

Đánh giá của OECD về Luật và Chính sách Cạnh tranh

VIỆT NAM

2018

ĐÁNH GIÁ OECD VỀ LUẬT VÀ CHÍNH SÁCH CẠNH TRANH

VIỆT NAM

2018



Vui lòng trích dẫn ấn bản này là:
OECD (2018), Đánh giá của OECD về Luật và Chính sách Cạnh tranh,
<http://oe.cd/vtn>

Đây là tài liệu xuất bản thuộc trách nhiệm của Tổng Thư Ký Tổ chức Hợp tác và phát triển Kinh tế (gọi tắt là OECD). Mọi ý kiến trình bày và lập luận trong tài liệu này không nhất thiết phản ánh quan điểm chính thức của OECD, chính phủ quốc gia thành viên OECD hay thành viên Liên minh Châu Âu.

Tài liệu này và các tư liệu bản đồ trong tài liệu không phản ánh trạng thái hoặc chủ quyền đối với lãnh thổ, mở rộng biên giới và ranh giới quốc tế, tên lãnh thổ, thành phố, hay khu vực nào.

© OECD 2018

Lời nói đầu

Đánh giá đồng cấp (peer review) về pháp luật và chính sách cạnh tranh của quốc gia là một công cụ quan trọng giúp tăng cường các thể chế về cạnh tranh và cải thiện hiệu quả của nền kinh tế tại quốc gia đó. Trên thế giới hiện nay, ngày càng có nhiều sự đồng thuận về thực hành tốt nhất trong thực thi pháp Luật Cạnh tranh và tầm quan trọng của các cải cách vị cạnh tranh mà các Đánh giá đồng cấp (peer review) trở thành một phần quan trọng trong tiến trình hướng tới vận dụng các thực hành tốt nhất đó.

Đánh giá đồng cấp (peer review) là một hoạt động cốt lõi của OECD và được thực hiện khi một quốc gia tự nguyện cung cấp thông tin để các thành viên khác trong cộng đồng quốc tế rà soát về mặt nội dung. Quy trình đánh giá này cung cấp những góc nhìn sâu, có giá trị về quốc gia được đánh giá và góp phần cải thiện tính minh bạch, sự hiểu biết lẫn nhau, vì lợi ích của tất cả các bên. Đó cũng là một công cụ quan trọng giúp tăng cường các thể chế về cạnh tranh. Đổi lại, các thể chế cạnh tranh mạnh và hiệu quả có thể thúc đẩy và bảo vệ cạnh tranh trên toàn kinh tế, nhờ đó tăng thêm năng suất và kết quả kinh tế chung.

OECD xin trân trọng cảm ơn Chính phủ Việt Nam đã tự nguyện tham gia Đánh giá đồng cấp (peer review) tại Diễn đàn thế giới về cạnh tranh lần thứ 15, được tổ chức tại Pa-ri, vào hai ngày 7 và ngày 8 tháng 12 năm 2017. Cuối cùng, chúng tôi xin cảm ơn các tác giả và chuyên gia đánh giá: Nick Taylor, Ruben Maximiano, Trưởng đoàn đánh giá, Marcus Bezzi, Tổng giám đốc điều hành, Ủy ban Người tiêu dùng và cạnh tranh Úc; Isabelle de Silva, Présidente, Autorité de la concurrence, Pháp; TS. Reiko Aoki, Chủ tịch Ủy ban Thương mại lành mạnh Nhật Bản- JFTC, Nhật Bản và Bogdan, Chiritoiu, Chủ tịch Hội đồng cạnh tranh Ruma-ni.

Sau cùng, OECD xin trân trọng cảm ơn sự giúp đỡ của Chính phủ Úc và Đại sứ Quán Úc tại Hà Nội.



António Gomes
Trưởng phòng cạnh tranh, OECD

Mục lục

Lời Nói Đầu	3
1. Phần giới thiệu và Cơ sở đánh giá.....	13
2. Doanh nghiệp nhà nước.....	17
2.1. Ưu đãi và Cạnh tranh trung lập	21
2.2. Tách bạch chức năng quản lý nhà nước và chức năng quản lý doanh nghiệp	27
2.3. Các vấn đề về cơ cấu thị trường	30
3. Những quy định có ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh	34
3.1. Rào cản của chính sách hiện nay đối với cạnh tranh.....	36
3.2. Những luật mới và luật hiện hành có ảnh hưởng đến kinh doanh.....	38
4. Khung Luật Cạnh tranh hiện nay còn hạn chế.....	41
4.1. Tổng quan các công cụ pháp luật, hệ thống thực thi và đề xuất cải cách	41
4.2. Những quy định cấm hiện nay về hành vi hạn chế cạnh tranh	43
4.3. Những quy định cấm hiện nay về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và lạm dụng vị trí độc quyền.....	47
4.4. Quản lý sáp nhập hiện nay	51
4.5. Yêu cầu về nội dung cho việc thực hiện Nghị định 116.....	54
4.6. Kinh nghiệm thực thi luật pháp và cách tiếp cận	58
4.7. Tương quan với các cơ quan và luật pháp khác	62
4.8. Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action).....	64
4.9. Tóm tắt các vấn đề trong Luật Cạnh tranh 2004	67
5. Khung khổ Luật pháp cạnh tranh không lành mạnh hiện hành.....	68
6. Đề xuất Luật Cạnh tranh mới.....	72
6.1. Quy định về nội dung	72
6.2. Phát hiện và điều tra	79

7. Cải cách thể chế: cơ cấu thực thi.....	81
7.1. Thể chế chính sách cạnh tranh hiện hành.....	81
7.2. Đánh giá khung khổ thể chế hiện hành.....	85
7.3. Nguồn lực và nhân sự.....	95
7.4. Tóm tắt các vấn đề chính về cơ cấu thể chế:.....	99
7.5. Các vấn đề thể chế: Đề xuất dự án luật mới.....	100
8. Kết luận và Khuyến nghị.....	116
8.1. Thế mạnh và điểm yếu về thực trạng cạnh tranh của khối doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước.....	116
8.2. Thế mạnh và điểm yếu về loại bỏ các nội dung hạn chế cạnh tranh trong quy định hiện hành.....	119
8.3. Thế mạnh và điểm yếu về các quy định nội dung của Luật Cạnh tranh.....	121
8.4. Thế mạnh và điểm yếu khác về quản lý luật và chính sách cạnh tranh của cơ quan cạnh tranh.....	124
8.5. Thế mạnh và điểm yếu về cơ cấu thể chế cho các cơ quan cạnh tranh.....	126
8.6. Thế mạnh và điểm yếu khác về phúc thẩm các vụ việc theo Luật Cạnh tranh.....	129
PHỤ LỤC I – Ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện.....	131
PHỤ LỤC II – Tài Liệu về Đánh giá cạnh tranh của OECD.....	138
PHỤ LỤC III – Bộ Luật Hình sự.....	141
Tài liệu tham khảo.....	144

Bảng

Biểu 1. Các ngành được đề xuất cải cách luật.....	40
Bảng 2. Thống kê liên quan đến các trường hợp cạnh tranh hạn chế.....	59
Bảng 3. Ngân sách của một số cơ quan cạnh tranh chọn lọc năm 2016 và bối cảnh GDP.....	96
Bảng 4. So sánh giữa các quốc gia trên thế giới về quy mô nhân sự, năm 2016.....	98
Bảng 5. Hiệu quả về tư pháp trong giai đoạn từ 2016 đến 2017, theo Diễn đàn Kinh tế Thế giới của các quốc gia trong khối ASEAN.....	110

Hình

Hình 1.	67
Hình 2. Bảng kiểm cạnh tranh	138
Hình 3. Các bước trong Đánh giá cạnh tranh.....	140

Hộp

Hộp 1. Tình huống nghiên cứu: Các-ten bảo hiểm ô tô.....	45
Hộp 2. Vụ việc hạn chế cạnh tranh lĩnh vực bảo hiểm học sinh của 12 doanh nghiệp tại Tỉnh Khánh Hòa.....	46
Hộp 3. Lạm dụng vị trí độc quyền trên thị trường dịch vụ cung cấp nhiên liệu hàng không.....	49
Hộp 4. Thực trạng tuân thủ: Vụ việc sáp nhập chưa.....	51
Hộp 5. Vụ việc được miễn trừ quy định cấm tham gia tập trung kinh tế giữa Công ty cổ phần Dịch vụ Chuyên mạch tài chính Quốc gia Việt Nam (Banknet) với Công ty cổ phần Dịch vụ thẻ Smartlink.....	53

Tóm tắt chính

Hiện tại, Việt Nam đang trong quá trình bổ sung, sửa đổi Luật và chính sách cạnh tranh, bao gồm nội dung về vai trò của Doanh nghiệp nhà nước trong nền kinh tế. Việt Nam còn nhiều vấn đề cần hoàn thiện, với nhiều thách thức khác, trong đó có công tác đánh giá cạnh tranh đối với các quy tắc, quy định một cách hệ thống, có vận dụng luật pháp cạnh tranh nhằm đảm bảo luật căn cứ nhiều hơn vào hiệu quả, có (một hay hơn một) thể chế độc lập, có đủ nguồn lực và kỹ năng cần thiết nhằm cải thiện khung khổ cạnh tranh tại Việt Nam. Chương trình sửa đổi bổ sung luật cạnh tranh tại Việt Nam là cơ hội xây dựng luật pháp và thể chế về cạnh tranh phù hợp với thông lệ quốc tế tốt nhất.

Giữa thập niên 1980, Việt Nam đã quyết định chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch tập trung sang định hướng kinh tế thị trường. Năm 2004, Việt Nam ban hành văn bản Luật Cạnh tranh toàn diện và thành lập hai cơ quan cạnh tranh là Cơ quan cạnh tranh Việt Nam (tên gọi quốc tế là VCAD), sau này đổi tên là Cục quản lý Cạnh tranh Việt Nam (tên gọi quốc tế là VCA) và Hội đồng Cạnh tranh Việt Nam (tên gọi quốc tế là VCC). Luật Cạnh tranh, hiện nay, và hai cơ quan quan trọng này được thành lập theo luật, đã có nhiều đóng góp quan trọng đối với sự trưởng thành của nền kinh tế Việt Nam. Tuy nhiên, hệ thống hiện nay còn bộc lộ những khó khăn, hạn chế, phần nào làm chậm lại những đóng góp mà chính sách cạnh tranh có thể mang lại cho nền kinh tế Việt Nam. Trên thực tế, số lượng các vụ việc được quyết định liên quan đến việc thực thi các điều khoản cốt lõi của Luật Cạnh tranh còn thấp.

Trong nỗ lực tiếp tục tiến trình cải cách tại Việt Nam, Thủ tướng Chính phủ đã giao nhiệm vụ cho Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương (tên giao dịch là CIEM), là cơ quan nghiên cứu về chính sách thuộc Chính phủ, chuẩn bị một chính sách cạnh tranh chung bao gồm những nội dung về khối doanh nghiệp nhà nước, pháp luật hạn chế cạnh tranh và cải cách luật cạnh tranh, trước khi kết thúc năm 2018.

Chính tại thời điểm quan trọng này, Đánh giá đồng cấp đã được thực hiện với quan điểm mong muốn đóng góp phù hợp cho quá trình rà soát luật và chính sách cạnh tranh hiện tại. Bởi vậy, Đánh giá lần này có mục tiêu phân tích: hiện trạng chính sách cạnh tranh trong các lĩnh vực cạnh tranh trung lập khi doanh nghiệp nhà nước đang đóng vai trò quan trọng; quan điểm của Việt Nam về việc đánh giá cạnh tranh đối với các văn bản luật pháp và quy định, và phân tích hiện trạng luật cạnh tranh hiện nay và các thể chế cạnh tranh. Để làm được điều đó, Đánh giá tiến

hành phân tích cả Luật Cạnh tranh 2004 hiện nay và dự thảo sửa đổi luật cạnh tranh mà OECD nhận được trong quý 2 năm 2017.

Trong quá trình tiến hành Đánh giá, một số tổ chức đã tham gia tích cực, đặc biệt là VCC, VCCA, CIEM và Bộ Tư pháp. Trong chuyến đi thực tế, đoàn Đánh giá gặp nhiều thành phần đại diện các cơ quan chính phủ, tổ chức phi chính phủ, cộng đồng hành nghề luật tư nhân, và Quốc hội.

Trong lúc diễn ra Diễn đàn Toàn cầu về Cạnh tranh tại Pari do OECD tổ chức (Tháng 12 năm 2017), bốn quốc gia gồm Úc, Pháp, Nhật Bản và Ru-ma-ni đã đóng vai trò là quốc gia chủ trì đánh giá. Lãnh đạo các cơ quan này đã thực hiện đánh giá đồng cấp cho Việt Nam có sử dụng Đánh giá này làm cơ sở cho việc kiểm tra. Bà Hồ Phương Chi, Ủy viên Hội đồng cạnh tranh Việt Nam, làm trưởng đoàn đại biểu Việt Nam, cùng các cán bộ cấp cao của Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (VCCA), Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung Ương (CIEM), và Bộ Tư pháp. Phái đoàn đã trả lời câu hỏi của đoàn chủ trì đánh giá và cung cấp nhận định đánh giá về luật và chính sách cạnh tranh của Việt Nam.

Khuyến nghị của OECD góp phần đáp ứng nhu cầu về: khung khổ cạnh tranh trung lập; khung khổ đánh giá về cạnh tranh; khung luật pháp cạnh tranh cải thiện phản ánh đúng hơn về các khía cạnh kinh tế học và hiệu quả tác động nền tảng; cũng như những cải cách thể chế, hạn chế về nguồn lực và tính độc lập.

Thực hiện khung khổ trung lập về cạnh tranh toàn diện

Việt Nam đã đạt được tiến bộ to lớn trong quá trình chuyển đổi từ một nước đang phát triển có nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung, xã hội chủ nghĩa, sang nền kinh tế thị trường công nghiệp hóa nhanh chóng. Những đợt cải cách thành công đã thu gọn quy mô khối DNNN, cải thiện quản lý nhà nước và giảm được những bất hợp lý về cạnh tranh trên thị trường. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều việc nữa cần thực hiện. Đánh giá đồng cấp lần này khuyến nghị nên tiếp tục thực hiện khung khổ cạnh tranh trung lập rõ ràng và toàn diện cho đến khi thực hiện được đầy đủ, và hiệu quả, có tính đến những khuyến nghị trong Hướng dẫn về DNNN của OECD, trong đó có khuyến nghị về đảm bảo sân chơi bình đẳng về khung khổ pháp luật và quy định đối với DNNN. Cơ quan cạnh tranh hoặc một cơ quan chính sách kinh tế như Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương (CIEM) có thể góp phần quan trọng trong việc hướng dẫn về chính sách cạnh tranh đối với các hoạt động cổ phần hóa DNNN trong tương lai nhằm đảm bảo không bỏ sót bất cứ tồn tại nào về pháp lý có tính chất chống cạnh tranh trên những thị trường nơi DNNN từng có sức mạnh thị trường.

Thực hiện cơ chế đánh giá cạnh tranh

Việt Nam đã đạt được tiến bộ đáng kể trong việc cải thiện chất lượng các quy trình xây dựng và ban hành quy phạm pháp luật, trong đó phải kể đến các cơ chế tham vấn hiệu quả. Mặc dù VCCA lâu nay vẫn thực hiện vai trò cố vấn, vận động để loại bỏ hoặc cải cách những nội dung gây hạn chế cạnh tranh, rất ít lần VCCA được mời trực tiếp tham gia bàn luận xây dựng quy phạm pháp luật. Còn hai vấn đề quan trọng sau đây cần giải quyết: Một là, cần phát huy nhiều hơn nữa đóng góp của cơ quan cạnh tranh vào quá trình xây dựng văn bản quy phạm pháp luật cả về số lần và mức độ chi tiết các can thiệp, và cần thể chế hóa quy trình tham gia của cơ quan cạnh tranh trong các cuộc bàn thảo xây dựng chính sách. Hai là, cần chú ý đến một loạt các quy định đã được thông qua từ trước khi thực hiện các biện pháp kiểm soát chất lượng như hiện nay. Đánh giá lần này đưa ra khuyến nghị về việc thiết lập các cơ chế, nhằm: phân công cơ quan cạnh tranh hoặc một cơ quan nào khác phù hợp phụ trách giải quyết vấn đề về những nội dung hạn chế cạnh tranh trong luật định hiện nay; riêng đối với những dự án luật được đề xuất xây dựng mới có ảnh hưởng đến doanh nghiệp, cần thông báo và mời cơ quan cạnh tranh hoặc cơ quan khác phù hợp đóng góp ý kiến dựa vào Bảng kiểm Đánh giá Cạnh tranh. Đồng thời, còn có một khuyến nghị về việc cần rà soát luật, quy định hiện hành ở một số lĩnh vực quan trọng đối với nền kinh tế.

Cải thiện khung khổ luật pháp cạnh tranh

Việt Nam là một trong những quốc gia đầu tiên trong khối các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) đã ban hành được Luật Cạnh tranh toàn diện; bao quát cả ba lĩnh vực quan trọng về hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; hành vi lạm dụng của cá nhân doanh nghiệp và sáp nhập hạn chế cạnh tranh. Các quy định trong Luật Cạnh tranh hiện hành, mặc dù vậy, nhìn chung vẫn là theo hình thức chứ chưa theo hiệu quả tác động, nghĩa là kết quả của các vụ việc cạnh tranh chủ yếu được quyết định bởi thị phần mà không phải bởi những tác động nó gây ra trên thị trường liên quan. Tương tự như vậy, các-ten hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng nhất (hard core cartel) chỉ bị cấm nếu gây ảnh hưởng 30% thị trường, không phù hợp với thông lệ tốt nhất trên thế giới. Cho dù cách tiếp cận theo hình thức này có một số ưu điểm khi Việt Nam chỉ mới bắt đầu thời kỳ chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường và luật cạnh tranh còn mới, song để phát huy được hết tiềm năng của nền kinh tế Việt Nam, Luật cạnh tranh cần có các quy định về nội dung và hoàn thiện hơn nữa. Chính phủ Việt Nam nhận thức rõ điều này và, cho đến nay, đã trình Quốc hội dự thảo mới Luật cạnh tranh sửa đổi, tiến bộ hơn. Đánh giá đồng cấp lần này có đưa ra một số khuyến nghị giúp luật cạnh tranh sửa đổi quy định dựa

theo hiệu quả tác động nhiều hơn, đồng thời tăng cường các thẩm quyền điều tra, cụ thể là thẩm quyền thực thi điều tra đột xuất bắt buộc mà không báo trước.

Hạn chế về nguồn lực, cải cách thể chế và tính độc lập

Hiện nay, Việt Nam vẫn duy trì cơ cấu cơ quan điều tra riêng và cơ quan ra quyết định phán quyết cho việc thực thi luật cạnh tranh riêng. Chính điều này đã dẫn tới thực trạng nguồn lực vốn rất hạn hẹp lại chưa được tận dụng tối ưu hết tiềm năng. Trong Đánh giá đồng cấp lần này, một số vấn đề khác về thể chế còn gây nhiều bất lợi cho tính hiệu quả của các cơ quan thực thi Luật Cạnh tranh cũng đã được xác định, bao gồm việc thiếu thẩm quyền tự chủ và độc lập dành cho cơ quan cạnh tranh, thiếu thôn vật lực và nhân lực ở các cơ quan cạnh tranh và thiếu minh bạch trong quy trình. Vì lẽ đó, Đánh giá khuyến nghị một số biện pháp giúp tháo gỡ những vấn đề này. Bên cạnh đó, còn có khuyến nghị về hỗ trợ tài chính cho thẩm phán để được đào tạo, tập huấn về các vấn đề cạnh tranh.

1. Phần giới thiệu và Cơ sở đánh giá

Giữa thập niên 1980, Việt Nam đã quyết định chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch tập trung sang định hướng kinh tế thị trường. Trong thời kỳ này, Việt Nam đã sớm có những hình thức ban đầu của Luật Cạnh tranh trong nhiều văn bản luật qui định về giá và các luật chuyên ngành.

Năm 2004, Việt Nam ban hành văn bản Luật Cạnh tranh toàn diện có gắn với (song không phải do yêu cầu của) việc Việt Nam gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới -WTO. Mục đích chính của việc ban hành Luật Cạnh tranh là để cho thế giới biết đến mức độ cam kết của Việt Nam về hệ thống kinh tế dựa vào thị trường, hội nhập sâu rộng với nền kinh tế thế giới¹. Luật Cạnh tranh qui định việc thành lập hai cơ quan cạnh tranh là Cơ quan cạnh tranh Việt Nam (tên gọi quốc tế là **VCAD**), sau này đổi tên là Cục quản lý Cạnh tranh Việt Nam (tên gọi quốc tế là **VCA**) và Hội đồng Cạnh tranh Việt Nam (tên gọi quốc tế là **VCC**).

Theo thông tin chi tiết ở các phần tiếp theo, VCA có nhiều chức năng bao gồm luật pháp cạnh tranh và vận động chính sách, luật pháp, bảo vệ người tiêu dùng và các chức năng phòng vệ thương mại trong khi đó chức năng của VCC chỉ nằm trong lĩnh vực thực thi Luật Cạnh tranh. Tháng 8 năm 2017, VCA được tách thành hai cơ quan – đó là Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (**VCCA**) kế thừa các chức năng về bảo vệ người tiêu dùng và về cạnh tranh trước đây của VCA, và Cục Phòng vệ thương mại Việt Nam (tên giao dịch là **TRAV**) kế thừa chức năng của VCA về chức năng phòng vệ thương mại. Sự thay đổi này xảy ra vào đúng thời điểm cuối cùng của quá trình xây dựng báo cáo này, nên nhiều dữ liệu cũng như thông tin lịch sử trong báo cáo này chủ yếu là về VCA trước đây, chứ không phải là về VCCA mới.²

¹ Theo các điều khoản chung trong phần đầu của luật cạnh tranh, Điều 5 và Điều 6 trong luật có bao gồm một số qui định đối với các cơ quan quản lý nhà nước nhằm giảm thiểu các tác động hạn chế cạnh tranh hoặc cạnh tranh không lành mạnh của quy định, chính sách có khả năng tác động xấu đến thương mại quốc tế.

² Trong báo cáo này, chúng tôi sử dụng thuật ngữ VCCA để chỉ về cơ quan hiện tại và lịch sử khái quát của tình hình thực thi luật pháp trước đây và sau khi VCCA tách ra từ VCA. Khi đề cập đến trường hợp hoặc hành động cụ thể của

Việt Nam là một trong những quốc gia thành viên quan trọng nhất trong Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (gọi tắt là ASEAN) với nhiều tiến bộ đáng kể trong việc vận dụng luật pháp và chính sách cạnh tranh trong quá trình xây dựng một trong những thị trường hội nhập lớn nhất trên thế giới.

Luật Cạnh tranh, hiện nay, và hai cơ quan quan trọng được thành lập theo luật, đã có nhiều đóng góp quan trọng đối với sự trưởng thành của nền kinh tế Việt Nam. Đó là những đóng góp về vận động chính sách thân thiện với cạnh tranh trong hệ thống các cơ quan chính phủ và vận động hành vi thân thiện với cạnh tranh của chính cộng đồng doanh nghiệp.

Tuy nhiên, nhiều đặc điểm trong hệ thống hiện nay vẫn còn thiếu, bị hạn chế và làm chậm lại những đóng góp mà chính sách cạnh tranh có thể mang lại cho nền kinh tế Việt Nam.

Có một chỉ số phần nào phản ánh được tính hiệu quả của hệ thống, đó là chỉ số về số lượng và đặc thù của những quyết định về thi hành pháp luật, song con số thống kê cũng đã nói lên phần nào về tính hiệu quả đó. Số lượng các vụ việc được quyết định liên quan đến việc thực thi các điều khoản cốt lõi của Luật Cạnh tranh ít hơn so với dự kiến. Trong suốt 12 năm, hơn 80 vụ việc được điều tra sơ bộ, song chỉ có 8 vụ việc được điều tra đầy đủ chi tiết, 6 vụ đi đến thủ tục quyết định chính thức, một vụ lạm dụng vị trí độc quyền và một vụ các-ten có quyết định chính thức và áp dụng các biện pháp xử phạt. Kết quả chấp hành rất hạn chế như vậy ít có ý nghĩa răn đe chống hành vi phản cạnh tranh.

Điều đáng lưu ý là tuy số liệu thống kê các phán quyết chính thức liên quan đến quy định cạnh tranh không nhiều, điều đó không có nghĩa là lực lượng điều tra mòng của VCA chưa làm việc hết mình theo pháp luật. Cũng như với 80 vụ việc cạnh tranh ban đầu, VCA đã kết luận thành công nhiều vụ việc cạnh tranh không lành mạnh. Thống kê này phản ánh chủ yếu nhiều vấn đề khác nữa như việc dự thảo các quy định cấm các hành vi quan trọng, cơ cấu thể chế hai cấp khi thực thi các điều khoản qui định cơ bản trong Luật Cạnh tranh, và nguồn lực hạn chế ở cơ quan thực thi.

Tương tự, những dấu hiệu khác cũng cho thấy hệ thống luật pháp và chính sách cạnh tranh hiện nay có thể còn đóng góp được nhiều hơn nữa cho nền kinh tế và

VCAD hay của VCA trước khi VCCA thành lập, chúng tôi sẽ tiếp tục nhắc đến VCAD hoặc VCA đương thời khi hành động đó xảy ra.

giúp Việt Nam đi tiếp trên con đường tăng trưởng và thịnh vượng. Ví dụ có thể kể đến:

- Mặc dù đã có một số cải cách quan trọng, vẫn còn có doanh nghiệp nhà nước ở nhiều thị trường hạn chế cơ hội tham gia thị trường một cách hiệu quả của đối thủ cạnh tranh khác.
- Trong khi có nhiều ví dụ về thành công của VCA khi cố vấn cho Chính phủ Trung ương và chính quyền địa phương để không ban hành các chính sách quản lý có tính chất hạn chế cạnh tranh, thì những ví dụ này vẫn còn khá thưa thớt và chưa đủ. Thực sự là nền kinh tế còn tồn tại nhiều quy định và chính sách hạn chế cạnh tranh.
- Mặc dù nhiều nghiên cứu cho thấy tỉ lệ doanh nghiệp hiểu biết về luật và chính sách cạnh tranh còn thấp, một điều đáng lưu ý nữa là nhiều doanh nghiệp còn hiểu chưa chính xác về lĩnh vực này hoặc không hề biết gì về các luật pháp và chính sách cạnh tranh.

Trong một số giai đoạn phát triển ngắn hạn, nền kinh tế phát triển nhanh chóng với những bước nhảy vọt trong lúc còn thiếu hệ thống chính sách và luật pháp cạnh tranh đủ mạnh. Tuy nhiên, trong quá trình phát triển kinh tế ở bất cứ quốc gia nào, sẽ luôn có những thời điểm nền kinh tế khó tiến bộ được hơn nếu thiếu vắng luật pháp và chính sách cạnh tranh đủ hiệu quả.

Việt Nam giờ cũng đã chạm đến thời điểm đó.

Một chính sách quốc gia hiệu quả về cạnh tranh là thiết yếu để mọi thành phần kinh tế đều được góp mặt trong nền kinh tế – từ những người trẻ tuổi với tiềm năng đóng góp ý tưởng mới và làm việc siêng năng cho đến những nhà đầu tư nước ngoài với khả năng cung cấp công nghệ và vốn.

Luật Cạnh tranh qui định những chuẩn mực quan trọng về hành vi hoạt động kinh tế thống nhất với các văn bản luật khác, và rộng hơn chi tiết quy định của các luật khác, phải vận hành như hiến pháp đối với nền kinh tế thị trường.

Theo mô tả trong báo cáo này, có bốn hạn chế cần giải quyết để hệ thống pháp luật và chính sách về cạnh tranh vận hành toàn diện và đủ hiệu quả:

- Khung khổ quy định hiện nay không tạo thuận lợi cạnh tranh, hay ít nhất là chưa tạo được nhiều thuận lợi cần thiết cho cạnh tranh;
- Cấu trúc thị trường còn chưa cạnh tranh;

- Khung khổ thể chế của các cơ quan cạnh tranh, các cơ quan quản lý có liên quan và tòa án nơi tiếp nhận hồ sơ kháng cáo còn hạn chế tính hiệu quả của hệ thống thực thi; và
- Nội dung kỹ thuật chuyên ngành trong các văn bản Luật Cạnh tranh còn nhiều hạn chế.

Chính phủ Việt Nam đã nhận thức rõ về những vấn đề này và Bộ công thương (BCT) đã được giao nhiệm vụ dự thảo Luật Cạnh tranh mới, phối hợp với VCA, VCC, cơ quan ban ngành và các bên liên quan khác. Nhiều phiên bản dự thảo nội dung của dự án luật đã được soạn thảo trước, và trong quá trình chuẩn bị báo cáo này của OECD. Toàn bộ nội dung dự thảo luật chưa được dịch sang tiếng Pháp hoặc tiếng Anh, và một số phần chưa được đăng tải công khai. Mặc dù vậy, OECD đã được cung cấp bản dịch không chính thức của Dự thảo số 2 và một số báo cáo về các vấn đề chính chưa được giải quyết hết, kể từ bản dự thảo số 2 này. Bản dự thảo mới nhất của dự án luật được trình lên Ban thường vụ Quốc hội trong tháng 9 năm 2017 hiện đang được xem xét. Dự kiến, dự thảo cuối cùng của luật sửa đổi Luật cạnh tranh sẽ được đưa ra biểu quyết tại kỳ họp tiếp theo vào tháng Năm, 2018.

Như vậy là vẫn còn một dịp quan trọng để hoàn thiện dự thảo luật lần này.

Dự thảo luật cạnh tranh sửa đổi không giải quyết cụ thể vấn đề về nguồn lực. Về khía cạnh này, tiết kiệm chi tiêu công là đúng đắn, và thực sự nếu khắc phục được những khía cạnh nêu trên, là có thể đạt được nhiều thành tựu lớn chỉ với mức chi tiêu công như hiện nay. Tuy nhiên, mức nguồn lực hiện tại cũng vẫn là rất thấp theo tiêu chuẩn quốc tế đối với một nền kinh tế có khoảng 90 triệu dân và GDP ở mức 192 tỉ Euro. Nhiều khả năng, thực hiện ngoại lệ so với chính sách hiện nay với việc thành lập các cơ quan mới, và tăng vừa phải chi phí nhân sự sẽ mang lại nhiều lợi ích cho tổng thể nền kinh tế.

Báo cáo này sẽ giải quyết các vấn đề sau đây:

- Doanh nghiệp nhà nước (DNNN) hiện bao gồm những doanh nghiệp quan trọng nhất ở nhiều lĩnh vực thị trường quan trọng. Cải cách là cần thiết nhằm đảm bảo các doanh nghiệp này hoạt động cạnh tranh và không gây cản trở các doanh nghiệp khác cạnh tranh hiệu quả
- Các chính sách, biện pháp và quy định quản lý thuộc thẩm quyền của các Bộ ngành liên quan trong Chính phủ, cũng như ở các chính quyền địa phương, hiện còn hạn chế cạnh tranh khá nhiều. Cải cách là cần thiết nhằm cho phép các thị trường được vận hành cạnh tranh.

- Nội dung kỹ thuật trong các luật pháp cạnh tranh cũng cần phải được cập nhật nhằm phản ánh được những thực hành tốt nhất trên thế giới.
- Cấu trúc, cơ cấu thể chế và nguồn lực của các cơ quan cạnh tranh chuyên ngành cần được sửa đổi căn bản.

Đương nhiên, duy nhất luật và chính sách cạnh tranh hiệu quả không thôi cũng không thể mang lại một nền kinh tế phồn thịnh và toàn diện. Để thành công, còn cần cải cách ở những nơi khác một cách nhất quán, lệ thuộc lẫn nhau. Báo cáo này sẽ xác định một số mối tương quan cải cách quan trọng, phụ thuộc lẫn nhau như vậy.

Thực tế, hai vấn đề cuối là nội dung chính của Báo cáo này còn hai vấn đề sau cần phân tích sâu và cụ thể hơn nữa vì nằm ngoài phạm vi của hình thức báo cáo đồng cấp (peer review) lần này.

2. Doanh nghiệp nhà nước

Doanh nghiệp nhà nước có thể mang lại nhiều đóng góp quý báu cho nền kinh tế - đặc biệt là ở nền kinh tế đang phát triển mà thị trường vốn chưa phát triển sâu – song đầu tư lớn của chính phủ cũng có thể trở thành gánh nặng lớn đối với chính phủ. Nên cũng cần có nhiều biện pháp bảo đảm an toàn, nhằm đảm bảo các doanh nghiệp này hoạt động hiệu quả về nguồn lực và không ngăn cản các thành viên khác trên thị trường tham gia hiệu quả với vai trò của mình trong nền kinh tế.

Trong khi ở hầu hết các quốc gia, chỉ có một số doanh nghiệp nhà nước lớn³, hiếm thấy có quốc gia nào có nhiều doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp nhà nước mạnh như ở Việt Nam. Trên thực tế, trong năm 2015, ở Việt Nam có hơn 780 doanh nghiệp nhà nước có 100% vốn thuộc sở hữu của nhà nước, hoạt động trong tất cả các lĩnh vực chính của nền kinh tế. Mặc dù từ đó cho đến nay, con số này đã giảm, song số lượng doanh nghiệp nhà nước theo ước tính vẫn chiếm hơn một phần ba (1/3) tổng tài sản doanh nghiệp Việt Nam trên toàn quốc, và trong số

³ Chẳng hạn như, Chính phủ Liên bang Mỹ sở hữu các dịch vụ bưu chính, Chính phủ Liên bang Úc sở hữu tập đoàn nhà mạng bang thông rộng quốc gia, Chính phủ Pháp sở hữu doanh nghiệp điện lực lớn nhất, và Chính phủ Niu-Zi-Lân là cổ đông chi phối của hãng hàng không mang hình quốc kỳ.

700 doanh nghiệp niêm yết trên Sàn giao dịch chứng khoán thành phố Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh, có tới 450 là DNNN đã cổ phần hóa.

Gần đây, Chính phủ Việt Nam đã ban hành một số quyết định quan trọng nhằm giảm số lượng và tái cấu trúc khối DNNN. Năm 2016, Chính phủ Việt nam công bố⁴ cho đến trước 2020, sẽ chỉ còn lại 103 doanh nghiệp 100% vốn của nhà nước và năm 2017 (ngay tại thời điểm chuẩn bị báo cáo này), Chính phủ Việt nam công bố⁵ chi tiết giải pháp thoái vốn khỏi 406 DNNN trong giai đoạn 2017-2020. Nếu được thực hiện thành công, kế hoạch này sẽ là một bước đi quan trọng trong việc giải quyết những hạn chế quan trọng đối với hiệu quả hoạt động của cả nền kinh tế Việt Nam.

Đây là những công cụ giải pháp hỗ trợ giải quyết khá nhiều vấn đề, trong đó có một số vấn đề liên quan cụ thể đến hạn chế cạnh tranh, bao gồm:

- Để quyết định giữ lại DNNN nào và nắm giữ theo tỉ lệ bao nhiêu, chính phủ cần nhắc nhiều đến các vấn đề về cạnh tranh. Ví dụ như: tiêu chí để tiếp tục là DN 100% vốn nhà nước bao gồm những xem xét về mạng lưới độc quyền trên toàn quốc trong lĩnh vực điện lực, đường sắt hoặc kiểm soát không lưu. Một cơ sở nữa để tiếp tục duy trì sở hữu nhà nước là doanh nghiệp đó hiện nay phải đang là nhà cung cấp duy nhất về sản phẩm tiện ích hoặc dịch vụ tại một khu vực cụ thể. Mặt khác, cũng có nhiều nguyên nhân liên quan không phải về cạnh tranh vì sao một số DNNN vẫn tiếp tục được giữ lại. Ví dụ, những doanh nghiệp tham gia sản xuất thuốc nổ hoặc kinh doanh xổ số được giữ lại làm DNNN vì lý do chính sách công.
- Đối với những doanh nghiệp còn thuộc sở hữu của nhà nước, Nghị quyết năm 2017, Điều 2 khoản c có quy định phải ban hành Nghị định nhằm giảm thiểu những quyết định quản lý hành chính can thiệp trực tiếp vào thị trường như trợ cấp của nhà nước, hoặc ưu đãi tiếp cận đến các nguồn lực của nhà nước như tín dụng, đất, tài nguyên thiên nhiên, cơ hội đầu tư, tài chính và thuế.

Ngay cả với các tiêu chí như vậy, Chính phủ đã có những quyết định trước về việc sẽ tiếp tục sở hữu những doanh nghiệp nhà nước quan trọng như các doanh nghiệp thuộc Tập đoàn dầu khí Việt Nam (PetroViệt Nam), (mặc dù phần lớn vốn

⁴ Quyết định số 58 năm 2016.

⁵ Quyết định số 1232/QĐ-TTg năm 2017.

góp bên ngoài sẽ dành cho một số công ty con quan trọng và thoái vốn khỏi doanh nghiệp khai thác), chi tiết về rút dần sở hữu của nhà nước đối với các DNNN còn lại chưa được xây dựng xong.

NHTG minh họa cơ sở về tầm quan trọng của những cải cách đã được công bố và cải cách tiếp theo. NHTG có lưu ý⁶ rằng năng suất của khối DNNN thấp hơn nhiều so với năng suất của khối tư nhân và chính bởi sự chi phối từ lâu của khối DNNN nói chung trong nền kinh tế đã làm chậm lại tiềm năng năng suất chung của nền kinh tế.

Hơn nữa, nhu cầu vốn của khối doanh nghiệp này lại đặt gánh nặng lên vai Chính phủ Việt Nam. Chính điều này, cùng với nhiều tác nhân khác nữa, đã là cơ sở cho những biện pháp cải cách trước đây. Trên thực tế, số lượng các DNNN 100% vốn nhà nước đã giảm đáng kể từ con số 12.000 doanh nghiệp năm 1991 xuống chỉ còn 780 doanh nghiệp như hiện nay, và để đạt được kết quả này, rất nhiều biện pháp đã được áp dụng bao gồm cổ phần hóa, sáp nhập, đóng cửa, và bán. Ví dụ, từ năm 2011 đến năm 2016, 537 DNNN được cổ phần hóa với tổng giá trị doanh nghiệp là 789,9 nghìn tỉ đồng (tương đương 35 tỉ Đôla Mỹ).

DNNN có vị trí thống lĩnh ở nhiều thị trường có đặc điểm độc quyền tập đoàn. Các DNNN vận hành trên những thị trường này thường là doanh nghiệp trực thuộc bộ quản lý ngành đó, phụ trách ban hành các chính sách và văn bản pháp luật ngành đó, hoặc trực thuộc các bộ lớn trong chính phủ. Ví dụ, lĩnh vực viễn thông có 3 “Ông Lớn”, đều là DNNN. Hai trong số đó thuộc sở hữu của Bộ Thông tin truyền thông và một DNNN nữa là thuộc Bộ Quốc Phòng. Tương tự như vậy, những ngân hàng lớn nhất ở Việt Nam đều là DNNN và còn có cả những DNNN sản xuất xi-măng.

Cũng như DNNN hoạt động trên các thị trường có độc quyền tập đoàn, nhiều DNNN Việt nam hoạt động trên thị trường với cấp độ tập trung thấp hơn hoặc có rào cản gia nhập thị trường nhẹ nhàng hơn, là cạnh tranh cũng mạnh hoặc là cũng có cạnh tranh. Ví dụ, có những khách sạn, doanh nghiệp sản xuất bia, và doanh nghiệp xây dựng thuộc sở hữu nhà nước.

Bộ ngành nào vừa chịu trách nhiệm quản lý doanh nghiệp trên thị trường vừa nắm cổ phần ở các doanh nghiệp lớn, thì Bộ ngành đó thường dẫn tới chủ nghĩa thiên vị có thực hoặc theo quan niệm. Chủ nghĩa thiên vị có thể nảy sinh khi một DNNN yêu cầu được đối xử ưu đãi hoặc đơn giản là khi Bộ chủ quản là chủ sở

⁶ World Bank 2016, trang xxvi.

hữu lại hành xử thuận theo lợi ích của DNNN đó. Hiện tượng này dẫn đến hai hệ quả có tính chất hạn chế cạnh tranh – Một là, trước hết là doanh nghiệp tư nhân nản chí không tham gia thị trường, và Hai là, các doanh nghiệp tư nhân hoạt động trên thị trường mà cạnh tranh bị bóp méo bởi chủ nghĩa thiên vị.

Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn Nhà nước (tên giao dịch là **SCIC**) được thành lập với chức năng nắm giữ vốn chủ sở hữu tại các DNNN. Việc chuyển quyền sở hữu DNNN sang SCIC tạo điều kiện quản lý thương mại chặt chẽ hơn, làm nền tảng hướng tới cổ phần hóa và giảm bớt phạm vi chủ nghĩa thiên vị của các bộ chủ quản. SCIC đã thoái vốn hàng loạt ở nhiều doanh nghiệp quan trọng, cụ thể là đã thoái vốn hoàn toàn ở hơn 100 doanh nghiệp với tổng trị giá khoảng 4.300 tỉ đồng (190 triệu Đôla Mỹ)⁷. Cuối năm 2016, SCIC đã đang nắm giữ cổ phiếu sở hữu khoảng 150 doanh nghiệp. Tuy nhiên, cho đến nay, SCIC chưa sở hữu doanh nghiệp nào trong số những DNNN quan trọng nhất⁸. Hiện tại, khoảng 54% số các DNNN tại Việt Nam đang thuộc quản lý của chính quyền địa phương, 27% thuộc quản lý của các Bộ chủ quản và 19% thuộc quản lý của các tập đoàn kinh tế nhà nước (như SCIC).

Dưới đây là những vấn đề then chốt nảy sinh liên quan đến khối DNNN tại Việt Nam:

- DNNN có được ưu đãi gì để cạnh tranh tiết kiệm, hiệu quả và không “lấn át” các đối thủ cạnh tranh khác hay không? (**Vấn đề 1**)
- Khi Chính phủ vừa đóng vai trò là cơ quan quản lý vừa là chủ sở hữu của một doanh nghiệp thuộc thẩm quyền quản lý của cơ quan đó, việc qui định quản lý có công bằng, không thiên vị hay không? Liệu quy định quản lý *có thực sự* ‘được áp dụng công bằng’ không nếu áp dụng với DNNN và doanh nghiệp thuộc sở hữu của tư nhân, và *có được coi là công bằng* hay không để doanh nghiệp tư nhân không vì thế mà nản chí tham gia thị trường? (**Vấn đề 2**)

⁷ <http://www.scic.vn/english/index.php/investment/16-investment/portfolio.html>.

⁸ Chính phủ Việt Nam, trong năm 2005, đã thành lập Tổng công ty Đầu tư và Kinh doanh vốn Nhà nước (SCIC), với vai trò là đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại các doanh nghiệp. SCIC là một tổ chức kinh tế đặc biệt của nhà nước với chức năng và nhiệm vụ được quy định theo Luật và có cơ cấu tổ chức của một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. SCIC nhận và đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước tại các doanh nghiệp do nhà nước nắm cổ phần.

- Có lý do nào về chính sách công lành mạnh để chính phủ duy trì sở hữu của mình hay không? Nếu có, DNNN nên có cơ cấu như thế nào, và nếu không có, thì chính phủ nên cơ cấu việc thoái vốn thế nào nhằm giảm rủi ro xảy ra hành vi phản cạnh tranh sau khi thoái vốn? (**Vấn đề 3**)

Ba vấn đề liên quan đến DNNN này đều là những vấn đề về chính sách cạnh tranh xa hơn cả việc thực thi luật pháp cạnh tranh song cũng có nhiều hàm ý quan trọng trong phạm trù về thực thi luật. Nếu các vấn đề này không được giải quyết hợp lý, thì DNNN có thể có lợi rất lớn cả về sức mạnh chính trị và cả về vị trí thống lĩnh thị trường. Những vụ việc về lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường đều thuộc nhóm những vụ việc khó giải quyết nhất, cả về khía cạnh pháp luật và cả về khía cạnh thể chế của chính phủ. Nếu không giải quyết triệt để được những nội hàm rộng lớn hơn về chính sách cạnh tranh của việc cơ cấu DNNN, thì sẽ gây căng thẳng lớn cho hệ thống thực thi pháp Luật Cạnh tranh và ngốn cả nguồn lực dành cho các vấn đề quan trọng khác về thực thi pháp luật.

2.1. Ưu đãi và Cạnh tranh trung lập

Một đặc điểm cơ bản của cơ chế thị trường là nó định hướng cho *hiệu quả về kỹ thuật, phân bổ và năng động* – chí ít là khi không có thất bại thị trường. Khả năng duy trì thặng dư doanh số so với chi phí, kích lệ người điều hành doanh nghiệp tiết kiệm đầu vào hơn, đồng thời lại sản xuất theo cách để hàng hóa và dịch vụ được khách hàng định giá cao. Cơ chế thị trường cũng cung cấp những ưu đãi khuyến khích mức độ hoạt động tối ưu trong một thị trường cụ thể - đầu tư thiếu làm giá cả tăng và khuyến khích gia nhập thị trường và mở rộng quy mô; đầu tư thừa khuyến khích hợp nhất, cắt giảm quy mô doanh nghiệp và tái phân bổ lại nguồn lực cho các công dụng khác.

Khi một doanh nghiệp thuộc sở hữu của tư nhân, quyền hưởng lợi nhuận do kinh doanh phát đạt của chủ doanh nghiệp là động lực khiến cho chủ doanh nghiệp chủ động quản lý doanh nghiệp theo cách hiệu quả về nguồn lực hơn hoặc khuyến khích họ tuyển chọn và khen thưởng người quản lý doanh nghiệp của họ theo cách đó. Tuy nhiên, khi chính phủ là chủ sở hữu doanh nghiệp, điều quan trọng là phải có chính sách cụ thể rõ ràng nhằm đạt được những hiệu quả sau:

- **Công ty hóa (Corporatization):** khi lợi nhuận cao hơn chi phí (và là bình thường với doanh nghiệp lớn bất kỳ) thì có nhu cầu thành lập một pháp nhân riêng rõ rệt có tài khoản riêng, cán bộ quản lý riêng, và đội ngũ quản lý của công ty đó phải được chỉ đạo để theo hoặc được khen thưởng nếu có nỗ lực điều hành trên cơ sở thương mại và có lợi nhuận.

- **Cạnh tranh trung lập/Viện trợ của nhà nước:** mức chi của một DNNN cần thanh toán để trả nợ, góp vốn, chi cho đất đai và các nguồn lực khác để DNNN đó sử dụng trong sản xuất phải ở mức hiệu quả phản ánh được giá trị thị trường, ngang bằng với mức chi trả của một doanh nghiệp tư nhân. Không thể tính theo lợi ích nhờ việc thuộc sở hữu của nhà nước khiến DNNN đó có thể hoặc khuyến khích DNNN đó thay thế các doanh nghiệp sản xuất khác một cách không hiệu quả. DNNN cũng phải nộp thuế (hoặc cổ tức đặc biệt cho nhà nước bằng với mức thuế mà một doanh nghiệp tư nhân phải nộp) để DNNN không hưởng được bao cấp cho phép thay thế được các đối thủ cạnh tranh hiệu quả khác.

Trong năm 2012, OECD đã công bố tài liệu tóm tắt Khuyến nghị, Hướng dẫn và Thực hành Tốt nhất dài 70 trang của OECD về Cạnh tranh trung lập được tổng hợp từ nhiều năm kinh nghiệm trong lĩnh vực này. Tài liệu này bao gồm những nội dung chính sau đây:

- Sắp xếp tinh gọn hình thức hoạt động của các doanh nghiệp của nhà nước.
- Hướng dẫn về DNNN của OECD trình bày nhiều khuyến nghị. Đặc biệt là đối với các lĩnh vực được quản lý chặt chẽ như năng lượng và tiện ích về thông tin truyền thông, vận tải và ngân hàng, cần tách bạch các chức năng quản lý khỏi những đơn vị có chức năng thương mại, các đơn vị thương mại cần thuộc phạm vi điều chỉnh của luật doanh nghiệp (và nếu không tách bạch được thì việc sắp xếp cần phản ánh được luật doanh nghiệp càng nhiều càng tốt), các cơ quan quản trị nhà nước cần có thẩm quyền rõ ràng để chỉ đạo điều hành công ty theo đúng các xem xét thương mại thông thường và với nhận thức đầy đủ về nghĩa vụ của DNNN là phải tuân theo các quy tắc của thị trường.
- Xác định chi phí trực tiếp của bất cứ chức năng nào được giao.
- Xác định các chi phí trực tiếp là thiết yếu để trung lập được trong cạnh tranh. Điều này là cần thiết để xác định xem khu vực công phải chịu thêm chi phí ở những đâu (ví dụ nếu cần phải thực hiện một dịch vụ công) hay để xác định xem DNNN có lợi ở những đâu khi là doanh nghiệp thuộc sở hữu của nhà nước, nhờ đó có thể tránh được bao cấp đầy đủ.

Trong trường hợp này, “chi phí” liên quan là các chi phí kinh tế mà các khoản chi cụ thể của DN này cần xác định, mọi lợi ích hay nguồn lực DN sử dụng mà không phải chi trả cụ thể, và cần tính tới khả năng DNNN chi trả lợi nhuận thương mại/ hợp lý trên nguồn vốn chủ sở hữu đã dùng, thường theo hình thức cổ tức.

Việc xác định các chi phí cho các hoạt động của một DNNN cũng là cần thiết để đảm bảo DN đó có nộp đủ thuế một cách hợp lệ (hoặc nộp đủ khoản phải nộp tương đương thuế cho chính phủ).

Xác định chi phí trực tiếp cũng là việc cần thiết khi xác định cơ chế giá hiệu quả và theo chi phí đặc biệt khi một hoạt động không được xử lý (hoàn toàn) là hoạt động thương mại hay khi DN không thể được công ty hóa (hoàn toàn).

- Đạt được tỉ lệ lợi nhuận thương mại.

Cũng như bất cứ doanh nghiệp kinh doanh nào, không nhất thiết mọi giao dịch đều phải sinh lời hay có mức lợi nhuận như nhau. Tuy nhiên, nhìn tổng thể doanh nghiệp phải được vận hành trên cơ sở có lợi nhuận và có chi trả một mức lợi nhuận thương mại (có nghĩa là trả cổ tức) cho chính phủ dựa trên mức vốn góp của chủ sở hữu đã dùng.

Điều này có ý nghĩa quan trọng vì một số lý do chính sau: nếu doanh nghiệp mà chi trả thấp hơn mức lợi nhuận thương mại, thì sẽ là có bao cấp đầy đủ của chính phủ (hoặc thậm chí là có định giá thấp để phá giá) và một doanh nghiệp của nhà nước mà không hiệu quả vẫn có thể hắt cẳng được một doanh nghiệp tư nhân hiệu quả hơn ra khỏi thị trường. Hơn nữa, nếu DNNN không làm ra được lợi nhuận thương mại thông thường, thì nguồn vốn nhà nước còn khan hiếm của cộng đồng đã chưa được sử dụng một cách tối ưu theo đúng tiềm năng và cộng đồng phải chịu thiệt thòi.

- Chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ dịch vụ công.

Trong một số trường hợp, DNNN phải thực hiện nghĩa vụ dịch vụ công. Các nghĩa vụ này cần được hạch toán riêng và được nhận ngân sách trực tiếp từ ngân sách nhà nước (và cũng phải nhận được lợi nhuận thương mại thông thường từ các chức năng thương mại thông thường).

Cách sắp xếp này hiệu quả về nguồn lực cả cho các hoạt động thương mại (mà giá cả, lợi nhuận, và cấp độ của hoạt động không bị bóp méo bởi nhu cầu cấp tài chính cho các nghĩa vụ dịch vụ công) và cả cho chính những nghĩa vụ dịch vụ công (vì nó có thể giúp xác định khi nào có thể áp dụng những phương án bớt tốn kém hơn nhằm hoàn thành những nghĩa vụ về dịch vụ công này, ví dụ như đấu thầu cung cấp dịch vụ công).

- Trung lập về thuế.

Tốt nhất là DNNN cần có những nghĩa vụ thuế như một doanh nghiệp bình

thường, song, nếu không phải như vậy thì cần thiết lập một sân chơi bình đẳng bằng cách yêu cầu DNNN nộp một mức cổ tức đặc biệt hoặc khoản thanh toán đặc biệt cho chính phủ, mức nộp này được tính trên cùng cơ sở như cách tính thuế phải nộp thông thường.

Nguyên tắc này cần áp dụng chung cho cả thuế thu nhập, thuế hải quan, phí dịch vụ của chính phủ (VD: đăng ký bằng sáng chế) và thuế gián tiếp như Thuế Giá trị gia tăng (thuế GTGT), thuế hàng hóa và dịch vụ hoặc thuế tiền lương/ thuế việc làm.

- Trung lập trong quy phạm pháp luật⁹

Như đã nêu trên, các hoạt động quản lý và hoạt động thương mại phải được tách bạch theo các cơ quan khác nhau. DNNN phải có nghĩa vụ thỏa mãn những yêu cầu theo quy định của pháp luật giống như các doanh nghiệp tư nhân và không nên được hưởng bất cứ miễn trừ nào theo pháp luật. Cơ quan quản lý không nên phân biệt đối xử giữa DNNN và các doanh nghiệp khu vực tư nhân trong cách tiếp cận quản lý của mình.

- Trung lập về nợ (Debt neutrality) và bao cấp toàn bộ.

Có nhiều trường hợp, chính phủ các nước (kể cả DNNN thuộc sở hữu của chính phủ nước đó) được trả lãi vay thấp hơn doanh nghiệp tư nhân. Tuy nhiên, DNNN không nên có quyền lợi tài chính nợ rẻ hơn theo hình thức bao cấp đầy đủ của chính phủ - và cũng không nên được bao cấp một phần. Dù bao cấp của chính phủ là đầy đủ hay một phần đều có tác động đến việc DNNN có thể thế chỗ các doanh nghiệp tư nhân khác đang kinh doanh có hiệu quả.

Có hai cơ chế để loại bỏ bao cấp của chính phủ về khả năng DNNN tiếp cận nguồn tài chính nợ rẻ hơn đối thủ tư nhân trên thị trường. Cơ chế thứ nhất là chính phủ vận hành kho bạc còn DNNN thực hiện tất cả các hoạt động vay vốn. Nhà nước sẽ tìm nguồn vay ở thị trường vốn theo những điều khoản ưu đãi nhất có thể, rồi cho DNNN vay lại theo mức lãi suất tiêu chuẩn mà doanh nghiệp tư nhân có cấp độ rủi ro tương đương phải trả khi vay.

⁹ Một ví dụ, được bàn luận ở phần sau, về cách làm hiện nay trong đó Việt nam không vận dụng nguyên tắc trung lập về quy định quản lý với trường hợp một DNNN bị một DNNN khác mua lại mà không có nghĩa vụ phải kê khai thuế sáp nhập.

- Một cơ chế khác nữa là DNNN tự huy động vốn theo các điều khoản có lợi nhất có thể nhưng sẽ phải trả cho chính phủ thêm một khoản cổ tức đặc biệt bằng mức chênh lệch về lãi suất mà doanh nghiệp tư nhân có cấp độ rủi ro tương đương phải trả.
- Mua sắm chính phủ.

DNNN không nên bị yêu cầu cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ miễn phí cho chính phủ hoặc rẻ hơn giá thành, và cũng không nên có chỉ định ưu tiên của chính phủ để mua hàng hóa hoặc dịch vụ từ DNNN do chính phủ sở hữu. DNNN cũng cần tuân thủ theo đúng những yêu cầu giống như những yêu cầu dành cho nhà cung cấp tư nhân khi tham gia quy trình mua sắm đầu thầu.

OECD đã tổng hợp thành tư liệu từ trước¹⁰ những quan ngại về khía cạnh này: DNNN có hàng loạt những lợi ích chính thức và không chính thức bao gồm việc được ưu tiên tiếp cận tài chính, vốn vay, vốn ngân sách nhà nước, đất đai và nhiều nguồn lực khác.

DNNN Việt Nam trước đây thường dễ được vay ưu đãi được từ các ngân hàng thương mại. Hơn nữa, các tín dụng này yêu cầu ít hoặc không yêu cầu bên vay phải công khai thông tin và phần lớn không chịu giám sát của các cơ quan thực thi pháp luật ngành tài chính (OECD, 2016). Do đó, qui mô nợ xấu trong khối DNNN là không rõ ràng. Điều này có thể làm ảm đạm nguồn vốn dành cho các doanh nghiệp tư nhân làm ăn có hiệu quả hơn.

DNNN cũng đã được thuận lợi tiếp cận tài chính, vốn vay, vốn ngân sách nhà nước, đất đai và các nguồn lực khác, điều đó đồng nghĩa với việc chi phí vốn đối với DNNN thấp hơn giá thị trường và không bao gồm đủ các loại rủi ro (NHTG 2016¹¹). Nếu DNNN không có khả năng trả nợ, chính phủ không để DNNN bị phá sản nhưng sẽ có khuynh hướng cứu trợ, phong tỏa, tái cấu trúc, hoặc thậm chí xóa nợ, hoặc chuyển nợ sang DNNN khác. Khi DNNN không có khả năng nộp thuế, các doanh nghiệp này được phép chậm trả nợ hoặc giảm nợ hay thậm chí được xóa nợ. Thực tế này càng cho thấy cần thiết lập sân chơi bình đẳng cho các doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp tư nhân tại Việt nam và được đảm bảo bằng chính sách cụ thể.

¹⁰ OECD 2016, trang 320.

¹¹ Trang 84.

Như trên đã nêu, mới đây, Chính phủ Việt Nam thông qua các cải cách có thể mang lại nhiều cải thiện đáng kể về hiệu quả kinh doanh của DNNN, nếu cải cách được thực hiện đầy đủ và thành công, và nhờ thế, sẽ góp phần làm toàn nền kinh tế được khởi sắc, cũng bởi tầm quan trọng của các DNNN trong nền kinh tế.

Ở một số quốc gia, cơ quan quản lý nhà nước bị cấm không được hành xử theo cách làm hạn chế cạnh tranh hoặc phân biệt đối xử giữa các thành phần tham gia thị trường, và cơ quan quản lý về cạnh tranh có thẩm quyền áp dụng biện pháp xử lý những cơ quan nhà nước cấp tỉnh nếu có hành vi như vậy. Quy định cấm này cũng áp dụng đối với hành vi phân biệt đối xử giữa doanh nghiệp nhà nước và các thành phần khác. Ví dụ các nước này gồm Lithuania, Ru-ma-ni và I-ta-ly.

Khuyến nghị 2.1:

Công cuộc thực hiện khung khổ trung lập trong cạnh tranh rõ ràng và toàn diện là hướng đi cần theo đuổi cho đến khi được thực hiện đầy đủ và hiệu quả. Công việc này bao gồm việc thực hiện các khuyến nghị trong Hướng dẫn về DNNN của OECD, về các phương diện: sân chơi bình đẳng về khung khổ pháp lý và quản lý đối với DNNN, tách bạch chức năng sở hữu nhà nước khỏi chức năng khác của nhà nước, áp dụng tiêu chuẩn cao về minh bạch và công khai thông tin, yêu cầu chất lượng cao về trách nhiệm giải trình, hạch toán rành rọt giữa các hoạt động kinh tế và hoạt động phi kinh tế của DNNN, giám sát và đánh giá hiệu quả kinh doanh của DNNN cũng như tình hình DNNN tuân thủ theo các tiêu chuẩn về quản trị doanh nghiệp. *Ghi chú: Để biết thêm chi tiết hướng dẫn về thực thi trung lập về cạnh tranh, vui lòng tham khảo các khuyến nghị về cạnh tranh trung lập cụ thể của OECD.*

Khuyến nghị 2.2:

Cần phát huy đầy đủ hiệu lực các quy định trong luật pháp về việc DNNN (so với các DN thuộc sở hữu của tư nhân) không có quyền được ưu đãi đặc biệt, ví dụ tiếp cận đất đai, hay các nguồn lực khác sẵn có của nhà nước; tiếp cận vốn rẻ hơn lãi suất thương mại để tiếp cận vốn, hay được miễn thuế và lệ phí.

Khuyến nghị 2.3:

Mỗi DNNN cần được sắp xếp theo cách thức của doanh nghiệp thuộc sở hữu tư nhân, hoặc nếu khác, thì cơ cấu quản trị doanh nghiệp của DNNN cần phản ánh gần đúng nhất cơ cấu quản trị doanh nghiệp tư nhân.

Khuyến nghị 2.4:

Cần áp dụng các nguyên tắc cạnh tranh trung lập (trung lập trong cạnh tranh) ở tất cả các cấp chính phủ, bao gồm cấp trung ương, cấp tỉnh và thành phố.

Khuyến nghị 2.5:

Luật Cạnh tranh quy định cấm cơ quan quản lý cấp trung ương và cấp địa phương hành xử theo cách làm hạn chế cạnh tranh hoặc phân biệt đối xử giữa các thành viên tham gia thị trường, và cơ quan cạnh tranh cần có thẩm quyền xử phạt đối với các đơn vị nhà nước cấp trung ương và cấp địa phương do thực hiện/ đã thực hiện hành động hạn chế cạnh tranh hoặc phân biệt đối xử giữa các thành phần tham gia thị trường.

2.2. Tách bạch chức năng quản lý nhà nước và chức năng quản lý doanh nghiệp

Khi Chính phủ vừa ban hành quy định, chính sách trên thị trường và vừa làm cổ động của doanh nghiệp hoạt động kinh doanh trên thị trường, có thể xảy ra xung đột lợi ích. Xung đột lợi ích có tác hại đối với nền kinh tế theo hai cách:

- Từ quan điểm quản lý thực hành tốt nhất, dễ xảy ra tình trạng chính phủ bỏ qua hoặc nương tay để các quy chuẩn không được thực hiện bài bản. Nếu xảy ra hiện tượng này, công chúng sẽ không được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật.
- Hơn nữa, có thể dễ xảy ra tình trạng vận dụng thẩm quyền quản lý nhà nước có thiên vị với DNNN hơn so với đối thủ cạnh tranh thuộc sở hữu tư nhân và có thể thực hiện bao cấp đầy đủ đối với DNNN so với đối thủ cạnh tranh thuộc sở hữu tư nhân. Hiện tượng này có xu hướng khuyến khích DNNN không hiệu quả, hoặc khuyến khích hành vi thiếu hiệu quả ở trong các DNNN đang kinh doanh có hiệu quả, thế chỗ sản xuất đang hiệu quả cho sản xuất không hiệu quả gây bất lợi cho nền kinh tế nói chung.

Báo cáo của NHTG năm 2016 có đề cập nhiều đến các vấn đề liên quan đến xung đột lợi ích giữa một số cơ quan chính phủ cụ thể khi nắm cả 2 vai trò là cơ quan quản lý nhà nước và chủ sở hữu DNNN. Báo cáo diễn giải thực trạng DNNN có ảnh hưởng không nhỏ đến việc ra quyết định của chính phủ nói chung và đến các qui định gây ra hiệu ứng phản cạnh tranh nói riêng.¹²

Tương tự như vậy, khi OECD thực hiện chuyến công tác đến Việt Nam để xây dựng báo cáo này, có nhiều người trong chính phủ và cả bên ngoài chính phủ

¹² “Lợi ích nhỏ gây trở ngại cả một qui hoạch tổng thể”, Trang 58; Trang 84, Trang 138.

đã chỉ ra những xung đột lợi ích hiện hữu và tiềm tàng là nguyên nhân gây hạn chế đầu tư của các doanh nghiệp tư nhân, trong khi lại củng cố thêm vị trí thống lĩnh của một số DNNN chủ chốt, khiến càng bóp méo nhiều hơn việc xây dựng chính sách tốt và tình hình vận hành của các thị trường.

Một đặc điểm quan trọng của xung đột lợi ích là các xung đột này phải được giải quyết không chỉ bằng nội dung mà bằng biện pháp cụ thể, rõ ràng đảm bảo hết xung đột. Để minh họa yêu cầu này, chúng ta có thể nghiên cứu trường hợp một cơ quan Bộ quyết tâm làm việc rất khách quan khi quản lý DNNN do mình sở hữu và các doanh nghiệp tư nhân khác, song lại không ban hành được chính sách hay cơ cấu cụ thể để minh chứng là Bộ đó đúng thật là hoàn toàn khách quan. Nhà đầu tư khu vực tư nhân có thể miễn cưỡng đầu tư do họ e ngại sẽ bị đối xử kém ưu đãi hơn và khách hàng có thể nghi ngại rằng họ có thể nhận được dịch vụ đáng tin cậy hơn của DNNN có uy tín hơn là của doanh nghiệp tư nhân.

Xung đột lợi ích chỉ ở mức tiềm tàng cũng có hại như xung đột lợi ích đang hiện hữu.

Khi OECD không có bằng chứng về việc đối xử không công bằng của các cơ quan Bộ ngành giữa DNNN và đối thủ cạnh tranh thuộc sở hữu tư nhân của họ trong bối cảnh liên quan đến các quy định, chính sách hiện hành, rõ ràng có bằng chứng cho thấy còn thiếu những biện pháp đảm bảo an toàn cần thiết để tránh xảy ra xung đột lợi ích hiện hữu hay tiềm tàng.

Ví dụ như, các hãng hàng không cạnh tranh mạnh cả về giá cả và độ tin cậy của dịch vụ. Trong năm 2010 (và các thời điểm khác), đã có rất nhiều ý kiến trái chiều về tính đúng giờ của các dịch vụ bay do các hãng hàng không khác nhau tại Việt Nam cung cấp, và quan sát của người tiêu dùng có đôi lúc đã nhìn nhận hãng hàng không quốc gia Việt Nam (Vietnam Airlines) có thành tích kiểm soát các chuyến bay đúng giờ hơn cả. Nếu thị trường vận hành thuận lợi, các hãng hàng không phải cạnh tranh với nhau để gây dựng uy tín về việc đúng giờ. Nếu Vietnam Airlines đạt kết quả tốt hơn thì phải được khen thưởng về thành tích đó.

Mặt khác, khắp nơi cũng có cáo buộc cho rằng Vietnam Airlines được lợi nhờ cách đối xử không công bằng của chủ sở hữu là cơ quan quản lý nhà nước của mình. Theo góc lại của NHTG như sau¹³:

13

World Bank 2016, trang 138.

“Tại các cảng hàng không, chính sách xếp lót không cạnh tranh. Hãng Vietnam Airlines của nhà nước được quyền lợi “con ông cháu cha” trên các chặng bay quốc tế, trong khi đó quyền bay charter flight chặng nội địa chỉ được cho phép tùy từng trường hợp.”

Thành viên cộng đồng du lịch cũng có quan điểm¹⁴ (dù đúng hay sai) rằng sở hữu nhà nước khiến hãng hàng không Vietnam Airlines được đối xử ưu đãi nhiều về xếp lịch bay hơn và điều đó khiến một số khách lữ hành mua vé của hãng này chứ không mua của hãng tư nhân cạnh tranh với Vietnam Airlines.

Những ý kiến trên đây *có thể chính xác hoặc có thể không chính xác*. Cũng có thể do hiện nay, Vietnam Airlines cạnh tranh hiệu quả hơn về khía cạnh này. Vấn đề là ở chỗ, nếu không có biện pháp cụ thể bảo đảm tách bạch được vai trò quản lý nhà nước của chính phủ với vai trò nhà đầu tư vào một doanh nghiệp lớn nhất trên thị trường, thì chả khác nào khách hàng và nhà đầu tư tham gia một thị trường mà nỗi lo sợ lớn nhất về đối xử không công bằng trong quản lý nhà nước là sự thật. Khách hàng có thể mua vé đắt hơn mức cần thiết của doanh nghiệp trên thị trường và sẽ xảy ra hiện tượng đầu tư ít hơn mà không phải là đầu tư hiệu quả hơn.

Tương tự như vậy, trước đây, khi Hội đồng cạnh tranh Việt Nam phải ra phán quyết DNNN có vi phạm Luật Cạnh tranh hay không, DNNN đã cử đại diện tìm sự hỗ trợ của các Bộ ngành liên quan để kêu gọi trợ giúp của VCC thay họ. Ít nhất đã có một số trường hợp Bộ ngành quản lý có liên quan đã tiếp cận VCC để ủng hộ DNNN của mình. Mặc dù VCC vững tin rằng VCC chưa hành xử thiếu phù hợp, song quy trình cạnh tranh có phần bị ảnh hưởng bởi không có biện pháp đảm bảo nào để giải quyết quan niệm cho rằng một cơ quan Bộ quản lý có thể xoay chiều cả quá trình ra quyết định khách quan.

Vì lý do đó, chính phủ cần có một cánh tay khác, phụ trách nắm giữ cổ phiếu ở DNNN tách bạch với các bộ ngành dọc phụ trách về chính sách và quản lý.

Trong năm 2005, Việt Nam đã thành lập một công cụ như vậy (đó là SCIC) nhằm tập trung hóa hoặc tổng hợp chức năng chủ sở hữu, tách bạch khỏi các chức năng (khác) về chính sách và quản lý được thực hiện bởi các bộ ngành, song cho đến nay vẫn còn nhiều lợi ích chủ sở hữu chưa được bàn giao hết cho SCIC.

14

Comeandgo trên trang Tripadvisor, 22/4/2010.

Nay Chính phủ đã quyết định¹⁵ tách chức năng chủ sở hữu khỏi chức năng quản lý nhà nước cho hầu hết các DNNN lớn, nếu chưa nói là toàn bộ. Chính phủ đã cam kết sẽ tạo ra một cơ quan đại diện chủ sở hữu là Chính phủ ở các DNNN trước năm 2018, và như vậy các doanh nghiệp do nhà nước đầu tư vốn sẽ tách bạch được chức năng chủ sở hữu doanh nghiệp khỏi chức năng quản lý nhà nước một cách đầy đủ hơn.

Cụ thể là, các cơ quan chính phủ tham gia quản lý kinh tế sẽ không nên tham gia bất cứ loại hình kinh doanh nào, nhằm tránh khả năng hình thành và tồn tại các xung đột lợi ích.

Khuyến nghị 2.6:

Việt Nam cần đảm bảo thực thi đầy đủ hiệu lực quyết định về việc chuyển giao toàn bộ vốn chủ sở hữu tại tất cả các Doanh nghiệp nhà nước (DNNN) sang SCIC (hay cơ quan nào khác tương tự chỉ có một nhiệm vụ duy nhất là quản lý tài sản đầu tư của chính phủ trong doanh nghiệp). Cơ quan tiếp nhận vốn này phải đảm bảo doanh nghiệp được cơ cấu và quản lý theo cách thức thương mại, có lợi nhuận ở mức tối ưu cho phép.

Khuyến nghị 2.7:

Các cơ quan chính sách và cơ quan chuyên ngành (như các Bộ phụ trách xây dựng chính sách về viễn thông, năng lượng, giao thông, hoặc các cơ quan phụ trách về thực thi pháp luật trong các lĩnh vực này) cần thực hiện chức năng của Bộ mà không thiên vị hoặc phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp thuộc sở hữu của nhà nước hay thuộc sở hữu của tư nhân.

2.3. Các vấn đề về cơ cấu thị trường

Mặc dù Việt Nam gặp nhiều vấn đề về cạnh tranh do tỉ lệ sở hữu doanh nghiệp của nhà nước cao, song sở hữu của chính phủ cũng mang lại một cơ hội quan trọng. OECD hiểu rằng Chính phủ đã và đang tiến hành phân tích hệ thống những tài sản được cân nhắc để tiếp tục thuộc sở hữu của nhà nước vì lý do chính sách công và tài sản nào sẽ thoái vốn.

¹⁵

Nghị quyết của Trung ương Đảng số 12-NQ/TW và Nghị quyết của Chính phủ số 97/NQ-CP ngày 2/ 11/ 2017, về cấu trúc lại DNNN.

Khi Chính phủ ra quyết định cần duy trì sở hữu nhà nước, cũng có nghĩa là quyết định duy trì DNNN như hiện nay, hoặc sáp nhập DNNN đó với DNNN khác hoặc chia tách DNNN đó thành các doanh nghiệp cạnh tranh. Tương tự, nếu chính phủ muốn bán một DNNN, Chính phủ có thể bán cả doanh nghiệp đó một lần hoặc tách doanh nghiệp đó thành nhiều phần rồi bán. Chính sách cạnh tranh luôn là xem xét trọng tâm được ưu tiên trong bất cứ quá trình ra quyết định nào.

Việc hình thành Thị trường Điện quốc gia tại Úc (NEM) là minh chứng cho những lợi ích có được. Trước năm 1995, mỗi chính quyền Bang và Lãnh thổ đều sở hữu công ty điện lực riêng của bang, lãnh thổ đó, nhưng kể từ thời điểm 1995 trở lại đây, 4 bang và 1 lãnh thổ đã thống nhất tạo thị trường cạnh tranh cho sản xuất điện và cung cấp điện.

Hai Chính quyền Bang (Victoria và Nam Úc) có kế hoạch cổ phần hóa tài sản của mình, còn hai chính quyền Bang (New South Wales và Queensland) muốn duy trì vai trò sở hữu nhà nước đối với các tài sản của mình. Thủ đô của Úc đã quyết định ký kết thỏa thuận đối tác hợp tác Công – Tư giữa một doanh nghiệp điện lực nhà nước và một doanh nghiệp tư nhân trong nước về khí đốt. Mặc dù vẫn duy trì được quyền chủ quyền lãnh thổ đối với quyết định có cổ phần hóa hay không cổ phần hóa, cả 5 chính quyền đều nhất trí theo cách tiếp cận sau:

- Thiết lập các hệ thống hạ tầng của nhà nước, có liên đới với nhau về vật lý và năng lực kỹ thuật truyền tải điện hai chiều giữa các bang tham gia thỏa thuận và tuân theo các quy định quản lý giá và sử dụng mạng lưới;
- Doanh nghiệp được tách ra để công ty sở hữu mạng truyền tải điện sẽ không sở hữu tài sản phát điện hay tài sản bán lẻ;
- Tài sản sản xuất điện ở mỗi bang lại được tách thành tối thiểu 3 công ty cạnh tranh nhau; và
- Bên phân phối/ bán lẻ “tiếp xúc với khách hàng” cũng được tách ra thành nhiều doanh nghiệp và mỗi doanh nghiệp sau khi tách được phục vụ qui mô khoảng 1 triệu khách hàng, và được phép cung cấp cho khách hàng ở bất cứ bang nào. Bang nhỏ nhất bắt đầu với một doanh nghiệp bán lẻ và bang lớn nhất có từ 4 đến 5 doanh nghiệp bán lẻ song, ngay từ ban đầu, họ đều được bán điện ở tất cả các bang.

Kết quả là, ngay sau khi thực hiện, thị trường liên kết này đã có hơn 10 doanh nghiệp sản xuất điện lớn cùng cạnh tranh đấu thầu để sản xuất điện si cho cả hệ thống, và hơn 10 doanh nghiệp bán lẻ cung cấp điện đến tận tay người tiêu dùng cuối cùng. Khoảng một nửa quân số doanh nghiệp này đều thuộc sở hữu nhà nước

và nửa còn lại là của tư nhân. Cân nhắc kỹ càng về cách sắp xếp cả hai loại tài sản để nhà nước tiếp tục nắm giữ, và thiết kế các gói thoái vốn, đã mang lại sự chuyển hóa của cả ngành điện thành một ngành cạnh tranh mạnh mẽ.

Vì điện là đầu vào quan trọng cho tất cả các thành phần trong nền kinh tế, nên chi phí giảm, độ tin cậy tăng lên nhờ việc thành lập Thị trường điện toàn quốc đã trở thành guồng máy quan trọng đối với tăng trưởng toàn quốc trong ít nhất một thập niên.

Tản mạn thêm về trường hợp này, điều đáng lưu ý là ở nhiều quốc gia khác, việc cấp điện nói chung đều bị tính phí theo yếu tố chính trị, đặc biệt là do ảnh hưởng của các chính sách giảm phát thải các-bon đối với ngành điện. Mặc dù vậy, thiết kế cấu trúc cơ bản của thị trường điện kể trên giải quyết được những tác động này và hỗ trợ cung cấp nền tảng ổn định để quốc gia có thể quản lý được những thay đổi về chính sách môi trường gây nhiều tranh cãi và những khủng hoảng về độ tin cậy ngắn hạn.

Trái lại, khi quyết định cho phép cạnh tranh trong lĩnh vực viễn thông, nước Úc đã quyết định giữ lại nguyên 1 DNNN (“Telstra”) (một ngoại lệ khá hi hữu về tài sản) mà không tách. Sau đó, Chính phủ đã bán dần cổ phiếu trong công ty này trong một khoảng thời gian dài. Đối thủ cạnh tranh do tư nhân sở hữu được phép tham gia thị trường, và trên thực tế, họ đã tham gia. Một số dịch vụ (như cuộc gọi quốc tế) đã sớm chứng kiến cạnh tranh mạnh, song trong rất nhiều năm, phần lớn các dịch vụ vẫn còn trong tay doanh nghiệp độc quyền. Vấn đề cạnh tranh vẫn còn đó và riêng việc quản lý một DNNN này thôi đã ngốn của ACCC nhiều nguồn lực hơn bất cứ nhiệm vụ nào khác.

Hiện đang có kế hoạch cải cách một doanh nghiệp tích hợp đa di năng của ngành điện lực, đó là Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN) song kế hoạch này vẫn quy định để một doanh nghiệp sở hữu cả hệ thống truyền tải điện và các máy phát điện lớn. Trong năm 2011, OECD đã ban hành Khuyến nghị của Hội đồng yêu cầu các thành viên xem xét chi phí và lợi ích của việc quy định phải tách về cơ cấu các bộ phận có tiềm năng cạnh tranh nhau, trong các ngành sản xuất được quản lý, ra khỏi các thành phần độc quyền tự nhiên, thay vì dựa vào các yêu cầu về hành vi. Hay nói cách khác, điều nên làm là để EVN sở hữu cả tài sản phát điện và mạng lưới truyền tải điện, rồi dựa vào quy định cấm lạm dụng vị trí độc quyền để tạo thuận lợi cho các đối thủ phát điện mới được cạnh tranh, hay là nên chẳng thực thi việc tách cơ cấu giữa các hoạt động phát điện của EVN ra khỏi các hoạt động mạng lưới truyền tải điện.

Những giải pháp về cơ cấu nhất định mang lại lợi ích rõ rệt hơn đó là doanh nghiệp điều hành mạng lưới sẽ hành xử công bằng hơn và hiệu quả hơn khi phải kinh doanh với các doanh nghiệp sản xuất điện có cạnh tranh và nhiệm vụ quản lý của nhà nước cũng đơn giản hơn rất nhiều (có nghĩa là thiết lập cơ cấu định giá tối ưu và hệ thống “xếp hàng” một cách hợp lý để được đầu nối)

Theo khuyến nghị tách cơ cấu năm 2011, những nước OECD đã cải cách ngành điện lực trong nước¹⁶ đều đã ban hành qui định chung về sở hữu hoặc tách các thành phần vận hành mạng lưới trong ngành, theo chức năng, khỏi những doanh nghiệp sản xuất và/hoặc bán lẻ điện, nhằm tạo điều kiện thúc đẩy cạnh tranh ở những lĩnh vực có khả năng cạnh tranh trong ngành điện, và chỉ tập trung quản lý lĩnh vực trong ngành có độc quyền tự nhiên.

Việt Nam hiện đang trong quá trình xem xét có nên tách không và tách như thế nào:

- Quyền sở hữu và vận hành mạng lưới truyền tải và phân phối là các lĩnh vực cạnh tranh tự nhiên đòi hỏi phải được quản lý về giá và tiếp cận; và
- Nhiều doanh nghiệp sản xuất và bán lẻ cạnh tranh nhau (với tư cách là các doanh nghiệp riêng rẽ hoặc đang là mô hình “sản xuất-bán lẻ” kết hợp) mà không cần can thiệp chính sách quản lý nếu có được một thị trường cung cấp điện có thiết kế quy củ.

Tương tự, trong lĩnh vực bán lẻ, có thể tách:

- Quyền sở hữu và vận hành mạng lưới đường sắt là độc quyền tự nhiên, phải được quản lý về giá và tiếp cận; và
- Doanh nghiệp vận hành tàu “trên ray” cạnh tranh với nhau có thể trả tiền sử dụng hệ thống đường ray.

Mặc dù cả doanh nghiệp sở hữu vận hành mạng lưới và doanh nghiệp kinh doanh trên thị trường cạnh tranh đều có thể được cổ phần hóa, song Việt Nam đã nhận thức rõ rằng có cơ sở rõ ràng về sự cần thiết phải cổ phần hóa cả những thành phần kinh doanh trên thị trường cạnh tranh của ngành điện lực và ngành đường

¹⁶ Tham khảo, ví dụ Yêu cầu của Liên minh Châu Âu đối với các quốc gia thành viên (Trang 10 – Báo cáo của Ủy ban Cạnh tranh OECD “Report on experiences with Structural Sedoantion” (tạm dịch là: Báo cáo về kinh nghiệm tách cơ cấu”).

sát. Quyết định này được đưa ra nhằm cổ phần hóa những thành phần cạnh tranh mà không phải là độc quyền tự nhiên trong các doanh nghiệp này.

Về khía cạnh tài chính, Chính phủ Việt Nam có kế hoạch huy động tài chính từ nguồn thoái vốn khỏi các DNNN lớn, để phục vụ nhiều mục đích cân vốn. Cơ quan cạnh tranh hay cơ quan chính sách kinh tế như Viện nghiên cứu quản lý trung ương (tên giao dịch là CIEM) có vai trò quan trọng trong việc đưa ra hướng dẫn cổ phần hóa trong tương lai đối với các DNNN khác nhằm đảm bảo không bỏ sót bất cứ tồn tại nào chống cạnh tranh trên những thị trường có DNNN có nhiều sức mạnh thị trường.

Khuyến nghị 2.8:

Khi chính phủ ra quyết định bán tài sản ở những ngành có DNNN thống lĩnh hoặc có DNNN độc quyền nhóm, cần tham vấn trước với cơ quan cạnh tranh (hay cơ quan độc lập khác am hiểu thực tế và kiến thức về luật pháp, chính sách cạnh tranh) để lấy ý kiến về cách đảm bảo thị trường liên quan sau khi bán tài sản có được cơ chế cạnh tranh tối đa.

Ý kiến góp ý bao gồm ý kiến về cơ cấu bán tài sản tối ưu— nên bán ở nguyên dạng một doanh nghiệp hay bán sau khi tách thành nhiều doanh nghiệp, có cần dỡ bỏ rào cản về quản lý hay rào cản nào khác hay không, có cần đến hình thức quy định quản lý gì để xử lý vấn đề về sức mạnh thị trường sau khi bán tài sản hay không. Cơ quan cạnh tranh cần có đủ nguồn lực để có thể góp ý thấu đáo và kỹ càng về các vấn đề tham vấn này. Ý kiến tham vấn của cơ quan cạnh tranh phải được thực hiện, trừ trường hợp có những lý do vì lợi ích công chúng vô cùng cấp thiết buộc phải bỏ qua ý kiến của cơ quan cạnh tranh. Nếu ý kiến tham vấn không được thực hiện, mà doanh nghiệp cổ phần hóa hoặc tư hữu hóa lại có sức mạnh thị trường đáng kể hoặc thống lĩnh, thì cần xem xét áp dụng các biện pháp kiểm soát bằng chính sách để giải quyết sức mạnh thị trường đó. Có thể lấy ví dụ về biện pháp đó như sau: quy tắc cho phép tiếp cận các tiện ích thiết yếu bằng điều khoản hợp lý.

3. Những quy định có ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh

Luật Cạnh tranh của Việt Nam qui định cấm các cơ quan nhà nước và cơ quan sự nghiệp không được có những hành động cản trở cạnh tranh như:

- Phân công thị trường hoặc trực tiếp cản trở cạnh tranh trên thị trường;
- phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp;

- ép buộc các hiệp hội hành nghề hoặc các doanh nghiệp liên kết với nhau nhằm loại trừ, hạn chế, cản trở các doanh nghiệp khác cạnh tranh trên thị trường; và
- các hành vi khác cản trở hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, không có cơ chế cụ thể nào để đưa những vấn đề nêu trên đến VCCA hoặc để VCCA tìm biện pháp phòng vệ đối với các trường hợp đó. Sự thực là Việt Nam có một vấn đề về chính sách cạnh tranh với cả các quy định hiện hành và qui trình thông qua luật và qui định mới. Như ở các nước đang phát triển khác, có xảy ra một vấn đề cụ thể với giấy phép trên cơ sở cơ cấu pháp định.

Qui định pháp luật được thiết kế hiệu quả là vô cùng quan trọng đối với hiệu quả hoạt động của tổng thể nền kinh tế. Ở một số quốc gia, cần phải có qui định của luật pháp trước khi cạnh tranh diễn ra hiệu quả, còn ở các ngành khác, chính sách cạnh tranh có vai trò quan trọng trong việc giải quyết những đở vờ tiềm tàng của thị trường khi phát sinh.

Ví dụ về những kiểu qui định tạo thuận lợi cạnh tranh gồm pháp luật về viễn thông cho phép các doanh nghiệp viễn thông cạnh tranh nhau được kết nối và nhận cuộc gọi giữa các khách hàng sử dụng mạng viễn thông khác nhau, quy định trong lĩnh vực ngân hàng cho phép giao dịch thanh toán giữa mọi chủ tài khoản và cho phép liên kết điện lực.

Ví dụ về những kiểu qui định quản lý giải quyết đở vờ của thị trường bao gồm quy định yêu cầu phải được đào tạo đa khoa trước khi các bác sĩ được phép thực hiện khám chữa bệnh cho bệnh nhân, vì bệnh nhân không được qua đào tạo chuyên ngành y và thường không am hiểu và cũng không thể thương lượng yêu cầu dịch vụ.

Những quy định có thiết kế yếu kém có khả năng gây trở ngại cho hiệu quả hoạt động kinh tế và một trong nhiều cách tạo ra tác động như vậy là khi qui định quản lý cản trở hoặc hạn chế cạnh tranh một cách không cần thiết.

Các cơ quan cạnh tranh có thể có vai trò quan trọng trong việc giảm những hạn chế của chính phủ trên thị trường vốn là nguyên nhân chính khuyến khích thái độ kinh doanh không chính thức, vì khi gặp phải gánh nặng lớn do quy định của pháp luật, nhiều doanh nghiệp sẽ chuyển sang hành vi kinh doanh không chính thức. Các cơ quan cạnh tranh có thể phát huy vai trò của mình bằng cách hỗ trợ các cơ quan chính phủ xác định những qui định hiện hành làm cản trở/hạn chế cạnh tranh một cách không cần thiết, hoặc có thể giúp các nhà lập chính sách thiết

kế quy định mới ít hạn chế cạnh tranh nhất có thể trong khi lại hoàn thành được những mục tiêu chính sách của cơ quan quản lý (OECD, 2009¹⁷). Khi không tuân thủ theo các qui tắc và luật định về kinh tế, doanh nghiệp không chính thức thường cắt xén hoặc đánh cắp công việc kinh doanh của các doanh nghiệp chính thức, ngay cả khi doanh nghiệp không chính thức vận dụng những kỹ thuật sản xuất không đạt hiệu suất cao. Kết quả là, các doanh nghiệp chính thức bị giảm khả năng khai thác kinh tế quy mô một cách đầy đủ, do đó hạn chế tăng trưởng và năng suất của chính mình.

Theo kinh nghiệm các nước thành viên, OECD xây dựng một Bộ công cụ Đánh giá cạnh tranh bằng 16 thứ tiếng¹⁸ để hỗ trợ các quốc gia tránh được các vấn đề cạnh tranh phát sinh từ quy định có thiết kế chưa tốt. Bộ công cụ gồm 3 Quyển – Nguyên tắc Đánh giá cạnh tranh, Hướng dẫn Đánh giá cạnh tranh và Cẩm nang Thực hành Đánh giá cạnh tranh. Phần phụ lục của báo cáo có giới thiệu những nét chính của ba cuốn tài liệu này.

Phần này trong báo cáo đề cập đến các nội dung sau đây:

- Cấp phép kinh doanh;
- Công cụ quản lý khác; và
- Quy trình xây dựng luật pháp mới.

3.1. Rào cản của chính sách hiện nay đối với cạnh tranh

Ở Việt Nam hiện nay, hệ thống quy phạm pháp luật còn tồn tại nhiều yếu tố hạn chế cạnh tranh. Ví dụ, *Luật đầu tư*¹⁹ (đã sửa đổi), qui định các điều kiện tham gia đầu tư, kinh doanh 243 ngành, nghề trong đó có một số điều kiện làm hạn chế cạnh tranh.²⁰

¹⁷ OECD, Chính sách Cạnh tranh và Nền kinh tế phi chính thức (Competition Policy and the Informal Economy) 2009.

¹⁸ Bản dịch Quyển 1 và Quyển 2 đang được thực hiện phối hợp với cơ quan cạnh tranh tại quốc gia cần chuyển thể sang ngôn ngữ chính thức của nước đó (hoặc sang một trong những ngôn ngữ chính thức của nước đó). Cho đến nay các tài liệu Hướng dẫn chưa được chuyển dịch sang tiếng Việt. Quyển 3 chưa được biên dịch.

¹⁹ Luật số 67/2014/QH13.

²⁰ Tham khảo danh sách chi tiết tại Phụ lục I.

Nguyên tắc Đánh giá cạnh tranh của OECD chỉ rõ hoạt động cấp phép là một hình thức quản lý đặc biệt có nhiều khả năng có hại đối với cạnh tranh vì hoạt động này đặt ra các rào cản gia nhập và hạn chế số lượng thành viên tham gia thị trường.

Trong nhiều lĩnh vực thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật đầu tư, áp đặt các yêu cầu và mục đích bảo vệ an nguy của công chúng hoặc tăng cường lợi ích cho công chúng là việc làm quan trọng. Tuy nhiên, trong khá nhiều vụ việc gây thiệt hại nghiêm trọng, yêu cầu của Luật giới hạn gia nhập thị trường mà không có cơ sở rõ ràng hoặc thiếu cơ sở về lợi ích công chúng.

Chính phủ cho đến nay đã ghi nhận sự cần thiết phải cải cách quy định quản lý và càng ngày càng có nhiều yêu cầu quản lý được xem xét kiểm tra về sự cần thiết. Tháng 10, năm 2017, Chính phủ đã thông qua một nghị quyết²¹ yêu cầu các Bộ/cơ quan quản lý nhà nước giảm từ 1/3 đến 1/2 tổng số quy định quản lý và trong Tháng 12, năm 2017, Bộ Kế hoạch và Đầu tư đề xuất đưa 21 ngành ra khỏi phạm vi điều chỉnh của Luật Đầu tư.

Mặc dù vậy, quyết định chính thức đưa 21 ngành ra khỏi phạm vi điều chỉnh của Luật Đầu tư lại chưa có hiệu lực và nhiều ví dụ quan trọng cho thấy ngay cả 222 ngành còn lại vẫn còn có nhiều yêu cầu chung không cần thiết hoặc không tương xứng với mục tiêu bảo vệ lợi ích công chúng.

Khi thực hiện quyết định nêu trên với mục tiêu giảm bớt gánh nặng quản lý nói chung (hoặc với mục tiêu nào khác) thì các yêu cầu cho mỗi lĩnh vực trong phạm vi của Luật đầu tư cần được đánh giá theo cách tiếp cận Bộ công cụ Đánh giá cạnh tranh của OECD. Cụ thể là, cần xem xét các nội dung sau:

- Mục đích về khía cạnh công của việc quy định quản lý là gì?
- Yêu cầu đó cần dỡ bỏ hoàn toàn đồng thời trừ phi có lý do rõ rệt và quan trọng về chính sách công đòi hỏi cần quản lý (tương tự như hoạt động kiểm tra sự cần thiết của chính sách mà Việt Nam đã đang áp dụng).
- Nội dung của các yêu cầu cần được đánh giá cụ thể để loại bỏ hoặc dự thảo lại nội dung nào hạn chế cạnh tranh một cách không cần thiết hoặc nội dung nào không tương xứng với mục đích chính sách công đang được bảo vệ.
- Nếu có thể, cần qui đổi các yêu cầu cấp phép thành quy tắc áp dụng cho những doanh nghiệp nào lựa chọn tham gia một hoạt động kinh doanh

²¹ Nghị quyết số 98/NQ-CP ngày 3/10/2017.

cụ thể, để các yêu cầu cấp phép tạo ra ít rào cản tiềm tàng đối với việc gia nhập thị trường buộc phải được thỏa mãn trước khi một pháp nhân được phép bắt đầu hoạt động mua bán.

Khuyến nghị 3.1:

NCC (hay một cơ quan phù hợp nào khác có chức năng nhiệm vụ bao quát hơn về kinh tế như Viện nghiên cứu quản lý kinh tế trung ương (CIEM) – nội dung này áp dụng với toàn bộ các Khuyến nghị còn lại ở phần này) cần được phân công nhiệm vụ giải quyết các vấn đề của những trở ngại đối với cạnh tranh ở các pháp luật hoặc qui định quản lý hiện hành.

NCC cần có thẩm quyền đưa ra Khuyến nghị công hoặc khuyến nghị chung liên ngành về thiết lập lại môi trường cạnh tranh nếu các cơ quan nhà nước cấp trung ương và địa phương có thiết lập/ áp dụng các hành vi hạn chế cạnh tranh hoặc phân biệt đối xử giữa các thành phần doanh nghiệp trên thị trường.

Bước đầu tiên cần làm là xác định những ngành rất cần được đánh giá chi tiết về cạnh tranh. Cần lập danh sách các ngành cần đánh giá chi tiết từ:

1. 20 ngành quan trọng hàng đầu trong nền kinh tế của Việt Nam về qui mô đóng góp cho GDP, về công ăn việc làm, về hàng xuất khẩu hay về tiêu chí khác phù hợp với Việt Nam; và
2. Bất cứ ngành nào khác tình nguyện đề xuất được đánh giá, sau khi tham vấn rộng rãi hoặc sau khi tham vấn với Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt nam.

Bước thứ hai cần làm là: tiến hành đánh giá những ngành mục tiêu theo kế hoạch đánh giá hàng năm, theo như Bộ công cụ đánh giá cạnh tranh của OECD và đưa ra các khuyến nghị cải cách phù hợp, để tạo thuận lợi thúc đẩy cạnh tranh.

Bước thứ 3 cần làm là: cơ quan cạnh tranh đánh giá tiến độ của chương trình và quyết định có cần tiếp tục đánh giá nữa hay không và làm thế nào để xác định ứng cử viên đánh giá căn cứ trên cơ sở tối đa hóa những đóng góp của công tác cải cách này cho thịnh vượng kinh tế quốc gia của Việt nam.

3.2. Những luật mới và luật hiện hành có ảnh hưởng đến kinh doanh

OECD có một Khuyến nghị quan trọng được phê chuẩn trong năm 2012 về Chính sách Quản lý và Quản trị. Khuyến nghị này giải quyết cả hai nội dung sau:

- Việc xây dựng pháp luật mới (có nghĩa là các qui định cần được xây dựng trong khuôn khổ áp dụng những cơ sở phân tích về chi phí và cách tiếp cận minh bạch, tích cực để thiết kế quy định đó); và

- Yêu cầu định kỳ “khám sức khỏe” các quy định hiện hành nhằm đảm bảo các quy định đó vẫn tiếp tục đáp ứng tiêu chuẩn đối với quy định mới, vẫn mang lại lợi ích sau cùng, và vẫn tiếp tục là giải pháp hiệu quả nhất để đạt được mục đích chính sách.

Tại Việt Nam, Luật xây dựng và ban hành quy phạm pháp luật quy định phải tham vấn các cơ quan bộ ngành về dự án luật đề xuất, và để các cơ quan bộ ngành tham gia ý kiến trước khi dự án luật đó được chính phủ thông qua, và trình lên Quốc Hội xem xét. Các cơ quan cần tham vấn lấy ý kiến bao gồm Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, Bộ Tư pháp, Bộ Kế hoạch và Đầu tư và các Bộ ban ngành khác.

Khi có đề xuất đánh giá luật mới hoặc luật hiện hành vì có ảnh hưởng xấu đến cộng đồng doanh nghiệp, cần thực hiện đánh giá tác động văn bản pháp luật (RIA). Các Đánh giá tác động văn bản pháp luật chú trọng đảm bảo văn bản qui phạm pháp luật có hiệu quả thông qua việc hoàn thành mục tiêu của văn bản mà chi phí tuân thủ và chi phí chế tài thấp nhất. Đánh giá tác động văn bản pháp luật cũng lưu ý các cơ quan cần tham vấn ý kiến của các bên bị ảnh hưởng của văn bản pháp luật nhằm đảm bảo đầu ra của văn bản pháp luật đạt tối ưu. Tuy vậy, Đánh giá tác động văn bản pháp luật không chú trọng cụ thể vào các tác động cạnh tranh của luật và qui định mới.

Khi có đề xuất đánh giá một luật mới hoặc luật hiện hành vì có ảnh hưởng xấu đến cộng đồng doanh nghiệp, cơ quan cạnh tranh cũng cần được mời tham vấn cho ý kiến và khi cơ quan này phát hiện được thực tế các văn bản pháp luật đó sẽ hạn chế/ gây cản trở đáng kể đến cạnh tranh, thì cơ quan này cũng cần cho ý kiến về cách tránh để xảy ra tác động. Trong quá trình phân tích đánh giá, các cơ quan cạnh tranh sẽ vận dụng một qui trình tương tự như quy trình đã được giải thích trong Bộ công cụ Đánh giá Cạnh tranh của OECD.

Hiện nay, VCCA có chức năng nhiệm vụ tham gia xem xét các dự án luật được đề xuất song chỉ thực hiện khi có yêu cầu cụ thể. Trên thực tế, rất ít dự án luật mới được đưa đến trước VCCA xem xét lấy ý kiến.

VCA và VCC cũng đã cung cấp ý kiến cố vấn cho chính phủ về việc cải cách các văn bản luật hiện hành nhằm gỡ bỏ những trở ngại gây hạn chế cạnh tranh. Ví dụ, trong năm 2010, VCA đã thực hiện đánh giá cạnh tranh đối với 10 ngành được nhiều lần Khuyến nghị đánh giá bao gồm khuyến nghị cải cách luật, như sau:

Biểu 1. Các ngành được đề xuất cải cách luật

Ngành sản xuất	Ngành dịch vụ
Thép cuộn trong xây dựng	Phân phối xăng và dầu đi-ê-zen
Xi măng	Bảo hiểm (phi nhân thọ)
Đạm Urê	Ngân hàng (tín dụng)
Thực ăn gia súc và gia cầm	Viễn thông (di động và cố định)
Sữa bột công thức	Hàng không nội địa

Nguồn: VCA

VCA cũng đã cung cấp ý kiến cho chính phủ về những cải cách tạo thuận lợi cạnh tranh đối với các văn bản luật quy định các ngành được và viễn thông.

VCC cũng đã có Khuyến nghị đến chính phủ về việc tạo thuận lợi gia nhập thị trường trong lĩnh vực cung cấp nhiên liệu hàng không tại cảng hàng không, trong phán quyết của VCC về vụ việc VINAPCO.

Mặt khác, có lẽ còn nhiều văn bản luật có hạn chế cạnh tranh mà các cơ quan cạnh tranh chưa tham gia ý kiến hết. Ví dụ, VCA không tham gia vòng tham vấn của Thông tư năm 2011 của Bộ Công thương²² trong đó có quy định giấy phép nhập khẩu xe hơi chỉ được cấp nếu bên đăng ký cấp phép được ủy quyền bởi nhà sản xuất thiết bị xuất xứ. Tương tự, VCCA không tham gia qui trình tham vấn của Nghị định năm 2017 của Chính phủ²³ hạn chế hàng loạt nhưng dịch vụ bảo hành và bảo trì cho xe hơi đối với những doanh nghiệp được hãng sản xuất thiết bị xuất xứ ủy quyền. Những văn bản pháp luật này ngăn chặn cạnh tranh của các mặt hàng nhập khẩu song song và của nhiều doanh nghiệp nhỏ hơn đang nỗ lực cạnh tranh cung cấp dịch vụ bảo dưỡng.

Theo Luật ban hành Văn bản quy phạm pháp luật (ban hành năm 2015), mọi cá nhân hay cơ quan đều có quyền tham gia ý kiến về đề xuất văn bản quy phạm pháp luật song quy định này chưa tăng đáng kể số lần ít ỏi VCCA tham gia vào quy trình xây dựng pháp luật.

Ở một số nước, không cần tổ chức chính thức cho một cơ quan thực hiện đánh giá cạnh tranh đối với dự án luật mới được đề xuất, bởi vì hệ thống ở những nước này có qui định đặc biệt cho mọi bất cứ dự án luật mới, và quy định cơ quan cạnh tranh phải thường xuyên giám sát và tham gia ý kiến cho những cơ quan phụ

²² Số 20/2011/TT-BCT.

²³ Số 116/2017/NĐ-CP.

trách soạn thảo. Ở các nước khác (và trong đó có Việt Nam), việc đánh giá chưa được thực hiện thường quy và các nước này sẽ rất có lợi nếu áp dụng quy trình phổ biến dự án luật mới đến cơ quan cạnh tranh, để cơ quan cạnh tranh xem xét góp ý, nhằm tránh những hạn chế cạnh tranh không cần thiết.

Khuyến nghị 3.2:

Cần có cơ chế thông báo đến NCC về mọi dự án luật mới có ảnh hưởng đến doanh nghiệp, ngay từ đầu dự án luật, và NCC nên có cơ hội tham gia ý kiến của NCC dựa vào Bảng kiểm Đánh giá Cạnh tranh. NCC cần thực hiện công việc này vận dụng những nguyên tắc và phương pháp luận mô tả trong Bộ công cụ Đánh giá cạnh tranh OECD (OECD Competition Assessment Toolkit).

4. Khung Luật Cạnh tranh hiện nay còn hạn chế

Trong phần này, Báo cáo sẽ bàn về nhiều vấn đề liên quan đến luật cạnh tranh hiện hành. Các Khuyến nghị về cách xử lý những vấn đề này được trình bày tại Phần 6.

4.1. Tổng quan công cụ pháp luật, hệ thống thực thi và đề xuất cải cách

Công cụ quan trọng nhất bao gồm các văn bản luật pháp cạnh tranh, và những nội dung được đề cập trong báo cáo này bao gồm:

- Luật Cạnh tranh số 27/2004/QH11 (“**gọi tắt là Luật Cạnh tranh 2004**”);
- Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số Điều của Luật Cạnh tranh, (gọi tắt là “**Nghị định 116**”);
- Nghị định số 71-2014/NĐ-CP Quy định chi tiết Luật cạnh tra về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh (gọi tắt là “**Nghị định xử phạt**”);
- Điều 217 và Điều 220 Bộ Luật Hình sự số 100/2015/QH13 (gọi tắt là “**Quy định về hình sự**”); và
- Điều 584, Luật Dân sự (gọi tắt là “**Bồi thường thiệt hại của cá nhân** (“**Private Action**”).

Những quy định cấm trong Luật Cạnh tranh cũng có thể thấy ở nhiều luật khác gồm Luật về Giá, các luật chuyên ngành cụ thể như văn bản luật lĩnh vực viễn thông và điện lực. Ngoài ra, cũng có các công cụ khác ảnh hưởng đến hệ thống thực thi Luật Cạnh tranh, ví dụ như các luật về tổ chức tòa án và các cơ quan thực thi pháp luật.

Luật Cạnh tranh 2004 giải quyết hai lĩnh vực:

- Cấm hành vi “**hạn chế cạnh tranh**” bao gồm các điều khoản cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, lạm dụng độc quyền, và quy định về hệ thống kiểm soát sáp nhập doanh nghiệp; và
- Cấm hành vi “**cạnh tranh không lành mạnh**” gồm mười hình thức hành vi cạnh tranh không lành mạnh (*competition deloyale*) bị cấm (thảo luận sau đây).

Mặc dù Luật Cạnh tranh 2004 quy định mức phạt tối đa 10% tổng doanh thu của đối tượng liên quan trong năm tài chính trước khi vi phạm, luật xử phạt vi phạm hành chính và Nghị định xử phạt có quy định chi tiết hơn và các mức phạt thấp hơn đối với các hành vi vi phạm cụ thể.

Điều quan trọng là các hình thức xử phạt vi phạm những quy định cấm hạn chế cạnh tranh cao hơn các mức phạt vi phạm quy định cấm cạnh tranh không lành mạnh. Các mức phạt vi phạm quy định cấm hạn chế cạnh tranh có tính chất “răn đe” còn các mức phạt vi phạm quy định cấm cạnh tranh không lành mạnh có đặc điểm “xử phạt hành chính”. Do vậy, Luật Cạnh tranh 2004 đưa ra một cơ cấu thi hành hai cấp:

- VCCA thực hiện điều tra liên quan đến cả những quy định cấm hạn chế cạnh tranh và quy định cấm cạnh tranh không lành mạnh nhưng cũng có thẩm quyền tự quyết định về trách nhiệm và các mức phạt cho các vụ việc cạnh tranh không lành mạnh.
- Về các điều tra liên quan đến hạn chế cạnh tranh (như các-ten và lạm dụng vị trí thống lĩnh), nếu VCA thực hiện điều tra và hình thành quan điểm là có vi phạm luật, VCA chuyển hồ sơ vụ việc đến VCC để VCC quyết định liệu đối tượng bị buộc tội có phải chịu trách nhiệm hay không và phải áp dụng mức phạt nào.

Các bên quan tâm có thể kháng nghị lần đầu phán quyết của VCCA hay của VCC trước bất cứ tòa án cấp tỉnh nào thuộc 63 tỉnh, thành phố, rồi tiếp tục kháng

ngợi lên một trong ba tòa khu vực là Tòa Phúc thẩm/ Tòa cấp cao. Tòa án cao nhất là Tòa án Tối cao.

Theo bàn luận sau đây, nhiều nơi đã biết hệ thống trên đây có nhiều điểm cần cải cách và VCCA đã điều phối công việc của ban soạn thảo với nhiều nội dung trong dự thảo luật mới.

Cảnh sát và Viện kiểm sát nhân dân²⁴ chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc và tiến hành khởi tố trước đưa ra tòa hình sự. Các điều khoản quy định về vi phạm Hình sự có liên quan đến thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (Điều 217²⁵) và thông thầu (Điều 222²⁶) sẽ có hiệu lực từ ngày 1/1/2018.

4.2. Những quy định cấm hiện nay về hành vi hạn chế cạnh tranh

Luật Cạnh tranh 2004 quy định cụ thể 8 dạng thức (hành vi) thỏa thuận bị cấm tại Điều 8 và Điều 9, Luật Cạnh tranh 2004. Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bao gồm:

- Thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp;
- Thỏa thuận 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, dịch vụ;
- Thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư;
- Thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng;

²⁴ “Viện kiểm sát” là thuật ngữ thường dùng để dịch từ Tiếng Việt sang Tiếng Anh. Cơ quan này thực hiện truy tố các vụ việc hình sự.

²⁵ Khung phạt từ 200 triệu Đồng đến 1 tỉ Đồng, cải tạo không giam giữ đến 2 năm hoặc phạt tù từ 3 tháng đến 2 năm. Khung hình phạt tăng lên mức từ 1 tỉ Đồng đến 3 tỉ Đồng, và phạt tù tăng từ 1 đến 5 năm nếu có một số tình tiết tăng nặng.

²⁶ Các mức phạt chỉ áp dụng đối với cá nhân. Có áp dụng thêm mức phạt tù tới 20 năm bổ sung cho các trường hợp qui định cấm đối với một số nghề nghiệp cụ thể với mức phạt tù lên đến 5 năm và tịch thu tài sản.

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

Điều quan trọng là, các mục từ (1) đến (5) nêu trên chỉ bị cấm nếu các bên đồng ý cùng thỏa thuận có thị phần gộp 30%. Không có ngưỡng thị phần để áp dụng cho các mục từ mục (6) đến mục (8).

Trên thực tế, VCCA thấy yêu cầu 30% là rào cản quan trọng để ngăn chặn việc thực hiện các-ten. Không như hầu hết các cơ quan cạnh tranh trên thế giới, VCA phải tiến hành đánh giá xác định thị phần kết hợp và đây chính là nội dung Bên bị thường lập luận trước VCC. Trong các trường hợp khác, việc xác định thị trường đơn giản hơn song khó hoặc không có được dữ liệu về doanh số để tính toán thị phần đủ chặt chẽ, để có thể đứng vững trước phản bác của bên bị. Việc lấy được dữ liệu loại này ở một nước đang phát triển là đặc biệt khó khăn, khi cơ quan quản lý còn hạn chế về nguồn lực mà không có thẩm quyền yêu cầu cung cấp bằng chứng quan trọng từ bên nguyên và các bên khác nữa.

Hơn nữa, yêu cầu 30% lại làm phức tạp hóa thông điệp khi VCA nỗ lực nâng cao nhận thức của cộng đồng doanh nghiệp về một kiểu hành vi bị nghiêm cấm tại hầu hết các quốc gia khác mà không cần lập luận “nếu hay nhưng” gì cả về kinh tế hay về chứng cứ.

Hộp 1. Tình huống nghiên cứu: Các-ten bảo hiểm ô tô

Trong năm 2008, VCA bắt đầu điều tra trên thị trường bảo hiểm ô tô sau khi nhận được thông báo về việc một số doanh nghiệp bảo hiểm tổ chức họp để cấu kết ấn định mức phí bảo hiểm cho các loại xe ô tô thông qua một thỏa thuận về phạm vi bảo hiểm và phương pháp tính dịch vụ bảo hiểm xe ô tô cao cấp.

Kết quả điều tra của VCA cho thấy các doanh nghiệp bảo hiểm đó đúng là có ký thỏa thuận trực tiếp cấu kết ấn định giá dịch vụ bảo hiểm. Hành vi thỏa thuận ấn định giá chỉ bị coi là vi phạm nếu ảnh hưởng đến 30% thị trường liên quan và việc thu thập bằng chứng để chứng minh chi tiết này trong quy định cấm là đặc biệt khó khăn đối với VCA.

Cuối cùng, VCA đã viện dẫn hồ sơ quan trọng được gửi đến VCC để tìm kết quả phát hiện về trách nhiệm và mức phạt. Nhiều doanh nghiệp bảo hiểm liên đới là Doanh nghiệp nhà nước, trực thuộc Bộ tài chính. Một số doanh nghiệp bảo hiểm đã đến Bộ Tài chính để xin được hỗ trợ.

Mặc dù vậy, VCC (bao gồm cả đại diện của Bộ) đã quyết định là có vi phạm quy định cấm cấu kết ấn định giá theo Điều 8 và Điều 9 của Luật Cạnh tranh 2004, và áp đặt khung hình phạt với tổng giá trị 1,7 tỉ Đồng.

Theo Khuyến nghị của Hội đồng cạnh tranh OECD về Biện pháp hiệu quả chống lại Các-ten hạn chế cạnh tranh “nghiêm trọng nhất” (Hard Core cartel) và báo cáo sau đó, Luật hình sự của Việt Nam có quy định xử lý hình sự một số hành vi các-ten hạn chế cạnh tranh “nghiêm trọng nhất” (‘hard core’ cartel conduct). Điều 217 của Bộ Luật Hình sự lặp lại các quy định cấm từ (1) đến (6) nêu trên, bao gồm cả yêu cầu về thị phần 30% đối với các mục từ (a) đến (e). Điều 222 lặp lại mục (8). Có hai vấn đề bổ sung quan trọng, đó là:

- Truy cứu trách nhiệm hình sự nếu đối tượng vi phạm thu lợi bất chính từ 200 triệu Đồng trở lên hoặc gây thiệt hại cho người khác từ 1 tỉ Đồng trở lên;
- Khung hình phạt tăng lên nhiều nếu có các trường hợp tăng nặng: bên bị phạm tội nhiều lần, lừa đảo tinh vi, cố lạm dụng vị trí thống lĩnh, thu lợi bất chính cao hoặc gây thiệt hại nặng hơn cho người khác.

Hộp 2. Vụ việc hạn chế cạnh tranh lĩnh vực bảo hiểm học sinh của 12 doanh nghiệp tại Tỉnh Khánh Hòa

VCA phát hiện có 12 doanh nghiệp bảo hiểm cùng ký thỏa thuận, trong năm 2011, để ấn định phí bảo hiểm học sinh tại Tỉnh duyên hải Khánh Hòa, dân số của tỉnh này là 1 triệu người.

Vì hành vi ấn định giá chỉ bị cấm nếu ảnh hưởng đến ít nhất 30% thị trường, VCA phải xác định sản phẩm và ranh giới địa lý của thị trường liên quan. VCA đã quyết định rằng thị trường sản phẩm này chỉ thuộc phạm vi bảo hiểm học sinh và thị trường địa lý được giới hạn trong phạm vi tỉnh Khánh Hòa. VCA nhận thấy 12 công ty bảo hiểm thực hiện thỏa thuận cấu kết này nắm 99,81% thị trường.

Trong vòng 9 tháng kể từ sau khi thỏa thuận vi phạm này có hiệu lực, toàn bộ 12 công ty bảo hiểm đã nhận thức rõ về hành vi sai trái và tự nguyện hủy thỏa thuận ban đầu của mình, thống nhất thực hiện các biện pháp khắc phục sửa chữa nhằm ngăn chặn vi phạm Luật Cạnh tranh trong tương lai.

Nhìn nhận sự hợp tác của các công ty bảo hiểm, họ đã không phải nộp phạt mà bị buộc phải đóng phí xử lý vụ việc 100.000.000 Đồng.

Điều 10, Luật Cạnh tranh 2004 quy định miễn trừ có thời hạn đối với những thỏa thuận cạnh tranh bị cấm tại Điều 8 và Điều 9, trong các trường hợp sau:

- Thỏa thuận hợp lý hóa cơ cấu tổ chức, mô hình kinh doanh hoặc nâng cao hiệu quả kinh tế;
- Thỏa thuận thúc đẩy tiến bộ kỹ thuật, công nghệ, nâng cao chất lượng hàng hóa và dịch vụ;
- Thỏa thuận thúc đẩy việc áp dụng thống nhất các tiêu chuẩn chất lượng, định mức kỹ thuật của chủng loại sản phẩm;
- Thỏa thuận thống nhất các điều kiện kinh doanh, giao hàng, thanh toán nhưng không liên quan đến giá và các yếu tố về giá;
- Thỏa thuận có tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp nhỏ và vừa; và

- Thỏa thuận tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế.

Các Điều 51 và Điều 84 của Bộ Luật hình sự quy định các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, trong đó có việc hợp tác với cơ quan thực thi pháp luật, các tình tiết này được xem xét để giảm mức phạt sẽ áp dụng. Tuy nhiên, không có chỉ thị nào về việc có thể có hoặc sẽ có công cụ giúp làm rõ trường hợp đối tượng xin khoan hồng mà hoàn toàn hợp tác thì được miễn phạt (đối lập với mức phạt được giảm nhẹ) trong bất cứ hành vi nào theo Luật Hình sự.

Không có quy định chung cấm thỏa thuận có mục tiêu hoặc tác động chống cạnh tranh, hiện nay, chưa thể nộp đề nghị khoan hồng lên cơ quan VCCA, VCC, cơ quan công an hay viện kiểm sát.

4.3. Những quy định cấm hiện nay về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và lạm dụng vị trí độc quyền

Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường theo các trường hợp sau:

- Một doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu doanh nghiệp đó có thị phần 30%.
- Nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường nếu cùng hành động nhằm gây hạn chế cạnh tranh và có các mức thị phần như sau – hai doanh nghiệp có tổng thị phần 50% trên thị trường; Ba doanh nghiệp có tổng thị phần 65% trên thị trường hoặc Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần 75% trên thị trường.
- Hay nói cách khác, một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường nếu doanh nghiệp đó có khả năng hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

Vị trí độc quyền là khi một doanh nghiệp không có đối thủ cạnh tranh nào trên thị trường liên quan.

Một trong những đặc điểm khó tránh khỏi của việc lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường theo luật là việc thực thi phức tạp và vẫn có phần nhiều cần xét đoán. Điều này có nghĩa là có tiềm năng xảy ra kết quả dương tính giả hoặc sai khi phát hiện lỗi (đôi khi còn được gọi là Lỗi loại 1) và cũng có tiềm năng xảy ra âm tính giả hoặc sai khi phát hiện vô tội (đôi khi còn được gọi là Lỗi loại 2).

Hầu hết các nước khác cũng đều rơi vào một trong các trường hợp sau:

- Đưa ra giả định có thể bác bỏ về thị phần (rebuttable market share presumptions) rằng một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc có sức mạnh thị trường đáng kể được quy định trong luật (đặc biệt là ở các nước đang phát triển khi xây dựng luật mới) hoặc được nêu ra trong phán quyết của tòa án hoặc trong tài liệu hướng dẫn của cơ quan cạnh tranh; hoặc
- Yêu cầu cơ quan quản lý thiết lập cơ sở bằng chứng kinh tế cho việc doanh nghiệp liên quan có thống lĩnh thị trường hoặc có sức mạnh thị trường đáng kể cho riêng từng vụ việc.

Điều khoản khó bác bỏ của Việt Nam quy định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường khi có thị phần 30% bất luận bằng chứng kinh tế có vấn đề là ngưỡng thị phần này quá thấp, không linh hoạt, và hiển nhiên hầu hết doanh nghiệp bị vướng, kể cả những doanh nghiệp không có sức mạnh thị trường. Ví dụ, một thị trường chỉ có 2 nhà cung cấp, khi doanh nghiệp mới gia nhập thị trường được thị phần 30% có thể vẫn là doanh nghiệp yếu vì còn doanh nghiệp thứ 2 trên thị trường có thị phần lớn hơn hai lần họ.

Tương tự, một nhà cung cấp một sản phẩm hoàn toàn mới có thể nắm thị phần 100%, vẫn chật vật phát triển thị trường cho sản phẩm của mình. Trái lại, trong lĩnh vực nhuộm, nhà cung cấp cuối cùng còn lại khó tồn tại hoặc tồn tại vật vờ dù có thị phần 100%.

Do vậy, nhiều khả năng xảy ra nhiều lỗi loại 1. Một vấn đề về các lỗi Loại 1 là lại có hiệu ứng răn đe hành vi của các doanh nghiệp không thống lĩnh thị trường (chỉ ít nếu thi hành quy định này và đặc biệt nếu áp dụng mức tiền phạt cao). Ví dụ như: nó ngăn doanh nghiệp không có vị trí thống lĩnh thị trường áp dụng giảm giá vì lo bị truy tố là định giá để bán phá giá.

Mà hơn nữa, cần chú trọng đầu tư nguồn lực điều tra và trọng tâm về tuân thủ nên hướng vào những hành vi thực sự nguy hại, thay vì ngăn ngừa hành vi cụ thể (như định giá bán thấp hơn chi phí) mà thực chất các hành vi này có phản cạnh tranh hoặc cũng có thể không phản cạnh tranh.

Về qui định cấm hành vi của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường và doanh nghiệp độc quyền, Điều 13 có quy định cấm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hoặc độc quyền trên thị trường thực hiện các hành vi sau đây:

- Bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh;

- Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng;
- Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hóa, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng;
- Áp đặt điều kiện thương mại khác nhau trong giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh;
- Áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; hoặc
- Ngăn cản việc tham gia thị trường của những đối thủ cạnh tranh mới.

Thêm vào đó, Điều 14 có quy định cấm doanh nghiệp có vị trí độc quyền:

- Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khác hàng;
- 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.

Hộp 3. Lạm dụng vị trí độc quyền trên thị trường dịch vụ cung cấp nhiên liệu hàng không

Vinapco-Công ty xăng dầu hàng không (doanh nghiệp thuộc sở hữu của hãng hàng không nội địa lớn nhất, Vietnam Airlines) trước đây là doanh nghiệp duy nhất được phép cung cấp nhiên liệu hàng không tại các cảng hàng không lớn của Việt Nam.

Trong năm 2007, Vinapco đã ký kết một hợp đồng bán nhiên liệu cho Hãng hàng không Pacific Airlines, và đương nhiên hợp đồng có bao gồm phí cung ứng nhiên liệu. Đến năm 2018, chi phí nhiên liệu hàng không tăng nhiều và Vinapco tìm cách thương thảo lại mức mức phí cung ứng nhiên liệu mới với Pacific Airlines.

Vinapco muốn thu của Pacific Airlines mức phí nhiên liệu cao hơn mức Vietnam Airlines, công ty mẹ của Vinapco, trả. Pacific Airlines biết mức tăng phí cung ứng nhiên liệu là hợp lý vì chi phí trên thị trường tăng, song mong muốn được đối xử công bằng theo mức phí bằng với mức phí Vietnam Airlines trả, song Vinapco không chấp thuận.

Pacific Airlines đã gửi thư cho Vinapco bày tỏ quan điểm phản đối cơ cấu tính phí của Vinapco có sự phân biệt giữa Vietnam Airlines và Pacific Airlines và đề nghị cùng kiến nghị Chính phủ giải quyết.

Vinapco gửi fax cho Pacific Airlines yêu cầu Pacific Airlines chấp thuận bằng văn bản mức phí cung ứng nhiên liệu mới trước ngày 31 tháng 3, 2008. Khi Pacific Airlines không chấp thuận theo yêu cầu này, Vinapco đã gửi văn bản thông báo với Pacific Airlines sẽ ngừng tra nạp nhiên liệu hàng không vào ngày hôm sau.

Vinapco vẫn chấp thuận tạm thời nói lại cung cấp cho Pacific Airlines nhưng trên tinh thần sẽ không tiếp tục cung cấp, VCA quyết định tiến hành điều tra vụ việc. Sau khi điều tra vụ việc VCA đã chuyển ý kiến Khuyến nghị đến VCC để áp dụng mức tiền phạt.

Vinapco đến gặp Bộ Giao thông, sau đó Bộ Giao thông đến gặp VCC mong muốn hài hòa vấn đề giữa Vinapco và VCC. Vấn đề được trình lên Thủ tướng, Thủ tướng khẳng định VCC cần quyết định về vụ việc một cách khách quan đúng quy định của pháp luật.

Một hội đồng năm thành viên của VCC (trong đó có một thành viên được cử đến từ Bộ Giao thông) tiến hành mở phiên điều trần và sau cùng kết luận Vinapco đã lạm dụng vị trí độc quyền trên thị trường cung cấp xăng dầu hàng không, vi phạm các quy định cấm đối với doanh nghiệp có vị trí độc quyền trên thị trường không được:

- Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng;
- 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.

Cần lưu ý rằng kết quả điều tra là lạm dụng vị trí độc quyền chứ không phải là lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường.

VCC quyết định phạt Vinapco 3,378 tỉ Đồng về các hành vi vi phạm và 100 triệu Đồng phí xử lý vụ việc.

Vinapco khiếu nại Quyết định xử lý của Hội đồng xử lý vụ việc gồm năm thành viên lên VCC, VCC tái khẳng định lại Quyết định của Hội đồng xử lý vụ việc năm thành viên.

Vinapco đã khởi kiện ra Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh và tại đây Tòa án Nhân dân thành phố Hồ Chí Minh giữ nguyên quyết định xử lý khiếu nại của VCC và Vinapco tiếp tục khởi kiện lên Tòa án nhân dân Tối cao.

Năm 2011, Tòa án nhân dân Tối cao đã tổ chức phiên điều trần và phán quyết giữ nguyên Quyết định của VCC mặc dù có thấy một số bất thường khá nhỏ trong quá trình thực hiện phiên điều trần của VCC.

Từ các quy định trên, có sự kết hợp giữa các yếu tố mặc nhiên bị cấm (*per se*) liên quan đến một số kiểu hành vi và “quy tắc lý do hợp lý” (*rule of reason*) hoặc mục đích cạnh tranh hoặc yếu tố tác động liên quan đến hành vi khác.

Không có quy định chung nào đối với việc công khai thông tin thị trường của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường.

Lĩnh vực và doanh nghiệp độc quyền nhà nước tham gia sản xuất hoặc ứng sản phẩm hoặc dịch vụ tiện ích công cộng liên quan đến quyết định của Nhà nước về giá cả hoặc lượng.

4.4. Quản lý sáp nhập hiện nay

Hệ thống kiểm soát tập trung kinh tế của Việt Nam có hiệu lực đối với các giao dịch sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh liên kết và các hình thức tập trung khác theo quy định của pháp luật.

Việc thông báo đến VCCA là yêu cầu bắt buộc nếu các bên tham gia tập trung kinh tế có tổng thị phần trong khoảng từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan, trừ trường hợp sau sáp nhập doanh nghiệp đó vẫn là doanh nghiệp vừa hoặc nhỏ.

Hộp 4. Thực trạng tuân thủ: Vụ việc sáp nhập chưa

Bất luận đã có quy định chung phải khai báo sáp nhập cho VCA khi doanh nghiệp sáp nhập có thể có thị phần 30% và cấm các thương vụ sáp nhập mang lại thị phần 50% trừ trường hợp ngoại lệ, thực tế có nhiều thương vụ sáp nhập chưa được khai báo:

“Số lượng các thương vụ Sáp nhập và mua lại được báo cáo cho VCAD rất ít, và chúng tôi không biết có quyết định nào phản đối một giao dịch sáp nhập hoặc mua lại dự kiến. Từ năm 2008 đến năm 2011, chỉ có 12 thông báo sáp nhập và mua lại được gửi đến VCAD. Tuy nhiên, con số này không phản ánh chính xác được xu hướng về Sáp nhập và Mua lại tại Việt Nam, (giá trị 4,7 tỉ Đôla Mỹ, năm 2011) trong những năm qua, đặc biệt trong lĩnh vực ngân hàng, bất động sản và bán lẻ.”²⁷

Số liệu thống kê cập nhật cho thấy từ 2008 đến 2016, 32 vụ việc sáp nhập đã được đăng ký song vấn đề chính vẫn còn đó – con số rất ít cho thấy phần lớn nhiều vụ việc sáp nhập phải thông báo theo yêu cầu của pháp luật lại không được thông báo hoặc vẫn diễn ra vi phạm quy định cấm.

²⁷

T. Nguyễn 2014, <https://www.linkedin.com/pulse/20140605040237-170865371-competition-law-in-vietnam-is-it-anti-trust-worthy-2012>.

Khi quy định nghiêm ngặt đối với các vụ việc sáp nhập tạo thị phần 50% thì các bên lại không muốn thông báo sáp nhập ở Việt Nam, đặc biệt nếu tác động trong nước liên quan đến sáp nhập toàn cầu mà các cơ quan cạnh tranh khác đã phê duyệt sau khi điều tra về các cơ sở của giao dịch.

Một vấn đề thứ hai được nhiều người làm chuyên môn và bình luận viên báo cáo²⁸ đó là các vụ việc sáp nhập giữa các DNNN có thể không thuộc thẩm quyền của VCCA và các báo cáo chỉ ra nhiều giao dịch được cho là còn nhiều tranh cãi mặc dù người khác lại không đồng quan điểm. Rõ ràng không có câu nào trong luật quy định việc sáp nhập DNNN có nên được coi là tập trung hay không. Một lý do vì sao một số người làm chuyên môn coi giao dịch sáp nhập một DNNN vào một DNNN khác chưa hẳn đã là tập trung kinh tế vì Nhà nước chung cuộc vẫn là chủ sở hữu các tài sản này cả trước và sau giao dịch.

Khuyến nghị của OECD về Rà soát sáp nhập (2005) phản đối các ngưỡng thị phần như quy định ở nhiều cơ chế thông báo bắt buộc vì sẽ phát sinh rủi ro tuân thủ và lãng phí nỗ lực điều tra. Có nhiều trường hợp một nửa nội dung điều tra là xác định thị trường ngay cả với vụ việc mà từ góc độ chính sách công không có nhiều khả năng phát sinh vấn đề. Không có sẵn dữ liệu về doanh số của các bên khác có thể khiến các bên tham gia thương vụ sáp nhập ở vào vị trí ít được ưa chuộng và có thể khiến nhiều bên đơn giản là không tuân thủ theo yêu cầu thông báo giao dịch.

Theo 3 trường hợp ngoại lệ, sáp nhập mặc nhiên bị cấm (*per se*) nếu các bên tham gia tập trung kinh tế có hơn 50% thị phần. Trường hợp được phép sáp nhập khi thị phần của doanh nghiệp sau sáp nhập là 50% là các trường hợp sau:

- Doanh nghiệp sau sáp nhập vẫn là doanh nghiệp nhỏ hoặc vừa;
- Một hay nhiều bên tham gia đang gặp rủi ro bị giải thể hoặc phá sản;

28

Tan Loi Huynh, Anh Tuan Nguyen (LNT & Partners) (2015) “The Asia-Pacific Antitrust Review 2015 Việt Nam: Kiểm soát sáp nhập Merger Control”; và Phan Công THÀNH (Cục quản lý cạnh tranh Việt Nam) (2015) “ERIA Discussion Paper Series: Competition Law Enforcement of Viet Nam and the Necessity of a Transparent Regional Competition Policy”. Tác giả dẫn chiếu đến một số ví dụ gồm Vụ việc Hãng hàng không quốc gia Viet Nam Airlines mua lại cổ phần chi phối trong hãng hàng không Jetstar Airlines và một ví dụ về Vụ việc doanh nghiệp viễn thông của Tập đoàn Điện lực Việt Nam EVN được Tập đoàn Viễn thông Quân đội Việt Nam Viettel mua lại.

- Tập trung kinh tế có tác động tăng xuất khẩu, góp phần phát triển kinh tế xã hội hoặc tiến bộ kỹ thuật/ công nghệ.

Ngoại lệ số (1) trực tiếp có hiệu lực; ngoại lệ số (2) do Bộ trưởng bộ Công thương đánh giá và quyết định; ngoại lệ số (3) do Thủ tướng xem xét và quyết định.

Hộp 5. Vụ việc được miễn trừ quy định cấm tham gia tập trung kinh tế giữa Công ty cổ phần Dịch vụ Chuyển mạch tài chính Quốc gia Việt Nam (Banknet) với Công ty cổ phần Dịch vụ thẻ Smartlink

Công ty cổ phần Dịch vụ Chuyển mạch tài chính Quốc gia Việt Nam (Banknet) và Công ty cổ phần Dịch vụ thẻ Smartlink là hai ngân hàng duy nhất cung cấp dịch vụ thanh toán trung gian. Trong năm 2014, hai công ty này đã đến VCA đề xuất sáp nhập vận hành kinh doanh của mình.

Vì thị phần kết hợp của hai doanh nghiệp này sẽ đạt 100%, giao dịch tập trung lẽ ra sẽ bị cấm theo quy định tại Điều 18, Luật Cạnh tranh nếu không xin được cấp phép miễn trừ.

Các bên thực tế đã xin VCA xem xét miễn trừ trên cơ sở sáp nhập này sẽ:

- Có tác dụng mở rộng xuất khẩu;
- Đóng góp vào phát triển kinh tế xã hội; và/hoặc
- Góp phần vào tiến bộ kỹ thuật và công nghệ.

VCA đã thực hiện đánh giá hồ sơ đăng ký và nộp báo cáo đến người có thẩm quyền quyết định theo Luật Cạnh tranh – trong trường hợp này là Thủ tướng Chính phủ.

Thủ tướng Chính phủ đã xem xét báo cáo của VCA và căn cứ vào đó cấp quyền được miễn trừ có điều kiện trong giai đoạn 5 năm, sau đó sẽ được tự động gia hạn định kỳ 5 năm một lần với điều kiện các bên không vi phạm các điều kiện nêu trên. Các điều kiện này cụ thể là:

(i) Doanh nghiệp được sáp nhập có nghĩa vụ ràng buộc theo các điều khoản tại Điều 14 Luật Cạnh tranh của Việt Nam;

(ii) Doanh nghiệp sau sáp nhập không được phép phân biệt đối xử với khách hàng;

(iii) Doanh nghiệp được sáp nhập phải trình hợp đồng dịch vụ mẫu đến VCA và cơ quan quản lý nhà nước lĩnh vực ngân hàng trước khi sử dụng với khách hàng của mình.

Do kết quả thương vụ sáp nhập giữa Banknet và Smartlink, hiện nay trên thị trường Việt Nam chỉ có một liên minh thẻ thống nhất đang hoạt động..

Cần lưu ý rằng có nhiều thương vụ sáp nhập tăng cường hiệu quả cũng vượt ngưỡng thị phần 50% trên một hoặc nhiều thị trường. Điều này có khả năng xảy ra nếu giả thử có 20 hoặc 30 thị trường nội địa hóa bị ảnh hưởng với rào cản gia nhập thị trường thấp. Một thị trường khá nhỏ hiện có thể chỉ có 2 doanh nghiệp nhưng có thể chịu áp lực cạnh tranh của một doanh nghiệp khác và/hoặc dễ bị đánh bại bởi doanh nghiệp từ khu vực lân cận mới gia nhập thị trường. Tương tự, vẫn có thể xảy ra khả năng thương vụ sáp nhập ảnh hưởng có hại đến cạnh tranh khi mức thị phần dưới 50%.

Nếu vì lý do chính sách công mà không cấm sáp nhập dù có quy định cấm bằng thị phần, thì quy định đó có thể gây áp lực cho cả các bên doanh nghiệp và cơ quan điều tra phải “bè cong quy định” (hoặc thậm chí bỏ qua) quy định để bắt đèn xanh cho giao dịch nhạy cảm, có lợi về kinh tế song có thể tạo nên tiền lệ xấu.

4.5. Yêu cầu về nội dung cho việc thực hiện Nghị định 116

Tại Việt Nam, văn bản cấp thấp hơn quy định cụ thể chi tiết hơn về việc vận dụng thực hiện văn bản cấp cao nhất. Đối với Luật Cạnh tranh, các quy định tại Nghị định 116 về thực tiễn thực hiện còn quan trọng hơn các quy định của Luật Cạnh tranh 2004.

Mặc dù hiểu rõ quy mô và đặc thù của Nghị định 116 là cần thiết, song phân tích toàn diện về Nghị định 116 dày hơn 40 trang là vượt quá phạm vi của báo cáo này.

Như đã giải thích ở phần trên, thị phần có vai trò trọng tâm trong Luật Cạnh tranh 2004 liên quan đến các thỏa thuận chống cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, và tập trung kinh tế. Do vậy, có thể minh họa thông qua tác động của các quy định tại Nghị định 116 về xác định thị trường và lượng hóa thị phần. Các quy định liên quan được trình bày như sau.

4.5.1. Xác định thị trường

Thị trường được xác định là thị trường của những hàng hóa, dịch vụ “*có thể thay thế cho nhau cả về đặc tính, mục đích sử dụng và giá cả*”. Về yêu cầu xác định “*đặc tính*”, việc xác định thị trường phải căn cứ theo ít nhất một trong những đặc tính sau:

- Tính chất vật lý;
- Tính chất hóa học;
- Đặc tính kỹ thuật;
- Tác dụng phụ đối với người sử dụng; và
- Khả năng hấp thụ.

“Mục đích sử dụng” được xác định là “mục đích sử dụng chủ yếu nhất”.

“Giá cả” là giá “ghi trong hóa đơn bán lẻ theo quy định của pháp luật”.

Thuộc tính “*Có thể thay thế cho nhau*” được xác định như sau:

“Hàng hóa hoặc dịch vụ được coi là có thể thay thế cho nhau về đặt tính nếu hàng hóa, dịch vụ đó có nhiều tính chất về vật lý, hóa học, tính năng kỹ thuật, tác dụng phụ đối với người sử dụng và khả năng hấp thụ giống nhau.

Hàng hóa hoặc dịch vụ được coi là có thể thay thế cho nhau về mục đích sử dụng nếu hàng hóa, dịch vụ đó có mục đích sử dụng giống nhau.

Hàng hóa hoặc dịch vụ được coi là có thể thay thế cho nhau về Giá cả nếu trên 50% của một lượng mẫu ngẫu nhiên 1.000 người tiêu dùng sinh sống tại khu vực địa lý liên quan chuyển sang mua hoặc có ý định mua hàng hóa, dịch vụ khác có đặc tính, mục đích sử dụng giống với hàng hóa, dịch vụ mà họ đang sử dụng hoặc có ý định sử dụng trong trường hợp giá của hàng hóa, dịch vụ đó tăng lên quá 10% và được duy trì trong 06 tháng liên tiếp, trong trường hợp giá của hàng hóa, dịch vụ đó tăng lên quá 10% và được duy trì trong 06 tháng liên tiếp.

Trường hợp số người tiêu dùng sinh sống tại khu vực địa lý liên quan quy định tại điểm này không đủ 1.000 người thì lượng mẫu ngẫu nhiên được xác định tối thiểu bằng 50% tổng số người tiêu dùng đó.”

Các quy định trên rất điển hình cho phương pháp điều tra SSNIP test (tăng giá nhẹ nhưng lâu dài) được nhiều cơ quan cạnh tranh trên thế giới sử dụng. Đây là yêu cầu được nhắc đến trong báo cáo này ngắn gọn là “Điều tra SSNIP Test Nghị định 116”.

Tiếp theo, còn có các điều khoản quy định về các trường hợp đặc biệt trong đó cơ quan quản lý cạnh tranh có thể can thiệp nếu điều tra chưa đủ cơ sở để kết luận.

Các yêu cầu chi tiết khác quy định sản phẩm bổ sung, khả năng cung cấp sản phẩm thay thế và xác định thị trường địa lý.

4.5.2. Thị phần

Luật Cạnh tranh 2004 có quy định thị phần của doanh nghiệp đối với một loại hàng hóa, dịch vụ là:

“Tỷ lệ phần trăm giữa doanh thu bán ra của doanh nghiệp này với tổng doanh thu của tất cả các doanh nghiệp kinh doanh loại hàng hóa, dịch vụ đó trên thị trường liên quan hoặc Tỷ lệ phần trăm giữa doanh số mua vào của doanh nghiệp này với tổng doanh số mua vào của tất cả các doanh nghiệp kinh doanh loại hàng hóa, dịch vụ đó trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm.”

Ngoài yêu cầu chặt chẽ trên đây, Nghị định 116 còn bổ sung thêm quy định hướng dẫn chi tiết phương pháp lượng hóa doanh thu/ doanh số mua vào của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan, và quy định về cách tính doanh thu để xác định thị phần của doanh nghiệp bảo hiểm và tổ chức tín dụng.

Điều thứ vị nữa là, Nghị định 116 còn có hiệu lực thay thế quy định nêu trên của Luật Cạnh tranh 2004, cụ thể là Nghị định 116 quy định chi tiết trường hợp doanh nghiệp mới thành lập và có hoạt động kinh doanh chưa đủ năm tài chính sẽ không áp dụng điều khoản trên mà áp dụng điều khoản được hướng dẫn chi tiết tại Nghị định 116.

4.5.3. Ví dụ khác

Nghị định 116 Quy định hướng dẫn chi tiết về từng hình thức thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Tại Nghị định 116, có nhiều trang hướng dẫn cụ thể về cách tính chi phí liên quan đến cáo buộc lạm dụng định giá để bán phá giá, và tương tự, có nhiều trang hướng dẫn chi tiết về các loại hình lạm dụng khác như cáo buộc từ chối cung cấp.

4.5.4. Tác động của các quy định cấm nội dung tại Nghị định 116

Nghị định 116 có ảnh hưởng rất quan trọng tới những yêu cầu nội dung bên nguyên đơn phải cung cấp nhằm đảm bảo hồ sơ khiếu nại hợp lệ được VCCA chấp thuận. Nghị định 116 tạo ra khối lượng công việc khá lớn cho cơ quan điều tra khi thực hiện điều tra các vụ việc, do đó, hạn chế về khả năng đáp ứng các yêu cầu theo quy định khiến nhiều vụ việc không xử lý được tiếp sau khi điều tra sơ bộ.

Một ví dụ là vì Điều tra SSNIP test Nghị định 116 có thể tốn kém, mất nhiều thời gian hoặc không thực hiện được, gây trở ngại cho việc xác định thị trường liên quan của VCCA. Mặc dù có xác định được thị trường liên quan, VCCA cũng phải đầu tư khá nhiều thời gian và nguồn lực để xác định giá trị doanh thu/ doanh số của từng thành viên trên thị trường nhằm thiết lập được tổng “doanh thu của tất cả các doanh nghiệp kinh doanh loại hàng hóa, dịch vụ đó” theo quy định của Luật.

Nhiều cuộc điều tra bị lúng túng khi có một hoặc một số thành viên trên thị trường từ chối cung cấp thông tin về doanh số, gây trở ngại khiến VCCA không có đủ chứng cứ cần thiết để ra quyết định về vụ việc vi phạm.

4.5.5. Nhìn nhận của OECD về Nghị định 116

Phân tích cạnh tranh đạt hiệu quả khi phản ánh đúng thị trường, hành vi liên quan và các kỹ thuật điều tra hiện có.

Xin lấy ví dụ như sau: bằng chứng có giá trị chứng minh nhất sẽ là một hoặc nhiều bằng chứng sau đây:

- Một số ít thị trường có đặc điểm được phản ánh qua đầy đủ dữ liệu giá cả theo chuỗi thời gian: “thí nghiệm tự nhiên” cho phép thực hiện phân tích kinh tế lượng.
- Có trường hợp khác, bằng chứng lấy từ người làm chứng tại các doanh nghiệp cạnh tranh và các bằng chứng này có thể cung cấp nhiều chứng cứ về hạn chế về năng lực của các đối thủ cạnh tranh cũng như cơ cấu chi phí, làm cơ sở tốt cho việc thực hiện phân tích cạnh tranh.
- Còn các trường hợp khác nữa, khi có thể tìm bằng chứng có sức thuyết phục nhất từ tài liệu nội bộ của doanh nghiệp bên bị truy tố, qua đó người có kinh nghiệm kinh doanh cũng có thể kết luận chắc chắn với đủ chứng cứ về các ý định và khả năng đạt được kết quả chống cạnh tranh.

Để tìm hiểu hành vi gây thiệt hại nhất về kinh tế theo cách làm hiệu suất cao nhất về nguồn lực, điều tra viên chuyên nghiệp cần sử dụng cả xét đoán của mình để vận dụng kỹ thuật phù hợp nhất sử dụng thông tin tốt nhất, sẵn có với vụ việc mình đảm nhận.

4.6. Kinh nghiệm thực thi luật pháp và cách tiếp cận

Cơ quan cạnh tranh “trực thuộc” Bộ Công thương và được cho là cơ quan quản lý còn khá non trẻ, trực thuộc phạm vi ảnh hưởng của một cơ quan bộ lại cũng là cỗ đông của nhiều DNNN quan trọng (mời tham khảo Phần 6.2.1). Cơ quan này phụ trách về các vấn đề chống bán phá giá, bảo vệ người tiêu dùng và các vụ việc hạn chế cạnh tranh. VCCA mới thành lập cũng có những đặc điểm tương tự, song chỉ có chức năng về cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng.

Các vụ việc hạn chế cạnh tranh có thể do bên khiếu nại khởi kiện khi bên khiếu nại nộp đơn khiếu nại với đầy đủ thông tin chi tiết, có chữ ký hoặc điểm chỉ (dấu vân tay), kèm theo tiền chi phí xử lý vụ việc với mức hiện hành là 100 triệu Đồng. VCCA không được tự ý từ chối hồ sơ khiếu nại về cơ bản hợp lệ. Ngoài ra, VCCA có thể làm việc theo quy trình của VCCA hoặc theo thông tin được các bên cung cấp.

VCCA có sự phân biệt giữa các bước thu thập thông tin “tiền tố tụng”; điều tra sơ bộ; và điều tra chính thức.

Giai đoạn “tiền tố tụng” là bước xác định phạm vi không chính thức nhằm thiết lập xem đã thể hiện đầy đủ thông tin về vấn đề để Cục trưởng Cục quản lý cạnh tranh quyết định tiến tới điều tra sơ bộ hoặc điều tra chính thức.

Một vấn đề gây ảnh hưởng xấu đến hiệu quả của công tác thi hành là do đương sự lách quy định điều tra bằng cách ký kết thỏa thuận hạn chế cạnh tranh ở bên ngoài Việt Nam.

Tiếp theo, về mặt hồ sơ, VCCA có thẩm quyền kiểm tra đột xuất không thông báo (“dawn raid”) để lấy chứng cứ bắt buộc, song các thẩm quyền này chỉ được sử dụng sau khi bên bị truy tố được thông báo thông tin về việc cáo buộc đối với họ. Do vậy, cũng không lạ khi VCA chưa bao giờ vận dụng các thẩm quyền này.

Ngoài ra hiện nay có các điều khoản áp đặt thời hạn không thực tế đối với các cuộc điều tra.

Khi kết thúc cuộc điều tra do VCCA thực hiện, VCCA chuyển hồ sơ chứng cứ sang VCC để ra quyết định. Thông thường, VCC gửi lại hồ sơ vụ việc cho cơ quan tiền nhiệm của VCCA, là VCA, yêu cầu điều tra lần 2 hoặc lần 3.

VCC bao gồm 11 ủy viên làm việc bán thời gian và kể từ ngày Luật Cảnh tranh 2004 có hiệu lực, đã có hai lần bổ nhiệm ủy viên. Quyết định sơ thẩm do Hội đồng gồm năm (hoặc bảy) thành viên đưa ra, và quyết định phúc thẩm được toàn hội đồng 11 thành viên.

Mặc dù có yếu kém về thể chế (mời xem Phần 6.3 sau đây), VCC đã ra được các quyết định áp dụng xử phạt hoặc quyết định yêu cầu biện pháp điều chỉnh và cả quyết định của hội đồng VCC về đại diện cơ quan nắm giữ cổ phần của DNNN bị truy tố. VCC đã ra hai quyết định xử phạt và một số vụ việc khác được giải quyết có cam kết, một số vụ việc có sự đồng thuận của bên nguyên, và một số vụ việc khác được quyết định trước sự phản đối của bên nguyên.

Trong vụ việc duy nhất về lạm dụng vị trí độc quyền, bên bị đã kháng nghị đến tòa cấp tỉnh thành phố và tòa tối cao.

Dưới đây là tổng hợp thống kê các vụ việc hạn chế cạnh tranh:

Bảng 2. Thống kê liên quan đến các trường hợp cạnh tranh hạn chế

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
VCA Điều tra sơ bộ	5	3	7	7	10	10	14	12	10	5
VCA điều tra	0	1	1	1	1	2	1	0	1	0
VCC ra quyết định	0	0	0	1	2	0	0	1	1	0
VCC xử phạt	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0
Kháng cáo đến tòa án cấp tỉnh/ thành phố ²⁹	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0

Nguồn: VCA

²⁹ Đây là thống kê về các quyết định kháng nghị về nội dung. Cũng có một vụ việc bên nguyên kháng cáo lên tòa án Thành phố Hồ Chí Minh phản đối quyết định của Hội đồng Cảnh Tranh Việt nam cho ngừng điều tra, song đơn kháng nghị đã bị từ chối vì lý do thủ tục trước phiên điều trần.

Việc xử lý bồi thường thiệt hại do cá nhân gây ra (private enforcement) cũng rất nhiều hạn chế. Quy định tại Bộ Luật Dân sự chưa thể hiện rõ khi cho phép tố tụng đối với cá nhân thì có cần phải đợi VCC quyết định là có vi phạm trước khi thực hiện xử lý bồi thường thiệt hại của cá nhân hay có thể áp dụng quy định xử lý bồi thường thiệt hại do cá nhân gây ra độc lập. Mặc dù vậy, OECD được biết về một vụ việc tố tụng cá nhân độc lập đã báo cáo trong năm 2010 về hợp đồng giữa Ban quản lý Đội nhiếp ảnh và một doanh nghiệp cung cấp dịch vụ rửa ảnh (tiệm ảnh) được chỉ định rơi ảnh độc quyền tại huyện Châu Đốc, Tỉnh An Giang. Theo báo cáo, các tiệm ảnh khác đã ra tòa kiện Ban quản lý Đội nhiếp ảnh. Mặc dù Tòa án cấp huyện đã quyết định rằng hợp đồng này không vi phạm Luật Cạnh tranh, nhưng Tòa án Cấp tỉnh không thống nhất, quyết định đây là hành vi vi phạm và áp dụng mức phạt do gây thiệt hại là 300 triệu Đồng.³⁰

Ngoài ra, bằng chứng cho thấy mức độ răn đe và tuân thủ còn thấp.

Sau bảy năm thực hiện luật, VCA đã tiến hành khảo sát tình hình nhận thức về luật pháp cạnh tranh. Khảo sát được thực hiện ở hai thành phố lớn; tại các doanh nghiệp lớn, nhỏ; các DNNN, tư nhân; và tư vấn pháp luật. Kết quả khảo sát được công bố trên website của VCA trong năm 2013.

Hơn một nửa số doanh nghiệp được khảo sát báo cáo là có hiểu “một chút ít” về luật pháp cạnh tranh. Khi được hỏi về đối tượng hành vi nào thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Cạnh tranh, đa số doanh nghiệp trả lời là có thể xác định được lạm dụng vị trí thống lĩnh và cạnh tranh không lành mạnh. Một số ít doanh nghiệp trả lời nhận thấy luật còn quy định về các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, và rất ít doanh nghiệp biết được luật có áp dụng trong các trường hợp sáp nhập và mua lại.

Dưới 1/3 số doanh nghiệp được khảo sát có chương trình tuân thủ nội bộ và còn ít doanh nghiệp hơn số này điều chỉnh hoạt động kinh doanh của mình nhằm đảm bảo tuân thủ được theo Luật Cạnh tranh.

Trong số đối tượng trả lời khảo sát, VCA được biết đến nhiều nhất về chức năng chống bán phá giá chứ không phải về công tác thực thi Luật Cạnh tranh. Nhiều đối tượng trả lời khảo sát gọi tên chính xác doanh nghiệp đã bị phát hiện vi phạm Luật Cạnh tranh nhưng cũng không ít đối tượng lại xác định nhầm nạn nhân của vụ việc Vinapco thành thủ phạm.

30

<http://plo.vn/thoi-su/doc-quyen-rua-anh-359555.html>.

Khảo sát cũng làm sáng tỏ thêm một số vấn đề khác gây ảnh hưởng đến hiệu lực của Luật Cạnh tranh 2004. Ví dụ, như đã giải thích ở trên, thị phần có vai trò trọng tâm liên quan đến các điều khoản cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lại đụng vị trí thống lĩnh và sáp nhập. Nhiều doanh nghiệp đã trả lời như sau:

- Khó khăn của việc phải chứng minh thị phần theo quy định khiến việc khiếu nại khó khăn (56,8% số doanh nghiệp được hỏi);
- Yêu cầu về thị phần nghĩa là một số hành vi quan trọng thực sự gây hại đến cạnh tranh lại không phải là hành vi bất hợp pháp (48,8% số doanh nghiệp được hỏi); và
- Có các trường hợp khác khi hành vi thì bị cấm căn cứ vào thị phần nhưng trên thực tế là không gây hại gì đến cạnh tranh (29,0%).

VCA và VCC đã công bố hồ sơ về những vấn đề chính – trong phạm vi một trang thông tin về từng vụ việc. Các ví dụ này rất có ý nghĩa vì đã tập hợp được những tình tiết quan trọng – về cả hành vi theo vấn đề và quy trình điều tra, quy trình ra quyết định. Tuy nhiên, hai cơ quan này lại không công bố cơ sở lý giải vì sao vận dụng luật cho các tình tiết sự thật. Đối với các trường hợp kết quả điều tra cho thấy những tình tiết thuộc phạm vi quy định mặc nhiên cấm (“per se”), hoặc những quy định cấm được vận dụng theo phương pháp kiểm tra thị phần, thì hình thức báo cáo này cung cấp cho cộng đồng đủ rõ thông tin giúp đưa ra được những ý kiến pháp lý và cho phép cộng đồng doanh nghiệp tuân thủ theo luật.

Mặt khác, đối với hành vi bị cấm cần phải vận dụng quan điểm xét đoán hoặc phân tích (như vụ việc Vinapco lạm dụng vị trí thống lĩnh), thì việc không công khai thông tin về các tình tiết sự thật và luận cứ của cơ quan cạnh tranh có nghĩa là thiếu minh bạch trong cộng đồng doanh nghiệp và hệ quả là mức độ tuân thủ sẽ thấp.

Một vấn đề nữa quan trọng hơn đó là tiếp cận các phán quyết của Tòa án. Các tòa án đều đã từng xét xử các vụ việc cạnh tranh ở ít nhất ba trường hợp song quyết định của tòa lại không được tiếp cận rộng rãi. Mặc dù Bộ Tư pháp cho rằng các cơ quan quản lý cạnh tranh được phép công khai quyết định của Tòa án theo yêu cầu, song bản thân các cơ quan này lại chưa rõ về việc có nên phát hành bản sao quyết định của tòa không và, hẳn nhiên, đã không công bố các quyết định đó.³¹ Trong

31

Vấn đề này còn được thảo luận tiếp trong phần 7.4 sau đây.

trương lai, vấn đề này sẽ không còn phải quan ngại nữa nếu duy trì và cải thiện những cải cách, trong phần thảo luận tiếp theo, cho phép công khai quyết định của tòa án.

4.7. Tương quan với các cơ quan và luật pháp khác

Việt Nam có lịch sử kiểm soát hành chính của chính phủ trên thị trường và lịch sử đó vẫn tiếp diễn kể từ khi Luật Cạnh tranh 2004 có hiệu lực. Ví dụ điển hình về các biện pháp hành chính được trình bày sau đây.

Cách đây nhiều năm, giá bán trứng của nhiều nông dân cạnh tranh nhau ngay trong địa bàn một tỉnh tăng vọt mà không có lý do cụ thể. Trước khi bắt đầu cuộc điều tra của VCA, Bộ Nông nghiệp đã vào cuộc và hướng dẫn cho các hộ nông dân này giảm giá về mức cũ. Hướng dẫn tương tự cũng đã được phổ biến cho nhiều bộ khác có trách nhiệm liên quan. Thoạt đầu, có vẻ như đây là cách giải quyết nhanh gọn hơn xúc tiến cuộc điều tra theo Luật Cạnh tranh.

Tuy nhiên, biện pháp kiểm soát hành chính này lại có mặt trái của nó. Một là, có thể tiếp tục giảm giá, thúc đẩy hiệu suất hơn nữa song chỉ có bằng cạnh tranh mới đưa giá về mức cân bằng trong đó người sản xuất được đủ lợi ích nhằm khuyến khích đầu tư mà không bị hưởng lợi quá mức. Hai là, biện pháp ấn định giá tập trung như vậy có xu hướng đưa đến mức cho phép tất cả những người sản xuất cùng thu hồi được chi phí và tồn tại mà không loại những doanh nghiệp sản xuất thiếu hiệu quả nguồn lực ra khỏi thị trường. Ba là, có khả năng cứ mỗi lần thay đổi điều kiện thị trường thì lại cần can thiệp hành chính nữa.

Hình thức điển hình của can thiệp hành chính thì trái ngược với tình huống nêu trên. Trong vụ việc³² ba doanh nghiệp điện thoại cùng tăng phí đáng kể trong cùng một buổi sáng của năm 2013. Vấn đề đã được chuyển sang VCA để điều tra và kết quả là giá cả tăng theo Nghị định của chính phủ ban hành hồi tháng 7 năm 2012. Doanh nghiệp đã nộp đề xuất tăng giá lên Bộ Thông tin, Truyền thông, được Bộ phê duyệt đề xuất và duyệt tăng giá. Điều đáng lưu ý là cả ba doanh nghiệp điện thoại này đều là DNNN, trong số đó có 2 doanh nghiệp thuộc sở hữu của Bộ Thông tin, Truyền thông và một doanh nghiệp thuộc sở hữu của Bộ Quốc phòng. Và không có gì lạ khi doanh nghiệp nào cũng quyết định tăng giá.

Một vấn đề cụ thể hơn phát sinh liên quan đến quy định của pháp luật chuyên ngành. Theo báo cáo thường niên năm 2014 của VCA và JICA, 30 luật chuyên

³²

Báo Thanh niên số ra ngày 31/ 12/2013, “Cơ quan chức năng Việt Nam khẳng định việc tăng gói cước 3G là phù hợp với quy định”.

ngành được xác định là có các điều khoản liên quan đến cạnh tranh, trong số đó có nhiều quy định không thống nhất với chính sách cạnh tranh và Luật Cạnh tranh 2004. Những trường hợp không thống nhất như đã nêu phát sinh về các vấn đề sau đây:

- Không rõ tiêu chuẩn nội dung nào doanh nghiệp hoạt động tại các lĩnh vực này phải tuân thủ;
- Không rõ cơ quan nào đảm trách khi các vấn đề tương tự phát sinh ở các luật khác nhau;
- Khả năng điều tra chéo;
- Khả năng một luật lại ảnh hưởng xấu đến việc thực hiện mục tiêu luật khác – ví dụ, chính sách khoan hồng cho phép đối tượng báo cáo được miễn trách với các điều khoản cấm dân sự trong Luật Cạnh tranh chung sẽ không có hiệu lực nếu các đối tượng báo cáo cáo chịu trách nhiệm theo điều khoản cấm cụ thể trong Luật Cạnh tranh; và
- Doanh nghiệp có thể gặp khó khăn gặp đôi hoặc có khả năng tránh được nghĩa vụ đang được điều tra và giải quyết, hoặc được điều tra và bị phạt nhẹ, với cùng một quy định kiểm tra cơ bản như nhau trong pháp luật chuyên ngành.

Ba cách thông thường các nước khác vẫn quy định về các vấn đề trong Luật Cạnh tranh liên quan đến những lĩnh vực được quản lý, đó là:

- Chỉ có một cơ quan cạnh tranh chung có thẩm quyền theo pháp luật đối với các vấn đề cạnh tranh và cơ quan cạnh tranh chuyên ngành cụ thể có các thẩm quyền quản lý cụ thể khác của lĩnh vực chuyên ngành;
- Cơ quan cạnh tranh và cơ quan chuyên ngành có thẩm quyền như nhau trong việc thi hành một tiêu chuẩn luật cạnh tranh chung, và có các cơ chế để các cơ quan này ra quyết định phân công cơ quan nào xử lý vụ việc cụ thể nào; hoặc
- Trong luật có “phân định” rõ chỉ một cơ quan chuyên ngành cụ thể và không phải là cơ quan cạnh tranh chung có năng lực thực thi các quy định cấm liên quan đến cạnh tranh.

Khi lựa chọn cơ quan phù hợp nhất giữa hai cơ quan nêu trên cho Việt Nam, một yếu tố cần xem xét là thực tế (hoặc theo cảm quan) có vấn đề về xung đột lợi ích ở các bộ ngành vừa là cổ đông ở các DNNN lớn hoạt động kinh doanh ngay trong lĩnh vực bộ đó vừa phụ trách quản lý. Dù chỉ là cảm quan về xung đột lợi

ích cũng có thể hạn chế đầu tư của đối thủ cạnh tranh tư nhân. Nên những xung đột lợi ích dù thực tế hay theo cảm quan cũng đều phải tránh. Có một cách có thể tránh được đó là phân công một cơ quan quản lý cạnh tranh độc lập chịu trách nhiệm về toàn bộ công tác quy định quản lý cạnh tranh.

Mặt khác, văn bản pháp luật chuyên ngành có thể cần bổ sung thêm các quy định cấm trong Luật Cạnh tranh – ví dụ, trong lĩnh vực viễn thông, nhu cầu kết nối vô hạn (any-to-any connectivity) cho thấy cần có cơ chế quản lý nhằm giải quyết các tranh chấp liên kết mạng viễn thông.

Khuyến nghị 4.1:

Cần bố trí sắp xếp để: (i) hài hòa hóa các yêu cầu nội dung ở các văn bản luật khác nhau có điều khoản quy định về cạnh tranh, (ii) phân công “tuyên trách nhiệm trực tiếp” về việc cơ quan nào chịu trách nhiệm điều tra, và (iii) đảm bảo chính sách khoan hồng miễn trừ nghĩa vụ với các điều khoản cấm theo luật pháp cạnh tranh trong luật pháp chuyên ngành.

Khuyến nghị 4.2:

Ngoài ra, Việt Nam cần xem xét chuyển toàn bộ các quy định cấm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh và kiểm soát sáp nhập sang cho cơ quan cạnh tranh và bỏ các quy định cấm theo Luật Cạnh tranh ở pháp luật chuyên ngành.

4.8. Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action)

Hợp chúng quốc Hoa Kỳ được thế giới biết đến nhiều nhất về hệ thống tư pháp dành cho thực thi luật pháp cạnh tranh của khu vực tư nhân nhờ hệ thống ba cấp thiệt hại the treble damages system, các quy trình phát hiện và tính phổ biến của khiếu nại tập thể (class actions). Mặc dù vậy, Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) cũng vẫn có vai trò quan trọng, dù ít, ở các nước khác. Tùy vào từng hệ thống tư pháp mà Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) có thể:

- Cho phép các bên tư nhân được bồi thường hoặc chịu thiệt hại góp phần khôi phục ưu đãi đầu tư cho họ, đặc biệt khi một bên mong muốn gia nhập thị trường đã có doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh.

- Giảm gánh nặng đối với nguồn lực thực thi của nhà nước và/hoặc tăng cường cấp độ thực thi tổng thể khi nguồn lực tài chính của nhà nước bị hạn chế.
- Tạo điều kiện cho một hình thức trách nhiệm giải trình trong đó bên tham gia tổ tụng là tư nhân có thể áp dụng Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) đối với trường hợp quan trọng khi cơ quan thực thi nhà nước chưa nhận diện được (hoặc thậm chí khi cơ quan thực thi còn e dè hoặc có xung đột lợi ích nên không xử lý).
- Cung cấp xem xét về tư pháp về luật pháp cạnh tranh ngay cả khi có rào cản về văn hóa hoặc rào cản nào khác không khuyến khích các bên kháng cáo quyết định của cơ quan cạnh tranh.

Hầu hết các nước theo hệ thống luật án lệ đều quy định cụ thể cho phép các bên tư nhân áp dụng biện pháp chống lại việc vi phạm Luật Cạnh tranh và có các quy định hỗ trợ bên tố tụng phát hiện vụ việc. Nhiều vụ việc về Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) đã được thống kê như các vụ việc ở Úc, Vương Quốc Anh và Ca-na-đa.

Trái lại, hầu hết các nước theo hệ thống dân luật lại quy định khung trong Luật Dân sự cho phép các bên tư nhân khởi kiện để được đền bù chống lại cá nhân vi phạm các quy định cấm trong luật khác nói chung, kể cả những vi phạm đối với Luật Cạnh tranh và không có khung phát hiện. Những vụ việc về Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) quan trọng đã áp dụng các quy định này đã diễn ra ở các nước khác nhau, như Đức, In-đô-nê-xia, Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa (sau đây gọi là “Trung Quốc”).

Tại Việt Nam đã xảy ra các vụ việc tương tự như trường hợp nêu ở đoạn trên đây, mặc dù có lẽ không phải là vụ việc vận dụng về việc thực thi Luật Cạnh tranh của tư nhân.

Liên minh Châu Âu cũng công nhận khung quyền Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) ở tòa án của các nước thành viên trên cơ sở Hiệp ước về Chức năng nhiệm vụ của Liên minh Châu Âu ngày nay. Gần đây nữa, Liên minh Châu Âu đã công nhận rằng quyền thực hiện Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) có thể bị ảnh hưởng lớn về thực hành nếu không có các quy định máy móc khác như khả năng phát hiện, do đó Liên minh Châu Âu đã thông qua Chỉ thị quy định về việc đảm bảo có các cơ chế phụ trợ này.

Mặc dù (trước mắt trong ngắn hạn) ít khả năng có nhiều trường hợp Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action), Việt Nam vẫn sẽ có lợi nếu pháp luật

công nhận cụ thể về Bồi thường thiệt hại của cá nhân (private action) để thực thi Luật Cạnh tranh. Lợi ích mang lại có thể thấy từ một số phương diện sau:

- Cho phép biện pháp chế tài ngoài nguồn lực hạn chế của các cơ quan công lập;
- Tạo “van an toàn” cho các bên tư nhân nào có cảm quan (dù đúng hay sai) rằng dù cơ quan độc lập có được thành lập thì cơ quan đó cũng còn ngần ngại áp dụng biện pháp xử lý với DNNN lớn/ quan trọng; và
- Quy định quyền được đền bù thiệt hại để đương sự được đền bù về những bất lợi khó khăn có thể xảy ra cho doanh nghiệp tiềm năng muốn vào thị trường đang có DNNN thống lĩnh. Cần lưu ý rằng quyền được nhận đền bù khác với khả năng cơ quan cạnh tranh cấp lệnh yêu cầu đền bù tháo gỡ khó khăn cho doanh nghiệp mới vào thị trường đầu tư kinh doanh.

Để cơ chế này đạt hiệu lực (đầy đủ), cần quy định để bên đương sự là cá nhân được nộp lên tòa yêu cầu bên bị cung cấp bằng chứng quan trọng cần thiết để xác định bên bị có nghĩa vụ phải bồi thường thiệt hại hay không (có nghĩa là phát hiện).

Khuyến nghị 4.3:

Việt Nam cần xem xét quy định cụ thể về việc công nhận việc một phía tư nhân có thể áp dụng biện pháp thi hành Luật Cạnh tranh để được đền bù cho những hậu quả do hành vi vi phạm luật cạnh gây ra, bao gồm cả hai việc sau:

1. Tiếp nối sau khi NCC phát hiện là có vi phạm theo Bộ Luật Dân sự hoặc sau khi truy tố theo Luật Hình sự; và
2. Đơn phương, ngay cả khi các cơ quan thực thi của nhà nước chưa điều tra hoặc chưa tìm ra là đã có vi phạm.

Điều khoản quy định như vậy cũng cần kèm theo một quy định nữa cho phép bên nguyên có khiếu nại hiển nhiên hợp lý (*prima face complaint*) được tiếp cận chứng cứ.

Khuyến nghị 4.4 :

Cần đặc biệt chú ý đến các đối tượng yêu cầu khoan hồng nhằm đảm bảo họ không bị bất lợi hơn về hành vi gây thiệt hại của cá nhân so với doanh nghiệp quyết không hợp tác, đồng thời không tuyên miễn trừ trách nhiệm dân sự cho họ về những thiệt hại mà hành vi hạn chế cạnh tranh của họ gây ra. Việc phát huy chế độ thực thi tư nhân sẽ góp phần tăng cường hơn nữa hệ thống thực thi pháp luật công lập mạnh mẽ, có hiệu quả mà không làm suy yếu hệ thống.

4.9. Tóm tắt các vấn đề trong Luật Cạnh tranh 2004

Như đã nêu trên, số vụ việc đi đến bước cuối cùng áp dụng hình phạt còn rất ít. Thực tế là số lượng các vụ việc đã được phán quyết và tổng mức phạt đã áp dụng khó mang lại ý nghĩa răn đe tối ưu.

Vài năm sau khi thực hiện khảo sát, nhân kỉ niệm năm thứ 10 thực hiện Luật Cạnh tranh 2004, một đại diện của phòng thực thi pháp Luật Cạnh tranh đã trình bày báo cáo trong đó có một trang trình chiếu phản ánh hạn chế trong cơ cấu hiện nay, như sau:

Hình 1.



Căn cứ vào các vấn đề đã thảo luận trong các phần báo cáo trước, và vì chưa xem xét những vấn đề về thể chế tại phần 6.2 sau đây, nên có thể tóm tắt một số vấn đề mấu chốt còn tồn tại trong Luật Cạnh tranh 2004 hiện nay, như sau:

- Các quy định nội dung của luật còn hạn chế ở chỗ chưa có quy định cấm nào trong luật căn cứ theo tiêu chuẩn thực hành tốt nhất truyền thống về sáp nhập, lạm dụng vị trí thống lĩnh hay thỏa thuận hạn chế cạnh tranh;
- Hầu hết những các-ten ‘cơ bản’ đều thuộc phạm vi quy định về thị phần chưa hợp lý và khó xác lập;

- Quy định trong Luật Cạnh tranh 2004 chưa thống nhất với các quy định của pháp Luật Cạnh tranh trong luật chuyên ngành;
- VCCA bị hạn chế về khả năng phát hiện và điều tra các vấn đề bởi VCCA không có thẩm quyền đưa ra quyết định khoan hồng hoặc miễn trách, và thẩm quyền kiểm tra chứng cứ đột xuất lại chỉ vận dụng được sau khi bên bị truy tố được thông báo về cuộc điều tra;
- Mức độ nguồn lực phục vụ điều tra của VCCA còn quá hạn chế (có nghĩa là chỉ có 11 điều tra viên thường trực có xu hướng chuyển công tác sang công ty luật tư nhân khi đã đạt trình độ kinh nghiệm hấp dẫn trên thị trường);
- Nguồn lực của VCCA, phần lớn, lại nghiêng về phần thực thi pháp Luật Cạnh tranh không lành mạnh chủ yếu là những tranh chấp thương mại của doanh nghiệp;
- Nghị định 116 lại ràng buộc hạn chế thẩm quyền của VCCA đến nỗi nhiều vụ việc có hại cho cạnh tranh lại không được điều tra bài bản và có trường hợp điều tra viên phải thực hiện nhiệm vụ khó khăn gây sao lãng khối tác hại trọng tâm của vấn đề;
- Không rõ các bên tư nhân có cần thiết vận dụng Điều 584 của Bộ Luật dân sự theo cách phù hợp như ở các nước theo hệ thống dân luật hay không nhằm phục vụ việc thực thi của tư nhân đối với Luật Cạnh tranh, và dường như vẫn còn thiếu các điều khoản hỗ trợ như quy định về quyền được phát hiện.

Dự án Luật Cạnh tranh mới có thể sẽ giải quyết được nhiều, song chưa hết, vấn đề trong danh mục trên.

5. Khung khổ Luật pháp cạnh tranh không lành mạnh hiện hành

Luật Cạnh tranh 2004 cũng bao gồm 10 quy định về hành vi ‘cạnh tranh không lành mạnh’ chưa thấy có trong các quy định cốt lõi của luật pháp cạnh tranh tại các văn bản Luật Cạnh tranh trên thế giới:

- chỉ dẫn gây nhầm lẫn chứa đựng thông tin gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì của bên cung cấp (các nước khác thường gọi là “hành vi làm hàng giả, hàng nhái” (passing off)) hoặc chỉ dẫn địa lý của hàng hóa;

- tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh của đối thủ cạnh tranh mà không được phép hoặc sử dụng thông tin bí mật có được một cách bất hợp pháp để phục vụ mục đích kinh doanh của mình;
- hành vi ép buộc trong kinh doanh đối với khách hàng, đối tác cung ứng;
- gièm pha doanh nghiệp khác bằng hành vi đưa thông tin không trung thực về doanh nghiệp đó;
- gây rối hoạt động kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp khác bằng hành vi cản trở, làm gián đoạn hoạt động kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp đó;
- quảng cáo so sánh (đúng sự thật hoặc sai sự thật), bắt chước doanh nghiệp khác hoặc đưa thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng về sản phẩm của doanh nghiệp đó;
- gian dối thông tin về giải thưởng, khuyến mại, hoặc phân biệt đối xử đối với khách hàng như nhau tại các địa bàn tổ chức khuyến mại khác nhau trong cùng một chương trình khuyến mại;
- phân biệt đối xử của hiệp hội ngành nghề;
- bán hàng đa cấp bất chính (theo cách gọi ở một số quốc gia khác là bán hàng đa cấp mô hình kim tự tháp – Pyramid selling; và
- các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác do Chính phủ xác định theo Điều 3, Khoản 4, Luật Cạnh tranh.

Các mục thứ 1, 4 và thứ 6 nêu trên trong các quy định cấm của Việt Nam thống nhất với Điều Article 10bis Công Ước Paris 1883 về Bảo vệ tài sản trí tuệ liên quan đến “cạnh tranh không lành mạnh” mà Việt Nam gia nhập năm 1949. Theo Điều khoản này, các nước ký Công ước thống nhất bảo vệ công dân của các nước tham gia Công ước khỏi:

“Mọi hành vi cạnh tranh trái ngược với thực hành trung thực về các vấn đề công nghiệp, thương mại”.

Cụ thể là, các quốc gia tham gia Công ước phải quy định cấm những việc làm sau:

“(i) mọi hành vi có bản chất gây nhầm lẫn bằng mọi cách về việc thành lập, về hàng hóa, hay về các hoạt động công nghiệp, thương mại, của đối thủ cạnh tranh;

(ii) cáo buộc sai trong hoạt động trao đổi thương mại có bản chất nhằm làm tổn hại đến uy tín của việc thành lập, hàng hóa, hay hoạt động công nghiệp, thương mại của đối thủ cạnh tranh;

(iii) chỉ dẫn hoặc cáo buộc trong thương mại gây nhầm lẫn trong công chúng về bản chất, về quy trình sản xuất, về đặc tính/ đặc điểm, về tính phù hợp so với mục đích, hay về số lượng của hàng hóa.”

Công ước Paris về Bảo vệ tài sản trí tuệ cho phép mỗi quốc gia thành viên quyền tự quyết định sẽ thực hiện và áp dụng chế tài thế nào đối với các quy định này.

Các quy định trên đây trong luật của Việt Nam đã mở rộng hơn nhiều so với các điều khoản cơ bản cần thỏa mãn theo Điều 10bis của Công ước, song cũng có thể thấy các quy định này rải rác trong luật pháp ở các nước khác.

VCCA vừa là cơ quan điều tra lại vừa là cơ quan ra quyết định về trách nhiệm và bản chất các biện pháp phòng vệ. VCCA hiện tại có bảy cán bộ điều tra toàn giờ công tác trong lĩnh vực này. Trên thực tế, VCCA đã tiếp nhận nhiều vụ việc quy định cấm cạnh tranh không lành mạnh hơn hẳn số vụ bị cấm về hành vi hạn chế cạnh tranh.

VCCA đặc biệt coi hành vi bán hàng đa cấp là lĩnh vực ưu tiên trong thực thi luật. Bán hàng đa cấp là một hình thức khá “đặc thù” của hành vi gây thiệt hại cho xã hội bởi hành vi này có dính tới việc lừa phỉnh khách hàng khiến khách hàng nghĩ rằng có thể kinh doanh nhỏ thành công bằng niềm tin kiếm lời chỉ bằng việc tuyển thêm được người mới vào mở rộng hệ thống, thay vì cung ứng hàng hóa và dịch vụ chân chính cho xã hội. Như vậy, đây còn có thể được xem là một vấn đề bảo vệ người tiêu dùng đội lốt vấn đề giữa doanh nghiệp-với-doanh nghiệp.

Qua so sánh, theo quan điểm của Việt Nam, nhưng tại Pháp, các mục thứ (1), (4) và một phần mục (6) nêu trên cũng bị luật pháp cấm và thường được gọi là “concurrency deloyale” (cạnh tranh không lành mạnh), mặc dù bản thân thuật ngữ này thì không có định nghĩa trong Luật Cạnh tranh và còn bao hàm cả nhiều khái niệm khác nữa (như chiếm lợi thế cạnh tranh mà không tuân thủ theo luật pháp về lao động hay yêu cầu khác về việc tham gia kinh doanh hợp pháp. Điều quan trọng cần lưu ý là các quy định cấm này trong luật được thực thi tại tòa án dân sự

bờ doanh nghiệp nạn nhân của hành vi này chứ không phải bởi cơ quan cạnh tranh.³³

Tại Úc và Niu-Zi-Lân, các mục thứ (i), (iii), (iv), (vi – nhưng chỉ với trường hợp giả danh thông tin gây nhầm lẫn), (vii) và (ix) có quy định cấm. Đây là những quy định cấm trong luật bảo vệ người tiêu dùng mặc dù nạn nhân không nhất thiết phải là người tiêu dùng. Cả bên tư nhân và bên cơ quan quản lý (có nghĩa là ACCC và NZCC) đều thống nhất về quyền tài phán thực thi các điều khoản này, và trong trường hợp nạn nhân là pháp nhân thương mại có đầy đủ điều kiện nguồn lực thì ACCC và NZCC sẽ đề vấn đề vụ việc được giải quyết bằng tố tụng tư nhân.

Không còn nghi ngờ gì về việc một số điều khoản quy định cấm có mục đích vì lợi ích của công chúng – mặc dù, chỉ ít thì ý nghĩa xã hội của quy định cấm quảng cáo so sánh đúng sự thật chưa hẳn đã đúng. Tuy nhiên, có ba câu hỏi đặt ra ở đây:

- Nên chăng các quy định cấm này phải được thực thi như vấn đề thuần túy (chủ yếu) giữa các bên doanh nghiệp-với-doanh nghiệp hay thực thi theo các cơ quan thực thi luật pháp công lập ?
- Nếu cần có sự vào cuộc của các cơ quan thực thi công lập, thì có nên giải quyết các quy định cấm này như một phần trong hệ thống thực thi luật pháp về hạn chế cạnh tranh, hệ thống bảo vệ người tiêu dùng, hệ thống tài sản trí tuệ hay hệ thống riêng khác?
- Nếu cần có sự vào cuộc của các cơ quan thực thi công lập, thì về góc độ thực thi quy định cấm, cần quan tâm đến các hoạt động này ở mức nào, so với các quy định về bảo vệ người tiêu dùng và hạn chế cạnh tranh, đặc biệt là trong điều kiện ở nước đang phát triển có nguồn lực hạn chế ?

³³

De la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi 2016 "*Chefs d'entreprise, la concurrence déloyale : c'est votre affaire*". (tạm dịch là : Theo chỉ đạo quản lý trong khu vực đối với doanh nghiệp, cạnh tranh, tiêu dùng, lao động và việc làm 2016 "*Hỏi các Tổng giám đốc doanh nghiệp, cạnh tranh không lành mạnh: đó là việc của doanh nghiệp*")

6. Đề xuất Luật Cạnh tranh mới

Từ năm 2014 cho đến nay, VCCA đã tham gia nhiều công việc cải cách luật căn bản và dự kiến dự thảo luật mới sẽ được trình Quốc hội trong tháng Mười, năm 2017. Trong thời gian xây dựng báo cáo này, đã có năm bản dự thảo dự luật mới do ban soạn thảo liên ngành xây dựng trước khi trình Quốc hội. OECD nhận thức rõ Quốc hội có thể sẽ tiếp tục làm việc với các bản sửa đổi dự án luật tiếp theo.

Chủ đề chính được giải quyết trong các bản dự thảo dự án luật gồm có:

- Cải cách các quy định nội dung về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh và kiểm soát sáp nhập;
- Quy định về thẩm quyền khoan hồng và “kiểm tra chứng cứ đột xuất” hiệu quả hơn; và
- Quy định về việc sáp nhập VCCA và VCC thành cơ quan quản lý cạnh tranh (mời xem Phần 6.2.4 tiếp theo trong báo cáo).

Trong phần này, báo cáo bàn luận về các quy định nội dung (phần 6.1) và các quy định về phát hiện và điều tra (phần 6.2). Phần 7.6 bàn về các quy định về thể chế.

6.1. Quy định về nội dung

6.1.1. Quy định cấm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

Liên quan đến các quy định cấm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, các bản dự thảo luật có thể:

- Bỏ yêu cầu về thị phần 30% đối với hành vi các-ten cơ bản và thỏa thuận hạn chế cạnh tranh khác (thống nhất ở tất cả các bản dự thảo luật); và
- Áp dụng kiểu quy định cấm “toàn bộ” (Catch-all) đối với những thỏa thuận “gây ra hoặc có thể gây tác động chống cạnh tranh trên thị trường” (có nêu trong một số bản dự thảo, trong khi một số bản khác không có).

Cả hai nội dung cải cách này sẽ là những điểm cải thiện đáng kể dành cho Luật Cạnh tranh 2004.

Tuy nhiên, các quy định này sẽ vẫn duy trì câu chữ như hiện nay khiến kinh doanh độc quyền “tự thân” mặc nhiên trở thành bất hợp pháp. Điều này là không

nên vì kinh doanh độc quyền có thể cấu thành hành vi thúc đẩy cạnh tranh trong đó “quan hệ đối tác hàng dọc” thúc đẩy cạnh tranh trong nội bộ nhân hàng.

Hơn nữa, đề xuất dự thảo luật mới sẽ không cải cách Điều 217 và Điều 222 của Bộ Luật Hình sự và giữ nguyên câu chữ quy định của Luật 2004.

Khuyến nghị 6.1:

Hành vi các-ten gây hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng (như ấn định giá, phân chia thị trường, thỏa thuận hạn chế năng lực) về bản chất là có hại và cần coi là bất hợp pháp, bất luận tỉ lệ thị trường bị ảnh hưởng là gì. Hay nói cách khác, các quy định cấm các-ten cả trong Luật Cạnh tranh và Bộ Luật Hình sự đều không nên quy định yêu cầu về ngưỡng thị phần 30%.

Khuyến nghị 6.2:

Cần bỏ Kinh doanh độc quyền ra khỏi danh sách các hành vi “tự thân” là bất hợp pháp, và Kinh doanh độc quyền chỉ nên bị coi là bất hợp pháp nếu có hệ quả là làm giảm cạnh tranh một cách đáng kể.

Khuyến nghị 6.3:

Nên áp dụng kiểu quy định cấm “toàn bộ” (catch-all prohibition), cấm mọi hành vi thỏa thuận có tác động phản cạnh tranh đáng kể.

Khuyến nghị 6.4:

NCC nên có thẩm quyền thanh tra bắt buộc có hiệu lực thực tế (có nghĩa là thẩm quyền thanh tra kiểm tra chứng cứ đột xuất không báo trước - “dawn raid” power). Điều đó có nghĩa là có nghĩa là NCC phải được quyền xâm nhập, không cần thông báo, vào cơ sở của đối tượng được điều tra nhằm mục đích tìm, thu giữ tang chứng vật chứng có liên quan, bất kể hình thức của chứng cứ. Cần cân đối giữa yêu cầu tuân thủ đúng thủ tục (có nghĩa là yêu cầu phải có thẩm quyền tư pháp hoặc lệnh khám xét) mà không quy định quá nặng nề thành gánh nặng đối với NCC đến mức làm mất đi hiệu lực của thẩm quyền điều tra này.

Khuyến nghị 6.5:

Luật cần quy định chính sách khoan hồng, bao gồm quy định về miễn trừ hoàn toàn nghĩa vụ nếu bên đầu tiên tố cáo hành vi các-ten. Pháp luật chính cần tạo cơ sở pháp lý chắc chắn về quyền miễn trừ trách nhiệm, còn chi tiết về chương trình khoan hồng cần được quy định rõ tại các văn bản hướng dẫn, do NCC hoặc cơ quan chính phủ soạn thảo xây dựng, ban hành và chỉnh sửa cập nhật

theo kinh nghiệm thực tế, không cần trình Quốc hội ban hành thêm văn bản mới quy định chi tiết.

Khuyến nghị 6.6:

Điều quan trọng là, cần tiến hành cải cách song song đối với Bộ luật Hình sự (hoặc cải cách theo cơ chế do NCC và Viện kiểm soát thống nhất tổ chức) qua đó cho phép một bên tố cáo các-ten đương nhiên được miễn trừ hình phạt theo Luật Cạnh tranh và theo các quy định về cạnh tranh của Bộ Luật Hình sự.

6.1.2. Các quy định cấm chống hành vi đơn phương

Đề xuất dự thảo luật sẽ:

- Bỏ quy định phân biệt giữa lạm dụng vị trí độc quyền và lạm dụng vị trí thống lĩnh; như đã đề xuất trong một số bản dự thảo, nhưng lại không thấy ở một số bản dự thảo khác); và
- Áp dụng “kiểu quy định cấm “toàn bộ” như sau: “các hành vi khác lạm dụng vị trí thống lĩnh gây hoặc có thể gây tác động chống cạnh tranh căn bản trên thị trường” (như đã đề xuất ở các bản dự thảo ban đầu song, theo thông tin nhận được từ các cơ quan quản lý cạnh tranh của Việt Nam, lại không có trong bản dự thảo mới nhất trước khi trình Quốc hội).

Cả hai nội dung cải cách này sẽ cấu thành một bước rõ rệt tiến tới hài hòa hóa với các chuẩn mực quốc tế.

Tuy nhiên, kiểu quy định kiểm soát “toàn bộ” như đề xuất ở các bản dự thảo luật ban đầu cần được đưa trở lại vào bản dự thảo cuối cùng và quy định phòng vệ cho các vấn đề tồn tại với luật hiện hành, như sau:

- Sẽ vẫn xảy ra trường hợp một doanh nghiệp có thị phần 30% trên thị trường mà lại bị kết luận là có vị trí thống lĩnh và không thể cung cấp bằng chứng là không thống lĩnh, và trong một số bản dự thảo dự án luật mới, tình huống này còn bị tăng nặng do các quy định bổ sung dẫn đến trường hợp vị trí thống lĩnh của 2-doanh nghiệp, 3 doanh nghiệp, và thậm chí 4 doanh nghiệp theo ngưỡng thị phần trên một thị trường cụ thể; và
- Có hành vi của doanh nghiệp thống lĩnh tự thân nó là hành vi bất hợp pháp, như ấn định giá có phân biệt đối xử.

Trong khi các giả định có thể bác bỏ về thị phần (rebuttable market share presumptions) là có ích đặc biệt trong điều kiện quốc gia đang phát triển, song khi quyết định bằng giả định là một (hay nhiều) doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, chỉ vì thị phần của doanh nghiệp hoặc tổng thị phần của nhóm doanh nghiệp đó là điều không nên. Vì cách làm này có thể cản trở doanh nghiệp đó tham gia các hoạt động thúc đẩy cạnh tranh.

Hơn nữa, có một khía cạnh trong soạn thảo dự luật mới đang là cải cách lùi: trong nhiều trường hợp, các quy định cấm cụ thể của Luật Cạnh tranh 2004 đã đầy đủ khi đưa vào một hình thức khảo sát cạnh tranh. Ví dụ, tại Điều 13, khoản 2 của Luật Cạnh tranh hiện hành đang quy định hành động sau đây là hành vi bất hợp pháp của doanh nghiệp thống lĩnh trên thị trường:

“Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng.” (có nhấn mạnh điều kiện bổ sung).

Trái lại, dự thảo luật lại loại bỏ khái niệm về thiệt hại cho người tiêu dùng:

“Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu.”

Khuyến nghị 6.7:

Cần xem xét chi tiết về khả năng có nên bỏ các quy định cấm liên quan đến độc quyền hay không để luật chỉ quy định cấm lạm dụng vị trí thống lĩnh liên quan đến hành vi đơn phương. Khái niệm lạm dụng vị trí thống lĩnh đã nhận được nhiều tranh cãi gay gắt và điều chỉnh ở hầu hết các quốc gia lớn trên thế giới.

Khái niệm lạm dụng vị trí độc quyền mới này không có quy định ở các nước khác và có vẻ như cũng không lý do gì mang tính chất đặc thù của riêng Việt Nam về sự cần thiết phải có thêm quy định về nội dung này.

Ngưỡng thị phần đối với vị trí thống lĩnh cần cao hơn 30%, có lẽ ngưỡng thị phần phù hợp hơn có thể là 50% (ví dụ, trường hợp các tòa án tại Châu Âu sử dụng giả định có thể bác bỏ rằng có thị phần trên 50% là thống lĩnh).

Ngưỡng thị phần này vẫn nên là một giả định có thể bác bỏ, do đó, luật cần quy định cơ sở rõ ràng để những doanh nghiệp có thị phần cao hơn ngưỡng giả định còn được chứng minh trên thực tế mình không có vị trí thống lĩnh.

Khuyến nghị 6.8:

Toàn bộ danh sách hành vi bị cấm của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh nên thống nhất về yếu tố gây hại cho cạnh tranh (ví dụ như, bán hàng hóa, cung cấp dịch vụ rẻ hơn tổng giá thành của hàng hóa nhằm độc quyền loại trừ doanh nghiệp có hiệu quả sản xuất ngang bằng làm gây thiệt hại cho khách hàng”).

Khuyến nghị 6.9:

Cũng cần có quy định “kiểm soát tất cả” (“catch all”) để cấm mọi loại hành vi nào khác có lạm dụng hây hại và nhằm loại trừ đối thủ cạnh tranh đều bị cấm.

6.1.3. Kiểm soát tập trung kinh tế

Đề xuất dự án luật sẽ:

- Từ dự thảo số 5 về sau, quy định rằng thông báo sẽ thay đổi từ ngưỡng thị phần 30% như hiện nay sang thành ngưỡng giá trị tài chính sử dụng các giá trị về doanh thu/ doanh số mua, giá trị tài sản hoặc giá trị giao dịch; và
- Các hình thức tập trung sẽ bị cấm nếu “gây hoặc có thể gây hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường Việt Nam mà không có đủ biện pháp khắc phục tác động hạn chế cạnh tranh thực tế hoặc tiềm tàng”.

Những thay đổi nêu trên sẽ là những cải cách quan trọng so với văn bản luật hiện hành. Dự thảo luật mới cần góp phần cho những cải tiến sau đây:

- Cho phép những hoạt động tập trung không gây hại trong đó doanh nghiệp – có thị phần hơn 50%;
- Tập trung gây hại theo ngưỡng tài chính sẽ bị cấm ngay cả nếu doanh nghiệp sau tập trung không có thị 50%; và
- Loại bỏ xu hướng khiếu nại việc sáp nhập chỉ vì tác động cứng nhắc của ngưỡng 50%.

Ngoài ra, cũng cần xem xét các nội hàm về nguồn lực khi thay đổi quy định trong dự thảo luật mới. Chế độ khởi kiện bắt buộc đối với hoạt động tập trung ở các nước kinh tế phát triển như Mỹ, Liên minh Châu Âu/ Khu vực kinh tế Châu Âu và một số quốc gia thành viên Liên minh Châu Âu không có áp lực lớn về

nguồn lực. Song mặt khác, Trung Quốc và Ấn độ lại thấy khó nếu quy định luôn, đây đủ về khối lượng công việc phải làm khi quy định khởi kiện bắt buộc.

Các nước nhỏ khác, và có hạn chế về nguồn lực, như Xinh-ga-po và Niu-Di-Lân, và các nước lớn hơn như Úc, Vương quốc Anh, vẫn coi hệ thống tự nguyện (tự khai báo) là phù hợp hơn trong việc đáp ứng những yêu cầu về nguồn lực của hệ thống quản lý sáp nhập. Đương nhiên, hệ thống tự khai báo chỉ có hiệu lực nếu có những động cơ ưu đãi đủ mạnh để tự khai báo có trách nhiệm. Các động cơ ưu đãi này nhìn chung gồm quy định thoái vốn quyết liệt và/hoặc quy định xử phạt nghiêm khắc nếu có tập trung gây hạn chế cạnh tranh mà không khởi kiện và không xin phê duyệt.

Đôi lại, Việt Nam sẽ sáng suốt xem xét các chiến lược để khẩn trương xác định được tập trung kinh tế nào không có khả năng gây hại để phân biệt với những tập trung kinh tế nào cần điều tra đầy đủ. Ví dụ, MOFCOM tại Trung Quốc đã thực hiện quy trình rút gọn đối với những vụ việc sáp nhập không có khả năng gây hại nhằm giảm tải công việc của cơ quan này. Việt Nam cũng có thể cân nhắc phương pháp tương tự.

Còn có một phương án nữa dựa vào quan hệ hợp tác với các nước khác. Việt Nam có thể xem xét thiết lập thông báo “rút gọn” với mức phí khởi kiện giảm đôi chút đối với các vụ việc tập trung toàn cầu hoặc tập trung quốc tế, trong đó các bên:

- Xác định cơ quan cạnh tranh của nước khác mà họ đã thông báo về giao dịch tập trung (ví dụ như Mỹ, Châu Âu, Úc, Niu-Di-Lân, Nhật Bản, Hàn Quốc hoặc một nước trong khối ASEAN);
- Cung cấp ý kiến giải trình/ giải thích vì sao các tác động tạo ra ở Việt Nam sẽ không khác những tình tiết thực tế ở nước khác;
- Thực hiện thỏa thuận quy trình rút gọn đúng chuẩn mực cho phép cơ quan chức năng Việt nam bàn luận về vấn đề liên quan với cơ quan chức năng ở nước bên kia; và
- Không hoàn tất giao dịch tập trung mà không xin phê duyệt ban đầu của cơ quan cạnh tranh nước ngoài và cung cấp bản sao văn bản phê duyệt cho cơ quan cạnh tranh của Việt Nam.

Dần dà, cách tiếp cận như trên có thể giảm được nguồn lực mà cơ quan cạnh tranh phải trang trải mà lại mang lại một cách làm “không đòi hỏi nghĩa vụ” cho cơ quan quản lý Việt nam được hợp tác, và có lợi nhờ kinh nghiệm và nguồn lực

của các cơ quan cạnh tranh ở các nước lớn hơn hoặc có điều kiện tài lực hơn. Phương pháp này cũng góp phần cho chế độ “thân thiện với doanh nghiệp/dự án đầu tư” mà không tổn hại đáng kể đến hiệu lực của phép kiểm tra sáp nhập.

Khuyến nghị 6.10:

Quy định về ngưỡng nộp hồ sơ đăng ký sáp nhập chỉ nên căn cứ vào ngưỡng doanh thu/ doanh số mua và/hoặc giá trị giao dịch sáp nhập.

Khi quyết định cho phép hay không cho phép sáp nhập, không nên căn cứ vào điều kiện là ngưỡng thị phần cụ thể, mà nên căn cứ vào nguy cơ hạn chế cạnh tranh nhiều hay ít của giao dịch sáp nhập đó.

Khuyến nghị 6.11:

Luật cần quy định yêu cầu các hướng dẫn về công khai vụ việc cạnh tranh ở Việt Nam minh họa cách thức cơ quan cạnh tranh Việt nam thực thi các điều khoản quy định của pháp luật, và cách tiếp cận được hướng dẫn nên phù hợp với các tiêu chuẩn quản lý sáp nhập quốc tế.

6.1.4. “Bóng ma” trong Nghị định 116

Trong một số đề xuất đối với dự luật mới, có nhiều nội dung quy định từ Nghị định 116 trước đây được tự động nâng cấp lên thành luật hoặc cho phép ban hành nghị định mới. Cụ thể là một số bản dự thảo sẽ bao gồm:

- Các quy định tương đối chi tiết về cách xác định thị trường và thị phần;
- Quy định chi tiết về vai trò của tất cả các bên trong việc điều tra và cách thức thực hiện điều tra; và
- Quy định về nội dung “Chính phủ sẽ qui định chi tiết về Điều này” liên quan đến qui định cấm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Vì các lý do nêu trên, có một ngoại lệ, đó là nên tránh quy định quá chi tiết về cách thức thực hiện điều tra cạnh tranh và phân tích cạnh tranh. Thay vì thế, nếu cần quy định chi tiết, thì nên quy định tại văn bản hướng dẫn nhưng không phải trong văn bản pháp luật dưới luật (mời xem Phần 6.2.4).

Ngoại lệ về chính sách khoan hồng được trình bày ở phần sau.

Khuyến nghị 6.12:

Việt Nam nên hướng tới quy định để cơ quan cạnh tranh được linh hoạt và tự chủ hơn nữa về cách thức tiến hành các cuộc điều tra, loại thông tin cần tìm, cần sử dụng, và phương pháp phân tích các vấn đề thực thi Luật Cạnh tranh. Khi thông qua luật mới, không nên ràng buộc cứng (hard-wired) những các quy định hiện hành trong Nghị định 116 trong luật chính, và văn bản tương đương Nghị định 116 cần quy định bổ sung quyền hạn chủ động điều tra và phân tích cho cơ quan cạnh tranh. Nếu được, phần quy định nội dung trong Nghị định 116 (ví dụ quy định về cách đi đến kết luận hợp lý về xác định thị trường liên quan) nên được đưa vào văn bản hướng dẫn mô tả chi tiết, không ràng buộc, do cơ quan cạnh tranh phát hành, và không phải là chỉ đạo bắt buộc thực hiện dành cho cơ quan cạnh tranh. Văn bản tương đương Nghị định 116 cần được rà soát định kỳ 5 năm một lần để giảm bớt phần mô tả khi và dần dần trở thành văn bản về án lệ nhằm hướng dẫn việc thực hiện thẩm quyền tự định đoạt.

Khi cần ban hành một nghị định mới tương tự, cần chú ý tham vấn tất cả các bên liên quan (cơ quan cạnh tranh quốc gia, cộng đồng doanh nghiệp, các tổ chức/ hiệp hội người tiêu dùng, người hành nghề luật) để tránh những nội dung không rõ nghĩa như trong nghị định hiện hành.

6.2. Phát hiện và điều tra

Dự án luật mới sẽ quy định về chính sách khoan hồng. Quy định đủ rộng để miễn trừ hoàn toàn (chỉ áp dụng với bên thứ nhất) hoặc “giảm nhẹ” do hợp tác.

Đây là một nội dung cải cách luật rất quan trọng có nhiều khả năng cải thiện đáng kể năng lực điều tra của cơ quan cạnh tranh về các vấn đề các ten cụ thể.

Tuy nhiên, chính sách khoan hồng chỉ có hiệu lực nếu:

- Tình hình thực thi nói chung về số vụ việc và về mức phạt đều tăng đáng kể để việc miễn trừ trách nhiệm có ý nghĩa, bởi lẽ chi phí về thời gian và chi phí pháp lý của việc tự tố giác (và có lẽ cái giá của việc bỏ đi những lợi nhuận có được do hành vi bất hợp pháp) đều lớn, nên lợi ích của việc tố giác cần lớn hơn các chi phí này; và
- Quy định chi tiết hơn nữa trong các văn bản pháp luật dưới luật vì đã nhiều lần, các cơ quan thực thi luật pháp cạnh tranh cho rằng cơ chế tố giác không khả thi trừ phi phải có văn bản đảm bảo của cấp có thẩm quyền

rằng bên cung cấp thông tin sẽ không bị hình thức phạt tiền nào (hoặc nếu họ đang bị điều tra thì họ sẽ có được lợi thế cụ thể/ đo đếm được do đã hợp tác).

Ngoài ra, gần như không có triển vọng gì về việc chính sách tạo ra sự khác biệt thực sự trừ khi có sự bảo vệ tương đương đối với bên cung cấp thông tin, liên quan đến các quy định tại Điều 217 và Điều 222, trong Bộ luật Hình sự. Sẽ không có ý nghĩa gì nếu bên tố giác lại chỉ có kết cục khiến họ lộ diện để bị án phạt tù đến 20 năm.

Một số quốc gia đã đạt được thành quả quy định này nhờ Biên bản ghi nhớ hoặc Chính sách liên bộ giữa cơ quan cạnh tranh và bên công tố. Ở nhiều quốc gia, không yêu cầu quy định cụ thể nào ban hành về việc thành lập cơ cấu như vậy, bởi lẽ cơ quan kiểm soát/ công tố đã có những thẩm quyền cần thiết, nhưng ở một số quốc gia khác, vẫn cần có văn bản quy phạm pháp luật cho nội dung này.

Hơn nữa, cũng cần cải cách về thời hạn điều tra và liên đới tư pháp để tránh việc các bên vi phạm luật do thực hiện hành vi chống cạnh tranh ở bên ngoài Việt Nam nhưng lại gây hậu quả tại Việt Nam.

Khuyến nghị 6.13:

Nếu Luật Cạnh tranh (hoặc nghị định hướng dẫn thực hiện luật) có quy định về thời hạn ra quyết định của cơ quan quản lý cạnh tranh quốc gia, thì cũng cần bố trí cả “công cụ ngừng đếm giờ” nếu thủ phạm vi phạm không cung cấp thông tin đúng theo thời hạn yêu cầu để phục vụ điều tra đúng theo thời hạn quy định.

Khuyến nghị 6.14:

Để đấu tranh chống vi phạm, phạm vi áp dụng của Luật Cạnh tranh Việt nam cần hướng tới mọi hành vi có ảnh hưởng trọng yếu đến thị trường Việt Nam, dù đối tượng doanh nghiệp ở bất cứ đâu hay đi nơi khác để thực hiện hành vi phản cạnh tranh.

7. Cải cách thể chế: cơ cấu thực thi

Phần này bàn về những vấn đề nảy sinh từ cơ cấu thể chế hiện nay. Khuyến nghị từ các vấn đề này được bàn luận trong phần 7.5.

7.1. Thể chế chính sách cạnh tranh hiện hành

Việt Nam đã vận dụng mô hình quản lý hành chính về thực thi pháp luật, cũng giống như nhiều hệ thống pháp quyền khác tại Châu Á (ví dụ như Trung Quốc, Nhật Bản, Hàn Quốc, In-đô-nê-xia, Xinh-ga-po), trong đó chính cơ quan cạnh tranh lại là cơ quan điều tra các vụ cáo buộc, và cũng chính cơ quan cạnh tranh, chứ không phải là tòa án, ra phán quyết có vi phạm luật hay không, đồng thời lại cũng có thẩm quyền quyết định mức độ xử phạt nếu có. Trong mô hình này, chức năng của tòa án là phúc thẩm các vụ việc cạnh tranh do cơ quan quản lý hoặc cơ quan cạnh tranh tuyên. Song, Việt Nam cũng đã áp dụng có điều chỉnh mô hình quản lý này vì ở Việt Nam có hệ thống hai giai đoạn hai cơ quan, hay còn gọi là mô hình phân chia hai cơ quan, là cơ quan điều tra và cơ quan xét xử.

Mô hình này được cho là giúp xây dựng niềm tin vào tính công bằng của quyết định cạnh tranh, đặc biệt là khi cơ quan cạnh tranh được đặt trong trực sở Bộ Công thương. Khi thành lập vào thời điểm đó, việc thành lập một cơ quan chuyên ngành được cho là có ích trong việc đảm bảo tính công bằng của quy trình quản lý và giúp nâng cao trình độ và năng lực chuyên môn cho cơ quan xét xử, đạt hiệu quả cao hơn vì tiết kiệm nguồn lực đến tòa án cho từng vụ việc.

Ban đầu vào thời điểm soạn thảo Luật Cạnh tranh hiện hành của Việt Nam, Pháp³⁴, Vương quốc Anh³⁵ và Bra-zin cũng đang có hệ thống thực thi hai cấp do

³⁴ Tại Pháp, Đạo luật Hiện đại hóa nền kinh tế số 2008-776 (“LME”) được ban hành ngày 4/8/2008, chỉ sau đó không lâu, Luật này đã được thay thế bằng Pháp lệnh số 2008-1161 ngày 13/ tháng 11, năm 2008 về hiện đại hóa công tác quản lý cạnh tranh. Theo tham luận do Pháp trình bày tại Hội nghị bàn tròn của OECD trong năm 2014 về Thay đổi Thiết kế thể chế của các cơ quan cạnh tranh ([DAF/COMP/WD\(2014\)104](#)), một cơ quan mới đã được tạo ra trong quá trình cải cách năm 2008 “chấm dứt hệ thống hai trụ cột kể từ những ngày đầu lịch sử công tác quản lý cạnh tranh tại Pháp và dẫn đến những cải cách quan trọng về chất lượng, liên quan đến tính độc lập, củng cố thêm quyền hạn của cơ quan quản lý cạnh tranh đồng thời với việc tăng cường trách nhiệm của họ”.

³⁵ Trong năm 2011, chính phủ VQ Anh khởi xướng chương trình cải cách diện rộng các cơ chế về cạnh tranh, bảo vệ người tiêu dùng, tín dụng tiêu dùng, trong đó có bao gồm cả việc chuyển giao chức năng của Văn phòng thương mại lành mạnh

số vụ cạnh tranh còn ít, song kể từ đó cho đến nay, cả ba nước đều đã áp dụng mô hình một cơ quan. Mô hình cơ quan duy nhất hay mô hình hợp nhất cơ quan hiện nay đang phổ biến trên toàn Châu Á (Ví dụ: Nhật bản, Hàn Quốc, In-đô-nê-xia, Xinh-ga-po) và hiện cũng đang được đề xuất vận dụng ở Việt Nam.

Hai cơ quan chịu trách nhiệm vận dụng Luật Cạnh tranh Việt Nam là VCA và VCC. Do số lượng vụ việc cạnh tranh còn ít (cho phép áp đặt mức tiền phạt), VCCA phụ trách phát hiện, điều tra và thu thập chứng cứ, và nếu thấy đã có đủ bằng chứng về việc vi phạm Luật Cạnh tranh, VCCA sẽ chuyển hồ sơ vụ việc sang VCC để ra quyết định về trách nhiệm và quy hình thức phạt hay biện pháp phòng vệ khác. VCC ra quyết định bằng việc thành lập hội đồng gồm ít nhất năm thành viên và các bên trong vụ việc có thể đề nghị giám đốc thẩm đối với các quyết định đó lên cấp toàn hội đồng VCC.

VCCA cũng chịu trách nhiệm đánh giá các yêu cầu đối với quyền được miễn trừ và nộp Khuyến nghị về những yêu cầu này lên Bộ Công thương hoặc Thủ tướng ra quyết định (tùy theo trường hợp miễn trừ áp dụng)³⁶.

Đối với các vụ việc cạnh tranh không lành mạnh (có thể áp dụng mức phạt vi phạm hành chính thấp hơn), VCCA phụ trách phát hiện, điều tra, và ra quyết định về mức độ trách nhiệm cũng như biện pháp phòng vệ được áp đặt.

Về VCCA, và theo các điều khoản quy định về tổ chức của VCCA thì đây là cơ quan Cục³⁷ được thành lập trực thuộc Bộ Công Thương, bộ chủ quản phụ trách ban hành chính sách công nghiệp tại Việt Nam.

(OFT) với Ủy ban cạnh tranh (CC) sang cho một loạt các tổ chức kế nhiệm sau này, trong đó có chức năng cạnh tranh của Ủy ban cạnh tranh CC và của Văn phòng thương mại lành mạnh (OFT) được chuyển sang Cơ quan thị trường và cạnh tranh (gọi tắt là CMA). Khi tiến hành phân tích nội bộ, VQ Anh đã xác định được nhiều hiệu quả và sự đồng vận từ hệ thống mới, có một cơ quan – trường hợp tiếp tục duy trì các thành viên phụ trách kiểm soát sáp nhập đồng thời với hiệu quả về thời gian (Tóm tắt bài tham luận về Hội nghị bàn tròn OECD về Thay đổi thiết kế thể chế các cơ quan cạnh tranh, trang 12).

³⁶ Tham khảo Quyết định số 848/QĐ-BCT ngày 5/ 01/ 2013 của Bộ Công Thương.

³⁷ Chính thức là Cục Quản lý cạnh tranh, theo Quyết định số 848 / QĐ-BCT của Bộ Công Thương.

Nội bộ tổ chức của VCCA do Bộ trưởng Bộ Công Thương quyết định. Lãnh đạo (Cục trưởng) VCCA do Thủ tướng bổ nhiệm theo đề nghị của Bộ Công Thương. VCCA trực thuộc Bộ Công Thương và hoạt động phụ thuộc vào ngân sách trực tiếp do Bộ cấp. Ngân sách của VCCA trong năm 2017 là khoảng 720.000 Euro, được chuyển lại từ việc thành lập VCCA vào ngày 18/08/2017. Trong các năm tiếp theo, VCCA sẽ tiếp nhận ít ngân sách hơn (do tách chức năng), ngoại trừ trường hợp có quyết định chính sách tăng mức ngân sách cho các hoạt động thực thi pháp Luật Cạnh tranh.

Kể từ khi bắt đầu đi vào hoạt động cho đến nay, VCA liên tục tăng thêm nhân sự từ khoảng 60 người lên khoảng 110 người trước khi tiến hành tách VCCA và VTRA. Thành phần cán bộ hiện nay của VCCA với 43 nhân sự theo chức năng như sau:

- 1 Quyền Cục trưởng;
- 25 cán bộ chuyên trách cho công tác cạnh tranh, trong đó có:
 - 18 người ‘tiền tiêu – thực thi’ phụ trách các chức năng về cạnh tranh (Phòng chức năng về Hành vi Cạnh tranh không lành mạnh có 7 người, Phòng chức năng về Hành vi Hạn chế cạnh tranh có 5 người, và Phòng Kiểm soát Tập trung kinh tế có 6 người);
 - 7 nhân sự giúp việc; và
- 14 nhân sự chuyên trách về bảo vệ người tiêu dùng (cán bộ thực thi và giúp việc); và
- 3 cán bộ ở văn phòng khu vực Thành Phố Hồ Chí Minh hỗ trợ cả chức năng bảo vệ người tiêu dùng và chức năng cạnh tranh.

VCC là cơ quan độc lập với VCCA, quy định về hoạt động của VCC chỉ rõ VCC là cơ quan thực hiện trước đây được tách từ Bộ Công Thương.

VCC chịu trách nhiệm chính về điều trần và xử lý các vụ việc trong phạm vi các vụ việc cạnh tranh³⁸. Cụ thể là VCC có những thẩm quyền và trách nhiệm

Hà Nội, ngày 5/2/2013, tên tiếng Anh của cơ quan này là “Viet Nam Competition Authority” cho đến khi được tách ra và thành lập lại thành VCCA.

³⁸ Điều 2 và Điều 3, Nghị định số 05/2006/NĐ-CP, ngày 9 tháng 1 năm 2006.

sau³⁹: (a) xử phạt và xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh theo quy định về hạn chế cạnh tranh của Luật Cạnh tranh; (b) yêu cầu các tổ chức, cá nhân liên quan cung cấp thông tin, tài liệu cần thiết cho việc thực hiện các nhiệm vụ được giao của Hội đồng; (c) giải quyết khiếu nại đối với các quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Hội đồng Cạnh tranh (hội đồng năm thành viên). Cũng như VCCA, VCC không có quyền hạn về ban hành quy định hoặc hướng dẫn chi tiết về cách thức vận dụng Luật Cạnh tranh trên thực tiễn.

Cũng như VCCA, Hội đồng cạnh tranh VCC phụ thuộc vào ngân sách của Bộ Công Thương, nội bộ tổ chức của VCC phải do Bộ Công Thương phê duyệt. Ban lãnh đạo VCC gồm 11 đến 15 thành viên (kể cả vị trí chủ tịch hội đồng) được bổ nhiệm và bãi nhiệm theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ, theo đề xuất của Bộ Công Thương. Trong luật không có hạn chế về quyền hạn bãi nhiệm ủy viên của Thủ tướng Chính phủ.

Hiện nay, trong Hội đồng có 11 thành viên, trong đó 3 thành viên do Bộ Công Thương bổ nhiệm và các thành viên còn lại được cử từ các bộ ngành khác, như Bộ Công Thương, Bộ Tư pháp, Bộ Tài chính. Trước đây, VCC còn có thành viên không phải là cán bộ của Chính phủ - ví dụ như khối viện, trường – song hiện tại cơ cấu này không còn nữa. Thành viên VCC có nhiệm kỳ 5 năm (và có thể được tái nhiệm).

Thành viên VCC không được trả lương để làm việc ở vị trí của mình; nhưng các chi phí công tác của họ do cơ quan Bộ chủ quản của thành viên đó chi trả. Ủy viên cạnh tranh hiện có một ban thư ký giúp việc gồm 9 nhân sự. Nhiều bên liên quan đã bày tỏ quan ngại cho rằng một số ủy viên có mức cam kết thấp khi nắm giữ cương vị của mình tại VCC, vì lý do công việc chính của họ tại bộ chủ quản của họ và lại không có lương khi làm việc tại VCC.

Cơ cấu này cho thấy VCC phụ thuộc nhiều vào Bộ Công Thương, về cơ cấu, về vận hành, về tổ chức và về tài chính, đây cũng là nhìn nhận chung của cộng đồng doanh nghiệp và đại đa số các thành phần liên quan khác, và được coi là một trong những nguyên nhân chính gây nên sự thiếu hiệu quả trong hệ thống hiện nay (mời xem phần 7.2 sau đây. Đánh giá khung khổ thể chế hiện hành). Đây cũng là nguyên do gây căng thẳng giữa các thành viên VCC ngoài Bộ Công Thương và các Bộ với cách thức bổ nhiệm thành viên theo 2 cách: một là VCC được yêu cầu ra quyết định nhưng các quyết định đó lại không được sự ủng hộ của bộ ngành

39

Nghị định số 07/2015/NĐ-CP ngày 16 tháng 1 năm 2015.

chủ quản hay DNNN thuộc sở hữu của bộ ngành chủ quản, và hai là, các bộ “nhà” lại là người trả lương cho các thành viên này.

7.2. Đánh giá khung khổ thể chế hiện hành

7.2.1. Tính độc lập

Theo quan điểm của đa số cộng đồng quốc tế, tính độc lập với quyền lực chính trị của một cơ quan chức năng là yếu tố then chốt cho một chế độ cạnh tranh hiệu quả (OECD 2016)⁴⁰. Trong bối cảnh này, tính độc lập có nghĩa là cơ quan cạnh tranh không chịu ảnh hưởng từ bên ngoài và căn cứ cho quyết định khởi xướng điều tra, hiểu và vận dụng các quy tắc cạnh tranh cho các vụ việc căn cứ vào các chứng cứ và lập luận cạnh tranh⁴¹. Đồng thời, tính độc lập không có nghĩa là cơ quan cạnh tranh triển khai các biện pháp hoặc xây dựng chính sách của mình mà bỏ qua chính phủ, mà là chính phủ không quyết định biện pháp thực thi của cơ quan cạnh tranh.

Việc thành lập một cơ quan quản lý cạnh tranh có mức độ độc lập nhất định, đối với đối tượng quản lý và đối với chính phủ, giúp tạo dựng thêm niềm tin và thêm sự tín nhiệm đối với các quyết định được cho là có cơ sở liên chính. Tính liên chính cao sẽ cải thiện được kết quả của quyết định quản lý⁴². Mức độ độc lập

⁴⁰ Tính độc lập của các cơ quan cạnh tranh – từ thiết kế đến thực tiễn hoạt động – Báo cáo tổng quan của Ban thư ký OECD. Cũng tương tự như thế, các cơ quan cạnh tranh đương nhiên cũng cần độc lập với doanh nghiệp nhằm bảo vệ tính toàn vẹn của hoạt động thực thi pháp luật của mình.

⁴¹ Theo Bill Kovacic và Marc Winerman nêu rõ chi nhánh chính trị của chính phủ “không được quyền (a) sai khiến chỉ đạo, bằng quy tắc hay bằng phong tục tập quán, đối tượng nào cần cơ quan cạnh tranh điều tra; (b) quyết định cơ quan điều tra có truy tố bên nào hay không; hay (c) tác động vào cách giải quyết tranh chấp cụ thể, kể cả việc lựa chọn hình phạt đối với các đối tượng bị cho là có sai phạm (...) các điều kiện này ngày càng có ý nghĩa quan trọng xét về mức độ nghiêm trọng trong quyền hạn được xử phạt của cơ quan cạnh tranh.” Xem, William Kovacic và Marc Winerman, “The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy and Effectiveness”, 100 Iowa L. Rev. 2085 (2015). (Tạm dịch là: “Ủy ban thương mại liên bang là cơ quan độc lập: Tự chủ, hợp pháp và hiệu quả”

⁴² Thống nhất với Khuyến nghị của OECD năm 2012 về Hội đồng Quản trị và Chính sách quản lý “cần xem xét các cơ quan quản lý độc lập trong các điều kiện: cần cơ quan quản lý độc lập nhằm duy trì niềm tin của công chúng; cả chính phủ và doanh nghiệp tư nhân đều được quy định bởi cùng một khung khổ như nhau, do vậy cần phải có quan điểm trung lập về cạnh tranh; và những

nhất định với chính phủ là đặc biệt quan trọng đối với cơ quan cạnh tranh vì việc thực thi luật và chính sách cạnh tranh có công tác đánh giá kinh tế và pháp lý phức tạp đòi hỏi phần nào quyền tự ý định đoạt có suy xét nhằm xếp thứ tự ưu tiên và xử lý các tình tiết cụ thể trong vụ việc, thực tiễn quy trình và đặc thù ngành, và diễn biến thị trường. Đồng thời, “yêu cầu cao về độ tin cậy, ổn định, vô tư không thiên vị và chuyên môn đối với cơ quan cạnh tranh, và nhờ thế cơ quan cạnh tranh có thể đáp ứng toàn bộ” điều kiện nêu trong Nguyên tắc thực hành tốt nhất theo OECD về công tác quản trị của cơ quan quản lý (OECD 2014) để có được một cơ quan quản lý đứng độc lập về cơ cấu và độc lập về hành pháp.

Yêu cầu về tính độc lập như vậy sẽ khiến cho chế độ chính sách cạnh tranh thêm hiệu quả hơn và có hiệu lực cao hơn, góp phần mang lại môi trường kinh doanh và quản lý ổn định, có thể dự đoán được trước giúp thúc đẩy đầu tư.

Mức độ độc lập trên thực tế của các cơ quan cạnh tranh ở các quốc gia khác nhau khá nhiều và không thể áp dụng một giải pháp chung cho tất cả các định chế vì để có được thành công, thể chế phải tôn trọng và đặc trưng theo văn hóa pháp luật của nước sở tại của cơ quan đó. Hiện không có tiêu chuẩn thống nhất nào và nhiều quốc gia vẫn đang tìm kiếm giải pháp phù hợp với lịch sử chính trị và thể chế của họ - việc thành lập một cơ quan cạnh tranh độc lập là một quy trình năng động và việc xây dựng thể chế muốn thành công về trung và dài hạn, phải tính đến môi trường và khung khổ pháp luật và chính trị của Việt Nam, cũng như quá trình hoàn thiện phát triển theo định hướng nền kinh tế dựa nhiều hơn vào các nguyên tắc thị trường và diễn tiến văn hóa và thực thi cạnh tranh của Việt Nam.

Một số nhân tố chính thường được coi là có ảnh hưởng đến tính độc lập của các cơ quan là (i) Vị trí lãnh đạo của (các) cơ quan cạnh tranh sẽ do ai bổ nhiệm – quốc hội hay người đứng đầu Chính phủ, (ii) các cơ quan cạnh tranh có phải là cơ quan nằm trong cơ cấu chính phủ hay nằm ngoài cơ cấu chính phủ (ví dụ: không thuộc cơ quan Bộ), (iii) tự chủ về ngân sách.

Mặc dù vậy, theo OECD (2016) “việc tách cơ cấu cơ quan cạnh tranh không thuộc chính phủ cho phép các cơ quan cạnh tranh được cách ly khỏi sự can thiệp về chính trị, điều này đang được chấp nhận rộng rãi. Việc tách bạch về cơ cấu nên

quyết định mà cơ quan quản lý đưa ra có thể có nhiều tác động quan trọng về kinh tế đối với các đối tượng được quản lý và cần phải bảo vệ quan điểm vô tư của cơ quan quản lý”(phần 7.3). Mời tham khảo thêm tài liệu Nguyên tắc thực hành tốt nhất theo OECD dành cho các chính sách quản lý và công tác quản trị của cơ quan quản lý.

là giải pháp an toàn khỏi sự kiểm soát chính trị và hạn chế phạm vi can thiệp của cấp bộ hoặc cấp chính trị vào các hoạt động của cơ quan cạnh tranh”.

Do vậy, tình huống cơ quan cạnh tranh là một đơn vị thuộc Bộ như VCCA, hoặc hoạt động theo quỹ đạo của Bộ như VCC, là chưa hợp lý hoặc làm tổn hại đến tính độc lập của các cơ quan cạnh tranh này.

Điều khiến tình hình không hợp lý hơn nữa là vai trò của Bộ Công Thương tại Việt Nam. Bộ Công Thương quản lý nhiều doanh nghiệp và hỗ trợ nhiều ngành, Luật Cạnh tranh trao cho Bộ Công Thương thẩm quyền ra quyết định liên quan đến ngoại lệ chính sách công nghiệp⁴³. Những vai trò này có những lúc đối nghịch nhau, và do vậy, lại ảnh hưởng xấu đến việc thực thi Luật Cạnh tranh công bằng và minh bạch trong những ngành này, đặc biệt là đối với Doanh nghiệp nhà nước (DNNN) (xem phần 2. Doanh nghiệp nhà nước), vì can thiệp theo quy tắc cạnh tranh của chính cơ quan Bộ chủ quản có thể được coi là đối nghịch. Đây cũng là một vấn đề đặc thù riêng tại Việt Nam vì mức độ hiểu biết của doanh nghiệp và người tiêu dùng về sự tồn tại và mục đích của Luật Cạnh tranh vẫn còn thấp. Tập trung Luật Cạnh tranh ở một cơ quan. Chôn vùi Luật Cạnh tranh ở một cơ quan từ trước đến tận gần đây luôn chịu trách nhiệm về các vấn đề chống bán phá giá, thương mại, trong phạm vi bao quát của các ngành, làm hạn chế khả năng đưa ra thông điệp quan trọng, rõ ràng về tầm quan trọng của cạnh tranh đối với nền kinh tế quốc dân.

Đưa các cơ quan cạnh tranh ra khỏi sự phụ thuộc vào Bộ Công Thương, phụ thuộc vào các quan điểm cơ cấu, tài chính và vận hành, sẽ tăng thêm tính độc lập của cơ quan này.

Ngoài ra, còn có những nhân tố khác cũng góp phần hạn chế tính hiệu quả của hệ thống hiện nay, và có phần khiến các bên liên quan cho rằng VCC thiếu phương tiện giám sát chất lượng và khối lượng công việc của VCCA. Thành viên VCC chỉ làm việc bán thời gian, như vậy họ còn công việc thứ hai trong một cơ

⁴³ Vai trò này của Bộ Công Thương phục vụ hai mục đích “tăng cường hiệu quả và khả năng cạnh tranh của doanh nghiệp vừa và nhỏ tại thị trường trong nước, và tăng cường năng lực của các doanh nghiệp xuất khẩu trên thị trường quốc tế” xem bài của Phan Công Thanh, Cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam, về “Tình hình thực thi Luật cạnh tranh của Việt Nam và Sự cần thiết của Cạnh tranh minh bạch trong khu vực” – Loạt bài Tham luận Chính sách – tháng 12, 2015 (“Competition Law Enforcement of Viet Nam and the Necessity of a Transparent Regional Competition”), ERIA-DP-2015-86 ERIA Discussion Paper Series Policy December 2015).

quan bộ, do đó đầu tư ít thời gian hơn cho các vụ việc. Đồng thời, họ đều là những nhân sự cấp cao do các bộ bổ nhiệm, nên có nghĩa là năng lực chuyên môn nghiệp vụ thấp hơn cán bộ làm luật quy hoạch trước đây khi triển khai mô hình hai cơ quan này.

Hơn nữa, những nhân tố này có thể đưa họ vào tình thế có xung đột lợi ích. Cụ thể là vì được bổ nhiệm và lại đang phục vụ ở cơ quan bộ cụ thể có khi đang kiểm soát doanh nghiệp nhà nước hoạt động trên thị trường, các xung đột lợi ích với họ là khá rõ ràng. Hồ sơ của hai vụ việc duy nhất có áp dụng mức xử phạt (và không nghi ngờ gì đối với các vụ việc khác không đi đến được bước kết luận và áp dụng hình phạt) cho thấy những xung đột này là nguyên nhân của nhiều tồn tại, khi vụ việc vi phạm quy tắc cạnh tranh xảy ra có liên quan đến DNNN thuộc sở hữu của cơ quan bộ và cơ quan bộ đó lại là cơ quan bổ nhiệm thành viên VCC (hoặc khái quát hơn là trong những lĩnh vực mà các bộ này quản lý). Mặc dù có cam kết cụ thể về đảm bảo tính khách quan trong quá trình ra quyết định (và thực tế là DNNN với các thành viên VCC đã bị phạt tiền về những phán quyết đã tuyên), vẫn luôn cần có sự can thiệp cấp cao để khẳng định lại quan điểm với các cơ quan chính phủ và DNNN rằng thành viên VCC không “đại diện” lợi ích ngành mà cần ra quyết định khách quan.

Thậm chí nếu việc ra quyết định có thật sự là hoàn toàn khách quan trong khung khổ thể chế hiện nay, thì cộng đồng trong nước và quốc tế vẫn còn hoài nghi về khả năng VCC có thể ra quyết định khách quan hay không khi thực tế thành viên VCC lại lấy từ các cơ quan bộ ngành có sở hữu DNNN. Sự hoài nghi này làm giảm niềm tin đầu tư – đặc biệt là ở những lĩnh vực mà đầu tư của doanh nghiệp mới có ý nghĩa quan trọng nhằm giải quyết các thị trường đang có DNNN thống lĩnh. Như đã nêu chi tiết trong Phần 3 ví dụ về vụ việc, không chỉ là có cảm quan về xung đột lợi ích giữa nghĩa vụ của người được bổ nhiệm với bộ chủ quản bổ nhiệm họ và vai trò của người đó khi xét xử quan đến DNNN do cơ quan chính của họ sở hữu, mà trên thực tế, DNNN bị cáo buộc sai phạm đã đến cơ quan bộ quản lý tìm kiếm sự hỗ trợ của thành viên VCC do bộ đó bổ nhiệm.

Hơn nữa, lý do hồi tị tham gia hay không tham gia điều trần và quy trình ra quyết định không bảo vệ khỏi xung đột lợi ích kiểu này theo các phương pháp này chỉ liên quan đến quan hệ người thân trong gia đình, những tình huống mà Thành viên có quyền hoặc nghĩa vụ liên quan đến doanh nghiệp bị điều tra, hay khi Thành viên đó có cơ sở khác rõ ràng về việc có thiên vị - đều khá mờ nhạt⁴⁴. Trong hai vụ việc có áp dụng mức phạt tiền, khác với quy tắc hồi tị – hội đồng năm thành

44

Điều 83 Luật Cạnh tranh.

viên ban đầu của VCC khi ra quyết định về vụ việc Vinapco có bao gồm thành viên từ Bộ Giao thông Vận tải và hội đồng của vụ việc các doanh nghiệp bảo hiểm thì có một thành viên từ Bộ Tài chính – chính xác là vì các thành viên này có thể dùng kinh nghiệm chuyên môn cùng mình trong các lĩnh vực liên quan khi đánh giá chứng cứ.

Khi các thành viên VCC làm bán thời gian như vậy cũng có nghĩa là họ thường dành một quỹ thời gian có hạn cho công việc rà soát những hồ sơ quan trọng, nhiều tình tiết cụ thể và phức hợp về chuyên môn do VCA chuẩn bị. Cơ cấu hai cấp được thiết kế để tách chức năng điều tra khỏi việc ra quyết định. Vậy thì hệ quả của cơ cấu đó chính là có lẽ hai cơ quan sử dụng những quan điểm khác nhau về mức độ chứng cứ hợp lý cơ quan điều tra cần thu thập và cần đáp ứng tiêu chuẩn về chứng cứ nào. Kết quả là, về hình thức có thể nói quy trình “tung hứng” các vấn đề giữa VCA và VCC khá lớn làm chậm tiến độ giải quyết vấn đề.

Toàn bộ các nhân tố nêu trên làm suy yếu hai cơ quan này, và theo đó, cơ cấu thể chế hiện hành gắn với Bộ Công Thương lại làm đẩy lên nhiều quan ngại của cộng đồng các bên liên quan tại Việt Nam về tính độc lập của VCA và VCC, khiến về tổng thể ảnh hưởng đến việc chuyên môn hóa, tính chất công bằng, minh bạch và trách nhiệm giải trình. Những nhân tố này được xem là nguyên nhân chính dẫn tới sự thiếu hiệu quả của công tác thực thi Luật Cạnh tranh ở nhiều quốc gia.

Việt Nam sẽ rất có lợi nếu có một khung khổ pháp lý quy định thành lập một cơ quan cạnh tranh độc lập với các bộ ban ngành⁴⁵.

7.2.2. Trách nhiệm giải trình

Tuy nhiên, độc lập hơn là trách nhiệm lớn hơn, cụ thể là yêu cầu về trách nhiệm giải trình với tòa án, quốc hội, chính phủ và/hoặc công chúng nói chung, vì đây là yêu cầu tạo nên và duy trì tính đúng đắn theo pháp luật trong hành động của cơ quan cạnh tranh, nhờ thế cho phép cơ quan cạnh tranh hoạt động theo chức năng của mình về lâu dài. Cơ quan cạnh tranh không thể duy trì sự độc lập và khả năng áp dụng hình thức xử phạt nếu không có trách nhiệm giải trình.⁴⁶ Hơn nữa, nếu “cơ quan cạnh tranh không có liên quan gì đến quy trình chính trị, thì cơ quan

⁴⁵ Đây là một trong những lý do nêu ra trong chính phủ đề xuất thay đổi chế độ cạnh tranh tại Việt Nam.

⁴⁶ “Institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends” (tạm dịch là: “Thiết kế thể chế của các Cơ quan cạnh tranh: Tranh cãi và xu hướng, Frédéric Jenny.

cạnh tranh cũng có rủi ro về việc tiếng nói của mình không được lắng nghe khi các quyết định như vậy và cả quyết định khác được đưa ra⁴⁷”, để thấy việc xây dựng chính sách và cải cách kinh tế có vai trò rất quan trọng đối với mức độ cạnh tranh của thị trường.

Như ở nhiều nước, cơ quan cạnh tranh cần làm việc trực tiếp với Quốc hội ít nhất một lần mỗi năm, như hiện nay đối với các cơ quan ban hành chính sách khác, để đại biểu Quốc hội chất vấn trực tiếp và bằng văn bản.

7.2.3. Những xem xét về hiệu suất trong quá trình ra quyết định

Hệ thống hai cơ quan hiện nay với VCCA và VCC yêu cầu có hai nhóm cán bộ khác nhau phải tự nghiên cứu đầy đủ chi tiết vụ việc và dành cho bên nguyên và bên bị cơ hội được giải trình về vụ việc của mình, phương thức này làm tăng chi phí hệ thống đối với chính phủ, bên nguyên và cả doanh nghiệp được điều tra. Ngoài ra, vì không phải là các phương tiện tích hợp hay nói cách khác quy trình điều tra và ra quyết định không được tối ưu bằng, có lẽ vì hai cơ quan không thống nhất về cách hiểu, hay mục đích⁴⁸, và khá nhiều lần cán bộ của VCCA bị quá tải trong quá trình điều tra vụ việc trong khi cán bộ ban thư ký VCC lại rảnh rang vì vụ việc chưa đến hồi ra quyết định. Thực trạng này theo một số bên liên quan cũng là một trong những nguyên nhân giảm số quyết định được đưa ra trong thời gian 10 năm qua, thời lượng thực hiện xử lý vụ việc, bởi lẽ hai cơ quan thường không thống nhất hoặc đi đến những kết luận khác nhau. Theo báo cáo các năm, trong 10 năm, từ con số ba trăm vụ việc được điều tra sơ bộ ban đầu và hơn tám mươi cuộc điều tra chi tiết, thì chỉ có sáu phán quyết được đưa ra. Nếu so với tiến độ thực thi của KPPU ở In-đô-nê-xia, chẳng hạn, trong vòng 10 tháng đầu năm 2016, KPPU đã thực hiện 59 (năm mươi chín) cuộc điều tra và 29 (hai mươi chín) phiên điều trần, và kể từ 2006 đến nay, KPPU đã đưa ra 228 phán quyết. Từ tháng Một đến tháng Mười năm 2016, tổng mức nộp phạt do KPPU thu được (cho Ngân sách Nhà nước) là 18 tỉ IDR (tương đương khoảngr 1,35 triệu Đôla Mỹ).

Một số nơi, chức năng điều tra và ra quyết định vụ việc được giao phó cho các cơ quan khác nhau. Ở nước khác một cơ quan thực hiện cả hai chức năng này. Cả hai hệ thống đều có những ưu và nhược điểm – rõ ràng theo kinh nghiệm của

⁴⁷ William E. Kovacic “Competition Agencies, Independence and the Political Process”. (Tạm dịch là: Cơ quan Cạnh tranh, Tính độc lập và Quy trình chính trị”)

⁴⁸ Chưa kể đến việc thành viên VCC do bộ ngành bổ nhiệm, làm việc bán thời gian và thiếu quy tắc về xung đột lợi ích dành cho thành viên VCC.

nhiều nước có một cơ quan, hệ thống ở đó vừa tiết kiệm về nguồn lực và vừa công bằng căn cứ vào việc phân tách chức năng trong nội bộ cơ quan đó.

Xét về những nhận định nêu trên, OECD ghi nhận ở các bản dự thảo bổ sung cập nhật Luật Cạnh tranh tại Việt Nam có quy định về mô hình một cơ quan tích hợp.

7.2.4. Tính minh bạch của VCCA và VCC

Theo nhìn nhận của nhiều bên liên quan, mức độ minh bạch trong hoạt động của VCCA và VCC còn hạn chế khi vận dụng các quy tắc cạnh tranh trong Luật Cạnh tranh.

Minh bạch là nguyên tắc căn bản làm cơ sở cho uy tín của công tác thực thi pháp luật Cạnh tranh, và để đảm bảo nhận thức chung của các bên về sứ mệnh của cơ quan quản lý cũng như môi trường văn hóa cạnh tranh của quốc gia. Cần thiết lập các biện pháp minh bạch nói chung⁴⁹ và các biện pháp minh bạch về điều tra, nói riêng, nhằm đảm bảo quy trình làm việc công tâm và hiệu quả⁵⁰. Với khung khổ thể chế mạnh, cần có quy trình quy củ trong việc đảm bảo vận dụng hiệu quả Luật Cạnh tranh⁵¹. Theo báo cáo của OECD về Công bằng và minh bạch về thủ tục (năm 2012), kinh nghiệm này được áp dụng ở nhiều quốc gia bất luận ở đó đang hiện hữu hệ thống gì.⁵²

⁴⁹ Bao gồm việc công bố phổ biến hướng dẫn, quy định, sổ tay thực hiện, bài phát biểu, bài viết và tài liệu công bố; tham luận tóm tắt của bên ngoài về chính sách pháp luật (amicus briefs) và tài liệu tranh biện (advocacy filings); ý kiến về nội dung của cơ quan quản lý và án lệ của tòa án; việc vận dụng các thực hành tốt nhất về chống độc quyền của các cơ quan đa phương (nghĩa là, ICN 2013 và OECD 2012).

⁵⁰ ICN 2013.

⁵¹ Được chấp nhận rộng rãi trong cộng đồng quốc tế về chống độc quyền, mời xem Hướng dẫn ICN 2015 về Quy trình điều tra “công cụ thực thi hiệu quả, biện pháp thủ tục bảo đảm an toàn, và tính thống nhất toàn quy trình, thủ tục trong nội bộ một cơ quan góp phần thực thi hiệu quả, tiết kiệm, chính xác và hợp lý để đoán biết của các cơ quan cạnh tranh”.

⁵² Báo cáo nêu rõ “đồng đảo các bên có quan điểm thống nhất về sự cần thiết, và tầm quan trọng của minh bạch và công bằng về thủ tục trong việc thực thi luật pháp cạnh tranh, bất kể sự khác nhau giữa các hệ thống hành chính và truy tố xét xử, và cả sự khác nhau về pháp luật, văn hóa, lịch sử, kinh tế giữa các quốc gia thành viên.” Báo cáo tóm tắt 3 cuộc thảo luận bàn tròn về minh bạch và sự công bằng

Minh bạch cũng có thể làm tăng tính độc lập với chính phủ vì minh bạch có vai trò “làm rào cản hữu ích chống lại can thiệp của chính phủ hay doanh nghiệp. Quy trình ra quyết định của Cơ quan Cạnh tranh càng minh bạch thì mọi tác động không đúng đắn và hợp lý càng bộc lộ kết quả rõ hơn và càng ít khả năng cơ quan cạnh tranh để mình chịu ảnh hưởng bởi các thế lực bên ngoài”⁵³.

Nói về minh bạch nói chung, hay minh bạch không liên quan đến vụ việc, và như trên đã nêu, VCCA và VCC đều không được trao thẩm quyền phê duyệt văn bản quy định về hướng dẫn chi tiết hay thực thi Luật Cạnh tranh. Ngoài ra, các vụ việc cạnh tranh đều không được công khai thông tin, do vậy doanh nghiệp không được tiếp cận thông tin hay tiếp nhận bất cứ hướng dẫn công khai nào để hiểu về cách thức hiểu và vận dụng luật pháp cạnh tranh. Trong khi tài liệu và báo cáo của VCCA có thể là nguồn tài liệu tham khảo hữu ích, nhưng lại không có giá trị pháp lý và không được làm tài liệu hướng dẫn chính thức.

Thực trạng này trái ngược hẳn với thực hành tốt nhất trên thế giới, ở các nước, hầu hết các cơ quan cạnh tranh đều công bố, và thường xuyên cập nhật những hướng dẫn thực thi, giải thích rõ chính sách và cách tiếp cận thực thi của cơ quan cạnh tranh tương ứng với các điều khoản quy định khác nhau trong Luật Cạnh tranh, cả về nội dung và thủ tục. Các văn bản hướng dẫn có thể phục vụ nhiều mục đích khác nhau, bao gồm cả nội dung giải thích và làm rõ các khía cạnh pháp lý của luật pháp cạnh tranh, giúp đảm bảo tính nhất quán trong thực thi, cung cấp cơ sở giả định và Phương án an toàn cho doanh nghiệp thực hiện, đề ra phương pháp tiếp cận của cơ quan cạnh tranh đối với những vấn đề nào chưa được giải quyết. Do vậy, những văn bản này có thể khiến doanh nghiệp có thể mong đợi một cách chính đáng rằng cách tiếp cận trong tài liệu hướng dẫn sẽ được cơ quan cạnh tranh thực hiện theo. Các văn bản hướng dẫn thường được soạn trên cơ sở kinh nghiệm với các vụ việc trên thực tiễn, cả của cơ quan cạnh tranh và từ những quyết định tư pháp.

MyCC tại Ma-lai-xia, chẳng hạn, đã ban hành 6 bộ tài liệu hướng dẫn (về khiếu nại, xác định thị trường, thỏa thuận hạn chế/chống cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, phạt tiền và khoan hồng). Ủy ban penalties and leniency). Ủy ban Thương mại lành mạnh Nhật Bản (JFTC) đã công bố hướng dẫn về vận dụng Luật Chống Độc quyền cả về thủ tục và nội dung (gọi tắt là “AMA”) với nỗ lực đảm bảo công bằng, minh bạch và nhằm qui định rõ các tiêu chuẩn thực thi những quy

trong thủ tục được tổ chức trong năm 2010 và 2011, cùng với 82 báo cáo tham luận đã nộp.

53

Jenny, 2013.

định căn bản trong Luật Cạnh tranh⁵⁴. ACCC tại Úc cũng đã xây dựng các tài liệu hướng dẫn nhằm đảm bảo công chúng, đặc biệt các bên quan tâm bị ảnh hưởng, hiểu rõ về quyền và nghĩa vụ của mình, theo Luật Cạnh tranh và hiểu cách tiếp cận, qui trình thủ tục của ACCC khi thực hiện thẩm quyền theo luật của mình⁵⁵. ACCC cho rằng cách làm này cải thiện tính minh bạch, tính dễ đoán trước và tính nhất quán của pháp luật, và lại rất hữu ích cho doanh nghiệp.

Mặc dù trước đây, ngay từ đầu, việc xây dựng tài liệu hướng dẫn chưa hẳn đã phù hợp hoặc chưa cấp bách tại Việt Nam, song qua thời gian, thẩm quyền được thiết lập những tài liệu hướng dẫn này thật sự là một công cụ hữu hiệu giúp cải thiện sự nhất quán ổn định của pháp luật đối với doanh nghiệp. Các văn bản hướng dẫn có lợi thế hơn luật và nghị định về khía cạnh dễ xây dựng và phát triển qua thời gian hơn, phản ánh kịp những án lệ nhiều nét mới và cập nhật được kinh nghiệm và kiến thức tích lũy về việc vận dụng Luật Cạnh tranh của các cơ quan cạnh tranh Việt Nam cũng như của hệ thống tòa án tại Việt nam.

Vì tài liệu hướng dẫn có thể có tác động đối với nhiều bên liên quan với nhiều quan điểm và kinh nghiệm khác nhau, đề xuất tài liệu hướng dẫn, ở nhiều nước, luôn được đưa ra tham vấn rộng rãi với công chúng. Biên dịch các tài liệu này sang tiếng Anh có thể thu hút ý kiến đóng góp của cộng đồng quốc tế, giúp bổ sung nhiều góc quan điểm và kinh nghiệm hơn nữa.

Luật Cạnh tranh mới, do vậy, nên qui định quyền hạn cho cơ quan mới được công bố tài liệu hướng dẫn thay thế cho yêu cầu ban hành Nghị định của Quốc hội hoặc của Chính phủ, và các văn bản hướng dẫn này nên được ban hành sau khi bước tham vấn bắt buộc với công chúng.

Ngoài ra, với nỗ lực tạo nên sự nhất quán về pháp luật và hướng dẫn pháp luật cho cộng đồng doanh nghiệp, cơ quan thực thi cũng nên có nghĩa vụ công bố

⁵⁴ Ví dụ: các hướng dẫn về quy tắc, thủ tục giải thích rõ các quy trình, thủ tục trong tài liệu Quy tắc điều tra hành chính của Ủy ban Thương mại công bằng, Quy tắc Báo cáo và Nộp tài liệu về Miễn trừ hoặc Giảm trừ phụ phí, và Quy tắc Điều tra bắt buộc đối với các Vụ việc hình sự của Ủy ban Thương mại công bằng. Chi tiết hướng dẫn về cách thức đánh giá xem xét thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được quy định trong Hướng dẫn Hệ thống phân phối và Thực hành kinh doanh, Hướng dẫn hợp tác Nghiên cứu và Phát triển theo Bộ Luật Chống độc quyền, và Hướng dẫn dành cho Độc quyền hóa tư nhân độc quyền theo Bộ Luật Chống độc quyền.

⁵⁵ Một ví dụ cụ thể là Hướng dẫn sáp nhập 2008 (Merger Guidelines 2008).

trên trang web của cơ quan thực thi những quyết định chính thức cuối cùng, với đầy đủ cơ sở nguyên nhân, toàn bộ các phát hiện liên quan về tình tiết và kết luận về luật, (có tôn trọng yêu cầu bảo mật thông tin về bí mật kinh doanh).

Minh bạch về vụ việc và quy trình công bằng đảm bảo nắm bắt tốt hơn về những tình tiết thực tế làm nền móng của cuộc điều tra và giúp cải thiện chất lượng chứng cứ và lập luận cơ sở cho biện pháp thực thi của cơ quan cạnh tranh. Trong bối cảnh Báo cáo Minh bạch và công bằng về thủ tục (2012), OECD nêu rõ kinh nghiệm của nhiều cơ quan cạnh tranh làm việc với các bên trong quá trình xử lý vụ việc để chia sẻ kiến thức, hiểu biết về các tình tiết sự thật làm nền móng cho cuộc điều tra và dành cho các bên cơ hội trình bày ý kiến lập luận và cung cấp tình tiết mới⁵⁶.

Luật Cạnh tranh của Việt Nam quy định một số quyền cho các bên trong quá trình tiến hành điều tra, thậm chí nếu có thể, nên quy định phạm vi quyền rộng hơn cho các bên có luật sư đại diện với điều khoản quy định rõ ràng cụ thể về các quyền này, ví dụ quyền được biết về mức hình phạt, quyền được cung cấp chứng cứ, quyền được phản đối chứng cứ, quyền được nghiên cứu tài liệu trong hồ sơ vụ việc, và quyền được tham gia phiên điều trần. Các điều khoản này cũng bao gồm quy định về phòng chống việc tiết lộ thông tin mật cho bất cứ đối tượng nào sử dụng cho mục đích khác ngoài phạm vi mục đích sử dụng thông tin trong cuộc điều tra hay phiên điều trần. Các điều khoản quy định như vậy cũng có thể mở rộng nhóm quyền cho các bên hơn nữa, ví dụ như bằng cách đảm bảo cho các bên không có luật sư đại diện cũng có quyền giống với những bên có đại diện pháp lý.

Trong mô hình quản lý một cơ quan, minh bạch từng vụ việc còn quan trọng hơn nữa khi các chức năng điều tra và ra quyết định được tách bạch. Ở hầu hết các trường hợp, các cơ quan liên quan đã áp dụng quy trình phát hành báo cáo sau khi kết thúc điều tra chính (thường được gọi là “Ý kiến phản đối”) tạo cơ hội cho tất cả các bên tham gia phản biện các kết luận về tình tiết và phân tích trước khi quyết định cuối cùng được đưa ra.

7.2.5. Chức năng kiêm nhiệm

Một nguyên nhân được các bên liên quan nêu ra để lý giải cho số lượng vụ việc giám chính là VCA xử lý nhiều loại hình vụ việc khác nhau trong lĩnh vực

⁵⁶

Phương pháp này có thể thực hiện qua các buổi họp chính thức với quan chức chính phủ, như quy cách thực hiện cuộc họp, cho phép các bên gặp gỡ với nhóm xử lý vụ việc và lãnh đạo quản lý cấp cao ở cơ quan cạnh tranh, theo thời gian và quy trình định trước, hoặc qua các buổi họp không chính thức.

bảo vệ người tiêu dùng, thương mại và cạnh tranh không lành mạnh, và các vụ việc cạnh tranh không phải là một trong những ưu tiên của VCA. Một số cán bộ công tác trong lĩnh vực luật và chính sách cạnh tranh ở Việt Nam cho rằng với điều kiện nguồn lực giảm đi, các quy định về cạnh tranh không lành mạnh không nên tiếp tục thuộc phạm vi cơ quan phụ trách về thực thi các quy định về cạnh tranh vì nó có tác dụng gây “sao nhãng”.

Có nhiều cơ quan cạnh tranh đảm trách nhiều vai trò, và trong khi các thẩm quyền theo Luật Cạnh tranh và thẩm quyền về bảo vệ người tiêu dùng có thể có phần nào hỗ trợ cho nhau, *“kết hợp kiêm nhiệm thêm các vai trò khác làm tăng rủi ro về xung đột khi các chính sách mâu thuẫn nhau mà không hỗ trợ cho nhau, ví dụ khi thực thi Luật Cạnh tranh lại song song với chức năng điều tiết giá cả”* (Fels và Jennings, 2016).

Loại bỏ chức năng quản lý phòng vệ thương mại để VCCA tập trung chuyên sâu vào cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng sẽ giúp ích trong việc giải quyết tình hình thực thi Luật Cạnh tranh quá yếu kém. Tuy nhiên, VCCA vẫn tiếp tục chịu trách nhiệm về một danh sách nhiều chức năng về chính sách và Luật Cạnh tranh đồng thời thực thi cả những quy định cấm cạnh tranh không lành mạnh và luật pháp bảo vệ người tiêu dùng. Vẫn còn đó nguy cơ VCCA tiếp nhận quá nhiều vụ việc cạnh tranh không lành mạnh (dễ thực thi hơn) so với số vụ việc về Luật Cạnh tranh (thường học búa hơn khó phát hiện và khó chứng minh).

VCCA nên hướng tới mục tiêu vận dụng nhiều biện pháp thực thi cạnh tranh hoàn chỉnh hơn so với trước đây, cân đối với các chức năng khác của VCCA đây.

7.3. Nguồn lực và nhân sự

7.3.1. Nguồn lực

Việc thực thi Luật Cạnh tranh hiệu quả dựa vào nhiều yếu tố và một trong số đó chính là năng lực nguồn lực của nhà quản lý bởi lẽ cam kết của Chính phủ cả từ góc độ chính sách và tài chính là vô cùng quan trọng – đó là nguồn lực đầu tư góp phần vào tăng trưởng kinh tế, năng suất và môi trường kinh doanh làm dẫn dắt cchaats cho đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài. Nếu không đủ nguồn lực, thì dù có theo mô hình VCCA/VCC hay mô hình mới sau sửa đổi luật, cơ quan quản lý vẫn sẽ phải chật vật để tạo ra bất cứ tác động gì đối với thị trường và góp phần hiện thực hóa được những mục đích chính của Luật Cạnh tranh, đó là lợi ích về hiệu quả kinh tế, thành tựu về năng suất. Việc thực thi sai hoặc không đầy đủ Luật Cạnh tranh sẽ chỉ gây hại chứ không phải làm lợi và sẽ gây tổn thất cho nền kinh tế quốc dân.

Cộng đồng chính sách cạnh tranh ở Việt Nam quan niệm rằng nguồn lực đầu tư cho chức năng thực thi cạnh tranh ở Việt Nam bị giảm để dành cho những nhiệm vụ trước mắt. Trong khi so sánh với quốc tế thì phức tạp và chỉ nên dùng làm chỉ số tổng quan vì còn phải tính đến những tác động lớn của hệ thống pháp luật,⁵⁷ kết quả so sánh phân bổ nguồn lực ra các nước khác trong khu vực Châu Á và ở những nước đã chuyển đổi từ kinh tế kế hoạch tập trung sang hệ thống dựa nhiều vào thị trường hơn, cho thấy khả năng Việt nam còn thiếu nhiều nguồn lực tài chính dành cho hệ thống luật và chính sách cạnh tranh.

Bảng 3. Ngân sách của một số cơ quan cạnh tranh chọn lọc năm 2016 và bối cảnh GDP

Cơ quan	GDP tính bằng triệu USD	Ngân sách của cơ quan cạnh tranh tính bằng triệu Euro
Úc	1.204.616	48
In-đô-nê-xia	932.259	8
Nhật Bản	4.939.383	93
Ma-lai-xia	296.359	1
Hàn Quốc	1.411.245	91
Ru-ma-ni	186.700	8
Xinh-ga-po	296.966	11
Việt Nam	202.616	0,7

Nguồn: số liệu về GDP của NHTG; Nguồn dữ liệu ngân sách là Báo cáo Thực thi xếp loại đánh giá cạnh tranh toàn cầu năm 2017 (Global Competition Review Rating Enforcement 2017) cho Úc, Nhật Bản, Ru-ma-ni, Xinh-ga-po và Hàn Quốc. Số liệu của Việt Nam do VCCA cung cấp và chi về VCCA thôi. Ngân sách MyCC của Ma-lai-xia là của 2015 và số liệu từ Báo cáo thường niên năm 2015. Số liệu ngân sách của In-đô-nê-xia là số liệu 2014 theo Báo cáo thường niên nợ OECD, tỉ giá quy đổi của ngày 18 tháng Mười năm 2017.

Như đã nêu trên, ngân sách cho cả VCCA và VCC phụ thuộc vào Bộ Công Thương, Bộ Công Thương phụ trách về chính sách công nghiệp, và có khi lại cũng không thống nhất với chính sách cạnh tranh. Vấn đề nữa là có lẽ Bộ Công Thương nhìn nhận chức năng của VCA quan trọng hơn vai trò của VCA trong nội bộ chính phủ (bảo vệ người tiêu dùng). Điều này có thể phần nào lý giải cho thực tế giảm ngân sách phân bổ cho chính sách cạnh tranh tại Việt Nam.

⁵⁷

Ví dụ: nội hàm về chi phí có thể lớn khi cần nhắc bắt buộc đưa các vụ việc ra tòa án xử lý hay xử lý hành chính, và nếu ra tòa án xử lý thì liệu Việt Nam có đủ hiệp hội luật sư chuyên nghiệp hay luật sư của cơ quan cạnh tranh sẽ trình bày vụ việc.

Ngân sách giảm lại bộc lộ vị thế mờ nhạt của các vấn đề cạnh tranh trong bối cảnh chương trình nghị sự về chính sách công của Việt Nam. Giờ đây, điều này cũng đã thay đổi vì Nghị quyết Trung Ương Đảng lần thứ 12 (2016) quy định ưu tiên xây dựng và hoàn thiện “nền kinh tế thị trường hiện đại và thống nhất với nhiều chủ thể khác nhau – một nền kinh tế hoạt động đầy đủ và hiệu quả theo đúng nguyên tắc kinh tế thị trường”. Nền kinh tế thị trường như vậy sẽ rất cần một cơ quan cạnh tranh có đầy đủ nguồn lực về ngân sách.

Nếu cơ quan phụ trách về cạnh tranh tại Việt Nam không được bổ sung đủ điều kiện tài lực, và chưa hoàn toàn tự chủ trong việc sử dụng nguồn tài lực đó, thì Việt Nam còn khó có được một chính sách cạnh tranh đủ mạnh và hiệu quả để sẵn sàng ứng xử thành công trước những thách thức của nền kinh tế Việt Nam.

Đồng thời, tăng cường thêm nguồn lực sẽ tăng cường tính độc lập của cơ quan cạnh tranh hơn nữa.

Phương án giải pháp có thể bao gồm việc cấp ngân sách trực tiếp từ chính phủ cho cơ quan cạnh tranh, theo đề xuất ngân sách của cơ quan cạnh tranh, do cơ quan cạnh tranh nộp lên cấp Bộ nơi tiếp nhận báo cáo giải trình tài chính của cơ quan cạnh tranh, đề xuất ngân sách của cơ quan cạnh tranh được đưa vào kế hoạch ngân sách của Bộ đó nhưng không bị điều chỉnh. Ngân sách được phân bổ chính thức cho cơ quan cạnh tranh sẽ tương tự như quy trình lập và phê duyệt kế hoạch ngân sách của cơ quan trung ương tại Việt Nam. Một phương án nữa có thể giống như Vương quốc Anh, chẳng hạn, theo đó ngân sách của CMA được lập kế hoạch trước từ 3-5 năm, để tránh việc (hoặc khả năng) CMA bị ảnh hưởng hoặc việc CMA lấy đó làm lý do ảnh hưởng đến việc ra quyết định thực thi của mình.

7.3.2. Công tác nhân sự

Một trong những hạt nhân quan trọng nhất của một hay nhiều cơ quan cạnh tranh là công tác nhân sự. Luật pháp cạnh tranh được quy định từ cấp văn bản Luật và kinh tế học, nên việc thực thi Luật Cạnh tranh đòi hỏi phải hội đủ đội ngũ nhân sự có đủ năng lực trình độ cao và kỹ năng lão luyện.

Qua nhìn nhận của chính VCA, VCA đang ở trong tình trạng “nguồn nhân lực còn nhiều hạn chế và các quy định lực còn nhiều bất cập”⁵⁸.

Tổng số nhân sự của cả VCC và VCCA tham gia thực hiện xử lý các vụ việc cạnh tranh có 20 người (kể cả cán bộ hành chính, chưa bao gồm Hội đồng thành

58

Báo cáo năm 2013 của VCA 2013.

viên của VCC), hoặc 37 người nếu tính thêm thẩm quyền về cạnh tranh không lạnh mạnh (xem phần 7.1 về Thể chế chính sách cạnh tranh hiện nay).

Đây là con số nhân sự rất khiêm tốn, cụ thể là so với cơ quan cạnh tranh ở các nước khác trên thế giới. Song, một lần nữa cần lưu ý rằng kết quả so sánh phải được sử dụng một cách cẩn thận, vì kết quả so sánh chỉ có ích nếu có sự khác biệt có ý nghĩa. Những nước có điều kiện kinh tế thuận lợi hơn có điều kiện ngân sách tốt hơn để trả lương cho công tác nhân sự và mức lương của người lao động cũng được trả cao hơn. Mặt khác, số nhân sự là đại diện doanh nghiệp tham gia giám sát, đại diện các cơ quan trung ương và địa phương thực hiện tư vấn có xu hướng tỉ lệ thuận với dân số của quốc gia đó. Do vậy, khi so sánh thì nên xem xét cả quy mô dân số của quốc gia.

Bảng 4. So sánh giữa các quốc gia trên thế giới về quy mô nhân sự, năm 2016

Cơ quan	Dân số	Số lượng nhân sự làm việc về cạnh tranh
Úc	24 triệu	351
In-đô-nê-xia	260 triệu	358
Nhật Bản	126 triệu	779
Xinh-ga-po	5 triệu	39
Hàn Quốc	51 triệu	482
Ru-ma-ni	20 triệu	202
Philippines	104 triệu	200
Việt Nam (VCCA & VCC)	93 triệu	27

Nguồn: Số liệu về nhân sự của Úc, Nhật Bản, Ru-ma-ni, Xinh-ga-po và Hàn Quốc trích từ Nguồn Global Competition Review Rating Enforcement 2017. Số liệu của Việt Nam do các cơ quan Việt Nam cung cấp trong quá trình soạn thảo báo cáo này. Số liệu về ngân sách của In-đô-nê-xia là số liệu năm 2014 theo Báo cáo thường niên của In-đô-nê-xia nộp OECD. Số liệu của Philippines là số liệu chi tiêu của Ủy ban cạnh tranh Philippines.

Ngoài ra, phần lớn nhân sự làm việc tại VCCA đều là cán bộ trẻ, còn nhiều hạn chế về kinh nghiệm, về kiến thức chuyên môn và lĩnh vực chuyên ngành và kỹ năng xử lý vụ việc. Có thể một phần là do chính sách tuyển dụng của Bộ Công Thương, mức lương còn khá thấp, và tỉ lệ thay đổi nhân sự còn cao. Trên thực tế, cộng đồng chống độc quyền tại Việt Nam đều cho rằng đội ngũ nhân sự có mức thù lao và định mức chi phí thấp, điều đó có thể lý giải thực trạng nhân sự thiếu kinh nghiệm và trình độ năng lực khá hạn chế. Trong báo cáo thường niên năm 2014, VCCA cũng tự chỉ ra được những thách thức trong công tác điều tra của mình do còn một số hạn chế và điều hạn chế được nói đến đầu tiên là thiếu nhân lực.

Given that in all probability, vì chính sách cạnh tranh là công cụ khác mới mẻ ở Việt Nam, có thể tìm thấy người năng lực chuyên môn từ bên ngoài khu vực công, nên điều quan trọng là công tác tuyển dụng cần có sự linh hoạt nhất định cho phép cơ quan mới cạnh tranh được với khu vực tư nhân. Hơn nữa, mức thù lao ở khu vực công còn hạn chế, và vẫn thường xảy ra hiện tượng doanh nghiệp luật tư nhân tuyển dụng cán bộ nhiều kinh nghiệm nhất của VCCA. Thực tế là, để cạnh tranh đủ hiệu quả nhằm tuyển dụng và giữ chân được cán bộ có đủ năng lực cần có, các điều khoản và điều kiện làm việc và triển vọng thù lao có ý nghĩa quan trọng.

Khung khổ lập pháp nói chung cần đảm bảo cho cơ quan quản lý có đủ quyền tự chủ về việc tuyển dụng nhân sự nào, tuyển dụng khi nào, điều kiện về chế độ và lợi ích, trong đó có cả cơ hội thăng tiến. Có thể thực hiện được điều này bằng cách áp dụng thang bậc lương cho phù hợp với thang bậc lương của cơ quan quản lý hàng đầu ở Việt Nam, như Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, hay cơ quan đi đầu về hiệu quả công tác quản lý.

Mô hình hai cơ quan làm khó khăn hơn cho các đội ngũ cạnh tranh vốn đang gặp nhiều khó khăn khi công tác theo hai cấp như vậy.

Do vậy, mặc dù hiện nay đang hạn chế mở rộng quy mô nhân sự của chính phủ, cả về số lượng các cơ quan và cả về biên chế, vẫn cần tăng thêm nguồn lực con người và trao quyền tự chủ tuyển dụng nhân sự cho cơ quan cạnh tranh.

Mặc dù Luật Cạnh tranh có được giảng dạy ở các trường đại học, công tác giảng dạy vẫn chỉ ở cấp độ khái niệm bởi Việt Nam có rất ít quyết định vụ việc và chưa công khai đủ cơ sở lập luận. Hệ quả là, VCCA, VCC và các nhà tài trợ phải hỗ trợ đào tạo “tại chỗ” rất nhiều.

7.4. Tóm tắt các vấn đề chính về cơ cấu thể chế:

- Vị thế của VCCA là một cơ quan “trực thuộc” Bộ Công Thương làm công chúng nhìn nhận VCCA còn hạn chế về thẩm quyền và tính công tâm với những DNNN do Bộ Công thương làm chủ sở hữu;
- VCC có khó khăn khi các Ủy viên hội đồng chỉ làm việc bán thời gian trong khi có nhiệm vụ phải phân tích các hồ sơ do VCCA chuyển sang vừa quan trọng, vừa nhiều tình tiết thực tế và phức tạp về mặt kỹ thuật, các ủy viên hội đồng được bổ nhiệm thì hầu hết đều là cán bộ từ các bộ có sở hữu DNNN;

- VCC có phần nào làm công việc lặp lại, và có khi hàng năm trời VCCA không chuyển vụ việc nào sang Hội đồng thì nhân sự cố định của Hội đồng lại không có cơ hội phát huy chức năng chính của mình;
- VCC có cơ cấu hoặc nguồn lực còn chưa hợp lý để có thể bảo vệ được quyết định của VCC khi bị phản biện tại tòa;
- Cả VCCA và VCC đều không có nghĩa vụ công bố lập luận lý lẽ của mình (khi khác với các tình tiết sự thật cơ bản mà họ đã xem xét trong các vụ việc);
- VCCA và VCC đều không có thẩm quyền công bố hướng dẫn về thực thi hay về quy trình thủ tục nhằm làm rõ hơn về luật cũng như góp phần đảm bảo tính ổn định chắc chắn về pháp lý cho việc thực hành luật;
- VCCA và cả VCC đều có nguồn lực khan hiếm, kể cả việc thiếu cán bộ có năng lực.
- Tòa hành chính nơi tiếp nhận kháng nghị/ ý kiến phản biện chỉ về các vấn đề thủ tục, và tránh không tham gia vào các nội dung tranh biện về Luật Cạnh tranh. Ngoài ra, phán quyết của tòa án không được công bố, làm giảm trách nhiệm giải trình, ý nghĩa răn đe/ sự tuân thủ của doanh nghiệp và khả năng cho phép các tổ chức giáo dục tham gia đóng góp vào nhận thức chung và năng lực của sinh viên tốt nghiệp, ứng cử viên tiềm năng của doanh nghiệp, dịch vụ tư vấn pháp lý của chính phủ, cơ quan quản lý và cả tòa án.

7.5. Các vấn đề thể chế: Đề xuất dự án luật mới

Nhiều thành phần tham gia cộng đồng chống độc quyền tại Việt Nam, trong đó có cả các viện nghiên cứu, trường đại học, giới luật sư và người hành nghề luật đều có chung quan điểm rằng cơ cấu thể chế hiện nay là chưa hợp lý và cần cải thiện hơn nữa nhằm đảm bảo Việt Nam gặt hái được nhiều lợi ích từ một hệ thống cạnh tranh phù hợp và hiệu quả về nguồn lực.

Thay đổi chính trong đề xuất Dự thảo luật⁵⁹ là việc thiết lập một thể chế điều tra và xét xử, nay theo đề xuất tên mới là Cơ quan cạnh tranh quốc gia (“NCA”). Cơ quan này là cơ quan chịu toàn bộ trách nhiệm về tiếp nhận và thực thi Luật Cạnh tranh. Chính phủ sẽ có thẩm quyền quyết định cơ cấu và tổ chức của NCA. Việc kiểm soát hoạt động của NCA thuộc thẩm quyền của Chủ tịch NCA, và Phó

⁵⁹

Dẫn chiếu Văn bản dự thảo số 2 tháng 4, 2017.

chủ tịch NCA là người giúp việc cho Chủ tịch NCA. Chủ tịch NCA là người ra quyết định cuối cùng về các vụ việc hạn chế cạnh tranh, và có thẩm quyền kiểm soát đối với hầu hết quy trình xử lý (mời xem phần sau). Cả hai vị trí này đều do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm và bãi nhiệm. Không có quy định cụ thể về vị thế của NCA là cơ quan độc lập hay về nguồn ngân sách của NCA.

Có lẽ, để giảm khả năng xảy ra thiên vị trong quá trình xét xử, các cuộc điều tra nên do Cơ quan điều tra cạnh tranh tiến hành, cơ quan này thực hiện toàn bộ các bước điều tra và sau đó vụ việc được phân tích bởi Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh lập cho vụ việc đó. Theo Điều 43, Dự thảo Luật, Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải có tối thiểu ba thành viên (làm bán thời gian) với mức thù lao và công tác phí do chính phủ quy định.

Tuy nhiên, quyết định mở (và chấm dứt) cuộc điều tra, triển khai tổ chức phiên điều trần, và quyết định cuối cùng là đã có sự vi phạm Luật Cạnh tranh hay không thuộc thẩm quyền quyết định của Chủ tịch. Trên thực tế, ngoài những thẩm quyền quan trọng này, vị trí Chủ tịch còn có các thẩm quyền quy định tại các Điều 65, Điều 67, Điều 71, Điều 80, Điều 87 và Điều 95 bao gồm thẩm quyền lựa chọn và chỉ định Hội đồng xử lý vụ việc, ủy quyền thực hiện điều tra đột xuất hoặc “tiếp cận chứng cứ đột xuất” (một trong những công cụ điều tra quan trọng nhất được trang bị cho cơ quan cạnh tranh để chống lại các hành vi vi phạm, ví dụ như các-ten) cũng như các bước điều tra khác, ra quyết định cuối cùng cho phép hoặc cấm sáp nhập, phát hành các phát hiện về việc vi phạm Luật Cạnh tranh, lệnh cho cá bên đương sự dừng và chấm dứt hành vi và nộp phạt.

Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh có người đứng đầu là Phó chủ tịch NCA, và có ít nhất hai thành viên khác và Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh có thể thay đổi vào thời điểm bất kỳ, vì nguyên nhân do Chủ tịch quyết định cho đến khi Chủ tịch xem xét mở phiên điều trần. Các thành viên hội đồng được bố trí kinh phí công tác để thực hiện nhiệm vụ và phải tuân thủ theo các tiêu chuẩn tối thiểu nêu trong luật, cụ thể là năng lực kinh nghiệm giảng dạy và hành nghề luật, kinh tế, tài chính hoặc các chuyên môn khác “phù hợp”. Trong luật chưa quy định rõ liệu quy tắc xung đột lợi ích⁶⁰ có áp dụng đối với Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh hay chỉ áp dụng với điều tra viên của Cơ quan Điều tra Cạnh tranh. Luật không

⁶⁰ Điều 69, Luật sửa đổi qui định thay đổi thành viên hội đồng nếu cán bộ trong hội đồng có mối người thân thích với bên bị điều tra hoặc bên khiếu nại; có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ việc cạnh tranh; hoặc có căn cứ rõ ràng khác để cho rằng họ không vô tư khi làm nhiệm vụ.

quy định giới hạn về xung đột lợi ích có thể xảy ra giữa nhiệm vụ này và các công việc khác hoặc lợi ích khác mà thành viên hội đồng đang/ có thực hiện.

Do đó, vẫn có vẻ như cơ chế này vẫn còn nhiều nét giống với cơ cấu hai cơ quan hiện nay của VCCA và VCC, dù được quy về trong cùng một tổ chức.

Theo Luật Cạnh tranh đang có hiệu lực, Dự thảo Luật không quy định giới hạn thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ về việc bãi nhiệm các Phó chủ tịch, có nghĩa là Thủ tướng toàn quyền bãi nhiệm các Ủy viên (Commission member) bất cứ lúc nào vì bất cứ lý do gì. Hơn nữa, Dự thảo Luật trao khá nhiều thẩm quyền cho Chủ tịch NCA. Do vậy, điều đặc biệt quan trọng là quyết định của Chủ tịch độc lập căn cứ theo luật và không bị can thiệp chính trị, và Chủ tịch có trách nhiệm giải trình đầy đủ, đúng đắn. Như vậy thì, một trong nhiều giải pháp nhằm đảm bảo được yêu cầu quan trọng này, đó là phải hạn chế các khả năng Thủ tướng Chính phủ bãi nhiệm Phó chủ tịch trong phạm vi một số lý do cụ thể và chỉ để phục vụ lợi ích tốt đẹp. Ví dụ lý do là: khi bị phát hiện có tội hoặc thực hiện hành vi trái với đạo đức nghề nghiệp hoặc sao lãng nhiệm vụ⁶¹. Ưu điểm của việc quy định như vậy đó là Chủ tịch và Phó Chủ tịch có thể hành động mà không phải ngại bị cho thôi việc.

Thêm vào đó, trong khi có quy định về tiêu chuẩn năng lực chuyên môn và cá nhân đối với các thành viên Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh và điều tra viên⁶², nhưng lại không có tiêu chuẩn về trình độ hoặc yêu cầu đối với Chủ tịch hoặc Phó chủ tịch NCA. Một đặc điểm phổ biến ở các cơ quan điều tra đó là người có thẩm quyền ra quyết định cuối cùng phải đáp ứng đủ các tiêu chí tối thiểu, có thể thấy ví dụ liên quan ở Ru-ma-ni, Phó chủ tịch được đề cử trên cơ sở “có uy tín về chuyên môn và và trung thực liêm khiết”⁶³ hay ở Xinh-ga-po thành viên ban lãnh đạo được bổ nhiệm theo “khả năng và kinh nghiệm trong ngành, thương mại hoặc quản lý, hoặc trình độ chuyên môn, sự phù hợp khác với vị trí được bổ nhiệm”⁶⁴. Thẩm quyền của Chủ tịch là ra quyết định cuối cùng (thậm chí không sử dụng

⁶¹ Tại Nhật Bản, AMA quy định rõ Chủ tịch hoặc Phó chủ tịch không bị bãi nhiệm ngoại trừ trong một số trường hợp nhất định được quy định cụ thể (ví dụ: như ra quyết định bắt đầu các thủ tục phá sản).

⁶² Điều 44 và Điều 48, Dự thảo Luật.

⁶³ Ý kiến đóng góp của Ru-ma-ni trong Diễn đàn toàn cầu về Cạnh tranh, DAF/COMP/GF/WD(2016) 58, đoạn 27.

⁶⁴ Ý kiến đóng góp của Xinh-ga-po trong Diễn đàn toàn cầu về Cạnh tranh, DAF/COMP/GF/WD(2016) 56, đoạn 9.

khuyến nghị của thành viên hội đồng là những người có chuyên môn về các lĩnh vực có liên quan) và vì vai trò quan trọng của vị trí Phó chủ tịch, cả hai vị trí này cần được quy định tiêu chí trình độ nghề nghiệp chuyên môn và tiêu chuẩn về cá nhân tối thiểu, và ràng buộc bằng các quy tắc về hồi tị và tự hồi tị khỏi các quyết định⁶⁵.

Như vậy, Dự thảo Luật sẽ có lợi nhiều nếu bổ sung các điều kiện bổ nhiệm thành viên của cơ quan ra quyết định và/hoặc lãnh đạo đứng đầu của cơ quan đó, quy tắc quy định về xung đột lợi ích và sự thiếu điều kiện năng lực của thành viên lãnh đạo, về thời hạn nhiệm kỳ chức năng, nhiệm vụ, và thay đổi/ bãi nhiệm các thành viên này chỉ vì mục đích đúng đắn, hợp lý, bởi các quy định này sẽ đóng góp cho tính độc lập của cơ quan cạnh tranh mới tại Việt Nam.

Trước nhiều quan ngại khá phổ biến trong cộng đồng chống độc quyền tại Việt Nam về khung khổ thể chế hiện nay cũng như thực trạng thiếu tính độc lập (theo cảm quan) đối với can thiệp chính trị, cơ quan ra quyết định dựa vào tập thể chuyên môn sẽ có thể giảm thiểu các quan ngại này⁶⁶. Một cơ quan ra quyết định tập thể (collegial body) có thể có khả năng khiến việc chi phối (theo lợi ích doanh nghiệp hoặc theo chính phủ) khó khăn hơn so với khi mọi quyết định đều do một cá nhân quyết. Hơn nữa, có một tập thể chuyên môn cùng ra quyết định cho phép tận dụng được hiểu biết rộng hơn, nhờ đó sẽ hợp lý hơn khi ra các quyết định cạnh tranh đòi hỏi đa dạng kỹ năng nghiệp vụ khác nhau⁶⁷. Mô hình ra quyết định tập thể (collegial model) có thể giúp quá trình ra quyết định được vững vàng ổn định hơn, nếu việc bổ nhiệm ủy viên được thực hiện so le nhau, trong khi nếu thay đổi người ra quyết định duy nhất hoặc thay đổi cùng lúc toàn bộ các ủy viên tham gia

⁶⁵ Điều 69, Điều 70 và Điều 71 Dự thảo Luật,

⁶⁶ Có thể cơ cấu tổ chức cho các cơ quan cạnh tranh theo nhiều cách khác nhau, để cơ quan cạnh tranh có thể chỉ bao gồm một Cao ủy (Commissioner) (trường hợp Ca-na-đa hoặc trong Cục Chống độc quyền thuộc Bộ Tư pháp) hoặc là một cơ quan chuyên môn (như Ủy ban Thương mại Hoa Kỳ - US FTC, Ủy ban Giám sát cạnh tranh (KPPU) của In-đô-nê-xia, Ủy ban Cạnh tranh Ma-lai-xia (MyCC), Hội đồng Cạnh tranh Ru-ma-ni (CC), v.v...). Báo cáo của Ban thư ký OECD về Thiết kế tối ưu của Cơ quan Cạnh tranh trong Diễn đàn Toàn cầu về Cạnh tranh năm 2003 nêu rõ: “trong số khoảng 90% các Cơ quan Cạnh tranh có năng lực thực hiện một số quyết định về các vụ việc cạnh tranh theo luật cạnh tranh, khoảng 2/3 các cơ quan này có cơ cấu cơ quan ra quyết định tập thể (collegial body). Với 1/3 còn lại, thẩm quyền ra quyết định được giao cho Người đứng đầu Cơ quan Cạnh tranh.

⁶⁷ Frédéric Jenny 2013.

quyết định có thể gây ra sự thay đổi lớn về quá trình ra quyết định của cơ quan cạnh tranh.

Về thời hạn nhiệm kỳ, cần lưu ý rằng các ủy viên cấp cao nên được bổ nhiệm theo nhiệm kỳ đủ lâu để họ còn hội đủ được những kỹ năng cần thiết nhằm giải quyết các vụ việc cạnh tranh liên quan đến luật và kinh tế học. Nhiệm kỳ có thể dài hơn nhiệm kỳ của Quốc hội (5 năm). Ở nhiều nước có quy định nhiệm kỳ là 5 năm hoặc lâu hơn, ví dụ như trường hợp các nước In-đô-nê-xia, Mexico, Ru-ma-ni và nhiều nước khác.

Vấn đề cho phép tái nhiệm cũng cần xem xét kỹ vì có thể làm giảm tính độc lập của đội ngũ quản lý cao nhất. Khả năng tái nhiệm làm nảy sinh nguy cơ cao hơn về việc lãnh đạo quản lý có thêm động cơ ra quyết định, không thuần túy dựa trên cơ sở chuyên môn mà thiên về những căn cứ khác có nhiều khả năng giúp họ được tái nhiệm hơn.

Tính công bằng trong việc ra quyết định còn quan trọng hơn nữa trong những hệ thống pháp luật mà quyền kháng cáo không phải là biện pháp thực hành thay thế. Như đã nói ở trên, nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp quốc tế đã nhận thấy hệ thống tư pháp ở Việt Nam còn “được cho là thiếu tính độc lập của cơ quan tư pháp, thiếu hiệu quả của hệ thống pháp luật trong giải quyết tranh chấp”⁶⁸. Đây là chưa kể đến những thời gian thêm, chi phí phát sinh thêm, thiệt hại về thương mại và danh tiếng mà khi kháng nghị mà doanh nghiệp ở mọi hệ thống tư pháp phải đương đầu.

Nếu cơ quan lập pháp Việt Nam chọn một cơ quan duy nhất (thậm chí đó là cơ quan ra quyết định tập thể - a collegial body), thì điều quan trọng là phải đảm bảo có được công tác ra quyết định độc lập, mạnh mẽ quyết đoán để tránh rủi ro thiên vị khi xác nhận giữa các giai đoạn điều tra và ra quyết định. Sự thực là, ngoài việc phải đảm bảo người ra quyết định được độc lập khỏi tác động chính trị, điều quan trọng là cả quy trình công bằng hợp lý trong đó có tách bạch rõ ràng giữa các vai trò của người chịu trách nhiệm thực hiện điều tra với người chịu trách nhiệm quyết định thì hành nhằm tránh thiên vị xét xử (cảm nhận và/hoặc thực tế). Dự thảo Luật và việc quy định tập trung thẩm quyền vào vị trí Chủ tịch (và không

68

Sách trắng của Phòng thương mại Liên minh Châu Âu (EUCham Whitebook - whitebook 2017 | TRADE & INVESTMENT ISSUES AND RECOMMENDATION, trang 17 (tạm dịch: Các vấn đề Thương mại và Đầu tư, và Khuyến nghị).

phải là tập thể ra quyết định – collegial body) sẽ không xóa bỏ hoặc giảm thiểu được cảm quan trên, mà thực tế còn có thể làm quan ngại tăng thêm.

Cũng cần xem xét các bước tiếp theo để cải thiện tính công bằng thực tế hoặc công bằng theo cảm quan trong việc ra quyết định bằng cách đảm bảo hệ thống có một số cơ cấu nội bộ, biện pháp đảm bảo an toàn và kiểm tra và cân bằng (checks and balances) giúp đảm bảo chất lượng cao cho việc ra quyết định. Ví dụ về hệ thống có nhiều chốt đảm bảo an toàn có thể là hệ thống của Liên minh Châu Âu. EU đã xây dựng và công khai Cẩm nang và hướng dẫn thực hành tốt nhất dành cho nội dung về cách thức triển khai công việc như thế nào, song cũng còn có nhiều biện pháp an toàn khác để đảm bảo rà soát và/hoặc giám sát đầy đủ các vụ việc cạnh tranh bằng cách cơ cấu một tổ/nhóm hỗ trợ vụ việc, khác với nhóm phụ trách xử lý vụ việc, (có cán bộ có kinh nghiệm xử lý vụ việc không thuộc nhóm điều tra ban đầu, đóng vai trò như cặp mắt thứ hai xem xét quyết định được đề xuất và chứng cứ cơ sở của quyết định được đề xuất), Cao ủy Cạnh tranh, dịch vụ hoặc bộ phận pháp lý, chuyên gia cạnh tranh từ các quốc gia thành viên trong Ủy ban Cố vấn, các đơn vị khác trong Ủy ban Cạnh tranh phụ trách về chính sách kinh tế và chuyên ngành liên quan, và cuối cùng là tập thể các Cao ủy. Đồng thời, trong khung khổ hệ thống này còn thiết lập sẵn hàng loạt các quyền bảo vệ và bảo lãnh về thủ tục bằng vị trí Cán bộ điều trần quy định trong văn bản pháp luật cụ thể.

Ngoài việc xem xét quy định thêm các biện pháp đảm bảo an toàn trong nội bộ chức năng điều tra và ra quyết định, Dự thảo Luật cũng nên phản ánh được những biện pháp đảm bảo an toàn khác về thủ tục liên quan đến điều trần của các bên đương sự. Thời hạn thông báo 5 ngày cho các bên đến phiên điều trần là quá ngắn và không để các bên kịp chuẩn bị đầy đủ tình tiết kinh tế và lập luận.

Khuyến nghị 7.1:

Vị thế của NCC là một cơ quan cạnh tranh độc lập với chính phủ và doanh nghiệp cần được quy định ở cấp văn bản Luật. Luật cấm triệt để việc chính phủ chỉ đạo khi nào thì mở điều tra, cách thức tiến hành điều tra và đầu ra của các biện pháp thực thi. Có thể triển khai nghiên cứu thị trường theo yêu cầu của chính phủ, song chính phủ không nên được quyền chỉ đạo kết quả và chỉ đạo khuyến nghị trong nghiên cứu do NCC thực hiện. Các điều khoản về những yêu cầu như vậy đều phải công khai và đảm bảo minh bạch.

NCC cần chịu trách nhiệm giải trình trực tiếp trước Quốc hội, thông qua việc quy định nghĩa vụ của lãnh đạo NCC đến Quốc hội điều trần mỗi năm một lần và nghĩa vụ phúc đáp các câu hỏi bằng văn bản hoặc bằng lời.

Về bản chất, NCC nên theo mô hình tập thể lãnh đạo ra quyết định (collegial) và có một vài vị trí Ủy viên cao cấp (Cao Ủy) phụ trách chuyên môn với bề dày kinh nghiệm trong nhiều lĩnh vực kinh doanh, kinh tế và pháp luật. Việt Nam có thể lựa chọn đi theo kinh nghiệm của Thái Lan và một số quốc gia thành viên của OECD (như Mê-hi-cô) về “quy trình tuyển chọn công chức” nhằm đảm bảo các vị trí Cao Ủy có đủ những năng lực kiến thức và kinh nghiệm cần thiết, và đảm bảo quy trình minh bạch và dựa trên cơ sở năng lực.

Việc bổ nhiệm các vị trí Cao Ủy (Commissioner) cần có cơ quan nhà nước tham gia vì cần lấy ý kiến đồng thuận đa số (ví dụ: Quốc hội).

Mặc dù có thể chấp nhận một số ít Cao Ủy làm việc bán thời gian để đóng góp chuyên môn cụ thể, song phần lớn các vị trí Cao Ủy vẫn nên làm việc toàn thời gian, có nhiệm kỳ cố định và thời hạn nhiệm kỳ cần đủ dài để phát triển kỹ năng và dài hơn nhiệm kỳ cơ quan lập pháp của Quốc hội nhằm tách biệt hơn nữa khỏi quy trình chính trị.

Các Cao Ủy chỉ nên bị bãi nhiệm vì một số lý do được quy định rõ trong luật pháp. Điều này sẽ mang lại mức độ an ninh pháp luật cao hơn, tính khách quan cao hơn và giảm ảnh hưởng có tính chất chính trị đối với cơ quan này.

Không nên cho phép tái nhiệm hoặc nên quy định giới hạn số nhiệm kỳ, ví dụ khả năng chỉ được gia hạn thêm một nhiệm kỳ, vì khả năng tái nhiệm có thể làm thay đổi động cơ cũng như tính độc lập của các Cao Ủy.

Cao Ủy không nên phụng sự lâu hơn nhiệm kỳ của mình, và cần có quy tắc cụ thể về việc chính phủ có nghĩa vụ bổ nhiệm thành viên mới làm việc trong một khoảng thời gian khi vị trí Cao Ủy còn trống. Việc đảm bảo có đủ đội ngũ Cao Ủy làm việc theo nhiệm kỳ cố định giúp duy trì sự độc lập và tính năng ra quyết định của cơ quan cạnh tranh.

Cao Ủy nên làm việc theo nhiệm kỳ so le nhau, để luôn có Cao Ủy kinh nghiệm trong Ban lãnh đạo. Cách thức này giúp giữ lại kinh nghiệm và phát huy được tính nhất quán trong việc ra quyết định và tính vững vàng về mặt pháp lý.

Khuyến nghị 7.2:

Trên thực tiễn, NCC cần được chu cấp đủ ngân sách và nhân lực để có thể thực thi hiệu quả các quy định về cạnh tranh trong Luật Cạnh tranh. Điều này có nghĩa là cần tăng mức ngân sách trước đây được phân bổ cho VCCA và VCC lên nhiều, để các cơ quan này thực hiện hiệu quả những chức năng hiện có, hình thành và mức tăng phải tỉ lệ với các nhiệm vụ mới sau đây:

- Đánh giá sáp nhập dùng phương pháp kiểm tra cạnh tranh;
- Góp ý kiến và cố vấn về thiết kế chương trình cổ phần hóa (theo gợi ý phần trên); và
- Thực hiện đánh giá cạnh tranh đối với các quy phạm hiện hành và quy phạm mới (theo gợi ý phần trên)

Tính độc lập từ việc phân bổ ngân sách cần được tăng cường hơn nữa nhằm đảm bảo nguồn lực đầy đủ và ổn định. Một giải pháp khả thi là ngân sách của NCC do Quốc hội quyết định sau khi nghe Chủ tịch NCC trình bày đề xuất kế hoạch ngân sách. Cơ chế này sẽ cho phép NCC báo cáo về tình hình ngân sách NCC trực tiếp cho Quốc hội mà không báo cáo cho Bộ ngành. Nếu cơ quan hành pháp thấy yêu cầu ngân sách của NCC là quá nhiều, cơ quan hành pháp sẽ cần đưa ý kiến của mình lên Quốc hội thay vì đơn phương cắt giảm ngân sách đề xuất của NCC. Cơ chế này cũng sẽ giúp nâng cao thêm tầm vóc của NCC.

Khi ngân sách được duyệt, NCC cần có đủ quyền tự chủ về cách sử dụng ngân sách của mình.

NCC cần có đội ngũ nhân sự đủ và hợp lý về số lượng và năng lực và có thẩm quyền tự chủ tuyển dụng ai, khi nào, theo điều kiện việc làm, lương, và lợi ích khác, bao gồm việc phát triển về sự nghiệp, trong quá trình quản lý ngân sách riêng của cơ quan này. Cần ghi nhận rõ nhu cầu thu hút và giữ chân nhân sự phù hợp có năng lực kinh tế và pháp luật để xử lý các vụ việc và đưa ra các khuyến nghị có đầy đủ cơ sở của NCC. Quy trình tuyển dụng không nên bị vấp phải những hạn chế không hợp lý như thi tuyển công chức hoặc tuân thủ theo biên chế công chức. Ban thư ký có tiềm lực mạnh sẽ đạt được hiệu quả và hiệu suất cao. Thang bậc lương cho cán bộ NCC cần phải ảnh hưởng (a) công việc chuyên ngành sâu, chuyên môn cao; và (b) NCC cạnh tranh với các công ty luật hoặc công ty tư vấn khác để giữ chân nhân sự chất lượng cao.

Khuyến nghị 7.3:

Cần thiết lập kiểm soát và cân bằng (checks and balances) vào hoạt động chức năng của NCC, như hội đồng bình duyệt/ đánh giá đồng cấp, ý kiến của trường các bộ phận về pháp lý, kinh tế, hoặc cấp tương đương.

Khuyến nghị 7.4:

Sổ tay quy trình nội bộ bắt buộc, gồm quy trình xử lý vụ việc, sẽ rất hữu ích. Biện pháp này có thể tăng cường uy tín, và giúp giảm lỗi quy trình. Đồng thời, sổ tay giúp giảm tác động của việc thay đổi nhân sự liên tục vì đã có sẵn quy trình rõ ràng để tất cả nhân sự thực hiện theo.

Khuyến nghị 7.5:

NCC nên có thẩm quyền công bố tài liệu hướng dẫn, tạo sự chắc chắn về pháp lý cho cộng đồng doanh nghiệp về cách thức NCC vận dụng các quy định về thủ tục và nội dung trong Luật Cạnh tranh. Các tài liệu công bố cần được tham vấn rộng rãi với công chúng và công khai mời ý kiến góp ý của quốc tế bằng cách công bố bản tiếng Anh để lấy ý kiến ở giai đoạn tham vấn.

Khuyến nghị 7.6:

NCC cần công khai toàn bộ các quyết định của NCC, đồng thời vẫn đảm bảo bảo mật và bảo vệ bí mật kinh doanh.

Khuyến nghị 7.7:

Báo cáo thường niên phải là yêu cầu bắt buộc và phải được công khai rộng rãi.

7.6. Phúc thẩm

Như đã nói ở trên, các bên quan tâm có thể kháng nghị quyết định của VCCA (ở các vụ cạnh tranh không lành mạnh) hoặc quyết định của VCC (ở các vụ việc cạnh tranh) ban đầu lên bất cứ tòa án nào trong số 63 Tòa án cấp tỉnh trên toàn quốc, và từ đó kháng nghị tiếp lên một trong ba Tòa Thượng Thẩm/ Phúc thẩm. Tòa cao nhất là Tòa tối cao. Đối với trường hợp quyết định của VCCA về cách thức triển khai, sau khi bắt đầu điều tra chính thức, các bên đương sự có thể kháng nghị lên Bộ trưởng Bộ Công Thương, Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể hủy quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh và yêu cầu ra quyết định khác. Vì thế việc thực thi Luật Cạnh tranh có bao gồm VCCA, VCC và cả hệ thống tư pháp.

Hệ thống tòa án có vai trò quan trọng trong việc thực hiện và thi hành luật và chính sách cạnh tranh ở tất cả các nước. Trên thực tế, vai trò của tòa án vô cùng quan trọng cho việc tạo ra môi trường pháp luật vững chắc và rõ ràng có thể dự đoán được ở các quốc gia có nền kinh tế thị trường, những tòa án nói chung là hiệu quả hơn đảm bảo an ninh về quyền tài sản và thực hiện hợp đồng. Cụ thể là, về chính sách cạnh tranh, cơ quan tòa án có chức năng quan trọng là đảm bảo tuân

thủ đúng quy trình đúng thủ tục⁶⁹, mà còn đảm bảo việc vận dụng đúng và nhất quán các nguyên tắc căn bản về nội dung của Luật Cạnh tranh.

Chức năng đảm bảo vận dụng đúng và nhất quán các quy tắc về nội dung của Luật Cạnh tranh đòi hỏi tòa án phải được trang bị đầy đủ và sẵn sàng để làm việc trong lĩnh vực kinh tế học. Bản chất kinh tế đằng sau Luật Cạnh tranh có nghĩa là để xử lý hợp lý các vụ việc cạnh tranh, tình tiết và khái niệm kinh tế phải được đưa vào lập luận pháp lý để đúng theo quy tắc luật pháp. Để thực hiện được như vậy, tòa án cần hiểu Luật Cạnh tranh vốn có bản chất kinh tế trong các khái niệm cốt lõi tại luật, như khái niệm “thị trường”, “sức mạnh thị trường” và “làm giảm đáng kể cạnh tranh hiệu quả” (hoặc các khái niệm tương tự/tương đương). Tòa án sau đó sẽ cần vận dụng các khái niệm này vào tình huống kinh doanh phức tạp, thông qua việc đánh giá nhân chứng và vật chứng kinh tế, và rà soát các phát hiện của cơ quan cạnh tranh là cơ quan chuyên ngành và có kinh nghiệm chuyên môn vận dụng các khái niệm này rồi. Đồng thời, các phán quyết cần được thi hành, vì cạnh tranh là giải quyết các hành vi kinh doanh của doanh nghiệp trên thị trường vốn không tĩnh. Một quyết định mất quá nhiều thời gian có thể gây hậu quả kéo dài, to lớn đến thị trường, và do đó có thể phủ định luôn lợi ích của can thiệp từ phía cơ quan cạnh tranh đối với thị trường và đối với cả nền kinh tế nói chung.

Cộng đồng quốc tế thừa nhận thực tế là việc xem xét độc lập của tòa án về những quyết định của một hay nhiều cơ quan cạnh tranh là cần thiết để đảm bảo tính chất công bằng, liêm minh của qui trình ra quyết định (VD: OECD 2012).

Một số bên liên quan qua tham vấn cho biết tòa hành chính tại Việt Nam ngại tham gia các vấn đề nội dung và chủ yếu làm việc theo các thủ tục quy trình. Điều này càng đúng hơn với các vấn đề cạnh tranh khi thẩm phán tòa án cấp tỉnh không quen với những vấn đề đó. Cách tiếp cận theo quy trình là lý do vì sao thẩm quyền xét xử luật pháp về đấu thầu mua sắm đã được chuyển sang cho các tòa thương mại.

Ý kiến nhận được từ các bên liên quan trong phát hiện của Diễn đàn Kinh tế thế giới, trong đó hệ thống tòa án tại Việt Nam được xếp hạng thấp hơn so với một số tòa trong khối ASEAN, theo tiêu chí phân loại về tính độc lập của hệ thống tư pháp khỏi tác động của chính phủ, cá nhân và doanh nghiệp, Việt Nam được đứng thứ 88 trong số 144 quốc gia và theo tiêu chí hiệu quả (nguồn lực) của hệ

⁶⁹ Bảo vệ quyền cơ bản về thủ tục, như quyền được riêng tư, về cuộc điều trần không thiên vị, công bằng, và quyền bảo mật thông tin).

thống pháp lý và tư pháp trong giải quyết tranh chấp của doanh nghiệp, Việt Nam đứng thứ 92 trong số 138 quốc gia.

Bảng 5. Hiệu quả về tư pháp trong giai đoạn từ 2016 đến 2017, theo Diễn đàn Kinh tế Thế giới của các quốc gia trong khối ASEAN⁷⁰

Năm	Tính độc lập của cơ quan tư pháp	Hiệu quả của hệ thống pháp luật về giải quyết tranh chấp
Brunei	# 61 / 140	# 54 / 140
Cam-pu-chia	# 123 / 140	# 115 / 140
In-đô-nê-xia	# 60 / 144	# 52 / 144
Lào	# 77 / 140	# 48 / 140
Ma-lai-xia	# 45 / 140	# 19 / 140
Philippines	# 80 / 140	# 110 / 140
Xinh-ga-po	# 23 / 140	# 1 / 140
Thái Lan	# 64 / 140	# 54 / 140
Việt Nam	# 92 / 138	# 72 / 138

Nguồn: K. Schwab, Diễn đàn Kinh tế Thế giới, K. Schwab, ‘The Global Competitiveness Forum 2016-2017’ (Tạm dịch: Diễn đàn cạnh tranh toàn cầu, 2016-2017), Diễn đàn Kinh tế Thế giới, 2016, pp. 363. Available at http://www3.weforum.org/docs/GCR2016-2017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf.

Một đặc điểm hệ thống thực thi pháp luật làm ảnh hưởng đến việc hoàn thành mục tiêu của Luật Cạnh tranh (và trên thực tế là cả các luật khác nữa) đó là quyết định của tòa án không được công bố. Đây là một trong những quan ngại chính của nhiều nhà đầu tư nước ngoài tiềm năng:

“Theo Báo cáo thường niên về năng lực cạnh tranh toàn cầu trên Diễn đàn Kinh tế Thế giới, Việt Nam liên tục có vị trí xếp hạng thấp (và tiến bộ hạn chế) về tính độc lập của tòa án và hiệu quả nguồn lực của khung pháp lý trong giải quyết tranh chấp. ... Một trong các nguyên nhân giải thích vì sao lại có đánh giá tiêu cực như vậy về cơ quan tòa án ở Việt Nam đó là do thiếu minh bạch. Những phán quyết của tòa án Việt Nam nói chung không được công bố, báo cáo, do vậy, nhà đầu tư cũng như cố vấn pháp luật của nhà đầu tư, không được tiếp cận các tiền lệ pháp (precedents) và án lệ

⁷⁰

Myanmar không có trong Báo cáo này vì khảo sát không đạt yêu cầu tối thiểu.

*(case-law) có thể cung cấp hướng dẫn và dự đoán trước khả năng các kết quả của từng vụ việc tranh chấp.*⁷¹

Hệ thống không công bố quyết định của tòa án về Luật Cạnh tranh cũng đồng thời chịu nhiều hệ quả tiêu cực hơn việc tạo nên rủi ro lãnh thổ không khuyến khích được đầu tư nước ngoài. Những tác động tiêu cực khác như sau:

- Góp phần vào hạn chế về hiểu biết và tuân thủ Luật Cạnh tranh của cộng đồng doanh nghiệp. Sự thực là cả những cơ quan cạnh tranh có nguồn lực tài chính tốt nhất ở các nước phát triển phương tây cũng sử dụng công cụ truyền thông đại chúng rất nhiều để báo cáo về các kết quả vụ việc xét xử của tòa án nhằm tăng cường mức độ tuân thủ: báo cáo vụ việc tố tụng qua điều tra đầy đủ có mức phạt cao sẽ ngăn chặn nhiều vi phạm trong tương lai.
- Làm giảm hiệu quả của giáo dục chính thống tại các trường đại học là cơ sở đào tạo đội ngũ sinh viên tốt nghiệp được tuyển dụng vào các công ty cạnh tranh, doanh nghiệp, cơ quan chính phủ và công ty tư vấn pháp luật tư nhân.
- Tạo điều kiện cho nạn tham nhũng hoành hành trong các cơ quan thực thi và tòa án.
- Hạn chế đầu tư trong nước của nhà đầu tư Việt Nam (như hạn chế đầu tư nước ngoài) và đồng nghĩa với việc các doanh nghiệp Việt Nam mong muốn đầu tư ra nước ngoài sẽ bị khập khiêng về kiến thức kinh nghiệm về tiêu chuẩn luật pháp cạnh tranh quốc tế.

Trên thực tế, mặc dù nhóm tác giả của báo cáo này có đề nghị một bản quyết định của tòa liên quan đến Luật Cạnh tranh ở một số cơ quan chính phủ và phi chính phủ tại in Việt Nam, đều nhận được những câu trả lời không chắc chắn của các cơ quan Việt Nam. Bộ Tư pháp cho biết rõ rằng cơ quan nào có bản quyết định hoàn toàn được phép cung cấp. Các cơ quan cạnh tranh, mặt khác, hoặc từ chối cung cấp hoặc trả lời rằng họ không rõ có được phép cung cấp hay không.

Mặt khác, nhiều thành phần các bên liên quan lại biết chi tiết cần thiết của quyết định và không tự thấy khó khăn trong việc cung cấp các chi tiết này.

Cụ thể cũng có một số ví dụ về vấn đề vận dụng Luật Cạnh tranh của tòa án tại Việt Nam. Trong vụ việc Vinapco, tòa án cấp tỉnh khẳng định chấp thuận đầy

⁷¹ Phòng Thương mại Châu Âu tại Việt Nam “Sách trắng, các vấn đề Thương mại, Đầu tư và Khuyến nghị”.

đủ quyết định của VCC; Tòa án nhân dân Tối cao lại tuyên rằng VCC có sai sót trong quá trình tổ chức triển khai phiên điều trần song sai sót đó không ảnh hưởng đến tính chính xác của quyết định cuối cùng đã tuyên.

Trong một vụ khác về vi phạm của doanh nghiệp bia kinh doanh độc quyền, VCC đã chấp nhận cam kết của bên bị truy tố và ngưng quy trình thực thi đối với vấn đề. Một đương sự khiếu nại không hài lòng với kết quả vụ việc đã khiếu nại lên tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh. Tại vụ việc này, tòa đã bác vụ việc vì lý do các giai đoạn trao đổi tạm thời trước khi điều trần chính thức.

Tuy nhiên, không có vụ việc nào nêu trên được công bố quyết định và công khai với công chúng.

Việt Nam đã cam kết trong Tổ chức thương mại thế giới và một số bên đối tác hiệp định thương mại tự do song phương rằng quyết định của tòa án liên quan đến thương mại sẽ được công khai và OECD được biết cam kết công khai này bao gồm tất cả các quyết định theo Luật Cạnh tranh (bao gồm những quyết định về tất cả đương sự là người/ pháp nhân Việt Nam trong nước). Đây là những cam kết cần được quy định trong Luật Tiếp cận thông tin năm 2016. Ngoài ra, Tòa án Nhân dân Tối cao vừa khởi động trang web công khai tất cả cá quyết định của tòa.

Trong tháng Một năm 2018, OECD đã xem website của Tòa án Nhân dân tối cao⁷² và thực sự được thấy sự tiến bộ lớn về tiếp cận bản án tòa án. Khi đó, đã có 47.017 quyết định được công khai từ 4 cấp trong hệ thống tòa án của Việt Nam. Bốn cấp đó là: Tòa án nhân dân Tối cao (TAND tối cao), tòa án nhân dân cấp cao, tòa án nhân dân cấp tỉnh, và (tòa án nhân dân cấp huyện).

Phần lớn các bản án đều không liên quan đến doanh nghiệp nhưng có một số ít liên quan đến doanh nghiệp. Chi tiết phân loại bản án theo các văn bản luật như sau: Bộ Luật Hình sự (10.770), Bộ Luật Dân sự (7.696), Luật Hôn nhân và Gia đình (23.642), Luật doanh nghiệp (1.007), Bộ Luật Lao Động (245), Luật Phá sản (11), Luật Hành chính (524), và số vụ vận dụng hình thức xử lý vi phạm hành chính (3.122).

Cơ sở dữ liệu chưa hoàn chỉnh. Mặc dù trong danh sách có một số vụ việc từ năm 2001, correcting for typographical errors, nhưng quyết định cũ nhất được đăng tải là quyết định năm 2011, là năm xảy ra vụ việc Vinapco của Tòa án Nhân dân tối

72

<https://congbobanan.toaan.gov.vn/>.

cao nêu trên. Tuy nhiên, OECD không tìm được vụ việc cụ thể đó trên trang web này.

Hơn nữa, các văn bản bản án còn quá vắn tắt so với các quyết định ở nhiều nước khác. Cụ thể là, định dạng của quyết định bản án viết theo trình tự: tình tiết sự việc, luật áp dụng, rồi kết luận – mà không liệt kê lập luận lý lẽ của tòa án. Mặc dù vậy, về việc tiếp cận quyết định của tòa án rõ ràng đã có một bước tiến quan trọng.

Một điểm yếu khác nữa của luật hiện hành là về vai trò của VCC liên quan đến các kháng cáo tại Tòa về quyết định của tòa án, và liệu VCC có được trang bị đầy đủ để thực hiện vai trò theo quy định của mình hay không. Cụ thể là, khi các quyết định của VCC bị kháng nghị, Tòa án đã chuyển tất cả hồ sơ đến Chủ tịch của VCC. Thật dễ hiểu rằng cả Thủ tịch VCC hay các vị trí lãnh đạo được bổ nhiệm làm việc bán thời gian ở VCC đều không ai cho rằng đó là nghĩa vụ của chính mình phải xuất hiện trước Tòa để bảo vệ quyết định của mình. Cán bộ làm việc toàn giờ đã được chỉ đạo ra trước Tòa, nhưng lại không có ngân sách để thuê đại diện pháp lý. Hệ quả là, VCC chưa có luật sư chuyên nghiệp đại diện cho mình.

Đồng thời, vì luật hiện hành có những điểm yếu quan trọng về vai trò hiệu quả của tòa án và đảm bảo trách nhiệm giải trình của cơ quan cạnh tranh, cộng đồng chống độc quyền Việt Nam có bày tỏ quan ngại về việc tập trung thẩm quyền cho một cơ quan chịu trách nhiệm toàn bộ công tác thực thi cạnh tranh sẽ có nghĩa là cơ quan đó có thẩm quyền mà không bị giám sát, trước tình hình hiện nay tòa án có chuyên môn hạn chế và không muốn giải quyết về Luật Cạnh tranh và kinh tế học. Mặc dù quan ngại này có thể phần nào được tháo gỡ nhờ vai trò của các biện pháp đảm bảo an toàn và minh bạch trong quá trình ra quyết định của cơ quan cạnh tranh (tham khảo phần trên), thì vẫn còn lo ngại về việc chế độ thi hành luật pháp cạnh tranh chỉ có thể được đảm bảo nhờ hệ thống tòa án hiệu quả, hoạt động tốt.

Nhu cầu về trình độ chuyên môn của tòa án về luật pháp cạnh tranh có nghĩa là tòa án đang có năng lực yếu kém hơn nữa cho công tác xét xử các vụ việc cạnh tranh, so với các vụ việc khác. Về thực hành, có nhiều cách khác nhau để giải quyết khó khăn này cho hệ thống lựa chọn.

Một cách là tập trung chuyên môn ở một tòa hoặc một số tòa. Có thể thực hiện phương pháp này một cách tự nhiên vì doanh nghiệp thường hay tập trung ở các đô thị, song việc tập trung này cần được khuyến khích tối đa được hiến pháp Việt Nam cho phép.

Trong khi kinh nghiệm của các nước cho thấy việc thực thi hiệu quả luật pháp cạnh tranh trong hệ thống tòa án không nhất thiết phải có tòa hoặc thẩm phán chuyên ngành hoặc đa ngành⁷³. Vì đặc thù phức hợp của nó, người ta thường lập luận rằng quy định cụ thể về việc thực thi luật pháp cạnh tranh có thể có lợi nếu thiết lập tòa chuyên ngành Luật Cạnh tranh (ICN, 2015). Có nhiều thuận lợi tổng việc có tòa án hoặc thẩm phán chuyên ngành, vì họ không tiếp cận mỗi vụ việc mới theo đường cong học nghề dốc về luật pháp cạnh tranh và kinh tế học cạnh tranh. Đường cong học nghề dốc, chi phí, đều khó, như đã thấy ở nhiều hệ thống rất phát triển về lĩnh vực này, ở những hệ thống này Luật Cạnh tranh do các tòa đa ngành giải quyết, vì thiếu kiến thức chuyên ngành, một thẩm phán chỉ có thể thụ lý 1 hoặc 2 vụ việc cạnh tranh trong cả sự nghiệp của thẩm phán đó. Thẩm phán chuyên ngành – dù trong bối cảnh có danh mục hoặc đơn vị các thẩm phán thuộc tòa án đa ngành – sau một số khóa tập huấn và kinh nghiệm thường xuyên về các vụ việc cạnh tranh, sẽ quen được với các khái niệm về kinh tế học làm góc rề của Luật Cạnh tranh. Các thẩm phán này sẽ được chuẩn bị tốt hơn một thẩm phán đa lĩnh vực xác định vấn đề, xác định và chú trọng hợp lý về thông tin khai báo về kinh tế và chứng cứ phù hợp hơn, và do đó không chỉ dừng lại hoặc tập trung vào các vấn đề thuần túy về hành chính hoặc thủ tục.

Có nhiều giải pháp khả thi để chuyên môn hóa các thẩm phán hiện có, như mô hình hai cơ quan giữa Ủy ban cạnh tranh và Tòa cạnh tranh tại Nam Phi, chẳng hạn (và một số ví dụ hiện hữu như Vương Quốc Anh, Bồ Đào Nha, v.v...) hoặc mô hình sơ thẩm chuyên ngành và rà soát phúc thẩm đa ngành trong hệ thống của Hồng Kông. Có một ví dụ nữa, về tòa chuyên ngành, là hệ thống của Pháp trong đó tòa thương mại chuyên về các vấn đề thương mại, bao gồm các hành vi thương mại có liên quan đến các vấn đề cạnh tranh kinh tế. Trong hệ thống này còn có Tòa Phúc thẩm Pa-ri có cả năng lực về các vấn đề dân sự và hình sự trong lĩnh vực cạnh tranh. Cụ thể là Tòa Phúc thẩm Pa-ri có một phòng chuyên ngành về cạnh tranh. Mặt khác, Tòa Giám đốc thẩm là cấp tòa án dân sự và hình sự cao nhất trong hệ thống cấp thẩm quyền của tòa án tại Pháp, và cũng có các phòng chuyên ngành – trong số đó có phòng thương mại, thực hiện giám đốc thẩm các vụ việc cạnh tranh kinh tế. Như đã nêu trên, giải pháp tương tự đã được áp dụng ở Việt Nam để chuyển các luật mua sắm đầu thầu sang tòa thương mại, và có lẽ đây cũng là giải pháp cho các vấn đề của Luật Cạnh tranh.

73

OECD (1996) ‘Judicial enforcement of competition law. Policy Roundtables’, (Tạm dịch: Thực thi luật cạnh tranh trong hệ thống tòa án. Bàn tròn đối thoại chính sách”), tại địa chỉ www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf, p. 10.

Một cách khác nữa là thực hiện theo hướng phụng sự Luật Cạnh tranh với hệ thống tòa chuyên ngành hoặc hay đội ngũ thẩm phán chuyên ngành, đó là phát triển năng lực chuyên môn và kinh nghiệm thông qua chương trình bồi dưỡng nghiệp vụ pháp luật cho thẩm phán dựa vào thực hành tốt nhất của nước khác có nhiều kinh nghiệm hơn. Có thể thực hiện bồi dưỡng nghiệp vụ và chuyên môn pháp luật cho đội ngũ thẩm phán mà không cần thiết lập tòa hoặc phòng ban chuyên ngành mới, mặc dù như vậy sẽ phải đào tạo thêm nhiều nhằm đảm bảo đủ trình độ năng lực chuyên ngành trong ngành tòa án. Giải pháp này cần có đủ ngân sách để những thẩm phán nghe điều trần và xét xử vụ việc cạnh tranh được thường xuyên tham gia các chương trình học này. OECD đã thực hiện đào tạo theo hình thức này tại Châu Á từ năm 2010 ở Trung Tâm Chính sách OECD/Hàn Quốc, chúng tôi khuyến khích Việt Nam tổ chức và tham gia nhiều chương trình như vậy cùng OECD hoặc các tổ chức khác.

Cuối cùng, một vấn đề cụ thể từ thực trạng ở Việt Nam đó là tòa án cần bắt đầu xuất công bố các phán quyết của tòa (có tôn trọng đầy đủ về tính bảo mật và quyết định nhạy cảm về thương mại) nhằm tăng cường hơn nữa trách nhiệm giải trình của tòa án cũng như cung cấp hướng dẫn cho doanh nghiệp. Nỗ lực gần đây của Tòa Án Nhân dân tối cao công bố một số phán quyết của Tòa, và công tác này cần được nhân rộng để công bố toàn bộ các phán quyết của tòa trong lĩnh vực cạnh tranh nhằm tăng thêm tính minh bạch trong hệ thống tòa án ở Việt Nam.

Khuyến nghị 7.8:

Chính phủ Việt Nam cần xem xét sẽ giao thẩm quyền xét xử sơ thẩm kháng cáo cho tòa án nào, biết rằng Luật Cạnh tranh là một lĩnh vực luật pháp chuyên ngành và khá phức tạp mà nặng về kinh tế.

Bất cứ tòa án nào được trao thẩm quyền xét xử các vụ kháng án theo Luật Cạnh tranh, thì Chính phủ Việt Nam đều cần đảm bảo đội ngũ thẩm phán sẽ nghe điều trần các vụ việc có liên quan phải được hỗ trợ tài chính, và các hình thức hỗ trợ khác để được tập huấn trong nước và/hoặc ở nước ngoài về cách thức vận dụng các luật này – như tham gia các hội thảo tập huấn dành cho thẩm phán của OECD.

8. Kết luận và Khuyến nghị

8.1. Thế mạnh và điểm yếu về thực trạng cạnh tranh của khối doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước

Việt Nam đã đạt được tiến bộ to lớn trong quá trình chuyển đổi từ một nền kinh tế xã hội chủ nghĩa, đang phát triển, kế hoạch tập trung sang nền kinh tế thị trường công nghiệp hóa nhanh chóng.

Từ khi bắt đầu quá trình chuyển đổi, hầu hết các doanh nghiệp đều thuộc sở hữu của chính phủ. Khối doanh nghiệp này là nguồn thu chính và cơ sở lợi thế chính trị của các bộ quản lý doanh nghiệp và họ cũng nhận được nhiều lợi ích cũng như tiếp nhận thêm nhiều đối tác thương mại mới. Đã nhiều năm, các cơ quan tổ chức quốc tế như OECD đã chỉ ra thực tế các doanh nghiệp nhà nước này, chủ yếu là những doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh được nhiều ưu đãi, đã làm giảm tiềm năng kinh tế của Việt Nam như thế nào.

Những đợt cải cách thành công đã thu gọn quy mô khối DNNN, cải thiện quản lý nhà nước và giảm được những bất hợp lý về cạnh tranh trên thị trường. Thực tế là, trong con mắt của giới chuyên môn, một chỉ số thể hiện tiến bộ đáng kể của Việt Nam trong nỗ lực tạo ra một môi trường cạnh tranh bình đẳng đó là vụ việc thực thi luật pháp cạnh tranh nổi tiếng đối với một DNNN có tiếng (công ty con của Hãng hàng không Vietnam Airlines).

Mặc dù đã có nhiều tiến bộ to lớn giải quyết nhiều vấn đề cạnh tranh liên quan đến DNNN, song vẫn còn rất nhiều công việc nữa cần làm. Đã có những quyết định được đưa ra để vận dụng phân lớn những thành tố trong khung cạnh tranh trung lập là thực hành tốt nhất trên thế giới, trong đó bao gồm các hoạt động tiếp tục cổ phần hóa, tách bạch chức năng sở hữu doanh nghiệp với chức năng quản lý nhà nước, và các quy tắc để quy định cấm chủ nghĩa thiên vị.

Vẫn còn nhiều công việc quan trọng để thực hiện các quyết định cải cách DNNN cho đầy đủ, hiệu quả và kịp thời. Hơn nữa, Việt Nam sẽ có lợi nhiều khi thực thi các quy tắc trung lập trong cạnh tranh, loại bỏ được những tranh chấp do chưa áp dụng các quy tắc này.

Một lĩnh vực đặc biệt ưu tiên trong giai đoạn hiện nay của đề án cổ phần hóa DNNN là đảm bảo bán tài sản theo nhiều gói tài sản nhằm thúc đẩy cạnh tranh trên thị trường, thay vì kéo dài vô hạn các vấn đề cạnh tranh khi tài sản chuyển vào tay tư nhân. Đây là một cơ hội quan trọng có tính chất “một lần và vĩnh viễn

(one off)” bởi khi tài sản đã cổ phần hóa xong, mọi can thiệp tiếp theo để tái cơ cấu doanh nghiệp nhằm đạt được cải thiện về năng lực cạnh tranh sẽ làm phát sinh các vấn đề về rủi ro chủ quyền.

Cơ quan cạnh tranh hay cơ quan chính sách kinh tế như Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương – CIEM có vai trò quan trọng trong việc cung cấp hướng dẫn về những hoạt động cổ phần hóa DNNN khác trong tương lai nhằm đảm bảo không để các vấn đề có tính chất chống cạnh tranh còn rơi rớt lại những thị trường trước đây DNNN đã từng nắm giữ sức mạnh thị trường.

Khuyến nghị 1:

Cần tiếp tục công tác thực hiện khung khổ cạnh tranh trung lập toàn diện và rõ ràng cho đến khi thực hiện được hết toàn bộ khung khổ này một hiệu quả. Điều này có thể bao gồm việc thực hiện các Khuyến nghị trong Hướng dẫn về DNNN của OECD, như: sân chơi bình đẳng về pháp lý và quy định đối với DNNN, tách bạch chức năng sở hữu nhà nước khỏi chức năng khác của nhà nước, chuẩn mực cao về minh bạch và công khai thông tin, trách nhiệm giải trình chất lượng cao, hạch toán riêng các hoạt động kinh tế và hoạt động phi kinh tế của DNNN, giám sát và đánh giá hiệu quả kinh doanh và tuân thủ của DNNN với tiêu chuẩn về quản trị doanh nghiệp. *Ghi chú: để nắm thêm chi tiết hướng dẫn về thực hiện trung lập trong cạnh tranh, mời tham khảo chi tiết các Khuyến nghị chi tiết về trung lập trong cạnh tranh của OECD (Competition Neutrality Recommendations).*

Khuyến nghị 2:

Cần triển khai đầy đủ hiệu lực của các quy định của pháp luật về: doanh nghiệp thuộc sở hữu của nhà nước (và doanh nghiệp thuộc sở hữu của tư nhân) không có quyền ưu đãi đặc biệt, ví dụ quyền tiếp cận đất hoặc nguồn lực khác của nhà nước; quyền được chi trả rẻ hơn lãi suất thương mại để được tiếp cận vốn hay quyền được miễn thuế và phí.

Khuyến nghị 3:

Mỗi DNNN cần được cơ cấu theo cách giống như doanh nghiệp thuộc sở hữu tư nhân, hoặc, nếu không thì cơ cấu quản trị doanh nghiệp của DNNN phải phản ánh được sát nhất có thể cơ cấu quản trị doanh nghiệp của công ty tư nhân.

Khuyến nghị 4:

Cần áp dụng Nguyên tắc cạnh tranh trung lập (trung lập trong cạnh tranh) ở tất cả các cấp chính quyền, bao gồm cấp trung ương, cấp tỉnh và thành phố.

Khuyến nghị 5:

Luật pháp cạnh tranh quy định cấm các cơ quan công lập cấp trung ương và địa phương thực hiện các hành vi theo cách hạn chế cạnh tranh hoặc phân biệt đối xử giữa các thành phần tham gia thị trường, và cơ quan cạnh tranh nên có thẩm quyền áp dụng biện pháp đối với các cơ quan công lập ở cấp trung ương và cấp địa phương có thực hiện các hành vi làm hạn chế cạnh tranh hoặc phân biệt đối xử giữa các thành phần tham gia thị trường.

Khuyến nghị 6:

Việt Nam cần đảm bảo thực thi đầy đủ hiệu lực quyết định về việc chuyển giao toàn bộ vốn chủ sở hữu tại tất cả các Doanh nghiệp nhà nước (DNNN) sang SCIC (hay cơ quan nào khác tương tự chỉ có một nhiệm vụ duy nhất là quản lý tài sản đầu tư của chính phủ trong doanh nghiệp). Cơ quan tiếp nhận vốn này phải đảm bảo doanh nghiệp được cơ cấu và quản lý theo cách thức thương mại, có lợi nhuận ở mức tối ưu cho phép.

Khuyến nghị 7:

Các cơ quan chính sách và cơ quan chuyên ngành (như các Bộ phụ trách xây dựng chính sách về viễn thông, năng lượng và giao thông hoặc các cơ quan phụ trách về thực thi pháp luật trong các lĩnh vực này) cần thực hiện chức năng của Bộ mà không thiên vị hoặc phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp thuộc sở hữu của nhà nước hay thuộc sở hữu của tư nhân.

Khuyến nghị 8:

Khi chính phủ ra quyết định bán tài sản ở những ngành có DNNN thống lĩnh hoặc có DNNN độc quyền nhóm, cần tham vấn trước với cơ quan cạnh tranh (hay cơ quan độc lập khác am hiểu về luật pháp và chính sách cạnh tranh) để lấy ý kiến về cách đảm bảo thị trường liên quan sau khi bán tài sản có được cơ chế cạnh tranh tối đa.

Ý kiến góp ý bao gồm ý kiến về cơ cấu bán tài sản tối ưu— nên bán ở nguyên dạng một doanh nghiệp hay bán sau khi tách thành nhiều doanh nghiệp, có cần dỡ bỏ rào cản về quản lý hay rào cản nào khác hay không, có cần đến hình thức quy định quản lý gì để xử lý vấn đề về sức mạnh thị trường sau khi

bán tài sản hay không. Cơ quan cạnh tranh cần có đủ nguồn lực để có thể góp ý thấu đáo và kỹ càng về các vấn đề tham vấn này. Ý kiến tham vấn của cơ quan cạnh tranh phải được thực hiện, trừ trường hợp có những lý do vì lợi ích công chúng vô cùng cấp thiết buộc phải bỏ qua ý kiến của cơ quan cạnh tranh. Nếu ý kiến tham vấn không được thực hiện, mà doanh nghiệp cổ phần hóa hoặc tư hữu hóa lại có sức mạnh thị trường đáng kể hoặc thống lĩnh, thì cần xem xét áp dụng các biện pháp kiểm soát bằng chính sách để giải quyết sức mạnh thị trường đó. Có thể lấy ví dụ về biện pháp đó như sau: quy tắc cho phép tiếp cận các tiện ích thiết yếu bằng điều khoản hợp lý.

8.2. Thế mạnh và điểm yếu về loại bỏ các nội dung hạn chế cạnh tranh trong quy định hiện hành

Việt Nam đã đạt được tiến bộ đáng kể trong việc cải thiện chất lượng các quy trình xây dựng và ban hành quy phạm pháp luật. Hiện tại, công tác tham vấn rộng rãi và hiệu quả được thực hiện với các bên liên quan bị ảnh hưởng ở trong và ngoài chính phủ, và có nhiều khâu kiểm tra chất lượng về khía cạnh xây dựng chính sách, soạn thảo và thực hiện, đối với những văn bản quy phạm pháp luật chính,.

Cơ quan cạnh tranh từ trước đến nay đã (hoặc ít nhất là có tiềm năng) thực hiện vai trò cố vấn, vận động để loại bỏ hoặc cải cách những nội dung gây hạn chế cạnh tranh, song, do có quá nhiều nhiệm vụ mà nguồn lực lại rất hạn hẹp, rất ít lần cơ quan cạnh tranh được mời trực tiếp tham gia bàn luận xây dựng quy phạm.

Qua rà soát đánh giá đồng cấp luật và chính sách cạnh tranh lần này, còn một số vấn đề quan trọng sau đây cần giải quyết:

- Một là, cần phát huy nhiều hơn nữa đóng góp của cơ quan cạnh tranh vào quá trình xây dựng văn bản quy phạm pháp luật cả về số lần và mức độ chi tiết các can thiệp, và cần thể chế hóa quy trình tham gia của cơ quan cạnh tranh trong các cuộc thảo luận xây dựng chính sách.
- Hai là, cần chú ý đến rất nhiều các quy định đã được thông qua từ trước khi thực hiện các biện pháp kiểm soát chất lượng như hiện nay.

Khuyến nghị 9:

NCC (hay một cơ quan phù hợp nào khác có chức năng nhiệm vụ bao quát hơn về kinh tế như Viện nghiên cứu quản lý kinh tế trung ương (CIEM) – nội dung này áp dụng với toàn bộ các Khuyến nghị còn lại ở phần này) cần được phân công nhiệm vụ giải quyết các vấn đề của những trở ngại đối với cạnh tranh ở các pháp luật hoặc qui định quản lý hiện hành.

NCC cần có thẩm quyền đưa ra Khuyến nghị công hoặc khuyến nghị chung liên ngành về thiết lập lại môi trường cạnh tranh nếu các cơ quan nhà nước cấp trung ương và địa phương có thiết lập/ áp dụng các hành vi hạn chế cạnh tranh hoặc phân biệt đối xử giữa các thành phần doanh nghiệp trên thị trường.

Bước đầu tiên cần làm là xác định những ngành rất cần được đánh giá chi tiết về cạnh tranh. Cần lập danh sách các ngành cần đánh giá chi tiết từ:

1. 20 ngành quan trọng hàng đầu trong nền kinh tế của Việt Nam về qui mô đóng góp cho GDP, về công ăn việc làm, về hàng xuất khẩu hay về tiêu chí khác phù hợp với Việt Nam; và
2. Bất cứ ngành nào khác tình nguyện đề xuất được đánh giá, sau khi đã tham vấn rộng rãi hoặc sau khi tham vấn với Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt nam.

Bước thứ hai cần làm là: tiến hành đánh giá những ngành mục tiêu theo kế hoạch đánh giá hàng năm, theo như Bộ công cụ đánh giá cạnh tranh của OECD và đưa ra các khuyến nghị cải cách phù hợp, để tạo thuận lợi thúc đẩy cạnh tranh.

Bước thứ 3 cần làm là: cơ quan cạnh tranh đánh giá tiến độ của chương trình và quyết định có cần tiếp tục đánh giá nữa hay không và làm thế nào để xác định ứng cử viên đánh giá căn cứ trên cơ sở tối đa hóa những đóng góp của công tác cải cách này cho thịnh vượng kinh tế quốc gia của Việt nam.

Khuyến nghị 10:

Cần có cơ chế thông báo đến NCC về mọi dự án luật mới có ảnh hưởng đến doanh nghiệp, ngay từ đầu dự án luật, và NCC nên có cơ hội tham gia ý kiến của NCC dựa vào Bảng kiểm Đánh giá Cạnh tranh. NCC cần thực hiện công việc này vận dụng những nguyên tắc và phương pháp luận mô tả trong Bộ công cụ Đánh giá cạnh tranh OECD (OECD Competition Assessment Toolkit).

8.3. Thế mạnh và điểm yếu về các quy định nội dung của Luật Cạnh tranh

Việt Nam là một trong những quốc gia đầu tiên trong khối các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) ban hành một Luật Cạnh tranh toàn diện. Ngay từ đầu, luật cạnh tranh đã bao quát cả ba lĩnh vực quan trọng mà một văn bản Luật Cạnh tranh cần giải quyết: thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; các hành vi lạm dụng của cá nhân doanh nghiệp và sáp nhập hạn chế cạnh tranh.

Các quy định trong Luật Cạnh tranh hiện hành, mặc dù vậy, nhìn chung vẫn là theo hình thức chứ chưa theo hiệu quả tác động. Ví dụ: quy định phải nộp hồ sơ đăng ký sáp nhập nếu thị phần sau sáp nhập đạt 30% và cấm sáp nhập nếu doanh nghiệp được sáp nhập đạt mức thị phần 50% nếu không xin miễn trừ.

Tương tự, luật cấm triệt để một số hành vi của doanh nghiệp với một mức thị phần trên thị trường tương đương bất luận trên thực tế hành vi ấy có tác động hạn chế cạnh tranh không. Việt Nam cũng có một tập hợp các quy định cấm hai cấp hành vi duy nhất chỉ có ở Việt Nam trong lĩnh vực này, một cấp là cấm lạm dụng độc quyền và cấp thứ hai là cấm lạm dụng vị trí thống lĩnh.

Nói về các quy định cấm hành vi mà luật các nước khác gọi là các-ten hạn chế cạnh tranh “ng nghiêm trọng nhất” (hard core) – phá hoại), thì ở Việt Nam, những các-ten này nhìn chung chỉ bị cấm nếu ảnh hưởng đến 30% thị trường.

Ngay cả khi các đặc điểm này là có lợi với một quốc gia vừa mới bắt đầu quá trình chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường và Luật Cạnh tranh còn mới, song để nền kinh tế của Việt Nam phát huy được hết tiềm năng của mình, cần phải quy định và hoàn thiện các điều khoản quy định nội dung trong Luật Cạnh tranh hơn nữa. Chính phủ Việt Nam nhận thức rõ được điều này và hiện đã trình lên Quốc hội dự thảo mới Luật Cạnh tranh sửa đổi tiến bộ hơn.

Khuyến nghị 11:

Hành vi các-ten gây hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng (như ấn định giá, phân chia thị trường, thỏa thuận hạn chế năng lực) về bản chất là có hại và cần coi là bất hợp pháp, bất luận tỉ lệ thị trường bị ảnh hưởng là gì. Hay nói cách khác, các quy định cấm các-ten cả trong Luật Cạnh tranh và Bộ Luật Hình sự đều không nên quy định yêu cầu về ngưỡng thị phần 30%.

Khuyến nghị 12:

Cần bỏ Kinh doanh độc quyền ra khỏi danh sách các hành vi “tự thân” là bất hợp pháp, và Kinh doanh độc quyền chỉ nên bị coi là bất hợp pháp nếu có hệ quả là làm giảm cạnh tranh một cách đáng kể.

Khuyến nghị 13:

Nên áp dụng kiểu quy định cấm “toàn bộ” (catch-all prohibition), cấm mọi hành vi thỏa thuận có tác động phản cạnh tranh đáng kể.

Khuyến nghị 14:

NCC nên có thẩm quyền thanh tra bắt buộc có hiệu lực thực tế (có nghĩa là thẩm quyền thanh tra kiểm tra chứng cứ đột xuất không báo trước - “dawn raid” power). Điều đó có nghĩa là có nghĩa là NCC phải được quyền xâm nhập, không cần thông báo, vào cơ sở của đối tượng được điều tra nhằm mục đích tìm, thu giữ tang chứng vật chứng có liên quan, bất kể hình thức của chứng cứ. Cần cân đối giữa yêu cầu tuân thủ đúng thủ tục (có nghĩa là yêu cầu phải có thẩm quyền tư pháp hoặc lệnh khám xét) mà không quy định quá nặng nề thành gánh nặng đối với NCC đến mức làm mất đi hiệu lực của thẩm quyền điều tra này.

Khuyến nghị 15:

Luật cần quy định chính sách khoan hồng, bao gồm quy định về miễn trừ hoàn toàn nghĩa vụ nếu bên đầu tiên tố cáo hành vi các-ten. Pháp luật chính cần tạo cơ sở pháp lý chắc chắn về quyền miễn trừ trách nhiệm, còn chi tiết về chương trình khoan hồng cần được quy định rõ tại các văn bản hướng dẫn, do NCC hoặc cơ quan chính phủ soạn thảo xây dựng, ban hành và chỉnh sửa cập nhật theo kinh nghiệm thực tế, không cần trình Quốc hội ban hành thêm văn bản mới quy định chi tiết.

Khuyến nghị 16:

Điều quan trọng là, cần tiến hành cải cách song song đối với Bộ luật Hình sự (hoặc cải cách theo cơ chế do NCC và Viện kiểm sát thống nhất tổ chức) qua đó cho phép một bên tố cáo các-ten đương nhiên được miễn trừ hình phạt theo Luật Cạnh tranh và theo các quy định về cạnh tranh của Bộ Luật Hình sự.

Khuyến nghị 17:

Cần xem xét chi tiết về khả năng có nên bỏ các quy định cấm liên quan đến độc quyền hay không để luật chỉ quy định cấm lạm dụng vị trí thống lĩnh liên quan đến hành vi đơn phương. Khái niệm lạm dụng vị trí thống lĩnh đã nhận

được nhiều tranh cãi gay gắt và điều chỉnh ở hầu hết các quốc gia lớn trên thế giới.

Khái niệm lạm dụng vị trí độc quyền mới này không có quy định ở các nước khác và có vẻ như cũng không lý do gì mang tính chất đặc thù của riêng Việt Nam về sự cần thiết phải có thêm quy định về nội dung này.

Ngưỡng thị phần đối với vị trí thống lĩnh cần cao hơn 30%, có lẽ ngưỡng thị phần phù hợp hơn có thể là 50% (ví dụ, trường hợp các tòa án tại Châu Âu sử dụng giả định có thể bác bỏ rằng có thị phần trên 50% là thống lĩnh).

Ngưỡng thị phần này vẫn nên là một giả định có thể bác bỏ, do đó, luật cần quy định cơ sở rõ ràng để những doanh nghiệp có thị phần cao hơn ngưỡng giả định còn được chứng minh trên thực tế mình không có vị trí thống lĩnh.

Khuyến nghị 18:

Toàn bộ danh sách hành vi bị cấm của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh nên thống nhất về yếu tố gây hại cho cạnh tranh (ví dụ như, bán hàng hóa, cung cấp dịch vụ rẻ hơn tổng giá thành của hàng hóa nhằm độc quyền loại trừ doanh nghiệp có hiệu quả sản xuất ngang bằng làm gây thiệt hại cho khách hàng).

Khuyến nghị 19:

Cũng cần có quy định “kiểm soát tất cả” (“catch all”) để cấm mọi loại hành vi nào khác có lạm dụng gây hại và nhằm loại trừ đối thủ cạnh tranh đều bị cấm.

Khuyến nghị 20:

Quy định về ngưỡng nộp hồ sơ đăng ký sáp nhập chỉ nên căn cứ vào ngưỡng doanh thu/ doanh số mua và/hoặc giá trị giao dịch sáp nhập.

Khi quyết định cho phép hay không cho phép sáp nhập, không nên căn cứ vào điều kiện là ngưỡng thị phần cụ thể, mà nên căn cứ vào nguy cơ hạn chế cạnh tranh nhiều hay ít của giao dịch sáp nhập đó.

Khuyến nghị 21:

Luật cần quy định yêu cầu các hướng dẫn về công khai vụ việc cạnh tranh ở Việt Nam minh họa cách thức cơ quan cạnh tranh Việt Nam thực thi các điều khoản quy định của pháp luật, và cách tiếp cận được hướng dẫn nên phù hợp với các tiêu chuẩn quản lý sáp nhập quốc tế.

8.4. Thế mạnh và điểm yếu khác về quản lý luật và chính sách cạnh tranh của cơ quan cạnh tranh

Các cơ quan cạnh tranh của Việt Nam đã tiến hành nhiều cuộc điều tra và đưa ra một số ít phán quyết quan trọng về một số vụ việc vi phạm luật pháp cạnh tranh. Cho đến nay mới chỉ có duy nhất một vụ án tố tụng lớn của doanh nghiệp tư nhân

Còn một số điều khoản quy định pháp lý quan trọng có khả năng làm giảm hiệu lực của việc thực thi của cả khu vực công và khu vực tư nhân.

Khuyến nghị 22:

Cần bố trí sắp xếp để: (i) hài hòa hóa các yêu cầu nội dung ở các văn bản luật khác nhau có điều khoản quy định về cạnh tranh, (ii) phân công “tuyên trách nhiệm trực tiếp” về việc cơ quan nào chịu trách nhiệm điều tra, và (iii) đảm bảo chính sách khoan hồng miễn trừ nghĩa vụ với các điều khoản cấm theo luật pháp cạnh tranh trong luật pháp chuyên ngành.

Khuyến nghị 23:

Ngoài ra, Việt Nam cần xem xét chuyển toàn bộ các quy định cấm đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh và kiểm soát sáp nhập sang cho cơ quan cạnh tranh và bỏ các quy định cấm theo Luật Cạnh tranh ở pháp luật chuyên ngành.

Khuyến nghị 24:

Việt Nam cần xem xét quy định cụ thể về việc công nhận việc một phía tư nhân có thể áp dụng biện pháp thi hành Luật Cạnh tranh để được đền bù cho những hậu quả do hành vi vi phạm luật cạnh tranh gây ra, bao gồm cả hai việc sau:

1. Tiếp nối sau khi NCC phát hiện là có vi phạm theo Bộ Luật Dân sự hoặc sau khi truy tố theo Luật Hình sự; và
2. Đơn phương, ngay cả khi các cơ quan thực thi của nhà nước chưa điều tra hoặc chưa tìm ra là đã có vi phạm.

Điều khoản quy định như vậy cũng cần kèm theo một quy định nữa cho phép bên nguyên có khiếu nại hiển nhiên hợp lý (prima face complaint) được tiếp cận chứng cứ.

Khuyến nghị 25:

Cần đặc biệt chú ý đến các đối tượng yêu cầu khoan hồng nhằm đảm bảo họ không bị bất lợi hơn về hành vi gây thiệt hại của cá nhân so với doanh nghiệp quyết không hợp tác, đồng thời không tuyên miễn trừ trách nhiệm dân sự cho họ về những thiệt hại mà hành vi hạn chế cạnh tranh của họ gây ra. Việc phát huy chế độ thực thi tư nhân sẽ góp phần tăng cường hơn nữa hệ thống thực thi pháp luật công lập mạnh mẽ, có hiệu quả mà không làm suy yếu hệ thống.

Khuyến nghị 26:

Việt Nam nên hướng tới quy định để cơ quan cạnh tranh được linh hoạt và tự chủ hơn nữa về cách thức tiến hành các cuộc điều tra, loại thông tin cần tìm, cần sử dụng, và phương pháp phân tích các vấn đề thực thi Luật Cạnh tranh. Khi thông qua luật mới, không nên ràng buộc cứng (hard-wired) những các quy định hiện hành trong Nghị định 116 trong luật chính, và văn bản tương đương Nghị định 116 cần quy định bổ sung quyền hạn chủ động điều tra và phân tích cho cơ quan cạnh tranh. Nếu được, phần quy định nội dung trong Nghị định 116 (ví dụ quy định về cách đi đến kết luận hợp lý về xác định thị trường liên quan) nên được đưa vào văn bản hướng dẫn mô tả chi tiết, không ràng buộc, do cơ quan cạnh tranh phát hành, và không phải là chỉ đạo bắt buộc thực hiện dành cho cơ quan cạnh tranh. Văn bản tương đương Nghị định 116 cần được rà soát định kỳ 5 năm một lần để giảm bớt phần mô tả khi và dần dần trở thành văn bản về án lệ nhằm hướng dẫn việc thực hiện thẩm quyền tự định đoạt.

Khi cần ban hành một nghị định mới tương tự, cần chú ý tham vấn tất cả các bên liên quan (cơ quan cạnh tranh quốc gia, cộng đồng doanh nghiệp, các tổ chức/ hiệp hội người tiêu dùng, người hành nghề luật) để tránh những nội dung không rõ nghĩa như trong nghị định hiện hành.

Khuyến nghị 27:

Nếu Luật Cạnh tranh (hoặc nghị định hướng dẫn thực hiện luật) có quy định về thời hạn ra quyết định của cơ quan quản lý cạnh tranh quốc gia, thì cũng cần bố trí cả “công cụ ngừng đếm giờ” nếu thủ phạm vi phạm không cung cấp thông tin đúng theo thời hạn yêu cầu để phục vụ điều tra đúng theo thời hạn quy định.

Khuyến nghị 28:

Để đấu tranh chống vi phạm, phạm vi áp dụng của Luật Cạnh tranh Việt Nam cần hướng tới mọi hành vi có ảnh hưởng trọng yếu đến thị trường Việt Nam, dù đối tượng doanh nghiệp ở bất cứ đâu hay đi nơi khác để thực hiện hành vi phân cạnh tranh.

8.5. Thế mạnh và điểm yếu về cơ cấu thể chế cho các cơ quan cạnh tranh

Mặc dù đã thực hiện khá nhiều cuộc điều tra và phán quyết được một số vấn đề thực thi quan trọng, song vẫn còn nhiều vấn đề về thể chế gây nhiều bất lợi cho tính hiệu quả của các cơ quan tham gia Luật Cạnh tranh, như sau:

- Việt Nam là một trong số ít quốc gia vẫn còn các cơ quan khác nhau thực hiện điều tra và ra quyết định để thực thi luật cạnh tranh. Chính điều này dẫn tới tình trạng xử lý kép hoặc gây ra những tình huống mà cơ quan điều tra bị quá căng còn cơ quan ra quyết định lại không đủ thông tin điều tra để đi đến phán quyết vụ việc – và cả hai điều này đều có nghĩa là nguồn lực vốn rất hạn hẹp của họ chưa được sử dụng tối ưu.
- Thiếu thẩm quyền tự chủ và tính độc lập dành cho cơ quan cạnh tranh – đặc biệt là ở cấp VCA (hoặc cấp cơ quan điều tra).
- Thiếu nguồn lực và thiếu nhân lực ở các cơ quan cạnh tranh
- Thiếu minh bạch trong quy trình.

Khuyến nghị 29:

Vị thế của NCC là một cơ quan cạnh tranh độc lập với chính phủ và doanh nghiệp cần được quy định ở cấp văn bản Luật. Luật cấm triệt để việc chính phủ chỉ đạo khi nào thì mở điều tra, cách thức tiến hành điều tra và đầu ra của các biện pháp thực thi. Có thể triển khai nghiên cứu thị trường theo yêu cầu của chính phủ, song chính phủ không nên được quyền chỉ đạo kết quả và chỉ đạo khuyến nghị trong nghiên cứu do NCC thực hiện. Các điều khoản về những yêu cầu như vậy đều phải công khai và đảm bảo minh bạch.

NCC cần chịu trách nhiệm giải trình trực tiếp trước Quốc hội, thông qua việc quy định nghĩa vụ của lãnh đạo NCC đến Quốc hội điều trần mỗi năm một lần và nghĩa vụ phúc đáp các câu hỏi bằng văn bản hoặc bằng lời.

Về bản chất, NCC nên theo mô hình tập thể lãnh đạo ra quyết định (collegial) và có một vài vị trí Ủy viên cao cấp (Cao Ủy) phụ trách chuyên môn với bề dày kinh nghiệm trong nhiều lĩnh vực kinh doanh, kinh tế và pháp luật. Việt Nam có thể lựa chọn đi theo kinh nghiệm của Thái Lan và một số quốc gia thành viên của OECD (như Mê-hi-cô) về “quy trình tuyển chọn công chức” nhằm đảm bảo các vị trí Cao Ủy có đủ những năng lực kiến thức và kinh nghiệm cần thiết, và đảm bảo quy trình minh bạch và dựa trên cơ sở năng lực.

Việc bổ nhiệm các vị trí Cao Ủy (Commissioner) cần có cơ quan nhà nước tham gia vì cần lấy ý kiến đồng thuận đa số (ví dụ: Quốc hội).

Mặc dù có thể chấp nhận một số ít Cao Ủy làm việc bán thời gian để đóng góp chuyên môn cụ thể, song phần lớn các vị trí Cao Ủy vẫn nên làm việc toàn thời gian, có nhiệm kỳ cố định và thời hạn nhiệm kỳ cần đủ dài để phát triển kỹ năng và dài hơn nhiệm kỳ cơ quan lập pháp của Quốc hội nhằm tách biệt hơn nữa khỏi quy trình chính trị.

Các Cao Ủy chỉ nên bị bãi nhiệm vì một số ít lý do được quy định rõ trong luật pháp. Điều này sẽ mang lại mức độ an ninh pháp luật cao hơn, tính khách quan cao hơn và giảm ảnh hưởng có tính chất chính trị đối với cơ quan này.

Không nên cho phép tái nhiệm hoặc nên quy định giới hạn số nhiệm kỳ, ví dụ khả năng chỉ được gia hạn thêm một nhiệm kỳ, vì khả năng tái nhiệm có thể làm thay đổi động cơ cũng như tính độc lập của các Cao Ủy.

Cao Ủy không nên phụng sự lâu hơn nhiệm kỳ của mình, và cần có quy tắc cụ thể về việc chính phủ có nghĩa vụ bổ nhiệm thành viên mới làm việc trong một khoảng thời gian khi vị trí Cao Ủy còn trống. Việc đảm bảo có đủ đội ngũ Cao Ủy làm việc theo nhiệm kỳ cố định giúp duy trì sự độc lập và tính năng ra quyết định của cơ quan cạnh tranh.

Cao Ủy nên làm việc theo nhiệm kỳ so le nhau để luôn có Cao Ủy kinh nghiệm trong Ban lãnh đạo. Cách thức này giúp giữ lại kinh nghiệm và phát huy được tính nhất quán trong việc ra quyết định và tính vững vàng về mặt pháp lý.

Khuyến nghị 30:

Trên thực tiễn, NCC cần được chu cấp đủ ngân sách và nhân lực để có thể thực thi hiệu quả các quy định về cạnh tranh trong Luật Cạnh tranh. Điều này có nghĩa là cần tăng mức ngân sách trước đây được phân bổ cho VCCA và VCC lên nhiều, để các cơ quan này thực hiện hiệu quả những chức năng hiện có, hình thành và mức tăng phải tỉ lệ với các nhiệm vụ mới sau đây:

1. Đánh giá sáp nhập dùng phương pháp kiểm tra cạnh tranh;
2. Góp ý kiến và cố vấn về thiết kế chương trình cổ phần hóa (theo gợi ý phần trên); và
3. Thực hiện đánh giá cạnh tranh đối với các quy phạm hiện hành và quy phạm mới (theo gợi ý phần trên)

Tính độc lập từ việc phân bổ ngân sách cần được tăng cường hơn nữa nhằm đảm bảo nguồn lực đầy đủ và ổn định. Một giải pháp khả thi là ngân sách của NCC do Quốc hội quyết định sau khi nghe Chủ tịch NCC trình bày đề xuất kế hoạch ngân sách. Cơ chế này sẽ cho phép NCC báo cáo về tình hình ngân sách NCC trực tiếp cho Quốc hội mà không báo cáo cho Bộ ngành. Nếu cơ quan hành pháp thấy yêu cầu ngân sách của NCC là quá nhiều, cơ quan hành pháp sẽ cần đưa ý kiến của mình lên Quốc hội thay vì đơn phương cắt giảm ngân sách đề xuất của NCC. Cơ chế này cũng sẽ giúp nâng cao thêm tầm vóc của NCC.

Khi ngân sách được duyệt, NCC cần có đủ quyền tự chủ về cách sử dụng ngân sách của mình.

NCC cần có đội ngũ nhân sự đủ và hợp lý về số lượng và năng lực và có thẩm quyền tự chủ tuyển dụng ai, khi nào, theo điều kiện việc làm, lương, và lợi ích khác, bao gồm việc phát triển về sự nghiệp, trong quá trình quản lý ngân sách riêng của cơ quan này. Cần ghi nhận rõ nhu cầu thu hút và giữ chân nhân sự phù hợp có năng lực kinh tế và pháp luật để xử lý các vụ việc và đưa ra các khuyến nghị có đầy đủ cơ sở của NCC. Quy trình tuyển dụng không nên bị vấp phải những hạn chế không hợp lý như thi tuyển công chức hoặc tuân thủ theo biên chế công chức. Ban thư ký có tiềm lực mạnh sẽ đạt được hiệu quả và hiệu suất cao. Thang bậc lương cho cán bộ NCC cần phản ánh được (a) công việc chuyên ngành sâu, chuyên môn cao; và (b) NCC cạnh tranh với các công ty luật hoặc công ty tư vấn khác để giữ chân nhân sự chất lượng cao.

Khuyến nghị 31:

Cần thiết lập chốt kiểm soát và cân bằng vào hoạt động chức năng của NCC, như hội đồng bình duyệt/ đánh giá đồng cấp, ý kiến của trường các bộ phận về pháp lý, kinh tế, hoặc cấp tương đương.

Khuyến nghị 32:

Sổ tay quy trình nội bộ bắt buộc, gồm quy trình xử lý vụ việc, sẽ rất hữu ích. Biện pháp này có thể tăng cường uy tín, và giúp giảm lỗi quy trình. Đồng thời, sổ tay giúp giảm tác động của việc thay đổi nhân sự liên tục vì đã có sẵn quy trình rõ ràng để tất cả nhân sự thực hiện theo.

Khuyến nghị 33:

NCC nên có thẩm quyền công bố tài liệu hướng dẫn, tạo sự chắc chắn về pháp lý cho cộng đồng doanh nghiệp về cách thức NCC vận dụng các quy định về thủ tục và nội dung trong Luật Cạnh tranh. Các tài liệu công bố cần được tham vấn rộng rãi với công chúng và công khai mời ý kiến góp ý của quốc tế bằng cách công bố bản tiếng Anh để lấy ý kiến ở giai đoạn tham vấn.

Khuyến nghị 34:

NCC cần công bố toàn bộ các quyết định/ phán quyết của NCC, đồng thời vẫn đảm bảo yêu cầu bảo mật và bảo vệ bí mật kinh doanh.

Khuyến nghị 35:

Báo cáo thường niên phải là yêu cầu bắt buộc và phải được công khai rộng rãi.

8.6. Thế mạnh và điểm yếu khác về phúc thẩm các vụ việc theo Luật Cạnh tranh

Tòa án đã tham gia vai trò kiểm soát và cân bằng trong việc phúc thẩm các vụ việc Luật Cạnh tranh.

Tuy nhiên, dường như việc làm thế nào tòa Luật Cạnh tranh có thể đóng góp tối ưu cho việc thực thi Luật Cạnh tranh chưa được chú trọng quan tâm đầy đủ. Cần xem xét thêm về việc tòa án nào cần có thẩm quyền tài phán, làm thế nào để đào tạo cho thẩm phán về khái niệm chuyên ngành trong Luật Cạnh tranh, và làm thế nào để đảm bảo được các vụ việc được xét xử bởi các thẩm phán đã qua đào tạo về chuyên môn liên quan.

Khuyến nghị 36:

Chính phủ Việt Nam cần xem xét sẽ giao thẩm quyền xét xử sơ thẩm kháng cáo cho tòa án nào, biết rằng Luật Cạnh tranh là một lĩnh vực luật pháp chuyên ngành và khá phức tạp mà nặng về kinh tế.

Bất cứ tòa án nào được trao thẩm quyền xét xử các vụ kháng án theo Luật Cạnh tranh, thì Chính phủ Việt Nam đều cần đảm bảo đội ngũ thẩm phán sẽ nghe điều trần các vụ việc có liên quan phải được hỗ trợ tài chính, và các hình thức hỗ trợ khác để được tập huấn trong nước và/hoặc ở nước ngoài về cách thức vận dụng các luật này – như tham gia các hội thảo tập huấn dành cho thẩm phán của OECD.

PHỤ LỤC I – Ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện

STT.	NGÀNH, NGHỀ
1.	Sản xuất con dấu
2.	Kinh doanh công cụ hỗ trợ (bao gồm cả sửa chữa)
3.	Kinh doanh các loại pháo, trư ^u phai ^o n ^ô
4.	Kinh doanh thiết bị, phần mềm nguy ^u trang d ^u ng đ ^ê u ghi âm, ghi hình, định vị
5.	Kinh doanh súng bắn sơn
6.	Kinh doanh quân trang, quân dụng cho lực lượng vũ trang, vũ khí quân dụng, trang thiết bị, kỹ thuật, khí tài, phương tiện chuyên dùng quân sự, công an; linh kiện, bộ phận, phụ tùng, vật tư và trang thiết bị đặc chủng, công nghệ chuyên dùng chế tạo chúng
7.	Kinh doanh dịch vụ cầm đồ
8.	Kinh doanh dịch vụ xoa bóp
9.	Kinh doanh thiết bị phát tín hiệu của xe được quyền ưu tiên
10.	Kinh doanh dịch vụ đòi nợ
11.	Kinh doanh dịch vụ bảo vệ
12.	Kinh doanh dịch vụ phòng cháy, chữa cháy
13.	Hành nghề luật sư
14.	Hành nghề công chứng
15.	Hành nghề giám định tư pháp trong các lĩnh vực tài chính, ngân hàng, xây dựng, cổ vật, di vật, bản quyền tác giả
16.	Hành nghề đấu giá tài sản
17.	Hoạt động dịch vụ của tổ chức trọng tài thương mại
18.	Hành nghề thừa phát lại
19.	Hành nghề quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã trong quá trình giải quyết phá sản
20.	Kinh doanh dịch vụ kế toán
21.	Kinh doanh dịch vụ kiểm toán
22.	Kinh doanh dịch vụ làm thủ tục về thuế
23.	Kinh doanh dịch vụ làm thủ tục hải quan
24.	Kinh doanh hàng miễn thuế
25.	Kinh doanh kho ngoại quan, địa điểm thu gom hàng lẻ
26.	Kinh doanh địa điểm làm thủ tục hải quan, tập kết, kiểm tra, giám sát hải quan
27.	Kinh doanh chứng khoán
28.	Kinh doanh dịch vụ đăng ký, lưu ký, bù trừ và thanh toán chứng khoán của Trung tâm lưu ký chứng khoán/ Tổ chức thị trường giao dịch chứng khoán niêm yết và các loại chứng khoán khác
29.	Kinh doanh bảo hiểm
30.	Kinh doanh tái bảo hiểm
31.	Môi giới bảo hiểm
32.	Đại lý bảo hiểm
33.	Kinh doanh dịch vụ thẩm định giá
34.	Kinh doanh xổ số

STT.	NGÀNH, NGHỀ
35.	Kinh doanh trò chơi điện tử có thưởng dành cho người nước ngoài
36.	Kinh doanh dịch vụ mua bán nợ
37.	Kinh doanh dịch vụ xếp hạng tín nhiệm
38.	Kinh doanh casino
39.	Kinh doanh đặt cược
40.	Kinh doanh dịch vụ quản lý quỹ hưu trí tự nguyện
41.	Kinh doanh xăng dầu
42.	Kinh doanh khí
43.	Sản xuất, sửa chữa chai chứa khí dầu mỏ hóa lỏng (chai LPG)
44.	Kinh doanh dịch vụ giám định thương mại
45.	Kinh doanh vật liệu nổ công nghiệp (bao gồm cả hoạt động tiêu hủy)
46.	Kinh doanh tiền chất thuốc nổ
47.	Kinh doanh ngành, nghề có sử dụng vật liệu nổ công nghiệp và tiền chất thuốc nổ
48.	Kinh doanh dịch vụ nổ mìn
49.	Kinh doanh hóa chất trừ hóa chất bị cấm theo Công ước Quốc tế về cấm phát triển, sản xuất, tàng trữ, sử dụng và phá hủy vũ khí hóa học
50.	Kinh doanh rượu
51.	Kinh doanh sản phẩm thuốc lá, nguyên liệu thuốc lá, máy móc thiết bị thuộc chuyên ngành thuốc lá
52.	Kinh doanh thực phẩm thuộc lĩnh vực quản lý chuyên ngành của Bộ Công thương
53.	Hoạt động Sở giao dịch hàng hóa
54.	Hoạt động phát điện, truyền tải, phân phối, bán buôn, bán lẻ, xuất, nhập khẩu điện, tư vấn chuyên ngành điện lực
55.	Xuất khẩu gạo
56.	Kinh doanh tạm nhập, tái xuất hàng hóa có thuế tiêu thụ đặc biệt
57.	Kinh doanh tạm nhập, tái xuất hàng thực phẩm đông lạnh
58.	Kinh doanh tạm nhập, tái xuất hàng hóa thuộc Danh mục hàng hóa đã qua sử dụng
59.	Nhượng quyền thương mại
60.	Kinh doanh dịch vụ Lô-gi-s-tíc
61.	Kinh doanh khoáng sản
62.	Kinh doanh tiền chất công nghiệp
63.	Hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến hoạt động mua bán hàng hóa của nhà đầu tư nước ngoài, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài
64.	Kinh doanh theo phương thức bán hàng đa cấp
65.	Hoạt động thương mại điện tử
66.	Hoạt động dầu khí
67.	Kiểm toán năng lượng
68.	Hoạt động giáo dục nghề nghiệp
69.	Kiểm định chất lượng giáo dục nghề nghiệp
70.	Kinh doanh dịch vụ đánh giá kỹ năng nghề
71.	Kinh doanh dịch vụ kiểm định kỹ thuật an toàn lao động
72.	Kinh doanh dịch vụ huấn luyện an toàn lao động, vệ sinh lao động
73.	Kinh doanh dịch vụ việc làm
74.	Kinh doanh dịch vụ đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài

STT.	NGÀNH, NGHỀ
75.	Kinh doanh dịch vụ cai nghiện ma túy tự nguyện
76.	Kinh doanh dịch vụ cho thuê lại lao động
77.	Kinh doanh vận tải đường bộ
78.	Kinh doanh dịch vụ bảo hành, bảo dưỡng xe ô tô
79.	Sản xuất, lắp ráp, nhập khẩu xe ô tô
80.	Kinh doanh dịch vụ kiểm định xe cơ giới
81.	Kinh doanh dịch vụ đào tạo lái xe ô tô
82.	Kinh doanh dịch vụ đào tạo thẩm tra viên an toàn giao thông
83.	Kinh doanh dịch vụ sát hạch lái xe
84.	Kinh doanh dịch vụ thẩm tra an toàn giao thông
85.	Kinh doanh vận tải đường thủy
86.	Kinh doanh dịch vụ đóng mới, hoán cải, sửa chữa, phục hồi phương tiện thủy nội địa
87.	Kinh doanh dịch vụ đào tạo thuyền viên và người lái phương tiện thủy nội địa
88.	Đào tạo, huấn luyện thuyền viên hàng hải và tổ chức tuyển dụng, cung ứng thuyền viên hàng hải
89.	Kinh doanh dịch vụ bảo đảm an toàn hàng hải
90.	Kinh doanh vận tải biển, dịch vụ đại lý tàu biển
91.	Kinh doanh dịch vụ lai dắt tàu biển
92.	Nhập khẩu, phá dỡ tàu biển đã qua sử dụng
93.	Kinh doanh dịch vụ đóng mới, hoán cải, sửa chữa tàu biển
94.	Kinh doanh khai thác cảng biển
95.	Kinh doanh vận tải hàng không
96.	Kinh doanh dịch vụ thiết kế, sản xuất, bảo dưỡng hoặc thử nghiệm tàu bay, động cơ tàu bay, cánh quạt tàu bay và trang bị, thiết bị tàu bay tại Việt Nam
97.	Kinh doanh cảng hàng không, sân bay
98.	Kinh doanh dịch vụ hàng không tại cảng hàng không, sân bay
99.	Kinh doanh dịch vụ bảo đảm hoạt động bay
100.	Kinh doanh dịch vụ đào tạo, huấn luyện nghiệp vụ nhân viên hàng không
101.	Kinh doanh vận tải đường sắt
102.	Kinh doanh kết cấu hạ tầng đường sắt
103.	Kinh doanh đường sắt đô thị
104.	Kinh doanh dịch vụ vận tải đa phương thức
105.	Kinh doanh dịch vụ vận chuyển hàng nguy hiểm
106.	Kinh doanh vận tải đường ống
107.	Kinh doanh bất động sản
108.	Kinh doanh dịch vụ đào tạo, bồi dưỡng kiến thức về môi giới bất động sản, điều hành sàn giao dịch bất động sản
109.	Kinh doanh dịch vụ đào tạo, bồi dưỡng kiến thức chuyên môn, nghiệp vụ quản lý vận hành nhà chung cư
110.	Kinh doanh dịch vụ tư vấn quản lý dự án đầu tư xây dựng
111.	Kinh doanh dịch vụ khảo sát xây dựng
112.	Kinh doanh dịch vụ tổ chức thiết kế, thẩm tra thiết kế xây dựng
113.	Kinh doanh dịch vụ tư vấn giám sát thi công xây dựng công trình
114.	Kinh doanh dịch vụ thi công xây dựng công trình

STT.	NGÀNH, NGHỀ
115.	Hoạt động xây dựng của nhà thầu nước ngoài
116.	Kinh doanh dịch vụ quản lý chi phí đầu tư xây dựng
117.	Kinh doanh dịch vụ kiểm định chất lượng công trình xây dựng
118.	Kinh doanh dịch vụ thí nghiệm chuyên ngành xây dựng
119.	Kinh doanh dịch vụ quản lý, vận hành nhà chung cư
120.	Kinh doanh dịch vụ quản lý, vận hành cơ sở hỏa táng
121.	Kinh doanh dịch vụ lập thiết kế quy hoạch xây dựng
122.	Kinh doanh dịch vụ tư vấn lập quy hoạch đô thị do tổ chức, cá nhân nước ngoài thực hiện
123.	Kinh doanh sản phẩm amiang trắng thuộc nhóm Serpentine
124.	Kinh doanh dịch vụ bưu chính
125.	Kinh doanh dịch vụ viễn thông
126.	Kinh doanh dịch vụ chứng thực chữ ký số
127.	Hoạt động của nhà xuất bản
128.	Kinh doanh dịch vụ in, trừ in bao bì
129.	Kinh doanh dịch vụ phát hành xuất bản phẩm
130.	Kinh doanh dịch vụ mạng xã hội
131.	Kinh doanh trò chơi trên mạng viễn thông, mạng Internet
132.	Kinh doanh dịch vụ phát thanh, truyền hình trả tiền
133.	Kinh doanh dịch vụ thiết lập trang thông tin điện tử tổng hợp
134.	Dịch vụ gia công, tái chế, sửa chữa, làm mới sản phẩm công nghệ thông tin đã qua sử dụng thuộc danh mục sản phẩm công nghệ thông tin đã qua sử dụng cấm nhập khẩu cho đối tác nước ngoài
135.	Kinh doanh dịch vụ nội dung thông tin trên mạng viễn thông di động, mạng Internet
136.	Kinh doanh dịch vụ đăng ký, duy trì tên miền ".vn"
137.	Kinh doanh sản phẩm và dịch vụ an toàn thông tin mạng
138.	Kinh doanh sản phẩm, dịch vụ mật mã dân sự
139.	Kinh doanh các thiết bị gây nhiễu, phá sóng thông tin di động
140.	Hoạt động của cơ sở giáo dục mầm non
141.	Hoạt động của cơ sở giáo dục phổ thông
142.	Hoạt động của cơ sở giáo dục đại học
143.	Hoạt động của cơ sở giáo dục có vốn đầu tư nước ngoài, văn phòng đại diện giáo dục nước ngoài tại Việt Nam, phân hiệu cơ sở giáo dục có vốn đầu tư nước ngoài
144.	Hoạt động của cơ sở giáo dục thường xuyên
145.	Hoạt động của các trường chuyên biệt
146.	Hoạt động liên kết đào tạo với nước ngoài
147.	Kiểm định chất lượng giáo dục
148.	Kinh doanh dịch vụ tư vấn du học
149.	Khai thác thủy sản
150.	Kinh doanh thủy sản
151.	Kinh doanh thức ăn thủy sản, thức ăn chăn nuôi
152.	Kinh doanh dịch vụ khảo nghiệm thức ăn thủy sản, thức ăn chăn nuôi
153.	Kinh doanh chế phẩm sinh học, vi sinh vật, hóa chất, chất xử lý cải tạo môi trường trong nuôi trồng thủy sản
154.	Kinh doanh đóng mới, cải hoán tàu cá

STT.	NGÀNH, NGHỀ
155.	Nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng, trồng cấy nhân tạo các loài động vật, thực vật hoang dã theo Phụ lục của Công ước CITES
156.	Nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng, trồng cấy nhân tạo các loài động vật, thực vật hoang dã, nguy cấp, quý, hiếm không quy định tại các Phụ lục của Công ước CITES
157.	Nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng động vật hoang dã thông thường
158.	Xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu, quá cảnh và nhập nội từ biển mẫu vật từ tự nhiên quy định tại các Phụ lục của Công ước CITES
159.	Xuất khẩu, nhập khẩu, tái xuất khẩu mẫu vật nuôi sinh sản, nuôi sinh trưởng, trồng cấy nhân tạo quy định tại các Phụ lục của Công ước CITES
160.	Kinh doanh thực vật rừng, động vật rừng hạn chế khai thác, sử dụng vì mục đích thương mại
161.	Kinh doanh thuốc bảo vệ thực vật
162.	Kinh doanh dịch vụ xử lý vật thể thuộc diện kiểm dịch thực vật
163.	Kinh doanh dịch vụ khảo nghiệm thuốc bảo vệ thực vật
164.	Kinh doanh dịch vụ bảo vệ thực vật
165.	Kinh doanh thuốc thú y, chế phẩm sinh học, vắc xin, vi sinh vật, hóa chất dùng trong thú y
166.	Kinh doanh dịch vụ kỹ thuật về thú y
167.	Kinh doanh dịch vụ xét nghiệm, phẫu thuật động vật
168.	Kinh doanh dịch vụ tiêm phòng, chẩn đoán bệnh, kê đơn, chữa bệnh, chăm sóc sức khỏe động vật
169.	Kinh doanh dịch vụ thử nghiệm, khảo nghiệm thuốc thú y (bao gồm thuốc thú y, thuốc thú y thủy sản, vắc xin, chế phẩm sinh học, vi sinh vật, hóa chất dùng trong thú y, thú y thủy sản)
170.	Kinh doanh chăn nuôi tập trung
171.	Kinh doanh cơ sở giết mổ gia súc, gia cầm
172.	Kinh doanh thực phẩm thuộc lĩnh vực quản lý chuyên ngành của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn
173.	Kinh doanh dịch vụ cách ly kiểm dịch động vật, sản phẩm động vật
174.	Kinh doanh phân bón
175.	Kinh doanh dịch vụ khảo nghiệm phân bón
176.	Kinh doanh giống cây trồng, giống vật nuôi
177.	Kinh doanh giống thủy sản
178.	Kinh doanh dịch vụ khảo nghiệm giống cây trồng, giống vật nuôi
179.	Kinh doanh dịch vụ khảo nghiệm giống thủy sản
180.	Kinh doanh dịch vụ thử nghiệm, khảo nghiệm chế phẩm sinh học, vi sinh vật, hóa chất, chất xử lý cải tạo môi trường trong nuôi trồng thủy sản
181.	Kinh doanh sản phẩm biến đổi gen
182.	Kinh doanh dịch vụ khám bệnh, chữa bệnh
183.	Kinh doanh dịch vụ xét nghiệm HIV
184.	Kinh doanh dịch vụ ngân hàng mô
185.	Kinh doanh dịch vụ hỗ trợ sinh sản, lưu giữ tinh trùng, lưu giữ phôi
186.	Kinh doanh dịch vụ xét nghiệm vi sinh vật gây bệnh truyền nhiễm
187.	Kinh doanh dịch vụ tiêm chủng
188.	Kinh doanh dịch vụ điều trị nghiện chất dạng thuốc phiện bằng thuốc thay thế
189.	Kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ
190.	Kinh doanh dịch vụ thực hiện kỹ thuật mang thai hộ


STT.	NGÀNH, NGHỀ
191.	Kinh doanh dược
192.	Sản xuất mỹ phẩm
193.	Kinh doanh hóa chất, chế phẩm diệt côn trùng, diệt khuẩn dùng trong lĩnh vực gia dụng y tế
194.	Kinh doanh thực phẩm thuộc lĩnh vực quản lý chuyên ngành của Bộ Y tế
195.	Kinh doanh trang thiết bị y tế
196.	Hoạt động của cơ sở phân loại trang thiết bị y tế
197.	Kinh doanh dịch vụ kiểm định trang thiết bị y tế
198.	Kinh doanh dịch vụ giám định về sở hữu trí tuệ (bao gồm: giám định về quyền tác giả và quyền liên quan, giám định sở hữu công nghiệp và giám định về quyền đối với giống cây trồng)
199.	Kinh doanh dịch vụ tiến hành công việc bức xạ
200.	Kinh doanh dịch vụ hỗ trợ ứng dụng năng lượng nguyên tử
201.	Kinh doanh dịch vụ đánh giá sự phù hợp
202.	Kinh doanh dịch vụ kiểm định, hiệu chuẩn, thử nghiệm phương tiện đo, chuẩn đo lường
203.	Sản xuất mũ bảo hiểm cho người đi mô tô, xe máy
204.	Kinh doanh dịch vụ đánh giá, định giá và giám định công nghệ
205.	Kinh doanh dịch vụ đại diện quyền sở hữu trí tuệ
206.	Kinh doanh dịch vụ sản xuất, phát hành và phân phối biên phim
207.	Kinh doanh dịch vụ giám định cổ vật
208.	Kinh doanh dịch vụ lập quy hoạch dự án hoặc tổ chức thi công, giám sát thi công dự án bảo quản, tu bổ và phục hồi di tích
209.	Kinh doanh dịch vụ karaoke, vũ trường
210.	Kinh doanh dịch vụ lễ hành
211.	Kinh doanh hoạt động thể thao của doanh nghiệp thể thao, câu lạc bộ thể thao chuyên nghiệp
212.	Kinh doanh dịch vụ biểu diễn nghệ thuật, trình diễn thời trang, tổ chức thi người đẹp, người mẫu
213.	Kinh doanh bản ghi âm, ghi hình ca múa nhạc, sân khấu
214.	Kinh doanh dịch vụ lưu trú
215.	Kinh doanh dịch vụ giới thiệu sản phẩm quảng cáo đến công chúng
216.	Mua bán di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia
217.	Xuất khẩu di vật, cổ vật không thuộc sở hữu nhà nước, sở hữu của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị-xã hội; nhập khẩu hàng hóa văn hóa thuộc diện quản lý chuyên ngành của Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch
218.	Kinh doanh dịch vụ bảo tàng
219.	Kinh doanh trò chơi điện tử (trừ kinh doanh trò chơi điện tử có thưởng dành cho người nước ngoài và kinh doanh trò chơi điện tử có thưởng trên mạng)
220.	Kinh doanh dịch vụ tư vấn điều tra, đánh giá đất đai
221.	Kinh doanh dịch vụ về lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất
222.	Kinh doanh dịch vụ xây dựng hạ tầng kỹ thuật công nghệ thông tin, xây dựng phần mềm của hệ thống thông tin đất đai
223.	Kinh doanh dịch vụ xây dựng cơ sở dữ liệu đất đai
224.	Kinh doanh dịch vụ xác định giá đất
225.	Kinh doanh dịch vụ đo đạc và bản đồ
226.	Kinh doanh dịch vụ dự báo, cảnh báo khí tượng thủy văn
227.	Kinh doanh dịch vụ khoan nước dưới đất, thăm dò nước dưới đất

STT.	NGÀNH, NGHỀ
228.	Kinh doanh dịch vụ khai thác, sử dụng tài nguyên nước, xả nước thải vào nguồn nước
229.	Kinh doanh dịch vụ điều tra cơ bản, tư vấn lập quy hoạch, đề án, báo cáo tài nguyên nước
230.	Kinh doanh dịch vụ thăm dò khoáng sản
231.	Khai thác khoáng sản
232.	Kinh doanh dịch vụ vận chuyển, xử lý chất thải nguy hại
233.	Nhập khẩu phế liệu
234.	Kinh doanh dịch vụ quan trắc môi trường
235.	Kinh doanh chế phẩm sinh học trong xử lý chất thải
236.	Hoạt động kinh doanh của các ngân hàng thương mại
237.	Hoạt động kinh doanh của các tổ chức tín dụng phi ngân hàng
238.	Hoạt động kinh doanh của ngân hàng hợp tác xã, quỹ tín dụng nhân dân, tổ chức tài chính vi mô
239.	Cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán
240.	Cung ứng dịch vụ thông tin tín dụng
241.	Hoạt động ngoại hối của tổ chức không phải là tổ chức tín dụng
242.	Kinh doanh vàng
243.	Hoạt động in, đúc tiền

PHỤ LỤC II – Tài Liệu về Đánh giá cạnh tranh của OECD

Bảng kiểm sau đây tóm tắt các Nguyên tắc hướng dẫn cách một số hình thức quy định cấm có hại cho cạnh tranh. Đây cũng là những Nguyên tắc hỗ trợ xác định phương án thay thế, giảm tác động tiêu cực mà vẫn đạt được mục tiêu chính sách.

Hình 2. Bảng kiểm cạnh tranh

BẢNG KIỂM ĐÁNH GIÁ CẠNH TRANH 	
Cần thực hiện đánh giá cạnh tranh nếu quy định của pháp luật gây ra bất cứ tác động nào sau đây:	
<p>A</p> <p>Hạn chế số lượng hoặc thành phần bên cung ứng</p> <p>Trường hợp cần đánh giá cạnh tranh nếu quy định có:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> A1 Trao quyền độc quyền cho một bên cung ứng được cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ <input type="checkbox"/> A2 Xác lập yêu cầu đăng ký, cấp phép hoặc quy trình ủy quyền làm điều kiện hoạt động <input type="checkbox"/> A3 Hạn chế khả năng của một số bên cung cấp tham gia cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ <input type="checkbox"/> A4 Tăng đáng kể chi phí gia nhập hoặc ra khỏi thị trường của bên cung cấp <input type="checkbox"/> A5 Tạo rào cản địa lý đối với khả năng cung cấp hàng hóa, dịch vụ, hoặc lao động, hoặc đầu tư vốn của doanh nghiệp 	<p>B</p> <p>Hạn chế khả năng cạnh tranh của bên cung ứng</p> <p>Trường hợp cần đánh giá cạnh tranh nếu quy định có:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> B1 Hạn chế khả năng xác lập giá hàng hóa hoặc dịch vụ của mình <input type="checkbox"/> B2 Hạn chế tự do quảng cáo hoặc tiếp thị hàng hóa, dịch vụ của bên cung cấp <input type="checkbox"/> B3 Đặt ra tiêu chuẩn chất lượng sản phẩm khiến một số nhà cung cấp có lợi hơn nhà cung cấp khác hoặc tiêu chuẩn cao hơn mức lựa chọn của khách hàng khi có đủ thông tin <input type="checkbox"/> B4 Tăng đáng kể giá thành của một số nhà cung cấp so với các nhà cung cấp khác (cụ thể qua phân biệt đối xử doanh nghiệp đang hoạt động với doanh nghiệp mới gia nhập)

C

Hạn chế ưu đãi khuyến khích nhà cung cấp cạnh tranh

Trường hợp cần đánh giá cạnh tranh nếu quy định:

- C1 Tạo ra cơ chế tự quản lý hoặc đồng quản lý
- C2 Yêu cầu hoặc khuyến khích công khai thông tin về sản lượng, giá cả, doanh số hoặc chi phí của nhà cung cấp
- C3 Miễn trừ hoạt động của một ngành hoặc nhóm nhà cung cấp cụ thể khỏi phạm vi điều chỉnh của luật pháp cạnh tranh nói chung

D

Hạn chế lựa chọn và thông tin cho người tiêu dùng

Trường hợp cần đánh giá cạnh tranh nếu quy định:

- D1 Hạn chế khả năng người tiêu dùng ra quyết định sẽ mua của ai
- D2 Giảm khả năng linh hoạt của người tiêu dùng lựa chọn nhà cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ bằng cách tăng chi phí chung hoặc chi phí cụ thể do thay đổi nhà cung cấp
- D3 Thay đổi căn bản thông tin mà người mua yêu cầu để mua hàng hiệu quả

Nguồn: Bộ Công Cụ Đánh Giá Cạnhtranh, Quyển 1. Nguyên tắc đánh giá

Tài liệu Hướng dẫn Đánh giá Cạnh tranh cung cấp chi tiết công cụ lý thuyết để thực hiện đánh giá. Ví dụ, tài liệu này hướng dẫn rõ các văn bản quy phạm khác nhau ảnh hưởng như thế nào đến cấp độ hành vi của các thành phần tham gia thị trường để có được sức mạnh thị trường, các văn bản quy phạm khác nhau ảnh hưởng như thế nào đến rào cản gia **nhập (hoặc rút khỏi) thị trường, các văn bản quy phạm khác nhau có tác động cản trở đổi mới sáng tạo, hiệu suất hoạt động như thế nào.**

Tài liệu Hướng dẫn Đánh giá Cạnh tranh cũng hướng dẫn cụ thể về các loại mục tiêu chính sách khác nhau mà các văn bản quy phạm thường được thiết kế nhằm hoàn thành được các mục tiêu đó, cung cấp các ví dụ thực tiễn và tình huống nghiên cứu giả tưởng về cách thiết kế một số loại văn bản quy phạm để hoàn thành tốt nhất các mục tiêu chính sách này đồng thời giảm tác hại hạn chế cạnh tranh.

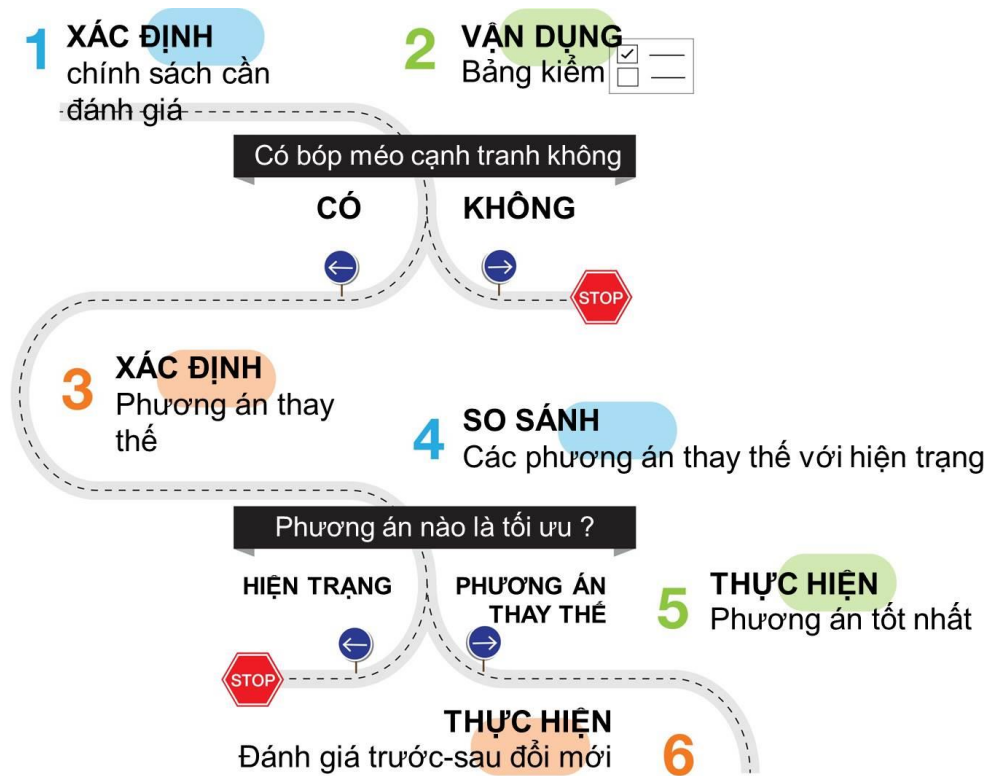
Cuốn Cẩm nang thực hành Đánh giá Cạnh tranh nêu các bước thực hành thiết kế và tiến hành đánh giá. Ví dụ, Cẩm nang trao đổi cụ thể lý do vì sao và cách thức vận dụng đánh giá cạnh tranh với:

- Đề xuất quy phạm mới;
- Thực hiện nghiên cứu thị trường trọng điểm/ tập trung của những lĩnh vực ngành nghề được xác định là bị thiếu cạnh tranh;
- Đánh giá ngành, trong đó các quy định đối với một lĩnh vực kinh tế quan trọng đang được đánh giá không phải vì nghi ngờ có vấn đề về cạnh

tranh, mà vì tầm quan trọng của ngành đó nên ưu tiên xem xét để đảm bảo quy định của ngành đạt hiệu quả.

Cẩm nang nêu quy trình các bước thực hiện đánh giá, như sau:

Hình 3. Các bước trong Đánh giá cạnh tranh



Nguồn: Bộ Công Cụ Đánh Giá Cạnhtranh, Quyển 1. Nguyên tắc đánh giá

PHỤ LỤC III – Bộ Luật Hình sự

Điều 217. Tội vi phạm quy định về cạnh tranh

Người nào trực tiếp tham gia hoặc thực hiện các hành vi vi phạm quy định về cạnh tranh thuộc một trong các trường hợp sau đây, thu lợi bất chính từ 500.000.000 đồng đến dưới 3.000.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại cho người khác từ 1.000.000.000 đồng đến dưới 5.000.000.000 đồng, thì bị phạt tiền từ 200.000.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm:

1. Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh;
2. Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận;
3. Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh khi các bên tham gia thỏa thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan 30% trở lên thuộc một trong các trường hợp: thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; thỏa thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, nguồn cung dịch vụ; thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua bán hàng hóa, dịch vụ; thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.

Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 05 năm:

1. Phạm tội 02 lần trở lên;
2. Dùng thủ đoạn tinh vi, xảo quyệt;
3. Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường hoặc vị trí độc quyền thị trường;
4. Thu lợi bất chính 5.000.000.000 đồng trở lên;

5. Gây thiệt hại cho người khác 3.000.000.000 đồng trở lên.

Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm.

Pháp nhân phạm tội quy định tại Điều này, thì bị phạt như sau:

1. Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này, thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.000 đồng;
2. Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này, thì bị phạt tiền từ 3.000.000.000 đồng đến 5.000.000.000 đồng hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 06 tháng đến 02 năm;
3. Pháp nhân còn có thể bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 500.000.000 đồng, cấm kinh doanh, hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn từ 01 năm đến 03 năm.

Điều 222. Tội vi phạm quy định về đấu thầu gây hậu quả nghiêm trọng

Người nào thực hiện một trong những hành vi sau đây, gây thiệt hại từ 100.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng hoặc dưới 100.000.000 đồng nhưng đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 01 năm đến 05 năm:

1. Can thiệp trái pháp luật vào hoạt động đấu thầu;
2. Thông thầu;
3. Gian lận trong đấu thầu;
4. Cản trở hoạt động đấu thầu;
5. Vi phạm quy định của pháp luật về bảo đảm công bằng, minh bạch trong hoạt động đấu thầu;
6. Tổ chức lựa chọn nhà thầu khi nguồn vốn cho gói thầu chưa được xác định dẫn đến nợ đọng vốn của nhà thầu;
7. Chuyển nhượng thầu trái phép.

Phạm tội thuộc một trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 03 năm đến 12 năm:

1. Vì vụ lợi;
2. Có tổ chức;
3. Lợi dụng chức vụ, quyền hạn;
4. Dùng thủ đoạn tinh vi, xảo quyệt;
5. Gây thiệt hại từ 300.000.000 đồng đến dưới 1.000.000.000 đồng.

Phạm tội gây thiệt hại 1.000.000.000 đồng trở lên, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 20 năm.

Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm hoặc tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản.

Tài liệu tham khảo

- Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi 2016 “Chefs d'entreprise, la concurrence déloyale : c'est votre affaire”.
- Phòng Thương mại Châu Âu tại Việt Nam 2017 “Whitebook: Trade & Investment Vấn đề and Khuyến nghị” tái bản lần 9. (tạm dịch là: Sách trắng: Các vấn đề và khuyến nghị về Thương mại và Đầu tư”)
- D. Fruitman, P. Hoàng, A. Lê 2016 (DFDL) “Việt Nam – Khả năng áp dụng khung hình phạt nặng đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh” (Viet Nam - Severe potential penalties for anti-competitive agreements”).)
- D. Murphy et al (Jones Day) “Viet Nam Directs Divestment of State-Owned Enterprises” (2017) (Tạm dịch: Việt Nam chỉ đạo thoái vốn khỏi doanh nghiệp nhà nước”
- T Nguyễn (LNT & Cộng sự) 2014 “Competition law in Việt Nam: is it anti-trust worthy? (2012)” (tạm dịch: “Luật Cạnh tranh tại Việt Nam: có ý nghĩa chống độc quyền không?”)
- Phước Đoàn 2016 (Việt Nam Investment Review) “Cartel criminalised in Viet Nam” (tạm dịch: Hình sự hóa Các-ten tại Việt Nam)
- OECD “Economic Outlook for Southeast Asia, China and India 2016” (Tạm dịch: “Triển vọng Kinh tế khu vực Đông Nam Á, Trung Quốc và Ấn độ 2016)
- Cục Quản lý cạnh tranh Việt Nam 2013 “Report on the Enterprises Survey and Experts Interview about Vietnamese Competition Law” (Tạm dịch: Báo cáo điều tra doanh nghiệp và phỏng vấn chuyên gia về Luật Cạnh tranh Việt Nam”)
- Cục quản lý Cạnh tranh Việt Nam và Cơ quan hợp tác quốc tế Nhật Bản (JICA) 2014 “Review of competition related regulations in sectoral regulatory laws”. (Tạm dịch: “Rà soát quy định pháp luật liên quan đến cạnh tranh trong pháp luật chuyên ngành”
- NHTG 2015, “Taking Stock: An Update on Việt Nam’s Recent Economic Developments”. (Tạm dịch: Tổng hợp cập nhật tình hình phát triển kinh tế gần đây của Việt Nam”)
- NHTG 2016 “Toward Prosperity, Creativity, Equity, and Democracy”. (Tạm dịch: “Hướng tới Thịnh vượng, Sáng tạo, Công bằng và Dân chủ”.)

www.oecd.org/competition

