

Hướng dẫn cơ bản về Cạnh tranh dành cho các Quan tòa ASEAN

Được soạn thảo như một phần của Chương trình Thực hiện Luật Cạnh tranh AANZFTA

Lạm dụng vị trí thống lĩnh là gì và được đánh giá như thế nào?

1. Giới thiệu

1.1 Mục đích của hướng dẫn này:

- a. là tài liệu dựa trên các nguyên tắc để các thành viên của bộ máy pháp lý tại mỗi Quốc gia Thành viên của Hiệp hội các Quốc gia Đông Nam Á (Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN') sử dụng;
- b. cung cấp hướng dẫn với đầy đủ thông tin và có tính thực tế cho các quan tòa chuyên giải quyết các thử thách và vấn đề gặp phải khi đánh giá bằng chứng giám định phức tạp trong quá trình ra quyết định và rà soát lại quyết định theo luật cạnh tranh ở các Quốc gia Thành viên ASEAN; và
- c. hỗ trợ thiết lập tiền lệ luật cạnh tranh, để tăng độ chắc chắn về pháp lý, thúc đẩy tính hiệu quả, và duy trì tính nhất quán cũng như khả năng dự đoán trước tại các Quốc gia Thành viên ASEAN, và cuối cùng là đóng góp vào việc hình thành chính sách cạnh tranh lành mạnh.

1.2 Hướng dẫn đã được soạn thảo trong bối cảnh có những khác biệt và giai đoạn phát triển luật cạnh tranh khác nhau ở các Quốc gia Thành viên ASEAN.

1.3 Hướng dẫn này đã được các quan tòa của Tòa án Liên bang Úc soạn thảo dành cho các quan tòa của các Quốc gia Thành viên ASEAN, có cộng tác chặt chẽ với OECD. Đây là một trong một loạt các hướng dẫn về luật cạnh tranh được soạn thảo dưới dạng sáng kiến của Ủy ban Cạnh tranh Khu vực Tự do Thương mại ASEAN Úc New Zealand (ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area Competition Committee) như một phần của Chương trình Thực thi Luật Cạnh tranh (Competition Law Implementation Program 'CLIP').

2. Khái niệm ‘sự thống lĩnh’ hay ‘sức mạnh thị trường đáng kể’

- 2.1 Các thể chế cạnh tranh trên toàn thế giới đều đồng ý với quan điểm cho rằng việc cấm hành vi đơn phương chỉ nên được áp dụng với các công ty có ‘sức mạnh thị trường đáng kể’. So với một công ty không có hoặc có ít sức mạnh thị trường, các hành động đơn phương của một công ty có sức mạnh thị trường lớn có nhiều khả năng làm sai lệch quá trình cạnh tranh và có những tác động chống cạnh tranh hơn. Trong kinh tế học, sức mạnh thị trường thường được định nghĩa là khả năng một công ty giữ giá có lợi nhuận của (các) sản phẩm của mình trên mức giá cạnh tranh trong một khoảng thời gian dài.
- 2.2 Trên thế giới, có các khái niệm và từ ngữ khác nhau được dùng để xác định ngưỡng sức mạnh thị trường mà vượt qua đó thì hành vi đơn phương sẽ bị coi là có hại cho cạnh tranh và có thể vi phạm luật cạnh tranh quốc tế. Ở châu Âu và một số hệ thống pháp quyền khác trên thế giới, ngưỡng này là ‘sự thống lĩnh’. Luật liên bang Mỹ sử dụng ngưỡng ‘độc quyền hóa bất hợp pháp hoặc có chủ đích’. Ngưỡng của Úc là ‘sức mạnh thị trường đáng kể’. Ở hầu hết hệ thống pháp quyền ASEAN ngưỡng này là ‘sự thống lĩnh’. Bất chấp sự khác nhau này, các chế độ cạnh tranh trên toàn thế giới đều đồng ý với quan điểm cho rằng việc cấm hành vi đơn phương chỉ nên được áp dụng với các công ty có sức mạnh thị trường đáng kể - một ngưỡng mà, để dễ tham khảo, sẽ được nhắc đến là ‘sự thống lĩnh’ hoặc ‘sức mạnh thị trường đáng kể’ trong suốt hướng dẫn này.
- 2.3 Để đánh giá sức mạnh của một công ty trong một thị trường, trước hết cần thiết phải định nghĩa thị trường liên quan. Định nghĩa thị trường chú trọng vào lĩnh vực cạnh tranh kín, tính có thể thay thế giữa các sản phẩm hay lĩnh vực cạnh tranh giữa các đối thủ, liên quan đến cả khái niệm kinh tế và thực tế thương mại. Ví dụ, nếu cửa hàng pizza duy nhất trong thị trấn tăng giá, người tiêu dùng có thể chuyển sang ăn bánh burger hoặc một cửa hàng pizza ở thị trấn bên cạnh có thể mở rộng phạm vi đưa hàng. Nếu việc thay thế pizza bằng bánh burger và/hoặc những cửa hàng bán pizza ở các thị trấn khác ngăn được chủ cửa hàng pizza tăng giá có lợi nhuận, những sản phẩm và cửa hàng này sẽ được đưa vào thị trường liên quan.
- 2.4 Như ví dụ trên cho thấy, định nghĩa thị trường thường sẽ đòi hỏi quan tòa xem xét sản phẩm (ví dụ như pizza so với đồ ăn nhanh) và khoảng cách địa lý (ví dụ một thị trấn so với nhiều thị trấn), bằng cách áp dụng các nguyên tắc:
- thay thế theo bên cầu, như thay thế các hàng hóa hay dịch vụ từ quan điểm của người tiêu dùng; và
 - thay thế theo bên cung, áp dụng ở một số khu vực pháp lý, như thay thế các hàng hóa và dịch vụ theo quan điểm của nhà cung cấp. Thay thế theo bên cung có thể được xem xét vì định nghĩa thị trường ở một số khu vực pháp lý, đặc biệt là nếu

tác động của nó đến hành vi cạnh tranh của các bên đương nhiệm tương đương với những tác động của thay thế theo bên cầu. Các khu vực pháp lý khác chỉ xem xét thay thế theo bên cung khi đánh giá các tác động cạnh tranh.

- 2.5 Tùy thuộc vào luật cạnh tranh được áp dụng, dẫn chứng về những yếu tố sau có thể được quan tòa xem xét khi đánh giá sự thống lĩnh:
- thị phần, bao gồm tính ổn định và bền vững của nó;
 - rào cản với việc gia nhập hay mở rộng;
 - khả năng của người mua ảnh hưởng đến các điều khoản và điều kiện (sức đối kháng của người mua);
 - đặc điểm thị trường, bao gồm tính mở cửa đối với hàng nhập khẩu; và
 - đặc điểm của công ty, bao gồm quy mô tương đối, mức lợi nhuận, tích hợp dọc, nguồn lực sẵn có, và tính kinh tế quy mô.
- 2.6 Bản thân giữ vị trí thống lĩnh hay sức mạnh thị trường đáng kể không bị cấm. Nhìn chung, luật cạnh tranh chỉ bài trừ những hành vi đơn phương có ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh vì nó leo thang thành việc lạm dụng vị trí thống lĩnh.

3. Lạm dụng ‘sự thống lĩnh’ hay ‘sức mạnh thị trường đáng kể’

- 3.1 Lạm dụng vị trí thống lĩnh có đặc điểm là hành vi có tác động hoặc có khả năng ảnh hưởng đến cạnh tranh.
- 3.2 Mặc dù có sự khác biệt đáng kể giữa các khu vực pháp lý về phạm vi ứng xử bị coi là lạm dụng thống lĩnh, các ví dụ về lạm dụng vị trí thống lĩnh bao gồm:
- đưa ra giá câu mời – là những mức giá thấp không bền vững nhằm loại bỏ hoặc làm suy yếu các đối thủ cạnh tranh;
 - từ chối thỏa thuận hoặc thỏa thuận độc quyền – là việc sắp đặt nhằm hạn chế quyền tự do của các bên trong việc quyết định họ có thể giao dịch với ai, về mặt hàng gì, hoặc ở đâu;
 - các chương trình đối tác thường xuyên, bó buộc và ràng buộc – liên kết bán các hàng hóa hoặc dịch vụ riêng biệt nhằm cản trở cạnh tranh;
 - siết biên – một doanh nghiệp tích hợp theo chiều dọc, bán các sản phẩm đầu ra thiết yếu cho một đối thủ, cho phép giảm giá theo dòng và/hoặc nâng giá ngược dòng để ‘ép’ biên lợi nhuận ở mức độ chức năng nào đó hoặc các cấp độ của thị trường; và
 - hành vi bóc lột – là những điều khoản không công bằng, phân biệt giá cả, giảm sản xuất, đổi mới, hoặc chất lượng.

4. Thử nghiệm pháp lý đối với việc lạm dụng thống lĩnh

- 4.1 Ở nhiều quốc gia người ta có cách tiếp cận dựa trên hiệu ứng, dựa vào tác động kinh tế mà hành vi đang được điều tra gây ra với người tiêu dùng và môi trường cạnh tranh. Một số quốc gia khác có cách tiếp cận dựa trên hình thức hơn, tức là tập trung vào cách thức hành vi đó được phân loại theo luật liên quan. Trong những trường hợp như vậy, phân tích kinh tế vẫn đóng vai trò quan trọng ở các khu vực pháp lý đó nhưng không cần phải xác định là hành vi đó thực sự hạn chế cạnh tranh để thấy nó vi phạm pháp luật.
- 4.2 Trong khi cách tiếp cận dựa trên hình thức có thể mang lại sự chắc chắn về mặt pháp lý và cách giải quyết nhanh hơn các phương pháp dựa trên hiệu ứng, nó có thể tạo ra những kết quả không phù hợp, do hiệu ứng thị trường thực tế. Thực ra, hầu hết các hành vi, trong một số hoàn cảnh, đều có thể là một hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh để chống cạnh tranh, trong hoàn cảnh khác lại cũng có thể có hiệu ứng tổng thể hiệu quả hoặc ủng hộ cạnh tranh.
- 4.3 Một công cụ được sử dụng để xác định tác hại tiềm tàng đối với cạnh tranh là việc phân tích được thực hiện bằng cách tham chiếu đến một thử nghiệm phản thực tế.
- 4.4 Thử nghiệm phản thực tế liên quan đến việc so sánh khả năng cạnh tranh trong một thị trường có và không có hành vi bị coi là cấu thành nên việc lạm dụng vị trí thống lĩnh. Thử nghiệm này cũng có thể có ích trong việc đánh giá tổn thất hoặc thiệt hại. Có một số các thử nghiệm khác mà các cơ quan và tòa án có thể áp dụng trong các trường hợp lạm dụng vị trí thống lĩnh: đó là thử nghiệm hi sinh lợi nhuận, thử nghiệm không có ý nghĩa kinh tế, thử nghiệm hiệu quả tương đương với công ty thống lĩnh, và nhiều thử nghiệm cân bằng phúc lợi người tiêu dùng khác nhau. Có một thỏa thuận chung là không có thử nghiệm nào có thể áp dụng được cho tất cả các loại hoàn cảnh.
- 4.5 Phân tích phản thực tế không phải là khoa học chính xác. Ở một số trường hợp, có thể kết luận là tình trạng cạnh tranh trong một thị trường có thể được bảo tồn nếu không có hành vi đang nghi vấn. Ở những trường hợp khác, ví dụ hành vi bị cho là ngăn cản một đối thủ cạnh tranh mới, có thể khó dự đoán chắc chắn liệu đối thủ cạnh tranh mới có tham gia vào thị trường mà không có hành vi đang nghi vấn không và, nếu vậy, người tham gia mới sẽ có ảnh hưởng gì đối với tình trạng cạnh tranh trong thị trường liên quan.
- 4.6 Bất kể thử nghiệm hay tiêu chuẩn nào đã được sử dụng để xác định một hành vi là bất hợp pháp, nhiều khu vực pháp lý hoàn thành việc phân tích bằng cách xem xét những ích lợi về mặt hiệu quả hoặc những biện minh khách quan hợp lý vì đôi khi có những lý do hợp lý, thậm chí là hỗ trợ cạnh tranh, cho việc tại sao một công ty thống lĩnh lại có hành vi đó.

Biện minh khách quan về cơ bản là một trường hợp đặc biệt có lý do để hành động trái pháp luật, như xem xét công khai (ví dụ như những lý do sức khỏe và an toàn). Hiệu quả sẽ bao gồm những yếu tố như kinh tế quy mô hay khuyến khích đổi mới. Cũng có thể có việc bảo vệ hành vi theo quy định, cho phép miễn trừ chống độc quyền trong trường hợp hành vi đó được yêu cầu theo quy định của tiểu bang hoặc liên bang. Việc bảo vệ hành vi theo quy định bảo đảm nhà nước có thể thực thi chủ quyền của mình để áp dụng quy định mà họ cho là hợp ý vì lý do kinh tế và/hay xã hội ngay cả khi quy định đó có thể mâu thuẫn với chính sách cạnh tranh.

Thông thường, trong những khu vực pháp lý như vậy, gánh nặng bằng chứng thay đổi nên tùy vào công ty đang bị điều tra chứng minh sự tồn tại của những hiệu quả hay biện minh khách quan này, để chỉ ra rằng hành vi đang nghi vấn là cần thiết và cân xứng và những hiệu quả như vậy không thể đạt được thông qua các phương tiện ít cạnh tranh hơn.

5. Nguồn và vấn đề chứng cứ

- 5.1 Đối với tất cả các trường hợp cạnh tranh, tòa án sẽ áp dụng luật của khu vực pháp lý và quy định về chứng cứ của mình để quyết định bản chất và phạm vi chứng cứ cần có để thiết lập trường hợp lạm dụng vị trí thống lĩnh. Các nguồn chứng cứ có thể giúp tòa án bao gồm:
- chứng cứ từ các bên tham gia thị trường và các quan sát viên, kể cả bằng chứng từ các đối thủ cạnh tranh, các công ty có tiềm năng sẽ gia nhập thị trường, nhà cung cấp và khách hàng;
 - các tài liệu nội bộ và hồ sơ kinh doanh, như tài khoản và giấy tờ hội đồng quản trị, và
 - bằng chứng giám định, bao gồm các chuyên gia kinh tế và công nghiệp. Bằng chứng giám định được thảo luận chi tiết hơn ở Hướng dẫn Cạnh tranh CLIP (CLIP Competition Primer) trong mục 'Expert evidence' (Bằng chứng giám định).
- 5.2 Khi đánh giá sự thống lĩnh, thông thường tòa án chủ yếu dựa vào bằng chứng gián tiếp liên quan đến cấu trúc của thị trường liên quan, như bằng chứng về thị phần, rào cản gia nhập và mở rộng và sức đối kháng. Bằng chứng trực tiếp có thể được dựa trên bằng chứng gián tiếp bổ sung, nhưng không có khả năng kết luận sự thống lĩnh. Ví dụ, bằng chứng về khả năng sinh lời của một công ty chỉ được sử dụng trong hoàn cảnh liên quan và có thể có khả năng diễn giải khác nhau. Việc sử dụng bằng chứng gián tiếp được thảo luận chi tiết hơn ở CLIP Competition Primer trong mục Circumstantial evidence (Bằng chứng gián tiếp).
- 5.3 Trong một số trường hợp, hiệu ứng chống cạnh tranh hoặc hiệu ứng khả năng có thể được thiết lập bằng bằng chứng trực tiếp. Khi không có chứng cứ như vậy, quan tòa

có thể dựa vào bằng chứng gián tiếp và quá trình suy luận. Không có gì bất bình thường khi có sự trùng lặp đáng kể giữa bằng chứng được sử dụng để thiết lập sự thống lĩnh và bằng chứng được sử dụng để thiết lập mục đích hay hiệu ứng có khả năng.

- 5.4 Bất cứ khi nào có thể, việc quản lý trường hợp chủ động có thể mang lại lợi ích cho các quan tòa xử lý các bằng chứng với số lượng nhiều và phức tạp trong các vụ kiện hành vi đơn phương. Quan tòa nên xem xét công cụ quản lý vụ án nào có sẵn để thu hẹp các vấn đề tranh chấp, kiểm soát phạm vi và hình thức chứng cứ và trợ giúp trong việc tiến hành phiên tòa một cách trật tự.

6. Giả định dựa trên thị phần

- 6.1 Ở một số khu vực pháp lý, ngưỡng thị phần ở cả hai đầu của phổ có thể được áp dụng khi phân tích xem một công ty có giữ vị trí thống lĩnh hay có sức mạnh thị trường đáng kể hay không.
- 6.2 Thị phần bến an toàn (safe harbour) có thể được quy định sao cho bất cứ công ty nào có thị phần dưới mức bến an toàn sẽ được coi là không giữ vị trí thống lĩnh hay có sức mạnh thị trường đáng kể.
- 6.3 Cũng có thể có một ngưỡng thị phần quy định nếu các công ty vượt quá mức đó thì sẽ được coi là giữ vị trí thống lĩnh hoặc có sức mạnh thị trường đáng kể.
- 6.4 Ngưỡng thống lĩnh và bến an toàn dựa trên thị phần có thể tạo ra các giả định có tính kết luận hoặc bác bỏ. Theo quy định, các giả định như vậy đều bị bác bỏ ở hầu hết các khu vực pháp lý. Điều này đặc biệt xảy ra ở trường hợp các giả định tạo ra ngưỡng thống lĩnh vì thị phần là công cụ không hiệu quả trong việc chứng minh sức mạnh thị trường.

Do đó thị phần cao không thôi không nên được coi là bằng chứng của sức mạnh thị trường đáng kể, cho dù việc phân tích thị phần có thể là bước đầu hữu ích trong phân tích cạnh tranh. Ví dụ, vượt quá ngưỡng thị phần có thể tạo nên một giả định bác bỏ tính thống lĩnh bằng cách chuyển gánh nặng bằng chứng từ cơ quan quản lý sang công ty đang được đề cập đến.

7. Hành vi bị coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh

- 7.1 Ở Úc, những hành vi sau đây đã bị toàn án coi là lạm dụng vị trí thống lĩnh:
- một cửa hàng tạp hóa bán lẻ lớn từ chối giao dịch với các nhà cung cấp bánh mì nếu bánh mì của họ cũng được bán ở các cửa hàng tạp hóa bán lẻ độc lập gần đó với giá chiết khấu. Hành vi này khiến các cửa hàng bán lẻ độc lập khó có thể cạnh tranh với cửa hàng bán lẻ lớn để bán bánh mì cho người tiêu

dùng;

- b. một nhà cung cấp dịch vụ bán vé cho các sự kiện giải trí trực tiếp đã đóng cửa hoặc từ chối đưa ra các ưu đãi giảm giá vé vào phút cuối theo yêu cầu của nhà tổ chức sự kiện vì vé giảm giá sẽ được một đối thủ cạnh tranh quảng bá. Hành vi này khiến cho các đối thủ cạnh tranh khó bán được vé giảm giá vào phút cuối cho người tiêu dùng;
- c. Một nhà sản xuất có vị trí thống lĩnh trên thị trường về dung dịch tiệt trùng, chứ không phải thị trường dung dịch thẩm tách, đưa ra giá chiết khấu cho các bệnh viện đồng ý mua gói hai sản phẩm này. Hành vi này khiến cho những người bán dung dịch thẩm tách gặp khó khăn hơn để cạnh tranh khi giao dịch với các bệnh viện.

8. Xử phạt và biện pháp khắc phục

- 8.1 Có sự khác biệt quan trọng giữa xử phạt và biện pháp khắc phục. Xử phạt thường là để ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp diễn ra trong tương lai, và trong một số khu vực pháp lý cũng là để ép các bên vi phạm bỏ ra phần lợi nhuận bất hợp pháp của mình để bồi thường cho nạn nhân. Các biện pháp khắc phục nhằm chỉnh sửa, sửa sai, hoặc ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp, trong khi xử phạt là phạt hoặc trừng phạt các hành vi này. Thông thường, biện pháp khắc phục luật cạnh tranh nhằm ngăn chặn hành vi bất hợp pháp của người vi phạm, các hệ quả chống cạnh tranh, và việc tái phát của hệ quả này, và có thể tìm cách khôi phục tính cạnh tranh.
- 8.2 Các biện pháp xử phạt và khắc phục có ở nơi có lạm dụng vị trí thống lĩnh sẽ phụ thuộc vào luật cạnh tranh của khu vực pháp lý ở đó. Có thể có những cách xử phạt và biện pháp khắc phục sau:
 - a. biện pháp khắc phục cơ cấu – là việc thoái vốn toàn bộ hoặc một phần của doanh nghiệp, hoặc thoái vốn tài sản nào đó, có thể được yêu cầu khôi phục thị trường về trạng thái cạnh tranh;
 - b. biện pháp khắc phục hành vi – có thể có lệnh hạn chế hoặc ép buộc một số hành vi cụ thể để khống chế hành vi chống cạnh tranh và để định hướng hành vi trong tương lai;
 - c. phạt – xử phạt, bằng tiền hoặc hình sự, và nhắm vào pháp nhân hoặc cá nhân có trách nhiệm; và
 - d. thiệt hại do tổn thất – các khoản bồi thường tổn thất hoặc thiệt hại do hành vi bị nghiêm cấm gây ra và bỏ ra lợi nhuận kiếm được từ hành vi đang nghi vấn.
- 8.3 Biện pháp cứu trợ áp đặt có thể tính đến mức độ nghiêm trọng, độ khốc liệt và, trong một số trường hợp ảnh hưởng kinh tế của hành vi vi phạm. Ở một số khu vực pháp lý, khái niệm cân đối được sử dụng để bảo đảm có cứu trợ áp đặt của các chính quyền

ạnh tranh và tòa án không xâm phạm quá mức vào quá trình cạnh tranh trên thị trường, hoặc làm biến dạng thị trường. Phạm vi và hình thức cứu trợ cân đối không được vượt quá những gì cần thiết để đạt được các mục tiêu của luật cạnh tranh.

- 8.4 Hầu hết các khu vực pháp lý ủy quyền cho tòa án và/hoặc các cơ quan cạnh tranh để đưa ra các biện pháp khắc phục cơ cấu và hành vi, nhưng một số khu vực lại chỉ cho phép khắc phục cơ cấu nếu không có biện pháp khắc phục hành vi hiệu quả tương đương hoặc biện pháp như thế sẽ khó tuân thủ so với biện pháp khắc phục cấu trúc. Trong nhiều trường hợp, biện pháp khắc phục hành vi đủ để ngăn chặn một cách hiệu quả hành động vi phạm cạnh tranh. Tuy nhiên, trong một số trường hợp khác thì biện pháp khắc phục cơ cấu lại là biện pháp duy nhất hiệu quả và ít phức tạp hơn.

9. Các nguồn thông tin liên quan

- 9.1 Các nguồn tài liệu sau cung cấp thêm thông tin liên quan đến lạm dụng vị trí thống lĩnh. Các tài liệu có thể là thông tin hữu ích để tham chiếu chung cho các quan tòa ở các Quốc gia Thành viên ASEAN:
- a. Hội nghị bàn tròn về Chính sách Cạnh tranh OECD (OECD Competition Policy Roundtables), [*Evidentiary issues in proving dominance, 2006*](#)
 - b. OECD Competition Policy Roundtables, [*Remedies and sanctions in abuse of dominance cases, 2006*](#)
 - c. OECD Competition Policy Roundtables, [*Safe harbours and legal presumptions in competition law, 2017*](#)
 - d. Mạng lưới Cạnh tranh Quốc tế (International Competition Network), [*Recommended practices on the assessment of dominance/substantial market power*](#)
 - e. International Competition Network, [*Unilateral conduct workbook*](#)