

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

سیده مریم اعتماد *

ستار زرکلام **

DOI: 10.22096/law.2022.120412.1615

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۳]

چکیده

از کارکردهای عمده قانون‌گذاری، تعیین شفاف حدود و ثغور و محدودیت‌های حاکم بر رفتارها و روابط اجتماعی است. این ضرورت، در حوزه تبلیغات و تبلیغات مقایسه‌ای نیز احساس می‌شود. در این مقاله، پس از مطالعه دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا، کلیه مصوبات حقوق داخلی که به‌گونه‌ای به این مقوله اشاره داشته‌اند، مورد بررسی قرار گرفته است؛ هرچند در حقوق داخلی، تصویب قوانین جامع و متناسب با نیازهای جامعه در حوزه تبلیغات به‌طور عام و حوزه تبلیغات مقایسه‌ای به‌طور خاص امری اجتناب‌ناپذیر است، اما تا آن زمان به‌منظور حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، رقبا و صاحبان انحصاری حق، می‌بایست از قواعد عام و خاص موجود برای استخراج اصول و ضوابط لازم‌الرعایه بهره برد. بنابراین، می‌توان به این قائل بود که در حقوق داخلی، مهم‌ترین ممنوعیت در زمینه تبلیغات مقایسه‌ای، غیر واقعی بودن تبلیغات مزبور است و بازمانده نکات ضروری در این حوزه، با رعایت دیگر قواعد عام حقوقی، همچون اصل حسن نیت، جبران خسارت، رقابت مشروع و عدم تجاوز به حقوق دیگران تأمین خواهد شد. در حوزه ضمانت اجرا نیز ضمانت‌اجراهایی که ممکن است دامن‌گیر شخص ناقض شود، بررسی شده است. متأسفانه به علت فقدان انسجام لازم در تنظیم متون مزبور، شاهد تشکیک در این زمینه هستیم.

واژگان کلیدی: تبلیغات مقایسه‌ای؛ شرایط تبلیغات مقایسه‌ای؛ ضمانت اجرای تبلیغات غیرقانونی؛ مسئولیت حقوقی.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد

Email: dr.maryametamad@yahoo.com

اسلامی، تهران، ایران.

Email: sattarzarkalam@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق، دانشگاه شاهد، تهران، ایران. «نویسنده مسئول»



مقدمه

جایگاه و حضور پررنگ و تأثیرگذار تبلیغات در رسانه‌های امروزی بر کسی پوشیده نیست. حضور مستمر و رو به رشد تبلیغات در زندگی اجتماعی از یک سو و آشفتگی وضعیت حقوقی کشور از سوی دیگر، ضرورت پرداختن و تعمق حقوقی در این زمینه را توجیه می‌نماید. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه در راستای حمایت از حقوق پدیدآورندگان آثار فرهنگی، هنری و امنیت شغلی اصحاب فرهنگ و هنر، مطبوعات و قلم، بسترسازی برای حضور بین‌المللی در عرصه‌های فرهنگی و هنری و تنظیم مناسبات و روابط میان اشخاص حقیقی و حقوقی مرتبط با امور فرهنگی و هنری، اقداماتی را پیش‌بینی کرده است و بر عهده دولت گذاشته که یکی از آن اقدامات عبارت است از: بازنگری و اصلاح قوانین مطبوعات و تبلیغات، نظام جامع حقوقی مطبوعات و رسانه‌ها و تبلیغات (بند چ از ماده ۹۲).^۱

ماده ۹۲ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰ - ۱۳۹۶) مقرر می‌دارد: به منظور ارتقاء، تعالی، مقاوم‌سازی فرهنگی، بسترسازی فرهنگی و دستیابی به سیاست ابلاغی برنامه و اهداف سند چشم‌انداز نظام و اجرای سند مهندسی فرهنگی مبنی بر تحقق توسعه متناسب با مقتضیات فرهنگی و متکی بر حفظ و ارتقای ارزش‌های اسلامی، انقلابی و ملی و مردم‌سالاری دینی، اصول و فضائل اخلاقی و کرامت و حقوق انسانی، هویت و انسجام ملی و ایفای نقش کارآمد، اثربخش و متعالی نهادها و تشکلهای مردمی در این عرصه و همچنین حمایت از تولیدات و محصولات فرهنگی، مذهبی و هنری فاخر، صنایع‌دستی و میراث فرهنگی ملموس و ناملموس و تقویت ظرفیت آن در تعاملات بین‌المللی و نیز ارتقای جایگاه و منزلت سرمایه انسانی در عرصه‌های فرهنگی اجتماعی و اصحاب فرهنگ، نخبگان و پیشکسوتان فرهنگ و هنر کشور و «نیروهای مؤمن به انقلاب اسلامی» و احیای موقوفات و پاسداشت منزلت امامزادگان و تقویت و توسعه نهادهای فرهنگی - مذهبی در طول سال‌های اجرای برنامه:

چ - دولت مکلف است به منظور حمایت از حقوق پدیدآورندگان آثار فرهنگی، هنری و امنیت شغلی اصحاب فرهنگ و هنر و مطبوعات و قلم، صداوسیما و رسانه، بسترسازی برای حضور بین‌المللی در عرصه‌های فرهنگی، هنری و تنظیم مناسبات و روابط میان اشخاص حقیقی و حقوقی مرتبط با امور فرهنگی و هنری اقدام‌های ذیل را به عمل آورد:

۱. بند ب از ماده ۱۱۶ قانون برنامه چهارم توسعه نیز به این امر تصریح کرده بود.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۵۵

۱. تمهیدات قانونی لازم برای امنیت شغلی اصحاب فرهنگ و هنر و مطبوعات و قلم، صداوسیما و رسانه و استقرار نظام صنفی بخش فرهنگ؛
۲. بازنگری و اصلاح قوانین مطبوعات و تبلیغات نظام جامع حقوقی مطبوعات و رسانه‌ها و تبلیغات برای طی مراحل قانونی.

از قانون مزبور و مواد مرتبط در حوزه تبلیغات چنین برمی‌آید که باید از هرگونه تبلیغاتی که به رقابت آزاد لطمه می‌زند، پرهیز شود. ضرورت بازنگری و اصلاح قوانین حوزه تبلیغات نیز از عمده مسائلی است که در قانون برنامه ششم توسعه، آشکارا مورد تأکید قرار گرفته است.

یکی از انواع تبلیغات^۱ که از حیث حقوقی بسیار پرچالش برشمرده می‌شود، تبلیغات مقایسه‌ای است که در آن تولیدات یا خدمات یک شخص با تولیدات یا خدمات دیگر یا رقبای دیگر مقایسه می‌شود.^۲ تبلیغات مقایسه‌ای ممکن است به دو شکل مقایسه‌ای مستقیم و غیرمستقیم باشد.^۳ تبلیغات مقایسه‌ای مستقیم به حالتی اطلاق می‌شود که در آن، پیام‌هایی که محرک فروش هستند، بر شایستگی محصولات تبلیغ‌شونده در مقایسه با محصولات خاص ارائه‌شده از سوی رقیبی که با نام یا علامت تجاری خاصی شناخته شده است، دلالت کند. در

۱. تبلیغ - به فتح ت - از ریشه بَلَّغ - به معنای خبر دادن، اعلام، اخطار، انذار، ابلاغ است. در فرهنگ‌های لغت به معنای رسانیدن، رسانیدن پیغام و خبر (علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، (تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷)، محمد معین، فرهنگ معین، (تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱)، حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۵۸) موضوعی را به اطلاع عموم رسانیدن (معین، پیشین) آگاه کردن دیگران از فایده‌های چیزی، کسی، یا عقیده‌ای (عمید، پیشین) آمده است.

در حقوق آمریکا، به‌طور کلی هرگونه اقدام طراحی‌شده برای جلب توجه عمومی به یک سازمان، محصول و یا خدمات (تبلیغات) برشمرده می‌شود

(Robert Dunne, *COMPUTERS AND THE LAW; AN INTRODUCTION TO BASIC LEGAL PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION IN CYBERSPACE* (Britania: University of Cambridge, 2009), 253)

بند الف از ماده ۲ دستورالعمل EC/۱۱۴/۲۰۰۶ پیرامون تبلیغات همراه‌کننده و مقایسه‌ای مقرر می‌دارد: «تبلیغات " به معنای ارائه یک معامله، کسب‌وکار، مهارت یا حرفه، به هر صورتی که به دلیل ترویج عرضه کالاها یا خدمات، از جمله اموال غیرمنقول، حقوق یا تعهدات است...». در بند ۱ از ماده ۲ قانون کنترل تبلیغات همراه‌کننده ۱۹۸۸ نیز در تعریف تبلیغات آمده است: «تبلیغات " به معنی هرگونه اظهاری است که در ارتباط با یک تجارت، کسب‌وکار، صنایع دستی یا حرفه با هدف ارتقاء عرضه و یا انتقال کالا یا خدمات، اموال غیر منقول، حقوق و یا تعهدات صورت می‌گیرد.

۲. همچنین، در تعریف تبلیغات مقایسه‌ای آمده است: 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 به مزایا، رجحان و برتری محصول تبلیغ‌کننده و یا قابلیت استفاده هم‌زمان با محصولات رقبا جلب می‌شود (سعید حبیبی، و سمانه محبی فرد، «استفاده منصفانه از علائم تجاری غیر در تبلیغات مقایسه‌ای» مطالعات حقوقی، شماره ۴ (۱۳۹۴): ۶۶).

۳. 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.

تبلیغات مقایسه‌ای غیرمستقیم، به‌طور ضمنی به وجود ارتباط میان محصولات مقایسه‌شده اشاره می‌شود، اما آشکارا بیان نمی‌شود که برند تبلیغ‌شده مقایسه شده است.^۱ و^۲ با آگاهی از تأثیرگذاری مضاعف این نوع از تبلیغ در مقایسه با دیگر انواع آن و درگیر شدن حقوق دیگران، تقنین و احصاء شروط لازم‌الرعايه در این باب اهمیتی دوچندان می‌یابد. با احصاء شرایط، مواردی که باعث انحراف رقابت می‌شود، به رقبا لطمه می‌زند و اثر نامطلوبی که بر انتخاب مصرف‌کنندگان دارد، به‌روشنی مشخص خواهد شد. اصول یادشده باید بر معیارهای مقایسه عینی ویژگی‌های کالاها و خدمات تأکید کند.^۳ و^۴ شرایط تبلیغات مقایسه‌ای در حقوق خارجی و به‌ویژه در دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا مورد توجه قرار گرفته است و بر مواردی نظیر اینکه تبلیغات مقایسه‌ای باید منصفانه باشد و باعث گمراهی و سردرگمی نشود، تأکید شده است. در این مقاله، به این مسئله خواهیم پرداخت که شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای در حقوق ایران و اتحادیه اروپا کدامند؟ ضمانت‌اجرای نقض این شرایط در هر یک از این نظام‌ها به چه شکل است؟ آیا نظام حقوقی ایران در زمینه ضمانت‌اجرا از غنا و انسجام کافی برخوردار است؟ بدین ترتیب، در گفتار یکم به شرایط تبلیغات مقایسه‌ای، و در گفتار دوم به ضمانت‌اجرای نقض شرایط یادشده می‌پردازیم و در پایان هر گفتار، حقوق ایران در مقایسه با دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا ارزیابی خواهد شد.

۱. Marek et al 2014, 367: به نقل از مصطفی بختیاروند واکرم آقامحمدی، «تبلیغات تجاری مقایسه‌ای» دانشنامه حقوق اقتصادی، شماره ۸ (۱۳۹۴): ۱۰۱.

۲. گفته شده است که از روش‌های تبلیغات مقایسه‌ای، استفاده نامرئی از علامت تجاری رقباست؛ بدین صورت که از علامت تجاری رقیب در کلیدواژه‌ها، متانگ‌ها، متون مخفی، پیوندهای پشتیبانی‌شده، بنرها و پاپ‌آپ‌های تبلیغاتی استفاده گردد. در این صورت، 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 (بختیاروند و آقامحمدی، «تبلیغات تجاری مقایسه‌ای»، ۱۰۲). برخلاف نظر یادشده، نگارنده معتقد است که روش توضیح‌داده‌شده در دسته تبلیغات ناخواسته و اسپمینگ قرار می‌گیرد و نباید به‌عنوان یکی از روش‌های تبلیغات مقایسه‌ای برشمرده گردد.

۳. Miskolczi, -BODNÁR, PÉTER, "DEFINITION OF COMPARATIVE ADVERTISING". ۳. *European Integration Studies*, Vol. 3. No. 1 (2004): 35.

۴. در خصوص حفاظت از نشانه‌های جغرافیایی و تخصیص منشأ برای محصولات کشاورزی مراجعه کنید: (COUNCIL REGULATION (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs). مطلب در Regulation 535/97/EC بریتانیا نیز مورد توجه واقع شده و از تبلیغات مقایسه‌ای ناقص علائم جغرافیایی حفاظت‌شده منع شده است (International League of competition law, United Kingdom report Bordeaux congress, 2010: 7) برای نزدیک کردن قوانین کشورهای عضو در ارتباط با علائم تجاری، مراجعه کنید: FIRST COUNCIL DIRECTIVE of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (89/104/EEC).

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۵۷

گفتار یکم. شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای

۱-۱. دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

پیش از سال ۱۹۷۰ در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای ضوابط و مقرراتی تدوین نشده بود. این گونه از تبلیغات، نخست در دو کشور بریتانیا و پرتغال قانونی شد. گفتنی است که این آزادسازی نسبی بود و حتی در انگلستان نیز تنها تحت شرایطی خاص پذیرفته شد. مواد ۲۰ تا ۲۴ قانون تبلیغات بریتانیا در بردارنده پیشنهادهاى دقیقى در زمینه تبلیغات است. پس از آن، قوانین مربوط به دستورالعمل کمیسیون اروپایی که شباهت زیادی به این پیشنهادها داشت، تصویب شد.

در اتحادیه اروپا، دستورالعمل تبلیغات مقایسه‌ای^۱ با در نظر گرفتن پیش‌شرطی قائل به محدودیتی شده و آن این است که تبلیغات مقایسه‌ای باید به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، رقیب یا محصولاتی را که از سوی رقیب ارائه می‌شود، معرفی کند. با آگاهی از هدف این دستورالعمل آشکار است که در تبلیغات مقایسه‌ای باید فی‌مابین شخصی که مقایسه می‌کند و فردی که مقایسه می‌شود، رابطه رقابتی وجود داشته باشد. همانا، قید یادشده علی‌القاعده اهمیت چندانی ندارد؛ چراکه مقایسه در تبلیغات در محصولات رقیب اتفاق می‌افتد.^۲

در تبصره ۵ در مقدمه دستورالعمل یادشده آمده است: «تبلیغات مقایسه‌ای هنگامی که ویژگی‌هایی از محصول را مقایسه می‌کند که مادی، مربوط، قابل اثبات و شاخص است و گمراه‌کننده نیست، می‌تواند به‌عنوان ابزار قانونی برای اطلاع‌رسانی به مصرف‌کنندگان برشمرده شود و از مزایای آن به‌شمار آید»^۳ در قسمت یکم از بند ۱ ماده ۳ این دستورالعمل، شروط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای بیان شده و به هشت الزام منصفانه و بی‌طرفانه بودن مقایسه اشاره شده است. دستورالعمل یادشده ملغی شده و شروط گفته‌شده عیناً در دستورالعمل‌های بعدی تکرار شده است که در ادامه خواهد آمد.

۱. دستورالعمل کمیسیون اروپا درباره تبلیغات مقایسه‌ای مصوب ۶ اکتبر ۱۹۹۷.

۲. هرچند این احتمال نیز وجود دارد مواردی پیش آید که رقابت فی‌مابین محصولاتی رخ دهد که به‌وسیله شرکت‌هایی که در یک بازار خاص رقابت می‌کنند، عرضه نمی‌شود؛ مثلاً به این علت که محصول مورد نظر در کشور دیگر فروخته شود. در چنین مواردی، مسئله خارج از حوزه اعمال این دستورالعمل قرار می‌گیرد (Bernitz, Ulf. "The EC Directive on Comparative Advertising and its Implementation in the Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property", Stockholm Institute for Scandinavian Law (2009):12)

3 - Bernitz, Ulf. "The EC Directive on Comparative Advertising and its Implementation in the Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property". Stockholm Institute for Scandinavian Law (2009): 14-15.

در اروپا، دستورالعمل 2006/114/EC اتخاذ شد که در سطح ملی با عنوان قانون 158/2008 مصوب شد. در این مقررات مؤلفه‌هایی در راستای رعایت عدالت و طراحی عینی تبلیغات مقایسه‌ای پیش‌بینی شده است تا بتوان میان تبلیغات قانونی و تبلیغات غیرقانونی قائل به تفکیک شد.

با توجه به مقررات یادشده، تبلیغات مقایسه‌ای مجاز، تبلیغاتی هستند که کالاها و خدماتی که پاسخگوی نیازهای مشابهی هستند را مورد مقایسه قرار می‌دهند؛ بهمان سان این تبلیغات نباید موجب بی‌اعتباری علائم و نام‌های تجاری رقیب شود یا تقلید و کپی‌برداری از کالاها یا خدماتی باشند که نام و یا علامت تجاری ثبت شده دارند و باعث سردرگمی بین محصولات رقیب شود.^۱ لازمه تبلیغات مقایسه‌ای قانونی آن است که الزامات و شروط متعددی رعایت گردد. در غیر این صورت، تبلیغات یادشده غیرقانونی تلقی خواهد شد. در ماده ۶ این قانون، شروط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای ذکر و بر هشت الزام دال بر منصفانه و بی‌طرفانه بودن مقایسه مندرج در ماده ۴ دستورالعمل ۲۰۰۶/۱۴۴/EC تأکید شده است. براین اساس، در صورت تحقق شروط زیر و تا زمانی که مقایسه مدنظر باشد، تبلیغات مقایسه‌ای مجاز خواهد بود:

الف. طبق بند ب از ماده ۲ و ماده ۳ و قسمت اول ماده ۸ دستورالعمل ۲۰۰۶/۱۱۴/EC و ماده ۶ و ۷ (قانون شماره ۱۵۸/۲۰۰۸-ED) و ماده ۵-۷ قانون شماره ۳۶۳/۲۰۰۷ یا مواد ۶ و ۷ دستورالعمل ۲۰۰۵/۲۹/EC مربوط به پارلمان اروپا و دستورالعمل شورا در تاریخ ۱۱ می ۲۰۰۵، در ارتباط با امور تجاری غیرمنصفانه فی‌مابین عرضه‌کننده و مصرف‌کننده در بازار داخلی (دستورالعمل امور تجاری غیرمنصفانه)، تبلیغات مقایسه‌ای باید گمراه‌کننده نباشد.

ب. تبلیغات یادشده باید کالاها یا خدماتی که نیازهای مشابهی را رفع می‌کند یا برای اهداف مشابهی طراحی شده‌اند را مقایسه کند. خاطر نشان می‌گردد این بند به مشابه بودن نیازها اشاره دارد و نه مشابه بودن نوع کالاها و خدمات.

ج. تبلیغات مقایسه‌ای باید به‌طور منصفانه به مقایسه یک یا چند مشخصه اساسی، مرتبط، اثبات‌پذیر و ویژگی‌هایی که معرف کالاها و خدمات هستند پردازد، این مقایسه می‌تواند شامل قیمت هم باشد.

د. این نوع از تبلیغات باید علائم و نام‌های تجاری و دیگر علائم متمایزکننده کالاها، خدمات، فعالیت‌ها یا مشخصه‌های متمایزکننده مربوط به رقیب را بی‌اعتبار و بدنام نکند.

1. BOJINCA MOISE, *THE CONCEPT OF COMPARATIVE ADVERTISING AND ITS CONDITIONS OF LEGALITY* (Masaryk University 2009): 1-2.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۵۹

ه. در خصوص محصولات مربوط به منطقه و خاستگاه معین، رابطه فی مابین در هر مورد با تولید محصول به نام همان منطقه رعایت شود.

و. از علامت، نام تجاری یا دیگر علائم برجسته یک رقیب یا نام‌گذاری به نام خاستگاه محصول مورد رقابت بهره‌برداری غیرمنصفانه نشود.^۱

ز. کالا یا خدماتی که تقلید یا کپی‌برداری از کالا و خدمات با علائم و نام‌های تجاری ثبت شده هستند، ارائه نشوند.

ح. تبلیغات مقایسه‌ای بین تجار، بین تبلیغ‌کننده و رقیب، یا بین علائم، نام‌های تجاری، دیگر علائم متمایزکننده، کالاها یا خدمات و مشخصه‌های رقیب سردرگمی ایجاد نکند (دستورالعمل ۲۰۰۶/۱۱۴/EC مربوط به مجلس اروپا و شورا، ۱۲ دسامبر ۲۰۰۶، پیرامون تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای).

اتحادیه اروپا و آمریکا رژیم‌های مختلف نظارتی نیز اتخاذ کرده‌اند.^۲ رویکرد مراقبتی و محتاطانه اتحادیه اروپا در مقابل رویکرد موجود در نظام حقوقی آمریکاست که صراحتاً تبلیغات مقایسه‌ای تهاجمی و بی‌اعتبارکننده را که محصولات رقیب را کوچک می‌شمرد یا به هر نحو مورد انتقاد قرار می‌دهد مجاز می‌شمرد، مشروط بر اینکه مطابق واقع باشد.^۳

ماده ۵ دستورالعمل ۲۰۰۶/۱۱۴/EC پیرامون تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای به وظیفه کشورهای عضو در مبارزه با تبلیغات گمراه‌کننده یا تبلیغات مقایسه‌ای نامشروع می‌پردازد. طبق این ماده کشورهای عضو باید وجود ابزار کافی و کارآمد برای مبارزه با تبلیغات گمراه‌کننده و انطباق تبلیغات مقایسه‌ای با مفاد قانونی را تضمین نمایند. این مسئله در گفتار دوم شرح داده خواهد شد.^۴

۱. مقررات تبلیغاتی مقایسه‌ای اهداف متفاوتی را در مقایسه با مقررات مربوط به علائم تجاری دنبال می‌کند. در نتیجه، هر دو مجموعه قوانین باید اعمال شوند؛ هرچند در مواردی باید میان این دو دسته از قوانین هماهنگی ایجاد کرد:

<http://www.ligue.org/uploads/documents/rapportinternationalBdefoctobre201.pdf> P30

2. Berns Wright, Linda & Morgan, Fred W, "Comparative Advertising in the European Union and the United States", *Journal of Euro marketing*, Vol. 11, no.3 (2002): 23.

3. E. Villafranco, John, "The Law of Comparative Advertising in the United States" *IP Litigator* January/February, Vol. 16, no. 1 (2010): 1.

۴. باید خاطر نشان شود که به‌طور کلی، در هر حال جز در موارد سوء استفاده از علامت تجاری رقیب، در دیگر موارد ممنوعیتی در این زمینه وجود ندارد. برای تأثیرگذاری تبلیغات مقایسه‌ای و مشخص کردن کالاها یا خدمات مورد قیاس، گاه 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 در مقایسه با کالا یا خدمات رقیب معرفی کند ←

۲-۱. حقوق ایران

همان‌طور که گذشت، در دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا مواردی نظیر اینکه تبلیغات مقایسه‌ای باید منصفانه باشد و باعث سردرگمی و گمراهی نشود، مورد تأکید قرار گرفته است، اما در حقوق داخلی، تصریحی در این زمینه به چشم نمی‌خورد و به‌رغم وجود مصوبات متعدد پیرامون تبلیغات، شرایط لازم رعایه تبلیغات مقایسه‌ای به‌روشنی تبیین نشده است. در متون فقهی نیز نگاشته‌ای در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای وجود ندارد، اما می‌توان از میان اصول کلی حاکم بر فقه امامیه حکم مسئله را استنباط کرد. از جمله اصول و قواعد کلی فقه امامیه که هنگام تردید در مشروعیت امری به آن تمسک می‌شود، اصل اباحه و حلیت است. این قاعده هرگونه تصارف انسان را مباح می‌داند، مگر اینکه حرمت و منع آن ثابت شود. پس نمی‌توان هیچ‌چیزی را بی‌دلیل حرام شمرد.^۱ در این راستا، پس از بررسی مصوبات موجود در حقوق ایران با دو گونه ادبیات و بیان در این زمینه مواجهیم:

یکم. ممنوعیت «بی‌ارزش یا بی‌اعتبار یا نازل جلوه دادن خدمات و کالاهای دیگران» که در بند «و» ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده (۷) قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، ماده ۱۲ آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر شیوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی، قسمت یکم از بند «ه» ماده ۴۵ از 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 و ماده ۱۱ پیش‌نویس لایحه تبلیغات بازرگانی جمهوری اسلامی ایران^۲ به کار رفته است.

دوم، ممنوعیت «نفی کالا و خدمات مشابه دیگران تلویحاً یا تصریحاً» که در بند دوم از ماده ۳ دستورالعمل اجرایی تبلیغات شهری (محیطی) و اصل ۹ دستورالعمل مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی مورد اشاره واقع شده است. البته، دستورالعمل اخیر در ادامه از عبارتی آورده است که به تفصیل شرح داده خواهد شد.

→(Sujay Inu. «Comparative Advertising & Infringement of Trademark». Nirma University :<http://www.legalservicesindia.com/article/604/Comparative-Advertisement-&-Infringement-of-Trademark.html>. (2013) 6.)

در این‌گونه تبلیغات، به‌طور خاص دو یا چند علامت تجاری شناخته‌شده از دسته‌ای یکسان از کالاها یا خدمات باهم قیاس می‌شود و گاه این مقایسه از چند بعد صورت می‌گیرد.

(William L. Wilkie, and Paul W. Farris. "Comparison Advertising: Problems and Potential", *Journal of Marketing*, vol. 39, no. 4. (1975): 7).

۱. به نقل از سیدعلی رضوی، سیدمحمد رضوی و علی‌اصغر صانمی، «تبلیغات مقایسه‌ای در فقه اسلامی، حقوق ایران، فرانسه و اتحادیه اروپا». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱(۱۳۹۷): ۱۸.

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

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۶۱

مباحث مرتبط در سه قسمت، با عنوان مصوبات مجلس، دستورالعمل‌ها و عهدنامه‌های بین‌المللی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۲-۱. قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی

همان‌طور که گذشت، در مصوبات گوناگونی به ممنوعیت «بی‌ارزش یا بی‌اعتبار یا نازل جلوه دادن خدمات و کالاهای دیگران» اشاره شده است. با آگاهی از بنیادی بودن قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم (۴۴) قانون اساسی و اهداف و فلسفه این قانون، به تفصیل عبارت یادشده را در این قانون شرح می‌دهیم و برای جلوگیری از تکرار در خصوص دیگر قوانین که از عبارات مشابه استفاده کرده‌اند، به اشاره‌ای بسنده می‌نماییم.

الف. در قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم (۴۴) قانون اساسی در قسمت یکم از بند «ه» ماده ۴۵، اظهارات گمراه‌کننده به‌عنوان یکی از موارد اخلاف در رقابت برشمرده شده و ممنوع اعلام شده است. بند یادشده در تعریف اظهارات گمراه‌کننده بیان می‌دارد: «هر اظهار شفاهی، کتبی یا هر عملی که کالا یا خدمت را به‌صورت غیر واقعی با کیفیت، مقدار، درجه، وصف، مدل یا استاندارد خاص نشان دهد و یا کالا و یا خدمت رقبا را نازل جلوه دهد».^۱ هرچند بند یادشده در تعریف اظهارات گمراه‌کننده آمده است، ولی به نظر می‌رسد بتوان قسمت ابتدایی عبارت را ناظر بر تبلیغات گمراه‌کننده دانست و از آنجا که قسمت انتهایی جمله، به کالا و خدمت رقبا اشاره دارد، قسمت دوم را برای استخراج ملاک‌هایی در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای مورد استفاده قرار داد.

در این صورت، نکته بااهمیت، قید «غیر واقعی» در تعریف یادشده است و اینکه آیا قید مزبور به هر دو نوع تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای برمی‌گردد یا تنها تبلیغات گمراه‌کننده مدنظر مقنن بوده است.

اهمیت موضوع آنجاست که در صورتی که قید «غیر واقعی» به تبلیغات مقایسه‌ای هم اشاره داشته باشد، بدین معناست که تبلیغات مقایسه‌ای که به شیوه غیر واقعی، کالا و یا خدمات رقبا را نازل جلوه دهد، ممنوع شده و در غیر این صورت مجاز است (برداشت یکم).

۱. خاطر نشان می‌شود که در قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه، کلاً به این مقوله اشاره‌ای نشده است.

اما اگر قید «غیر واقعی» منحصراً در خصوص تبلیغات گمراه‌کننده باشد و نه در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای، به این معناست که به‌طور کلی زمانی که تبلیغات مقایسه‌ای -چه به صورت واقعی و چه به نحو غیر واقع- به نازل جلوه دادن کالا یا خدمت رقبا بینجامد، ممنوع است (برداشت دوم).

در خصوص برداشت اخیر ممکن است برخی بیان یک ویژگی مشخص (مثل ادعای سرعت بیشتر نسبت به رقیب) را موجب نازل جلوه دادن کالا یا خدمت رقیب تلقی کنند. برخی نیز با این استدلال که هر کالا یا خدمتی دارای وجوهی مختلف است، بر آن باشند که صرف مقایسه و مانور بر یک یا حتی چند ویژگی کالا یا خدمت معمولاً به نازل جلوه دادن کالای رقیب منجر نخواهد شد و از این رهگذر گستره زیادی از تبلیغات مقایسه‌ای را در زمره تبلیغات مجاز بدانند.

بدیهی است که هر دو تلقی از برداشت اخیر در عمل اختلاف‌برانگیز بوده، ضابطه آن در خصوص هر کالا یا خدمت متفاوت خواهد بود؛ درحالی‌که ضابطه «غیر واقعی بودن» اظهارات بسیار راحت‌تر قابل نفی یا اثبات است.

به نظر نگارنده، در تأیید برداشت نخست می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱. با عنایت به عبارت «اظهارات گمراه‌کننده» مندرج در بند «ه» ماده ۴۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم قانون اساسی، به نظر می‌رسد مواردی مدنظر مقنن بوده است که به گمراهی مصرف‌کننده منجر می‌شود. بنابراین، در دیگر موارد (و از جمله تبلیغات مقایسه‌ای مطابق با واقع و غیر گمراه‌کننده - موضوع قسمت یکم از بند «ه» ماده ۴۵-) ممنوعیت قانونی وجود ندارد.

۲. مؤید ادعای یادشده، قسمت‌های دوم، سوم و چهارم از بند «ه» ماده ۴۵ است. با آگاهی از مصادیق بیان‌شده مشخص می‌گردد که کلیه مصادیق اظهارات گمراه‌کننده را امور غیر واقعی تشکیل می‌دهند و تبلیغات مقایسه‌ای از این امر مستثنا نیست.

۳. قواعد و اصول حمایت از مصرف‌کننده نیز این رویکرد را تقویت می‌نماید؛ چراکه برداشت یکم دامنه گسترده‌تری دارد و امکان تبلیغات مقایسه‌ای غیر گمراه‌کننده را به نفع مصرف‌کننده فراهم می‌کند.

۴. درنهایت، با توجه به اینکه در انتهای جمله از عبارت «جلوه دادن» استفاده شده است، تردیدی نمی‌ماند که منظور مقنن از تبلیغات مقایسه‌ای ممنوعه، مواردی است که تبلیغ مقایسه‌ای انجام‌شده با واقعیت مطابقت ندارد.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۶۳

ب. 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». در 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.

ج. در بند پ ماده ۱۲ آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر شیوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی، به یکی از نکاتی که سازمان‌های تبلیغاتی و مؤسسات انتشاردهنده آگهی در تنظیم آگهی‌های تبلیغاتی خود به رعایت آن مکلف‌اند اشاره شده است. وفق این بند، «آگهی‌های تبلیغاتی نباید خدمات یا کالاهای دیگران را بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دهد».

د. در ماده ۱۱ از متن پیش‌نویس لایحه تبلیغات بازرگانی^۱ آمده است: «تبلیغات نباید از طریق مقایسه یا از هر طریق دیگر خدمات یا کالاهای دیگران را بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دهد».

در این ماده، آشکارا به اصطلاح «مقایسه» اشاره شده است و بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دادن کالاها یا خدمات دیگران را از طرق یادشده ممنوع می‌داند؛ هرچند همان‌طور که گذشت، با توجه به عبارت «جلوه دادن» به نظر می‌رسد اینجا هم ممنوعیت تبلیغات مقایسه‌ای غیر واقعی مدنظر بوده است، اما این کلی‌گویی به‌هیچ‌وجه زینده نیست، به‌ویژه آنکه پیش‌نویس مزبور تنها متنی است که آشکارا به موضوع تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته؛ هرچند هنوز در حال بررسی است و مراحل مقدماتی خود را طی می‌کند.

۲-۲-۱. دستورالعمل‌ها

دستورالعمل را می‌توان دستور چگونگی اجرای آیین‌نامه‌ها و مقررات اداری (و حتی قانون) دانست. دستورالعمل، مشابهت زیادی با بخشنامه دارد؛ یعنی از سوی مقام اداری خطاب به کارکنان صادر می‌گردد و عمدتاً برای تعلیم روش اجرایی و ارائه اطلاعات فنی و عملی برای اجرای قانون و آیین‌نامه است. معمولاً مرجع وضع دستورالعمل، شوراها و کمیسیون‌های مستقر در اداره‌ها هستند.^۲

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

۲. مرتضی محمدحسینی طرقی، «نقطه آغازین اجرا و حکومت قوانین و مقررات»، کانون، شماره ۹۴، (۱۳۸۸): ۱۲۰.

از میان دستورالعمل‌ها، به دو مورد که به تبلیغات مقایسه‌ای پرداخته‌اند، اشاره می‌کنیم:

الف. دستورالعمل اجرایی تبلیغات شهری (محیطی) که در بند دوم از ماده ۳ خود مقرر می‌دارد: «در آگهی یک کالا و یا خدمات خاص نباید تلویحاً و یا تصریحاً کالا و خدمت مشابه دیگری نفی شود».

ب. دستورالعمل و مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی که در اصل ۹ آن آمده: «در آگهی یک کالا و یا خدمت خاص نباید تلویحاً و یا تصریحاً کالا و خدمت مشابه دیگری نفی و یا تلاش شود که موضوع آگهی در مقایسه با دیگر کالاها و خدمات اثبات شود».

در هر دو دستورالعمل با عبارتی یکسان به ممنوعیت نفی تلویحی یا صریح کالا یا خدمت دیگری پرداخته شده است. البته در انتهای ماده مربوطه، از دستورالعمل و مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی با لفظ «مقایسه» نیز اشاره شده و تلاش برای اثبات موضوع آگهی در مقایسه با دیگر کالاها و خدمات نیز ممنوع شده است.

به نظر می‌رسد عبارات «ممنوعیت نفی تلویحی یا صریح کالا یا خدمت دیگری» و به‌ویژه «ممنوعیت تلاش برای اثبات موضوع آگهی در مقایسه با دیگر کالاها و خدمات» تنها عبارات صریح دال بر «ممنوعیت» تبلیغات مقایسه‌ای در حقوق مصوب ایران است. شیوه تنظیم مواد گفته‌شده به صورتی است که امکان تبلیغات مقایسه‌ای را ولو با رعایت هر شرط و ضابطه‌ای، منتفی می‌گرداند.

البته، نکته قابل توجه اینکه، دستورالعمل‌های گفته‌شده تنها یک دستورالعمل داخلی به شمار می‌روند و از حیث حقوقی برای عموم لازم‌الاجرا نیستند.^۱

۱-۲-۳. عهدنامه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی

طبق اصل ۷۷ قانون اساسی عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. در ماده ۹ قانون مدنی تصریح شده است که مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و دیگر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است. از این رو، بحث «تبلیغات مقایسه‌ای» در عهدنامه‌های یادشده بررسی می‌گردد.

نخست، توضیحی کوتاه درباره کنوانسیون پاریس و سپس مواد مرتبط را بررسی خواهیم کرد. کنوانسیون پاریس با هدف حمایت از مالکیت صنعتی تشکیل شده است و در بند ۲ از ماده ۱

۱. برای دیدن نظر موافق رجوع کنید به اسماعیلی، محسن. تبلیغات بازرگانی: آثار، وضعیت حقوقی و بایسته‌های قانونگذاری. (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶)، ۵۱.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۶۵

کنوانسیون، به جلوگیری از رقابت نامشروع، به‌عنوان یکی از مقاصد مهم آن کنوانسیون اشاره می‌کند. براساس قانون اجازه الحاق دولت ایران به اتحادیه عمومی بین‌المللی، معروف به پاریس، برای حمایت مالکیت صنعتی و تجارتي و کشاورزی مصوب ۱۴ اسفندماه ۱۳۳۷، دولت ایران مجاز شده الحاق خود را به اتحادیه مزبور با همه تغییرات و اصلاحاتی که تا تاریخ تصویب قانون در آن به عمل آمده است، اعلام دارد.

در ماده ۱۰ مکرر کنوانسیون یادشده آمده است:

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

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

۳. اعمال زیر، به‌ویژه باید ممنوع شوند:

یکم، هر عملی که ایجاد اشتباه به نحوی از انحاء با مؤسسه یا محصولات یا فعالیت صنعتی یا تجارتي رقیب بنماید.^۱ دوم، اظهارات خلاف واقع در کار تجارت، به‌نحوی که اعتبار مؤسسه یا محصولات یا فعالیت صنعتی یا تجاری رقیب را از بین ببرد. سوم، 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 گردد.

تبلیغات مقایسه‌ای به‌صراحت در ماده یادشده ذکر نشده است، اما افزون بر اینکه یکی از مصادیق رقابت نامشروع می‌تواند تبلیغات مقایسه‌ای خلاف واقع باشد، در قسمت دوم از بند سوم ماده مزبور نیز آمده است: «اظهارات خلاف واقع در کار تجارت، به‌نحوی که اعتبار مؤسسه یا محصولات یا فعالیت صنعتی یا تجاری رقیب را از بین ببرد، باید ممنوع گردد» که به نظر می‌رسد تبلیغات مقایسه‌ای خلاف واقع ذیل این بند نیز قرار می‌گیرد. گفتنی است در ماده ۳۹ از موافقت‌نامه تریپس نیز به تضمین حمایت مؤثر اعضا در مقابل رقابت غیرمنصفانه مندرج در ماده ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس اشاره شده است.

۱. به‌موجب این اصل، علائمی که فاقد ویژگی تمایزدهندگی هستند و نمی‌توانند نقشی مثبت در کاهش هزینه‌های مصرف‌کننده ایفا نمایند، مشمول حمایت حقوق علامت تجاری قرار نخواهند گرفت (Dogan, & Lemley, A Search - Costs Theory of Limiting Doctrines in Trademark Law: 1242 به نقل از: محسن صادقی و صادق شمشیری. «مبانی حمایت از علامت تجاری از دیدگاه نظریه هزینه جست و جوی مصرف‌کننده». تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸ (۱۳۹۳)، ۲۹).

۳-۱. ارزیابی حقوق ایران در مقایسه با دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

همان‌طور که گذشت، بحث اظهارات خلاف واقع در مصوبات داخلی با بیان ممنوعیت اظهارات خلاف واقع که به «بی‌ارزش یا فاقد اعتبار یا نازل جلوه دادن خدمات و کالاهای دیگران» و «نفی کالا و خدمات مشابه دیگران» و در کنوانسیون پاریس با عبارت ممنوعیت «اظهارات خلاف واقعی که منجر به بی‌اعتباری رقیب شود» می‌انجامد، مورد اشاره واقع شده است. با دقت در متون گفته‌شده، 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.^۱ گفتنی است در ماده ۸، مقنن ممنوعیت اظهارات را به «مخالف واقع بودن» یا «مخالف با حسن نیت بودن» مقید کرده است.

هم‌اکنون و بر اساس مصوبات موجود در خصوص شرایط لازم‌الرعايه در حقوق ایران باید گفت که با توجه به استفاده مکرر مقنن از عبارت «جلوه دادن»، تردیدی باقی نمی‌ماند که منظور مقنن از تبلیغات مقایسه‌ای ممنوعه، مواردی است که تبلیغ مقایسه‌ای انجام‌شده، با واقعیت مطابقت ندارد. بنابراین، در صورت رعایت این شرط و در نظر داشتن دیگر قواعد عام مبنی بر ممنوعیت ایراد خسارت و اضرار به غیر، ممنوعیت رقابت نامشروع، ممنوعیت تجاوز به حقوق دیگران و غیره، می‌تواند قائل به آزادی تبلیغات مقایسه‌ای مطابق واقع در نظام حقوقی ایران بود.

گفتار دوم. ضمانت اجرای نقض تبلیغات مقایسه‌ای قانونی

۱-۲. دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

طبق مقررات مندرج در بند ۳ از ماده ۵ دستورالعمل EC/۱۱۴/۲۰۰۶، کشورهای عضو به دادگاه‌ها و مقامات اجرایی این اختیار را می‌دهند در صورتی که منافع همه اشخاص درگیر و به‌ویژه منافع عموم اقتضا نماید، اقدامات ذیل را انجام دهند:

الف. دستور توقف یا ایجاد سازوکار حقوقی مناسب برای صدور دستور توقف تبلیغات مقایسه‌ای گمراه‌کننده یا غیرقانونی؛

۱. حبیبیا، میرشمسی، «جایگاه قواعد حقوق رقابت در قراردادهای انتقال و اجازه بهره‌برداری از حقوق مالکیت صنعتی»، ۵۶.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۶۷

ب. اگر تبلیغات مقایسه‌ای گمراه‌کننده یا غیرقانونی هنوز منتشر نشده یا انتشار آن قریب الوقوع است، دستور ممنوعیت آن یا ایجاد سازوکار حقوقی مناسب برای صدور دستور ممنوعیت چنین تبلیغاتی.

بند مربوط به دستور توقف را می‌توان حتی زمانی که هیچ مدرکی دال بر خسارت یا ضرر واقعی یا قصد یا غفلت تبلیغ‌کننده وجود ندارد نیز اجرا کرد. کشورهای عضو باید مقررات مندرج در نخستین بند پاراگراف را در فرایندی سریع، یا با اثر موقت و یا با اثر قطعی، در اختیار کشورهای عضو قرار دهند.

در خصوص تبلیغات مقایسه‌ای که محدودیت‌های مقرر شده در ماده ۶ قانون ۲۰۰۸/۱۵۸ را در نظر نگیرد، جزای نقدی ۳۰۰۰ تا ۳۰،۰۰۰ لی پیش‌بینی شده است. انتشار رأی دادگاه (به‌طور کامل یا مختصر) و نیز انتشار احکام تأدیبی به‌عنوان مجازات تکمیلی، باهدف از بین بردن اثرات مستمر تبلیغات گمراه‌کننده در نظر گرفته شده است. عدم تمکین از احکام صادره نیز جرم برشمرده می‌شود و متخلف به پرداخت ۶۰۰۰ تا ۶۰،۰۰۰ لی به‌عنوان جریمه محکوم خواهد شد.^۱ و^۲

همان‌طور که گذشت، ماده ۵ دستورالعمل ۲۰۰۶/۱۱۴/EC درباره تبلیغات گمراه‌کننده و مقایسه‌ای به وظیفه کشورهای عضو در مبارزه با تبلیغات گمراه‌کننده یا تبلیغات مقایسه‌ای نامشروع پرداخته و ضمانت اجرای نقض شرایط تبلیغات مقایسه‌ای را به مصوبات داخلی سپرده

1. Bojinca, «THE CONCEPT OF COMPARATIVE ADVERTISING AND ITS CONDITIONS OF LEGALITY», 2.

۲. خاطر نشان می‌شود که وسیله انجام تبلیغ، تأثیری در صدق یا عدم صدق عنوان تبلیغات مقایسه‌ای ندارد؛ برای مثال امروزه حجم زیادی از تبلیغات در قالب اسپم ارسال می‌شود. چالش‌های ناشی از این مسئله و تأثیر آن بر حقوق مصرف‌کننده، دریافت‌کننده پیام ناخواسته، تجارت منصفانه، اخلاق عمومی، امنیت فضای سایبر، حمایت از اطلاعات شخصی (Li Xingan. «E-marketing, Unsolicited Commercial E-mail, and Legal Solutions», Webology, vol. 3, no 1. (2006): 10.) باعث شده است در نظام‌های ملی و بین‌المللی برای مقابله با این پدیده سازوکارهای حقوقی پیش‌بینی شود و برخی کشورها برای جرم‌انگاری صرف ارسال اسپم، حدنصابی را مشخص کرده‌اند؛ برای مثال ایالات متحده آمریکا در قانون Can-Spam این میزان را صد پیام پست الکترونیک طی ۲۴ ساعت و بیش از هزار پیام پست الکترونیک را طی ۳۰ روز و یا بیش از ده هزار پیام پست الکترونیک را طی یک سال مقرر کرده است - Dan Fingerman, «Spam Canned Throughout the Land? Summary of the CAN-SPAM Act with Commentary», *Journal of Internet Law* 8, vol. 7 (2004): 10. بخش ۳۵ قانون لنهام به خواهان اجازه می‌دهد خساراتی همچون عدم النفع، هزینه‌های تبلیغات اصلاحی با هدف بازیافتن کسب‌وکار از دست‌رفته، هزینه وکیل و خسارات تبییی را مطالبه نماید (LANHAM (TRADEMARK) ACT)؛ البته برای جبران خسارت ناشی از تبلیغات نادرست معیارهای اثباتی زیادی لحاظ می‌گردد. در واقع، برای اینکه خواهان مستحق خسارت باشد، باید نشان دهد که مصرف‌کنندگان، به‌واقع به‌وسیله تبلیغات نادرست متهم فریب خورده‌اند و اینکه بین تبلیغ نادرست مورد ادعا و زیان وارده به خواهان رابطه مستقیم وجود دارد (Francesca Barigozzi and Martin Peitz. «Comparative Advertising and Competition Policy» (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Dipartimento di Scienze Economiche (DSE) (2004): 7

است. طبق این ماده، کشورهای عضو باید وجود ابزار کافی و کارآمد برای مبارزه با تبلیغات گمراه‌کننده و انطباق تبلیغات مقایسه‌ای با مفاد قانونی را تضمین نمایند. چنین ابزاری باید شامل مفاد قانونی باشد که بر آن اساس اشخاص یا سازمان‌هایی که از دید قانون ملی، صاحب منافع مشروع در مبارزه با تبلیغات گمراه‌کننده یا تقنین در حوزه تبلیغات مقایسه‌ای هستند، بتوانند علیه چنین تبلیغاتی اقدام قانونی انجام دهند یا این تبلیغات را برای صدور حکم یا اقدام قانونی مناسب در محضر مقام صالح ارائه کنند. تصمیم درباره اینکه کدام‌یک از تسهیلات اشاره‌شده قابل دسترسی باشد بر عهده کشورهای عضو گذاشته شده است، در ادامه، به برخی از ضمانت‌اجراهای پیش‌بینی‌شده از سوی کشورها اشاره می‌کنیم.

در بریتانیای کبیر، ضمانت‌اجراهای متعارف نقض حقوق مرتبط با مالکیت فکری عبارتند از: الف. صدور دستور مبنی بر ممانعت از ادامه عمل؛ ب. حکم به پرداخت خسارات واردشده به مدعی یا محاسبه سود حاصله از سوی مدعی علیه (به انتخاب مدعی)؛ ج. محو و از بین بردن موارد نقض‌کننده؛ د. انتشار حکم به هزینه محکوم‌علیه؛ ه. بازپرداخت عمده هزینه‌های حقوقی ادعاکننده به انضمام سود کلیه مبالغ پرداخت شده. این موارد به‌طور قابل ملاحظه‌ای مؤثرتر از روش‌های اداری است که در زمان شکایت، پیرامون تبلیغات مقایسه‌ای در اختیار مقامات نظارتی قرار داشت.^{۱ و ۲}

۲-۲. حقوق ایران

پیرامون ضمانت‌اجرای عدم رعایت شرط قانونی تبلیغات مقایسه‌ای در حقوق ایران در کنار امکان استناد به قواعد عام مسئولیت، حسب مورد ضمانت‌اجراهای مختلفی در قوانین مربوطه وجود دارد که در ادامه مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

مسئولیت قانونی نیز به مسئولیت کیفری و حقوقی^۳ تقسیم می‌شود.^۴ در حوزه تبلیغات مقایسه‌ای، به‌صورت تلفیقی و گاه هم‌زمان چند ضمانت‌اجرا در قوانین مختلف پیش‌بینی شده است. براین اساس، ضمانت‌اجراهای پیش‌بینی‌شده در قوانین مختلف مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

1. <http://www.ligue.org/uploads/documents/2010rapportBGB.pdf>.

۲. برای مطالعه در خصوص حقوق فرانسه رجوع کنید به بند ۱۲ ماده ۱۲۱ قانون مصرف فرانسه (Derieux 1994, 510-530 به نقل از: کاظم معتمدنژاد، حقوق تبلیغات بازرگانی (تهران: دفتر مطالعات و توسعه رسانه‌ها، ۱۳۸۸، ۶۳).

۳. برای دیدن وجوه افتراق مسئولیت مدنی و کیفری، مراجعه کنید به ایرج گلدوزیان. بایسته‌های حقوق جزای عمومی (تهران: میزان، ۱۳۸۵)، ۶۶-۶۸، ناصر کاتوزیان، ضمان قهری - مسئولیت مدنی (تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۹)، ۱۲-۱۶.

۴. مراجعه کنید به مهراب داراب پور، مسئولیت‌های خارج از قرارداد (تهران: مجد، ۱۳۸۷)، ۲۹، پاتریس ژوردن، اصول مسئولیت مدنی، مجید ادیب (مترجم). (تهران: میزان، ۱۳۸۵)، مرتضی قاسم‌زاده. الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد (تهران: میزان، ۱۳۸۷)، ۲۱.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۶۹

۱-۲-۲. ضمانت اجرای مدنی

به‌طور کلی، مسئولیت مدنی خود به دو دسته مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری یا مسئولیت غیر قراردادی تقسیم می‌شود. با توجه به اینکه در حوزه تبلیغات، مصرف‌کنندگان و رقبا با ذی‌نفعان تبلیغات رابطه قراردادی ندارند، در مواردی که مسئولیت کیفری جاری نباشد، عمدتاً قواعد حاکم بر مسئولیت غیر قراردادی حاکم خواهد بود. در مواردی که شخص زیان‌دیده و شخصی که مرتکب فعل زیان‌بار شده است، هیچ‌گونه قراردادی باهم نداشته باشند و یا در صورت وجود چنین قراردادی، زیان وارده از آن قرارداد ناشی نشده، بلکه ناشی از نقض وظیفه‌ای قانونی باشد،^۱ مسئولیت عامل زیان، از نوع مسئولیت قهری یا غیر قراردادی خواهد بود.^۲

برای اعمال قواعد عام مسئولیت مدنی و قوانین مربوط به رقابت ناعادلانه در نظام حقوقی ایران و بیشتر نظام‌های حقوقی دیگر کشورها و به تعبیری تحقق مسئولیت مدنی، همواره وجود سه رکن لازم است: فعل زیان‌بار، ضرر^۳ و رابطه سببیت بین فعل و ضرری که وارد شده است. این سه شرط را می‌توان شروط ثابت مسئولیت نامید؛ زیرا وجود آن‌ها در هر حال برای تحقق مسئولیت ضرورت دارد.

۱-۲-۱-۱. الزام به انجام تعهد، جبران خسارات وارد شده، جمع‌آوری تبلیغ و جلوگیری از انتشار آن

رایج‌ترین ضمانت‌اجراهای حقوقی که در این زمینه در حقوق ایران مورد توجه قرار گرفته و به اشکال گوناگون در قوانین مختلف بدان پرداخته شده است، عبارت‌اند از: الزام به انجام تعهد، جبران خسارات وارده، جمع‌آوری تبلیغ و جلوگیری از انتشار آن.

قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده، ضمانت اجرای نقض ماده ۷ را (تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعاتی نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده گردد) افزون بر ضمانت اجرای کیفری، الزام به انجام تعهد و پرداخت خسارت می‌داند (ماده ۱۹ قانون مزبور و تبصره آن). همچنین، طبق ماده ۲۰ اجبار برای جمع‌آوری کالاهای عرضه‌شده، به‌منظور تعمیر و اصلاح و رفع عیب کالاهای فروخته‌شده یا خدمات عرضه‌شده نیز در صلاحیت مراجع ذی‌صلاح رسیدگی‌کننده

۱. حسینقلی حسینی نژاد، مسئولیت مدنی (تهران: مجد، ۱۳۷۷)، ۲۶ و ۱۶۵.

۲. این مبحث برگرفته از مقاله «مسئولیت کیفری وکیل دادگستری» است که برای مطالعه جامع آن می‌توانید مراجعه کنید به مقاله مزبور از بیژن حاجی عزیزی و سیده مریم اعتماد، «مسئولیت کیفری وکیل دادگستری»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۸، (۱۳۹۸)، ۷.

۳. اولین و مهم‌ترین رکن مسئولیت مدنی را پیدایش ضرر دانسته‌اند (مراجعه کنید به (امیر سپهوند. «مسئولیت مدنی»). فصلنامه کانون وکلا، شماره ۱۲۸ و ۱۲۹ (۱۳۵۳): ۱۴۰-۱۴۹.

قرار گرفته است. در 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 مطرح شده و در آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان آمده است: «در صورت صدور رأی قطعی (موضوع تبلیغ خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست)، سازمان تعزیرات حکومتی یک نسخه از رأی صادرشده را به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ارسال می‌نماید تا طبق ضوابط، از انتشار آگهی جلوگیری کند» (ماده ۷ آیین‌نامه مزبور).

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. نقض حق استفاده از علامت تجاری در ماده ۶۱ این قانون افزون بر ضمانت‌اجراهای کیفری که مورد اشاره قرار گرفت، جبران خسارت شخص زیان‌دیده را نیز در پی دارد. همچنین، در ماده ۶۰ قانون مزبور برای دادگاه این امکان پیش‌بینی شده است که افزون بر صدور دستور جلوگیری از نقض حقوق یا نقض قریب‌الوقوع حقوق و جبران خسارات مربوطه، تصمیم‌های دیگری برای احقاق حق اتخاذ نماید.

در متن پیش‌نویس لایحه تبلیغات بازرگانی نیز افزون بر ضمانت‌اجراهای صنفی پیش‌بینی شده، در صورتی که بر اثر تبلیغات نادرست زیانی به دیگران وارد شود، وفق ماده ۵۹ پیش‌نویس مزبور دادگاه می‌تواند افزون بر حکم به جبران خسارت، مسبب را حسب مورد، به جمع‌آوری تبلیغ، انتشار حکم محکومیت در رسانه‌های همگانی و یا عذرخواهی علنی از زیان‌دیده الزام نماید.

در دستورالعمل اجرایی تبلیغات شهری (محیطی) نیز، ضمانت‌اجرای پیش‌بینی‌شده ناظر بر تخلفات کانون‌های آگهی و تبلیغاتی است. در دستورالعمل و مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی نیز حسب ماهیت مصوبات مزبور و مرجع تصویب، امکان پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای کیفری وجود نداشته است. بند (ز) از مقدمه مجموعه ضوابط تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی مقرر می‌دارد: «چنانچه آگهی ارائه‌شده حسب ظاهر مغایرتی با این دستورالعمل نداشته باشد، ولی پس از پخش زیان و خسارتی را ایجاد نماید و خسارت ناشی از تقصیر و تخلف سفارش‌دهنده و سازنده باشد، سفارش‌دهنده و سازنده آگهی حسب مورد مسئول جبران خسارت خواهند بود». از آنجاکه با عنایت به قواعد عام مسئولیت مدنی، یکی از ارکان مسئولیت مدنی وجود «رابطه سببیت» بین فعل زیان‌بار و ورود ضرر است، قید مندرج در ماده فوق که مقرر می‌دارد: «خسارت ناشی از تقصیر...» باشد، زائد به نظر می‌رسد.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۷۱

افزون بر موادی که مورد اشاره قرار گرفت، بند یکم ماده ۱۰ ثالث کنوانسیون پاریس، کشورهای عضو اتحادیه را مکلف می‌نماید وسایل مراجعه قانونی مناسبی را برای جلوگیری مؤثر کلیه اعمال مندرج در مواد ۹، ۱۰ و ۱۰ مکرر در خصوص اتباع دیگر کشورهای عضو اتحادیه تأمین کنند.

۲-۲-۱-۲. دیگر ضمانت‌اجراهای مدنی

افزون بر آنچه گذشت، در قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم (۴۴) قانون اساسی، ضمانت اجرای نقض ماده ۴۵، به عنوان یکی از مواردی که به اخلاف در رقابت منجر می‌شود، در ماده ۶۱ قانون مزبور پیش‌بینی شده است. این ماده، طیفی وسیع از ضمانت‌اجراها را در برمی‌گیرد که مرجع رسیدگی کننده بسته به مورد می‌تواند درباره اعمال یک یا چند مورد تصمیم‌گیری کند. این ضمانت‌اجراها که به لحاظ تنوع در دسته‌بندی خاصی قرار نمی‌گیرند، عبارت‌اند از:

دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون؛ دستور به توقف طرفین توافق یا توافقاتی مرتبط با آن از ادامه رویه‌های ضد رقابتی مورد نظر؛ دستور به توقف هر رویه ضد رقابتی یا عدم تکرار آن؛ اطلاع‌رسانی عمومی در راستای شفافیت بیشتر بازار؛ دستور به عزل مدیرانی که برخلاف مقررات ماده (۴۶) این قانون انتخاب شده‌اند؛ دستور به واگذاری سهام یا سرمایه بنگاه‌ها یا شرکت‌ها که برخلاف ماده (۴۷) این قانون حاصل شده است؛ الزام به تعلیق یا دستور ابطال هرگونه ادغام که برخلاف ممنوعیت ماده (۴۸) این قانون انجام شده است و یا الزام به تجزیه شرکت‌های ادغام‌شده؛ دستور استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموالی که از طریق ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون تحصیل شده است از طریق مراجع ذیصلاح قضائی؛ دستور به بنگاه یا شرکت برای عدم فعالیت در یک زمینه خاص یا در منطقه یا مناطق خاص؛ دستور به اصلاح اساسنامه، شرکت‌نامه یا صورت‌جلسات مجامع عمومی یا هیئت‌مدیره شرکت‌ها یا ارائه پیشنهاد لازم به دولت در خصوص اصلاح اساسنامه‌های شرکت‌ها و مؤسسات بخش عمومی؛ الزام بنگاه‌ها و شرکت‌ها به رعایت حداقل عرضه و دامنه قیمتی در شرایط انحصاری. گفتنی است که جبران خسارات وارده و فرایند رسیدگی به آن نیز به‌طور مجزا در ماده ۶۶ مورد اشاره قرار گرفته است.

۲-۳. ارزیابی حقوق ایران در مقایسه با دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا

به‌طورکلی، در این زمینه دو دسته خسارت قابل تصور است: نخست، خسارت معنوی ناشی از هتک حیثیت شخص؛ دوم، خسارت مادی ناشی از بی‌اعتبار شدن شخص که در پی کم شدن مشتریان و به تبع آن کاهش درآمد وی رخ می‌دهد. در این میان، خسارت‌های معنوی که به‌صورت

مستقیم پدید می‌آید، مشمول قلمرو قاعده اتلاف قرار نمی‌گیرد؛ زیرا بر خسارت‌های معنوی عنوان اتلاف مال صادق نیست، ولی خسارت‌های مادی پیش‌گفته می‌تواند مشمول قاعده اتلاف (بالتسبیب) قرار گیرد. در واقع، در مسئله مورد بررسی از نظر عرفی، کم شدن درآمد مسلم در اثر کاهش مشتری، نوعی اتلاف با واسطه مال به شمار می‌آید. بنابراین، در فرضی که شخصی با بی‌اعتبار کردن دیگری باعث می‌شود که مشتریان رقیب و به تبع آن، درآمد وی کاهش یابد، مرتکب اتلاف با واسطه شده است و قاعده تسبیب علیه وی قابل استناد خواهد بود.^۱

خاطر نشان می‌شود که مواردی همچون توقف انتشار آگهی و عدم تکرار آن، جمع‌آوری تبلیغ، اطلاع‌رسانی عمومی و ایجاد شفافیت در بازار از جمله ضمانت‌اجراهای اساسی و بنیادین در حوزه تبلیغات و تبلیغات مقایسه‌ای است که باید بیش و پیش از دیگر ضمانت‌اجراها بدان توجه داشت. در حقوق خارجی، به برخی از ضمانت‌اجراهای کاربردی اشاره شده است؛ از جمله: تعلیق موقت تبلیغاتی که شائبه غیرقانونی بودن دارد، درخواست ارائه مدارک از تبلیغ‌کننده در راستای صحت ادعاهای مطروحه در تبلیغ، توقف تبلیغات غیرقانونی در صورت صدور حکم به نفع شاکی، انتشار حکم دادگاه و انتشار تبلیغات اصلاحی از سوی محکوم.^۲

افزون بر خلأ فوق، متأسفانه در تنظیم برخی از مواد موجود نیز دقت نظر کافی به چشم نمی‌خورد و به علت فقدان انسجام لازم در تنظیم متون مزبور، شاهد تشتت در این زمینه هستیم؛ امری که به هیچ‌وجه زمینه قانون‌گذار نیست.

نتیجه‌گیری

۱. هر چند در حقوق داخلی، تصویب قوانین جامع و متناسب با نیازهای جامعه در حوزه تبلیغات به‌طور عام، و حوزه تبلیغات مقایسه‌ای به‌طور خاص امری اجتناب‌ناپذیر است و انتظار می‌رود شرایط و ضوابط تبلیغات به‌گونه‌ای شود که مشخص گردد به‌طور دقیق، رعایت نکردن کدام موارد موجب غیرقانونی شدن تبلیغات می‌شود، اما تا آن زمان برای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، رقبا و صاحبان انحصاری حق باید از قواعد عام و خاص موجود برای استخراج اصول و ضوابط لازم‌الرعايه بهره برد. به این ترتیب، می‌توان قائل به این بود که در حقوق داخلی، مهم‌ترین ممنوعیت در زمینه تبلیغات مقایسه‌ای، غیر واقعی بودن تبلیغات مزبور است و در

۱. سید محمد مهدی قبولی درافشان، سعید محسنی و ملیحه ماسنانی، «رقابت مکارانه در قالب بی‌اعتبار کردن رقیب در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱ (۱۳۹۵): ۳۱۸.

۲. خدیجه حسینی سرچشمی، «تبلیغات تجاری خلاف واقع در حقوق علایم تجاری و حقوق رقابت» (پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۹۲)، ۵۸ و ۵۹.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۷۳

خصوص تبلیغات مقایسه‌ای مطابق با واقع و غیر گمراه‌کننده، ممنوعیت قانونی وجود ندارد. دیگر نکات ضروری در این حوزه، با رعایت دیگر قواعد عام حقوقی، همچون اصل حسن نیت، جبران خسارت، رقابت مشروع، عدم تجاوز به حقوق دیگران تأمین خواهد شد.

۲. در حوزه ضمانت اجرای نقض تبلیغات مقایسه‌ای در تنظیم برخی از مواد موجود نیز متأسفانه دقت نظر کافی به چشم نمی‌خورد و به علت فقدان انسجام لازم در تنظیم متون یادشده، شاهد تشتت در این زمینه هستیم؛ امری که به هیچ‌وجه زیننده قانون‌گذار نیست. از آنجاکه بسیاری از ضمانت‌اجراهای یادشده واجد جنبه کیفری هستند، این عدم شفافیت گاه می‌تواند ناقض اصول حاکم بر قواعد کیفری نیز باشد.

۳. زمانی که تبلیغات مقایسه‌ای ناقض رقابت مشروع یا ناقض قوانین مربوط به کپی‌رایت و علائم تجاری است، بر اساس قواعد عام حقوقی و قواعد ناظر بر مسئولیت مدنی باید قائل به این بود که افزون بر رقبا، مصرف‌کنندگان، سازمان‌ها یا انجمن‌های ذی‌ربط نیز حق طرح دعوا را دارند.

۴. اعمال قوانین کلی مربوط به رقابت ناعادلانه و جبران خسارت بر اساس قواعد کلی مسئولیت نیز باید مدنظر قرار گیرد. به‌رغم مزایا و محاسن تبلیغات مقایسه‌ای مهم است که به علت ویژگی‌های خاص تبلیغات مقایسه‌ای (اشاره مستقیم یا غیر مستقیم در تبلیغات به دیگران) و به‌منظور جلوگیری از بدگویی، به‌خوبی از مصالح رقبا حمایت شود. این ملاحظه، اعمال قوانین کلی مربوط به رقابت ناعادلانه را -هرکجا که لازم باشد- برای جلوگیری از سوءاستفاده از اعتبار رقیب و یا تحقیر رقبا توجیه می‌نماید.

پیشنهادها

۱. در خصوص شرایط و ضوابط تبلیغات، مطلوب آن است این شرایط به‌گونه‌ای برشمرده شود که مشخص گردد به‌طور دقیق رعایت نکردن کدام موارد موجب غیرقانونی شدن تبلیغات می‌شود. بدین ترتیب، با روشن شدن ممنوعیت‌ها می‌توان قائل به آزادی تبلیغات در دیگر موارد بود.

۲. با توجه به اهمیت و گسترش روزافزون تبلیغات مقایسه‌ای و نیز به دلیل تأثیرگذاری بر حقوق مصرف‌کننده از یک‌سو، و درگیر شدن با حقوق رقبا از سوی دیگر، شفاف‌سازی ضمانت‌اجرای نقض شرایط این نوع از تبلیغات امری ضروری است و تدوین مقررات مربوطه را با توجه به احکام و مختصات این نوع از تبلیغات (همچون دستورالعمل خاص تبلیغات مقایسه‌ای اتحادیه اروپا) توجیه می‌نماید.

۳. مواردی، همچون توقف انتشار آگهی و عدم تکرار آن، جمع‌آوری تبلیغ، اطلاع‌رسانی عمومی و ایجاد شفافیت در بازار، از جمله ضمانت‌اجراهایی اساسی و بنیادین در حوزه تبلیغات و تبلیغات مقایسه‌ای است که باید بیش و پیش از دیگر ضمانت‌اجراها بدان توجه داشت؛ امری که متأسفانه در حقوق ایران به‌طور شایسته بدان پرداخته نشده است یا مغفول واقع شده و یا به‌صورت اختیاری، به صلاحدید مرجع رسیدگی‌کننده واگذار شده است.

۴. از موارد کارآمد و قابل استفاده در حوزه تبلیغات، مسئله «دستور موقت» موضوع مبحث ششم از قانون آیین دادرسی مدنی است که انتظار می‌رود مراجع رسیدگی‌کننده با عنایت به اهمیت مسئله تبلیغات، برای جلوگیری از گسترش‌های ناشی از تبلیغات مقایسه‌ای که خواهان ادعا می‌نماید، پس از اخذ تأمین مناسب وفق ماده ۳۱۹ از قانون مزبور، به صدور دستور موقت مبادرت نمایند.

۵. هرچند قرار دادن شورای رقابت، به‌عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات ناشی از تبلیغات مقایسه‌ای، منطبق با تخصصی شدن مراجع رسیدگی است، اما مطلوب‌تر آن است که در کنار آن، امکان اقامه دعوا در دادگاه را منتفی ندانیم؛ امری که در دستورالعمل کمیسیون اروپا درباره تبلیغات مقایسه‌ای مصوب ۶ اکتبر نیز پیش‌بینی شده است.

شرایط قانونی بودن تبلیغات مقایسه‌ای و ضمانت اجرای نقض آن... / اعتماد و زرکلام ۱۷۵

کتاب‌نامه

الف. کتب و مقالات

الف-۱. فارسی

- اردبیلی، محمدعلی. حقوق جزای عمومی، جلد ۱. تهران: میزان، ۱۳۸۶.
- اسماعیلی، محسن. تبلیغات بازرگانی: آثار، وضعیت حقوقی و بایسته‌های قانون‌گذاری. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶.
- بختیاروند، مصطفی، و اکرم آقامحمدی. «تبلیغات تجاری مقایسه‌ای»، دانشنامه حقوق اقتصادی ۸ (۱۳۹۴): ۹۷-۱۲۳.
- حاجی عزیزی، بیژن، و سیده‌مریم اعتماد. «مسئولیت کیفری وکیل دادگستری»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۸، (۱۳۹۸): ۷-۲۶.
- حبیبیا، سعید، و سمانه محبی‌فرد. «استفاده منصفانه از علائم تجاری غیر در تبلیغات مقایسه‌ای»، مطالعات حقوقی، شماره ۴، (۱۳۹۴): ۵۷-۸۷.
- حبیبیا، سعید، و محمدهادی میرشمسی. «جایگاه قواعد حقوق رقابت در قراردادهای انتقال و اجازه بهره‌برداری از حقوق مالکیت صنعتی»، حقوق خصوصی، شماره ۱۴، (۱۳۸۸): ۲۵-۶۹.
- حسینی سرچشمی، خدیجه، «تبلیغات تجاری خلاف واقع در حقوق علائم تجاری و حقوق رقابت» پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
- حسینی‌نژاد، حسینقلی. مسئولیت مدنی. تهران: مجد، ۱۳۷۷.
- داراب‌پور، مهرباب. مسئولیت‌های خارج از قرارداد. تهران: مجد، ۱۳۸۷.
- دهخدا، علی. لغت‌نامه دهخدا. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- رضوی، سیدعلی، سیدمحمد رضوی، و علی‌اصغر صائمی. «تبلیغات مقایسه‌ای در فقه اسلامی، حقوق ایران، فرانسه و اتحادیه اروپا». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱، (۱۳۹۷): ۱-۲۶.
- ژوردن، پاتریس. اصول مسئولیت مدنی. ترجمه مجید ادیب، تهران: میزان، ۱۳۸۵.
- سپهوند، امیر. «مسئولیت مدنی»، فصلنامه کانون وکلا، شماره ۱۲۸ و ۱۲۹، (۱۳۵۳): ۱۴۰-۱۴۹.
- صادقی، محسن، و صادق شمشیری. «مبانی حمایت از علامت تجاری از دیدگاه نظریه هزینه جست‌وجوی مصرف‌کننده»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، (۱۳۹۳): ۷۵-۱۰۸.
- قاسم‌زاده، مرتضی. الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد. تهران: میزان، ۱۳۸۷.
- قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی؛ سعید محسنی؛ ملیحه ماسنانی. «رقابت مکارانه در قالب بی‌اعتبار کردن رقیب در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره ۱، (۱۳۹۵): ۲۹۹-۳۲۱.

کاتوزیان، ناصر. ضمان قهری - مسئولیت مدنی. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.

گلدوزیان، ایرج. بایسته‌های حقوق جزای عمومی. تهران: میزان، ۱۳۸۵.

عمید، حسن. فرهنگ فارسی عمید. تهران: امیرکبیر، ۱۳۵۸.

قیاسی، جلال‌الدین، حمید دهقان، و قدرت‌الله خسروشاهی. حقوق جزای عمومی، جلد ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۵.

محمدحسینی طرقی، مرتضی. «نقطه آغازین اجرا و حکومت قوانین و مقررات»، کانون، شماره ۹۴، (۱۳۸۸): ۹۶-۱۲۱.

معمدئزاد، کاظم. حقوق تبلیغات بازرگانی. تهران: دفتر مطالعات و توسعه رسانه‌ها، ۱۳۸۸.

معین، محمد. فرهنگ معین. تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۱.

نوربها، رضا. زمینه حقوق جزای عمومی. تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳.

مصوبات

- آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۹۱.

آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی مصوب ۱۳۵۸.

دستورالعمل اداره کل تجاری صداوسیما با عنوان مجموعه مقررات و ضوابط تولید و پخش آگهی‌های رادیو و تلویزیونی سال ۱۳۹۵.

دستورالعمل اجرایی تبلیغات شهری (محیطی) مصوب ۱۳۹۴.

قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹.

قانون اجازه الحاق دولت ایران به اتحادیه عمومی بین‌المللی معروف به پاریس برای حمایت مالکیت صنعتی و تجاری و کشاورزی مصوب ۱۳۳۷.

قانون اساسی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۵۸.

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.

قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵.

قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳.

قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶.

قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸.

قانون مدنی.

قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹.

الف-۲. لاتین

- Barigozzi, Francesca, and Peitz, Martin. "Comparative Advertising and Competition Policy". Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Dipartimento di Scienze Economiche (DSE), 2004.
- Bernitz, Ulf. "The EC Directive on Comparative Advertising and its Implementation in the Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property". *Stockholm Institute for Scandinavian Law*. 2009.
- Berns Wright, Linda & Morgan, Fred W. "Comparative Advertising in the European Union and the United States". *Journal of Euro marketing*, vol. 11(2002): 3.
- BOJINCA, MOISE. "The Concept of Comparative Advertising and ITS Conditions of Legality". *Masaryk University*, 2009.
- C.Williams, Kaylene, and A. Page, Jr. Robert. "Comparative Advertising as a Competitive Tool". *7J. MARKETING DEV. & COMPETITIVENESS* 47, 48, 2013.
- Dunne, Robert. *COMPUTERS AND THE LAW; AN INTRODUCTION TO BASIC LEGAL PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION IN CYBERSPACE*. Britania: University of Cambridge, 2009.
- E. Villafranco, John. "The Law of Comparative Advertising in the United States". *IP Litigator January/February*, vol. 16, no.1, (2010): 1-7.
- Fingerman, Dan. "Spam Canned Throughout the Land? Summary of the CAN-SPAM Act with Commentary". *Journal of Internet Law* 8, vol. 7, (2004).
- Ilnu, Sujay. "Comparative Advertising & Infringement of Trademark". *Nirma University: <http://www.legalservicesindia.com/article/604/Comparative-Advertisement-&-Infringement-of-Trademark.html>*. 2013.
- L. Wilkie, William, and W. Farris, Paul. "Comparison Advertising: Problems and Potential". *Journal of Marketing*, vol. 39, no. 4. (1975): 7-15.
- M. Kirmani, Samia. "Cross-Border Comparative Advertising in the European Union". *Digital Commons @ Boston College Law School*, vol. 19(1996).
- Miskolczi-Bodnár, Péter. "Definition of Comparative Advertising". *European Integration Studies*, vol. 3, no. 1 (2004):55-73.
- Xingan, li. "E-marketing, Unsolicited Commercial E-mail, and Legal Solutions". *Webology*, vol. 3, no. 1 (2006):1-21.

B) Documents

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994.
Civil law.
Civil Liability Law approved in 1960.
Code of Civil Procedure approved in 2000.
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).

COUNCIL REGULATION (EC) No. 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs.

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

Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997.

Establishment and supervision regulations for the operation of advertising and propaganda centers approved in 1979.

Executive instructions, advertising, urban (environmental) approved in 2015.

Executive regulations of Article 7 of the Consumer Protection Law approved in 2012.

FIRST Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

Instructions of the General Commercial Office of the Radio and Television with the title of a set of rules and regulations for the production and broadcasting of radio and television advertisements in 2016.

LANHAM (TRADEMARK) ACT (15 U.S.C.) INDEX -Last updated in February 2016.

Law of the Fourth Economic, Social and Cultural Development Plan of the Islamic Republic of Iran, approved in 2004.

Law of the Sixth Five-Year Plan for Economic, Social and Cultural Development of the Islamic Republic of Iran, approved in 2016.

Law on Consumer Protection approved in 2009.

Law on Patents, Industrial Designs and Trademarks approved in 2007.

Law on Permitting the Accession of the Government of Iran to the International General Union known as Paris Convention for the Protection of Industrial Property, adopted in 1883.

Paris Convention for the Protection of Industrial Property. 1883.

The Constitution of the Islamic Republic approved in 1979.

The law amending the articles of the law of the fourth program of economic, social and cultural development of the Islamic Republic of Iran and the implementation of the general policies of the forty-fourth principle of the constitution.

C) Websites

Congress Bordeaux 2010 International League of Competition Law –United Kingdom report (<http://www.ligue.org/uploads/documents/2010rapportBGB.pdf>, last visited: 01/05/2018).

متن پیش‌نویس - <https://press.farhang.gov.ir/fa/news/۱۲۲۳۳۷> (last visited: 02/05/2018). لایحه تبلیغات بازرگانی جمهوری اسلامی ایران