

علائم تجاری بویایی: جلوه‌های نوین در حمایت حقوقی از علائم تجاری

جواد صالحی^{۱*}، احسان مؤمنی تدرجی^۲

۱. استادیار، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۴)

چکیده

علائم تجاری، معرف کالا یا خدماتی‌اند که صاحبان آن با به‌کارگیری آن علامت درصددند کالا یا خدمات خود را از کالا یا خدمات سایر رقبا متمایز کنند. این علائم تاکنون عمدتاً شامل گستره‌ای از علائم سنتی مانند علائم بصری بوده‌اند. لیکن در دو دهه اخیر علائم بویایی نیز پا به عرصه ظهور گذاشته‌اند. علامت تجاری بویایی، یک نشانگر مبدأ خیلی قوی است. این ویژگی در این علائم باعث شده است که تولیدکنندگان تمایل بیشتری به استفاده از این علائم برای متمایز کردن کالا یا خدمات خود از سایر رقبا نشان دهند. لیکن حمایت نکردن از این علائم راه را برای سوءاستفاده سایر رقبا باز گذاشته است. از این رو، حمایت قانونی از این علائم توجیه دارد. اما این حمایت با اشکال ثبت علائم در دو حوزه شرایط ماهوی و شکلی مواجه است و این اشکالات مستمسک مخالفان حمایت قانونی از این علائم تجاری نوظهور است. در عین حال برای حمایت از علائم بویایی دو گزینه جعل شرایط ماهوی و شکلی جدید یا بازتعریف و انطباق خصوصیات علائم بویایی بر شرایط ماهوی و شکلی علائم سنتی مطرح می‌شود. از این رو، در این مقاله تلاش شده است به‌طور عمده با تکیه بر گزینه دوم، ثابت شود که علائم بویایی در نظام حقوقی قابل حمایتند.

کلیدواژگان

ثبت، حمایت قانونی، علائم بویایی، علائم تجاری.

بیان مسئله

قدمت به کارگیری علائم تجاری به بیش از دو هزار سال قبل بازمی‌گردد. علائم تجاری تا پیش از قرن بیستم، اغلب شکل و ساختار یکسان و عمدتاً بصری داشتند. در اکثر قوانین ملی و معاهدات بین‌المللی پذیرفته شده بود که هر علامت یا ترکیبی از علائم نشان‌دهنده تمایز میان یک کالا از کالاهای مشابه می‌تواند یک علامت تجاری محسوب شود (Brooke & Skilbeck, 1994, p.100). این علامت می‌تواند یک یا ترکیبی از کلمات، حروف، اعداد، اشکال، طرح‌ها، اسامی، امضا، عناوین، تصاویر، رنگ‌ها باشد. از اواخر نیمه دوم قرن بیستم، در شکل و نوع علائم تجاری تحولی شگرف صورت پذیرفت و علائم جدیدی مانند علائم بویایی ایجاد شد. تولیدکنندگان کالا و عرضه‌کنندگان خدمات این علائم نوظهور را برای تمایز میان محصول و خدمات خود از سایر رقبا به کار گرفتند و از این طریق به مشتری‌ها اطمینان دادند که با این علائم جدید به کالا یا خدمات اصیل دست می‌یابند، بدون اینکه احتمال تقلب در این علائم وجود داشته باشد. لیکن به مرور زمان مشخص شد سوءاستفاده از این علائم برای سایر رقبا کار سختی نیست. همان‌طور که تولیدکنندگان کالا و عرضه‌کنندگان خدمات اصیل می‌توانند این علائم را ایجاد و از آن‌ها بهره‌برداری کنند، سوءاستفاده‌کنندگان از این علائم نوظهور نیز می‌توانند برای جازدن کالای تقلبی به عنوان کالای اصلی این علائم بویایی را به کار گیرند.

از این رو، تولیدکنندگان کالا و عرضه‌کنندگان خدمات اصیل برای حل این معضل چاره‌اندیشی کردند. یک راه‌کار بیشتر وجود نداشت، متون نظری این علائم جدید وارد نظام حقوقی شود تا قانون از صاحبان این علائم تجاری بویایی برای استفاده در معرفی کالاها و خدمات خویش حمایت کند. خواسته تولیدکنندگان کالا و عرضه‌کنندگان خدمات این بود که در سایه حمایت قانون از علائم تجاری بویایی بتوانند ارتباطی را که میان علائم بویایی و محصول خاص در ذهن اشخاص به وجود می‌آید، کنترل کنند. ابتدا این خواسته بعید به نظر می‌رسید، زیرا هنوز خلأهای قانونی جدی وجود داشت. نظام حقوقی هنوز این علائم بویایی را به عنوان علائم تجاری نمی‌شناخت. بسترهای ورود این علائم نوظهور به عرصه علائم تجاری مهیا نبود. از این حیث

متون نظری علائم تجاری باید به نحوی با خصوصیات این علائم مطابقت یابد تا جایگاه خود را در نظام حقوقی بیابد.

اما برای ورود این مسئله به نظام حقوقی پاسخ به یک پرسش ضروری است. آیا علائم بویایی می‌توانند معیارهای مدنظر نظام حقوقی و به تبع آن قوانین را برای حمایت‌شدن کسب کنند؟ این پرسش به معیارهایی برای حمایت از علائم تجاری توجه دارد که عمدتاً برای علائم تجاری سنتی تعریف شده‌اند.

برای حمایت از علائم نوظهور باید هماهنگی معیارهای این علائم با معیارهای مثبت علائم تجاری سنتی (از قبیل تمایزبخشی، در دسترس بودن، قانونی بودن) و همچنین مغایرت آن‌ها با معیارهای منفی (از قبیل گمراه‌کننده بودن، نوعی بودن، ضروری بودن، توصیفی بودن) در نظام حقوقی تأمین شود. ولی این هماهنگی تنگناهایی دارد که شرایط ورود علائم تجاری بویایی را به دایره علائم تجاری سنتی پیچیده‌تر کرده است. مثلاً در علائم سنتی یکی از ابعاد قابل حمایت بودن، ثبت آن علامت است. این ثبت در اکثر نظام‌های حقوقی مراحل از قبیل فرستادن نمونه علامت، کپی یا نمایش گرافیکی آن به اداره ثبت را طی می‌کند، حال آنکه این فرایند در علائم بویایی به روش‌های مشخص‌شده در قوانین قابل تحویل، تثبیت و ارزیابی نیست. از این حیث ضروری است روش‌های دیگری از قبیل توصیف شرایط و موقعیت آن علامت برای ثبت علائم بویایی پیش‌بینی شود تا قانون ابتدا این شرایط را به رسمیت بشناسد، سپس، از این علائم حمایت کند. با این اوصاف در نگاه اول بعید به نظر می‌رسد بتوان بویایی را به عنوان علامت تجاری ثبت کرد و انتظار داشت قانون از آن حمایت کند. لیکن برخی کشورها مثل هلند (Rodau, 2002, p.372) پذیرفته‌اند که از دارندگان علائم بویایی به این علت که رایحه‌ای را از قلمرو عمومی مجزا کرده، در آن تغییراتی داده و آن را به شکل یک نماد درآورده‌اند، حمایت کنند. اما این نظریه مخالفانی دارد (Bainbridge, 2004, p.250). برخی از این مخالفان معتقدند این علائم نمی‌توانند حمایت شوند زیرا این علائم قابلیت به دست آوردن شرایط مثبت ماهوی علائم تجاری را ندارند. با این همه در این نوشتار تلاش شده است در مرحله اول فواید علائم تجاری بویایی و رفع

ایرادهای حمایت قانونی از این علائم تثبیت شود. در مرحله بعد شرایط ثبت علائم بویایی بر اساس شرایط ثبت علائم تجاری سنتی بازتعریف و مطابقت داده شود تا چشم‌اندازی در این عرصه فراروی جامعه حقوقی گشوده شود.

فواید حمایت از علائم تجاری بویایی و پاسخ به ایرادهای عدم امکان حمایت قانونی از آن

تحقیقات نشان داده است «حس بویایی» بر خلاف سایر حواس انسان، قابلیت بی‌نظیری در برگرداندن حافظه انسان دارد. به نظر برخی حس بویایی از این لحاظ که با سیستم لیمبیک^۱ مغز پیوند خورده است، از سایر حواس متمایز است. حافظه بویایی، تأثیر زیادی بر ناخودآگاه و همچنین، بر قدرت خلق پیوندهای جدید در ذهن انسان می‌گذارد (Holloway, 1999, p.28). قوه بویایی به‌طور مستقیم به بخشی از مغز که وظیفه پردازش، هیجان، یادآوری و یادگیری را بر عهده دارد، متصل است. عصب‌شناسان بر این باورند احتمال یادآوری چیزی که شما رایحه آن را استشمام کرده‌اید، در برابر چیزی که صرفاً آن را دیده‌اید، شنیده‌اید یا لمس کرده‌اید، به مراتب بیشتر است. دانشمندان دریافته‌اند لحظه‌ای که انسان می‌خواهد از طریق بینی، بوی آشنایی را تشخیص دهد (Proust, 2013, p.191)، مغز او حسی نظام‌مند را برای دریافت و تشخیص آن بوی خاص آماده می‌کند.

محققان در تحقیقات دیگر خود دریافته‌اند که مشتریان در رستوران‌های معطر به بوی اسطوخودوس در مقایسه با رستوران‌های فاقد این عطر، بیشتر تمایل دارند که توقف کنند. این تحقیقات نشان داده است بوی خوش، ابزاری قوی برای بازاریابی محسوب می‌شود (Gilson & Lalonde, 2005, p.783). شرکت‌هایی که علائم بویایی را به خدمت گرفته‌اند، در نتیجه این تحقیق، اعلام کرده‌اند که بو می‌تواند یک نشانگر مبدأ خیلی قوی محسوب شود. از این منظر، ثبت و حمایت از علائم بویایی می‌تواند باعث شود تولیدکنندگان بیشتر ترغیب شوند که در این زمینه

1. Limbic System

سرمایه‌گذاری کنند و عطرها را وارد عرصه تجارت کنند. علاوه بر این، مصرف‌کنندگان نیز به‌سادگی می‌توانند محصولات مورد نیاز خود را ارزیابی کنند و در یافتن کالای مورد نظر خود متحمل هزینه کمتری شوند (Lands & Posner, 1987, p.272). همچنین، این علائم برای برخی افرادی که مشکل بینایی دارند و افراد بی‌سواد، حیاتی محسوب می‌شود، زیرا آن‌ها با اتکا بر قوه بویایی می‌توانند محصولات مورد نظر خود را شناسایی کنند (Vaver, 2005, p.18). اما حمایت‌نکردن از این علائم باعث می‌شود که نسخه‌برداری از آن‌ها رایج شده و به گمراهی مصرف‌کننده منتهی شود (Bhagwan et al., 2007).

منافع مصرف‌کننده ایجاد می‌کند از علائم تجاری بویایی حمایت شود، زیرا وقتی اشخاص با محصولی روبه‌رو می‌شوند ممکن است مشخصه و نشان دیگری نداشته باشد و شخص مجبور باشد به بوی محصول مورد نظر اعتماد کند (Sahay, 2011, p.137). اگر این علائم حمایت نشوند، راه برای سوءاستفاده هموار می‌شود تا سودجویان بوی مورد نظر را در محصولات مشابه استفاده کنند و مصرف‌کننده را در تشخیص کالای اصلی به اشتباه بیاندازند. با این همه، طرفداران علائم تجاری سستی ایراد گرفته‌اند که از منظر آن‌ها نمی‌توان به حمایت قانونی از علائم بویایی امیدوار بود. لیکن این ایرادها خیلی جدی و عمیق نیست. برخی از این ایرادها به شرح زیر است که برای رفع آن‌ها راه‌حل‌هایی نیز وجود دارد:

۱. برای اینکه بوقبل از فروش محصول کارکرد علامت تجاری را داشته باشد، مشتریان قبل از اینکه محصول را بخرند، باید به بوی محصول دسترسی داشته باشند و در این صورت بوی مورد نظر می‌تواند مبدأ را نشان دهد، و مشتری را به خرید ترغیب کند. اگر قرار باشد مصرف‌کننده تا زمانی که محصول را برای استفاده به خانه می‌برد، نتواند بوی آن را استشمام کند، این فرصت از او گرفته می‌شود و بوعملاً کارکرد علامت تجاری در هنگام فروش را ندارد (Elias, 1992, p.477). این ایراد تا حد زیادی برطرف‌شدنی است. اگر تولیدکننده علامت بویایی مدنظر را در بسته‌بندی به‌طوری استفاده کند که خریدار بتواند قبل از بازکردن بسته آن را استشمام کند، خرید محصول بر مبنای علامت تجاری بویایی کار مشکلی نیست. از طرفی کمتر تولیدکننده‌ای پیدا می‌شود که

علامت تجاری کالای تولیدی خود را علامت بویایی قرار داده باشد، ولی مشتری قبل از خرید نتواند این بو را استشمام کند و به اصالت کالای مد نظر خود پی ببرد (Lindstorm, 2005, p.123). در چنین وضعیتی چه انتظاری از خریدار است که بدون دسترسی به علامت بویایی مدنظر کالا را خریداری کند.

۲. اگر علائم بویایی بخواهند علائم تجاری معتبری محسوب شوند، نه تنها مصرف‌کننده باید قادر باشد بوی مورد نظر را تشخیص دهد، بلکه باید بتواند بر مبنای قابل‌اعتماد بودن علامت بویایی یادشده را با محصول یا تولیدکننده آن ارتباط دهد، حال آنکه این ضرورت در علائم تجاری بویایی صورت نمی‌پذیرد (Elias, 1992, p.480). این اشکال نیز قابل حل است، زیرا حافظه بلندمدت انسان تنها با یکبار استشمام بو شکل می‌گیرد و بعد از آن مانند یک عادت، این اتصال و پیوند برای مدت‌های زیادی در خاطر او باقی می‌ماند. همان‌طور که انسان برای اولین بار با یک نوع عطر رابطه برقرار می‌کند، برای او مشکل است که بتواند عطر دیگری را در همان شرایط جایگزین آن کند (Engan, 1991, p.479)، مسئله باقی ماندن یک بو در حافظه بلندمدت انسان به‌سختی قابل حذف و جایگزینی است. از این رو، بی‌شک رابطه‌ای قوی بین بو و حافظه انسان وجود دارد. اگر بویی در محصولی به‌کار گرفته شده باشد، هر زمان که انسان به آن فکر کند، آن بو را به خاطر می‌آورد. از این رو به نظر می‌رسد در این شرایط، برخی بوها با برخی محصولات پیوند خورده‌اند.

۳. حس بویایی، حافظه را بیش از سایر حواس تحریک نمی‌کند (Fleck, 2003, p.22). این ایراد در حالی مطرح است که تحقیقات ثابت کرده است حس بویایی یکی از محرک‌ترین حواس انسان است (Hawkes & Doty, 2009) و همین مسئله باعث می‌شود داشتن خاطره‌ای از یک بو، تجربه‌های گذشته را نیز زنده کند. از این رو، علائم بویایی که قوی‌ترین راهنمای ذهنی‌اند، نشانگرهای مبدأ قوی‌ای محسوب می‌شوند. در عین حال نیاز نیست تحریک حافظه به وسیله بو، بیشتر از سایر حواس باشد تا بو بتواند قابلیت علائم تجاری را به دست آورد. زیرا صرف توانایی افراد در پیوند دادن بو با حافظه نشان می‌دهد بو می‌تواند هدف اصلی علائم تجاری یعنی تمایزبخشی را تأمین کند.

۴. نمایش گرافیکی در ثبت علائم بویایی ممکن نیست. از این منظر توصیف بو، چه به‌طور شفاهی و چه به‌طور نوشتاری دقیق نیست (Reimer, 2013, p.711)، زیرا نمی‌توان توصیف قابل فهمی از علائم بویایی در دفاتر ثبت برای متقاضیان آن ثبت کرد (Churovich, 2001, p.293). در رفع این ایراد باید این واقعیت را در نظر گرفت که نمایش گرافیکی، پیش‌شرط برخی نظام‌های حقوقی است که ارائه آن را هنگام تقدیم اظهارنامه ضروری دانسته‌اند. در حالی که مهم‌ترین ملاک‌ها در علائم تجاری، کارکرد تمایزبخشی و نشان‌دهندگی مبدأ آن است. اگر وصفی از یک علامت بتواند این ملاک‌ها را برآورده کند، دیگر استناد به شرایط شکلی جزئی نیاز نیست. در عین حال اگر قوانین ضرورت رعایت پیش‌شرط نمایش گرافیکی را ابزاری برای رد حمایت از علائم بویایی می‌دانند، این امر ناشی از مخالفت آن‌ها با دیگر شرایط ماهوی (کمبود بو) است. آن‌ها به این نظریه اعتقاد دارند که به دلیل تأمین نشدن شرایط ماهوی دیگر باید شرط نمایش گرافیکی تأمین شود. این مخالفت در حالی است که نمی‌توان به صرف فقدان همه شرایط در علائم تجاری نوظهور، صورت مسئله (حمایت از علائم بویایی) را پاک کرد.

۵. بوها و عطرها را می‌توان از طریق سایر شاخه‌های مالکیت فکری (از قبیل اسرار تجاری و اختراعات) حمایت کرد. ضمن اینکه حمایت پیش از اندازه از یک علامت (بویایی)، مصرف‌کننده را از مزایای دیگر آن مانند قیمت ارزان و کیفیت بالا محروم می‌کند و موجب سوءاستفاده دارنده انحصاری آن علامت می‌شود (Karapapa, 2010, p.1340). این ایراد اهمیت ندارد، زیرا این همپوشانی فقط در علائم بویایی صورت نمی‌پذیرد. برای مثال، در بسیاری از قوانین دیده می‌شود که نرم‌افزارهای رایانه‌ای هم به عنوان یک اختراع می‌توانند ثبت شوند و هم مشمول نظام حمایت از نرم‌افزارهای رایانه‌ای شوند. لذا اگر علامت تجاری بویایی شایستگی دارد که در ذیل چند نظام حمایتی قرار گیرد، دلیل موجهی نیست که قابلیت حمایت از بو را در نظام علائم تجاری نفی کنیم.

۶. مصرف‌کنندگان نمی‌توانند بویی را با یک محصول خاص شناسایی کنند. برای مثال اگر در آگهی تبلیغاتی محصولی با بوی لیمو تبلیغ شده باشد و مصرف‌کننده هنگام خرید به اشتباه محصولی را با بوی پرتقال خریداری کند، باید مصرف‌کننده برای شناسایی دقیق کالا به عناصر

دیگر شناسایی‌کننده کالا مثل نام محصول، شکل محصول و جز آن واقف باشد و این به آن معنا است که علامت بویایی بی‌فایده است (Fleck, 2003, p.24). در پاسخ به ایراد باید دقت کرد که اشتباه مصرف‌کننده در چنین مواردی از علامت تجاری بویایی ناشی نمی‌شود، بلکه سهل‌انگاری مصرف‌کننده باعث چنین اشتباهی می‌شود. همان‌طور که چنین سهل‌انگاری و اشتباهی در سایر علائم تجاری نیز ممکن است رخ دهد. اما اگر این اشتباه فراگیر باشد و عده قابل توجهی به این اشتباه بیفتند، باز هم اشکال از کلیت علامت بویایی نیست، بلکه این ایراد ناشی از این است که علامت یادشده کارکردهای علائم تجاری بویایی را نداشته است و از ابتدا نباید به عنوان یک علامت تجاری بویایی معرفی می‌شد.

شرایط ماهوی و شکلی ثبت علائم تجاری بویایی

ثبت علائم تجاری تشریفاتی دارد که قانون، محدوده آن را مشخص می‌کند. این تشریفات که در دو دسته شرایط ماهوی و شکلی قرار می‌گیرند، از سوی نظام‌های حقوقی معرفی می‌شوند. شرایط ماهوی به دو صورت مثبت و منفی رخ می‌دهد. عمده این شرایط در نظام‌های حقوقی مختلف، یکسان و در عین حال به علائم تجاری مختلف قابل تسری‌اند. علائم تجاری بویایی برای برخورداری از حمایت قانونی باید این تشریفات را نیز پشت سر بگذارند. لیکن بسیاری از این شرایط منطبق بر علائم تجاری سنتی است، زیرا مقنن بنا به اقتضای زمان قانون‌گذاری برای اولین بار با علائم سنتی برخورد داشته و خود را با شرایط آن وفق داده و به آن وابسته شده است. در عین حال نمی‌توان از حمایت علائم تجاری نوظهور امتناع کرد. تحولات و نیازهای روزافزون جامعه، توقع افراد جامعه را در حمایت از دستاوردهای جدید بشری به دنبال دارد. قانون‌گذار ملزم است با پیش‌رفتن تحولات نوظهور، حمایت‌های لازم را از نتایج مثبت و مفید آن برای جامعه در نظر گیرد تا راه سوءاستفاده و ایجاد هرج‌ومرج ناشی از آن را بسته باشد. لذا حمایت از علائم تجاری بویایی ضروری است. اما بحث بر سر چگونگی حمایت و فراهم کردن بسترهای زمینه‌ساز این حمایت است.

اینک که علائم تجاری بویایی مطرح شده‌اند، برای بسترسازی حمایت از آن فقط دو راه وجود

دارد، ۱. شرایط جدیدی برای حمایت قانونی از علائم تجاری بویایی معرفی شود که متضمن سپری شدن زمان و تجربه زیادی است، یا ۲. شرایط موجود برای علائم تجاری سنتی برای علائم تجاری بویایی نیز به کار گرفته شود، که این مسئله نیز خالی از اشکال نیست. عمده اشکال‌های راهکار اخیر، در مرحله بازتعریف و تطبیق شرایط ماهوی علائم سنتی بر علائم تجاری بویایی رخ می‌دهد. با وجود این، این اشکال نباید مانع حمایت قانونی از این علائم باشد. از این رو، در ادامه تلاش شده است راه‌حلهایی برای بازتعریف و تطبیق شرایط علائم سنتی بر علائم جدید بویایی جعل و بیان شود.

شرایط ماهوی (مثبت و منفی)

علامت می‌تواند حامل هر نشانی برای رساندن یک پیام باشد. علامت هر کالا، نشان‌دهنده کیفیت تولید کالا توسط تولیدکننده‌ای خاص است. این پیام فقط از طریق نمادهای دیداری ارسال نمی‌شود و واضح است که سایر حواس غیردیداری انسان نیز قابلیت رساندن این پیام را دارند (Korah, 2006, p.199). علامت می‌تواند مانند «چراغ راهنما» عمل کند تا مصرف‌کننده با توجه به آن، بتواند مبدأ محصول مورد نظر را شناسایی و به مقصود خود، یعنی همان کالا یا خدمات دست یابد. از این رو علامت می‌تواند هر چیزی باشد که در ذهن مصرف‌کننده تداعی‌کننده کالا یا خدمات معرف آن علامت است. در این شرایط می‌توان ادعا کرد با معرفی یک علامت بویایی، می‌توان حس بویایی افراد را تحریک کرد و اشخاص را بدین وسیله بر شناسایی محصولات مورد نظر خویش و تفکیک از محصولات سایر رقبا یاری کرد.

لیکن این خصوصیات در علائم بویایی باید قابل بازتعریف و تطبیق با شرایط ماهوی مثبت و منفی موجود برای علائم تجاری سنتی باشد تا بتوان از آن‌ها به عنوان مستندی برای حمایت از علائم بویایی در نظام حقوقی بهره‌برداری کرد. از این رو ضروری است مطابقت این خصوصیات با شرایط ماهوی مثبت و منفی به تفکیک بررسی و تحلیل شود، تنگناهای احتمالی آن شناسایی و راه‌حل‌های احتمالی آن معرفی شوند.

شرایط ماهوی مثبت

نظام‌های حقوقی، علائم تجاری را از چند بُعد ارزیابی می‌کنند، ۱. علامت باید قدرت نشان‌دادن مبدأ را داشته باشد، ۲. علامت باید نشان‌دهنده کیفیت پایدار یک محصول باشد و ۳. علامت باید حاوی اطلاعاتی برای عرضه به مخاطبان باشد (Karapapa, 2010, p.1342). کما اینکه بند ۱ ماده ۱۵ موافقت‌نامه تریپس نیز با تکیه بر این شرط تصریح می‌کند «علامتی قابل ثبت است که ذاتاً متمایزکننده و مشخص‌کننده باشد». در عین حال این خصوصیات بر مبنای میزان «تمایزبخشی» علامت تجاری مشخص می‌شود. مسئله این است که آیا بوها نیز می‌توانند تمایزبخش باشند؟ هنگامی که شخصی عطر خاصی به مشامش می‌رسد، آیا استشمام این عطر، می‌تواند مبدأ کالا را در ذهن او مجسم کند؟ در پاسخ می‌توان به رویه‌ای عملی استناد کرد که نشان می‌دهد وقتی عطری به عنوان علامت تجاری به محصول ذاتاً غیرمعطر افزوده می‌شود، میزان تمایزبخشی آن بالا می‌رود. تمایزبخشی علائم بویایی موجب می‌شود مصرف‌کنندگان بتوانند کالای مورد نظر خویش را تشخیص دهند، حتی اگر نام محصول را به خاطر نیاورند. به علاوه اگر مصرف‌کننده نتواند منظور خود را راجع به بویی که قبلاً استشمام کرده است، در قالب کلمات توصیف کند، بو حافظه او را خودبه‌خود تحریک می‌کند و باعث می‌شود بتواند محصول مدنظرش را تشخیص دهد.

علائم بویایی، مانند علائم سستی تجاری می‌توانند هنگام تکمیل کردن اظهارنامه برای ثبت علامت، تمایزبخش باشند (تمایزبخشی ذاتی)^۱. علائمی که ذاتاً تمایزبخش نیستند نیز از طریق به‌کارگیری مکرر می‌توانند تمایزبخشی را کسب کنند (تمایزبخشی اکتسابی)^۲، بند ۱ ماده ۱۵ موافقت‌نامه تریپس به این نوع از تمایزبخشی به این شرح اشاره کرده است که «... می‌توان ثبت علامت را به تمایز ناشی از استعمال علامت مشروط کرد». در تمایزبخشی ذاتی، اغلب بوی مورد نظر به صورت «من‌درآوردی»^۳ به محصول اضافه می‌شود و این بو هیچ ربطی با محصول مورد نظر

1. Inherent Distinctiveness
 2. Acquired Distinctiveness
 3. Arbitrary

ندارد. علائم من‌درآوردی، علائمی‌اند که معنی خاص، یا پیوند و سنخیتی با محصول مورد نظر ندارند. این نوع علائم، قوی‌ترین نوع علائم از لحاظ تمایزبخشی محسوب می‌شوند (Hammersley, 1998, p.112). تمایزبخشی اکتسابی هنگامی است که به‌طور استثنایی منحصربه‌فرد و بی‌نظیر بوده و به اندازه کافی برای جذب مصرف‌کنندگان قابل توجه باشد.

با وجود این هر دو نوع علامت، به نوعی اصالت نیاز دارند، تا بتوانند حمایت شوند. زیرا اثر ابتکاری از این منظر باید آفرینش خود پدیدآورنده باشد و از اثر دیگری نسخه‌برداری نشده باشد (میرحسینی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۲). در حالی که چنین شرطی در قوانین علائم تجاری به چشم نمی‌خورد. یعنی در قوانین حتماً لازم نیست علامت خلاقانه، بدیع و جدید باشد تا بتواند ثبت شود. علائمی که بتوانند چنین وصفی را برآورده کنند، نسبت به علائم معمولی، قدرت تمایزبخشی بیشتری دارند. حتی برخی عقیده دارند که هر چند شرط اصالت به عنوان یک شرط الزامی که توسط قانون‌گذار وضع شده است، جریان ندارد، غیرممکن است یک علامت بتواند در ذهن مصرف‌کننده به عنوان یک متمایزکننده اثر گذارد، مگر مقداری از اصالت در آن وجود داشته باشد (Fhima, 2005, p.72). لذا با توجه به ماهیت خاص علائم بویایی، شاید بتوان گفت برای ثبت این علائم مقداری خلاقیت و بدیع بودن لازم است. با این حال شرط تمایزبخشی را زمانی می‌توان ادعا کرد که بو به یک محصول غیرمعطر ضمیمه شده باشد، یا بوی مورد نظر برای جذب کردن مشتری فوق‌العاده منحصربه‌فرد باشد. مثلاً متقاضی ثبت بوی چمن برای توپ تنیس، تنها تولیدکننده توپ تنیس با بوی چمن است که به بازار ارائه شده است (Phillips, 2003, p.123) و مصرف‌کنندگان می‌توانند به راحتی محصول او را تشخیص دهند.

شرایط ماهوی منفی

گمراه‌کنندگی

یکی از عناصر ماهوی منفی علائم تجاری، عنصر «گمراه‌کنندگی» است. گمراه‌کنندگی بدین معناست که علامت تجاری نباید مصرف‌کننده را از لحاظ جنس یا مبدأ کالا به اشتباه بیندازد یا فریب دهد (میرحسینی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳). معیارهای متفاوتی برای تعیین گمراه‌کنندگی وجود دارد

که از جمله آنها می‌توان به قدرت تمایزبخشی، استحکام علامت تجاری، میزان ارتباط کالاها و خدماتی که طرفین آنها را برای علامت به کار گرفته‌اند، مشابهت علامت‌ها، هر نوع دلیل واقعی بر اینکه گمراهی اتفاق افتاده است، کانال‌هایی که کالاها را از طرفین جهت فروش به آنها روانه شده‌اند، میزان مراقبتی که دارنده علامت تجاری از علامت خود کرده است، اشاره کرد.

در توجیه عنصر گمراه‌کنندگی، برخی عقیده دارند بوها و رنگ‌ها از عناصر اولیه تشکیل می‌شوند و به یکدیگر شباهت‌های زیادی دارند. از نظر آنها همان‌طور که در رنگ‌ها تمایزبخشی تا حدی دشوار است، تشخیص بوها نیز با مشکلاتی مواجه است و ناگزیر باید برای تشخیص آنها از متخصصان کمک گرفت. از این رو، آنها «نظریه اغتشاش»^۱ را مطرح می‌کنند (Elias, 1992, p.485). با وجود این، این نظریه مساوی با معیار گمراه‌کنندگی نیست، بلکه نوعی از گمراه‌کنندگی محسوب می‌شود. راجع به اغتشاش در این علائم این نگرانی وجود دارد، که نمی‌توان استاندارد خاصی برای تشخیص آنها در نظر گرفت. بدین علت که این علائم مبتنی بر حس انسان‌ها هستند و تغییرات ساده در این علائم، اختلاف‌های بزرگی را در درک آنها ایجاد می‌کند (Port, 2011, p.37). متغیرهای زیادی از جمله شرایط محیطی، سن، جنس، وضعیت جسمانی افراد بر درک بوها تأثیرگذارند.

اتکا به نظریه اغتشاش در علائم بویایی تا حدی اهمیت دارد که وجود این عیب در علائم تجاری باعث گمراهی شود. البته با وجود تفاوت‌هایی که در میزان تمایزبخشی و سایر کارکردهای علائم بویایی تجاری وجود دارد، نمی‌توان نسبت به آنها تصمیم‌گیری عمومی کرد و همه آنها را گمراه‌کننده دانست. در نتیجه باید علائم بویایی را تک‌تک بررسی کرد و در صورت وجود اغتشاش که در نتیجه آن گمراه‌کنندگی نیز وجود دارد، از ثبت این علائم بویایی جلوگیری کرد.

نوعی و توصیفی بودن

برخی از علائم تجاری تا حدی به شهرت می‌رسند که به اصطلاح عوام‌زده می‌شوند و در عمل

به جای اسم عام جنس به کار می‌روند. این نوع علائم به جای نشان دادن مبدأ کالا یا خدمات، جنس یا طبقه محصول را مشخص می‌کنند. برای مثال، ابتدا گرامافون یک علامت تجاری محسوب می‌شد، اما طی سالیان متمادی به اسم عام دستگاه پخش‌کننده موسیقی تبدیل شد (شمس، ۱۳۸۲، ص ۷۷).

معیار «نوعی بودن» ما را متوجه چیزی می‌کند که در ذهن مصرف‌کننده برای شناسایی محصول یا تولیدکننده، مفهوم اصلی است. یک بو ممکن است تمایزبخشی خود را با استفاده بیش از حد از دست بدهد و به یک نشان نوعی تبدیل شود. برای مثال بوی لیمو در زمینه مواد شوینده بسیار معمولی و رایج شده است و باید نسبت به این محصولات نوعی محسوب شود و از ثبت آن به عنوان یک علامت تجاری بویایی برای این محصولات جلوگیری شود. زیرا علائم نوعی، از آنجا که نشان‌دهنده نوع محصولند، حمایت نمی‌شوند.

در عین حال علامت تجاری ممکن است حالت توصیفی^۱ به خود بگیرد. این علامت، هنگامی علامت توصیفی به حساب می‌آید که به ترکیب، کیفیت یا ویژگی‌های اساسی یک کالا یا خدمت اشاره کند. برای مثال نام براق‌کننده برای محصولات شوینده توصیفی محسوب می‌شود، زیرا براق‌کنندگی، اساسی‌ترین خصوصیت این محصولات را توصیف می‌کند. البته خصوصیت یادآورندگی که مهم‌ترین خصوصیت علائم تجاری است، گاه با مفهوم توصیفی بودن اشتباه گرفته می‌شود که احتیاج به بررسی دارد. با وجود این، این علائم از لحاظ تمایزبخشی بسیار ضعیفند، زیرا آن‌ها به دنبال توصیف محصول مورد نظرند. متقاضی در این نوع علائم باید ثابت کند که تمایزبخشی را مدنظر قرار داده است. لیکن در بیشتر موارد این علائم نیز مانند علائم نوعی، غیرقابل حمایتند، کما اینکه اتحادیه علائم تجاری اروپا نیز به صراحت اعلام کرده است که «خصوصیات اساسی کالا یا خدمات مورد نظر را نمی‌توان به عنوان علامت تجاری ثبت کرد» (Hammersley, 1998, p.115).

کمبود بو

تنوری «کمبود بو»^۱ از موانع دیگر ماهوی برای ثبت علائم بویایی است. یافته‌های محققان نشان می‌دهد که مغز انسان تنها ۶ بو را برای مدت زمان طولانی به خاطر می‌سپارد (Churovich, 2001, p.294). به بیان دیگر تعداد علائم حسی که مردم می‌توانند آن‌ها را درک کنند، محدودند. انحصار حقوق علائم تجاری بر یکی از این علائم، دسترسی به آن را برای افراد دیگر کاهش می‌دهد. دکترین کمبود بو که ابتدا در علائم رنگی در ایالات متحده مطرح شد، در علائم بویایی هم اعمال می‌شود، زیرا در عطرها اولویت‌های مشترکی وجود دارد. این اولویت‌های مشترک به این معناست که تعداد بسیار کمی بوی دلپذیر وجود دارد (Burgunder, 1991, p.472) که متقاضیان علائم تجاری بیشتر آن‌ها را ترجیح می‌دهند.

از این رو، نظریه پردازان، کمبود بو را مانعی جدی بر سر راه علائم تجاری بویایی می‌دانند. علاوه بر این به علت ماهیت بین‌المللی و منطقه‌ای ثبت علائم تجاری، ثبت بو در یک کشور موجب می‌شود از تعداد علائم قابل قبول و مدنظر افراد کاسته شود. این وضعیت در سطح منطقه‌ای و جهانی کاهش رقابت را در پی دارد. با وجود این، این نظریه‌ها هنوز در سطح دکترین هستند و قدرت لازم الاجرای را در نص قوانین ندارند، و بسته به نظام حقوقی کشورها باید دید که رویه قضایی و نظام حقوقی آن‌ها چقدر تحت تأثیر این وضعیت قرار می‌گیرد.

کارکردی بودن

دکترین «کارکردی بودن» متضمن این معنا است که مشخصه‌ای را که برای یک محصول ضروری است، نمی‌توان به عنوان علامت تجاری تحت حمایت قانون درآورد. به عبارتی دیگر، اگر نشانه یا مشخصه‌ای در کاربرد کالایی ضروری باشد، آن نشانه یا خصوصیت قابل حمایت نیست (Reimer, 2013, p.700).

کارکردی بودن را می‌توان از جنبه‌های گوناگون تفکیک کرد. تمرکز بر بهترین روش به کارگیری

مشخصه یک محصول و به انحصار در آوردن آن، می‌تواند کارکردی محسوب شود، یا اینکه مشخصه مورد نظر برای به‌کارگیری محصول ضروری باشد، یا مشخصه‌ای از بین مشخصه‌های گوناگون یک محصول انتخاب شود که دیگران را از کاربرد آن محروم کند.

برخی عقیده دارند دکترین کارکردی بودن در علائم بویایی راه ندارد (Morris, 2012, p.42). دکترین کارکردی بودن پا به عرصه ظهور گذاشته است تا از موانع رقابت جلوگیری کند، در حالی که رد ثبت علائم بویایی باعث ترویج رقابت ناعادلانه می‌شود. صرف تملک کارکرد یک محصول، کارکردی بودن علامت را نشان نمی‌دهد. تولیدکنندگان، نبوغ و سرمایه‌هایشان را در خلق یک بو صرف می‌کنند و رد یک بو باعث می‌شود هدف حقوق علائم تجاری در حمایت از سرمایه‌گذاری برآورده نشود. از این منظر، می‌توان علائم بویایی را به سه دسته تقسیم کرده، سپس، میزان کارکردی بودن را در آنها تعیین کرد.

۱. **علائم بویایی اولیه**^۱: علائم بویایی هستند که در محصولاتی به‌کار گرفته می‌شوند که مصرف‌کنندگان ابتدا به دلیل جاذبه بویایی شان، آنها را خریداری می‌کنند. نمونه بارز این محصولات عطرها، ادکلن‌ها و خوشبوکننده‌های هوا هستند. بیشترین میزان کارکردی بودن را می‌توان در این علائم دید. لذا این محصولات قابل ثبت نیستند. برای مثال نمی‌توان بوی عطر گل محمدی را به عنوان علامت تجاری محصول عطر محمدی ثبت کرد.

۲. **علائم بویایی ثانویه**^۲: این علائم در محصولاتی به‌کار گرفته می‌شوند که بوی مورد نظر، کارکرد اصلی آنها نیست، بلکه جزء جدایی‌ناپذیر محصول محسوب می‌شود. مثلاً مصرف‌کننده صابونی که علامت بویایی دارد، در وهله اول آن را برای شست‌وشو خریداری می‌کند (کارکرد اصلی)، اما هدف ثانویه او از خرید این صابون، معطر کردن بدن خویش است. در این نوع علائم باید بررسی کرد بویی که در محصول به کار رفته است تا چه حد تمایزبخش است. مثلاً اگر

1. Primary Scent Marks
2. Secondary Scent Marks

علامت بویایی برای صابون، بوی سیب باشد، قاعدتاً چون تعداد زیادی از تولیدکنندگان از این بو برای محصولاتشان استفاده می‌کنند (نوعی بودن)، این علامت نیز قابل ثبت نخواهد بود.

۳. **علائم بویایی منحصر به فرد:** این علائم بویایی معمولاً در محصولاتی به کار می‌روند که بو و عطر خاصی ندارند. این علائم به این علت که کارکرد محصول، هیچ ربطی با بوی مورد نظر ندارد و خالی از هر نوع کارکردی بودن است، بالاترین میزان تمایزبخشی را دارند.

شرایط شکلی

حمایت از علائم تجاری از طریق ثبت آن در مراجع ذی‌ربط ممکن است. البته علائم مشهور از این اصل مستثنا هستند، زیرا شرط حمایت از علائم مشهور این نیست که حتماً آن علامت ثبت شده باشد. بلکه در علائم مشهور تنها کافی است که علامت یادشده، معیار معروف بودن را در محدوده مدنظر به دست آورده باشد. ثبت علائم تجاری و خدماتی عملی تشریفاتی است و متقاضیان ثبت علائم باید با طی مراحل گوناگون که در قوانین پیش‌بینی شده است، علامت مورد نظر خویش را ثبت کنند تا از حمایت قانون‌گذار بهره‌مند شوند. لیکن ثبت علائم بویایی پیچیدگی‌هایی دارد. عمده این پیچیدگی در نحوه نمایش دادن علامت بویایی است که باید هنگام پرکردن اظهارنامه ثبت علامت مدنظر متقاضی قرار گیرد. نمایش گرافیکی علامت تجاری، امری متداول برای ثبت علامت تجاری است که در علائم بویایی بدان نحو ممکن نیست.

گرافیک در لغت به معنای ترسیم، نمودار یا نمایش دادن چیزی به وسیله خط یا نوشته است (عمید، ۱۳۸۹، ص ۹۹۱). اغلب نظام‌های حقوقی برای ثبت علائم تجاری، نمایش گرافیکی علامت را در اظهارنامه ضروری می‌دانند. ارائه نمایش گرافیکی از علائم سنتی تجاری که اغلب در قالب کلمات، شماره‌ها و حروف هستند، کار دشواری نیست. اما علائم بویایی به علت نامرئی بودن، برای نمایش گرافیکی با مشکل مواجهند. از این رو، باید ثبت علائم بویایی از سایر علائم متفاوت باشد.

در نمایش گرافیکی از علائم بویایی باید پذیرفته شود که علامت بویایی در قالب کلمات توضیح داده شود. همان‌طور که شخصی که می‌خواهد رنگ صورتی را برای محصولی ثبت کند، واژه «صورتی» را به کار می‌گیرد، در ثبت بو نیز باید بتوان همین کار را انجام داد. کما اینکه از لحاظ فلسفی، این اقدام در ثبت علائم بویایی نیز باید مجاز تلقی شود. زیرا اگر قانونی شرط نمایش گرافیکی را ضروری می‌داند، منظورش ابهام‌زدایی و دادن قدرت تمایزبخشی به آن علامت است تا بتوان در صورت اختلاف یا نقض علامت، بر اساس نمایش گرافیکی تصمیم‌گیری کرد.

با وجود این، برخی اعتقاد دارند نمایش گرافیکی در علائم بویایی غیرممکن است و توصیف بو به‌طور شفاهی، یا نوشتاری دقیق نیست (Reimer, 2013, p.703). از این منظر نمی‌توان توصیفی قابل فهم از علائم بویایی در دفاتر ثبت برای متقاضیان ثبت کرد. با این همه به نظر می‌رسد نمایش گرافیکی علائم بویایی امکان‌پذیر باشد. فقط باید راه‌های ثبت آن را پیدا کرد. با این حال، برخی از این روش‌ها را می‌توان شامل ۱. توصیف نوشتاری، ۲. فرمول شیمیایی، ۳. نمونه عطر و ۴. بینی الکترونیکی نام برد.

توصیف نوشتاری

یکی از روش‌های نمایش گرافیکی علائم بویایی، «توصیف نوشتاری» است. متقاضی در این روش، علامت بویایی مدنظر خویش را در قالب کلمات توصیف می‌کند، تا از این طریق شرط نمایش گرافیکی را محقق کند. در ایالات متحده این روش قانع‌کننده است (Gilson & Lalonde, 2005, p.806)، یعنی متقاضی ثبت علامت بویایی، اگر توصیف نوشتاری دقیقی از علامت بویایی خود به اداره ثبت مالکیت صنعتی ارائه کند، نمایش گرافیکی محقق شده است. در صورتی که بوی مدنظر به‌طور فوق‌العاده تمایزبخش باشد، شخص می‌تواند ادعا کند که توصیف نوشتاری برای نمایش بوی مدنظر وی کافی است. مثلاً توصیف نوشتاری بوی چمن، برای توپ تنیس باید کافی باشد. زیرا بوی چمن، بوی مشخصی است که هر شخص به‌دلیل تجربه‌های گذشته خویش آن را سریعاً به خاطر می‌آورد (Marie, 2000, p.3). برای بسیاری از این افراد این بو، یادآور بهار یا سبزه‌زار است.

فرمول شیمیایی

روش دیگر نمایش گرافیکی علائم تجاری بویایی، ارائه «فرمول شیمیایی» ماده عطر یا تجزیه عناصر تشکیل دهنده آن به طرق گوناگون است. برای شناسایی ترکیب ماده عطر روش‌هایی مانند رنگ‌نگاری^۱، طیف‌نمایی، اشعه مادون قرمز یا طیف‌نگاری با نور ماورای بنفش وجود دارد، که شخص می‌تواند برای معرفی ماده عطر آن‌ها را به کار گیرد (Sotiriadis & Carriere, 2000, p.37). متقاضی ثبت می‌تواند ترکیبات اجزای شیمیایی علامت بویایی را از طریق رنگ‌نگاری تفکیک کند. این روش، ترکیب و ساختار بو را تجزیه و تحلیل می‌کند و اطلاعاتی درباره کیفیت و کمیت آن ارائه می‌کند. رنگ‌نگاری یک ترکیب شیمیایی، خروجی گرافیکی از ترکیب ماده مورد آزمایش را ارائه می‌دهد. متقاضی ثبت علامت بویایی، فرمول شیمیایی عطر مدنظر را پس از طی مراحل تجزیه، تحلیل و آزمایش به اداره ثبت تحویل می‌دهد.

تسلیم نمونه و عکس از علامت بویایی

روش دیگر مورد استفاده متقاضیان ثبت علائم بویایی، تحویل نمونه‌ای از بوی مورد نظر به اداره ثبت است تا مسئولان ثبت در مرحله اولیه، عطر یادشده را بشناسند و نیز زمانی که علامت بویایی مورد نظر نقض شد، نمونه یادشده باید در اداره ثبت جهت اثبات ادعا در دسترس باشد. اگر شرط نمایش گرافیکی برای تقدیم اظهارنامه لازم نباشد، این روش قابل اعتماد است. زیرا هدف اصلی از تعیین شروط لازم برای ثبت علامت، رفع ابهام و شناسایی در مرحله اولیه ثبت است. در این شرایط ادعای نقض به راحتی قابل پیگیری است، زیرا تسلیم نمونه بو این هدف را محقق می‌کند. با وجود این، برخی معتقدند اگر نمونه بو تسلیم اداره ثبت شود، اشخاص نمی‌توانند به اداره ثبت مراجعه کنند و با استشمام عطر، آن را به خوبی بشناسند و به خاطر بسپارند (Karapapa, 2010, p.1352). لیکن این استدلال مردود است، زیرا وقتی تقاضای ثبت علامتی مثل یک کلمه به اداره ثبت ارجاع داده می‌شود، نمونه آن در اداره ثبت نگهداری می‌شود تا مسئولان ثبت و اشخاص

1. Chromatography

عادی در صورت نیاز بتوانند ابهامات خود را درباره آن رفع کنند (Karki, 2005, p.500). در علائم بویایی هم می‌توان برای همین مقاصد، نگهداری نمونه بو را در اداره ثبت روش قابل اعتمادی دانست.

بینی الکترونیکی

روش دیگر سنجش بو «بینی الکترونیکی»^۱ است. بینی الکترونیکی به گونه‌ای طراحی شده است که از حس بویایی انسان تقلید می‌کند و ارزیابی‌های لازم را از عطرها و بوها ارائه می‌دهد (Fleck, 2003, p.26). این وسیله دربرگیرنده طیفی از حسگرهای شیمیایی است. حسگرها بو را می‌سنجند و از ترکیب آن اطلاعاتی را جمع‌آوری می‌کنند که نتیجه نهایی این فرایند، تولید عکسی از بوی یادشده در قالب گرافیک است (Karapapa, 2010, p.1353). لیکن این نمایش گرافیکی باید آشکار، دقیق، کامل، قابل دسترسی، قابل فهم، پایدار و محسوس باشد. کما اینکه این خواسته‌ها به وسیله عکس‌ها، خطوط و نمودارهایی که بتوانند نمایشی دقیق، آشکار و قابل فهم از علامت مورد نظر ارائه دهند، تأمین می‌شود. لذا می‌توان عکسی را که از این طریق به دست می‌آید، به عنوان نمونه‌ای از نمایش گرافیکی مطمئن به اداره ثبت تقدیم کرد.

نتیجه

در دو دهه اخیر اقبال تولیدکنندگان کالا و عرضه‌کنندگان خدمات به استفاده از علائم بویایی به عنوان یک علامت تجاری برای معرفی و تمایز کالا یا خدمات خود از سایر رقبا افزایش یافته است. در حالی که بسیاری از نظام‌های حقوقی در حمایت از علائم تجاری به معیارهای ثبت علائم تجاری سنتی محدودند. علت این وابستگی شدید به علائم تجاری بصری، قدمت ظهور و به‌کارگیری این علائم سنتی است. اکثر نظام‌های حقوقی خود را با مؤلفه‌های علائم تجاری سنتی تنظیم کرده و آن معیارها را تحت پوشش قوانین خود قرار داده‌اند. ولی این وضعیت دیری است

1. Electronic Nose

که در جامعه مدرن متقاضی حمایت از علائم تجاری بویایی دگرگون شده است. از این رو، باید قانون‌گذار نیز خود را با نیازهای روز بازتعریف و بازتنظیم کند.

وضعیت حمایت از علائم بویایی در حال سپری کردن دوره گذار است. لیکن جامعه تولید و مصرف منتظر قانون‌گذار نمانده است و راه را برای خود باز کرده است. اینک حقوق‌دانان نیز در حال بحث و جدل درباره مزایا و چالش‌های پیش روی حمایت از این علائم هستند. عمده اشکالات فراروی حمایت از علائم تجاری بویایی پاسخ به این پرسش است که «آیا علائم بویایی، تحت شرایط ماهوی و شکلی ثبت علائم تجاری سنتی قابل حمایت هستند؟». طبیعی است برای حمایت قانونی از علائم بویایی ناگزیر از طی مراحل ثبت و تشریفات قانونی آن باشیم. لیکن این تشریفات با توجه به علائم تجاری سنتی تنظیم و قانونمند شده‌اند. بنابراین، باید برای تک‌تک مؤلفه‌های علائم تجاری مشمول حمایت قانونی، راهکاری در نظر گرفته شود که بیشترین تأثیر در انطباق‌پذیری را با کمترین اشکال دربرداشته باشد.

ثبت علائم تجاری بویایی مستلزم دارا بودن شرایط ماهوی و شکلی است. شرایط ماهوی نیز واجد جنبه مثبت و منفی است. جنبه مثبت آن نیازمند ویژگی تمایزبخشی است. این ویژگی در علائم بویایی قابل دسترسی است. جنبه منفی آن شامل عناصر گمراه‌کنندگی، نوعی و توصیفی بودن، کمبود بو و کارکردی بودن است. این عناصر نیز همان‌طور که اثبات شد، در علائم تجاری بویایی قابل تحقق است. شرایط شکلی که عمدتاً دربرگیرنده مراحل ثبت علائم تجاری است، در علائم بویایی نیز قابل دستیابی است. توصیف نوشتاری، تسلیم نمونه و عکس از علامت بویایی، فرمول شیمیایی و بینی الکترونیکی اگرچه با طرق سنتی موجود در ثبت علائم تجاری سنتی کمی تفاوت ظاهری دارند، ولی همان اهداف ثبت علائم تجاری سنتی را در این حوزه محقق می‌کند.

منابع و مأخذ

۱. شمس، عبدالحمید (۱۳۸۲)، حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی، تهران، انتشارات سمت.
۲. عمید، حسن (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات اشجع.
۳. میرحسینی، حسن (۱۳۸۵)، فرهنگ حقوق مالکیت معنوی، جلد دوم، تهران، انتشارات میزان.
۴. ----- (۱۳۹۱)، حقوق علائم تجاری، تهران، انتشارات میزان.
5. Bainbridge, David (2004), Smell, Sound, Colour and Shape Trade Marks: An Unhappy Flirtation? *Journal of Business Law*, 243-270.
6. Bhagwan, Ashitha; Namita, Kulkarni; Ramanujam, Padmanabha (2007), Economic Rationale for Extending Protection To Smell Marks *MPRA Paper No.5604*, Online at: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/5604/>
7. Brooke, Michael Z.; Skilbeck, John M. (1994), *Licensing*, England, Gower Publishing Limited.
8. Burgunder, Lee B. (1991), Trademark Protection of Smells: Sense or Nonsense , *American Business Law Journal*, 29(3), 459° 480.
9. Churovich, Douglas D. (2001), *Policy Considerations from a Practitioner's Perspective: Scents, Sense or Cents? Something Stinks in the Lanham Act. Scientific Obstacles to Scent Marks*, St. Louis U. Pub. L. Rev., Vol. 20.
10. Elias, Bettina (1992), Do Scents Signify Source? An Argument against Trademark Protection for Fragrances *T.M.R.*, 82, 475-530.
11. Engen, Trygg (1991), *Odor Sensation and Memory*, New York, Praeger.
12. Fhima, Ilanah S. (2005), Trade Marks in Trouble *European Intellectual Property Review*, 71-75.
13. Fleck, Lorraine M. (2003), *What Makes Sense in One Country May Not in Another: A Survey of Select Jurisdictions on Scent Mark Registrability & A Critique of Scents as Trade marks*, A paper submitted in consideration for the Centre for Innovation Law and Policy s Student.
14. Gilson, Jerome; Anne Gilson, LaLonde (2005), Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks, the Trademark Reporter , *Official Journal of the International Trademark Association*, 95:4, 773-824.
15. Hammersley, Faye M. (1998), The Smell of Success: Trade Dress Protection for Scent Marks *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2(1), 105-156.
16. Hawkes, Christopher H.; Doty, Richard L. (2009), *The Neurology of Olfaction*, Cambridge, New York, Cambridge University Press.
17. Holloway, Marguerite (1999), *The Ascent of Scent*, *Scientific American*, Online at: <http://www.scientificamerican.com/article/the-ascent-of-scent/>

18. Karapapa, Stavroula (2010), Registering Scents as Community Trade Marks *The Law Journal of the International Trademark Association*, 100(6), 1335-1359.
19. Karki, M. (2005), Nontraditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress *Journal of Intellectual Property Rights*, 10, 499-506.
20. Korah, Valentine (2005), *Cases and Materials on E.C. Competition Law*, Oxford, Hart Publishing.
21. Lands, Wiliam M.; Posner, Richard (1987), Trade Mark Law and Economic Prespective, *The Journal of Law and Economics*, 30, 265-275.
22. Lindstorm, Martin (2005), *Brand Sense: Build Powerful Brands through Touch, Taste, Smell, Sight and Sound*, New York, Kogan Page Ltd.
23. Marie, Aurelia (2005), *Comments and Remarks on OHIM Decisions as Regards Trademark Registration Procedures*, Cabinet Beau de Lomenie, online in www.bdl-ip.com.
24. Morris, P. Sean (2012), Guess What Gucci? Post-Sale Confusion Exists in Europe, *Val. U. L. Rev.*, 47(1), 1-61.
25. Phillips, Jeremy (2003), *Trade Mark Law: A Practical Anatomy*, New York, Oxford University Press.
26. Port, Kenneth L. (2011), On Nontraditional Trademarks", *Northern Kentucky Law Review*, 38(1), 1-49.
27. Proust, Marcel (2013), Remembrance of Things Past in Swan s Way, *Penguin Classics*, 57(1), 187-204.
28. Reimer, Erin M. (2013), A Semiotic Analysis: Developing a New Standard for Scent Marks *Yanderbilt Journal of Entertainment and technology Law*, 14(3), 698-728.
29. Rodau, Andrew B. (2002), The Choice between Patent Protection and Trade Secret Protection: A Legal and Business Decision *Journal of the Patent & Trademark*, 84, 369-385.
30. Sahay, Vatsala (2011), Conventionalising Non-Conventional Trademarks of Sounds and Scents: A Cross-Jurisdictional Study *NALSAR Student Law Review*, 9, 115-139.
31. Sotiriadis, Bob H.; Carriere, Laurent (2000), *The Statutory Protection of Non-traditional Trade-marks in Canada*, A Few Reflections on Their Registrability and Distinctiveness, Amsterdam, International Bar Association.
32. Vaver, David (2005), Unconventional and Well-Known Trademarks, *Singapore Journal of Legal Studies*, 1-19.