

# MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ HÀNH VI QUẢNG CÁO SO SÁNH THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

*Trương Hồng Quang\**

## 1. Khái quát chung về quảng cáo so sánh

### 1.1. Định nghĩa và phân loại quảng cáo so sánh

#### 1.1.1. Định nghĩa quảng cáo so sánh theo pháp luật các nước trên thế giới

Theo Đại từ điển Black's Law, quảng cáo so sánh được định nghĩa như sau: "*Quảng cáo so sánh là quảng cáo mà so sánh một cách đặc biệt nhãn hiệu hàng hóa này với nhãn hiệu hàng hóa khác của cùng một loại sản phẩm*"<sup>1</sup>. Theo một tuyên bố của Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ (Federal Trade Commission – FTC) thì: "*Quảng cáo so sánh được định nghĩa như là quảng cáo mà so sánh những nhãn hiệu hàng hóa khác theo những thuộc tính khách quan có thể kiểm chứng hoặc giá cả và là sự làm nhận ra nhãn hiệu hàng hóa khác bởi tên, minh họa bằng hình ảnh hoặc thông tin riêng biệt khác*"<sup>2</sup>.

Tại Liên minh châu Âu, các nhà lập pháp nhận thấy rằng, có sự hiểu khác nhau về khái niệm quảng cáo so sánh trong pháp luật của các nước thành viên nên việc định nghĩa khái niệm này là cần thiết, vì mục tiêu hài hòa pháp luật<sup>3</sup>, nên đã đưa ra một định nghĩa: "*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*". Theo định nghĩa này, 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...<sup>4</sup>. Tuy nhiên, khái niệm này không chỉ rõ hơn thế nào là sự "làm nhận ra một cách trực tiếp" và sự "làm nhận ra một cách gián tiếp".

#### 1.1.2. Định nghĩa quảng cáo so sánh theo pháp luật Việt Nam

Hiện nay, ở Việt Nam chưa xây dựng khái niệm quảng cáo so sánh. Trước Luật Cạnh tranh 2004, quảng cáo so sánh được đề cập đến trong Luật Thương mại 1997 tại Điều 192 khoản 2. Nhưng cả Luật Thương mại năm 1997 và 2005; Luật Cạnh tranh 2004 hay Pháp lệnh Quảng cáo năm 2001; Nghị định hướng dẫn thi hành Pháp lệnh này đều không định nghĩa quảng cáo so sánh, nghĩa là không nêu các yếu tố cấu thành để xác định như thế nào là quảng cáo so sánh<sup>5</sup>. 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,

\* Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

<sup>1</sup> Bryan A. Garner (2006), *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition, Editor in Chief, Thomson West, United States, page 59.

<sup>2</sup> Federal Trade Commission (August 13, 1979), *Statement of Policy Regarding Comparative Advertising*, Washington, D.C.

<sup>3</sup> Phan Huy Hồng (2007), *Quảng cáo so sánh trong pháp luật cạnh tranh – một nghiên cứu so sánh luật*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 1/2007, tr. 44.

<sup>4</sup> Phan Huy Hồng (2007), *Quảng cáo so sánh trong pháp luật cạnh tranh – một nghiên cứu so sánh luật*, t.t.đ.d., tr. 44.

<sup>5</sup> Phan Huy Hồng (2007), *Quảng cáo so sánh trong pháp luật cạnh tranh – một nghiên cứu so sánh luật*, t.t.đ.d., tr. 44.

phổ biến<sup>6</sup>. Nhưng thực sự tại Việt Nam chưa có cách hiểu thông dụng và phổ biến đó. Ở một mức độ khái quát, ta có thể hiểu quảng cáo so sánh là hành vi luôn quảng cáo cho sản phẩm của mình có nhiều ưu thế hơn sản phẩm của đối thủ cạnh tranh khác về cùng loại<sup>7</sup>. Luật Cạnh tranh 2004 trong quá trình xây dựng dường như đã quá tập trung cho lĩnh vực hạn chế cạnh tranh mà chưa quan tâm đúng mức đến pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh. Đây cũng là một nguyên do dẫn đến luật này chưa xây dựng khái niệm quảng cáo so sánh mà đơn thuần chỉ cấm quảng cáo so sánh trực tiếp.

### 1.1.3. Phân loại quảng cáo so sánh

(i) Dựa trên mức độ so sánh của quảng cáo so sánh

Mức độ so sánh ngoài vai trò là cơ sở phân chia các loại của hình thức quảng cáo so sánh còn thể hiện bản chất vốn có của hình thức quảng cáo này, đó là so sánh để cạnh tranh bằng những mức độ khác nhau trong những trường hợp khác nhau. Lý luận cạnh tranh phân chia hành vi quảng cáo so sánh với nhiều mức độ khác nhau, cụ thể là<sup>8</sup>:

(1) Quảng cáo so sánh bằng là hình thức so sánh mang tính dựa dẫm bằng việc cho rằng sản phẩm của mình có chất lượng, có cung cách phục vụ hoặc tính năng giống như sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác;

(2) Quảng cáo so sánh hơn là hình thức quảng cáo cho rằng sản phẩm của người quảng cáo có chất lượng tốt hơn, cung cách phục vụ, hình thức... tốt hơn sản phẩm của doanh nghiệp khác;

(3) Quảng cáo so sánh nhất là hình thức quảng cáo khẳng định vị trí số một của sản

phẩm của mình trên thị trường bằng cách cho rằng chất lượng, mẫu mã, phương thức cung ứng... của mình là tốt nhất hoặc khẳng định rằng không có bất cứ sản phẩm cùng loại nào trên thị trường có được những tiêu chuẩn nói trên như sản phẩm của mình.

(ii) Dựa trên nội dung so sánh trong quảng cáo so sánh

Theo tiêu chí này, có hai dạng quảng cáo so sánh có thể đề cập là quảng cáo so sánh các đặc tính cơ bản và quảng cáo so sánh giá.

(1) Quảng cáo so sánh các đặc tính cơ bản: Các đặc tính cơ bản ở đây bao gồm chất lượng, mẫu mã, dịch vụ, công dụng. Ngày nay, các đặc tính được mở rộng bao gồm cả "hoạt động sản xuất, kinh doanh".

(2) Quảng cáo so sánh giá: Giá cả vừa là đặc tính cơ bản vừa là đặc tính đặc biệt của hàng hóa/dịch vụ. Đối với loại quảng cáo so sánh này, dựa trên mục đích, nội dung cụ thể thì quảng cáo so sánh giá có thể là "quảng cáo so sánh hàng hóa/dịch vụ" (sản phẩm đưa ra là như nhau về giá nhưng khác nhau về các đặc tính cơ bản khác) hoặc là "quảng cáo so sánh giá của hàng hóa/dịch vụ" (sản phẩm được đem ra so sánh với nhau là như nhau về các đặc điểm khác nhưng giá khác nhau).

(iii) Dựa trên phương pháp so sánh trong quảng cáo so sánh

Với tiêu chí này, quảng cáo so sánh được phân ra thành hai loại:

(1) Quảng cáo so sánh trực tiếp. Trong loại quảng cáo này, quảng cáo so sánh được phân ra làm hai dạng nhỏ hơn là: (i) *Quảng cáo so sánh có phương pháp so sánh trực tiếp* (người quảng cáo làm cho người tiêu dùng nhận ra một cách trực tiếp các sản phẩm hay doanh nghiệp nào được đưa ra so sánh bằng cách điểm mặt, chỉ tên). Ví dụ, quảng cáo so sánh trực tiếp chất lượng của nước xả vải A và nước xả vải B; (ii) *Quảng cáo so sánh có nội dung so sánh trực tiếp* (những thông tin được đưa ra làm cho khách hàng có khả năng xác nhận được loại sản phẩm, nhóm doanh nghiệp bị so sánh mà không phải gọi tên các doanh nghiệp cụ thể

<sup>6</sup> Phan Huy Hồng (2007). *Quảng cáo so sánh trong pháp luật cạnh tranh – một nghiên cứu so sánh luật*, ttdđ, tr. 44.

<sup>7</sup> Hà Thu Trang (2004). *Pháp luật quảng cáo ở Việt Nam – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Đại học Luật Hà Nội, tr. 27.

<sup>8</sup> Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn (2006). *Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam* (Sách tham khảo), Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 165.

nào, ở đây thể hiện thông dụng nhất ở hình thức quảng cáo so sánh nhất). Ví dụ, so sánh công dụng của đệm lò xo C đối với các sản phẩm đệm mút khác;...

(2) Quảng cáo so sánh gián tiếp. Có thể hiểu một cách khái quát, loại trừ các yếu tố của quảng cáo so sánh trực tiếp ở trên, quảng cáo so sánh gián tiếp là quảng cáo làm cho người tiêu dùng nhận ra một cách gián tiếp, thông qua suy luận các sản phẩm/doanh nghiệp nào được đưa ra so sánh hoặc sử dụng các từ ngữ mập mờ, đánh vào sự không rõ ràng của pháp luật. Ví dụ, so sánh chất lượng của bột giặt A với chất lượng của bột giặt thường khác,...

Tuy nhiên, chúng ta có thể nhận thấy rằng không có một ranh giới rành mạch nào giữa so sánh trực tiếp với so sánh gián tiếp nên sự phân loại ở trên chỉ có tính chất tương đối. Hơn nữa, không xét về phương pháp hay nội dung, dùng phương pháp so sánh trực tiếp hay gián tiếp thì cuối cùng nội dung quảng cáo người tiêu dùng lĩnh hội được, mục đích, tác động, ảnh hưởng đến đối thủ cạnh tranh cũng đều như nhau<sup>9</sup>.

## 1.2. Bản chất cạnh tranh không lành mạnh của hành vi quảng cáo so sánh

### 1.2.1. Về bản chất so sánh và bản chất cạnh tranh cơ bản của quảng cáo so sánh

Có thể nhận thấy rằng, không phải bất cứ mẫu quảng cáo nào có thông tin, có sự so sánh với một doanh nghiệp hay hàng hóa, dịch vụ khác cũng đều trở thành quảng cáo so sánh. Mẫu quảng cáo đó phải có nội dung thông tin khẳng định bản chất so sánh và bản chất cạnh tranh của hoạt động quảng cáo thì mới được xem là quảng cáo so sánh. Bản chất này được thể hiện dưới hai khía cạnh sau đây<sup>10</sup>:

(i) Sản phẩm được quảng cáo và sản phẩm bị so sánh phải là sản phẩm cùng loại.

<sup>9</sup> Nguyễn Thị Trâm (2007), *Áp dụng các quy định của Luật Cạnh tranh về quảng cáo so sánh và một số vấn đề phát sinh trong thực tiễn*, tr. 48.

<sup>10</sup> Lê Danh Vinh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn (2006), *Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam*, t.1, tr. 167-168.

Lý luận về cạnh tranh đã chỉ rõ rằng các sản phẩm chỉ có thể được coi là cạnh tranh với nhau khi chúng cùng loại và các thông tin trong quảng cáo khi nói đến hai sản phẩm cùng loại của hai doanh nghiệp khác nhau thì mới là so sánh. Ngược lại, một sản phẩm quảng cáo đưa ra những thông tin nói về hai loại hàng hóa, dịch vụ không cùng loại thì hành vi ấy được kinh tế học coi là quảng cáo liên kết chứ không phải là so sánh.

(ii) Sản phẩm bị so sánh phải là sản phẩm do doanh nghiệp khác sản xuất hoặc kinh doanh. Nếu nội dung quảng cáo so sánh các sản phẩm cùng loại do doanh nghiệp thực hiện việc quảng cáo kinh doanh như: so sánh sản phẩm mới và sản phẩm trước đây để cho khách hàng thấy được tính năng của sản phẩm mới thì việc quảng cáo đó không coi là quảng cáo so sánh.

### 1.2.2. Bản chất cạnh tranh không lành mạnh của quảng cáo so sánh

Từ trước đến nay, trong giới chuyên môn luôn tồn tại hai quan điểm song song về bản chất cạnh tranh không lành mạnh của quảng cáo so sánh như sau:

Quan điểm thứ nhất cho rằng, một quảng cáo so sánh cho dù có trung thực, khách quan và đúng đắn (chưa kể đến những quảng cáo so sánh không trung thực, sử dụng nhiều thủ đoạn tinh vi...) đến mức độ nào đi nữa cũng là một hành vi cạnh tranh không lành mạnh và cần được ngăn cấm bởi pháp luật cạnh tranh. Quan điểm này xuất phát từ hai lý do sau đây<sup>11</sup>:

(i) Sự so sánh đã đi ngược lại với bản chất của quảng cáo lành mạnh. Kinh tế học và pháp luật về quảng cáo đều khẳng định quảng cáo là việc doanh nghiệp giới thiệu về sản phẩm để xúc tiến việc tiêu thụ sản phẩm. Những thông tin đưa ra cho khách hàng trong sản phẩm quảng cáo phải là những thông tin về hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp thực hiện quảng cáo. Mọi hành vi dùng thông tin

<sup>11</sup> Lê Danh Vinh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn (2006), *Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam*, t.1, tr. 170-171.

về sản phẩm cùng loại của người khác để tạo ấn tượng hoặc để đề cao sản phẩm của mình đều đi ngược lại bản chất của quảng cáo.

(ii) Sự so sánh thể hiện tính chất hoặc mong muốn dựa dẫm vào sản phẩm của người khác, nhất là những sản phẩm nổi tiếng. Ví dụ, quảng cáo cho rằng sản phẩm được quảng cáo có chất lượng không thua gì một sản phẩm quen thuộc đối với người tiêu dùng hoặc một sản phẩm rất nổi tiếng trên thị trường. Bên cạnh đó, quảng cáo so sánh còn có thể nhằm đến mục tiêu hạ thấp uy tín của sản phẩm cùng loại của doanh nghiệp khác trên thị trường liên quan hòng đề cao vị thế của mình.

*Quan điểm thứ hai* cho rằng, chỉ nên xem những quảng cáo so sánh gian dối, không khách quan, không kiểm chứng được... là quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh, bởi những quảng cáo này đã đi ngược lại những nguyên tắc của pháp luật cạnh tranh. Bản chất cạnh tranh không lành mạnh ở đây nên được hiểu là việc sử dụng quảng cáo so sánh theo cách thức trái với quy định của pháp luật, cạnh tranh “không lành mạnh”, “không công bằng” bằng những thủ thuật “đen”. Như vậy, quan điểm này dựa trên nội dung của phương thức thực hiện hành vi chứ không dựa trên quan điểm về “sự so sánh” trong quảng cáo như quan điểm thứ nhất<sup>12</sup>.

Chúng tôi ủng hộ quan điểm thứ hai bởi các lý do sau đây:

(i) Đối với quan điểm thứ nhất, tác giả cho rằng với mục đích chính của quảng cáo là xúc tiến việc tiêu thụ sản phẩm không có nghĩa là thông tin đưa ra cho khách hàng trong sản phẩm quảng cáo chỉ có thể là những thông tin về hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp thực hiện quảng cáo. Mục đích và chức năng thiết yếu của quảng cáo là thúc đẩy việc mua bán hàng hóa, dịch vụ nhưng có thể được thể hiện dưới những hình thức quảng cáo khác nhau và quảng cáo so sánh không

phải là ngoại lệ. Hơn nữa, nếu khẳng định một quảng cáo chỉ nên nói về sản phẩm của bản thân mình thì đôi khi lại làm giảm đi sự phong phú cần có trong hoạt động này;

(ii) Quảng cáo so sánh có những chức năng và vai trò nhất định (sẽ được phân tích ở phần tiếp theo dưới đây) đối với nền kinh tế, pháp luật thương mại và nhất là pháp luật cạnh tranh. Bởi thế, không nên cho rằng tất cả quảng cáo so sánh đều mang bản chất cạnh tranh không lành mạnh. Chúng ta cần đề cập đến những mặt tích cực của hình thức quảng cáo này để nhận thức được một điều: Để đánh giá bản chất cạnh tranh không lành mạnh của hình thức quảng cáo so sánh nên dựa vào *nội dung phương thức sử dụng* hành vi (trung thực hay giả dối, khách quan hay không khách quan...) chứ không phải chỉ đi từ việc đánh giá việc sử dụng “sự so sánh” trong hành vi này.

### 1.3. Vai trò và những tác động tiêu cực của quảng cáo so sánh

#### 1.3.1. Vai trò của quảng cáo so sánh

Có thể nhận thấy rằng, tuy quảng cáo so sánh là một hành vi nhỏ trong hệ thống pháp luật, nhưng lại mang những điểm đặc biệt trong hoạt động kinh tế. Điều đó được thể hiện qua những vai trò và chức năng của hành vi quảng cáo so sánh như sau:

*Thứ nhất*, quảng cáo so sánh cho phép thương nhân chứng minh một cách khách quan sự xứng đáng của sản phẩm mà họ có. Sự khách quan ở đây được thể hiện ở chỗ thông qua sự so sánh với một hay nhiều sản phẩm khác cùng loại, người tiêu dùng sẽ thấy được những ưu điểm nổi trội của sản phẩm để “xứng đáng” được người tiêu dùng lựa chọn sử dụng. Các thương nhân đã chứng minh được rằng, sản phẩm của họ hơn sản phẩm khác cùng loại ở một số điểm nổi bật nào đó và chính những điểm nổi bật này giúp cho sản phẩm của họ có vị trí xứng đáng trong lòng người tiêu dùng.

*Thứ hai*, quảng cáo so sánh phát triển chất lượng của những thông tin có giá trị đến người tiêu dùng. Với ưu thế này, quảng cáo so sánh cho phép người tiêu dùng có những cơ

<sup>12</sup> Peter Miskolczi – Bodnar (2004). *Definition of Comparative Advertising*. European Integration Studies. Miskolc. Volum 3. Number 1. page 30.

sở chắc chắn và những quyết định thể hiện sự hiểu biết, thiết lập sự lựa chọn giữa các sản phẩm/dịch vụ cạnh tranh với nhau bởi các thương nhân đã chứng minh được sự nổi trội của sản phẩm được quảng cáo. Dựa vào những thông tin cơ bản, người tiêu dùng có thể có sự hiểu biết và kéo theo những sự lựa chọn có hiệu quả. Nói một cách khác, quảng cáo so sánh vừa tạo ra một hệ thống thông tin phong phú và đặc sắc cho người tiêu dùng vừa góp phần làm nên những "nhà tiêu dùng thông thái" trong nền kinh tế thị trường.

*Thứ ba*, quảng cáo so sánh phát huy chức năng của cạnh tranh trong nền kinh tế. Một quảng cáo so sánh hướng đến những thông tin khách quan và đúng sự thật cho người tiêu dùng, đẩy mạnh việc hướng tới sự trong sạch của thị trường, phát huy chức năng của cạnh tranh. Quảng cáo so sánh có thể kích thích sự cạnh tranh giữa nhà cung cấp hàng hóa/dịch vụ với lợi thế của người tiêu dùng. Một điều không thể phủ nhận rằng quảng cáo so sánh đã "khuyến khích sự cạnh tranh giữa các nhà cung ứng hàng hóa và dịch vụ vì lợi ích của người tiêu dùng"<sup>13</sup>, nâng cao chất lượng thị trường lên rất nhiều so với các hình thức xúc tiến thương mại khác. 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, không gây nhầm lẫn"<sup>14</sup>. Do vậy, người tiêu dùng sẽ được lợi hơn cả vì ngày càng có nhiều sự lựa chọn có chất lượng hơn. Và cũng thông qua sự thúc đẩy cạnh tranh của quảng cáo so

sánh, quyền lợi của người tiêu dùng sẽ ngày càng được bảo vệ tốt hơn, nâng cao chất lượng quản lý hoạt động bảo vệ người tiêu dùng hơn nữa.

*Thứ tư*, quảng cáo so sánh góp phần thúc đẩy tốc độ phát triển của thương mại và môi trường kinh doanh. Tốc độ phát triển của thương mại cần được bảo vệ bởi nó là cốt lõi của một nền kinh tế thị trường và là chuẩn mực của một "sự phát triển". Thông qua quảng cáo so sánh, tốc độ phát triển của thương mại đã được thúc đẩy bằng những tác động rất hữu hiệu diễn ra trong một môi trường có sự ganh đua quyết liệt giữa các thương nhân với nhau. Và do đó, sự đào thải sẽ làm môi trường kinh doanh phát triển lành mạnh hơn.

*Thứ năm*, quảng cáo so sánh góp phần củng cố và phát triển chính sách cạnh tranh của một quốc gia. Chính sách cạnh tranh của mỗi quốc gia, vùng lãnh thổ mang những nét khác nhau do điều kiện kinh tế - xã hội và đặc điểm của hệ thống pháp luật quốc gia đó quy định. Tuy nhiên, do tính hệ thống và chuẩn mực của pháp luật nên về cơ bản, chính sách cạnh tranh của các quốc gia trên thế giới cũng mang những đặc điểm chung nhất định, đó là:

(i) *Đều có những định hướng, biện pháp cho sự phát triển trong quan hệ hợp tác quốc tế về cạnh tranh và phát triển; về đào tạo nguồn nhân lực phục vụ cho việc quản lý và điều tiết cạnh tranh của quốc gia;*

(ii) *Đều hướng đến một sự cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh và tự do trong khuôn khổ pháp luật cho các thành phần kinh tế của quốc gia;*

(iii) *Chính sách cạnh tranh của các quốc gia cũng đề ra những biện pháp để nâng cao tính "ganh đua", "cạnh tranh" giữa các thương nhân để góp phần thúc đẩy cạnh tranh và xa hơn nữa là đem lại sự phát triển cho tốc độ thương mại và nền kinh tế. Không có cạnh tranh sẽ không có phát triển; xã hội và kinh tế sẽ giậm chân tại chỗ và lùi lại so với lịch sử.*

<sup>13</sup> 16th Recital of Directive 97/55/EC: "...comparative advertising can also stimulate competition between supplies of goods and services to the consumer's advantage".

<sup>14</sup> 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".

Chính những điểm trên của chính sách cạnh tranh đã làm sáng tỏ được vai trò của quảng cáo so sánh. Cụ thể, quảng cáo so sánh trở thành một trong những phương thức thúc đẩy sự cạnh tranh giữa các hàng hoá/dịch vụ cùng loại với nhau của các thương nhân để từ đó tạo nên sự phát triển trong cả nền kinh tế, dịch vụ hàng hoá. Tất cả mọi kết quả đều phải đi từ phạm vi hẹp đến phạm vi rộng mới có cơ sở chắc chắn để phát triển và đó cũng là quy luật phát triển chung. Quảng cáo so sánh vì thế, đã củng cố và phát triển chính sách cạnh tranh của quốc gia.

### 1.3.2. Những tác động tiêu cực của quảng cáo so sánh

Trong quá trình phát triển của quảng cáo so sánh trên phương diện kinh tế cũng như pháp luật, bên cạnh những vai trò và chức năng quan trọng trên thì quảng cáo so sánh cũng gây ra một số ảnh hưởng tiêu cực có thể đề cập như sau:

*Thứ nhất*, quảng cáo so sánh gây ra những bất lợi cho thương nhân hoặc hàng hoá/dịch vụ của thương nhân được so sánh. Ảnh hưởng này tại đây được xem xét dưới góc độ tất cả những quảng cáo so sánh trung thực/không trung thực, khách quan/không khách quan,... Những bất lợi đó là: số lượng tiêu thụ ít hơn, doanh thu giảm, mất dần khách hàng... Chúng ta có thể nhận thấy đây là một điều khách quan của hoạt động kinh doanh. Trong một cuộc đua luôn có kẻ mạnh, người yếu và những ai biết nắm bắt cơ hội, biết tận dụng và phát huy những ưu thế của bản thân sẽ chiến thắng. Ngược lại, người thua cuộc phải chịu những bất lợi nhất định cho bản thân. Tuy nhiên, quảng cáo so sánh sẽ trở thành mối hiểm họa thực sự với những hậu quả không thể khắc phục cho các thương nhân có hàng hoá/dịch vụ được so sánh nếu như thương nhân đó không tiếp tục tìm tòi nâng cao chất lượng sản phẩm, mẫu mã,... của mình. Nói một cách khác, *quảng cáo so sánh chỉ gây ra bất lợi thực sự khi một thương nhân không biết cách "giành lại ưu thế trên thị trường" bằng những sản phẩm "hoàn hảo" về chất lượng, mẫu mã; "ưu đãi"*

*về giá thành cho người tiêu dùng...* Khi đó, thương nhân đó đã tự đào thải mình ra khỏi một cuộc chơi với sự cạnh tranh khốc liệt.

*Thứ hai*, các thương nhân lợi dụng quảng cáo so sánh để quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh. Những biểu hiện của hành vi này có thể đề cập đến như: quảng cáo so sánh sai sự thật, gây nhầm lẫn, không khách quan,... Các thương nhân đã lợi dụng những ưu thế và hiệu quả có được từ quảng cáo so sánh để phục vụ cho mục đích kinh doanh kiếm lời bất chấp pháp luật. Hành vi cạnh tranh không lành mạnh này có thể gây ra những tiêu cực như: ảnh hưởng đến chất lượng thông tin và quyền lợi của người tiêu dùng, gây ra bất lợi cho hàng hoá/dịch vụ khác vì thông tin trong quảng cáo là sai sự thật, khiến cho môi trường quảng cáo trở nên không lành mạnh,...

Trước khi có Luật Cạnh tranh 2004, các quảng cáo so sánh xuất hiện rất nhiều trên các phương tiện thông tin đại chúng với mức độ dày đặc. Khó có biện pháp để kiểm tra được đâu là quảng cáo so sánh đúng sự thật, đâu là quảng cáo so sánh sai sự thật. Sau khi Luật Cạnh tranh ra đời thì số lượng quảng cáo so sánh ở Việt Nam giảm dần nhưng ngày càng xuất hiện những "mánh khoé" tinh vi hơn trong hoạt động quảng cáo này. Quảng cáo so sánh có những ưu thế đặc biệt nhưng trong trường hợp bị lạm dụng và làm bóp méo cạnh tranh như trên thì đã làm mất đi bản chất vốn có, tạo nên một môi trường quảng cáo không lành mạnh và vi phạm nghiêm trọng những nguyên tắc của pháp luật cạnh tranh. Tuy nhiên, đây là một ảnh hưởng tiêu cực có tính khách quan của quảng cáo so sánh. Nguyên do của ảnh hưởng tiêu cực này xuất phát một cách chủ quan từ mục tiêu lợi nhuận trong kinh doanh của các thương nhân luôn luôn được đặt lên hàng đầu đã làm phát sinh những hành vi vi phạm pháp luật và đạo đức kinh doanh. Ở góc độ lý luận, đây cũng chính là mặt trái của nền kinh tế thị trường. Do đó, quảng cáo so sánh chỉ bị lợi dụng chứ bản chất không phải là một hành vi gây ra những tiêu cực trực tiếp

cho môi trường quảng cáo nói riêng và môi trường kinh doanh nói chung.

## 2. Pháp luật điều chỉnh hành vi quảng cáo so sánh

### 2.1 Khái quát chung pháp luật điều chỉnh hành vi quảng cáo so sánh của các nước trên thế giới

Hiện nay, các quốc gia trên thế giới vẫn đang có những quan điểm khác nhau về hành vi quảng cáo so sánh. Vấn đề quan trọng nhất trong pháp luật điều chỉnh hành vi quảng cáo so sánh này là cấm hay cho phép thực hiện. Có thể nhận thấy, với hành vi này, các nước trên thế giới quy định khác nhau thông qua nhiều văn bản khác nhau như: Luật Cạnh tranh, Luật Thương mại, Luật Quảng cáo,... Quảng cáo so sánh được coi là hợp pháp theo pháp luật một số nước như: Mỹ, Anh, Bồ Đào Nha... nhưng theo pháp luật Bỉ, Luxemburg, Ý... thì quảng cáo so sánh bị coi là bất hợp pháp<sup>15</sup>. Tuy nhiên, ở một số nước khác, quảng cáo so sánh không bị cấm nhưng phải tuân thủ những điều kiện nhất định. Quảng cáo so sánh thường mang lại những bất lợi cho hàng hóa, dịch vụ bị so sánh, vì thế pháp luật quảng cáo của đa số các nước trên thế giới đều cấm quảng cáo so sánh nhằm mục đích cạnh tranh không lành mạnh<sup>16</sup>.

Tại Hoa Kỳ, việc sử dụng quảng cáo so sánh đã được khuyến khích bởi Ủy ban Thương mại liên bang kể từ những thập niên 70 của thế kỷ XX. Tuy nhiên, nơi khởi thủy và ra đời của quảng cáo so sánh lại chính là Liên minh châu Âu cũng vào những năm cuối của thập niên 70 của thế kỷ XX này. Trong những năm đó, quảng cáo so sánh đã từng được cho rằng nên được hợp pháp hóa nếu nó cung cấp những chi tiết/khía cạnh có thể chứng minh được và không gây nhầm lẫn hay không lành mạnh. Có thể kể đến một số

văn bản pháp luật liên quan đến quảng cáo nói chung và quảng cáo so sánh nói riêng như Luật về Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ (1914), Luật Lanham (1946),...

Đối với Liên minh châu Âu, sự điều chỉnh hành vi quảng cáo có những nét khác biệt nhất định. Trước khi có văn bản chính thức điều chỉnh hành vi quảng cáo so sánh, một số nhà lập pháp của châu Âu đã cho rằng quảng cáo so sánh chỉ được phép, nếu nó không gây nhầm lẫn, so sánh với sản phẩm cùng loại, không tạo ra sự lộn xộn, không làm mất uy tín hay không tạo nên những bất lợi không lành mạnh cho hoạt động kinh doanh của đối thủ cạnh tranh hay hàng hóa, dịch vụ (ví dụ như việc bắt chước, sử dụng tên thương mại, nhãn hiệu hàng hóa đã được bảo hộ,...). Bản thân các quốc gia thuộc Liên minh cũng có những quan điểm khác nhau về hành vi này trong quá trình xây dựng Luật (đa phần là cấm). Hiện nay, hành vi quảng cáo so sánh được Liên minh châu Âu điều chỉnh chính thức bởi các văn bản: Chỉ thị số 84/450/EEC của Hội đồng Liên minh châu Âu ngày 10/09/1984 về hài hòa các quy phạm pháp luật và quy định hành chính của các nước thành viên về quảng cáo nhầm lẫn (từ đây gọi tắt là Chỉ thị 84/450/EEC); Chỉ thị số 97/55/EC của Nghị viện châu Âu và Hội đồng Liên minh châu Âu ngày 06/10/1997 sửa đổi Chỉ thị 84/450/EEC nhằm bổ sung quy định về quảng cáo so sánh (từ đây gọi tắt là Chỉ thị 97/55/EC); Chỉ thị 2002/65/EC và Chỉ thị 2005/29/EC sửa đổi hai Chỉ thị 84/450/EEC và Chỉ thị 95/77/EC; gần đây nhất là Chỉ thị 2006/114/EC ngày 12/12/2006 của Nghị viện châu Âu và Hội đồng châu Âu hợp nhất các quy định đã được ban hành và chỉnh sửa rải rác trong các văn bản trước. 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 đã được pháp luật các quốc gia tiếp nhận gần như nguyên văn. Nhìn chung Liên minh châu Âu và các quốc gia thuộc Liên minh đều cho

<sup>15</sup> Nguyễn Bá Diên, *Pháp luật về chống quảng cáo không trung thực ở Việt Nam và một số nước trên thế giới*, t.ddd, tr. 34.

<sup>16</sup> Nguyễn Thị Dung (2007), *Pháp luật về xúc tiến thương mại ở Việt Nam – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*; Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.197.

phép thực hiện hoạt động quảng cáo so sánh với những điều kiện nhất định.

Tại châu Á, Luật Quảng cáo của Singapore năm 1976 (sửa đổi năm 2003) là một trong số ít Luật Quảng cáo cho phép quảng cáo so sánh nhưng đòi hỏi người quảng cáo phải tôn trọng những nguyên tắc cơ bản về cạnh tranh lành mạnh và không tạo ra khả năng đánh lừa người tiêu dùng và chỉ có sự so sánh bằng nhau mới được pháp luật nước này cho phép<sup>17</sup>. Luật Quảng cáo của Trung Quốc (Điều 7) còn cấm sử dụng các từ mang tính chất khẳng định như: “tiêu chuẩn quốc gia”, “tiêu chuẩn cao nhất” hay “tốt nhất”.

## 2.2. Quy định của pháp luật Việt Nam về hành vi quảng cáo so sánh

Tại Việt Nam, quảng cáo so sánh nằm trong danh mục quảng cáo bị cấm của Luật Thương mại năm 1997 (khoản 2 Điều 192 cấm quảng cáo so sánh) và năm 2005 (khoản 6 Điều 109 cấm quảng cáo so sánh trực tiếp). Luật Cạnh tranh năm 2004 coi quảng cáo so sánh trực tiếp là hành vi cạnh tranh không lành mạnh và cấm thực hiện tại khoản 1 Điều 45. Pháp lệnh Quảng cáo năm 2001 không cấm quảng cáo so sánh nhưng quảng cáo so sánh lại bị cấm theo quy định tại Nghị định 24/2003/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 13/03/2003 quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh này (khoản 7 Điều 3)<sup>18</sup>. Bên cạnh đó, Điều 37 Nghị định 37/2006/NĐ-CP hướng dẫn Luật Thương mại năm 2005 đặt ra một biệt lệ cho quảng cáo so sánh khi quy định: “*thương nhân có quyền so sánh hàng hóa của mình với hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ trong sản phẩm quảng cáo thương mại sau khi có xác nhận của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền về*

*việc sử dụng hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ để so sánh*”.

Như vậy, có thể thấy: (i) Hiện nay, hành vi quảng cáo so sánh ở Việt Nam được điều chỉnh bởi khá nhiều văn bản của pháp luật thương mại và pháp luật cạnh tranh; (ii) Pháp luật Việt Nam có sự điều chỉnh đi từ phạm vi rộng đến phạm vi hẹp (từ cấm quảng cáo so sánh đến cấm quảng cáo so sánh trực tiếp). Tuy nhiên, có thể thấy Luật Cạnh tranh 2004 vẫn là văn bản điều chỉnh có tính chất chuyên ngành nhất.

2.2.1. *Nhận xét các quy định của pháp luật Việt Nam về hành vi quảng cáo so sánh và các quan điểm còn tồn tại*

*Thứ nhất*, pháp luật Việt Nam chưa xây dựng định nghĩa quảng cáo so sánh. Đây là một thiếu sót cơ bản của Luật Cạnh tranh 2004 về nhóm hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Bất cứ một hiện tượng pháp lý nào cũng cần được định nghĩa để xác định được bản chất pháp lý và các yếu tố cấu thành hiện tượng đó nhằm định hướng cho các quy định cụ thể cho hiện tượng đó trong các văn bản pháp luật. Có lẽ nguyên nhân lớn nhất dẫn đến điều này là do việc chưa đánh giá đúng tầm quan trọng của lĩnh vực chống cạnh tranh không lành mạnh của các nhà làm luật khi xây dựng Luật Cạnh tranh 2004.

*Thứ hai*, phạm vi các chủ thể bị cấm tiến hành hoạt động quảng cáo so sánh trực tiếp vẫn còn những quan điểm khác nhau do tính không rõ ràng của Luật Cạnh tranh 2004. Khoản 1 Điều 45 của Luật này có quy định: quảng cáo “*so sánh trực tiếp hàng hóa, dịch vụ của mình với hàng hóa, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác*” thì bị cấm; Khoản 6 Điều 109 Luật Thương mại 2005 quy định cấm “*quảng cáo bằng việc sử dụng phương pháp so sánh trực tiếp hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ của mình với hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ cùng loại của thương nhân khác*”. Có thể nhận thấy cụm từ “của mình” đã dẫn đến các cách giải thích luật khác nhau về vấn đề chủ thể này dẫn đến hình thành nên hai cách hiểu về hàng hóa, dịch vụ

<sup>17</sup> Xem Luật Quảng cáo của một số nước và vùng lãnh thổ trên thế giới (2005). Tài liệu do Bộ Văn hóa - Thông tin, Cục văn hóa - Thông tin cơ sở biên dịch, Hà Nội.

<sup>18</sup> Nội dung của khoản này: “*Quảng cáo nói xấu, so sánh hoặc gây nhầm lẫn với cơ sở sản xuất, kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ của người khác; dùng danh nghĩa, hình ảnh của tổ chức, cá nhân khác để quảng cáo mà không được sự chấp thuận của tổ chức, cá nhân đó*”.



“của mình” trong quy định của pháp luật Việt Nam. Có ý kiến cho rằng chỉ có nhà sản xuất, nhà cung ứng mới có hàng hóa, dịch vụ “của mình” nên Luật Cảnh tranh không điều chỉnh mối quan hệ giữa các nhà phân phối, vô hình chung tạo ra lỗ hổng ngoài ý muốn và sự phân biệt đối xử<sup>19</sup>.

Theo chúng tôi, hầu hết các nhà phân phối đều không có “hàng hóa, dịch vụ của mình” (theo nghĩa hẹp) bởi họ chỉ nhận sản phẩm về rồi phân phối lại. Tuy nhiên, họ vẫn có thể có hàng hóa “của mình” nếu họ mua lại từ nhà sản xuất (chuyển quyền sở hữu) hoặc nhiều nhà sản xuất có thể tự phân phối cho hàng hóa của bản thân mình. Hơn nữa, cụm từ “của mình” cần được hiểu theo nghĩa rộng (không đồng nghĩa với sở hữu, muốn chỉ đến sản phẩm mà doanh nghiệp đang kinh doanh thực hiện việc quảng cáo). Do đó, nếu nói quy định trên chỉ áp dụng cho các nhà sản xuất hay cung ứng là không hợp lý.

Với những lập luận như trên, chúng tôi cho rằng quy định này bao gồm cả ba đối tượng chủ thể (nhà sản xuất, nhà cung ứng và nhà phân phối). Có thể nhận thấy qua cách sử dụng thuật ngữ “doanh nghiệp khác” theo Luật Cảnh tranh, “thương nhân khác” theo Luật Thương mại và cụm từ “của mình” ở hai luật này đã chứng tỏ rằng pháp luật Việt Nam không giới hạn đối tượng chủ thể nào bị cấm tiến hành hoạt động quảng cáo so sánh trực tiếp. Nguyên nhân của vấn đề vẫn còn nhiều cách giải thích khác nhau là vì các quy định này được thể hiện trong các văn bản pháp luật khác nhau (Luật Thương mại, Luật Cảnh tranh) và thuật ngữ sử dụng chưa hợp lý và rõ ràng, gây ra những bất cập khi áp dụng cho các cơ quan có thẩm quyền khi xử lý vụ việc liên quan.

Bên cạnh đó, có thể còn một vấn đề cần quan tâm, đó là việc thương nhân có hàng hóa dịch vụ có thể tự mình thực hiện quảng cáo so sánh hoặc thuê thương nhân khác thực hiện quảng cáo so sánh cho mình và khi phát

sinh những vụ việc liên quan đến các quảng cáo so sánh trực tiếp không trung thực, hạ thấp uy tín của đối thủ, sai sự thật,... thì chủ thể nào sẽ phải chịu trách nhiệm nếu có khiếu kiện? Có thể thấy rằng trong thực tế hiện nay, không chỉ riêng sản phẩm quảng cáo so sánh mà các sản phẩm quảng cáo thương mại nói chung khi có khiếu kiện thì người “bị hại” đều chỉ nghĩ ngay đến thương nhân có hàng hóa dịch vụ được nêu trong quảng cáo đó. Đúng trên phương diện pháp lý, trong trường hợp này chúng ta cần xem xét đến hợp đồng thuê thực hiện quảng cáo giữa thương nhân đi thuê và thương nhân được thuê thực hiện quảng cáo. Khi đó sẽ xảy ra các trường hợp: (i) Thương nhân đi thuê thực hiện quảng cáo đã cung cấp những thông tin sai lệch về sản phẩm của mình cho thương nhân thực hiện quảng cáo như: nói quá lên chất lượng của sản phẩm, dịch vụ,... và do đó, người chịu trách nhiệm phải là thương nhân có hàng hóa dịch vụ; (ii) Thương nhân được thuê thực hiện quảng cáo đã thực hiện mẫu quảng cáo sai với nội dung hợp đồng đã ký kết nên phải chịu trách nhiệm; (iii) Thương nhân có hàng hóa dịch vụ và thương nhân được thuê thực hiện quảng cáo “đồng lõa” thực hiện quảng cáo sai trái đó, lúc này có thể sử dụng khái niệm “đồng phạm”.

Thứ ba, quy định về đối tượng so sánh còn có sự chưa thống nhất giữa Luật Doanh nghiệp 2005 (“hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ”) và Luật Cảnh tranh 2004 (“hàng hóa, dịch vụ”). Hơn nữa, quy định cấm so sánh trực tiếp “hàng hóa, dịch vụ” nhưng không nói rõ là chỉ cấm so sánh những tính chất căn bản hay là tất cả tính chất của hàng hóa, dịch vụ đó.

Bên cạnh đó, vấn đề đối tượng so sánh còn liên quan đến một hình thức phổ biến là so sánh “giá”. Thông thường, có thể lý giải rằng giá cả và chất lượng là hai yếu tố để người tiêu dùng quyết định lựa chọn hàng hóa, dịch vụ này hay hàng hóa, dịch vụ khác. Trong so sánh giá, một khi sản phẩm được đưa ra thị trường và trở thành hàng hóa thì giá cả là một trong các tính chất cơ bản của hàng

<sup>19</sup> Phan Huy Hồng (2007), *Quảng cáo so sánh trong pháp luật cạnh tranh – một nghiên cứu so sánh luật*, tldd, tr.50.

hóa, bởi vậy so sánh giá cũng là so sánh hàng hóa<sup>20</sup>. Tuy nhiên, về mặt lý luận cần phải phân biệt rõ: quảng cáo so sánh giá có thể là *quảng cáo so sánh hàng hóa, dịch vụ* nhưng cũng có thể là *quảng cáo so sánh giá của hàng hóa, dịch vụ* (tùy vào mục đích, nội dung của từng quảng cáo cụ thể). Đối với loại *quảng cáo so sánh giá của hàng hóa, dịch vụ*, người so sánh xuất phát từ hàng hóa, dịch vụ được đem ra so sánh với nhau là như nhau về các đặc điểm khác (như công dụng, tính chất, chất lượng...). Ta có thể xem xét vụ việc sau:

Năm 2006, Viettel đã bị VNPT tố cáo quảng cáo vi phạm pháp luật, cạnh tranh không lành mạnh khi quảng cáo trên báo của tỉnh Bắc Cạn, Bình Thuận... so sánh giá cước viễn thông của VNPT với Viettel, trong đó làm nổi bật giá cước của Viettel là tốt hơn. Tuy nhiên, trong vụ việc này, VNPT đã có ý kiến là chưa muốn khiếu nại mà chỉ phản ánh lên cơ quan có thẩm quyền. Đại diện của Viettel đã trả lời rằng trong một thị trường có nhiều nhà cung cấp dịch vụ, doanh nghiệp có thể tự do trình bày phương án và giới thiệu về sản phẩm của mình, việc lựa chọn cuối cùng thuộc về khách hàng và VNPT nếu muốn cũng có thể làm như thế. Đối tượng so sánh ở đây không phải là “dịch vụ viễn thông” mà là “giá bán của dịch vụ”. Vậy so sánh giá của dịch vụ có phải là so sánh dịch vụ hay không?<sup>21</sup>. Ở đây, ta có thể thấy dịch vụ của Viettel và VNPT không thể như nhau về các đặc điểm của dịch vụ (tính chất, chất lượng...) và giá cước hai dịch vụ này cũng không giống nhau nên thực chất, quảng cáo ở trên chính là *quảng cáo so sánh hàng hóa, dịch vụ* chứ không phải là *quảng cáo so sánh giá của hàng hóa, dịch vụ*. Do đó, đây chính là quảng cáo so sánh trực tiếp và đã vi phạm Luật Cạnh tranh 2004 và Luật Thương mại 2005.

Có thể thấy, vấn đề đối tượng so sánh trong quảng cáo so sánh cũng khá phức tạp, nhất là đối tượng “giá” của hàng hóa, dịch vụ cho nên việc quy định rõ ràng phạm vi đối tượng so sánh là một điều cần thiết.

*Thứ tư*, khoản 1 Điều 45 Luật Cạnh tranh 2004 cấm “so sánh trực tiếp” nhưng cả Luật Cạnh tranh 2004 và các văn bản khác có liên quan như: Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/09/2005 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh, Pháp lệnh Quảng cáo năm 2001, Nghị định số 24/2003/NĐ-CP ngày 13/03/2003 của Chính phủ hướng dẫn thi hành Pháp lệnh Quảng cáo không nêu được đặc điểm để nhận diện như thế nào là “sự so sánh trực tiếp”. Từ đó dẫn đến một vấn đề khó xác định là cấm quảng cáo dùng *phương pháp so sánh trực tiếp* hay là cấm quảng cáo *có nội dung so sánh trực tiếp*<sup>22</sup>. Bên cạnh đó, Luật Thương mại 2005 cấm “quảng cáo bằng việc sử dụng phương pháp so sánh trực tiếp” nhưng cũng không hướng dẫn thêm về vấn đề thế nào là dùng phương pháp so sánh trực tiếp. Trong trường hợp này chỉ có thể dựa vào cách hiểu (và suy đoán) thông thường, nghĩa là mẫu quảng cáo đó đã đưa ra hình ảnh, lời nói, ký hiệu, âm thanh, cách bố cục,... làm người xem, nghe, thấy,... nội dung quảng cáo nhận ra ngay một hàng hóa, dịch vụ cùng loại trên thị trường của một doanh nghiệp khác đang được so sánh và chất lượng, hình thức mẫu mã,... với sản phẩm muốn quảng cáo. Có ý kiến cho rằng có thể hiểu so sánh trực tiếp là việc dùng hình ảnh và lời nói trong quảng cáo khiến người tiêu dùng lập tức nhận ra đối tượng mà quảng cáo đang so sánh là sản phẩm gì, của doanh nghiệp nào<sup>23</sup>. Vậy nếu như hình ảnh, lời nói trong quảng cáo không làm cho người tiêu dùng lập tức nhận ra mà

<sup>20</sup> Phan Huy Hồng (2007). *Quảng cáo so sánh trong pháp luật cạnh tranh – một nghiên cứu so sánh luật*, t.1, tr. 50.

<sup>21</sup> Xem thêm nội dung vụ việc này tại: Nguyễn Thị Trâm (2007), *Áp dụng các quy định của Luật Cạnh tranh về quảng cáo so sánh và một số vấn đề phát sinh trong thực tiễn*, t.1, tr. 48.

<sup>22</sup> Nguyễn Thị Trâm (2007), *Áp dụng các quy định của Luật Cạnh tranh về quảng cáo so sánh và một số vấn đề phát sinh trong thực tiễn*, t.1, tr. 48.

<sup>23</sup> *Sổ tập trung xử lý các vi phạm cạnh tranh không lành mạnh*. Nguồn: <http://www.tuoitre.com.vn/Tianyon/Index.aspx?ArticleID=85658&ChannelID=11> (ngày 28/06/2005).

phải qua suy diễn mới nhận ra thì không phải là so sánh trực tiếp bởi khi phải suy diễn mới nhận ra thì đã dựa vào nội dung quảng cáo chứ không phải dựa vào phương pháp quảng cáo<sup>24</sup>. Nếu không xét về nội dung thì quảng cáo so sánh trực tiếp hay quảng cáo so sánh gián tiếp đều có mục đích như nhau, cũng gây ảnh hưởng đến người tiêu dùng.

Chúng tôi cho rằng: (i) Các quy định hiện nay còn thiếu sót chưa quy định rõ thế nào là “sự so sánh trực tiếp” hay “phương pháp so sánh trực tiếp”; (ii) Không thể hiểu rằng quy định hiện nay chỉ đề cập đến những quảng cáo so sánh “điểm mặt”, “chỉ tên” một hay một số doanh nghiệp cụ thể nào đó mà còn có thể thông tin không cụ thể nhưng vẫn trực tiếp xâm hại đến đối thủ khác<sup>25</sup> ví dụ như: mẫu quảng cáo có nội dung “dầu gội của chúng tôi tốt hơn dầu gội thường” và trong mẫu quảng cáo đó hình ảnh của “dầu gội thường” tuy không có nhãn mác cụ thể nhưng nhờ vào kiểu dáng người tiêu dùng vẫn nhận ra đó là loại dầu gội nào và tên của nó ra sao. Trường hợp này cũng phải được xem là một quảng cáo so sánh trực tiếp và mới chính là cách hiểu đúng nhất theo tinh thần của Luật Cạnh tranh 2004.

*Thứ năm*, về mức độ so sánh trong quảng cáo so sánh trực tiếp bị cấm. Luật Cạnh tranh 2004 ngăn cấm hành vi so sánh trực tiếp mà không quan tâm đến mức độ so sánh nên có thể khẳng định rằng, pháp luật Việt Nam không cấm người thực hiện quảng cáo so sánh “gián tiếp” ở một mức độ so sánh nào cũng như cấm quảng cáo so sánh “trực tiếp” ở mọi mức độ so sánh. Tuy nhiên, cũng có ý kiến cho rằng pháp luật Việt Nam chỉ khoanh vùng quảng cáo so sánh trong quảng cáo hơn và quảng cáo ngang bằng<sup>26</sup>. Cụ thể, ý kiến

này cho rằng tại khoản 1 Điều 45 Luật Cạnh tranh 2004, nội dung quảng cáo phải bao gồm đồng thời sản phẩm, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác và như vậy phải xác định một cách trực tiếp “doanh nghiệp khác” là đối tượng nào cho nên hành vi so sánh tuyệt đối không được xem xét ở đây khi chỉ hướng đến một nhóm đối tượng xác định. Chúng tôi cho rằng, quan điểm này là không chính xác bởi:

(i) Pháp luật không quy định rõ là cấm quảng cáo so sánh trực tiếp với mức độ so sánh nhất; (ii) Nếu trong quảng cáo so sánh nhất đã xác định được doanh nghiệp khác là doanh nghiệp nào thì đó vẫn là quảng cáo so sánh trong phạm vi của pháp luật hiện hành. Tại đây cần hiểu “doanh nghiệp khác” không đơn giản chỉ là một doanh nghiệp nào đó mà có thể là một nhóm doanh nghiệp bởi khi một thương nhân so sánh mình với tất cả các doanh nghiệp khác cùng sản xuất dầu gội chẳng hạn thì tự bản thân quảng cáo đó đã xác định được “doanh nghiệp khác” là những doanh nghiệp còn lại cùng sản xuất một mặt hàng dầu gội.

*Thứ sáu*, về trường hợp ngoại lệ của quảng cáo so sánh theo pháp luật Việt Nam. Như đã trình bày ở phần trên, Nghị định số 37/2006/NĐ-CP cho phép thương nhân có thể thực hiện so sánh hàng hóa của mình với hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ trong sản phẩm quảng cáo thương mại sau khi có xác nhận của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền về việc sử dụng hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ để so sánh. Việc cụ thể hóa một trường hợp như vậy đã gây nên một số bất cập như<sup>27</sup>: (i) Về mặt pháp luật: chỉ có thể coi một loại hàng hóa là giả hay vi phạm quyền sở hữu trí tuệ sau khi cơ quan nhà nước đã thực hiện một số thủ tục luật định để xác nhận và quyết định về vi phạm, kèm theo đó là biện pháp xử lý và như vậy việc đưa sản phẩm ra so sánh có thể không còn cần thiết; (ii) Về mặt thực tế, các nhà làm luật khi quy định như vậy đã không hiểu được tâm lý của thương

<sup>24</sup> Nguyễn Thị Trâm (2007). *áp dụng các quy định của Luật Cạnh tranh về quảng cáo so sánh và một số vấn đề phát sinh trong thực tiễn*, t.48.

<sup>25</sup> Lê Danh Vinh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn (2006). *Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam*, t.170.

<sup>26</sup> Xem thêm: Cục Quản lý cạnh tranh (Bộ Công Thương) (2008). *Quảng cáo dưới góc độ cạnh tranh*, Nxb. Lao động – xã hội, Hà Nội, tr. 108-110.

<sup>27</sup> Cục Quản lý cạnh tranh (Bộ Công Thương) (2008). *Quảng cáo dưới góc độ cạnh tranh*, t.120-121.

nhân, mặc dù thông tin đầy đủ thông tin với cơ quan nhà nước để xử lý vi phạm, bảo vệ quyền lợi nhưng không hề muốn công khai cho nhiều người tiêu dùng biết hàng giả, hàng nhái sản phẩm của mình vì sợ người tiêu dùng có thể phát sinh tâm lý e dè sợ mua phải hàng giả mà quay lưng lại với cả hàng thứ thiệt. Bên cạnh đó, có quan điểm còn cho rằng hàng giả không phải là hàng hóa cho nên việc so sánh hàng thật với hàng giả như trên không phải là “quảng cáo so sánh”.

*Thứ bảy*, về mức phạt đối với hành vi quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh. Theo pháp luật Việt Nam hiện nay, hành vi so sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác nhằm cạnh tranh không lành mạnh bị phạt tiền từ 15 triệu đến 25 triệu Việt Nam đồng (VNĐ) (khoản 1 Điều 35 Nghị định 120/2005/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 30/09/2005 quy định về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh). Trong khi đó, Điều 24 Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh của Trung Quốc năm 1993 quy định mức phạt đối với những hành vi này là từ 10.000 nhân dân tệ đến 200.000 nhân dân tệ<sup>28</sup> (tương đương khoảng từ 25 triệu VNĐ đến 500 triệu VNĐ). Như vậy, có thể thấy rằng mức phạt như quy định của Việt Nam là quá ít so với chi phí quảng cáo của các doanh nghiệp, vì chỉ cần dựng đoạn phim quảng cáo khoảng 30 giây đã tốn đến vài trăm triệu đồng. Do đó, số tiền trên chưa đủ sức răn đe doanh nghiệp trong khi giới quảng cáo có muôn hình vạn trạng ví von so sánh sản phẩm của mình với sản phẩm của đối thủ<sup>29</sup>.

### 2.2.2. Thực tiễn các vụ việc cạnh tranh liên quan đến quảng cáo so sánh ở Việt Nam

Trong thực tế, trước khi có Luật Cạnh tranh (2004), quảng cáo so sánh diễn ra phổ

biến và thường xuyên. Các doanh nghiệp hầu như không khiêu nại lẫn nhau các vấn đề liên quan đến quảng cáo so sánh. Có hai lý do cho tình trạng này như sau<sup>30</sup>:

(i) Đại đa số quảng cáo so sánh không làm tổn hại đến lợi ích chính đáng của họ;

(ii) Việc khiêu 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.

Trong thời gian này, có một vụ án về các công ty sản xuất đệm liên quan đến quảng cáo so sánh như sau:

Tháng 07/2003, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã công bố Quyết định số 20/2003/HĐTP-DS ngày 23/06/2003 về vụ án hai Công ty Vạn Thành và Ưu Việt kiện công ty Kymdan yêu cầu công ty Kymdan chấm dứt hành vi quảng cáo và xin lỗi công khai. Vụ kiện nảy sinh khi tháng 7/2001, Kymdan đăng quảng cáo với nội dung<sup>31</sup>: “*Công ty Cổ phần Cao su Sài Gòn - Kymdan - xin trân trọng thông báo đến quý khách hàng như sau: Đối với nệm lò xo, ngoài việc lực phân bố để nâng đỡ cơ thể người nằm không đều khắp bề mặt, do tính chất không ưu việt của nguyên liệu sản xuất nên chất lượng nệm sẽ giảm dần theo thời gian. Nếu độ đàn hồi của lò xo thấp (tính dẻo cao), nệm sẽ bị xẹp sau thời gian sử dụng. Nếu độ đàn hồi của lò xo cao, lò xo có thể dễ bị gãy, gây nguy hiểm cho người sử dụng. Đối với nệm nhựa tổng hợp poly-urethane (nệm mút xộp nhẹ) tính dẻo ưu việt nên không có độ đàn hồi, mau bị xẹp. Chính vì những lý do đó mà Kymdan hoàn toàn không sản xuất nệm lò xo cũng như nệm nhựa poly-urethane. Tất cả các sản phẩm của Kymdan đều được làm từ 100% cao su thiên nhiên, có độ bền cao và không xẹp lún theo thời gian...*”. Công ty Vạn Thành, Ưu Việt cho

<sup>28</sup> Xem <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations.html> (Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh của CHND Trung Hoa năm 1993).

<sup>29</sup> Xem <http://www.vnexpress.net/Vietnam/Kinhdoanh/2005/07/3B9DFB93/> (ngày 05/07/2005), “*Héi dái cho quảng cáo so sánh*”.

<sup>30</sup> Phan Huy Hồng (2007). *Quảng cáo so sánh trong pháp luật cạnh tranh – một nghiên cứu so sánh luật*, tldđ, tr. 45.

<sup>31</sup> Xem thêm vụ án này trên báo điện tử [vnexpress.net](http://vnexpress.net) các ngày 13/07/2001, 22/01/2002, 23/04/2002, 23/5/2003, 21/7/2003.

rằng Kymdan nói xấu sản phẩm của mình sản xuất, nên đã đâm đơn ra tòa yêu cầu cải chính và xin lỗi vì cạnh tranh không lành mạnh. Tòa án nhân dân quận 11, TP. Hồ Chí Minh, xét xử sơ thẩm, tuyên bác yêu cầu của nguyên đơn vì Kymdan không nêu đích danh sản phẩm đệm lò xo, đệm mút do ai sản xuất, nên không vi phạm pháp luật. Tiếp đó, Tòa án nhân dân tối cao hủy án sơ thẩm, buộc bị đơn phải cải chính, xin lỗi. Tòa nhận định việc quảng cáo không nêu tên sản phẩm, nhưng dễ gây hiểu nhầm với người tiêu dùng. Viện kiểm sát nhân dân tối cao ra kháng nghị vì cho rằng Kymdan không nêu rõ nhãn hiệu đệm nào mà chỉ nhằm cảnh báo hàng giả mang tên Kymdan nhưng lại có loại lò xo và mút. Ngày 18/11/2002, Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao xem xét lại vụ án theo trình tự giám đốc thẩm; tuyên bác kháng nghị của Viện kiểm sát, giữ nguyên bản án phúc thẩm. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao vừa công bố quyết định giám đốc thẩm: Công ty Kymdan không sản xuất đệm lò xo và mút xốp, nhưng đăng quảng cáo so sánh chất lượng đệm của doanh nghiệp với 2 sản phẩm này, dù không nêu đích danh, là vi phạm về các quy định quảng cáo thương mại. Hội đồng thẩm phán tuyên buộc Công ty Cổ phần cao su Sài Gòn - Kymdan phải xin lỗi hai nguyên đơn là Công ty đệm Vạn Thành, Ưu Việt và đăng tải công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng. Có thể thấy, trong vụ án này, sản phẩm quảng cáo của công ty Kymdan chỉ đưa ra thông tin so sánh giữa sản phẩm đệm mút và sản phẩm đệm lò xo. Qua thông tin đó, khách hàng đã nhận dạng và khoanh vùng loại sản phẩm và nhóm doanh nghiệp có sản phẩm bị so sánh<sup>32</sup>, các loại đệm này là cùng loại vì cùng đáp ứng cho một nhu cầu của người tiêu dùng. Do đó, theo chúng tôi, theo pháp luật hiện hành, đây là một quảng cáo so sánh và hiểu chính xác nhất theo tinh thần pháp luật cạnh tranh thì nó là một quảng cáo so sánh trực tiếp.

<sup>32</sup> Lê Danh Vinh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn (2006), *Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam*, t1dd, tr. 170.

Sau khi Luật Cạnh tranh 2004 chính thức có hiệu lực thì số lượng các quảng cáo so sánh có xu hướng giảm hơn so với trước đó. Tuy nhiên, trong thực tế lại xuất hiện nhiều hình thức thực hiện quảng cáo so sánh tinh vi hơn. Ví dụ như: quảng cáo so sánh mập mờ, sử dụng các từ ngữ đánh vào “sự không rõ ràng” trong quy định của pháp luật. Có thể kể đến một vụ việc khá nổi bật có liên quan đến quảng cáo so sánh nhưng không được xử lý theo thủ tục tố tụng cạnh tranh là vụ việc giữa Viettel và VNPT (đã phân tích ở phần trên). Tuy nhiên, chưa tính đến hiệu quả áp dụng của các quy định về quảng cáo so sánh của Việt Nam thể hiện thông qua các vụ việc cụ thể trong thực tiễn (vì thực tế là rất ít), chúng ta đã vẫn có thể đánh giá được những nhược điểm của các quy định này thông qua sự phân tích ở trên (những quy định về các nội dung của quảng cáo so sánh cũng như cơ chế xử lý vụ việc cạnh tranh của Luật Cạnh tranh 2004 và các văn bản liên quan còn chưa chặt chẽ và không có tính khả thi). Hiện tại, Cục quản lý cạnh tranh Bộ Công Thương – cơ quan có thẩm quyền xử lý các vụ việc cạnh tranh không lành mạnh vẫn chưa xử lý vụ việc nào liên quan đến quảng cáo so sánh.

### **3. Định hướng hoàn thiện pháp luật điều chỉnh hành vi quảng cáo so sánh tại Việt Nam trong tương lai**

*Thứ nhất*, cần quy định theo hướng cho phép thực hiện quảng cáo so sánh với những điều kiện nhất định.

Về vấn đề cấm hay cho phép quảng cáo so sánh trên thế giới hiện nay có những quan điểm khác nhau, ngay cả trong một quốc gia trong từng thời kỳ khác nhau cũng có những thay đổi khác nhau (ví dụ như tại Đức, Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh năm 1986 cấm quảng cáo so sánh còn Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh năm 2004 lại sửa đổi theo hướng cho phép thực hiện quảng cáo so sánh với những điều kiện nhất định). Nhìn chung, chúng tôi cho rằng, pháp luật nước ta nên sửa đổi các quy định về quảng cáo so sánh theo hướng như trên

giống như pháp luật của Liên minh châu Âu và một số nước khác bởi các lý do sau đây:

(i) Xu hướng chung của thế giới hiện nay là chấp nhận cho phép hoạt động quảng cáo so sánh được thực hiện với những điều kiện nhất định với những sự giám sát chặt chẽ bằng những cơ chế hiệu quả. Có thể nhận thấy rằng điều này sẽ giúp cho pháp luật của chúng ta không bị lỗi thời hay lạc hậu so với pháp luật các nước trên thế giới.

(ii) Quy định cấm quảng cáo so sánh trực tiếp như hiện nay tỏ ra thiếu hiệu quả và khả năng áp dụng trong thực tế kém như đã phân tích ở phần trên. Các quy định mới chỉ chung chung, chưa có hướng dẫn cụ thể về thế nào là “sự so sánh trực tiếp” hay đối tượng so sánh, mức phạt đối với hành vi vi phạm các quy định về quảng cáo so sánh trực tiếp,... Bởi thế, dường như chúng ta chỉ đơn thuần cấm mà không quy định cụ thể các vấn đề bên trong của nó dẫn đến một số ý kiến cho rằng “không quản lý được thì cấm, nhưng là cấm không triệt để” hay là “đem con bỏ chợ”.

(iii) Có thể nhận thấy rằng, không có một ranh giới rõ ràng giữa so sánh trực tiếp và so sánh gián tiếp trong quảng cáo. Để xác định được đâu là quảng cáo so sánh trực tiếp hay gián tiếp không phải là điều đơn giản và đôi khi là việc không thể trong điều kiện mập mờ về quy định và quan điểm như hiện nay. Khi cấm quảng cáo so sánh trực tiếp có thể xảy ra trường hợp một quảng cáo so sánh trực tiếp nhưng khách quan, trung thực lại bị cấm còn một quảng cáo so sánh gián tiếp nhưng không trung thực lại được cho phép thực hiện. Hơn nữa, một điều phải công nhận là cho dù có so sánh trực tiếp hay gián tiếp thì kết quả do người tiêu dùng tiếp nhận được đều như nhau tuy bằng những con đường khác nhau và do đó, ảnh hưởng đến các đối tượng liên quan không khác nhau. Bởi vậy, không nên phân biệt thành so sánh trực tiếp hay gián tiếp và cũng không nên chỉ cấm quảng cáo so sánh trực tiếp hay quảng cáo so sánh gián tiếp.

(iv) Quảng cáo so sánh cũng giống như các hành vi khác thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh ở tính hai mặt, vừa

có tác dụng tích cực nếu phát triển hợp lý, vừa có nguy cơ gây hại khi bị biến tướng hoặc bị lạm dụng, không thể ngăn cấm tuyệt đối hay buông lỏng hoàn toàn<sup>33</sup>. Do đó, việc cho phép thực hiện quảng cáo so sánh với những điều kiện nhất định là một điều phù hợp.

Một điều thật đáng tiếc là theo dự thảo Luật Quảng cáo hiện nay (đến thời điểm này là dự thảo lần 5) vẫn quy định theo hướng cấm thực hiện quảng cáo so sánh trực tiếp. Tuy nhiên, dự thảo này cũng đã đưa ra được một số quy định mới như bổ sung về đối tượng so sánh: nhãn hiệu hàng hóa, dịch vụ; so sánh về giá cả, chất lượng hàng hóa, dịch vụ; cấm quảng cáo có sử dụng thuật ngữ ở mức so sánh cao nhất như “nhất”, “duy nhất”, “tốt nhất”, “số một” (khoản 5 Điều 12)<sup>34</sup>.

*Thứ hai*, cần có sự thay đổi hợp lý trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật về quảng cáo nói chung và về quảng cáo so sánh nói riêng. Ở yêu cầu này chúng ta cần quan tâm đến những vấn đề sau:

(i) Cần xác định lại bản chất “thương mại” của hoạt động quảng cáo, pháp luật thương mại, pháp luật quảng cáo không nên điều chỉnh luôn cả hoạt động quảng cáo phi thương mại như hiện nay<sup>35</sup>. Điều này sẽ giúp cho hoạt động quảng cáo nói chung và quảng cáo so sánh nói riêng được thông suốt, thuận lợi hơn về mặt quản lý nhà nước;

(ii) Nên điều chỉnh hoạt động quảng cáo so sánh tập trung trong một hoặc hai văn bản nhất định: ví dụ như Luật Cạnh tranh và một văn bản hướng dẫn thi hành Luật này có liên quan đến quảng cáo so sánh. Các văn bản luật khác như: Luật Thương mại, Luật Quảng cáo chỉ nên quy định cấm các hành vi quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh theo quy định của pháp luật cạnh

<sup>33</sup> Cục Quản lý cạnh tranh (Bộ Công Thương) (2008), *Quảng cáo dưới góc độ cạnh tranh*, ttdđ. tr. 119.

<sup>34</sup> Xem thêm dự thảo này tại website [vibonline.com.vn](http://vibonline.com.vn)

<sup>35</sup> Về vấn đề này xin xem thêm: Nguyễn Thị Dung (2005), *Khái niệm “quảng cáo” trong pháp luật Việt Nam và ảnh hưởng của nó đến việc hoàn thiện pháp luật về quảng cáo*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 12/2005.

tranh. Điều này sẽ giúp cho các quy định liên quan đến quảng cáo so sánh được thống nhất, tránh tình trạng chông chéo giữa các văn bản dẫn đến các cách giải thích luật khác nhau như hiện nay; nâng cao vai trò và tầm quan trọng thích đáng của pháp luật cạnh tranh trong xử lý các vụ việc cạnh tranh không lành mạnh;

*Thứ ba*, định hướng xây dựng những nội dung cụ thể của vấn đề quảng cáo so sánh. Các nội dung đó bao gồm<sup>36</sup>:

(i) *Định nghĩa quảng cáo so sánh*

Vai trò của việc xây dựng một định nghĩa quảng cáo so sánh chuẩn và có tính định hướng chung cho việc quy định cụ thể các nội dung của vấn đề này là cần thiết. Pháp luật Việt Nam chưa xây dựng khái niệm này và cũng chưa có những quy định cụ thể để điều chỉnh. Trong khi đó, định nghĩa quảng cáo so sánh theo pháp luật một số nước, khu vực khác như Liên minh châu Âu<sup>37</sup> khá toàn diện nhưng vẫn có một số hạn chế như:

- Trong định nghĩa quảng cáo so sánh tại Chỉ thị 84/450/EEC có đề cập đến “*sự làm nhận ra một cách trực tiếp*” và “*sự làm nhận ra một cách gián tiếp*” nhưng lại không giải thích thêm như thế nào là “*sự làm nhận ra một cách trực tiếp/gián tiếp*”. Điều này không hợp lý lắm với quan điểm không quan tâm đến cách thức tiến hành quảng cáo so sánh mà chỉ quan tâm đến kết quả cuối cùng của các nhà làm luật để xây dựng những điều kiện để một quảng cáo so sánh được xem là hợp pháp. Có lẽ, việc nêu ra “*sự làm nhận ra một cách trực tiếp/gián tiếp*” trong định nghĩa có mục đích thông tin về các cách thức thực hiện một quảng cáo so sánh mà thôi. Điều này không ảnh hưởng gì đến khả năng áp dụng của các quy định pháp luật trên;

- Theo như định nghĩa này thì số lượng đối thủ cạnh tranh mà thương nhân thực hiện quảng cáo so sánh nhắc đến trong quảng cáo chỉ là “*một*” (cụm từ “*làm nhận ra một cách trực tiếp hoặc gián tiếp một doanh nghiệp cạnh tranh*”). Trong khi đó, xét về mặt lý luận, với hình thức quảng cáo so sánh nhất thì đối tượng mà thương nhân thực hiện quảng cáo so sánh hướng đến không chỉ có một (trừ trường hợp trên thị trường chỉ có 2 thương nhân cùng hoạt động kinh doanh trong một lĩnh vực, sản xuất/cung ứng cùng một loại hàng hóa/dịch vụ). Xét về mặt thực tiễn tài phán của châu Âu, có những vụ án đã thể hiện quan điểm rằng số lượng đối thủ cạnh tranh được nhắc đến không thể chỉ là “*một*” trong đa số cách thức quảng cáo so sánh<sup>38</sup>.

Vì vậy, có thể đưa ra một định nghĩa như sau: “*Quảng cáo so sánh là quảng cáo làm nhận ra một hoặc một vài đối thủ cạnh tranh hoặc các sản phẩm hay các dịch vụ cùng loại mà đối thủ cạnh tranh sản xuất, cung ứng hay phân phối và đáp ứng được một số điều kiện khác do pháp luật quy định*”. Định nghĩa này thể hiện bản chất pháp lý của hành vi này như: một quảng cáo muốn trở thành quảng cáo so sánh phải đáp ứng được bản chất so sánh và bản chất cạnh tranh; chủ thể thực hiện hoạt động quảng cáo so sánh bao gồm: nhà sản xuất, nhà cung ứng và nhà phân phối hàng hóa, dịch vụ. Số lượng đối thủ cạnh tranh được nhắc đến không phải chỉ là một mà có thể nhiều hơn; vì cho phép thực hiện quảng cáo so sánh với những điều kiện nhất định và hậu quả pháp lý của hai hình thức quảng cáo so sánh trực tiếp, quảng cáo so sánh gián tiếp là như nhau nên không cần nêu ra hai hình thức này trong định nghĩa; một số điều kiện khác do pháp luật quy định bao gồm: đối tượng so sánh và các điều kiện để một quảng cáo so sánh được xem là hợp pháp;

(ii) *Về chủ thể thực hiện được phép tiến hành hoạt động quảng cáo so sánh*

<sup>36</sup> Có thể xem kỹ hơn những nội dung sửa đổi này tại: Trương Hồng Quang (2008). *Pháp luật điều chỉnh hành vi quảng cáo so sánh của Liên minh châu Âu và Việt Nam – nghiên cứu dưới góc độ so sánh luật*, Khóa luận tốt nghiệp. Đại học Luật Hà Nội, tr. 44-50.

<sup>37</sup> Xem khái niệm này ở phần đầu của bài viết.

<sup>38</sup> Có thể xem thêm vụ án “*Bảng so sánh giá*”: Bản án của BGH ngày 05/02/1998, số hồ sơ: IZR 211/95, nguồn: WRP 1998, 719, <http://www.jurpc.de/rechtspr/19880145.htm>

Các quy định hiện hành dễ dẫn đến các cách giải thích và áp dụng luật khác nhau. Bởi vậy, nên quy định rõ ràng và cụ thể những đối tượng nào được phép thực hiện hoạt động quảng cáo so sánh/thuê thương nhân khác thực hiện hoạt động quảng cáo so sánh cho mình. Theo chúng tôi, pháp luật cạnh tranh Việt Nam nên quy định cụ thể hơn các chủ thể: nhà sản xuất, nhà cung ứng dịch vụ và nhà phân phối hàng hóa/dịch vụ đều được tham gia hoạt động này để: tránh gây phân biệt đối xử giữa các thành phần thương nhân; không gây ra một lỗ hổng khi không điều chỉnh những quảng cáo so sánh không lành mạnh được thực hiện bởi một trong các chủ thể nêu trên; thống nhất các cách giải thích luật khác nhau hiện nay về chủ thể thực hiện hoạt động này.

*(iii) Về đối tượng so sánh và mức độ so sánh*

Nên quy định rõ ràng những đối tượng nào được phép đưa ra so sánh. Pháp luật Liên minh châu Âu chỉ quy định đối tượng so sánh là những tính chất căn bản của hàng hóa, dịch vụ. Đối tượng so sánh nên được mở rộng ra, bao gồm: các tính chất của hàng hóa (mẫu mã, chất lượng, giá cả...) và hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đó. Điều này sẽ giúp cho thương nhân thực hiện quảng cáo so sánh thể hiện được những ưu điểm vượt trội của hàng hóa, dịch vụ của mình trong việc nỗ lực cải tiến sản xuất, cải tiến quản trị,... Bên cạnh đó nên cấm hình thức mức độ so sánh nhất, so sánh tuyệt đối bởi: đối với hình thức này thì quảng cáo này phải được sự xác nhận của cơ quan có thẩm quyền, tuy nhiên hàng hóa hay dịch vụ đó chỉ tốt nhất tại thời điểm xác nhận, có thể tại thời điểm phát hành quảng cáo lại có hàng hóa, dịch vụ khác tốt hơn, nên hàng hóa dịch vụ trong mẫu quảng cáo đó không còn tốt nhất nữa. Do vậy, cấm hình thức so sánh nhất là một điều nên làm.

*(iv) Về mức phạt của hành vi vi phạm pháp luật khi thực hiện quảng cáo so sánh nhằm cạnh tranh không lành mạnh.*

Điều 35 Nghị định số 120/2005/NĐ-CP của Chính phủ ngày 30/09/2005 về xử lý vi

phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh phải được sửa đổi lại mức phạt cao hơn để góp phần răn đe các doanh nghiệp và phù hợp với thực trạng quảng cáo tại Việt Nam hiện nay.

*(v) Quyền và nghĩa vụ của thương nhân thực hiện hoạt động quảng cáo so sánh*

- Về quyền của thương nhân thực hiện hoạt động quảng cáo so sánh: được hưởng các quyền do pháp luật về quảng cáo thương mại quy định tại các Điều 103, 111 và 113 của Luật Thương mại 2005 và các văn bản khác có liên quan;

- Về nghĩa vụ của thương nhân thực hiện hoạt động quảng cáo so sánh: Ngoài việc thực hiện nghĩa vụ tại các Điều 112, 114, 116 của Luật Thương mại 2005 và các văn bản khác có liên quan, thương nhân phải có trách nhiệm với quảng cáo so sánh mà mình đưa ra, phải có nghĩa vụ chứng minh tính chính xác và trung thực trong quảng cáo so sánh của mình nếu đối thủ cạnh tranh khiếu nại. Nếu không chứng minh được phải chịu chế tài của pháp luật và bồi thường thiệt hại (nếu có).

Ngoài ra, có thể tham khảo Điều 7 (về quản lý và những biện pháp tư pháp) của Chỉ thị 97/55/EC có quy định: Trong một số trường hợp đặc biệt, không chỉ đối thủ cạnh tranh mà người tiêu dùng và những tổ chức/hiệp hội của họ có thể kiện trực tiếp ra tòa án. Thương nhân thực hiện hành vi quảng cáo so sánh phải đưa ra được bằng chứng thỏa đáng để chứng minh tính hợp pháp của quảng cáo đó. Nếu không chứng minh được thì quảng cáo so sánh đó bị coi là không hợp pháp và bị tạm dừng ngay sau đó. Sau khi bản án của tòa án được tuyên và có hiệu lực thì quảng cáo so sánh đó phải bị chấm dứt hoàn toàn. Ngoài ra, thương nhân thực hiện quảng cáo so sánh đó có thể bị buộc phải thực hiện một quảng cáo so sánh đúng sự thật, hợp pháp. Khi đó, cơ quan quản lý chỉ quy định khuôn khổ và quản lý theo luật còn doanh nghiệp tự xác định giới hạn của mình và có người tiêu dùng, có đối thủ cạnh tranh giám sát khi thực hiện quảng cáo so sánh.



(vi) *Xây dựng hệ thống điều kiện để một quảng cáo so sánh hợp pháp*

Những điều kiện này nên tách bạch theo hai phần: điều kiện để một quảng cáo được xem là quảng cáo so sánh (có sự so sánh giữa hàng hóa hoặc dịch vụ cùng loại của hai doanh nghiệp khác nhau, so sánh hàng hóa hoặc dịch vụ cho cùng một nhu cầu hoặc có cùng một mục đích sử dụng) và điều kiện để quảng cáo so sánh đó hợp pháp (không gây nhầm lẫn, so sánh một cách khách quan một hoặc nhiều tính chất hay hoạt động sản xuất, kinh doanh của hàng hóa, dịch vụ; có thể kiểm chứng được; có thể bao gồm cả giá cả, 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,...). Đặc biệt trong những điều kiện này cần chú ý xây dựng, bổ khuyết cho khoảng trống của pháp luật sở hữu trí tuệ hiện nay về vấn đề sử dụng các đối tượng thuộc quyền sở hữu trí tuệ. Với những điều kiện này có thể học hỏi thêm từ Chỉ thị 97/55/EC của Liên minh châu Âu.

(vii) *Xây dựng quy định liên quan đến quảng cáo so sánh trên cơ sở kết quả so sánh do bên thứ ba (hiệp hội, tổ chức bảo vệ người tiêu dùng, cơ quan nhà nước,...) độc lập thực hiện.<sup>39</sup>*

Theo như pháp luật hiện hành thì Luật Cạnh tranh chỉ điều chỉnh hành vi của doanh nghiệp mà không xét đến bên thứ ba. Đối với vấn đề này có thể có hai hướng để xây dựng quy định: nếu có thiệt hại cho doanh nghiệp khác có thể giải quyết theo thủ tục dân sự; hoặc Luật Cạnh tranh có thể cấm hay cho phép thực hiện quảng cáo so sánh dựa trên kết quả so sánh do bên thứ ba thực hiện với những điều kiện nhất định.

Thứ tư, ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Để cụ thể hóa các nội dung trên, chúng tôi cho rằng Chính phủ cần ban hành một Nghị định quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh về kiểm soát các hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Trong hệ thống các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh hiện nay chỉ có các hành vi hạn chế cạnh tranh và tổ tụng cạnh tranh là được Chính phủ ban hành Nghị định số 116/2005/NĐ-CP ngày 15/09/2005 để quy định chi tiết mà không có văn bản nào hướng dẫn cụ thể nhóm hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Trong xu thế phát triển và hội nhập hiện nay đã kéo theo những hình thức biểu hiện mới, tinh vi hơn của các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, đặc biệt là các hình thức xúc tiến thương mại. Do đó, việc có một Nghị định của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh về nhóm hành vi cạnh tranh không lành mạnh là điều hết sức cần thiết. Hơn nữa, quảng cáo so sánh với tư cách là một hình thức của quảng cáo thương mại nằm trong nhóm các hình thức xúc tiến thương mại đã bộc lộ những hạn chế và nhược điểm lớn trong các quy định như đã phân tích ở các phần trên. Trong Nghị định này, vấn đề quảng cáo so sánh sẽ bao gồm các nội dung đã được định hướng sửa đổi như trên.

## 5. Kết luận

Qua quá trình nghiên cứu, chúng tôi nhận thấy rằng quảng cáo so sánh là vấn đề khá phức tạp bởi tuy nó là một hành vi nhỏ nhưng chứa đựng nhiều nội dung cần điều chỉnh và được xử lý rất khác trong các hệ thống pháp luật khác nhau. Tuy nhiên, một điều phải công nhận rằng quảng cáo so sánh sẽ luôn giữ vững được vai trò vốn có của mình là một phương thức xúc tiến thương mại hữu hiệu, một công cụ đắc lực cho thương nhân trên thương trường. Trong tương lai, pháp luật Việt Nam cần có những sự điều chỉnh hợp lý, cụ thể hơn đối với hành vi này để góp phần tạo ra một môi trường cạnh tranh lành mạnh trong hoạt động quảng cáo cũng như đáp ứng xu hướng phát triển của các hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hội nhập kinh tế.

<sup>39</sup> Cục Quản lý cạnh tranh (Bộ Công Thương) (2008). *Quảng cáo dưới góc độ cạnh tranh*, ttdđ. tr. 121.