

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن در حقوق ایران و دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

سیده مریم اعتماد*

ستار زرکلام**

منصور امینی***

پرویز ساورایی****

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۷/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱/۲۱

DOI: 10.22096/law.2019.94393.1328

چکیده

تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان گونه‌ی خاصی از تبلیغات یک ابزار افزایش فروش است که تولیدات یا خدمات یک شخص را با تولیدات یا خدمات دیگر یا رقبای دیگر مقایسه می‌کند. در این‌گونه از تبلیغات علی‌القاعده علاوه بر مصالح کنندگان، مصالح رقبا و صاحبان انحصاری حقوق نیز مطرح می‌شود. با عنایت به مزایای این نوع از تبلیغات محدودیت‌های این حوزه باید محتاطانه مورد بررسی قرار گیرد؛ از سوی دیگر آزاد گذاشتن مطلق نیز توالی فاسد گسترده‌ای در حوزه حقوق صاحبان حق، مصرف‌کنندگان و رقبا در پی خواهد داشت،

*دانشجوی مقطع دکتری، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات،

Email: etemad@iranian.ac.ir

دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: sattarzarkalam@gmail.com

**دانشیار گروه حقوق، دانشگاه شاهد، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: m-amini@srbiau.ac.ir

***دانشیار گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: savrai@iran-attorney.com

****دانشیار گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.



که نباید نادیده انگاشته شود. دستورالعمل EC/۱۱۴/۲۰۰۶ اتحادیه اروپا مقرر می‌دارد: «تبلیغات مقایسه‌ای» هرگونه تبلیغاتی است که به‌طور صریح یا ضمنی کالاها یا خدمات ارائه شده توسط رقیب را در قیاس با رقیب دیگر معرفی می‌کند. برخلاف دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا که به تعریف، شرایط و موارد ممنوعیت این نوع از تبلیغات پرداخته‌اند، در حقوق ایران خلأ قانونی و ابهامات زیادی در این زمینه وجود دارد. برای بهره‌گیری از مزایایی که به تفصیل خواهد آمد و اجتناب از معایب و خطرات مطروح، باید با تدوین قوانین و مقررات چارچوبی ترسیم و شرایط و ضوابط لازم‌الرعايه و محدودیت‌های حاکم بر این نوع از تبلیغات را پیش‌بینی نمود؛ بدین ترتیب با رعایت ملاحظات قانونی، می‌توان به‌طور کلی قائل به آزادی تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان یکی از گونه‌های تبلیغات بود.

واژگان کلیدی: تبلیغ؛ تبلیغات مقایسه‌ای؛ تبلیغات گمراه‌کننده؛ رقابت نامشروع.

مقدمه

در دنیای امروز، نیاز به تبلیغات به‌طور فزاینده در تمامی حوزه‌ها احساس می‌شود و این امر تبدیل به نیرویی مجاب‌کننده در ذهن عموم شده است. به‌طور کلی، تبلیغات را می‌توان اعلانی عمومی دانست که در وهله اول به‌دنبال اطلاع‌رسانی و در وهله دوم مجاب کردن افراد است. هرچند این دو عملکرد را می‌توان از هم متمایز دانست، ولی اغلب هم‌زمان با هم اتفاق می‌افتند.^۱ از حیث حقوقی، تبلیغات از اهمیت به‌سزایی برخوردار است، خصوصاً در تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان یکی از انواع تبلیغات باید بین تبلیغات غیرقانونی که منجر به عواقب نامطلوب برای کسب و کار می‌شوند و تبلیغات صحیح و عادلانه که در نهایت منجر به رشد اقتصادی می‌شوند تمایز قائل شد، امری که نیازمند مداخله قانونگذار است. هدف از تقنین در این زمینه از یک سو حمایت از رقبا، صاحبان انحصاری حق و مصرف‌کنندگان در قبال تبلیغات گمراه‌کننده و عواقب غیرمنصفانه ناشی از آن و از سوی دیگر وضع اصول و ضوابطی است که طبق آن‌ها تبلیغات مقایسه‌ای مجاز تلقی می‌شود. اهمیت مضاعف این حوزه زمانی آشکار می‌شود که به میزان استفاده این نوع از تبلیغات دقت کنیم؛ گفته می‌شود: «درحالی‌که بیش از یک سوم تبلیغات ماهیت مقایسه‌ای دارد، تقریباً یک چهارم از تبلیغات، مستقیماً برند رقیب را نام می‌برند.» (C. Williams & Robert, 2013: 47) این میزان در کلیه کشورها در حال افزایش است. در مقاله حاضر طی دو گفتار به بررسی تبلیغات مقایسه‌ای خواهیم پرداخت. در گفتار اول پس از مطالعه مفهوم، اقسام و پیشینه تبلیغات مقایسه‌ای، وضعیت حقوقی و رویکرد تقنینی در حوزه تبلیغات مقایسه‌ای را در اتحادیه اروپا و حقوق ایران مورد واکاوی قرار خواهیم داد. در گفتار دوم نقش این نوع از تبلیغات را بررسی و مزایا و معایب آن را مورد مذاقه قرار خواهیم داد تا از این رهگذر و با ارزیابی محاسن و معایب ضرورت تجویز یا عدم تجویز تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان یکی از گونه‌های تبلیغات مشخص شود.

۱. گفته می‌شود تبلیغات از دو شیوه اقناع و ترغیب بهره می‌گیرد؛ یعنی هم مخاطبان را قانع می‌کند، هم رغبت به‌وجود می‌آورد. نک: (قره‌داغی، ۱۳۷۹: ۱-۲)

۱- گفتار اول؛ مفهوم، اقسام و پیشینه تبلیغات مقایسه‌ای

تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان گونه خاصی از تبلیغات یک ابزار افزایش فروش است که تولیدات یا خدمات یک شخص را با تولیدات یا خدمات دیگر یا رقبای دیگر مقایسه می‌کند. در کل تبلیغات مقایسه‌ای بدین منظور طراحی شده که مزایای کالاها یا خدمات ارائه شده توسط تبلیغ‌کننده را که با یک رقیب مقایسه شده، برجسته نماید. به‌منظور دستیابی به این هدف، این نوع تبلیغات باید تفاوت بین کالاها یا خدمات را از طریق توصیف ویژگی‌های آن‌ها مورد تأکید قرار دهد. (Miskolczi, 2004: 25) در این گفتار پس از بررسی مفهوم و اقسام تبلیغات مقایسه‌ای، به منابع حقوقی و مصوبات این حوزه در حقوق اتحادیه اروپا و نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۱-۱- مفهوم تبلیغات مقایسه‌ای

تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان یکی از راهکارهای تبلیغاتی در فرایند بازاریابی، عمدتاً برای تصاحب سهم بازار رقبا به‌منظور رسیدن به سود بیشتر و تضعیف سایرین استفاده می‌شود.^۱ از مزایای این نوع تبلیغ می‌توان به رونق گرفتن بازار رقابت بین تأمین‌کنندگان کالاها و خدمات، به نفع مصرف‌کننده اشاره کرد (بند ۶ از مقدمه دستورالعمل ۲۰۰۶/۱۱۴/EC^۲ پیرامون تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای).

براساس تعریف مندرج در بند ج از ماده ۲ دستورالعمل ۲۰۰۶/۱۱۴/EC پیرامون تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای: «تبلیغات مقایسه‌ای هرگونه تبلیغاتی است که به‌طور صریح یا ضمنی کالاها یا خدمات ارائه شده توسط رقیب را در قیاس با رقیب دیگر معرفی می‌کند.»

بخش ۶ از مقدمه دستورالعمل تبلیغات مقایسه‌ای^۳ به مطلوبیت جامع بودن تعریف تبلیغات

۱. به‌عنوان یکی از نمونه‌های خاص تبلیغات مقایسه‌ای می‌توان به تبلیغ مترو اشاره کرد که ادعا می‌کرد که «ساندویچ هایش سالم‌تر از مک دونالد هستند.»

See: (C. Williams & Robert, 2013: 48)

2. Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising.

۳. دستورالعمل کمیسیون اروپا درباره تبلیغات مقایسه‌ای مصوب ۶ اکتبر ۱۹۹۷. لازم به ذکر است این دستورالعمل ملغی شده و بعضی از مواد آن عیناً در دستورالعمل‌های بعدی تکرار شده است.

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۱۳

مقایسه‌ای اشاره داشته و بیان می‌دارد: «مطلوب آن است که مفهوم گسترده‌ای از تبلیغات مقایسه‌ای ارائه شود، به نحوی که همه اقسام آن را پوشش دهد.» سعی شده این نکته در تعریف لحاظ شود، ماده ۲-۲ (a) دستورالعمل اصلاح شده در این خصوص مقرر می‌دارد: «تبلیغات مقایسه‌ای» به معنای تبلیغی است که به طور صریح یا ضمنی به معرفی یک رقیب یا کالاها یا خدمات ارائه شده توسط رقیب می‌پردازد.»

این تعریف آن قدر گسترده است که می‌تواند موجب بروز چالش‌هایی شود. طبق تعریف مزبور کلیه تبلیغاتی که در آن یک تولیدکننده بیان می‌کند که محصولش برای مثال قوی‌ترین، کارآمدترین، ارزان‌ترین و بهترین است می‌تواند مشتمل بر یک عنصر خاص از مقایسه غیرمستقیم با محصولات رقبا (و نه یک رقیب خاص) به شمار آید.

اتاق بازرگانی بین‌الملل (International Chamber of Commerce)، تعریف صریحی از تبلیغات مقایسه‌ای ارائه نداده است، البته مصوبه تبلیغات و ارتباطات بازاریابی اتاق مزبور در ماده ۱۱ خود با عنوان «مقایسه‌ها» مقرر می‌دارد: «ارتباطات بازاریابی که متضمن مقایسه هستند باید به نحوی طراحی شوند که مقایسه، همراه‌کننده محسوب نشود و با اصول رقابت عادلانه مطابقت داشته باشد. امتیازات مقایسه باید بر مبنای واقعیاتی باشد که بتوان اثبات کرد و نباید به صورت غیرمنصفانه انتخاب شوند.»

در بیانیه مربوط به سیاست‌های تبلیغات مقایسه‌ای کمیسیون تجارت فدرال^۱ که در راستای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان آمریکایی تدوین شده، آمده است: «تبلیغات مقایسه‌ای، تبلیغی است که برندهای رقیب را بر اساس صفات قابل سنجش عینی یا قیمت مقایسه می‌کند و برند رقیب را با نام، تصویر یا سایر اطلاعات متمایز مشخص می‌کند.»

بدیهی است تعریف تبلیغات مقایسه‌ای شامل مقایسه محصولات خود تبلیغ‌کننده نمی‌شود؛ برای مثال زمانی که تبلیغ‌کننده‌ای شوینده ماشین ظرفشویی را با استفاده از عبارت «یک درصد قدرت شویندگی بیشتر» ترویج می‌کند، آگهی مذکور محصولات خود تبلیغ‌کننده

1. Statement of Policy Regarding Comparative Advertising of Federal Trade Commission for Protecting America's Consumers (F.T.C.).

را از نظر کیفیت مقایسه می‌کند. این مقایسه به یک رقیب قابل شناسایی یا محصولاتش اشاره نمی‌کند. بدیهی است این نوع از مقایسه‌ها خارج از تعریف تبلیغات مقایسه‌ای قرار می‌گیرد. (Miskolczi, 2004: 35)

تعریف دیگری که از تبلیغات مقایسه‌ای ارائه شده است عبارت است از، تبلیغاتی که در آن کالا و خدمت تبلیغ‌کننده با کالاها و خدمات رقبا مقایسه می‌شود، به نحوی که با مقایسه ویژگی‌های قابل ارزیابی و قیمت آن‌ها توجه افکار عمومی نسبت به مزایا، رجحان و برتری محصول تبلیغ‌کننده و یا قابلیت استفاده هم‌زمان با محصولات رقبا جلب می‌شود. (حبیبی و محبی فرد، ۱۳۹۴: ۶۶)

۱-۲- اقسام تبلیغات مقایسه‌ای

تبلیغات مقایسه‌ای ممکن است به دو شکل مقایسه‌ای مستقیم و غیرمستقیم صورت پذیرد.^۱ تبلیغات مقایسه‌ای مستقیم به حالتی اطلاق می‌شود که در آن پیام‌هایی که محرک فروش هستند بر شباهت محصولاتی تبلیغ‌کننده در مقایسه با محصولات خاص ارائه شده توسط رقیبی که با نام یا علامت تجاری خاصی شناخته شده است، دلالت کند. در تبلیغات مقایسه‌ای غیرمستقیم به‌طور ضمنی به وجود ارتباط میان محصولات مقایسه شده اشاره می‌شود، اما صریحاً بیان نمی‌شود که برند استفاده شده مورد مقایسه قرار گرفته است.^۲

۱. ماده ۳ قانون ۲۰۰۸/۱۵۸ مقرر می‌دارد: «تبلیغات مقایسه‌ای نوعی از تبلیغات است که از طریق آن می‌توان به‌طور صریح یا ضمنی رقیب کالا یا خدمتی را شناسایی کرد.»

۲. Marek et al, 2014: 367 به نقل از: بختیاروند و آقامحمدی، ۱۳۹۴: ۱۰۱.

در ضمن گفته شده است از روش‌های تبلیغات مقایسه‌ای، استفاده نامرئی از علامت تجاری رقیب است؛ بدین صورت که از علامت تجاری رقیب در کیدواژه‌ها، متاتگ‌ها، متون مخفی، پیوندهای پشتیبانی شده، بنرها و پاپ‌آپ‌های تبلیغاتی استفاده شود. در این صورت مصرف‌کنندگان در واقع استفاده از علامت تجاری را نمی‌بینند، بلکه صرفاً نتیجه جستجوهای اینترنتی خود را که یک تبلیغات تجاری براساس محتوای مصرف‌کنندگان و یا تبلیغات تجاری براساس سابقه استفاده از کلمه کلیدی است، مشاهده می‌کنند. (بختیاروند و آقامحمدی، ۱۳۹۴: ۱۰۲) برخلاف نظر مزبور نگارنده معتقد است، روش توضیح داده شده در دسته تبلیغات ناخواسته و اسپینینگ قرار می‌گیرد و نباید به‌عنوان یکی از روش‌های تبلیغات مقایسه‌ای محسوب شود.

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۱۵

تبلیغات مقایسه‌ای تأثیر به‌سزایی در تصمیم‌گیری و انتخاب محصولات توسط مخاطبین آگهی‌های تجاری دارد، چراکه مصرف‌کنندگان امکان مقایسه کالاها و خدمات را از ابعاد گوناگون از جمله کیفیت، کمیت، سرعت، دقت، قیمت و غیره را خواهند داشت؛ هرچند که در صورت عدم رعایت ضوابط مربوطه احتمال گمراهی مصرف‌کنندگان وجود دارد.

۱-۳- پیشینه و منابع تبلیغات مقایسه‌ای

تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان نوعی از تبلیغات تاریخچه‌ای طولانی دارد، اما به‌عنوان یک اصطلاح حقوقی، پدیده نسبتاً جدیدی است. مقرراتی در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای تا قبل از سال ۱۹۷۰ تدوین نشده بود، چراکه از آن به‌عنوان مسئله‌ی مربوط به رقبا یاد می‌شد و تصور می‌شد که قوانین مربوط به حقوق رقابت حمایت کافی را در این زمینه ارائه می‌دهند.

نبود مقررات مشخص در عمل منجر به ممنوعیت شده و به‌طور کلی تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان یک عمل غیرقانونی در بازار قلمداد می‌شد. رویه محاکم آمریکایی برای اولین بار نشان داد که تبلیغات مقایسه‌ای یک فعالیت پیچیده و دشوار است که نیاز به تخصص زیادی دارد. (Miskolczi, 2004: 28) در سال ۱۹۷۹ کمیسیون تجارت فدرال «بیانیه سیاست‌های انتخابی پیرامون تبلیغات مقایسه‌ای» را منتشر کرد. این کمیسیون اظهار داشت تبلیغات مقایسه‌ای (و حتی مقایسه برندها) زمانی که مقایسه کاملاً مشخص، مطابق حقیقت و غیرفریبنده است، می‌تواند به‌عنوان منبع مهمی از اطلاعات برای مصرف‌کنندگان به‌شمار آید و آن‌ها را در اتخاذ تصمیم منطقی برای خرید یاری سازد. همچنین کمیسیون مزبور در راستای استقبال از تبلیغات مقایسه‌ای این را هم اضافه کرد که تبلیغات بی‌اعتبارکننده یعنی تبلیغاتی که جنبه تهاجمی دارد، محصولات رقیب را کوچک می‌شمرد یا به هر نحو مورد انتقاد قرار می‌دهد تا وقتی که مطابق واقع است و فریبنده نیست، مجاز است. (E. Villafranco, 2010: 1)

زمانی که تبلیغات مقایسه‌ای در ایالات متحده به‌خوبی شناخته و به‌عنوان گونه‌ای قابل قبول از تبلیغات پذیرفته شده بود، اروپا در این خصوص هنوز دچار اختلاف نظر بود و در دهه هفتاد اختلاف معناداری در این زمینه وجود داشت. اکثر کشورهای اروپایی به مدت طولانی ضد چنین تبلیغاتی بوده، و این نوع تبلیغات را به‌عنوان یک عمل تجاری فنی‌نفسه

غیرمنصفانه تلقی می‌کردند. تبلیغات مقایسه‌ای در اکثر کشورهای اروپایی بسیار چالش برانگیز و پرخطر به حساب می‌آمد. این نوع تبلیغات بدون برخورداری از هنجارهای قانونی خاص و براساس قواعد عمومی ناظر بر حقوق رقابت غیرمنصفانه، ممنوع شمرده می‌شد. (Miskolczi, 2004: 29) در اتحادیه اروپا اولین مصوبه پیرامون تبلیغات، دستورالعمل تبلیغات گمراه‌کننده مصوب ۱۹۷۸ است که صرفاً تضمین‌کننده این بود که تبلیغات مصرف‌کنندگان را گمراه نماید. در ابتدا ماده چهارم دستورالعمل تبلیغات گمراه‌کننده، تبلیغات مقایسه‌ای را مجاز می‌دانست. هرچند پارلمان اروپا از این دستورالعمل حمایت کرد، اما یکی از کشورهای عضو با تبلیغات مقایسه‌ای مخالفت نمود و کمیسیون این موضوع را از دستورالعمل مزبور حذف کرد. (M. Kirmani, 1996: 203) تا اینکه به تدریج برخی کشورها اقدام به وضع مقررات نمودند و سپس کمیسیون اروپایی با تصویب دستورالعملی به مشکلات زیادی در این زمینه خاتمه داد. (Miskolczi, 2004: 29) ^۱

در ادامه به وضعیت تقنینی در اتحادیه اروپا و سپس حقوق ایران خواهیم پرداخت. هرچند در قوانین و مقررات ایران با صراحت به تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته نشده، اما تلاش شده است کلیه موادی که به نحوی در این خصوص قابل استفاده بوده‌اند مورد اشاره قرار گیرد.

۱-۳-۱- دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

در سیر تاریخی اتحادیه اروپا دستورالعمل‌های متعددی مرتبط با تبلیغات و تبلیغات مقایسه‌ای وجود دارد که در ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرد؛ دستورالعمل EEC / 84/450 مورخ ۱۰ سپتامبر ۱۹۸۴ با عنوان تقریب قوانین، قواعد و مقررات اداری کشورهای عضو در خصوص تبلیغات گمراه‌کننده تصویب شد. ^۲

۱. در خصوص تبلیغات اینترنتی نیز اتحادیه اروپا و آمریکا، رویکردهای متفاوتی را اتخاذ نمودند. موضع ایالات متحده حمایت از طرفداران کسب و کار است و به دلیل عدم وجود یک برنامه نظارتی جامع، عمدتاً مبتنی بر قواعد خود تنظیمی صنعت است. سیاست اتحادیه اروپا ضرورت حمایت از مصرف‌کنندگان در مقابل شیوه‌های تجاری تهاجمی را تصدیق و به‌طور

هم زمان به ایجاد اعتماد و اطمینان نسبت به منابع اطلاعات اینترنتی می‌پردازد. (Berns Wright & Morgan, 2002: 23)

2. Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising.

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۱۷

هدف این دستورالعمل حمایت از مصرف‌کنندگان و اشخاصی است که در تجارت یا کسب و کاری فعالیت می‌کنند یا به تمرین مهارت یا حرفه‌ای می‌پردازند. به‌طور کلی می‌توان قائل به این بود که هدف نهایی دستورالعمل مزبور حمایت از منافع عموم در برابر تبلیغات گمراه‌کننده و عواقب ناعادلانه آن بوده است.

با تصویب دستورالعمل 97/55/EC کمیسیون اروپا درباره تبلیغات مقایسه‌ای مورخ ۶ اکتبر ۱۹۹۷ دستورالعمل EEC / 84/450 اصلاح می‌شود، به‌نحوی که شامل تبلیغات مقایسه‌ای نیز بشود.^۱

دستورالعمل 2005/29/EC با عنوان اقدامات تجاری ناعادلانه^۲ نیز اصلاحیه دیگری بر دستورالعمل مزبور به‌شمار می‌آید. در نهایت مورخ 12/12/2006 با تصویب دستورالعمل 2006/114/EC در خصوص تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای، دستورالعمل EEC / 84/450 لغو شد.

دستورالعمل EC/95/2008 نیز با هدف نزدیک کردن قوانین مربوط به علائم تجاری کشورهای عضو مورخ ۲۲ اکتبر ۲۰۰۸ تصویب شد.^۳

دستورالعمل 1289/2008^۴ درمورد اصول مربوط به دفترچه راهنما و تبلیغات در تاریخ 12 دسامبر ۲۰۰۸ به تصویب رسید که همچنان لازم‌الاجراست و به قوت خود باقی است.

مقرره (EU) 2016/301^۵، در ماده ۱ خود بیان می‌دارد، یکی از موضوعاتی که برایش

1. Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising.

2. Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive').

۳. در حال حاضر دستورالعمل 97/55/EC (که اصلاحیه دستورالعمل EEC / 84/450) به‌شمار می‌آید و دو دستورالعمل 2006/114/EC و 2008/95/EC لازم‌الاجرا محسوب می‌شوند.

۴. این دستورالعمل اصلاحیه Regulation (EC) No 809/2004 محسوب می‌شود که مورخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۴ در مورد اطلاعات موجود در دفترچه راهنماهای تبلیغاتی و ظاهر آن‌ها، انتشار دفترچه راهنما و تبلیغات به تصویب رسیده است. لازم به ذکر است اصلاحیه مذکور طی آیین‌نامه 2015/1604 کمیسیون واگذاری مقررات اتحادیه اروپا (مورخ ۱۲ ژوئن ۲۰۱۵)، تمدید شده است.

۵. مصوبه (EU) 2016/301 مصوب ۳۰ نوامبر ۲۰۱۵ در راستای تنظیم استانداردهای فنی برای تصویب و انتشار دفترچه راهنما و انتشار تبلیغات و اصلاح مقررات (EC) شماره 2004/809 است.

اقدام به تنظیم استاندارد فنی می‌شود، انتشار آگهی‌های مندرج در ماده ۱۵ دستورالعمل ECY/۲۰۰۳^۱ است.

۱-۳-۲- حقوق ایران

در قانون تجارت الکترونیکی ایران علی‌رغم پیش‌بینی فصلی تحت عنوان «در قواعد تبلیغ» به مقوله تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته نشده است. اما در سایر مصوبات عمدتاً به صورت غیرصریح و پراکنده موادی وجود دارد که در آن‌ها به عباراتی چون ممنوعیت «بی‌ارزش یا فاقد اعتبار یا نازل جلوه دادن خدمات و کالاهای دیگران» و ممنوعیت «نفی کالا و خدمات مشابه دیگران تلویحاً یا تصریحاً» بسنده شده است. این مواد در ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرد:

الف- در قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی در قسمت اول از بند «ه» ماده ۴۵ اظهارات گمراه‌کننده به‌عنوان یکی از مواردی که منجر به اخلال در رقابت می‌شود برشمرده و ممنوع اعلام شده است. بند مزبور در تعریف اظهارات گمراه‌کننده بیان می‌دارد: «هر اظهار شفاهی، کتبی یا هر عملی که کالا یا خدمت را به صورت غیر واقعی با کیفیت، مقدار، درجه، وصف، مدل یا استاندارد خاص نشان دهد و یا کالا و یا خدمت رقبا را نازل جلوه دهد.»

هرچند بند مزبور در تعریف اظهارات گمراه‌کننده آمده است، ولی به نظر می‌رسد بتوان قسمت ابتدایی عبارت را ناظر به تبلیغات گمراه‌کننده دانست و از آنجا که قسمت انتهایی جمله، به کالا و خدمت رقبا اشاره دارد، می‌توان قسمت دوم را برای استخراج ملاک‌هایی در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای مورد استفاده قرار داد.

ب- ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ حق استفاده انحصاری از یک علامت را مختص کسی می‌داند که آن علامت را طبق مقررات این

۱. دستورالعمل EC/۷۸/۲۰۰۳ پارلمان و شورای اروپا مورخ ۴ نوامبر ۲۰۰۳ در خصوص دفترچه راهنمایی که باید در صورت پیشنهاد تضامین به عموم منتشر شود، تصویب شد.

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۱۹

قانون به ثبت رسانده باشد. در ماده ۴۰ این قانون آمده است، استفاده از هر علامت که در ایران ثبت شده باشد، توسط هر شخص غیر از مالک علامت، مشروط به موافقت مالک آن است، و مالک علامت ثبت شده می‌تواند علیه هر شخصی که بدون موافقت وی از علامت استفاده کند و یا شخصی که مرتکب عملی شود که عادتاً منتهی به تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت شود،^۱ 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 خدمات مشابه، موجب گمراهی عموم می‌شود.

ج- ماده ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸ مقرر می‌دارد: «تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده از جمله از طریق وسایل ارتباط جمعی، رسانه‌های گروهی و برگه‌های تبلیغاتی شود ممنوع است.» بند (و) از ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان «بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دادن خدمات و کالاهای دیگران»، به‌عنوان یکی از مصادیق تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست برشمرده شده است.

د- بند پ ماده ۱۲ آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی به یکی از نکاتی که سازمان‌های تبلیغاتی و مؤسسات انتشار دهنده آگهی در تنظیم آگهی‌های تبلیغاتی خود مکلف به رعایت آن هستند، اشاره می‌کند. وفق این بند «آگهی‌های تبلیغاتی نباید خدمات یا کالاهای دیگران را بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دهد.»

ه- در ماده ۱۱ از متن پیش‌نویس لایحه تبلیغات بازرگانی جمهوری اسلامی ایران^۲ آمده است: «تبلیغات نباید از طریق مقایسه یا از هر طریق دیگر خدمات یا کالاهای دیگران را بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دهد.»^۳ آخاطرنشان می‌شود پیش‌نویس مزبور تنها متنی است که

۱. وفق ماده ۶۰ از قانون مزبور نقض حقوق مندرج در این قانون، عبارت است از معنای انجام هرگونه فعالیت در ایران که توسط اشخاصی غیر از مالک حقوق تحت حمایت این قانون و بدون موافقت او انجام می‌گیرد.

۲. لازم به ذکر است پیش‌نویس لایحه قانون تبلیغات در کمیسیون لوایح دولت در حال بررسی است تا پس از نهایی شدن در قالب لایحه به مجلس تقدیم شود.

3. See: <https://press.farhang.gov.ir/fa/news/122337>.

با صراحت به موضوع تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته است، گرچه هنوز در حال بررسی است و مراحل مقدماتی خود را طی می‌نماید.

و- از میان دستورالعمل‌ها، به دو مورد که به نوعی به تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته‌اند، اشاره می‌کنیم؛
۱. در بند دوم از ماده ۳ دستورالعمل اجرایی تبلیغات شهری (محیطی)، آمده است:
«در آگهی یک کالا و یا خدمات خاص نباید تلویحاً و یا تصریحاً کالا و خدمت مشابه دیگری نفی شود.»

۲. اصل ۹ دستورالعمل و مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی، نیز مقرر می‌دارد: «در آگهی یک کالا و یا خدمات 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.»

در هر دو دستورالعمل نفی کالا یا خدمات مشابه دیگری به‌طور صریح یا تلویحی ممنوع شده است. البته در انتهای ماده مربوطه از دستورالعمل و مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی برای اولین بار به لفظ «مقایسه» نیز اشاره و تلاش برای اثبات موضوع آگهی در مقایسه با دیگر کالاها و خدمات نیز ممنوع شده است. خاطر نشان می‌شود دستورالعمل‌های مزبور، دستورالعمل‌هایی داخلی به شمار رفته و از حیث حقوقی برای عموم لازم‌الاجرا نیستند.

ز- قواعد عام مسئولیت مدنی و قوانین مربوط به رقابت ناعادلانه همچون ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی نیز قابل استفاده هستند. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد، مسئول جبران آن است ...». ماده ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس که دولت ایران نیز بدان ملحق شده است، مقرر می‌دارد:

۱- کشورهای عضو اتحادیه مکلف‌اند حمایت واقعی اتباع اتحادیه را در مقابل رقابت نامشروع (رقابت مکارانه) تأمین کنند؛

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۲۱

۲- هر رقابتی که برخلاف معمول شرافتمندانه صنعت یا تجارت انجام گیرد رقابت نامشروع تلقی می‌شود؛

۳- اعمال زیر مخصوصاً باید ممنوع شوند:

اولاً- هر عملی که ایجاد اشتباه به نحوی از انحاء با مؤسسه یا محصولات یا فعالیت صنعتی یا تجارتی رقیب بنماید؛

ثانیاً- اظهارات خلاف واقع در کار تجارت به نحوی که اعتبار مؤسسه یا محصولات یا فعالیت صنعتی یا تجارتی رقیب را از بین ببرد؛

ثالثاً- مشخصات یا اظهاراتی که به کار بردن آن در بازرگانی موجب اشتباه عامه راجع به ماهیت، طرز ساخت، صفات ممیزه جنس - قابلیت استعمال و یا کمیت کالا شود.

همان‌طور که دیده شد، متأسفانه نظام حقوقی ایران در زمینه تبلیغات به‌طور کلی، و تبلیغات مقایسه‌ای به‌طور خاص از انسجام کافی برخوردار نیست. مصوبات پراکنده که هر یک اشاره‌ای گذرا و عمدتاً غیرصریح به موضوع داشته‌اند، وضعیت را پیچیده‌تر نیز نموده‌اند. به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت حوزه مورد بحث و افزایش رو به رشد و توسعه همه‌جانبه مقوله تبلیغات و تبلیغات مقایسه‌ای از یک سو و آثار غیرقابل انکار آن بر مصرف‌کنندگان و سایر رقبا و صاحبان حقوق از سوی دیگر، تدوین قانون جامع تبلیغات امری ضروری است.

۲- گفتار دوم؛ کارکرد تبلیغات مقایسه‌ای

تبلیغات مقایسه‌ای باید این امکان را به آگهی‌دهندگان بدهد تا بتوانند بی‌طرفانه مزایای محصولاتشان را به نمایش بگذارند. تبلیغات مقایسه‌ای کیفیت اطلاعات در دسترس مصرف‌کنندگان را ارتقا داده و این امکان را به آن‌ها می‌دهد که با مشاهده امتیازات محصولات مختلف بتوانند انتخاب‌های آگاهانه و در نتیجه کارآمدتری داشته باشند. البته این گفته تنها زمانی صادق است که تبلیغات مقایسه‌ای منصفانه باشد. تبلیغات مقایسه‌ای که قصد دارد به صورت عینی و درست به مصرف‌کننده اطلاع دهد، منجر به شفافیت بازار خواهد شد. شفافیت بازار نیز به نفع عمومی است؛ زیرا عملکرد رقابت را ارتقا داده و به کاهش

قیمت‌ها و بهبود محصولات خواهد انجامید. در نهایت اینکه تبلیغات مقایسه‌ای می‌تواند رقابت بین تأمین‌کنندگان کالا و خدمات را به نفع مصرف‌کننده تقویت کند. (Miskolczi, 2004: 25)

۲-۱- معایب تبلیغات مقایسه‌ای

مقایسه بین کالاها یا خدمات معایب مهمی را می‌تواند به همراه داشته باشد. این خطر وجود دارد که زمانی که به قیاس در خصوص کالاها یا خدمات رقیب پرداخته می‌شود، وسوسه شوند که یا آن‌ها را بدنام کرده و یا با مقایسه‌هایی غیرمنصفانه امتیازات نادرستی برای خود قائل شوند. درست مثل تبلیغات غیرمقایسه‌ای، تبلیغات مقایسه‌ای هم تلاش دارد که هم به رشد و پیشرفت ذی‌نفع تبلیغ کمک کند و هم مصرف‌کنندگان را آگاه کند. اگرچه هر دو نوع تبلیغات تلاش در جذب مصرف‌کنندگان دارند، اما در تبلیغات مقایسه‌ای، روابط تجاری ممکن است همواره در معرض تهدید رویه‌های غیرمنصفانه قرار گیرند، (Miskolczi, 2004: 26) یا با ارائه اطلاعات ناقص یا نادرست باعث سردرگمی یا گمراهی مصرف‌کنندگان در خصوص اطلاعات محصولات و مبدأ کالاها و خدمات یا نقض حقوق علامت تجاری رقیب شوند.

علاوه بر فرض مربوط به تهدید توسط رویه‌های غیرمنصفانه، مواردی همچون سوءاستفاده از اعتبار علائم تجاری رقیب و ماهیت بالقوه گمراه‌کننده تبلیغات مقایسه‌ای در ذیل شرح داده می‌شود.

۲-۱-۱- سوءاستفاده از اعتبار علائم تجاری رقیب

از آنجا که اعتبار مربوط به شهرت علائم تجاری ممکن است از لحاظ اقتصادی مورد سوءاستفاده واقع شود، مالکان علائم تجاری باید از حیث حقوقی امکان مقابله با ناقضان حقوق خود را داشته باشند. به نظر می‌رسد تفاوت فاحشی بین مقایسه صحیح و مقایسه نادرست وجود دارد. اظهارات خلاف واقع و نادرست همان‌طور که مصالح رقیب را تحت تأثیر قرار می‌دهد بر مصالح مصرف‌کننده و مصالح صاحبان انحصاری حق نیز اثر منفی گذاشته و حتا ممکن است باعث کاهش ارزش علامت تجاری مالک شود.

۱. تبلیغات مقایسه‌ای نباید موجب بی‌اعتباری علائم و نام‌های تجاری رقیب شود یا تقلید و کپی‌برداری از کالاها یا خدماتی باشند که نام و یا علامت جاری ثبت شده دارند و باعث سردرگمی بین محصولات رقیب شود. (Bojinka, 2009: 1-2)

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۲۳

در چنین مواردی وضعیت رقیب و صاحب انحصاری حق مشابه هم است و مقایسه نادرست موجب ایجاد آسیب برای هر دوی آن‌ها می‌شود. حتا اظهارات صحیح هم بعضاً می‌تواند برای یک صاحب انحصاری حق غیرقانونی قلمداد شود. هرچند در این حالت نفس تبلیغات مقایسه‌ای بر اعتبار رقیب تأثیری نمی‌گذارد، اما استفاده زیاد از علامت تجاری آن می‌تواند غیرمنصفانه تلقی شود. بدین ترتیب حتا یک تبلیغ درست و بی‌طرفانه ممکن است هنگامی که با انتساب کیفیت‌های شناخته شده رقیب به محصولات خود از شهرت رقیب سوءاستفاده کند، غیرمنصفانه انگاشته شود. بهره‌برداری از شهرت رقیب زمانی قابل قبول است که شفافیت بازار را افزایش داده و در ساختار و محتوا به اندازه‌ای که برای نیل این هدف ضرورت دارد، محدود شود. ازاین‌رو، یک شرکت باید از اشاره به رقبایش برای استفاه از علائم تجاری آن‌ها اجتناب نماید، مگر در موردی که کاملاً ضرورت داشته باشد. علت چنین محدودیتی آن است که آگهی‌دهنده این حس را القاء می‌کند که او نه برای کالای خود بلکه برای کالای صاحب علامت تجاری تبلیغ می‌کند. استفاده از علامت تجاری شخص ثالث می‌تواند عوام را در مورد ارتباط موجود مابین آگهی‌دهنده و مالک علامت تجاری به اشتباه بیندازد. آگهی‌دهنده به یک علامت تجاری شناخته شده یا یک علامت متمایز رجوع می‌کند تا از شهرت آن استفاده کرده و طوری از محصول خود حمایت کرده که گویی به همان خوبی است. در این فرض دو محصول با هم مقایسه نمی‌شوند، بلکه طوری توصیف می‌شوند که هردو به یک اندازه خوب‌اند. هنگامی که رجوع به علامت تجاری دیگری با کلماتی «سبک»، «نوع»، «گونه»، و امثال آن‌ها ترکیب شود، بیم آن می‌رود که موجب سردرگمی شود؛ چراکه عموم افراد چنین کلماتی را در نظر نمی‌گیرند. در مورد استفاده از علائم تجاری در تبلیغات مقایسه‌ای، اجازه داده نمی‌شود که با همانندسازی از شهرت آن‌ها سوءاستفاده شود. اگر آگهی‌دهنده سعی کند کیفیت محصولات خود را با سایر محصولات شناخته شده مقایسه کند تا از موقعیت و اعتبارشان سود برد، این امر مغایر با سیاست‌ها و اصول عمومی حاکم بر این نوع از تبلیغات قلمداد می‌شود. در تبلیغات مقایسه‌ای به این نوع استفاده غیرمنصفانه از علائم تجاری «parasitism» (انگل‌گونه) گفته می‌شود که به معنای سوءاستفاده از نام و شهرت دیگران است. تبلیغات به اصطلاح «انگلی» بدون هیچ‌گونه محدودیتی از خوش‌نامی محصول رقیب یا غیررقیب، سود می‌برد. (Miskolczi, 2004: 26-27)

در نهایت خاطر نشان می‌شود، به‌طور کلی در هر حال جز در موارد سوء استفاده از علامت تجاری رقیب، در سایر موارد ممنوعیتی در این زمینه وجود ندارد. برای تأثیرگذاری تبلیغات مقایسه‌ای و مشخص کردن کالاها یا خدمات مورد قیاس، بعضاً ممکن است اشاره به یک علامت یا اسم تجاری لازم باشد. چنین اشاره‌ای ناقض حقوق انحصاری مالک نخواهد بود. این نوع تبلیغات برای برجسته کردن مزایای کالا یا خدمات تبلیغ‌کننده طراحی شده و معمولاً به دنبال آن است که محصولات تبلیغ‌کننده را ارزان‌تر، سریع‌تر، مناسب‌تر و با کیفیت بالاتر نسبت به کالا یا خدمات رقیب معرفی کند. (Ilnu, 2013: 6) در این نوع از تبلیغات به‌طور خاص دو یا چند علامت تجاری شناخته شده از دسته‌ای یکسان از کالاها یا خدمات با هم قیاس می‌شود و بعضاً این مقایسه از چند بُعد صورت می‌گیرد. (Wilkie & Farris, 1975: 7)

طبق ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی و علائم تجاری حق استفاده انحصاری از یک علامت به کسی اختصاص دارد که آن علامت را طبق مقررات این قانون به ثبت رسانده باشد، باید توجه داشت این ماده ناقض استفاده منصفانه از علائم تجاری در تبلیغات مقایسه‌ای نیست چراکه قاعده‌تاً در ماده مزبور «استفاده به منظور قیاس» مدنظر مقنن نبوده است، بلکه استفاده گمراه‌کننده یا سوء استفاده از علامت رقیب برای تحصیل منفعت (از طریق انتساب علامت به خود و امثال آن) ممنوع شده است.

تفسیر مخالف نه تنها باعث ممنوعیت انواع تبلیغات مقایسه‌ای (صریح و ضمنی) در حقوق داخلی می‌شود و مغایر با اصول قانونی حمایت از مصرف‌کننده است، بلکه با سایر موارد مندرج در قوانین موضوعه از جمله ماده ۴۵ قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی نیز قابل جمع نیست.^۱

۱. در متون فقهی نگاشته‌ای در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای وجود ندارد، اما می‌توان از میان اصول کلی حاکم بر فقه امامیه حکم مسئله را استنباط نمود. از جمله اصول و قواعد کلی‌ای که در فقه امامیه در هنگام تردید در مشروعیت امری به آن تمسک می‌شود، اصل اباحه و حلیت است. این قاعده هرگونه تضارف انسان را مباح می‌داند مگر اینکه حرمت و منع آن ثابت شود. پس نمی‌توان هیچ چیزی را بدون دلیل حرام شمرد. (علی رضوی، محمد رضوی و صائمی، ۱۳۹۷: ۱۸)

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۲۵

تا آنجا که در ماده ۵۱ از این قانون با صراحت بیان می‌دارد: «حقوق و امتیازات انحصاری ناشی از مالکیت فکری نباید موجب نقض مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون شود؛ و در صورت تخلف به شورای رقابت اختیار داده شده است اقدامات و تصمیمات مقتضی را اتخاذ نمایند. مؤید این نظر، عبارت مندرج در ماده ۴۰ قانون ثبت اختراعات، است که «تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت» را شامل موارد استفاده از علامتی می‌داند که شبیه علامت ثبت شده است و استفاده از آن برای کالا یا خدمات مشابه، موجب گمراهی عموم شود، درحالی که رویکرد شخص آگهی‌دهنده در تبلیغات مقایسه‌ای قیاس محصول خود با محصول رقیب است.^۱

۲-۱-۲- ماهیت بالقوه گمراه‌کننده تبلیغات مقایسه‌ای

خطر اصلی برای مصرف‌کنندگان، ماهیت گمراه‌کنندگی بالقوه تبلیغات مقایسه‌ای است.

طبق ماده ۲ (۲) دستورالعمل ۴۵۰/۸۴ یک تبلیغ زمانی گمراه‌کننده است که در معرفی خود به نحوی مخاطبان خود را فریب دهد یا احتمال برود که فریب دهد و یا به همین دلایل به یک رقیب آسیب برساند یا احتمال آسیب رسانیدن وجود داشته باشد. این که یک تبلیغات مقایسه‌ای گمراه‌کننده است یا نه بستگی به درک عموم مخاطبینش دارد. ملاک این است که

۱. در تأیید این نظر نکاتی مطرح شده است؛ اول اینکه، استفاده از علامت تجاری رقیب در تبلیغات به منظور تحقق امکان مقایسه میان کالا و خدمت تبلیغ‌کننده و کالا و خدمت رقیب از ملزومات حفظ و ترویج رقابت مؤثر است؛ دوم اینکه، مالکیت علامت تجاری نباید به دارنده آن مزایای ناعادلانه اعطا نماید تا مانع استفاده اشخاص با حسن‌نیتی شود که به‌صورت منصفانه از آن برای اشاره به مبدأ کالا و خدمت بهره می‌برند؛ سوم اینکه، اعطای چنین حقوق انحصاری به مالک علامت تجاری در درجه اول مصرف‌کننده را از اطلاعات مفید بازار محروم می‌نماید و در درجه دوم حق سایر اشخاص را در استفاده از این علامت از بین می‌برد و در درجه سوم اگر تنها راه حفظ و ترویج رقابت مؤثر استفاده از علامت تجاری غیر برای اشاره به کالا و خدمت ارائه شده توسط ایشان باشد با محروم نمودن ایشان از چنین حقی رقابت در بازار از بین می‌رود؛ و چهارم اینکه، تبلیغات مقایسه‌ای مصداق بارزی از آزادی بیان است که به اشخاص ثالث و رقیب این اختیار را می‌دهد تا از علائم تجاری دیگران استفاده نمایند و با مقایسه محصول خود و محصولات رقیب و پر رنگ نمودن تفاوت‌های آن‌ها، خریداران بالقوه را در طی طریق انتخاب آگاهانه یاری کند. (حبیب‌ا و محبی‌فرد، ۱۳۹۴: ۶۴)

۲. در همین راستا در قوانین و مقررات مختلف شرایطی پیش‌بینی شده است که دیگران بتوانند 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 به‌عنوان استفاده منصفانه شناخته شده در برخی از کشورها نظیر آمریکا با استقبال فراوانی از سوی بنگاه‌های تبلیغاتی رویه‌رو شده است. (Aitkeni, 2005: 6) به نقل از: بختیاروند و آقامحمدی، ۱۳۹۴: ۱۰۸)

یک مصرف‌کننده متعارف، به خوبی آگاه شود. تبلیغات مقایسه‌ای زمانی گمراه‌کننده و بنابراین ممنوع خواهد بود که بخشی از عموم مخاطبینش^۱ - متشکل از مصرف‌کنندگانی که به اندازه کافی و به خوبی مطلع شده‌اند - گمراه شوند. (Miskolczi, 2004: 28)

به‌طور کلی، معایب زیر نیز برای استفاده از تبلیغات مقایسه‌ای بیان شده است:

- ۱- تولید اطلاعات اضافی، جنجال بی‌مورد و دادن اطلاعات نادرست به مصرف‌کننده؛
- ۲- به اشتباه انداختن مخاطبان در حوزه نام تجاری؛
- ۳- اینکه ممکن است مصرف‌کنندگان تبلیغات را به‌عنوان رفتارهای ناشایست تلقی کنند؛
- ۴- این نوع از تبلیغات می‌تواند منجر به رقابت‌های خشن و غیرمنصفانه شود؛
- ۵- برندهای کمتر شناخته شده بیشتر می‌توانند از این استراتژی بهره‌مند شوند (منظور شرکت‌های ضعیفی است که برندهای برجسته بازار را هدف قرار می‌دهند)؛
- ۶- به‌طور کلی این نوع از تبلیغات می‌تواند باعث کاهش اعتبار تبلیغات و افزایش شک و تردید و خشم مصرف‌کنندگان شود؛
- ۷- افزایش شدت تبلیغات، میزان باورپذیری مصرف‌کننده را کاهش و مشاجرات متعارض را افزایش می‌دهد؛
- ۸- تبلیغات مقایسه‌ای ممکن است رقابت در قیمت را کم کند و منجر به افزایش قیمت‌ها شود زیرا این نوع از تبلیغات باعث افزایش تمایز محصولات می‌شود؛
- ۹- همچنین می‌تواند در مصرف‌کننده نسبت به تبلیغات سنتی نگرش منفی ایجاد کند.

(Williams & Robert, 2013: 51-52)

۱. عبارت بخش مشخصی از عموم جامعه در دستورالعمل به‌کار نرفته است، اما حقوق دول عضو یا رویه محاکم گمراهی بیشتر از یک مصرف‌کننده را لازم می‌دانند: بین ۱۰ تا ۱۵ درصد از عموم مخاطبین در حقوق سوئیس، یا نسبت «a Substantial Proportion» از مخاطبین متعارف در حقوق انگلیس به‌عنوان معیار تشخیص گمراه‌کنندگی تلقی شده است.

۲-۲- مزایای تبلیغات مقایسه‌ای

تبلیغات مقایسه‌ای می‌تواند راهی مؤثر برای ورود برندهای جدید به بازار و راه به دست آوردن سهم از دست رفته بازار برای برندهای قدیمی‌تر به‌شمار آید. (Williams & Robert, 2013: 47) در تبلیغات مقایسه‌ای همان‌طور که به مصالح مصرف‌کنندگان توجه می‌شود، مصالح رقبا، صاحبان انحصاری حق و بدین ترتیب مصالح عموم افراد در نظر گرفته می‌شود.

در اعلامیه کمیسیون تجارت فدرال چنین آمده است: «تبلیغات مقایسه‌ای، هنگامی که صادقانه و غیرگمراه‌کننده باشد، به‌عنوان منبع اطلاعاتی مهمی برای مصرف‌کنندگان به‌کار می‌رود و به آن‌ها در تصمیم‌گیری منطقی برای خرید کمک می‌نماید و می‌تواند باعث افزایش کیفیت محصولات، نوآوری و کاهش قیمت در محصولات شود. به همین علت، کمیسیون با توجه به کاربردهای متعدد تبلیغات مقایسه‌ای، محدودیت‌های این حوزه را محتاطانه بررسی می‌کند.»^۱

مصالحی که توسط قانون دفاع می‌شود و در تبلیغات مقایسه‌ای باید مورد توجه قرار گیرد، شامل موارد زیر است: حمایت از رقبا و صاحبان انحصاری حق، حمایت از مصرف‌کنندگان و حمایت از مصالح عموم افراد. همچنین فراهم ساختن یک تبلیغ رایگان برای رقیب را می‌توان از محاسن تبلیغات مقایسه‌ای نامید، با این حال مهم آن است که به‌علت ویژگی‌های خاص تبلیغات مقایسه‌ای (اشاره مستقیم یا غیرمستقیم در تبلیغات به سایرین) و به‌منظور جلوگیری از بدگویی، به‌خوبی از مصالح چنین رقابلی حمایت شود. این ملاحظه، اعمال قوانین کلی مربوط به رقابت ناعادلانه را - هر کجا که لازم باشد- برای جلوگیری از سوءاستفاده از اعتبار رقیب و یا تحقیر رقبا توجیه می‌نماید.

در یک بررسی جامع مزایای زیر برای استفاده از تبلیغات مقایسه‌ای بیان شده است:

۱- تبلیغات مقایسه‌ای اطلاعات بیشتری در مورد برندها، محصولات موجود و قیمت‌ها را ارائه می‌دهد؛ به عبارت دیگر مصرف‌کننده را آموزش می‌دهد؛

۱. خاطرنشان می‌شود، کمیسیون از استفاده از مقایسه علامت تجاری زمانی که مبنای مقایسه به‌وضوح شناسایی شده است، حمایت کرده است.

۲- به رقیبی که ممکن است موقعیت نامعلومی در بازار دارد کمک می‌کند تا موقعیتی نزدیک به یک نام تجاری شناخته شده و مورد احترام پیدا کند؛

۳- سردرگمی مخاطبان را در مورد ویژگی‌های مهم کاهش می‌دهد؛

۴- برای شخصی که کالا یا خدماتش را با دیگری مقایسه می‌کند، ایجاد اعتماد به نفس می‌نماید؛

۵- ارتقای فرصت رقابت و تولید؛

۶- تحریک خرید بر مبنای مقایسه، بهره‌گیری از فاکتور نوآوری، کمک به تمایز محصول و برند؛

۷- ایجاد استراتژی مناسب برای صنایعی که به‌کندی رشد می‌کنند؛

۸- تأثیر در تثبیت موقعیت محصول از دیگر مزایای این نوع از تبلیغات به‌شمار می‌رود.

(Williams & Robert, 2013: 50)

صرف نظر از معایب و مزایای متعددی برای تبلیغات مقایسه‌ای متصور است، استفاده از این نوع از تبلیغات (به‌طور صریح یا ضمنی) به شدت روبه افزایش است. با عنایت به مزایای مهم تبلیغات مقایسه‌ای اینکه به‌طور کلی قائل به ممنوعیت این نوع از تبلیغات باشیم، غیرمنطقی و غیرعملی است؛ از سوی دیگر با توجه به معایب مهم آن، آزاد گذاشتن مطلق نیز توالی فاسد گسترده‌ای در پی خواهد داشت. لذا لاجرم نظام حقوقی ما نیز باید با تدوین قوانین متناسب چارچوبی ترسیم و ضوابط و شرایط لازم‌الرعایه در این نوع از تبلیغات را مشخص نماید.

نتیجه‌گیری

۱- اینکه یک تبلیغات مقایسه‌ای گمراه‌کننده است یا نه بستگی به درک عموم مخاطبین دارد. ملاک این است که مصرف‌کننده متعارف، به‌خوبی آگاه شود. به نظر می‌رسد توجه به تفاوت‌های فرهنگی موجود در کشورهای مختلف در این زمینه از اهمیت به‌سزایی برخوردار باشد.

۲- بهتر است مفهوم گسترده‌ای از تبلیغات مقایسه‌ای برای پوشش همه انواع تبلیغات مقایسه‌ای ارائه شود. تبلیغات مقایسه‌ای، هنگامی که صادقانه و غیرگمراه‌کننده باشد، به‌عنوان منبع اطلاعاتی مهمی برای مصرف‌کنندگان به‌کار می‌رود و به آن‌ها در تصمیم‌گیری منطقی

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۲۹

برای خرید کمک می‌نماید و می‌تواند باعث افزایش کیفیت محصولات، نوآوری و کاهش قیمت در محصولات شود.

۳- تهدید توسط رویه‌های غیرمنصفانه، خطرات مربوط به سوءاستفاده از اعتبار علائم تجاری رقبا و ماهیت گمراه‌کنندگی بالقوه تبلیغات مقایسه‌ای در زمره خطرات تبلیغات مقایسه‌ای قرار می‌گیرد که می‌تواند علاوه بر منافع رقیب، مصالح مصرف‌کننده و مصالح صاحبان انحصاری حق را تحت تأثیر قرار دهد. در مقابل، تبلیغات مقایسه‌ای هنگامی که صادقانه و غیرگمراه‌کننده باشد، به‌عنوان منبع اطلاعاتی مهمی برای مصرف‌کنندگان به‌کار می‌رود و به آن‌ها در تصمیم‌گیری منطقی برای خرید کمک می‌نماید و می‌تواند باعث افزایش کیفیت محصولات، نوآوری و کاهش قیمت محصولات شود.

۴- به نظر می‌رسد منظور مقنن از عبارت «حق استفاده انحصاری از یک علامت» مندرج در ماده ۳۱ قانون ثبت اختراعات، «استفاده به‌منظور قیاس» نبوده است، بلکه استفاده گمراه‌کننده یا سوءاستفاده از علامت رقیب برای تحصیل منفعت (از طریق انتساب علامت به خود و غیره) ممنوع شده است. تفسیر مخالف نه تنها باعث ممنوعیت انواع تبلیغات مقایسه‌ای (صریح و ضمنی) در حقوق داخلی می‌شود و مغایر با اصول حمایت از مصرف‌کننده است، بلکه با سایر موارد مندرج در قوانین موضوعه از جمله ماده ۴۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی نیز قابل جمع نیست.

۵- از پرچالش‌ترین انواع تبلیغات مقایسه‌ای، قیاس قیمت‌هاست؛ بدین توضیح که اگر تفاوت در قیمت ناشی از این واقعیت باشد که محصول یا خدمات گران‌تر نیازهای بیشتری را برطرف کرده یا مزایای بیشتری دارد، صرف بیان قیمت پایین‌تر می‌تواند برای مصرف‌کننده گمراه‌کننده باشد. لذا در چنین قیاسی باید ملاحظات زیادی را در نظر گرفت.

۶- با دقت در متون عهدنامه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی ملاک و ضابطه‌ای در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای، بیش از آنچه در مصوبات داخلی مورد اشاره قرار گرفت، به دست نمی‌آید؛ ضمن اینکه در حقوق داخلی نیز مقرراتی که از عموم و اطلاق آن‌ها بتوان در

برابر رقابت نامشروع و غیرمنصفانه استفاده کرد، وجود دارد. در این خصوص می‌توان به مواد ۱ و ۸ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ اشاره کرد.

۷- در جامعه ما نیز همچون سایر جوامع و کشورها استفاده از تبلیغات مقایسه‌ای روبه افزایش است؛ با عنایت به مزایای مهم تبلیغات مقایسه‌ای اینکه به‌طورکلی قائل به ممنوعیت این نوع از تبلیغات باشیم، نامطلوب، غیرمنطقی و عملاً ناممکن است؛ از سوی دیگر با توجه به معایب مهم آن، آزاد گذاشتن مطلق نیز توالی فاسد گسترده‌ای در حوزه حقوق صاحبان حق، مصرف‌کنندگان و رقبا در پی خواهد داشت، تأثیرات نامطلوب اجتماعی، بی‌اعتمادی به هر نوع اطلاع‌رسانی و تبلیغات، ایجاد نگرش منفی در مخاطبان و کاهش باورپذیری ایشان از دیگر اثراتی است که نباید نادیده انگاشته شود. برای بهره‌گیری از مزایای نام‌برده و اجتناب از معایب و خطرات مطروح، باید با تدوین قوانین و مقررات چارچوبی ترسیم و شرایط و ضوابط لازم‌الرعایه و محدودیت‌های حاکم بر این نوع از تبلیغات را پیش‌بینی نمود، بدین ترتیب با رعایت ملاحظات قانونی، می‌توان به‌طورکلی قائل به آزادی تبلیغات مقایسه‌ای به‌عنوان یکی از گونه‌های تبلیغات بود.

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۳۱

کتاب‌نامه

الف- کتب و مقالات

الف-۱: فارسی

- اسماعیلی، محسن (۱۳۸۶)، تبلیغات بازرگانی: آثار، وضعیت حقوقی و بایسته‌های قانونگذاری، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- بختیاروند، مصطفی و اکرم آقامحمدی (۱۳۹۴)، «تبلیغات تجاری مقایسه‌ای»، دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۲، شماره ۸، صص ۹۷-۱۲۳.
- حبیبیا، سعید و سمانه محبی‌فرد (۱۳۹۴)، «استفاده منصفانه از علائم تجاری غیر در تبلیغات مقایسه‌ای»، مطالعات حقوقی. دوره ۷، شماره ۴، صص ۵۷-۹۱.
- حبیبیا، سعید و محمدهادی میرشمسی (۱۳۸۸)، «جایگاه قواعد حقوق رقابت در قراردادهای انتقال و اجازه بهره‌برداری از حقوق مالکیت صنعتی»، حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۱۴، صص ۲۵-۶۹.
- رضوی، سیدعلی؛ سید محمد رضوی و علی‌اصغر صائمی (۱۳۹۷)، «تبلیغات مقایسه‌ای در فقه اسلامی، حقوق ایران، فرانسه و اتحادیه اروپا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۱، صص ۱-۲۵.
- صادقی، محسن و صادق شمشیری (۱۳۹۳)، «مبانی حمایت از علامت تجاری از دیدگاه نظریه هزینه جستجوی مصرف‌کننده»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۷، شماره ۶۸، صص ۷۷-۱۰۵.
- محمد حسینی طرقی، مرتضی (۱۳۸۸)، «نقطه آغازین اجرا و حکومت قوانین و مقررات»، ماهنامه کانون، دوره ۲۲، شماره ۹۴، صص ۹۶-۱۲۱.

الف-۲: لاتین

- Bernitz, Ulf (2009). *The EC Directive on Comparative Advertising and its Implementation in the Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property*, Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law.

- Berns Wright, Linda & Fred W Morgan (2002). "Comparative Advertising in the European Union and the United States", *Journal of Euro Marketing*, Vol. 11, No. 3, pp. 7-31.
- Bojinca, Moise (2009). "The Concept of Comparative Advertising and Its Conditions of Legality" in: *Days of Law, The Conference Proceedings, 1.edition*, Czech: Masaryk University.
- C.Williams, Kaylene & Jr. Robert A. Page (2013). "Comparative Advertising as a Competitive Tool", *Journal of Marketing Development and Competitiveness*, Vol. 7, No. 4, pp. 47-62.
- E. Villafranco, John (2010). "The Law of Comparative Advertising in the United States", *IP Litigator January/February*, Vol. 16, No. 1, pp. 1-7.
- M. Kirmani, Samia (1996). "Cross-Border Comparative Advertising in the European Union", *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 11, No. 6, pp. 201-215.
- Miskolczi, Bodnár, Péter (2004). "Definition of Comparative Advertising. European Integration Studies", *European Integration Studies*, Vol. 3, No. 1, pp. 25-44.
- L. Wilkie, William & Paul W. Farris (1975). "Comparison Advertising: Problems and Potential", *Journal of Marketing*, Vol. 39, No. 4, pp. 7-15.

ب- اسناد بین المللی

- Commission Regulation (Ec) No 1289/2008 Of 12 December 2008 Amending Commission Regulation (Ec) No 809/2004 Implementing Directive 2003/71/Ec of The European Parliament and of The Council as Regards Elements Related to Prospectuses and Advertisements.
- Commission Staff Working Document Accompanying the 26th Annual Report from the Commission on Monitoring the Application of Community Law (2008) -Situation in the Different Sectors. Council of the European Union. Brussels, 1st February 2010.
- Commission Delegated Regulation (Eu) 2016/301 Of 30 November 2015 Supplementing Directive 2003/71/Ec of the European Parliament and of the Council With Regard to Regulatory Technical Standards for Approval and Publication of The Prospectus and Dissemination of Advertisements and Amending Commission Regulation (Ec) No 809/2004.
- Council Directive of 10 September 1984 Relating to the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Misleading Advertising (84/450/Eec).

مطالعه تطبیقی ماهیت تبلیغات مقایسه‌ای و ارزیابی آن... / اعتماد و دیگران ۲۳۳

- Directive 97/55/Ec of European Parliament and of the Council of 6 October 1997.
- Directive 2005/29/Ec of The European Parliament and of the Council of 11 May 2005 Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market.
- Directive 2003/71/Ec of The European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on The Prospectus to Be Published When Securities Are Offered to the Public or Admitted to Trading and Amending Directive 2001/34/Ec.
- Directive 2006/114/Ec of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006, Concerning Misleading and Comparative Advertising.
- Directive/95/2008/Ec of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks.
- Icc's Advertising And Marketing Communications Code. First Issue; 1937- Last Edition; 2018, International Chamber of Commerce (Icc).
- Statement of Policy Regarding Comparative Advertising of Federal Trade Commission for Protecting America's Consumers (F.T.C.).

ج- وبسایت‌های اینترنتی

- «تبلیغات و اهمیت آن در روابط عمومی» (11/04/2018)، ایرج قره داغی:

<http://www.ensani.ir/fa/content/105578/default.aspx>.

- "Comparative Advertising & Infringement of Trademark"(17/07/2018), Sujay Ilnu, <http://www.legalservicesindia.com/article/604/Comparative-Advertisement-&-Infringement-of-Trademark.html>.