

PHÁP LUẬT VỀ KHUYẾN MẠI - MỘT SỐ VƯỚNG MẮC VỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

TS. NGUYỄN THỊ DUNG *

1. Khuyến mại và các hình thức khuyến mại

Khuyến mại là cách thức, biện pháp thu hút khách hàng thông qua việc dành lợi ích cho khách hàng, bao gồm lợi ích vật chất (tiền, hàng hoá) hay lợi ích phi vật chất (được cung ứng dịch vụ miễn phí). Dấu hiệu dành cho khách hàng những lợi ích nhất định để tác động tới thái độ và hành vi mua bán của họ là đặc trưng của khuyến mại phân biệt với các hình thức xúc tiến thương mại khác.

So với Luật thương mại năm 1997, Luật thương mại hiện hành khi định nghĩa về khuyến mại có bổ sung hai điểm về mục đích của khuyến mại và cách thức khuyến mại thông qua quan hệ dịch vụ. Cụ thể là, mục đích của khuyến mại không chỉ nhằm xúc tiến việc bán hàng mà còn nhằm xúc tiến việc mua hàng. Mặc dù khuyến mại để bán hàng là hoạt động phổ biến của thương nhân, do thương nhân tiến hành như một nhu cầu tất yếu để cạnh tranh mở rộng thị phần nhưng đối với các doanh nghiệp thương mại, việc khuyến mại để mua hàng, gom hàng cũng có thể trở thành nhu cầu cần thiết. Đáp ứng yêu cầu thực tế này, pháp luật hiện hành quy định khuyến mại là hoạt động thương mại của thương nhân nhằm xúc tiến việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ (chứ không phải chỉ là xúc tiến việc bán hàng như trước đây).

Về cách thức thực hiện, thương nhân được tự tổ chức thực hiện khuyến mại hoặc thuê dịch vụ khuyến mại do thương nhân

khác cung cấp. Do vậy, thương nhân thực hiện khuyến mại gồm có thương nhân tự tổ chức thực hiện khuyến mại và thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại.

Luật thương mại năm 2005 và Nghị định số 37/2006/NĐ-CP ngày 4/4/2006 quy định chi tiết Luật thương mại về hoạt động xúc tiến thương mại quy định nhiều hình thức khuyến mại. Việc nhận diện các hình thức này là cần thiết, bởi pháp luật hiện hành có một số quy định riêng đối với từng hình thức khuyến mại, chủ yếu là các quy định về hạn mức giá trị và thời gian khuyến mại, trình tự thủ tục tiến hành, nghĩa vụ của thương nhân thực hiện khuyến mại.

Hàng mẫu là hình thức khuyến mại, theo đó, thương nhân đưa hàng mẫu, cung ứng dịch vụ mẫu để khách hàng dùng thử không phải trả tiền. Hàng mẫu thường được sử dụng khi thương nhân cần giới thiệu một sản phẩm mới hoặc sản phẩm đã cải tiến, do vậy, hàng hoá đưa cho khách hàng dùng thử là hàng đang bán hoặc sẽ được bán trên thị trường.

Tặng quà là hình thức thương nhân dùng hàng hoá, dịch vụ làm quà tặng cho khách hàng không thu tiền. Hàng hoá, dịch vụ là quà tặng có thể là hàng hoá, dịch vụ mà thương nhân đang kinh doanh hoặc hàng hoá, dịch vụ của thương nhân khác.

Theo quy định của pháp luật, tặng quà

* Giảng viên Khoa pháp luật kinh tế
Trường Đại học Luật Hà Nội

được thực hiện đối với khách hàng có hành vi mua bán hàng hoá hoặc sử dụng dịch vụ của thương nhân (ví dụ mua một tặng một) nhưng cũng có thể không gắn liền với hành vi mua bán hoặc sử dụng dịch vụ. Thực tiễn hoạt động xúc tiến thương mại cho thấy, thương nhân tặng quà theo cách thức nào là tùy thuộc vào kế hoạch, mục tiêu chương trình khuyến mại của họ.

Giảm giá là hành vi bán hàng, cung ứng dịch vụ trong thời gian khuyến mại với giá thấp hơn giá bán, giá cung ứng dịch vụ bình thường trước đó, được áp dụng trong thời gian khuyến mại mà thương nhân đã đăng kí và thông báo.

Bán hàng, cung ứng dịch vụ có kèm phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ là hình thức khuyến mại theo đó khách hàng được sử dụng phiếu mua hàng có mệnh giá cụ thể để thanh toán cho những lần mua sau trong hệ thống bán hàng của thương nhân. Tương tự như vậy, phiếu sử dụng dịch vụ cho phép sử dụng dịch vụ miễn phí hoặc với giá rẻ theo điều kiện do nhà cung ứng dịch vụ đưa ra.

Bán hàng, cung ứng dịch vụ có kèm phiếu dự thi cho khách hàng để chọn người trao thưởng chi mang lại cho khách hàng quyền dự thi chờ cơ hội nhận giải thưởng do thương nhân trao tặng. Phiếu dự thi có thể mang lại giải thưởng hoặc không mang lại lợi ích nào cho khách hàng, phụ thuộc vào kết quả dự thi của họ.

Các hình thức khuyến mại mang tính may rủi như bốc thăm, cào số trúng thưởng, bốc, mở sản phẩm trúng thưởng, vé số dự thưởng... được thực hiện gắn liền với việc mua bán hàng hoá, sử dụng dịch vụ.

Ngoài ra, thương nhân có thể tổ chức các sự kiện như các chương trình văn hoá, nghệ thuật, giải trí... để thu hút khách hàng. Pháp luật cũng

không cấm thương nhân sử dụng các hình thức khác để thực hiện khuyến mại nhưng khi tiến hành phải được Bộ thương mại chấp thuận.

Từ thực tiễn hoạt động khuyến mại, việc áp dụng các quy định về hình thức khuyến mại đã nảy sinh những bất cập, thể hiện tính hạn chế của một số điều luật hiện hành. Đó là:

Thứ nhất, khi thương nhân dùng hàng hoá, dịch vụ mà mình được kinh doanh hợp pháp để phát tặng khách hàng mà không kèm theo hành vi mua bán thì khi nào là hàng mẫu, khi nào là quà tặng? Tháng 6/2006, tại Trung tâm thương mại Big C (Hà Nội), công ti TNHH nước giải khát Coca Cola tổ chức phát tặng, uống tại chỗ số lượng lớn chai coca cola loại 300ml cho mọi đối tượng khách hàng. Đó là hình thức “quà tặng” hay “hàng mẫu”? Nếu là “hàng mẫu”, thương nhân không phải thực hiện bất cứ quy định nào về hạn mức khuyến mại, nếu là “quà tặng” thì phải thực hiện quy định về hạn mức tối đa giá trị hàng hoá dùng để khuyến mại (tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại trong một chương trình khuyến mại không được vượt quá 50% tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại).

Về vấn đề này, tác giả cho rằng, mục đích của thương nhân khi đưa hàng mẫu cho khách hàng là muốn giới thiệu với họ về hàng hoá, dịch vụ của mình, định hướng hành vi mua bán của họ sau khi kiểm nghiệm chất lượng của hàng mẫu. Khác với điều này, mục đích của hình thức tặng quà là dùng giá trị của quà tặng để thu hút khách hàng mua hàng hoá, dịch vụ của thương nhân, bởi vì với cùng loại hàng hoá có chất lượng tương đương khách hàng sẽ có tâm lí muốn chọn mua hàng hoá đang được khuyến mại. Chính vì vậy, pháp luật chỉ nên quy định việc tặng quà kèm theo

việc mua bán hàng hoá, sử dụng dịch vụ. Còn lại, các trường hợp đưa hàng hoá cho khách hàng mà không thu tiền sẽ được coi là hình thức hàng mẫu. Mặt khác, việc xác định rõ bản chất trên đây của hình thức tặng quà còn cho phép phân biệt nó với hình thức xúc tiến thương mại khác. *Ví dụ:* Hãng điện tử Panasonic phát tặng bóng bay có in dòng chữ "Panasonic" tại một trung tâm thương mại, hành vi này thực chất là quảng cáo chứ không phải là tặng quà, vì lợi ích khách hàng có được từ một quả bóng bay không thể là sức hút họ đến với các sản phẩm của công ti.

Thứ hai, về các hình thức khuyến mại, mặc dù có bổ sung thêm mục đích xúc tiến việc mua hàng nhưng quy định về các cách thức khuyến mại vẫn chỉ tập trung vào hoạt động xúc tiến việc bán hàng. Trong số tám cách thức khuyến mại được quy định tại Điều 92 Luật thương mại năm 2005, chỉ có thể áp dụng hình thức tặng quà, hình thức tổ chức chương trình khách hàng thường xuyên và tổ chức các sự kiện quy định tại khoản 2 và khoản 7, 8 cho hoạt động khuyến mại để mua hàng. Trong thực tế, nếu như việc giảm giá để tiêu thụ hàng hoá có thể làm nảy sinh hiện tượng bán phá giá thì việc nâng giá để thu mua, gom hàng cũng có thể làm xuất hiện những nguy cơ đáng kể cho hoạt động kinh doanh của thương nhân trong cùng lĩnh vực hoạt động.

Thứ ba, mặc dù mới được ban hành nhưng một số quy định về khuyến mại đã gây phản ứng trong giới thương nhân. Nhiều thương nhân cho rằng quy định thương nhân phải trích 50% giá trị giải thưởng đã công bố vào ngân sách nhà nước trong trường hợp không có người trúng thưởng⁽¹⁾ là không đảm bảo quyền lợi của thương nhân hoạt động khuyến mại.

Mục đích ban hành quy định này nhằm hạn chế tình trạng khuyến mại gian dối, thiếu trung thực của thương nhân nhưng có nhược điểm là không phù hợp với lợi ích kinh doanh của thương nhân. Về lí thuyết cũng như thực tế, số hàng hoá khuyến mại sẽ tương ứng với lượng hàng hoá cần tiêu thụ. Khi doanh số bán hàng không đạt dự kiến mà thương nhân lại mất chi phí dành cho khuyến mại thì rõ ràng lợi ích kinh doanh của họ đã không được đảm bảo. Ngoài ra, nhiều rắc rối khác cũng nảy sinh, như hàng hoá khuyến mại là hiện vật, nộp ngân sách lại tính bằng giá trị mà giá mua vào, giá bán lại hiện vật đó sẽ khác nhau, chưa kể chi phí cần thiết cho việc mua, bán đó.

Thứ tư, quy định của pháp luật về trách nhiệm của thương nhân khuyến mại chưa thật sự đầy đủ để đảm bảo lợi ích của khách hàng. Trong thực tế, khách hàng là người phải chịu thiệt thòi do những gian lận trong khuyến mại, do các sai sót kĩ thuật trong in ấn tem, phiếu, vật phẩm có chứa đựng thông tin về lợi ích vật chất mà khách hàng được hưởng trong đợt khuyến mại. *Ví dụ:* Một khách hàng của công ti sữa Hanoimilk đã mua sản phẩm sữa IZZI trong đợt khuyến mại từ 15/4 đến 15/8/2005 với một thẻ cào có thông tin trúng thưởng 30.000.000 đồng (sau khi cào phần nhũ bạc). Khi liên hệ với công ti để nhận giải thưởng, khách hàng nhận được trả lời: Phiếu cào đó không hợp lệ. Khi sự việc xảy ra, công ti TNHH Sáng Tạo (đơn vị thực hiện in ấn toàn bộ thẻ cào của đợt khuyến mại của Hanoimilk) đã thừa nhận lỗi sai sót kĩ thuật. Lợi ích mà khách hàng nhận được chỉ là lời xin lỗi của Hanoimilk, bởi vì không tìm thấy quy định cụ thể trong pháp luật hiện hành làm cơ sở pháp lí bảo vệ quyền lợi của họ trong trường hợp này.⁽²⁾

Thứ năm, để đảm bảo sự trung thực của thương nhân về giải thưởng trong các chương trình khuyến mại mang tính may rủi, pháp luật quy định “thương nhân có nghĩa vụ thực hiện đúng chương trình khuyến mại đã thông báo và cam kết với khách hàng” (khoản 3 Điều 96 Luật thương mại năm 2005) là chưa đủ. Thực tiễn cho thấy, trong chương trình “bật nắp chai trúng thưởng” với cơ cấu 200.000 giải thưởng, trong đó có 6 xe ô tô BMW của một công ty bia, không ai có thể chắc chắn rằng có đủ 200.000 giải thưởng với 6 nắp chai in hình xe BMW trong số sản phẩm được bán trong đợt khuyến mại? Theo ông Đỗ Thăng Hải, phó cục trưởng Cục xúc tiến thương mại (Bộ thương mại), trong tổng số 215 tỉ đồng giá trị hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại mà các thương nhân đăng kí chương trình khuyến mại với Cục xúc tiến thương mại, tổng số giá trị giải thưởng đã trao rất thấp, chỉ đạt hơn 6 tỉ đồng, chiếm 3% tổng số tiền dành cho khuyến mại đã đăng kí.⁽³⁾ Trong khi thương nhân vẫn tiêu thụ được hàng hoá mà số lượng giải thưởng đã trao quá ít như vậy chắc chắn có sự vi phạm nghĩa vụ thực hiện đúng chương trình khuyến mại đã thông báo. Làm thế nào để kiểm soát tính trung thực của thương nhân khi thực hiện khuyến mại bằng hình thức này, đảm bảo cạnh tranh lành mạnh và quyền lợi của khách hàng là vấn đề khó mà pháp luật hiện hành về xúc tiến thương mại vẫn chưa làm được.

2. Quy định về hạn mức giá trị vật chất dùng để khuyến mại và thời gian khuyến mại nhìn từ góc độ quyền tự do kinh doanh và tính thống nhất với pháp luật cạnh tranh

Pháp luật hiện hành quy định giới hạn về

giá trị vật chất, giới hạn về thời gian khuyến mại, cụ thể như sau:

- Khuyến mại bằng hàng mẫu không bị hạn chế về số lượng, giá trị, thời gian phát tặng hàng mẫu cho khách hàng;

- Hạn mức tối đa về giá trị quà tặng trong hình thức tặng quà không bị hạn chế theo đơn giá hàng hoá, dịch vụ, tức là có thể “mua một tặng một” hàng hóa cùng loại hoặc “mua hai tặng một” nhưng tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại trong một chương trình khuyến mại không được vượt quá 50% tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại. Quy định này có mục đích vừa đảm bảo tính chủ động cho thương nhân thực hiện khuyến mại, vừa ngăn ngừa hành vi bán phá giá để cạnh tranh không lành mạnh thông qua việc tặng quà cho khách hàng;

- Đối với hình thức giảm giá, để ngăn ngừa hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hạn chế cạnh tranh, việc giảm giá phải tuân thủ các quy định về hạn mức tối đa như sau:

+ Quy định về hạn mức giảm giá tính theo đơn giá: Mức giảm giá tối đa đối với hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại không được vượt quá 50% giá của hàng hóa, dịch vụ đó ngay trước thời gian khuyến mại.⁽⁴⁾ Nếu hàng hoá, dịch vụ thuộc diện Nhà nước quản lí giá thì việc khuyến mại theo hình thức này được thực hiện theo quy định của Chính phủ, cụ thể là: Không được giảm giá đối với hàng hoá, dịch vụ do Nhà nước quy định giá cụ thể, không được giảm giá xuống thấp hơn mức giá tối thiểu đối với hàng hoá, dịch vụ Nhà nước quy định khung giá hoặc giá tối thiểu.

+ Quy định về hạn mức giảm giá tính cho cả đợt khuyến mại: Tổng giá trị của

hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại trong một chương trình khuyến mại không được vượt quá 50% tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại.⁽⁵⁾

+ Quy định về hạn mức thời gian thực hiện giảm giá: Thời gian thực hiện giảm giá đối với một loại nhãn hiệu hàng hoá, dịch vụ không được vượt quá 90 ngày/năm và một chương trình khuyến mại không được vượt quá 45 ngày.

Tương tự như giảm giá, khuyến mại bằng phiếu mua hàng cũng bị giới hạn về giá trị vật chất dùng để khuyến mại nhưng không bị giới hạn về thời gian khuyến mại. Các hình thức khuyến mại khác bị giới hạn giá trị dùng để khuyến mại tính cho cả đợt khuyến mại.

Quy định về hạn mức tối đa giá trị hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại gặp khá nhiều vướng mắc khi thi hành. Đối với các chương trình khuyến mại của thương nhân kinh doanh dịch vụ, việc xác định hạn mức giá trị dùng để khuyến mại rất khó thực hiện. Nếu thương nhân tặng dịch vụ cho khách hàng không thu tiền thì hạn mức tổng giá trị dịch vụ dùng để khuyến mại không được vượt quá 50% tổng giá trị dịch vụ được khuyến mại. Cả hai mức “tổng giá trị” này chỉ có thể xác định sau khi kết thúc thời gian khuyến mại. Nếu xác định vi phạm và xử lý vi phạm khi chưa hết thời gian khuyến mại sẽ không tránh khỏi bất đồng giữa cơ quan quản lý nhà nước và thương nhân do mọi số liệu có thể chỉ là ước tính. Vụ việc sau đây là một ví dụ:

Từ 24/12/2003 đến 31/1/2004, Công ti cổ phần internet một kết nối (OCI) thực hiện chương trình khuyến mại sử dụng thẻ “Fone&Net” với nội dung miễn phí tất cả

các cuộc gọi từ Việt Nam đến 20 quốc gia và vùng lãnh thổ. Bộ thương mại đã có công văn (số 6071/TM - xúc tiến thương mại ngày 30/12/2003) yêu cầu OCI dừng chương trình khuyến mại với lí do chương trình miễn phí cuộc gọi này vi phạm Điều 3 Nghị định số 32/1999/NĐ-CP ngày 5/5/1999 về khuyến mại, quảng cáo thương mại và hội chợ triển lãm quy định trị giá hàng hoá dùng để khuyến mại không được vượt quá 30% giá của hàng hoá, dịch vụ trước thời gian khuyến mại (sau này, Nghị định số 37/2006/NĐ-CP ngày 4/4/2006 quy định chi tiết Luật thương mại về xúc tiến thương mại sửa đổi hạn mức này thành 50% và chia ra mức tính theo đơn giá dịch vụ và theo tổng giá trị đợt khuyến mại). Cũng thời điểm đó, tức là đang trong thời gian khuyến mại, OCI không thừa nhận vi phạm theo kết luận của Bộ thương mại vì cho rằng họ chỉ tặng miễn phí cuộc gọi đến 20 quốc gia đã xác định trong thời gian khuyến mại, các hướng khác vẫn thu tiền theo bảng giá hiện hành (tối thiểu 1.540 đồng/phút), trị giá đợt khuyến mại này không vượt quá 30% tổng doanh số bán ra.⁽⁶⁾

Đặc trưng của dịch vụ là tiêu dùng ngay, do đó khi chưa hết thời gian khuyến mại chỉ có thể ước tính giá trị các cuộc gọi miễn phí và tổng giá trị cuộc gọi của khách hàng trong thời gian đó. Nếu như áp dụng các quy định hiện hành về hạn mức tối đa giá trị dịch vụ dùng để khuyến mại (50%) sẽ vẫn gặp phải những vướng mắc tương tự khi giải quyết vụ việc này. Ngược lại, nếu đợi hết thời gian khuyến mại mới xác định vi phạm để xử lý thì mục đích chống bán phá giá và đảm bảo cạnh tranh lành mạnh khi ban hành điều luật

lại không thực hiện được.

Trường hợp thương nhân thực hiện nhiều hình thức khuyến mại trong một chương trình khuyến mại, việc xác định hạn mức giá trị dùng để khuyến mại cũng không đơn giản do còn thiếu cơ sở pháp lí để tính toán cụ thể. Viettel là thương nhân thường xuyên kết hợp thực hiện nhiều hình thức khuyến mại trong một chương trình khuyến mại. *Ví dụ:*

Chương trình “Những số 6 may mắn” của Viettelmobile được thực hiện từ 26/3/2006 đến 26/5/2006 với nội dung các thuê bao được tham gia rút thăm trúng thưởng 6 xe Innova, tặng ngay 60% cước hoà mạng và miễn phí 6 tháng cước thuê bao cho khách hàng trả sau, tặng 60% giá trị bộ hoà mạng và 25% mệnh giá thẻ của 6 thẻ nạp tiền tiếp theo cho khách hàng trả trước, tặng 25% giá trị thẻ nạp tiền đầu tiên cho khách hàng trả trước khoá 2 chiều trước ngày 26/3/2006.⁽⁷⁾

Trong chương trình này, Viettelmobile đã thực hiện các hình thức: Bán hàng, cung ứng dịch vụ kèm theo việc tham dự các chương trình mang tính may rủi (rút thăm trúng thưởng 6 xe Innova); giảm giá 60% cước hoà mạng, 60% giá trị bộ hoà mạng và 25% mệnh giá thẻ nạp tiền; tặng quà bằng 6 tháng cước thuê bao. Theo quy định hiện hành, việc xem xét chương trình khuyến mại này có nội dung nào vi phạm hay không sẽ gặp khá nhiều vướng mắc, đó là:

- Khó có thể xác định được tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại, làm cơ sở xác định tổng giá trị hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại có vượt quá 50% tổng giá trị của hàng hoá, dịch vụ được khuyến mại hay không, vì mỗi hình thức khuyến mại trong chương trình lại có đối tượng khách

hàng khác nhau: Việc rút thăm trúng thưởng dành cho tất cả các thuê bao đã hoà mạng từ trước đến nay, việc giảm giá, tặng quà lại chỉ dành cho các thuê bao hoà mạng trong thời gian khuyến mại;

- Việc xác định hạn mức giá trị vật chất tối đa dùng để khuyến mại sẽ xác định trên cơ sở tổng hợp cả ba hình thức hay xác định riêng cho từng hình thức? Pháp luật hiện hành không có quy định cụ thể về vấn đề này;

- Chỉ có thể tính chính xác giá trị hàng hoá, dịch vụ dùng để khuyến mại sau khi kết thúc đợt khuyến mại trên cơ sở xác định được số thuê bao mới, số thẻ được bán ra, thời gian cụ thể không thu cước thuê bao mà khách hàng sử dụng trên thực tế;

- Đối với việc tặng 60% cước hoà mạng và 60% giá trị bộ hoà mạng mà Viettel thông báo, sẽ có nhiều ý kiến khác nhau về xác định hình thức khuyến mại: Là tặng quà hay là giảm giá? Nếu là hình thức giảm giá thì phải thực hiện thêm quy định hạn mức giá trị vật chất dùng để khuyến mại cho một đơn vị hàng hoá, dịch vụ không được vượt quá 50% đơn giá của hàng hoá, dịch vụ trước thời gian khuyến mại. Mặc dù thông báo là “tặng 60%” nhưng thực chất phải coi đây là giảm giá cước hoà mạng cho mỗi thuê bao (đơn giá hoà mạng cho mỗi thuê bao là 179.000 đồng). Nếu tính riêng hình thức này trong chương trình khuyến mại thì mức giảm giá trên đây vượt quá hạn mức tối đa mà pháp luật hiện hành cho phép.

Ngoài ra, riêng đối với hình thức giảm giá, thời gian giảm giá tối đa cho một loại nhãn hiệu hàng hoá, dịch vụ là 90 ngày/năm; mỗi đợt giảm giá không quá 45 ngày. Các hình thức khuyến mại khác không bị hạn chế

về thời gian thực hiện. Đợt khuyến mại của Viettel diễn ra trong 60 ngày, nếu thực hiện đúng quy định pháp luật sẽ rất phức tạp nếu như từ ngày thứ 46 Viettel không giảm giá phí hoà mạng cho khách hàng, ngoài các lợi ích khác vẫn giữ nguyên theo cam kết.

Liên quan đến quy định về hạn mức giá trị và thời gian khuyến mại, ở góc độ điều chỉnh hành vi cạnh tranh, pháp luật cạnh tranh chỉ cấm doanh nghiệp độc quyền, doanh nghiệp và nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện hành vi “bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh”.⁽⁸⁾ Việc giảm giá dưới 50% giá hàng hoá, dịch vụ trước thời gian khuyến mại có thể đồng thời ở mức dưới “giá thành toàn bộ” của sản phẩm. Tuy vậy, pháp luật cạnh tranh chỉ coi là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh bị cấm thực hiện khi hành vi đó được thực hiện bởi doanh nghiệp độc quyền, doanh nghiệp và nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường. Trong khi đó, mọi hành vi giảm giá vi phạm các quy định về hạn mức trên đây của mọi doanh nghiệp đều bị coi là hành vi vi phạm pháp luật về xúc tiến thương mại. Đây là sự khác biệt không cần thiết trong luật thương mại và luật cạnh tranh.

Các phân tích trên đây cho thấy, quy định về hạn mức giá trị vật chất dùng để khuyến mại và thời gian khuyến mại không những khó thực hiện được mục đích chống cạnh tranh không lành mạnh (vì việc này luật cạnh tranh đã làm) mà còn gây cản trở cho thương nhân trong việc thực hiện quyền tự do hoạt động xúc tiến thương mại và quyền tự do cạnh tranh. Do vậy, việc xoá bỏ các quy định này là cần thiết.

3. Quy định về chủ thể hoạt động khuyến mại và vấn đề xác định trách nhiệm pháp lí của chủ thể hoạt động khuyến mại

Theo quy định của Luật thương mại năm 2005, chủ thể hoạt động khuyến mại là thương nhân có hàng hoá khuyến mại (tự tổ chức khuyến mại) và thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại. Hai loại chủ thể này đều phải thực hiện đúng pháp luật và chịu trách nhiệm pháp lí về hành vi vi phạm khi hoạt động khuyến mại. Tuy nhiên, pháp luật về xử lí hành chính và xử lí hình sự đối với thương nhân hoạt động khuyến mại còn một số bất cập, chưa đáp ứng được đòi hỏi của thực tiễn. Cụ thể như sau:

+ Thiếu cơ sở pháp lí để xử lí hành chính đối với thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại, thực hiện các hoạt động khuyến mại cho thương nhân khác để hưởng thù lao. Luật thương mại không có quy định riêng về quyền và nghĩa vụ của thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại, do đó, việc xác định trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ chỉ có thể dựa trên cơ sở hợp đồng dịch vụ khuyến mại. Hợp đồng thường chỉ cho phép xác định trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ đối với bên thuê dịch vụ mà rất khó có thể ràng buộc trách nhiệm của họ đối với người tiêu dùng và đối với Nhà nước (như trách nhiệm nộp phạt vi phạm hành chính do không thực hiện nghĩa vụ đăng kí, thông báo hoạt động khuyến mại, do khuyến mại tại cơ quan nhà nước, trường học, bệnh viện...). Ví dụ:

Công ti TNHH hoá mỹ phẩm P kí hợp đồng dịch vụ thuê Công ti quảng cáo và dịch vụ khuyến mại N tổ chức khuyến mại theo

hình thức phát hàng mẫu, hàng hoá dùng để khuyến mại là loại đầu gối đầu “3 in 1” sản xuất theo công thức mới, có tính năng ngăn ngừa rụng tóc. Khi triển khai phát hàng mẫu, công ti N không đăng kí chương trình khuyến mại tại sở thương mại trước khi thực hiện và đã thực hiện khuyến mại tại nhiều nơi không được phép như trường học, bệnh viện, trụ sở cơ quan nhà nước...

Công ti P (nhà sản xuất có hàng khuyến mại) hay Công ti quảng cáo và dịch vụ khuyến mại phải chịu trách nhiệm hành chính? Pháp luật thương mại quy định thương nhân khuyến mại bao gồm thương nhân trực tiếp khuyến mại cho mình và thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại (Điều 88 Luật thương mại năm 2005). Trong trường hợp này, phải xác định thương nhân khuyến mại (đồng thời là chủ thể thực hiện hành vi vi phạm hành chính) là Công ti quảng cáo và dịch vụ khuyến mại. Tuy nhiên, Luật thương mại hiện hành không quy định cụ thể trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ khuyến mại còn cơ quan công quyền cũng như người tiêu dùng lại ít quan tâm đến việc thương nhân đang tự tổ chức khuyến mại hay thuê thương nhân khác thực hiện khuyến mại. Do ban hành từ năm 2004, Nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực thương mại cũng chưa tính đến những vi phạm thuộc loại này để truy cứu trách nhiệm hành chính đúng chủ thể vi phạm.⁽⁹⁾

+ Thiếu quy định để xử lý hình sự đối với thương nhân là pháp nhân khi vi phạm pháp luật trong hoạt động khuyến mại và các hoạt động xúc tiến thương mại khác. Bộ luật hình sự hiện hành quy định chủ thể của trách nhiệm hình sự là cá nhân, trong khi đó, có thể

xuất hiện các hành vi nguy hiểm cho xã hội do cá nhân thực hiện nhưng với danh nghĩa của pháp nhân, theo yêu cầu và vì lợi ích của pháp nhân. Ví dụ: Hành vi lừa dối khách hàng, hành vi làm tem, vé giả của pháp nhân, hành vi quảng cáo gian dối... Trong những trường hợp đó, việc xử lý hình sự đối với cá nhân sẽ thiếu cơ sở, không công bằng và không có tác dụng tích cực ngăn ngừa đối với pháp nhân. Việc quy định bổ sung pháp nhân là chủ thể của trách nhiệm hình sự là có cơ sở và sẽ cho phép xử lý hình sự đối với nhiều hành vi vi phạm trong trường hợp cần thiết,⁽¹⁰⁾ góp phần tăng cường ý thức pháp luật của thương nhân trong hoạt động xúc tiến thương mại. Thực tiễn pháp luật hình sự của nhiều quốc gia trên thế giới cũng có quy định tương tự như vậy./.

- (1). Quy định này chỉ áp dụng đối với các chương trình khuyến mại mang tính may rủi mà việc tham gia chương trình gắn liền với việc mua hàng hoá, dịch vụ và việc trúng thưởng dựa trên sự may mắn của người tham gia theo thể lệ và giải thưởng đã công bố.
- (2). Bộ thương mại, Thương mại, thứ 3 ngày 9/8/2005.
- (3). <http://www.vibonline.com.vn/vi-VN/Home/TopicDetail.aspx?TopicID=417>
- (4). Xem: Điều 6 và khoản 1 Điều 9 Nghị định số 37/2006/NĐ-CP ngày 4/4/2006 quy định chi tiết Luật thương mại về hoạt động xúc tiến thương mại.
- (5). Xem: Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 37/2006/NĐ-CP ngày 4/4/2006.
- (6). http://www.vnpost.dgpt.gov.vn/bao_2004/so2/bdkh/tbb1.htm
- (7). http://www.viettelmobile.com.vn/detail_news.jsp?SubID=4&NewsID=846
- (8). Điều 13 Luật cạnh tranh năm 2004.
- (9). Xem: Nghị định số 175/2004/NĐ-CP ngày 10/10/2004 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực thương mại.
- (10). Xem: Kì yếu hội thảo khoa học: “Nhà nước và pháp luật Việt Nam - 20 năm đổi mới” (2006), Đại học Luật Hà Nội (phần bài viết của PGS.TS. Nguyễn Ngọc Hoà).