

KHÁI NIỆM “QUẢNG CÁO” TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VÀ ẢNH HƯỞNG CỦA NÓ ĐẾN VIỆC HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ QUẢNG CÁO

Nguyễn Thị Dung*

Quảng cáo, xuất phát từ “adventure” trong tiếng La tinh có nghĩa là sự thu hút lòng người, là gây sự chú ý và gợi dẫn. Sau này, thuật ngữ trên được sử dụng trong tiếng Anh là “Advertise”. Các dịch giả giải nghĩa “Advertise” là gây sự chú ý ở người khác, thông báo cho người khác một sự kiện gì đó. Ở góc độ ngôn ngữ, quảng cáo đơn giản chỉ là một hoạt động thông tin, có tính chất thông báo rộng rãi, nhưng trong đời sống kinh tế, pháp lý, “quảng cáo” có không gian tồn tại riêng của nó.

I. Vài nét về khái niệm “quảng cáo” trong pháp luật một số nước trên thế giới

Thông tin tuyên truyền, cổ động, quảng cáo... là các hình thức thông tin được sử dụng trong đời sống chính trị, kinh tế, văn hoá, xã hội. Ở góc độ ngôn ngữ, “thông tin” và “quảng cáo” đôi khi được đồng nghĩa với nhau nhưng trong luật pháp, quảng cáo là một loại hoạt động thông tin có đặc thù riêng về nội dung thông tin và chủ thể thực hiện. Quảng cáo có nội dung giới thiệu thông tin về hàng hoá, dịch vụ và hoạt động kinh doanh mà người thực hiện nó là các thương nhân. Từ điển “Quảng cáo” (Advertising)¹ định nghĩa: “quảng cáo là một loại thông tin phải trả tiền, có tính đơn phương, không dành riêng cho ai, có vận dụng mọi biện pháp và phương tiện thông tin đại chúng nhằm hỗ trợ một sản phẩm, một nhãn hiệu, một xí nghiệp, một mục đích hoặc một tổ chức nào đó... được nêu danh trong quảng cáo”. Quảng cáo có tính thông tin một chiều, không có đối thoại mà chỉ là độc thoại của

người quảng cáo, thường là tự đề cao mình. Đặc điểm này của quảng cáo có thể mang lại phiền toái cho công chúng trong khi đánh giá tính chính xác, trung thực của thông tin. Nếu luật pháp không có cách thức kiểm soát thoả đáng, doanh nghiệp sẽ sử dụng quảng cáo để phát ngôn tùy ý, ảnh hưởng tới lợi ích của người tiêu dùng và thương nhân khác... Với tính chất thông tin đại chúng, quảng cáo góp phần khẳng định tính chính thức và tạo nên uy tín cho sản phẩm.

Tính thương mại của hoạt động quảng cáo thể hiện rõ nét trong pháp luật về quảng cáo của nhiều nước trên thế giới.

Luật Quảng cáo của CHND Trung Hoa ngày 27/10/1994 (có hiệu lực từ 1/2/1995) quy định: “*Quảng cáo* được hiểu là một quảng cáo mang tính thương mại mà người cung cấp hàng hoá, dịch vụ giới thiệu cho hàng hoá dịch vụ của mình, cho dù là trực tiếp hay gián tiếp, thông qua các hình thức thông tin công cộng”; “người quảng cáo được hiểu là một thực thể pháp lý, dù là tổ chức kinh tế hay pháp nhân mà mục đích của họ là bán các mặt hàng, dịch vụ thiết kế, sản xuất hay xuất bản thuộc lĩnh vực quảng cáo”².

Trong Bộ luật Thương mại của Cộng hoà Pháp, tại Điều 2 Pháp lệnh số 82-280 ngày 23/7/1992 áp dụng cho khoản 1 Điều 27 của Luật ngày 30/9/1986 về tự do thông tin và quy định những nguyên tắc chung về chế độ áp dụng cho quảng cáo và tài trợ cũng quy định cụ thể: “*Mọi loại thông tin truyền hình phát có thu tiền hoặc đổi bù nhằm quảng bá cho việc cung cấp sản phẩm hay dịch vụ, kể*

* Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội

¹ National Textbook Company (NTC), 1992 (Hoa kỳ)

² Điều 2, Luật Quảng cáo Cộng hoà ND Trung Hoa

cả thông tin được giới thiệu dưới dạng tên gọi chung, trong khuôn khổ một hoạt động thương mại, công nghiệp, thủ công hay nghề nghiệp tự do, hay nhằm đảm bảo quảng bá thương mại cho một doanh nghiệp Nhà nước hoặc tư nhân đều được coi là quảng cáo". Tương tự quy định này, Chỉ thị 97/360 CE của Quốc hội Châu Âu và Cộng đồng Châu Âu sửa đổi chỉ thị 89/552/CE của Cộng đồng Châu Âu nhằm phối hợp một số biện pháp pháp luật, quy tắc và hành chính của các quốc gia thành viên về việc thực hiện các hoạt động phát thanh truyền hình cũng khẳng định: Quảng cáo truyền hình là mọi loại thông tin truyền hình, có thù lao hay thanh toán tương tự, hoặc được truyền hình vì mục đích khuyến mại (khuyến khích bán hàng) cho một doanh nghiệp Nhà nước hay tư nhân thực hiện trong khuôn khổ một hoạt động thương mại, công nghiệp hay thủ công hoặc nghề nghiệp tự do nhằm khuyến khích việc cung cấp, có thù lao vật phẩm hoặc dịch vụ, kể cả bất động sản, hoặc chi phiếu và kỳ phiếu.

Các định nghĩa trên đây cho thấy, với tính chất là một thuật ngữ pháp lý, "quảng cáo" luôn chứa đựng các thông tin thương mại, bao gồm các thông tin về tính năng tác dụng, phẩm chất, kiểu dáng, giá cả, tính ưu việt... của hàng hoá, dịch vụ, thông tin về hoạt động kinh doanh của người kinh doanh. Do mục đích giới thiệu các thông tin này là nhằm xúc tiến việc bán hàng, cung ứng dịch vụ nên người có nhu cầu và thực hiện quảng cáo là thương nhân và họ phải thanh toán tiền cho việc thực hiện mục đích đó. Khẳng định lĩnh vực thương mại này, Luật của Cộng đồng Châu Âu còn phân biệt rõ: "Quảng cáo không gồm: các thông tin do cơ quan phát thanh phát có liên quan tới chương trình của cơ quan và các sản phẩm phụ trực tiếp của các chương trình này; các thông tin về dịch vụ công cộng và các lời kêu gọi cho việc làm từ thiện miễn phí" (Điều 18-Chỉ thị 97/360 CE của Quốc hội Châu Âu và Cộng đồng Châu Âu sửa đổi chỉ thị 89/552/CE của Cộng đồng Châu Âu).

Không có quy phạm định nghĩa về quảng cáo, nhưng Luật Quảng cáo của Philippin được ban hành với ý nghĩa là những tiêu chuẩn và thông lệ thương mại trong ngành quảng cáo. Phạm vi và đối tượng áp dụng của Luật Quảng cáo Philippin nêu rõ: Bản thông lệ thương mại và tiêu chuẩn thực hiện này phải là những chỉ dẫn cơ bản cho tất cả các hoạt động thương mại và công việc kinh doanh của ngành quảng cáo ở Philippin. Mọi điều khoản dưới đây được áp dụng với cộng đồng các tổ chức quảng cáo ở Philippin, bao gồm các nhà quảng cáo, nhà cung cấp dịch vụ quảng cáo cũng như các nhà nghiên cứu thị trường, gọi chung là nhà hoạt động quảng cáo³. Quy định này cho thấy, ở Philippin, quảng cáo được coi là một loại hoạt động thương mại mà chủ thể thực hiện nó là các thương nhân sản xuất kinh doanh và thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo.

Ở Hoa Kỳ, hoạt động quảng cáo được điều chỉnh bởi rất nhiều quy định pháp luật của các bang và liên bang. Luật Lanham 15 U.S.C, một văn bản quan trọng trong số đó, có nội dung quy định áp dụng với quảng cáo thương mại, "bao gồm phát ngôn thương mại mà một người cạnh tranh sử dụng thể hiện mục đích gây ảnh hưởng tới người tiêu dùng để mua hàng hoá hay dịch vụ của mình"⁴. Cơ quan liên bang có thẩm quyền điều tiết hoạt động quảng cáo là Hội đồng thương mại liên bang (FTC).

Luật về quảng cáo và khuyến mại của Anh, Luật Quảng cáo của Singapor... đều có nội dung quy định các vấn đề liên quan đến quảng cáo thương mại.

Qua tìm hiểu quy định về quảng cáo trong luật pháp một số nước trên thế giới, có thể nhận thấy: Quảng cáo không phải là một hoạt động thông tin đơn thuần mà là một

³ Nguồn: Bộ Văn hoá-Thông tin, Cục Văn hoá-Thông tin cơ sở (2005), *Các quy định pháp luật về hoạt động quảng cáo*, Hà Nội, tr 309

⁴ Nguồn: Bộ Văn hoá-Thông tin, Cục Văn hoá-Thông tin cơ sở (2005), *Các quy định pháp luật về hoạt động quảng cáo*, Hà Nội, tr 402

hoạt động thông tin mang tính thương mại. Điều này thể hiện ở các khía cạnh:

- Quảng cáo là hoạt động thông tin phải trả tiền;

- Nội dung quảng cáo là các thông tin thương mại về hàng hoá, dịch vụ và hoạt động kinh doanh;

- Người thực hiện quảng cáo là thương nhân;

- Luật pháp các nước coi quảng cáo là hoạt động thương mại, được điều chỉnh bởi các quy định của luật thương mại.

Với các đặc tính này, trong luật pháp nhiều nước, “quảng cáo” được đồng nghĩa với “quảng cáo thương mại” và không hình thành khái niệm “quảng cáo phi thương mại”.

2. Khái niệm “Quảng cáo” trong pháp luật Việt Nam - tính chuẩn xác, nguyên nhân và hệ quả pháp lý

Ở Việt Nam, có hai nhóm quy phạm pháp luật cùng điều chỉnh hoạt động quảng cáo. *Một là:* các văn bản do Bộ Văn hoá-Thông tin chủ trì soạn thảo hoặc ban hành, bao gồm Pháp lệnh Quảng cáo 2001 và các văn bản hướng dẫn thi hành, điều chỉnh hoạt động “quảng cáo”. *Hai là:* các văn bản do Bộ Thương mại chủ trì soạn thảo hoặc ban hành, bao gồm Luật Thương mại và các văn bản hướng dẫn thi hành, điều chỉnh hoạt động “quảng cáo thương mại”. Song hành trong hai nhóm văn bản đó là hai khái niệm: quảng cáo và quảng cáo thương mại.

Khái niệm “quảng cáo” được ghi nhận tại Pháp lệnh Quảng cáo (2001) là hoạt động “giới thiệu đến người tiêu dùng về hoạt động kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ bao gồm dịch vụ có mục đích sinh lời và dịch vụ không có mục đích sinh lời”. Nội dung của quảng cáo có thể là hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ hoặc các thông tin chính trị, xã hội, văn hoá nghệ thuật... Cũng vì lẽ đó, người có nhu cầu quảng cáo không chỉ là thương nhân mà có thể là tổ chức, cá nhân hoạt động chính trị, văn hoá, xã hội, thực hiện thông tin tuyên truyền, cổ động cho đường lối, chủ

trương, chính sách của Đảng, Nhà nước hay cho hoạt động nghề nghiệp của mình.

Nội dung và chủ thể quảng cáo đã làm hình thành nên quảng cáo có mục đích sinh lời và quảng cáo không có mục đích sinh lời. Quảng cáo về hoạt động kinh doanh, về hàng hoá dịch vụ của thương nhân hay hoạt động quảng cáo cho thương nhân khác để hưởng thù lao dịch vụ được gọi là quảng cáo thương mại (có mục đích sinh lời). Hoạt động thông tin tuyên truyền, cổ động do cơ quan Nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức xã hội... thực hiện nhằm tuyên truyền về đường lối, chủ trương, chính sách kinh tế-xã hội của Đảng và Nhà nước được coi là quảng cáo không có mục đích sinh lời. Như vậy, trong pháp luật hiện hành, quảng cáo thương mại chỉ là một bộ phận của hoạt động quảng cáo nói chung.

Theo quy định tại Luật Thương mại (2005), “Quảng cáo thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân để giới thiệu với khách hàng về hoạt động kinh doanh hàng hóa, dịch vụ của mình”. Phân biệt với quảng cáo nói chung, quảng cáo thương mại có các đặc điểm pháp lý cơ bản:

- + *Chủ thể hoạt động quảng cáo thương mại là thương nhân*, bao gồm thương nhân sản xuất kinh doanh và thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo;

- + *Nội dung thông tin quảng cáo:* bao gồm những thông tin về hàng hoá, dịch vụ thương mại, về hoạt động kinh doanh của thương nhân;

- + *Mục đích trực tiếp của quảng cáo thương mại* là giới thiệu rộng rãi về hàng hoá, dịch vụ để xúc tiến thương mại, đáp ứng nhu cầu cạnh tranh và mục tiêu lợi nhuận của thương nhân.

Hệ quả pháp lý của sự phân biệt hai loại quảng cáo này thể hiện rõ nét ở cả khâu ban hành pháp luật và thực thi pháp luật và hầu hết là những hệ quả tiêu cực.

Thứ nhất, quy trình làm luật với sự tham gia chủ trì soạn thảo của các Bộ đã tạo ra tình trạng thiếu tính thống nhất trong điều

chỉnh bằng pháp luật đối với hoạt động quảng cáo. Các quy định về quảng cáo thương mại được Bộ Thương mại chủ trì soạn thảo và được ban hành độc lập với các quy định về quảng cáo mà Bộ Văn hoá thông tin đã chủ trì soạn thảo và đã được ban hành từ trước tới nay. Việc tồn tại đồng thời hai loại văn bản pháp luật về quảng cáo như vậy rõ ràng không cần thiết và đã gây ra sự trùng lặp của nhiều quy định pháp luật, như các quy định về sản phẩm quảng cáo, phương tiện quảng cáo, các hạn chế, cấm đoán trong quảng cáo, quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia vào quá trình quảng cáo... Bản chất, nội dung các quy định này về cơ bản như nhau, không có hoặc có rất ít đặc thù dành riêng cho quảng cáo hay quảng cáo thương mại. Sự trùng lặp không cần thiết cũng xảy ra trong việc xác định phạm vi và đối tượng áp dụng, khi thương nhân hoạt động quảng cáo thương mại thuộc đối tượng điều chỉnh của cả hai nhóm văn bản này.

Thứ hai, về quản lý Nhà nước: Khi thực hiện hoạt động quảng cáo thương mại, thương nhân quảng cáo và thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo chịu sự quản lý của cả hai cơ quan quản lý Nhà nước về thương mại và quản lý Nhà nước về văn hoá- thông tin. Nhìn chung, ở nhiều nước, việc đăng ký hoặc cấp phép cho hoạt động quảng cáo do cơ quan quản lý Nhà nước về thương mại thực hiện. Ở Việt Nam, công việc này do cơ quan quản lý Nhà nước về văn hoá thông tin đảm nhiệm vai trò chính. Theo quy định tại Điều 16-Pháp lệnh Quảng cáo, Bộ Văn hoá- Thông tin có thẩm quyền cấp giấy phép thực hiện quảng cáo trên mạng thông tin máy tính, kênh, chương trình phát thanh, truyền hình chuyên quảng cáo và đối với phụ san, phụ bản chuyên quảng cáo; Sở Văn hoá- Thông tin có thẩm quyền cấp giấy phép thực hiện quảng cáo trên bảng, biển, pa-nô, băng-rôn, màn hình đặt nơi công cộng, vật phát quang, vật thể trên không, dưới nước... Ngoài ra, cơ quan quản lý Nhà nước về xây dựng, thương mại, giao thông công chính, quy

hoạch đô thị cũng có thẩm quyền cấp giấy phép liên quan đến hoạt động quảng cáo, tạo ra một cơ chế khá phức tạp về thủ tục hành chính. Dự thảo Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Thương mại về xúc tiến thương mại còn dự định thêm việc cấp giấy phép cho sản phẩm quảng cáo thương mại.

Thứ ba, đối với thương nhân, khi hoạt động quảng cáo phải tự rà soát và tuân thủ cả hai loại văn bản pháp luật về quảng cáo và quảng cáo thương mại, kể cả những điều kiện, giấy phép được coi là “rào cản” của tự do thương mại. Luật Thương mại 2005 có quan tâm đến việc loại bỏ các giấy phép không cần thiết nhưng xu hướng cải cách hành chính và tự do hoá thương mại lại dường như ít có tác động đến quy định trong các văn bản về quảng cáo nói chung.

Những bất cập trên đây đều rất rõ ràng mà cả cơ quan quản lý và đối tượng bị quản lý (thương nhân) đều nhận thấy. Tuy nhiên, việc thay đổi thực trạng pháp luật về vấn đề này lại không dễ, vì nó có nguồn gốc từ một số nguyên nhân sau đây:

(i) Về lịch sử hình thành, khái niệm “quảng cáo” ở Việt Nam ra đời trước và được tiếp nhận với tính chất là một hoạt động thuộc lĩnh vực văn hoá-thông tin. Khái niệm “quảng cáo thương mại” với tính chất là một hoạt động thương mại hình thành sau, cùng với sự ra đời của Luật Thương mại (1997). Do đặc thù về phạm vi và đối tượng áp dụng, Luật Thương mại chỉ điều chỉnh hoạt động quảng cáo thương mại do thương nhân thực hiện và chấp nhận tồn tại đã có của các quy định chung về quảng cáo.

(ii) Cơ chế ban hành văn bản pháp luật với sự tham gia chủ trì soạn thảo của các Bộ (cơ quan ngang Bộ) là môi trường tạo nên dấu ấn “lợi ích ngành” trong các văn bản pháp luật. Việc huỷ bỏ, bảo lưu hay bổ sung thêm một quy định đôi khi còn phụ thuộc vào việc điều đó có tác động như thế nào đến lợi ích cục bộ của ngành. Lợi ích tổng thể vì lý do này mà có thể bị ảnh hưởng.

(iii) Ngoài hai lý do trên, còn có một nguyên nhân về lý luận, đó là luật pháp Việt Nam đã không xác định rõ bản chất thương mại của quảng cáo và không phân biệt rõ quảng cáo với các hình thức thông tin khác. Trong luật pháp của các nước, quảng cáo là hoạt động thương mại, là quảng cáo thương mại và không tồn tại khái niệm “quảng cáo phi thương mại”. Những hoạt động thông tin mang tính chất chính trị, xã hội do Cơ quan Nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức xã hội thực hiện không phải là quảng cáo mà chỉ là các hoạt động thông tin, tuyên truyền, cổ động mà thôi.

3. Ảnh hưởng của khái niệm quảng cáo đến việc hoàn thiện pháp luật về quảng cáo

Do không làm rõ tính chất thương mại khái niệm “quảng cáo”, chấp nhận sự tồn tại của hai khái niệm “quảng cáo” và “quảng cáo thương mại” nên chúng ta chưa thể có giải pháp triệt để hoàn thiện pháp luật về quảng cáo theo xu hướng minh bạch hoá chính sách, đảm bảo tự do thương mại, đáp ứng yêu cầu hội nhập. Pháp lệnh do Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành điều chỉnh hoạt động quảng cáo. Luật Thương mại do Quốc hội ban hành điều chỉnh hoạt động quảng cáo thương mại. Do vậy, việc thống nhất các quy định này chỉ có thể được Quốc hội hoặc Ủy ban thường vụ Quốc hội thực hiện, không thể giải quyết bằng một Nghị định của Chính phủ.

Theo kinh nghiệm của các nước và xuất phát từ bản chất kinh tế của hoạt động quảng cáo, hoàn thiện pháp luật quảng cáo phải được bắt đầu bằng việc tiếp nhận “quảng cáo” là một hoạt động thương mại (quảng cáo thương mại), không bao gồm các hoạt động thông tin tuyên truyền cổ động vì mục tiêu chính trị, xã hội... Ở góc độ nhất thể hoá pháp luật về quảng cáo, xác định chuẩn xác khái niệm quảng cáo sẽ là tiền đề, để ra các nguyên tắc hoàn thiện pháp luật quảng cáo. Các nguyên tắc cơ bản đó là:

Thứ nhất, về mặt lý luận, cần xác định quảng cáo có bản chất là một hoạt động thương mại và phải sử dụng các quy định của Luật Thương mại để điều chỉnh hoạt động quảng cáo. Điều này phù hợp với bản chất kinh tế của quảng cáo và thông lệ quốc tế. Ngay trong Pháp lệnh Quảng cáo (2001), mặc dù có mục đích điều chỉnh cả hoạt động quảng cáo có mục đích sinh lời và các hoạt động thông tin tuyên truyền thông qua các phương tiện thông tin đại chúng (mà Pháp lệnh coi là quảng cáo không có mục đích sinh lời), nhưng hầu hết các quy định, kể cả định nghĩa về “quảng cáo”, đều liên quan rất nhiều đến quảng cáo thương mại.

Thứ hai, xuất phát từ bản chất kinh tế của quảng cáo, nên phân cấp rõ thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo thuộc về cơ quan quản lý Nhà nước về thương mại. Thực tiễn quốc tế cũng cho phép học tập kinh nghiệm về vấn đề này. Ở Trung Quốc, các cơ quan quản lý Nhà nước về thương mại và công nghiệp cấp Tỉnh hoặc cấp cao hơn chịu trách nhiệm quản lý và giám sát hoạt động quảng cáo. Ở Hoa Kỳ, cơ quan liên bang có thẩm quyền điều tiết hoạt động quảng cáo là Hội đồng thương mại liên bang (FTC).

Thứ ba, do là một nhóm quy định thuộc lĩnh vực pháp luật thương mại nên quá trình hoàn thiện pháp luật quảng cáo phải chịu tác động của quá trình tự do hoá thương mại, đảm bảo tính minh bạch, phù hợp, đáp ứng yêu cầu của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực.

Các phân tích trên đây cho thấy, việc xác định chuẩn xác khái niệm “quảng cáo” là vấn đề quan trọng hàng đầu của quá trình hoàn thiện pháp luật quảng cáo ở Việt Nam. Quá trình này sẽ không thể được thực hiện triệt để và phù hợp khi còn tồn tại hai khái niệm riêng biệt: quảng cáo và quảng cáo thương mại, bởi vì đằng sau nó là sự tồn tại của hai nhóm văn bản pháp luật khác nhau, hai hệ thống cơ quan quản lý khác nhau và rất nhiều phiền toái cho các tổ chức, cá nhân hoạt động quảng cáo.