NGUYÊN TẮC DE MINIMIS TRONG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH CHÂU ÂU VÀ MỘT SỐ GỢI MỞ CHO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

MAI NGUYỄN DŨNG*

PHẠM THỊ NGỌC HÀ**

Ngày nhận bài:09/03/2023

Ngày phản biện:22/03/2023

Ngày đăng bài:30/06/2023

Tóm tắt:

Nguyên tắc De Minimis đề cập đến việc cho phép Tòa án bỏ qua hay từ chối xem xét những vấn đề mang tính tiểu tiết và không đáng kể. Trong pháp luật cạnh tranh, nguyên tắc này đề cập đến việc các cơ quan có thẩm quyền có thể bỏ qua những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mà các bên trong thỏa thuận có mức thị phần thấp dưới một ngưỡng nhất định. Ở Việt Nam, De Minimis lần đầu tiên được "cấy ghép" vào Nghị định 35/2020/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Cạnh tranh. Bài viết dưới đây bàn đến nguyên tắc De Minimis trong pháp luật cạnh tranh Việt Nam, so sánh với pháp luật cạnh tranh Liên minh Châu Âu (EU) - một trong những khu vực có luật cạnh tranh phát triển nhất thế giới.

Từ khóa:

De Minimis, Luật Cạnh tranh EU, pháp luật cạnh tranh Việt Nam

Abstract:

De Minimis refers to a principle that allows the Court to ignore or refuse to consider trivial and insignificant issues. In competition law, this allows competent authorities are able to ignore anti-competitive agreements where the parties have a market share below a certain threshold. In Vietnam, De Minimis was first transplanted in Decree 35/2020/ND-CP detailing a number of articles of the Competition Law. The following article discusses De Minimis principle in Vietnam competition law, in comparison with the European Union (EU) competition law – one of the regions with the most developed competition laws in the world.

Keywords:

De Minimis, EU competition law, Vietnam competition law

*ThS., GV Khoa Luật, Trường Kinh tế, Luật và Quản lí nhà nước, Trường Đại học Kinh tế Thành phố Hồ Chính Minh; Email: dungmn@ueh.edu.vn

** GV Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chính Minh.

1. Đặt vấn đề

Pháp luật cạnh tranh ra đời với mục đích nhằm tạo ra một "luật chơi" cho các doanh nghiệp trên thị trường và làm cho thị trường vận hành một cách hiệu quả và công bằng. Chính vì vậy, các hệ thống pháp luật trên thế giới thường có chế tài khá nghiêm khắc với các hành vi thỏa thuận nhằm hạn chế cạnh tranh như thỏa thuận nhằm ấn định giá bán lại, thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, thỏa thuận hạn chế phát triển công nghệ… Tuy nhiên, cần lưu ý, không phải mọi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đều bị cấm. Ngoài việc tạo ra một hình phạt có sức răn đe cao, pháp luật cạnh tranh còn tạo ra một bến an toàn ("*safe habour*") cho các thỏa thuận khi mà chúng thỏa mãn một số điều kiện nhất định. Một trong các điều kiện đó là mức thị phần của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận nhỏ đến mức không đủ để tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể. Yếu tố này được các học giả trên thế giới gọi là nguyên tắc De Minimis.

2. Nguyên tắc De Minimis và ý nghĩa của nguyên tắc này trong pháp luật cạnh tranh

2.1. Nguyên tắc De Minimis

De Minimis là một thuật ngữ trong tiếng Latin với ý nghĩa ban đầu là "liên quan đến những thứ tối thiểu". Trong pháp luật, thuật ngữ này được sử dụng như một nguyên tắc pháp lý nhằm để chỉ việc Tòa án hay cơ quan có thẩm quyền, trong quá trình xem xét các vụ việc do mình giải quyết, không quan tâm đến vấn đề tiểu tiết hay giá trị không đáng kể (de minimis non curat praetor hay de minimis non curat lex).[1]

De Minimis xuất hiện trong nhiều ngành luật khác nhau. Trong thương mại quốc tế, nguyên tắc này đề cập đến vấn đề quy tắc xuất xứ, trong đó quy định nếu một mặt hàng tuy chứa nguyên liệu không đáp ứng quy tắc xuất xứ, không đáp ứng được quy tắc chuyển đổi mã số hàng hóa (*HS code*) và chỉ chiếm một giá trị nhỏ (tùy quy định) trong sản phẩm thì hàng hóa vẫn được xem là có xuất xứ. Trong các Hiệp định thương mại tự do (FTA), quy định này thường được các quốc gia thành viên đề cập với mục đích giảm bớt khó khăn trong việc đáp ứng tiêu chí xuất xứ.[2]

Trong lĩnh vực trợ cấp, vào năm 2012, EU đã ban hành quy định số 360/2012 ngày 25 tháng 4 năm 2012 về việc áp dụng Điều 107 và 108 Hiệp ước về chức năng của Liên minh

[1] Bryan A. Garner (tổng biên tập) (1999), *Black's Law Dictionary (7th ed.),* NXB. Minnesota: West Publishing, St. Paul (Hoa Kỳ), tr.443.

[2] Phòng Xuất xứ hàng hóa – Cục Xuất nhập khẩu, *Hiểu thế nào về De Minimis trong quy tắc xuất xứ,* http://cptpp.moit.gov.vn/data/e0593b3b-82bf-4956-9721-88e51bd099e6/userfiles/files/Hi%E1%BB%83u%20th%E1%BA%BF%20n%C3%A0o%20v%E1%BB%81%20De%20Minimis%20trong%20Quy%20t%E1%BA%AFc%20Xu%E1%BA%A5t%20x%E1%BB%A9(1).pdf, truy cập ngày 21/12/2022.

châu Âu (TFEU, *Treaty on the Functioning of the European Union*) về ngưỡng De Minimis đối với các khoản viện trợ của Nhà nước. Theo quy tắc De Minimis, các khoản viện trợ nhỏ không được coi là viện trợ của Nhà nước vì chúng không ảnh hưởng đến cạnh tranh hay thương mại giữa các Quốc gia Thành viên EU; do đó họ không phải tuân theo yêu cầu thông báo quy định tại Điều 108 (3) TFEU. Khoản viện trợ như vậy không cần được thông báo nếu tổng số tiền trợ cấp cho một tổ chức không vượt quá 500.000 euro trong bất kỳ khoảng thời gian nào của 3 năm tài chính lũy kế.[3]

Ngoài một số ví dụ nêu trên, De Minimis còn xuất hiện trong pháp luật về thuế, hình sự, sở hữu trí tuệ hay giáo dục.

2.2. Nội dung và ý nghĩa của nguyên tắc De Minimis trong pháp luật cạnh tranh

Pháp luật hầu hết quốc gia trên thế giới đều cấm các thỏa thuận có mục đích hay có tác động làm ngăn cản, hạn chế hoặc làm sai lệch bóp méo cạnh tranh. Các thỏa thuận được chia ra làm hai loại. Thứ nhất, là các thỏa thuận mà ngay từ ban đầu nhằm mục đích hạn chế cạnh tranh. Ví dụ, một thỏa thuận mà hai nhà sản xuất trực tiếp ấn định giá bán lại của hàng hóa, hạn chế sản lượng hay phân chia thị trường tiêu thụ đều được xếp vào loại này. Trong mọi trường hợp, các thỏa thuận như trên đều bị cấm mà không cần tính đến tác động trên thực tế mà thỏa thuận này gây ra.[4] Thứ hai, là các thỏa thuận, tuy không có mục đích ban đầu bóp méo cạnh tranh, nhưng trong quá trình thực thi lại gây ra ảnh hưởng tiêu cực đến cạnh tranh. Điều này đòi hỏi trước khi thỏa thuận bị cấm, nó phải trải qua quá trình phân tích kỹ lưỡng bối cảnh kinh tế và pháp lý của thỏa thuận đó và các đặc điểm cụ thể của thị trường liên quan.[5]

Đối với thỏa thuận loại hai, các nhà điều tra sẽ xem xét nhiều yếu tố khác nhau, như (i) giả định rằng: liệu cạnh tranh trên thị trường có cải thiện tích cực nếu không có thỏa thuận trên hay không, (ii) xác định thị trường liên quan để đánh giá tác động của thỏa thuận, (iii) các bằng chứng tác động trên thực tế của thỏa thuận bị cáo buộc, (iv) đánh giá về các cách thức và lý do tại sao một thỏa thuận đang được xem xét có thể có tác động tiêu cực đến cạnh tranh, (v) các khả năng một thỏa thuận có thể ảnh hưởng đến cạnh tranh tiềm ẩn trong một thị trường cụ thể bằng các bằng chứng thực tế (hơn là quan điểm lý thuyết và suy

[3] EC (2021), *De minimis aid for services of general economic interest*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Acc0016, truy cập ngày 18/12/2022. Quy định số 360/2012 ngày 25/4/2012 của EC về việc áp dụng các khoản viện trợ theo ngưỡng *De Minimis* cấp cho các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ vì lợi ích kinh tế chung theo Điều 107 và 108 TFEU.
[4] Richard Wish – David Bailey (2018), *Competition Law (9th Edition)*, NXB. Oxford, London (Anh), tr. 122.
[5] Richard Wish – David Bailey (2018), *Tlđd*, tr. 132.

đoán).[6] Có thể thấy, khác với thỏa thuận loại một vốn chỉ nhìn vào bản chất của thỏa thuận xem chúng có mục đích hạn chế cạnh tranh hay không, quá trình điều tra các thỏa thuận loại hai tốn kém hơn nhiều vì cơ quan điều tra phải xem xét nhiều yếu tố thực tế. Chính vì vậy, quy định De Minimis đã được áp dụng nhằm bỏ qua các thỏa thuận loại hai nếu chúng có một ngưỡng thị phần nhỏ bé, do tác động đến thị trường là không đáng kể. Các bên trong thỏa thuận (không có mục đích bóp méo hay làm hạn chế cạnh tranh) nếu có mức thị phần thấp dưới một ngưỡng thị phần nhất định mà nhà làm luật cho phép thì các thỏa thuận này không bị xem xét, điều tra hay cấm đoán.

Dưới góc độ kinh tế học, phân tích từ lý thuyết trò chơi, một thỏa thuận có tác động hạn chế cạnh tranh như một trò chơi được lặp đi lặp lại nhiều lần. Số lượng doanh nghiệp tham gia càng lớn so với số lượng doanh nghiệp ngoài thỏa thuận và thị phần (quy mô) của các doanh nghiệp tham gia càng lớn thì khả năng tạo ra sức mạnh thị trường càng lớn và khả năng hạn chế cạnh tranh (nếu có) của thỏa thuận càng lớn.[7] Ngược lại, nếu thị phần của các doanh nghiệp càng nhỏ thì khả năng thay thế cung của người tiêu dùng càng lớn và tác động hạn chế cạnh tranh (nếu có) càng nhỏ. Nhằm giảm thiểu chi phí quy định (regulation cost) và chi phí tuân thủ (compliance cost), hệ thống pháp luật của một số quốc gia trên thế giới như EU, Thổ Nhĩ Kỳ hay Việt Nam đã áp dụng nguyên tắc De Minimis, cho phép bỏ qua các thỏa thuận giữa các chủ thể có thị phần nhỏ, nếu thỏa thuận đó không nhằm mục đích làm hạn chế cạnh tranh.

3. Nguyên tắc De Minimis trong pháp luật cạnh tranh EU

3.1. Các bản án của Tòa án châu Âu về nguyên tắc De Minimis

Đoạn 1 Điều 101 TFEU quy định rằng: *"Những điều sau đây sẽ bị cấm vì chúng không tương thích với thị trường nội khối: Mọi thoả thuận giữa các chủ thể trên thị trường, quyết định của hiệp hội và các hành vi phối hợp mà có thể gây ảnh hưởng đến thương mại giữa các nước thành viên và có mục đích hoặc có tác động ngăn cản, hạn chế hoặc làm sai lệch, bóp méo cạnh tranh trên thị trường chung trong liên minh"*. Bên cạnh đó, Đoạn 1 cũng cung cấp một danh sách các hình thức hành vi phản cạnh tranh, chẳng hạn như chia sẻ thị trường, giới hạn nguồn cung hoặc ấn định giá.

Tại Liên minh châu Âu, nguyên tắc De Minimis lần đầu tiên được Toà án Công lý châu Âu (ECJ, *European Court of Justice*) ghi nhận trong vụ việc *Völk v Vervaecke*, theo đó Tòa

[6] Richard Wish – David Bailey (2018), *Tlđd*, tr. 134.
[7] Jeffrey R. Church và Roger Ware (2000), *Industrial Organization: A Strategic Approach*, Nxb. The McGraw-Hill, Hoa Kỳ, năm 2000.

khẳng định rằng các thỏa thuận ảnh hưởng đến cạnh tranh theo khoản 1 Điều 101 TFEU sẽ không bị trừng phạt nếu nó không tác động đáng kể đến thương mại giữa các quốc gia hoặc đối với cạnh tranh.[8] Quá trình kiểm tra sự tác động lên thương mại hay cạnh tranh còn được gọi là quá trình kiểm tra đánh giá tác động kép (*double appreciability test*). Ý kiến bình luận sau đó bởi Tổng chưởng lý (*Advocate General*) Gand cho rằng, khi xem xét yếu tố tác động đến cạnh tranh của một thỏa thuận loại hai, sự thay đổi mức độ cạnh tranh của thị trường không chỉ đơn thuần nhìn nhận dưới góc độ lý thuyết mà phải xem xét dưới góc độ thực tế và phổ biến, và do đó mức độ "đáng kể đến cạnh tranh" phải được đánh giá kỹ lưỡng.[9]

Nếu nhà sản xuất kiểm soát một phần tương đối quan trọng của thị trường và có vị thế vững chắc đối với các sản phẩm trong thỏa thuận, thì có cơ sở xác định cho rằng cạnh tranh bị ảnh hưởng đáng kể ở cấp độ phân phối bởi một đại lý độc quyền được đảm bảo tuyệt đối về khu vực địa lý. Ở chiều ngược lại, nếu vị thế của nhà sản xuất rất yếu thì tác động đến cạnh tranh cũng sẽ rất hạn chế. Một thỏa thuận từ đó có thể cho phép anh ta đưa sản phẩm của mình vào khu vực bán hàng mà không làm giảm đáng kể sự lựa chọn của người tiêu dùng hoặc cơ hội bán hàng của các thương nhân khác.[10] Do vậy, mức độ hạn chế cạnh tranh trong các thỏa thuận (tuy cùng loại) sẽ không giống nhau và mức độ nghiêm trọng sẽ khác nhau nếu quy mô hay tầm ảnh hưởng của doanh nghiệp là khác biệt.

Nguyên tắc nêu trên đã được ECJ lặp lại trong nhiều vụ kiện sau đó, và trong vụ việc gần nhất – *Expedia v. Autorité de la concurrence* (Cơ quan cạnh tranh Pháp) vào năm 2012 – Tòa án đã nhấn mạnh, một thỏa thuận có mục đích nhằm hạn chế cạnh tranh và có ảnh hưởng đến thương mại giữa các quốc gia thành viên sẽ tự động vi phạm Điều 101(1) mà không cần tính đến các ảnh hưởng hay tác động cụ thể đến cạnh tranh mà thỏa thuận đó (có thể) gây ra. Nói cách khác, Tòa án không cần phải thực hiện kiểm tra đánh giá tác động kép đối với các thỏa thuận có mục đích hạn chế cạnh tranh.

3.2. Thông báo De Minimis

Để cụ thể hóa phán quyết từ vụ *Expedia v. Autorité de la concurrence*, năm 2014, Ủy ban châu Âu (EC) đã ban hành Thông báo về các thỏa thuận có ít quan trọng và không hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể theo Điều 101 (1) TFEU (*Thông báo De Minimis*).

[8] Vụ việc *Völk kiện Vervaecke* (5-69), ECLI:EU:C:1969:35.
[9] Ý kiến của Tổng chưởng lý Gand trong vụ việc *Völk kiện Vervaecke* (5-69), ECLI:EU:C:1969:22, phần 2.
[10] Ý kiến của Tổng chưởng lý Gand trong vụ việc *Völk kiện Vervaecke* (5-69), ECLI:EU:C:1969:22, phần 2.

Đoạn 2 của Thông báo nhấn mạnh, nguyên tắc *De Minimis* không đề cập đến các thỏa thuận có mục tiêu ngăn cản, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh trong thị trường nội khối (thỏa thuận loại một) và chỉ áp dụng cho các thỏa thuận tác động đến cạnh tranh (thỏa thuận loại hai). Đoạn 3 chỉ ra rằng, EC sử dụng ngưỡng thị phần để xác định xem liệu rằng thỏa thuận được xem xét có cấu thành một hạn chế cạnh tranh đáng kể theo Điều 101 TFEU hay không. Cách tiếp cận mang hàm ý phủ định này không ngụ ý rằng các thỏa thuận giữa các doanh nghiệp vượt quá ngưỡng thị phần trong Thông báo tạo thành một hạn chế cạnh tranh đáng kể. Những thỏa thuận như vậy chỉ có thể gây ảnh hưởng không đáng kể đến cạnh tranh và do đó có thể không bị cấm theo Điều 101 (1) TFEU. Nói cách khác, Thông báo đã tạo ra một ngưỡng an toàn cho các thỏa thuận dưới ngưỡng thị phần, chứ không thiết lập một ngưỡng nguy hiểm cho các thỏa thuận trên ngưỡng thị phần đó.

Nội dung chính của Thông báo nằm ở Đoạn 8, theo đó EC cho rằng các thỏa thuận giữa các doanh nghiệp sẽ không tạo ra sự hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể theo nghĩa của Điều 101 (1) TFEU nếu:

- Thị phần kết hợp mà các bên tham gia thỏa thuận nắm giữ không vượt quá 10% trên bất kỳ thị trường liên quan nào bị ảnh hưởng bởi thỏa thuận, khi thỏa thuận được thực hiện giữa các doanh nghiệp là đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng trên bất kỳ thị trường nào (thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh); hoặc
- Thị phần mà mỗi bên tham gia thỏa thuận nắm giữ không vượt quá 15% trên bất kỳ thị trường nào có liên quan bị ảnh hưởng bởi thỏa thuận, khi thỏa thuận được thực hiện giữa các doanh nghiệp không phải là đối thủ cạnh tranh thực tế hoặc tiềm năng trên bất kỳ thị trường nào (thỏa thuận giữa các bên không là đối thủ cạnh tranh).

Đoạn 9 bổ sung rằng, trong trường hợp khó phân loại thỏa thuận được xem xét là thỏa thuận giữa các bên đối thủ cạnh tranh hoặc giữa các bên không phải đối thủ cạnh tranh, ngưỡng 10% sẽ được áp dụng. Có thể thấy, bằng cách quy định một ngưỡng thấp hơn, Thông báo *De Mininis* xử lý các thỏa thuận theo chiều ngang (giữa các doanh nghiệp trên cùng một thị trường liên quan) nghiêm ngặt hơn so với các thỏa thuận theo chiều dọc (giữa các doanh nghiệp nằm ở các giai đoạn khác nhau trong quá trình sản xuất).

Cần phải nói thêm rằng, cho đến nay, EC đã ban hành ba Thông báo liên quan đến các thỏa thuận có ít quan trọng không thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 101 TFEU. Trong thông báo đầu tiên năm 1997, ngưỡng thị phần De Minimis đối với các thỏa thuận theo

chiều ngang và chiều dọc lần lượt là 5% và 10%.[11] Đến thông báo thứ hai năm 2001, ngưỡng De Minimis đã được nâng lên thành 10% và 15%, tương tự với Thông báo De Minimis 2014.[12]

Trong một số lĩnh vực, tác động tích lũy (sự tích lũy tác động của nhiều thỏa thuận có tính chất tương tự) trong quá trình thực thi các thỏa thuận theo chiều dọc có thể dẫn đến đóng cửa thị trường (*foreclosure of the market*). Để giải quyết vấn đề này, Đoạn 10 Thông báo đã cung cấp hướng dẫn về tác động đáng kể của hiệu ứng này bằng cách (i) chỉ ra khi nào các hiệu ứng tích lũy có khả năng xảy ra, và (ii) cung cấp ngưỡng thị phần khi nào một thỏa thuận góp phần tạo nên hiệu ứng tích lũy. Theo đó, hiệu ứng sẽ khó có khả năng xảy ra nếu dưới 30% thị phần của thị trường liên quan tham gia vào các thỏa thuận có tác động tương tự; và các doanh nghiệp đơn lẻ sẽ không bị xem là góp phần tạo ra việc đóng cửa thị trường khi thị phần của chúng không vượt quá 5%. Ngoài ra, các thỏa thuận không tạo ra tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể nếu thị phần của các bên tham gia thỏa thuận không quá ngưỡng lần lượt là 10%, 15% và 5% được quy định tại các điểm 8, 9 và 10 trong hai năm liên tiếp trong giới hạn không vượt quá 2%.[13]

Tuy nhiên, có hai vấn đề mà Thông báo còn bỏ ngỏ. Thứ nhất, liệu rằng sự kết hợp giữa một doanh nghiệp có thị phần rất lớn và một doanh nghiệp có thị phần không đáng kể có tạo nên tác động hạn chế cạnh tranh không. Thứ hai, nếu doanh nghiệp có mức thị phần biến thiên liên tục qua các năm (vượt quá mức 2% theo quy định, ví dụ 14% trong năm thứ nhất và 8% trong năm thứ hai) thì sẽ xem xét tác động hạn chế cạnh tranh của chúng như thế nào, sẽ mất hiệu lực toàn bộ hay mất hiệu lực trong khoảng thời gian vượt quá. Ở điểm thứ nhất, Hướng dẫn về các Thỏa thuận hợp tác theo chiều ngang nói rằng, sự kết hợp như trên không chắc chắn sẽ tạo ra tác động hạn chế cạnh tranh.[14] Trong khi đó, ở vấn đề còn lại, vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau. Trong vụ việc *Passmore v Morland*, Tòa phúc thẩm Anh đã nghiêng về quan điểm thứ hai, cho rằng một thỏa thuận có thể có hiệu lực

[11] EC, Thông báo về các thỏa thuận có ít quan trọng không thuộc điều chỉnh của Điều 85 (1) Hiệp ước thành lập Cộng đồng Châu Âu (OJ C, C / 372, 09/12/1997, tr. 13)
[12] EC, Thông báo về các thỏa thuận có ít quan trọng và không hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể theo Điều 81 (1) Hiệp ước thành lập Cộng đồng Châu Âu (*Thông báo De Minimis 2001*) (OJ C, C / 368, 22/12/2001, tr. 14).
[13] Đoạn 11 Thông báo *De Minimis.*
[14] EC, Hướng dẫn về khả năng áp dụng Điều 101 TFEU đối với các thỏa thuận hợp tác theo chiều ngang, đoạn 44.

trong một khoảng thời gian này nhưng lại mất hiệu lực trong khoảng thời gian khác khi thị phần của các bên trong thỏa thuận thay đổi.[15]

Bên cạnh đó, Đoạn 13 của Thông báo nhấn mạnh một lần nữa rằng Thông báo sẽ không điều chỉnh các thỏa thuận có mục đích nhằm ngăn chặn, hạn chế hoặc bóp méo cạnh tranh. Lấy ví dụ, đối với một thỏa thuận phân bổ khách hàng, các bên trong thỏa thuận có thị phần thấp dưới ngưỡng Thông báo thì vẫn bị xem là vi phạm Điều 101 (1) TFEU. Ngoài ra, EC cũng không áp dụng các ngưỡng trong Thông báo De Minimis cho các hạn chế nghiêm ngặt (hardcore restriction) trong các quy định về miễn trừ[16] của EC vì chúng cũng tạo thành các hạn chế theo mục đích (tức cấu hành nên thỏa thuận loại một). Lấy ví dụ, trong vụ việc Parker Pen Ltd, Tòa Sơ thẩm Liên minh Châu Âu (EGC, European General Court) cũng nhận định tuy các công ty có thị phần nhỏ nhưng đã vi phạm Điều 101 (1) bởi bản chất các thỏa thuận hướng đến mục đích hạn chế cạnh tranh.[17] Hay trong vụ việc Volkswagen liên quan đến việc Volkswagen đã áp đặt giá bán của mẫu xe VW Passat tại thị trường Đức, EC đã ra quyết định: "[…] trong mối liên hệ [giữa nhà sản xuất xe và các đại lý], theo Thông báo về các thỏa thuận có ít quan trọng không thuộc phạm vi của Điều [101] (1), khả năng áp dụng Điều [101] (1) đối với các thỏa thuận duy trì giá bán lại (theo chiều dọc) không thể bị loại trừ ngay cả khi thị phần của các doanh nghiệp liên quan là dưới 10%."[18] Cuối cùng, Đoạn 14 Thông báo De Minimis làm rõ rằng, trái ngược với các hạn chế nghiêm ngặt, các hạn chế được loại trừ (excluded restriction) trong các quy định về miễn trừ vẫn sẽ được áp dụng ngưỡng De Minimis.[19] Ví dụ, các thỏa thuận với nghĩa vụ phi cạnh tranh trực tiếp hoặc gián tiếp vô thời hạn hay có thời hạn trên 05 năm.

[15] Casemine (1998), *Passmore v Morland PLC, Inntrepreneur Pub Company (CPC) LTD, Inntrepreneur Beer Sipply Company LTD*, https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72d60d03e7f57ea9226, truy cập ngày 25/3/2022.

[16] EC, Quy định 330/2010 ngày 20/4/2010 về việc áp dụng Điều 101 (3) TFEU đối với các loại thỏa thuận theo chiều dọc và các hành vi phối hợp.

[17] Vụ việc *Parker Pen Ltd* (T-77/92), ECLI:EU:T:1994:85.

[18] Quyết định số 2001/711/EC của EC ngày 29/6/2001 liên quan đến thủ tục theo Điều 81 của Hiệp ước EC (Vụ kiện COMP / F-2 / 36.693 - Volkswagen) (OJ L, L / 262, 02/10/2001, tr. 29). Quyết định này sau đó đã bị ECJ hủy bỏ dựa trên việc ECJ lập luận rằng không tồn tại thỏa thuận giữa Volkswagen và các đại lý, tuy nhiên ECJ không đề cập đến vấn đề ngưỡng *De Minimis* mà EC áp dụng. Xem thêm vụ việc *Volkswagen AG* (T-208/01), ECLI:EU:T:2003:326.

[19] Đoạn 14 Thông báo *De Minimis*. Điều 5 Quy định 330/2010 ngày 20/4/2010 về việc áp dụng Điều 101 (3) TFEU đối với các loại thỏa thuận theo chiều dọc và các hành vi phối hợp.

4. Nguyên tắc De Minimis trong pháp luật cạnh tranh Việt Nam

Trước khi Luật Cạnh tranh 2018 có hiệu lực thi hành, Việt Nam áp dụng Luật Cạnh tranh 2004, vốn còn tồn tại nhiều hạn chế.[20] Cụ thể, Luật Cạnh tranh 2004 chỉ quy định theo hướng cấm hoàn toàn hoặc cho phép hoàn toàn đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mà không đánh giá tác động của chúng. Điều 8 Luật Cạnh tranh 2004 liệt kê 08 loại thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, và Điều 9 quy định, chỉ cấm hoàn toàn 03 trong số 08 loại thỏa thuận đó. Trong khi, với 05 loại còn lại, luật đề ra điều kiện chỉ cấm khi các bên tham gia thoả thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên. Nói cách khác, đối với Luật cạnh tranh trước đây, thỏa thuận hạn chế cạnh tranh sẽ không phải trải qua quá trình đánh giá tác động hay xem xét liệu rằng chúng có tạo ra các hạn chế cạnh tranh hay không.

Có thể thấy rằng, *thứ nhất*, Luật Cạnh tranh 2004 không phân biệt đâu là thỏa thuận bị cấm vì có mục đích hạn chế cạnh tranh và đâu là thỏa thuận có khả năng gây tác động đến cạnh tranh, và cũng không phân định đâu là các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc hay chiều ngang. *Thứ hai*, Luật Cạnh tranh 2004 áp dụng ngưỡng 30% cho cả các thỏa thuận có mục đích làm hạn chế cạnh tranh. Lấy ví dụ, thỏa thuận ấn định giá hàng hóa giữa 02 doanh nghiệp trên thị trường chỉ bị cấm khi thị phần kết hợp của chúng từ 30% trở lên, trong khi đây hoàn toàn là một thỏa thuận có mục đích nhằm hạn chế cạnh tranh. *Thứ ba*, ngưỡng 30% Luật Cạnh tranh 2004 là quá cao so với quy định của thế giới. Như trên, EU và Thổ Nhĩ Kỳ chỉ quy định 15% đối với thỏa thuận theo chiều ngang và 10% đối với thỏa thuận theo chiều dọc.[21] Đối với thị trường, sự kết hợp của hai hay nhiều doanh nghiệp có thị phần xấp xỉ 1/3 mà không bị can thiệp cũng gây ra những nguy cơ làm thao túng và bóp méo cạnh tranh, bởi chỉ số HHI (bình phương thị phần kết hợp) cao.[22]

Luật Cạnh tranh 2018 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã thay đổi toàn diện cách tiếp cận thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Các thỏa thuận đã được chia theo hai hướng: (i) thỏa thuận theo chiều ngang và thỏa thuận theo chiều dọc, (ii) thỏa thuận cấm hoàn toàn và thỏa thuận phải trải qua quá trình đánh giá tác động, xem xét liệu chúng có gây hạn chế cạnh

[20] OECD (2018), *Đánh giá OCED về Luật và Chính sách Cạnh tranh Việt Nam 2018*, https://www.oecd.org/daf/competition/VietNam-OECD-Competition-Review-2018-VIET.pdf, truy cập ngày 19/12/2022.

[21] Yağmur Karahan (2021), *The era of "De Minimis" implementation in competition law*, https://miranlegal.com.tr/en/publications/the-era-of-de-minimis-implementation-in-competition-law, truy cập ngày 20/3/2022.

[22] Mai Nguyễn Dũng (2020), *Áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật về tập trung kinh tế tại Hoa Kỳ, Liên minh Châu Âu - Một số đề xuất cho pháp luật cạnh tranh Việt Nam*, Nhà nước và Pháp luật, số 4, 4/2020, tr. 58.

tranh một cách đáng kể trên thị trường hay không. Theo Điều 10 Luật Cạnh tranh 2018, các thỏa thuận phải đánh giá tác động bao gồm:

- Thỏa thuận theo chiều ngang quy định tại các khoản 7, 8, 9, 10 và 11 Điều 11.
- Thỏa thuận theo chiều dọc quy định tại các khoản 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 và 11 Điều 11.

Còn các thỏa thuận không phải đánh giá tác động mà sẽ bị cấm hoàn toàn bao gồm:

- Thỏa thuận theo chiều ngang quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 11.
- Bất kỳ thỏa thuận nào quy định tại các khoản 4, 5 và 6 Điều 11.

Lấy ví dụ, một thỏa thuận ấn định giá bán lại (*resale price maintainance*) giữa doanh nghiệp sản xuất và nhà bán lẻ hay một thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật giữa hai nhà sản xuất cùng một mặt hàng chỉ bị cấm nếu nó không "vượt qua" được bài đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể mà nó gây ra. Trong quá trình đánh giá tác động, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia sẽ xem xét đến nhiều khía cạnh bao gồm 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… Cách quy định này có nét tương đồng với việc chia ra theo mục đích (*by object*, thỏa thuận loại một) và theo tác động (*by effect*, thỏa thuận loại hai) như pháp luật cạnh tranh EU, và chỉ đánh giá tác động đối với các thỏa thuận loại hai.

Việc đánh giá này được cụ thể hóa tại Điều 11 Nghị định 35/2020/NĐ-CP, theo đó Ủy ban sẽ xem xét từng yếu tố chi tiết nêu trên trong mối liên hệ với thị trường liên quan mà các doanh nghiệp đang tham gia hay các doanh nghiệp khác không trong thỏa thuận đó. Đáng chú ý, lần đầu tiên, quy định về ngưỡng De Minimis đã được đưa vào:

"*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 thỏa thuận nhỏ hơn 5%;

b) Đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh & 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, khi thị phần của từng doanh nghiệp tham gia thỏa thuận nhỏ hơn 15%".

Như vậy, khi cần đánh giá tác động của các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, nếu các thỏa thuận (i) theo chiều ngang có tổng thị phần của các bên trong thỏa thuận dưới 5%, hay (ii) theo chiều dọc có tổng thị phần của các bên trong thỏa thuận dưới 15% thì sẽ đương nhiên không bị cấm mà không cần trải qua các lần đánh giá.

5. Kết luận và một số gợi mở trong việc thực thi pháp luật cạnh tranh Việt Nam

Có thể thấy, nguyên tắc De Minimis đã được áp dụng một cách hợp lý trong pháp luật cạnh tranh, giúp giảm chi phí cho cả cơ quan quản lý và đối tượng phải tuân thủ. Các ngưỡng De Minimis ra đời hỗ trợ cơ quan quản lý trong việc điều tra các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Nói cách khác, các cơ quan này sẽ không cần phải trải qua quá trình đánh giá chi tiết tác động của từng thỏa thuận, đi sâu và cụ thể vào các yếu tố thị trường, đặt ra các giả định cả về lý thuyết lẫn thực tế, hay tìm kiếm bằng chứng về hậu quả, vốn dĩ là một việc rất chi tiết, không dễ dàng và tốn thời gian. Đối với đối tượng phải tuân thủ, ngưỡng De Minimis hỗ trợ các chủ thể này trong việc loại bỏ các điểm không ổn định về mặt pháp lý (legal uncertainty). Những doanh nghiệp, đặc biệt là các doanh nghiệp vừa và nhỏ có thể tự tin tham gia các thỏa thuận với các bên theo cả chiều dọc và chiều ngang mà không bị điều tra, nếu các thỏa thuận này không nhằm mục đích hạn chế cạnh tranh.

Châu Âu đã ghi nhận nguyên tắc này trong các phán quyết của ECJ và EGC, và có một khoảng thời gian trên 20 năm luật hóa chi tiết các quy định về De Minimis. Nhìn chung, ngưỡng này chỉ áp dụng cho các thỏa thuận loại hai, và có các mức khác nhau cho các thỏa thuận theo chiều ngang hay dọc, cũng như khi các thỏa thuận tạo ra hiệu ứng tích lũy. Việt Nam lần đầu tiên ghi nhận các ngưỡng nói trên trong Nghị định 35/2020/NĐ-CP, tạo ra một sự ổn định về mặt pháp lý quan trọng cho cơ quan quản lý cạnh tranh quốc gia và các doanh nghiệp, tránh sự tùy tiện trong việc điều tra, 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.

Tuy nhiên, điều này đặt ra hai yêu cầu đối với công tác nghiệp vụ của cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam. *Thứ nhất*, cần phải hoàn thiện các quy định về đánh giá thị phần. Nghị định 35/2020/NĐ-CP hiện nay còn bỏ ngỏ vấn đề đánh giá thị phần trong một giai đoạn liên tục, trong khi đây lại là một đại lượng mang tính biến thiên và không bền vững, các doanh nghiệp có thể thị phần cao trong năm này nhưng lại có thị phần thấp vào năm tiếp theo. Bên cạnh đó, trong quá trình cân nhắc tác động hạn chế cạnh tranh, cũng nên tính đến các hiệu ứng tích lũy (nếu có) mà thỏa thuận có thể gây ra. *Thứ hai*, cần phải đánh giá thị trường liên quan một cách thận trọng và kĩ lưỡng. Nghị định 35/2020/NĐ-CP đã chi tiết

hóa các quy định của Luật Cạnh tranh 2018 liên quan đến vấn đề này. Việc xác định thị trường liên quan quá hẹp sẽ dẫn đến sai lầm loại I, trong đó cơ quan quản lý thực thi quá mức và không cần thiết (*over enforcement*), các doanh nghiệp trên thị trường sẽ ngần ngại trong hợp tác. Ở chiều ngược lại, xác định thị trường liên quan quá rộng sẽ dẫn đến sai lầm loại II (*under enforcement*), khi cơ quan quản lý bỏ qua những thỏa thuận thực tế đã tác động tiêu cực đến cạnh tranh. Cả hai vấn đề trên đòi hỏi Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia phải có chuyên môn, năng lực cao, nắm vững các quy định về kinh tế và pháp lý liên quan.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bryan A. Garner (tổng biên tập) (1999), *Black's Law Dictionary (7th ed.)*, NXB. Minnesota: West Publishing, St. Paul (Hoa Kỳ), năm 1999

2. Phòng Xuất xứ hàng hóa – Cục Xuất nhập khẩu, *Hiểu thế nào về De Minimis trong quy tắc xuất xứ*, http://cptpp.moit.gov.vn/data/e0593b3b-82bf-4956-9721-88e51bd099e6/userfiles/files/Hi%E1%BB%83u%20th%E1%BA%BF%20n%C3%A0o%20v%E1%BB%81%20De%20Minimis%20trong%20Quy%20t%E1%BA%AFc%20Xu%E1%BA%A5t%20x%E1%BB%A9(1).pdf, truy cập ngày 21/12/2022

3. EC (2021), *De minimis aid for services of general economic interest*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Acc0016, truy cập ngày 18/12/2022

4. Richard Wish – David Bailey (2018), *Competition Law (9th Edition)*, NXB. Oxford, London (Anh)

5. Jeffrey R. Church và Roger Ware (2000), *Industrial Organization: A Strategic Approach*, Nxb. The McGraw-Hill, Hoa Kỳ

6. EC (1997), *Thông báo về các thỏa thuận có ít quan trọng không thuộc điều chỉnh của Điều 85 (1) Hiệp ước thành lập Cộng đồng Châu Âu* (OJ C, C / 372, 09/12/1997)

7. EC (2001), *Thông báo về các thỏa thuận có ít quan trọng và không hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể theo Điều 81 (1) Hiệp ước thành lập Cộng đồng Châu Âu* (OJ C, C / 368, 22/12/2001)

8. Casemine (1998), Passmore v Morland PLC, Inntrepreneur Pub Company (CPC) LTD, Inntrepreneur Beer Sipply Company LTD, *https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72d60d03e7f57ea9226*, truy cập ngày 25/3/2022.

9. OECD (2018), *Đánh giá OCED về Luật và Chính sách Cạnh tranh Việt Nam 2018*, https://www.oecd.org/daf/competition/VietNam-OECD-Competition-Review-2018-VIET.pdf, truy cập ngày 19/12/2022

10. Yağmur Karahan (2021), *The era of "De Minimis" implementation in competition law*, https://miranlegal.com.tr/en/publications/the-era-of-de-minimis-implementation-in-competition-law, truy cập ngày 20/3/2022

11. Mai Nguyễn Dũng (2020), *Áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật về tập trung kinh tế tại Hoa Kỳ, Liên minh Châu Âu - Một số đề xuất cho pháp luật cạnh tranh Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 4, 4/2020