

QUẢNG CÁO SO SÁNH TRONG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH - MỘT NGHIÊN CỨU SO SÁNH LUẬT

Phan Huy Hồng*

Dường như trong quá trình soạn thảo Luật Cạnh tranh các nhà làm luật đã dồn hết tâm lực vào lĩnh vực pháp luật chống hạn chế cạnh tranh. Bởi vậy, một lĩnh vực khác có tầm quan trọng không kém đối với hoạt động kinh tế là pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh - mặc dù được quyết định đưa vào phạm vi điều chỉnh của Luật này - đã không được quan tâm đúng mức. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh được nêu tại Điều 39 Luật Cạnh tranh chỉ mới được định nghĩa một cách khái quát ở các điều khoản tiếp theo và tỏ ra rất khó áp dụng trong thực tế. Để các doanh nghiệp có thể nhận thấy ranh giới giữa sự hợp pháp và bất hợp pháp trong hành vi cạnh tranh của mình cũng như để cơ quan quản lý cạnh tranh có thể xử lý vụ việc khiếu nại hành vi cạnh tranh không lành mạnh phù hợp với mục tiêu mà pháp luật cạnh tranh đặt ra thì các yếu tố cấu thành hành vi bị cấm đều cần phải được xác định cụ thể và chính xác hơn tương tự như đối với các quy phạm pháp luật hình sự. Mặt khác một số quy định về hành vi cạnh tranh không lành mạnh cũng cần được xem xét lại tính phù hợp với mục tiêu mà Luật Cạnh tranh đã đặt ra.

Bài viết này là một nghiên cứu so sánh luật về một trong các quan hệ pháp luật cạnh tranh nhạy cảm nhất và được xử lý rất khác nhau trong các hệ thống pháp luật khác nhau, đó là quảng cáo so sánh. Được chọn để so sánh với pháp luật Việt Nam là các quy phạm pháp luật có cùng chức năng điều chỉnh của Liên minh châu Âu trong Chỉ thị số 84/450/EEC của Hội đồng Liên minh châu Âu ngày 10/9/1984 về hài hòa các quy phạm pháp luật và quy định hành chính của các nước thành viên về quảng cáo nhầm lẫn (Chỉ thị 84/450/EEC)¹, được sửa đổi bởi Chỉ thị số

97/55/EC của Nghị viện châu Âu và Hội đồng Liên minh châu Âu ngày 06/10/1997 nhằm bổ sung quy định về quảng cáo so sánh (Chỉ thị 97/55/EC)². Luật của Liên minh châu Âu được chọn để so sánh bởi lẽ nó xuất phát từ nhu cầu hài hòa các quy phạm pháp luật của các nước thành viên về vấn đề này vốn được xử lý rất khác nhau, và bởi vậy thể hiện sự đồng thuận cao trong quan điểm của các nhà làm luật châu Âu và vì thế có thể trở thành nguồn tham khảo cho lập pháp và hành pháp nước ta. Bên cạnh đó, bài viết còn phân tích một số phán quyết quan trọng của các tòa án CHLB Đức để minh họa các quy phạm pháp luật về quảng cáo so sánh được áp dụng như thế nào trong thực tiễn. Phán quyết của các tòa án CHLB Đức được chọn, bởi vì pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh của nước này cũng đã từng xem quảng cáo so sánh là bất hợp pháp, và như vậy trong sự phát triển có điểm tương đồng với pháp luật Việt Nam.

I. QUẢNG CÁO SO SÁNH VÀ QUẢNG CÁO SO SÁNH TRỰC TIẾP

1. Trước Luật Cạnh tranh, quảng cáo so sánh nằm trong danh mục quảng cáo bị cấm của Luật Thương mại 1997³. Pháp lệnh Quảng cáo 2001 tuy không liệt kê quảng cáo so sánh trong danh mục các hành vi bị cấm trong hoạt động quảng cáo, nhưng nó lại bị cấm theo quy định tại Nghị định hướng dẫn thi hành Pháp

administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising (Directive 84/450/EEC), Official journal No. L 250, 19/09/1984, p. 0017-0020.

² *Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising (Directive 97/55/EC)*, Official journal No. L 290, 23/10/1997, p. 0018 - 0023.

³ Xem khoản 2 Điều 192 Luật Thương mại 1997.

* TS Luật học, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

¹ *Council Directive of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and*

lệnh này⁴. Nhưng các văn bản pháp luật này đều không định nghĩa quảng cáo so sánh là gì, nghĩa là không nêu các yếu tố cấu thành để xác định như thế nào là quảng cáo so sánh. Thông thường, trong trường hợp đó ta được phép suy luận rằng nhà làm luật sử dụng khái niệm này theo cách hiểu thông dụng, phổ biến. Nhưng thực sự có một cách hiểu thông dụng, phổ biến thế nào là quảng cáo so sánh hay không? Có phải số đông người có một học vấn trung bình đều hiểu đồng chữ trong quảng cáo của một công ty phân phối sản phẩm điện tử “*có giá tốt nhất tại Việt Nam*” là một quảng cáo so sánh? Nếu đúng như vậy, sẽ không ít trong số họ đặt câu hỏi vì sao một quảng cáo như vậy lại bị cấm?

2. Người ta nhận thấy trong quá trình soạn thảo Luật Cạnh tranh các nhà soạn thảo luật đã có sự thay đổi quan điểm: Trong khi cho đến Dự thảo 14 quảng cáo so sánh còn bị cấm,⁵ thì Dự thảo 15 và cuối cùng là Luật Cạnh tranh “chỉ còn” cấm quảng cáo so sánh *trực tiếp*⁶. Do yêu cầu về nội dung của Tờ trình Chính phủ hay Tờ trình Quốc hội không đòi hỏi có sự giải thích, lập luận từng điều khoản của dự thảo luật, nên người thứ ba không biết được lý do của sự thay đổi quan điểm này. Khái niệm mới này cũng không được luật định nghĩa. Nhưng qua việc sử dụng khái niệm “quảng cáo so sánh trực tiếp” người ta nhận thấy có thể còn có “quảng cáo so sánh gián tiếp” và loại quảng cáo này không còn bị cấm nữa. Và câu hỏi nảy sinh, vậy quảng cáo với dòng chữ “*có giá tốt nhất tại Việt Nam*” là loại quảng cáo nào và bây giờ có bị cấm nữa không? Vấn đề này sẽ còn được đề cập lại.

3. Còn pháp luật Liên minh châu Âu hiểu thế nào là quảng cáo so sánh? Vì các nhà lập pháp Liên minh châu Âu nhận thấy rằng có sự hiểu khác nhau về khái niệm quảng cáo so sánh trong luật pháp của các nước thành viên, nên việc định nghĩa khái niệm này là cần thiết

vì mục tiêu hài hòa pháp luật, nên đã quyết định đưa ra một định nghĩa khái niệm. Căn cứ khoản 2a Điều 2 Chỉ thị số 84/450/EEC thì “quảng cáo so sánh là mọi quảng cáo làm nhận ra một cách trực tiếp hoặc gián tiếp một doanh nghiệp cạnh tranh hoặc các sản phẩm hoặc các dịch vụ mà một doanh nghiệp cạnh tranh cung ứng”⁷.

Theo định nghĩa này thì quảng cáo so sánh là quảng cáo làm cho các chủ thể mà nó hướng tới nhận ra đối tượng được so sánh với đối tượng được quảng cáo. Chủ thể mà quảng cáo nhằm tới không chỉ là người tiêu dùng, mà còn có thể là các doanh nghiệp có nhu cầu hợp tác hoặc nhu cầu về sản phẩm, dịch vụ được quảng cáo. Đối tượng được so sánh với đối tượng được quảng cáo có thể là một doanh nghiệp cạnh tranh, chẳng hạn trong một quảng cáo về doanh nghiệp; hoặc một sản phẩm, dịch vụ trong quảng cáo về sản phẩm, dịch vụ.

Tuy nhiên Chỉ thị này không giải thích rõ hơn thế nào là sự “*làm nhận ra một cách trực tiếp*” và sự “*làm nhận ra một cách gián tiếp*”. Đối với mục đích quy định thì điều đó cũng không cần thiết, bởi vì Chỉ thị này không phân biệt hậu quả pháp lý của cách thức mà người quảng cáo sử dụng để đi đến cùng một kết quả là chủ thể mà quảng cáo nhằm tới nhận ra một doanh nghiệp cạnh tranh hoặc các sản phẩm hoặc dịch vụ mà một doanh nghiệp cạnh tranh cung ứng. Bởi vậy pháp luật của Liên minh Châu Âu chỉ sử dụng một khái niệm duy nhất là “quảng cáo so sánh” (*comparative advertising*).

II. NHU CẦU VÀ LỢI ÍCH CỦA QUẢNG CÁO SO SÁNH

1. Trước khi Luật Cạnh tranh được ban hành, pháp luật Việt Nam cấm quảng cáo so sánh. Điều đó thể hiện rằng, trong thời kỳ này hoặc là nhà làm luật Việt Nam phủ định vai trò tích cực của phương thức quảng cáo này hoặc nhận thấy ở đó lợi ích mang lại cho người tiêu dùng không bù đắp được tác động

⁴ Xem Điều 5 Pháp lệnh Quảng cáo 2001, khoản 7 Điều 3 Nghị định 24/2003/NĐ-CP ngày 13/3/2003 quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh Quảng cáo.

⁵ Xem khoản 2 Điều 32 Dự thảo 14 Luật Cạnh tranh.

⁶ Xem khoản 1 Điều 45 Luật Cạnh tranh.

⁷ “Comparative advertising” means any advertising which explicitly or by implication identifies a competitor or goods or services offered by a competitor”.

tiêu cực của nó đối với môi trường kinh doanh hay là sự “lợi bất cập hại”.

2. Quy định về quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh theo Luật Cạnh tranh cho thấy quan điểm của nhà làm luật này là không phải mọi hình thức quảng cáo so sánh đều tác động tiêu cực đến cạnh tranh, bởi vậy chỉ còn sự “so sánh trực tiếp” thuộc danh mục các hành vi bị cấm trong hoạt động quảng cáo. Các nhà làm Luật Thương mại 2005 cũng đã sửa đổi quy định tương ứng để phù hợp với Luật Cạnh tranh⁸. Nhưng ở tất cả các quy định này ta thấy các nhà làm luật đều tiếp cận đối tượng điều chỉnh bằng cùng một cách thức, đó là nhằm vào phương pháp so sánh, chứ không nhằm vào nội dung so sánh. Nhằm vào phương pháp so sánh, các nhà làm luật phân biệt giữa so sánh gián tiếp (ngụ ý) và so sánh trực tiếp để cấm phương pháp so sánh trực tiếp. Nhưng nếu họ nhằm vào nội dung của sự so sánh thì sự phân biệt trên là không cần thiết. Thay vào đó phải là các tiêu chí để xác định một quảng cáo là khách quan hay không khách quan. Ta nhận thấy, với cách thức tiếp cận đối tượng điều chỉnh như của Luật Cạnh tranh và Luật Thương mại 2005 thì có thể xảy ra trường hợp một quảng cáo so sánh gián tiếp nhưng không khách quan⁹ thì được xem là được phép, còn một quảng cáo so sánh trực tiếp nhưng khách quan lại không được phép. Điều đó làm nảy sinh câu hỏi liệu quy định như vậy có công bằng hay không?

3. Còn các nhà làm luật của Liên minh châu Âu nhìn nhận như thế nào về vai trò của quảng cáo so sánh? Với khái niệm quảng cáo so sánh như đã trích dẫn trên, họ cho rằng “quảng cáo so sánh có thể khuyến khích sự cạnh tranh giữa các nhà cung ứng hàng hóa và dịch vụ vì lợi ích của người tiêu dùng”¹⁰. Và trong bối cảnh của sự đa dạng về hàng hóa và dịch vụ trong Thị trường chung thì “quảng

cáo so sánh có thể là một phương tiện hợp pháp nhằm thông tin cho người tiêu dùng về các ưu thế của hàng hóa và dịch vụ, nếu nó so sánh các đặc tính căn bản, liên quan, có thể kiểm chứng và tiêu biểu và không gây nhầm lẫn”¹¹. Như vậy, dưới những điều kiện nhất định quảng cáo so sánh có thể tác động tích cực tới cạnh tranh. Thông qua sự thông tin đến khách hàng về ưu thế của hàng hóa, dịch vụ thì sự cạnh tranh giữa các nhà cung ứng sản phẩm, dịch vụ đó được kích thích. Với nhận thức như vậy, các nhà làm luật Liên minh châu Âu không cấm quảng cáo so sánh nói chung hay một phương thức quảng cáo nhất định nào, mà đặt ra các tiêu chí làm cơ sở để đánh giá một quảng cáo so sánh có đạt được mục tiêu thông tin đến khách hàng và khuyến khích cạnh tranh giữa các nhà cung ứng hay không và như vậy có thể được xem là hợp pháp hay không.

4. Xét về mặt mục tiêu của các quy định về chống quảng cáo không lành mạnh, ta không thấy sự khác biệt giữa Luật Cạnh tranh Việt Nam và pháp luật của Liên minh châu Âu. Tuy nhiên sự khác biệt lớn lại nằm ở sự lựa chọn biện pháp để thực hiện mục tiêu.

III. ĐIỀU KIỆN HỢP PHÁP CỦA QUẢNG CÁO SO SÁNH

1. Trước Luật Cạnh tranh thì mọi phương thức quảng cáo so sánh đều bị cấm, bởi vậy vấn đề dưới điều kiện nào thì một quảng cáo so sánh được xem là hợp pháp không hề được đặt ra. Trong thực tế, quảng cáo so sánh diễn ra phổ biến và thường xuyên. Cơ quan chức năng không can thiệp. Các doanh nghiệp hầu như không khiếu nại lẫn nhau liên quan đến quảng cáo so sánh. Bởi lẽ, một mặt đại đa số quảng cáo so sánh không làm tổn hại đến lợi ích chính đáng của họ, mặt khác việc khiếu nại doanh nghiệp khác áp dụng phương pháp quảng cáo so sánh là không có lợi khi chính mình cũng cần sử dụng phương pháp này.

⁸ Xem khoản 6 Điều 109 Luật Thương mại 2005.

⁹ Ở đây cần lưu ý rằng, sự không khách quan có thể biểu hiện ở các cấp độ khác nhau, và có thể vi phạm các quy định cấm khác, như quảng cáo gian dối.

¹⁰ Xem: 16th Recital of Directive 97/55/EC: “... comparative advertising can also stimulate competition between suppliers of goods and services to the consumer's advantage”.

¹¹ 5th Recital of Directive 97/55/EC: “... comparative advertising, when it compares material, relevant, verifiable and representative features and is not misleading, may be a legitimate means of informing consumers of their advantage”.

2. Luật Cạnh tranh và Luật Thương mại 2005 chỉ còn cấm quảng cáo so sánh trực tiếp. Nhưng một khi các luật này không định nghĩa thế nào là quảng cáo so sánh thì chúng cũng không đưa ra các tiêu chí để xác định và phân biệt giữa phương pháp quảng cáo so sánh trực tiếp và gián tiếp.

3. Trong khi đó các nhà làm luật Liên minh châu Âu cho rằng phải đặt ra các điều kiện mà một quảng cáo so sánh phải đáp ứng để được xem là hợp pháp. Các điều kiện này cần phải chứa đựng các tiêu chí đảm bảo sự *so sánh tính chất* của hàng hóa, dịch vụ một cách khách quan. Còn một quảng cáo chỉ nhằm *so sánh giá cả* của hàng hóa, dịch vụ thì cũng cần được xem là hợp pháp, nếu nó đáp ứng được một số điều kiện, đặc biệt là không được gây nhầm lẫn¹².

4. Trên cơ sở đó Chỉ thị 97/55/EC quy định, một quảng cáo so sánh, trong chừng mực liên quan đến sự so sánh, được xem là hợp pháp, nếu các điều kiện sau đây được đáp ứng¹³:

- a) Quảng cáo đó không gây nhầm lẫn¹⁴;
- b) Quảng cáo đó so sánh hàng hóa hoặc dịch vụ cho cùng một nhu cầu hoặc có cùng một mục đích sử dụng;
- c) Quảng cáo đó so sánh một cách khách quan một hoặc nhiều tính chất căn bản, liên quan, có thể kiểm chứng được và tiêu biểu của hàng hóa và dịch vụ, có thể bao gồm cả giá cả;
- d) Quảng cáo đó không được tạo ra trên thị trường sự nhầm lẫn giữa người quảng cáo và một doanh nghiệp cạnh tranh hoặc giữa nhãn hiệu hàng hóa, thương hiệu, các dấu hiệu phân biệt khác, giữa hàng hóa hoặc dịch

vụ của người quảng cáo và của một doanh nghiệp cạnh tranh;

e) Quảng cáo đó không hạ thấp uy tín hoặc gièm pha đối với nhãn hiệu hàng hóa, thương hiệu hoặc các dấu hiệu phân biệt khác hay hàng hóa, dịch vụ, công việc hoặc các quan hệ của một doanh nghiệp cạnh tranh;

f) Đối với hàng hóa có chỉ dẫn địa lý thì trong mọi trường hợp quảng cáo so sánh phải nhằm vào các hàng hóa có cùng chỉ dẫn địa lý;

g) Quảng cáo đó không lợi dụng danh tiếng của một nhãn hiệu, thương hiệu hoặc dấu hiệu phân biệt của một doanh nghiệp cạnh tranh hoặc chỉ dẫn địa lý của các sản phẩm cạnh tranh một cách không công bằng;

h) Quảng cáo đó không miêu tả một hàng hóa hoặc một dịch vụ (của đối thủ cạnh tranh) là sự bắt chước hoặc sao chép một hàng hóa hoặc dịch vụ có nhãn hiệu được bảo hộ hoặc có thương hiệu được bảo hộ (của người quảng cáo).

Quy định quảng cáo so sánh không được gây nhầm lẫn có nghĩa là một quảng cáo không đáp ứng điều kiện này đồng thời bị cấm theo quy định về quảng cáo gây nhầm lẫn hay một quảng cáo gây nhầm lẫn có thể được thực hiện bằng phương pháp so sánh.

Quy định quảng cáo so sánh phải nhằm so sánh hàng hóa hoặc dịch vụ cho cùng một nhu cầu hoặc cho cùng một mục đích sử dụng xuất phát từ quan điểm cho rằng chỉ có hàng hóa hoặc dịch vụ như vậy mới có thể được so sánh với nhau một cách khách quan.

Quảng cáo so sánh phải nhằm vào một hoặc nhiều tính chất căn bản, liên quan, có thể kiểm chứng được và tiêu biểu của hàng hóa và dịch vụ. Giá cả cũng được xem là một yếu tố có thể so sánh. Những so sánh như vậy phải khách quan, nói một cách khác là phải đúng sự thật. Yêu cầu "có thể kiểm chứng được" đòi hỏi trong trường hợp tranh chấp người quảng cáo so sánh phải đưa ra được các bằng chứng chứng minh cho tính khách quan của sự so sánh.

5. Từ góc độ so sánh luật có hai vấn đề đặt ra đối với pháp luật cạnh tranh Việt Nam như sau: Thứ nhất, các điều kiện để một quảng cáo so sánh được xem là hợp pháp mà

¹² Xem: 7th, 8th Recital of Directive 97/55/EC.

¹³ Xem Điều 3a Chỉ thị 84/450/EEC (Điều 3a được bổ sung bởi Chỉ thị 97/55/EC).

¹⁴ Xem mục 2 Điều 2, Điều 3 và khoản 1 Điều 7 Chỉ thị 84/450/EEC. Một quảng cáo gây nhầm lẫn nếu nó đánh lừa hoặc phù hợp để đánh lừa người mà nó nhằm tới hoặc đến được và trên cơ sở sự đánh lừa chứa đựng trong đó có thể tác động tới hành vi kinh tế của người đó hoặc gây hại hoặc phù hợp để gây hại doanh nghiệp cạnh tranh. Để đánh giá một quảng cáo có gây nhầm lẫn hay không thì cần phải xem xét tất cả các nội dung của quảng cáo đó.

pháp luật Liên minh châu Âu đặt ra có thể sử dụng được cho *quảng cáo so sánh gián tiếp* ở Việt Nam hay không? Thứ hai, pháp luật cạnh tranh Việt Nam có thể thừa nhận tính hợp pháp của một *quảng cáo so sánh trực tiếp* nhưng đáp ứng các điều kiện nêu trên hay không? Nếu xem xét cả hai vấn đề từ góc độ mục tiêu của pháp luật cạnh tranh thì câu trả lời thứ nhất là “được” và câu trả lời thứ hai là “nên”. Bởi vì các điều kiện đó đều nhằm và có khả năng đảm bảo cạnh tranh công bằng, đảm bảo người tiêu dùng được cung cấp thông tin khách quan về doanh nghiệp, hàng hóa và dịch vụ.

IV. LUẬT CẠNH TRANH VÀ QUẢNG CÁO SO SÁNH: ÁP DỤNG THẾ NÀO?

1. Trước khi các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu có nghĩa vụ nội luật hóa các quy định của Chỉ thị 84/450/EEC và Chỉ thị 97/55/EG¹⁵ thì pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh của các quốc gia này nhìn nhận quảng cáo so sánh với thái độ rất khác nhau, được xem từ hợp pháp đến bất hợp pháp. Như vậy thái độ không nhất quán của các nhà làm luật Việt Nam đối với quảng cáo so sánh cũng không có gì là lạ. Tuy nhiên, nay pháp luật cạnh tranh Việt Nam cũng đã thừa nhận quảng cáo so sánh, trừ phi quảng cáo đó được thực hiện bằng phương pháp so sánh trực tiếp. Nhưng đối với quảng cáo so sánh dùng phương pháp gián tiếp được thừa nhận này thì pháp luật cũng không đưa ra một tiêu chí nào để làm cơ sở xem xét một quảng cáo so sánh cụ thể có hợp pháp hay không. Bởi vì một quảng cáo so sánh gián tiếp cũng có thể là bất hợp pháp, nếu nó “trái với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh, gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng” (khoản 4 Điều 3 Luật Cạnh tranh).

Như vậy, ngay đối với quảng cáo so sánh gián tiếp cũng cần có các tiêu chí cụ thể để xem xét tính hợp pháp của nó.

2. Đến nay các quốc gia thành viên châu Âu đều đã nội luật hóa các quy định của hai Chỉ thị nêu trên. Riêng quy định về quảng cáo so sánh đều đã được pháp luật quốc gia tiếp nhận nguyên văn. Các ví dụ trình bày sau đây từ thực tiễn áp dụng pháp luật và thực tiễn tài phán ở các quốc gia này cho thấy rằng các điều kiện nêu trong Chỉ thị 97/55/EC đối với quảng cáo so sánh là “khả thi”.

3. Về thế nào là quảng cáo so sánh và quảng cáo so sánh hạ thấp uy tín hoặc gièm pha hàng hóa, dịch vụ của đối thủ cạnh tranh (mục e Điều 3a Chỉ thị 84/450/EEC): Trong vụ kiện giám đốc thẩm “Chào giá dùng thử” (*Testpreis-Angebot*) Tòa án (dân sự và hình sự) Liên bang Đức (*Bundesgerichtshof - BGH*)¹⁶ phải xem xét yêu cầu của nguyên đơn (là một công ty thương mại của Đức chuyên kinh doanh mặt hàng của một nhà sản xuất dụng cụ thể thao có tên tuổi của Mỹ, chủ yếu là dụng cụ chơi golf và tennis) kiện đòi cấm bị đơn (là người kinh doanh dụng cụ tennis) nhắc lại quảng cáo có nội dung “chúng tôi không bán cho các Ngài loại vợt sợi tổng hợp rẻ tiền”¹⁷ và đề nghị tòa án khẳng định nghĩa vụ bồi thường thiệt hại của bị đơn đối với nguyên đơn trong trường hợp nguyên đơn bị thiệt hại do quảng cáo đó gây ra. Với hai yêu cầu này nguyên đơn đã thắng kiện ở cả ba cấp xét xử sơ thẩm, phúc thẩm và giám đốc thẩm. Tòa giám đốc thẩm (BGH) đồng tình với nhận định của tòa phúc thẩm (OLG Munich) cho rằng đây là một quảng cáo so sánh, bởi vì qua đó bị đơn đã làm cho đối tượng mà quảng cáo hướng tới nhận ra một cách rõ ràng các doanh nghiệp cạnh tranh khác cũng như các hàng hóa của họ. Quảng cáo này nhằm vào tất cả các nhà kinh doanh các dụng cụ vợt làm bằng sợi tổng hợp (sợi thủy tinh-chì), trong đó có cả nguyên

¹⁵ Chỉ thị (Directive) là loại văn bản pháp quy không có hiệu lực áp dụng trực tiếp tại các quốc gia thành viên, nhưng các quốc gia này có nghĩa vụ nội luật hóa các quy định của chỉ thị trong thời hạn nêu trong chỉ thị. Chỉ thị 97/55/EC phải được các quốc gia thành viên nội luật hóa chậm nhất đến ngày 23/4/2000.

¹⁶ Xem bản án của BGH ngày 05.02.98, số hồ sơ: I ZR 211/95, nguồn: WRP 1998, 718 (hoặc có thể lấy từ <http://www.jurpc.de/rechtspr/19980145.htm>).

¹⁷ Nguyên văn: “Billige Composite Rackets (Graphite-Fiberglas) muten wir Ihnen nicht zu”

đơn. Quảng cáo này cũng hạ thấp uy tín của một nhóm sản phẩm một cách “chụp mũ”, đây là những vợt tennis cùng chủng loại.

Tuy nhiên Tòa phúc thẩm (OLG Munich) lại kết án bị đơn căn cứ theo quy định tại Điều 1 Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh của Đức năm 1986¹⁸, theo đó về nguyên tắc quảng cáo so sánh là không phù hợp với đạo đức kinh doanh, kể cả khi các khẳng định và các đánh giá được nêu ra trong quảng cáo là trung thực và đúng, bởi vì mọi quảng cáo nhằm nâng cao sản phẩm của mình thông qua so sánh hạ thấp doanh nghiệp cạnh tranh thì đều không phù hợp với các nguyên tắc của cạnh tranh thực chất (cạnh tranh năng lực). Bị đơn không được đánh giá bằng một hình thức hạ thấp uy tín một cách không cần thiết về sản phẩm của doanh nghiệp cạnh tranh.

Trong khi đó tòa giám đốc thẩm (BGH) lại quyết định căn cứ trên sự giải thích luật phù hợp với Chỉ thị 84/450/EEC, theo đó quảng cáo so sánh là hợp pháp, nếu nó đáp ứng các điều kiện quy định tại Điều 3a của Chỉ thị này¹⁹. Trường hợp này là một quảng cáo so sánh, nhưng lại là một quảng cáo so sánh hạ thấp uy tín đúng như tòa phúc thẩm đã nhận định.

Như vậy, vụ kiện này đồng thời cho thấy rằng luật pháp Đức đã từng có một thái độ phủ nhận quảng cáo so sánh trên nguyên tắc, nhưng luật mới trên cơ sở nội luật hóa pháp luật châu Âu lại công nhận trên nguyên tắc tính hợp pháp của quảng cáo so sánh nếu nó đáp ứng một số điều kiện.

4. Về quảng cáo so sánh giá (mục c Điều 3a Chỉ thị 84/450/EEC): Trong vụ kiện giám đốc thẩm “Bảng so sánh giá”

(*Preisvergleichsliste II*)²⁰ thì nguyên đơn là công ty sản xuất công cụ chuyên dụng cho các doanh nghiệp sản xuất đồ gỗ và bán sản phẩm của mình trên toàn Liên bang thông qua hệ thống các đại diện thương mại. Còn các bị đơn là nhóm cá nhân tập hợp dưới tên gọi “trung tâm thông tin và mua sắm cho các doanh nghiệp chế biến gỗ và nhựa”. Các bị đơn đề nghị các doanh nghiệp sản xuất đồ gỗ cung cấp cho họ các hóa đơn mua sắm các loại công cụ loại này, để họ lập ra các bảng so sánh giá trên cơ sở các thông tin có được, trong đó họ liệt kê các mặt hàng, các nhà cung cấp và giá cả của từng nhà cung cấp cùng với ngày xuất hóa đơn. Sau đó họ gửi tới các doanh nghiệp sản xuất đồ gỗ một bức thư, trong đó họ trích một phần bảng so sánh giá để chỉ cho các doanh nghiệp này thấy giá rẻ nhất cho từng mặt hàng và đề nghị các doanh nghiệp đó trả một lần khoản tiền 85 DM và một khoản tiền 37,50 DM cho “toàn bộ 3.500 thông tin về giá” cũng như đề nghị họ đặt mua “bảng so sánh giá định kỳ”. Đồng thời các bị đơn mời chào các doanh nghiệp này mua các sản phẩm đó thông qua họ với giá tốt nhất theo bảng so sánh giá cộng với một khoản hoa hồng bằng 6% giá mua.

Nguyên đơn cho rằng hành vi của các bị đơn là vi phạm Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh năm 1986, bởi vì các bảng so sánh giá được bị đơn gửi đi không những không khách quan mà còn không đầy đủ, các nhà cung cấp có giá cao nhất còn bị phân biệt đối xử còn vì chỉ có ít sản phẩm của họ được liệt kê trong đó. Ngoài ra cách thức lựa chọn của các bị đơn tiềm ẩn nhiều nguy cơ cho sự gian dối. Như vậy bảng so sánh đó không đáp ứng các điều kiện để được xem là hợp pháp trong trường hợp ngoại lệ²¹. Nguyên đơn yêu cầu tòa án buộc các bị đơn không được tiến hành tiếp quảng cáo đó và đe dọa phạt trong trường hợp tái phạm.

²⁰ Xem bản án của BGH ngày 23.04.98, số hồ sơ: I ZR 2/96. Có thể lấy từ: <http://www.jurpc.de/rechtspr/19980145.htm>

²¹ Theo luật Chống cạnh tranh không lành mạnh của Đức năm 1986 thì về nguyên tắc quảng cáo so sánh là bất hợp pháp.

¹⁸ Đây là luật cũ, đã được thay thế bằng luật Chống cạnh tranh không lành mạnh năm 2004.

¹⁹ Thời điểm Tòa giám đốc thẩm tuyên án thì Chỉ thị 97/55/EC chưa được nội luật hóa trong luật Đức, nhưng Tòa giám đốc thẩm đã quyết định giải thích áp dụng luật phù hợp với quy định của Chỉ thị này; nay toàn bộ quy định tại Điều 3a Chỉ thị 84/450/EEC (Điều 3a được bổ sung bởi chỉ thị 97/55/EC) được tiếp nhận và trở thành quy định tại Điều 6 Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh của Đức năm 2004 (UWG 2004).

Còn các bị đơn cho rằng giữa họ và nguyên đơn không tồn tại quan hệ cạnh tranh. Các bảng so sánh giá được gửi đi về mặt nội dung là đúng; các doanh nghiệp được gửi thư đến biết rằng một bảng so sánh giá như vậy tất nhiên không thể đầy đủ.

Tòa sơ thẩm đã tuyên án bị đơn như yêu cầu của nguyên đơn. Trên cơ sở kháng nghị phúc thẩm của các bị đơn tòa phúc thẩm đã bác đơn kiện của nguyên đơn. Trên cơ sở kháng nghị giám đốc thẩm của nguyên đơn tòa giám đốc thẩm (BGH) đã hủy bản án phúc thẩm và chuyển vụ việc về cho tòa phúc thẩm xét xử lại.

Trong phần lập luận bản án, tòa giám đốc thẩm đã đối lập quan điểm với tòa phúc thẩm trong một số vấn đề đặc biệt quan trọng đối với việc áp dụng Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh.

Tòa phúc thẩm cho rằng giữa nguyên đơn và các bị đơn không tồn tại quan hệ cạnh tranh trực tiếp, vì các bị đơn không hề sản xuất các mặt hàng đó và như vậy không so sánh giá của họ với giá của các doanh nghiệp sản xuất cạnh tranh với nhau trong đó có nguyên đơn. Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh (1986) chỉ cấm so sánh giá giữa các doanh nghiệp có mối quan hệ cạnh tranh trực tiếp với nhau, nghĩa là chỉ cấm trường hợp các bị đơn so sánh giá của họ với giá của các doanh nghiệp khác. Còn trong trường hợp này thì các bị đơn chỉ tạo cơ hội cho các doanh nghiệp chế biến gỗ mua được hàng từ nhà cung cấp với giá tốt nhất để lấy khoản hoa hồng 6%. Như vậy họ chỉ so sánh giá của người khác với nhau, chứ không so sánh giá của người khác với giá của mình. Việc một người không tham gia vào cuộc cạnh tranh giá so sánh giá của các doanh nghiệp cạnh tranh với nhau là không vi phạm luật cạnh tranh.

Trong khi đó tòa giám đốc thẩm lại cho rằng các quy định về quảng cáo so sánh không chỉ áp dụng cho các trường hợp có sự so sánh giá của mình với giá của các doanh nghiệp cạnh tranh, mà áp dụng cả đối với trường hợp người so sánh chỉ so sánh giá của các doanh nghiệp khác cạnh tranh với nhau. Tiêu chí để xác định có tồn tại một quan hệ

cạnh tranh với nhau hay không chỉ là việc so sánh hàng hóa hay giá cả được công bố có nhằm mục đích cạnh tranh hay không, có nghĩa là về mặt khách quan và chủ quan có tác động tới vị thế cạnh tranh của chính mình hay của những doanh nghiệp khác hay không. Như vậy, chẳng hạn sự so sánh giá do một tổ chức khuyến khích tiêu thụ dầu đốt (*fuel oil*), cho dù bản thân tổ chức này không bán dầu đốt, cũng phải được xem xét trên cơ sở các tiêu chí của pháp luật cạnh tranh được xây dựng cho việc so sánh giá. Ngược lại, việc công bố kết quả thử hàng hóa hoặc giá cả của các hiệp hội người tiêu dùng, các nhà xuất bản và các tổ chức trung lập như "*Stiftung Warentest*" thì về nguyên tắc được xem là phù hợp với pháp luật cạnh tranh, trong chừng mực - và thực tế là như vậy - họ không hành động vì mục đích cạnh tranh. Trong trường hợp này các bị đơn đã gửi cho những người thứ ba bảng so sánh giá của họ nhằm tác động đến sự cạnh tranh của chính mình cũng như của doanh nghiệp khác; họ cũng nhắm tới cùng nhóm khách hàng của nguyên đơn và vì vậy cũng cạnh tranh với nguyên đơn.

Như vậy, trong trường hợp này đơn kiện của nguyên đơn không thể bị bác bỏ vì lý do không tồn tại quan hệ cạnh tranh giữa nguyên đơn và bị đơn. Tòa giám đốc thẩm đã hủy bản án và chuyển cho tòa phúc thẩm xét xử lại. Trong đó tòa giám đốc thẩm nêu quan điểm là tính hợp pháp của so sánh giá trong trường hợp này phải được xem xét dựa trên các tiêu chí nêu tại Điều 3a Chỉ thị 84/450/EEC²². Điều đó có nghĩa là sự so sánh giá không còn bị cấm trên nguyên tắc với tư cách là quảng cáo so sánh nữa. Theo luật Đức thì một quảng cáo so sánh chỉ được xem là hợp pháp trong trường hợp ngoại lệ, nếu nó không nêu đích danh cũng như không làm lộ một cách không cần thiết danh tính các doanh nghiệp cạnh tranh khác, sự so sánh có lý do chính đáng như tồn tại đáng kể nhu cầu được giải thích

²² Vào thời điểm đó các quy định của Chỉ thị 97/55/EC chưa được nội luật hóa, nhưng với bản án của BGH ngày 05.02.98 trong vụ kiện "Chào giá dùng thử" nói trên đây tòa án này đã quyết định áp dụng luật Đức phù hợp với quy định của Chỉ thị này.

của công chúng, các thông tin nằm trong giới hạn của sự cần thiết và trung thực. Còn theo Chỉ thị 97/55/EC thì quảng cáo so sánh, bao gồm cả so sánh giá là hợp pháp nếu nó đáp ứng các điều kiện nêu tại điều 3a Chỉ thị 84/450/EEC. Đối với so sánh giá đó là yêu cầu về tính khách quan, về khả năng kiểm chứng thông tin. Các yêu cầu này đòi hỏi quảng cáo so sánh phải chứa đựng các nội dung có thể kiểm chứng một cách khách quan, chẳng hạn trong trường hợp này các doanh nghiệp nhận được quảng cáo có thể xác nhận lại thông tin thông qua các bị đơn hoặc qua chính các nhà cung cấp được nêu trong bảng so sánh giá. Ngoài ra quảng cáo so sánh cũng không được gây nhầm lẫn²³.

5. Tại đây ta có thể quay trở lại với ví dụ quảng cáo “có giá tốt nhất tại Việt Nam” của một công ty phân phối sản phẩm điện tử. Ở ví dụ này nảy sinh các câu hỏi như: Đây có phải là một quảng cáo so sánh? Nếu đây là quảng cáo so sánh thì thuộc loại so sánh trực tiếp hay gián tiếp? Quảng cáo đó có phù hợp với Luật Cạnh tranh không hay xem xét quảng cáo đó trên cơ sở Luật cạnh tranh có cho ta một kết quả công bằng hay không?

Rõ ràng đây là một quảng cáo so sánh. Khách hàng có thể mua ở đó với “giá tốt nhất Việt Nam” các sản phẩm điện tử như của các nhà phân phối khác. Như vậy đối tượng so sánh không phải là các sản phẩm điện tử của các nhà sản xuất khác nhau, mà là giá bán của cùng các loại sản phẩm điện tử tại nhà phân phối này với giá bán tại các nhà phân phối khác. Ở đây tồn tại mối quan hệ cạnh tranh giữa các nhà phân phối.

Mặc dù không một nhà phân phối cạnh tranh cụ thể nào được nhắc đến trong quảng cáo, nhưng với việc sử dụng tính từ ở cấp so sánh cao nhất (tốt nhất) người quảng cáo đã so sánh giá của mình với giá của *tất cả* các nhà phân phối còn lại trên lãnh thổ Việt Nam. Như vậy, đây không còn là sự so sánh gián tiếp mà là một sự so sánh trực tiếp. Và khi một sản phẩm được đưa ra thị trường và trở thành hàng hóa thì giá cả là một trong các

tính chất căn bản của hàng hóa, bởi vậy so sánh giá cũng là so sánh hàng hóa.²⁴

Quảng cáo “so sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác” thì bị cấm (khoản 1 Điều 45 Luật Cạnh tranh). Tuy nhiên vấn đề là quy định cấm này có bao hàm cả mối quan hệ cạnh tranh giữa các nhà phân phối hay không hay chỉ nhằm vào quan hệ cạnh tranh giữa các nhà sản xuất và cung ứng dịch vụ?

Nếu cho rằng quy định này chỉ nhằm vào quảng cáo của các nhà sản xuất hay cung ứng dịch vụ (bởi vì chỉ có nhà sản xuất hay cung ứng dịch vụ mới có “hàng hóa, dịch vụ của mình”) thì đồng thời cũng phải thừa nhận là Luật Cạnh tranh đã tạo ra một lỗ hổng ngoài ý muốn: Luật Cạnh tranh chỉ cấm quảng cáo so sánh trực tiếp của nhà sản xuất, cung ứng dịch vụ mà không cấm quảng cáo so sánh trực tiếp của nhà phân phối và qua đó tạo nên sự phân biệt đối xử.

Còn nếu cho rằng quy định cấm này cũng nhằm cả vào mối quan hệ cạnh tranh giữa các nhà phân phối (bằng lập luận rằng hàng hóa mà nhà phân phối bán chính là hàng hóa của họ theo ý nghĩa của quy định này),²⁵ thì quảng cáo trên cũng phải bị cấm vì đây là quảng cáo trực tiếp.

Nhưng trong trường hợp này lại nảy sinh câu hỏi, tại sao một quảng cáo như vậy lại bị cấm, nếu như nó trung thực, đúng và có thể kiểm chứng? Khách hàng hoàn toàn có thể phải trả các giá khác nhau cho cùng một loại hàng hóa ở các nhà phân phối khác nhau. Một nhà phân phối trên cơ sở các thông tin có được (cũng như trên cơ sở các toan tính kinh doanh) hoàn toàn có thể đưa ra “giá tốt nhất” và khẳng định đây là “giá tốt nhất” đối với hàng

²⁴ Trong luật của Liên minh châu Âu thì điều này là rõ ràng, bởi vì căn cứ khoản 2c Điều 3a Chỉ thị 84/450/EEC thì tính chất căn bản của hàng hóa và dịch vụ bao gồm cả giá cả.

²⁵ Trong khi đó, các phân tích trên đây cho thấy luật của Liên minh châu Âu không chỉ giới hạn áp dụng quy định về quảng cáo so sánh của các nhà sản xuất, cung ứng dịch vụ mà cả quảng cáo so sánh của các nhà phân phối, miễn là quảng cáo nhằm tác động vào một mối quan hệ cạnh tranh cụ thể.

²³ Xem chú thích 14.

hóa mà mình kinh doanh. Cấm một quảng cáo như vậy chỉ vì nó là quảng cáo so sánh trực tiếp là không phù hợp với mục đích của Luật Cạnh tranh là khuyến khích cạnh tranh công bằng và sự thông tin đầy đủ, khách quan cho người tiêu dùng. Bởi vậy chỉ (nên) áp dụng quy định cấm tại khoản 3a Điều 45 Luật Cạnh tranh, khi mà một quảng cáo so sánh giá như vậy chứa đựng thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng về giá cả.

6. Bên cạnh ví dụ quảng cáo “có giá tốt nhất” nêu trên chúng ta còn thấy trong thực tiễn phương pháp so sánh được sử dụng trong quảng cáo ngày càng phổ biến. Người tiêu dùng gần như thường xuyên bắt gặp các quảng cáo sản phẩm so sánh với “sản phẩm thường” như “bột giặt thường”, “kem đánh răng thường” hay “xà bông thường”... ở loại quảng cáo này việc phân biệt đây là quảng cáo so sánh trực tiếp (làm cho người tiêu dùng nhận ra một cách trực tiếp các sản phẩm hay doanh nghiệp cạnh tranh nào được đưa ra so sánh) hay quảng cáo so sánh gián tiếp (làm cho người tiêu dùng nhận ra một cách gián tiếp (thông qua suy luận) các sản phẩm hay doanh nghiệp cạnh tranh nào được đưa ra so sánh) trở nên rất khó khăn, thậm chí không thể có quan điểm chung trong kết luận. Bởi vì một điều rất tự nhiên là không có sự rành mạch giữa ranh giới so sánh trực tiếp với so sánh gián tiếp. Đây cũng là lý do để các nhà làm luật châu Âu không phân biệt hậu quả pháp lý của quảng cáo so sánh trực tiếp và quảng cáo so sánh gián tiếp, cũng như không đòi hỏi sự phân biệt này khi xem xét tính hợp pháp của một quảng cáo so sánh. Thay vì làm việc đó họ đưa ra các điều kiện cụ thể mà một quảng cáo so sánh phải đáp ứng để được xem là hợp pháp.

V. THAY LỜI KẾT

Xét cho cùng, không có sự khác biệt căn bản trong mục tiêu của các pháp luật cạnh tranh khác nhau. Tựu trung lại chúng đều nhằm bảo vệ một môi trường cạnh tranh công bằng và qua đó khuyến khích cạnh tranh. Ở đây ta nhận thấy có sự tương đồng căn bản giữa pháp luật cạnh tranh Việt Nam và pháp luật của Liên minh châu Âu cũng như của các

quốc gia thành viên Liên minh này. Nhưng có sự khác biệt đáng kể trong việc lựa chọn các phương pháp cũng như biện pháp thực hiện mục tiêu này. Trước khi Chỉ thị 97/55/EC được ban hành và nội luật hóa, thái độ của các quốc gia thành viên đối với quảng cáo so sánh là rất khác nhau: Có luật nhìn nhận quảng cáo so sánh là không phù hợp với đạo đức kinh doanh, có luật lại cho rằng đây là phương tiện hợp pháp có thể tác động tích cực đến cạnh tranh và nhu cầu được thông tin cho người tiêu dùng. Pháp luật Việt Nam cũng vậy, từ chỗ quảng cáo so sánh bị cấm hoàn toàn nay chỉ còn quảng cáo so sánh trực tiếp là bị cấm.

Dù tương đồng trong mục tiêu, nhưng khác biệt trong phương pháp cũng như biện pháp thực hiện mục tiêu thông thường có thể dẫn đến hiệu quả khác nhau trong áp dụng luật. Ở Đức, luật mới thoát đầu được giới doanh nghiệp đón nhận một cách thận trọng. Nhưng nhờ luật đưa ra được các điều kiện cụ thể mà trên cơ sở đó cùng với các nguyên tắc được tòa BGH phát triển thông qua công tác tài phán các doanh nghiệp có thể tự đánh giá được các rủi ro pháp lý (nguy cơ bị doanh nghiệp cạnh tranh kiện). Sau năm năm thực hiện luật mới, ngày nay tại đây quảng cáo so sánh đã trở thành một công cụ marketing rất được doanh nghiệp ưa chuộng, bởi vì nó không chỉ giúp họ làm nổi bật hàng hóa, dịch vụ của mình so với hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp cạnh tranh, mà còn giúp người tiêu dùng tiết kiệm được công sức khi không phải thu thập thông tin để tự so sánh một cách vất vả. Còn ở Việt Nam quảng cáo có nội dung so sánh cũng đã trở nên phổ biến. Nhưng đồng thời cũng xuất hiện nhiều phản nản và sự nghi ngờ về tính hợp pháp của nhiều quảng cáo như vậy. Các quy phạm về quảng cáo so sánh đưa ra được các điều kiện cụ thể để xem xét một quảng cáo như vậy có hợp pháp hay không sẽ có tác dụng tích cực cho môi trường cạnh tranh. Các doanh nghiệp sẽ tự tin và tự biết giới hạn khi sử dụng công cụ marketing đó, cũng như khi có tranh chấp xảy ra cơ quan quản lý cạnh tranh có một cơ sở pháp lý vững vàng để giải quyết vụ việc.