

PHÁP LUẬT VỀ BÁN GIÁ THẤP NHẪM LOẠI BỎ ĐỐI THỦ CẠNH TRANH

*Nguyễn Thanh Tú**

I. KHÁI QUÁT VỀ BÁN GIÁ THẤP NHẪM LOẠI BỎ ĐỐI THỦ CẠNH TRANH

Theo lý thuyết kinh tế, giá một sản phẩm thay đổi sẽ dẫn đến sự thay đổi theo chiều ngược lại của khối lượng cầu tùy thuộc vào độ co giãn theo giá của cầu.¹ Do nhiều lý do khác nhau mà nhiều doanh nghiệp muốn tăng khối lượng bán ra bằng cách giảm giá. Vì vậy, cạnh tranh về giá là một hành vi cạnh tranh bình thường trong nền kinh tế thị trường. Pháp luật cạnh tranh luôn khuyến khích các doanh nghiệp cạnh tranh với nhau về giá cả hàng hóa, dịch vụ để cung cấp cho người tiêu dùng những sản phẩm với giá thấp nhất có thể. Tuy nhiên, không phải mọi hành vi bán hàng hoá, dịch vụ với giá thấp đều có lợi cho người tiêu dùng nếu xét ở lợi ích dài hạn. Hành vi bán giá thấp, có thể thấp hơn rất nhiều so với chi phí (giá thành) nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh, chiếm lĩnh thị trường và sau một thời gian nhất định nâng giá lên để thu lợi nhuận lớn sẽ bóp méo cạnh tranh, ảnh hưởng xấu đến lợi ích của người tiêu dùng. Thẩm phán Tòa án tối cao Mỹ Brandeis đã cảnh báo vào năm 1913: "... không nên ảo tưởng về giá trị của việc giảm giá. Nó (giảm giá) là vũ khí có hiệu quả nhất của độc quyền - một phương tiện tiêu diệt đối

thủ cạnh tranh nhỏ..."². Do đó, pháp luật cạnh tranh của các quốc gia thông qua chế định lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường và độc quyền nghiêm cấm hành vi bán giá thấp nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh (predatory pricing)³.

Có rất nhiều định nghĩa khác nhau về bán giá thấp nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh (BGTLBĐTCT). Các nhà kinh tế thường xem BGTLBĐTCT là một hành vi chỉ hợp lý khi có thể kiếm chế hay loại bỏ cạnh tranh, hay là hành vi không thể có lợi nhuận nếu không có việc từ bỏ thị trường của đối thủ cạnh tranh do hành vi đó gây ra. Theo đó, các khoản lỗ do việc bán giá thấp hơn chi phí (giá thành) được coi là các khoản đầu tư và lợi nhuận thu được trong tương lai do thống lĩnh thị trường qua việc loại bỏ đối thủ cạnh tranh là kết quả của việc đầu tư đó.⁴ Như vậy, BGTLBĐTCT không chỉ là việc giảm giá mà còn là việc gia tăng tương ứng sản lượng bán ra, tăng

² Louis Brandeis, "Cutthroat Prices - The Competition that Kills", *Harpers Weekly*, 15 November 1913, pp. 10-12, trích lại từ Christian Ahlborn & Bill Allan, "The Napp Case: A Study of Predation?", *World Competition* 26(2), 2003, p. 253.

³ Liên minh Châu Âu (EU): Điều 82 Hiệp ước thành lập Cộng đồng châu Âu (TEC); Mỹ: Điều 2 Đạo luật Sherman, Điều 2(A) Đạo luật Clayton được sửa đổi bởi Đạo luật Robison Patman; Canada: Điều 50(1) và 79(1) Luật Cạnh tranh; Việt Nam: khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh...

⁴ Xem David Evans & Richard Schmalensee, *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Markets*, NBER Working Paper 8268, 2001; Willig & Robert Ordoover, "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation", *Yale Law Review*, Vol. 9818, 1981.

* Thạc sỹ Luật học, Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

¹ Xem David Begg et al., *Economics*, 6th Edition, The McGraw-Hill Companies, London, 2000, ISBN 0 07 709615 0, pp. 58-61.

thị phần. Giảm giá mà không tăng sản lượng bán ra thì vô ích vì doanh nghiệp thực hiện hành vi này sẽ không thể đáp ứng nhu cầu gia tăng của khách hàng, từ đó không thể “ăn cắp” thị phần từ đối thủ cạnh tranh.

BGTLBĐTCT, theo Tòa án tối cao Mỹ, là “bán với giá thấp hơn chi phí theo phương pháp tính toán hợp lý (appropriate measure of cost) với mục đích loại bỏ các đối thủ cạnh tranh trong ngắn hạn và giảm cạnh tranh trong dài hạn”⁵. Thuật ngữ BGTLBĐTCT thường được sử dụng chủ yếu trong các vụ việc mà “một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường liên quan, cắt giảm giá bán đẩy đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường, hoặc cản trở các đối thủ tiềm năng gia nhập thị trường”⁶.

Theo Ủy ban châu Âu, BGTLBĐTCT không chỉ là “giá bán ra được xem như là một sự đe dọa đối với sự sống còn hay gia nhập của các đối thủ cạnh tranh hiệu quả, bởi vì giá được xác định ở mức mà chỉ có thể giải thích nhằm tiêu diệt đối thủ cạnh tranh ngang bằng hay có hiệu quả hơn, hay cản trở sự thâm nhập thị trường của những đối thủ này”, mà còn là các chiến lược bán giá thấp nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh⁷.

Theo Văn phòng thương mại công bằng (OFT) - Cơ quan quản lý cạnh tranh của Anh, BGTLBĐTCT là “hành vi chấp nhận lỗ ở một thị trường xác định được thực hiện một cách cố tình nhằm tiêu diệt đối thủ cạnh tranh cụ thể, sau đó lợi nhuận trên

mức bình thường sẽ có được trong tương lai ở trên cùng thị trường hay thị trường khác”⁸.

Mặc dù các định nghĩa về BGTLBĐTCT có thể khác nhau nhưng nhìn chung đều hàm chứa 3 yếu tố cơ bản sau:

Thứ nhất, doanh nghiệp bán giá thấp nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh, thông thường là doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hay có một sức mạnh thị trường nhất định, thực hiện hành vi như vậy theo cách không tối ưu trong ngắn hạn, và chỉ có thể hợp lý về mặt chiến lược với lý do là làm giảm cạnh tranh trong tương lai;

Thứ hai, hành vi như vậy có ảnh hưởng làm giảm hay loại bỏ cạnh tranh;

Thứ ba, doanh nghiệp thực hiện hành vi đó thu được lợi nhuận thông qua việc giảm cạnh tranh trong tương lai nhờ có sức mạnh thị trường tăng thêm⁹.

Tuy nhiên, việc phân biệt hành vi BGTLBĐTCT vi phạm pháp luật cạnh tranh và hành vi cạnh tranh hợp pháp về giá là không dễ dàng. Hành vi BGTLBĐTCT đặt ra rất nhiều vấn đề ở cả góc độ kinh tế và pháp lý. Chính sự phức tạp như vậy mà cơ quan quản lý cạnh tranh và tòa án có thể phạm sai lầm. Và sai lầm như vậy thường phải trả giá rất đắt, đều ảnh hưởng đến quyền lợi của người tiêu dùng và hiệu quả chung của nền kinh tế. Nếu hành vi cạnh tranh hợp pháp về giá bị cho là hành vi BGTLBĐTCT sẽ khiến cho việc cạnh tranh hợp pháp bị hạn chế; ngược lại, nếu hành vi BGTLBĐTCT lại được coi là hành vi cạnh tranh về giá hợp pháp thì hệ quả là nhiều

⁵ *Cargill Inc. v. Montfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986).

⁶ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 584 (1986).

⁷ Philip Lowe, *EU Competition Practice on Predatory Pricing*, Introductory Address to the Seminar “Pros and Cons of Low Prices”, Stockholm, 5 December 2003.

⁸ *OFT Report Thamesway Limited*, 1993, para. 8.4.

⁹ Xem Christian Ahlborn & Bill Allan, *ibid*, pp. 234-235. Xem thêm David Spector, *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*, Working Paper Series, Department of Economics, Massachusetts Institute of Technology, Working Paper 01-10, January 2001.

đối thủ cạnh tranh có hiệu quả sẽ bị loại bỏ khỏi thị trường¹⁰.

Vì vậy, nghiên cứu việc áp dụng pháp luật cạnh tranh trong lĩnh vực bán giá thấp nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh của các nước, đặc biệt là của Mỹ và Liên minh châu Âu (EU), thông qua các án lệ cụ thể là hết sức cần thiết, qua đó tạo nền tảng để có thể phân tích quy định tương tự trong pháp luật cạnh tranh của Việt Nam.

II. PHÁP LUẬT VỀ BÁN GIÁ THẤP NHẪM LOẠI BỎ ĐỐI THỦ CẠNH TRANH Ở MỸ VÀ CHÂU ÂU

1. Mỹ

1.1. Ở Mỹ, mối quan ngại về hành vi BGTLBĐTCT đã xuất hiện sớm ngay khi có quy định về pháp luật cạnh tranh. Một doanh nghiệp thực hiện hành vi BGTLBĐTCT để duy trì độc quyền, hay trong nỗ lực (âm mưu) đạt được độc quyền có thể bị khởi kiện theo Điều 2 Đạo luật Sherman, hoặc Điều 2(a) Đạo luật Clayton, được sửa đổi bởi Đạo luật Robinson-Patman Act nếu hành vi BGTLBĐTCT mang tính phân biệt¹¹. Các án lệ *Standard Oil*¹² và *American Tobacco*¹³ là những án lệ đầu tiên liên quan đến BGTLBĐTCT.

1.2. Tuy nhiên mãi đến án lệ *Brooke Group*¹⁴, Tòa án tối cao Mỹ mới đưa ra 2 điều kiện để xem xét hành vi bán giá thấp có phải là BGTLBĐTCT hay không. Đó là:

(1) giá đó phải thấp hơn chi phí (giá thành) theo phương pháp tính toán hợp lý; và (2) doanh nghiệp thực hiện hành vi đó phải có triển vọng hợp lý (hay có khả năng nguy hiểm) thu hồi khoản đầu tư do giá bán thấp hơn chi phí.

1.3. Về vấn đề chi phí theo phương pháp tính toán hợp lý, mặc dù Tòa án tối cao Mỹ cho rằng giá bán thấp hơn chi phí (below-cost pricing) là một yếu tố cần thiết của hành vi BGTLBĐTCT, nhưng nó vẫn chưa chỉ rõ các loại chi phí hợp lý nào được sử dụng để so sánh với giá bán. Do đó các tòa án khu vực (Circuit Court) đã sử dụng nhiều mức chi phí khác nhau. Tòa án khu vực hai, Tòa án khu vực năm, đã sử dụng kiểm tra Areeda-Turner về chi phí (Areeda-Turner test),¹⁵ theo đó giá bán (P) thấp hơn chi phí biên dự tính hợp lý (reasonably anticipated marginal cost), hay thay thế của nó là chi phí biến đổi trung bình dự tính hợp lý (reasonably anticipated average variable cost: AVC), $P < AVC$, được coi là

¹⁵ P. Areeda và D. Turner vào năm 1975 đã trình bày việc kiểm tra đối với hành vi BGTLBĐTCT. Xem Phillip Areeda & Donald Turner, "Predatory Pricing and Practices under Section 2 of the Sherman Act", 88 *Harvard Law Review* 697 (1975). Theo đó, có 3 loại chi phí cần xem xét: (1) chi phí biên (marginal cost: MC) là khoản tăng thêm trong tổng chi phí từ kết quả của việc sản xuất thêm một đơn vị sản lượng; (2) chi phí biến đổi trung bình (average variable cost: AVC) là thương số của tổng các chi phí biến đổi chia cho sản lượng; và (3) chi phí tổng trung bình (average total cost: ATC) là thương số của tổng tất cả các chi phí biến đổi và các chi phí cố định (fixed cost: FC) chia cho sản lượng (Q): $ATC = (\sum VC + \sum FC) / Q = AVC + AFC$, trong đó AFC là chi phí cố định trung bình (average fixed cost). Areeda và Turner cho rằng hành vi BGTLBĐTCT chỉ có thể xảy ra khi giá (P) thấp hơn MC, nhưng việc tính toán MC rất khó nên đã sử dụng AVC thay thế. Nếu $P \geq AVC$ thì giá bán đó vẫn được coi là hợp pháp. Phân tích Areeda-Turner về chi phí được thiết lập để việc hạn chế các hành vi định giá của doanh nghiệp càng ít càng tốt, phản ánh quan điểm của tác giả cho rằng BGTLBĐTCT là một hiện tượng hiếm xảy ra.

¹⁰ Xem *Matsushita*, 475 U.S. 574, 594 (1986). Xem thêm Christian Ahlborn & Bill Allan, *ibid*, pp. 238-239.

¹¹ Brian A. Facey & Roger Ware, "Predatory Pricing in Canada, the United States and Europe: Crouching Tiger or Hidden Dragon", *World Competition* 26(4), 2003, pp. 636-637.

¹² *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

¹³ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946).

¹⁴ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

BGTLBĐTCT¹⁶. Không những thế Tòa án khu vực hai còn khẳng định nếu giá bán lớn hơn chi phí biến đổi trung bình, $P > AVC$, thì không bao giờ bị coi là BGTLBĐTCT¹⁷. Tuy nhiên Tòa án khu vực chín, Tòa án khu vực mười một xác nhận khả năng rằng giá lớn hơn chi phí biến đổi trung bình nhưng nhỏ hơn chi phí tổng trung bình (ATC), $AVC < P < ATC$, cũng có thể là hành vi BGTLBĐTCT¹⁸. Thậm chí Tòa án khu vực một ban đầu sử dụng mức chi phí để so sánh là chi phí tổng trung bình (ATC),¹⁹ sau đó lại dùng chi phí biến đổi trung bình (AVC)²⁰.

Nhưng có một điều rõ ràng là Tòa án tối cao Mỹ đã xác định nếu giá bán lớn hơn chi phí tổng trung bình (ATC) thì không thể coi là vi phạm pháp luật cạnh tranh. Tòa án tối cao Mỹ, trong án lệ *Brooke Group* cũng như trong các án lệ trước đây, đã khẳng định: “không đồng ý với quan điểm rằng giá bán lớn hơn chi phí, nhưng thấp hơn mức giá chung trên thị trường hay thấp hơn chi phí của đối thủ cạnh tranh, là ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh theo quy định của pháp luật cạnh tranh”²¹.

1.4. Về vấn đề thu hồi khoản đầu tư, theo Tòa án tối cao Mỹ, để việc đầu tư hợp lý, người thực hiện hành vi BGTLBĐTCT phải có kỳ vọng hợp lý (reasonable expectation) thu lại được một khoản tiền, dưới hình thức lợi nhuận độc quyền sau này, lớn hơn khoản lỗ phải gánh chịu do bán giá thấp²². Do đó, việc thu hồi khoản đầu tư do bán giá thấp là mục tiêu cuối cùng của hành vi bán giá thấp bất hợp pháp. Nếu hành vi bán giá thấp được thực hiện nhưng không có triển vọng hợp lý (reasonable prospect, theo Đạo luật Robertson Patman) hay khả năng nguy hiểm (dangerous probability, theo Đạo luật Sherman) về việc thu hồi khoản lỗ đó, tức sẽ không có việc độc quyền nâng giá, ảnh hưởng đến vấn đề cạnh tranh sau này, thì hành vi đó không vi phạm pháp luật cạnh tranh bởi mục đích của pháp luật cạnh tranh là nhằm “bảo vệ cạnh tranh chứ không bảo vệ đối thủ cạnh tranh”²³.

Để việc thu hồi khoản đầu tư cho việc bán giá thấp diễn ra, việc bán giá thấp đó phải có khả năng tạo nên ảnh hưởng đối với các đối thủ cạnh tranh qua việc đẩy đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường, hoặc buộc chúng phải nâng giá bán của chúng lên mức cao (supracompetitive level) trong khuôn khổ độc quyền nhóm có kiểm soát (disciplined oligopoly)²⁴. Điều này liên quan đến mức độ và thời gian thực hiện hành vi BGTLBĐTCT, sức mạnh tài chính của doanh nghiệp thực hiện hành vi đó và của đối thủ cạnh tranh (nạn nhân), cũng như

¹⁶ Xem *Kelco Disposal, Inc. v. Browning Ferris Industries*, 845 F.2d 404 (2nd Cir. 1988), *Stearns Airport Equipment Co. v. FMC Corp.*, 170 F.2d 519, 532 (5th Cir. 1999).

¹⁷ Xem *Northeastern Tel. Co. v. AT&T*, 651 F.2d 76 (2nd Cir. 1981).

¹⁸ Xem *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*, 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981), *McGahee v. Northern Propane Gas Co.*, 858 F.2d 1487 (11th Cir. 1988).

¹⁹ Xem *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 277 (1st Cir. 1983).

²⁰ Xem *Tri-State Rubbish, Inc. v. Waste Management Inc.*, 998 F.2d 1073 (1st Cir. 1993).

²¹ Theo Einer Elhauge (Einer Elhauge, “Why Above-Cost Price Cut to Drive out Entrant Are not Predatory and Implications for Defining Costs and Market”, 112 *Yale L. J.* 681, 2003, pp. 826-827), các nỗ lực nhằm hạn chế việc bán giá thấp trên chi phí là không có cơ sở và có ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh. Ngoài ra Tòa án tối cao Mỹ còn cho rằng việc bán với giá cao hơn chi phí không bị trừng phạt vì hành vi như vậy nằm

ngoài khả năng kiểm soát thực tế của tòa án. Xem *Brooke Group*, 509 U.S. 209, 223 (1993).

²² *Matsushita*, 475 U.S. 574, 588-589 (1986).

²³ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962).

²⁴ Trong *Brooke Group*, nguyên đơn cho rằng hành vi bán giá thấp của bị đơn nằm buộc nguyên đơn và cả ngành công nghiệp thuốc lá phải nâng giá và tham gia vào hoạt động độc quyền nhóm về giá với mức giá cao.

động lực và ý chí của các bên. Như vậy vấn đề phân tích ở đây là với khoản lỗ do hành vi bán giá thấp có thể xác định như vậy thì mục tiêu hướng tới có đạt được hay không.

Nếu tình huống và dữ liệu thực tế cho thấy rằng mức giá thấp dưới chi phí ảnh hưởng đến mục tiêu, thì cần xem xét tiếp điều đó có ảnh hưởng đến cạnh tranh trên thị trường liên quan hay không. Tức là phải chứng minh được kế hoạch bán giá thấp đó sẽ dẫn đến việc tăng giá trên mức có thể cạnh tranh để có thể đủ để bù đắp cho khoản lỗ do giảm giá, tính cả giá trị thời gian (tiền lãi) của khoản lỗ đã gánh chịu. Như vậy, phải xem doanh nghiệp thực hiện hành vi bán giá thấp đó có thể giành được sức mạnh thị trường (market power) để định giá cao hơn mức giá cạnh tranh hay không, và có thể duy trì được mức giá cao như vậy trong suốt một thời gian dài để kiếm được khoản lợi nhuận lớn hơn nhiều khoản lợi nhuận mà nó đã từ bỏ trước đây do bán giá thấp hơn chi phí hay không.

1.5. Do đó, việc bán giá thấp hơn chi phí chưa đủ để có thể suy ra rằng có thể thu hồi khoản đầu tư và ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh, mà cần phải xác định: (i) ước tính chi phí của hành vi bán giá thấp đó, và (ii) phân tích kế hoạch bán giá thấp và cấu trúc, điều kiện thị trường liên quan. Nếu tình hình thị trường không có đủ chứng cứ để cho rằng kế hoạch bán giá thấp có thể dẫn đến việc tăng giá kéo dài trong tương lai; hay thị trường liên quan không tập trung, có tính cạnh tranh cao, việc gia nhập thị trường rất dễ dàng, hoặc doanh nghiệp thực hiện hành vi bán giá thấp không đủ tiềm lực để chiếm thị phần của đối thủ cạnh tranh thì không thể kết luận là hành vi BGTŁBĐTCT²⁵. Như vậy tiêu chí thu hồi

khoản lỗ là rất quan trọng, ý định loại bỏ đối thủ cạnh tranh trong việc bán giá thấp chỉ là một yếu tố để xem xét mà thôi. Nếu trên cơ sở cấu trúc thị trường có thể kết luận rằng doanh nghiệp bán giá thấp không thể nắm giữ được thị trường, thì hành vi bán giá thấp không thể bị coi là BGTŁBĐTCT, bất kể ý định thực hiện hành vi đó là gì²⁶.

Trong án lệ *Brooke Group*, khi cuộc chiến về giá nổ ra, bị đơn đã tiến hành giảm giá. Giá bán của bị đơn nhỏ hơn chi phí tổng trung bình trong vòng 16 tháng liên tục và có những lúc thấp hơn chi phí biến đổi trung bình. Điều này thỏa mãn điều kiện thứ nhất. Nhưng đặc điểm thị trường thuốc lá của Mỹ có tính tập trung cao, hành vi định giá mang tính độc quyền nhóm nên việc bán giá thấp của bị đơn theo Tòa án tối cao Mỹ là nhằm giữ vững thị phần, chứ không phải là nỗ lực nhằm thúc đẩy ngành công nghiệp thuốc lá tăng giá, tức sẽ không có việc thu hồi khoản lỗ do giảm giá trong tương lai, không thỏa mãn điều kiện thứ hai. Do đó việc bán giá thấp của bị đơn không phải là BGTŁBĐTCT²⁷.

1.6. Ngoài ra, luật pháp của Mỹ cũng thừa nhận các giải thích hợp lý (business justification) nhằm đáp ứng vấn đề cạnh tranh. Như việc cắt giảm giá của các doanh nghiệp lớn để phù hợp với giá khuyến mại thấp của đối thủ cạnh tranh mới gia nhập, có thể dù thấp hơn chi phí biến đổi trung bình, cũng có thể được coi không phải là BGTŁBĐTCT nếu hành vi được thực hiện

²⁵ Xem *Brooke Group*, 509 U.S. 209, 225-226 (1993).

²⁶ Xem *Herry v. Chloride*, 809 F.2d 1334, 1345 (8th Cir. 1987); Christian Ahlborn & Bill Allan, *ibid*, p. 241.

²⁷ Xem William C. Holmes, *Antitrust Law Handbook*, ANTITRHD BK TOC, Westlaw data base updated March 2004, # 3:14.

nhằm đáp ứng vấn đề cạnh tranh, bảo vệ quyền lợi của nó nếu bị tấn công²⁸.

2. EU

2.1. Ở EU, Điều 82 Hiệp ước thành lập cộng đồng Châu Âu (TEC) nghiêm cấm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường (dominant position) có các hành vi loại bỏ đối thủ cạnh tranh, qua đó tăng cường vị trí của nó trên thị trường bằng các biện pháp không thuộc các biện pháp được phép trong khuôn khổ cạnh tranh trên cơ sở chất lượng. Do đó, không phải tất cả các hình thức cạnh tranh về giá đều được coi là hợp pháp.

2.2. AKZO²⁹ là án lệ đầu tiên mà Tòa án Tư pháp châu Âu (ECJ) giải quyết liên quan đến vấn đề BGTŁBĐTCT. Theo Tòa án này, giá bán thấp hơn chi phí biến đổi trung bình ($P < AVC$) thông qua đó để một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường loại bỏ đối thủ cạnh tranh phải được coi là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường³⁰. ECJ khẳng định một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường không có lợi ích gì khi áp dụng mức giá như vậy trừ phi hành vi đó nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh của nó để sau đó nâng giá nhờ có được vị trí độc quyền, vì một sản phẩm bán ra với giá bán thấp như vậy thì doanh nghiệp đó gánh chịu một khoản lỗ gồm tổng các khoản chi phí

cố định (chi phí không đổi bất kể sản lượng sản xuất là bao nhiêu), và ít nhất một phần chi phí biến đổi liên quan đến một đơn vị sản phẩm được sản xuất³¹.

Không những thế, ECJ còn cho rằng giá bán thấp hơn chi phí tổng trung bình, nhưng cao hơn chi phí biến đổi trung bình ($AVC < P < ATC$), cũng phải được xem là lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường nếu giá bán đó được xác định như là một phần của kế hoạch loại bỏ đối thủ cạnh tranh. Giá bán như vậy có thể đẩy các đối thủ cạnh tranh có hiệu quả ra khỏi thị trường vì chúng do tiềm lực tài chính nhỏ không thể chịu được việc cạnh tranh với doanh nghiệp giữ vị trí thống lĩnh thị trường³².

2.3. Như vậy, Tòa án Tư pháp châu Âu, qua án lệ AKZO và sau này là *Tetra Pak II*,³³ đã sử dụng 2 tiêu chí để xem xét hành vi BGTŁBĐTCT, đó là: (1) giá bán thấp hơn chi phí, và (2) sự tồn tại ý định (intention) loại bỏ đối thủ cạnh tranh. Nếu giá bán thấp hơn chi phí biến đổi trung bình ($P < AVC$) thì doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường không có một mục đích kinh tế nào hơn là loại bỏ đối thủ cạnh tranh vì mỗi sản phẩm được sản xuất và bán ra đều gây ra một khoản lỗ cho doanh nghiệp đó. Nên việc xem xét ý định loại bỏ đối thủ cạnh tranh chỉ đặt ra nếu giá bán thấp hơn chi phí

²⁸ *United States v. AMR Corp.*, 140 F.Supp.2d 1141 (D.Kan. 2001). Xem thêm Cyril Ritter, "Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical Rethink", *World Competition* 27(4), 2004, pp. 627-630.

²⁹ Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*, [1991] ECR I-3359.

³⁰ Trong án lệ *Hoffman-La Roche* (Case 85/76, *Hoffman-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461, para. 91), ECJ cho rằng lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường (abuse) là một khái niệm khách quan liên quan đến hành vi của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường gây ảnh hưởng đến cấu trúc của thị trường, khiến cho mức độ cạnh tranh bị yếu đi, thông qua các biện pháp khác với các biện pháp diễn ra trong điều kiện cạnh tranh thương mại bình thường.

³¹ Tức là $L = AFC + (AVC - P)$ trong đó L là khoản lỗ trên một đơn vị sản phẩm bán ra.

³² *AKZO*, *ibid*, para. 71-72. Từ đó có thể suy ra nếu $P > ATC$ thì không thể xem là BGTŁBĐTCT dù có kế hoạch loại bỏ đối thủ cạnh tranh. Tuy nhiên trong án lệ *Compagnie Maritime Belge Transports* (Joined cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93, *Compagnie Maritime Belge Transports*, ECR [1996] II-1201), doanh nghiệp có thị phần lớn hơn 90%, giảm giá bán nhằm loại bỏ đối thủ mới gia nhập thị trường là không hợp pháp. Xem thêm Einer Elhauge, *ibid*, pp. 690-692.

³³ Case C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, [1996] ECR I-05951, para. 41.

tổng trung bình nhưng lớn hơn chi phí biến đổi trung bình ($AVC < P < ATC$). Trong trường hợp này, cơ quan quản lý cạnh tranh và tòa án có thẩm quyền phải xem xét đến thời gian, tính liên tục của hành vi bán giá thấp, tổng các khoản lỗ của doanh nghiệp do bán giá thấp bởi hành vi BGTLBĐTCT cần phải diễn ra trong một thời gian khá dài để có thể ảnh hưởng đến quyết định rời bỏ hay thâm nhập thị trường liên quan của đối thủ cạnh tranh. Ngoài ra các báo cáo, hồ sơ của doanh nghiệp cũng có thể là một bằng chứng quan trọng thể hiện ý định của doanh nghiệp đó³⁴.

2.4. Bên cạnh đó, khác với pháp luật cạnh tranh của Mỹ, Tòa án Tư pháp Châu Âu, cũng như Ủy ban Châu Âu trong án lệ *Tetra Pak II* cho rằng không nhất thiết phải chứng minh rằng doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường có cơ hội thu hồi khoản lỗ một khi đối thủ cạnh tranh của nó bị loại bỏ³⁵. Tuy nhiên, vấn đề thu hồi khoản lỗ cũng là một trong những yếu tố cần xem xét để chứng minh ý định của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện hành vi bán giá thấp³⁶.

2.5. Ngoài ra cũng như luật của Mỹ, luật cạnh tranh châu Âu cho phép doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường đưa ra những giải thích hợp lý (objective justification) cho hành vi bán giá thấp của mình,³⁷ ít nhất là trong trường hợp bị cáo buộc BGTLBĐTCT với giá bán lớn hơn chi phí biến đổi trung bình. Và tất nhiên doanh nghiệp đó cũng có thể chứng minh hành vi

của mình là giảm thiểu tổn thất (loss-minimising justification), như bán giá thấp hơn chi phí tổng trung bình để giải phóng hàng cũ, lỗi mốt, hết thời vụ, hàng dễ hư hỏng, hay để khuyến mại sản phẩm mới...³⁸.

3. Một số vấn đề về chi phí so sánh trong tiêu chí giá bán thấp hơn chi phí

3.1. Như đã trình bày, mặc dù án lệ *Brooke Group* không hướng dẫn cụ thể nhưng các Tòa án Mỹ cũng đã sử dụng chi phí biến đổi trung bình (AVC) để so sánh với giá bán. Trong án lệ *AKZO* Tòa án Tư pháp Châu Âu đã khẳng định điều này. Tuy nhiên, việc sử dụng chi phí biến đổi trung bình như vậy là không hoàn toàn chính xác trong những ngành sử dụng vốn lớn như giao thông vận tải, viễn thông hay các ngành chủ yếu dựa trên nghiên cứu, triển khai (R&D), vì chi phí biến đổi trung bình trong những ngành này rất thấp, thường bằng hay gần bằng không. Nếu doanh nghiệp trong ngành này định giá cao hơn chi phí biến đổi trung bình thì cũng đủ để ngăn chặn các đối thủ mới gia nhập thị trường thu hồi vốn đầu tư (chi phí cố định) trong khoảng thời gian hợp lý³⁹. Không những thế, việc phân định chi phí cố định và chi phí biến đổi chỉ mang tính tương đối, phụ thuộc vào khoảng thời gian xem xét. Trong ngắn hạn, chỉ những thành phần chi phí được sử dụng để sản xuất ra một đơn vị sản phẩm tăng thêm là chi phí biến đổi, nhưng trong dài hạn, hầu như tất cả các loại chi phí đều là chi phí biến đổi, ví dụ như nhân công có thể sa thải hay tuyển dụng thêm, nhà máy có thể bán hay xây mới...⁴⁰.

³⁴ Xem *AKZO*, *ibid*, para. 79-82 & 113-115; và Philip Lowe, *ibid*.

³⁵ *Tetra Pak II*, *ibid*, para. 41.

³⁶ Xem European Commission Decision, COMP/38.233-*Wanadoo Interactive*, 16/7/2003, para. 257-264; Xem thêm Cyril Ritter, *ibid*, pp. 6641-642.

³⁷ *Compagnie Maritime Belge Transports*, *ibid*, para. 107 & 146.

³⁸ Philip Lowe, *ibid*.

³⁹ Cyril Ritter, *ibid*, p. 622.

⁴⁰ Do đó, W. Baumol đã đề xuất chi phí có thể tránh được trung bình (average avoidable cost: AAC), tức chi phí giảm đi thay vì tăng thêm đối với một doanh nghiệp nếu nó rời bỏ thị trường, thay thế cho AVC. Xem W. Baumol, "Predation and the Logic of the

3.2. Vì vậy, Ủy ban châu Âu trong vụ việc *Deutsch Post*⁴¹ cũng như Bộ Tư pháp Mỹ (DOJ) trong án lệ *United States v. AMR Corp*⁴² đã sử dụng chi phí gia tăng (incremental cost) để so sánh với giá bán mà bản chất của nó tương tự chi phí gia tăng trung bình dài hạn (long run average incremental cost: LRAIC), bao gồm chi phí biến đổi cụ thể liên quan đến sản phẩm và chi phí cố định sẽ không tồn tại nếu sản phẩm không được sản xuất, tức bao gồm cả chi phí chìm (sunk cost) nhưng không bao gồm chi phí chung hay chi phí gián tiếp (common cost/indirect cost)⁴³.

Sử dụng chi phí gia tăng trung bình dài hạn tuy có chính xác hơn chi phí biến đổi trung bình, nhưng nó vẫn chưa tối ưu, nhất là đối với trường hợp có việc bán giá thấp đối với một loại sản phẩm của một doanh nghiệp sản xuất, kinh doanh nhiều loại sản phẩm. Ví dụ như doanh nghiệp X sản xuất, kinh doanh 2 loại sản phẩm A và B, và chúng đều có các chi phí chung, như chi phí quản lý hành chính (overhead), nhưng thay vì phải phân phối hợp lý chi phí này cho cả 2 loại sản phẩm thì doanh nghiệp đó chỉ tính chi phí đó cho loại sản phẩm A, nên loại sản phẩm B sẽ có tính cạnh tranh hơn so với sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp Y nơi mà chỉ duy nhất sản xuất, kinh doanh một loại sản phẩm. Chính vì vậy, Tòa án phúc thẩm về cạnh tranh của Anh (UK

Competition Appeal Tribunal) đã cho rằng: “Để có thể tồn tại trên thị trường, một đối thủ cạnh tranh với một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thông thường phải thu hồi được tổng chi phí của nó (bao gồm cả chi phí quản lý hành chính) và có được một khoản lợi nhuận từ việc đầu tư của nó. Hơn thế nữa, trong hoạt động thương mại bình thường, khoản tiền thu được từ mỗi loại sản phẩm không chỉ được hy vọng là bù đắp chi phí biến đổi của nó, mà còn phải có đóng góp hợp lý vào các chi phí quản lý hành chính chung. Nếu một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường định giá dưới mức chi phí trung bình chung, bao gồm cả một phần hợp lý chi phí quản lý hành chính, trong một thời gian tương đối dài thì sớm hay muộn đối thủ cạnh tranh có hiệu quả tương đương (thậm chí có thể tốt hơn) sẽ bị đẩy ra khỏi thị trường”⁴⁴.

3.3. Điều đó có nghĩa là doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường phải có sự phân phối các chi phí chung một cách hợp lý giữa các loại sản phẩm. Mặc dù lợi ích kinh tế theo quy mô (economies of scope/scale) là một lợi thế cạnh tranh hợp pháp, nhưng doanh nghiệp đó không thể dùng chiến lược phân phối chi phí nội bộ của nó để tạo ra rào cản ngăn chặn sự gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh mới⁴⁵. Vì vậy nhiều học giả cho rằng cần phải sử dụng chi phí phân bổ đầy đủ (fully distributed cost: FDC) để làm cơ sở so sánh với giá bán nhằm xác định có tồn tại hành vi BGTLBĐTCT hay không⁴⁶. Tuy nhiên cần phải có thời gian để cơ quan quản lý

Average Variable Cost Test”, 39 *Journal of Law & Economics* 49 (1996).

⁴¹ European Commission Decision 2001/354, *Deutsche Post*, OJ L 125, 05/5/2001, p. 27.

⁴² *United States v. AMR Corp.*, 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001). Tuy nhiên Tòa án đã bác bỏ các phương pháp mới của DOJ. Xem thêm David Lee, “The Lack of Guidance for Proving the Pricing-Below-Cost Element of Predatory Pricing and a Call for a Revised Approach to Predatory Pricing Analysis”, 56 *Admin. L. Rev.* 1285, 2004, pp. 1292-1296.

⁴³ Cyril Ritter, *ibid.*, pp. 622-263.

⁴⁴ *Aberdeen Journals*, [2003], CAT 11, para. 366 & 370.

⁴⁵ Xem J. Temple Lang & R. O’Donoghue, “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC”, 26 *Fordham International Law Journal* 83 (2002), pp. 151-152.

⁴⁶ Cyril Ritter, *ibid.*, pp. 622-626.

nhà nước về cạnh tranh và tòa án xem xét và áp dụng chi phí mới được đề xuất này.

III. PHÁP LUẬT VỀ BÁN GIÁ THẤP NHẪM LOẠI BỎ ĐỐI THỦ CẠNH TRANH Ở VIỆT NAM

1. Trước khi Luật Cạnh tranh Việt Nam⁴⁷ được ban hành, hành vi BGTLBĐTCT đã từng được quy định tại Pháp lệnh về Giá⁴⁸ dưới thuật ngữ “bán phá giá”. Khoản 3 Điều 4 Pháp lệnh này giải thích: “bán phá giá là hành vi bán hàng hoá, dịch vụ với giá quá thấp so với giá thông thường trên thị trường Việt Nam để chiếm lĩnh thị trường, hạn chế cạnh tranh đúng pháp luật, gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh khác và lợi ích của Nhà nước”.

Tuy nhiên cần phải thấy rằng hành vi bán phá giá theo Pháp lệnh về Giá hoàn toàn khác với hành vi bán phá giá theo Pháp lệnh về việc chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam⁴⁹. “Bán phá giá” theo Pháp lệnh về Giá thực chất là hành vi BGTLBĐTCT như đã trình bày, có thuật ngữ tiếng Anh tương đương là predatory pricing, và hàng hóa, dịch vụ ở đây là hàng hóa, dịch vụ sản xuất và tiêu thụ trên thị trường nội địa. Trong khi đó “bán phá giá” theo Pháp lệnh về việc chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam, thuật ngữ tương đương trong tiếng Anh là anti-dumping, cũng là hành vi bán hàng hóa (không áp dụng với dịch vụ) với giá thấp hơn giá thông thường nhưng hàng hóa ở đây phải là hàng hóa có xuất xứ từ nước ngoài khi nhập khẩu vào Việt Nam, và giá thông

⁴⁷ Luật Cạnh tranh số 27/2004/QH11 được thông qua ngày 03/12/2004, có hiệu lực từ ngày 01/7/2005.

⁴⁸ Xem Điều 22-26 Pháp lệnh về giá số 40/2002/PL-UBTVQH10 ngày 10/5/2002.

⁴⁹ Pháp lệnh về việc chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam số 20/2004/PL-UBTVQH11 ngày 29/4/2004.

thường của hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam là giá có thể so sánh được của hàng hoá tương tự đang được bán ở nước ngoài, trên thị trường nội địa của nước hoặc vùng lãnh thổ xuất khẩu, hay một nước thứ ba theo các điều kiện thương mại thông thường. Ngoài ra, mục đích của pháp luật về chống bán phá giá đối với hàng nhập khẩu là nhằm “ngăn ngừa hoặc hạn chế thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước”,⁵⁰ khác với mục đích bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, bảo vệ cạnh tranh của pháp luật chống BGTLBĐTCT.

Chính sự nhầm lẫn về thuật ngữ sử dụng nên nội dung khái niệm “bán phá giá” theo Pháp lệnh về Giá cũng không chính xác, thậm chí bị nhầm lẫn cả về nội dung với khái niệm “bán phá giá” theo Pháp lệnh về việc chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam về tiêu chuẩn dùng để so sánh giá bán và mục đích của pháp luật nghiêm cấm hành vi đó. Tiêu chuẩn dùng để so sánh giá bán của doanh nghiệp bị nghi vấn, là “giá thông thường trên thị trường”, là hết sức mơ hồ, không phản ánh đúng bản chất kinh tế của hành vi này. Trong khi đó, Nghị định số 170/2003/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Giá, cũng như Nghị định số 169/2004/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giá lại không đề cập đến hành vi “bán phá giá” của Pháp lệnh Giá.

2. Trong Luật Cạnh tranh Việt Nam, hành vi BGTLBĐTCT được quy định tại khoản 1 Điều 13 Luật này. Theo đó doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm thực hiện các hành vi “bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh”. Như vậy, một doanh nghiệp (nhóm

⁵⁰ Xem Điều 3, 5 Pháp lệnh về việc chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam.

doanh nghiệp) chỉ vi phạm khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh khi nó là doanh nghiệp (nhóm doanh nghiệp) có vị trí thống lĩnh thị trường và hành vi bán giá thấp của nó thỏa mãn 2 điều kiện: (1) giá bán thấp hơn giá thành toàn bộ, và (2) có ý định (mục đích) loại bỏ đối thủ cạnh tranh.

Thứ nhất, về giá bán thấp hơn giá thành toàn bộ. Giá thành toàn bộ ở đây, tương tự như đã phân tích trong pháp luật cạnh tranh của Mỹ và EU, cần được hiểu là chi phí tổng trung bình (ATC). Luật Cạnh tranh Việt Nam cũng như pháp luật cạnh tranh Mỹ và EU, không coi việc bán giá cao hơn chi phí tổng trung bình nhưng thấp hơn giá thông thường trên thị trường là hành vi BGTLBĐTCT. Điều này trong một số trường hợp có thể mâu thuẫn với Pháp lệnh Giá trong quy định về “bán phá giá” theo nghĩa BGTLBĐTCT. Nhưng như đã phân tích, quy định như vậy trong Pháp lệnh Giá là có sự nhầm lẫn, và theo quy định tại Điều 5 Luật Cạnh tranh thì Luật Cạnh tranh được ưu tiên áp dụng trong trường hợp có sự khác nhau này.

Thứ hai, về ý định (mục đích) loại bỏ đối thủ cạnh tranh. Luật Cạnh tranh chỉ mới dừng ở mức chung nhất, chưa nêu rõ thế nào là ý định loại bỏ đối thủ cạnh tranh. Tuy nhiên có thể thấy quy định như khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh Việt Nam là theo mô hình kiểm tra AKZO của pháp luật cạnh tranh châu Âu, quan tâm đến ý định của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, còn việc thu hồi khoản lỗ chỉ là một yếu tố góp phần xác định ý định đó. Vì vậy nên theo cách xác định ý định của pháp luật châu Âu, cần căn cứ vào thời gian, tính liên tục của hành vi bán giá thấp, tổng các khoản lỗ của doanh nghiệp do bán giá thấp cũng như các báo cáo, chứng từ của doanh nghiệp. Thêm vào đó, trong khi việc xác

định ý định loại bỏ đối thủ cạnh tranh sẽ gặp rất nhiều khó khăn trong giai đoạn đầu áp dụng pháp luật cạnh tranh, các văn bản dưới luật hướng dẫn vấn đề này nên quy định nếu giá bán của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thấp hơn chi phí biến đổi trung bình thì phải bị coi là BGTLBĐTCT.

3. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 13 chưa đề cập rõ lý do chính đáng để biện minh cho hành vi bán giá thấp của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường. Trong khi đó, mặc dù có một số nhầm lẫn như đã phân tích nhưng Pháp lệnh Giá tại Điều 23 cũng đã liệt kê, tuy chưa đầy đủ, một số trường hợp được bán giá thấp nhằm giảm thiểu tổn thất, hợp lý hóa sản xuất, kinh doanh. Nếu hiểu máy móc theo câu chữ của khoản 1 Điều 13, khoản 1 Điều 5 Luật Cạnh tranh thì Luật này không thể áp dụng các quy định đó của Pháp lệnh Giá. Tuy nhiên, từ bản chất của hành vi BGTLBĐTCT và kinh nghiệm của pháp luật cạnh tranh của Mỹ, EU trong lĩnh vực này, cũng như xu hướng áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý (rule of reason) thay vì cứng nhắc, một chiều theo nguyên tắc hiển nhiên (per se rule) trong việc giải quyết các vụ việc cụ thể liên quan đến pháp luật cạnh tranh, cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam cũng như tòa án có thẩm quyền nên xem xét giải thích hợp lý của doanh nghiệp bị điều tra, bị khởi kiện về hành vi bán giá thấp của mình. Điều này chỉ trở thành thực tế nếu các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh có đề cập với sự cho phép cụ thể.

4. Bên cạnh đó, việc xác định một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường hay không trước khi kiểm tra 2 điều kiện trên cũng đặt ra nhiều vấn đề. Trong án lệ

*United Brand*⁵¹ Tòa án Tư pháp châu Âu đã nhấn mạnh “vị trí thống lĩnh thị trường là vị trí thể hiện sức mạnh kinh tế của một doanh nghiệp, giúp nó ngăn cản cạnh tranh hiệu quả trên thị trường liên quan bằng việc cung cấp cho nó khả năng hành xử độc lập tới một mức độ đáng kể với các đối thủ cạnh tranh, khách hàng và sau cùng là với khách hàng. Vị trí thống lĩnh thị trường xuất phát từ sự kết hợp của nhiều yếu tố, nếu chúng được xem xét một cách tách rời thì không thể mang tính quyết định”. Luật Cạnh tranh không đưa ra khái niệm vị trí thống lĩnh thị trường nhưng quy định tại khoản 1 Điều 11: “doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể”. Điều này là chưa chính xác vì thị phần chưa phải là yếu tố quyết định⁵².

Tóm lại, việc kết luận một hành vi bán giá thấp của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường có thuộc hành vi BGTLBĐTCT, vi phạm pháp luật cạnh tranh hay không là rất phức tạp, liên quan đến nhiều vấn đề kinh tế và pháp lý khác nhau.

⁵¹ ECJ, Case 27/76, *United Brands Co. v EC Commission*, [1978] ECR 207, para. 64-65. Xem thêm Nguyễn Thanh Tú, “Thỏa thuận không cạnh tranh trong hợp đồng cung cấp-phân phối và Vụ án Quán Cây Dừa”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 8/2004, tr. 55.

⁵² Ủy ban Châu Âu trong Quyết định về vụ việc *Grundig*, OJ L 233, 30/8/1985, p. 1, khi xem xét tất cả các yếu tố liên quan cho rằng Grundig không có vị trí thống lĩnh thị trường mặc dù nó có thị phần trên thị trường liên quan là 33%. Xem thêm C. Newton, “Do Predators Need to be Dominant?”, 20 *European Competition Law Review* 127 (1999). Tương tự, việc xác định nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường theo khoản 2 Điều 11 Luật cạnh tranh Việt Nam cũng không chính xác mặc dù Báo cáo giải trình tiếp thu, chỉnh lý Dự thảo Luật Cạnh tranh trình Quốc hội thông qua số 284/UBTVQH 11 ngày 07/11/2004 có đề cập vấn đề này.

Pháp luật cạnh tranh của Mỹ, của EU đã rất phát triển, có nhiều án lệ liên quan và cũng đã đưa ra các tiêu chí tương đối cụ thể để xác định hành vi BGTLBĐTCT nhưng đến nay vẫn còn nhiều tranh luận xung quanh vấn đề này. Do đó, trong giai đoạn đầu áp dụng Luật Cạnh tranh Việt Nam, khi đang có nhiều lo lắng, quan ngại về việc một số doanh nghiệp lớn, có tiềm lực tài chính, nhất là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, đang bán giá rất thấp, nhằm loại bỏ doanh nghiệp nhỏ trong nước,⁵³ Chính phủ và Bộ Thương mại cần nhanh chóng ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành khoản 1 Điều 13 Luật Cạnh tranh. Do quy định tại khoản 1 Điều 13, như đã phân tích, tương tự và có xu hướng theo cách giải quyết của pháp luật cạnh tranh châu Âu, nên các hướng dẫn này nên vận dụng các kinh nghiệm của châu Âu trong lĩnh vực BGTLBĐTCT có tính đến quy định của Việt Nam về cách xác định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường. Các hướng dẫn chi tiết này sẽ tạo sự an tâm không chỉ cho các doanh nghiệp lớn mà cả các doanh nghiệp nhỏ về vấn đề định giá trên thị trường Việt Nam, tạo nên tính chắc chắn, nhất quán của pháp luật (legal certainty) trong lĩnh vực phức tạp này.

⁵³ Hiện nay, nhiều siêu thị ở Hà Nội và Tp. Hồ Chí Minh đang dự định kiện Metro Việt Nam - một doanh nghiệp có các siêu thị bán buôn với giá rất thấp về BGTLBĐTCT. Xem www.nld.com.vn/tintuc/kinh-te/106122.asp, <http://www.dddn.com.vn/webplus/viewer.asp?pgid=4&aid=6854> (truy cập ngày 24/1/2004).