PHÁP LUẬT VỀ QUẢNG CÁO THƯƠNG MẠI CỦA HOA KỲ VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hà[*]
Võ Sỹ Mạnh[**]

Tóm tắt

Pháp luật về quảng cáo thương mại của Việt Nam còn tồn tại một số điểm bất cập như có sự chồng chéo, trùng lặp, thiếu thống nhất của nhiều văn bản pháp luật; bất cập trong quy định về nghĩa vụ quảng cáo trung thực và quảng cáo so sánh. Nghiên cứu pháp luật về quảng cáo thương mại của Hoa Kỳ cho phép có thể rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam như tiếp tục hoàn thiện thể chế, tôn trọng quyền tự do kinh doanh hoạt động quảng cáo thương mại và biện pháp xử lý đối với hành vi quảng cáo so sánh.

Từ khóa: *Quảng cáo thương mại, Quảng cáo so sánh, Kinh nghiệm, Hoa Kỳ, Việt Nam.*

Mã số: 203.291115. Ngày nhận bài: 29/11/2015. Ngày hoàn thành biên tập: 10/12/2015. Ngày duyệt đăng:12/12/2015.

Summary

There are some existing shortcomings in the commercial advertising law of Vietnam such as: overlapping, inconsistency in legislations and inadequacies of provisions on obligations of the parties conductingthehonest and comparative advertising. The experiences learned from studying commercial advertising law of the USA will contribute to improve the commercial advertising law of Vietnam by improving mechanism, respecting the rights to business freedom and remedy for the comparative advertising.

Key words: *commercial advertising, comparative advertising, experience, USA, Vietnam*

Paper No.203.291115. Date of receipt: 29/11/2015. Date of revision: 10/12/2015. Date of approval: 12/12/2015.

1. Đặt vấn đề

Quảng cáo thương mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân để giới thiệu với khách hàng về hoạt động kinh doanh hàng hóa, dịch vụ của mình . Hoạt động quảng cáo thương mại đã được luật định từ Điều 102 đến Điều 116 Luật thương mại năm 2005 nhằm tạo hành lang pháp lý cho thương nhân tiến hành các hoạt động này. Tuy nhiên, hoạt động thương mại ngày càng phát triển, kéo theo đó là sự đa dạng, phong phú trong hoạt động quảng cáo thương mại của thương nhân. Vì vậy, các quy định về quảng cáo thương mại trong Luật thương mại Việt Nam năm 2005 dần bộc lộ những bất cập, không phù hợp với thực tiễn thương mại đòi hỏi phải hoàn thiện. Nghiên cứu, học hỏi kinh nghiệm xây dựng pháp luật về quảng cáo thương mại của các nước phát triển trên thế giới là một trong những hướng đi có ý nghĩa trong quá trình hoàn thiện quy định pháp luật thương mại Việt Nam nói chung, quy định pháp luật về quảng cáo thương mại nói riêng.

[*] TS, Trường Đại học Ngoại thương
[**] ThS, Trường Đại học Ngoại thương ; Email:manhvs@ftu.edu.vn

Trong phạm vi của bài viết này, người viết sẽ tập trung tìm hiểu, phân tích kinh nghiệm xây dựng và thực thi pháp luật về quảng cáo thương mại của Hoa Kỳ, từ đó rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam. Các quy định của pháp luật Hoa Kỳ về quảng cáo thương mại có thể được chia ra thành hai nhóm. Đó là các quy định về hình thức quảng cáo thương mại và các quy định về kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại thương mại (2). Trước khi đi vào nghiên cứu cụ thể hai nhóm quy định này, bài viết sẽ giới thiệu sơ lược về hệ thống các quy định đó (1). Đồng thời, để có thể rút ra được những bài học cho Việt Nam (4) từ kinh nghiệm xây dựng và thực thi pháp luật về quảng cáo của Hoa Kỳ, bài viết cũng sẽ phân tích một số hạn chế của pháp luật về quảng cáo thương mại của Việt Nam (3).

1. Khái quát về các quy định của pháp luật Hoa Kỳ về quảng cáo thương mại

Hoa Kỳ là quốc gia có thị trường dịch vụ quảng cáo thương mại phát triển hàng đầu thế giới. Năm 1997, thị trường quảng cáo của Hoa Kỳ có doanh thu chiếm khoảng 40% doanh thu quảng cáo toàn cầu . Đến năm 2014, doanh thu của ngành công nghiệp quảng cáo Hoa Kỳ đã đạt đến con số 40 tỷ USD. Sự phát triển của thị trường này đòi hỏi Hoa Kỳ phải có các quy định cụ thể, ở cả cấp độ liên bang và cấp độ từng tiểu bang, để điều chỉnh hoạt động kinh doanh dịch vụ có liên quan.

Là một trong những quốc gia có hệ thống pháp luật thuộc common law, các quy định của pháp luật Hoa Kỳ về quảng cáo thương mại được chứa đựng trong nhiều nguồn khác nhau, bao gồm nguồn bất thành văn và nguồn thành văn.

Về nguồn bất thành văn, các án lệ của Tòa án Tối cao Hoa Kỳ và các tòa án tiểu bang về quảng cáo thương mại có giá trị là nguồn luật điều chỉnh lĩnh vực này.

Về nguồn thành văn, các quy định về quảng cáo thương mại trước tiên do Quốc hội ban hành. Toàn bộ các quy định này được tập hợp tại Quyển 15 của Bộ luật Hợp chủng quốc Hoa Kỳ (The United States Code, viết tắt USC) về Kinh doanh và Thương mại (Commerce and Trade)[1], trong đó, các quy định về quảng cáo và kinh doanh dịch vụ quảng cáo chủ yếu được đưa vào trong chương 2 về Ủy ban Thương mại Liên bang; khuyến khích xuất khẩu và phòng ngừa các biện pháp cạnh tranh không lành mạnh (Federal Trade Commission; Promotion of Export Trade and Prevention of Unfair Methods of Competition, sau đây gọi tắt là Luật về FTC).

Bên cạnh chức năng điều tra bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng chống lại các hành vi hoặc thực tiễn không lành mạnh hoặc gây nhầm lẫn (unfair or deceptive acts or practices), Ủy ban Thương mại Liên bang (FTC) được Quốc hội Hoa Kỳ trao cho thẩm quyền ban hành các quy định có giá trị trên toàn liên bang về lĩnh vực quảng cáo[2]. Toàn bộ các quy định do Ủy ban Thương mại Liên bang ban hành được tập hợp trong Quyển 16 của Bộ luật các quy định liên bang (Code of Federal Regulations, viết tắt CFR)[3].

---

[1] Chi tiết về USC và Quyển 15 này, xin xem tại: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15 (truy cập ngày 03/07/2015).

[2] Xem Điều 18 FTC Act.

[3] Nội dung của CFR và Quyển 16 xin xem tại: http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=f68d4295c198f221e3cf8cf179ae03a5&mc=true&tpl=/ecfrbrowse/Title16/16tab_02.tpl (truy cập ngày 05/07/2015).

Ngoài FTC, một số cơ quan liên bang khác cũng có thẩm quyền ban hành quy định liên quan đến quảng cáo. Ví dụ, ngay từ năm 1895, Cơ quan Bưu chính Hoa Kỳ đã ban hành quy định về quảng cáo thông qua gửi thư trực tiếp. Cục Quản lý Dược và Thực phẩm Hoa Kỳ, được thành lập theo Luật về Dược và Thực phẩm sạch năm 1906, có thẩm quyền ban hành các quy định về quảng cáo liên quan đến thực phẩm, mỹ phẩm, dược phẩm và chăm sóc sức khỏe. Từ năm 1934, Ủy ban Chứng khoán và Hối đoái (Securities and Exchange Commission) được trao thẩm quyền ban hành quy định về quảng cáo trong lĩnh vực chứng khoán. Cuối cùng, Ủy ban Truyền thông Liên bang (Federal Communication Commission) có chức năng điều chỉnh hoạt động quảng cáo mang tính chính trị trên các phương tiện truyền thông.

Cũng cần phải lưu ý là, tại từng bang khác nhau, quảng cáo thương mại cũng được điều chỉnh bởi các nguồn luật có liên quan có giá trị tại từng tiểu bang. Tuy nhiên, vì giới hạn về thời gian và dung lượng, những phân tích trong phần tiếp theo sẽ chủ yếu đề cập đến các quy định có giá trị ở cấp độ toàn liên bang.

2. Một số quy định cụ thể về quảng cáo thương mại của Hoa Kỳ

2.1. Về hình thức quảng cáo thương mại

Thứ nhất, về khái niệm quảng cáo thương mại

Pháp luật Hoa Kỳ không đưa ra khái niệm về quảng cáo thương mại. Tuy nhiên, trong bộ quy tắc về giải quyết tranh chấp của Phòng Quảng cáo Quốc gia (National Advertising Division, NAD), khái niệm quảng cáo đã được định nghĩa khá chi tiết.

Bộ quy tắc của NAD định nghĩa *"quảng cáo quốc gia (national advertising) bao gồm bất kỳ thông điệp thương mại trả tiền nào, trên bất kỳ phương tiện nào (bao gồm cả nhãn hàng), nếu thông điệp đó có mục đích thúc đẩy việc bán hàng hoặc trao đổi thương mại khác hoặc thuyết phục khán giả về các giá trị hoặc tính hữu dụng của một công ty, sản phẩm hoặc dịch vụ; và nếu thông điệp đó được phổ biến trên toàn quốc hoặc một phần đáng kể của lãnh thổ Hoa Kỳ, hoặc là quảng cáo thử nghiệm chuẩn bị cho chiến dịch quốc gia và nếu nội dung của chúng được kiểm soát bởi các nhà quảng cáo"*[4].

Có thể thấy đây là một khái niệm rất rộng, bởi, theo khái niệm này, quảng cáo bao gồm bất kỳ một thông điệp thương mại trả tiền nào được đưa ra nhằm mục đích thúc đẩy việc bán hàng hoặc giao dịch thương mại hoặc thuyết phục người nghe về các đặc tính của sản phẩm. Với cách hiểu rộng như vậy, quảng cáo sẽ bao gồm cả các thông điệp được đưa ra trong hoạt động khuyến mại, hay triển lãm, trưng bày giới thiệu hàng hóa dịch vụ, để chỉ rõ cho người tiêu dùng biết được các lợi ích mà người tiêu dùng có thể đạt được khi mua hàng hóa hoặc dịch vụ, từ đó thúc đẩy việc mua hàng và sử dụng dịch vụ.

Thứ hai, về các hình thức quảng cáo thương mại

Hoa Kỳ có một môi trường kinh doanh năng động và thúc đẩy sự sáng tạo, do đó, quảng cáo có thể được tiến hành với bất kỳ hình thức nào, trên bất kỳ phương tiện nào, miễn là nội dung quảng cáo không phạm vào các hình thức quảng cáo bị cấm. Ngoài ra, pháp luật Hoa Kỳ hàm chứa một số quy định để điều chỉnh một số hình thức quảng cáo thương mại cụ thể như telemarketing, qua thư điện tử, qua điện thoại, qua internet…

[4] Điều 1.1.A. Bộ quy tắc của NAD, sửa đổi ngày 1/1/2014.

Thứ ba, về nguyên tắc chung khi tiến hành quảng cáo

Đạo luật về FTC đưa ra nguyên tắc chung, theo đó, *"bất kỳ phương thức cạnh tranh không lành mạnh trong hoặc ảnh hưởng đến thương mại; bất kỳ hành vi hay thực tiễn không lành mạnh hoặc gây nhầm lẫn trong hoặc ảnh hưởng đến thương mại đều bị coi là hành vi vi phạm pháp luật"*[5]. Căn cứ vào quy định kể trên, để một quảng cáo không bị khiếu kiện, quảng cáo đó phải đáp ứng được ba điều kiện: quảng cáo phải có nội dung trung thực và không gây nhầm lẫn; người quảng cáo phải có bằng chứng chứng minh cho nội dung quảng cáo và quảng cáo phải lành mạnh[6]. Nói cách khác, nếu quảng cáo bị coi là gây nhầm lẫn hoặc không lành mạnh hoặc không trung thực sẽ bị coi là phạm pháp và bị FTC điều tra.

Về quảng cáo gây nhầm lẫn (deceptive advertising), hành vi này bị cấm theo Luật về FTC. Một quảng cáo bị coi là gây nhầm lẫn nếu nó hàm chứa nội dung liên quan đến một sự đại diện, thực tiễn hoặc một thiếu sót có khả năng lừa dối người tiêu dùng hành động một cách hợp lý và sự đại diện, thực tiễn hoặc thiếu sót đó là cơ bản đối với sự lựa chọn của khách hàng[7]. Quy định này đưa ra hai tiêu chí để xác định một quảng cáo gây nhầm lẫn: thứ nhất, quảng cáo đó phải hàm chứa một nội dung liên quan đến "sự đại diện, thực tiễn hoặc thiếu sót" làm cho người tiêu dùng không thể hành động một cách hợp lý; thứ hai, "sự đại diện, thực tiễn hoặc thiếu sót" đó phải là cơ bản, nói cách khác, là có ý nghĩa quyết định đến sự lựa chọn của khách hàng đối với sản phẩm[8].

Có thể thấy việc cấm hành vi quảng cáo gây nhầm lẫn là nhằm bảo vệ lợi ích của người tiêu dùng. Do đó, khi người tiêu dùng thấy quyền lợi của mình bị ảnh hưởng bởi một quảng cáo có nội dung gây nhầm lẫn, họ có quyền khiếu nại tới FTC và cơ quan này sẽ xem xét vụ việc để đưa ra quyết định.

Về quảng cáo không lành mạnh (unfair advertising), FTC đã xây dựng nhiều tiêu chí để xác định một quảng cáo không lành mạnh. Từ năm 1964, FTC, trên cơ sở các vụ tranh chấp mà mình đã thụ lý, đã đưa ra ba tiêu chí: thứ nhất, quảng cáo đó phải gây thiệt hại cho người tiêu dùng; thứ hai, quảng cáo đó vi phạm trật tự công; thứ ba, quảng cáo đó bị coi là "vô đạo đức" (unethical or unscrupulous)[9]. Ba tiêu chí này không cần được áp dụng đồng thời, nghĩa là, chỉ cần quảng cáo bị khiếu kiện rơi vào một trong các trường hợp nêu trên thì đều có thể bị coi là không lành mạnh. Các tiêu chí này sau đó đã được pháp điển hóa bằng phán

---

[5] Điều 5 Đạo luật FTC, nay trở thành điều 45 trong USC

[6] Federal Trade Commission, "Advertising FAQ's: A Guide for Small Business", xem tại: https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/advertising-faqs-guide-small-business (truy cập ngày 7/7/2015).

[7] Federal Trade Commission, FTC Policy Statement on Deception, October 14, 1983, xem tại: https://www.ftc.gov/public-statements/1983/10/ftc-policy-statement-deception (truy cập ngày 7/7/2015).

[8] Có một số trường hợp cụ thể bị coi là quảng cáo gây nhầm lẫn như:
Quảng cáo có nội dung mua hai sản phẩm với giá của một sản phẩm, nếu cả hai sản phẩm đã không được bán với giá thông thường của một sản phẩm trước khi tiến hành chiến dịch quảng cáo; Quảng cáo có nội dung mua một được tặng một sản phẩm, nếu giá của sản phẩm đầu tiên được đội lên để bù đắp cho sản phẩm được tặng; Quảng cáo có nội dung người nổi tiếng sử dụng một sản phẩm nhưng trên thực tế người đó không sử dụng hoặc không thích sản phẩm đó; Sử dụng một ma két cho quảng cáo trong khi khẳng định với người xem rằng sản phẩm đó đang được sử dụng. Xem: Monle Lee & Carla Johnson, Principles of Advertising: A Global Perspective, 2sd Edition, Routledge - Taylor & Francis Group, New Yord & London, 2006, tr. 52-53.

[9] Federal Trade Commission, FTC Policy Statement on Unfairness, December 17, 1980, xem tại: https://www.ftc.gov/public-statements/1980/12/ftc-policy-statement-unfairness (truy cập ngày 07/07/2015)

quyết của Tòa án Tối cao Hoa Kỳ vụ tranh chấp *Sperry & Hutchinson* năm 1972[10]. Tiếp theo đó, FTC đã hoàn thiện các tiêu chí xác định quảng cáo không lành mạnh. Nhờ đó, đến năm 1980, trong Tuyên bố chính sách về các hành vi không lành mạnh (Policy Statement on Unfairness), FTC đã đưa ra các hướng dẫn cụ thể để đánh giá các tiêu chí này[11].

Thứ tư, quảng cáo so sánh được khuyến khích

Điều này xuất phát từ quy định của FTC được ban hành vào năm 1971, theo đó, quảng cáo so sánh được định nghĩa là *"quảng cáo so sánh các nhãn hiệu có thể thay thế trên cơ sở các thuộc tính khách quan đo lường được hoặc giá cả, và xác định nhãn hiệu thay thế bằng tên, hình minh họa hoặc các thông tin đặc biệt khác"*[12].

Về nguyên tắc chung, chính sách của FTC về quảng cáo so sánh "*khuyến khích việc nêu tên hoặc dẫn chiếu đến đối thủ cạnh tranh, nhưng phải đảm bảo sự rõ ràng, và nếu cần thiết, phải công khai thông tin để tránh lừa dối người tiêu dùng. Thêm vào đó, việc sử dụng quảng cáo so sánh trung thực không bị hạn chế bởi các đài truyền hình hoặc các thực thể có chức năng tự điều chỉnh khác"*[13].

Có thể thấy, chính sách này hướng đến lợi ích của người tiêu dùng, bởi vì một quảng cáo so sánh trung thực và không gây nhầm lẫn là một kênh thông tin quan trọng giúp người tiêu dùng có sự lựa chọn thích hợp khi mua sản phẩm[14]. Ngoài ra, theo quan điểm của FTC, quảng cáo so sánh là một trong những cách thức thúc đẩy các cải tiến và đổi mới sản phẩm, có thể làm cho giá sản phẩm giảm xuống trên thị trường[15].

2.2. Về kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại

Thứ nhất, quyền tự do kinh doanh quảng cáo thương mại được Hiến pháp Hoa Kỳ bảo vệ.

Tu chính án số 1 của Hiến pháp Hoa Kỳ[16] đưa ra quy định bổ sung cho Hiến pháp về một số quyền tự do, trong đó có quyền tự do ngôn luận[17]. Cụ thể, Tu chính án này quy định: *"Quốc hội không ban hành các luật (...) xâm phạm đến quyền tự do ngôn luận"*[18]. Quyền tự do ngôn luận được hiểu rất rộng, bao gồm cả quyền thực hiện các phát ngôn mang tính thương mại (commercial speech). Theo định

---

[10] Xem FTC v. Sperry & Hutchinson C., 405 U.S. 223, 244-45 n.5 (1972)

[11] Federal Trade Commission, FTC Policy Statement on Unfairness, December 17, 1980, xem tại: https://www.ftc.gov/public-statements/1980/12/ftc-policy-statement-unfairness (truy cập ngày 07/07/2015).

[12] "Comparative advertising is defined as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information". Điều 14.15 (b), chương 1, quyển 16 CFR.

[13] Điều 14.15(b), chương 1, quyển 16 CFR. "Commission policy in the area of comparative advertising encourages the naming of, or reference to competitors, but requires clarity, and if necessary, disclosure to avoid deception of the consumer. Additionally, the use of truthful comparative advertising should not be restrained by broadcasters of self-regulation entities"

[14] Jenna D. Beller, "Comment: The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World - A Practical Guide for US Lawyers and Their Clients", International Lawyer, 1995, vol. 29, pp. 921-922.

[15] Điều 14.15(c), chương 1, quyển 16 CFR.

[16] Xem nội dung và các bình luận về Tu chính án số 1 này tại: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment (truy cập ngày 15/08/2015).

[17] Gary S. Craw, "Constitional Law - First Amendement - Commercial Speech - Layer Advertising Protected by the First Amendment - Bates v. State Bar of Arizona, 97 S. Ct. 2691 (1977)", Creighton Law Review, 1977-1978, vol. 11, pp. 577-608.

nghĩa của Tòa án Tối cao Hoa Kỳ, phát ngôn mang tính thương mại là *"phát ngôn mà người nói có khả năng sẽ cam kết thực hiện hoạt động thương mại, người nghe dự tính là người tiêu dùng hiện tại hoặc tiềm năng và nội dung của thông điệp mang tính thương mại"*[19]. Theo định nghĩa này, quảng cáo thương mại cũng là một hình thức phát ngôn mang tính thương mại bởi nội dung của quảng cáo là nhằm giới thiệu thông tin đến người tiêu dùng để thúc đẩy việc mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ của thương nhân. Tuy quảng cáo thương mại nói riêng hay phát ngôn mang tính thương mại nói chung được Hiến pháp Hoa Kỳ bảo vệ, nhưng Tòa án Tối cao Hoa Kỳ xác định các phát ngôn mang tính thương mại được bảo vệ ở cấp độ thấp hơn so với các phát ngôn không mang tính thương mại (non-commercial speech). Do đó, bất kỳ phát ngôn mang tính thương mại nào chứa đựng thông tin sai và gây nhầm lẫn đều không được hưởng bất kỳ sự bảo hộ nào của Hiến pháp, và vì vậy, bị cấm hoàn toàn[20].

Quyền tự do quảng cáo thương mại nêu trên được áp dụng cả đối với việc quảng cáo cho các dịch vụ pháp lý mà một luật sư hoặc một công ty luật tiến hành. Quyền này chính thức được Tòa án Tối cao Hoa Kỳ thừa nhận từ vụ tranh chấp *Bates v. State Bar of Arizona*[21] năm 1976 (xem hộp 1). Trước khi xảy ra vụ việc, các đoàn luật sư tại các tiểu bang, trong quy tắc hành nghề, đưa ra lệnh cấm các thành viên của mình tiến hành quảng cáo các dịch vụ tư vấn pháp lý mà họ cung cấp. Tuy nhiên, phán quyết của Tòa án Tối cao Hoa Kỳ trong vụ việc nêu trên đã khẳng định các lệnh cấm này vi phạm Tu chính án số 1, đồng thời vi phạm Luật Sherman về chống độc quyền. Kể từ đó, các lệnh cấm quảng cáo trong lĩnh vực tư vấn pháp lý đã được dỡ bỏ.

Thứ hai, thương nhân nước ngoài được tự do kinh doanh quảng cáo thương mại trên lãnh thổ Hoa Kỳ theo cam kết của Hoa Kỳ với tư cách là thành viên của WTO.

Trong các cam kết về dịch vụ tại WTO, Hoa Kỳ không đưa ra bất kỳ giới hạn nào liên quan đến quyền kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại đối với nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài, ở cả hai vấn đề về tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia[22]. Tuy nhiên, cần lưu ý là, với vấn đề tiếp cận thị trường, Hoa Kỳ không đưa ra cam kết đối với hình thức hiện diện thể nhân về quảng cáo thương mại.

Thứ ba, quyền và nghĩa vụ của người kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại

Pháp luật về quảng cáo thương mại Hoa Kỳ không hàm chứa các quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của các bên trong các hợp đồng quảng cáo. Nói cách khác, pháp luật cho phép các bên, bên thuê quảng cáo và bên kinh doanh dịch vụ quảng cáo, tự do xác định các nội dung trong hợp đồng quảng cáo. Đồng thời, hình thức của hợp đồng kinh doanh dịch

---

[19] "*Commercial speech has been defined (...) as speech where the speaker is more likely to be engaged in commerce, where the intended audience is commercial or actual or potential consumers, and where the content of the message is commercial in character*". Xem định nghĩa này tại: https://www.law.cornell.edu/wex/commercial_speech (truy cập ngày 20/08/2015).

[20] http://constitutioncenter.org/constitution/the-amendments/amendment-1-freedom-of-religion-press-expression (truy cập ngày 07/07/2015).

[21] Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977). Xem thêm: Gary S. Craw, "Constitional Law - First Amendement - Commercial Speech - Layer Advertising Protected by the First Amendment - Bates v. State Bar of Arizona, 97 S. Ct. 2691 (1977)", Creighton Law Review, 1977-1978, vol. 11, tr. 577.

[22] Xem thông tin về cam kết này tại: http://i-tip.wto.org/services/(S(3eo3sdmapfr1eby1zl5kba1u))/GATS_Detail.aspx/?id=22806&sector_path=0000100018 (truy cập ngày 03/07/2015).

vụ quảng cáo cũng không bắt buộc phải được lập bằng văn bản hay các hình thức tương đương văn bản. Điều này cho thấy quyền tự do kinh doanh ở Hoa Kỳ đã được mở một cách tối đa, tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại của các thương nhân trên lãnh thổ Hoa Kỳ.

Thứ tư, giải quyết tranh chấp và xử lý vi phạm

Giải quyết tranh chấp và xử lý vi phạm là một nội dung quan trọng của pháp luật Hoa Kỳ về kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại. Hiện tại, các tranh chấp liên quan đến quảng cáo có thể được xử lý thông qua nhiều con đường khác nhau: qua tòa án, qua các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền hoặc qua tổ chức tư nhân tự điều chỉnh.

(1) Giải quyết thông qua quá trình tự điều chỉnh

Ở Hoa Kỳ, có các tổ chức tư nhân đưa ra các quy tắc hướng dẫn về giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực quảng cáo thương mại. Được biết đến và được sử dụng hiệu quả nhất trong số các tổ chức tư nhân này là các hướng dẫn về tự điều chỉnh trong quảng cáo của Phòng Quảng cáo Quốc gia, trực thuộc Hội đồng các Văn phòng Kinh doanh Tốt (Council of Better Business Bureaus)[23] và của Hội đồng Rà soát Quảng cáo Quốc gia (National Advertising Review Board (NARB))[24]. NAD và NARD, thuộc lĩnh vực tư nhân, có nhiệm vụ *"tiếp nhận hoặc tự tiến hành, đánh giá, điều tra, phân tích (đồng thời với các chuyên gia bên ngoài, nếu đảm bảo, và theo yêu cầu của các bên) và tiến hành thương lượng với một nhà quảng cáo, và giải quyết các khiếu nại hoặc câu hỏi từ bất kỳ nguồn nào liên quan đến sự đúng đắng hoặc tính chính xác (truth or accuracy) của các quảng cáo quốc gia"*[25]. Do đó, bất kỳ khiếu kiện nào của người tiêu dùng, của đối thủ cạnh tranh, hay của các chi nhánh địa phương thuộc Văn phòng Kinh doanh Tốt sẽ được chuyển cho NAD xem xét và xử lý. Sau đó, khiếu kiện có thể được giải quyết ở cấp độ cao hơn, tại NARB, nếu một trong các bên đương sự không đồng ý với cách giải quyết mà NAD đưa ra. Nếu NAD và/hoặc NARB không giải quyết được vụ việc, các bên đương sự có thể đưa tranh chấp ra giải quyết tại các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

(2) Giải quyết thông qua cơ quan nhà nước có thẩm quyền

Theo thẩm quyền được quy định trong Luật về FTC, đây là cơ quan có thẩm quyền rộng nhất để giải quyết các tranh chấp và xử lý vi phạm liên quan đến quảng cáo thương mại. Có hai cách thức chủ yếu để giải quyết các hành vi vi phạm pháp luật về quảng cáo thương mại: Các biện pháp thực thi mang tính hành chính và biện pháp thực thi mang tính tư pháp. Với biện pháp thực thi mang tính hành chính, FTC có thể tự mình hoặc trên cơ sở khiếu nại của người tiêu dùng, doanh nghiệp bị tác động, khởi xướng việc điều tra về hành vi vi phạm và đưa ra biện pháp xử lý về mặt hành chính. Ngược lại, đối với biện pháp thực thi mang tính tư pháp, FTC có quyền khởi kiện ra tòa án cấp quận đối với hành vi vi phạm đó. Các biện pháp này một khi

---

[23] Các thông tin về hoạt động của NAD xem tại: https://www.bbb.org/council/the-national-partner-program/national-advertising-review-services/national-advertising-division/ (truy cập ngày 05/07/2015).

[24] Các thông tin về hoạt động của NARB xem tại:

[25] Điều 2.1. A của Quy trình tự điều chỉnh tự nguyện của ngành công nghiệp quảng cáo, phiên bản có hiệu lực từ 01/01/2014 (The Advertising Industry's Process of Voluntary Self-Regulation, revised effective Jan. 1, 2014), xem tại: http://www.asrcreviews.org/wp-content/uploads/2012/04/NAD-CARU-NARB-Procedures-revised-1.-1.-141.pdf (truy cập ngày 05/07/2015).

được sử dụng sẽ buộc người vi phạm phải chấm dứt hành vi vi phạm của mình và có thể phải bồi thường các thiệt hại phát sinh.

3. Một số hạn chế của pháp luật Việt Nam về quảng cáo thương mại

Thứ nhất, tồn tại lớn nhất trong thực trạng pháp luật về quảng cáo là có sự chồng chéo, trùng lặp, thiếu thống nhất của nhiều văn bản pháp luật, do nhiều cơ quan khác nhau ban hành. Hai nhóm văn bản pháp luật về quảng cáo:

Luật Quảng cảo năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành, Luật Thương mại năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành cùng có hiệu lực pháp luật. Luật Quảng cáo không sử dụng thuật ngữ "quảng cáo thương mại" nhưng nội dung của văn bản này chủ yếu quy định về quảng cáo hàng hoá, dịch vụ kinh doanh. Trong khi đó, việc tổ chức thi hành pháp luật, ban hành văn bản hướng dẫn của Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch và Bộ Công thương gần như độc lập với nhau, dẫn đến sự trùng lặp, chồng chéo và thiếu tính liên kết, làm giảm hiệu quả điều chỉnh pháp luật đối với hoạt động quảng cáo. Tồn tại này của pháp luật kéo theo một số hệ quả tiêu cực, đó là: thương nhân khi hoạt động quảng cáo thương mại phải tự rà soát để thực hiện tất cả các quy định về quảng cáo và quảng cáo thương mại; quản lý Nhà nước về quảng cáo đang là vấn đề gây bức xúc trong giới thương nhân. Họ cho rằng rất không phù hợp khi thực hiện quảng cáo thì phải làm các thủ tục tại cơ quan quản lý Nhà nước về văn hoá thông tin. Tồn tại này không chỉ là bất cập về lý luận mà còn tạo ra sự phức tạp không cần thiết trong thi hành pháp luật.

Thứ hai, về nghĩa vụ quảng cáo trung thực

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, quảng cáo không trung thực được coi là hành vi trái pháp luật. Tuy nhiên, pháp luật điều chỉnh hoạt động quảng cáo thương mại ở Việt Nam mới chỉ dừng lại ở việc liệt kê một số ít hành vi và quy định một cách tản mạn về vấn đề này. Điều này dẫn đến sự không đầy đủ và có thể không tiên liệu được hết những tình huống quảng cáo không trung thực có thể chưa xuất hiện tại thời điểm điều luật có hiệu lực.

Thứ ba, về quảng cáo so sánh

Quảng cáo so sánh trực tiếp là hành vi bị cấm theo quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004, Luật Thương mại năm 2005 và Luật Quảng cáo năm 2012. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam vẫn chưa xây dựng định nghĩa về quảng cáo so sánh. Đồng thời, đối tượng bị cấm so sánh chưa có sự thống nhất giữa Luật Thương mại năm 2005 (hoạt động sản xuất kinh doanh hàng hoá, dịch vụ) và Luật Cạnh tranh năm 2004 (hàng hoá, dịch vụ). Do đó, trong quá trình sửa đổi và hoàn thiện pháp luật về quảng cáo thương mại, đây cũng là một vấn đề cần được chú ý. Ngoài ra, cả ba văn bản luật nêu trên đều chỉ cấm các quảng cáo so sánh trực tiếp. Do đó, trên thực tế nhiều quảng cáo vẫn tiến hành so sánh, nhưng một cách gián tiếp bằng cách sử dụng sản phẩm bị so sánh một cách chung chung, hoặc làm mờ đi để người xem không nhận biết được sản phẩm bị so sánh là sản phẩm nào. Những trường hợp này sẽ không bị cấm, nhưng trên thực tế, người xem quảng cáo vẫn có thể biết được sản phẩm bị so sánh là sản phẩm của công ty nào, trong khi đó công ty có sản phẩm bị so sánh lại không có cơ sở để khiếu nại công ty có sản phẩm được quảng cáo.

4. Một số kinh nghiệm rút ra cho Việt Nam

Từ việc phân tích kinh nghiệm xây dựng và thực thi pháp luật về quảng cáo thương mại của Hoa Kỳ và phân tích những hạn chế của pháp luật về quảng cáo thương mại của Việt Nam, có thể rút ra một số kinh nghiệm cho quá trình hoàn thiện pháp luật về quảng cáo thương mại của Việt Nam trong thời gian tới. Cụ thể:

- Tăng cường ***thể chế nhằm đảm bảo thực thi pháp luật quảng cáo***

Xây dựng thể chế để đảm bảo hiệu quả quá trình thực thi pháp luật về quảng cáo thương mại là một bài học quan trọng được rút ra từ việc nghiên cứu kinh nghiệm của Hoa Kỳ. Từ thực tiễn của Hoa Kỳ, có thể thấy quảng cáo thương mại được điều chỉnh bằng một hệ thống các quy phạm pháp luật rất đồ sộ, hàm chứa trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau cũng như trong nhiều án lệ. Tuy nhiên, để đảm bảo hiệu quả thực thi, Hoa Kỳ đã trao thẩm quyền liên quan đến việc thực thi pháp luật về quảng cáo thương mại cho FTC. Việc có một cơ quan chuyên trách về giám sát và xử lý các hành vi quảng cáo không lành mạnh hoặc gây nhầm lẫn trên phạm vi toàn liên bang cho phép hoạt động giám sát và thực thi pháp luật trở nên đồng bộ, thống nhất, không bị tản mát. Ngoài ra, việc cho phép FTC có thể xử lý các hành vi vi phạm bằng việc ban hành các quy định để điều chỉnh các hành vi đó cũng là một giải pháp để đảm bảo các quy định pháp luật được ban hành trong lĩnh vực này có khả năng theo kịp với sự phát triển nhanh chóng của thực tiễn thương mại trên thị trường kinh doanh sôi động tại Hoa Kỳ.

- ***Tôn trọng quyền tự do kinh doanh hoạt động quảng cáo thương mại***

Pháp luật Hoa Kỳ về quảng cáo thương mại sử dụng nguyên tắc "không cấm", theo đó, dịch vụ quảng cáo thương mại được tự do kinh doanh trừ những trường hợp mà pháp luật cấm. Điểm quan trọng ở đây là pháp luật Hoa Kỳ đã chỉ ra rất rõ trong trường hợp nào quảng cáo thương mại bị coi là vi phạm pháp luật. Các tiêu chí để xác định các trường hợp vi phạm cũng đã được luật hóa một cách chi tiết và cụ thể. Đây là điều tạo thuận lợi cho hoạt động quảng cáo và kinh doanh dịch vụ quảng cáo tại Hoa Kỳ.

Ngoài ra, cũng cần lưu ý thêm là pháp luật về quảng cáo thương mại của Hoa Kỳ không đưa ra nhiều quy định để xác định quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên trong các hợp đồng có liên quan. Nói cách khác, khía cạnh tư của các hoạt động quảng cáo thương mại được pháp luật Hoa Kỳ "ngỏ" cho các bên tự quyết định. Quyền tự do thỏa thuận đã được tôn trọng một cách tối đa. Điều này buộc các bên cần phải hết sức tỉnh táo khi tham gia vào các giao dịch có liên quan, nếu không quyền và lợi ích hợp pháp của mình sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng từ những điều khoản không được quy định rõ trong hợp đồng.

- ***Biện pháp xử lý đối với hành vi quảng cáo so sánh***

Việc pháp luật Hoa Kỳ không cấm hành vi quảng cáo so sánh, nếu nội dung quảng cáo đó đảm bảo tiêu chí chính xác, trung thực và không vi phạm pháp luật là điều mà Việt Nam cần phải xem xét. Cấm quảng cáo so sánh trực tiếp sẽ bảo vệ được quyền lợi của các đối thủ cạnh tranh của người bán hàng hóa, người cung ứng dịch vụ đang quảng cáo. Tuy nhiên, đứng từ góc độ đảm bảo quyền lợi của người tiêu dùng, cấm quảng cáo so sánh trực tiếp sẽ không cho phép người tiêu dùng có thêm kênh thông tin trước khi quyết định mua hàng hóa hoặc sử dụng dịch vụ. Từ đó, quyền lợi của họ có thể bị ảnh hưởng vì thiếu thông tin. Do đó, nếu Việt Nam hướng tới phát triển một xã hội tiêu dùng, coi tiêu dùng trong nước là một động lực quan trọng để phát triển kinh tế, thì việc cấm hành vi quảng cáo so sánh trực tiếp cần phải được xem xét lại.

Kết luận

Khác với quy định của pháp luật Việt Nam về quảng cáo thương mại, pháp luật về quảng cáo tương mại của Hoa Kỳ tập trung chủ yếu vào điều chỉnh nghĩa vụ quảng cáo trung thực. Đây có thể là điều mà pháp luật về quảng cáo

thương mại của Việt Nam cần phải lưu ý trong quá trình hoàn thiện, vừa để đảm bảo quyền lợi của người tiêu dùng, vừa hướng đến tạo dựng cho người kinh doanh hàng hóa, dịch vụ và người kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại thói quen kinh doanh trung thực. Đồng thời, với nhiều quy định được ban hành ở nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, hệ thống các quy định điều chỉnh về quảng cáo thương mại của Hoa Kỳ là khá đồ sộ, buộc người kinh doanh dịch vụ quảng cáo và người quảng cáo phải có sự hiểu biết sâu và rộng về các quy định này để đảm bảo tuân thủ đầy đủ các nghĩa vụ theo quy định của pháp luật. ❑

Tài liệu tham khảo

1. *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977)
2. Code of Fedeal Regulations, xem tại: http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=f68d4295c198f221e3cf8cf179ae03a5&mc=true&tpl=/ecfrbrowse/Title16/16tab_02.tpl (truy cập ngày 05/07/2015).
3. Federal Trade Commission, "Advertising FAQ's: A Guide for Small Business", xem tại: https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/advertising-faqs-guide-small-business (truy cập ngày 7/7/2015).
4. Federal Trade Commission, *FTC Policy Statement on Deception,* October 14, 1983, xem tại: https://www.ftc.gov/public-statements/1983/10/ftc-policy-statement-deception (truy cập ngày 7/7/2015).
5. Federal Trade Commission, *FTC Policy Statement on Unfairness,* December 17, 1980, xem tại: https://www.ftc.gov/public-statements/1980/12/ftc-policy-statement-unfairness (truy cập ngày 07/07/2015).
6. *FTC v. Sperry & Hutchinson C.*, 405 U.S. 223, 244-45 n.5 (1972).
7. Gary S. Craw, 1977-1978, *Constitional Law - First Amendement - Commercial Speech - Layer Advertising Protected by the First Amendment - Bates v. State Bar of Arizona, 97 S. Ct. 2691 (1977)*, Creighton Law Review, vol. 11, pp. 577-608.
8. Jenna D. Beller, 1995, *Comment: The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World - A Practical Guide for US Lawyers and Their Clients*, International Lawyer, vol. 29, pp. 921-922.
9. Luật Quảng cáo Việt Nam năm 2012
10. Luật Thương mại Việt Nam năm 2005
11. Monle Lee & Carla Johnson, 2006, *Principles of Advertising: A Global Perspective,* 2sd Edition, Routledge - Taylor & Francis Group, New Yord & London, tr. 52-53.
12. Ross D. Petty, 1997, *Advertising Law in the United States and European Union*, Journal of Public Policy & Marketing, vol. 16, nº. 1, pp. 2-13.
13. The First Amendment of the Constitution of the United States, xem tại: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment (truy cập ngày 15/08/2015).
14. *The United* States Code, xem tại: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15 (truy cập ngày 03/07/2015).
15. Thomas D. Morgan, 2005, *Legal Ethics,* West Academic.