

TIN NHẮN ĐIỆN TỬ THƯƠNG MẠI KHÔNG MONG MUỐN: CAM KẾT TRONG CPTPP, PHÁP LUẬT MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ BÀI HỌC CHO VIỆT NAM

TRẦN THỊ THU PHƯƠNG *

Tóm tắt: Tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn có thể hiểu là tin nhắn điện tử nhằm mục đích thương mại được gửi đến người nhận mà không có sự đồng ý của người này. Việc quản lý tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn đã được nhiều quốc gia quan tâm và ban hành pháp luật điều chỉnh. Pháp luật Việt Nam đã có những quy định về tin nhắn quảng cáo, thư điện tử quảng cáo, thư rác. Khi tham gia Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương, Việt Nam có cam kết về việc kiểm soát tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn. Trên cơ sở các cam kết này và tham khảo kinh nghiệm của một số quốc gia trên thế giới như Hoa Kỳ, Canada, Australia, New Zealand, ... bài viết hướng tới mục tiêu nhận diện tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn theo cam kết trong CPTPP và phân tích thực trạng pháp luật Việt Nam hiện hành để đánh giá sự tương thích, từ đó đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam theo hướng phù hợp với các cam kết trong CPTPP.

Từ khoá: Tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn; luật chống thư rác; luật Việt Nam; CPTPP

Nhận bài: 18/11/2019

Hoàn thành biên tập: 15/4/2020

Duyệt đăng: 11/5/2020

UNSOLICITED COMMERCIAL ELECTRONIC MESSAGES: COMMITMENTS OF THE CPTPP, THE LAW OF SOME COUNTRIES AND LESSONS LEARNT FOR VIETNAM

Abstract: Unsolicited commercial electronic messages may be interpreted as electronic messages which are sent for commercial purposes without the consent of the recipient. Many countries have been interested in controlling unsolicited commercial electronic messages and made the law regulating the issue in question. The law of Vietnam has included provisions on advertising messages, advertising e-mails and spam mails. As a member of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans Pacific Partnership (CPTPP Agreement), Vietnam has committed to controlling unsolicited commercial electronic messages. On the basis of Vietnam's commitments and the reference to experience of some countries in the world such as the US, Canada, Australia, New Zealand, etc, the paper aims at identifying the issue of unsolicited commercial messages under the CPTPP commitments and analysing the current situation of the law of Vietnam in this regard to evaluate its compatibility with the CPTPP. The paper then proposes some recommendations for improving the law of Vietnam in the direction of being compatible with the CPTPP commitments.

Keywords: Unsolicited commercial electronic message; anti-spam law; the law of Vietnam; CPTPP

Received: Nov 18th, 2019; Editing completed: Apr 15th, 2020; Accepted for publication: May 11th, 2020

* Phó giáo sư, tiến sĩ, Trường Đại học Thương mại; E-mail: thuphuongtran@tmu.edu.vn

1. Cam kết về tin nhắn điện tử thương mại của Việt Nam trong CPTPP

Hiện nay, phương tiện điện tử đang trở thành công cụ hữu hiệu cho việc thực hiện hoạt động thương mại với chi phí thấp và khả năng tiếp cận toàn cầu. Tuy nhiên, sự phù hợp và hiệu quả của tin nhắn điện tử đã và đang bị ảnh hưởng bởi thực trạng gửi tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn.⁽¹⁾ Đây là tin nhắn chứa đựng nội dung nhằm mục đích thúc đẩy thực hiện hoạt động kinh doanh, đầu tư hoặc hỗ trợ cho hoạt động thương mại nào đó thông qua các phương tiện điện tử, bao gồm email, tin nhắn dạng text, dạng nói hoặc tin nhắn tức thời (trực tuyến) vào thuê bao điện thoại nhưng không được sự đồng ý hoặc bất chấp sự phản đối của người nhận. Bất lợi mà người nhận phải chịu khi nhận được tin nhắn này có thể là chi phí (chi phí lưu trữ tin nhắn), có thể là thời gian tiếp cận, rà soát và loại bỏ tin nhắn. Việc tiếp nhận hàng loạt tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn cũng gây ảnh hưởng xấu đến tin nhắn điện tử thương mại và tạo rủi ro cho các tin nhắn này vì có thể bị mất, bị chặn khi hộp thư quá tải do đã nhận lượng lớn tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn.⁽²⁾ Thực trạng trên dẫn

đến nhu cầu kiểm soát tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn của các quốc gia trên thế giới.⁽³⁾

Pháp luật Việt Nam đã có những quy định điều chỉnh về việc gửi thư điện tử rác, tin nhắn rác từ khá lâu. Tuy nhiên, các quy định này chưa thực sự có hiệu quả, chưa ngăn chặn được việc gửi các loại tin, thư gây phiền nhiễu cho người dùng. Theo ghi nhận của Bộ Thông tin và Truyền thông, trong 7 tháng đầu năm 2019, Bộ đã ghi nhận 26.787 lượt phản ánh về tình trạng tin nhắn rác. Các tin nhắn này thường là tin nhắn quảng cáo về hàng hóa, dịch vụ. Dù số lượt phản ánh được đánh giá là giảm tới 48,7% so với cùng kỳ năm 2018⁽⁴⁾ nhưng đây vẫn là con số đáng lo ngại về tình trạng gửi tin nhắn rác ở Việt Nam và cũng cho thấy quy định của pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực này còn chưa thực sự hiệu quả. Một trong những nguyên nhân của tình trạng này là việc nhận diện tin nhắn rác, thư điện tử rác chưa được rõ ràng về mặt pháp lý. Vấn đề này sẽ được phân tích

(1). Xem thêm: Kumar S., Sharma R.R., “An Empirical Analysis of Unsolicited Commercial Email”, *Paradigms*, vol.18 (1), 2014, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0971890714540363>, truy cập 01/4/2020.

(2). Xem thêm: Hasib S., Motwani M., Saxena A., “Anti-Spam Methodologies: A Comparative Study”, *International Journal of Computer Science and Information Technologies*, Vol. 3 (6), 2012, trage 5341-5345, <http://ijcsit.com/docs/Volume%203/vol3 Issue6/ijcsit2012030611.pdf>, truy cập 01/4/2020; Ridzuan F., Potdar V., Talevski A., “Factors involved

in estimating cost of Email spam”, 2010, https://espace.curtin.edu.au/bitstream/handle/20.500.11937/43938/152153_152153.pdf?sequence=2&isAllowed=y, truy cập 01/4/2020.

(3). Yu S., “Email Spam and the CAN-SPAM Act: A qualitative analysis”, *International journal of Cyber Criminology*, Vol, 5 (1), 2011, <https://www.cybercrimejournal.com/Yu2011ijcc.pdf>, truy cập 01/4/2020; Al-A’ali M., “A Study of email spam and how to effectively combat it”, 2007, <http://www.webology.org/2007/v4n1/a37.html>, truy cập 01/4/2020.

(4). Thu Thùy, Người dùng di động có thể đăng ký từ chối nhận tin nhắn cuộc gọi rác, <http://www.nguoi-tieudung.com.vn/nguoi-dung-di-dong-co-the-dang-ky-tu-choi-nhan-tin-nhan-cuoc-goi-rac-d77423.html>, truy cập 31/3/2020.

rõ hơn trong phần thứ ba của bài viết. Ngoài ra, tình trạng này còn có nguyên nhân xuất phát từ lỗ hổng bảo mật thông tin cá nhân của người dùng. Trong nhiều trường hợp, việc các doanh nghiệp có danh sách của người dùng để gửi tin, thư rác không phải là do từ nguồn khách hàng của doanh nghiệp, mà là từ những nguồn khác. Thực trạng ở Việt Nam cho thấy, nhiều thông tin cá nhân của người dùng bị bán tràn lan trên mạng internet với đầy đủ dữ liệu về họ tên, địa chỉ, số điện thoại, thậm chí cả thông tin về tài khoản ngân hàng. Theo đánh giá của Bộ Công an, việc mua bán dữ liệu cá nhân đang diễn ra khá dễ dàng, phổ biến ở Việt Nam.⁽⁵⁾

Với việc Việt Nam ký kết và phê chuẩn CPTPP,⁽⁶⁾ Việt Nam có nghĩa vụ tuân thủ và thực hiện các cam kết trong Hiệp định, trong đó có cam kết liên quan đến tin nhắn điện tử thương mại. Việc thực hiện các nghĩa vụ này sẽ giúp Việt Nam hoàn thiện pháp luật của mình trong lĩnh vực này và hướng tới việc kiểm soát hiệu quả hơn các tin nhắn được gửi nhằm mục đích thương mại.

(5). Nguyễn Hương, *Thông tin cá nhân đang bị mua bán, thu thập*, <http://cand.com.vn/Xa-hoi/Du-lieu-ca-nhan-dang-bi-mua-ban-thu-thap-581155/>, truy cập 31/3/2020.

(6). Xem nội dung CPTPP tại <http://www.trungtamwto.vn/fta/175-cptpp-tp11/1>. Hiệp định gồm 07 điều và 01 Phụ lục quy định về mối quan hệ với Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) đã được 12 nước gồm Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Hoa Kỳ, Nhật Bản, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore và Việt Nam ký ngày 06/02/2016 tại New Zealand. Quốc hội Việt Nam đã phê chuẩn CPTPP ngày 12/11/2018 với Nghị quyết số 72/2018/QH14 phê chuẩn Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương cùng các văn kiện liên quan.

Theo định nghĩa trong CPTPP, tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn là tin nhắn điện tử được gửi vì mục đích thương mại hoặc marketing đến một địa chỉ điện tử thông qua một nhà cung cấp dịch vụ kết nối internet hoặc dịch vụ viễn thông khác trong phạm vi quy định của luật và các quy định của mỗi bên, mà không cần sự đồng ý của người nhận hoặc bất chấp việc từ chối rõ ràng của người nhận.

Những cam kết liên quan đến tin nhắn điện tử thương mại yêu cầu Việt Nam phải có nghĩa vụ áp dụng hoặc duy trì các biện pháp liên quan đến tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn (Điều 14), bao gồm:

- Yêu cầu nhà cung cấp tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn phải tạo điều kiện cho người nhận có khả năng ngăn việc tiếp tục phải nhận những tin nhắn đó.

- Yêu cầu phải có sự chấp thuận của người nhận, được quy định cụ thể trong pháp luật và quy định của mỗi bên, để nhận tin nhắn thương mại điện tử thương mại; hoặc

- Nếu không thì phải quy định việc giảm thiểu tối đa tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn.

Ngoài ra, CPTPP cũng yêu cầu các quốc gia thành viên phải quy định về việc bồi thường đối với nhà cung cấp tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn khi không tuân thủ theo các biện pháp được yêu cầu áp dụng hoặc duy trì nêu trên.

Có thể thấy, các cam kết trong CPTPP về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn hướng tới mục tiêu tăng cường lòng tin của người tiêu dùng vào thương mại điện tử, đồng thời tránh tạo ra các hàng rào cản

trở không cần thiết đối với việc ứng dụng và sự phát triển của thương mại điện tử.

Để có thể triển khai thực hiện được đúng các cam kết này, trước tiên cần phải đánh giá được sự tương thích của pháp luật Việt Nam hiện hành với các cam kết trong CPTPP. Cụ thể, cần phải hiểu rõ khái niệm và nội hàm của thuật ngữ tin nhắn điện tử không mong muốn được nêu trong CPTPP và đặt nó trong so sánh với cách hiểu về tin nhắn rác, thư điện tử rác (gọi chung là thư rác) trong pháp luật Việt Nam. Do vậy, để giúp nhận diện rõ về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn, phần tiếp theo của bài viết sẽ tập trung tìm hiểu pháp luật của một số quốc gia trên thế giới như Mỹ, Canada, Australia, New Zealand (là những nước tham gia Hiệp định CPTPP) và Hong Kong (Trung Quốc), Liên minh châu Âu. Tiếp đó, bài viết sẽ rà soát pháp luật Việt Nam hiện hành để đánh giá sự phù hợp của pháp luật Việt Nam với cam kết trong Hiệp định CPTPP, từ đó đề xuất một số khuyến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực này.

2. Tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn theo pháp luật của một số quốc gia

2.1. Định nghĩa và đặc điểm nhận diện

Tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn (tiếng Anh là “unsolicited commercial electronic message” hoặc “unwanted commercial electronic message” hay cũng có thể sử dụng thuật ngữ “spam message”⁽⁷⁾)

(7). Xem thêm: Max W. Mosing, “Spamming in the EU: Solutions for Unsolicited electronic mail ahead?”, <https://www.it-law.at/wp-content/uploads/2014/09/mosing-spam-eu.pdf>, truy cập 19/9/2019.

hoặc “spam” theo pháp luật một số quốc gia) có thể được hiểu một cách khác nhau tùy vào pháp luật của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, nếu căn cứ vào tên gọi thì có thể hiểu một cách đơn giản đây là tin nhắn điện tử được gửi nhằm mục đích thương mại đến người không mong muốn nhận tin nhắn đó.

Để hiểu rõ về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn, trước tiên cần phải hiểu thế nào là tin nhắn điện tử thương mại.

Từ định nghĩa nêu trong Hiệp định CPTPP, tin nhắn điện tử thương mại là tin nhắn điện tử được gửi vì mục đích thương mại hoặc marketing đến một địa chỉ điện tử thông qua một nhà cung cấp dịch vụ kết nối internet hoặc dịch vụ viễn thông khác.

Như vậy, tin nhắn điện tử thương mại là tin nhắn được gửi bởi bất kì phương tiện viễn thông (dạng text, dạng tiếng, giọng nói hoặc hình ảnh) đến một địa chỉ điện tử nếu mục tiêu của nó là nhằm khuyến khích sự tham gia vào hoạt động thương mại, bất kể sự tham gia đó có đem lại lợi nhuận hay không.

Tin nhắn được xác định là tin nhắn thương mại điện tử khi đáp ứng được hai tiêu chí:

Một là tin nhắn đó phải được thực hiện thông qua phương tiện điện tử. Phương tiện điện tử gửi tin nhắn có thể dưới dạng tin nhắn văn bản, âm thanh, giọng nói hoặc hình ảnh. Các tin nhắn này phân biệt với cuộc gọi điện thoại. Ở một số quốc gia có pháp luật điều chỉnh riêng về cuộc gọi điện thoại không mong muốn như Hoa Kỳ,⁽⁸⁾

(8). Pháp luật về chống spam của Hoa Kỳ bao gồm những đạo luật điều chỉnh về cuộc gọi điện thoại không mong muốn sau: Telephone Consumer Protection Act 1991, Do-not-Call Implementation Act 2003, Truth

Canada,⁽⁹⁾ Singapore.⁽¹⁰⁾ Tuy nhiên, một số nước lại điều chỉnh cả tin nhắn và cuộc gọi điện thoại không mong muốn trong đạo luật chung như Anh,⁽¹¹⁾ Pháp,⁽¹²⁾ Đức,⁽¹³⁾ ...

Hai là mục tiêu của tin nhắn là nhằm khuyến khích sự tham gia của người nhận tin nhắn vào hoạt động thương mại, bất kể sự tham gia đó có mang lại lợi nhuận không. Khi đó, hoạt động thương mại được hiểu theo nghĩa rộng là một giao dịch, hành vi hoặc xử sự có tính thương mại (bất kể người thực hiện nó có nhằm mục đích lợi nhuận

in Caller ID Act 2009, Telemarketing Sales Rules, <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/can-spam-rule>, truy cập 07/11/2019.

(9). Đạo luật về Chống thư rác của Canada (CASL) được ban hành năm 2015 nhằm thúc đẩy tính hiệu quả và khả năng thích ứng của nền kinh tế Canada bằng việc điều chỉnh những hoạt động làm giảm uy tín của hoạt động thương mại điện tử, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/e-1.6/page-1.html>, truy cập 07/11/2019.

(10). Đạo luật về Bảo vệ dữ liệu cá nhân năm 2012 (Personal Data Protection Act 2012), <https://sso.agc.gov.sg/Act/DPDA2012>, truy cập 07/11/2019.

(11). Đạo luật về Truyền thông năm 2003 (Communication Act 2003), <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/2426/contents/made>, truy cập 07/11/2019.

(12). Luật ngày 21/6/2004 về Niềm tin trong kinh tế số (Law of June 21 2004 for Confidence in the Digital Economy), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164#LEGIARTI000006421568>, truy cập 07/11/2019.

(13). Pháp luật về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn của Đức bao gồm ba đạo luật chung là: Đạo luật Liên bang về Bảo vệ dữ liệu (Federal Data Protection Act): https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsf/, Đạo luật về Chống cạnh tranh không lành mạnh (Unfair Competition Act), http://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/index.html và Đạo luật về Vô tuyến truyền thông (Telemedia Act), <http://www.gesetze-im-internet.de/tmg/index.html>, truy cập 07/11/2019.

hay không và việc gửi tin nhắn có thu được lợi nhuận hay không), bao gồm: quảng cáo, khuyến mại; đề nghị mua hàng, bán hàng hoặc cho thuê hàng hoá; hoạt động đầu tư, kinh doanh hoặc tìm kiếm cơ hội kinh doanh, đầu tư; quảng cáo hoặc khuyến mại về cơ hội đầu tư, kinh doanh... Một tin nhắn có thể được gửi đi với nhiều mục tiêu khác nhau, trong đó có mục tiêu ưu tiên hàng đầu và mục tiêu thứ yếu. Phụ thuộc vào pháp luật của mỗi quốc gia mà việc xác định tính thương mại của tin nhắn có thể chỉ căn cứ vào mục tiêu ưu tiên hàng đầu của tin nhắn hoặc có thể căn cứ vào bất kì mục tiêu nào mà tin nhắn hướng tới. Một số quốc gia chỉ căn cứ vào mục tiêu ưu tiên hàng đầu của tin nhắn để xác định tin nhắn điện tử thương mại (như pháp luật của Hoa Kỳ, của Canada,...). Một số quốc gia lại không phân biệt mục tiêu hàng đầu hay thứ yếu để nhận diện tin nhắn điện tử thương mại (như pháp luật của Hong Kong) mà chỉ cần một trong số các mục tiêu là nhằm khuyến khích sự tham gia vào hoạt động thương mại thì sẽ được coi là tin nhắn thương mại điện tử.

Theo Đạo luật CASL của Canada, hoạt động thương mại được hiểu là bất kì giao dịch, hành vi hoặc xử sự hoặc tập hợp các xử sự bất kì có tính thương mại, dù người thực hiện nó có nhằm mục đích lợi nhuận hay không, phân biệt với các giao dịch, hành vi hoặc xử sự được thực hiện nhằm mục đích thực thi pháp luật, an ninh công cộng, bảo vệ đất nước, các xử sự quan hệ ngoại giao quốc tế hoặc quân sự của Canada. Tin nhắn điện tử được hiểu là tin nhắn được gửi bởi bất kì hình thức viễn thông nào, bao gồm tin nhắn

dạng văn bản, dạng âm thanh, dạng lời nói hoặc hình ảnh.

Để xác định mục tiêu của tin nhắn có nhằm thúc đẩy việc tham gia hoạt động thương mại hay không cần xem xét các khía cạnh: 1) nội dung của tin nhắn; 2) những đường dẫn liên kết trong tin nhắn đến nội dung của trang thông tin điện tử hoặc đến kho dữ liệu; 3) những thông tin liên hệ trong tin nhắn.

Một tin nhắn sẽ được coi là tin nhắn điện tử thương mại nếu nội dung của tin nhắn đó hướng tới mục tiêu nhằm khuyến khích người nhận tin nhắn tham gia vào hoạt động thương mại. Nếu nội dung của tin nhắn không nhằm mục tiêu trên nhưng lại chứa đựng “tagline”⁽¹⁴⁾ có mục đích khuyến mại sản phẩm hàng hoá hay dịch vụ thì tin nhắn đó sẽ được coi là tin nhắn điện tử thương mại. Tuy nhiên, việc đính kèm logo, đường dẫn liên kết về thông tin liên hệ trong chữ kí của tin nhắn không đương nhiên tạo ra tin nhắn điện tử thương mại. Tin nhắn được gửi bởi đảng phái chính trị hoặc tổ chức nhằm mục đích kêu gọi đóng góp, từ thiện hoặc tin nhắn điện tử thương mại trong nội bộ tổ chức, ấn phẩm định kì gửi đến thành viên, cộng đồng, tổ chức mà không khuyến khích sự tham gia vào bất kì hoạt động thương mại nào sẽ không bị coi là tin nhắn điện tử thương mại. Bên cạnh đó, tin nhắn điện tử thương mại sẽ được nhận diện trên cơ sở

(14). Một câu nói ngắn gọn, được sử dụng trong lĩnh vực kinh doanh, được tạo ra để gây ấn tượng mạnh mẽ cho người dùng, khiến người dùng luôn nhớ đến nhãn hàng mỗi khi thấy, nghe câu nói đó và giúp định vị sản phẩm và triết lí của công ty khi kinh doanh.

xem xét thông tin liên hệ và đường dẫn kết nối được nêu trong tin nhắn. Nếu tin nhắn không chứa đựng nội dung thương mại, ví dụ như nội dung chỉ mang tính khảo sát, lời kêu gọi đóng góp nhằm mục đích nhân đạo hoặc chính trị nhưng lại chứa đựng đường dẫn đến trang thông tin điện tử thương mại của nhà tài trợ thì tin nhắn đó lại được coi là tin nhắn điện tử thương mại.

Theo pháp luật của Hồng Kông,⁽¹⁵⁾ tin nhắn điện tử thương mại có thể được thực hiện thông qua các hình thức: email, tin nhắn văn bản hoặc tin nhắn trực tuyến, tin nhắn thông qua tài khoản điện thoại hoặc tin nhắn thông qua bất kì tài khoản nào của hệ thống mạng thông tin xã hội và hệ thống tin nhắn khác.

Việc xác định tin nhắn điện tử thương mại cũng được thực hiện thông qua hai tiêu chí:

1) Là tin nhắn điện tử: Tin nhắn được gửi qua dịch vụ viễn thông công cộng đến địa chỉ điện tử và bao gồm nhưng không giới hạn, ở dạng text, giọng nói, âm thanh, hình ảnh hoặc video. Tin nhắn có thể được kết hợp cả bởi dạng text, giọng nói, âm thanh, hình ảnh hoặc video.

2) Là tin nhắn điện tử thương mại khi tin nhắn điện tử có một hoặc một số các mục đích sau:

a) Nhằm đề nghị cung ứng hàng hoá, dịch vụ, phương tiện, công cụ, đất đai hoặc lợi ích liên quan đến đất đai;

b) Nhằm đề nghị cung cấp cơ hội kinh doanh hoặc cơ hội đầu tư;

(15). Pháp lệnh về Tin nhắn điện tử không mong muốn năm 2007, sửa đổi năm 2012, <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap593>, truy cập 19/8/2019.

c) Nhằm quảng cáo hoặc khuyến mại về hàng hoá, dịch vụ, phương tiện, công cụ, đất đai hoặc lợi ích liên quan đến đất đai;

d) Nhằm quảng cáo hoặc khuyến mại cơ hội kinh doanh hoặc cơ hội đầu tư;

e) Nhằm quảng cáo hoặc khuyến mại về một nhà cung ứng hoặc nhà cung ứng tiềm năng, về hàng hoá, dịch vụ, công cụ, phương tiện, đất đai hoặc lợi ích liên quan đến đất đai;

f) Nhằm quảng cáo hoặc khuyến mại một nhà cung ứng hoặc nhà cung ứng tiềm năng về cơ hội kinh doanh hoặc cơ hội đầu tư.

Tiêu chí để xác định tính thương mại của tin nhắn điện tử không phụ thuộc vào việc hàng hoá, dịch vụ, lợi ích của hoạt động đầu tư, kinh doanh có tồn tại hay không, cũng như việc có được chứng hợp pháp không mà chỉ cần có nội dung với mục đích nêu trên, tin nhắn sẽ được coi là tin nhắn điện tử thương mại.

Tương tự, Đạo luật Chống tin nhắn rác của Australia⁽¹⁶⁾ và New Zealand⁽¹⁷⁾ cũng nhận diện tin nhắn điện tử thương mại dựa vào các yếu tố: 1) nội dung của tin nhắn; 2) cách thức mà tin nhắn được giới thiệu; 3) nội dung có thể có khi sử dụng đường link, số điện thoại hoặc thông tin liên hệ được nêu trong tin nhắn

Theo quy định của đạo luật SPAM của Australia, tin nhắn được xác định là tin nhắn

điện tử thương mại khi có một trong số các mục tiêu sau: 1) đề nghị cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ; 2) quảng cáo hoặc khuyến mại hàng hoá, dịch vụ; 3) đề nghị cung cấp cơ hội về đầu tư hoặc kinh doanh; 4) giúp đỡ hoặc tạo điều kiện cho người khác, bằng cách lôi kéo, nhằm thu được một cách không trung thực tài sản thuộc về người khác; 5) giúp đỡ hoặc tạo điều kiện cho người khác nhằm thu được một cách không trung thực lợi ích từ người khác; hoặc với mục tiêu khác được nêu rõ trong đạo luật.

Một tin nhắn điện tử thương mại có đường link Australia khi thuộc một trong các trường hợp sau: tin nhắn đó phải có nguồn gốc Australia; cá nhân hoặc tổ chức gửi tin nhắn phải có hiện diện thể nhân tại Australia khi tin nhắn được gửi đi; cơ quan điều hành trung tâm của tổ chức phải ở Australia khi tin nhắn được gửi đi; máy tính hoặc thiết bị gửi tin nhắn phải được đặt ở Australia; tài khoản điện tử của người gửi là thể nhân cư trú tại Australia hoặc tổ chức có hoạt động kinh doanh tại Australia khi tin nhắn được tiếp nhận.

Theo Đạo luật về Kiểm soát sự tấn công của việc tiếp thị và khiêu dâm năm 2003 của Hoa Kỳ (CAN-SPAM 2003), tin nhắn có thể chứa đựng các nội dung sau:

1) Nội dung thương mại - với mục đích quảng cáo hoặc khuyến mại hàng hoá hoặc dịch vụ thương mại, bao gồm cả nội dung trên trang thông tin điện tử được khai thác nhằm mục đích thương mại;

2) Nội dung giao dịch hoặc thực hiện mối quan hệ đã xác lập - với mục đích tạo thuận lợi cho giao dịch đã được chấp thuận

(16). Đạo luật Chống tin nhắn rác (SPAM Act 2003) của Australia, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00614>, truy cập 07/11/2019.

(17). Đạo luật về Tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn của New Zealand năm 2007 (Unsolicited Electronic Messages Act 2007): <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2007/0007/latest/DLM405134.html>, truy cập 07/11/2019.

trước đó hoặc cập nhật cho người tiêu dùng về giao dịch đang được thực hiện;

3) Nội dung khác - không phải là nội dung thương mại hay giao dịch.

Nếu tin nhắn chứa mục tiêu hàng đầu là nhằm khuyến khích tham gia vào hoạt động thương mại thì tin nhắn đó sẽ được coi là tin nhắn thương mại. Nếu tin nhắn chỉ chứa đựng nội dung thương mại thì mục đích của tin nhắn sẽ là thương mại. Nếu tin nhắn chứa cả nội dung giao dịch và thực hiện mối quan hệ đã xác lập nhưng nội dung này không hiển thị một cách rõ rệt thì tin nhắn sẽ được coi là có mục tiêu hàng đầu là thương mại. Trường hợp tin nhắn chứa đựng cả nội dung thương mại và nội dung khác thì việc nhận diện mục tiêu hàng đầu của tin nhắn sẽ phụ thuộc vào việc người nhận tin nhắn khi họ diễn giải một cách hợp lý chủ đề tin nhắn và đưa ra kết luận rằng tin nhắn quảng cáo hoặc khuyến mại hàng hoá hoặc dịch vụ thương mại; hoặc diễn giải một cách hợp lý nội dung của tin nhắn và kết luận rằng mục tiêu hàng đầu của tin nhắn là quảng cáo hoặc khuyến mại một hàng hoá hoặc dịch vụ.

Nhân tố quan trọng để diễn giải cho việc chứa đựng nội dung thương mại của tin nhắn có thể là phần mở đầu của tin nhắn, nội dung thương mại của tin nhắn và màu sắc, hình vẽ, kích cỡ, kiểu dáng... được sử dụng để làm nổi rõ nội dung thương mại.

Tin nhắn được coi là có mục đích giao dịch hoặc thực hiện mối quan hệ thương mại khi tin nhắn đó có một trong các nội dung sau:

1) Nhằm tạo điều kiện hoặc xác nhận giao dịch thương mại mà người nhận đã đồng ý trước đó;

2) Đưa thông tin về bảo hành, bảo đảm việc gọi lại, an toàn, an ninh về sản phẩm hoặc dịch vụ;

3) Đưa thông tin về thay đổi điều khoản hoặc đặc tính hoặc thông tin về số dư tài khoản liên quan đến quan hệ thành viên, sự gia nhập, tài khoản, khoản nợ hoặc những mối quan hệ thương mại khác đang được thực hiện;

4) Cung cấp thông tin về mối quan hệ lao động hoặc lợi ích của người lao động;

5) Giao hàng hoá hoặc dịch vụ như là một phần của giao dịch mà người nhận tin đã đồng ý trước đó.

Trong trường hợp tin nhắn chứa đựng cả nội dung giao dịch, thực hiện mối quan hệ thương mại và nội dung thương mại thì cần phải xác định mục tiêu nào là mục tiêu đầu tiên của tin nhắn đó. Nếu nội dung về giao dịch hoặc về việc thực hiện mối quan hệ thương mại không xuất hiện một cách chủ yếu từ đầu tin nhắn thì tin nhắn sẽ được coi là có mục đích trước tiên là thương mại. Khi tiêu đề của tin nhắn khiến người nhận nghĩ rằng nó là tin nhắn thương mại thì tin nhắn đó sẽ bị coi là tin nhắn thương mại. Tương tự, khi phần liên quan đến giao dịch, thực hiện mối quan hệ thương mại không xuất hiện ở phần đầu tiên thì tin nhắn đó sẽ được coi là tin nhắn thương mại.

Luật của Liên minh châu Âu⁽¹⁸⁾ không

(18). Liên minh châu Âu ban hành Quy định chung về bảo vệ dữ liệu - GDPR (General data protection regulation) được Nghị viện châu Âu thông qua vào ngày 14/4/2016 và chính thức áp dụng trực tiếp trên toàn lãnh thổ của Liên minh châu Âu từ ngày 25/5/2018. Quy định này không chỉ có đối tượng áp dụng là doanh nghiệp có trụ sở hoặc hoạt động

đưa ra định nghĩa về tin nhắn điện tử thương mại nhưng điều chỉnh bao trùm các tin nhắn này thông qua việc điều chỉnh về bất kỳ hoạt động nào được thực hiện liên quan đến dữ liệu cá nhân (personal data). Theo đó, dữ liệu cá nhân được hiểu là tất cả những thông tin liên quan đến một thể nhân nhân đã được nhận diện hoặc có khả năng được nhận diện. Một thể nhân nhân có khả năng được nhận diện là người được nhận diện một cách trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua tên gọi, số chứng minh thư, nơi ở, tên trực tuyến hoặc thông qua một hoặc nhiều yếu tố liên quan đến thể chất, tâm lý, tinh thần, kinh tế, xã hội... của người đó. Như vậy, quy định này bao trùm việc gửi tin nhắn điện tử đến địa chỉ email, sms/mms, fax, cuộc gọi điện thoại được gửi người nhận thông qua các dữ liệu cá nhân này.

2.2. Xác định tính không mong muốn của tin nhắn điện tử thương mại

Cách tiếp cận của pháp luật các quốc gia đều giống nhau ở điểm là phải nhận diện được tin nhắn điện tử thương mại, sau đó mới xác định được tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn. Khi một tin nhắn điện tử thương mại được nhận diện, tin nhắn này phải được gửi theo quy định của pháp luật. Nếu việc gửi tin nhắn điện tử thương mại không được thực hiện theo đúng quy

định của pháp luật, tin nhắn đó sẽ bị coi là tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn và người gửi sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý.

Về quy định việc gửi tin nhắn, pháp luật của các quốc gia thường theo hai cách tiếp cận khác nhau:⁽¹⁹⁾

Cách thứ nhất: Tin nhắn chỉ được gửi khi người nhận thể hiện rõ mong muốn nhận tin nhắn bằng việc tham gia danh sách nhận tin nhắn (opt-in approach).

Cách tiếp cận này được hiểu theo nghĩa, mong muốn nhận tin nhắn điện tử thương mại phải được thể hiện rõ ràng trước khi nhận tin nhắn, tức là tham gia nhận tin nhắn. Nói cách khác, tin nhắn điện tử thương mại chỉ được gửi đến người nhận khi họ đồng ý một cách rõ ràng trước thời điểm nhận tin nhắn. Trường hợp tin nhắn điện tử thương mại được gửi mà không có sự đồng ý rõ ràng trước của người nhận, tin nhắn điện tử thương mại đó sẽ được coi là tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn.

Theo đạo luật CASL của Canada, người gửi tin nhắn thương mại bắt buộc phải nhận được sự cho phép của người nhận trước khi được gửi email. Các email được gửi đến hoặc gửi từ máy tính hoặc hệ thống mạng

thương mại trên lãnh thổ của các quốc gia thuộc Liên minh châu Âu mà còn áp dụng đối với tất cả các chủ thể có sử dụng dữ liệu cá nhân của công dân Liên minh châu Âu. Nếu một người thu thập dữ liệu và gửi tin nhắn đến các địa chỉ đăng ký trên lãnh thổ Liên minh châu Âu, người đó sẽ phải chịu sự điều chỉnh của Quy định chung này, dù đang ở đâu. Xem: GDPR tại: <https://gdpr-info.eu/>, truy cập 07/11/2019.

(19). Schryen G., “Anti-Spam Legislation: An Analysis of Laws and their Effectiveness”, *Information & Communication Technology Law*, vol. 16 (1), 2007, https://www.researchgate.net/publication/228206417_Anti-Spam_Legislation_An_Analysis_of_Laws_and_their_Effectiveness, truy cập 01/4/2020; Bambauer D. et al., “A Comparative Analysis of Spam Laws: The Quest for a Model Law”, ITU WSIS Thematic Meeting on Cybersecurity, 2005, https://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/presentations/session3_bambauer.pdf, truy cập 01/4/2020.

phải tuân thủ quy định này. Đạo luật về Tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn của New Zealand cũng tiếp cận theo cách này. Theo đó, một tin nhắn thương mại điện tử chỉ có thể được gửi đến người nhận khi họ đã đồng ý để nhận nó. Việc tin nhắn có đính kèm nút ẩn để từ chối không nhận (thường bằng câu tiếng Anh là: “click here to unsubscribe”) không được coi là tin nhắn đã được sự đồng ý trước của người nhận. Khi đó, tin nhắn này sẽ được coi là tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn. Không thể coi sự im lặng của người nhận tin là sự đồng ý nhận tin nhắn điện tử thương mại.

Sự đồng ý của người nhận có thể được hiểu thông qua hành động cụ thể (đồng ý hiển minh) hoặc được suy đoán (đồng ý ngầm định).

Đồng ý hiển minh là khi sự đồng ý được thể hiện rõ hoặc trực tiếp trao quyền cho cá nhân hoặc tổ chức kinh doanh quyền được sử dụng dữ liệu cá nhân. Sự đồng ý có thể đạt được thông qua hình thức nói hoặc viết. Tuy nhiên, đối với cả hai hình thức, pháp luật thường yêu cầu có minh chứng ghi lại. Ví dụ, có thể thực hiện dưới dạng hình thức website đăng ký hoặc tham gia vào mạng lưới người nhận và đồng ý nhận tin. Cách tiếp cận opt-in có thể được thực hiện theo hai cách: opt-in đơn giản và opt-in hai lần. Opt-in đơn giản là cách chỉ thực hiện việc đồng ý bằng một lần gửi đăng ký; opt-in hai lần là khi việc đăng ký được xác nhận một lần nữa thông qua đường link được gửi đến địa chỉ email đăng ký nhận thư.

Đồng ý ngầm định còn được gọi là đồng ý gián tiếp hay đồng ý suy đoán. Cách biểu

hiện đồng ý thường được suy ra từ hành vi hoặc hoàn cảnh hiện tại. Ví dụ, khi giao dịch thương mại được tiến hành, người nhận mua hàng từ phía tổ chức, cá nhân kinh doanh có thể được suy đoán là quan tâm đến sản phẩm hoặc dịch vụ tương tự.

Việc phân định giữa đồng ý hiển minh và đồng ý ngầm định sẽ được quy định rõ trong pháp luật của mỗi quốc gia. Đạo luật CASL của Canada chấp nhận sự thể hiện đồng ý bằng lời nói nhưng cần phải có chứng cứ, có thể bằng việc ghi âm. Khi khiếu nại được đưa ra, nghĩa vụ chứng minh sự đồng ý của người nhận thuộc về bên gửi tin nhắn.

Sự đồng ý của người nhận có thể được suy đoán thông qua một số hình thức, trong đó có hình thức nhận thiệp kinh doanh (business card) từ người gửi. Tùy vào hoàn cảnh mà việc nhận thiệp kinh doanh có thể được suy đoán là sự đồng ý nhận tin nhắn của người nhận. Sự đồng ý suy đoán chỉ được chấp nhận trong trường hợp tin nhắn điện tử được gửi đến liên quan một cách cụ thể đến mối quan hệ được phát triển trong thời gian thiệp kinh doanh được đưa ra. Ví dụ, nếu A và B trao đổi thiệp kinh doanh trong một buổi gặp mặt kinh doanh thì thỏa thuận chung của hai bên sẽ được suy đoán rằng họ đã đồng ý nhận tin nhắn của nhau, liên quan một cách cụ thể đến buổi gặp mặt này hoặc liên quan một cách tổng thể đến mối quan hệ làm ăn giữa A và B. Nội dung của thông tin được trao đổi có thể được giới hạn hoặc mở rộng ra giữa A và B. Sự đồng ý sẽ không được suy đoán trong trường hợp tin nhắn điện tử thương mại được gửi mà không

liên quan đến hoàn cảnh ban đầu mà thiếp kinh doanh được trao.

Theo Quy định chung về bảo vệ dữ liệu của Liên minh châu Âu (GDPR), chủ thể kinh doanh chỉ được phép gửi tin nhắn cho một người khi được sự đồng ý nhận tin nhắn đó. Đối với các giao dịch có tính thương mại, chủ thể kinh doanh phải nhận được sự đồng ý được đưa ra một cách tự nguyện, có dấu hiệu cụ thể, rõ ràng, được thể hiện thông qua việc khẳng định hoặc thực hiện hành vi chấp nhận. Khách hàng phải chủ động xác nhận sự đồng ý của mình, ví dụ thông qua việc nhấn chuột vào nút đồng ý nhận tin. Trường hợp đưa ra hộp có đánh dấu sẵn sự đồng ý của người nhận tin sẽ không được coi là đồng ý hợp pháp. Trường hợp im lặng, đánh dấu sẵn sự đồng ý hoặc không hành động sẽ không được coi là đồng ý.

Cách thứ hai: Huỷ đăng kí nhận tin nhắn (opt-out approach)

Cách tiếp cận này được hiểu là luôn suy đoán có sự đồng ý của người nhận, cho đến khi họ từ chối nhận tin nhắn điện tử thương mại, ví dụ thoát khỏi danh sách người nhận hoặc tham gia vào danh sách người không nhận tin nhắn điện tử thương mại.

Đây là cách tiếp cận của Đạo luật CAN-SPAM 2003 của Hoa Kỳ. Đạo luật này cho phép tin nhắn điện tử thương mại được gửi đến tất cả mọi người mà không cần sự xin phép, cho đến khi người nhận yêu cầu rõ để chấm dứt việc này. Tin nhắn điện tử thương mại được coi là không mong muốn khi tin nhắn đó không cho người nhận khả năng được loại trừ việc nhận tin nhắn đó sau này.

3. Thực trạng pháp luật Việt Nam về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn và bài học từ kinh nghiệm quốc tế

Tuy không có văn bản pháp luật điều chỉnh cụ thể về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn nhưng Việt Nam đã có pháp luật về chống tin nhắn rác, thư điện tử rác với cách tiếp cận tương tự như pháp luật về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn của các nước trên thế giới.

Văn bản đầu tiên quy định về vấn đề này là Nghị định số 90/2008/NĐ-CP ngày 13/8/2008 của Chính phủ về chống thư rác (sau đây viết ngắn gọn thành Nghị định số 90/2008/NĐ-CP). Nghị định áp dụng đối với tổ chức, cá nhân liên quan đến dịch vụ trao đổi thư điện tử và tin nhắn tại Việt Nam. Năm 2012, Luật Quảng cáo được ban hành thay thế Pháp lệnh Quảng cáo năm 2001, cùng với đó, Nghị định số 90/2008 được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 77/2012/NĐ-CP ngày 05/10/2012 (sau đây viết ngắn gọn là Nghị định 77/2012/NĐ-CP). Tiếp theo đó, Chính phủ ban hành Nghị định số 158/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực văn hoá, thể thao, du lịch và quảng cáo; Nghị định 174/2013/NĐ-CP ngày 13/11/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, công nghệ thông tin và, tần số vô tuyến điện. Các văn bản này đã tạo nên hệ thống quy phạm pháp luật về chống thư rác.

Pháp luật Việt Nam sử dụng thuật ngữ “thư rác” chứ không sử dụng thuật ngữ “tin nhắn điện tử thương mại”. Cụ thể, căn cứ

Điều 3 Nghị định số 90/2008/NĐ-CP, thư rác được hiểu là thư điện tử, tin nhắn được gửi đến người nhận mà người nhận đó không mong muốn hoặc không có trách nhiệm phải tiếp nhận theo quy định của pháp luật. Trong định nghĩa này, thư điện tử là thông điệp dữ liệu được gửi đến một hoặc nhiều địa chỉ thư điện tử thông qua cơ sở hạ tầng; tin nhắn là thông điệp dữ liệu được gửi đến điện thoại, máy nhắn tin hoặc thiết bị có chức năng nhận tin nhắn.

Pháp luật Việt Nam phân loại thư rác thành 2 nhóm: 1) các thư điện tử, tin nhắn nhằm mục đích lừa đảo, quấy rối hoặc phát tán virus máy tính, phần mềm gây hại hoặc vi phạm quy định của pháp luật về thông tin truyền thông; 2) các thư điện tử quảng cáo, tin nhắn quảng cáo vi phạm các nguyên tắc gửi thư điện tử quảng cáo, tin nhắn quảng cáo theo quy định của pháp luật (Điều 5 Nghị định số 90/2008/NĐ-CP).

Như vậy, ngoài các tin nhắn nhằm mục đích lừa đảo, quấy rối, hoặc phát tán virus máy, phần mềm gây hại, vi phạm quy định của pháp luật về thông tin truyền thông, việc kiểm soát tin nhắn trong lĩnh vực thương mại lại chỉ hướng tới thư điện tử quảng cáo và tin nhắn quảng cáo. Theo đó, thư điện tử quảng cáo và tin nhắn quảng cáo được hiểu là thư điện tử, tin nhắn nhằm giới thiệu đến người tiêu dùng về tổ chức, cá nhân hoạt động kinh doanh, hoạt động xã hội, hàng hoá, dịch vụ, bao gồm cả dịch vụ có mục đích sinh lợi và dịch vụ không có mục đích sinh lợi (khoản 11 Điều 3 Nghị định 90/2008/NĐ-CP). Nếu các thư, tin nhắn này không được gửi theo

đúng quy định của pháp luật thì sẽ bị coi là thư rác và người gửi phải chịu trách nhiệm pháp lý.

Như vậy, nếu so sánh với pháp luật của các quốc gia khác cũng như cam kết tại CPTPP, pháp luật Việt Nam có phạm vi điều chỉnh hẹp hơn khi chỉ hướng tới tin nhắn quảng cáo và thư điện tử quảng cáo, tức là những thư điện tử, tin nhắn nhằm mục đích quảng cáo. Biết rằng, quảng cáo chỉ là một trong số những hoạt động thương mại, bên cạnh các hoạt động thương mại khác. Căn cứ Luật Thương mại năm 2005, hoạt động thương mại được hiểu là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Như vậy, việc giới hạn điều chỉnh ở tin nhắn điện tử quảng cáo, thư điện tử quảng cáo sẽ bỏ sót các tin nhắn điện tử được gửi nhằm mục đích đề nghị giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, tin nhắn khuyến mại, môi giới giao dịch thương mại,... nói chung là các tin nhắn nhằm mục đích thương mại khác. Khi đó, các tin nhắn điện tử này sẽ không chịu sự quản lý của pháp luật về việc gửi tin.

Như vậy, nếu so sánh với cam kết trong Hiệp định CPTPP, pháp luật Việt Nam chưa thực sự tương thích và cần có sự hoàn thiện để bảo đảm thực hiện được đúng cam kết.

Về vấn đề quản lý thư rác, pháp luật Việt Nam cũng có cách tiếp cận giống pháp luật các nước khác khi quản lý tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn. Tuy nhiên, pháp luật các quốc gia khác có ưu điểm hơn

và dễ thực thi hơn vì có sự cụ thể hóa các tiêu chí để xác định tin nhắn điện tử thương mại. Tin nhắn điện tử thương mại được xác định không chỉ được căn cứ vào nội dung của tin nhắn mà còn dựa vào cách thức thể hiện tin nhắn, nội dung có thể có khi sử dụng đường dẫn được đính kèm trong tin nhắn, logo của tin nhắn... Pháp luật các nước liệt kê những trường hợp được coi là tin nhắn điện tử thương mại và việc xác định tin nhắn điện tử thương mại không bị giới hạn bởi danh mục liệt kê. Cách quy định như vậy vừa rõ ràng, cụ thể, vừa có tính bao quát trong việc xác định tin nhắn điện tử thương mại.

Về phương thức điều chỉnh, pháp luật Việt Nam đang theo cách tiếp cận opt-in đối với tin nhắn điện tử quảng cáo và thư điện tử quảng cáo. Cụ thể, Nghị định số 77/2012/NĐ-CP yêu cầu tổ chức, cá nhân chỉ được gửi tin nhắn và thư điện tử quảng cáo khi có sự đồng ý một cách rõ ràng trước đó của người nhận. Hơn nữa, Nghị định cũng yêu cầu sự đồng ý của người nhận phải là rõ ràng, chứ không được ngầm định. Sự đồng ý này phải được thực hiện trước khi tin nhắn, thư điện tử quảng cáo được gửi đến người nhận. Quy định này đã sửa đổi quy định trước đó trong Nghị định số 90/2008/NĐ-CP. Nghị định số 90/2008/NĐ-CP phân biệt hai trường hợp: Đối với trường hợp người gửi là tổ chức, cá nhân không phải là nhà cung cấp dịch vụ quảng cáo thì chỉ được phép gửi thư điện tử quảng cáo, tin nhắn quảng cáo khi có sự đồng ý trước của người nhận (opt-in approach); đối với trường

hợp người gửi là nhà cung cấp dịch vụ quảng cáo thì chỉ được phép gửi thư điện tử quảng cáo, tin nhắn quảng cáo cho đến khi người nhận từ chối việc tiếp tục nhận tin (opt-out approach). Như vậy, có thể thấy sự thay đổi của pháp luật Việt Nam hướng tới thống nhất quản lý các tin nhắn điện tử quảng cáo và thư điện tử quảng cáo theo cách tiếp cận opt-in. Cách tiếp cận này tương tự như cách tiếp cận opt-in mà đa số các quốc gia lựa chọn và cũng phù hợp với cam kết tại CPTPP. Tuy nhiên, nếu như pháp luật của một số quốc gia thường liệt kê những trường hợp được coi là có sự đồng ý rõ ràng và không bị giới hạn ở danh mục này thì pháp luật Việt Nam lại chưa đưa ra được cách thức xác định cũng như ví dụ về sự đồng ý rõ ràng của người nhận. Về quyền từ chối nhận tin nhắn, Nghị định số 77/2012/NĐ-CP và Nghị định số 90/2008/NĐ-CP cũng yêu cầu tổ chức, cá nhân quảng cáo phải bảo đảm cho người nhận có khả năng từ chối nhận tin nhắn, thư điện tử quảng cáo; đồng thời phải chấm dứt ngay việc gửi tin nhắn, thư điện tử quảng cáo nếu người nhận thông báo từ chối nhận và không được thu phí dịch vụ đối với thông báo từ chối của người nhận (Điều 12 và Điều 16 Nghị định số 90/2008/NĐ-CP; khoản 4 và khoản 7 Điều 1 Nghị định số 77/2012/NĐ-CP). Tuy nhiên, pháp luật lại chưa quy định cụ thể về những yêu cầu này để việc thực hiện được hiệu quả.

Tương đồng với pháp luật của nhiều quốc gia như Hoa Kỳ, Canada, Australia... pháp luật Việt Nam cũng yêu cầu nội dung tin nhắn phải có đầy đủ thông tin của người

CPTPP: Cam kết và thực thi

gửi hoặc thông tin về nhà cung cấp dịch vụ gửi. Pháp luật Việt Nam cũng yêu cầu yêu cầu nhà cung cấp dịch vụ thông tin điện tử, viễn thông chỉ được gửi tin nhắn quảng cáo đến điện thoại trong khoảng thời gian từ 07 giờ đến 22 giờ và không được gửi quá ba tin nhắn quảng cáo đến một số điện thoại, quá ba thư điện tử đến một địa chỉ thư điện tử trong 24 giờ, trừ trường hợp có thỏa thuận khác với người nhận (khoản 4 Điều 1 Nghị định số 77/2012/NĐ-CP). Trường hợp vi phạm quy định trên sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính với mức thấp nhất là 10 triệu đồng và cao nhất là 70 triệu đồng. Mới đây nhất, Chính phủ ban hành Nghị định số 15/2020/NĐ-CP ngày 03/2/2020 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử nâng mức xử phạt lên với các mức tối thiểu và tối đa tương ứng từ 20 - 80 triệu đồng.

Như vậy, có thể thấy cách thức quản lý của pháp luật Việt Nam đối với các thư rác về cơ bản là phù hợp với cam kết trong CPTPP khi có quy định về yêu cầu phải có sự chấp thuận của người nhận, về khả năng ngăn việc tiếp tục nhận tin nhắn, về việc giới hạn thời gian gửi tin nhắn cũng như số lượng tin nhắn gửi trong ngày. Ngoài ra, pháp luật Việt Nam cũng đã có quy định về trách nhiệm của bồi thường thiệt hại của tổ chức, cá nhân gửi thư rác (Điều 29 Nghị định số 90/2008/NĐ-CP). Tuy nhiên, quy định này chưa thể hiện rõ liệu có bao hàm trách nhiệm bồi thường thiệt hại của nhà cung cấp tin nhắn điện tử thương mại không. Trong khi, đây là yêu cầu đặt ra trong Hiệp định CPTPP.

Như vậy, trên cơ sở kinh nghiệm pháp luật của các quốc gia về tin nhắn điện tử thương mại và thực trạng pháp luật Việt Nam, cũng như yêu cầu đặt ra trong Hiệp định CPTPP, bài viết đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật Việt Nam như sau:

Một là mở rộng phạm vi điều chỉnh của pháp luật để bao trùm các tin nhắn điện tử nhằm mục đích thương mại, chứ không chỉ giới hạn ở tin nhắn quảng cáo và thư điện tử quảng cáo như pháp luật hiện hành. Việc mở rộng phạm vi điều chỉnh này sẽ giúp pháp luật Việt Nam phù hợp với cam kết trong CPTPP. Về vấn đề này, Việt Nam có thể nghiên cứu khả năng ban hành riêng một đạo luật về kiểm soát tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn với hai lý do sau. Thứ nhất, hiện nay, các quy định về kiểm soát thư rác đang được nêu trong Luật Quảng cáo và được hướng dẫn chi tiết trong các Nghị định. Tình trạng này dẫn đến việc hạn chế phạm vi điều chỉnh ở các tin nhắn trong lĩnh vực quảng cáo. Hơn nữa, việc ban hành đạo luật về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn cũng giúp thống nhất các quy định của pháp luật, hiện đang nằm khá rải rác ở nhiều văn bản khác nhau, nhằm bảo đảm thực thi có hiệu quả hơn pháp luật về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn.

Hai là cần đưa ra định nghĩa về tin nhắn điện tử thương mại và các tiêu chí xác định tin nhắn điện tử thương mại. Với việc mở rộng phạm vi điều chỉnh hướng tới tin nhắn điện tử thương mại nói chung, pháp luật cần đưa ra tiêu chí cụ thể để xác định tin nhắn điện tử thương mại và có hướng dẫn để xác

định tin nhắn này bằng cách ban hành danh mục liệt kê tin nhắn được coi là tin nhắn điện tử thương mại và không giới hạn ở trường hợp được liệt kê. Pháp luật cũng cần nêu rõ những trường hợp được loại trừ khỏi phạm vi điều chỉnh. Cách quy định này sẽ giúp việc thực thi pháp luật được hiệu quả trong thực tiễn.

Ba là đưa ra tiêu chí để xác định sự đồng ý rõ ràng của người nhận trước khi nhận tin nhắn điện tử thương mại. Đề xuất này cũng hướng tới mục tiêu thực thi hiệu quả quy định pháp luật về tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn. Cụ thể, pháp luật có thể nêu ra các trường hợp (nhưng không giới hạn ở các trường hợp này) được coi là có sự đồng ý rõ ràng trước của người nhận, những trường hợp không được coi là có sự đồng ý rõ ràng của người nhận. Bên cạnh đó, cũng cần đặt nghĩa vụ chứng minh về sự đồng ý rõ ràng của người nhận đối với tổ chức, cá nhân gửi tin nhắn.

Bốn là cần quy định rõ hơn về trách nhiệm bồi thường thiệt hại của nhà cung cấp tin nhắn điện tử thương mại khi không tuân theo các biện pháp được yêu cầu áp dụng theo quy định của pháp luật. Việc quy định rõ này là nhằm bảo đảm thực hiện theo đúng cam kết trong CPTPP.

Năm là cần sớm ban hành luật về bảo mật thông tin cá nhân của người tiêu dùng. Như đã nêu ở trên, một trong những nguyên nhân quan trọng của tình trạng không kiểm soát được việc gửi thư rác là do vấn đề bảo mật thông tin cá nhân không được bảo đảm thực hiện. Pháp luật Việt Nam hiện hành

chưa có quy định của pháp luật hiệu quả và thống nhất về bảo vệ thông tin cá nhân. Các quốc gia trên thế giới đều có đạo luật về bảo vệ thông tin cá nhân. Liên minh châu Âu cũng có quy định chung về bảo vệ dữ liệu thông tin cá nhân. Vì vậy, Việt Nam cũng nên tham khảo kinh nghiệm này để giúp tăng cường việc kiểm soát tin nhắn điện tử thương mại không mong muốn./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Al-A'ali M., "A Study of email spam and how to effectively combat it", 2007, <http://www.webology.org/2007/v4n1/a37.html>
2. Hasib S., Motwani M., Saxena A., "Anti-Spam Methodologies: A Comparative Study", *International Journal of Computer Science and Information Technologies*, Vol. 3 (6), 2012, <http://ijcsit.com/docs/Volume%203/vol3Issue6/ijcsit2012030611.pdf>
3. Kumar S., Sharma R.R., "An Empirical Analysis of Unsolicited Commercial Email", *Paradigms*, vol.18 (1), 2014, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0971890714540363>
4. Ridzuan F., Potdar V., Talevski A., "Factors involved in estimating cost of Email spam", 2010, https://espace.curtin.edu.au/bitstream/handle/20.500.11937/43938/152153_152153.pdf?sequence=2&isAllowed=y
5. Yu S., "Email Spam and the CAN-SPAM Act: A qualitative analysis", *International journal of Cyber Criminology*, Vol, 5 (1), 2011, <https://www.cybercrimejournal.com/Yu2011ijcc.pdf>