

تبلیغات تجاری مقایسه‌ای

مصطفی بختیاروند¹

استادیار گروه حقوق مالکیت فکری دانشگاه قم

اکرم آقامحمدی²

کارشناسی ارشد، حقوق مالکیت فکری، دانشگاه قم

تاریخ پذیرش 1395/5/16

تاریخ دریافت 1394/8/24

چکیده

تبلیغات تجاری، ابزاری قدرتمند و بانفوذ هستند که زندگی اجتماعی و اقتصادی امروزه را تحت تأثیر خود قرار داده‌اند. یکی از مسائل مهمی که امروزه شرکت‌ها و بنگاه‌های تبلیغات تجاری با آن روبرو هستند و ارتباط تنگاتنگی با حقوق مالکیت فکری دارد، مسأله تبلیغات مقایسه‌ای است که مشتمل است بر استفاده یک شرکت از برند، علامت تجاری، نام تجاری، لوگو و... رقیب جهت مقایسه ویژگی‌های کالا یا خدمات شرکت مذکور با کالاها یا خدمات خود. در برخی از کشورها نظیر ایالات متحده آمریکا به علت رشد چشمگیر این نوع تبلیغات، مقررات ویژه‌ای وجود دارد. اما در حقوق ایران، قانون ویژه‌ای در این خصوص به تصویب نرسیده است و مقررات موجود برای پاسخگویی به چالش‌هایی که شرکت‌ها و بنگاه‌های تبلیغاتی در تبلیغات مقایسه‌ای و مخصوصاً نسبت به امکان نقض حقوق مالکیت فکری مطرح می‌کنند، کفایت نمی‌کند. نتایج این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است، نشان می‌دهد زمانی که یک فعالیت تبلیغاتی مقایسه‌ای راه‌اندازی می‌شود، توجه به طیف وسیعی از قوانین و مقررات ضرورت دارد. عدم احتیاط می‌تواند منجر به از دست رفتن حقوق خود شرکت و مسئولیت حقوقی در قبال نقض حقوق مالکیت فکری دیگران شود.

1- نویسنده مسئول: m.bakhtiarvand@qom.ac.ir

2- aghamohamadi671@gmail.com

کلیدواژه‌ها: تبلیغات تجاری مقایسه‌ای، حقوق مالکیت فکری، علامت تجاری، استفاده منصفانه.

طبقه‌بندی JEL : K

مقدمه

امروزه سعی شرکت‌ها و بنگاه‌های تبلیغاتی بر ایجاد یک نام تجاری است که برتر از موارد مشابه باشد. شرکت‌ها برای پشت سر گذاشتن رقبای خود در کارزارهای تبلیغاتی¹، رویکردهای نوینی را اتخاذ کرده‌اند. آنها از برترین و جدیدترین شیوه‌های بازاریابی و تبلیغات تجاری برای برانگیختن توجه مشتریان و مصرف‌کنندگان بالقوه استفاده می‌کنند. برخی از تبلیغ‌کنندگان از علامت تجاری، نام تجاری، لوگو و یا پوشش تجاری رقبای خود برای امر تبلیغات استفاده می‌کنند.

این نوع تبلیغات که تا کنون رشد چشمگیری داشته به عنوان تبلیغات مقایسه‌ای شناخته شده و به مصرف‌کنندگان امکان مقایسه خصوصیات برندهای مختلف از جمله کیفیت و قیمت کالاها و خدمات را می‌دهد و در عین حال در برخی موارد ممکن است باعث گمراهی مصرف‌کنندگان در خصوص مبدا کالاها و خدمات و در نتیجه منجر به رقابت غیرمنصفانه² گردد.

هنگامی که بنگاه‌های تبلیغاتی به سیاست‌های مقایسه‌ای روی می‌آورند مخاطراتی از جمله راجع به مالکیت فکری مطرح می‌شود. از این رو امروزه دادگاه‌ها با سؤالات فراوانی روبرو هستند. از جمله اینکه که آیا استفاده از برند و علامت تجاری رقیب در تبلیغات مقایسه‌ای نقض حقوق مالک علامت تجاری محسوب می‌شود؟ آیا می‌توان برای دفاع از فعالیت تبلیغاتی مقایسه‌کننده در مقابل ادعای نقض علامت تجاری اصل استفاده منصفانه را مطرح کرد؟ چه قواعدی بر تبلیغات مقایسه‌ای در فضای برخط حاکم است؟

در مقاله حاضر در ابتدا مفهوم، سپس انواع و در ادامه، مقررات حاکم بر تبلیغات مقایسه‌ای

1- Advertising campaigns

2- بر طبق بند 2 ماده 10 مکرر کنوانسیون پاریس «هر رقابتی که برخلاف معمول شرافتمندانه صنعت یا تجارت انجام گیرد یک رقابت غیرمنصفانه تلقی می‌گردد».

بررسی شده‌اند و در نهایت ارتباط آن با حقوق مالکیت فکری و مصداق بارز آن در این زمینه، یعنی علامت تجاری، بیان شده‌است. نگارندگان تلاش نموده‌اند با استناد به نظام‌های حقوقی ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپایی، هند (به عنوان کشوری در حال توسعه) و ایران به سؤالات مطرح شده پاسخ دهند.

پیشینه تحقیق

به عنوان پیشینه تحقیق باید گفت که در آمریکا توسل به سیاست تبلیغات مقایسه‌ای بسیار معمول می‌باشد. متون حقوقی و اقتصادی بسیار قابل توجهی در مورد این مسأله نگاشته شده است و مقررات خاصی به آن پرداخته است. چنانکه کمیسیون تجارت فدرال در سال 1979 در طی اعلامیه‌ای به تعریف تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته و شرایط مشروعیت آن را اعلام کرده است.¹ در حقیقت تا سال 1970 تبلیغات مقایسه‌ای چندان مورد توجه نبود. اما از این سال به بعد نگرش‌ها نسبت به مشروعیت آن عوض شده و به کثرت مورد استفاده قرار گرفت. بیکسی و لینکولن در سال 1989 به توضیح و تبیین مفهوم تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته‌اند. (Bixby, Lincoln, 1989) متون دیگری نیز در سال‌های 1993 و 1998 در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته‌اند. (Barry, 1998) در قرن بیستم نوشته‌های بیشتری در ایالات متحده آمریکا به چشم می‌خورد. برای مثال در سال 2000 پوزنر به بررسی تبلیغات مقایسه‌ای و رابطه آن با گمراهی مصرف‌کنندگان پرداخته است. (Posner, 2000).

در سال‌های اخیر رابطه تبلیغات مقایسه‌ای با حقوق مالکیت فکری مطرح شده است. در اتحادیه اروپایی، دستورالعمل اتحادیه اروپایی در خصوص تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای، تبلیغات مقایسه‌ای را تحت شرایطی مجاز اعلام کرده است.² در کشور هند تبلیغات مقایسه‌ای تعریف نشده است، اما در ماده 29 قانون علامت تجاری 1999

1- <https://www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising>, last visited: 2016/7/28.

2- Directive 2006/114/EC

هند،¹ تبلیغات تجاری نباید مشتمل بر رویه‌های غیرمنصفانه باشد، از این رو ممکن است تبلیغات مقایسه‌ای به نوعی داخل در مصادیق رویه‌های غیرمنصفانه قرار بگیرد. در قوانین ایران صرفاً در برخی از قوانین و مقررات پراکنده² اشاره‌ای به مسأله تبلیغات تجاری مقایسه‌ای شده است که با توجه به حجم گسترده تبلیغات تجاری برای تأمین حقوق دارندگان مالکیت فکری به ویژه مالکان علامت تجاری کافی به نظر نمی‌رسد.

تبلیغات مقایسه‌ای

مفهوم تبلیغات مقایسه‌ای³

کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده آمریکا تبلیغات مقایسه‌ای را به عنوان تبلیغاتی تعریف کرده است که برندهای تجاری را از نظر ویژگی‌های کمی، قیمت و معرفی از طریق نام، تصویر یا دیگر اطلاعات متمایز، با بی‌طرفی مقایسه می‌کند.⁴ به عبارت ساده‌تر، تبلیغات مقایسه‌ای شکلی از تبلیغات تجاری است که در آن دو یا چند برند محصولات مشابه از یک جنس، از نظر یک یا چند ویژگی محصول با یکدیگر مقایسه می‌شوند. تبلیغات مقایسه‌ای، محصول یا خدمت یک شرکت را با محصول یا خدمت رقبای آن مقایسه می‌کند. این نوع از تبلیغات به منظور برجسته کردن مزایای کالاها و خدماتی که توسط تبلیغ‌کننده در مقایسه با کالا و خدمات رقیب ارائه می‌شود، طراحی شده است (Sharma, 2011:p.2).

انواع تبلیغات مقایسه‌ای

تبلیغات مقایسه‌ای ممکن است به دو شکل صورت پذیرد: تبلیغات مقایسه‌ای مستقیم و غیرمستقیم. تبلیغات مقایسه‌ای مستقیم به حالتی اطلاق می‌شود که در آن پیام‌هایی که محرک فروش هستند بر شایستگی محصولات تبلیغ‌کننده در مقایسه با محصولات خاص ارائه شده توسط

1- The Trade Marks Act, 1999

2- در ادامه در بررسی نظام حقوقی ایران به این قوانین خواهیم پرداخت.

3- Comparative Advertising

4- Statement of Policy Regarding Comparative Advertising, Federal Trade Commission, Washington, " b" Policy Statement), August 13, 1979

رقیبی که با نام یا علامت تجاری خاصی شناخته شده است، دلالت می‌کند. در تبلیغات مقایسه‌ای غیرمستقیم به طور ضمنی به وجود ارتباط میان محصولات مقایسه شده اشاره می‌شود اما صریحاً بیان نمی‌شود که برند استفاده شده مورد مقایسه قرار می‌گیرد (Marek et al, 2014: p.367). به عبارت دیگر، در مقایسه مستقیم به صراحت نام‌های تجاری رقبا بیان شده و دو یا چند ویژگی، مزایا یا موقعیت‌های بازار با هم مقایسه می‌شود. در تبلیغات مقایسه‌ای غیرمستقیم نیز یک مقایسه کلی دقیق مانند «نفوذ نام تجاری» یا «روش برند یک شرکت» که در نام تجاری رقیب وجود ندارد، صورت می‌گیرد (Beard & Nye, 2011: pp.113-121, Barry, 1993: pp.19-29).

به علاوه، می‌توان تبلیغات مقایسه‌ای را در دو دسته تبلیغات مقایسه‌ای مثبت و منفی طبقه‌بندی نمود. در تبلیغات مقایسه‌ای مثبت، تبلیغ‌کننده تلاش می‌نماید تا با شرح صفات و خصوصیات کالاهای دیگر به شیوه مطلوبی به هدف خود یعنی کسب مزایا و منافع حاصل از این مقایسه دست یابد. تبلیغات مقایسه‌ای منفی تبلیغاتی است که در آن از شیوه‌های فریبنده به منظور گمراه نمودن مشتریان، از طریق تحقیر نمودن کیفیت و مجموعه ارزش‌های محصولات و خدمات رقبا استفاده می‌شود (Lawdit Solicitors, 2009).¹

مزایای تبلیغات مقایسه‌ای

توسل به سیاست تبلیغات مقایسه‌ای ممکن است مزایایی را برای بنگاه‌های تبلیغاتی دربرداشته باشد که در ادامه به مهم‌ترین آنها اشاره می‌کنیم.

الف) تبلیغات مقایسه‌ای منجر به بهبود محصولات، خلاقیت و کاهش قیمت‌ها در بازار می‌شود. (Sharma, 2011: p.7).

ب) تبلیغات مقایسه‌ای برای برندهای تجاری جدید مفید است زیرا باعث می‌شود این برندها از طریق مقایسه، خود را در کنار برندهای معروف قرار داده و از شهرت آنها به نفع خود استفاده کنند. مقایسه مستقیم می‌تواند موجب شود که نام تجاری جدید در میان نام‌های تجاری مختلفی که

1- http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=../articles/Comparative%20Advertising%20and%20Trade%20Mark%20Infringement.htm

مصرف کنندگان کالاها و خدمات آنها را خریداری می کنند قرار گیرد (Murthy, 2009:p.119).
 ج) در حالت عادی، مصرف کنندگان و خریداران بالقوه برای خرید کالاها و خدمات خود باید وقت و هزینه زیادی را صرف کنند، در صورتی که تبلیغات مقایسه‌ای را می‌توان به عنوان ابزاری مقرون به صرفه در زمینه اطلاع‌رسانی عمومی برای خرید عموم به کار برد (Whrnston, 1997:p.256).

د) تبلیغات تجاری مقایسه‌ای ممکن است منجر به بهبود شفافیت تبلیغات و انگیزه رقابت سودمند شوند (Marek, 2014:p.368).

ه) تبلیغات مقایسه‌ای غالباً در زمینه مواد غذایی، خرده‌فروشی و خودرو مورد استفاده قرار می‌گیرد. امروزه در بازار، شرکت‌ها به طور فزاینده‌ای نسبت به راهبرد بازاریابی بر مبنای تبلیغات مقایسه‌ای متمایل شده‌اند. به نظر می‌رسد که نگرانی‌های سابق در خصوص امکان عدم شناسایی هویت حامیان برند و ترس از بی‌اعتمادی مصرف کنندگان توسط تجاری که برنشان را با برند رقیب مقایسه می‌کنند از بین رفته است (Morasch, 2004: pp.3-4).

معایب تبلیغات مقایسه‌ای

اگرچه توسل به سیاست تبلیغات تجاری مقایسه‌ای مزایایی را برای بنگاه‌های تبلیغاتی در پی دارد، در عین حال ممکن است موجب بروز خطراتی گردد. استفاده از تبلیغات مقایسه‌ای خطر اقامه دعوی از سوی رقیب را در بر دارد که مبنای آن ممکن است وجود تبلیغات گمراه‌کننده یا نقض حقوق علامت تجاری وی باشد (O'Donnell et al, 2008: p.72). علاوه بر این، زمانی که یک بنگاه محاسن و معایب کالا یا خدمات بنگاه دیگر را ذکر می‌کند، ممکن است اقدام به بدنام کردن آنها نموده یا مزایای ناعادلانه‌ای را از مقایسه نادرست به دست آورد. تبلیغات مقایسه‌ای همانند شکل سنتی تبلیغات تجاری به دنبال افزایش تعهدات بنگاه‌ها و اطلاع‌رسانی به مصرف کنندگان است. اگرچه در هر دو شکل از تبلیغات هدف جذب مشتریان است، با این حال در تبلیغات مقایسه‌ای، روابط تجاری ممکن است در معرض شیوه‌های غیرمنصفانه قرار گیرد (Bondar, 2004: p.24). به عنوان مثال، گاه در تبلیغات تجاری کالا به گونه‌ای معرفی می‌شود که مفهوم و منطوق آگهی، اثبات کالای تبلیغ شده و نفی برند مقایسه شده است که نتیجه‌اش خروج تدریجی کالاهای مقایسه شده از بازار است که چه بسا کیفیت بالاتر و قیمت کم‌تری نسبت

به کالای تبلیغ شده دارند (Ghane, 2013: p.170).

تبلیغات مقایسه‌ای و حقوق مالکیت فکری

حوزه تبلیغات مقایسه‌ای با حقوق مالکیت فکری در ارتباط است و امروزه به علت رقابتی که بین تجار در زمینه‌های مختلف اقتصاد مبتنی بر بازار آزاد وجود دارد اهمیت دوچندانی یافته است. (Fernandes, 2013:P.68) زمانی که شرکت‌ها اقدام به تبلیغات مقایسه‌ای می‌کنند، معمولاً مسائل مربوط به مالکیت فکری مطرح می‌شود. حتی شرکت‌های خبره و ماهر، برای امر بازاریابی محصولات تولیدی خود در مواردی به بنگاه‌های تبلیغاتی متوسل می‌شوند که گاه به طور سهوی، عکس، متن، گرافیک و به صورت کلی، حقوق مالکیت فکری متعلق به دیگران را نقض می‌کنند و لذا به طور بالقوه در معرض مسئولیت نقض قرار می‌گیرند. یکی از مهم‌ترین مسائلی که در زمینه علامت تجاری به وجود می‌آید، استفاده از علامت تجاری رقیب یا دیگر علائم شناسایی وی در جریان تبلیغات مقایسه‌ای است. مهم‌ترین سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که تحت چه شرایطی تبلیغات مبتنی بر استفاده از نام، علامت و آرم رقیب، قابل تعقیب قانونی است؟ (Leslie J.n.d:pp1-2)؛ هم‌چنین این سؤال قابل طرح است که تبلیغات مقایسه‌ای صرفاً در محیط سنتی بازاریابی و تبلیغات تجاری رخ می‌دهد یا تبلیغات مقایسه‌ای برخط¹ نیز قابل تصور است؟ به علاوه، بنگاه‌هایی که به سیاست تبلیغات مقایسه‌ای روی آورده‌اند، در مقابل ادعاهای مالکان علامت تجاری مبنی بر نقض علامت، در مقام دفاع به ادعای استفاده منصفانه روی آورده‌اند که این موضوع نیز نیازمند بررسی است.

تبلیغات مقایسه‌ای در محیط سنتی (آفلاین)² و حمایت از علامت تجاری

مسئولیت احتمالی در ارتباط با تبلیغات مقایسه‌ای، تابع قواعد عام تبلیغات خلاف واقع و رقابت غیرمنصفانه است. بر اساس اصول کلی حاکم بر تبلیغات تجاری خلاف واقع³، ممکن است

1- Online

2- Offline

3- Lanham Act (15 U.S.C)

تبلیغات تجاری به علت استفاده از نام رقیب، علامت، نشان و یا علامت مشابه و نظرات مشتمل بر مقایسه تحقیر آمیز، غیرمنصفانه، بی پایه و اساس، ناقص یا نادرست در مورد محصول رقبا و یا ادعای خلاف واقع یا گمراه کننده در مورد محصولات خود یا رقبا، رتبه بندی، منافع، خدمات و یا ویژگی های دیگر، موجب اقامه دعوی از سوی رقبا گردد. بر این اساس، هر شرکت باید پیش از ارائه تبلیغات پیشنهادی خود، به هر گونه اظهارات و مفهومی آنها توجه کند (Leslie J, N.D:PP1-2)

اگر شرکتی در تبلیغات مقایسه‌ای از علامت تجاری رقیب برای محصولات یکسان یا مشابه استفاده کند، این نوع استفاده در نظر اول نقض حقوق دارنده علامت محسوب می‌شود زیرا چنین تبلیغاتی به موجب قواعد حاکم بر علامت تجاری مجاز نیست (Gangwar, 2013: p.2). ولی باید توجه داشت که استفاده از علامت تجاری رقیب در تبلیغات شرکت‌ها می‌تواند یک ابزار بسیار مؤثر برای تثبیت موقعیت شرکت باشد و ممکن است منجر به دستاوردهای اقتصادی قابل توجهی شود (Wildes et al, 2004: p.6).

تبلیغات مقایسه‌ای در فضای مجازی و حمایت از علامت تجاری

اینترنت عملکردهای برخط متعددی را ممکن ساخته است که به واسطه آنها، رقبا می‌توانند محصولات یا خدمات خود را با محصولات و خدمات دیگران مقایسه نمایند. از آنجایی که تبلیغات تجاری اینترنتی از طریق اینترنت انجام می‌شوند چالش‌های فراوانی را برای تجاری که یک کارزار تبلیغاتی را بر اساس مقایسه آغاز می‌کنند، نسبت به انواع دیگر تبلیغات تجاری سنتی (آفلاین) ایجاد کرده است؛ زیرا تبلیغات تجاری برخط برای تجاری که تمایل دارند کالاها و خدمات خود را با کیفیت یا قیمتی بهتر نسبت به کالاها و خدمات ارائه شده توسط رقیب معرفی کنند آسان‌تر است (Dudley, 2011: pp.299-300).

از دیدگاه دارندگان علامت تجاری، تبلیغات مقایسه‌ای (رقابتی) که برای علائم تجاری مهیا شده‌اند، راه‌حلی برای جذب مشتریان بالقوه اینترنتی از طریق هدایت آنها به وبسایت‌های رقبا به منظور مقایسه است. دارندگان علامت تجاری معتقدند رقبا اساساً بر حسن شهرت علائم که مشتریان را با مالکان علامت تجاری مرتبط می‌سازند، سواری مجانی انجام می‌دهند بدین معنی که از حقوق مالکیت فکری آنها بدون رضایتشان بهره‌برداری می‌کنند. بدیهی است که صاحبان

علامت تجاری در واقع تمایل دارند حصارای اطراف حسن شهرت آنها و مانعی در برابر عملکردهایی که از طریق اینترنت پدیدار گشته و تبلیغات تجاری مقایسه‌ای را با صرف هزینه کم ممکن ساخته است ایجاد گردد.¹ تبلیغات تجاری مقایسه‌ای در فضای برخط معمولاً به صورت نتایج جستجو و یا پاپ‌آپ² رخ می‌دهد. معمولاً هدف این نوع تبلیغات، ایجاد مشکلات مختلف برای علامت تجاری دیگران است. کسب و کارهایی که به تبلیغات مقایسه‌ای می‌پردازند ممکن است مسائلی نظیر رقابت غیرمنصفانه و نقض علامت تجاری را مطرح کنند؛ در مقابل ممکن است ادعای استفاده منصفانه در قالب استفاده توصیفی یا استفاده در گزارش یا اخبار مطرح شود. روش‌های مختلفی برای استفاده از علامت تجاری رقیب در فضای اینترنت به منظور تبلیغات مقایسه‌ای وجود دارد که معمول‌ترین این روش‌ها استفاده مرئی و نامرئی می‌باشد.

الف) استفاده مرئی (قابل رؤیت) از علامت تجاری شرکت دیگر به صورت زیر محقق می‌شود (Jacobson, 2010):³

1- زمانی که یک شرکت که خود را رقیب شرکت الف معرفی می‌کند، یک فوق پیوند⁴ مستقیم به وبسایت شرکت الف ایجاد می‌کند که در آن از علامت تجاری شرکت اخیر استفاده شده و برای مصرف‌کننده قابل مشاهده است.

2- ایجاد یک صفحه میانی بر روی وبسایت شرکت رقیب الف که علامت تجاری شرکت اخیر را نمایش می‌دهد. این استفاده‌ها به طور معمول خطر بالایی را برای علامت تجاری ایجاد می‌کنند و تشخیص میزان استفاده‌ای که منجر به نقض علامت تجاری می‌شود، به این بستگی دارد که استفاده کاملاً در زمینه خاصی باشد که علامت تجاری برای آن استفاده شده است.

ب) استفاده نامرئی از علامت تجاری به حالتی اطلاق می‌شود که از علامت تجاری در کلیدواژه⁵، متانگک¹، متن مخفی²، پیوندهای پشتیبانی شده³، بنر⁴ و پاپ‌آپ‌های تبلیغاتی استفاده

1- <http://technology.findlaw.com/modern-law-practice/search-engine-comparative-advertising-under-scrutiny.html>

2- Pop up

3- <http://www.practicalecommerce.com/articles/2387-Legal-Comparative-Advertising-Competitors-Trademarks-and-Infringement->

4- Hyperlink

5- Keyword

استفاده می‌شود. مصرف‌کنندگان در واقع استفاده از علامت تجاری را نمی‌بینند، بلکه صرفاً نتیجه جستجوهای اینترنتی خود را که یک تبلیغات تجاری بر اساس محتوای مصرف‌کنندگان و یا تبلیغات تجاری بر اساس سابقه استفاده از کلمه کلیدی است، مشاهده می‌کنند.

در ایالات متحده آمریکا استفاده از تبلیغات مقایسه‌ای قابل رؤیت تا زمانی که مشتمل بر ارائه اطلاعات نادرست و یا اطلاعات گمراه‌کننده مصرف‌کننده نباشند، قانونی تلقی می‌شود.⁵ (Jacobson, 2010) علاوه بر این، استفاده از علامت تجاری دیگری می‌تواند به نوعی تأیید یا وابستگی به رقیب تلقی شود از این رو ضرورت دارد که استفاده دقیق باشد زیرا هر گونه اشتباهی توسط بنگاه مقایسه‌کننده، وی را در معرض اتهام تلاش برای گمراهی مصرف‌کننده قرار خواهد داد و همچنین ممکن است به طرح ادعاهای تبلیغات دروغین و نقض علامت تجاری منجر گردد. هنگامی که یک شرکت اقدام به مقایسه می‌کند باید از این جهت اطمینان حاصل کند که مقایسه از روی غرض‌ورزی نیست و واقعا امکان مقایسه وجود دارد.

شعبه نهم دادگاه‌های تجدیدنظر ایالات متحده آمریکا اعلام کرده است که نقض علامت تجاری نامرئی، «گمراهی پیش از خرید»⁶ تلقی می‌شود و معیارهای سه‌گانه‌ای به عنوان شرط لازم آن اعمال می‌شود که عبارتند از: شباهت در علائم تجاری، ارتباط با کالا یا خدمات و استفاده هم‌زمان هر کدام از طرفین در کانال‌های بازاریابی اینترنتی. اعمال نظریه گمراهی پیش از خرید، از تبلیغات مقایسه‌ای و ارائه اطلاعات محدود به مصرف‌کننده جلوگیری به عمل آورده و به نزار دارندگان علائم تجاری و محصولات و خدمات آنها خاتمه می‌بخشد. این نظریه فعالیتی در بازار آزاد را که

1- Meta tag

2- Hidden Text

3- Sponsored Links

4- Banner

5- <http://www.practicalecommerce.com/articles/2387-Legal-Comparative-Advertising-Competitors-Trademarks-and-Infringement->

6- Initial Interest Confusion. نظریه‌ای است در حقوق علامت تجاری که به موجب آن، هر گاه پیش از خرید، مصرف‌کننده نسبت به منبع کالاها گمراه شود، امکان صدور حکم نقض وجود دارد هر چند این گمراهی موقت باشد و پیش از تحقق خرید برطرف گردد. در واقع، این نظریه در پی احراز این امر است که آیا استفاده خواننده از علامت تجاری خواهان، به صورتی بوده که هدف از آن جلب توجه اولیه مصرف‌کننده باشد یا خیر هر چند که در نتیجه گمراهی مصرف‌کننده هیچ خرید واقعی محقق نشده باشد (<http://ipfrontline.com/2005/07/initial-interest-confusion-doctrine/>).

مبتنی بر رقابت غیرمنصفانه است، از بین می‌برد. (Rothman,2005:p.108) هم‌چنین این تبلیغات با گمراهی در زمان فروش که رایج‌ترین نوع فعل نقض از طریق گمراه‌کنندگی است تفاوت دارد زیرا گمراهی قبل از فروش اتفاق می‌افتد (Posner,2000:P.453). شعبه پنجم دادگاه‌های تجدیدنظر آمریکا نیز اعلام کرده است که راهبرد علامت تجاری نامرئی نمی‌تواند از بایسته‌های متعارف تجاوز کند و نمی‌تواند مبین وابستگی، پشتیبانی یا تأیید توسط مالک علامت تجاری باشد (Rothman,2005:p.108).

در نظام حقوقی ایران ماده 66 قانون تجارت الکترونیکی مصوب 1382 نقض علامت تجاری در بستر مبادلات الکترونیکی را از طریق استفاده از علائم تجاری به صورت نام دامنه و یا هر نوع نمایش بر خط علائم تجاری که موجب فریب یا مشتبه شدن طرف به اصالت کالا و خدمات شود، جرم‌انگاری نموده و در ماده 76 قانون مزبور برای متخلف یک تا سه سال حبس و جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال پیش‌بینی کرده است.

در نظام حقوقی آمریکا، به دلیل محدود نبودن بسیاری از قوانین کمیسیون تجارت فدرال و دستورالعمل‌ها محدود به صنعت یا محیط خاصی، این قوانین و دستورالعمل‌ها در خصوص تجارت برخط نیز قابل اعمال هستند. دفتر حمایت از مصرف‌کننده کمیسیون تجارت فدرال¹، قواعد راهنمای بازاریابی و تبلیغات تجاری در اینترنت را منتشر کرده است که در خصوص ادعاهای فریبنده، غیرمنصفانه و یا بی‌اساس در اینترنت و همچنین مسائل خاص حول نمایش برخط بحث می‌کند. این رهنمود بر اعمال استانداردهای محیط سنتی (آفلاین) در فعالیت‌های برخط تأکید می‌کند. پس به طور کلی مطابق آنچه که قبلاً در مورد تبلیغات مقایسه‌ای گفته شد زمانی که تبلیغات تجاری برخط مطرح می‌شوند، اصول اساسی زیر قابل اعمال خواهد بود:

1- تبلیغات تجاری باید صادقانه بوده و گمراه‌کننده نباشند؛ 2- تبلیغات تجاری باید ادعاهای

1- Bureau of Consumer Prot., Fed. Trade Comm'n, Advertising and Marketing on the Internet: Rules of the Road (2000) [hereinafter Rules of the Road], available at <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/ruleroad.pdf>.

خود را با شواهد اثبات کنند؛³ تبلیغات تجاری نباید غیرمنصفانه باشند.¹

استفاده منصفانه² از علائم تجاری در تبلیغات مقایسه‌ای

اگرچه مالکان علائم تجاری در دعاوی نقض از حمایت قانونی برخوردارند و مطابق ماده 31 قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب 1386³ استفاده انحصاری از آن کسی است که علامت را طبق مقررات به ثبت رسانده باشد و بر طبق ماده 40 قانون مذکور استفاده از علامت توسط شخص غیر از مالک علامت مشروط به موافقت مالک آن می‌باشد، با این حال کنترل انحصارطلبانه بر استفاده از علامت تجاری به طور مطلق نیست. در ایالات متحده آمریکا قانون لنهام⁴ محدودیت‌های استفاده منصفانه را برای حمایت از علامت تجاری فراهم کرده است. در واقع می‌دانیم که علامت تجاری باعث شناسایی کالا و خدمات یک بنگاه اقتصادی از سایر کالاها و خدمات می‌گردد و همچنین عموم را قادر می‌سازد که تشخیص دهند کالا و خدمت از منبع خاصی نشأت گرفته است. مالک علامت تجاری این حق را دارد که دیگران را از استفاده‌ای که واقعیت را بر آنها مشتبه می‌سازد منع کند. با این حال در قوانین و مقررات مختلف شرایطی پیش‌بینی شده است که دیگران می‌توانند از علامت تجاری بدون اجازه مالک آن استفاده کنند بدون اینکه نقضی رخ دهد و در برابر استفاده‌ای که کرده‌اند مسئولیتی داشته باشند. این استفاده که به عنوان استفاده منصفانه شناخته شده در برخی از کشورها نظیر آمریکا با استقبال فراوانی از سوی بنگاه‌های تبلیغاتی روبرو شده است (Aitkeni, 2005:p.6).

به طور کلی استفاده از علامت تجاری دیگری در دو صورت به عنوان استفاده منصفانه تلقی می‌شود و نقض حقوق علامت تجاری مالک نخواهد بود: حالت اول عبارت است از استفاده منصفانه توصیفی⁵ و حالت دوم استفاده منصفانه فاعلی¹ است. علامت تجاری گاه مشتمل بر

1- 16 CFR 14.15 - IN REGARD TO COMPARATIVE ADVERTISING(2004)
available at: <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/CFR-2004-title16-vol1/CFR-2004-title16-vol1-sec14-15>

2- Fair Use

3- از این به بعد قانون 1386

4- Lanham Act § 43(c)(4), 15 U.S.C. § 1125(c)(4) (2000)

5- Descriptive Fair Use

کلمه‌ای است که برای توصیف علامت تجاری به کار می‌رود و معنای ثانویه علامت تجاری است. در استفاده منصفانه توصیفی، از کلمه توصیفی برای توصیف کالا یا خدمات کاربر و نه به عنوان علامت تجاری که دلالت بر منبع محصولات یا خدمات می‌کند، استفاده می‌شود. استفاده منصفانه فاعلی مشتمل است بر استفاده از علامت دیگران برای ارجاع به کالاها و خدماتی که با استفاده کننده ارتباط دارند.² تبلیغات مقایسه‌ای می‌تواند به عنوان یک نوع استفاده منصفانه فاعلی در نظر گرفته شود که تبلیغ کننده را قادر می‌سازد علامت تجاری محصول رقیب را به منظور مقایسه با محصولات خود، استفاده کند (Phillips, 2006: p. 27). لازم به ذکر است که به طور کلی، استفاده منصفانه فاعلی در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای، تقلید و استفاده غیر تجاری از علامت تجاری در مقاله‌های دانشگاهی، گزارش رسانه‌ها و غیره اعمال می‌شود.

رویکرد نظام‌های حقوقی مختلف نسبت به تبلیغات مقایسه‌ای

رویکرد نظام‌های حقوقی مختلف نسبت به تبلیغات مقایسه‌ای متفاوت است. در ادامه به ترتیب به بررسی نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا به عنوان کشوری که به طور فزاینده‌ای به این سیاست روی آورده و قوانین مختلفی در این زمینه دارد، همچنین نظام حقوقی اتحادیه اروپایی، هند و ایران خواهیم پرداخت.

ایالات متحده آمریکا

تبلیغات مقایسه‌ای در ایالات متحده آمریکا طی سال‌های متمادی به طور گسترده‌ای مورد استفاده قرار گرفته است. سیاست طرفدار تبلیغات مقایسه‌ای بر این اصل استوار است که تبلیغات مقایسه‌ای تا جایی که واقعی هستند و باعث سردرگمی اذهان عموم نسبت به مبدأ کالا یا خدمات عرضه شده به بازار نمی‌شوند، همچنین منجر به ترویج رقابت آزاد و رفاه مصرف کننده شوند مجاز محسوب می‌شوند (Romano, 2005: pp. 371-374). در آمریکا متجاوز از یکصد سال است که به حداکثر رساندن رفاه مصرف کننده و ترویج اقتصاد آزاد و رقابتی یک موضوع هدفمند و

1- Nominative Fair Use

2- www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/FairUse.aspx

گامی به سوی نگرش دولت نسبت به چشم‌انداز کسب و کار بوده است (Mccarthy, 2003: 1:1). در همین راستا، یک برداشت کلی در صنعت تبلیغات تجاری وجود داشته که بر طبق آن، تعیین نام رقیب دیگر نه تنها برای او یک تبلیغ رایگان را فراهم می‌سازد بلکه امکان دارد نقطه عطفی را برای نام رقیب رقم زند (Thomson, 1982: p.386). ازین رو، قانونگذاری در زمینه تبلیغات تجاری در دو قانون مهم نمود یافته است که عبارتند از قانون کمیسیون تجارت فدرال و قانون علامت تجاری (لنهام).

کمیسیون تجارت فدرال در سال 1914 با هدف حمایت از تجارت در برابر رویه‌های تجاری غیرمنصفانه تأسیس شد و در سال 1922 طی حکمی از سوی دیوان عالی اجازه یافت که قوانین تبلیغات تجاری را تدوین و ساماندهی کند. تبلیغات مقایسه‌ای در دهه‌های 1960 و 1970 به یک مسأله مهم رقابتی در فعالیتهای تبلیغاتی تبدیل شد و توسل به سیاست تبلیغات مقایسه‌ای به سرعت به هدفی اصلی از سوی مقامات قضایی، قانونی و بنگاه‌های تبلیغاتی مبدل گشت. تا اواخر سال 1960 تبلیغات مقایسه‌ای اغلب توسط مقررات خودتنظیم صنایع، محدود می‌شد. اما از این سال به بعد این روند تغییر کرد و تبلیغات مقایسه‌ای تا حدی مجاز شد و از چارچوب محدودیت‌های قوانین و مقررات خودتنظیم خارج شد. در سال 1963 کمیسیون تجارت فدرال محدودیت‌هایی را در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای اتخاذ کرد و به شرکت‌ها اجازه داد که اظهارات صادقانه و غیرفریبنده خود را در مورد محصول که دارای مزایای مطلوب خاص هستند یا خصوصیات که محصول یا محصولات رقیب فاقد آن است بیان کنند. البته چنین مقایسه‌ای ممکن است در بی‌اعتبار ساختن محصول رقیب مؤثر باشد.¹

افزایش نسبتاً ناگهانی استفاده از مقایسه صریح در تبلیغات تجاری در طول دهه‌های 1970 و 1980 بخشی از نتیجه ارزیابی کمیسیون تجارت فدرال از تبلیغات مقایسه‌ای به عنوان ابزاری برای بهبود رقابت بود. (Barigozzi, Peitz, 2004: p.5) در اعلامیه کمیسیون تجارت فدرال چنین آمده است: «کمیسیون از به کارگیری نام تجاری رقیب تا جایی حمایت می‌کند که مقایسه به وضوح مشخص باشد. تبلیغات مقایسه‌ای هنگامی که مبتنی بر صداقت و غیرفریبنده باشند منبعی از

1- (60 F.T.C. at 796)

اطلاعات مهم برای مصرف‌کنندگان است و آنها را در تصمیم‌گیری منطقی برای خرید یاری می‌کند. تبلیغات مقایسه‌ای منجر به بهبود محصول و نوآوری و قیمت‌های پایین در بازار می‌شود» (Barigozzi, Peitz, 2004: p.5). هم رقبا و هم مصرف‌کنندگان برای حل اختلافات ناشی از تبلیغات مقایسه‌ای می‌توانند به کمیسیون تجارت فدرال مراجعه نمایند. با وجود این، بسیاری از شکایات مطرح شده در مورد تبلیغات مقایسه‌ای از سوی مصرف‌کنندگان نیست، بلکه بیشتر این شکایات از سوی شرکت‌هایی بوده که موضوع مقایسه بوده‌اند. از سال 1974 خواهان‌ها به جای مراجعه به کمیسیون تجارت فدرال، به محاکمی که قانون لنهام 1946 را اعمال می‌کنند، مراجعه کرده‌اند (Leighton 2004: p.585).

ماده (a) 43 قانون لنهام به عنوان مبنایی برای طرح دعوا در برابر اظهارات نادرست مندرج در تبلیغات مقایسه‌ای مورد استفاده قرار گرفته است (Peitz, Barigozzi, 2004:p.7). در اصلاحیه ماده مذکور آمده است: «هر شخصی که ... از کلمه، اصطلاح، نام، نماد یا ابزار و یا هر ترکیبی از آنها، یا تعیین مبدأ گمراه‌کننده، توصیف خلاف واقع یا گمراه‌کننده، ارائه اطلاعات خلاف واقع یا گمراه‌کننده در تبلیغات تجاری یا بازاریابی استفاده کند که ماهیت، خصوصیات، کیفیات و یا مبدأ جغرافیایی کالاها، خدمات یا فعالیت‌های تجاری او یا دیگران را بر خلاف واقع توصیف می‌کند استفاده نماید، باید در مقابل دعوای مدنی شخصی که معتقد است از چنین عملی زیان دیده یا احتمال تضرر وی می‌رود پاسخگو باشد». به طور معمول خواهان‌ها از ماده (a) 43 قانون لنهام به جای قانون کمیسیون تجارت فدرال استفاده کرده‌اند. زیرا: 1- قانون لنهام امکان جبران فوری خسارت ناشی از تبلیغات مقایسه‌ای را از طریق دستور فراهم می‌سازد؛ 2- ممکن است رقیب را ملزم به اصلاح تبلیغات کند؛ 3- ممکن است خواهان را محق به وصول خسارات نماید (Bixby and Lincoln, 1989: p 145).

علاوه بر این، ماده (c) 43 قانون لنهام مشتمل بر یک قاعده مهم در خصوص تضعیف علامت تجاری به عنوان مثال بی‌اعتبار ساختن، بدنام کردن یا تغییر علامت مشهور رقیب است. این ماده به پیشگیری از کاهش قدرت فروش علامت تجاری کمک می‌کند. شرکت موضوع تبلیغات مقایسه‌ای بر اساس این ماده می‌تواند علیه کارزار تبلیغاتی که با جعل علامت تجاری، اعتبار آن را خدشه دار کرده است، اقامه دعوا نماید (Barigozzi, Peitz, 2004: p.8). ماده 35 قانون مزبور به خواهان اجازه مطالبه برخی از خسارت‌ها را می‌دهد: منفعت تفویت شده، هزینه تبلیغات اصلاحی

برای به دست آوردن مجدد کسب و کار از دست رفته، حق الوکاله، به علاوه، ماده (a) 35 دادگاه را قادر می‌سازد مبلغی بیشتر از خسارات و منافع واقعی صادر کند. با توجه به همین ماده، خسارات تعیین شده جهت جبران زیان است و مجازات محسوب نمی‌شوند. به موجب تفسیر دادگاه‌های فدرال از این ماده، نمی‌توان بر اساس قانون لنهام حکم به خسارات تنبیهی داد. در عین حال، دادگاه می‌تواند بر طبق قواعد کامن لا حکم به خسارات تنبیهی بدهد. مشهورترین پرونده خسارات تنبیهی در آمریکا، پرونده *U-Haul International v. Jartran Inc*¹ است. دادگاه خوانده را به تبلیغات خلاف واقع و با سوءنیت که یک کارزار تبلیغاتی را بیش از یک سال انجام داده بود محکوم نمود. با استناد به کامن لا، دادگاه بیست میلیون دلار هم خسارت تنبیهی مشخص نمود. بدیهی است که حکم به خسارات تنبیهی که هدف از آن مجازات متخلف یا عبرت گرفتن دیگران است (Garner, 2009: p. 448)، می‌تواند اثر بازدارنده‌ای در جلوگیری از ارتکاب تبلیغات مقایسه‌ای زیانبار داشته باشد. برای اینکه خواهان بتواند خسارت دریافت کند باید اثبات نماید که در واقع مصرف‌کننده به واسطه تبلیغات کاذب خوانده فریب خورده و یک رابطه مستقیم بین ادعای تبلیغات کاذب و ضرر خواهان وجود دارد. هر چند در برخی از پرونده‌ها، محاکم از مقرراتی که به موجب آنها باید فریب حقیقی (اقدام عمدی خوانده در فریب دادن) اثبات می‌شد، چشم‌پوشی کرده‌اند. (Raymond, 2004)²

علاوه بر استانداردهای کمیسیون تجارت فدرال و مقررات قانون لنهام، در راستای تلاش جهت ارائه جایگزینی برای نظارت دولت در زمینه تبلیغات و حفظ اعتماد مصرف‌کننده به تبلیغات، بخش تبلیغات داخلی شورای اداره کسب و کار مطلوب³ به عنوان یک رکن خود تنظیمی مقررات ایجاد شده است. این بخش رکن خود تنظیمی است که احکامی در زمینه تبلیغ‌کنندگان داخلی، وکلای تبلیغات، تنظیم‌کنندگان مقررات فدرال و ایالتی و قضایی صادر می‌کند. بخش تبلیغات ملی فرصتی را در اختیار رقبای تبلیغ‌کننده قرار می‌دهد و مصرف‌کنندگان می‌توانند صداقت و صحت تبلیغات را به چالش بکشانند، این نهاد صلاحیت حل و فصل غیرقضایی

1- *U-Haul International Inc. v. Jartran, Inc.*, 793 F.2d 1034 (9th Cir. 1986).

2- http://www.adlaw.com/rc/handbk/rf_damage.html

3- National Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus

اختلافات را دارد (که معمولاً 60 روز به طول می‌انجامد). قلمرو صلاحیت بخش تبلیغات ملی صرفاً تبلیغات داخلی است و روند رسیدگی به موضوع همانند دعوای قضایی نبوده و همچنین به حکم دادگاه یا حکم مجوز سازمان دولتی خاصی نیازی نیست. علاوه بر این، بخش تبلیغات ملی استانداردهای متفاوتی را نسبت به تبلیغات مقایسه‌ای اعمال کرده است. این اداره مقرر کرده است که ادعاهایی که صریحاً یا به طور ضمنی محصول رقیب را بی‌اعتبار می‌سازد باید در بالاترین سطح به منظور حصول اطمینان از صادقانه، صحیح و دقیق بودن، بررسی شوند. (Villafranco, 2010: p.2).

اتحادیه اروپایی

اتحادیه اروپایی به منظور ارائه تبلیغات تجاری صحیح از یک سو در راستای ترویج رقابت عادلانه و از سوی دیگر حمایت از مصرف‌کنندگان اقدام به قاعده‌مند کردن این فعالیت از طریق دستورالعمل 2006 اتحادیه اروپایی نموده است (Bojinca, 2009: p.2).

دیوان اروپا¹ اظهار داشته است که: شکایات مربوط به تبلیغات مقایسه‌ای در اتحادیه اروپایی تنها باید در سایه معیارهای قانونی اتحادیه بررسی شود. به عنوان مثال در حال حاضر قانون هلند به خوبی از این عبارات دستورالعمل پیروی کرده است. در حالی که در نظام حقوقی کشور انگلستان دادگاه‌هایی که تاکنون برگزار شده‌اند حکم کرده‌اند که دستورالعمل تحت تأثیر قانون علامت تجاری انگلستان نبوده و رویکردی که آنها اتخاذ نموده‌اند به طور کامل سازگار با دستورالعمل نیست. به عنوان مثال دستورالعمل به وضوح تبلیغاتی را که علائم تجاری یا محصولات را بدنام سازد ممنوع اعلام کرده، در حالی که به نظر می‌رسد دادگاه‌های انگلستان این امر را قابل قبول تلقی کرده‌اند. با وجود این، اگر چه در کشورهای عضو اتحادیه اروپایی در خصوص قوانین رقابت غیرمنصفانه اجماع وجود ندارد، با این حال قوانین حاکم بر تبلیغات مقایسه‌ای تا حد زیادی به عنوان نتیجه دستورالعمل به صورت یکپارچه درآمده‌اند (Everett, 2006: p.58).

دستورالعمل اتحادیه اروپایی، تبلیغات مقایسه‌ای را تحت شرایطی مجاز اعلام کرده است. ماده

1- The European Court of Justice (ECJ)

- 4 دستور العمل مزبور، مجاز بودن تبلیغات مقایسه‌ای را به اجتماع شرایط زیر منوط نموده است:
- گمراه کننده نباشند.
 - کالاها یا خدماتی را مقایسه کنند که نیازهایی مشابه آنچه توسط کالا یا خدمت تبلیغ شده می‌گردد، برطرف ساخته یا هدف مشابهی داشته باشد.
 - به طور بیطرفانه یک یا چند خصیصه اساسی، مرتبط، قابل اثبات و احراز کالا یا خدمت را مقایسه کند که قیمت می‌تواند یکی از آنها باشد.
 - علائم یا نام‌های تجاری یا دیگر علائم متمایزکننده، کالاها، خدمات، فعالیت‌ها یا موقعیت یک رقیب را بی‌اعتبار یا بدنام نسازد.
 - برای کالاهایی که مبدأ آنها ذکر شده در هر مورد با کالاهایی از همان مبدأ باشد.
 - کالا یا خدمت تقلید شده از کالا یا خدمتی را که دارای علامت یا نام تجاری حمایت شده‌ای است معرفی ننماید.
 - موجب اشتباه گرفته شدن تجار با آگهی دهندگان و یک رقیب با به جای آگهی دهندگان علائم تجاری، نام تجاری یا دیگر علائم متمایزکننده کالاها و خدمات نشود.

هند

در نظام قانونی هند هیچ تعریفی از اصطلاح «تبلیغات مقایسه‌ای» وجود ندارد. با این حال دادگاه عالی دهلی در پرونده رکیت و کولمن¹ خصوصیات تبلیغات مقایسه‌ای را بیان نموده است (Chabra, 2010: p.1). ماده 29 قانون علامت تجاری 1999 هند در مورد نقض علامت تجاری ثبت شده بحث می‌کند. بند 8 ماده مذکور اشعار می‌دارد که اگر تبلیغات تجاری منجر به کسب مزایای غیرمنصفانه‌ای شود و بر خلاف رویه صادقانه باشد و همچنین خصوصیات منحصر بفرد و شهرت علامت تجاری را به مخاطره اندازد، علامت تجاری نقض شده است. در ادامه بند 1 ماده 30 قانون مذکور بیان می‌دارد که مانعی برای تبلیغ کننده یا شرکتهای نخواهد بود که علامت تجاری دیگری را همراه با صداقت و به شیوه منصفانه در امور صنعتی و تجاری به کار

1- Reckitt & Colman v. Kiwi TTK (1996 PTC (16) 393)

گیرد و خصوصیات متمایزکننده علامت تجاری را تحت تأثیر قرار ندهد (Saraf, Das, 2008)¹. به علاوه قانون مورد اشاره در ماده 36 امکان حمایت از علائم تجاری ثبت نشده مشهور را فراهم ساخته است. این ماده به دارنده یک راه حل قانونی در برابر مرور زمان اعطاء می‌کند. به طور کلی مرور زمان در نتیجه گمراهی یا فریب ناشی از «رویه‌های تجاری غیرمنصفانه» قابل تعقیب توسط رقبا می‌باشد. تبلیغات مقایسه‌ای نیز که به نوعی رویه‌های تجاری غیرمنصفانه محسوب می‌شود به عنوان رویه تجاری تعریف شده که با هدف ترویج فروش، استفاده یا عرضه هر نوع کالا یا برای سفارش هر گونه خدمات، هر روش غیرمنصفانه یا رویه فریبنده یا غیرمنصفانه را اتخاذ کند که مشتمل بر هر گونه اظهار شفاهی یا کتبی یا هر گونه نمایش قابل مشاهده که واقعیات خلاف واقع یا گمراه‌کننده‌ای که کالا، خدمات یا کسب و کار شخص دیگر را بی‌اعتبار نماید، صورت می‌پذیرد (Gangwar, 2013: p.3). دادگاه عالی دهلی در پرونده‌ای که قبلاً به آن اشاره شد بی‌اعتبار ساختن را این گونه تعریف کرده است: هر گونه اظهاراتی که نشان دهد محصولات خود بهتر از محصولات رقیب است و همچنین در برخی موارد، اغراق‌گویی در مورد کالا که در صورت عدم آن، شخص اقدام به خرید کالای دیگری می‌کرد حتی اگر مشتمل بر هیچ گونه بی‌اعتبار کردن یا بدنامی نباشد. بنابراین نمی‌توان اجازه انجام تبلیغات مقایسه‌ای را داد که مشتمل بر بی‌اعتبار ساختن علامت تجاری یا نام تجاری رقبا باشد (Fernandes, 2013:p.69).

تعریف رویه‌های صادقانه در تبلیغات مقایسه‌ای، بیانگر آن است که تبلیغات مقایسه‌ای بر بی‌طرفانه نگه داشتن اطلاع‌رسانی به مشتری در مورد محصولات متمرکز است که به ارتقاء شفافیت بازار از طریق کاهش قیمت و بهبود محصولات از طریق ترویج رقابت به شیوه عادلانه کمک می‌کند. از اینرو در برخی از موارد برای حفاظت از منافع رقبای تبلیغات مقایسه‌ای، نباید اجازه داده شود که تبلیغات گمراه‌کننده، باعث سردرگمی و یا منجر به بی‌اعتباری یک رقیب شود (Fernandes, 2013:p.68).

ایران

از آنجا که، طبق تعریف، در تبلیغات تجاری مقایسه‌ای، دست کم دو برند یا علامت با هم

1- <http://www.legalserviceindia.com/article/1182-Comparative-Advertising-laws.html>

مقایسه می‌شوند، بحث استفاده از علامت تجاری دیگران مطرح می‌شود. لذا باید به قانون 1386 مراجعه نماییم. بر طبق بند الف ماده 40 قانون مذکور «استفاده از هر علامت که در ایران ثبت شده باشد، توسط هر شخص غیر از مالک علامت مشروط به موافقت مالک آن می‌باشد». به موجب بند ب همان ماده «مالک علامت ثبت شده می‌تواند در صورت استفاده دیگران از علامت در صورتی که مسبوق به اجازه نباشد و یا ارتکاب عملی که عادتاً منتهی به نقض حقوق ناشی از علامت می‌گردد در دادگاه اقامه دعوا نماید. این حقوق شامل موارد استفاده از علامتی می‌شود که شبیه علامت ثبت شده است و استفاده از آن برای کالا یا خدمت مشابه، موجب گمراهی عموم می‌گردد».

بندهای مذکور به طور مطلق استفاده از علامت تجاری دیگران را منع نموده است. پس، در نگاه اول، به نظر می‌رسد استفاده از علامت تجاری دیگری در تبلیغات مقایسه‌ای هم چون یک نوع استفاده است باید مسیوق به اذن (یا به تعبیر ماده فوق الذکر، اجازه) دارنده باشد. مخصوصاً با عنایت به این که قانون 1386 هیچ گونه استثنایی را نسبت به حقوق دارنده علامت مقرر نداشته است. اما می‌توان پرسید که اگر عرف تجاری چنین استفاده‌ای را مجاز بداند بر طبق همین عرف عمل نمود؟ در پاسخ باید گفت که با توجه به تکمیلی بودن قواعد مندرج در بندهای فوق الذکر از ماده 40، این استفاده مجاز به نظر می‌رسد. در هر حال، به نظر می‌رسد بهتر است قانونگذار ما نیز موارد استفاده منصفانه از علامت تجاری غیر، از جمله استفاده در تبلیغات تجاری مقایسه‌ای، را به طور صریح در قانون 1386 مشخص نماید. در ادامه، سایر قوانین و مقرراتی را که، به نحوی، با تبلیغات تجاری مقایسه‌ای ارتباط دارند بررسی می‌نماییم.

بر طبق ماده 7 قانون حمایت از حقوق مصرف کننده مصوب 1388: «تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف کننده از جمله از طریق وسایل ارتباط جمعی، رسانه‌های گروهی و برگه‌های تبلیغاتی شود ممنوع می‌باشد».

ماده 19 قانون مذکور ضمانت اجرای مواد 2 تا 9 را پرداخت خسارت و جریمه نقدی مقرر نموده که البته منوط است به اثبات ورود خسارت به مصرف کننده. ماده 2 آیین نامه اجرایی ماده 7

فوق الذکر مصوب 1391¹، یکی از مصادیق تبلیغ خلاف واقع و اطلاعات نادرست را «بی ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دادن خدمات و کالاهای دیگران» اعلام کرده است. بدیهی است که این بند به تبلیغات مقایسه‌ای هم نظر داشته است. البته باید توجه داشت که در همه تبلیغات مقایسه‌ای کالا یا خدمات رقیب بی ارزش جلوه داده نمی‌شود، بلکه گاه تبلیغ کننده، به گونه‌ای وانمود می‌کند که کالا یا خدمت دیگران نسبت به محصول او ارزش یا کیفیت کمتری دارد.

علاوه بر این، در بند پ ماده 12 آیین نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی مصوب 1358/12/27² آمده است: «آگهی‌های تبلیغاتی نباید خدمات یا کالاهای دیگران را بی ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دهد». از این بند می‌توان استنباط نمود که مقایسه کالا یا خدمات خود با محصول دیگران اصولاً مانعی ندارد.

مقرره دیگر قابل ذکر در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای عبارت است از بند 2 ماده 3 دستورالعمل اجرایی تبلیغات شهری (محیطی) مصوب 1385³ که بر طبق آن: «در آگهی یک کالا و یا خدمات خاص نباید تلویحاً و یا تصریحاً کالا و خدمت مشابه دیگری نفی شود». مطابق با بند 10 همان ماده: «در جریان موارد تبلیغاتی باید کلیه قوانین مربوط به حمایت از حقوق مادی و معنوی مؤلفان، مصنفان و هنرمندان و آیین نامه‌های مربوطه رعایت شود». همان طور که ملاحظه می‌شود این دو بند هم به تبلیغات مقایسه‌ای و هم به ضرورت رعایت حقوق مالکیت ادبی و هنری در تبلیغات تجاری پرداخته‌اند. البته دستورالعمل صرفاً بر رعایت حقوق مالکیت ادبی و هنری تأکید نموده و مسأله حقوق مالکیت صنعتی را به سکوت بر گزار کرده است.

مطابق با اصل 9 مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی صدا و سیما⁴: «در آگهی یک کالا و یا خدمت خاص نباید تلویحاً و یا تصریحاً کالا و خدمت مشابه دیگری نفی شود و یا تلاش شود که موضوع آگهی در مقایسه با دیگر کالاها و خدمات اثبات شود». همان طور که می‌بینیم، قسمت اخیر این اصل، تبلیغات مقایسه‌ای را ممنوع کرده است. بند «و» مقدمه مجموعه ضوابط مذکور بیان می‌دارد: «در جریان تولید و ساخت آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی

1- <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/816767/> last visited: 2016/6/7.

2- <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/99508/> last visited: 2016/5/1.

3- <http://www.ad.gov.ir/staticPages/15/> last visited: 2016/5/6.

4- <http://www.ad.gov.ir/cn/print.php/staticPages/22>, last visited: 2016/5/8.

باید کلیه مواد تبلیغاتی با رعایت قانون حمایت از حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان و آئین نامه های مربوط به آن ساخته شده باشد...».

بدیهی است که دستورالعمل یادشده مخصوص صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران است و به روابط قراردادی سازمان با تبلیغ کنندگان محدود می گردد. به علاوه، در این ضوابط نیز موضوع رعایت حقوق علامت تجاری شرکت های دیگر مدنظر قرار نگرفته است.

همچنین ماده 8 قانون مسئولیت مدنی مصوب 1339 اشعار می دارد: «کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورده، مسئول جبران آن است. شخصی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت، مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد، می تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر زیان وارده را از واردکننده مطالبه نماید». به نظر می رسد این ماده در خصوص تبلیغات مقایسه ای هم قابل اعمال باشد و قسمت دوم ماده به طور واضح به تجار و صاحبان کسب و کار اختصاص یافته است زیرا در آن از کم شدن یا از بین رفتن مشتریان بحث شده است. این ماده به عنوان ضمانت اجرای انتشارات خلاف واقع و سایر وسایل، از جمله تبلیغات مقایسه ای مخالف حسن نیت، به خواهان حق داده از دادگاه حکم به توقف این عملیات را بخواهد. بدیهی است خواهان می تواند از دادگاه دستور موقت مبنی بر توقف تبلیغات مقایسه ای را هم درخواست کند. به علاوه، در صورت اثبات تقصیر، خواهان محق به دریافت خسارت نیز هست. نکته مهمی که ذکر آن ضرورت دارد این است که در قوانین ما حسن نیت تعریف نشده است و حقوقدانان نظریه های متفاوتی در مورد آن دارند که پرداختن به آن از حوصله این مقال خارج است (Katouzian, Abbas Zade, 2013: p.179)؛ اما به عقیده ما، بهتر است نظر نویسندگان را بپذیریم که معتقدند «حسن نیت به عرف نزدیک است و رفتار با حسن نیت معمولاً همان رفتار معقول و متعارف است و شاید با مراجعه به عرف در اغلب موارد بتوان به همان نتیجه ای رسید که اصل حسن نیت اقتضا می کند» (Safaei et al, 2005: p.47). پس جهت تعیین مصادیق تبلیغات مقایسه ای مخالف حسن نیت باید به عرف مراجعه نمود.

همچنین، بر طبق ماده 50 قانون تجارت الکترونیکی 1382 تأمین کنندگان نباید در تبلیغات خود مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب مشتبه شدن یا فریب مخاطب از حیث کمیت و کیفیت شود. به نظر می رسد این ماده شامل موردی می شود که تأمین کننده از طریق تبلیغات مقایسه ای،

کیفیت محصول رقبا را پایین جلوه می‌دهد تا در نتیجه، محصول خود را با کیفیت بالاتر نشان دهد. البته ظاهراً این ماده در پی حمایت از حقوق مصرف‌کننده است ولی از دیدگاه نگارندگان، مانعی نیست که رقبا تأمین‌کننده نیز بتوانند جهت منع وی از تبلیغات مقایسه‌ای خلاف واقع به آن استناد نمایند. ضمن این که ماده 66 قانون تجارت الکترونیکی 1382، هر نوع نمایش برخاسته از علامت تجاری دیگری را که سبب گمراهی مصرف‌کننده به اصالت محصولات شود ممنوع اعلام نموده است. از جمله مصادیق این ماده موردی است که تبلیغ‌کننده با نمایش علامت تجاری غیر در تبلیغات مقایسه‌ای، وانمود کند با دارنده علامت مرتبط است.

مطابق ماده 11 پیش‌نویس لایحه تبلیغات بازرگانی¹ تبلیغات نباید از طریق مقایسه یا از هر طریق دیگر خدمات یا کالاهای دیگران را بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دهد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

امروزه راهبرد تبلیغات مقایسه‌ای به عنوان یک روش موفق بازاریابی و سودرسان با ارائه مقایسه کیفیت، کمیت، اندازه و سایر خصوصیات محرک، اطلاعات مفیدی را از برند و علامت تجاری تبلیغ‌شده و همچنین مقایسه‌شده در اختیار مشتریان قرار می‌دهند و دیگر لازم نیست که مشتری وقت و هزینه بسیاری را برای تحقیق و بررسی محصولات و خدمات مورد نیاز خود صرف کند. علیرغم این مزایا، تبلیغات مقایسه‌ای مسائل بسیار مهمی را در خصوص نقض حقوق مالکیت فکری و به ویژه حقوق علامت تجاری ایجاد می‌کنند. مالکان علامت تجاری با ادعای نقض حق خود اقدام به تعقیب قانونی بنگاه‌های تبلیغاتی و شرکت مقایسه‌کننده می‌کنند. در آمریکا کمیسیون تجارت فدرال تبلیغات مقایسه‌ای را در صورتی که روشن، صادقانه و غیر گمراه‌کننده باشند، مجاز اعلام کرده است. نکته حائز اهمیت دیگر این است که امروزه بنگاه‌های تبلیغاتی به طور فزاینده‌ای به انجام این نوع تبلیغات در فضای مجازی نیز مبادرت می‌کنند. در این خصوص نیز با بررسی قوانین ایالات متحده مشاهده می‌شود که قوانین سنتی قابل اعمال هستند. در اتحادیه اروپایی و هند نیز تبلیغات مقایسه‌ای به طور مشروط پذیرفته شده‌اند. در نظام حقوقی ایران، با وجود تصویب

1- <http://press.farhang.gov.ir/fa/news/122337/> (last visited: 2016/8/16)

مقررات پراکنده که بعضاً قلمرو اجرایی محدود دارند یا به روابط قراردادی محدود می‌شوند، قوانین و مقررات خاصی که به طور مفصل به بحث تبلیغات مقایسه‌ای و همچنین امکان نقض حقوق مالکیت فکری دیگران، به ویژه علامت تجاری پردازد وجود ندارد. حال آنکه که صنعت تبلیغات پرسود و پرجاذبه در حال نفوذ در زندگی اجتماعی است و قانونگذار، بنا به رسالت خود نباید از فعالان صنعت تبلیغات تجاری عقب بماند. لذا، با توجه به مزایای تبلیغات مقایسه‌ای و در عین حال برای پیشگیری احتمالی از نقض حقوق مالکیت فکری دیگران شایسته است که قانونگذار توجه خود را به این مهم مبذول دارد و با تصویب مقررات جدید و خاص، به این نوع موضوع پرداخته و با منوط نمودن مشروعیت تبلیغات مقایسه‌ای به رعایت شرایطی، این نوع تبلیغات را نظام‌مند نماید.

References

- [1] Act on the Registration of Inventions, Industrial Designs and Trademarks, (2007). Available at: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/133809>. (last visited: 2016/6/5). (In Persian).
- [2] Aitkeni, Benjamin. (2005). Keyword-linked advertising, trademark infringement, and googles contributory liability, *Duke Law & Technology Review*, No 21.
- [3] Apoorva, Sharma. (2011). Comparative Advertisement and Infringement of Trademarks: A perspective from Consumers, Rajiv Gandhi School of Intellectual Property Law, Available at: <http://www.legalserviceindia.com/article/1182-Comparative-Advertising-laws.html>, (last visited: 2016/7/5).
- [4] Barigozzi, Francesca, Peitz, Martin. (2004). Comparative Advertising and Competition Policy, *International University in Germany Working Paper No. 19*.
- [5] Barry, T. E. (1993). Comparative advertising: What have we learned in two decades? *Journal of Advertising Research*, 33(2).
- [6] Beard, F., & Nye, C. (2011). A history of the media industry's self-regulation of comparative advertising. *Journalism History*, 37(2).
- [7] Bixby, M.B. and D. Lincoln. (1989). Legal Issues Surrounding the Use of Comparative Advertising: What the Non-Prescriptive Drug Industry Has Taught Us, *Journal of Public Policy and Marketing* 8.
- [8] Bojinca, Moise. (2009). The Concept of Comparative Advertising and Conditions of Legality, *Dny práva, Days of Law: the Conference Proceedings*, 1. edition. Brno: Masaryk University.
- [9] Bondar, Peter, Miskolcz. (2004). Definition Comparative advertising, *European Integration Studies*, Miskolcz, Volume J. Number I.

- [10] Chhabra, Medha. (2010). Comparative Advertising in India.
- [11] Civil Responsibility Act, (1960). Available at: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/95202>. (last visited: 2016/7/6). (In Persian).
- [12] Collection of standards of radio and TV advertisements, IRIB General Commercial Office. (1998). Available at: <http://www.ad.gov.ir/cn/print.php/staticPages/22>, (last visited: 2016/5/8) (In Persian).
- [13] Consumer Protection act, (2009). Available at: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/136112>, (last visited: 2016/4/3) (In Persian).
- [14] Crawford, Tad. (1998) [American Institute of Graphic Arts](#), AIGA Professional Practices in Graphic Design, Skyhorse Publishing Inc.
- [15] **Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising**(2006), available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0114>, (last visited: 2016/4/5).
- [16] Draft Bill on Commercial Advertising, (2014), available at: <http://press.farhang.gov.ir/fa/news/122337/>(last visited: 2016/8/16)(In Persian).
- [17] Dudley, Alfreda. (2011). Investigating Cyber Law and Cyber Ethics: Issues, Impacts and Practices: Issues, Impacts and Practices Advances in Information Security, Privacy, and Ethics, IGI Global.
- [18] Electronic Commerce Act, (2003). Available at: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/93997>, (last visited: 2016/4/7) (In Persian).
- [19] Everett, C. (2006). [Key issues in comparative advertising – what you can and cannot do.](#)
- [20] Fernandes, Semila. (2013). Comparative Advertisement And It's Relation To Trademark Violation – An Analysis Of The Indian Statute, Journal of Business Management & Social Sciences Research (JBM&SSR) Volume 2, No.6.
- [21] Gangwar, Pinkeshwar. (2013). Comparative Advertisement and Infringement of Trademark. <http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/FairUse.aspx>. (last visited: 2015/9/5).
- [22] Garner, Bryan, A. (2009). Black's Law Dictionary, 9th ed, West.
- [23] Ghane, Ahmad Ali. (2013) Pathology of Commercial Advertisements from an Islamic Jurisprudence and Ethics, Studies of Culture-Communications, 14th year, n.21. (In Persian).
- [24] <http://technology.findlaw.com/modern-law-practice/search-engine-comparative-adware-tising-under-scrutiny.html>, (last visited: 2016/6/5).
- [25] <http://www.ftc.gov/bcp/conline/pubs/buspubs/dotcom/index.pdf>, (last visited: 2016/4/8).
- [26] Jacobson, Jeff. (2010). Legal: Comparative Advertising, Competitors' Trademarks, and Infringement. Available at: <http://www.practicalecommerce.com/articles/2387-Legal-Comparative->

- [Advertising-Competitors-Trademarks-and-Infringement-, last visited: 2016/4/3.](#)
- [27] Katouzian, Naser; Abbas Zade, Mohammad Hadi. (2013). Good faith in Iranian Law, *Law Quarterly, Journal of Law and Political Sciences*, volume 43, n.3, , pp.167-186. (In Persian).
- [28] Lawdit Solicitors. (2008). "Comparative Advertising and Trade Mark Infringement" Law society of England and Wales, available at: http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=../articles/Comparative%20Advertising%20and%20Trade%20Mark%20Infringement.htm. (Last visited: 2016/3/3).
- [29] Leighton, R.J. (2004). Materiality and Puffing in Lanham Act False Advertising Cases: The Proofs, Presumptions, and Pretexts, *Trademark Reporter* 94(3).
- [30] Lott, Leslie J. (n.d). *Intellectual Property Issues in Comparative Advertising*, Lott & Friedland, PA Miami/Ft. Lauderdale.
- [31] Marek, T.; Karwowski, W; Frankowicz, M.; Kantola, J.; Zgaga, P. (2014). *Human Factors of a Global Society: A System of Systems Perspective*, CRC Press.
- [32] McCarthy J., Thomas.(2003). *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, West Group, 4th ed.
- [33] Morasch, Manuel. (2004) *Comparative Advertising, A comparative study of trade-mark laws and competition laws in Canada and the European Union*, Master of Laws (LL.M.), Graduate Department of the Faculty of Law University of Toronto.
- [34] [Murthy](#). (2009). *Advertising*, Excel Books India.
- [35] [O'Donnell, Ryan W](#); [O'Malley, John J.](#); [Randolph J.](#), Huis; Halt, Gerald B. (2008). *Intellectual Property in the Food Technology Industry: Protecting Your Innovation*, Springer Science & Business Media.
- [36] *Operating Instruction of Urban Advertising*, (2006). Available at: <http://www.ad.gov.ir/staticPages/15/> (last visited: 2016/5/6) (In Persian).
- [37] Phillips, Jeremy. (2006). *Trademark at the limit*, Edward Elgar Publishing.
- [38] Rachel Jane, Posner. (2000). Manipulative Metatagging, Search Engine Baiting and Initial Interest Confusion, 33 COLUM. J.L. & Soc. PROBS. 439.
- [39] Raymond P.D. (2004). *Damage Control: What to do if you get sued over advertising*, available at: http://www.adlaw.com/rc/handbk/rf_damage.html
- [40] *Regulation of article 7 of Consumer Protection Act (2012)*. Available at: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/816767/> (last visited: 2016/6/7). (In Persian).
- [41] *Regulation on Establishment and Supervising the Practice and Activity of Advertising Centers*, (1979). Available at: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/99508/> (last visited: 2016/5/1) (In Persian).
- [42] Romano, Charlotte J. (2005). *Comparative Advertising in the United States and in France*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 25, Issue 2 Winter.
- [43] Rothman, Jennifer E. (2005). *Interest Confusion: Standing the Crossroads of*

- Trademark Law, Cardozo law review, Vol.27:2.
- [44] Safaei, Seyyed Hossein et al. (2005). The Law of International Sale, Comparative Study, University of Tehran Publications, 2005. (In Persian).
- [45] Saraf, Rashi; Das Yamini. (2008). Comparative Advertising laws.
- [46] Statement of Policy Regarding Comparative Advertising, Federal Trade Commission, Washington, D.C., August 13, (1979)
- [47] Thomson, David I. C. (1982). Problems of Proof in False Comparative Product Advertising: How Gullible is the Consumer?, 72 Trademark REP. 385, 1982
- [48] Villafranco, John E. (2010). The Law of Comparative Advertising in the United States, IP Litigator, Volume 16.
- [49] Whrnston, Andrew B. (1997). The Economics of Electronic 256 (Macmillan Technical Publishing).
- [50] Wildes, Joy J.; DAVIS & GILBERT LLP. (2004). Intellectual Property Issues in Comparative Advertising “Ours Works Better”: Use Of A Competitor’s Trademark In Advertising, The Metropolitan Corporate Counsel.