

Xem xét và đánh giá chứng cứ chứng minh hành vi thỏa thuận: Mặc dù không có văn bản thỏa thuận được ký kết nhưng trong quá trình điều tra OFT đã thu được nhiều thư tín và email trao đổi giữa các bên trong thỏa thuận về giá bán của các sản phẩm đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động. OFT đã trích các nội dung trao đổi liên quan đến giá bán sản phẩm trong các thư tín và email trao đổi đó để chứng minh hành vi thỏa thuận.

Trong phần chứng minh về hành vi thỏa thuận giữa các bên nêu tại Quyết định số CA98/12/2002 của Giám đốc Cơ quan thương mại công bằng Anh ngày 13/5/2002 đối với vụ việc CP/0717/01 về thỏa thuận ấn định giá giữa các bên JB, FP và TTC có nêu những nội dung các trao đổi liên quan đến giá. Ví dụ:

- Trong bức thư ngày 7/3/2000 được ghi chú "cá nhân và bí mật" do Colin Rothwell – giám đốc điều hành của FP gửi cho John Bruce – giám đốc điều hành của JB có ghi "tôi đã tham khảo và đã fax lại cho anh bản thảo ghi nhớ mà tôi đã dự định gửi cho các nhân viên kinh doanh của tôi. Anh đã xem lại những chi tiết ghi nhớ như thỏa thuận và nói anh đã tham khảo nhân viên kinh doanh. Cái này giờ đã được gửi đi".

- Trong bản ghi nhớ "cá nhân và bí mật" đề ngày 2/3/2000 do Rothwell đưa ra và gửi cho nhân viên kinh doanh của mình và được đề cập trong lá thư trên có ghi "gửi tới tất cả đại diện bán hàng và nhân viên bán hàng trực tiếp. Như các bạn đã biết, chúng ta được chỉ định hợp tác với JB để phân phối các sản phẩm đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động MEI. Sản phẩm đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động đã được định giá rất cạnh tranh và FP và JB đã đồng ý đưa ra một chính sách giá chung cho các khách hàng. Mức giá bán như dưới

đây: (i) sản phẩm đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động MEI dành cho xe rơ móoc có giá là…(ii) sản phẩm đòn điều chỉnh khí nén tự động MEI dành cho xe tải là…(iii) sản phẩm đòn điều chỉnh khí nén tự động MEI dành cho xe buýt là…Không chi phí nào được tính thêm.

Về xác định thị trường liên quan: Như đã đề cập, OFT chỉ có nghĩa vụ xác định thị trường liên quan duy nhất trong trường hợp nếu không xác định thì không thể xác định được một thỏa thuận có thực sự ảnh hưởng tới nền thương mại của Anh và có mục tiêu hay có tác động làm ngăn cản, hạn chế hay làm sai lệch cạnh tranh. Tuy vậy, xác định thị trường liên quan là bước đầu tiên trong quá trình xác định mức phạt. Trong vụ việc này OFT cũng đã xác định thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan.

Thị trường sản phẩm liên quan, được OFT xác định, bao gồm tất cả các sản phẩm và/hoặc dịch vụ mà được người tiêu dùng coi là có thể hoán đổi hay thay thế cho nhau, căn cứ trên cơ sở các đặc điểm của những sản phẩm đó, giá cả của chúng và mục đích sử dụng của chúng. Từ đó, để xác định thị trường sản phẩm liên quan trong vụ việc này, OFT đưa ra một số đánh giá:

- Trên thị trường Anh, đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động hiệu MEI phải cạnh tranh với vài nhãn hiệu khác như ATM, Blatec, BPW, Ecksil, Fermi, Haldex, Knorr-Bremse, Martec, Meritor, Sabex, SBT và Truck Technik.

- Mặc dù sản phẩm của các hãng có chức năng giống nhau, nhưng trên thực tế chúng không hoàn toàn thay thế cho nhau. Có những loại sản phẩm có thể dùng cho nhiều loại phương tiện khác nhau nhưng có loại sản phẩm lại chỉ được dùng cho một lượng hạn chế phương tiện. Vì vậy, khả năng hoàn toàn thay thế hay hoán đổi chỉ ở những loại phương tiện phổ thông.

- Cũng có rất nhiều loại sản phẩm đòn điều chỉnh phanh thủ công. Về khía cạnh kỹ thuật thì đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động và đòn điều chỉnh phanh thủ công có thể thay thế cho nhau. Tuy vậy, đòn điều chỉnh phanh thủ công không tiện lợi cho dù giá rẻ hơn rất nhiều so với đòn điều chỉnh phanh tự động. Vì vậy, đòn điều chỉnh phanh thủ công dường như không được coi như có thể thay thế hoàn toàn cho đòn điều chỉnh phanh tự động nên thị trường sản phẩm liên quan không bao gồm sản phẩm đòn điều chỉnh phanh thủ công.

- Thỏa thuận giữa các bên không có sự phân biệt giữa các dạng sản phẩm khác nhau của MEI với các kiểu phương tiện khác nhau.

Từ các nhận xét và đánh giá nêu trên, OFT xác định thị trường sản phẩm liên quan trong vụ việc này là thị trường đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động.

Thị trường địa lý liên quan, OFT xác định, là khu vực địa lý mà tại đó các doanh nghiệp liên quan tham gia vào quá trình cung ứng hoặc cầu về sản phẩm hay dịch vụ trong điều kiện về cạnh tranh tương tự và có thể phân biệt được với các khu vực địa lý lân cận trên cơ sở điều kiện cạnh tranh tương đối khác biệt giữa các vùng này. Từ đó, để xác định thị trường địa lý liên quan trong vụ việc này, OFT đưa ra một số đánh giá:

- Thỏa thuận giữa FP và JB nhắm đến sự phân phối sản phẩm đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động tại thị trường Anh.
- Cạnh tranh giữa các nhà phân phối sản phẩm trên phạm vi cả nước.

Với các luận điểm trên, trước hết OFT kết luận thị trường địa lý liên quan ít nhất là trên phạm vi toàn lãnh thổ nước Anh. Bên cạnh đó, đối với những khách hàng ngoài lãnh thổ nước Anh, đặc biệt là những khách hàng tại Ireland, có thể được cung cấp sản phẩm đòn điều chỉnh phanh khí nén tự động bởi các bên trong vụ việc và bởi các nhà cung cấp khác trong lãnh thổ nước Anh. Vì vậy, thị trường địa lý liên quan bên cạnh toàn thị trường Anh còn có thể bao gồm cả thị trường Ireland. Mặc dù vậy, vấn đề này không có ảnh hưởng tới việc OFT đánh giá không cần thiết phải đưa ra một kết luận cuối cùng về thị trường địa lý liên quan.

Về tác động HCCT: Dựa trên quan điểm của Tòa cạnh tranh Châu Âu cho rằng "không cần phải xem xét cặn kẽ hay cụ thể những ảnh hưởng tác động của một thỏa thuận một khi bản thân nó có mục tiêu là ngăn cản, hạn chế hay làm sai lệch cạnh tranh trên thị trường". Tức là nếu với bản chất tự nhiên của thỏa thuận là có mục đích ngăn cản, hạn chế hay làm sai lệch cạnh tranh thì nó đã thỏa mãn yêu cầu của hành vi vi phạm. Từ đó, OFT coi hành vi thỏa thuận trong vụ việc này có bản chất tự nhiên là có mục đích ngăn cản, hạn chế hay làm sai lệch cạnh tranh trên thị trường.

Với những phân tích và lập luận trên đây, OFT đi đến kết luận các bên tham gia thỏa thuận đã vi phạm điều khoản cấm của Luật cạnh tranh nên phải chịu hình thức xử lý phạt tiền.

1.3. Kinh nghiệm của Nhật Bản

1.3.1. Quy định kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo pháp luật cạnh tranh của Nhật Bản

Điều 1 Luật Chống độc quyền Nhật Bản đã nêu rõ mục đích của Luật một cách cụ thể: "Luật này có mục đích cấm độc quyền tư nhân, hạn chế thương mại bất hợp lý cũng như tất cả các hạn chế không bình đẳng khác đối với các hoạt

động kinh doanh thông qua thông đồng, thỏa thuận…nhằm mục đích thúc đẩy cạnh tranh lành mạnh và bình đẳng, khuyến khích sự sáng tạo và các hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp, nâng cao việc làm và thu nhập thực tế của nhân dân, từ đó thúc đẩy sự phát triển dân chủ và toàn diện của nền kinh tế quốc dân cũng như đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng nói chung".

Các điều khoản cấm đối với các hành vi thỏa thuận HCCT được quy định tại Điều 6 Luật Chống độc quyền Nhật Bản, theo đó: "Không doanh nghiệp nào được tham gia vào những thỏa thuận hay hợp đồng quốc tế với những nội dung tạo ra hạn chế thương mại bất hợp lý hay các hành vi thương mại không lành mạnh".

Hành vi hạn chế thương mại bất hợp lý theo Luật Chống độc quyền Nhật Bản được định nghĩa là các hoạt động kinh doanh với các chủ thể kinh doanh khác, thông qua đó bất kỳ chủ thể kinh doanh nào bằng cách hợp đồng, thỏa thuận hay bất kỳ các hoạt động thông đồng khác, không phụ thuộc tên gọi, cùng phối hợp hoạt động để chi phối giá cả, hạn chế sản lượng, công nghệ áp dụng, phát triển sản phẩm; phân chia thị trường, khách hàng (nguồn cung ứng); thông đồng trong bỏ thầu; tẩy chay đối tượng khác, do đó gây ra hạn chế đáng kể đối với cạnh tranh trong bất kỳ lĩnh vực thương mại nào có hại cho lợi ích chung. Việc đánh giá thế nào là "bất hợp lý" không được Luật Chống độc quyền giải thích rõ mà sẽ được Ủy ban Thương mại lành mạnh Nhật Bản đánh giá tùy theo từng vụ việc.

Ngoài ra, Luật Chống độc quyền còn quy định điều khoản "trách nhiệm tuyệt đối" đối với các doanh nghiệp thực hiện hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm như quy định tại Điều 6 Luật này. Cụ thể, Điều 25, Luật Chống độc quyền quy định:

"1. Bất cứ doanh nghiệp nào thực hiện hành vi vi phạm Điều 3, 6 hoặc 19 (những doanh nghiệp có hành vi vi phạm Điều 6 chỉ giới hạn trong số những doanh nghiệp đã gây ra hạn chế thương mại một cách bất hợp lý hoặc đã áp dụng các biện pháp thương mại không lành mạnh trong các thỏa thuận hoặc hợp đồng quốc tế liên quan)… sẽ phải có trách nhiệm đền bù cho người bị thiệt hại.

2. Không doanh nghiệp hoặc hiệp hội nào có thể được miễn trừ khỏi trách nhiệm quy định tại khoản trên bằng cách chứng minh sự không cố ý hoặc do sao lãng của mình".

a) Thoả thuận HCCT theo chiều ngang (cartel) của Nhật Bản

Điều 3 Luật Chống độc quyền Nhật Bản quy định "thỏa thuận hoặc cam kết giữa các đối thủ cạnh tranh nhằm loại bỏ hoặc HCCT giữa các bên gây HCCT đáng

kể trong một lĩnh vực thương mại cụ thể bị cấm như một *hành vi hạn chế thương mại bất hợp lý*".

Mặc dù Luật Chống độc quyền không giới hạn cụ thể phạm vi hành vi vi phạm Luật Chống độc quyền như một hạn chế thương mại bất hợp lý giữa các đối thủ cạnh tranh, Tòa án Tối cao Tokyo đã ban hành quyết định ngày 9 tháng 3 năm 1953, theo đó chỉ có những thoả thuận HCCT giữa các đối thủ cạnh tranh mới gây ra hạn chế thương mại bất hợp lý. Việc hạn chế thương mại bất hợp lý của một hiệp hội thương mại cũng bị cấm theo Điều 8, đoạn 1, nội dung 1 của Luật Chống độc quyền.

Trong đó, một số hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các đối thủ cạnh tranh điển hình bao gồm:

- thoả thuận ấn định giá;
- thỏa thuận giới hạn sản xuất;
- thoả thuận phân chia thị trường, khách hàng;
- thông đồng đấu thầu.

Các thoả thuận HCCT theo chiều ngang nêu trên được JFTC coi là các hành vi vi phạm mặc nhiên và cơ quan này không chấp nhận các lập luận hoặc biện hộ của các doanh nghiệp bị đơn.

Tuy nhiên, một số hoạt động liên doanh, hợp tác hoặc liên minh giữa các đối thủ cạnh tranh có tác động thúc đẩy cạnh tranh cũng được đề cập tại phần cuối Điều 3 Luật Chống độc quyền Nhật Bản. Các hành vi này được xem xét theo nguyên tắc hợp lý và chỉ bị cấm khi gây HCCT một cách đáng kể trên thị trường.

b) Thoả thuận HCCT theo chiều dọc (vertical restraints) của Nhật Bản

Theo quy định tại khoản 9 Điều 2 Luật Chống độc quyền Nhật Bản, sau đó được quy định chi tiết trong Hướng dẫn xác định *"hành vi thương mại không công bằng",* có 16 loại hành vi thoả thuận HCCT theo chiều dọc, trong đó bao gồm các hình thức chủ yếu sau đây:

- *Bán kèm* (Tie-in sales): là việc yêu cầu một bên khác mua hàng hoá, dịch vụ do mình cung cấp hoặc từ một bên khác do mình chỉ định mà không có lý do chính đáng bằng cách gắn việc mua với việc phải cung cấp hàng hoá, dịch vụ khác hoặc buộc phải giao dịch với mình hoặc với bên khác do mình chỉ định.

- *Giao dịch với điều kiện độc quyền* (trading on exclusive terms): Giao dịch bất hợp lý với bên khác với điều kiện bên đó không được giao dịch với đối thủ cạnh tranh của mình, do đó làm giảm cơ hội kinh doanh của đối thủ cạnh tranh đó.

- *Giới hạn giá bán lại* (resale price restriction): áp đặt điều kiện giao dịch khi cung cấp hàng hoá cho bên khác mà không có lý do chính đáng bằng cách buộc bên đó hoặc người bán lại tiếp theo phải duy trì giá bán hàng hoá đã được xác định trước hoặc bằng cách hạn chế quyền tự do định giá bá hàng hoá của bên đó.

- *Giao dịch với điều kiện hạn chế* (trading on restrictive terms): giao dịch với bên khác với điều kiện hạn chế bất hợp lý giao dịch giữa bên đó với bên giao dịch khác hoặc hạn chế các hoạt động kinh doanh khác của bên đó.

- *Can thiệp vào giao dịch của đối thủ cạnh tranh* (interference with a competitor's transaction): can thiệp bất hợp lý vào giao dịch giữa một bên có mối quan hệ cạnh tranh trong nước với mình hoặc với bên mà mình là chủ sở hữu hoặc điều hành với một bên giao dịch khác bằng cách ngăn cản việc thực hiện hợp đồng, gây ra việc vi phạm hợp đồng hoặc bằng bất kỳ cách nào khác.

- *Lạm dụng lợi thế đàm phán cao hơn* (abuse of superior bargaining position): lạm dụng lợi thế đàm phán cao hơn so với bên khác bằng cách thực hiện các hành vi như khiến cho bên đó liên tục mua hàng hoá, dịch vụ không liên quan đến hàng hoá, dịch vụ là đối tượng của giao dịch nói trên hoặc khiến cho bên đó liên tục cung cấp tiền, dịch vụ hoặc lợi ích kinh tế khác; áp đặt cho bên đó những bất lợi trong điều kiện giao dịch hoặc thực hiện giao dịch…

Tại Nhật Bản, phân tích *"tác động HCCT một cách đáng kể"* thường được áp dụng đối với độc quyền tư nhân và *"tác động cản trở cạnh tranh lành mạnh"* thường được áp dụng đối với hành vi thương mại không lành mạnh. Theo các tiền lệ của Toà án, tiêu chí để đánh giá "tác động HCCT một cách đáng kể" thường khắt khe hơn so với "tác động cản trở cạnh tranh lành mạnh". Tuy nhiên, một số phân tích học thuật gần đây đã chỉ ra rằng hai loại tác động này nên được hợp nhất thành một tiêu chuẩn duy nhất là tác động HCCT đáng kể và thích đáng. Trên thực tế, các vụ việc thoả thuận HCCT theo chiều dọc chủ yếu được giải quyết thông qua thực thi các quy định về hành vi thương mại không lành mạnh.

Khung phân tích đối với *tác động cản trở cạnh tranh lành mạnh* phụ thuộc vào loại hành vi thoả thuận HCCT theo chiều dọc. Liên quan đến vấn đề này, Hướng dẫn đã chỉ ra rằng, đối với hành vi hạn chế giao dịch của nhà phân phối đối với các sản phẩm cạnh tranh, cần đánh giá liệu có tác động hạn chế gây khó khăn cho các đối thủ cạnh tranh hoặc những doanh nghiệp mới gia nhập thị trường trong việc đảm bảo các kênh phân phối thay thế hay không, trong khi đối với thoả thuận hạn chế khu vực địa lý bán hàng hoặc khách hàng của nhà phân phối, thì cần đánh giá liệu mức giá của sản phẩm liên quan có được duy trì hay không. Hướng dẫn DSBP đề cập đến các trường hợp mà thoả thuận dọc có thể tạo ra các

điều kiện để HCCT giữa các nhà phân phối, do đó, cho phép một nhà phân phối tự do kiểm soát giá cả theo ý của mình, dẫn đến duy trì hoặc tăng giá sản phẩm. Đặc biệt, đối với nhóm hành vi này, cần phải chứng minh sự hạn chế giá bán lại.

Ngoài ra, phân tích liệu hành vi được xem xét có làm suy giảm các giao dịch trên cơ sở sự tự do và độc lập trong việc định đoạt của các doanh nghiệp hay không cũng được áp dụng đối với trường hợp lạm dụng vị thế thương lượng/đàm phán cao hơn.

1.3.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể trong các vụ việc thoả thuận HCCT tại Nhật Bản

Về khái niệm, tác động HCCT đáng kể trong bất kỳ lĩnh vực thương mại cụ thể nào, được quy định tại Khoản 5 Điều 2 của Đạo luật Chống độc quyền Nhật Bản, Tòa án cho rằng điều này được hiểu là sự thiết lập, duy trì hoặc củng cố trạng thái mà một tổ chức, cá nhân nhất định hoặc một nhóm doanh nghiệp nhất định có thể kiểm soát thị trường theo ý muốn, ở một mức độ nào đó, dẫn tới ảnh hưởng đến giá cả, chất lượng, số lượng và các điều kiện khác sau khi sự cạnh tranh đã suy giảm (theo Bản án của Tòa án Cấp cao Tokyo ngày 29 tháng 5 năm 2009), thậm chí ngay cả trong trường hợp giá cả không tăng trên thực tế. JFTC sẽ không dựa trên một tiêu chí cụ thể nhất định mà xem xét một cách toàn diện các yếu tố sau đây trên cơ sở từng trường hợp để đánh giá xem liệu tác động HCCT đáng kể hay không.

a) Vị trí của doanh nghiệp bị cáo buộc và điều kiện của các đối thủ cạnh tranh

- *Thị phần:* Trường hợp nhà cung cấp bị cáo buộc có thị phần lớn hơn và xếp hạng của họ cao hơn, thì đối thủ cạnh tranh của họ sẽ khó khăn hơn trong việc cung cấp đủ sản phẩm thay thế khi nhà cung cấp tăng giá sản phẩm được giao dịch. Do đó, trong trường hợp nhà cung cấp có thứ hạng cao nhất với thị phần lớn hoặc trường hợp khoảng cách giữa thị phần của nhà cung cấp và đối thủ cạnh tranh rộng, thì có nhiều khả năng kết luận rằng có tác động HCCT đáng kể vì khả năng khống chế việc tăng giá của đối thủ cạnh tranh được coi là yếu hơn. Đặc biệt, nếu những trường hợp này vẫn tiếp diễn trong quá khứ và không dễ thay đổi trong tương lai, thì nó sẽ có nhiều khả năng gây ra tác động HCCT đáng kể.

- *Điều kiện cạnh tranh trên thị trường*: Nếu các trường hợp cạnh tranh gay gắt đã được thực hiện cho đến nay giữa doanh nghiệp bị cáo buộc và một doanh nghiệp bị loại trừ được coi là nguyên nhân làm giảm giá hoặc cải thiện chất lượng hoặc sự đa dạng của sản phẩm trên toàn bộ thị trường, thì điều đó sẽ có nhiều khả năng gây ra tác động HCCT một cách đáng kể. Khi thị phần tập trung vào một số doanh nghiệp hàng đầu gây ra bởi hành vi, thì điều đó sẽ có nhiều khả năng gây

ra tác động HCCT đáng kể, bởi vì họ có xu hướng thực hiện hành vi phối hợp trên tinh thần chủ yếu để chia sẻ lợi ích chung.

- *Điều kiện của các đối thủ cạnh tranh:* Trường hợp hành vi gây khó khăn cho đối thủ cạnh tranh trong việc bán các sản phẩm vượt trội về giá cả và chất lượng hoặc đối thủ có năng lực kinh doanh cao thực hiện các hành động cạnh tranh trên thị trường, chẳng hạn như khả năng thu mua nguyên liệu, khả năng kỹ thuật, khả năng tiếp thị, uy tín, giá trị thương hiệu và khả năng quảng cáo, sẽ được đánh giá là có nhiều khả năng gây ra tác động HCCT đáng kể.

b) Áp lực cạnh tranh tiềm ẩn

Nói chung, khi việc thâm nhập thị trường không dễ dàng và ít có khả năng một đối thủ cạnh tranh mới, trong một thời gian nhất định, có thể tham gia vào thị trường trong trường hợp doanh nghiệp bị cáo buộc tăng giá sản phẩm được giao dịch thì doanh nghiệp đó, ở một mức độ nào đó, có thể tự do điều chỉnh giá cả và các điều kiện khác. Do đó, nó sẽ có nhiều khả năng được coi là gây ra tác động HCCT đáng kể. JFTC sẽ xem xét toàn diện các yếu tố sau đây để đánh giá xem khả năng gia nhập của một đối thủ cạnh tranh khác trong một thời gian nhất định có thể là một yếu tố ngăn cản doanh nghiệp nói trên, ở một mức độ nào đó, có gây ảnh hưởng đến giá và các điều kiện khác của sản phẩm được giao dịch hay không.

- *Mức độ của các rào cản gia nhập:* Khi các quy định luật pháp đóng vai trò như một rào cản gia nhập, thì áp lực cạnh tranh tiềm ẩn sẽ khó có tác dụng, vì việc gia nhập sẽ không thể thực hiện được ngay cả khi doanh nghiệp nói trên có hay không ảnh hưởng đến giá sản phẩm được giao dịch.

- *Mức độ của các rào cản gia nhập trong thực tế:* Khi quy mô vốn cần thiết để gia nhập lớn và một doanh nghiệp tham gia có điều kiện kém thuận lợi hơn so với các doanh nghiệp hiện có về địa điểm, vấn đề kỹ thuật, điều kiện mua nguyên liệu hoặc điều kiện bán hàng, thì áp lực cạnh tranh tiềm ẩn khó có tác dụng.

- *Mức độ thay thế giữa sản phẩm của người tham gia và sản phẩm của doanh nghiệp trên thị trường:* Khi khả năng cao sản phẩm của người tham gia có thể thay thế các sản phẩm của doanh nghiệp sẵn có trên thị trường, thì người tiêu dùng không được coi là có thể mua và sử dụng sản phẩm của người tham gia mà không do dự, áp lực cạnh tranh tiềm ẩn sẽ có khả năng phát huy tác dụng. Trong khi đó người tham gia khó sản xuất và phân phối sản phẩm có chất lượng và sự đa dạng tương đương với sản phẩm của doanh nghiệp hoặc nơi người tiêu dùng không mua sản phẩm của người tham gia, thì áp lực cạnh tranh tiềm ẩn sẽ khó có tác dụng vì họ đã quen với sản phẩm thường được sử dụng.

c) Năng lực thương lượng đối kháng của người dùng

Trong trường hợp người dùng không có quyền thương lượng đối kháng chống lại doanh nghiệp bị cáo buộc trong những trường hợp khiến người dùng khó chuyển đổi nhà cung cấp, thì được đánh giá sẽ có nhiều khả năng gây ra tác động HCCT đáng kể, bởi vì doanh nghiệp nói trên, ở một mức độ nào đó, hoàn toàn tự do tác động đến giá cả và các điều kiện khác.

d) Hiệu quả

Trường hợp doanh nghiệp bị cáo buộc phải thực hiện các hành vi cạnh tranh để cải thiện năng suất, đổi mới công nghệ và nâng cao hiệu quả của các hoạt động kinh doanh — căn cứ vào sự tích hợp cơ sở sản xuất, tính chuyên môn hóa cơ sở vật chất, giảm chi phí vận chuyển và nâng cao hiệu quả của hệ thống nghiên cứu và phát triển, có thể được tính đến để đánh giá xem liệu sự cạnh tranh có bị hạn chế đáng kể hay không. Trong trường hợp như vậy, việc cải thiện hiệu quả sẽ được tính đến khi (i) cho rằng hiệu quả được cải thiện là các tác động cụ thể đối với hành vi và không thể đạt được bằng các hình thức, hoạt động khác mà ít HCCT hơn và (ii) cho rằng các kết quả như giảm giá sản phẩm, cải thiện chất lượng sản phẩm và cung cấp sản phẩm mới giúp phúc lợi của người tiêu dùng được cải thiện.

e) Các trường hợp đặc biệt để đảm bảo quyền lợi của người tiêu dùng

Trong trường hợp hành vi thỏa thuận có các lý do chính đáng như vì an toàn và sức khỏe, đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng nói chung và thúc đẩy sự phát triển lành mạnh của nền kinh tế quốc gia, như quy định tại Điều 1 của Đạo luật Chống độc quyền thì có thể được đặc biệt tính đến để đánh giá xem liệu cạnh tranh có bị kìm hãm đáng kể hay không.

Về nguyên tắc, "lợi ích công cộng" đề cập đến hành vi xâm phạm trật tự kinh tế cạnh tranh tự do, là lợi ích do Đạo luật chống độc quyền của Nhật Bản trực tiếp quy định cụ thể. Có thể xảy ra một tình huống ngoại lệ như sau, mặc dù hành vi của một doanh nghiệp nào đó có thể bề ngoài trái với trật tự kinh tế cạnh tranh tự do, nhưng về cơ bản họ không vi phạm mục đích cuối cùng của Đạo luật là để thúc đẩy sự phát triển lành mạnh của nền kinh tế quốc gia cũng như để đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng nói chung. Cần được hiểu rằng điều khoản về phạm vi của lợi ích công cộng, có nghĩa là loại trừ trường hợp ngoại lệ này khỏi hành vi hạn chế thương mại không hợp lý, được quy định tại Khoản 6, Điều 2 trong *"Bản án của Tòa án Tối cao, ngày 24 tháng 2 năm 1984"*.

1.4. Kinh nghiệm của Úc

1.4.1. Quy định kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo pháp luật cạnh tranh của Úc

Thoả thuận HCCT được điều chỉnh bởi Luật Cạnh tranh và người tiêu dùng Úc năm 2010 (CCA), cụ thể tại các mục 45; 47; 48 và 96, trong đó:

- Mục 45 quy định chung về thoả thuận phản cạnh tranh;
- Mục 47 quy định cấm đối với hành vi giao dịch độc quyền và ép buộc bên thứ ba;
- Mục 48 và 96 quy định về các hành vi HCCT liên quan đến ấn định giá (duy trì giá bán lại).

a) Thoả thuận HCCT theo chiều ngang (cartel) của Úc

Tại Úc, "cartel" được hiểu là bất kỳ điều khoản nào trong "hợp đồng, sự giàn xếp hoặc thoả thuận" giữa các bên mà ít nhất hai trong số đó là đối thủ cạnh tranh nhằm mục đích, có tác động một cách trực tiếp hoặc gián tiếp đến việc:

- ấn định, kiểm soát, duy trì hoặc tạo điều kiện cho việc ấn định, kiểm soát, duy trì giá, chiết khấu, trợ cấp, giảm giá hoặc tín dụng đối với hàng hoá, dịch vụ do một trong các bên cung cấp;
- ngăn ngừa, hạn chế hoặc giới hạn việc sản xuất hàng hóa hoặc cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ bởi một trong các bên;
- phân chia thị trường;
- thông thầu.

Luật Cạnh tranh và người tiêu dùng năm 2010 của Úc quy định cấm mặc nhiên đối với các hành vi thoả thuận HCCT theo chiều ngang được đề cập ở trên. Các hành vi này có thể bị áp dụng chế tài hình sự và chế tài dân sự.

Đối với các vi phạm hình sự thì không cần phải chứng minh tính không trung thực hoặc chứng minh hành vi đó là bất hợp pháp. Để xác định vi phạm hình sự, ngoài nghi ngờ hợp lý, chỉ cần chứng minh rằng các bên tham gia thoả thuận có nhận thức hay niềm tin rằng các hành vi bị cáo buộc có các yếu tố (bao gồm cả mục đích) cấu thành nên vi phạm về thoả thuận HCCT bị cấm, thậm chí ngay cả khi các bên không thừa nhận đó là hành vi thoả thuận HCCT.

Ngoài ra, Luật Cạnh tranh và người tiêu dùng năm 2010 của Úc cũng quy định cấm mặc nhiên trên cơ sở áp dụng chế tài và phạt tiền dân sự đối với các hành vi thoả thuận sau đây (cả theo chiều ngang và theo chiều dọc):

- thoả thuận có tác động "loại trừ" – chủ yếu là thoả thuận giữa các đối thủ cạnh tranh với mục đích tẩy chay các giao dịch với một người khác hoặc một nhóm người khác;
- thoả thuận áp đặt giá bán lại tối thiểu cho hàng hoá hoặc dịch vụ;

▪ thoả thuận cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ với điều kiện người mua phải mua hàng hoá hoặc dịch vụ khác từ bên thứ ba.

b) Thoả thuận HCCT theo chiều dọc (vertical restraints) của Úc

Theo CCA, các hành vi thoả thuận HCCT theo chiều dọc bao gồm:

▪ Duy trì giá bán lại: Quy định *"duy trì giá bán lại"* cấm doanh nghiệp cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ ấn định mức giá tối thiểu mà người mua có thể bán lại hàng hoá hoặc dịch vụ đó (Mục 48). Quy định này không cấm ấn định giá bán lại tối đa.

▪ Ép buộc mua sản phẩm từ bên thứ ba: Quy định *"ép buộc mua sản phẩm từ bên thứ ba"* cấm doanh nghiệp cung cấp hàng hoá, dịch vụ áp đặt điều kiện buộc phải mua hàng hoá, dịch vụ khác từ một bên thứ ba không liên quan (Mục 47(6) và 47(7)).

▪ Giao dịch độc quyền: Giao dịch độc quyền chỉ bị cấm khi nhằm mục đích, có tác động hoặc có khả năng gây tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường. Giao dịch độc quyền bao gồm các hành vi hạn chế về sản phẩm, khách hàng và khu vực địa lý, cụ thể:

- Cung cấp hàng hoá, dịch vụ với điều kiện người mua sẽ không mua hoặc cung cấp lại hàng hoá, dịch vụ cho đối thủ cạnh tranh của nhà cung cấp (Mục 47(2));
- Từ chối cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ vì lý do người mua không chấp nhận điều kiện không mua hoặc cung cấp lại hàng hoá, dịch vụ cho đối thủ cạnh tranh của nhà cung cấp (Mục 47(3));
- Mua hàng hoá, dịch vụ với điều kiện nhà cung cấp sẽ không cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho những khách hàng nhất định hoặc tại những địa điểm nhất định (Mục 47(4));
- Từ chối mua hàng hoá, dịch vụ vì lý do nhà cung cấp không chấp nhận điều kiện không cung cấp hàng hoá, dịch vụ cho những khách hàng nhất định hoặc tại những địa điểm nhất định (Mục 47(5)).

Trong số các hành vi thoả thuận HCCT theo chiều dọc nêu trên, hành vi thoả thuận duy trì giá bán lại (Mục 48) và ép buộc giao dịch với bên thứ ba (Mục 47(6) và 47(7)) bị cấm mặc nhiên. Nghĩa là, hành vi bị cấm khi các cấu thành đáp ứng quy định mà không cần phải xem xét tác động của nó đối với cạnh tranh.

Trong khi đó, hành vi giao dịch độc quyền (Mục 47) chỉ bị cấm khi doanh nghiệp có mục đích HCCT một cách đáng kể hoặc hành vi của doanh nghiệp có tác động hoặc có khả năng tác động HCCT một cách đáng kể trên thị trường.

Để xác định liệu hành vi có HCCT một cách đáng kể hay không, ACCC thường sử dụng phép thử đối kháng (counterfactual test). *Bước thứ nhất*, cần xác định thị trường liên quan nơi diễn ra hành vi. *Bước thứ hai*, cần đo lường mức độ cạnh tranh trên thị trường liên quan khi không có hành vi bị cáo buộc và so sánh với mức độ cạnh tranh trên thị trường đó khi có hành vi bị cáo buộc. Nếu hành vi dẫn đến việc tăng sức mạnh thị trường của bên tham gia một cách đáng kể và bền vững, thì thường được coi là HCCT một cách đáng kể.

Tuy nhiên, ACCC không áp dụng phân tích theo "nguyên tắc hợp lý" để cân nhắc lợi ích công của hành vi như một yếu tố đối kháng trong đánh giá mức độ HCCT. Nếu hành vi có mục đích hoặc có khả năng HCCT một cách đáng kể thì sẽ bị cấm. Cần lưu ý rằng doanh nghiệp có thể nộp đơn xin phép hoặc thông báo xin hưởng miễn trừ trong những trường hợp nhất định.

Trong thời gian gần đây, Úc đã tiến hành rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh và người tiêu dùng năm 2010. Theo đó, Báo cáo của Harper đã đề xuất sửa đổi theo hướng xem xét, đánh giá tác động cạnh tranh đối với hành vi ép buộc giao dịch với bên thứ ba, trong khi vẫn giữ quy định cấm mặc nhiên đối với hành vi duy trì giá bán lại. Các đề xuất này đã được Chính phủ Úc ủng hộ. Tuy nhiên, trong giai đoạn này, các điều khoản nêu trên vẫn chưa thay đổi.

1.4.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc thoả thuận HCCT tại Úc

Hầu hết các hợp đồng, thỏa thuận, thông đồng và các hình thức hợp tác khác giữa các bên tham gia thị trường đều hướng tới việc mang lại lợi ích cho người tiêu dùng và nền kinh tế Úc. Các hình thức hợp tác giữa các doanh nghiệp, dù là trực tiếp hay thông qua các hiệp hội, có thể kích thích các phương thức kinh doanh đổi mới hiệu quả hơn. Tuy nhiên, trong một số trường hợp có thể gây ra tác động HCCT và gây hại cho người tiêu dùng.

Nhận thức được điều này, luật cạnh tranh của Úc luôn kết hợp các quy định cấm đối với môt số các mối quan hệ nhất định giữa các doanh nghiệp. Ví dụ như quy định tại Mục 45 có quy định nghiêm cấm các hợp đồng, thỏa thuận *có mục đích hoặc có khả năng gây tác động đáng kể làm giảm sự cạnh tranh trên thị trường liên quan.* Tương tự như đối với các hợp đồng, thỏa thuận hay các hình thức hợp tác khác, thì sự thông đồng, ngầm phối hợp cũng sẽ bị cấm nếu nó *có mục đích, gây tác động hoặc có khả năng gây tác động làm giảm đáng kể sự cạnh tranh trên một thị trường liên quan*.

Việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể (SLC test) của Úc là một trong các tiêu chí đánh giá được xây dựng lâu đời

trong luật cạnh tranh của Úc. Có hai yếu tố chính để xác định xem một thỏa thuận rõ ràng hay một thỏa thuận ngầm có bị cấm theo quy định tại Mục 45 hay không:

a) xác định thị trường liên quan hoặc các thị trường liên quan bị tác động;

b) việc thỏa thuận có mục đích, gây tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể làm giảm sự cạnh tranh trên thị trường đó hoặc các thị trường đó hay không. Trong đó, tại Điểm (b) Khoản (3) Điều 45 Luật Cạnh tranh Úc có quy định:

"Mục đích" được đề cập ở trên là *ý định đạt được một kết quả cụ thể*. Điểm (c) Khoản (3) Điều 45 Luật Cạnh tranh Úc có quy định rằng đó là *mục đích đạt được kết quả cụ thể của hành vi thỏa thuận,* thay vì mục đích của các bên tham gia vào thỏa thuận. Tuy nhiên, trong các án lệ của Úc về việc xác định "mục đích" theo quy định tại Điều 45 của ACCA cũng chỉ ra rằng các cuộc điều tra có liên quan cũng sẽ dựa trên cả mục đích chủ quan của những bên tham gia vào thỏa thuận.

Mục đích có thể được xác định thông qua các bằng chứng trực tiếp hoặc suy luận hợp lý. Mục đích được quy định tại Điều 45 (1) (c) không cần phải là mục đích duy nhất của thỏa thuận nhưng cần phải là một mục đích thật sự quan trọng.

"Tác động" được đề cập ở trên là *hệ quả trực tiếp của việc thực hiện các thỏa thuận*, được xác định một cách khách quan bằng cách xem xét tác động thực tế đến quá trình cạnh tranh trên một thị trường liên quan.

"Có khả năng gây ra tác động" được đề cập ở trên là *hậu quả có thể xảy ra do hành vi của một bên liên quan,* yêu cầu cần phải đánh giá tác động tiềm ẩn đối với quá trình cạnh tranh. "Có khả năng gây ra tác động" có nghĩa là có một cơ hội thực sự hoặc có xác suất xảy ra không xa.

Khi đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể, ACCC thường sẽ thực hiện đánh giá "sự cạnh tranh trên một thị trường liên quan trong bối cảnh khi có và không có hành vi thỏa thuận", để xác định liệu việc suy giảm cạnh tranh có phải do hành vi thỏa thuận của bên liên quan gây ra hay không.

Thực tế, không có điều khoản nào quy định về khái niệm "suy giảm cạnh tranh đáng kể ". Về bản chất, được định nghĩa trong các án lệ, là một khái niệm tương đối và không đòi hỏi sự tác động đến toàn bộ thị trương nhưng là một hành vi can thiệp vào quá trình cạnh tranh một cách có mục đích nhằm ngăn cản, cản trở hoặc phản cạnh tranh.

Theo kinh nghiệm thực tế, phần lớn Tòa án cấp cao của Úc đánh giá "Tác động đáng kể" theo quy định tại Điều 45 bằng cách đặt câu hỏi như sau: *[... Liệu*

hệ quả của thỏa thuận có đáng kể theo góc độ có mục đích hoặc có liên quan đến cả một quá trình cạnh tranh hay không, và liệu mục đích của thỏa thuận có phải là nhằm đạt được hệ quả như vậy?]. Trong một số vụ việc khác, Tòa án cấp cao của Úc đã nhận xét (tại kết luận số 38, đoạn 114, của vụ việc liên quan đến Stirling Harbour Services Pty Ltd và Bunbury Port Authority năm 2000): *[... Việc suy giảm sự cạnh tranh phải được đánh giá ở mức độ nghiêm trọng đến mức có ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh trên thị trường, đặc biệt là đối với người tiêu dùng. Nó phải "có mục đích hoặc liên quan đến cả một quá trình cạnh tranh"].*

Cạnh tranh không phải là một tình huống tĩnh mà là một quá trình được thể hiện dưới dạng hành vi cạnh tranh. Nó được đánh giá bằng cách xem xét cả cấu trúc thị trường và hành vi chiến lược. Khi đánh giá liệu một thỏa thuận, phối hợp có làm suy giảm đáng kể sự cạnh tranh hay không, trọng tâm là tác động của thỏa thuận đó lên quá trình cạnh tranh. "Suy giảm sự cạnh tranh" có nghĩa là quá trình cạnh tranh bị suy giảm hoặc giảm bớt, hoặc quá trình cạnh tranh bị tổn hại hoặc bị tác động và cũng mở rộng đến khái niệm "ngăn cản hoặc cản trở cạnh tranh".

Bộ công cụ (Toolkit) của Úc cung cấp một cách tổng quan các yếu tố cốt lõi được áp dụng phổ biến nhất đối với SLC Test theo quy định tại Điều 45 và Điều 47:

Bảng 1: Bộ công cụ đánh giá SLC của Úc

SLC Test – Điều 45 Các yếu tố cốt lõi	
Một thỏa thuận hợp tác, hợp đồng, sự thông đồng (sau đây gọi tắt là CAU) được tạo ra	không cần phải là một hợp đồng chính thức hay bằng văn bản, nhưng có thể thể hiện một sự đồng thuận hoặc một sự *"gặp gỡ ý trí – meeting of minds*" mà không cần phải công khai, nhưng đòi hỏi nhiều hơn một sự kỳ vọng đơn thuần rằng một bên khác sẽ hành động một cách cụ thể.
Một điều khoản trong CAU - có mục đích làm giảm đáng kể sự cạnh tranh HOẶC - có tác động làm giảm đáng kể cạnh tranh HOẶC - có khả nắng gây tác động làm giảm đáng kể cạnh tranh HOẶC	- Hành vi được xác định có thể là nhiều hơn một trong những tác động thay thế được nêu và không loại trừ lẫn nhau; - Một vụ việc có thể được đánh giá dựa trên tác động tổng hợp của một số điều khoản trong các hợp đồng riêng biệt. Ví dụ: nếu một nhà cung cấp ký kết các hợp đồng riêng

SLC Test – Điều 45 Các yếu tố cốt lõi	
- cùng với một hoặc nhiều điều khoản khác trong CAU và/hoặc bất kỳ CAU nào khác mà doanh nghiệp, tổ chức có liên quan là công ty thành viên, gây tác động hoặc có khả năng gây tác động làm giảm đáng kể cạnh tranh	lẻ với một số lượng lớn người mua thì tác động của từng điều khoản liên quan trong mỗi hợp đồng sẽ được tổng hợp;
Xác định thị trường liên quan có sự suy giảm cạnh tranh đáng kể	- Cân nhắc xem phạm vi thị trường có sự "tạo ra hay phá vỡ" hay không trước khi đầu tư các nguồn lực quan trọng để xác định thị trường liên quan một cách cụ thể, đặc biệt ở giai đoạn đầu của cuộc điều tra.
Một doanh nghiệp tham gia vào CAU hoặc có liên quan: - cung cấp hoặc mua lại; - hoặc có khả năng cung cấp hay có được hàng hóa, dịch vụ; - hoặc trên thực tế sẽ cung cấp hay sẽ có được khả năng cung cấp hoặc mua hàng hóa, dịch vụ.	Không cần phải chứng minh rằng các bên tham gia vào CAU đang cạnh tranh với nhau. Điều 45 có quy định về cả hành vi theo chiều dọc.
Tuy nhiên, nếu hành vi đó không thuộc phạm vi của Điều 45 vì một loại trừ cụ thể: - các loại trừ liên quan đến hành vi nằm trong phạm vi điều chỉnh của Điều 47 liên quan đến giao dịch độc quyền; - những loại trừ liên quan đến hình thức giao ước - các loại trừ liên quan đến duy trì giá bán lại (RPM); - các loại trừ liên quan đến các công ty niêm yết kép;	- Các điều khoản chống chồng chéo ngăn cản hành vi thuộc điều chỉnh tại Điều 47 cũng không cấu thành hành vi vi phạm được quy định tại Điều 45. - Trong giai đoạn đầu của một cuộc điều tra, thay vì đầu tư nguồn lực vào việc phân loại hành vi thì một vụ việc có thể tạm thời để ngỏ câu hỏi về việc liệu hành vi đó thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 45 hay Điều 47 và chỉ nên tập trung vào liệu có *"theory of harm – lý thuyết về sự tác động"* hay không để xem liệu hành vi đó có đáng quan tâm hay không.

SLC Test – Điều 45 Các yếu tố cốt lõi	
- các loại trừ liên quan đến việc mua lại cổ phần hoặc tài sản; - các loại trừ liên quan đến thông báo thương lượng tập thể	- Các trường hợp loại trừ được nêu ở bên chỉ nên được xem xét chi tiết trong một vụ việc khi có vấn đề thực sự trong bối cảnh một trong các loại trừ đó có thể được áp dụng.
Một doanh nghiệp: - cung cấp, đề nghị cung cấp hàng hóa, dịch vụ hoặc; - cung cấp, đề nghị cung cấp hàng hóa, dịch vụ ở một mức giá cụ thể, hoặc; - cung cấp hoặc cho phép giảm giá, trợ giá, hoặc hỗ trợ tín dụng liên quan đến việc cung cấp, đề xuất cung cấp hàng hóa, dịch vụ Với điều kiện người mua: - sẽ không, hoặc sẽ không ngoại trừ ở một mức độ hạn chế, mua hàng hóa, dịch vụ từ một đối thủ cạnh tranh của tập đoàn hay một công ty có liên quan của tập đoàn, HOẶC - sẽ không, hoặc sẽ không ngoại trừ ở một mức độ hạn chế, cung cấp hàng hóa, dịch vụ có được từ một đối thủ cạnh tranh của tập đoàn hoặc một công ty có liên quan của tập đoàn. Và hành vi đó - có mục đích làm giảm đáng kể sự cạnh tranh HOẶC - có tác động làm giảm đáng kể cạnh tranh HOẶC	- Các điều kiện được nêu không cần ràng buộc về mặt pháp lý và có thể trực tiếp hoặc gián tiếp. - Phải có điều kiện cụ thể rằng một loại hành vi được gắn liền với việc cung cấp/mua lại, đề nghị hoặc từ chối để áp dụng được quy định tại Điều 47. Việc áp đặt hạn chế theo chiều dọc đối với cạnh tranh là chưa đủ (có thể quy định tại Điều 45 sẽ phù hợp hơn khi một điều kiện cụ thể không tồn tại). - Nếu bên kia đã đề nghị hoặc yêu cầu điều kiện, điều này không cần thiết có nghĩa là s.47 không được áp dụng - nhưng nên cảnh báo cho nhân viên để cân nhắc kỹ về hệ quả của hành vi. - Một vụ việc có thể được đánh giá dựa trên tác động tổng hợp của các hành vi cùng loại hoặc tương tự do một doanh nghiệp thực hiện, bao gồm cả các đơn vị liên quan. Ví dụ: các điều kiện giống nhau hoặc tương tự nhau được áp đặt cho một số người mua bởi cùng một doanh nghiệp có thể được tổng hợp lại để cho thấy tác động đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường. - Thị trường bị tác động không nhất thiết phải là thị trường có công ty cung cấp hoặc người mua lại tham gia mà đó có thể là bất

<table>
<tr><th colspan="2">SLC Test – Điều 45
Các yếu tố cốt lõi</th></tr>
<tr><td>- có khả năng gây tác động làm giảm đáng kể cạnh tranh HOẶC
- cùng với một hoặc nhiều hành vi khác và/hoặc bất kỳ hành vi nào khác mà doanh nghiệp, tổ chức có liên quan là công ty thành viên, gây tác động hoặc có khả năng gây tác động làm giảm đáng kể cạnh tranh</td><td rowspan="4">kỳ thị trường nào mà các giao dịch kinh doanh của cá nhân, tổ chức nào đó bị hạn chế do hành vi đó.
- Trong giai đoạn đầu của một cuộc điều tra, thay vì đầu tư nguồn lực vào việc phân loại hành vi thì một vụ việc có thể tạm thời để ngỏ câu hỏi về việc liệu hành vi đó thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 45 hay Điều 47 và chỉ nên tập trung vào liệu có "theory of harm – lý thuyết về sự tác động" hay không để xem liệu hành vi đó có đáng quan tâm hay không.
- Không áp dụng khi hành vi được thực hiện giữa các tổ chức, cá nhân có liên quan với nhau thuộc cùng một doanh nghiệp.</td></tr>
<tr><td>Đối với việc từ chối cung cấp, hoặc từ chối cung cấp ở một mức giá cụ thể hoặc từ chối giảm giá, trợ cấp, hỗ trợ tín dụng (quy định chi tiết tại Khoản 3 Điều 47).</td></tr>
<tr><td>Đối với các hoạt động mua lại, đề nghị mua lại, hoặc mua lại, đề nghị mua lại với một mức giá cụ thể (quy định chi tiết tại Khoản 4 Điều 47).</td></tr>
<tr><td>Đối với việc từ chối mua hoặc từ chối mua với một mức giá cụ thể (quy định chi tiết tại Khoản 5 Điều 47).</td></tr>
</table>

- <u>*Các bước xây dựng SLC Test của Úc:*</u>

a) Lý thuyết vụ việc (case theory):

Lý thuyết vụ việc là những vụ việc rõ ràng, được giải thích ngắn gọn ở cấp độ tương đối cao, về việc hành vi nào đó có thể đã bị vi phạm như thế nào và phù hợp với khuôn khổ lập pháp. Lý thuyết vụ việc là một tài liệu làm việc cần được xem xét, sửa đổi và hoàn thiện theo thời gian khi quá trình điều tra diễn ra. Lý thuyết vụ việc cần được phát triển và hoàn thiện cùng với việc điều tra và lý thuyết về tác hại từ giai đoạn đầu của cuộc điều tra để các khía cạnh này vẫn phù hợp với nhau.

b) Lý thuyết tác hại (theory of harms):

Lý thuyết về tác hại là lời giải thích ngắn gọn về cách mà hành vi đang được đề cập có thể tác động xấu đến cạnh tranh. Lý thuyết về tác hại trước tiên được sử dụng để thông báo đánh giá ban đầu về việc liệu hành vi đang được đề cập có khả năng gây tác động HCCT hay không và sau đó để hướng dẫn việc thu thập thông tin và bằng chứng nhằm chứng minh được tác hại cạnh tranh hoặc khả năng gây tổn hại cạnh tranh. Điều này giúp đảm bảo rằng ngay từ khi bắt đầu điều tra, các nguồn lực của ACCC được phân bổ để làm sáng tỏ các vấn đề có mức độ ưu tiên cao (mang tính xác định). Để xây dựng lý thuyết về tác hại, các điều tra viên cần biết một số điều về:

• *bản chất và mức độ của hành vi được đề cập;*

Bước đầu tiên trong quá trình phát triển một lý thuyết nhất quán về tác hại bao gồm việc làm rõ bản chất và mức độ của hành vi đang được đề cập và bối cảnh mà nó xảy ra. Hành vi có khả năng gây ra SLC theo mục 45 hoặc 47 của CCA thường thuộc một trong hai loại rất rộng:

(i) Hành vi độc quyền ngăn cản hoặc hạn chế các đối thủ cạnh tranh dựa trên lợi ích của họ (ví dụ: bằng cách tăng chi phí hoặc giảm khả năng tiếp cận khách hàng hoặc một đầu vào thiết yếu). Kết quả là, các đối thủ có thể trở nên kém cạnh tranh hơn trên thị trường, rời khỏi thị trường hoặc không tham gia thị trường ngay từ đầu.

(ii) Hành vi gian dối làm 'dịu bớt' sự cạnh tranh giữa các đối thủ cạnh tranh nhưng không phù hợp với tiêu chuẩn pháp luật về hành vi các-ten, vốn bị cấm theo CCA và do đó thường không bị đánh giá cạnh tranh.

• *(các) lĩnh vực cạnh tranh liên quan đến việc hiểu tác động của hành vi - tức là cạnh tranh về sản phẩm / dịch vụ nào và ở đâu;*

Bước hai này nhằm phát triển sự hiểu biết về các sản phẩm hoặc nguồn cung cấp khác là những sản phẩm ***có khả năng thay thế*** để xác định được thị trường liên quan

(i) Tránh đầu tư quá nhiều thời gian mà không hiệu quả trong việc xác định thị trường liên quan;

(ii) Xem xét cách những người tham gia mô tả thị trường;

(iii) Khi quá trình điều tra tiến triển, các công cụ kiểm tra khác như SSNIP Test có thể sẽ hữu ích.

• *khả năng xảy ra và liệu kết quả thị trường (ví dụ: giá cả, sản lượng, chất lượng dịch vụ hoặc sự lựa chọn sản phẩm) có thể khác nhau nếu (các) công ty không tham gia vào hành vi đó; và*

Xem xét tình trạng cạnh tranh trong các lĩnh vực có liên quan trước khi (các) công ty bắt đầu tham gia thực hiện hành vi hoặc cách các công ty 'ngang hàng' hành xử (cạnh tranh) khi cung cấp cùng một sản phẩm ở các thị trường địa lý khác nhau. Ví dụ: giá thấp hơn, sản lượng cao hơn, chất lượng tốt hơn, nhiều lựa chọn hơn về sản phẩm hoặc nguồn cung, …

• *bản chất và mức độ của các ràng buộc cạnh tranh đối với (các) công ty tham gia vào hành vi.*

Việc không có hoặc giới hạn các ràng buộc cạnh tranh đối với (các) công ty tham gia thực hiện hành vi là điều kiện tiên quyết cần thiết cho việc đánh giá lý thuyết tác hại một cách nhất quán. Trong trường hợp hầu hết khách hàng (hoặc nhà cung cấp) có thể chuyển sang một sản phẩm hoặc nguồn cung cấp thay thế và họ không thật sự coi trọng hành vi, thì không chắc hành vi đó sẽ có khả năng gây tác động HCCT. Để đánh giá bản chất và mức độ của các HCCT, hãy xem xét:

(i) Hầu hết khách hàng có khả năng chuyển sang một sản phẩm hoặc nguồn cung cấp thay thế khác không nếu họ không coi trọng hành vi đang được đề cập?

(ii) Mối đe dọa về sự gia nhập mới có làm suy yếu tiềm năng của tác động HCCT hay không?

(iii) Khách hàng / nhà cung cấp có sức mạnh đối kháng không?

• *Kết hợp tất cả lại với nhau: Dựa trên thông tin được tạo ra trong các bước trước đó để mô tả cách cạnh tranh đang bị ngăn chặn, hạn chế hoặc bị bóp méo trong một hoặc nhiều lĩnh vực cạnh tranh có liên quan.*

b) Yếu tố chứng cứ:

Hình thức phổ biến nhất của bằng chứng được sử dụng là bằng chứng kinh tế. Bằng chứng chuyên môn khác cũng có thể có liên quan, chẳng hạn như bằng chứng từ các kế toán viên, pháp y hoặc các chuyên gia kỹ thuật về các vấn đề khoa học.

• Tóm lại, bằng chứng kinh tế liên quan đến việc giải thích lý thuyết kinh tế cho Tòa án cũng như việc áp dụng các lý thuyết kinh tế vào các vụ việc trong quá trình tố tụng. Đặc biệt, một nhà kinh tế chuyên nghiệp có thể hỗ trợ trong việc giải thích cho Tòa án những với tư cách là một nhà kinh tế học phản ánh về lý thuyết kinh tế cơ bản và ứng dụng của nó. Bằng chứng chuyên môn về kinh tế cũng có thể liên quan đến một số mô hình hóa và phân tích, nhằm hỗ trợ Tòa án hiểu được tầm quan trọng, theo nghĩa kinh tế, của dữ liệu ngành hoặc người tiêu dùng.

• Các nhà kinh tế học của ACCC là nguồn lực đặc biệt có giá trị trong suốt quá trình của một vụ việc, có thể cung cấp thông tin trên góc độ tư vấn và nghiên cứu kinh tế, thậm chí góp ý và sửa đổi về lý thuyết tác hại.

1.4.3. Vụ việc điển hình

Hộp 2: Vụ việc thỏa thuận phân chia thị trường của Báo Nông thôn (Rural Press)

Thông tin thị trường:

Rural Press Ltd là nhà xuất bản của một số tờ báo khu vực trên khắp nước Úc. Công ty con thuộc sở hữu hoàn toàn của nó, Bridge Printing Office Pty Ltd (Bridge), đã xuất bản tờ báo The Standard tại một thị trấn có tên là Murray Bridge ở Nam Úc. Khu vực phát hành chính của tờ báo Rural bao gồm thị trấn Mannum và các khu vực xung quanh Mannum (bao gồm các thị trấn Caloote, Palmer, Sedan, Cambrai, Walker Flat và Nildottie), thị trấn Murray Bridge, và khu vực xung quanh cầu Murray.

Tại quận Riverland gần đó, thuộc thị trấn Waikerie, Nhà in Waikerie Printing House (Waikerie) đã xuất bản một tờ báo có tên là River News. Trước giữa năm 1997, khu vực lưu hành chính của tờ báo bao gồm các thị trấn Waikerie, Morgan, Renmark, Barmera, Monash, Berri, Loxton, Kingston trên Murray và các quận xung quanh của chúng (khu vực lưu hành River News ban đầu).

Do đó, không có sự trùng lặp về địa lý giữa các khu vực phát hành chính của hai tờ báo trong khu vực. Sau này, khi có sự thay đổi về ranh giới địa phương, Waikerie đã mở rộng khu vực lưu thông chính của River News về phía nam bao gồm Mannum và khu vực xung quanh (các thị trấn Caloote, Palmer, Sedan, Cambrai, Walker Flat và Nildottie, trước đây nằm trong khu vực phát hành của Rural Press), giờ cũng nằm trong khu vực phát hành của River News.

Thông tin vụ việc:

Nhà in Waikerie, Rural Press và Bridge đã thực hiện một hợp đồng thỏa thuận có chứa một điều khoản có mục đích, hiệu lực có khả năng tác động đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường báo chí tại khu vực Mannum.

Nhà in Waikerie đã cam kết rút tờ River News ra khỏi khu vực phát hành của tờ báo Rural Press để cạnh tranh với tờ The Standard. Đồng thời, Rural Press và Bridge cam kết không theo đuổi việc đưa vào quận Riverland bất kỳ tờ báo mới nào cạnh tranh với các tờ báo do Nhà in Waikerie xuất bản. Mục

đích của các bên là để đảm bảo việc rút tờ báo River News khỏi khu vực phát hành của Rural Press, để đổi lấy việc Rural Press và Bridge sẽ không xuất tại khu vực ở Riverland. Hiệu quả của thỏa thuận này là Nhà in Waikerie sẽ ngừng lưu hành và quảng bá River News trong khu vực phát hành của tòa báo Rural Press để cạnh tranh với Rural Press và các ấn phẩm của Bridge.

Về tác động HCCT:

Hành vi này là một thỏa thuận phân chia thị trường, trong đó Rural Press và Bridge đồng ý đứng ngoài khu vực Riverland và Nhà in Waikerie đồng ý đứng ngoài khu vực phát hành của đối thủ cạnh tranh.

Lời đe dọa của Bridge về việc xuất bản một tờ báo miễn phí ở quận Riverland (nếu Nhà in Waikerie tiếp tục hoạt động trong khu vực phát hành của Rural Press) là một hình thức tạo điều kiện cho sự thông đồng này. Bởi vì:

• Chủ sở hữu của Bridge, Rural Press, là một công ty quốc gia lớn với nguồn lực tài chính đáng kể và các nhà quản lý của công ty cũng lo ngại về việc River News mở rộng sang khu vực phát hành của mình. Với sự hậu thuẫn của Rural Press, Bridge đã có được sự hỗ trợ tài chính để giới thiệu một ấn phẩm miễn phí trong khu vực của River News trong trường hợp Nhà in Waikerie không từ bỏ việc mở rộng sang khu vực phát hành của Rural Press;

• Nếu thành công, việc thực hiện lời đe dọa có thể dẫn đến tăng lợi nhuận của Bridge đến mức đáng ra phải chịu chi phí gia nhập thị trường báo chí khu vực Riverland.

Các cơ sở để đánh giá theo lý thuyết về tác hại:

• hồ sơ về các cuộc thảo luận giữa Nhà in Waikerie, Nhà xuất bản Bridge và Rural cũng như thông tin tài liệu trao đổi giữa các bên;

• thông tin liên quan đến tác động của việc mở rộng khu vực lưu hành của River News;

• Các tài liệu của Nhà in Waikerie nêu ra trường hợp kinh doanh mở rộng khu vực phát hành River News sang khu vực phát hành của Rural Press;

• các tài liệu của Bridge and Rural Press nêu rõ mối đe dọa chiến lược từ việc mở rộng khu vực phát hành;

• phân tích kinh tế về độ tin cậy của mối đe dọa của Bridge và vai trò của mối đe dọa như một công cụ để tạo điều kiện thuận lợi cho một thỏa thuận chia sẻ thị trường.

Rào cản cạnh tranh:

Rào cản chính để thâm nhập vào các thị trường báo chí trong khu vực liên quan đến việc thu hút đủ lượng độc giả để đạt được quy mô hoạt động hiệu quả. Để duy trì sự gia nhập, một tờ báo trong khu vực phải cung cấp nội dung có liên quan nhiều đến thông tin tại địa phương đó và thiết lập mức giá phù hợp để thu hút độc giả trong khu vực và có đủ độc giả để thu hút các nhà quảng cáo.

Những tòa soạn đương nhiệm được coi là có lợi thế cạnh tranh mạnh mẽ so với những chủ thể mới gia nhập thị trường báo chí trong khu vực, đặc biệt là ở những vùng dân số thấp và nơi họ đã hoạt động nhiều năm và có được tệp khách hàng trung thành.

1.5. Kinh nghiệm của Singapore

1.5.1. Quy định kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo pháp luật cạnh tranh của Singapore

Ủy ban Cạnh tranh Singapore (CCS), một cơ quan theo luật định được thành lập theo Chương II, Đạo luật cạnh tranh của Singapore, là cơ quan chịu trách nhiệm thực thi pháp luật cạnh tranh và điều tra các vụ việc về cartel. Tuy nhiên, các quyết định xử lý vụ việc liên quan đến hành vi thỏa thuận HCCT có thể được khiếu nại lên Ban kháng nghị cạnh tranh (CAB). Sau đó, quyết định của CAB có thể bị kháng cáo lên Tòa án Tối cao theo quan điểm của luật phát sinh từ quyết định đó, hoặc từ bất kỳ quyết định nào liên quan đến số tiền phạt tài chính.

Các hoạt động Cartel bị cấm theo Điều 34 của Đạo luật quy định rằng:

"[...] Các thỏa thuận, cam kết giữa các doanh nghiệp, hoặc các quyết định bởi hiệp hội các doanh nghiệp hoặc các đồng thuận phối hợp có tác dụng ngăn chặn, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh trong phạm vi lãnh thổ Singapore đều bị cấm [...]"

Cụ thể, tại Khoản 2, Điều 34 quy định rằng các thỏa thuận, quyết định hoặc thông lệ phối hợp cụ thể có thể có tác dụng ngăn chặn, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh trong phạm vi lãnh thổ Singapore nếu chúng:

- trực tiếp hoặc gián tiếp ấn định giá mua hoặc giá bán hoặc bất kỳ điều kiện giao dịch nào khác;
- hạn chế hoặc kiểm soát sản xuất, thị trường, phát triển kỹ thuật hoặc đầu tư;
- chia sẻ thị trường hoặc nguồn cung cấp;
- áp dụng các điều kiện khác với các giao dịch tương đương với các bên giao dịch khác, do đó đặt họ vào thế bất lợi trong cạnh tranh; hoặc là

- thực hiện việc giao kết hợp đồng mà các bên khác phải chấp nhận các nghĩa vụ bổ sung mà về bản chất hoặc theo mục đích thương mại, không có mối liên hệ nào với đối tượng của hợp đồng.

Ba loại hành vi thỏa thuận HCCT đầu tiên nêu trên (ấn định giá, hạn chế sản lượng và phân chia thị trường) thường được coi là các thỏa thuận theo chủ nghĩa "cổ điển", nghĩa là các thỏa thuận hạn chế "rõ ràng" là phản cạnh tranh. Quy tắc cơ bản dựa trên "đối tượng" – dạng hành vi và "đánh giá tác động" tại Điều 34 là các quy định thay thế cho nhau mà không phải là các yếu tố cộng dồn. Điều này có nghĩa là, khi xác định hành vi vi phạm tại Điều 34, nếu một thỏa thuận được xác định thuộc các dạng hành vi cụ thể được nêu thì không cần phải xem xét tác động HCCT đáng kể.

CCS cũng đã tuyên bố rằng các thỏa thuận, quyết định và các hoạt động phối hợp sẽ chỉ nằm trong phạm vi các hành vi bị cấm của Điều 34 khi chúng có tác động 'đáng kể' đối với cạnh tranh. Hướng dẫn Điều 34, tại Khoản 2.19, cung cấp thêm chi tiết về thời điểm một thỏa thuận có thể dẫn đến tác động đáng kể đối với cạnh tranh. Về bản chất, các thỏa thuận liên quan đến ấn định giá, gian lận thầu, chia sẻ thị trường hoặc hạn chế sản lượng sẽ luôn được coi là có tác động đáng kể đến cạnh tranh, do đó CCS không cần thiết phải tiến hành phân tích tác động thực tế của các thỏa thuận đó.

Một điều kiện quan trọng về việc áp dụng điều cấm ở Điều 34, dựa trên việc đánh giá tác động HCCT, là nó không áp dụng cho các thỏa thuận làm phát sinh ***"lợi ích kinh tế ròng"*** (một loại miễn trừ được quy định tại đoạn 9, Mục 3 của Đạo luật). Cơ sở lý luận là khi các đối thủ cạnh tranh chia sẻ thông tin dẫn đến sự đổi mới trong một ngành cụ thể, chi phí sản xuất hoặc cải tiến sản phẩm thấp hơn, thì người tiêu dùng sẽ được hưởng lợi hơn. Trên cơ sở tương tự, các thỏa thuận theo chiều dọc (thỏa thuận giữa các thực thể hoạt động ở các cấp độ khác nhau trong chuỗi sản xuất hoặc phân phối như nhà sản xuất và nhà phân phối) cũng được loại trừ khỏi phạm vi cấm của Mục 34, nghĩa là phần lớn phân phối. Các thỏa thuận mua bán và nhượng quyền cũng sẽ không bị điều chỉnh bởi Đạo luật. Các thỏa thuận liên quan đến một số hoạt động theo quy định (chẳng hạn như dịch vụ đường sắt, cung cấp nước và hoạt động của các tài khoản ngân hàng) cũng nằm ngoài phạm vi của Đạo luật, cũng như các thỏa thuận giữa các cam kết hình thành một đơn vị kinh tế duy nhất, chẳng hạn như giữa công ty mẹ và công ty con thuộc sở hữu hoàn toàn của nó.

Để đủ điều kiện cho việc loại trừ, nó phải được chỉ ra rằng có sự sắp xếp:

- góp phần cải thiện sản xuất hoặc phân phối, hoặc thúc đẩy tiến bộ kinh tế hoặc kỹ thuật;

- không áp đặt các hạn chế có liên quan đối với các cam kết không cần thiết để đạt được các mục tiêu đó; và

- không thực hiện các cam kết liên quan đến khả năng loại bỏ cạnh tranh đối với một phần quan trọng của hàng hóa hoặc dịch vụ được đề cập.

Khi xác định thỏa thuận có tác động ngăn cản, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh, CCS không quan tâm đến ý định chủ quan của các bên khi ký kết thỏa thuận. Thay vào đó sẽ xác định xem các hành vi bị cấm theo Điều 34 có bị vi phạm hay không dựa trên ý nghĩa và mục đích khách quan của thỏa thuận đó trong bối cảnh kinh tế mà được áp dụng.

Điều 34 có hiệu lực vào ngày 1 tháng 1 năm 2006 và kể từ khi được áp dụng, các quyết định xử lý vi phạm sau đây đối với các hành vi bị cấm đã được ban hành:

- gian lận thầu trong việc cung cấp các dịch vụ kiểm soát mối ở Singapore, ngày 9 tháng 1 năm 2008 (vụ việc Pest-Busters);

- ấn định giá trong việc cung cấp vé xe khách đi lại giữa Singapore và các điểm đến ở Malaysia, ngày 3 tháng 11 năm 2009 (vụ việc Xe buýt nhanh);

- đấu thầu gian lận trong các công trình điện và tòa nhà, ngày 4 tháng 6 năm 2010 (vụ việc Công trình Điện);

- ấn định tiền lương tháng của lao động giúp việc gia đình người Indonesia mới ở Singapore, ngày 30 tháng 9 năm 2011 (vụ việc Công nhân giúp việc gia đình);

- ấn định giá của dịch vụ mô hình hóa ở Singapore, ngày 23 tháng 11 năm 2011 (vụ việc Dịch vụ mô hình hóa);

- chia sẻ thông tin trong việc cung cấp dịch vụ phà giữa Batam và Singapore, ngày 18 tháng 7 năm 2012 (vụ việc Dịch vụ Phà);

- gian lận thầu bởi các nhà kinh doanh xe cơ giới tại các cuộc đấu giá công khai, ngày 28 tháng 3 năm 2013 (vụ việc Nhà kinh doanh xe cơ giới);

- ấn định giá vòng bi và ổ lăn bán cho khách hàng hậu mãi, ngày 27 tháng 5 năm 2014 (vụ việc Vòng bi);

- vi phạm điều cấm của mục 34 liên quan đến việc cung cấp dịch vụ giao nhận hàng không cho các chuyến hàng từ Nhật Bản đến Singapore, ngày 11 tháng 12 năm 2014 (vụ việc Giao nhận hàng hóa); và

- vi phạm điều cấm của mục 34 liên quan đến việc phân phối các sản phẩm bảo hiểm nhân thọ ở Singapore, ngày 17 tháng 3 năm 2016 (vụ việc Cố vấn Tài chính).

1.5.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể trong các vụ việc thoả thuận HCCT tại Singapore

Điều 34 cấm áp dụng khi hành vi cụ thể hoặc tác động của thỏa thuận là nhằm ngăn chặn, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh trong phạm vi lãnh thổ Singapore. Tuy nhiên, điều đó không nhất thiết có nghĩa là mọi thỏa thuận đều bị cấm. CCCS không áp dụng cách tiếp cận hẹp như vậy và sẽ đánh giá một thỏa thuận trong bối cảnh kinh tế của nó. Một thỏa thuận sẽ nằm trong phạm vi điều cấm của mục 34 nếu thỏa thuận đó có tác động ngăn ngừa, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh đáng kể, trừ trường hợp thỏa thuận đó được loại trừ hoặc miễn trừ, không quan trọng việc thỏa thuận là chính thức hay không chính thức, hoặc thậm chí liệu các bên có trụ sở tại Singapore hay không nhưng vẫn có tác động tại đó. Cụ thể, nếu một thỏa thuận không thuộc các dạng hành vi HCCT được nêu, thì CCCS sẽ xem xét liệu thỏa thuận đó có tác động bất lợi đáng kể đến cạnh tranh hay không.

Việc đánh giá xem thỏa thuận có HCCT hay không dựa trên một số yếu tố. Đặc biệt, các yếu tố bao gồm nội dung của thỏa thuận và mục đích của thỏa thuận. CCCS cũng sẽ xem xét bối cảnh mà thỏa thuận được (hoặc sẽ được) áp dụng và hành vi thực tế của các bên trên thị trường liên quan. Nói cách khác, có thể cần phải xem xét các sự kiện cơ bản của thỏa thuận và hoàn cảnh cụ thể mà thỏa thuận được áp dụng trước khi có thể kết luận liệu có cấu thành hành vi HCCT hay không. Cách thức mà một thỏa thuận được thực hiện trên thực tế có thể bộc lộ sự hạn chế ngay cả khi thỏa thuận chính thức không có điều khoản rõ ràng về hiệu lực đó.

Các thỏa thuận liên quan đến HCCT theo đối tượng, ví dụ, thỏa thuận liên quan đến định giá, gian lận giá thầu, chia sẻ thị trường hoặc hạn chế sản lượng, sẽ luôn có tác động bất lợi đáng kể đến cạnh tranh, mặc dù thị phần của các bên thấp hơn các mức ngưỡng được đề cập và ngay cả khi các bên của các thỏa thuận đó là các doanh nghiệp vừa hoặc nhỏ.

Vì Singapore là một nền kinh tế nhỏ và mở, một thỏa thuận nói chung sẽ không có tác động tiêu cực đáng kể đến cạnh tranh khi mà:

- thị phần tổng hợp của các bên tham gia thỏa thuận không vượt quá 20% trên bất kỳ thị trường liên quan nào bị ảnh hưởng bởi thỏa thuận mà thỏa thuận được thực hiện giữa các đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng trên bất kỳ thị trường nào liên quan;

- thị phần của mỗi bên trong thỏa thuận không vượt quá 25% trên bất kỳ thị trường nào có liên quan bị ảnh hưởng bởi thỏa thuận, nơi thỏa thuận được thực hiện giữa các đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng trên bất kỳ thị trường nào liên quan;

- trong trường hợp có thỏa thuận giữa các cam kết cạnh tranh trong đó mỗi cam kết là một doanh nghiệp vừa hoặc nhỏ. Nói chung, các thỏa thuận giữa các doanh nghiệp vừa và nhỏ không có khả năng bóp méo cạnh tranh đáng kể trong điều khoản cấm ở mục 34. Tuy nhiên, CCCS sẽ đánh giá từng trường hợp dựa trên thực tế và giá trị của chính nó và các thị trường liên quan.

Trong trường hợp có thể khác biệt khi phân loại thỏa thuận là thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh hoặc thỏa thuận giữa những người không phải là đối thủ cạnh tranh, thì ngưỡng 20% sẽ được áp dụng. Thực tế là thị phần của các bên tham gia thỏa thuận vượt quá mức ngưỡng được nêu không nhất thiết có nghĩa là ảnh hưởng của thỏa thuận đó đối với cạnh tranh là đáng kể. Các yếu tố khác có thể được xem xét để xác định liệu thỏa thuận có ảnh hưởng đáng kể hay không, ví dụ, sức mạnh thị trường của các bên trong thỏa thuận, nội dung của thỏa thuận và cấu trúc của thị trường hoặc các thị trường bị ảnh hưởng bởi thỏa thuận, chẳng hạn như các điều kiện gia nhập hoặc đặc điểm của người mua và cấu trúc của phía người mua trên thị trường.

Phần này xem xét mức độ mà thị phần cho biết liệu một cam kết có sở hữu sức mạnh thị trường hay không, thị phần có thể được đo lường như thế nào, loại bằng chứng có thể có liên quan và một số vấn đề tiềm ẩn. Những vấn đề này rất quan trọng khi xem xét cường độ cạnh tranh hiện có. Nhìn chung, sức mạnh thị trường có nhiều khả năng tồn tại hơn nếu một cam kết (hoặc một nhóm cam kết) có thị phần cao liên tục. Tương tự như vậy, sức mạnh thị trường ít có khả năng tồn tại nếu một công ty có thị phần thấp liên tục. Thị phần tương đối cũng có thể quan trọng. Ví dụ, một thị phần cao có thể là dấu hiệu của sức mạnh thị trường khi tất cả các đối thủ cạnh tranh khác có thị phần rất thấp.

Thị phần theo các mốc thời gian của tất cả các cam kết trong thị trường liên quan thường mang nhiều thông tin hơn là xem xét thị phần tại một thời điểm duy nhất. Ví dụ, thị phần biến động có thể chỉ ra rằng các chủ trương liên tục đổi mới để đi trước nhau. Điều này phù hợp với cạnh tranh hiệu quả. Bằng chứng là các cam kết có thị phần thấp đã tăng trưởng nhanh chóng để đạt được thị phần tương đối lớn có thể cho thấy rằng các rào cản đối với việc mở rộng là thấp, đặc biệt là khi mức tăng trưởng như vậy được quan sát đối với những người mới tham gia gần đây. Trong khi việc xem xét thị phần theo thời gian là rất quan trọng khi đánh

giá sức mạnh thị trường, phân tích các yếu tố khác cũng rất quan trọng. Các yếu tố sau có thể được xem xét:

• *Rào cản gia nhập thấp:* Một thỏa thuận với thị phần cao liên tục có thể không nhất thiết phải có sức mạnh thị trường khi có nguy cơ cạnh tranh tiềm tàng mạnh mẽ. Nếu việc thâm nhập thị trường dễ dàng, các chủ thể tham gia trên thị trường có thể bị HCCT để tránh bị thu hút sự gia nhập theo thời gian của các đối thủ tiềm năng.

• *Thị trường đấu thầu:* Đôi khi người mua chọn nhà cung cấp của họ thông qua đấu giá mua sắm hoặc đấu thầu. Trong những trường hợp này, ngay cả khi chỉ có một vài nhà cung cấp, sự cạnh tranh có thể rất gay gắt. Điều này có nhiều khả năng xảy ra khi các cuộc đấu thầu lớn và không thường xuyên (để các nhà cung cấp có nhiều khả năng bỏ thầu hơn), nơi các nhà cung cấp không bị ràng buộc về năng lực (để tất cả các nhà cung cấp có khả năng đặt giá thầu cạnh tranh) và các nhà cung cấp không bị phân biệt (để đối với bất kỳ giá thầu cụ thể nào, tất cả các nhà cung cấp đều được đặt như nhau để giành được hợp đồng). Trong những dạng thị trường này, một thỏa thuận có thể có thị phần cao tại một thời điểm. Tuy nhiên, nếu sự cạnh tranh ở giai đoạn đấu thầu có hiệu quả, thì việc có thị phần cao không hẳn sẽ tạo ra sức mạnh thị trường.

• *Sáng kiến, đổi mới:* Trong một thị trường mà các thỏa thuận được áp dụng để nâng cao chất lượng sản phẩm, việc có thị phần cao liên tục có thể cho thấy sự thành công trong việc đổi mới liên tục và như vậy không hẳn có nghĩa là cạnh tranh không hiệu quả.

• *Sự khác biệt hóa sản phẩm:* Đôi khi thị trường liên quan sẽ chứa đựng những sản phẩm được khác biệt hóa. Trong trường hợp này, những thỏa thuận có thị phần tương đối thấp có thể có một mức độ sức mạnh thị trường nhất định bởi vì các sản phẩm khác trên thị trường không phải là sản phẩm thay thế rất gần.

• *Khả năng đáp ứng của khách hàng:* Khi các chủ thể tham gia thỏa thuận có thị phần tương tự nhau, điều này không nhất thiết có nghĩa là các chủ thể đó có mức độ sức mạnh thị trường tương tự nhau. Điều này có thể là do tệp khách hàng của họ khác nhau về khả năng hoặc nhu cầu sẵn sàng chuyển sang các nhà cung cấp thay thế.

• *Khả năng đáp ứng về giá của các đối thủ cạnh tranh:* Đôi khi các đối thủ cạnh tranh của một công ty sẽ không thể tăng sản lượng để đáp ứng với giá cao hơn trên thị trường. Trong trường hợp này, thỏa thuận sẽ có lợi thế hơn trong việc tăng giá cao hơn mức giá cạnh tranh, đối với một thỏa thuận tương tự với một thị phần tương tự đang hoạt động tại một thị trường mà đối thủ cạnh tranh chưa phát huy hết công suất.

Bảng 2: Đánh giá tác động HCCT của CCCS đối với một số hành vi

Thỏa thuận	Có khả năng gây tác động HCCT đáng kể	Không có khả năng gây tác động HCCT đáng kể
a. Giá	Mọi khuyến nghị về giá và phí, bao gồm cả chiết khấu và phụ cấp có thể có tác động đáng kể đến cạnh tranh.	
b. Chia sẻ thông tin	- Càng có nhiều khả năng có tác động đáng kể đến cạnh tranh khi số lượng các thỏa thuận trên thị trường càng ít, thì việc trao đổi càng thường xuyên và tính chất của thông tin được trao đổi càng nhạy cảm, chi tiết và chính xác. - Cũng có nhiều khả năng có tác động đáng kể đến cạnh tranh khi việc trao đổi thông tin bị giới hạn trong các thỏa thuận tham gia nhất định nhằm loại trừ đối thủ cạnh tranh và người tiêu dùng của họ.	Nói chung là không phản đối việc trao đổi thông tin về lịch sử thống kê ngay cả giữa các đối thủ cạnh tranh, dù có hay không dưới sự bảo trợ của hiệp hội thương mại. Ví dụ, thu thập và công bố số liệu thống kê là chức năng hợp pháp của các hiệp hội. Không có ngưỡng xác định trước khi dữ liệu trở thành lịch sử, có nghĩa là, đủ lâu để không gây rủi ro cho cạnh tranh. Dữ liệu có thực sự mang tính lịch sử hay không phụ thuộc vào các đặc điểm cụ thể của thị trường liên quan và đặc biệt là tần suất đàm phán lại giá trong ngành.
c. Trao đổi thông tin về giá cả	- Thông tin trao đổi càng gần đây thì càng có khả năng có	Việc lưu hành thông tin lịch sử thuần túy hoặc đối chiếu xu hướng giá cả khó có thể gây ra tác

	thể gây ra tác động đáng kể đến cạnh tranh. - Việc trao đổi thông tin có thể dẫn đến sự điều phối giá cả và do đó làm giảm sự cạnh tranh vốn có giữa các bên cam kết.	động đáng kể đến cạnh tranh, đặc biệt nếu việc trao đổi là một phần của kế hoạch so sánh giữa các doanh nghiệp nhằm mục đích truyền bá thông lệ tốt nhất, hoặc nếu thông tin đó là được thu thập, tổng hợp và phổ biến bởi một cơ quan độc lập cho cả người tiêu dùng và doanh nghiệp.
d. Trao đổi thông tin ngoài giá cả	Có thể có ảnh hưởng đáng kể đến cạnh tranh nếu có thể phân tách thông tin và xác định những người tham gia.	Việc trao đổi dữ liệu thống kê lịch sử, nghiên cứu thị trường và các nghiên cứu ngành nói chung về sản lượng và doanh số bán hàng không có khả năng ảnh hưởng đáng kể đến cạnh tranh, vì việc trao đổi thông tin như vậy không có khả năng ngăn cản sự độc lập về thương mại và cạnh tranh của từng chủ thể. Ví dụ: dữ liệu có thể được coi là lịch sử nếu nó cũ hơn vài lần so với độ dài trung bình của các hợp đồng trong ngành nếu dữ liệu sau là dấu hiệu của việc đàm phán lại giá.
e. Quảng cáo	Các quy tắc hoặc quyết định của hiệp hội về thỏa thuận nghiêm cấm các thành viên mời chào kinh doanh, cạnh tranh với các thành viên khác,	Các quy tắc hoặc quyết định của hiệp hội về các cam kết nhằm hạn chế quảng cáo gây hiểu lầm hoặc để đảm bảo rằng

	hoặc từ giá quảng cáo, hoặc định giá dưới mức tối thiểu hoặc mức khuyến nghị, có thể có tác động đáng kể đến cạnh tranh.	quảng cáo là hợp pháp, trung thực không có khả năng gây ra tác động đáng kể đối với cạnh tranh.
f. Mua chung	Thỏa thuận giữa những người mua để ấn định (trực tiếp hoặc gián tiếp) mức giá mà họ chuẩn bị trả, hoặc chỉ mua thông qua các thỏa thuận đã thỏa thuận, sẽ hạn chế sự cạnh tranh giữa họ.	Mua chung, bán chung hoặc nghiên cứu chung không có khả năng ảnh hưởng đáng kể đến cạnh tranh, và do đó không bị cấm một cách rõ ràng.
g. Quy tắc ứng xử		Nếu cấu trúc của thị trường mang tính cạnh tranh và các quy tắc không liên quan đến giá cả hoặc liên quan đến bất kỳ yếu tố nào của việc chia sẻ thị trường hoặc chia sẻ khách hàng, thì tác động HCCT là không đáng kể.
h. Tiêu chuẩn kỹ thuật (Một số thỏa thuận có thể đóng vai trò trong việc đàm phán và ban hành các tiêu chuẩn kỹ thuật trong một ngành.)	Nếu các rào cản gia nhập được nâng lên rõ ràng do kết quả của việc áp dụng tiêu chuẩn, thì các tác động đối với cạnh tranh có thể đáng kể.	
i. Điều khoản mua, bán chung (Một số thỏa thuận có thể tham gia vào việc xây dựng các điều khoản và điều kiện tiêu chuẩn, đặt ra cho các thành viên của mình nghĩa vụ phải sử dụng	Các điều kiện tiêu chuẩn có thể gây tác động đáng kể đến cạnh tranh nếu một tỷ lệ lớn các thành viên áp dụng các điều kiện tiêu chuẩn đó khiến khách hàng có ít sự lựa chọn trong thực tế.	Các điều kiện tiêu chuẩn ít có khả năng gây tác động đáng kể đến cạnh tranh nếu mà các thành viên vẫn tự do áp dụng các điều kiện khác nhau nếu họ muốn.

các điều khoản và điều kiện bán hàng hoặc mua hàng chung đó.)		
j. Điều kiện thành viên (Các quy tắc kết nạp với tư cách là thành viên tham gia một số thỏa thuận phải minh bạch, tương xứng, không phân biệt đối xử và dựa trên các tiêu chuẩn khách quan.)	- Điều khoản tư cách thành viên sẽ có tác động đáng kể đến cạnh tranh trong đó tác động của việc loại trừ tư cách thành viên là đặt các thỏa thuận có liên quan vào thế bất lợi. - Tương tự, các thủ tục trục xuất các thành viên ra khỏi một hiệp hội có thể gây tác động đáng kể đến cạnh tranh, đặc biệt là khi chúng không dựa trên các tiêu chuẩn hợp lý và khách quan hoặc không có thủ tục kháng nghị phù hợp trong trường hợp bị từ chối tư cách thành viên hoặc bị trục xuất.	
k. Chứng nhận (Một số các thỏa thuận có thể chứng nhận hoặc trao nhãn chất lượng cho các thành viên của mình để chứng minh rằng họ đã đáp ứng các tiêu chuẩn ngành tối thiểu)	Có thể có tác động đáng kể đến sự cạnh tranh trong đó các nhà sản xuất phải chấp nhận các nghĩa vụ bổ sung đối với các sản phẩm mà họ có thể mua hoặc bán, hay các hạn chế về giá cả hoặc tiếp thị.	Ít có khả năng gây tác động đáng kể đến cạnh tranh trong trường hợp chứng nhận, nhãn mác chất lượng có sẵn cho tất cả các nhà sản xuất đáp ứng các yêu cầu chất lượng khách quan và hợp lý.

1.5.3. Vụ việc điển hình

Hộp 3: Vụ việc thỏa thuận về liên minh chiến lược giữa hai hãng hàng không Cebu Air, Inc. và Tiger Airways Singapore Pte. Ltd.

Các bên của thỏa thuận là: (i) Cebu Air, Inc. (“Cebu Pacific”); và (ii) Tiger Airways Singapore Pte. Ltd. (“Tiger Air Singapore”), (gọi chung là "Các bên").

Cebu Pacific hiện đang khai thác các chuyến bay trên các đường bay sau giữa Singapore và Philippines: (a) giữa Singapore và Cebu; (b) giữa Singapore và Clark; (c) giữa Singapore và Iloilo; và (d) giữa Singapore và Manila. Cebu Pacific không khai thác bất kỳ chuyến bay nào đến Singapore, ngoài các chuyến bay trên.

Tiger Air Singapore hiện đang khai thác các chuyến bay trên các tuyến sau giữa Singapore và Philippines: (a) giữa Singapore và Cebu; (b) giữa Singapore và Clark; (c) giữa Singapore và Kalibo; và (d) giữa Singapore và Manila.

Các Bên trùng lặp trên các tuyến đường sau đây liên quan đến Singapore: (a) giữa Singapore và Cebu; (b) giữa Singapore và Clark; và (c) giữa Singapore và Manila.

Các Bên đã ký kết Liên minh Chiến lược vào ngày 7 tháng 01 năm 2014 ("Thỏa thuận Liên minh Chiến lược"). Liên minh chiến lược liên quan đến việc cung cấp dịch vụ vận chuyển hành khách bằng đường hàng không. Phạm vi của Liên minh Chiến lược sẽ bao gồm tất cả các dịch vụ do các Bên vận hành giữa Singapore và Philippines.

Thoả thuận Liên minh Chiến lược quy định cho các Bên:

(i) cùng khai thác các tuyến đường chung giữa Singapore và Philippines, và các thị trường khác có thể xuất hiện, trên cơ sở trung lập về kim loại;

(ii) cùng bán và tiếp thị các tuyến đường chung và không thông dụng bằng cách sử dụng các thỏa thuận liên danh hoặc liên tuyến; và

(iii) hợp tác liên quan đến bán hàng và tiếp thị, phân phối, hoạt động sân bay và xử lý mặt đất, lên lịch trình, giá cả, chính sách dịch vụ, đổi mới, mua sắm và các vấn đề khác để nâng cao chất lượng dịch vụ tổng thể cung cấp cho hành khách trên các hoạt động tương ứng và giảm chi phí.

Về thị trường liên quan: Các Bên đã đệ trình rằng: (i) các thị trường địa lý liên quan bị ảnh hưởng bởi Liên minh Chiến lược có thể được xác định theo các cặp thành phố, cụ thể các tuyến liên quan để đánh giá trong trường hợp này phải là các tuyến Singapore - Manila, Singapore - Clark và Singapore – Cebu, với trọng tâm cụ thể là các cặp thành phố của Singapore; và (ii) thị trường sản phẩm liên quan nên được xác định là tất cả các hạng ghế cho LCC (Low-Cost-Carrier).

Về vấn đề này, các Bên đã tham khảo các quyết định trước đây của CCS về các thỏa thuận liên minh hàng không (CCS 400/002/12 liên quan đến các

hãng Qantas và Jetstar, CCS 400/006/12 liên quan đến các hãng Emirates và Qantas).

Các Bên cũng đề cập đến các quyết định trước đây của Ủy ban Châu Âu ("EC"), cụ thể là vụ việc liên quan đến các hãng Ryanair và Aer Lingus (COMP/M.4439) hay các hãng Lufthansa và Austrian Airlines (COMP / M.5440), rằng các chuyến bay gián tiếp nói chung không phải là sự thay thế cạnh tranh cho các chuyến bay trực tiếp vì khách hàng thực sự thích các chuyến bay trực tiếp.

Và CCS đã tính toán thị phần dựa trên số ghế và số lượng khách hàng đối với từng tuyến đường bay chung nêu trên trong từng giai đoạn cụ thể. Các số liệu về thị phần kết hợp của các Bên đều vượt quá 20%.

Về tác động HCCT:

Bên cạnh đó, CCS cũng đã xem xét các yếu tố đánh giá tác động HCCT, dựa trên bản chất và mục tiêu của thỏa thuận, bao gồm sức mạnh thị trường của các bên trong thỏa thuận, nội dung của thỏa thuận và cấu trúc của thị trường, điều kiện gia nhập. Do đó, CCS có quan điểm cho rằng Liên minh chiến lược có mục tiêu ngăn chăn và bóp méo cạnh tranh trên các thị trường liên quan nêu trên.

Tuy nhiên, các Bên đã đệ trình rằng Liên minh Chiến lược dự kiến sẽ mang lại hiệu quả và lợi ích kinh tế và tiêu dùng đáng kể. Bao gồm:

(i) cải thiện lịch trình các chuyến bay, bao gồm cả việc cung cấp trải rộng hơn về thời gian bay theo lịch trình trên các tuyến trùng lặp;

(ii) cải thiện khả năng kết nối và cung cấp sản phẩm tích hợp hơn trên mạng hiện có của các Bên, bao gồm cả qua Singapore, và cải thiện việc lập lịch trình trên các tuyến đường đó;

(iii) mở rộng mạng lưới và dịch vụ hiện có của các Bên thông qua việc bắt đầu hoạt động trên các tuyến mới; và

(iv) tăng cường vị thế và khả năng cạnh tranh của Singapore với tư cách là một trung tâm hàng không với khả năng kết nối được cải thiện trên mạng lưới của các Bên.

Vì vậy, CCS sau đó đã tiến hành đánh giá xem Liên minh Chiến lược có thể hưởng lợi từ việc loại trừ *"Lợi ích kinh tế ròng"* hay không để không phải tuân theo các quy định cấm tại Điều 34:

- Sau khi thực hiện Liên minh chiến lược, sự cạnh tranh sẽ không bị loại bỏ trên đường bay Singapore - Manila vì các đối thủ mạnh (như Philippines

Airlines và Jetstar Asia) vẫn sẽ tiếp tục khai thác trên đường bay, do vậy không có các rào cản gia nhập nào tại thị trường liên quan này.

- Tuy nhiên, CCS nhận thấy rằng Liên minh Chiến lược sẽ loại bỏ cạnh tranh trên các tuyến chung còn lại vì các Bên là đối thủ cạnh tranh duy nhất hiện đang hoạt động trên các tuyến đường này. Và CCS cũng đã đánh giá dựa trên phản hồi của ngành rằng các hãng hàng không khác khó có thể bắt đầu khai thác, hoạt động và thường không có lãi này trong tương lai gần trên các tuyến đường bay này. Trước những lo ngại về cạnh tranh trên các tuyến Singapore - Clark và Singapore - Cebu, CCS kết luận rằng Liên minh Chiến lược sẽ không đáp ứng các yêu cầu để được hưởng lợi từ phương pháp loại trừ *"Lợi ích Kinh tế ròng"*.

Cuối cùng, sau khi sửa đổi một số điều liên quan đến vấn đề cạnh tranh, với các sửa đổi được thực hiện bởi các Bên, các mối quan tâm về cạnh tranh của CCS đã được giải quyết đầy đủ và CCS đã thông qua thỏa thuận này.

2. Kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền)

Hiện nay, trên thế giới có tới 136 nước và vùng lãnh thổ có luật điều tiết hoạt động cạnh tranh và kiểm soát độc quyền. Cho dù các quốc gia này có quá trình thực thi dài, ngắn khác nhau, tuy nhiên, theo nghiên cứu của Mạng lưới cạnh tranh quốc gia (ICN) tháng 4 năm 2010 tiến hành trên 46 quốc gia thành viên, có rất nhiều quốc gia đã thực hiện sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật cạnh tranh, chống độc quyền nhằm nâng cao năng lực phát hiện, điều tra và xử lý các vụ việc lạm dụng vị trí thống lĩnh.

Đối với các vụ việc lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, việc xác định được hai yếu tố đó là thị trường liên quan và vị trí thống lĩnh được xem là một bước quan trọng, mang tính quyết định.

Xác định thị trường liên quan giúp xác định được các đối thủ cạnh tranh trên thị trường, sức mạnh thị trường của doanh nghiệp, cũng như tác động hạn chế cạnh tranh của hành vi do doanh nghiệp có sức mạnh thị trường thực hiện. Nhìn chung, cách thức xác định thị trường liên quan của Luật Cạnh tranh hiện hành phù hợp với các nguyên tắc được sử dụng phổ biến trên thế giới là dựa trên việc đánh giá khả năng thay thế về cầu và khả năng thay thế về cung.

Xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp - chủ thể của hành vi lạm dụng là một yếu tố cấu thành nên hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm.

Có những hành vi chỉ có tác động hạn chế cạnh tranh khi được thực hiện bởi các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, độc quyền trên thị trường.

Dưới đây là quy định về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, độc quyền và cách xác định thị trường liên quan cũng như vị trí thống lĩnh trong pháp luật của một số quốc gia trên thế giới:

2.1. Kinh nghiệm của Hoa Kỳ

2.1.1. Quy định kiểm soát hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) theo pháp luật cạnh tranh của Hoa Kỳ

Hoa Kỳ là một đất nước có lịch sử phát triển lâu đời nhất về luật chống độc quyền và hạn chế cạnh tranh. Đối với Hoa Kỳ, các vụ việc cạnh tranh được xử lý theo án lệ. Các biện pháp xử lý vi phạm được áp dụng tùy thuộc vào mức độ tác động đối với môi trường cạnh tranh và thiệt hại gây ra cho người tiêu dùng, có thể bao gồm các hình thức:

- phạt tiền đối với doanh nghiệp và cá nhân vi phạm;
- phạt tù đối với cá nhân vi phạm;
- các biện pháp khắc phục hậu quả.

Tháng 6 năm 2004, đạo luật Sherman (15 U.S.C. § 1) của Hoa Kỳ đã bổ sung tăng mức phạt đối với các hành vi phản cạnh tranh vi phạm Luật chống độc quyền:

(1) mức phạt tối đa đối với doanh nghiệp tăng từ 10 triệu lên 100 triệu USD;

(2) mức phạt tối đa đối với cá nhân tăng từ 350 nghìn lên 1 triệu đô la Mỹ;

(3) thời hạn phạt tù tối đa tăng từ 3 năm lên 10 năm.

Hoa Kỳ điều chỉnh các hành vi của doanh nghiệp thống lĩnh theo Mục 2 Đạo luật Sherman, theo đó coi hành vi "*độc quyền hoá, nỗ lực độc quyền hoá hoặc kết hợp, thông đồng với các bên khác để độc quyền hoá đối với bất kỳ lĩnh vực nào trong hoạt động kinh doanh hoặc thương mại giữa các bang hoặc với nước ngoài*" đều bị coi là bất hợp pháp. Để chứng minh hành vi độc quyền hoá theo Mục 2 Đạo luật Sherman, Toà án yêu cầu bên nguyên đơn phải chứng minh hai yếu tố:

(i) bên bị đơn có sức mạnh độc quyền trên thị trường liên quan và

(ii) Bên bị đơn cố tình chiếm hữu hoặc duy trì sức mạnh đó, khác với sự tăng trưởng hoặc phát triển nhờ có một sản phẩm nổi bật, sự nhạy bén kinh doanh hoặc khiếm khuyết mang tính lịch sử.

Để chứng minh hành vi nỗ lực độc quyền hoá, nguyên đơn phải chứng minh rằng bị đơn:

(i) tham gia vào hành vi loại trừ hoặc hạn chế cạnh tranh;

(ii) với mục đích nhằm độc quyền hoá và

(iii) có khả năng thành công cao trong việc đạt được sức mạnh độc quyền.

Như đã đề cập, việc xác định một doanh nghiệp có đạt được sức mạnh độc quyền hay không dựa trên 2 yếu tố đó là thị trường liên quan và vị trí thống lĩnh, Hoa Kỳ dựa vào xác định các tiêu chí sau:

a) Xác định thị trường liên quan

Xác định thị trường gồm hai khía cạnh: thị trường sản phẩm và thị trường địa lý. Toà án Hoa Kỳ xác định thị trường sản phẩm liên quan bao gồm tất cả các sản phẩm có khả năng thay thế cho nhau đối với người tiêu dùng về các thuộc tính: chất lượng, mục đích sử dụng và giá.

Tương tự như vậy, tòa án xác định thị trường địa lý liên quan bao gồm các khu vực thị trường, nơi người bán hoạt động kinh doanh và trong đó một người mua có thể chuyển sang mua từ một người bán khác.

Việc xác định thị trường liên quan bao gồm xác định liệu một nhà độc quyền giả định đối với một sản phẩm trong một khu vực địa lý nhất định có thể tăng giá có lợi nhuận bằng cách "tăng giá nhỏ nhưng đáng kể và lâu dài" (SSNIP), thông thường 5% trên mức giá cạnh tranh mà không mất đi quá nhiều sản lượng bán cho các sản phẩm khác hoặc các đối thủ cạnh tranh hoạt động trong cùng khu vực.

b) Xác định vị trí thống lĩnh thị trường

Sức mạnh độc quyền được định nghĩa là sức mạnh để kiểm soát giá hoặc loại bỏ cạnh tranh. Sức mạnh độc quyền có thể được tạo ra từ sự chiếm giữ thị phần thống lĩnh của một doanh nghiệp trên thị trường liên quan và được bảo vệ bởi các rào cản gia nhập thị trường.

Mặc dù không có ranh giới thị phần chính xác, sức mạnh độc quyền thường được giả định nếu thị phần của một doanh nghiệp chiếm trên 70%. Tuy nhiên, doanh nghiệp có thể bác bỏ giả định sức mạnh độc quyền bằng cách chứng minh không có bất kỳ rào cản gia nhập thị trường đáng kể nào. Mặt khác, nhiều tòa án liên bang đã đưa ra ngưỡng thị phần 50% là một điều kiện tiên quyết để xác định dấu hiệu độc quyền.

Đối với các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền. Pháp luật Cạnh tranh Hoa Kỳ có quy định: "*Một doanh nghiệp đạt được vị trí thống lĩnh một cách hợp pháp không vi phạm phần 2 của Luật khi khai thác sức mạnh đó và*

định giá độc quyền. Chỉ có việc đạt được hoặc duy trì quyền lực độc quyền thông qua hành vi định giá hủy diệt hoặc loại trừ đối với đối thủ cạnh tranh mới bị cấm."

Cụ thể, quy định của Pháp luật cạnh tranh Hòa Kỳ đối với các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh nói chung:

- *Quy định về hành vi phân biệt giá và phi giá:* Sự phân biệt đối xử về giá của một doanh nghiệp độc quyền chỉ vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman chỉ khi nó mang tính hủy diệt hoặc loại trừ các đối thủ cạnh tranh khỏi thị trường liên quan. Lưu ý rằng việc phân biệt đối xử về giá có thể vi phạm một quy định về chống độc quyền khác, *Đạo luật Robinson-Patman*, nhưng quy định đó không đặt ra nghĩa vụ đặc biệt đối với các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc độc quyền. Trên thực tế, nhiều khiếu nại cáo buộc vi phạm Đạo luật Robinson-Patman cũng cáo buộc rằng hành vi được đề cập vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman.

- *Quy định về hành vi áp đặt giá và điều kiện giao dịch bất hợp lý*: Một doanh nghiệp có được quyền độc quyền một cách hợp pháp không vi phạm mục 2 nếu chỉ cách khai thác sức mạnh đó trong việc định giá độc quyền hoặc thực hiện các điều khoản cung cấp có lợi. Để trở thành bất hợp pháp, hành vi của một doanh nghiệp độc quyền phải mang tính hủy diệt hoặc loại trừ đối với các đối thủ cạnh tranh.

- *Quy định về hành vi giảm giá quá mức*: Các chương trình chiết khấu và giảm giá dành cho khách hàng thân thiết có thể vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman. Trong một quyết định gây nhiều tranh cãi trong LePage's v 3M, một tòa án phúc thẩm liên bang cho rằng chương trình định giá đi kèm trong đó một doanh nghiệp cung cấp cho khách hàng chiết khấu quá nhiều khi mua một số dòng sản phẩm đã vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman.

Quy định về hành vi định giá hủy diệt: Việc định giá hủy diệt có thể vi phạm mục 2 Đạo luật Sherman hoặc Đạo luật Robinson-Patman. Trong vụ Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco, Tòa án tối cao Hoa Kỳ cho rằng hai yếu tố phải được chứng minh để định giá mang tính hủy diệt: định giá dưới chi phí của doanh nghiệp độc quyền và khả năng đáng lo ngại về việc doanh nghiệp độc quyền có hành vi lấy lại tiền khi đã loại trừ được các doanh nghiệp cạnh tranh khác.

Quy định về hành vi ép giá: Một khả năng tiềm ẩn của hành vi lạm dụng quyền lực độc quyền là tạo ra tình trạng ép giá, tức là sự chênh lệch giữa giá bán buôn và giá bán lẻ làm cản trở khả năng cạnh tranh của khách hàng bán buôn của một doanh nghiệp liên kết theo chiều dọc với doanh nghiệp đó ở cấp độ bán lẻ.

Quy định về hành vi từ chối giao dịch: Nhìn chung, một doanh nghiệp có vị trí độc quyền không có nghĩa vụ giao dịch với một doanh nghiệp khác. Tại vụ việc United States và Colgate & Co, Tòa án Tối cao Hoa Kỳ tuyên bố rằng "chỉ cần doanh nghiệp không có bất kỳ mục đích nào để tạo ra hoặc duy trì độc quyền, Đạo luật Sherman không hạn chế quyền đã được công nhận từ lâu của một doanh nghiệp độc quyền, được tự do thực hiện theo quyết định độc lập của mình đối với các bên mà doanh nghiệp sẽ giao dịch."

Nhưng trong một số trường, một doanh nghiệp độc quyền từ chối kinh doanh với các đối thủ có thể vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman. Đặc biệt, trong vụ Verizon và Trinko, Tòa án tối cao đã đề nghị, rằng việc từ chối giao dịch vì mong muốn loại bỏ cạnh tranh, và không vì mục đích khác, có thể cấu thành độc quyền bất hợp pháp.

Ngoài ra, mặc dù chưa bao giờ được Tòa án Tối cao Hoa Kỳ xác nhận một cách rõ ràng, một số tòa án cấp dưới đã áp đặt trách nhiệm pháp lý đối với một doanh nghiệp độc quyền vì từ chối cung cấp cho đối thủ cạnh tranh quyền truy cập vào một số cơ sở hạ tầng thiết yếu. Để xác lập trách nhiệm pháp lý theo yếu tố này, nguyên đơn phải thể hiện:

- Có sự kiểm soát cơ sở hạ tầng thiết yếu bởi một doanh nghiệp độc quyền;
- Đối thủ cạnh tranh không có khả năng thực tế hoặc hợp lý để tiếp cận cơ sở hạ tầng thiết yếu;
- Từ chối sử dụng cơ sở hạ tầng đối với một đối thủ cạnh tranh;
- Tính khả thi của việc cung cấp quyền truy cập vào cơ sở hạ tầng.

Quy định về hành vi giao dịch độc quyền: Giao dịch độc quyền và các nghĩa vụ hợp đồng tương tự có thể vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman nếu họ ngăn cản đối thủ cạnh tranh tiếp cận thị trường. Ví dụ: trong vụ United States và Microsoft, Tòa phúc thẩm cho rằng việc sử dụng hợp đồng độc quyền của một doanh nghiệp độc quyền, trong một số trường hợp nhất định, có thể dẫn đến vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman. Trong trường hợp đó, tòa án nhận thấy rằng nhiều hợp đồng trong số này đã góp phần vào việc hạn chế khả năng tiếp cận thị trường của các doanh nghiệp mới điều này đã đủ để đảm bảo cáo buộc vi phạm theo mục 2, đặc biệt là do Microsoft không đưa ra bất kỳ lời biện minh hợp lệ nào cho họ.

Quy định về hành vi bán kèm, bán trọn gói: Một doanh nghiệp độc quyền sử dụng sức mạnh độc quyền của mình ở một thị trường để độc quyền ở thị trường thứ hai có thể vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman. Ý kiến về hành vi bán kèm của Tòa án tối cao, trong vụ Illinois Tool Works và Independent Ink, chỉ ra rằng các thỏa thuận bán kèm không phải luôn luôn có tác động hạn chế cạnh tranh.

Quy định về hành vi hạn chế sản xuất, thị trường và phát triển kỹ thuật: Một doanh nghiệp có được quyền độc quyền một cách hợp pháp không vi phạm mục 2 chỉ bằng cách khai thác quyền lực đó và định giá độc quyền. Do đó, nó có thể đơn phương hạn chế sản lượng hoặc phát triển sản phẩm nhằm mục đích tối đa hóa lợi nhuận của mình mà không vi phạm mục 2 của Đạo luật Sherman.

Quy định về lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ: Tại Hoa Kỳ, các doanh thống lĩnh thường được tự do lựa chọn đối tượng mà họ muốn tiến hành kinh doanh khi được cấp phép bằng sáng chế và chứng nhận sở hữu các tài sản trí tuệ khác. Trong vụ In re Independent Serv Orgs Antitrust Litig, một tòa án cho rằng việc Xerox đơn phương từ chối bán các bộ phận đã được cấp bằng sáng chế cho các tổ chức dịch vụ độc lập, sẽ được hưởng quyền miễn trừ tuyệt đối trách nhiệm chống độc quyền. Nhưng trong một trường hợp tương tự, tại vụ việc Image Serv Technical Servs và Eastman Kodak Co, một tòa án khác đã bác bỏ biện pháp bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ của Kodak khi một phần đáng kể các bộ phận thay thế được đề cập không được cấp bằng sáng chế hoặc bản quyền.

FTC gần đây đã có lập trường mạnh mẽ chống lại các thỏa thuận giữa các chủ sở hữu bằng sáng chế dược phẩm với các nhà sản xuất thuốc generic, những người đồng ý đổi lấy một khoản tiền để nhà sản xuất thuốc generic sẽ trì hoãn việc phát hành các loại thuốc generic nhằm cạnh tranh với các doanh nghiệp trên thị trường.

2.1.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) tại Hoa Kỳ

Quan điểm của pháp luật chống độc quyền của Hoa Kỳ cho rằng, việc một doanh nghiệp đạt được đến vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền thì những hành vi của nó nếu tác động đến cạnh tranh thì sẽ đều gây ra một hậu quả đáng kể, cho nên việc xác định được một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền hay không là điều được pháp luật chống độc quyền của Hoa Kỳ chú trọng. Đặc biệt với quyền lực độc quyền có thể gây hại cho xã hội bằng cách làm cho sản lượng thấp hơn, giá cả cao hơn và ít đổi mới hơn so với một thị trường cạnh tranh. Việc chỉ sở hữu quyền lực độc quyền không vi phạm mục 2, nhưng lạm dụng hoặc cố gắng đạt được thì có.

Sức mạnh độc quyền được xác định dựa vào các yếu tố sau:

- *Thị phần:* Tòa án thường dựa trên một thị phần thống trị để suy ra sức mạnh độc quyền. Để xác định xem liệu một đối thủ cạnh tranh có sở hữu sức mạnh độc quyền trong một thị trường liên quan hay không, các tòa án thường bắt đầu bằng cách xem xét thị phần của doanh nghiệp đó. Cuộc thảo luận về thị phần cần

thiết để một doanh nghiệp có sức mạnh độc quyền bắt đầu bằng tuyên bố của Thẩm phán Hand ở vụ United States kiện Công ty TNHH Nhôm của Mỹ rằng thị phần 90%" là đủ để cấu thành độc quyền; có thể có sự nghi ngờ khi thị phần là 60% hay 64%; nếu thị phần chỉ có 30% thì chắn là không". Tòa án Tối cao đã nhanh chóng tán thành và áp dụng cách tiếp cận của Thẩm phán Hand tại vụ American Tobacco Co. và United States.

Theo sau đó là vụ Alcoa và American Tobacco, các tòa án thường sẽ yêu cầu một thị phần thống lĩnh trước khi suy ra sự tồn tại của sức mạnh độc quyền. Tòa án Phúc thẩm Liên bang Khu vực 5 nhận thấy rằng "*độc quyền hiếm khi được xác lập khi thị phần của doanh nghiệp bị cáo buộc trên thị trường liên quan dưới 70%*". Tương tự, Tòa án Phúc thẩm Liên bang Khu vực 10 lưu ý rằng để thiết lập "*quyền lực độc quyền, các tòa án cấp dưới cần suy xét mức thị phần tối thiểu từ 70% đến 80%*". Tương tự như vậy, Tòa án Phúc thẩm Liên bang Khu vực 10 tuyên bố rằng "*một thị phần lớn hơn 55% đã có thể được xem xét để để thiết lập sức mạnh thị trường cơ bản*" và cho rằng một doanh nghiệp có thị phần từ 73% đến 80% doanh số bán hàng là "*quá đủ để thiết lập một trường hợp có sức mạnh độc quyền*".

Một số tòa án đã tuyên bố rằng một doanh nghiệp có thể sở hữu quyền lực độc quyền với thị phần ít hơn 50%. Các tòa án này cung cấp khả năng thiết lập quyền lực độc quyền thông qua các bằng chứng phi thị phần, chẳng hạn như bằng chứng trực tiếp khả năng tăng giá hoặc loại trừ đối thủ cạnh tranh. Tuy nhiên, chưa có tòa án nào phát hiện ra rằng một doanh nghiệp có sức mạnh độc quyền khi thị phần của nó dưới 50%. Vì vậy, trên thực tế, một thị phần lớn hơn 50% là cần thiết để các tòa án xác định được sự tồn tại của sức mạnh độc quyền.

Sự quan trọng của thị phần thống lĩnh

Thị phần thống trị là điểm khởi đầu hữu ích để xác định sức mạnh độc quyền. Tuy nhiên, các quyết định hiện nay luôn cho rằng bằng chứng về sức mạnh độc quyền đòi hỏi nhiều hơn một thị phần thống lĩnh. Ví dụ, Tòa án Phúc thẩm Liên bang Khu vực 6 tuyên bố rằng "*thị phần chỉ là điểm khởi đầu để xác định liệu sức mạnh độc quyền có tồn tại hay không, và việc có sức mạnh độc quyền không hoàn toàn bắt đầu từ việc sở hữu một thị phần dẫn đầu*". Tương tự như vậy, Tòa án Phúc thẩm Liên bang Khu vực 2 cho rằng "*tòa án sẽ chỉ đưa ra suy luận về quyền lực độc quyền sau khi xem xét đầy đủ mối quan hệ giữa thị phần và các đặc điểm liên quan khác*".

Một ví dụ để minh họa "sai lầm trong việc sử dụng dữ liệu về thị phần một cách máy móc" để xác định sức mạnh độc quyền. Giả sử một doanh nghiệp lớn có hoạt động trên thị trường và cạnh tranh với một nhóm các đối thủ nhỏ, tất cả

đều sản xuất một sản phẩm. Trong tình huống này, thị phần của doanh nghiệp lớn chỉ là một yếu tố quyết định sức mạnh của nó đối với việc quyết định giá. Ngay cả một tỷ lệ về thị phần rất cao cũng không đảm bảo quyền lực đáng kể để duy trì giá trong một thời gian dài: nếu các doanh nghiệp vùng rìa có thể tăng sản lượng một cách dễ dàng và đáng kể tại các nhà máy hiện có của họ để đáp ứng với mức tăng nhỏ của giá doanh nghiệp lớn, thì khi đó một quyết định hạn chế sản lượng của một doanh nghiệp lớn có thể không ảnh hưởng đến giá cả trên thị trường.

Ngay cả khi các doanh nghiệp vùng rìa không thể tăng sản lượng một cách dễ dàng và đáng kể, thì một doanh nghiệp có thị phần rất cao vẫn không đảm bảo được quyền lực đáng kể để duy trì giá nếu lượng cầu giảm đáng đối với mức tăng giá nhỏ đó - nói cách khác, nếu nhu cầu trên thị trường là đa dạng. Có nghĩa là, khi cầu thay đổi, một doanh nghiệp không thể tăng giá mà không bị mất nhiều doanh số đến mức không có lãi.

Mặc dù thị phần liên quan cao không phải luôn luôn có nghĩa là tồn tại sức mạnh độc quyền, nhưng thị phần cao là một trong những yếu tố quan trọng nhất để xác định xem một doanh nghiệp có hay không khả năng đạt được sức mạnh độc quyền. Tỷ lệ thị phần cao cho thấy rằng việc kiểm tra các yếu tố liên quan khác là cần thiết. Nếu một doanh nghiệp đã duy trì thị phần vượt quá 2/3 trên thị trường trong một khoảng thời gian đáng kể và các điều kiện thị trường (ví dụ, rào cản gia nhập) khiến thị phần của doanh nghiệp khó có thể bị giảm bớt trong tương lai gần, những bằng chứng như vậy thông thường sẽ tạo ra một giả định rằng doanh nghiệp sở hữu quyền lực độc quyền.

Thời gian nắm giữ/duy trì sức mạnh thị trường

Tòa án Phúc thẩm Liên bang Khu vực 2 đã định nghĩa sức mạnh độc quyền là "khả năng":

(1) định giá về cơ bản cao hơn mức cạnh tranh và

(2) duy trì vị thế như vậy trong một thời gian đáng kể mà không bị thay đổi bởi sự gia nhập hoặc mở rộng của các đối thủ mới.

Tương tự như vậy, các tòa án khác đã phát hiện ra rằng các doanh nghiệp có thị phần thống lĩnh sẽ chưa thể đạt được vị thế độc quyền khi sức mạnh thị trường của họ không đủ bền. Sức mạnh độc quyền là khả năng thu được lợi nhuận trong việc định giá siêu cạnh tranh một cách bền vững và đáng kể. Doanh nghiệp không thể sở hữu vị thế độc quyền trên thị trường trừ khi thị trường đó được bảo vệ bởi các rào cản gia nhập đáng kể. Đặc biệt, một thị phần cao không phải là yếu tố cung cấp dấu hiệu đáng tin cậy về khả năng sẽ có các đối thủ có thể tham gia vào thị trường. Ngay cả khi hiện tại không có các đối thủ khác, một nỗ lực tăng

giá trên mức cạnh tranh có thể dẫn đến gia tăng việc gia nhập thị trường của một số đối thủ cạnh tranh đủ để làm cho việc tăng giá đó trở thành không có lợi. Trong trường hợp đó, doanh nghiệp được coi là không có vị trí độc quyền mặc dù nó hiện có thể có thị phần thống trị.

2.1.3. Vụ việc điển hình

United States và Microsoft Corporation

Đây là một vụ kiện liên quan đến luật chống độc quyền của Hoa Kỳ, trong đó chính phủ Hoa Kỳ cáo buộc Microsoft duy trì bất hợp pháp vị trí độc quyền của mình trên thị trường PC (máy tính để bàn) chủ yếu thông qua các hạn chế pháp lý và kỹ thuật mà họ đặt ra đối với các nhà sản xuất PC khác (OEM) cũng như các hạn chế đối với người dùng khi có hành động gỡ bỏ Internet Explorer và sử dụng các chương trình khác như Netscape và Java. Tại phiên xét xử, Tòa án quận đã phán quyết rằng các hành động của Microsoft đã cấu thành độc quyền trái pháp luật theo Mục 2 của Đạo luật chống độc quyền Sherman năm 1890.

Các nguyên đơn cáo buộc rằng Microsoft đã lạm dụng quyền lực độc quyền đối với máy tính cá nhân có nền tảng Intel trong việc tích hợp hệ điều hành với trình duyệt web. Vấn đề trọng tâm của vụ việc là liệu Microsoft có được phép kết hợp phần mềm trình duyệt web Internet Explorer (IE) hàng đầu của mình với hệ điều hành Windows hay không. Việc gộp chúng lại được cho là nguyên nhân dẫn đến chiến thắng của Microsoft trong cuộc chiến trình duyệt vì mọi người dùng Windows đều có một bản cài IE. Người ta còn cho rằng điều này đã hạn chế thị trường cho các trình duyệt web cạnh tranh (chẳng hạn như Netscape Navigator hoặc Opera), vì thông thường sẽ phải mất một khoảng thời gian để tải xuống hoặc mua phần mềm đó tại cửa hàng. Vấn đề cơ bản của những tranh chấp này là các câu hỏi về việc liệu Microsoft có thao túng các giao diện lập trình ứng dụng của mình để tạo lợi ích cho IE hơn các trình duyệt web của bên thứ ba hay không.

Microsoft tuyên bố rằng sự hợp nhất của Windows và IE là kết quả của sự đổi mới và cạnh tranh, rằng cả hai hiện là cùng một sản phẩm và có mối liên hệ chặt chẽ với nhau, và rằng người tiêu dùng đang nhận được những lợi ích miễn phí của IE. Những người phản đối cho rằng, IE vẫn là một sản phẩm riêng biệt không cần phải gắn với Windows, vì một phiên bản IE riêng đã được phát triển có sẵn cho Mac OS. Họ cũng khẳng định rằng IE không thực sự miễn phí vì chi phí phát triển và tiếp thị của nó có thể đã được tính vào giá thành của Windows.

So với quyết định của châu Âu trong vụ việc đối với Microsoft, vụ kiện này, DOJ (Department of Justice - Bộ Tư pháp Hoa Kỳ) tập trung ít hơn vào khả năng tương tác và nhiều hơn vào các chiến lược định giá, các rào cản thị trường

để gia nhập thị trường cũng như khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đến thị trường.

Lịch sử

Tính đến năm 1984, Microsoft là một trong những công ty phần mềm thành công nhất, với doanh thu năm 1983 là 55 triệu USD. Microsoft được nhiều người công nhận là công ty có ảnh hưởng nhất trong ngành phần mềm-máy tính. Với tuyên bố có hơn một triệu máy MS-DOS được cài đặt, người sáng lập kiêm chủ tịch Bill Gates đã quyết định chứng nhận bước nhảy vọt của Microsoft đối với phần còn lại của ngành bằng cách thống trị các ứng dụng, hệ điều hành, thiết bị ngoại vi. Một số người trong cuộc nói rằng Microsoft đang có tham vọng trở thành IBM của ngành công nghiệp phần mềm.

Mặc dù Gates nói rằng ông không cố gắng thống trị với những con số tuyệt đối, nhưng chiến lược của ông liên quan đến hệ điều hành Windows mới của Microsoft lại cho thấy điều đó, Gates cho hay: "Chỉ những ứng dụng tận dụng lợi thế của Windows mới có khả năng cạnh tranh về lâu dài." Gates cho rằng việc Microsoft tham gia vào thị trường ứng dụng với các sản phẩm như Multiplan, Word và sản phẩm Biểu đồ mới không phải là một hoạt động lớn và có thể gây ra ảnh hưởng một cách đáng kể tới cạnh tranh trên thị trường này.

Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ (Federal Trade Commission - FTC) đã bắt đầu điều tra vào năm 1992 về việc liệu Microsoft có đang lạm dụng vị thế độc quyền của mình trên thị trường hệ điều hành PC hay không. Cuộc điều tra đã đi vào ngõ cụt sau cuộc bỏ phiếu hòa của các Ủy viên vào năm 1993, nhưng Bộ Tư pháp đã mở cuộc điều tra riêng vào ngày 21 tháng 8 năm đó, dẫn đến một tuyên bố bị phản đối bởi Microsoft vào ngày 15 tháng 7 năm 1994.

Cụ thể, DOJ qua việc xác định các yếu tố sau để đánh giá về sức mạnh thị trường của Microsoft và từ đó suy ra được vị trí thống lĩnh của nó:

Thị trường liên quan

Hiện tại, không có sản phẩm nào, cũng trong tương lai gần mà đa số người dùng trên toàn thế giới có thể thay thế cho hệ điều hành PC tương thích với Intel mà không phải chịu chi phí đáng kể. Hơn nữa, không bất kỳ doanh nghiệp nào đang có kinh doanh hệ điều hành PC tương thích với Intel có thể bắt đầu làm như vậy mà trong một khoảng thời gian ngắn, sẽ làm cho một tỷ lệ đáng kể người dùng một giải pháp thay thế khả thi. Theo đó, nếu một doanh nghiệp kiểm soát việc cấp phép cho tất cả các hệ điều hành PC tương thích với Intel trên toàn thế giới, thì doanh nghiệp đó có thể đặt giá giấy phép cao hơn đáng kể so với mức sẽ được tính

trong một thị trường cạnh tranh và duy trì giá đó trong một khoảng thời gian dài mà không làm mất quá nhiều khách hàng.

Do đó, để xác định mức độ sức mạnh thị trường của Microsoft, thị trường liên quan là việc cấp phép cho tất cả các hệ điều hành PC tương thích với Intel trên toàn thế giới.

Vì vậy, để xác định được cụ thể thị trường liên quan, DOJ đã căn cứ vào các yếu tố sau:

Khả năng thay thế về cầu

Hệ điều hành: Người tiêu dùng không thể chuyển từ hệ điều hành PC tương thích với Intel sang hệ điều hành máy chủ khác tương thích với Intel mà không phải chịu chi phí đáng kể, vì những hệ điều hành này được bán với giá cao hơn đáng kể so với hệ điều hành của Microsoft. Hơn nữa, người tiêu dùng có ý định mua hệ điều hành khác cũng sẽ phải mua một máy tính có công suất và giá cao hơn đáng kể so với PC tương thích với Intel, vì hệ điều hành khác này thường không thể hoạt động bình thường trên phần cứng của PC tương thích với Intel của Microsoft.

Hệ điều hành PC không tương thích với Intel: Vì chỉ có hệ điều hành PC tương thích với Intel mới hoạt động được trên những PC cùng loại, nên người tiêu dùng không thể chọn hệ điều hành chạy trên PC không tương thích với Intel nếu không có phần cứng PC không tương thích với Intel. Do đó, đối với người tiêu dùng đã sở hữu hệ thống PC tương thích với Intel, chi phí chuyển đổi sang hệ điều hành PC không tương thích với Intel bao gồm giá không chỉ của hệ điều hành mới mà còn cả PC mới và các thiết bị ngoại vi mới.

Thiết bị Thông tin: Không có hệ điều hành nào được thiết kế cho máy tính cầm tay, điện thoại không dây "thông minh", đầu thu truyền hình hoặc bảng điều khiển có thể hoạt động như một hệ điều hành thích hợp cho PC tương thích với Intel. Do đó, để thay thế cho hệ điều hành PC tương thích với Intel từ lĩnh vực "thiết bị thông tin", người tiêu dùng phải có một hoặc nhiều thiết bị này để thay cho hệ thống đó.

Máy tính mạng: Hệ thống máy tính mạng (còn gọi là máy khách mỏng) thường chứa các thành phần xử lý trung tâm với các chức năng cơ bản, một số thiết bị ngoại vi quan trọng (như màn hình, bàn phím và chuột), hệ điều hành và trình duyệt. Tuy nhiên, hệ thống không chứa dung lượng lưu trữ lớn và nó xử lý rất yếu nếu có dữ liệu cục bộ. Chỉ có rất ít doanh nghiệp cung cấp hệ thống máy tính mạng và hệ thống này vẫn chưa thu hút được nhu cầu lớn của người tiêu dùng. Một phần là do các hệ thống PC, có thể lưu trữ và xử lý dữ liệu cục bộ cũng như

giao tiếp với máy chủ một cách ưu việt hơn, đã giảm giá rất nhiều để cạnh tranh với hệ thống máy tính mạng này.

Máy tính có chung một máy chủ: Khi băng thông tăng lên các thông tin và dịch vụ như email, công cụ tìm kiếm, dịch vụ đặt chỗ đều được lưu trữ trên một hoặc nhiều máy chủ. Việc kho ứng dụng đóng như của Mac OS đã không còn là một trở ngại quá lớn đối với người dùng vì mọi dịch vụ đều có thể được thực hiện qua một thiết bị có cùng sever có cùng một hoặc nhiều máy chủ. Tuy nhiên, sự đa dạng và dễ sử dụng của các ứng dụng trên máy chủ đòi hỏi phải có nâng cấp về ứng dụng trình duyệt, từ đó hệ điều hành PC tương thích với Intel sẽ giảm đủ để đặt ra một hạn chế đáng kể đối với định giá của hệ thống ứng dụng đó.

Phần mềm trung gian: Hệ điều hành không phải là chương trình phần mềm duy nhất hiển thị API (giao diện lập trình ứng dụng) cho các nhà phát triển ứng dụng. Trình duyệt Web Netscape và các thư viện lớp Java của Sun Microsystems, Inc. là các ví dụ về phần mềm không phải hệ điều hành cũng làm được như vậy. Phần mềm như vậy thường được gọi là "phần mềm trung gian" vì nó dựa trên các giao diện được cung cấp bởi hệ điều hành bên dưới đồng thời để lộ các API của riêng nó cho các nhà phát triển. Hiện tại, không có sản phẩm phần mềm trung gian nào có đủ API để cho phép các nhà cung cấp phần mềm độc lập có lợi để viết các ứng dụng năng suất cá nhân đầy đủ tính năng chỉ dựa vào các API đó.

Khả năng thay thế về cung

Các doanh nghiệp tại thời điểm đó mặc dù không sản xuất hệ điều hành PC tương thích với Intel nhưng cũng có thể có khả năng làm được những hệ điều hành tương thích như vậy. Hơn nữa, một khi một doanh nghiệp đã viết được mã phần mềm cần thiết, họ có thể tạo ra hàng triệu bản sao hệ điều hành của mình với chi phí tương đối thấp. Tuy nhiên, khả năng đáp ứng nhu cầu số lượng lớn là vô ích, nếu nhu cầu về sản phẩm đó chỉ chiếm lượng nhỏ và các dấu hiệu không cho thấy nhu cầu có thể tăng đối với hệ điều hành PC mới tương thích với Intel. Ngược lại, họ chỉ ra rằng nhu cầu về một hệ điều hành PC mới tương thích với Intel sẽ bị hạn chế nghiêm trọng bởi một vấn đề “con gà và quả trứng” khó giải quyết: Phần lớn người tiêu dùng sẽ chỉ sử dụng một hệ điều hành PC có số lượng lớn và đa dạng các ứng dụng chất lượng cao, đầy đủ tính năng và có vẻ tương đối chắc chắn rằng các loại ứng dụng mới và phiên bản mới của các ứng dụng hiện có sẽ tiếp tục được bán trên thị trường cùng tốc độ với những ứng dụng được viết cho các hệ điều hành khác.

Thật không may cho các công ty có sản phẩm không phù hợp với chính sách đó, việc chuyển các ứng dụng từ hệ điều hành này sang hệ điều hành khác là một quá trình tốn kém. Do đó, các nhà phát triển phần mềm thường viết các ứng

dụng đầu tiên và thường dành riêng cho hệ điều hành đã được sử dụng bởi một phần lớn người dùng PC. Người dùng không muốn mua một hệ điều hành cho đến khi rõ ràng rằng hệ thống sẽ hỗ trợ các thế hệ ứng dụng đáp ứng nhu cầu của họ, và chính các nhà phát triển không muốn đầu tư vào việc viết hoặc chuyển các ứng dụng cho một hệ điều hành cho đến khi rõ ràng rằng sẽ có một thị trường lớn và ổn định cho nó. Hơn nữa, những người tiêu dùng đã sử dụng một hệ điều hành PC tương thích với Intel thậm chí ít có khả năng hơn những người mua lần đầu, vì việc chuyển sang một hệ thống mới sẽ yêu cầu những người dùng này bỏ khoản tiền mà họ đã mua nó.

Trong phạm vi các nhà phát triển bắt đầu viết các ứng dụng hấp dẫn chỉ dựa vào máy chủ hoặc phần mềm trung gian thay vì hệ điều hành PC, rào cản xâm nhập thị trường này có thể bị xói mòn. Tuy nhiên, như Tòa án có phát hiện ở trên, vẫn còn phải xem liệu sự phát triển dựa trên máy chủ hay phần mềm trung gian có phát triển mạnh mẽ hay không. Ngay cả khi sự phát triển như vậy được coi là mạnh mẽ, sẽ phải mất vài năm mới đủ để dọn đường cho sự xuất hiện tương đối nhanh chóng của một giải pháp thay thế khả thi cho các hệ điều hành PC tương thích với Intel hiện tại.

Sức mạnh của Microsoft trên thị trường liên quan

Microsoft có rất nhiều quyền lực trên thị trường dành cho hệ điều hành PC tương thích với Intel, đến nỗi nếu muốn sử dụng sức mạnh này chỉ về mặt giá cả, họ có thể tính giá Windows cao hơn đáng kể so với mức giá có thể được tính trong một thị trường cạnh tranh. Hơn nữa, nó có thể làm như vậy trong một khoảng thời gian đáng kể mà không làm mất đi khối lượng kinh doanh không thể chấp nhận được vào tay các đối thủ cạnh tranh. Nói cách khác, Microsoft được hưởng quyền lực độc quyền trên thị trường liên quan. Nhìn chung, ba yếu tố chính cho thấy rằng Microsoft nắm giữ quyền lực độc quyền đó là:

Thứ nhất, thị phần của Microsoft đối với hệ điều hành PC tương thích với Intel là cực kỳ lớn và ổn định.

Microsoft sở hữu thị phần thống trị, bền bỉ và ngày càng tăng trên thị trường toàn cầu về hệ điều hành PC tương thích với Intel. Mỗi năm trong thập kỷ qua, thị phần của Microsoft đối với hệ điều hành PC tương thích với Intel đã ở mức trên 90%. Trong vài năm qua, con số này ít nhất là chín mươi lăm phần trăm và các nhà phân tích dự đoán rằng thị phần sẽ còn tăng cao hơn trong vài năm tới. Ngay cả khi hệ điều hành Mac OS của Apple được đưa vào thị trường liên quan, thị phần của Microsoft vẫn sẽ đứng trên 80%.

Thứ hai, thị phần thống trị của Microsoft được bảo vệ bởi hàng rào gia nhập cao.

Thị phần thống trị của Microsoft được bảo vệ bởi cùng một rào cản giúp xác định thị trường cho hệ điều hành PC tương thích với Intel. Như đã giải thích ở trên, rào cản về mặt ứng dụng sẽ ngăn cản một công ty tham gia vào thị trường liên quan thu hút một lượng lớn khách hàng khỏi một công ty đương nhiệm thống trị ngay cả khi công ty đương nhiệm định giá sản phẩm của họ cao hơn đáng kể mức cạnh tranh trong một khoảng thời gian đáng kể. Bởi vì thị phần của Microsoft quá thống trị, rào cản này cũng có tác động tương tự trong thị trường: Nó ngăn cản các hệ điều hành PC tương thích với Intel không phải Windows thu hút nhu cầu tiêu dùng đáng kể và nó sẽ tiếp tục như vậy ngay cả khi Microsoft giữ giá cao hơn đáng kể mức độ cạnh tranh.

Thứ ba, và phần lớn là do rào cản đó, khách hàng của Microsoft thiếu một giải pháp thay thế khả thi về mặt thương mại cho Windows.

Thị phần của Microsoft và rào cản gia nhập ứng dụng mang lại cho công ty sức mạnh độc quyền trên thị trường hệ điều hành PC tương thích với Intel được minh chứng trực tiếp bằng việc liên tục không có các giải pháp thay thế thương mại thực tế cho các sản phẩm hệ điều hành PC của Microsoft

Các nhà sản xuất PC (được gọi là "nhà sản xuất thiết bị gốc" hoặc "OEM") là khách hàng trực tiếp quan trọng nhất đối với hệ điều hành cho PC tương thích với Intel. Vì sự cạnh tranh giữa các OEM rất gay gắt nên họ đặc biệt chú ý đến nhu cầu của người tiêu dùng. Do đó, OEM không chỉ là khách hàng quan trọng theo đúng nghĩa của họ, họ còn là người đại diện cho người tiêu dùng trong việc xác định các lựa chọn thương mại thay thế hợp lý cho Windows. Không có ngoại lệ, tất cả OEM đều cài đặt sẵn Windows trên đại đa số PC mà họ bán và họ đều quan niệm rằng không tồn tại sự thay thế khả thi về mặt thương mại mà họ có thể chuyển đổi để đáp ứng với mức tăng giá đáng kể và bền vững hoặc tương đương của Microsoft. Ví dụ, vào năm 1995, tại thời điểm IBM vẫn đặt hy vọng vào khả năng của OS / 2 để cạnh tranh với Windows, công ty này đã tính toán rằng công ty PC của họ sẽ mất từ 70 đến 90% doanh số bán hàng nếu không tải được Windows 95 lên Máy tính cá nhân.

Ngoài ra DOJ còn dựa vào nhiều yếu tố khác để làm rõ về hành vi định giá cũng như những trách nhiệm của Microsoft đối với thiệt hại do hành vi của mình gây ra và việc tác độnng gây thiệt hại đến người tiêu dùng cũng được tính đến để có cái nhìn đầy đủ nhất về hành vi của Microsoft.

Nhận xét chung

Nhìn chung, trong vụ việc này, DOJ cũng như các tòa án có liên quan đã tập trung xác định về thị trường liên quan và vị trí thống lĩnh của Microsoft, từ đó cho thấy rằng Microsoft dường như có vị thế thống lĩnh tuyệt đối trên thị trường

hệ điều hành tương thích với Intel. Qua việc đánh giá về thị trường liên quan cũng như vị trí thống lĩnh, có thể thấy được việc chỉ Mcrosoft duy trì giá bán đối với hệ điều hành tương thích với Intel cao hơn mức cạnh tranh trên thị trường trong khi không có một sản phẩm nào có tiềm năng thay thế đã gây tác động một cách đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường này.

Tuy không có một khuôn mẫu nào để đánh giá cho tất cả các hành vi về tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể, nhưng qua việc xác định sức mạnh thị trường thì gần như đã xác định được hầu hết các yếu tố để có thể đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Như đã trình bày, Microsoft có vị trí thống lĩnh với một thị phần gần như tuyệt đối trên thị trường, vì thế mọi hành động mang tính hạn chế cạnh tranh được khuếch đại qua việc doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, có sức mạnh gần như tuyệt đối trên thị trường và từ đó gây nên tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

2.2. Kinh nghiệm của EU

2.2.1. Quy định kiểm soát hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) theo pháp luật cạnh tranh của EU

Tại EU, việc xác định liệu một doanh nghiệp nào đấy có giữ vị trí thống lĩnh thị trường hay không luôn được tiến hành căn cứ theo nhiều tiêu chí khác nhau, chủ yếu gồm các tiêu chí sau:

(1) Thị phần của doanh nghiệp: Trong vụ việc AKZO (1991), Tòa án Công lý của EU đã từng ra quyết định *"trừ trường hợp đặc biệt, bản thân việc nắm giữ một thị phần đặc biệt lớn đã là bằng chứng về sự tồn tại của một vị trí thống lĩnh"*. Tuy nhiên, EC cũng cho rằng một mình tiêu chí thị phần chưa đủ để xác định vị trí thỗng lĩnh, nhìn chung, đây chỉ là một căn cứ suy đoán.

(2) Sự mất cân đối giữa các lực lượng trên thị trường: theo Hội đồng cạnh tranh Pháp và Tổng cục Cạnh tranh, tiêu dùng và chống gian lận thương mại Pháp trong vụ việc công ty NMPP năm 1987 quy mô của các doanh nghiệp, doanh nghiệp có hay không trực thuộc vào một tập đoàn, khả năng tài chính, sự yếu kém tương đối của các đối thủ cạnh tranh v.v… cũng có thể là một trong các tiêu chí giúp xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp.

(3) Việc một doanh nghiệp có thị phần lớn nhưng lại bị mất dần thị phần có thể là biểu hiện cho thấy doanh nghiệp đó phải chịu áp lực cạnh tranh, và do đó không còn chiếm vị trí thống lĩnh nữa. Tuy nhiên trong một số trường hợp, *"khi một doanh nghiệp đang chiếm vị trí độc quyền chuyển sang một hoàn cảnh mới trong đó sự cạnh tranh ngày càng được thể hiện mạnh mẽ thì việc doanh nghiệp đó điều chỉnh giá của mình theo giá thị trường không phải là căn cứ đương*

nhiên để kết luận rằng doanh nghiệp đã mất khả năng tuân theo quy luật cạnh tranh và vị trí thống lĩnh" (Quyết định số 2001-D-23 của Hội đồng cạnh tranh Pháp về một số hành vi của Công ty Abbott trên thị trường sản phẩm gây tê).

(4) Việc nắm giữ một số lợi thế như trình độ công nghệ, hiệu quả quản lý, uy tín của nhãn hiệu, sự năng động trong kinh doanh… Vào năm 1994, Tòa án Phúc thẩm Versailles, Pháp từng kết luận Công ty FR3 chiếm vị trí thống lĩnh trên thị trường cung cấp dịch vụ sản xuất sản phẩm nghe nhìn mặc dù thị phần của họ chỉ là 7.3%. Bởi vì: FR3 chủ yếu thu nhập từ khoản tiền phí xem truyền hình mà các đối thủ cạnh tranh tư nhân không thể có; và doanh thu của FR3 lớn gấp hai lần so với doanh thu của nhiều đối thủ cạnh tranh.

(5) Những yếu tố bên ngoài có khả năng cho phép doanh nghiệp tránh được sự cạnh tranh thực chất. Đó có thể là một khuôn khổ pháp luật tạo ra độc quyền hay những rào cản đối với việc gia nhập thị trường, như chi phí quảng cáo quá lớn v.v… Mức độ phát triển của thị trường cũng là một yếu tố cần phải tính tới. Ủy ban Châu Âu cho rằng trên một thị trường mới hình thành, việc nắm giữ một thị phần lớn sẽ đóng vai trò ít quan trọng hơn trong việc đánh giá vị trí thống lĩnh. Trong tất cả các tiêu chí trên, quan điểm của các cơ quan cạnh tranh Châu Âu là không có tiêu chí nào có thể cho phép khẳng định doanh nghiệp có chiếm vị trí thống lĩnh thị trường hay không, nhưng nếu nhiều tiêu chí, nhiều dấu hiệu cùng kết hợp lại thì có thể cho phép khẳng định điều đó.

Đối với pháp luật cạnh tranh của EU, quy định pháp luật liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền là Điều 102 Hiệp ước về Hoạt động của Liên minh châu Âu (**Treaty on the Functioning of the European Union**, gọi tắt là **TFEU**, thường được biết đến như là chỉ dẫn "*de minimis*"). Độc quyền và lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường được quy định tại Điều 102 của TFEU, áp dụng cho bất kỳ hành vi nào của một hoặc nhiều doanh nghiệp dẫn đến lạm dụng vị trí thống lĩnh và ảnh hưởng đến thương mại trong EU. Ủy ban Châu Âu (Ủy ban) cũng đã xuất bản Hướng dẫn về các ưu tiên thực thi của Ủy ban trong việc áp dụng Điều 102 của TFEU đối với hành vi loại trừ lạm dụng bằng các chủ trương chi phối.

Vị trí thống lĩnh là một vị trí có sức mạnh kinh tế cho phép một doanh nghiệp cản trở sự cạnh tranh hiệu quả trên thị trường bằng cách cho phép doanh nghiệp hành xử ở một mức độ đáng kể độc lập với các đối thủ cạnh tranh, khách hàng và người tiêu dùng. Để đánh giá sự thống lĩnh:

i) Bước đầu tiên là xác định thị trường liên quan và thị phần của doanh nghiệp liên quan.

ii) Bước thứ hai là đánh giá xem liệu điều này có tạo ra sức mạnh thị trường đủ để thống trị hay không.

Mặc dù bản thân thị phần không phải là yếu tố quyết định sự thống lĩnh, nhưng chúng là một yếu tố quan trọng. Nói chung, khi một doanh nghiệp có thị phần từ 40% trở lên, sẽ có nguy cơ cao được coi là thống lĩnh, nhưng điều này sẽ phụ thuộc vào thị trường được đề cập (và sự thống lĩnh cũng có thể xảy ra nếu thị phần dưới mức này). Theo các án lệ đã được thiết lập, một doanh nghiệp có thị phần trên 50% sẽ tạo ra một giả định nắm giữ vị trí thống lĩnh. Tuy nhiên, các yếu tố khác sẽ được tính đến trước khi kết luận rằng vị trí thống lĩnh tồn tại.

Các yếu tố khác liên quan đến vị trí thống lĩnh của một doanh nghiệp đó là sức cạnh tranh của các đối thủ cạnh tranh đang tồn tại và khả năng mở rộng hoặc gia nhập mới. Các rào cản gia nhập cao (chẳng hạn như quyền sở hữu trí tuệ, giấy phép sản phẩm, sự tồn tại của các mạng lưới phân phối đã được thiết lập và sự hiện diện của thương hiệu hoặc lòng trung thành của khách hàng) tạo điều kiện thuận lợi duy trì vị trí thống lĩnh. Bất kỳ quyền lực đối kháng nào của người mua đối với khách hàng của doanh nghiệp cũng cần được tính đến.

Điều 102 của TFEU đưa ra một danh sách các hành vi có thể cấu thành hành vi lạm dụng:

- Trực tiếp hoặc gián tiếp áp đặt giá mua hoặc giá bán không hợp lý hoặc các điều kiện kinh doanh không công bằng khác;
- Hạn chế sản xuất, thị trường hoặc phát triển kỹ thuật gây thiệt hại cho người tiêu dùng;
- Áp dụng các điều kiện khác nhau với các giao dịch tương đương cho các bên giao dịch khác, đặt họ vào thế bất lợi trong cạnh tranh.
- Áp đặt các điều kiện trong ký kết hợp đồng hoặc ép buộc doanh nghiệp khác ký kết những điều khoản không liên quan đến hợp đồng.

Các tòa án châu Âu đã tuyên bố rõ ràng rằng các hành vi lạm dụng không bị bó hẹp trong một quy chuẩn nhất định, và trong những năm gần đây, một số vụ lạm dụng có tính chất "mới" đã được ghi nhận. Có thể xác định hai loại lạm dụng chính:

- Lạm dụng độc quyền, dẫn đến tịch thu tài sản của các đối thủ cạnh tranh và thường được coi là loại lạm dụng có hại nhất.
- Lạm dụng bóc lột, trong đó doanh nghiệp thống lĩnh sử dụng vị trí của mình để bóc lột khách hàng hoặc nhà cung cấp.

2.2.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) tại EU.

Ủy ban Châu Âu chú trọng vào việc xác định cụ thể một doanh nghiệp hay một nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hay không, thông qua việc đó phần nào sẽ xác định được liệu việc lạm dụng vị trí thông lĩnh đó sẽ có gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể đến thị trường. Cụ thể, theo các hướng dẫn của Ủy ban việc xác định một doanh nghiệp nắm giữ vị trí thống lĩnh được thể hiện qua các yếu tố:

a) Sức mạnh thị trường

Việc đánh giá xem một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hay không và mức độ quyền lực thị trường mà nó nắm giữ là bước đầu tiên trong việc áp dụng Điều 102. Theo các án lệ trước đây, việc nắm giữ vị trí thống lĩnh mang lại một quyền lực đặc biệt đối với hoạt động của doanh nghiệp, để xác định được điều này phải xem xét trong hoàn cảnh cụ thể của từng trường hợp.

Sự thống lĩnh trên thị trường đã được định nghĩa theo luật của Cộng đồng chung Châu Âu, đó là một vị trí có sức mạnh kinh tế được nắm giữ bởi một doanh nghiệp, cho phép doanh nghiệp đó ngăn chặn sự cạnh tranh hiệu quả đang được duy trì trên một thị trường có liên quan, bằng cách cho phép doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hành xử ở một mức độ độc lập đáng kể với đối thủ cạnh tranh, khách hàng và cuối cùng là của người tiêu dùng. Khái niệm độc lập này có liên quan đến mức độ hạn chế cạnh tranh gây ra bởi doanh nghiệp được đề cập. Sự thống lĩnh kéo theo cạnh tranh trên thị trường không còn đủ hiệu quả và do đó, doanh nghiệp đang được đề cập có sức mạnh thị trường đáng kể trong một khoảng thời gian. Ủy ban có thể xem xét rằng các ràng buộc cạnh tranh hiệu quả không có ngay cả khi một số cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng vẫn còn. Nói chung, một vị trí thống trị bắt nguồn từ sự kết hợp của một số yếu tố, nếu xét riêng rẽ chúng thì đó không nhất thiết phải là yếu tố quyết định.

Ủy ban cho rằng một doanh nghiệp có khả năng duy trì giá trên mức cạnh tranh trong một thời gian đáng kể mà không phải đối mặt với các ràng buộc cạnh tranh có thể được coi là có vị trí thống lĩnh. Trong Cộng đồng Châu Âu, khái niệm 'tăng giá' bao gồm khả năng duy trì giá trên mức cạnh tranh và được sử dụng như cách viết tắt của các cách khác nhau mà các thông số cạnh tranh - chẳng hạn như giá cả, sản lượng, sự đổi mới, sự đa dạng hoặc chất lượng của hàng hóa hoặc dịch vụ - có thể bị ảnh hưởng đến lợi thế của cam kết chi phối và gây bất lợi cho người tiêu dùng.

Việc đánh giá mức độ thống lĩnh sẽ dựa trên cấu trúc cạnh tranh của thị trường, và cụ thể là các yếu tố sau:

- Những ràng buộc áp đặt dựa trên nguồn cung cấp hiện có và vị trí trên thị trường của các đối thủ cạnh tranh thực tế (vị trí thị trường của doanh nghiệp thống lĩnh và các đối thủ cạnh tranh),
- Những ràng buộc do mối đe dọa về sự mở rộng trong tương lai của các đối thủ cạnh tranh hiện có hoặc sự gia nhập của các đối thủ tiềm năng (mở rộng và gia nhập),
- Các ràng buộc dựa trên sức mạnh thương lượng của doanh nghiệp là khách hàng (sức mạnh đối kháng của người mua).

Vị trí của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh và các đối thủ cạnh tranh

Thị phần là một yếu tố đầu tiên để Ủy ban xác định cấu trúc thị trường và tầm quan trọng tương đối của các doanh nghiệp khác nhau đang hoạt động trên thị trường đó. Tuy nhiên, Ủy ban xác định thị phần dựa trên các điều kiện thị trường liên quan, và đặc biệt là các động lực của thị trường và mức độ khác biệt của các sản phẩm. Xu hướng hoặc sự phát triển của thị phần theo thời gian cũng có thể được tính đến trong các thị trường đấu thầu hoặc các thị trường có nhiều biến động.

Ủy ban cho rằng, thường các doanh nghiệp có thị phần thấp thì sẽ không có sức mạnh thị trường đáng kể. Kinh nghiệm của Ủy ban cho thấy rằng khả năng thống lĩnh sẽ không xảy ra nếu thị phần của một doanh nghiệp dưới 40% trên thị trường liên quan. Tuy nhiên, có thể có những trường hợp cụ thể nếu dưới ngưỡng đó mà các đối thủ cạnh tranh không ở vị thế để có thể không chịu ảnh hưởng quá đáng kể bởi những hành vi của doanh nghiệp thống lĩnh, ví dụ như khi họ gặp phải những hạn chế nghiêm trọng về năng lực. Những trường hợp như vậy cũng có thể đáng được Ủy ban quan tâm.

Kinh nghiệm cho thấy rằng thị phần càng cao và thời gian nắm giữ càng lâu thì càng có nhiều khả năng là dấu hiệu sơ bộ quan trọng về sự tồn tại của một vị trí thống lĩnh và trong một số trường hợp nhất định có thể gây ra những ảnh hưởng nghiêm trọng do có hành vi lạm dụng. Tuy nhiên, theo nguyên tắc chung, Ủy ban sẽ không đưa ra kết luận cuối cùng về việc có nên theo đuổi một vụ việc hay không nếu không xem xét tất cả các yếu tố về hành vi của một doanh nghiệp.

Rào cản mở rộng hoặc gia nhập thị trường

Các rào cản mở rộng hoặc gia nhập có thể có nhiều dạng khác nhau. Chúng có thể là các rào cản pháp lý, chẳng hạn như thuế quan hoặc hạn ngạch, hoặc chúng có thể dưới dạng những lợi thế được hưởng đặc biệt bởi doanh nghiệp có

vị trí thống lĩnh, chẳng hạn quyền tiếp cận đặc quyền với nguồn đầu vào thiết yếu hoặc tài nguyên thiên nhiên, công nghệ quan trọng hoặc một mạng lưới phân phối và bán hàng đã được thiết lập từ trước. Chúng cũng có thể bao gồm các chi phí và trở ngại khác, ví dụ như do hiệu ứng mạng lưới mà khách hàng phải đối mặt khi chuyển sang nhà cung cấp mới. Hành vi của chính doanh nghiệp thống lĩnh cũng có thể tạo ra các rào cản gia nhập, ví dụ như khi họ đã ký kết các hợp đồng dài hạn với khách hàng của mình để có hiệu quả ràng buộc đáng kể. Thị phần cao liên tục có thể là dấu hiệu cho thấy sự tồn tại của các rào cản gia nhập và mở rộng.

Quyền đối kháng của người mua

Việc tác động dẫn đến hạn chế cạnh tranh có thể được gây ra không chỉ bởi các đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng mà cả khách hàng. Ngay cả một doanh nghiệp có thị phần cao cũng không thể hoạt động ở mức độ độc lập đáng kể với những khách hàng có đủ sức mạnh thương lượng. Sức mua đối kháng như vậy có thể xuất phát từ quy mô của khách hàng hoặc ý nghĩa thương mại của họ đối với doanh nghiệp thống lĩnh, và khả năng chuyển đổi nhanh chóng sang các nhà cung cấp khác, để thúc đẩy các doanh nghiệp gia nhập mới vào chuỗi sản xuất. Tuy nhiên, quyền lực của người mua có thể không được coi là một ràng buộc đủ hiệu quả nếu nó chỉ đảm bảo rằng một bộ phận khách hàng cụ thể không bị ảnh hưởng bởi sức mạnh thị trường của doanh nghiệp thống lĩnh.

b) Hạn chế trên thị trường dẫn đến ảnh hưởng tới quyền lợi người tiêu dùng

Mục đích của Ủy ban liên quan đến hành vi loại trừ là để đảm bảo rằng các doanh nghiệp thống lĩnh không làm ảnh hưởng đến cạnh tranh công bằng bằng cách chèn ép đối thủ cạnh tranh của họ theo cách phản cạnh tranh, do đó có tác động bất lợi đến quyền lợi của người tiêu dùng, được biểu hiện dưới hình thức định giá bất hợp lý, hoặc một số hình thức khác như hạn chế chất lượng sản phẩm hoặc giảm thiểu lựa chọn của người tiêu dùng. Ở đây, thuật ngữ "hạn chế cạnh tranh" được sử dụng để mô tả tình huống mà việc tiếp cận đối với nguồn cung cấp hoặc thị trường của các đối thủ cạnh tranh hiện có hoặc tiềm năng bị cản trở hoặc bị loại bỏ do hành vi của doanh nghiệp thống lĩnh, theo đó doanh nghiệp thống lĩnh tăng giá nhằm trục lợi gây thiệt hại cho người tiêu dùng. Việc xác định khả năng gây hại cho người tiêu dùng có thể dựa trên bằng chứng định tính và nếu có thể thì dựa cả vào bằng chứng định lượng.

Thông thường, Ủy ban sẽ can thiệp theo Điều 102, trong đó, trên cơ sở các bằng chứng rõ ràng và thuyết phục để đánh giá hành vi bị cáo buộc lạm dụng có khả năng dẫn đến hạn chế cạnh tranh. Ủy ban dựa vào các yếu tố sau để đánh giá:

- *Vị trí của doanh nghiệp thống lĩnh*: nhìn chung, vị trí thống lĩnh càng mạnh thì khả năng doanh nghiệp có hành vi bảo toàn vị trí đó càng cao dẫn đến khả năng gây ra hạn chế cạnh tranh càng lớn.

- *Các điều kiện trên thị trường liên quan*: điều này bao gồm các điều kiện gia nhập và mở rộng, chẳng hạn như sự tồn tại của tính kinh tế theo quy mô và / hoặc phạm vi và hiệu ứng mạng lưới. Tính kinh tế theo quy mô có nghĩa là các đối thủ cạnh tranh ít có khả năng gia nhập hoặc ở lại thị trường nếu đối thủ cạnh tranh thống lĩnh chiếm đoạt một phần đáng kể thị trường liên quan. Tương tự như vậy, hành vi này có thể cho phép doanh nghiệp thống lĩnh 'tác động" đến một thị trường có mạng lưới có lợi cho nó để tiếp tục duy trì vị thế của nó trên thị trường đó. Tương tự như vậy, nếu các rào cản gia nhập thị trường thượng nguồn và/hoặc hạ nguồn là đáng kể, điều này có nghĩa là đối thủ cạnh tranh có thể khó khăn trong việc vượt qua khả năng bị hạn chế cạnh tranh thông qua sự ảnh hưởng theo chiều dọc.

- *Vị trí của các đối thủ cạnh tranh*: điều này bao gồm tầm quan trọng của các đối thủ trong việc duy trì cạnh tranh công bằng trên thị trường. Một đối thủ cạnh tranh có thể có sức cạnh tranh đáng kể ngay cả khi nó chỉ chiếm một thị phần nhỏ so với các đối thủ khác. Ví dụ, nó có thể là đối thủ cạnh tranh gần nhất với doanh nghiệp thống lĩnh, là đối thủ cạnh tranh đặc biệt bởi sự sáng tạo trong kinh doanh, hoặc có danh tiếng bởi các chương trình giảm giá. Trong đánh giá của mình, Ủy ban cũng có thể xem xét trong các trường hợp thích hợp, trên cơ sở thông tin sẵn có, liệu các đối thủ cạnh tranh có thể sẽ triển khai các biện pháp hiệu quả và kịp thời hay không.

- *Vị thế của khách hàng hoặc nhà cung cấp*: doanh nghiệp thống lĩnh chỉ có thể áp dụng thông lệ cho một số khách hàng hoặc nhà cung cấp đầu vào được lựa chọn, những người có thể có tầm quan trọng đặc biệt đối với sự gia nhập hoặc mở rộng của các đối thủ cạnh tranh, do đó nâng cao khả năng hạn chế cạnh tranh.

- *Mức độ của hành vi bị cáo buộc là lạm dụng*: nhìn chung, tỷ lệ phần trăm tổng doanh số bán hàng trên thị trường liên quan bị ảnh hưởng bởi hành vi càng cao, thời hạn của hành vi đó càng dài hoặc được áp dụng thường xuyên, thì khả năng hạn chế cạnh tranh càng lớn.

- *Bằng chứng thực tế của việc hạn chế cạnh tranh*: nếu hành vi đã được thực hiện trong một khoảng thời gian, các hoạt động thị trường của doanh nghiệp thống lĩnh và các đối thủ cạnh tranh của nó có thể cung cấp bằng chứng trực tiếp về tình trạng cạnh tranh bị hạn chế. Vì những lý do được cho là có hành vi lạm dụng, thị phần của doanh nghiệp chi phối có thể đã tăng lên trên thị trường liên quan. Vì những lý do tương tự, các đối thủ cạnh tranh thực tế có thể đã bị loại bỏ

hoặc có thể đã rút lui khỏi thị trường, hoặc các đối thủ cạnh tranh tiềm năng có thể đã cố gắng tham gia vào thị trường nhưng không thể.

- *Bằng chứng trực tiếp về bất kỳ hành vi loại trừ nào*: điều này bao gồm các tài liệu nội bộ chứa bằng chứng trực tiếp về chiến lược nhằm loại trừ đối thủ cạnh tranh của doanh nghiệp, chẳng hạn như kế hoạch chi tiết để thực hiện một số hành vi nhất định nhằm loại trừ đối thủ cạnh tranh, ngăn chặn việc gia nhập hoặc ngăn chặn sự mở rộng thị trường của các doanh nghiệp khác hoặc bằng chứng về các mối đe dọa thực tế của hành vi. Bằng chứng trực tiếp như vậy có thể hữu ích trong việc giải thích hành vi của doanh nghiệp thống lĩnh.

2.2.3. Vụ việc điển hình

Ủy ban Châu Âu (European Commission - EC) vs Google

a) Giới thiệu

Ngày 27 tháng 6 năm 2017 Ủy ban Châu Âu ban hành Quyết định xác định rằng việc Google Inc. ('Google') can thiệp nhằm hiển thị thuận lợi hơn về dịch vụ mua sắm của riêng mình so với các dịch vụ mua sắm của các đối thủ cạnh tranh, vi phạm Điều 102 TFEU và Điều 54 của Hiệp định EEA. Quyết định ra lệnh cho Google và công ty mẹ là Alphabet Inc. ('Alphabet') ngay lập tức chấm dứt hành vi vi phạm, đồng thời phạt Alphabet Inc. và Google Inc. vì hành vi lạm dụng trong khoảng thời gian từ ngày 1 tháng 1 năm 2008 đến thời điểm có quyết định.

b) Thị trường liên quan và vị trí thống lĩnh

Quyết định kết luận rằng thị trường sản phẩm liên quan cho mục đích của trường hợp này là thị trường cho các dịch vụ tìm kiếm chung và thị trường cho các dịch vụ mua sắm so sánh. Việc cung cấp các dịch vụ tìm kiếm chung tạo thành một thị trường sản phẩm riêng biệt, bởi vì:

(i) đây là một hoạt động kinh tế;

(ii) có giới hạn khả năng thay thế về cầu và khả năng thay thế về cung hạn chế giữa các dịch vụ tìm kiếm nói chung và các dịch vụ trực tuyến khác;

(iii) kết luận này được giữ nguyên ngay cả khi các dịch vụ tìm kiếm chung trên thiết bị tĩnh so với thiết bị di động được xét tới.

Việc cung cấp các dịch vụ mua sắm so sánh tạo thành một thị trường sản phẩm liên quan riêng biệt. Điều này là do các dịch vụ mua sắm so sánh không thể thay thế cho các dịch vụ khác được cung cấp bởi:

(i) các dịch vụ tìm kiếm chuyên về các chủ đề khác nhau (chẳng hạn như chuyến bay, khách sạn, nhà hàng hoặc tin tức);

(ii) các nền tảng quảng cáo tìm kiếm trực tuyến;

(iii) các nhà bán lẻ trực tuyến;

(iv) nền tảng thương gia;

(v) các công cụ mua sắm so sánh ngoại tuyến.

Quyết định kết luận rằng thị trường địa lý liên quan cho các dịch vụ tìm kiếm chung và dịch vụ mua sắm so sánh đều có phạm vi đối với tất cả các quốc gia thành viên.

Vị trí thống trị của Google trên thị trường dịch vụ tìm kiếm nói chung

Quyết định kết luận rằng kể từ năm 2007, Google đã giữ vị trí thống lĩnh trong mỗi thị trường tại các quốc gia về tìm kiếm nói chung, ngoại trừ ở Cộng hòa Séc, nơi Google có vị trí thống trị kể từ năm 2011.

Kết luận này dựa trên thị phần của Google, sự tồn tại của các rào cản đối với việc mở rộng và gia nhập, sự bất ổn định của người dùng, sự tồn tại của các hiệu ứng thương hiệu và việc thiếu sức mạnh đối kháng của người mua. Kết luận được giữ nguyên mặc dù thực tế là các dịch vụ tìm kiếm chung được cung cấp miễn phí và kể cả đối với việc công cụ tìm kiếm chung trên thiết bị tĩnh có tạo thành một thị trường khác biệt với tìm kiếm chung trên thiết bị di động hay không.

c) Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường

Quyết định kết luận rằng Google có hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của mình trong các thị trường liên quan đối với các dịch vụ tìm kiếm chung ở các quốc gia ký kết Hiệp định EEA bằng cách hiển thị thuận lợi hơn, trong các trang kết quả tìm kiếm chung, dịch vụ mua sắm của chính Google so với các dịch vụ mua sắm của các đối thủ cạnh tranh khác.

Hành vi của Google là lạm dụng vị trí thống lĩnh, bởi vì:

(i) Google thực hiện điều hướng lưu lượng truy cập từ các dịch vụ mua sắm so sánh của các đối thủ cạnh tranh sang dịch vụ mua sắm so sánh của riêng họ, từ đó làm giảm lưu lượng truy cập từ các kết quả tìm kiếm hiển thị trên công cụ Google của các dịch vụ mua sắm cạnh tranh và tăng lưu lượng truy cập từ các kết quả tìm kiếm chung của Google các trang đến dịch vụ mua sắm so sánh của riêng Google;

(ii) có khả năng gây ra hoặc có khả năng có tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường của từng quốc gia trong khối đối với các dịch vụ mua sắm so sánh và các dịch vụ tìm kiếm chung.

Hành vi của Google: sắp xếp và hiển thị thuận lợi hơn trong các trang kết quả tìm kiếm chung của dịch vụ mua sắm so sánh riêng của mình

Quyết định đã giải thích cách mà Google sắp xếp và hiển thị thuận lợi hơn, trong các trang kết quả tìm kiếm chung, dịch vụ mua sắm so sánh của chính họ so với các dịch vụ mua sắm so sánh của các đối thủ cạnh tranh.

Đầu tiên, Quyết định giải thích cách các dịch vụ mua sắm so sánh cạnh tranh được sắp xếp và hiển thị trong các trang kết quả tìm kiếm chung của Google. Liên quan đến cách sắp xếp của họ, Quyết định giải thích cách các thuật toán chuyên dụng nhất định làm cho các dịch vụ mua sắm so sánh của các đối thủ cạnh tranh dễ bị giảm xếp hạng trong các trang kết quả tìm kiếm chung của Google và điều này đã ảnh hưởng đến khả năng hiển thị của các dịch vụ này trên các trang kết quả tìm kiếm của Google. Liên quan đến việc hiển thị của các dịch vụ, Quyết định cũng đã nêu giải thích cách mà các dịch vụ mua sắm so sánh cạnh tranh bị hạn chế hiển thị trong kết quả tìm kiếm chung của Google.

Thứ hai, Quyết định giải thích cách dịch vụ mua sắm so sánh của riêng Google được sắp xếp và hiển thị trong các trang kết quả tìm kiếm chung của Google. Liên quan đến việc sắp xếp của họ, Quyết định giải thích rằng dịch vụ của Google được định vị nổi bật và không phải tuân theo các thuật toán chuyên dụng khiến các dịch vụ mua sắm so sánh cạnh tranh dễ bị giảm xếp hạng trong các trang tìm kiếm chung của Google. Liên quan đến việc hiển thị, Quyết định giải thích rằng dịch vụ mua sắm so sánh của riêng Google được hiển thị với các tính năng nâng cao ở gần đầu trang tìm kiếm chung đầu tiên, trong khi các tính năng đó không thể truy cập được đối với các dịch vụ của đối thủ cạnh tranh khác.

Việc sắp xếp và hiển thị thuận lợi dịch vụ mua sắm so sánh của riêng Google sẽ chuyển hướng lưu lượng truy cập khỏi các dịch vụ mua sắm so sánh của các đối thủ cạnh tranh.

Trước tiên, Quyết định phân tích ảnh hưởng của việc sắp xếp và hiển thị kết quả tìm kiếm chung đối với hành vi của người dùng. Nó cho thấy rằng người dùng có xu hướng nhấp nhiều hơn vào các liên kết hiển thị nhiều hơn trên trang kết quả tìm kiếm chung.

Sau đó, Quyết định phân tích sự tiến triển thực tế của lưu lượng truy cập đến các dịch vụ mua sắm so sánh của các đối thủ cạnh tranh với Google, giúp khẳng định thêm những bằng chứng về hành vi của người dùng.

Đầu tiên, có bằng chứng cho thấy ảnh hưởng nhanh chóng của việc xếp hạng các kết quả trong Google Tìm kiếm dẫn đến tỷ lệ chênh lệch trong việc nhấp vào các kết quả này là khác nhau.

Thứ hai, Ủy ban đã so sánh khả năng biến đổi hiển thị của các dịch vụ mua sắm so sánh khác bằng công thức tính của một công ty độc lập là Sistrix và sự biến đổi của lưu lượng tìm kiếm chung từ Google đến các dịch vụ này.

Thứ ba, bằng chứng trong hồ sơ của Ủy ban chỉ ra rằng việc dịch vụ mua sắm so sánh của Google được sắp xếp và hiển thị thuận lợi hơn trong các trang kết quả tìm kiếm chung của nó đã dẫn đến sự gia tăng lưu lượng truy cập vào dịch vụ đó.

Thứ tư, bằng chứng trong hồ sơ về sự gia tăng thực tế của lưu lượng truy cập đến dịch vụ mua sắm so sánh của Google xác nhận rằng dịch vụ mua sắm càng được sắp xếp và hiển thị nổi bật trong các trang kết quả tìm kiếm chung của Google, thì dịch vụ đó càng thu được nhiều lưu lượng truy cập.

Lưu lượng truy cập từ các trang kết quả tìm kiếm chung của Google đại diện cho một tỷ lệ lớn lưu lượng truy cập của các dịch vụ mua sắm so sánh cạnh tranh và không thể dễ dàng thay thế

Quyết định kết luận rằng lưu lượng truy cập từ các trang kết quả tìm kiếm chung của Google, tức là nguồn lưu lượng truy cập được chuyển hướng từ các dịch vụ mua sắm so sánh, chiếm một tỷ lệ lớn.

Thêm vào đó, không có nguồn lưu lượng thay thế nào hiện có sẵn cho các dịch vụ mua sắm so sánh khác, bao gồm lưu lượng truy cập từ AdWords, ứng dụng di động và lưu lượng truy cập trực tiếp, có thể thay thế hiệu quả lưu lượng tìm kiếm chung từ các trang kết quả tìm kiếm của Google.

Hành vi của Google tiềm ẩn tác động hạn chế cạnh tranh

Quyết định kết luận rằng hành vi của Google tiềm ẩn một số tác động hạn chế cạnh tranh.

Thứ nhất, hành vi của Google có khả năng ép giá các dịch vụ mua sắm so sánh cạnh tranh, điều này có thể dẫn đến phí cao hơn cho người bán, giá cao hơn cho người tiêu dùng và ít đổi mới hơn.

Thứ hai, hành vi của Google có khả năng làm giảm khả năng người tiêu dùng tiếp cận các dịch vụ mua sắm so sánh phù hợp với họ hơn.

Thứ ba, hành vi của Google cũng có thể có tác động hạn chế cạnh tranh ngay cả khi các dịch vụ mua sắm so sánh không tạo thành một thị trường sản phẩm phù hợp riêng biệt, mà là một phân đoạn của thị trường sản phẩm có liên quan rộng hơn có thể bao gồm cả dịch vụ mua sắm so sánh và nền tảng thương mại.

Lý do khách quan hoặc lý do về tác động tích cực của hành vi

Quyết định kết luận rằng Google đã không cung cấp bằng chứng có thể xác minh để chứng minh rằng hành vi của họ là không thể thiếu để đạt được hiệu quả và không có lựa chọn thay thế ít tác động đến cạnh tranh hơn đối với hành vi có khả năng tạo ra hiệu quả tương tự. Họ cũng không cung cấp các lập luận hoặc bằng chứng để chỉ ra rằng hiệu quả có thể do hành vi mang lại lớn hơn bất kỳ tác động tiêu cực nào có thể xảy ra đối với cạnh tranh và phúc lợi của người tiêu dùng tại các thị trường bị ảnh hưởng.

Tác động đến thị trường

Quyết định kết luận rằng hành vi của Google có ảnh hưởng đáng kể đến thương mại giữa các Quốc gia Thành viên và giữa các Bên ký kết Hiệp định EEA.

Nhận xét chung

Có thể thấy, cũng giống như Bộ Tư pháp của Hoa kỳ, Ủy ban Châu Âu cũng không ban hành một quy định, một công thức riêng biệt nhằm xác định tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường, mà thay vào đó việc qua từng bước xác định các yếu tố như Thị trường liên quan, Vị trí thống lĩnh, và các tác động của hành vi đến việc hoạt động của các đối thủ cạnh tranh cũng như ảnh hưởng tới thị trường. Việc xác định được các yếu tố này, sẽ làm rõ được việc doanh nghiệp có năm giữ vị trí thống lĩnh hay không và mức độ thống lĩnh của doanh nghiệp trên thị trường liên quan, từ đó có thể xác định được một hành vi được thực hiện bởi doanh nghiệp đó có tác động đến cạnh tranh, và xác định được các hậu quả có thể thấy được trên thị trường.

2.3. Kinh nghiệm của Nhật Bản.

2.3.1. Quy định kiểm soát hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) theo pháp luật cạnh tranh của Nhật Bản.

Hai khái niệm "độc quyền tư nhân" và "hoạt động cạnh tranh không lành mạnh" là những căn cứ pháp lý cơ bản của hệ thống pháp luật Nhật Bản điều chỉnh hành vi của các doanh nghiệp thống lĩnh.

Thứ nhất, độc quyền tư nhân bị cấm theo Điều 3 của Đạo Luật về Cấm độc quyền tư nhân và duy trì cạnh tranh lành mạnh (Đạo luật), trong đó quy định rằng "không doanh nghiệp nào được thực hiện các hành vi độc quyền hoá tư nhân hoặc hạn chế thương mại bất hợp lý".

Độc quyền hoá tư nhân được xác định theo Điều 2-5 của Đạo Luật, theo đó, độc quyền hoá tư nhân là "hành vi kinh doanh được bất kỳ doanh nghiệp nào thực hiện một cách độc lập hoặc kết hợp, thông đồng với các doanh nghiệp khác hoặc dưới bất kỳ hình thức nào nhằm loại bỏ hoặc kiểm soát hoạt động kinh doanh

của doanh nghiệp khác, dẫn đến kết quả trái với lợi ích công cộng hoặc hạn chế cạnh tranh đáng kể trong một lĩnh vực thương mại nhất định".

Thứ hai, Điều 19 của Đạo luật này cũng cấm các doanh nghiệp tham gia vào hành vi đơn phương của một doanh nghiệp khác nhằm hoạt động kinh doanh không lành mạnh. Các hành vi đó bao gồm định giá huỷ diệt, thương mại độc quyền, bán kèm, từ chối thương mại hoặc phân biệt đối xử. Quy định cấm đối với hành vi hoạt động kinh doanh không lành mạnh cũng đề cập đến một loạt các dạng hành vi bao gồm các phương thức cạnh tranh không lành mạnh bị cấm mà không cần chứng minh vị trí thị trường của doanh nghiệp.

Mối quan hệ giữa độc quyền tư nhân và hoạt động thương mại không công bằng không phải lúc nào cũng rõ ràng, và ít nhất về đặc điểm của hành vi bị cấm, có nhiều chồng chéo giữa hai loại hình trên. Nói chung, độc quyền hoá tư nhân được sử dụng để điều chỉnh các vi phạm với tác động hạn chế cạnh tranh một cách nghiêm trọng, thường được thực hiện bởi một doanh nghiệp có thị phần từ 50 % trở lên trên thị trường liên quan.

Hành vi mang tính trục lợi và loại bỏ đều được đề cập đến trong khái niệm "độc quyền hoá tư nhân", miễn là hành vi được thực hiện nhằm "loại trừ hoặc kiểm soát hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác". "Loại trừ" tương ứng trực tiếp với hành vi mang tính loại bỏ và "kiểm soát" đề cập đến cả hai nhóm hành vi trục lợi và loại bỏ.

Nếu một vụ việc có tác động tiêu cực trên thị trường không đủ lớn để quy vào độc quyền tư nhân, thì quy định về "các hành vi kinh doanh không lành mạnh" được áp dụng, bao gồm cả hành vi mang tính trục lợi và loại bỏ.

- *Xác định thị trường liên quan*: Đối với độc quyền tư nhân, Hướng dẫn cung cấp các phương pháp xác định thị trường liên quan (mục 3: "hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể"). Phương pháp tiếp cận cơ bản nhìn chung là tương tự như kiểm soát sáp nhập, bao gồm xác định sản phẩm hoặc dịch vụ (xem xét mục đích sử dụng của hàng hóa, dịch vụ, xu hướng giá cả và khối lượng cung cấp, nhận thức và phản ứng của khách hàng) và xác định khu vực địa lý (khu vực địa lý nơi diễn ra hoạt động kinh doanh của nhà cung cấp cũng như thói quen mua sắm của khách hàng, đặc điểm của hàng hóa, dịch vụ, phương pháp và chi phí vận chuyển), mặc dù các hướng dẫn không mô tả phép thử SSNIP như trong hướng dẫn về sáp nhập.

Xác định vị trí thống lĩnh thị trường: Luật Chống độc quyền Nhật Bản không định nghĩa trực tiếp về vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, đối với độc quyền tư nhân mang tính loại bỏ, Hướng dẫn đã gián tiếp quy định tiêu chí thị phần 50%, mặc dù tiêu chí này không được quy định trong bối cảnh xác định vị trí thống lĩnh do vị trí thống lĩnh không phải là yêu cầu đối với độc quyền tư nhân mang tính loại bỏ. Hướng dẫn chỉ ra ưu tiên thực thi của JFTC đối với vụ việc mà thị phần của doanh nghiệp đối với sản phẩm liên quan vượt quá 50% sau khi bắt đầu thực hiện hành vi bị cáo buộc và dẫn đến có tác động lớn đối với đời sống của người dân".

Luật Chống độc quyền Nhật bản không quy định ngưỡng thị phần để giả định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh. Thị phần chỉ là một trong một loạt các yếu tố được xem xét để xác định hành vi độc quyền tư nhân. Tuy nhiên, trên thực tế, ngoại trừ những trường hợp đặc biệt, chẳng hạn như việc gia nhập thị trường dễ dàng, thì một doanh nghiệp thường được coi là thống lĩnh nếu có thị phần từ 50% trở lên.

Kinh nghiệm của Nhật Bản trong thực thi các quy định về lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền.

Đối với Nhật Bản, hệ thống các biện pháp xử lý hành vi vi phạm Luật Chống độc quyền (điều tra hành chính) gồm hai hình thức chính là *xử lý loại trừ* và *phạt tiền*.

Biện pháp xử lý loại trừ là việc JFTC ra lệnh loại trừ hành vi vi phạm, ví dụ: loại bỏ điều khoản vi phạm ra khỏi hợp đồng, doanh nghiệp vi phạm phải cam kết không được tái phạm với những điều kiện nhất định, nếu tái phạm, JFTC có quyền xử phạt ngay lập tức mà không cần điều tra từ đầu, với mức xử phạt cao hơn nhiều v.v…

Cả trong trường hợp không thu được chứng cứ của hành vi vi phạm Luật Chống độc quyền, biện pháp cảnh cáo sẽ được áp dụng nếu có nghi ngờ về hành vi vi phạm.

Trong trường hợp không phạt cảnh cáo, từ quan điểm ngăn ngừa không để hành vi vi phạm xảy ra trong tương lai, JFTC sẽ giải thích và lưu ý doanh nghiệp bị tình nghi về quan điểm của Luật Chống độc quyền.

Từ kết quả điều tra, nếu xác định có hành vi vi phạm Luật Chống độc quyền, cùng với việc ra lệnh cho doanh nghiệp hoặc hiệp hội có biện pháp cần thiết để loại trừ hành vi vi phạm như ngừng hành vi, trong trường hợp hành vi đó là cartel v.v… thì phải *ra lệnh nộp phạt*. Đây không phải là phạt hình sự mà là biện pháp hành chính trong đó cơ quan hành chính là JFTC ra lệnh nộp vào kho bạc nhà nước một khoản tiền được tính theo công thức nhất định. Mục đích của chế độ tiền phạt là trưng thu lợi ích kinh tế do hành vi vi phạm đem lại, sử dụng công

thức tính nhân doanh thu hàng hóa/ dịch vụ là đối tượng của hành vi vi phạm với một tỷ lệ nhất định. Công thức này nhằm giúp cho việc định giá như một biện pháp hành chính trở nên đơn giản và rõ ràng. Đặc điểm của tiền phạt là khoản thiệt hại kinh tế do cơ quan nhà nước đánh lên doanh nghiệp để nhằm đạt được mục đích hành chính là ngăn ngừa hành vi vi phạm.

Theo Luật Chống độc quyền của Nhật Bản, mức phạt tiền cơ bản đối với doanh nghiệp có hành độc quyền hóa tư nhân là: 2% đến 10% doanh thu trên thị trường liên quan nếu có hành vi chi phối đối thủ; 1% đến 6% doanh thu trên thị trường liên quan nếu có hành vi ngăn cản đối thủ. Đối với cá nhân vi phạm sẽ bị phạt tù không quá 3 năm và/ hoặc phạt tiền không quá 5 triệu yên.

Trong giai đoạn 2000 – 2009, Ủy ban Thương mại lành mạnh Nhật Bản đã điều tra và xử lý 189 vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, trong đó hành vi các-ten giá chiếm 38 vụ, thông đồng đấu thầu chiếm 151 vụ. Số tiền phạt trung bình mỗi năm trong giai đoạn 5 năm trở lại đây chiếm khoảng vài chục tỷ Yên.

Pháp luật Chống độc quyền của Nhật Bản đã tỏ ra rất nghiêm khắc khi quy định các hình thức xử lý vi phạm nặng nề, mang tính răn đe. Đồng thời, Luật này cũng chứng tỏ được vai trò điều tiết cạnh tranh trên thị trường. Thành công mà cơ quan cạnh tranh Nhật Bản đạt được, cũng tương tự như cơ quan cạnh tranh Hoa Kỳ, cũng dựa trên cơ sở nền tảng pháp luật và chính sách cạnh tranh nhất quán, tiến bộ, đúc kết tinh hoa qua nhiều giai đoạn phát triển, nhiều lần sửa đổi để phù hợp với sự phát triển của nền kinh tế Nhật Bản cũng như thực trạng hội nhập kinh tế quốc tế. Các bài học kinh nghiệm mà Nhật Bản đã học được và vận dụng thành công trong quá trình thực thi của mình càng củng cố thêm cơ sở cho các cơ quan cạnh tranh trẻ học tập từ chính những kinh nghiệm mà Nhật Bản đã trải qua. Những kinh nghiệm đó cũng không nằm ngoài phạm vi các kỹ năng điều tra, xử lý vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, chương trình khoan dung và hoạt động vận động chính sách cạnh tranh.

2.3.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) tại Nhật Bản.

Vào ngày 3 tháng 6 năm 2009, dự luật sửa đổi Đạo luật liên quan đến việc cấm độc quyền tư nhân và duy trì thương mại công bằng (Đạo luật chống độc quyền), bao gồm việc đưa ra các khoản phụ thu chống lại các Giao dịch độc quyền tư nhân, đã được thông qua. Đạo luật được ban hành như Đạo luật số 51 ngày 10 tháng 6 cùng năm. Các hướng dẫn về Giao dịch độc quyền tư nhân theo Đạo luật chống độc quyền được soạn thảo để đảm bảo tính minh bạch trong việc thực thi của JFTC và nâng cao khả năng dự đoán cho hoạt động kinh doanh bằng cách làm

rõ cách giải thích của JFTC về các yêu cầu cấu thành Giao dịch độc quyền tư nhân.

JFTC đã xuất bản Dự thảo Hướng dẫn và lấy ý kiến cộng đồng. Khoảng 183 ý kiến (không bao gồm các ý kiến trùng lặp) của 28 đơn vị đã được gửi đến từ trong và ngoài nước. Dự thảo đã được sửa đổi một phần sau khi cân nhắc kỹ lưỡng các ý kiến đóng góp.

Bản Hướng dẫn bao gồm những vấn đề sau:

- Các vấn đề chung mà JFTC phải xem xét khi xác định có nên ưu tiên điều tra một trường hợp, cụ thể là các Giao dịch độc quyền tư nhân hay không;

- Các loại hành vi chính có xu hướng được coi là "*Hành vi độc quyền*" và khuôn khổ để cân nhắc và các yếu tố được áp dụng để đánh giá xem nó có thuộc Hành vi độc quyền cho từng loại hay không;

- Các yếu tố được xem xét để xác định một Lĩnh vực thương mại cụ thể và xác định sự hiện diện hoặc không có hành vi hạn chế cạnh tranh đáng kể trong một lĩnh vực thương mại cụ thể khi đánh giá xem Hành vi độc quyền có hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trong lĩnh vực thương mại hay không;

Cụ thể, tại ***Phần III. Hạn chế cạnh tranh một các đáng kể trong bất kỳ lĩnh vực thương mại cụ thể nào*** của **Hướng dẫn về Giao dịch độc quyền tư nhân theo Đạo luật chống độc quyền**.

Hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể:

1) Tổng quan

Về định nghĩa cơ bản - hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trong bất kỳ lĩnh vực thương mại cụ thể nào, được quy định tại Điều 2 (5) của Đạo luật Chống độc quyền, toà án nước này cho rằng điều này được hiểu là việc thiết lập, duy trì hoặc củng cố trạng thái trong đó một cá nhân, tổ chức nhất định hoặc một nhóm doanh nghiệp nhất định có thể kiểm soát thị trường theo ý muốn, ở một mức độ nào đó, gây ảnh hưởng đến giá cả, chất lượng, số lượng và các điều kiện khác sau khi sự cạnh tranh đã bị suy giảm (Bản án của Tòa án Cấp cao Tokyo tháng 5 năm 2009).

Nếu tình trạng kiểm soát thị trường bằng các biện pháp đó được thiết lập, duy trì hoặc tăng cường thì được coi là hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể, ngay cả trong trường hợp giá cả không tăng trên thực tế.

2) Các yếu tố để đánh giá

JFTC sẽ không dựa trên một tiêu chí cụ thể nhất định mà xem xét toàn diện các yếu tố sau trên cơ sở từng trường hợp để đánh giá xem liệu cạnh tranh có bị hạn chế một cách đáng kể hay không.

a) Vị trí của doanh nghiệp bị cáo buộc và điều kiện của các đối thủ cạnh tranh

- *Thị phần và thứ hạng của doanh nghiệp nói trên:* Trong trường hợp nhà cung cấp bị cáo buộc có thị phần lớn hơn và xếp hạng của họ cao hơn, thì đối thủ cạnh tranh của họ sẽ gặp khó khăn hơn trong việc cung cấp đủ sản phẩm thay thế cho nhà cung cấp khi nhà cung cấp tăng giá sản phẩm được giao dịch. Do đó, trong trường hợp nhà cung cấp có thứ hạng hàng đầu với thị phần lớn hoặc trường hợp khoảng cách giữa thị phần của nhà cung cấp và đối thủ cạnh tranh lớn, thì có nhiều khả năng kết luận rằng cạnh tranh đã bị hạn chế một cách đáng kể vì khả năng khống chế tăng giá của đối thủ cạnh tranh được cho là yếu hơn. Đặc biệt, nếu những tình huống này vẫn tiếp diễn trong quá khứ và không dễ thay đổi trong tương lai, thì nó sẽ có nhiều khả năng gây ra hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

- *Điều kiện cạnh tranh trên thị trường:* Nếu các tình huống cạnh tranh gay gắt đã được thực hiện cho đến nay giữa doanh nghiệp bị cáo buộc và một doanh nghiệp bị loại trừ được coi là nguyên nhân làm giảm giá hoặc cải thiện chất lượng hoặc sự đa dạng của sản phẩm trên toàn bộ thị trường, thì điều đó có nhiều khả năng gây ra sự hạn chế cạnh tranh. Khi thị phần tập trung vào một số doanh nhân hàng đầu xuất phát từ Hành vi độc quyền, thì điều đó sẽ có nhiều khả năng gây ra sự hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể, bởi vì họ có xu hướng phối hợp thực hiện hành vi đó nhằm mục đích chia sẻ lợi ích chung.

- *Điều kiện của các đối thủ cạnh tranh:* Trường hợp Hành vi độc quyền gây khó khăn cho đối thủ cạnh tranh trong việc bán sản phẩm vượt trội về giá cả và chất lượng hoặc đối thủ có năng lực kinh doanh cao thực hiện các hành động cạnh tranh trên thị trường, chẳng hạn như khả năng thu mua nguyên liệu, khả năng kỹ thuật, khả năng tiếp thị, uy tín, giá trị thương hiệu và khả năng quảng cáo, nó sẽ có nhiều khả năng bị coi là gây ra sự hạn chế cạnh tranh đáng kể.

b) Áp lực cạnh tranh tiềm ẩn

Khi việc thâm nhập thị trường không dễ dàng và ít có khả năng một đối thủ cạnh tranh mới tham gia thị trường trong một khoảng thời gian nhất định - trong trường hợp doanh nghiệp bị cáo buộc tăng giá sản phẩm được giao dịch, doanh nghiệp nói trên, ở một mức độ nào đó, có thể được tự do điều chỉnh giá cả và các điều kiện khác. Đây sẽ có nhiều khả năng được coi là gây ra sự hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể. Liên quan đến việc liệu có hay không áp lực cạnh tranh tiềm

ẩn, JFTC sẽ xem xét toàn diện các yếu tố sau đây để đánh giá khả năng gia nhập của một đối thủ cạnh tranh khác trong một thời gian nhất định có thể là một yếu tố ngăn cản doanh nghiệp nói trên, ở một mức độ nào đó, tự do ảnh hưởng đến giá cả và các điều kiện khác của sản phẩm được giao dịch.

- *Mức độ các rào cản gia nhập của các quy định pháp luật:* Khi các quy định pháp luật đóng vai trò như một rào cản gia nhập, áp lực cạnh tranh tiềm ẩn sẽ khó có tác dụng, bởi vì việc gia nhập sẽ không thể thực hiện được ngay cả khi doanh nghiệp nói trên tăng giá các sản phẩm được giao dịch

- *Mức độ của các rào cản gia nhập trong thực tế:* Khi quy mô vốn cần thiết để gia nhập lớn và doanh nghiệp tham gia có điều kiện không thuận lợi hơn so với các doanh nghiệp hiện có về địa điểm, vấn đề kỹ thuật, điều kiện mua nguyên liệu hoặc điều kiện bán hàng, thì áp lực cạnh tranh tiềm ẩn cũng sẽ khó có tác dụng.

- *Mức độ thay thế giữa sản phẩm của doanh nghiệp mới tham gia và sản phẩm của doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường:* Khi khả năng thay thế giữa sản phẩm của doanh nghiệp mới và sản phẩm của doanh nghiệp đang hoạt động cao vì người dùng có thể mua và sử dụng sản phẩm của doanh nghiệp mới mà không do dự, áp lực cạnh tranh tiềm ẩn có khả năng phát huy tác dụng. Trong khi đó, nếu doanh nghiệp mới khó sản xuất và phân phối sản phẩm với chất lượng và sự đa dạng tương đương với sản phẩm của doanh nghiệp đoang hoạt động hoặc khi người dùng không mua sản phẩm của doanh nghiệp mới, thì áp lực cạnh tranh tiềm ẩn sẽ khó có tác dụng vì họ đã quen với sản phẩm thường được sử dụng.

c) Năng lực thương lượng đối kháng của người tiêu dùng

Trong trường hợp người tiêu dùng không có quyền thương lượng đối kháng chống lại doanh nghiệp bị cáo buộc trong trường hợp khiến người tiêu dùng khó chuyển đổi nhà cung cấp, thì điều đó sẽ có nhiều khả năng gây ra sự hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể, bởi vì doanh nghiệp nói trên, ở một mức độ nào đó, tự do điều chỉnh giá cả và các điều kiện khác. Ngược lại, khi quyền thương lượng giá của người tiêu dùng mạnh trong điều kiện thị trường có sự phân tán của các nhà cung cấp, người tiêu dùng dễ dàng chuyển đổi nhà cung cấp hoặc có được quyền thương lượng giá bằng cách chỉ ra khả năng khi chuyển đổi nhà cung cấp, quyền lực này trở thành yếu tố cản trở doanh nghiệp, ở một mức độ nào đó, có thể tự do điều chỉnh giá cả và các điều kiện khác. Do đó, sẽ khó có khả năng gây ra hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

d) Hiệu quả

Trường hợp doanh nghiệp bị cáo buộc phải thực hiện các hành vi cạnh tranh nhằm cải thiện năng suất, đổi mới công nghệ và nâng cao hiệu quả của các hoạt

động kinh doanh — do tính quy mô của nền kinh tế, tích hợp cơ sở sản xuất, chuyên môn hóa cơ sở vật chất, giảm chi phí vận chuyển và nâng cao hiệu quả của hệ thống nghiên cứu và phát triển phụ thuộc vào Hành vi độc quyền của doanh nghiệp nói trên, những trường hợp đó có thể được tính đến để đánh giá xem liệu có tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể hay không. Trong trường hợp như vậy, việc cải thiện hiệu quả sẽ được tính đến khi (i) cho rằng hiệu quả được cải thiện là các tác động cụ thể đối với hành vi và không thể đạt được bằng các phương tiện khác ít hạn chế cạnh tranh hơn và (ii) cho rằng các kết quả như giảm giá sản phẩm, cải thiện chất lượng sản phẩm và cung cấp sản phẩm mới đổi trả cho người dùng do hiệu quả được cải thiện và phúc lợi của người dùng được cải thiện. Tuy nhiên, khi Hành vi độc quyền gây ra tình trạng độc quyền trên thị trường, thì thông thường sẽ kết luận rằng cạnh tranh về cơ bản bị hạn chế một cách đáng kể.

e) Các trường hợp đặc biệt có mục đích đảm bảo quyền lợi của người tiêu dùng

Trong trường hợp Hành vi độc quyền với các lý do chính đáng như đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng về an toàn và sức khỏe nói chung, cũng như thúc đẩy sự phát triển nền kinh tế quốc gia, các trường hợp đó có thể được tính đến là trường hợp đặc biệt để đánh giá xem liệu cạnh tranh có bị hạn chế một cách đáng kể hay không. Cụ thể, nếu có những trường hợp bất thường có thể được hỗ trợ vì mục đích thúc đẩy thương mại công bằng và tự do để hỗ trợ sự phát triển dân chủ và lành mạnh của nền kinh tế quốc dân cũng như đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng nói chung, như quy định tại Điều 1 của Đạo luật Chống độc quyền, hành vi nói trên có thể không đáp ứng yêu cầu về hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể. Ví dụ như, trong trường hợp một doanh nghiệp bán thiết bị khí đốt (chiếm khoảng 50% thị phần trong một khu vực bán thiết bị khí đốt) có thiết bị ngăn cháy cho người sử dụng thiết bị khí đốt mà không có thiết bị đó với giá thấp hơn chi phí yêu cầu việc cung cấp nhằm kích thích nhu cầu thay thế thiết bị. Trên quan điểm phòng ngừa các tai nạn nghiêm trọng do ngộ độc carbon monoxide, hành vi này được coi là dựa trên mục đích ngăn ngừa các tai nạn nghiêm trọng trước khi xảy ra; hơn nữa, nó được coi là phục vụ lợi ích của người tiêu dùng nói chung và ảnh hưởng của nó đối với cạnh tranh sẽ có nhiều khả năng gây hạn chế cạnh tranh. Do đó, JFTC sẽ xem xét các trường hợp đó để đánh giá xem liệu cạnh tranh có bị hạn chế một cách đáng kể hay không.

2.3.3. Vụ việc điển hình

Vụ việc Intel Nhật Bản (Quyết định xử lý của Ủy ban Thương mại Lành mạnh Nhật Bản – JFTC Tháng 4 năm 2005)

Intel Kabushiki Kaisha (IJKK), một công ty con hoàn toàn thuộc sở hữu của Intel International (công ty con thuộc sở hữu hoàn toàn của Tập đoàn Intel, Santa Clara, CA, Hoa Kỳ). Đây là một doanh nghiệp lớn có hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực sản xuất và cung cấp các bộ vi xử lý trung tâm (CPU) cho máy tính. Cùng trên thị trường Nhật Bản nhưng năm này còn có các doanh nghiệp có hoạt động sản xuất và cung cấp các bộ vi xử lý cho máy tính nổi bật khác là AMD và Transmeta, ngoài ra cũng còn các doanh nghiệp khác nhưng chiếm thị phần không đáng kể trên thị trường.

Hành vi của Intel: IJKK, kể từ tháng 5 năm 2002, đã yêu cầu 5 nhà sản xuất máy tính cá nhân (OEM) lớn của Nhật Bản không sử dụng CPU của đối thủ bằng cách cam kết cung cấp cho 5 nhà sản xuất này các khoản giảm giá và/hoặc tài trợ bằng một số quỹ nhất định được gọi là 'MDF' (Quỹ Phát triển Thị trường) để tối đa hóa tỷ lệ giữa số CPU do Intel sản xuất và bán (‘Intel’s CPUs’) trong số lượng CPU được tích hợp vào PC do OEM sản xuất và bán (MSS) của họ. Intel đưa ra đề xuất rằng họ sẽ hoàn trả tiền (rebate) hoặc cung cấp vốn có điều kiện nếu các Nhà sản xuất máy tính cá nhân đáp ứng được 1 trong các điều kiện sau:

- Sử dụng Tỷ lệ CPU của Intel ở mức 100% (trên tất cả các máy tính được sản xuất) và không sử dụng CPU của DN cạnh tranh;

- Sử dụng Tỷ lệ CPU của Intel ở mức 90%, hạn chế sử dụng CPU của các doanh nghiệp cạnh tranh ở mức 10%;

- Không sử dụng CPU của doanh nghiệp cạnh tranh trong máy tính của nhóm sản phẩm có sản lượng tương đối lớn.

Thị trường liên quan: Thị trường liên quan trong trường hợp này được JFTC xác định là thị trường cung cấp CPU cho các nhà sản xuất máy tính cá nhân trên thị trường Nhật Bản. Xét về đặc tính thay thế, việc cung cấp CPU mang tính chất không thể thay thế bởi tính đặc thù của CPU là bộ chip xử lý trung tâm của máy tính. Bởi vì tính ưu việt đó, nên tại thời điểm diễn ra vụ việc, chưa có sản phẩm nào có thể thay thế được cho các loại chip xử lý này trên thị trường quốc gia và hơn nữa là cả quốc tế.

Hơn nữa, việc cung cấp các CPU cho các nhà sản xuất máy tính cũng chỉ được thực hiện bởi một số doanh nghiệp nhất định. Bởi vì tính chất của CPU bao gồm cả bí mật kinh doanh, nên các doanh nghiệp lớn trên thế giới rất hạn chế việc cung cấp sản phẩm cho các bên phân phối, do đó họ sẽ tự thành lập các công ty tại các quốc gia để cung cấp CPU cho các doanh nghiệp sản xuất máy tính cá nhân của quốc gia đó. Do đó, thị trường sản phẩm liên quan trong trường hợp này là thị trường cung cấp CPU cho các nhà sản xuất máy tính cá nhân.

Hành vi này được xảy ra trên thị trường cung cấp CPU cho các nhà sản xuất máy tính cá nhân của Nhật Bản, các thông tin được JFTC thu thập không có liên quan đến việc xuất khẩu các CPU này hay cung cấp cho các đơn vị phân phối nhằm thực hiện mục đích xuất khẩu ra khỏi Nhật Bản. Các doanh nghiệp liên quan đều là doanh nghiệp có trụ sở tại Nhật Bản, các hoạt động kinh doanh liên quan đến sản phẩm đều trên thị trường Nhật Bản. Cho nên, thị trường địa lý liên quan là thị trường Nhật Bản.

Vị trí thống lĩnh thị trường của Intel

Dựa trên các dữ kiện đã đề cập ở trên, tỷ lệ doanh số bán hàng của AMD Nhật Bản và Transmeta Hoa Kỳ trong Tổng doanh số bán CPU nội địa đã giảm từ khoảng 24% năm 2002 xuống còn khoảng 11% năm 2003.

Thị phần	**1999**	**2002**	**2003**	**2004**
Intel KK	89%	76%	89%	>90%
DN cạnh tranh	11%	24%	11%	<10%

Có thể thấy được, với tỷ lệ thị phần như vậy, Intel chắc chắn nắm giữ sức mạnh thị trường đáng kể, và Intel đã duy trì việc nắm giữ sức mạnh này trong nhiều năm. Hơn nữa, Sức mạnh thương hiệu của Intel với người tiêu dùng và thị phần áp đảo của nó ở Nhật Bản có nghĩa là các nhà sản xuất máy tính có ít lựa chọn ngoài việc mua một số lượng lớn chip của họ từ Intel và việc mất chiết khấu khi mua những sản phẩm đó sẽ rất tốn kém. Do đó, không khó để khẳng định rằng Intel KK Nhật Bản là một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường.

Ý kiến của Ủy ban Thương mại Công bằng Nhật Bản (JFTC)

Vụ việc này đã được JFTC tiến hành điều tra từ tháng 4 năm 2004. Cơ quan này đã khám xét một số địa điểm, bao gồm cả trụ sở của Intel Nhật Bản. Họ cũng thực hiện việc phỏng vấn hai (02) đối thủ cạnh tranh và năm (05) nhà sản xuất PC lớn của Nhật Bản: Fujitsu, Hitachi, NEC, Sony và Toshiba. Và với các yếu tố được xác định ở trên, ngày 8 tháng 3 năm 2005, JFTC đã đưa ra khuyến nghị yêu cầu IJKK chấm dứt và hủy bỏ các hành vi vi phạm Mục 3 của Đạo luật chống độc quyền (Độc quyền tư nhân).

Tóm tắt các biện pháp được đề xuất bởi JFTC:

(i) Intel sẽ phải chấm dứt các hành vi mà họ đã thực hiện kể từ tháng 5 năm 2002, cụ thể là đối với các chương tình hoàn tiền và cung cấp vốn khi các nhà sản xuất máy tính cá nhân điều chỉnh mức/ tỉ lệ sử dụng CPU do Intel cung cấp tương ứng với các điều kiện được họ đặt ra như đã nêu ở trên.

(ii) Intel có trách nhiệm thông báo những vấn đề sau cho tất cả các nhà sản xuất máy tính cá nhân có giao dịch với Intel, đồng thời cũng sẽ thông báo cho nhân viên của mình những vấn đề sau:

- Các biện pháp Intel được yêu cầu thực hiện tại mục (i);

- Các chương trình bán hàng của Intel đối với các nhà sản xuất máy tính cá nhân không được gây ra sự loại trừ đối với các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường cũng như làm gia tăng rào cản gia nhập, mở rộng thị trường với các doanh nghiệp tiềm năng khác;

- Intel phải chấm dứt yêu cầu đối với nhà sản xuất máy tính về việc không sử dụng CPU của các doanh nghiệp khác trong máy tính của các nhóm sản phẩm có số lượng lớn.

(iii) Kể từ thời điểm ban hành cảnh báo, Intel sẽ không tiến hành hành vi loại trừ hoạt động kinh doanh của các đối thủ cạnh tranh để bán CPU bằng cách sử dụng các hành vi sau:

- Hành vi hạn chế tỷ lệ số lượng CPU của đối thủ cạnh tranh được tích hợp vào PC do các nhà sản xuất máy tính sản xuất và hạn chế bán ở mức 10% trở xuống, bằng cách cam kết cung cấp cho các nhà sản xuất máy tính các khoản giảm giá và/hoặc tiền với điều kiện rằng nó làm cho tỷ lệ sử dụng CPU của Intel ở mức 90% trở lên và duy trì ở mức đó.

- Hành vi khiến các nhà sản xuất máy tính không sử dụng CPU của đối thủ cạnh tranh để kết hợp vào PC của nhóm PC chiếm sản lượng kinh doanh lớn bằng cách cam kết cung cấp cho các nhà sản xuất máy tính các khoản giảm giá và/hoặc tiền.

(iv) Intel sẽ thực hiện các biện pháp để thực hiện

- Đào tạo về chống độc quyền cho các nhân viên của bộ phận bán hàng và nhân viên của tham gia vào việc quảng bá và bán CPU;

- Kiểm toán định kỳ theo pháp luật, để đảm bảo rằng các hành vi được đề cập ở trên sẽ không bị ảnh hưởng sau này.

2.4. Kinh nghiệm của Úc

2.4.1. Quy định kiểm soát hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) theo pháp luật cạnh tranh của Úc.

Luật Cạnh tranh và người tiêu dùng 2010 của Úc đề cập đến hành vi đơn phương của các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể, ngưỡng này thấp hơn so với các doanh nghiệp thống lĩnh. Cụ thể, Điều 1 Mục 46 của CCA nghiêm

cấm các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể lạm dụng sức mạnh thị trường đó trên thị trường liên quan hoặc bất kỳ thị trường nào khác với một trong các mục đích sau (có thể được xác định bằng suy luận):

(i) Loại bỏ hoặc làm tổn hại nghiêm trọng đối thủ cạnh tranh;

(ii) Ngăn chặn việc gia nhập thị trường liên quan hoặc bất kỳ thị trường nào khác; hoặc là

(iii) Ngăn chặn hoặc cản trở hoạt động cạnh tranh trên thị trường liên quan hoặc bất kỳ thị trường nào khác.

Mục 46 (1AA) cấm các doanh nghiệp có mức thị phần đáng kể trên thị trường định giá dưới giá thành trong một khoảng thời gian liên tục.

Mục 46A cấm các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể lạm dụng quyền lực thị trường ở các thị trường xuyên Đại Tây Dương.

Ngoài ra, các hãng viễn thông hoặc nhà cung cấp dịch vụ viễn thông có sức mạnh thị trường đáng kể bị cấm lạm dụng sức mạnh đó để gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường viễn thông (Phần XIB của CCA).

Quy định cấm đối với hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường chỉ bao gồm những hành vi trục lợi hoặc loại bỏ nhằm các mục đích được nêu tại Mục 46. Quy định cấm ít áp dụng với các hành vi mang tính bóc lột mà do các toà án thường phân biệt giữa hành vi nhằm mục đích cạnh tranh thông thường với hành vi nhằm mục đích hạn chế cạnh tranh. Chẳng hạn, việc sử dụng sức mạnh thị trường để giảm giá nhằm cạnh tranh hoặc tối đa hoá lợi nhuận có thể không vi phạm quy định cấm tại Mục 46, trừ khi các hành vi này được thực hiện nhằm mục đích bị cấm. Các hành vi mang tính loại bỏ còn có thể bị điều chỉnh bởi các quy định cấm đối với thoả thuận có chứa các điều khoản loại trừ (Mục 4D và 45) và quy định cấm đối với giao dịch độc quyền gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể (Mục 47).

Xác định thị trường liên quan: Khái niệm "thị trường" được sử dụng trong hầu hết những quy định cấm trong Phần IV của CCA, bao gồm cả mục 46. Việc xác định thị trường hoàn toàn nhất quán trong các quy định cấm này.

Theo mục 4E CCA, "thị trường" được định nghĩa là "thị trường tại Úc, và khi được sử dụng trong mối quan hệ với hàng hoá hoặc dịch vụ, nó bao gồm thị trường của những hàng hoá, dịch vụ đó và những hàng hoá, dịch vụ có thể thay thế hoặc cạnh tranh với hàng hoá, dịch vụ đó". Định nghĩa này cho thấy các chỉ số để xác định thị trường phụ thuộc vào thuộc tính thay thế và cạnh tranh chặt chẽ. Định nghĩa này cũng được thể hiện trong phép thử SSNIP "tăng giá nhỏ

nhưng đáng kể trong thời gian dài liên tục" để xác định thị trường, theo đó khoanh vùng một sản phẩm và khu vực địa lý hẹp nhất mà trong đó nhà độc quyền giả định có thể tăng giá nhỏ nhưng đáng kể trong thời gian dài liên tục (SSNIP).

Trong khi định nghĩa "thị trường" đề cập đến thị trường tại Úc, mục 46A đề cập đến hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường tại Úc, New Zealand hoặc cả hai thị trường đó. Quy định này còn áp dụng đối với thương mại xuyên Đại Tây Dương và mở rộng khả năng áp dụng CCA đối với những thị trường đó.

Xác định vị trí thống lĩnh thị trường: Khái niệm liên quan đến sức mạnh thị trường trong CCA là khái niệm "mức độ quyền lực đáng kể trên thị trường", thấp hơn so với ngưỡng thống lĩnh thị trường. Sức mạnh thị trường được toà án giải thích là khả năng của doanh nghiệp hành động mà không có sự ràng buộc về cạnh tranh. Sức mạnh thị trường đó có thể được chứng minh bằng khả năng của doanh nghiệp nhằm:

- tăng giá trên mức giá cạnh tranh trong một thời gian dài mà các đối thủ cạnh tranh của doanh nghiệp đó không có khả năng tiếp cận khách hàng;

- từ chối cung cấp; và

- xác định các điều khoản và điều kiện phi giá.

Chỉ riêng tiềm lực tài chính không phải là chỉ số duy nhất về sức mạnh thị trường.

Mức "đáng kể" đã được xác định là mức độ "đáng chú ý" hoặc "lớn" nhưng chưa đến mức độ "lũng đoạn một thị trường" hoặc "độc quyền". Mục 46(3C) CCA cũng quy định một doanh nghiệp có thể có sức mạnh thị trường đáng kể thậm chí khi doanh nghiệp đó không:

- kiểm soát đáng kể thị trường hoặc

- hoàn toàn thoát khỏi sự ràng buộc về cạnh tranh bởi hành vi của các đối thủ cạnh tranh, nhà cung cấp và khách hàng.

Một nhóm doanh nghiệp có thể có sức mạnh đáng kể trên thị trường (mục 46(3D)) và một nhà cung cấp hoặc một bên mua lại trên thị trường cũng có thể có sức mạnh thị trường (mục 46(4)(c)).

Luật Cạnh tranh và người tiêu dùng Úc năm 2010 không quy định ngưỡng thị phần để xác định vị trí thống lĩnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp. Sức mạnh thị trường được đánh giá tuỳ thuộc vào từng trường hợp cụ thể. Trên thực tế, mức thị phần cao có thể là một dấu hiệu về sức mạnh thị trường, tuy nhiên, thị phần chỉ là một trong nhiều yếu tố khác, chẳng hạn như rào cản gia nhập và mở

rộng thị trường. Trong nhiều trường hợp, doanh nghiệp chỉ nắm giữ từ 20 đến 30% thị phần vẫn được xác định là có sức mạnh thị trường đáng kể.

2.4.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) tại Australia.

Theo quy định của Pháp luật Cạnh tranh của Úc cũng như qua bản giải thích, hướng dẫn của các Cơ quan Cạnh tranh Úc và Tòa án Úc thì bản thân việc sở hữu sức mạnh thị trường không phải là trái pháp luật.

Để xác định liệu có lạm dụng quyền lực thị trường hay không, các tòa án có thể sẽ xem xét các câu hỏi sau:

i) Doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể không

ii) Doanh nghiệp đó có đang tham gia vào một hành vi có mục đích, tác động hoặc có khả năng gây tác động làm hạn chế đáng kể cạnh tranh không?

Thị trường hoạt động tốt khi các doanh nghiệp cố gắng phát triển và cung cấp các sản phẩm hấp dẫn khách hàng hơn các sản phẩm của các đối thủ của họ. Một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể có thể gây tổn hại cho quá trình cạnh tranh này bằng cách ngăn cản hoặc ngăn cản các đối thủ cạnh tranh hoặc các đối thủ tiềm năng cạnh tranh dựa trên lợi ích của họ.

Nghĩa là, một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể có thể duy trì hoặc nâng cao vị thế của mình bằng cách hạn chế hoặc làm suy yếu khả năng cạnh tranh của các đối thủ, thay vì cung cấp một sản phẩm hấp dẫn hơn. Đôi khi điều này được gọi là *hành vi loại trừ*. Hành vi đó làm suy yếu hoạt động hiệu quả của thị trường và nền kinh tế.

Có được sức mạnh thị trường hay sử dụng nó không phải là bất hợp pháp. Hành vi của một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường chỉ vi phạm Luật Cạnh tranh và Người tiêu dùng 2010 (CCA) nếu nó mục đích, tác động hoặc có khả năng gây tác động làm hạn chế đáng kể cạnh tranh.

"*Đáng kể*" là một khái niệm quan trọng trong luật cạnh tranh và tiêu dùng và nó phát sinh trong một số điều khoản.

"*Đáng kể*" đã được định nghĩa trong các án lệ là: to, có trọng lượng, lớn, thực hoặc thực chất hoặc không. Tuy nhiên nó không đơn giản, ý nghĩa của việc đáng kể phụ thuộc vào ngữ cảnh và theo nghĩa tương đối.

Một tác động được coi là đáng kể nếu nó có ảnh hưởng với mức độ lớn đến quy mô của một thị trường cụ thể. Trong vụ Stirling Harbour Services Pty Ltd với Bunbury Port Authority [2000] FCA 38; (2000) ATPR 41-752, Justice French nói

rằng để tìm hiểu xem liệu cạnh tranh có đang bị giảm đi đáng kể hay không [phải] có mục đích, tác động hoặc có khả năng gây tác động làm hạn chế đáng kể cạnh tranh, "đáng kể" ở đây có nghĩa là có liên quan đến quá trình cạnh tranh.

ACCC không áp đặt ngưỡng thị phần để xác định xem một doanh nghiệp có quyền lực thị trường đáng kể hay không. Một doanh nghiệp có thể nắm giữ sức mạnh thị trường mặc dù nó không kiểm soát đáng kể thị trường hoặc có quyền tự do tuyệt đối trước sự ràng buộc của các đối thủ cạnh tranh. Tương tự, sức mạnh tài chính cũng không là yếu tố quyết định liệu một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường hay không. ACCC sẽ đánh giá từng trường hợp dựa trên bản chất cụ thể của hàng hóa hoặc dịch vụ, ngành và tác động cạnh tranh cụ thể có thể có trong từng trường hợp.

"Mục đích", "tác động" hoặc "có khả năng tác động":

Ngay cả khi nắm trong tay sức mạnh thị trường đáng kể, một doanh nghiệp sẽ chỉ vi phạm điều 46 nếu hành vi của họ có mục đích, tác động hoặc khả năng tác động làm giảm đáng kể cạnh tranh trên thị trường liên quan.

"Mục đích" đề cập đến ý định của một doanh nghiệp nhằm đạt được một kết quả cụ thể. Nó có thể được thể hiện bằng bằng chứng trực tiếp hoặc bằng suy luận. Mục đích nêu trong điều 46 không cần phải là mục đích duy nhất của doanh nghiệp, nhưng nó cần phải là mục đích quan trọng.

"Ảnh hưởng" đề cập đến hậu quả trực tiếp của hành vi của một doanh nghiệp. Điều này được xác định một cách khách quan bằng cách xem xét tác động thực tế đến quá trình cạnh tranh trong thị trường liên quan. Mặc dù không mang tính quyết định, nhưng bằng chứng về sự thiệt hại của người tiêu dùng hoặc cạnh tranh sẽ liên quan đến việc ACCC xem xét có theo đuổi một vụ việc hay không.

"Có khả năng tác động" là những hậu quả có thể xảy ra bởi hành vi của một doanh nghiệp, bao gồm cả tác động tiềm tàng của nó đối với quá trình cạnh tranh. *"Có khả năng"* có nghĩa là có một cơ hội thực sự hoặc một khả năng không xa.

Khi đánh giá hành vi của một doanh nghiệp, ACCC xem xét bản chất và mức độ của hành vi đó, bao gồm cả cơ sở lý luận thương mại của doanh nghiệp. Ví dụ, liệu hành vi đó có khả năng mang lại lợi nhuận cho doanh nghiệp vì nó cải thiện ưu đãi tới khách hàng hay vì nó hạn chế các doanh nghiệp đối thủ cải thiện ưu đãi của họ tới khách hàng. Cơ sở lý luận thương mại của một doanh nghiệp có thể liên quan đến việc hiểu hành vi được đề cập và đánh giá mục đích và/hoặc ảnh hưởng của nó tới cạnh tranh. Các hành vi được thực hiện bởi một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể vẫn có thể có tác động hoặc có khả năng làm hạn chế đáng kể cạnh tranh ngay cả khi doanh nghiệp đó không có mục đích như vậy.

Khi đánh giá tác động hoặc có khả năng tác động đối với cạnh tranh, ACCC có thể thực hiện " kiểm tra có hoặc không". Điều này so sánh trạng thái cạnh tranh khi "có" hành vi, với trạng thái có khả năng cạnh tranh khi "không có" hành vi, để xác định xem bất kỳ sự hạn chế cạnh tranh nào sẽ có tác động hoặc có khả năng tác động xuất phát từ hành vi của doanh nghiệp.

Hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể

Không có định nghĩa pháp luật nào về "hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể"; tuy nhiên, bài kiểm tra về điều này đã tồn tại từ lâu trong luật cạnh tranh của Úc. Về bản chất, hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể khi nó can thiệp vào quá trình cạnh tranh bằng cách ngăn cản, cản trở cạnh tranh. Điều này có thể được thực hiện bằng cách nâng cao các rào cản cạnh tranh hoặc gia nhập thị trường.

'*Hạn chế cạnh tranh*' có nghĩa là quá trình cạnh tranh bị suy giảm hoặc giảm bớt, hoặc quá trình cạnh tranh bị tổn hại hoặc bị tác động. "*Hạn chế cạnh tranh*" được hiểu rộng hơn là "ngăn cản hoặc cản trở cạnh tranh" (s.4G của CCA).

'*Đáng kể*' nghĩa là có tác động hoặc liên quan đến quá trình cạnh tranh. Đó là một khái niệm mang tính tương đối và không nhất thiết phải tác động đến toàn bộ thị trường.

Trong vụ việc Universal Music và ACCC (2003), Toàn án đã nhận xét: … *Việc hạn chế cạnh tranh phải được đánh giá ở mức độ nghiêm trọng đến mức có thể ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh trên thị trường, đặc biệt là đối với người tiêu dùng. Nó phải "có tác động hoặc ảnh hưởng tới cạnh tranh".*

Trong bộ *Công cụ đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể* (SLC Toolkit) của Úc chưa có phần nhằm xác định tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của Hành vi Lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền.

Báo cáo Harper (Harper Review) (2015) đã khuyến nghị và Chính phủ đã chấp nhận, rằng phần 46 nên được sửa đổi để bao gồm một bài kiểm tra về tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể, kèm theo hướng dẫn lập pháp. Hướng dẫn được đề xuất cung cấp rằng khi xem xét liệu hành vi có mục đích hoặc tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể hay không, tòa án phải xem xét:

• mức độ mà hành vi có mục đích, hoặc sẽ có hoặc có khả năng tác động đến việc gia tăng cạnh tranh trên thị trường, bao gồm bằng cách nâng cao hiệu quả, đổi mới, chất lượng sản phẩm hoặc khả năng cạnh tranh về giá trên thị trường; và

• mức độ mà hành vi có mục đích, hoặc sẽ có hoặc có khả năng tác động làm giảm bớt sự cạnh tranh trên thị trường, bao gồm bằng cách ngăn chặn, hạn chế hoặc kìm hãm cạnh tranh trên thị trường hoặc việc gia nhập thị trường của một doanh nghiệp mới.

Tại Dự luật Sửa đổi Cạnh tranh và Tiêu dùng (Lạm dụng vị trí thống lĩnh) 2016 (Dự luật) đưa ra các sửa đổi đối với Đạo luật Cạnh tranh và Tiêu dùng 2010 (CCA) sau khi Chính phủ chấp nhận một số khuyến nghị của Đánh giá Chính sách Cạnh tranh (Harper Review).

Dự luật có hai mục đích chính:

i) sửa đổi mục 46 của CCA, liên quan đến việc lạm dụng quyền lực thị trường;

ii) bãi bỏ Phần 2 và 3 của Phần XIB của CCA, liên quan đến các thỏa thuận về hành vi phản cạnh tranh dành riêng cho lĩnh vực viễn thông.

Dự luật cũng giới thiệu một bài kiểm tra mới có tên Kiểm tra tác động (effects test) trong đó Harper Review đề xuất việc đưa ra thử nghiệm "hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể" về cơ bản tương tự với việc giới thiệu thử nghiệm ảnh hưởng, cụ thể nó là một phần nổi tiếng và được chấp nhận của các thực tiễn thương mại hạn chế trong Phần IV của CCA. Thử nghiệm đã được hiểu là yêu cầu đánh giá ngược thực tế, theo đó tòa án phải xem xét tình trạng cạnh tranh trên thị trường cả khi có và không có hành vi.

Thuật ngữ *"đáng kể"* vẫn chưa được xác định một cách thuyết phục mặc dù nó được hiểu là có nghĩa là... có một mục đích, tác động hoặc có khả năng tác động của hành vi đối với cạnh tranh là đáng kể theo nghĩa có ảnh hưởng hoặc liên quan đến quá trình cạnh tranh. Theo mục 4G của Đạo luật, "hạn chế cạnh tranh" bao gồm các tham chiếu đến việc ngăn chặn hoặc cản trở cạnh tranh. Cản trở cạnh tranh được hiểu là dưới bất kỳ hình thức nào ảnh hưởng đến cạnh tranh thông thường ở một mức độ đáng kể. Cạnh tranh được định nghĩa trong phần 4 bao gồm cả nhập khẩu.

2.4.3. Vụ việc điển hình

Vụ việc ACCC v Baxter Healthcare

a) Tổng quan.

Vụ việc này liên quan đến việc Baxter Healthcare Pty Ltd cung cấp cho một số cơ quan nhà nước mặt hàng chất lỏng vô trùng được sử dụng để điều trị lọc máu. Baxter sản xuất và cung cấp các dung dịch tiêm tĩnh mạch (IV), dịch thẩm phân phúc mạc (PD) và các sản phẩm dinh dưỡng qua đường tĩnh mạch (PN). Doanh nghiệp này độc quyền liên quan đến chất lỏng vô trùng nhưng phải đối mặt với sự cạnh tranh thực sự liên quan đến chất lỏng PD. Trong thời gian này, Baxter đã đấu thầu cung cấp chất lỏng vô trùng và PD cho các Cơ quan Nhà nước (SPA's). Baxter cung cấp các sản phẩm có giá cao theo từng mặt hàng đơn lẻ và cung cấp theo hình thức 'trọn gói' với giá thấp hơn đáng kể. Giá 'trọn gói' chỉ được cung cấp

với điều kiện Baxter là nhà cung cấp duy nhất cả chất lỏng vô trùng và PD cho SPA.

ACCC cáo buộc rằng Baxter đã vi phạm về hành vi Giao dịch độc quyền và Lạm dụng sức mạnh thị trường quy định bởi Đạo luật Cạnh tranh 2010 bằng cách sử dụng sức mạnh thị trường mà họ đang nắm giữ trên thị trưởng chất lỏng vô trùng để buộc các SPA ký kết các hợp đồng cung cấp độc quyền các sản phẩm PD.

Giao dịch độc quyền: Đa số toàn thể Tòa án Liên bang cho rằng Baxter đã vi phạm Điều 47; đặc biệt, nó có mục đích và tác dụng làm hạn chế đáng kể cạnh tranh.

Lạm dụng sức mạnh thị trường: Toà án nhất trí cho rằng Baxter có sức mạnh thị trường đáng kể liên quan đến chất lỏng vô trùng và nó đã tận dụng quyền lực này. Đa số thẩm phán cũng cho rằng Baxter có hành vi vi phạm đến điều cấm tại Điều 46.

b) Nội dung vụ việc

Vụ việc được đưa ra Tòa án và được xét xử kéo dài từ năm 2005 đến tận những năm 2010. Nhìn chung các tòa án đều tập trung vào xác định các yếu tố sau nhằm chứng minh hành vi của Baxter là vi phạm vào điều 46 của Đạo luật.

Thị trường liên quan: Thị trường liên quan được các Tòa án xác định là (a) Thị trường chất lỏng vô trùng (không cần thiết phải quyết định xem nó có bao gồm chất lỏng PN hay không, hoặc quyết định liệu thị trường chất lỏng vô trùng theo địa lý có được chia thành các chất lỏng LVP, IS và PN riêng biệt hay không); (b) Thị trường chất lỏng PD (là một thị trường riêng biệt).

Sức mạnh thị trường và vị trí thống lĩnh: Baxter từng là nhà sản xuất chất lỏng vô trùng duy nhất và thống trị tại Úc trong 6-9 năm; không có đối thủ cạnh tranh nào tìm cách thách thức Baxter trên thị trường đó kể từ khi Abbott rút lui vào năm 1992 với tư cách là đối thủ cạnh tranh địa phương cuối cùng. Baxter kỳ vọng và tự tin rằng họ sẽ thành công trong tất các cuộc đấu thầu chất lỏng vô trùng. Mặc dù Baxter đang giao dịch với các cơ quan chính phủ, các SPA cũng có năng lực thực sự để thiết lập các điều khoản đấu thầu, chẳng hạn như cho phép hoặc không sự bán kèm sản phẩm. Mặc dù nhận thấy Baxter không thể hoạt động như thể hoàn toàn tự do trên thị trường, nhưng nó vẫn có nhiều khả năng để hoạt động như một nhà cung cấp duy nhất trên thị trường.

Tuy nhiên, ACCC đã đệ trình rằng thẩm phán đã sai sót khi không phát hiện ra rằng Baxter đã chậm giới thiệu các sản phẩm cải tiến từ đó tạo nên một mức độ

khan hiếm trên thị trường, từ đó, có thể thấy được Baxter có một mức độ sức mạnh thị trường đáng kể trong thị trường chất lỏng vô trùng

Theo ACCC, việc phát triển sản phẩm cụ thể duy nhất bị Baxter trì hoãn để đảm bảo các hợp đồng dài hạn là hệ thống khóa Luer. Bằng chứng của Baxter giải thích rằng sự chậm trễ đó là một quyết định quản lý, được đưa ra sau khi có đánh giá về việc liệu người dùng Úc có trả thêm chi phí cho công nghệ mới hơn và tốt hơn hay không và được đưa ra theo yêu cầu của NSW SPA khi đàm phán Thỏa thuận NSW 1998. Tòa án đã đồng ý với lý giải của Baxter về trường hợp này.

Xét về tổng thể có thể kết luận rằng trong giai đoạn 1998-2001, Baxter có một mức độ quyền lực đáng kể trong thị trường chất lỏng vô trùng. Như đã nói, Baxter là nhà sản xuất chất lỏng vô trùng duy nhất của Úc kể từ năm 1992 và là nhà cung cấp chất lỏng vô trùng chiếm ưu thế và gần như độc quyền kể từ thời điểm đó. Chất lỏng vô trùng là một sản phẩm thiết yếu. Giá không bị biến động lớn. Có những rào cản đáng kể trong việc gia nhập thị trường. Nhà sản xuất địa phương khác đã ngừng sản xuất vào năm 1992, khi họ không thể biện minh cho việc duy trì nhà máy của mình mà không có thị phần đảm bảo và giá cả tăng. Kể từ đó, không có nhà cung cấp chất lỏng vô trùng nào tìm cách thách thức Baxter trên thị trường đó. Cạnh tranh nhập khẩu gặp phải những rào cản đáng kể bởi chi phí nhập khẩu và một số chi phí khác. Baxter tự tin là sẽ thành công trong các cuộc đấu thầu chất lỏng vô trùng. Bên cạnh đó, Baxter có một mức độ tự do tùy ý thực sự trong việc định giá chất lỏng vô trùng.

Từ đó, Thẩm phán kết luận rằng Baxter có sức mạnh thị trường đáng kể trong thị trường chất lỏng vô trùng.

Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường

Baxter đã và đang sử dụng chiến lược định giá bán cao hơn mức giá cạnh tranh với các gói thầu mình tham gia trong khoảng thời gian gần một thập kỷ. Baxter có thể đã thực hiện các gói thầu từng mặt hàng thay thế và gói thầu cung cấp độc quyền ngay cả khi nó không có sức mạnh thị trường. Với các gói thầu này, giá từng món hàng tương đối cao so với ưu đãi kèm theo thay thế và cũng cao hơn nhiều so với mức giá mà bất kỳ SPA có liên quan nào trước đây đã trả.

Đặc điểm định giá từng mặt hàng như trên cho thấy Baxter đang tận dụng sức mạnh thị trường của mình. Nếu có bất kỳ đối thủ cạnh tranh nào đủ lớn trong thị trường chất lỏng vô trùng, Baxter không thể đưa ra một mức giá cao phi thực tế đối với chất lỏng vô trùng như vậy. Baxter sẽ khó có khả năng làm như vậy nếu có tồn tại sự cạnh tranh trên thị trường.

Phương pháp định giá của từng mặt hàng như một phần của chiến lược chào hàng thay thế của Baxter liên quan đến việc họ tận dụng sức mạnh thị trường đáng kể của mình trong thị trường chất lỏng vô trùng. Bằng chứng, họ đã tạo ra sự chênh lệch giá đáng kể mà không cần quan tâm đến chi phí sản xuất. Họ chỉ có thể làm như vậy vì họ không có đối thủ cạnh tranh thực sự trong thị trường chất lỏng vô trùng.

Xử phạt

Mức xử phạt được xác định như sau:

(i) Tổng số tiền phạt liên quan đến các hành vi vi phạm lên tới 4,9 triệu đô la;

(ii) Baxter Healthcare phải trả tất cả các chi phí liên quan đến quá trình tố tụng cũng như các lần kháng cáo, nộp đơn của ACCC.

2.5. Kinh nghiệm của Singapore.

2.5.1. Quy định kiểm soát hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) theo pháp luật cạnh tranh của Úc.

Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh bị cấm theo quy định tại mục 47 Luật Cạnh tranh Singapore, theo đó quy định: "[…] bất kỳ hành vi nào của một hoặc nhiều doanh nghiệp gây lạm dụng vị trí thống lĩnh trên bất kỳ thị trường nào tại Singapore đều bị cấm". Tuy nhiên, mục 47 sẽ không áp dụng đối với hàng hoá, dịch vụ là đối tượng thuộc phạm vi điều chỉnh của một văn bản quy phạm pháp luật hoặc quy tắc hành vi liên quan đến cạnh tranh do cơ quan quản lý khác thực thi. Điều đó có nghĩa là, các quy định khác trong pháp luật quản lý ngành cụ thể có chứa các điều khoản liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và do cơ quan quản lý ngành đó thực thi riêng.

Mặc dù Luật Cạnh tranh được xây dựng theo mô hình của Luật Cạnh tranh Anh (và các luật cạnh tranh châu Âu), các hành vi mang tính bóc lột được cho là không cấu thành hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh tại Singapore. Trong khi pháp luật Anh và châu Âu quy định cụ thể về hành vi "áp đặt trực tiếp hoặc gián tiếp giá mua, giá bán hoặc điều kiện kinh doanh khác một cách bất hợp lý", thì điều khoản này đã được xoá bỏ khỏi Luật Cạnh tranh Singapore trước khi có hiệu lực thi hành. Hơn nữa, Hướng dẫn của CCS cũng không có dẫn chiếu hoặc ví dụ nào liên quan đến hành vi trục lợi cấu thành hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh. Tuy nhiên, CCS vẫn không tuyên bố dứt khoát về việc liệu hành vi trục lợi có cấu thành hành lạm dụng vị trí thống lĩnh hay không và vị trí thống lĩnh đó vẫn chưa được đánh giá về mặt pháp lý.

- *Xác định thị trường liên quan*: CCS sử dụng phép thử độc quyền giả định (hay còn gọi là phép thử SSNIP) để xác định thị trường liên quan. Thông qua việc sử dụng phép thử này, thị trường được xác định là nhóm sản phẩm nhỏ nhất (và khu vực địa lý) mà trong đó nhà độc quyền giả định kiểm soát nhóm sản phẩm đó tại khu vực địa lý đó có thể duy trì việc tăng giá có lợi nhuận.

Trên thực tế, CCS thường dựa vào đánh giá định tính sự thay thế về cầu và cung trong quá trình xác định thị trường liên quan.

Phương pháp tiếp cận liên quan đến xác định vị trí thống lĩnh thị trường đối với các vụ việc lạm dụng vị trí thống lĩnh về cơ bản cũng tương tự như phương pháp tiếp cận trong các vụ việc tập trung kinh tế. Tuy nhiên, phép thử trong các vụ việc lạm dụng vị trí thống lĩnh sẽ đề cập đến khả năng tăng giá so với mức giá cạnh tranh (thay vì so với mức giá thông thường trong các vụ việc tập trung kinh tế) nhằm tránh những sai sót nổi tiếng "Cellophane fallacy".

- *Xác định vị trí thống lĩnh thị trường*: Không có định nghĩa thống lĩnh được đưa ra trong Luật Cạnh tranh. Tuy nhiên, Hướng dẫn của CCS nêu ra rằng doanh nghiệp sẽ không được coi là chiếm ưu thế trừ khi nó có sức mạnh thị trường đáng kể. Hướng dẫn của CCS từ đó khẳng định sức mạnh thị trường chỉ phát sinh khi một doanh nghiệp không phải đối mặt với áp lực cạnh tranh mạnh mẽ và có thể mang lại lợi nhuận duy trì giá trên mức cạnh tranh hoặc để hạn chế sản lượng hoặc chất lượng dưới mức cạnh tranh.

Hướng dẫn của CCS đặc biệt cho rằng 'không có ngưỡng thị phần cho xác định vị trí thống lĩnh theo Mục 47. Tuy nhiên, Hướng dẫn của CCS đặt thị phần như là dấu hiệu khởi đầu để CCS xem xét. Một thị phần vượt quá 60% thể hiện khả năng một doanh nghiệp chiếm ưu thế trong thị trường liên quan.

- *Nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh*: Không có điều khoản cụ thể trong Luật Cạnh tranh liên quan đến sự nhóm thống lĩnh thị trường. Tuy nhiên, Hướng dẫn của CCS khẳng định có thể mở rộng để điều tra đối với hai hay nhiều doanh nghiệp. Theo đó, vị trí thống lĩnh có thể được thiết lập khi hai hoặc nhiều doanh nghiệp áp dụng một chính sách chung ở thị trường liên quan, hay nói cách khác, có một số hình thức phối hợp ngầm giữa các bên.

2.5.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền) tại Singapore.

Ủy ban Cạnh tranh và Người tiêu dùng Singapore ("CCCS") đã đưa ra "*Hướng dẫn CCCS (năm 2016) về vi phạm các điều khoản cấm tại mục 47 Đạo luật cạnh tranh Singapore 2005*". Hướng dẫn này đưa ra một số yếu tố và trường

hợp mà CCCS có thể xem xét để xác định xem một doanh nghiệp có thực hiện hành vi dẫn đến việc lạm dụng vị trí thống lĩnh trên thị trường hay không. Hướng dẫn đưa ra cách thức mà CCCS sẽ xem xét đối với các quy định của Đạo luật khi đánh giá việc lạm dụng vị trí thống lĩnh.

a) Đánh giá sự thống lĩnh

Một doanh nghiệp sẽ không được coi là thống trị trừ khi nó có sức mạnh thị trường đáng kể. Sức mạnh thị trường phát sinh khi một doanh nghiệp không phải đối mặt với áp lực cạnh tranh đủ mạnh và có thể được coi là có khả năng có lợi để duy trì giá cả trên mức cạnh tranh hoặc hạn chế sản lượng hoặc chất lượng dưới mức cạnh tranh. Một doanh nghiệp nắm trong tay sức mạnh thị trường cũng có thể có khả năng và động cơ gây tổn hại đến quá trình cạnh tranh theo những cách khác, chẳng hạn bằng cách làm suy yếu cạnh tranh hiện tại, nâng cao rào cản gia nhập hoặc làm chậm sự đổi mới. Cả người mua và người bán đều có thể có sức mạnh thị trường.

Khi đánh giá liệu một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hay không, CCCS sẽ xem xét yếu tố hạn chế doanh nghiệp có khả năng duy trì giá cả hợp lý trên mức cạnh tranh. Những yếu tố như vậy bao gồm:

• *Đối thủ cạnh tranh hiện tại:* Điều này đề cập đến sự cạnh tranh từ các doanh nghiệp hiện đang tồn tại trên thị trường liên quan, đối tượng mà người mua có thể chuyển sang nếu doanh nghiệp chi phối được cho là đang duy trì giá trên mức cạnh tranh. Thị phần của các đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan là một thước đo khả năng cạnh tranh từ các đối thủ hiện tại;

• *Đối thủ cạnh tranh tiềm năng:* Điều này đề cập đến khả năng các doanh nghiệp sẽ tham gia vào thị trường liên quan và giành thị phần với doanh nghiệp được cho là đang chi phối và duy trì giá trên mức cạnh tranh. Sức mạnh cạnh tranh tiềm ẩn bị ảnh hưởng bởi các rào cản gia nhập;

• *Thị phần*: Không có ngưỡng thị phần nào để xác định vị trí thống lĩnh theo điều cấm ở mục 47. Thị phần của một doanh nghiệp là một yếu tố quan trọng để đánh giá sự thống trị nhưng tự nó không xác định liệu một doanh nghiệp có vị trí thống trị hay không. Ví dụ, cũng cần xem xét vị trí của các doanh nghiệp khác hoạt động trên cùng một thị trường và thị phần đã thay đổi như thế nào theo thời gian. Một doanh nghiệp có nhiều khả năng được coi là thống trị nếu các đối thủ cạnh tranh của nó có vị trí tương đối yếu và nó đã chiếm thị phần cao liên tục trong thời gian dài.

Nói chung, một doanh nghiệp vừa hoặc nhỏ ("SME") khó có khả năng gây tác động đáng kể đến cạnh tranh ở Singapore. Tuy nhiên, CCCS sẽ đánh giá từng

trường hợp cụ thể dựa trên thực tế thị phần của doanh nghiệp đó với các thị trường liên quan.

• *Rào cản gia nhập*: Rào cản gia nhập thị trường là yếu tố quan trọng trong việc đánh giá khả năng cạnh tranh. Các rào cản gia nhập càng thấp thì càng có nhiều khả năng cạnh tranh tiềm năng. Điều này sẽ ngăn cản các doanh nghiệp đang tồn tại trên thị trường duy trì giá cả trên mức cạnh tranh. Ngay cả một doanh nghiệp với thị phần lớn cũng khó có thể có sức mạnh thị trường trên một thị trường có rào cản gia nhập rất thấp. Một doanh nghiệp có thị phần lớn trong một thị trường được bảo vệ bởi các rào cản gia nhập đáng kể có khả năng cao nắm giữ sức mạnh thị trường. Có nhiều cách để phân loại các loại rào cản gia nhập khác nhau nhưng thông thường các rào cản gia nhập được xác định dựa trên các yếu tố sau:

- Chi phí chìm;
- Hạn chế tiếp cận các nguồn cung đầu vào và cửa hàng phân phối chính;
- Quy định của pháp luật;
- Quy mô nền kinh tế;
- Hiệu ứng mạng;
- Hành vi độc quyền của những doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường.

• *Các ràng buộc khác:*

Sức mạnh của bên mua và cấu trúc thị trường từ phía bên mua có thể hạn chế sức mạnh thị trường của bên bán. Quyền lực bên mua dựa vào việc bên mua có sự lựa chọn giữa những bên bán khác có sản phẩm, dịch vụ thay thế tương tự. Sức mạnh thương lượng của bên mua có thể được nâng cao nếu:

- Bên mua được thông báo đầy đủ về các nguồn cung cấp thay thế và có thể dễ dàng, với chi phí thấp, chuyển các giao dịch mua đáng kể từ bên bán này sang bên bán khác mà vẫn đáp ứng được các yêu cầu của bên mua;
- Bên mua có thể bắt đầu sản xuất chính mặt hàng đó, hoặc "tài trợ" cho việc nhập mới của người bán khác tương đối nhanh chóng, ví dụ, thông qua một hợp đồng dài hạn, mà không phải chịu chi phí chìm đáng kể (chi phí không thể thu hồi);
- Bên mua là một đối tác quan trọng cho người bán, nghĩa là, người bán sẽ sẵn sàng nhượng lại các điều khoản tốt hơn cho người mua để giữ lại cơ hội bán hàng cho người mua đó;
- Bên mua có thể tăng cường cạnh tranh giữa những người bán thông qua việc thiết lập đấu giá mua sắm hoặc mua thông qua đấu thầu cạnh tranh.

Trong một số lĩnh vực, hành vi kinh tế của các doanh nghiệp (chẳng hạn như giá cả mà họ đặt ra hoặc mức độ dịch vụ mà họ cung cấp) được quy định bởi Chính phủ hoặc cơ quan quản lý ngành, và việc đánh giá sức mạnh thị trường có thể cần tính đến điều đó. Mặc dù một doanh nghiệp có thể không gặp phải những sự cạnh tranh đáng kể từ các đối thủ cạnh tranh hiện tại, các đối thủ tiềm năng hoặc sức mạnh của người mua trên thị trường, nhưng doanh nghiệp đó vẫn có thể bị hạn chế bởi việc duy trì giá cả có lợi trên mức cạnh tranh của Chính phủ hoặc cơ quan quản lý ngành. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là sức mạnh thị trường không thể tồn tại khi có sự điều tiết kinh tế từ chính quyền. Ví dụ, khi một chính sách về giá được ban hành bởi các cơ quan có thẩm quyền điều chỉnh trực tiếp hoặc gián tiếp giá trên một số thị trường mà có một hay nhiều doanh nghiệp đang hoạt động, việc duy trì giá trên mức giá trung bình của doanh nghiệp đó phù hợp với chính sách nhưng lại làm ảnh hưởng đến cạnh tranh trên thị trường.

b) Đánh giá việc lạm dụng

- *Đánh giá pháp lý về việc lạm dụng vị trí thống lĩnh:* Trong trường hợp xác định có một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường liên quan, thì phần tiếp theo là đánh giá xem hành vi của doanh nghiệp đó có thể bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh hay không. Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh của một doanh nghiệp có khả năng ảnh hưởng đáng kể đến cạnh tranh ở Singapore. Tuy nhiên, khi đạt được hoặc duy trì vị trí thống lĩnh thông qua hành vi có tác động tăng cường hiệu quả thị trường, chẳng hạn như thúc đẩy kinh tế theo quy mô thì hành vi đó sẽ không bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh. Phần 47 (2) của Đạo luật liệt kê nhiều loại hành vi kinh doanh trong đó các ví dụ cụ thể về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh.

Việc khai thác hợp pháp quyền sở hữu trí tuệ sẽ không bị coi là hành vi lạm dụng. Tuy nhiên, rất có khả năng là cách thức thực hiện quyền sở hữu trí tuệ có thể làm phát sinh quan ngại về cạnh tranh nếu quyền đó vượt ra ngoài việc khai thác hợp pháp.

Khi tiến hành đánh giá hành vi bị cáo buộc lạm dụng vị trí thống trị, CCCS sẽ thực hiện đánh giá dựa trên hiệu quả kinh tế để xác định liệu hành vi đó có hoặc có khả năng gây tác động bất lợi đến cạnh tranh hay không. CCCS thường đánh giá dựa trên một số yếu tố như: vị thế của bên bị cáo buộc và các đối thủ cạnh tranh trên thị trường; cấu trúc thị trường; điều kiện cạnh tranh thực tế trên thị trường liên quan; và vị trí của khách hàng và/hoặc nhà cung cấp đầu vào.

Trường hợp đánh giá hành vi đó có hoặc có khả năng gây ảnh hưởng bất lợi đến cạnh tranh, CCCS có thể xem xét liệu doanh nghiệp đó có đưa ra lý do khách quan cho hành vi của mình hay không. Ví dụ, việc từ chối cung cấp có thể

là chính đáng bởi mức độ tín nhiệm kém của người mua. Tuy nhiên, doanh nghiệp thống lĩnh vẫn phải chứng tỏ rằng họ đã hành xử một cách đúng đắn trong việc bảo vệ lợi ích thương mại hợp pháp của mình, không nên áp dụng các biện pháp hạn chế hơn mức cần thiết.

- *Lạm dụng trong các thị trường liên quan*: Không nhất thiết phải xem xét vị trí thống lĩnh, hành vi lạm dụng và ảnh hưởng của hành vi lạm dụng trên cùng một thị trường. Dưới đây đưa ra các tình huống có thể xảy ra khác nhau trong đó điều cấm của mục 47 có thể áp dụng cho doanh nghiệp Y. Các tình huống nêu dưới đây là để minh họa; Liệu hành vi đó có bị coi là lạm dụng hay không sẽ tùy thuộc vào sự kiện và hoàn cảnh của từng trường hợp.

Bảng 3: Đánh giá tác động HCCT của CCCS về lạm dụng vị trí thống lĩnh

Các tình huống	**Thị trường A**	**Thị trường B**
Y có thể chiếm ưu thế trên Thị trường A và có hành vi định giá hủy diệt để loại bỏ các đối thủ cạnh tranh khỏi Thị trường A.	Có vị trí thống lĩnh Có hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh Có tác động đến thị trường	
Y có vị trí thống lĩnh ở Thị trường A và nó cung cấp nguyên liệu thô cần thiết cho sản xuất ở Thị trường B, nơi mà Y cũng là một doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường. Để củng cố vị thế của mình trên Thị trường B, Y có thể lạm dụng vị trí thống lĩnh của mình ở Thị trường A, bằng cách từ chối cung cấp nguyên liệu thô cho các đối thủ cạnh tranh của mình trên Thị trường B.	Có vị trí thống lĩnh Có hành vi lạm dụng	Có tác động đến thị trường
Y có vị trí thống lĩnh ở Thị trường A, nhưng không có vị trí thống lĩnh ở Thị trường B. Y có thể giảm giá đặc biệt ở Thị trường B, cho những người mua vẫn trung thành với họ ở Thị trường A, để giúp duy trì vị trí thống lĩnh của mình trên Thị trường A.	Có vị trí thống lĩnh Có hành vi lạm dụng	Có hành vi lạm dụng

Y có vị trí thống lĩnh ở Thị trường A. Họ có thể cố gắng tận dụng sức mạnh thị trường của mình ở Thị trường A với Thị trường B, bằng cách gắn việc bán sản phẩm của mình ở Thị trường A với việc bán sản phẩm của mình ở Thị trường B có liên quan.	Có vị trí thống lĩnh	Có hành vi lạm dụng Có tác động đến thị trường

- *Phân tích phản thực tế:* Phân tích phản thực tế đóng vai trò là một phương tiện để đánh giá liệu một hành vi nhất định có tác động hạn chế đến cạnh tranh hay không bằng cách xem xét liệu một tình huống thay thế mà ở đó hành vi liên quan đã bị loại bỏ thì cạnh tranh liệu có được cải thiện. Hội đồng Kháng nghị Cạnh tranh trong quyết định của mình về kháng nghị SISTIC đã tuyên bố rằng vai trò của đánh giá phản thực tế không phải là một yêu cầu pháp lý trong việc đánh giá các cuộc điều tra lạm dụng vị trí thống lĩnh. Tuy nhiên, nếu thích hợp, CCCS sẽ sử dụng phân tích phản thực tế như một công cụ để đánh giá hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh.

2.5.3. Vụ việc điển hình

Lạm dụng vị trí thống lĩnh bởi SISTIC.com Pte Ltd

a) Tổng quan

Ngày 4 tháng 6 năm 20110, Ủy ban Cạnh tranh Singapore (CCS) đã ban hành Quyết định vi phạm (Quyết định) đối với SISTIC.com Pte Ltd (SISTIC) vì hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vi phạm mục 47 của Đạo luật cạnh tranh (Đạo luật), vì áp dụng những thỏa thuận độc quyền. Các nhà cung cấp dịch vụ bán vé như SISTIC đóng vai trò trung gian giữa hai nhóm khách hàng - người quảng bá sự kiện và người mua vé - bằng cách cung cấp cho họ một nền tảng để mua và bán vé. Khi các địa điểm quan trọng như Esplanade và SIS bắt buộc phải sử dụng SISTIC, những người tổ chức sự kiện muốn tổ chức sự kiện của họ tại những địa điểm này không có lựa chọn nào khác ngoài việc bán vé thông qua SISTIC; khi người quảng bá sự kiện được yêu cầu bán vé cho tất cả các sự kiện của họ thông qua SISTIC, người mua vé muốn tham dự các sự kiện đó cũng không có lựa chọn nào khác ngoài việc mua vé thông qua SISTIC.

Các hạn chế theo các Thỏa thuận độc quyền có hại cho cạnh tranh. Nó làm hạn chế sự lựa chọn của những người quảng bá sự kiện về nhà cung cấp dịch vụ bán vé, duy trì vị trí thống lĩnh của SISTIC và tạo khả năng cho SISTIC tính phí mua vé với giá cao hơn. Doanh thu cao hơn được tạo ra từ người mua vé lần lượt

cung cấp cho SISTIC cơ sở để duy trì chiết khấu và các ưu đãi khác được sử dụng để thu hút và giữ chân các nhà điều hành địa điểm và các nhà quảng bá sự kiện.

b) Nội dung vụ việc

CCCS đã xác định vị trí thống lĩnh và sức mạnh thị trường của SISTIC và từ đó đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể tới thị trường:

Thị trường liên quan:

- *Thị trường sản phẩm liên quan:* CCS cho rằng sản phẩm chính trong trường hợp này là dịch vụ bán vé cho những người quảng bá sự kiện của SISTIC ("Sản phẩm chính"). Tuy nhiên, CCS lưu ý rằng các hợp đồng của SISTIC (với các nhà tổ chức sự kiện, thuê địa điểm) đang được điều tra không bao gồm việc cung cấp các dịch vụ bán vé chính, chiết khấu hoặc các ưu đãi khác cho việc đăng ký các dịch vụ tùy chọn.

Khả năng thay thế về cung và cầu:

Khi xác định thị trường sản phẩm cho trường hợp này, CCS đã xác định: Về phía cầu, các sản phẩm mà người mua coi là sản phẩm thay thế hợp lý cho sản phẩm chính và các sản phẩm bổ sung. Về phía cung, CCS xác định việc có người bán cung cấp sản phẩm chính tương tự, hoặc có thể cung cấp chúng một cách tương đối dễ dàng trong khoảng thời gian ngắn. Cụ thể, trong vụ việc này, CCS đã xác định hai loại dịch vụ bán vé có thể được hình dung là sản phẩm thay thế cho sản phẩm đầu mối và các dịch vụ bổ sung của nó:

- Dịch vụ bán vé mở: Các dịch vụ bán vé mở về cơ bản phục vụ nhu cầu của các nhà quảng bá sự kiện hoặc nhà điều hành địa điểm. Theo đó, hệ thống hoặc giải pháp đặt vé được xây dựng linh hoạt cho phép tùy chỉnh để đáp ứng đồng thời nhiều nhu cầu của khách hàng. Ví dụ về các nhà cung cấp dịch vụ bán vé mở bao gồm SISTIC, Gatecrash, Tickets.com và GTN. Việc xác định thêm dịch vụ này làm tăng phạm vi của thị trường sản phẩm liên quan và đem lại một số lợi thế cho SISTIC nhưng vẫn không đủ để chứng minh việc họ đang chiếm ưu thế đáng kể trên thị trường này.

- Dịch vụ đặt vé chuyên dụng: Dịch vụ bán vé chuyên dụng cung cấp các nhu cầu đặt vé cụ thể trên nhằm mục đích sử dụng lâu dài. Theo đó, hệ thống hoặc giải pháp đặt vé được xây dựng với mục đích chuyên dụng để sử dụng cho một sự kiện, hoạt động hoặc địa điểm cụ thể và không có khả năng phục vụ các mục đích bán vé khác mà không có sửa đổi hoặc cải tiến đáng kể. Ví dụ bao gồm bán vé cho rạp chiếu phim, địa điểm tham quan/điểm tham quan (ví dụ: Singapore Flyer, The Night Safari, v.v.), SMRT, S-League, … Dịch vụ này chỉ chiếm phần rất nhỏ trong

tổng số vé bán ra cỉa SISTIC nếu được thay thế, vì vậy CCS loại dịch vụ này khỏi thị trường sản phẩm liên quan.

Từ những phân tích trên CCS đã đưa ra kết luận thị trường sản phẩm liên quan trong tường hợp này là thị trường của các dịch vụ bán vé mở.

- *Thị trường địa lý liên quan:* Khi xác định thị trường địa lý cho trường hợp này, CCS xác định Singapore là khu vực trọng điểm (Khu vực chính), vì các hợp đồng của SISTIC đang được điều tra bao gồm nhiều sự kiện khác nhau được tổ chức tại các địa điểm khác nhau trên khắp Singapore (nhưng không bên ngoài Singapore). Từ đó CCS xác định thị trường địa lý liên quan là Singapore

=> Thị trường liên quan trong trường hợp này là ***Thị trường của các dịch vụ bán vé mở tại Singapore***

Vị trí thống lĩnh của SISTIC

CCS đã xác định những yếu tố sau để làm rõ vị trí thống lĩnh của SISTIC:

(i) SISTIC đã duy trì thị phần của mình ở mức khoảng 90% trong thời gian từ tháng 1 năm 2006 đến tháng 3 năm 2009. Cụ thể, Dựa trên lượng vé bán ra, thị phần của SISTIC vẫn duy trì ở mức khoảng 90% trong giai đoạn từ tháng 1 năm 2006 đến tháng 3 năm 2009. Thị phần của SISTIC giảm nhẹ trong năm 2008, chủ yếu là do GTN giành được hợp đồng cung cấp dịch vụ bán vé cho Giải Grand Prix Singapore 2008. SISTIC kể từ đó đã phục hồi thị phần của mình trong giai đoạn từ tháng 1 năm 2009 đến tháng 3 năm 2009 lên khoảng [90-100]%. Trên cơ sở tổng hợp, SISTIC có thị phần khoảng [85-95]% trên thị trường liên quan trong giai đoạn từ tháng 1 năm 2006 đến tháng 3 năm 2009.

(ii) SISTIC đã tạo ra một hiệu ứng mạng nhân tạo giữa những người quảng bá sự kiện và người mua vé thông qua thỏa thuận độc quyền và duy trì hiệu ứng đó thông qua trang web, cửa hàng và cơ sở dữ liệu khách hàng của mình.

(iii) SISTIC không bị ràng buộc bởi quyền lực thương lượng đối kháng, vì những người quảng bá sự kiện và người mua vé đều nhỏ, và các nhà điều hành địa điểm có động cơ yếu để thực hiện quyền lực của họ.

(iv) Việc tăng phí đặt chỗ của SISTIC trong năm 2008 đã chứng tỏ khả năng duy trì lợi nhuận của nó trên mức cạnh tranh trên thị trường liên quan. Cụ thể, vào ngày 15 tháng 01 năm 2008, SISTIC đã tăng 50% phí đặt chỗ đối với người mua vé từ 2$ lên 3$ đối với những vé có mệnh giá cao hơn 20$. Mặc dù phí đặt chỗ chỉ là một phần trong giá của SISTIC được tính cho một nhóm khách hàng của mình (tức là người mua vé) nhưng doanh thu từ những người tổ chức sự kiện trong cùng thời kỳ không giảm cho thấy doanh thu gia tăng từ phí đặt phòng không bị "cạnh tranh" về phía sự kiện của thị trường liên quan.

(v) SISTIC chiếm ưu thế, nhưng thị trường liên quan không phải là độc quyền tự nhiên, vì quy mô kinh tế là vừa phải và không thể vượt qua khi không có các thỏa thuận độc quyền.

Từ đó, CCS xác định rằng SISTIC có sức mạnh thị trường cũng như là doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường liên quan.

Hành vi của SISTIC, theo đó SISTIC đã tận dụng vị trí thống lĩnh của mình trên thị trường đặt vé mở và áp đặt các doanh nghiệp là đối tác hoạt động trong các lĩnh vực tổ chức sự kiện và cho thuê địa điểm phải ký các thỏa thuận độc quyền sau:

- Thỏa thuận Dịch vụ Ứng dụng và Đặt vé (ASTA) giữa SISTIC và The Esplanade Co. Ltd (TECL) có các hạn chế rõ ràng yêu cầu tất cả các sự kiện được tổ chức tại các địa điểm Esplanade phải sử dụng SISTIC làm nhà cung cấp dịch vụ bán vé duy nhất;

- Thỏa thuận về Dịch vụ Bán vé (ATS) giữa SISTIC và Hội đồng Thể thao Singapore (SSC) có các hạn chế rõ ràng yêu cầu tất cả các sự kiện được tổ chức tại Sân vận động Trong nhà Singapore (SIS) phải sử dụng SISTIC làm nhà cung cấp dịch vụ bán vé duy nhất;

- 17 thỏa thuận khác có những hạn chế rõ ràng yêu cầu những người quảng bá sự kiện liên quan sử dụng SISTIC làm nhà cung cấp dịch vụ bán vé duy nhất cho tất cả các sự kiện của họ.

Tác động của hành vi đến cạnh tranh trên thị trường

CCS xác định các ảnh hưởng từ các thỏa thuận do SISTIC áp đặt là:

(i) SISTIC đã đơn phương áp đặt các hạn chế độc quyền đối với các đối tác hợp đồng của mình, do đó đưa ra một phương thức cạnh tranh ảo mang tính chất "tất cả hoặc không có gì".

(ii) SISTIC đã áp đặt các giao dịch độc quyền một cách rõ ràng đối với các đối tác hợp đồng của mình thông qua các ưu đãi và chiết khấu được cá nhân hóa.

(iii) Các Thỏa thuận độc quyền ngăn cản đối thủ cạnh tranh dần dần có được chỗ đứng trên thị trường liên quan.

(iv) Do sự thờ ơ của các nhà điều hành địa điểm và các vấn đề phối hợp với các nhà tổ chức sự kiện, một hiệu ứng hạn chế trên diện rộng đã xảy ra với sự tối ưu hóa lợi nhuận của SISTIC.

(v) Các Thỏa thuận Độc quyền đã được các đối tác hợp đồng của SISTIC gia hạn lâu năm và tiếp tục thực hiện.

(vi) Các Thỏa thuận Độc quyền là một phần không thể thiếu trong chiến lược toàn diện của SISTIC về hạn chế cạnh tranh trên thị trường, hoàn lại tiền và duy trì vị trí thống lĩnh.

3. Kinh nghiệm quốc tế về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc tập trung kinh tế

3.1. Kinh nghiệm Liên minh Châu Âu (EU)

3.1.1. Tổng quan

Ngay từ khi thành lập Liên minh Châu Âu (EU), chính sách cạnh tranh được coi như một công cụ quan trọng để thúc đẩy quá trình liên kết kinh tế giữa các nước trong khối. Luật Cạnh tranh của EU yêu cầu chính phủ các quốc gia thành viên không được đặt ra hoặc duy trì các biện pháp nhằm hạn chế một trong ba nguyên tắc tự do cơ bản của liên minh: tự do lưu thông hàng hóa, tự do di chuyển và tự do cung cấp dịch vụ.

Hội đồng châu Âu với vai trò là cơ quan ban hành và giám sát việc thực thi Luật Cạnh tranh, chịu trách nhiệm xử lý những vấn đề liên quan đến luật này cũng như quản lý việc sáp nhập và hợp nhất các công ty, tập đoàn lớn của EU để phát triển tự do thương mại và giảm bớt trợ giá từ chính phủ của các quốc gia thành viên cho các công ty, tập đoàn lớn của nước mình.

Do đó, chính sách cạnh tranh của EU không chỉ tác động đến hoạt động của các doanh nghiệp và còn điều chỉnh một số hoạt động của các nước thành viên, thúc đẩy quá trình tự do hóa thương mại. Nội dung chính sách cạnh tranh thể hiện trên nhiều lĩnh vực, như chính sách chống độc quyền và các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; chính sách kiểm soát sáp nhập doanh nghiệp; chính sách kiểm soát hỗ trợ nhà nước; chính sách thúc đẩy tự do hóa.

Việc tập trung kinh tế (TTKT) có thể dẫn đến sự ra đời một doanh nghiệp mới có vị trí thống lĩnh. Điều này có thể gây tác động đến cạnh tranh. Vì vậy, hành vi TTKT cũng là đối tượng quan tâm đặc biệt trong chính sách cạnh tranh của EU. Cần lưu ý là hoạt động TTKT chỉ bị ngăn cản nếu nó tạo ra hoặc nâng cao vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp và làm ảnh hưởng đến hiệu quả cạnh tranh.

Năm 1990, chính sách cạnh tranh EU đã có bổ sung đối với quy định về TTKT. Theo đó, các doanh nghiệp lớn, đặc biệt là các doanh nghiệp có tổng doanh thu trên 5 tỷ euro chỉ được sáp nhập khi có sự phê chuẩn đồng ý của Ủy ban. Thủ tục thẩm định TTKT được diễn ra theo hai bước. Giai đoạn kiểm tra sơ bộ diễn ra trong vòng một tháng. Đây là giai đoạn các chuyên gia xem xét và đưa ra quyết định việc TTKT có tác động đến cạnh tranh hay không. Kết quả của giai đoạn này

là (i) doanh nghiệp bị từ chối TTKT, hoặc (ii) được cho phép thực hiện TTKT ngay, hoặc (iii) Ủy ban phải mở thủ tục thẩm định chính thức hoạt động TTKT.

3.1.2. Tập trung kinh tế theo chiều ngang

Có hai trường hợp TTKT theo chiều ngang có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường thông qua việc tạo ra hoặc củng cố vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp tham gia TTKT:

Thứ nhất, bằng cách loại bỏ các áp lực cạnh tranh quan trọng đối với một hoặc nhiều doanh nghiệp, từ đó sẽ làm gia tăng sức mạnh thị trường của doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế;

Thứ hai, bằng cách thay đổi môi trường cạnh tranh theo cách tạo ra những điều kiện để các doanh nghiệp trên thị trường gia tăng khả năng phối hợp hành động để tăng giá trên thị trường, gây tác động tiêu cực đến cạnh tranh. Tập trung kinh tế cũng có thể làm cho việc phối hợp hành động dễ dàng hơn và hiệu quả hơn đối với các công ty đã phối hợp trước khi xảy ra tập trung kinh tế.

Tác động đơn phương: Việc tập trung kinh tế theo chiều ngang có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan bằng cách làm giảm các áp lực cạnh tranh quan trọng đối với một hoặc một số đối thủ cạnh tranh trên thị trường, do đó có khả năng làm tăng sức mạnh thị trường của những đối thủ cạnh tranh đó. Tác động trực tiếp nhất của việc TTKT sẽ là mất đi sự cạnh tranh giữa các công ty tham gia TTKT. Ví dụ, nếu trước TTKT, khi một trong bên tham gia TTKT tăng giá, bên này sẽ mất doanh thu cho bên tập trung kinh tế còn lại. Tuy nhiên, áp lực này đã bị loại bỏ sau khi việc TTKT được tiến hành. Ngoài ra, trên thị trường liên quan, các công ty không tham gia TTKT cũng có thể được hưởng lợi từ việc giảm áp lực cạnh tranh, vì khi các công ty tham gia TTKT tăng giá, nhu cầu người tiêu dùng có thể chuyển sang các công ty đối thủ cạnh tranh trên thị trường, do đó, các công ty đối thủ cạnh tranh có thể thu thêm lợi nhuận khi cùng tăng giá. Do vậy, TTKT có khả năng giảm bớt áp lực cạnh tranh và làm tăng giá đáng kể trên thị trường liên quan. Nói chung, việc TTKT làm phát sinh các tác động đơn phương như vậy sẽ có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan bằng cách tạo ra hoặc củng cố vị trí thống lĩnh của một công ty tham gia TTKT, dẫn đến việc sau giao dịch TTKT một doanh nghiệp tham gia TTKT sẽ có thị phần lớn hơn đáng kể so với các đối thủ cạnh tranh còn lại trên thị trường liên quan. Hơn nữa, việc TTKT trong các thị trường độc quyền nhóm có thể dẫn đến việc loại bỏ các áp lực cạnh tranh quan trọng giữa các đối thủ cạnh tranh trên thị trường do đó có thể làm gia tăng khả năng phối hợp giữa các thành viên trong nhóm doanh nghiệp độc quyền.

Những trường hợp mà TTKT có thể gây ra tác động đơn phương

(i) Doanh nghiệp sau TTKT có thị phần cao

Thị phần càng lớn, doanh nghiệp càng có nhiều khả năng sở hữu sức mạnh thị trường đáng kể, và việc gia tăng thị phần sau TTKT càng lớn thì khả năng tạo ra sức mạnh thị trường đáng kể càng cao. Mặc dù thị phần và thị phần kết hợp sau TTKT chỉ cung cấp những dấu hiệu đầu tiên về sức mạnh thị trường đáng kể, chúng thường là những yếu tố quan trọng trong việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể.

(ii) Các doanh nghiệp tham gia TTKT là những đối thủ cạnh tranh trực tiếp

Ở trên những thị trường liên quan mà hàng hoá khác biệt, khả năng thay thế giữa sản phẩm của các bên tham gia tập trung kinh tế càng cao thì càng có nhiều khả năng doanh nghiệp sau tham gia tập trung kinh tế sẽ tăng giá đáng kể, ví dụ như việc hợp nhất giữa hai doanh nghiệp cung cấp các sản phẩm mà một số lượng lớn khách hàng coi là lựa chọn đầu tiên và thứ hai của họ. Do đó, thực tế mối quan hệ cạnh tranh giữa các bên tham gia TTKT là một yếu tố quan trọng để đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường.

(iii) Phản ứng của người tiêu dùng khi tăng giá

Khách hàng của các bên tham gia TTKT có thể gặp khó khăn khi chuyển sang các nhà bên bán khác vì có ít bên bán thay thế hoặc vì họ phải đối mặt với chi phí chuyển đổi đáng kể. Những khách hàng như vậy sẽ ít có khả năng phản ứng khi doanh nghiệp sau TTKT tăng giá. Việc TTKT có thể ảnh hưởng đến khả năng tự bảo vệ mình trước sự tăng giá của những khách hàng này. Đặc biệt, đây có thể là trường hợp của những khách hàng đã sử dụng giá của các bên tham gia TTKT để quyết định mua. Các thông tin về phản ứng với sự thay đổi giá của người tiêu dùng là một nguồn thông tin quan trọng

(iv) Đối thủ cạnh tranh không có khả năng tăng nguồn cung khi giá tăng

Khi đối thủ cạnh tranh của các bên tham gia TTKT khó có khả năng tăng nguồn cung đáng kể nếu giá trên thị trường tăng, các công ty tham gia TTKT có thể có động cơ để giảm sản lượng xuống dưới mức trước TTKT, do đó làm tăng giá thị trường. Việc sáp nhập làm tăng động cơ giảm sản lượng bằng cách mang lại cho các doanh nghiệp tham gia TTKT có thị phần cao hưởng tỷ lệ lợi nhuận trên doanh thu cao hơn do tang giá và giảm sản lượng. Ngược lại, khi các đối thủ cạnh tranh có đủ năng lực và nhận thấy có lợi nhuận để mở rộng sản lượng khi các doanh nghiệp tham gia TTKT tăng gía thì việc tập trung kinh tế ít có khả năng tạo ra hoặc củng cố vị trí thống lĩnh dẫn đến việc gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan. Việc mở rộng sản lượng khó xảy ra khi các đối

thủ cạnh tranh hạn chế về năng lực hoặc việc mở rộng công suất hoặc sử dụng công suất dư thừa là không kinh tế.

(v) Doanh nghiệp sau TTKT có khả năng ngăn chặn sự mở rộng của đối thủ cạnh tranh

Việc doanh nghiệp sau TTKT có khả năng kiểm soát hoặc tác động đến các yếu tố đầu vào hoặc khả năng phân phối có thể làm cho việc mở rộng hoặc gia nhập của các công ty đối thủ cạnh tranh tốn kém hơn. Tương tự như vậy, nếu doanh nghiệp sau TTKT có quyền sở hữu bằng sáng chế hoặc các loại tài sản trí tuệ khác (ví dụ: nhãn hiệu) cũng có thể khiến việc mở rộng hoặc xâm nhập của các đối thủ khó khăn hơn. Ngoài ra, việc tập trung kinh tế cũng có thể mang đến cho các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế khả năng tăng chi phí hoặc giảm chất lượng dịch vụ của các đối thủ. Khi đánh giá yếu tố ngày, Ủy ban có thể xem xét sức mạnh tài chính của các doanh nghiệp tham gia TTKT so với các đối thủ cạnh tranh khác trên thị trường liên quan.

Tác động phối hợp

Việc TTKT cũng có thể làm cho việc thoả thuận trở nên dễ dàng hơn, ổn định hơn hoặc hiệu quả hơn đối với các công ty đã thoả thuận trước khi tập trung kinh tế, bằng cách làm cho thoả thuận, thông đồng chặt chẽ hơn hoặc bằng cách cho phép các công ty thoả thuận với nhau ở mức giá cao hơn.

Thoả thuận có thể có nhiều hình thức khác nhau. Ở một số thị trường, thoả thuận nhiều khả năng có thể liên quan đến việc kiểm soát giá trên mức cạnh tranh. Ở các thị trường khác, thoả thuận có thể nhằm mục đích hạn chế sản lượng cung ứng ra thị trường. Các công ty cũng có thể thoả thuận để phân chia thị trường, ví dụ theo khu vực địa lý hoặc các đặc điểm khác của khách hàng, hoặc bằng cách phân bổ hợp đồng trong các thị trường đấu thầu.

Thoả thuận có nhiều khả năng xuất hiện ở những thị trường mà việc đạt được sự hiểu biết chung về các điều khoản trong thoả thuận tương đối đơn giản. Ngoài ra, cần có ba điều kiện để thoả thuận được bền vững. Đầu tiên, các công ty tham gia thoả thuận phải có khả năng giám sát mức độ tuân thủ của các điều khoản thoả thuận. Thứ hai, cần phải có những biện pháp hoặc hình thức, cơ chế răn đe khi phát hiện hành vi sai lệch so với thoả thuận. Thứ ba, phản ứng của những đối tượng không tham gia thoả thuận ví dụ như như các đối thủ cạnh tranh hiện tại và tương lai không tham gia thoả thuận, cũng như khách hàng không thể gây ảnh hưởng đến việc thoả thuận.

Cơ quan cạnh tranh có thể xem xét những thay đổi mà việc tập trung kinh tế mang lại trên thị trường liên quan. Bản thân việc giảm số lượng đối thủ cạnh

tranh trên thị trường liên quan có thể là một yếu tố tạo điều kiện thuận lợi cho việc phối hợp.

Khi đánh giá khả năng xảy ra các tác động phối hợp, Ủy ban sẽ tính đến tất cả các thông tin liên quan sẵn có về đặc điểm của các thị trường liên quan, bao gồm cả đặc điểm cấu trúc và hành vi trong quá khứ của các công ty. Bằng chứng về thoả thuận trong quá khứ rất quan trọng nếu các đặc điểm thị trường liên quan không thay đổi đáng kể hoặc không có khả năng làm như vậy trong tương lai gần. Tương tự như vậy, bằng chứng về thoả thuận trong các thị trường tương tự có thể là thông tin hữu ích.

Các điều kiện để gây tác động HCCT phối hợp

(i) Điều kiện hình thành sự phối hợp, thông đồng giữa các đối thủ cạnh tranh

Việc phối hợp, thông đồng có nhiều khả năng xuất hiện hơn nếu các đối thủ cạnh tranh có thể dễ dàng nhận thức chung về các hành vi phù hợp và không phù hợp với thoả thuận.

Nói chung, môi trường kinh doanh càng ít phức tạp và càng ổn định thì các doanh nghiệp càng dễ đạt được sự hiểu biết chung về các nội dung của thoả thuận. Ví dụ, thoả thuận giữa một số ít đối thủ cạnh tranh sẽ dễ thực hiện hơn so với nhiều đối thủ cạnh tranh. Thoả thuận trên một mức giá cho một sản phẩm đồng nhất, đơn lẻ cũng dễ dàng hơn so với hàng trăm mức giá trên thị trường có nhiều sản phẩm khác nhau. Tương tự, thoả thuận về giá khi các điều kiện cung và cầu tương đối ổn định sẽ dễ dàng hơn so với khi chúng liên tục thay đổi. Trong bối cảnh thị trường biến động, các đối thủ cạnh tranh trên thị trường tăng trưởng thị phần nhanh hoặc có sự gia nhập thường xuyên của các đối thủ cạnh tranh mới có thể khiến cho việc hình thành thoả thuận hạn chế cạnh tranh khó khăn hơn. Ở những thị trường mà sự đổi mới là quan trọng, việc thoả thuận có thể khó khăn hơn vì những đổi mới, đặc biệt là những đổi mới quan trọng, có thể cho phép một công ty giành được lợi thế lớn so với các đối thủ của mình.

Thoả thuận phân chia thị trường sẽ dễ dàng hơn nếu khách hàng có những đặc điểm đơn giản cho phép các công ty tham gia thoả thuận dễ dàng phân chia họ. Những đặc điểm đó có thể dựa trên địa lý; về loại khách hàng hoặc đơn giản là về sự tồn tại của những khách hàng thường mua từ một công ty cụ thể. Thoả thuận phân chia thị trường có thể tương đối đơn giản nếu dễ dàng xác định được nhà cung cấp của từng khách hàng và thiết bị điều phối là việc phân bổ khách hàng hiện tại cho nhà cung cấp đương nhiệm của họ.

Tuy nhiên, các công ty tham gia thoả thuận có thể tìm ra những cách khác để khắc phục các vấn đề xuất phát từ môi trường kinh tế phức tạp. Chẳng hạn, họ có thể thiết lập các quy tắc định giá đơn giản để giảm bớt sự phức tạp của việc điều phối một số lượng lớn các mức giá. Một ví dụ của quy tắc như vậy là thiết lập một số lượng nhỏ các điểm định giá, do đó giảm bớt vấn đề điều phối. Một ví dụ khác là có một mối quan hệ cố định giữa giá cơ sở nhất định và một số giá khác, như vậy về cơ bản giá cả di chuyển song song. Thông tin chính được công bố công khai, trao đổi thông tin thông qua các hiệp hội thương mại, hoặc thông tin nhận được thông qua việc sở hữu chéo hoặc tham gia vào các liên doanh cũng có thể giúp các công ty đạt được các điều khoản phối hợp. Tình hình thị trường càng phức tạp thì càng cần có sự minh bạch hoặc trao đổi thông tin để đạt được sự hiểu biết chung về các điều khoản phối hợp.

Các doanh nghiệp có thể dễ dàng đạt được sự hiểu biết chung về các điều kiện thoả thuận nếu các doanh nghiệp tương đồng về cơ cấu chi phí, thị phần, năng lực sản xuất và mức độ tích hợp theo chiều dọc. Các liên kết như sở hữu chéo cổ phần hoặc tham gia vào các liên doanh cũng có thể gia tăng khả năng phối hợp giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan.

(ii) Phản ứng của các đối thủ cạnh tranh không tham gia thỏa thuận

Để đảm bảo thành công của hành vi thoả thuận, hành động của các công ty không tham gia thoả thuận và các đối thủ cạnh tranh tiềm năng, cũng như khách hàng, không có khả năng cản trở kết quả mong đợi của thoả thuận. Ví dụ, thoả thuận giảm tổng sản lượng thị trường sẽ chỉ gây tổn hại cho người tiêu dùng nếu các công ty không tham gia thoả thuận không thể hoặc không có động cơ tăng công suất sản xuất của chính đủ để bù đắp sự sụt giảm sản lượng sản xuất hoặc làm cho việc thoả thuận giảm tổng sản lượng thị trường trở lên không có lợi.

(iii) Vai trò của người tiêu dùng

Sức mạnh đối kháng của người mua được hiểu là sức mạnh thương lượng mà người mua có được với người bán trong các cuộc đàm phán thương mại do quy mô, ý nghĩa thương mại của của người mua đối với người bán và khả năng người mua chuyển sang những người bán thay thế khác trên thị trường. Ủy ban sẽ xem xét mức độ phản ứng của khách hàng trước sự gia tăng sức mạnh thị trường của các doanh nghiệp tham gia TTKT. Sức mạnh đối kháng của người mua là khả năng người mua chuyển sang người bán thay thế khác, trong một khoảng thời gian hợp lý trong trường hợp doanh nghiệp sau TTKT quyết định tăng giá hoặc thay đổi các điều kiện bán hàng theo hướng bất lợi với người mua. Người mua có sức mạnh đối kháng nếu họ có thể ngay lập tức chuyển sang các nhà cung cấp khác, tích hợp theo chiều dọc hoặc tài trợ cho việc mở rộng hoặc gia nhập thị trường

sản phẩm liên quan, ví dụ bằng cách thuyết phục một đối thủ cạnh tranh tiềm năng tham gia thị trường liên quan và cam kết đặt hàng với số lượng lớn..

(iv) Rào cản gia nhập thị trường

Khả năng gia nhập thị trường

Ủy ban xem xét khả năng gia nhập thị trường của các đối thủ cạnh tranh tiềm năng có khả năng hạn chế hành vi phản cạnh tranh của doanh nghiệp tham gia TTKT hay không. Khả năng gia nhập thị trường phụ thuộc vào lợi ích kinh tế của việc gia nhập thị trường và phản ứng của các đối thủ cạnh tranh hiện tại trên thị trường liên quan. Việc gia nhập thị trường có thể sẽ khó khăn hơn nếu những đối thủ cạnh tranh hiện tại trên thị trường có thể bảo vệ thị phần của họ bằng cách đưa ra các hợp đồng dài hạn hoặc giảm giá có mục tiêu trước cho những khách hàng mà đối thủ cạnh tranh mới gia nhập thị trường đang hướng tới.

Những đối thủ cạnh tranh tiềm năng có thể phải đối mặt với những rào cản gia nhập thị trường làm tăng rủi ro, chị phí và giảm lợi nhuận khi gia nhập thị trường. Rào cản gia nhập là những đặc điểm cụ thể của thị trường, mang lại lợi thế cho các công ty hiện đang kinh doanh trên thị trường so với các đối thủ cạnh tranh tiềm năng. Khi các rào cản gia nhập thị trường tập thấp, các doanh nghiệp sau TTKT ít có khả năng thực hiện các hành vi phản cạnh tranh, ngược lại, khi các rào cản gia nhập cao, việc tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu của các doanh nghiệp tham gia TTKT sẽ không bị hạn chế bởi rào cản gia nhập thị trường.

Các rào cản gia nhập thị trường bao gồm:

- *Rào cản pháp lý* tạo ra bởi các quy định của pháp luật, chính sách của nhà nước bao gồm các quy định về thuế nhập khẩu và hạn ngạnh nhập khẩu; quy chuẩn kỹ thuật; các điều kiện, thủ tục để sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; quy định về sử dụng hàng hóa, dịch vụ; tiêu chuẩn nghề nghiệp và các quyết định hành chính khác của các cơ quan quản lý nhà nước.

- *Rào cản tài chính* bao gồm chi phí đầu tư sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ, khả năng tiếp cận nguồn vốn, tín dụng và các nguồn tài chính khác của doanh nghiệp. Hiệu ứng kinh tế theo quy mô hoặc hiệu ứng mạng lưới có thể khiên cho việc gia nhập thị trường trở nên khó khăn hơn do để có lợi nhuận đối thủ cạnh tranh mới gia nhập thị trường cần phải chiếm lĩnh được thị phần tương đối lớn.

- *Chi phí ban đầu khi gia nhập thị trường* mà doanh nghiệp không thể thu hồi khi rút khỏi thị trường. Việc gia nhập thị trường có nhiều khả năng xảy ra trong trường hợp các đối thủ cạnh tranh tiềm năng đã sở hữu các cơ sở sản xuất

có thể được sử dụng để sản xuất sản phẩm liên quan, do đó làm giảm chi phí gia nhập thị trường.

- *Rào cản đối với việc tiếp cận, nắm giữ nguồn cung*, cơ sở hạ tầng thiết yếu để sản xuất, kinh doanh; mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ trên thị trường.

- *Tập quán tiêu dùng*. Ví dụ như thói quen mua hàng của người tiêu dùng, mức độ trung thành đối với các nhãn hiệu hiện có trên thị trường liên quan, chi phí để người tiêu dùng chuyển sang người bán khác trên thị trường liên quan trong ngắn hạn và trung hạn. Tập quán tiêu dùng còn phụ thuộc vào mục đích cụ thể của hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng (hàng hóa dịch vụ phục vụ nhu cầu thiết yếu hay không thiết yếu).

- *Thông lệ, tập quán kinh doanh*. Ví dụ, một số sản phẩm được cung cấp theo những hợp đồng dài hạn.

- *Rào cản liên quan việc thực hiện quyền của tổ chức, cá nhân đối với trí* tuệ**,** bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng theo quy định của pháp luật về quyền sở hữu trí tuệ.

3.1.3. Tập trung kinh tế theo chiều dọc

Có nhiều trường hợp mà việc TTKT theo chiều dọc có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường, đặc biệt là do việc tạo ra hoặc củng cố doanh nghiệp có vị trí thống trị thị trường. Điều này về cơ bản là do việc TTKT theo chiều dọc có thể thay đổi khả năng và động cơ cạnh tranh của các công ty tham gia TTKT và các đối thủ cạnh tranh của họ theo những cách gây hại cho người tiêu dùng.

Có hai cách chính mà TTKT theo chiều dọc có thể cản trở đáng kể cạnh tranh hiệu quả trên thị trường thông qua tác động đơn phương và tác động kết hợp.

- *Tác động đơn phương:* Làm tăng khả năng loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường bằng cách cản trở các đối thủ cạnh tranh hiện tại hoặc tiềm năng tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào hoặc khách hàng từ đó làm suy giảm khả năng cạnh tranh của các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh. Kết quả là doanh nghiệp sau tập trung kinh tế có khả năng tăng giá và tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu;

- *Tác động kết hợp:* Làm thay đổi môi trường cạnh tranh trên thị trường liên quan theo cách làm gia tăng phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với

một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau trên thị trường liên quan.

Khi đánh giá các tác động hạn chế cạnh tranh của việc TTKT, Ủy ban sẽ so sánh các điều kiện cạnh tranh khi xảy ra hoặc không xảy ra việc TTKT được thông báo. Trong một số trường hợp, Ủy ban sẽ tính đến những thay đổi trong tương lai đối với thị trường để có thể dự đoán một cách hợp lý sau TTKT. Đặc biệt, Uỷ ban có thể tính đến khả năng gia nhập rời khỏi thị trường của các đối thủ cạnh tranh sau TTKT. Ủy ban cũng có thể tính đến những phát triển thị trường trong tương lai.

Tác động HCCT đơn phương

Việc TTKT có khả năng dẫn đến nguy cơ doanh nghiệp tham gia TTKT có thể loại bỏ, ngăn chặn các doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn cung hoặc thị trường, từ đó, làm giảm khả năng hoặc động cơ cạnh tranh của các đối thủ cạnh tranh hiện tại và tiềm năng trên thị trường. Việc loại bỏ, ngăn chặn như vậy có thể ngăn cản sự gia nhập hoặc mở rộng của các đối thủ cạnh tranh hoặc làm họ phải rút khỏi thị trường. Việc loại bỏ, ngăn chặn không nhất thiết dẫn đến hậu quả các đối thủ cạnh tranh phải rút khỏi thị trường trên thực tế mà chỉ cần các đối thủ cạnh tranh gặp bất lợi, dẫn đến việc cạnh tranh kém hiệu quả hơn. Hành vi loại bỏ, ngăn chặn như vậy có thể dẫn đến khả năng các doanh nghiệp tham gia TTKT có thể tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu, gây bất lợi cho người tiêu dùng.

Có thể phân biệt hai hình thức loại bỏ, ngăn chặn. Hình thức thứ nhất là các doanh nghiệp sau TTK có khả năng làm tăng chi phí của các đối thủ cạnh tranh bằng cách hạn chế khả năng tiếp cận của họ với một đầu vào quan trọng (loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn cung). Hình thứ thứ hai là việc sáp nhập có khả năng hạn chế các đối thủ cạnh tranh tiếp cận mạng lưới phân phối và cơ sở khách hàng (loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận khách hàng).

(i) Tác động loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận đầu vào

Việc loại bỏ, ngăn chặn các doanh nghiệp khác tiếp cận đầu vào sản xuất, kinh doanh có thể xảy ra dưới nhiều hình thức khác nhau. Doanh nghiệp sau TTKT có thể quyết định không giao dịch với các đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng của mình trên thị trường liên quan theo chiều dọc. Ngoài ra, doanh nghiệp hình thành sau TTKT cũng có thể quyết định hạn chế nguồn cung đầu vào hoặc tăng giá cung cấp cho các đối thủ cạnh tranh hoặc áp đặt các điều kiện mua bán bất lợi hơn khi không có việc TTKT. Hơn nữa, doanh nghiệp hình thành sau TTKT có thể lựa chọn công nghệ không tương thích với công nghệ của các công ty đối thủ cạnh tranh. Việc loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác cũng có thể có những hình thức tinh vi hơn, chẳng hạn như làm giảm chất lượng đầu vào được cung cấp.

Yếu tố đầu vào cho sản xuất, kinh doanh có thể là nguyên liệu đầu vào (trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp cung cấp yếu tố đầu vào và doanh nghiệp sản xuất) hoặc là hàng hóa, dịch vụ (trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp sản xuất và doanh nghiệp phân phối hàng hóa, dịch vụ). Việc ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào có thể được thực hiện theo nhiều hình thức khác nhau. Doanh nghiệp sau tập trung kinh tế theo chiều dọc có thể không cung cấp, hạn chế cung cấp nguyên liệu đầu vào, hoặc cung cấp với những điều kiện giao dịch bất lợi cho các đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng của mình.

Việc ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể khi những nguyên liệu đầu vào đó có chi phí lớn trong quá trình sản xuất của doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh, hoặc nguyên liệu đầu vào đó là thành phần thiết yếu mà đối thủ cạnh tranh không thể tự sản xuất hoặc không thể mua được trên thị trường hoặc chi phí chuyển sang nguồn cung nguyên liệu đầu vào khác tương đối cao.

Tập trung kinh tế theo chiều dọc cũng có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong trường hợp sau doanh nghiệp sau TTKT có sức mạnh thị trường đáng kể trên thị trường cung cấp các yếu tố đầu vào trong chuỗi sản xuất, cung ứng hàng hóa, dịch vụ nhất định, hoặc các doanh nghiệp cạnh tranh trên thị trường cung ứng các yếu tố nguyên liệu đầu vào không có khả năng mở rộng sản xuất khi doanh nghiệp sau TTKT ngăn chặn các doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào.

(ii) Khả năng loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận khách hàng

Việc TTKT theo chiều dọc có thể ảnh hưởng đến các đối thủ cạnh tranh trên thị trường cung ứng đầu vào cho sản xuất, kinh doanh bằng cách tăng chi phí tiếp cận khách hang của họ hoặc hạn chế khả năng tiếp cận cơ sở khách hàng đáng kể. Việc loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận cơ sở khách hàng có thể có nhiều hình thức khác nhau. Ví dụ: doanh nghiệp hình thành sau TTKT có thể quyết định ngừng mua đầu vào từ các đối thủ cạnh tranh để tự phân phối các sản phẩm đầu vào cho sản xuất kinh doanh của mình. Doanh nghiệp cũng có thể giảm nguyên liệu đầu vào mua từ các đối thủ cạnh tranh, hoặc mua từ các đối thủ cạnh tranh đó với các điều kiện kém thuận lợi hơn so với khi không có TTKT.

Việc loại bỏ, ngăn chặn các doanh nghiệp khác tiếp cận khách hàng có thể dẫn đến giá đầu vào cao hơn, đặc biệt trong các thị trường có lợi thế kinh tế theo quy mô hoặc chịu ảnh hưởng của hiệu ứng mạng lưới.

Trong những ngành có lợi ích kinh tế phụ thuộc vào quy mô việc loại bỏ, năng chặn khả năng tiếp cận khách hàng của doanh nghiệp khác cũng có thể khiến thị trường trở nên kém hấp dẫn hơn đối với những doanh nghiệp có dự định gia

nhập thị trường. Việc loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn cung cũng có thể dẫn đến hậu quả làm tăng chi phí đầu vào cung cấp cho các đối thủ cạnh tranh trên thị trường sản xuất kinh doanh và làm cho giá bán tới người tiêu dùng cuối cùng tăng đáng kể.

Tác động HCCT kết hợp

Việc TTKT cũng có thể làm cho việc thoả thuận giữa các các doanh nghiệp hình thành sau TTKT với các đối thủ cạnh tranh dễ dàng hơn, ổn định hơn hoặc hiệu quả hơn.

TTKT theo chiều dọc có thể giúp các công ty ở thị trường cung ứng đầu vào hoặc thị trường sản xuất kinh doanh dễ dàng đạt được sự hiểu biết chung về các điều khoản thoả thuận. Ví dụ, khi TTKT theo chiều dọc dẫn đến giảm số lượng đối thủ cạnh tranh hiệu quả trên thị trường. Nói chung, việc giảm số lượng các đối thủ cạnh tranh trên thị trường giúp cho việc những đối thủ cạnh tranh còn lại trên thị trường dễ dàng thoả thuận với nhau hơn.

Việc TTKT theo chiều dọc cũng có thể làm tăng mức độ tương đồng giữa các công ty đang hoạt động trên thị trường. Điều này có thể làm tăng khả năng thoả thuận giữa các đối thủ cạnh tranh trên thị trường bằng cách làm cho họ dễ dàng đạt được sự hiểu biết chung về các điều kiện phối hợp.

Hộp 4: Việc Sáp nhập giữa Thyssenkrupp (Đức) và Tata Steel (Ấn Độ) tại Châu Âu

Năm 2017, ThyssenKrupp và Tata đã ký thỏa thuận để đi đến hợp nhất các hoạt động sản xuất thép tại khu vực châu Âu. Mục đích của thương vụ nhằm tạo nên tập đoàn thép lớn thứ 2 tại châu Âu, chỉ sau Tập đoàn ArcelorMittal.

Tại thời diểm đó, cả ThyssenKrupp và Tata đều kỳ vọng thương vụ M&A này sớm được hoàn tất vào năm 2018, giúp hai bên tiết kiệm được khoản tài chính từ 400 - 600 triệu Euro (khoảng 480-720 triệu USD) mỗi năm và cắt giảm khoảng 4.000 việc làm trong khâu quản lý và sản xuất. Công ty sau M&A dự kiến lấy tên là Thyssen Krupp Tata Steel đặt trụ sở chính tại Hà Lan, góp vốn theo tỷ lệ 50 - 50, được kỳ vọng sản xuất khoảng 21 triệu tấn thép mỗi năm và cho doanh thu khoảng 15 tỷ Euro. Quan điểm của Ủy ban châu Âu (EC) cho rằng, kế hoạch M&A của Thyssen Krupp và Tata sẽ làm giảm tính cạnh tranh và làm tăng giá các sản phẩm thép tại thị trường châu Âu.

Giao dịch TTKT được đề xuất trong bối cảnh ngành sản xuất thép tại châu Âu đang gặp khó khăn do áp lực từ lượng lớn thép nhập khẩu giá rẻ chủ yếu từ châu Á dẫn đến tình trạng dư cung thép, trong khi nhu cầu về thép xây dựng tại châu Âu cũng đang ở mức thấp khiến các nhà sản xuất nội khối vốn đang chật vật lại gặp thêm rắc rối.

Ủy ban Châu Âu đã mở một cuộc điều tra chính thức về vụ sáp nhập nói trên do lo ngại rằng thỏa thuận được đề xuất giữa hai chuyên ngành thép có thể làm giảm cạnh tranh trong việc cung cấp các loại thép cao cấp khác nhau. Ủy ban châu Âu đã thực hiện một khảo sát thị trường và kết luận rằng những biện pháp khắc phục được đưa ra bởi ThyssenKrupp và Tata Steel không giải quyết được những lo ngại của Ủy ban.

Theo quy định của EU, Ủy ban có nhiệm vụ đánh giá các vụ sáp nhập và mua lại liên quan đến các công ty có doanh thu vượt ngưỡng nhất định và để ngăn chặn sự tập trung sẽ cản trở đáng kể cạnh tranh hiệu quả trong EEA hoặc bất kỳ phần quan trọng nào của nó.

3.3. Kinh nghiệm Úc

3.3.1. Tổng quan

Ủy ban Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng Úc (ACCC) đánh giá các thương vụ tập trung kinh tế trong tương lai trên cơ sở xem xét liệu các thương vụ đó có khả năng hạn chế cạnh tranh hay không. Ngoài ra, các hình thức tập trung kinh tế được ACCC đánh giá theo Mục 50 và 50A bao gồm tập trung kinh tế theo chiều ngang, chiều dọc và hỗn hợp. Việc đánh giá tác động cạnh tranh dựa trên các lý thuyết truyền thống về "thiệt hại cạnh tranh" (theory of harm), cụ thể bao gồm tác động đơn phương (unilateral effects) và tác động kết hợp (coordinated effects).

Để đánh giá liệu một thương vụ tập trung kinh tế có tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể hay không, ACCC phải xem xét các yếu tố khác nhau được nêu trong Mục 50, cụ thể bao gồm: (1) mức độ nhập khẩu thực tế và tiềm năng; (2) rào cản gia nhập và mở rộng thị trường; (3) mức độ tập trung thị trường; (4)sức mạnh đối kháng; (5) khả năng mua lại sẽ dẫn đến việc bên mua lại có khả năng tăng giá hoặc lợi nhuận đáng kể và bền vững; (6) tính sẵn có hoặc khả năng sẵn có của các sản phẩm thay thế; (7) đặc tính động, bao gồm tăng trưởng, đổi mới và sự khác biệt sản phẩm; (8) khả năng mua lại sẽ loại bỏ một đối thủ mạnh và hiệu quả khỏi thị trường; (9) sự tích tụ theo chiều dọc.

ACCC đánh giá các vụ tập trung kinh tế theo thủ tục chính thức và không chính thức được nêu trong Hướng dẫn tập trung kinh tế của ACCC. Mặc dù Hướng dẫn này không có hiệu lực pháp lý khi xác định liệu một giao dịch được có vi phạm luật cạnh tranh Úc theo mục 50 và 50A hay không, chúng chính thức phản ánh cách tiếp cận của ACCC và chỉ ra khuôn khổ phân tích và đánh giá mà ACCC áp dụng khi xem xét các ảnh hưởng về cạnh tranh của một giao dịch tập trung kinh tế trên một thị trường ở Úc.

Trong trường hợp tìm kiếm sự chấp thuận của Tòa án, bên sáp nhập phải chứng minh được với Toà án rằng việc sáp nhập không có khả năng vi phạm đến mục 50 và có thể dẫn đến lợi ích cho người tiêu dùng. Mặc dù 'lợi ích cho người tiêu dùng' không được định nghĩa trong CCA, CCA, Toà án sẽ cân nhắc đến: (1) sự gia tăng đáng kể giá trị thực của xuất khẩu; (2) nhập khẩu thay thế; và (3) tất cả các vấn đề khác liên quan đến tính cạnh tranh quốc tế của ngành công nghiệp Úc.

3.3.2. Tác động hạn chế cạnh tranh đơn phương

Tập trung kinh tế có thể làm giảm bớt cạnh tranh trên thị trường thông qua các tác động đơn phương. Việc TTKT gây tác động đơn phương khi chúng loại bỏ hoặc làm suy yếu các áp lực cạnh tranh và làm tăng sức mạnh thị trường đơn phương của công ty tham gia tập trung kinh tế. Có nghĩa là, do kết quả của việc TTKT, doanh nghiệp sau TTKT nhận thấy có lợi khi tăng giá, giảm sản lượng hoặc lạm dụng sức mạnh thị trường mà họ đã đạt được sau tập trung kinh tế.

Khi các tác động đơn phương xảy ra, phản ứng của những đối thủ cạnh tranh trên thị trường khác có thể khác nhau. Trong một số tình huống, các đối thủ cạnh tranh có thể phản ứng theo cách ủng hộ cạnh tranh và (ít nhất là một phần) cố gắng hạn chế hành vi của công ty sau TTKT. Ngoài ra, những đối thủ cạnh tranh khác có thể có lợi hơn nếu chỉ cần hỗ trợ hành vi của công ty sau TTKT - ví dụ: nếu một công ty tham gia TTKT đơn phương lạm dụng sức mạnh thị trường bằng cách tăng giá sản phẩm của mình, các công ty khác cung cấp sản phẩm thay thế cũng có thể phản ứng bằng cách tăng giá của họ, do đó làm trầm trọng thêm tác động cạnh tranh của việc đơn phương lạm dụng sức mạnh thị trường. Như ví dụ này minh họa, việc đơn phương lạm dụng sức mạnh thị trường có thể khiến cả công ty tham gia TTKT và đối thủ cạnh tranh đều có lợi khi tăng giá.

Để xác định xem liệu các tác động đơn phương có phát sinh hay không và liệu chúng có khả năng dẫn đến việc làm giảm cạnh tranh đáng kể trên thị trường hay không, ACCC xem xét tổng hợp tất cả các yếu tố có trong s. 50 (3) của Đạo luật và bất kỳ yếu tố liên quan nào khác. Đặc biệt, ACCC xem xét liệu những áp lực cạnh tranh thực tế và tiềm năng rộng lớn hơn - chẳng hạn như những người mới gia nhập, nhập khẩu hoặc sức mạnh đối kháng - sẽ hạn chế bất kỳ sự gia tăng do sự gia tăng sức mạnh thị trường đơn phương của các bên tham gia TTKT.

Tập trung kinh tế theo chiều ngang

TTKT theo chiều ngang liên quan đến các công ty hoạt động trong cùng một thị trường hoặc các thị trường có liên quan. TTKT theo chiều ngang có thể làm phát sinh tác động đơn phương bằng cách loại các áp lực cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng trước khi diễn ra tập trung kinh tế. Hai công ty đang cạnh tranh

có thể hạn chế lẫn nhau do khách hàng có thể chuyển sang mua hàng hóa của các công ty thay thế nhau. Nếu hai công ty này sáp nhập, việc sáp nhập sẽ loại bỏ áp lực cạnh tranh giữa hai công ty nói trên. Trong trường hợp các áp lực cạnh tranh khác không đủ hiệu quả, tác động đơn phương này có thể làm giảm đáng kể cạnh tranh trên thị trường.

Tác động đơn phương có thể phát sinh theo những cách khác nhau tùy thuộc vào đặc điểm của thị trường. Cách rõ ràng nhất là khi không có đối thủ nào tồn tại sau khi sáp nhập (sáp nhập để độc quyền). Trong trường hợp không có các áp lực cạnh tranh hiệu quả khác, chẳng hạn như các công ty gia nhập trong tương lai, hàng nhập khẩu hoặc sức mạnh đối kháng của người tiêu dùng, một vụ sáp nhập dẫn đến thị trường độc quyền sẽ có thể dẫn đến các tác động đơn phương làm giảm đáng kể cạnh tranh trên thị trường. Tác động đơn phương cũng có thể phát sinh khi việc sáp nhập dẫn đến các thị trường có một công ty duy nhất có sức mạnh thị trường và nhiều đối thủ cạnh tranh nhỏ hơn khác chỉ có thể cung cấp một phần nhỏ trong tổng cầu thị do các hạn chế về khả năng mở rộng đáng kể sản lượng của họ. Trong trường hợp này, việc xem xét liệu công ty sau TTKT có khả năng và động cơ để tăng giá đối với phân khúc thị trường mà các đối thủ cạnh tranh nhỏ hơn không thể cung cấp hay không là cần thiết.

Trong các thị trường liên quan mà các sản phẩm đồng nhất không có công ty thống lĩnh thị trường, phân tích cạnh tranh sẽ tập trung vào chiến lược của các đối thủ cạnh tranh, sản lượng hoặc công suất. Tác động đơn phương có thể phát sinh khi công ty bị sau TTKT đặt mức sản lượng sau TTKT thấp hơn đáng kể mức sản lượng nếu không có TTKT, bất chấp phản ứng của các đối thủ cạnh tranh, để dẫn đến mức giá cao hơn mức giá áp dụng nếu không có TTKT. Ngược lại, ở những thị trường mà sự cạnh tranh giữa các công ty bán các sản phẩm khác biệt, tác động đơn phương có thể phát sinh khi TTKT giữa các công ty trước đây cung cấp các sản phẩm có thể thay thế gần cho nhau có thể làm tăng giá của một trong hai hoặc cả hai sản phẩm thay thế. Trong trường hợp này, ACCC sẽ xem xét khả năng thay thế giữa 2 sản phẩm này.

Dưới đây là một số yếu tố liên quan mà ACCC sẽ tính đến, ngoài những yếu tố quy định trong s. 50 (3) của Đạo luật, để xác định liệu các tác động đơn phương có khả năng phát sinh từ việc TTKT.

(i) Vai trò của bên tham gia TTKT đối với việc cạnh tranh trên thị trường

Mặc dù một số doanh nghiệp có thể tương đối nhỏ về quy mô và thị phần, nhưng họ vẫn có thể có vai trò đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường. Việc TTKT liên quan đến các công ty như vậy có thể dẫn đến tác động đơn phương bằng cách

cản trở hoặc loại bỏ các yếu tố cạnh tranh quan trọng như, như đổi mới hoặc phát triển sản phẩm.

(ii) Mối quan hệ của các doanh nghiệp tham gia TTKT

Các bên tham gia TTKT có nhiều khả năng là đối thủ cạnh tranh trực tiếp - và do đó việc TTKT có thể dẫn đến sự suy giảm cạnh tranh trên thị trường nếu các bên tham gia TTKT khác biệt so với đối thủ cạnh tranh của mình về các đặc điểm như tính năng và chức năng của sản phẩm; lòng trung thành của khách hàng; năng lực sản xuất; phạm vi kênh phân phối; cấu trúc chi phí hiện diện địa lý; mức độ tích hợp theo chiều dọc.

Mức độ cạnh tranh giữa các bên tham gia TTKT trước khi sáp nhập có thể là một yếu tố quan trọng trong việc đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh trong một giao dịch TTKT trên các thị trường sản phẩm khác biệt. Việc TTKT giữa các công ty cung cấp các sản phẩm khác biệt cạnh tranh với nhau có thể dẫn đến các tác động đơn phương khi các bên tham gia TTKT được coi là đối thủ cạnh tranh trực tiếp. Nguyên nhân là do các bên tham gia TTKT có động cơ để tăng giá của một hoặc cả hai sản phẩm nếu doanh số bán hàng bị mất do tăng giá sẽ được thu lại bằng cách tăng doanh số bán sản phẩm còn lại. Có nghĩa là, càng nhiều khách hàng coi các bên TTKT là đối thủ cạnh tranh trực tiếp (ví dụ: lựa chọn đầu tiên và thứ hai của họ), thì khả năng các bên đơn phương tăng giá sau TTKT càng lớn. Các tác động đơn phương có thể phát sinh ngay cả khi các bên TTKT không phải là đối thủ cạnh tranh 'trực tiếp' của nhau trước khi thực hiện TTKT hoặc không phải vị trí thống lĩnh thị trường.

(iii) Phản ứng của các đối thủ cạnh tranh khác trên thị trường

Tác động đơn phương khó xảy ra nếu các đối thủ cạnh tranh trên thị trường có động cơ và khả năng phản ứng trước việc tăng giá của công ty sau TTKT.

Trong trường hợp, các đối thủ cạnh tranh khác trên thị trường liên quan có khả năng thay đổi để trở thành đối thủ cạnh tranh trực tiếp của doanh nghiệp sau TTKT bằng cách định vị hoặc hoặc mở rộng phạm vi sản phẩm của mình một cách tương đối dễ dàng và không làm phát sinh chi phí đáng kể để phản ứng trước việc các doanh nghiệp sau TTKT tăng giá. Nếu sự cạnh tranh bị mất do TTKT có khả năng bị thay thế bởi các đối thủ khác trên thị trường hoặc những công ty mới gia nhập trong khoảng thời gian từ một đến hai năm, thì việc TTKT sẽ ít có khả năng làm tăng sức mạnh thị trường đơn phương của doanh nghiệp sau TTKT.

Trong các thị trường sản phẩm không có sự khác biệt, các yếu tố khác có thể ảnh hưởng đến khả năng các đối thủ cạnh tranh hạn chế việc công ty sau TTKT đơn phương tăng giá bao gồm:

- Các đối thủ cạnh tranh có đủ năng lực hoặc có khả năng mở rộng công suất sản xuất và có lợi nhuận;

- Công ty sau TTKT có thể cản trở việc gia nhập hoặc mở rộng của các đối thủ thông qua nhiều cách khác nhau (ví dụ: bằng cách kiểm soát đầu vào, kênh phân phối và bằng sáng chế / IP khác và quyền truy cập hoặc định giá các nền tảng khác nhau);

- Các sản phẩm liên quan được bán theo các điều khoản và điều kiện có khả năng hạn chế cạnh tranh hiệu quả trên thị trường liên quan.

- Khách hàng bị hạn chế khả năng chuyển sang các nhà cung cấp đối thủ cạnh tranh của công ty tham gia TTKT.

Tập trung kinh tế theo chiều dọc/ hỗn hợp

TTKT theo chiều dọc là việc kết hợp giữa các công ty hoạt động ở các công đoạn khác nhau của một chuỗi cung ứng hàng hóa, dịch vụ theo chiều dọc nhất định (ví dụ: nhà sản xuất và nhà phân phối) trong đó một công ty là nhà cung cấp thực tế hoặc tiềm năng của một đầu vào cho quá trình sản xuất của một công ty khác. Thông thường, TTKT theo chiều dọc sẽ kết hợp các tài sản / dịch vụ bổ sung cho nhau để có thể mang lại lợi ích cho người tiêu dùng. TTKT hỗn hợp là việc kết hợp giữa các công ty hoạt động trên những thị trường riêng biệt và cung cấp các sản phẩm thường có liên quan đến nhau theo một cách nào đó. Thông thường, việc TTKT hỗn hợp sẽ cho phép các công ty hoạt động hiệu quả hơn, tăng sự thuận tiện và giảm chi phí giao dịch.

(i) Hành vi loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác

TTKT theo chiều dọc

Các chiến lược loại bỏ, ngăn chặn đối thủ cạnh tranh cụ thể mà một công ty tham gia TTKT theo chiều dọc có thể áp dụng sẽ tùy thuộc từng trường hợp, nhưng một số ví dụ bao gồm:

- Tăng giá hoặc hạn chế tiếp cận nguyên liệu đầu vào quan trọng trong quá trình sản xuất của các đối thủ cạnh tranh, hoặc từ chối quyền tiếp cận của các đối thủ cạnh tranh đối với các đầu vào quan trọng (ví dụ như buộc họ phải sử dụng những lựa chọn thay thế chất lượng kém hoặc đắt tiền).

- Hạn chế hoặc từ chối quyền tiếp cận cơ sở khách hàng, mạng lưới phân phối đối với các đối thủ cạnh tranh.

- Tăng chi phí tiếp cận khách hàng của các đối thủ cạnh tranh.

TTKT hỗn hợp

TTKT hỗn hợp đem lại cho các doanh nghiệp sau TTKT cơ hội kết hợp hoặc gắn kết các sản phẩm trong các thị trường liên quan hoặc độc lập.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp, việc TTKT hỗn hợp có thể gây ra những lo ngại về cạnh tranh khi chúng cho phép công ty tham gia TTKT thay đổi hoạt động hoặc cung cấp sản phẩm của mình theo cách loại bỏ các đối thủ cạnh tranh trên thị trường và cuối cùng làm hạn chế khả năng cạnh tranh của các đối thủ cạnh tranh này. Ví dụ: các đối thủ cạnh tranh của công ty tham gia TTKT nếu công ty này bán kèm sản phẩm, chẳng hạn như:

- Không có sản phẩm nào có thể được mua hoặc sử dụng riêng;

- Ít nhất một sản phẩm không thể được mua hoặc sử dụng riêng biệt; hoặc

- Khách hàng nhận được lợi ích bổ sung khi họ mua hoặc sử dụng đồng thời các sản phẩm bổ sung của các công ty tham gia TTKT (ví dụ: do giảm giá, giảm giá hoặc các tính năng thiết kế).

Việc áp dụng các chiến lược như vậy có thể làm tăng chi phí tiếp cận cơ sở khách hàng của các công ty đối thủ cạnh tranh và trong một số trường hợp, làm các công ty đối thủ cạnh tranh không thể tiếp cận với khách hàng.

(ii) Khả năng loại bỏ, ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận thị trường

Một công ty đa ngành sẽ chỉ có thể tham gia vào việc loại bỏ, ngăn chặn đối thủ cạnh tranh tiếp cận thị trường nếu nó có đủ sức mạnh thị trường ở một hoặc nhiều công đoạn trong trong chuỗi cung ứng, phân phối một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định, hoặc ở một hoặc nhiều thị trường liên quan sau khi TTKT. ACCC sẽ xác định liệu một công ty đa ngành có sức mạnh thị trường ở các thị trường liên quan hay không bằng cách đánh giá xem liệu có những áp lực cạnh tranh hiệu quả hay không

TTKT theo chiều dọc

Một công ty sau TTKT sẽ chỉ có thể tham gia vào các chiến lược loại bỏ, ngăn chặn đối thủ cạnh tranh trên thị trường nếu nó có đủ sức mạnh thị trường ở một thị trường liên quan trong chuỗi cung ứng hàng hóa dịch vụ. Điều này có thể xảy ra vì nhiều lý do, bao gồm hạn chế về năng lực của các nhà cung cấp đầu vào của đối thủ phải đối mặt, các rào cản gia nhập.

TTKT hỗn hợp

Trong bối cảnh tập trung kinh tế hỗn hợp, sức mạnh thị trường có thể nảy sinh khi các sản phẩm được khách hàng coi là đặc biệt quan trọng hoặc ‘phải có’ vì các yếu tố như chức năng vượt trội (sự khác biệt của sản phẩm) hoặc lòng trung thành với thương hiệu. Khi công ty tham gia TTKT cung cấp cho khách hàng

những sản phẩm của mình cho khách hàng cuối cùng, thì sức mạnh thị trường của công ty sau TTKT có thể được thể hiện ở khả năng ảnh hưởng đến quyết định mua sản phẩm của khách hàng.

(iii) Tác động dự kiến của việc loại bỏ, ngăn chặn

Khả năng các công ty tham gia TTKT loại bỏ, ngăn chặn các đối thủ cạnh tranh khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường có thể làm giảm đáng kể mức độ cạnh tranh trên thị trường liên quan.

Việc ngăn chặn, loại bỏ không nhất thiết dẫn đến việc các đối thủ cạnh tranh buộc phải rời khỏi thị trường mới dẫn đến tác động cạnh tranh đáng kể. Các đối thủ cạnh tranh có thể chỉ đơn giản là bị buộc phải sử dụng các lựa chọn thay thế đắt tiền hơn do các công ty tham gia tập trung kinh tế cung cấp trên thị trường. Các đối thủ tiềm năng cũng có thể không muốn tham gia thị trường. Việc năng chặn, loại bỏ làm giảm bớt cạnh tranh khi công ty sau tập trung kinh tế - và trong một số trường hợp, một số đối thủ cạnh tranh trên thị trường - thấy có lợi khi tăng giá bán cho người tiêu dùng trung gian và cuối cùng hoặc giảm giá trả cho các nhà cung cấp nguyên liệu đầu vào xuống dưới mức cạnh tranh. Để xác định xem liệu việc TTKT có khả năng dẫn đến khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan hay không, ACCC xem xét liệu việc TTKT có dẫn đến việc tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp tham gia TTKT hay không thông.

Hai yếu tố khác có thể được xem xét trong trường hợp TTKT theo chiều dọc bao gồm:

- Tầm quan trọng của yếu tố đầu vào đối với quá trình sản xuất của các đối thủ cạnh tranh tại thị trường sản xuất

- Sự hiện diện của sức mạnh đối kháng của người tiêu dùng, đặc biệt là phản ứng của các đối thủ cạnh tranh khi các doanh nghiệp sau TTKT thực hiện ngăn chặn, loại bỏ doanh nghiệp khác.

Trong trường hợp TTKT hỗn hợp, yếu tố bổ sung cần xem xét là tỷ lệ khách hàng có khả năng mua các sản phẩm liên quan từ doanh nghiệp tham gia TTKT. Con số này phải đủ lớn để khiến các đối thủ cạnh tranh phải đối mặt với việc doanh thu sụt giảm đáng kể, dẫn đến tăng chi phí. Mức độ hạn chế cạnh tranh có thể gia tăng trong những thị trường liên quan có đặc điểm lợi ích kinh tế theo quy mô cao hoặc có hiệu ứng mạng lưới do việc loại bỏ, ngăn chặn có thể cản trở đối thủ cạnh tranh của các doanh nghiệp tham gia TTKT đạt được quy mô tối thiểu để đạt hiệu quả kinh tế.

3.3.3. Tác động hạn chế cạnh tranh kết hợp

Ngoài các tác động đơn phương, TTKT có thể làm giảm bớt cạnh tranh trên thị trường thông qua tác động kết hợp. TTKT có tác động kết hợp khi chúng tạo điều kiện cho các công ty trên thị trường thỏa thuận về giá cả, sản lượng hoặc các quyết định kinh doanh của họ. Việc TTKT có thể thực hiện bằng cách loại bỏ hoặc làm suy yếu các áp lực cạnh tranh trên thị trường hoặc bằng cách thay đổi các điều kiện thị trường nhất định để làm cho việc thỏa thuận trở nên dễ dàng hơn. Tác động kết hợp có thể xảy ra cùng tác động đơn phương. Trong một số trường hợp, tác động kết hợp, có thể xảy ra cùng tác động đơn phương gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan.

TTKT theo chiều ngang, chiều dọc và hỗn hợp có thể làm phát sinh các tác động kết hợp theo một số cách khác nhau. Thay vì trình bày riêng lẻ các hình thức sáp nhập theo chiều ngang, chiều dọc và hỗn hợp, phần này thảo luận các vấn đề mà ACCC cho là có liên quan trên cả ba hình thức tập trung kinh tế.

Hành vi thỏa thuận

TTKT có tác động kết hợp khi làm thay đổi tính chất quan hệ cạnh tranh giữa các đối thủ cạnh tranh trên thị trường làm cho hành vi thỏa thuận có nhiều khả năng xảy ra hơn, đầy đủ hơn hoặc bền vững hơn. Hành vi thỏa thuận có nhiều khả năng xảy ra trên những thị trường có một số lượng nhỏ các công ty (độc quyền hoặc độc quyền nhóm), mỗi công ty có thể dự đoán phản ứng của các công ty khác và đưa ra các chiến lược kinh doanh phù hợp. Nếu cấu trúc thị trương này tồn tại trong thời gian dài - ví dụ: do các rào cản gia nhập và mở rộng thị trường tương đối cao – có thể dẫn đến việc hình thành các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Mặc dù các công ty có thể tham gia cạnh tranh hiệu quả, nhưng họ không có động cơ cạnh tranh nếu họ nhận thấy những lợi ích ngắn hạn từ việc cạnh tranh sẽ có thể dẫn đến việc giảm doanh số do phản ứng trả đũa của các công ty đối thủ cạnh tranh trên thị trường.

Trong một số trường hợp, sự thay đổi về bản chất mối quan hệ giữa các đối thủ cạnh tranh có thể dẫn đến một thỏa thuận ngầm giữa họ để kiềm chế cạnh tranh. Hành vi này đôi khi được gọi là thông đồng ngầm, vì nó liên quan đến sự thỏa thuận không rõ ràng giữa các công ty trên thị trường. Các công ty có thể báo hiệu cho nhau rằng họ sẽ không cạnh tranh về giá cả, sản lượng, phân bổ khách hàng. Khi các sản phẩm tương đối đồng nhất, các thỏa thuận có nhiều khả năng dựa trên giá cả hoặc sản lượng trên thị trường, trong khi các sản phẩm khác biệt thỏa thuận có thể dựa trên việc phân chia thị trường theo loại khách hàng hoặc khu vực.

Khi đánh giá liệu việc TTKT có khả năng làm phát sinh các tác động kết hợp hay không, trước tiên ACCC sẽ đánh giá xem các điều kiện trên thị trường

liên quan có khả năng có lợi cho thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh trên thị trường hay không. Nói chung, các đối thủ cạnh tranh có nhiều khả năng phối hợp khi

- Các công ty có khả năng và động cơ thỏa thuận;

- Các công ty có thể phát hiện khi các thành viên có hành vi thỏa thuận khác;

- Các công ty khác có khả năng trả đũa khi các thành viên có hành vi khác với thỏa thuận trước đó.

Khả năng thỏa thuận

Mặc dù không thể quy định về các điều kiện làm phát sinh hành vi thoả thuận hoặc các trường hợp TTKT có thể làm gia tăng khả năng thoả thuận giữa các đối thủ cạnh tranh. Tuy nhiên, TTKT sẽ tạo ra tác động kết hợp nếu nó làm tăng khả năng thực hiện thoả thuận, hoặc làm cho thoả thuận hoàn thiện và bền vững hơn sau TTKT. Như đã đề cập ở trên, TTKT có thể gây tác động phối hợp bằng cách giảm số lượng các đối thủ cạnh tranh trên thị trường hoặc bằng cách loại bỏ hoặc làm suy yếu các áp lực cạnh tranh hoặc bằng cách thay đổi các điều kiện thị trường nhất định để làm cho việc thoả thuận trở nên dễ dàng hơn.

(i) Quan sát các doanh nghiệp khác

Mỗi công ty cần phải nhận thức được hành vi của các công ty khác để có thể phối hợp cùng hành động. Điều này dễ dàng phát sinh nhất khi số lượng công ty trên thị trường ít (nghĩa là mức độ tập trung cao) và các công ty có thể quan sát nhanh chóng và dễ dàng các hoạt động của các công ty khác và điều kiện thị trường chung. Thông tin có thể sẵn có nếu, ví dụ, các công ty chủ động công bố giá của họ cho người tiêu dùng, các công ty nắm giữ cổ phần chéo của nhau hoặc các hiệp hội thương mại đối chiếu và công bố thông tin thị trường gần đây. Thị trường không cần phải hoàn toàn minh bạch để phát sinh các hành vi thoả thuận, nhưng các doanh nghiệp phải có một số cơ chế để phát hiện hành vi của đối thủ cạnh tranh của họ. Do đó, thị trường càng ổn định thì khả năng hình thành thoả thuận càng cao.

(ii) Nguy cơ và lợi ích

Lợi ích của việc thoả thuận phụ thuộc vào sự tương tác lặp đi lặp lại, vì khả năng bị trả đũa trong tương lai sẽ ngăn cản các công ty theo đuổi các chiến lược cạnh tranh. Các công ty trong một thị trường sẽ không có động cơ phá bỏ thoả thuận nếu những tác hại của việc bị trả đũa khi vi phạm thoả thuận lớn hơn những lợi ích kinh tế ngắn hạn khi làm trái thoả thuận. Nguy cơ bị trả đũa khi vi phạm thoả thuận sẽ tăng lên khi các công ty có cấu trúc chi phí tương tự, hoặc các công

ty cạnh tranh với nhau trên nhiều thị trường, hoặc một số công ty có công suất sản xuất dư thừa.

Do đó, việc TTKT tạo ra các công ty có thị phần, cơ cấu chi phí, năng lực sản xuất và mức độ liên kết theo chiều dọc tương tự nhau có thể dẫn đến tác động hạn chế cạnh tranh kết hợp trên thị trường liên quan. Các công ty có cấu trúc chi phí thấp có thể thu được nhiều lợi ích hơn từ việc cạnh tranh hơn là kiềm chế cạnh tranh trên thị trường.

(iii) Áp lực cạnh tranh của thị trường

Thoả thuận hạn chế cạnh tranh khó có thể được duy trì nếu có sự gia nhập hoặc mở rộng thị trường của các đối thủ cạnh tranh mới hoặc các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh không tham gia thoả thuận.

Nói chung, việc đánh giá liệu việc TTKT có khả năng làm phát sinh tác động kết hợp hay không đòi hỏi phải xem xét các điều kiện cạnh tranh trên thị trường liên quan và ảnh hưởng của việc TTKT đối với các điều kiện này. Điều này thường đòi hỏi đánh giá định tính chi tiết về một loạt các yếu tố đã nêu bên trên. Ví dụ, việc TTKT có thể làm giảm số lượng công ty trên một thị trường, đồng thời làm tăng mức độ khác biệt hoặc tương đồng giữa các đối thủ cạnh tranh trên thị trường.

Hộp 5: Giao dịch Facific National mua lại ga Acacia Ridge từ Aurizon

Vào tháng 7 năm 2017, Aurizon đồng ý bán ga đường sắt Acacia Ridge (ga ART) cho Pacific National, đơn vị cung cấp dịch vụ vận tải đường sắt lớn nhất Úc xét về mặt doanh thu cũng như khối lượng chuyên chở. Ga ATR là ga liên vận, nằm cách trung tâm Brisbane 16 km về phía nam, có chức năng là ga nối hệ thống đường sắt liên vận liên bang. Vụ việc mua bán được gửi tới ACCC để thông qua. Tuy nhiên, ACCC từ chối thông qua giao dịch này.

Ngày 18 tháng 7 năm 2018, ACCC đưa vụ việc ra Toà án Liên bang Úc khi cho rằng việc tiến hành giao dịch mua bán này có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể đối với thị trường dịch vụ vận chuyển đường sắt liên vận liên bang ở hành lang Bắc – Nam (chủ yếu giữa các bang Meibourne, Sydney, Brisbance) và hành lang Đông – Tây (chủ yếu giữa các bang Perth, Adelaide và Sydney), vi phạm điều 50 Luật Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng 2010. Cụ thể, ACCC cho rằng việc thực hiện giao dịch này sẽ cho phép Pacific National có khả năng thực hiện hành vi phân biệt đối xử với bên thứ ba có nhu cầu sử dụng ga đường sắt này khi tham gia vào thị trường vận chuyển đường sắt liên vận và theo đó có thể làm gia tăng rào cản gia nhập thị trường và tăng khả năng loại bỏ

đối thủ cạnh tranh mới. ACCC đề nghị Toà án Liên bang Úc không cho phép tiến hành giao dịch này.

Ngày 15 tháng 5 năm 2019, Toà án Liên bang Úc ra phán quyết chấp nhận cam kết của Pacific National rằng sẽ không thực hiện hành vi phân biệt đối xử với các bên thứ ba có nhu cầu sử dụng ga đường sắt này và phán quyết vụ việc mua bán đề xuất không vi phạm điều 50 của Luật cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng Úc. Tuy nhiên, Toà án Liên bang Úc cũng ghi nhận rằng nếu không có cam kết nói trên, có khả năng vụ việc đề xuất sẽ vi phạm điều 50 của Bộ luật bởi thẩm phán cho rằng cũng không thể loại trừ khả năng có bên thứ ba có nhu cầu tiếp cận với ga đường sắt này khi tham gia vào hoạt động cung cấp dịch vụ đường sắt liên vận liên bang.

Không đồng ý với phán quyết của Toà án Liên bang Úc, các bên đều kháng cáo lên Tòa án tối cao Liên bang Úc. Liên quan đến nội dung kháng cáo, ACCC cho rằng việc sở hữu cảng ART sẽ cho phép Pacific National có khả năng và động cơ để thực hiện hành vi phân biệt đối xử với bên thứ ba tham gia vào thị trường cung cấp dịch vụ vận chuyển đường sắt liên vận liên bang, theo đó làm gia tăng rào rản gia nhập thị trường gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể vi phạm Điều 50 của Bộ luật cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng Úc. Pacific National và Aurizon kháng cáo cho rằng vụ việc không có khả năng gây hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan và tranh luận rằng Pacific National không có khả năng xác định khách hàng tiềm năng (những khách hàng không thể thực hiện chuyển đổi phương thức vận tải từ đường sắt sang đường bộ hoặc đường biển) để có thể thực hiện hành vi phân biệt giá. Họ cũng lập luận rằng, thậm chí khi Pacific National không mua lại nhà ga này, thì trong tương lai gần cũng không thể nhìn thấy khả năng có doanh nghiệp nào có nhu cầu tham gia vào thị trường vận tải đường sắt liên vận này. Do đó, không nhìn thấy khả năng vụ việc mua lại sẽ gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường vì tình trạng cạnh tranh trên thị trường vẫn sẽ không thay đổi trong thời gian tới.

Tòa án tối cao Liên bang Úc đã bác đơn kháng cáo của ACCC và ủng hộ quan điểm của Pacific National và Aurizon khi cho rằng theo như chứng cứ được đưa ra tại tòa, không có khả năng sẽ có doanh ngiệp mới tham gia thị trường trong thời gian tới, do đó thương vụ mua lại không có khả năng gây hạn hạn cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Tòa kết luận là thương vụ không vi phạm điều 50 (1) của Bộ luật và cho phép thương vụ được tiến hành mà không phải kèm theo bất kỳ cam kết nào.

Trong khi Facific và Aurizon đồng tình với phán quyết của Tòa án tối cao liên bang Úc, ACCC cho rằng họ sẽ xem xét một cách kỹ lưỡng quyết định này. Ông Rod Sims, Chủ tịch ACCC nói rằng "kết quả này phản ánh một khó khăn thực sự trong việc thực thi điều khoản gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể".

3.4. Kinh nghiệm Nhật Bản

3.4.1. Tổng quan

Hướng dẫn về tập trung kinh tế của Nhật Bản đưa ra các tiêu chuẩn đánh giá khác nhau cho các loại giao dịch khác nhau dựa trên cấu trúc và tính chất của giao dịch. Hướng dẫn về tập trung kinh tế có các chương về liên kết kinh doanh theo chiều ngang và liên kết kinh doanh theo chiều dọc hoặc hỗn hợp, và cũng phân biệt giữa tác động hạn chế cạnh tranh của hành vi đơn phương và hành vi kết hợp.

JFTC đánh giá giao dịch tập trung kinh tế riêng theo từng vụ việc trên cơ sở xem xét khả năng hạn chế cạnh tranh cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường liên quan căn cứ vào những yếu tố như sau: (1) vị thế thị trường của các bên và tình trạng của đối thủ cạnh tranh; (2) lượng nhập khẩu; (3) rào cản gia nhập thị trường; (4) áp lực cạnh tranh từ các thị trường liên quan hoặc lân cận; (5) áp lực cạnh tranh từ người sử dụng; (6) năng lực kinh doanh, hiệu quả và sức mạnh tài chính của các bên tham gia.

Luật Chống độc quyền của Nhật Bản quy định: nếu thương vụ sáp nhập, chuyển giao kinh doanh và chia tách doanh nghiệp vượt qua một ngưỡng giá trị tài sản tính bằng tiền hoặc doanh thu nhất định thì doanh nghiệp sẽ là đối tượng phải thực hiện thủ tục thông báo TTKT.

Luật Chống độc quyền sửa đổi năm 2010 của Nhật Bản cũng đã định nghĩa lại khái niệm "Doanh số bán hàng trong nước". Doanh số bán hàng trong nước được sử dụng như một yếu tố quyết định trong việc xác định ngưỡng thông báo TTKT. Ngưỡng thông báo TTKT sẽ được sử dụng cho cả các công ty trong và ngoài nước, Doanh số bán hàng trong nước được định nghĩa là tổng giá trị của hàng hóa và dịch vụ được cung cấp tại Nhật Bản trong năm tài chính gần nhất.

Theo quy định Hướng dẫn Mua bán sáp nhập mới của Nhật Bản, doanh số bán hàng trong nước của một công ty bao gồm doanh số bán hàng được tích lũy thông qua xuất khẩu trực tiếp vào Nhật Bản bất kể công ty có bất kỳ sự hiện diện nào tại Nhật Bản hay không.

3.4.2. Tập trung kinh tế theo chiều ngang

a) Đánh giá định lượng

Đối với TTKT theo chiều ngang và là hành vi đơn phương thì việc đánh giá khả năng gây tác động HCCT thông qua hành vi đơn phương phụ thuộc vào việc hàng hóa là đồng đều hay khác biệt.

Trong trường hợp hàng hóa là đồng nhất, nếu nhóm doanh nghiệp tăng giá bán hàng hóa trong khi các đối thủ cạnh tranh khác giữ nguyên giá, người tiêu dùng sẽ chuyển sảng mua hàng từ các nhà cung cấp khác, do đó, lợi nhuận của nhóm doanh nghiệp sẽ giảm trong khi đối thủ cạnh tranh của họ sẽ tăng. Tuy nhiên, nếu sản lượng và năng lực sản xuất của nhóm công ty lớn hơn rất nhiều so với các đối thủ cạnh tranh, các đối thủ cạnh trạnh sẽ không có khả năng tăng doanh số bán hàng nếu không tăng giá bán. Do vậy, người tiêu dùng sẽ không thể chuyển đổi nhà cung cấp. Như vậy, nhóm doanh nghiệp sẽ có khả năng kiểm soát giá và các yếu tố khách, do đó, có thể gây ra tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể.

Trong trường hợp hàng hóa khác biệt, khi có sự tăng giá của một nhãn sản phẩm, người tiêu dùng có xu hướng chuyển sang sử dụng nhãn sản phẩm khác có thứ tự ưu tiên sau nhãn sản phẩm tăng giá. Tuy nhiên, nếu cả hai nhãn sản phẩm cùng thuộc sở hữu của một nhóm công ty, hai nhãn sản phẩm sẽ bù đắp doanh số cho nhau, do đó, doanh nghiệp có thể tăng giá mà không ảnh hưởng đến tổng doanh số. Như vậy, hành vi tập trung kinh tế giữa các đơn vị kinh doanh các sản phẩm có khả năng thay thế lẫn nhau có thể tạo nên một thực thể kinh doanh có khả năng kiểm soát giá và các yếu tố khác trên thị trường, do đó, có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể.

Đối với TTKT theo chiều ngang và là hành vi phối hợp: Nếu số lượng đối thù cạnh tranh trên thị trường liên quan giảm bởi TTKT theo chiều ngang, cấu trúc thị trường sẽ thay đổi, mức độ tập trung kinh tế sẽ cao hơn trên thị trường liên quan, do đó các đổi thủ cạnh tranh có thể đoán trước hành vi của nhau và có nhiều khả năng thực hiện những hành vi phối hợp có thể mang lại lợi nhuận cho họ. Khi đó, lợi nhuận khi các công ty giảm giá để tăng doanh số sẽ thấp hơn khi các công ty cùng tăng giá. Tình huống này xuất hiện khi một nhóm công ty có khả năng kiểm soát giá cả và một số yếu tố khác thông qua việc phối hợp với các đối thủ cạnh tranh, đây là ảnh hưởng hạn chế cạnh tranh có thể xảy ra khi tập trung kinh tế theo chiều ngang.

(b) Đánh giá định tính

Các yếu tố đánh giá định tính đối với TTKT theo chiều ngang và là hành vi đơn phương: Đối với sáp nhập theo chiều ngang, các yếu tổ đánh giá định tính đối với các hành vi đơn phương của doanh nghiệp cần xem xét bao gồm: Vị thế của nhóm doanh nghiệp và bối cảnh cạnh tranh trên thị trường; Áp lực hàng nhập khẩu; Áp lực gia nhập thị trường; Áp lực cạnh tranh trên các thị trường lân cận;

Áp lực cạnh tranh từ phía người tiêu dùng; Năng lực của doanh nghiệp; Tính hiệu quả của việc TTKT; Điều kiện về tài chính của nhóm doanh nghiệp.

Các yếu tố đánh giá định tính đối với TTKT theo chiều ngang và là hành vi phối hợp: Nếu số lượng đối thù cạnh tranh trên thị trường liên quan giảm bởi TTKT theo chiều ngang, cấu trúc thị trường sẽ thay đổi, mức độ tập trung kinh tế sẽ cao hơn trên thị trường liên quan, do đó các đối thủ cạnh tranh có thể đoán trước hành vi của nhau và có nhiều khả năng thực hiện những hành vi phối hợp có thể mang lại lợi nhuận cho họ. Khi đó, lợi nhuận khi các công ty giảm giá để tăng doanh số sẽ thấp hơn khi các công ty cùng tăng giá. Tình huống này xuất hiện khi một nhóm công ty có khả năng kiểm soát giá cả và một số yếu tố khác thông qua việc phối hợp với các đối thủ cạnh tranh, đây là ảnh hưởng hạn chế cạnh tranh có thể xảy ra khi tập trung kinh tế theo chiều ngang.

Khả năng gây tác động HCCT đáng kể của TTKT thông qua hành vi phối hợp được xem xét dựa trên các yếu tố sau đây:

(1) Vị thế của nhóm doanh nghiệp và bối cảnh cạnh tranh

Vị thế của doanh nghiệp được đánh giá thông qua những yếu tố như sau: (i) Số lượng đối thủ cạnh tranh trên thị trường; (ii) Cạnh tranh giữa các bên TTKT trong quá khứ; (iii) Năng lực sản xuất vượt mức của các đối thủ cạnh tranh; (iv) Công ty liên kết đầu tư. Các yếu tố được đánh giá tương tự như trường hợp hành vi đơn phương

(2) Thực trạng hoạt động kinh doanh

Được đánh giá thông qua các yếu tố sau:

(i) *Điều kiện thương mại và các yếu tố khác*: Nếu hiệp hội ngành hàng thu thập và phổ biến các thông tin về giá bán, sản lượng của các công ty thành viên, các công ty sẽ hiểu rõ về thực trạng hoạt động kinh doanh của các đối thủ cạnh tranh của mình, do đó, tăng khả năng dự đoán hành vi và phản ứng của nhau. Trong trường hợp sản phẩm có khối lượng giao dịch lớn và không thường xuyên, thì thị trường ít có khả năng phối hợp giữa các đối thủ cạnh tranh, do các doanh nghiệp khó có thể dự đoán hành vi của nhau, ngược lại, giao dịch nhỏ và liên tục thì dễ diễn ra hành vi phối hợp;

(ii*) Xu hướng về cầu, tiến bộ công nghệ*: nếu cầu thay đổi thường xuyên, tiến bộ công nghệ liên tục, vòng đời sản phẩm ngắn thì lợi nhuận thu được từ giảm giá và tăng sản lượng lớn, khi đó, các doanh nghiệp khó dự đoán được hành vi của nhau và ít có khả năng phối hợp;

(iii) *Cạnh tranh trong quá khứ*: tức là xem xét thay đổi về thị phần, biến động giá trong quá khứ. Nếu thị trường có sự thay đổi lớn thì ít khả năng phối

hợp, do đó khó dự đoán hành vi đối thủ cạnh tranh. Nếu thị trường có sự thay đổi nhỏ thì dễ dự đoán nên có nhiều khả năng phối hợp giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan.

(3) Áp lực cạnh tranh từ hàng nhập khẩu, gia nhập thị tường và các thị trường liên quan khác

Trong trường hợp áp lực nhập khẩu lớn và các công ty trong nước tăng giá bán nội địa, nhiều khả năng họ sẽ mất thị phần vào sản phẩm nhập khẩu, do vậy ít khả năng xuất hiện hành vi phối hợp giữa các công ty. Tuy nhiên, nếu công ty nước ngoài đã có hiện diện thương mại và xác lập vị trí trên thị trường nội địa thì khả năng xuất hiện hành vi phối hợp sẽ lớn hơn. Bên cạnh đó, áp lực từ hàng nhập khẩu trong trường hợp doanh nghiệp nội địa tăng giá cũng được xem xét dựa trên các yếu tố như: rào cản pháp lý, chi phí vận chuyển, phân phối, khả năng gia tăng sản lượng mà không ảnh hưởng tới giá của nhà cung cấp nước ngoài

Áp lực gia nhập thị trường đối với khả năng xuất hiện hành vi phối hợp được đánh giá thông qua các yếu tố như: rào cản cản pháp lý gia nhập thị trường, rào cản gia nhập thực tế, khả năng thay thế giữa sản phẩm gia nhập và sản phẩm hiện có, tiềm năng gia nhập thị trường.

3.4.3.Tập trung kinh tế theo chiều dọc và tập trung kinh tế hỗn hợp

Khi TTKT chiều dọc hoàn tất, các công ty khác có thể bị đóng cửa vì họ mất cơ hội buôn bán với nhóm doanh nghiệp. Ví dụ, nhà sản xuất của một sản phẩm hoàn thiện, có thị phần lớn và mua nguyên liệu từ nhiều nhà cung cấp. Nếu nhà sản xuất đó sáp nhập với môt nhà cung cấp thì có khả năng họ sẽ chỉ dùng sản phẩm đầu vào từ nhà cung cấp liên kết với họ. Do đó, các nhà cung cấp khác sẽ mất cơ hội làm ăn với nhà sản xuất nói trên. Tương tự nếu một nhà sản xuất lớn kết hợp với một nhà cung cấp nguyên liệu đầu vào lớn, thì sẽ tạo khó khăn có các nhà sản xuất khác gia nhập thị trường do nhóm doanh nghiệp có thể hình thành một mạng lưới phân phối riêng của chính họ. Ngay cả khi nhóm doanh nghiệp tiếp tục làm ăn với các đối thủ cạnh tranh sau TTKT, các đối thủ cạnh tranh cũng ở một vị thế bất lợi hơn trước đây so với nhóm doanh nghiệp và kết quả là viêc cạnh tranh giữa họ không còn hiệu quả như trước.

TTKT hỗn hợp cũng có thể gây ra các vấn đề về đóng cửa hoặc rút khỏi thị trường do nó gia tăng năng lực tổng thể của nhóm công ty, ví dụ cụ thể như khả năng mua nguyên liệu, kỹ thuật, quảng cáo, uy tín khi tiếp cận vốn, thương hiệu...

Các yếu tố đánh giá khả năng gây tác động HCCT của TTKT theo chiều dọc thông qua hành vi đơn phương cũng tương tự như trường hợp TTKT theo chiều ngang thông qua hành vi đơn phương.

Hộp 6: Vụ việc sáp nhập giữa công ty Zimmer, Inc và công ty Biomet

Liên quan đến vụ việc sáp nhập giữa công ty Zimmer, Inc. (Hoa Kỳ) và công ty Biomet (Hoa Kỳ), JFTC nhận thấy rằng thị phần sau giao dịch của các bên sẽ là khoảng 90% trong thị trường khớp gối nhân tạo (UKA), và 60-70% trong thị trường khớp khuỷu tay nhân tạo, do vậy giao dịch này có khả năng tạo ra một khoảng cách đáng kể giữa những đối thủ cạnh tranh trên thị trường. Ngoài ra, JFTC còn cân nhắc đến các yếu tố như sau:

Đánh giá cạnh tranh giữa các bên tham gia TTKT

Các bên tham gia sáp nhập chiếm vị trí thứ nhất và thứ hai trên thị phần tương ứng khoảng 50% và khoảng 40%, là hai doanh nghiệp cạnh tranh tích cực trong quá khứ. Do đó, tác động hạn chế cạnh tranh trong vụ việc này là rất lớn. Ngoài ra, trong khi mỗi công ty tham gia TTKT có công suất dư thừa lớn, đa số các doanh nghiệp còn lại có một thị phần nhỏ và không thể tạo áp lực cản trở các bên TTKT lạm dụng sức mạnh thị trường của mình.

Rào cản gia nhập thị trường

Các doanh nghiệp mới khó có khả năng gia nhập thị trường nói trên do vậy áp lực gia nhập thị trường ở mức tối thiểu.

Áp lực từ phía người mua

Trong trường hợp này JFTC nhận định áp lực từ phí người mua là không lớn.

Đánh giá của JFTC

Sau khi giao dịch, thị phần của các bên trong thị trường UKA sẽ trở thành khoảng 90%, và sẽ có một khoảng cách đáng kể từ các doanh nghiệp cạnh tranh. Ngoài ra, sự cạnh tranh trước đó được tiến hành giữa các Bên sẽ bị mất. Trong khi đó, mỗi áp lực cạnh tranh trên thị trường UKA bị hạn chế, và Giao dịch sẽ dẫn đến việc tạo ra một tình huống mà các Bên có thể tự do kiểm soát giá cả ở một mức độ nhất định. Do đó, JFTC kết luận rằng Giao dịch sẽ hạn chế đáng kể sự cạnh tranh trên thị trường UKA.

Sau khi tham khảo ý kiến với JFTC, các bên đã tự nguyện gửi các biện pháp khắc phục như sau: (1) Tài sản hữu hình (ví dụ: hàng tồn kho, lịch sử thiết kế, dữ liệu thử nghiệm và lâm sàng) và quyền sở hữu trí tuệ (ví dụ: bằng sáng chế, thương hiệu và bí quyết) liên quan đến các thương hiệu hàng đầu của các bên tương ứng với khoảng 50% thị phần của thị trường UKA và khoảng 20% thị phần khớp khuỷu tay nhân tạo trong năm 2012 sẽ bị bán đi; (2) Người mua tài sản bị thoái vốn là các doanh nghiệp có đủ kinh nghiệm và khả năng trong kinh doanh khớp

nối và nhân tạo khớp và phải độc lập và không liên quan đến tài chính với các bên. Hơn nữa, người mua phải được lựa chọn theo các tiêu chí như vốn, sự khác biệt của sản phẩm và có năng lực duy trì và phát triển tài sản thoái vốn. Những người mua tiềm năng sẽ được thông báo và tiếp nhận tài sản thoái vốn từ JFTC sau khi ký kết hợp đồng với các bên để mua tài sản bị thoái vốn. Thời hạn thực hiện các khoản thoái vốn là ba tháng kể từ ngày JFTC chấp thuận sự phù hợp của những người mua tiềm năng.

Nếu các biện pháp khắc phục được mô tả ở trên sẽ được thực thi, thị phần kết hợp của các bên trong thị trường khớp gối nhân tạo sau giao dịch đạt khoảng 40% và đứng thứ hai trên thị trường; và khoảng 40% trong thị trường khớp khuỷu tay nhân tạo và đứng đầu hoặc thứ hai trên thị trường. Trong cả thị trường UKA và thị trường khớp khuỷu tay nhân tạo, thị phần của các bên sau giao dịch sẽ thấp hơn thị phần của các bên trước giao dịch. Do đó, trên tiền đề rằng biện pháp khắc phục sẽ được thực thi, JFTC kết luận rằng giao dịch sẽ không hạn chế đáng kể sự cạnh tranh trong thị trường khớp nối khuỷu tay và UKA. JFTC trao đổi thông tin và hợp tác rộng rãi với Ủy ban thương mại liên bang Hoa Kỳ và Ủy ban châu Âu trong quá trình điều tra giao dịch.

3.5. Kinh nghiệm Hàn Quốc

3.5.1. Tổng quan

Ủy bản Thương mại lành mạnh Hàn Quốc (KFTC) đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động của tập trung kinh tế khác nhau tùy thuộc vào bản chất của giao dịch tập trung kinh tế.

Trong hầu hết các trường hợp, tác động đơn phương và tác động kết hợp của giao dịch tập trung kinh tế được coi là một trong những yếu tố cân nhắc chính trong các vụ sáp nhập theo chiều ngang, tuy nhiên các yếu tố khác cũng có thể được xem xét tùy thuộc vào giao dịch.

Thị phần là một yếu tố đánh giá quan trọng của KFTC. Khi đánh giá thị phần kết hợp, KFTC sẽ cân nhắc những yếu tố sau để xác định khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của TTKT trên thị trường liên quan:

(i) Thị phần kết hợp của doanh nghiệp được hình thành sau tập trung kinh tế có dẫn đến tình trạng độc quyền hay không (thị phần của một doanh nghiệp chiếm từ trên 50% trở lên trên thị trường liên quan hoặc thị phần kết hợp của ba doanh nghiệp trở xuống chiếm từ 75% trở lên trên thị trường liên quan);

(ii) Thị phần kết hợp của doanh nghiệp sau TTKT có lớn nhất trên thị trường liên quan hay không;

(iii) Thị phần kết hợp của doanh nghiệp sau TTKT có vượt quá thị phần của doanh nghiệp lớn thứ hai trên thị trường ở mức không thấp hơn 25% thị phần kết hợp của các bên hay không.

Ngoài thị phần, các yếu tố khác được xem xét chung bao gồm tác động hạn chế cạnh tranh đơn phương, tác động hạn chế cạnh tranh kết hợp, mức độ cạnh tranh từ nước ngoài, khả năng gia nhập thị trường và sự tồn tại của các sản phẩm tương tự và các thị trường lân cận.

Nghĩa vụ thông báo trước khi thực hiện tập trung kinh tế là bắt buộc thực hiện đối với tất cả các doanh nghiệp lớn đồng thời đáp ứng ngưỡng thông báo, dựa trên tỉ lệ sở hữu cổ phiếu, ngưỡng tài sản, ngưỡng doanh thu và ưu thế sở hữu công nghệ. Luật Cạnh tranh Hàn Quốc có các quy định khung về đối tượng phải thông báo TTKT (Điều 7) như sau: (i) Một công ty sở hữu hơn hai mươi phần trăm (20%) [hơn mười lăm phần trăm (15%) đối với các công ty niêm yết] tổng số cổ phiếu do một công ty khác phát hành (không bao gồm cổ phiếu không có quyền biểu quyết theo Điều 370 của Bộ luật Thương mại); (ii) Cán bộ, nhân viên của công ty đồng thời giữ chức danh Cán bộ của công ty khác; (iii) Một công ty thực hiện bất kỳ hành vi nào được liệt kê trong Điều 7 (HCCT đối với TTKT), Đoạn (1), Đoạn 3 hoặc 4 (Xem thêm tại Mục phân tích Đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh bên dưới); (iii) Một công ty đăng ký mua từ hai mươi phần trăm (20%) trở lên số cổ phần của một công ty mới được thành lập.

Về mặt nguyên tắc, Luật Chống độc quyền của Hàn Quốc cho phép nộp hồ sơ hậu sáp nhập[6]. Đối với các vụ việc *nộp hồ sơ thông báo sau tập trung kinh tế* (Post- closing filing requirement), các bên phải tự nguyện nộp hồ sơ trước (pre-closing) cho giai đoạn rà soát sơ bộ để tính toán các tác động phản cạnh tranh trong trường hợp tiến hành sáp nhập. Các bên tham gia TTKT phải gửi báo cáo cho KFTC trong vòng 50[7] ngày sau khi tiến hành các thủ tục TTKT. Các thương vụ này sẽ không được hoàn thành cho đến khi KFTC đưa ra quyết định (cần chú ý rằng việc mua bán cổ phiếu cũng là đối tượng của thông báo hậu sáp nhập tùy theo quy mô của doanh nghiệp).

[6] **Thông báo tiền sáp nhập** là bắt buộc đối với một số loại hình TTKT trong đó một trong hai bên tham gia giao dịch là một công ty lớn có tài sản trên toàn thế giới hoặc doanh thu hàng năm từ 2 nghìn tỷ KRW trở lên (bao gồm tài sản và doanh thu của các công ty liên kết, theo Điều 12.6 của MRFTA). Nếu một công ty lớn tham gia vào một giao dịch, thông báo TTKT có thể được gửi bất kỳ lúc nào sau ngày ký thỏa thuận nhưng phải trước khi hoàn tất giao dịch, miễn là giao dịch chưa được hoàn thành trước khi được KFTC thông qua, đây gọi là **thông báo hậu sáp nhập**. Ngoài ra, thông báo hậu sáp nhật được chấp thuận đối với các công ty nhỏ và trong trường hợp Giám đốc kiêm nhiệm. KFTC phạt hành chính nếu vi phạm thời hạn thông báo trên thực tế và sẽ thông báo công khai trên trang web của KFTC.

[7] Trước đây là 30 ngày theo Luật nhưng theo NĐ hướng dẫn mới nhất là 50 ngày.

Tuy nhiên nếu một trong các bên tham gia giao dịch thuộc doanh nghiệp có quy mô lớn thì hồ sơ phải nộp trong vòng 30 ngày trước khi tiến hành thương vụ (pre- merge filling- *hồ sơ thông báo tiền sáp nhập*, như đã phân tích ở trên); trong trường hợp này KFTC có thể gia hạn thời hạn ra quyết định lên đến 90 ngày kể từ sau khi thời hạn 30 ngày ban đầu kết thúc. Nếu trong quá trình xem xét hồ sơ và nhận thấy chưa đầy đủ, KFTC có thể yêu cầu doanh nghiệp có liên quan bổ sung thêm tài liệu, thời hạn nộp hồ sơ bổ sung sẽ không nằm trong thời hạn rà soát 30 ngày ban đầu.

Nếu KFTC nhận thấy việc TTKT có thể gây ra hạn chế cạnh tranh đáng kể ở một phân khúc thị trường nhất định, KFTC có quyền ra lệnh áp dụng các biện pháp khắc phục (ví dụ như lệnh ngừng, chấm dứt hoạt động hoặc bán ra/ chuyển nhượng một phần cổ phiếu, tài sản của các doanh nghiệp hoặc giới hạn chức vụ của nhân viên hoặc cán bộ có quyền lợi đặc biệt trong công ty).

Việc Đánh giá Tác động hạn chế cạnh tranh trong TTKT được quy định tại Điều 7 Luật Chống độc quyền của Hàn Quốc, như sau:

- Không chủ thể/ cá nhân nào được trực tiếp hay gián tiếp để thực hiện các hoạt động sau đây, nếu các hoạt động nói đó gây ra tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên một số lĩnh vực và thị trường nhất định: (1) Mua bán hoặc sở hữu cổ phiếu của các công ty khác; (2) Đồng thời nắm giữ các vị trí quản lý điều hành trong các công ty khác (giám đốc kiêm nhiệm); (3) Sáp nhập với một công ty khác; (4) Tiếp quản hoặc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần lớn hoạt động kinh doanh, thực hiện việc quản lý một công ty khác; hoặc tiếp quản toàn bộ hoặc một phần lớn những tài sản cố định đang hoạt động của một công ty khác (gọi chung là việc tiếp quản kinh doanh);

- Khi đưa ra các trường hợp TTKT bị cấm, KFTC cũng đưa ra một số điều khoản miễn trừ đối với một số trường hợp TTKT. Trong trường hợp như vậy các doanh nghiệp có liên quan cần phải chịu trách nhiệm chứng minh liệu việc TTKT của mình có thuộc các trường hợp miễn trừ đó hay không.

- Không bên nào được thực hiện TTKT với các công ty khác thông qua các hình thức ép buộc hoặc các biện pháp không lành mạnh khác.

- Đánh giá tiêu chí thị phần đối với các doanh nghiệp được cho là có khả năng gây ra HCCT đối với một số trường hợp TTKT: (i) Thị phần kết hợp đáp ứng các tiêu chuẩn của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh[8]; (ii) Một doanh nghiệp

[8] "Doanh nghiệp thống lĩnh thị trường" có nghĩa là bất kỳ Doanh nghiệp nào cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ giống nhau hoặc tương tự nhau có thị phần thuộc một trong các trường hợp sau đây và đáp ứng các điều kiện quy

nắm giữ năm mươi phần trăm (50%) thị phần trở lên, hoặc (iii) Ba hoặc ít hơn ba doanh nghiệp nắm giữ tổng cộng bảy mươi lăm phần trăm (75%) trở lên của thị trường, không bao gồm những doanh nghiệp nắm giữ dưới mười phần trăm (10%);) (iv)Tổng thị phần lớn nhất trên thị trường liên quan nhất định; (v) Chênh lệch giữa tổng thị phần kết hợp của nhóm doanh nghiệp tham gia TTKT với thị phần của công ty lớn thứ 2 (tham gia TTKT) lớn hơn ¼. (nghĩa là vượt hơn 25% thị phần của công ty đứng thứ hai trên thị trường).

3.5.2. Đánh giá tác động HCCT của tập trung kinh tế theo chiều dọc

Đánh giá tác động HCCT của TTKT theo chiều dọc được thể hiện ở đánh giá tác động loại bỏ và tác động kết hợp.

Đánh giá tác động loại bỏ của TTKT theo chiều dọc

Việc TTKT của các doanh nghiệp có thể gây ra tác động hạn chế cạnh tranh trong trường hợp các công ty tham gia TTKT có khả năng ngăn chặn khả năng tiếp cận các kênh bán hàng hoặc khả năng mua hàng của đối thủ cạnh tranh, hoặc ngăn cản các doanh nghiệp mới tham gia thị trường. Tác động loại bỏ sẽ được xác định dựa trên những tiêu chí sau đây:

- Thị phần của công ty cung cấp nguyên liệu đầu vào (trường hợp công ty mua lại, ví dụ: bao gồm cả các cá nhân có mối liên hệ đặc biệt), hoặc phần trăm mua hàng của một công ty mua nguyên liệu đầu vào trong tổng lượng cung ứng trong nước trên thị trường liên quan (bao gồm những người trong một mối quan hệ đặc biệt);

- Thị phần của các công ty mua sắm nguyên liệu đàu vào (trong trường hợp mua lại, ví dụ…bao gồm các cá nhân có mối liên hệ đặc biệt);

- Mục đích của việc TTKT; kênh xuất nhập khẩu;

- Khả năng các đối thủ cạnh tranh có chuyển sang các kênh mua bán thay thế khác, bao gồm cả các kênh xuất khẩu và nhập khẩu;

- Mức độ hệ thống hóa theo chiều dọc của các đối thủ cạnh tranh, các công ty bao gồm kế hoạch mở rộng cơ sở vật chất;

- Triển vọng tăng trưởng của thị trường liên quan và kế hoạch kinh doanh của các công ty tham gia bao gồm kế hoạch mở rộng cơ sở vật chất;

định trong Nghị định hướng dẫn. Tuy nhiên, không tính đến công ty nào tham gia vào hoạt động kinh doanh tài chính hoặc bảo hiểm:

- Khả năng loại bỏ đối thủ cạnh tranh bị loại trừ bởi các hành vi hợp tác giữa các doanh nghiệp;

- Tình trạng của thị trường hàng hóa hoặc thị trường sản phẩm cuối cùng có mối quan hệ phụ thuộc về nguyên liệu thô và các sản phẩm liên quan đến việc TTKT của các doanh nghiệp và tác động của việc TTKT đó đối với thị trường;

- Liệu sự kết hợp theo chiều dọc của các doanh nghiệp có diễn ra giữa các công ty lớn hay diễn ra trên phạm vi rộng theo nhiều bước, do đó nâng cao rõ rệt các yêu cầu tài chính tối thiểu để gia nhập thị trường, hay nói cách khác là làm tăng rào cản gia nhập ở mức độ khiến rất khó cho các doanh nghiệp mới tham gia thị trường;

- Mức độ hệ thống hóa theo chiều dọc của các đối thủ cạnh tranh; công ty bao gồm kế hoạch mở rộng cơ sở vật chất; người dám nghĩ dám làm; tác động của tổ hợp đối với thị trường; gây khó khăn cho các doanh nghiệp mới tham gia thị trường.

Đánh giác tác động kết hợp của TTKT theo chiều dọc

TTKT theo chiều dọc của các doanh nghiệp có thể gây ra tác động hạn chế cạnh tranh trong những trường hợp mà TTKT làm tăng khả năng hợp tác giữa các đối thủ cạnh tranh. Liệu khả năng hợp tác có gia tăng hay không sẽ được xác định dựa trên những điều sau đây:

- Liệu việc TTKT có tạo thuận lợi cho việc thu thập thông tin về giá cả và các thông tin khác liên quan đến hoạt động kinh doanh của các đối thủ cạnh tranh hay không;

- Liệu bên tham gia TTKT- bên mua nguyên liệu thô đầu vào có phải là một công ty mua bán có sức mạnh thị trường để ngăn cản các nhà cung cấp nguyên liệu thô khác hợp tác với nhau hay không;

- Có bất kì việc TTKT nào khác đã diễn ra trước đó trong lĩnh vực liên quan hay không.

Hộp 7: TTKT giữa Western Digital Corporation và Viviti Technology Ltd

Ngày 21 tháng 12 năm 2011, KFTC (đứng đầu là Chủ tịch Dongsoo Kim) đã công bố Đánh giá cuối cùng về việc sáp nhập giữa Western Digital Corporation, công ty sản xuất ổ cứng kĩ thuật số lớn thứ hai thế giới và Viviti Technology Ltd (trước đây là 'HitachiGST') nhà sản xuất ổ cứng kĩ thuật số lớn thứ ba thế giới.

Thực tế, trước đó vào ngày 7 tháng 3 năm 2011, Western Digital Corporation (WD) đã đề xuất mua lại Hitachi Global Storage Technologies (sau này đổi tên thành Viviti Technologies), hai công ty hoạt động trong lĩnh vực sản xuất kinh doanh ổ đĩa cứng. Thỏa thuận được công bố vào ngày 7 tháng 3 năm 2011 và trị giá ước tính 4,3 tỷ đô la. Vụ việc này được các nước trong đó có ACCC đánh giá là TTKT theo cả chiều ngang và dọc; và ACCC đã bác bỏ yêu cầu mua lại này. Tuy nhiên, việc WD mua lại Hitachi vẫn được chấp thuận tại một số nước, trong đó có Trung Quốc, Nhật bản, Liên minh Châu Âu, Hoa Kỳ và Hàn Quốc...nhưng áp đặt một số điều kiện thay đổi về cấu trúc, thoái vốn, yêu cầu hoạt động độc lập và vấn đề bảo mật thông tin giữa các bên.

Như vậy việc sáp nhập giữa Western Digital Corporation và Viviti Technology Ltd là sáp nhập công ty con vào công ty mẹ và có nhiều yếu tố ảnh hưởng liên kết dọc.

Hình thức TTKT: Sáp nhập doanh nghiệp.

Các bên tham gia: Western Digital Corporation, công ty sản xuất ổ cứng kĩ thuật số lớn thứ hai thế giới và Viviti Technology Ltd (trước đây là 'HitachiGST') nhà sản xuất ổ cứng kĩ thuật số lớn thứ ba thế giới.

Thị trường liên quan: ổ cứng kĩ thuật số HDD.

Đánh giá của KFTC:

TTKT được thông qua có điều kiện: KFTC áp đặt các biện pháp thay đổi cấu trúc bao gồm việc thoái vốn một số tài sản thiết yếu để sản xuất các sản phẩm HDD 3.5 inch. KFTC nhận thấy rằng việc sáp nhập được đề xuất có thể tạo ra các tác động đơn phương phản cạnh tranh trong sản xuất và bán hàng toàn cầu đối với Ổ cứng HDD để bàn 3,5 inch và Ổ cứng CE 3,5 inch. Những biện pháp khắc phục được cho rằng sẽ có hiệu quả trong việc hạn chế sự thống lĩnh thị trường của các nhà cung cấp công nghệ HD và duy trì ổn định biến động về giá cả.

Rào cản gia nhập thị trường: Đây là thị trường cần vốn đầu tư lớn và đòi hỏi cao về công nghệ kĩ thuật, các doanh nghiệp tham gia trên thị trường cạnh tranh rất gay gắt. Tuy nhiên, KFTC nhận thấy các doanh nghiệp đối thủ đang tham gia trên thị trường sẽ bị giảm đáng kể sau giao dịch và gia tăng khả năng phối hợp phản cạnh tranh giữa các nhà sản xuất lớn.

Áp lực từ phía người mua: Không lớn.

Các yếu tố khác: KFTC cho rằng hiệu quả từ việc tiết kiệm chi phí của doanh nghiệp sau M&A không cụ thể và không đủ để bù đắp các tác động phản cạnh tranh có thể xảy ra của nó.

Đồng thời, KFTC đã xem xét lại đề xuất Seagate (đối thủ cạnh tranh của Samsung) mua lại mảng kinh doanh HDD của Samsung trước đó, giao dịch đã được KFTC thông qua vào ngày 30 tháng 11 do nhận thấy không có nhiều quan ngại về cạnh tranh.

CHƯƠNG 3: ĐỀ XUẤT XÂY DỰNG HƯỚNG DẪN ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG HOẶC KHẢ NĂNG GÂY TÁC ĐỘNG HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐÁNG KỂ CỦA VỤ VIỆC CẠNH TRANH

1. Đề xuất xây dựng hướng dẫn đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

1.1. Quy định kiểm soát thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Điều 3 Luật Cạnh tranh 2018 quy định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thuộc nhóm hành vi hạn chế cạnh tranh, đó là hành vi gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh. Theo đó, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là hành vi thỏa thuận giữa các bên dưới mọi hình thức gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh. Tác động hạn chế cạnh tranh là tác động loại trừ, làm giảm, sai lệch hoặc cản trở cạnh tranh trên thị trường.

Các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được quy định tại Điều 11 và bị cấm theo quy định tại Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018.

Điều 11 Luật Cạnh tranh 2018 quy định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh:

(1) Thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.

(2) Thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ.

(3) Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ.

(4) Thỏa thuận để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu khi tham gia đấu thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ.

(5) Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh.

(6) Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên tham gia thỏa thuận.

(7) Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư.

(8) Thỏa thuận áp đặt hoặc ấn định điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.

(9) Thỏa thuận không giao dịch với các bên không tham gia thỏa thuận.

(10) Thỏa thuận hạn chế thị trường tiêu thụ sản phẩm, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ của các bên không tham gia thỏa thuận.

(11) Thỏa thuận khác gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 quy định cấm:

- Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 11.

- Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp quy định tại khoản 4, 5 và 6 Điều 11.

- Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan quy định tại các khoản 7, 8, 9, 10 và 11 Điều 11 khi thỏa thuận đó gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường.

- Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định quy định tại các khoản 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 và 11 Điều 11 khi thỏa thuận đó gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường.

Từ quy định trên đây về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, cần lưu ý một số đặc điểm sau:

- Mọi chủ thể kinh doanh trên thị trường, kể cả các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan hoặc ở các khâu khác nhau trong cùng chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng hàng hóa, dịch vụ trong quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh trên thị trường đều có quyền được gặp gỡ, trao đổi, thương lượng, thỏa thuận với nhau nếu như những thỏa thuận ấy không vi phạm điều cấm của Luật Cạnh tranh 2018.

- Không phải mọi trường hợp khi doanh nghiệp tham gia vào thỏa thuận hạn chế cạnh tranh quy định tại Điều 11 Luật Cạnh tranh 2018 đều là hành vi vi phạm. Chỉ những trường hợp hội đủ các yếu tố cấu thành thì mới bị coi là hành vi vi phạm.

- Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm có thể là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc (giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định) hoặc theo chiều ngang (giữa các doanh nghiệp hoạt động trên cùng thị trường liên quan).

- Các dạng hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh khác nhau bị cấm theo nguyên tắc khác nhau, hoặc cấm theo nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (perse rule)

hoặc nguyên tắc đánh giá tác động (rule of reasons), vì vậy, có yếu tố cấu thành hành vi vi phạm khác nhau.

- Chủ thể tham gia vào các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là doanh nghiệp (tổ chức, cá nhân kinh doanh) bao gồm mọi loại hình doanh nghiệp và không có sự phân biệt, trong đó có thể bao gồm cả doanh nghiệp nước ngoài.

- Tác động hạn chế cạnh tranh là tác động loại trừ, làm giảm, sai lệch hoặc cản trở cạnh tranh trên thị trường và để đánh giá về yếu tố gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường thì phải căn cứ vào các yếu tố được quy định tại Điều 13 Luật Cạnh tranh 2018.

- Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được thể hiện dưới mọi hình thức và Luật Cạnh tranh 2018 không quy định hình thức thể hiện bắt buộc đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018, vì vậy, có 4 nhóm hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh liên quan tới thỏa thuận hạn chế cạnh tranh với các yếu tố cấu thành có đặc điểm khác nhau.

a) Hành vi vi phạm khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018

Khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 11 của Luật này. Đây là quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (perse rule), hành vi vi phạm có cấu thành hình thức. Vì vậy, cấu thành hành vi vi phạm khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 bao gồm hai yếu tố là yếu tố chủ thể và yếu tố hành vi.

- *Yếu tố chủ thể:* Thứ nhất, đòi hỏi phải có ít nhất 2 doanh nghiệp trở lên và đó là những thực thể hiện hữu tại thời điểm thỏa thuận. Thứ hai, đòi hỏi các doanh nghiệp này phải trên cùng thị trường liên quan. Yêu cầu này đòi hỏi trong từng vụ việc cụ thể phải xác định thị trường liên quan, bao gồm thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan, trên cơ sở đó xác định các doanh nghiệp đối tượng đang xem xét có trên cùng thị trường liên quan hay không.

- *Yếu tố hành vi:* Thứ nhất, đòi hỏi các doanh nghiệp có sự thỏa thuận, tức là các doanh nghiệp phải có sự liên hệ, gặp gỡ, trao đổi và thống nhất ý chí hoặc ít nhất là *gặp gỡ ý chí* (*meeting of mind*) thông qua một hình thức trực tiếp hoặc gián tiếp, hoặc bằng một cách thức, phương thức, phương tiện vật chất hoặc phi vật chất nào đó. Thứ hai, nội dung thỏa thuận thống nhất giữa các doanh nghiệp thuộc trong các trường hợp:

+ Ấn định giá hàng hóa, dịch vụ trực tiếp hoặc gián tiếp, có thể được biểu hiện qua việc cùng áp dụng thống nhất mức giá, cùng tăng hoặc giảm giá, cùng áp dụng công thức tính giá, cùng duy trì tỷ lệ cố định về giá của sản phẩm liên quan, cùng không chiết khấu hoặc áp dụng mức chiết khấu thống nhất, cùng áp dụng mức khuyến mại, dành hạn mức tín dụng chung cho khách hàng, không giảm giá nếu không thông báo cho các thành viên khác của thoả thuận, cùng sử dụng mức giá thống nhất tại thời điểm các cuộc đàm phán về giá bắt đầu.

+ Phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ, có thể được biểu hiện thông qua việc thống nhất về đối tượng khách hàng, nhóm khách hàng, khu vực khách hàng; thống nhất về số lượng hàng hóa, dịch vụ; thống nhất về địa điểm mua, bán hàng hóa, dịch vụ; thống nhất về nguồn cung ứng hàng hóa, dịch vụ.

+ Hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, có thể được biểu hiện thông qua việc thống nhất cắt, giảm số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ trên thị trường liên quan so với trước đó; ấn định số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ để tạo sự khan hiếm trên thị trường.

b) Hành vi vi phạm khoản 2 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018

Khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp quy định tại khoản 4, 5 và 6 Điều 11 của Luật này. Đây cũng là quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (perse rule), hành vi vi phạm có cấu thành hình thức. Vì vậy, cấu thành hành vi vi phạm khoản 2 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 cũng bao gồm hai yếu tố là yếu tố chủ thể và yếu tố hành vi.

- *Yếu tố chủ thể:* Đòi hỏi phải có ít nhất 2 doanh nghiệp trở lên là những thực thể hiện hữu tại thời điểm thỏa thuận. Các doanh nghiệp này có thể trên cùng thị trường liên quan, có thể ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định, hoặc có thể trên các thị trường liên quan khác nhau.

- *Yếu tố hành vi:* Thứ nhất, cũng đòi hỏi các doanh nghiệp có sự thỏa thuận. Thứ hai, nội dung thỏa thuận thống nhất giữa các doanh nghiệp thuộc trong các trường hợp:

+ Để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu khi tham gia đấu thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ, có thể được biểu hiện thông qua việc một hoặc nhiều bên không tham dự thầu để một hoặc các bên khác trong thoả thuận thắng thầu; một hoặc nhiều bên rút khỏi việc dự thầu hoặc rút đơn dự thầu

được nộp trước đó để một hoặc các bên trong thoả thuận thắng thầu; các bên phân chia thắng thầu trong các cuộc đấu thầu hoặc xác định trước số lần mỗi bên được thắng thầu trong một khoảng thời gian nhất định; một hoặc một số bên thống nhất đưa ra những mức giá không có tính cạnh tranh hoặc đặt mức giá cạnh tranh nhưng kèm theo những điều kiện mà bên mời thầu không thể chấp nhận để xác định trước một hoặc nhiều bên sẽ thắng thầu; một hoặc nhiều bên tham gia thoả thuận gây khó khăn cho các bên không tham gia thoả thuận khi dự thầu bằng cách từ chối cung cấp nguyên liệu, không ký hợp đồng thầu phụ hoặc áp đặt các hình thức gây khó khăn khác; một hoặc một số bên dự thầu với nhà cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ liên quan tới gói thầu về việc không cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ hoặc không cung cấp các giấy tờ liên quan.

+ Ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh.

+ Loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên tham gia thỏa thuận.

c) Hành vi vi phạm khoản 3 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018

Khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan quy định tại các khoản 7, 8, 9, 10 và 11 Điều 11 của Luật này khi thỏa thuận đó gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Đây là quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo nguyên tắc đánh giá tác động (rule of reasons), hành vi vi phạm có cấu thành hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả. Vì vậy, cấu thành hành vi vi phạm khoản 3 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 bao gồm ba yếu tố là yếu tố chủ thể, yếu tố hành vi và yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả.

- *Yếu tố chủ thể:* Thứ nhất, đòi hỏi phải có ít nhất 2 doanh nghiệp trở lên và đó là những thực thể hiện hữu tại thời điểm thỏa thuận. Thứ hai, đòi hỏi các doanh nghiệp này phải trên cùng thị trường liên quan.

- *Yếu tố hành vi:* Thứ nhất, cũng đòi hỏi các doanh nghiệp có sự thỏa thuận. Thứ hai, nội dung thỏa thuận thống nhất giữa các doanh nghiệp thuộc trong các trường hợp: (i) Hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; (ii) Áp đặt hoặc ấn định điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; (iii) Không giao dịch với các bên không tham gia thỏa thuận; (iv) Hạn chế thị trường tiêu thụ sản phẩm, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ của các bên không tham gia thỏa

thuận; (v) Thỏa thuận khác gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

- *Yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây hâu quả:* Đó là tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh được đánh giá trên cơ sở các tiêu chí quy định tại Điều 13 Luật Cạnh tranh 2018 và được quy định chi tiết tại Nghị định số 35/2020/NĐ-CP ngày 24 tháng 3 năm 2020 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Cạnh tranh 2018, cụ thể:

d) Hành vi vi phạm khoản 4 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018

Khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định quy định tại các khoản 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 và 11 Điều 11 của Luật này khi thỏa thuận đó gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Đây cũng là quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo nguyên tắc đánh giá tác động (rule of reasons), hành vi vi phạm có cấu thành hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả. Vì vậy, cấu thành hành vi vi phạm khoản 4 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 cũng bao gồm ba yếu tố là yếu tố chủ thể, yếu tố hành vi và yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả.

- *Yếu tố chủ thể:* Thứ nhất, đòi hỏi phải có ít nhất 2 doanh nghiệp trở lên và đó là những thực thể hiện hữu tại thời điểm thỏa thuận. Thứ hai, đòi hỏi các doanh nghiệp này phải kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định.

- *Yếu tố hành vi:* Thứ nhất, cũng đòi hỏi các doanh nghiệp có sự thỏa thuận. Thứ hai, nội dung thỏa thuận thống nhất giữa các doanh nghiệp thuộc trong các trường hợp: (i) Ấn định giá hàng hóa, dịch vụ trực tiếp hoặc gián tiếp; (ii) Phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ; (iii) Hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ; (iv) Hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; (v) Áp đặt hoặc ấn định điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; (vi) Không giao dịch với các bên không tham gia thỏa thuận; (vii) Hạn chế thị trường tiêu thụ sản phẩm, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ của các bên không tham gia thỏa thuận; (viii) Thỏa thuận khác gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

- *Yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây hâu quả:* Là tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

Như vậy, việc đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong các vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là yêu cầu bắt buộc khi xác định hành vi vi phạm khoản 3 và khoản 4 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018. Trường hợp xác định hành vi vi phạm khoản 1 và khoản 2 Điều 12 Luật Cạnh tranh 2018 không đòi hỏi phải đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể, tuy nhiên, điều này sẽ có ý nghĩa trong việc xác định mức độ và tính chất của hành vi vi phạm.

Điều 13 Luật Cạnh tranh quy định về đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, theo đó, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh căn cứ vào một số yếu tố sau đây:

- Mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận;
- Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường;
- Hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ;
- Giảm khả năng tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu;
- Tăng chi phí, thời gian của khách hàng trong việc mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ liên quan khác;
- Gây cản trở cạnh tranh trên thị trường thông qua kiểm soát các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan đến các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận.

Điều 11 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP ngày 24 tháng 3 năm 2020 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Cạnh tranh quy định nội dung đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thoả thuận hạn chế cạnh tranh, theo đó, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thuộc các trường hợp quy định tại khoản 3 và 4 Điều 12 của Luật Cạnh tranh. Việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được căn cứ vào một hoặc một số yếu tố:

- Diễn biến, xu hướng thay đổi mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận được đánh giá trong tương quan với các doanh nghiệp khác là đối thủ cạnh tranh không tham gia thỏa thuận;
- Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường được đánh giá để xác định tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận căn cứ vào những yếu tố ảnh

hưởng đến việc quyết định của doanh nghiệp khi gia nhập, mở rộng thị trường quy định tại Điều 8 Nghị định này;

- Hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ được đánh giá để xác định tác động hoặc khả năng gây tác động của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đối với mục tiêu nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc nâng cao năng lực công nghệ trong ngành và lĩnh vực liên quan;

- Giảm khả năng tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu được đánh giá căn cứ vào mức độ thiết yếu của cơ sở hạ tầng đối với hoạt động sản xuất, kinh doanh và chi phí, thời gian để các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh không tham gia thỏa thuận có thể tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng đó hoặc cơ sở hạ tầng tương tự;

- Tăng chi phí, thời gian của khách hàng trong việc mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ liên quan khác được xác định bằng việc so sánh chi phí, thời gian cần thiết của khách hàng khi mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh trước và sau khi có thỏa thuận;

- Gây cản trở cạnh tranh trên thị trường thông qua kiểm soát các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan đến các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận được xác định dựa trên mức độ chi phối của các yếu tố đặc thù đó đối với hoạt động cạnh trạnh của các doanh nghiệp trên thị trường.

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được coi là không gây ra hoặc không có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể nếu thuộc một trong các trường hợp:

- Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan, khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận nhỏ hơn 5%;

- Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định, khi thị phần của từng doanh nghiệp tham gia thoả thuận nhỏ hơn 15%.

Trong quá trình đánh giá tác động và khả năng gây tác hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có quyền tham vấn ý kiến của các cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan và yêu cầu các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận cung cấp thông tin, tài liệu cần thiết.

1.2. Đề xuất xây dựng hướng dẫn đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Trên cơ sở tìm hiểu về các quy định và kinh nghiệm thực tiễn trong các vụ việc thỏa thuận HCCT của các quốc gia có lịch sử phát triển về pháp luật cạnh tranh, nhìn nhận lại kết quả 15 năm thực thi Luật Cạnh tranh của Việt Nam với một lần sửa đổi luật vào năm 2018, nhóm nghiên cứu nhận thấy một số kinh nghiệm thành công của các quốc gia này có thể đưa vào áp dụng tại Việt Nam nhằm tăng cường hiệu quả trong quá trình thực thi pháp luật cạnh tranh nói chung và đối với các vụ việc thỏa thuận HCCT nói riêng. Cho dù các quốc gia này có quá trình thực thi dài, ngắn khác nhau, tuy nhiên, các quốc gia này đã thực hiện sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật cạnh tranh, chống độc quyền, cũng như cơ chế, chính sách cạnh tranh tương đối nhiều lần nhằm nâng cao năng lực phát hiện, điều tra và xử lý các vụ việc cạnh tranh.

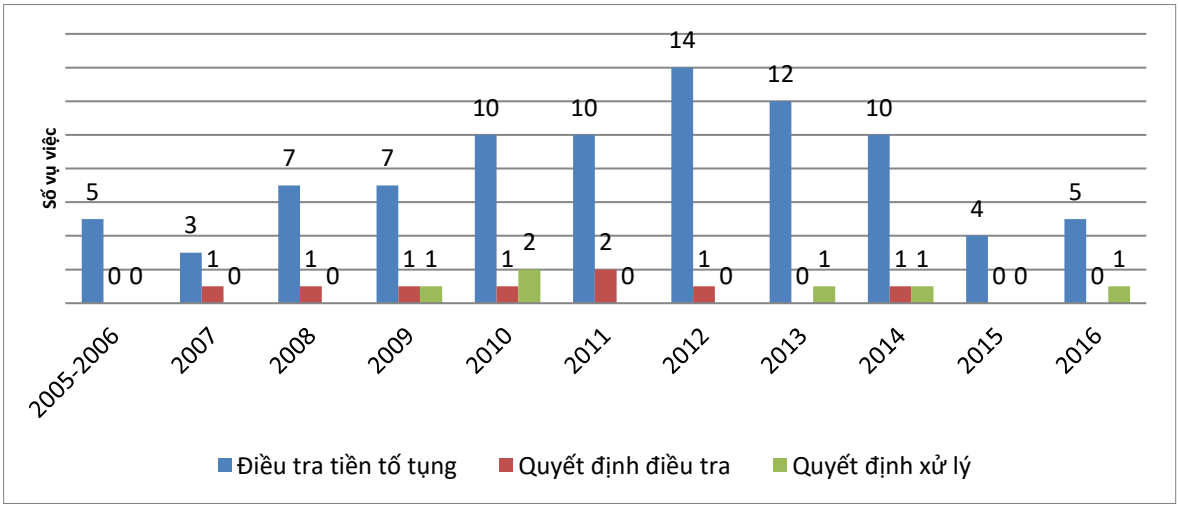
Pháp luật cạnh tranh của Việt Nam đã trải qua quá trình hơn 15 năm thực thi. Mặc dù còn non trẻ so với các quốc gia nói trên, nhưng các cơ quan cạnh tranh của Việt Nam đã nỗ lực rất nhiều trong quá trình điều tra và xử lý các vụ việc HCCT và trên một số phương diện khách quan, chúng ta đã có một số thành tựu nhất định:

Về việc Điều tra và xử lý các hành vi HCCT:

Trong 15 năm thực thi Luật Cạnh tranh 2004, Bộ Công Thương đã chủ động tiến hành hoạt động điều tra tiền tố tụng đối với nhiều ngành, lĩnh vực có tính chất quan trọng, nhạy cảm trong nền kinh tế nhằm tăng cường khả năng phát hiện dấu hiệu vi phạm pháp luật cạnh tranh. Hoạt động điều tra tiền tố tụng được tiến hành khi nhận thấy trên thị trường có biến động bất thường hoặc đang xảy ra tranh chấp liên quan đến pháp luật cạnh tranh, hoặc có nghi vấn về hành vi vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh. Mục đích của hoạt động này là nhằm thu thập các thông tin, tài liệu cơ bản về hành vi nghi vấn, cũng như thông tin chung về cạnh tranh trên thị trường. Kết quả của hoạt động điều tra tiền tố tụng là đưa ra các quyết định điều tra theo thủ tục tố tụng cạnh tranh nếu có thông tin xác thực về hành vi vi phạm, hoặc tiếp tục theo dõi diễn biến vụ việc nếu chưa đủ thông tin. Tính đến năm 2016, đã có tổng số 87 cuộc điều tra tiền tố tụng được thực hiện.

Tính đến năm 2016, số vụ việc điều tra liên quan đến các hành vi HCCT là 08 vụ, trong đó có 06 vụ đã được Hội đồng cạnh tranh tiến hành xử lý theo quy định. Thông qua việc điều tra, xử lý 08 vụ HCCT, với gần 70 doanh nghiệp bị điều tra, các cơ quan cạnh tranh đã ra quyết định xử lý, thu về ngân sách nhà nước tổng số tiền phạt và phí xử lý vụ việc cạnh tranh gần 5,5 tỷ đồng.

Biểu đồ 1: Số vụ việc thỏa thuận HCCT và lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền



(Nguồn: Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng, 2019)

Tiếp tục với hoạt động điều tra tiền tố tụng trong năm 2017 và năm 2018, Cục CT&BVNTD đã tiến hành điều tra tiền tố tụng nhằm rà soát, phát hiện dấu hiệu các hành vi HCCT trong một số ngành, lĩnh vực được dư luận xã hội quan tâm. Điển hình, Cục đã thu thập thông tin, tổ chức làm việc với các bên liên quan để làm rõ sự việc tranh chấp, cạnh tranh giữa các hãng taxi truyền thống và các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ "taxi công nghệ" như Uber, Grab; tranh chấp trên thị trường thuê và cho thuê phim nhựa chiếu rạp hay thực trạng giao dịch độc quyền trên thị trường thuốc lá điếu; Thẩm định hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường trong lĩnh vực sản xuất, kinh doanh xe máy tại tỉnh Trà Vinh; Thẩm định hồ sơ khiếu nại của Công ty TNHH Motor Yamaha Việt Nam liên quan hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường trong lĩnh vực sản xuất, kinh doanh xe máy tại Việt Nam. Tuy nhiên, các sự việc nêu trên có tính chất tương đối phức tạp khi các chủ thể kinh doanh trên thị trường sử dụng những phương thức cạnh tranh mới, hiện đại, vượt ra khỏi ranh giới của các kỹ thuật, công cụ, biện pháp truyền thống để xác định thị trường liên quan, thu thập chứng cứ về hành vi phản cạnh tranh trên thị trường…, tạo khó khăn, thách thức nhất định cho cơ quan cạnh tranh trong việc xác định dấu hiệu hành vi vi phạm. Cục vẫn tiếp tục theo dõi, giám sát chặt chẽ hoạt động cạnh tranh trên các thị trường nêu trên nhằm kịp thời phát hiện, điều tra các hành vi vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh

Mặc dù số vụ việc HCCT được điều tra và xử lý còn khiêm tốn, nhưng xét trong bối cảnh các cơ quan cạnh tranh Việt Nam còn non trẻ với nguồn lực hạn chế và Luật Cạnh tranh được thực thi chưa đủ lâu để có thể đi sâu vào đời sống

xã hội thì kết quả thi hành nêu trên chính là sự khởi đầu cho thấy Luật Cạnh tranh đã chính thức đi vào cuộc sống và phát huy tác dụng.

Tuy nhiên, kết quả thực thi Luật cạnh tranh tại Việt Nam chưa đạt được hiệu quả như chính bản thân chúng ta mong muốn. Thực trạng đó xảy ra do nhiều nguyên nhân:

- Do bối cảnh kinh tế - xã hội của Việt Nam trong những năm qua, đặc biệt là khi Việt Nam hội nhập sâu, rộng hơn với nền kinh tế quốc tế đã có nhiều thay đổi. Đi cùng với sự hội nhập kinh tế là sự tham gia của các doanh nghiệp đa dạng về thành phần kinh tế, hành vi, phản ứng của doanh nghiệp trên thị trường cũng được thể hiện phong phú hơn.

- Đặc biệt, trong thời gian qua do các đặc thù riêng, thông lệ kinh doanh riêng của một số ngành, lĩnh vực như tài chính ngân hàng, bảo hiểm, viễn thông… các cơ quan chức năng đã quy định thêm nhiều nội dung điều chỉnh hoạt động cạnh tranh của các doanh nghiệp trong ngành. Chính vì vậy, để tránh chồng chéo, mâu thuẫn và đảm bảo sự hài hòa giữa mục tiêu phát triển ngành và mục tiêu tạo lập, duy trì và thúc đẩy môi trường cạnh tranh hiệu quả đòi hỏi cần có các điều chỉnh liên tục và kịp thời trong pháp luật cạnh tranh.

- Thêm vào đó, kinh nghiệm quốc tế cho thấy việc thiết kế thể chế thực thi pháp luật cạnh tranh là một yếu tố sống còn cho hoạt động triển khai thực thi. Trên thế giới có nhiều mô hình cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh khác nhau với cấp độ hành chính khác nhau, với nhiều chức năng nhiệm vụ tuy có nhiều điểm tương đồng nhưng cũng tương đối khác nhau. Trên thực tế, hiệu quả thực thi pháp luật cạnh tranh cao hay thấp phụ thuộc rất lớn vào việc lựa chọn một mô hình phù hợp với điều kiện thực tế cũng như nhu cầu quản lý của từng quốc gia. Tuy nhiên, thực tiễn hoạt động quản lý cạnh tranh của Việt Nam đã cho thấy mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh đang tồn tại nhiều bất cập liên quan đến chức năng, nhiệm vụ, quyền lực của các cơ quan này cũng như những cơ chế tạo điều kiện cho hoạt động thực thi hiệu quả. Vì vậy, hiện nay Bộ Công thương – Việt Nam đang trình Chính phủ và các cơ quan có thẩm quyền về Nghị định cơ cấu tổ chức, chức năng nhiệm vụ của Ủy Ban Cạnh tranh Quốc gia (tương đương cấp Tổng cục) nhằm tăng cường năng lực thực thi trong tương lai, phù hợp với bối cảnh kinh tế - xã hội cũng như kinh nghiệm thực tiễn của nhiều nước trên thế giới.

Do vậy, việc nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung hệ thống pháp luật về cạnh tranh, cũng như việc nghiên cứu, kiện toàn mô hình hệ thống, chức năng, nhiệm vụ, nâng cao năng lực các cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh cũng là một yêu cầu mang tính liên tục và cấp thiết. Kinh nghiệm điều tra và xử lý các vụ việc cạnh tranh của các quốc gia trên thế giới nói chung, đặc biệt là những nước đã trải qua

nhiều lần bổ sung, sửa đổi cho phù hợp với thực tiễn và đồng bộ với sự phát triển kinh tế, xã hội sẽ là những bài học quý báu cho Việt Nam, là cơ sở căn bản để Việt Nam hoàn thiện hệ thống pháp luật và chính sách cạnh tranh, và cơ chế thực thi của mình để đạt được hiệu quả cao nhất.

Như đã trình bày ở trên, ở các quốc gia có bề dày kinh nghiệm thực thi pháp luật cạnh tranh đều có các tài liệu nghiên cứu, hướng dẫn liên quan tới việc quy định các hành vi hạn chế cạnh tranh và đánh giá tác động, khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể đối với các vụ việc hạn chế cạnh tranh.

Tuy nhiên, ở Việt Nam chưa có một nghiên cứu mang tính tổng thể và bao quát về đề tài đánh giá tác động HCCT đáng kể. Thực tế trong quá trình thực thi Luật cạnh tranh cũ 2004, cũng đã có các hướng dẫn về quy định hành vi hay một số nghiên cứu ở một góc độ nào đó nhưng chưa mang tính tổng thể. Điều này được lý giải bởi các quy định, nguyên tắc về đánh giá tác động HCCT một cách đáng kể đã không được quy định để áp dụng trong điều tra và xử lý hành vi thỏa thuận HCCT trong luật cũ mà mới chỉ lần đầu được quy định tại Luật cạnh tranh 2018 (có hiệu lực chính thức từ ngày 01 tháng 7 năm 2019).

Trong số các vi phạm trong lĩnh vực cạnh tranh, vi phạm về thỏa thuận HCCT được coi là nguy hại nhất, vi phạm nghiêm trọng quy tắc cạnh tranh trên thị trường, đồng thời ảnh hưởng tiêu cực đến quyền và lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng. Bởi vậy, ở nhiều quốc gia, một số thỏa thuận HCCT nghiêm trọng (ấn định giá, phân chia thị trường, hạn chế sản lượng và thông đồng đấu thầu) không những bị coi là một tội hình sự, mà thậm chí gần đây còn có xu hướng được xiết chặt và gia tăng về mức độ xử lý hình sự. Tại Việt Nam, Bộ luật Hình sự năm 2015 đã bổ sung tội vi phạm quy định về cạnh tranh để xử lý đối với các cá nhân, tổ chức tham gia vào các thỏa thuận HCCT (Điều 217. Tội vi phạm quy định về cạnh tranh). Mặc dù vậy, chỉ riêng hình phạt nghiêm khắc vẫn chưa đủ đảm bảo kiểm soát hiệu quả đối với hành vi thỏa thuận HCCT, mà thậm chí còn có "tác dụng ngược", khiến cho các bên tham gia thỏa thuận càng có xu hướng che giấu kỹ hơn hành vi vi phạm nhằm tránh bị xử phạt nặng. Điều này gây khó khăn cho cơ quan cạnh tranh trong việc phát hiện, điều tra và xử lý các thỏa thuận HCCT. Kinh nghiệm quốc tế cho thấy một quy trình đánh giá vụ việc tổng thể, quy định chi tiết về hành vi phải được kết hợp cùng với quy định, hướng dẫn đánh giá tác động của hành vi mới có thể phát huy tác dụng và hiệu quả tốt nhất và càng trở thành yêu cầu cấp thiết để đạt được hiệu quả thực thi quy định kiểm soát hành vi thỏa thuận HCCT.

Hơn thế nữa, trong điều kiện hội nhập, việc xây dựng các quy định, hướng dẫn về hành vi, đánh giá tác động đáng kể của hành vi cũng chính là tiền đề thúc

đẩy mối quan hệ hợp tác quốc tế với các nước trong khu vực và trên thế giới và tăng cường mối quan hệ hợp tác với chúng ta nhằm trao đổi, chia sẻ kinh nghiệm, thông tin, từ đó tạo tiền đề trong hợp tác, phối hợp để điều tra các vụ việc thỏa thuận HCCT xuyên biên giới.

Mặc dù Điều 11 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP ngày 24 tháng 3 năm 2020 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Cạnh tranh quy định nội dung đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thoả thuận hạn chế cạnh tranh trên cơ sở các yếu tố quy định tại Điều 13 Luật Cạnh tranh 2018 nhưng còn nhiều nội dung cần được hướng dẫn cụ thể hơn, cụ thể:

(i) Về mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận

Việc hướng dẫn xem xét đánh giá về diễn biến, xu hướng thay đổi mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận được đánh giá trong tương quan với các doanh nghiệp khác là đối thủ cạnh tranh không tham gia thỏa thuận được thực hiện như thế nào, trong thời gian bao lâu.

(ii) Về rào cản gia nhập, mở rộng thị trường

Điều 8 Nghị định số 35/2020/NĐ-CP quy định rào cản gia nhập, mở rộng thị trường bao gồm:

- Rào cản pháp lý tạo ra bởi các quy định của pháp luật, chính sách của nhà nước bao gồm các quy định về thuế nhập khẩu và hạn ngạnh nhập khẩu; quy chuẩn kỹ thuật; các điều kiện, thủ tục để sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; quy định về sử dụng hàng hóa, dịch vụ; tiêu chuẩn nghề nghiệp và các quyết định hành chính khác của các cơ quan quản lý nhà nước.

- Rào cản tài chính bao gồm chi phí đầu tư sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ, khả năng tiếp cận nguồn vốn, tín dụng và các nguồn tài chính khác của doanh nghiệp.

- Chi phí ban đầu khi gia nhập thị trường mà doanh nghiệp không thể thu hồi khi rút khỏi thị trường.

- Rào cản đối với việc tiếp cận, nắm giữ nguồn cung, cơ sở hạ tầng thiết yếu để sản xuất, kinh doanh; mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ trên thị trường.

- Tập quán tiêu dùng.

- Thông lệ, tập quán kinh doanh.

- Rào cản liên quan việc thực hiện quyền của tổ chức, cá nhân đối với tài sản trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở

hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng theo quy định của pháp luật về quyền sở hữu trí tuệ.

- Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường khác.

Cần hướng dẫn cụ thể hơn việc đánh giá từng loại rào cản gia nhập, mở rộng thị trường như rào cản pháp lý, rào cản tài chính…để xác định tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận.

(iii) Về hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ cần hướng dẫn thế nào là hạn chế nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ hoặc hạn chế năng lực công nghệ.

(iv) Về giảm khả năng tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu cần hướng dẫn thế nào là cơ sở hạ tầng thiết yếu và việc tiếp cận, nắm giữ cơ sở hạ tầng thiết yếu.

(v) Về tăng chi phí, thời gian của khách hàng trong việc mua hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp tham gia thỏa thuận hoặc khi chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ liên quan khác cần hướng dẫn việc tăng chi phí, thời gian của khách hàng với mức độ là bao nhiêu.

(vi) Về gây cản trở cạnh tranh trên thị trường thông qua kiểm soát các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan đến các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận cần hướng dẫn yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực liên quan là những yếu tố nào, ngành nào có yếu tố đặc thù.

2. Đề xuất xây dựng Hướng dẫn đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động HCCT đáng kể trong các vụ việc lạm dụng sức mạnh thị trường

2.1. Quy định kiểm hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường

Khoản 1 Điều 27 Luật Cạnh tranh 2018 quy định các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm. Đây là quy định cấm theo nguyên tắc hỗn hợp có sự đan xen giữa nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (perse rule) và nguyên tắc đánh giá tác động (rule of reasons). Cấu thành hành vi vi phạm khoản 1 Điều 27 Luật Cạnh tranh 2018 bao gồm hai yếu tố là yếu tố chủ thể và yếu tố hành vi. Tuy nhiên, trong yếu tố hành vi còn kèm theo hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả.

- Yếu tố chủ thể: Đòi hỏi doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường.

Để xác định doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thì bước đầu tiên cần làm là phải xác định thị trường liên quan, bao gồm thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Theo quy định tại Điều 24 Luật Cạnh tranh, việc xác định doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có

vị trí thống lĩnh thị trường dựa trên cơ sở thị phần trên thị trường liên quan hoặc sức mạnh thị trường đáng kể.

+ Tùy thuộc đặc điểm, tính chất của thị trường liên quan, thị phần của doanh nghiệp trên thị trường liên quan được xác định theo một trong các phương pháp quy định tại Điều 10 Luật Cạnh tranh 2018, theo đó, thị phần có thể được tính toán trên cơ sở doanh thu bán ra, doanh số mua vào, số đơn vị hàng hóa, dịch vụ bán ra hoặc mua vào. Thị phần kết hợp được xác định tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào hành vi hạn chế cạnh tranh.

+ Sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp được xác định trên cơ sở các yếu tố quy định tại Điều 26 Luật Cạnh tranh 2018, cụ thể: (i) Tương quan thị phần giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan; (ii) Sức mạnh tài chính, quy mô của doanh nghiệp; (iii) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường đối với doanh nghiệp khác; (iv) Khả năng nắm giữ, tiếp cận, kiểm soát thị trường phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ hoặc nguồn cung hàng hóa, dịch vụ; (v) Lợi thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật; (vi) Quyền sở hữu, nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng; (vii) Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ; (viii) Khả năng chuyển sang nguồn cung hoặc cầu đối với các hàng hóa, dịch vụ liên quan khác; (ix) Các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà doanh nghiệp đang hoạt động kinh doanh.

- *Yếu tố hành vi:* Đòi hỏi doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường phải thực hiện hành vi được quy định tại khoản 1 Điều 27 Luật Cạnh tranh 2018 với lưu ý về yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả cụ thể đã được quy định trong từng hành vi, cụ thể:

+ Trường hợp thực hiện hành vi "*bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ"* thì cần phải có yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả là "*dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến loại bỏ đối thủ cạnh tranh"* thì mới đủ yếu tố cấu thành hành vi vi phạm.

Trong một số trường hợp cụ thể doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường *bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ* nhưng không đủ yếu tố cấu thành vi phạm vì không có yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả, tức là không *dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến loại bỏ đối thủ cạnh tranh*. Cụ thể như trong trường hợp bán hạ giá bán hàng hóa tươi sống, hàng hóa sắp hết hạn sử dụng; hạ giá hàng tồn kho do chất lượng giảm, hết đát, hết mốt, lạc hậu về hình thức, không phù hợp với thị hiếu người tiêu dùng; hạ giá bán hàng hoá theo mùa vụ; hạ giá bán hàng hoá trong chương trình khuyến mại theo quy định của pháp luật; hạ giá bán hàng hoá trong trường hợp phá sản, giải

thể, chấm dứt hoạt động sản xuất, kinh doanh, thay đổi địa điểm, chuyển hướng sản xuất, kinh doanh.

+ Trường hợp thực hiện hành vi "*áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu*" thì cần phải có yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả là "*gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng".*

+ Trường hợp thực hiện hành vi "*hạn chế sản xuất, phân phối hàng hóa, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ*" thì cần phải có yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả là "*gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng*".

+ Trường hợp thực hiện hành vi "*áp dụng điều kiện thương mại khác nhau trong các giao dịch tương tự"* thì cần phải có yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả là "*dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ doanh nghiệp khác*".

+ Trường hợp thực hiện hành vi "*áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác trong ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc yêu cầu doanh nghiệp khác, khách hàng chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng*" thì cần phải có yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả là "*dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ doanh nghiệp khác*".

+ Trường hợp thực hiện hành vi "*ngăn cản việc tham gia hoặc mở rộng thị trường của doanh nghiệp khác*" thì cần phải có yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả là *doanh nghiệp khác bị ngăn cản tham gia hoặc mở rộng thị trường.*

+ Trường hợp thực hiện hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm theo quy định của luật khác sẽ căn cứ vào cấu thành cụ thể của hành vi bị cấm theo quy định của luật khác đó.

Khoản 2 Điều 27 Luật Cạnh tranh 2018 quy định các hành vi lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm. Tương tự trường hợp cấm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, đây là quy định cấm theo nguyên tắc hỗn hợp có sự đan xen giữa nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (perse rule) và nguyên tắc đánh giá tác động (rule of reasons). Vì vậy, cấu thành hành vi vi phạm khoản 2 Điều 27 Luật Cạnh tranh 2018 cũng bao gồm hai yếu tố là yếu tố chủ thể và yếu tố hành vi. Trong yếu tố hành vi còn kèm theo hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả.

- *Yếu tố chủ thể:* Đòi hỏi doanh nghiệp phải có vị trí độc quyền trên thị trường liên quan, tức là không có doanh nghiệp nào khác cung cấp các hàng hóa, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh trên thị trường liên quan.

- *Yếu tố hành vi:* Đòi hỏi doanh nghiệp có vị trí độc quyền phải thực hiện hành vi được quy định tại khoản 2 Điều 27 Luật Cạnh tranh 2018 với lưu ý về yếu tố hậu quả hoặc khả năng gây ra hậu quả cụ thể đã được quy định trong từng hành vi giống như trường hợp doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường.

2.2. Đề xuất xây dựng hướng dẫn

Hiện nay, với những quốc gia đã được đề cập trong phần nghiên cứu này, đa số đều không có hoặc có ít những nội dung hướng dẫn về xác định Tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể đối với Hành vi Lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền. Tuy nhiên, đây không phải là thiếu sót của pháp luật Cạnh tranh các nước này, mà bản thân việc thêm một hướng dẫn xác định Tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể đối với hành vi Lạm dụng vị trí thống lĩnh, đôc quyền dường như là một điều không cần thiết, bởi vì:

Thứ nhất, xuất phát từ sự suy luận đơn giản rằng, với một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hay vị trí độc quyền trên thị trường, mọi hành vi gây ra tác động xấu đến cạnh tranh trên thị trường liên quan đó đều sẽ để lại những ảnh hưởng vô cùng to lớn, vì thế cá nhân tác giả cho rằng, với những doanh nghiệp đủ lớn thì mọi hành vi gây ảnh hướng xấu tới cạnh tranh đều được coi là có tác động đáng kể.

Thứ hai, bản thân việc xác định các yếu tố cấu thành sức mạnh thị trường cũng như xác định vị trí thống lĩnh (như Thị phần; Rào cản gia nhập, mở rộng; thời gian duy trì vị trí; …) đã đều nhằm xác định được các tác động của các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, độc quyền nếu doanh nghiệp đó có hành vi gây nên tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường.

Thứ ba, hầu hết các quốc gia đều không cấm việc doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường, cái mà tất cả đều quan tâm đó là việc doanh nghiệp đó có hành vi Lạm dụng vị trí đó nhằm trục lợi bất chính từ đó ảnh hưởng tới cạnh tranh hay không. Một khi doanh nghiệp đã có những hành vi này thì hậu quả để lại cho cạnh tranh là rất lơn, nên các quốc gia trên thế giới thường tập trung vào việc ngăn chặn những hành vi này hơn là việc đánh giá và xử lý khi nó đã xảy ra.

Tham khảo kinh nghiệm của một số quốc gia trên thế giới về xác định vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp, có thể nhận thấy:

Thứ nhất, có thể có nhiều thuật ngữ khác nhau được sử dụng để chỉ vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp, chẳng hạn như sức mạnh thị trường đáng kể (Úc, Singapore), sức mạnh độc quyền (Hoa Kỳ) hay vị trí thống lĩnh, tuy nhiên, nội hàm của các thuật ngữ này đều giống nhau, cùng chỉ khả năng kiểm soát giá và loại bỏ cạnh tranh của doanh nghiệp. Việc xác định thị trường liên quan và sức

mạnh thị trường là tương đối đồng nhất đối với các nhóm hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, độc quyền và tập trung kinh tế.

Thứ hai, các quốc gia đều coi thị phần chỉ là một trong nhiều yếu tố để xác định sức mạnh thị trường của doanh nghiệp. Ngoài thị phần, các quốc gia còn sử dụng nhiều tiêu chí đánh giá khác, đặc biệt, không chỉ nhắm tới vị trí thị trường của doanh nghiệp ở trạng thái tĩnh tại một thời điểm cụ thể, mà còn đặt trong mối tương quan, so sánh với các đối thủ cạnh tranh khác trên thị trường và xem xét sự biến động trong một khoảng thời gian nhất định.

Thứ ba, ngưỡng thị phần giả định về vị trí thống lĩnh có thể được quy định trong Luật Cạnh tranh hoặc được nêu ra trong các hướng dẫn chi tiết thi hành (chẳng hạn Singapore). Ở một số quốc gia, Luật hay các hướng dẫn thực thi đều không quy định về ngưỡng thị phần giả định về vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp (chẳng hạn, Hoa Kỳ, Úc, Nhật Bản), thay vào đó, vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp được xác định tùy thuộc vào các dữ kiện trong từng vụ việc cụ thể. Tuy nhiên, thực tiễn thi hành các quy định về kiểm soát các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp cũng cho thấy một doanh nghiệp thường có sức mạnh thị trường đáng kể khi có thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan. Mặc dù vậy, các ngưỡng thị phần được quy định chỉ là ngưỡng để giả định về vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp, không phải là quy định cứng và giả định đó hoàn toàn có thể bị bác bỏ nếu doanh nghiệp có thể chứng minh điều ngược lại (chẳng hạn, rào cản gia nhập thị trường thấp hoặc hầu như không có…).

Thứ tư, một số nghiên cứu của ICN đã chỉ ra rằng, thị phần của doanh nghiệp không chỉ được tính toán dựa trên doanh thu bán ra hoặc doanh số mua vào đối với một hàng hóa, dịch vụ nhất định, mà còn có thể được tính toán căn cứ vào số lượng, khối lượng tiêu thụ hoặc mua vào đối với hàng hóa, dịch vụ đó, năng lực sản xuất dư thừa hay lượng dự trữ của doanh nghiệp.

Như đã trình bày ở trên, hầu hết các quốc gia khác được đề cập trong nghiên cứu đều không có một hướng dẫn cụ thể đối với việc đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của hành vi Lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền, mà chủ yếu tập trung vào việc đánh giá Sức manhj thị trường và xác định Vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp. Về những vấn đề này, Luật cạnh tranh Việt Nam mới năm 2018 trên tinh thần học hỏi và tiếp thu kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới đã làm tốt và bắt kịp với xu thế bằng cách quy định cụ thể và chi tiết cách xác định Sức mạnh thị trường đáng kể (tại Điều 26 và cụ thể tại Chương IV của Nghị định 35/2020/NĐ-CP) bào gồm các yếu tố:

- Tương quan thị phần giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan;

- Sức mạnh tài chính, quy mô của doanh nghiệp;

- Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường đối với doanh nghiệp khác;

- Khả năng nắm giữ, tiếp cận, kiểm soát thị trường phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ hoặc nguồn cung hàng hóa, dịch vụ;

- Lợi thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật;

- Quyền sở hữu, nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng;

- Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ;

- Khả năng chuyển sang nguồn cung hoặc cầu đối với các hàng hóa, dịch vụ liên quan khác;

- Các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà doanh nghiệp đang hoạt động kinh doanh.

Đồng thời, Luật cạnh tranh 2018 Việt Nam cũng đã làm tốt trong việc xác định vị trí thống lĩnh của một doanh nghiệp bằng cách không chỉ dựa hoàn toàn vào yếu tố thị phần mà còn dựa cả vào yếu tố Sức mạnh thị trường, ngoài ra Luật cạnh tranh cũng thêm nội dung quy định về Nhóm các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh (cụ thể tại Điều 24 Luật cạnh tranh 2018)

Tuy nhiên, đó là về mặt quy định của pháp luật có thể thấy Việt Nam đã làm tốt và bắt kịp với xu thế toàn cầu. Nhưng ngoài ra, để thực thi được tốt theo pháp luật thì dựa trên việc học hỏi kinh nghiệm các quốc gia trên thế giới, có thể thấy được những quy định nhằm nâng cao năng lực thực thi được Luật Cạnh tranh một cách hiệu quả đã được các nước này thực hiện đó là:

- Quy định chặt chẽ về mô hình tổ chức của Cơ quan Cạnh tranh, nhằm tăng tính độc lập và hiệu quả trong quá trình thực thi Luật Cạnh tranh,

- Nâng cao tính tự chủ trong việc tuyển chọn nhân sự cũng như tính độc lập trong các hoạt động của cơ quan,

- Tăng cường các chính sách về tiền lương cũng như chủ động tài chính trong cơ quan nhằm tăng tính hiệu quả của hoạt động.

Từ những kinh nghiệm của các quốc gia trong cùng khu vực, có thể rút ra được những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam như:

Thứ nhất, cải cách về mô hình của cơ quan Cạnh tranh, cụ thể bởi các lý do như:

- Về mặt luật pháp, chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của cơ quan quản lý cạnh tranh được quy định độc lập, tuy nhiên, chính cơ cấu trực thuộc Bộ Công Thương đã khiến cho cơ quan cạnh trên thực tế khó độc lập để thực hiện chức năng một cách hiệu quả. Đây chính là tình trạng "vừa đá bóng, vừa thổi còi",

nghĩa là cơ quan chủ quản lại phán xét chính những doanh nghiệp mà mình chịu trách nhiệm quản lý. Điều đó khó có thể đảm bảo tính khách quan. Đặc biệt khi các doanh nghiệp chịu sự quản lý này sản xuất, kinh doanh các mặt hàng thiết yếu (như điện, nước, xăng dầu,…) thì việc không đảm bảo tính độc lập, khách quan trong thực hiện chức năng quản lý nhà nước về cạnh tranh sẽ có ảnh hưởng lớn đến đời sống của người dân.Trong khi đó,quy định củaNghị định 95/2012/NĐ-CPngày12/11/2012 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chứccủa BộCông Thương đã làm giảm, hạn chế quyền lực và ảnh hưởng của cơ quan cạnh tranh đối với các doanh nghiệp trực thuộc Bộ Công Thương.

- Cơ quan quản lý cạnh tranh trực thuộc Bộ sẽ không đảm bảo được tính tự chủ trong việc quản lý ngân sách hoạt động, tuyển chọn, bổ nhiệm cũng như đào tạo nhân sự bảo đảm cho cơ quan quản lý cạnh tranh có thực quyền cao hơn đáp ứng đòi hỏi ngày càng cao của hội nhập kinh tế quốc tế, khi mà số vụ kiện về các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh tăng lên một cách đáng kể.

- Một lý do khác khá quan trọng chúng ta không thể bỏ qua khi cân nhắc việc hiện tại cơ quan quản lý cạnh tranh trực thuộc Bộ Công Thương là tầm quan trọng đặc biệt và tính đa nghành cao của Luật Cạnh tranh. Thậm chí, trên thực tế, Luật Cạnh tranh thường xuyên được đề cập tới như một luật khung, hoặc nguyên tắc cơ bản phục vụ xây dựng các quy định chuyên ngành trong nền kinh tế thị trường hiện đại. Sự phối hợp nhịp nhàng, chặt chẽ với các cơ quan chuyên ngành, do đó, là một nhân tố cốt yếu quyết định sự thành công, tính hiệu quả của Luật nhằm đảm bảo và thúc đẩy môi trường cạnh tranh lành mạnh và công bằng trong toàn bộ nền kinh tế.

Trong một báo cáo khảo sát, phỏng vấn chuyên gia có ý kiến đóng góp về mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh, có khoảng 85% chuyên gia đồng ý với quan điểm cho rằng mô hình Cục Quản lý cạnh tranh trực thuộc Bộ Công Thương như hiện nay không phù hợp, do Bộ Công Thương là Bộ chủ quản của rất nhiều doanh nghiệp, tập đoàn nhà nước lớn, mà các doanh nghiệp này lại thuộc đốitượng điều chỉnh của Luật Cạnh tranh.

Thứ hai, về vấn đề nguồn nhân lực của các cơ quan cạnh tranh tại Việt Nam cũng đang là một hạn chế. Việc hạn chế về nguồn nhân lực một phần xuất phát từ việc các cơ quan cạnh tranh không được chủ động, tự chủ trong việc tuyển dụng và sử dụng nguồn nhân lực của mình.

Để Luật cạnh tranh đi vào cuộc sống và phát huy tác dụng, điều quan trọng là phải xây dựng được một đội ngũ cán bộ chuyên nghiệp bảo đảm thực thi có hiệu quả các quy định của Luật này. Đội ngũ cán bộ phải có khả năng làm việc độc lập, năng động để có thể giải quyết tốt các khâu trong quá trình điều tra xử lý

các hành vi vi phạm Luật cạnh tranh kể từ khâu tiếp nhận thông tin đến tổ chức điều tra, xử lý, giám sát, thực hiện các thủ tục giải quyết miễn trừ, giải quyết khiếu nại… Các công việc đó rất phức tạp, quy mô lớn, liên quan đến nhiều Bộ/Ngành và các doanh nghiệp. Hơn nữa, quy trình xử lý công việc cũng như tính chất của vụ việc gắn kết rất nhiều, chặt chẽ với lĩnh vực kinh tế, tài chính, đầu tư, lao động... Điều này, đòi hỏi phải có một đội ngũ cán bộ có trình độ cao, có kiến thức chuyên môn sâu mới có thể thực hiện được.

Thứ ba, về kinh phí hoạt động. Một trong những khó khăn Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng hiện đang phải đối mặt là không đủ cơ sở pháp lý để sử dụng kinh phí phục vụ cho công tác chuyên môn, hoàn thành nhiệm vụ chính trị được giao. Khó khăn này do cơ quan mới, chức năng, nhiệm vụ mới và đặc biệt là tính chất lưỡng tính của cơ quan quản lý cạnh tranh nên các quy định hiện hành quản lý kinh phí hành chính sự nghiệp là không phù hợp, thậm chí là bất cập, khó thực hiện trong thực tế.

Để tiến hành điều tra một vụ việc cạnh tranh, các điều tra viên cạnh tranh phải tiến hành các nghiệp vụ điều tra như: thu thập thông tin, xác minh chứng cứ, bảo vệ chứng cứ, lấy lời khai… Theo kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới, để thu thập và xác minh các chứng cứ về hành vi vi phạm, các điều tra viên phải thực hiện kiểm tra tại chỗ. Để việc kiểm tra tại chỗ có hiệu quả, chúng ta phải có nhiều điều tra viên kiểm tra địa điểm của tất cả đối tượng bị nghi ngờ vi phạm cùng lúc, vì thế, điều này cần một khoản nhất định dành cho chi phí đi lại, gửi bưu điện và những chi phí khác. Thêm vào đó, để điều tra có hiệu quả, chúng ta phải thực hiện nhiều cuộc phỏng vấn với đối tượng bị nghi ngờ vi phạm, bên đối tác thương mại... không chỉ tại cơ quan của Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng mà còn tại địa điểm của họ. Do đó, có thể nói rằng việc điều tra chủ động cần tốn kinh phí.

3. Đề xuất xây dựng đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của việc tập trung kinh tế

3.1. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của giao dịch tập trung kinh tế theo chiều ngang

Tập trung kinh tế theo chiều ngang là việc tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan.

TTKT theo chiều ngang có thể gây những tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan như sau:

(i) Làm gia tăng sức mạnh thị trường, từ đó tạo ra hoặc củng cố vị trí thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp liên kết tham gia TTKT,

dẫn đến việc doanh nghiệp sau tập trung kinh tế có khả năng tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu hoặc loại bỏ, ngăn cản các doanh nghiệp khác gia nhập và mở rộng thị trường;

(ii) Thay đổi cấu trúc, môi trường cạnh tranh trên thị trường liên quan theo cách tạo ra những điều kiện để các doanh nghiệp trên thị trường phối hợp để tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu hoặc loại bỏ, ngăn cản các doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường.

Xác định nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế

Tập trung kinh tế theo chiều ngang làm gia tăng mức thị phần của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan và mang lại những lợi thế cạnh tranh cho doanh nghiệp tham gia TTKT trên thị trường liên quan, từ đó dẫn đến nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau TTKT.

Lợi thế cạnh tranh trên thị trường liên quan được xem xét tổng thể dựa trên các ưu thế về đặc tính sản phẩm, chuỗi sản xuất, phân phối, năng lực tài chính, thương hiệu, công nghệ, quyền sở hữu trí tuệ và các ưu thế khác của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trong quan hệ với đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan, dẫn tới nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp hình thành sau tập trung kinh tế. Việc gia tăng sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế sẽ tạo ra doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường (*Doanh nghiệp trước không có vị trí thống lĩnh thị trường nhưng sau tập trung kinh tế có vị trí thống lĩnh*) hoặc củng cố vị trí thống lĩnh thị trường (*Doanh nghiệp trước đã có vị trí thống lĩnh thị trường, sau tập trung kinh tế vị trí này được củng cố*).

Doanh nghiệp sau tập trung kinh tế có sức mạnh thị trường đáng kể khi (i) có khả năng tăng giá đáng kể trong một khoảng thời gian dài; (ii) có thể hạ thấp chất lượng sản phẩm của mình mặc dù không giảm giá; (iii) có thể giảm sự đa dạng của sản phẩm, giảm tiêu chuẩn dịch vụ khách hàng, hoặc làm thay đổi bất kỳ yếu tố cạnh tranh nào trên thị trường liên quan.

Xác định khả năng phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan

Việc TTKT theo chiều ngang có thể dẫn đến khả năng thay đổi cấu trúc, tính chất cạnh tranh trên thị trường theo hướng tạo cơ hội cho việc phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế với các doanh nghiệp khác trên thị trường liên quan trở nên dễ dàng hơn.

Việc phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan phụ thuộc vào các điều kiện như sau:

Mức độ tập trung trên thị trường liên quan sau giao dịch tập trung kinh tế càng cao do giảm số lượng doanh nghiệp trên thị trường thì khả năng xảy ra thỏa thuận, thông đồng càng lớn. Số lượng doanh nghiệp trên thị trường ít đi dẫn đến việc gia tăng nguy cơ phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế với các doanh nghiệp khác trên thị trường liên quan.

Môi trường cạnh tranh càng ít phức tạp (*ví dụ việc phối hợp, thông đồng sẽ diễn ra dễ dàng hơn trên một thị trường liên quan có ít đối thủ cạnh tranh; thỏa thuận đối với một mức giá cho một sản phẩm đồng nhất, đơn lẻ cũng dễ dàng hơn so với hàng trăm mức giá trên thị trường có nhiều sản phẩm khác nhau*) và càng ổn định (*ví dụ thoả thuận về giá khi các điều kiện cung và cầu tương đối ổn định sẽ dễ dàng hơn so với khi các điều kiện này liên tục thay đổi*) thì các doanh nghiệp càng dễ đạt được sự hiểu biết chung về các nội dung của thoả thuận, từ đó gia tăng nguy cơ phối hợp, thông đồng giữa các đối thủ cạnh tranh.

Nguy cơ phối hợp, thông đồng cũng có nhiều khả năng diễn ra trong những thị trường mà các thông tin kinh doanh của các đối thủ cạnh tranh được chia sẻ, trao đổi công khai thông qua các hiệp hội thương mại hoặc việc tham gia vào các liên doanh.

UBCTQG sẽ xem xét tất cả các thông tin liên quan sẵn có về đặc điểm của các thị trường liên quan, bao gồm cả đặc điểm cấu trúc và hành vi cạnh tranh trong quá khứ của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan. Bằng chứng về việc các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế đã có những thỏa thuận trong quá khứ có ý nghĩa quan trọng khi đánh giá nguy cơ phối hợp, thông đồng sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan.

Xác định khả năng doanh nghiệp tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu sau tập trung kinh tế

Khả năng doanh nghiệp tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu sau TTKT sẽ được UBCTQG đánh giá dựa trên một hoặc một số yếu tố như sau:

a) Thay đổi dự kiến về cầu trước khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan

Thay đổi dự kiến về cầu trước khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá hoặc thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan phụ thuộc vào:

(i) Khả năng người mua có thể chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ từ các doanh nghiệp khác trên thị trường với chi phí và thời gian hợp lý khi doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan;

(ii) Vị thế đàm phán của người mua đối với người bán. Người mua có vị thế đàm phán mạnh trong trường hợp họ mua hàng hóa, dịch vụ với số lượng lớn, hoặc có sức mạnh tài chính và quy mô lớn;

(iii) Khả năng người mua có thể nhập khẩu khi doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan.

Mặt khác, người mua ít có khả năng phản ứng khi doanh nghiệp sau TTKT tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan nếu họ gặp khó khăn trong việc chuyển sang các bên bán khác do có ít bên bán thay thế trên thị trường liên quan hoặc do chi phí chuyển đổi đáng kể sang các bên bán khác là đáng kể.

b) Thay đổi dự kiến về cung của các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan trước khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ.

Doanh nghiệp sau TTKT có khả năng, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ, nếu

(i) các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh không có đủ năng lực để gia tăng số đơn vị hàng hóa, dịch vụ cung ứng ra thị trường liên quan mà không làm tăng giá bán hoặc;

(ii) các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh nhận thấy việc gia tăng số đơn vị hàng hóa, dịch vụ cung ứng ra thị trường liên quan là không hợp lý về mặt kinh tế.

Ví dụ, việc gia tăng số đơn vị hàng hóa, dịch vụ cung ứng ra thị trường liên quan là hợp lý về mặt kinh tế tế khi các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh chưa sản xuất hết công suất thiết kế, hoặc về mặt kỹ thuật có thể dễ dàng lắp đặt thêm dây chuyền sản xuất mà không phát sinh chi phí đáng kể, hoặc các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh có tiềm lực tài chính mạnh.

Ngược lại, nếu các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh có đủ năng lực và có lợi nhuận khi gia tăng số lượng đơn vị hàng hoá, dịch cung ứng ra thị trường liên quan khi các doanh nghiệp tham gia TTKT tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ thì việc TTKT ít có khả năng dẫn đến việc

tăng giá hoặc tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế.

c) Yếu tố khác: Rào cản gia nhập và mở rộng thị trường

Nếu việc gia nhập thị trường là dễ dàng và các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh tiềm năng nhận thấy cơ hội gia nhập thị trường khi doanh nghiệp sau TTKT tăng giá hoặc giảm sản lượng sản xuất, doanh nghiệp sau TTKT ít có khả năng tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường liên quan. Để hạn chế khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu, việc gia nhập thị trường của các đối thủ cạnh mới cần kịp thời, khả thi, và có quy mô đủ lớn cụ thể như sau:

(i) Tính kịp thời: Thời gian để các đối thủ cạnh tranh mới gia nhập thị trường phụ thuộc vào tính chất cạnh tranh của thị trường liên quan và năng lực của các đối thủ cạnh tranh tiềm năng. Thông thường, việc gia nhập thị trường sẽ được coi là kịp thời nếu các đối thủ cạnh tranh mới có khả năng gia nhập thị trường trong 2 năm kể từ khi doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ.

(ii) Tính khả thi: Tính khả thi của việc gia nhập thị trường phụ thuộc vào hiệu quả kinh tế khi gia nhập thị trường, tiềm năng phát triển của thị trường và phản ứng của các đối thủ cạnh tranh hiện tại trên thị trường liên quan. Ví dụ việc gia nhập thị trường sẽ trở nên khó khăn hơn đối với những ngành đòi hỏi lợi thế kinh tế theo quy mô, hoặc nếu những đối thủ hiện tại trên thị trường liên quan bảo vệ thị phần của mình bằng cách ký những hợp đồng dài hạn với người mua hoặc giảm giá mục tiêu đối với những khách hàng mà những đối thủ cạnh tranh mới đang hướng tới. Việc gia nhập thị trường cũng khó khăn hơn đối với những ngành có chi phí ban đầu khi gia nhập thị trường mà doanh nghiệp không thể thu hồi khi rút khỏi thị trường cao.

(iii) Quy mô đủ lớn: Quy mô gia nhập thị trường cần phải đủ lớn để ngăn cản doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ. Năng lực sản xuất của đối thủ cạnh tranh tiềm năng cần phải đủ lớn để để ngăn cản doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá, thay đổi sản lượng hoặc điều kiện giao dịch của hàng hóa, dịch vụ. Việc gia nhập thị trường với quy mô nhỏ, nhắm tới thị trường ngách không được coi là đủ lớn.

Các loại rào cản gia nhập, mở rộng thị trường bao gồm:

- *Rào cản pháp lý* tạo ra bởi các quy định của pháp luật, chính sách của nhà nước bao gồm các quy định về thuế nhập khẩu và hạn ngạnh nhập khẩu; quy chuẩn kỹ thuật; các điều kiện, thủ tục để sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; quy

định về sử dụng hàng hóa, dịch vụ; tiêu chuẩn nghề nghiệp và các quyết định hành chính khác của các cơ quan quản lý nhà nước.

- *Rào cản tài chính* bao gồm chi phí đầu tư sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ, khả năng tiếp cận nguồn vốn, tín dụng và các nguồn tài chính khác của doanh nghiệp. Hiệu ứng kinh tế theo quy mô hoặc hiệu ứng mạng lưới có thể khiên cho việc gia nhập thị trường trở nên khó khăn hơn do để có lợi nhuận đối thủ cạnh tranh mới gia nhập thị trường cần phải chiếm lĩnh được thị phần tương đối lớn.

- *Chi phí ban đầu khi gia nhập thị trường* mà doanh nghiệp không thể thu hồi khi rút khỏi thị trường. Việc gia nhập thị trường có nhiều khả năng xảy ra trong trường hợp các đối thủ cạnh tranh tiềm năng đã sở hữu các cơ sở sản xuất có thể được sử dụng để sản xuất sản phẩm liên quan, do đó làm giảm chi phí gia nhập thị trường.

- *Rào cản đối với việc tiếp cận, nắm giữ nguồn cung*, cơ sở hạ tầng thiết yếu để sản xuất, kinh doanh; mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ trên thị trường.

- *Tập quán tiêu dung:* Ví dụ như thói quen mua hàng của người tiêu dùng, mức độ trung thành đối với các nhãn hiệu hiện có trên thị trường liên quan, chi phí để người tiêu dùng chuyển sang người bán khác trên thị trường liên quan trong ngắn hạn và trung hạn. Tập quán tiêu dùng còn phụ thuộc vào mục đích cụ thể của hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng (hàng hóa dịch vụ phục vụ nhu cầu thiết yếu hay không thiết yếu).

- *Thông lệ, tập quán kinh doanh*: Ví dụ, một số sản phẩm được cung cấp theo những hợp đồng dài hạn.

- *Rào cản liên quan việc thực hiện quyền của tổ chức, cá nhân đối với trí* tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng theo quy định của pháp luật về quyền sở hữu trí tuệ.

Xác định khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường

Tập trung kinh tế theo chiều ngang có thể mang đến các lợi thế cạnh tranh trên thị trường liên quan cho các doanh nghiệp tham gia, dẫn đến việc doanh nghiệp sau TTKT có khả năng loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường.

Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường được đánh giá dựa trên một hoặc một số yếu tố sau:

a) Mức độ kiểm soát yếu tố đầu vào cho sản xuất, kinh doanh trước và sau tập trung kinh tế

Việc doanh nghiệp sau TTKT kiểm soát các yếu tố đầu vào cho sản xuất, kinh doanh có thể làm cho việc mở rộng hoặc gia nhập của các công ty đối thủ cạnh tranh tốn kém hơn. Tương tự như vậy, việc doanh nghiệp sau TTKT có quyền sở hữu bằng sáng chế hoặc các loại tài sản trí tuệ khác (ví dụ: nhãn hiệu) cũng có thể ngăn cản việc gia nhập thị trường của các đối thủ cạnh tranh tiềm năng.

b) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường

Nếu việc gia nhập thị trường là dễ dàng, doanh nghiệp sau tập trung kinh tế ít có khả năng loại bỏ hoặc ngăn chặn doanh nghiệp khác gia nhập và mở rộng thị trường. Để hạn chế khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn chặn doanh nghiệp khác gia nhập và mở rộng thị trường, việc gia nhập thị trường của các đối thủ cạnh tiềm năng cần kịp thời, khả thi, và có quy mô đủ lớn theo như phân tích tại phần trên.

Ngoài ra, tập trung kinh tế theo chiều ngang có khả năng làm tăng một số rào cản gia nhập thị trường bao gồm:

- Rào cản tài chính bao gồm chi phí đầu tư sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ, khả năng tiếp cận nguồn vốn, tín dụng và các nguồn tài chính khác của doanh nghiệp;

- Chi phí ban đầu khi gia nhập thị trường mà doanh nghiệp không thể thu hồi khi rút khỏi thị trường;

- Rào cản đối với việc tiếp cận, nắm giữ nguồn cung, cơ sở hạ tầng thiết yếu để sản xuất, kinh doanh; mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ trên thị trường.

- Rào cản liên quan việc thực hiện quyền của tổ chức, cá nhân đối với trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng theo quy định của pháp luật về quyền sở hữu trí tuệ.

Nếu TTKT dẫn đến việc gia tăng rào cản gia nhập, mở rộng thị trường của các đối thủ cạnh tranh hiện tại và tiềm năng, việc TTKT có nhiều khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường liên quan.

3.2. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của giao dịch tập trung kinh tế theo chiều dọc

Tập trung kinh tế theo chiều dọc là việc tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau. Tập trung kinh tế theo chiều dọc có thể diễn ra giữa các doanh nghiệp sản xuất và doanh nghiệp phân phối hoặc doanh nghiệp cung cấp nguyên liệu đầu vào và doanh nghiệp sản xuất.

Tập trung kinh tế theo chiều dọc có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường liên quan thông qua việc:

(i) Làm tăng khả năng loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường bằng cách cản trở các đối thủ cạnh tranh hiện tại hoặc tiềm năng tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào hoặc khách hàng từ đó làm suy giảm khả năng cạnh tranh của các doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh. Kết quả là doanh nghiệp sau tập trung kinh tế có khả năng tăng giá và tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu;

(ii) Làm thay đổi môi trường cạnh tranh trên thị trường liên quan theo cách làm gia tăng phối hợp, thông đồng giữa các doanh nghiệp ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau trên thị trường liên quan.

Xác định nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp.

Tập trung kinh tế theo chiều dọc có thể mang lại cho các doanh nghiệp tham gia những lợi thế cạnh tranh nhất định trên thị trường liên quan. Lợi thế cạnh tranh do tập trung kinh tế mang lại trên thị trường liên quan được xem xét tổng thể dựa trên các ưu thế về đặc tính sản phẩm, chuỗi sản xuất, phân phối, năng lực tài chính, thương hiệu, công nghệ, quyền sở hữu trí tuệ và các ưu thế khác của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trong quan hệ với đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan, dẫn tới nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp hình thành sau tập trung kinh tế.

Việc gia tăng sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế sẽ tạo ra doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường (*Doanh nghiệp trước không có vị trí thống lĩnh thị trường nhưng sau tập trung kinh tế có vị trí thống*

lĩnh) hoặc củng cố vị trí thống lĩnh thị trường (*Doanh nghiệp trước đã có vị trí thống lĩnh thị trường, sau tập trung kinh tế vị trí này được củng cố*).

Doanh nghiệp sau tập trung kinh tế có sức mạnh thị trường đáng kể khi (i) có khả năng tăng giá đáng kể trong một khoảng thời gian dài; (ii) có thể hạ thấp chất lượng sản phẩm của mình mặc dù không giảm giá; (iii) có thể giảm sự đa dạng của sản phẩm, giảm tiêu chuẩn dịch vụ khách hàng, hoặc làm thay đổi bất kỳ yếu tố cạnh tranh nào trên thị trường liên quan.

Xác định khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường

a) Mức độ kiểm soát yếu tố đầu vào cho sản xuất, kinh doanh trước và sau tập trung kinh tế

Yếu tố đầu vào cho sản xuất, kinh doanh có thể là nguyên liệu đầu vào (*trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp cung cấp yếu tố đầu vào và doanh nghiệp sản xuất*) hoặc là hàng hóa, dịch vụ (*trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp sản xuất và doanh nghiệp phân phối hàng hóa, dịch vụ*). Việc ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào có thể được thực hiện theo nhiều hình thức khác nhau. Doanh nghiệp sau tập trung kinh tế theo chiều dọc có thể không cung cấp, hạn chế cung cấp nguyên liệu đầu vào, hoặc cung cấp với những điều kiện giao dịch bất lợi cho các đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng của mình.

Việc ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể khi những nguyên liệu đầu vào đó có chi phí lớn trong quá trình sản xuất của doanh nghiệp đối thủ cạnh tranh, hoặc nguyên liệu đầu vào đó là thành phần thiết yếu mà đối thủ cạnh tranh không thể tự sản xuất hoặc không thể mua được trên thị trường hoặc chi phí chuyển sang nguồn cung nguyên liệu đầu vào khác tương đối cao.

Tập trung kinh tế theo chiều dọc cũng có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trong trường hợp sau doanh nghiệp sau TTKT có sức mạnh thị trường đáng kể trên thị trường cung cấp các yếu tố đầu vào trong chuỗi sản xuất, cung ứng hàng hóa, dịch vụ nhất định, hoặc các doanh nghiệp cạnh tranh trên thị trường cung ứng các yếu tố nguyên liệu đầu vào không có khả năng mở rộng sản xuất khi doanh nghiệp sau TTKT ngăn chặn các doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào.

b) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường

Tập trung kinh tế theo chiều dọc có khả năng làm gia tăng rào cản gia nhập thị trường khi ngăn chặn hoặc đe doạ ngăn chặn doanh nghiệp khác tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào quan trọng, thiết yếu trong quá trình sản xuất.

TTKT chiều dọc còn có thể dẫn đến sự gia tăng những rào cản gia nhập, mở rộng thị trường sau:

- Rào cản tài chính bao gồm chi phí đầu tư sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ, khả năng tiếp cận nguồn vốn, tín dụng và các nguồn tài chính khác của doanh nghiệp.

- Chi phí ban đầu khi gia nhập thị trường mà doanh nghiệp không thể thu hồi khi rút khỏi thị trường.

- Rào cản đối với việc tiếp cận, nắm giữ nguồn cung, cơ sở hạ tầng thiết yếu để sản xuất, kinh doanh; mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ trên thị trường.

- Rào cản liên quan việc thực hiện quyền của tổ chức, cá nhân đối với trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng theo quy định của pháp luật về quyền sở hữu trí tuệ.

c) Các yếu tố khác: Khả năng thu thập các thông tin mật

TTKT theo chiều dọc có thể dẫn đến việc doanh nghiệp sau TTKT loại bỏ hoặc ngăn chặn doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường thông qua việc doanh nghiệp sau TTKT có khả năng tiếp cận, thu thập các thông tin mật của các đối thủ cạnh tranh trong quá trình mua nguyên liệu đầu vào của các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh. Những thông tin mật có thể bao gồm: thông tin về kế hoạch phát triển sản phẩm, thông tin khách hàng, chi phí mua nguyên liệu đầu vào…

3.3. Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể của giao dịch tập trung kinh tế hỗn hợp

Tập trung kinh tế hỗn hợp là việc tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp có ngành, nghề kinh doanh bổ trợ cho nhau hoặc có liên quan đến nhau.

Tập trung kinh tế hỗn hợp có thể dẫn đến nguy cơ doanh nghiệp sau TTKT có thể sử dụng sức mạnh thị trường của mình trên một thị trường liên quan để loại bỏ, ngăn cản các đối thủ cạnh tranh khác gia nhập hoặc mở rộng trên một thị trường liên quan khác. Doanh nghiệp sau TTKT có thể loại bỏ đối thủ cạnh tranh gia nhập hoặc mở rộng thị trường thông qua việc sử dụng sức mạnh thị trường của mình để bán kèm các sản phẩm liên quan khác nhau.

Xác định nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế

Tập trung kinh tế hỗn hợp có thể mang lại những lợi thế cạnh tranh cho doanh nghiệp tham gia TTKT trên thị trường liên quan, dẫn đến nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau TTKT.

Lợi thế cạnh tranh trên thị trường liên quan được xem xét tổng thể dựa trên các ưu thế về đặc tính sản phẩm, chuỗi sản xuất, phân phối, năng lực tài chính, thương hiệu, công nghệ, quyền sở hữu trí tuệ và các ưu thế khác của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trong quan hệ với đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan, dẫn tới nguy cơ tạo ra hoặc củng cố sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp hình thành sau tập trung kinh tế. Việc gia tăng sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế sẽ tạo ra doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường.

Việc gia tăng sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế sẽ tạo ra doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường (*Doanh nghiệp trước không có vị trí thống lĩnh thị trường nhưng sau tập trung kinh tế có vị trí thống lĩnh*) hoặc củng cố vị trí thống lĩnh thị trường (*Doanh nghiệp trước đã có vị trí thống lĩnh thị trường, sau tập trung kinh tế vị trí này được củng cố*).

Doanh nghiệp sau tập trung kinh tế có sức mạnh thị trường đáng kể khi (i) có khả năng tăng giá đáng kể trong một khoảng thời gian dài; (ii) có thể hạ thấp chất lượng sản phẩm của mình mặc dù không giảm giá; (iii) có thể giảm sự đa dạng của sản phẩm, giảm tiêu chuẩn dịch vụ khách hàng, hoặc làm thay đổi bất kỳ yếu tố cạnh tranh nào trên thị trường liên quan.

Xác định khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường

a) Đặc điểm cạnh tranh trong ngành, lĩnh vực và hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong giai đoạn trước tập trung kinh tế

Doanh nghiệp sau TTKT hỗn hợp có nguy cơ loại bỏ, ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường nếu sản phẩm của doanh nghiệp này được coi là đặc biệt quan trọng và không thể thay thế đối với người tiêu dùng trên một thị trường liên quan do những tính năng vượt trội của sản phẩm hoặc do tập quán tiêu dùng. Do đó, việc bán kèm hai sản phẩm liên quan khác nhau của doanh nghiệp sau TTKT có thể ảnh hưởng đến quyết định mua hàng của người tiêu dùng. Mức độ ảnh hưởng phụ thuộc vào đặc điểm cạnh tranh trong ngành, lĩnh vực và hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong giai đoạn trước tập trung kinh tế. Nhìn chung, doanh nghiệp sau tập trung kinh tế hỗn hợp có nguy cơ loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập, mở rộng thị trường trong những ngành có lợi thế kinh tế theo quy mô và có nhu cầu tiêu dùng sản phẩm tương đối ổn định.

b) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường

Ngoài ra, tập trung kinh tế hỗn hợp có thể dẫn đến sự gia tăng những rào cản gia nhập, mở rộng thị trường sau:

- Rào cản tài chính bao gồm chi phí đầu tư sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ, khả năng tiếp cận nguồn vốn, tín dụng và các nguồn tài chính khác của doanh nghiệp.

- Chi phí ban đầu khi gia nhập thị trường mà doanh nghiệp không thể thu hồi khi rút khỏi thị trường.

- Rào cản đối với việc tiếp cận, nắm giữ nguồn cung, cơ sở hạ tầng thiết yếu để sản xuất, kinh doanh; mạng lưới phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ trên thị trường.

- Rào cản liên quan việc thực hiện quyền của tổ chức, cá nhân đối với trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng theo quy định của pháp luật về quyền sở hữu trí tuệ.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tài liệu tiếng Việt

1. Nguyễn Thị Bảo Ánh (2006), Một số vấn đề pháp lý về tập trung kinh tế theo luật cạnh tranh Việt Nam, Luận văn thạc sĩ Luật học, trường Đại học Luật Hà Nội.

2. Bộ Công thương (2009), Báo cáo tập trung kinh tế tại Việt Nam - Hiện trạng và dự báo, Hà Nội.

3. Phạm Hùng (2007), "Tổng quan về kiểm soát tập trung kinh tế trên thế giới", opera.com, tháng 12.

4. Ngân hàng thế giới (WB), Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế OECD, Khuôn khổ cho việc xây dựng và thực thi Luật và Chính sách cạnh tranh.

5. Nguyễn Ngọc Sơn (2006), "Kiểm soát tập trung kinh tế theo pháp luật cạnh tranh và vấn đề của Việt Nam", Nghiên cứu lập pháp,

6. Tổ chức Thương mại và phát triển Liên Hợp Quốc (2003), Luật mẫu về cạnh tranh, Loạt công trình nghiên cứu của UNCTAD về các vấn đề được đề cập trong luật và chính sách cạnh tranh.

7. Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương (2005), Các vấn đề pháp lý và thể chế về chính sách cạnh tranh và kiểm soát độc quyền kinh doanh, Hà Nội.

Tài liệu tiếng Anh

8. Agrawal, A., Jaffe, J. F. & Mandelker, G. N. 1992, ‘The Post-Merger Performance of Acquiring Firms: A Re-examination of an Anomaly’, Journal of Finance, Vol. 47, pp. 1605-1621.

9. Amaro de Matos, J. 2001, Theoretical Foundations of Corporate Finance, Princeton University Press, New Jersey.

10. Andrade, G., Mitchell, M., Stafford, E. 2001, ‘New evidence and perspectives on mergers’, Journal of Economic Perspectives, Vol. 15, No. 2 (Spring), pp. 103-120.

11. Ansoff, H. I., Brandenburg, R. G., Portner, F. E., Radosevich, R. 1971, Acquisition Behaviour of US Manufacturing Firms, 1946-1965,

12. Vanderbilt University Press, Nashville. Argus, J. and Flynn, F. J. 1991, ‘Analysis of the determinants of aggregate takeover activity’, in Proceedings of Second International Conference on Asian-Pacific Financial Markets, 12-14 September, Hong Kong.

13. Asquith, P. 1983, ‘Merger bids, uncertainty, and stockholder returns’, Journal of Financial Economics, Vol. 11, Issue 1-4, pp. 51-83.

14. Asquith, P., Bruner, R. F. and Mullins, D. Jr. 1983, ‘The gains to bidding firms from merger’, Journal of Financial Economics, Vol. 11, Issue 1-4 (April), pp. 121-139.

15. Barber, B. M., Palmer, D., Wallace, J. 1995, ‘Determinants of conglomerate and predatory acquisitions: Evidence from the 1960s’, Journal of Corporate Finance, Vol. 1, pp. 283-318.

16. Barney, J. B. 1986, ‘Strategic factor markets: Expectations, luck, and business strategy’, Management Science, Vol. 32, No. 10. pp. 1231-1241.

17. Barney, J. B. 1988, ‘Returns to bidding firms in mergers and acquisitions: Reconciling the relatedness hypothesis’, Strategic Management Journal, Vol. 9, Special Issue (Summer), pp. 71-78.

18. Baumol, , St. Leonards, NSW. Black, B. S. 2000, ‘The first international merger wave (and the fifth and last U.S. wave)’, University of Miami Law Review, Vol. 54, pp. 799-818.

19. Blackburn, K. & Ravn, M. O. 1992, ‘Business cycles in the United Kingdom: Facts and fictions’, Economica, Vol. 59, pp. 383-401.

20. Boehm, E. A. and Summers, P. M. 1999, Analysing and Forecasting Business Cycles with the Aid of Economic Indicators, Melbourne Institute Working Paper No. 18/99, Melbourne Institute of Applied Economic and Social Research, The University of Melbourne

21. Basedow, Jurgen and Pankoke, Stefan L., "General Report" in Jurgen Basedow, Ed., Limits and Control of Competition with View to International Harmonization, (The Hague: Kluwer Law International, 2002).

22. Budzinski, Oliver, "Toward an International Governance of Transborder Mergers? Competition Networks and Institutions Between Centralism and Decentralism", NYU Journal ofInternational Law and Politics

23. Budzinski, Oliver, (2004) "The International Competition Network as an International Merger Control Institution" in John-Ren Chen, ed., International Institutions and Multilateral Enterprises : Global Players, Global Markets,

24. Maria Coppola (2011), US Federal Trade Commission, ‘ICN Best Practice: Soft Law’, CPI Antitrust Chronicle.

25. Jonathan Galloway (2009), ‘Convergence in International Merger Control’, The Competition Review, Volume 5, Issue 2, pp 179–192.

26.The 10 ASEAN member states include Brunei, Indonesia, Cambodia, Laos, Malaysia, Myanmar, Philippines, Singapore, Thailand and Vietnam.

27. Darren Shiau, Elsa Chen (2014) ‘ASEAN Developments in Merger Control’, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 5, Number 3, pp 149–157.

28. ACCC Merger Guidelines, November 2008, p 59.

29.The Target Test de minimis exemption is currently scheduled to expire on 4 March 2016.

30. Interim Provisions on the Standards Applicable to Simple Cases in Concentrations of Undertakings (12 February 2014) and Guidelines for Notification of Concentration of Undertakings Under Simplified Merger Review Procedure.

31. Memorandum on Cooperation Between the Fair Trade Commission of Japan and the Fair Trade Commission of the Republic of Korea, available at: www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2014/July/140725.files/140725_2.pdf.

32. Egge, Michael G.(2000), "The Harmonization of Competition Laws Worldwide", Richmond Journal of Global Law & Business, [Vol. 2:1, 2001]. Fiebig, Andre, "A Role for the WTO in International Merger Control"

33. Halverson, James T. (1991), "Harmonization and Coordination of International Merger Procedures"

34. Frederic M. Scherer and David Ross (3rd ed, 1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company.