

# تعامل میان حقوق رقابت و حقوق مالکیت فکری یا تعارض با قواعد عمومی قراردادها

رضا خشنودی\*

مدرس مدعو دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

پذیرش: ۹۳/۹/۱۹

دریافت: ۹۳/۷/۶

## چکیده

رابطه حقوق رقابت و حقوق مالکیت فکری از جهات مختلف در خور توجه است. در خصوص این که بین این دو رشته از حقوق تعارض یا تعامل وجود دارد سخن بسیار است. برخی بر این باورند که مقررات حاکم بر این دو حوزه در تعارضند؛ زیرا آن یکی به منظور جلوگیری از ایجاد انحصار تأسیس شده و بر رفتار بنگاه اقتصادی نظارت دارد تا رقابت در بازار مخدوش نشود و این یکی در پی حمایت از حقوق انحصاری حاصل از دارایی‌های فکری است. عده‌ای دیگر بر این باورند که بین این دو تعارضی وجود ندارد؛ ولی آنچه اختلاف‌انگیز می‌نماید مبنای استدلال و توجیه نظر اخیر است؛ زیرا عده‌ای با توجه به خصوصیات حقوق رقابت، آن را مسلط بر حقوق مالکیت فکری می‌دانند، حال آن که عده‌ای دیگر به تعامل بین این دو عقیده دارند. بر فرض پذیرش نظریه تعامل یا تبعیت مالکیت فکری از حقوق رقابت، چند سؤال اساسی مطرح است که باید برای هریک از آن‌ها پاسخ مناسبی یافت: این که سلطه حقوق رقابت بر حقوق مالکیت فکری چه تأثیری بر قواعد عمومی قراردادها و اصول حاکم، نظیر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی دارد؛ آیا قواعد عمومی قراردادها نیز تابع حقوق یادشده است یا خیر؛ در هر حال آیا «تعامل» بین دو رشته حقوق مالکیت فکری و حقوق رقابت، «تبانی» علیه اصول یادشده تلقی

می‌شود؛ و در صورتی که حفظ رقابت ایجاب کند آیا می‌توان مالک حق انحصاری را به انتقال حق یا موافقت به استفاده سایرین از آن اجبار کرد؟  
در این مجال ما در پی اثبات این فرض هستیم که اصل حاکمیت اراده در مقابله با حقوق رقابت منعطف است. میزان این تأثیرپذیری در نظریه «امکانات اساسی» مشهود و قابل توجیه است.

**واژگان کلیدی:** حقوق رقابت، امکانات اساسی، حقوق مالکیت فکری، اصل آزادی قراردادی، حاکمیت اراده

## ۱. طرح مطلب

در بیش‌تر نظام‌های حقوقی به رغم حمایت از انحصار قانونی [۱، ص ۱۵۱؛ ۲، ص ۱۱۵] و پذیرش انحصار طبیعی رفتار دارنده حق انحصاری از شمول اجرای قواعد حقوق رقابت خارج نیست؛<sup>۱</sup> بدین معنا که بنگاه اقتصادی نباید در استفاده از حق انحصاری خود مقررات حقوق رقابت را نادیده انگارد و در انجام فعالیت اقتصادی و اجرای حق خود موجب اضرار دیگران شود و یا در قراردادهای واگذاری، شروطی بگنجانند که موجب اخلال در رقابت گردد.

وانگهی آثار و نتایج حاصل از تحلیل رابطه حقوق رقابت و مالکیت فکری فراتر از این دو حوزه است. بر فرض پذیرش نظریه سلطه حقوق رقابت بر مالکیت فکری، دامنه نفوذ آن به این رشته محدود نمی‌شود و در برخی موارد به قلمرو حقوق مدنی و اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای نیز سرایت می‌کند. به‌عنوان نمونه می‌توان به الزام بنگاه مالک حق انحصاری مورد حمایت یا دارای «امکان اساسی» به واگذاری حق یا امکانات یادشده به سایر رقبا برخلاف میل خود اشاره کرد.

در این فرض، چنانچه بنگاه اقتصادی دارای حق انحصاری، از نظر حقوق رقابت در «موقعیت برتر» قرار داشته باشد، امتناع از واگذاری حق انحصاری یا مجوز

۱. ماده ۵۱ ق.ا.س.ک.ا. ۴۴

بهره‌برداری که برای بازار پایین‌دستی ضروری است ضد رقابتی تلقی می‌شود و چنانچه حق انحصاری یادشده واجد وصف «امکانات اساسی» باشد، به نحوی که حفظ رقابت در بازار منوط به دسترسی سایر رقبا به امکانات یادشده باشد دارنده نمی‌تواند به حق انحصاری خود استناد کند و مانع استفاده دیگران از آن شود. از این رو، اگر حقوق مالکیت فکری رفع انحصار را با انعطاف‌پذیری برمی‌تابد، الزام دارنده به واگذاری حق یاد شده با شرایط مشخص را نمی‌توان با توسل به جهات یاد شده توجیه کرد؛ زیرا بررسی چگونگی «اجبار» به انعقاد قرارداد، خارج از قلمرو حقوق مالکیت فکری بوده، مشمول قواعد و اصول حاکم بر قراردادها است و تحلیل دیگری را می‌طلبد.

صرفنظر از پذیرش نظریه تعامل یا تعارض، آنچه از دیدگاه حقوق رقابت حائز اهمیت است این است که صاحب حق انحصاری نمی‌تواند به این جهت که حق یاد شده مورد حمایت حقوق مالکیت فکری است، مانع استفاده سایر رقبا شود. آنچه بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید این است که عدم حمایت از حق انحصاری به علت سلطه حقوق رقابت بر مالکیت فکری یا تعامل بین آن‌ها ملازمه با تحمیل شروط قراردادی از جمله قیمت، مدت و نحوه استفاده از حق یاد شده به دارنده حق انحصاری ندارد. از منظر حقوق قراردادها بهره‌برداری دیگران از «امکان اساسی» یا حق انحصاری منوط به رعایت حق مذاکره طرفین و احترام به اصل آزادی قراردادی است؛ ولی مشکل جایی است که برخی شروط قراردادی تبعیض‌آمیز یا ضد رقابتی هستند و در نتیجه بدون نظارت حقوق رقابت بر آن‌ها، صرف الزام به واگذاری نمی‌تواند اهداف مورد نظر را تأمین کند. بنابراین حقوق رقابت هم خود واگذاری، هم شرایط قراردادی را کنترل می‌کند.

سؤال اساسی این است که اگر رفع انحصار به سبب ضرورت حمایت از رقابت و تأثیرپذیری حقوق مالکیت فکری قابل توجیه است، چگونه می‌توان اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را که مانع از اجبار یک طرف به بستن قرارداد و تحمیل شروط قراردادی بر او می‌شود نادیده گرفت؟



پاسخ این سؤال در چگونگی تبیین منشأ و مبنای تأثیرپذیری حقوق قراردادهای از حقوق رقابت که هسته اصلی تشکیل‌دهنده این بحث به شمار می‌آید نهفته است و تحلیل آثار و نتایج ناشی از پذیرش این الزام‌ها اهمیت حقوق رقابت را آشکار می‌کند. درخصوص جنبه عملی نظریه یاد شده، باید اشاره کرد که رویکرد پذیرفته شده در حقوق رقابت، از طریق گسترش قلمرو مفهوم نظم عمومی و ترجیح حفظ مصالح اجتماع بر منافع اشخاص اعمال می‌گردد. مخالفت بنگاه اقتصادی دارای حق انحصاری یا «امکانات اساسی» با واگذاری، «امتناع از عرضه» و تحمیل شروط قراردادی از طرف او به متقاضی بهره‌برداری، «سوءاستفاده از موقعیت برتر»<sup>۱</sup> تلقی و با ضمانت اجرای اعمال ضدرقابتی مواجه می‌شود.

برای تحلیل موضوع دو بخش در نظر گرفته‌ایم. ابتدا به نفوذ حقوق رقابت بر حقوق مالکیت فکری از طریق اعمال نظریه «امکانات اساسی»، و سپس به توجیه تأثیرپذیری اصول و قواعد عمومی قراردادهای از حقوق رقابت خواهیم پرداخت.

## ۲. نفوذ حقوق رقابت بر حقوق مالکیت فکری

کارکردهای حقوق رقابت را می‌توان با در نظر گرفتن اهدافی که برای آن در نظر گرفته‌اند تبیین کرد. تحقق اهداف یاد شده به وسیله قواعد علم اقتصاد و با تکیه بر مفهوم کارایی بررسی و به وسیله اعمال ضمانت‌اجراهای پیش‌بینی شده در علم حقوق تضمین می‌شود که ما از آن به پیوند اقتصاد و حقوق یاد می‌کنیم؛ ولی اگر اجرای برخی از اصول و قواعد حقوقی نظیر احترام به مالکیت و لزوم حمایت از حق انحصاری، رقابت را مخدوش کند، نمی‌توان به آن‌ها استناد کرد. به عبارت دیگر، اصول کلی حقوق فردی در صورت عدم تعارض با اصول پذیرفته شده در حقوق رقابت قابل اجرا است. استناد به نظریه «امکانات اساسی» در حقوق رقابت نمونه بارزی از این

۱. بند ۱۵ ماده ۱ ق.ا.س.ک.ا. ۴۴۱.

تأثیرپذیری است که بدون شک قلمرو اصل حمایت از حقوق انحصاری و مالکیت فکری را محدود می‌کند. بر همین اساس در این بخش سعی شده تا ضمن تبیین مفهوم نظریه یاد شده، کاربرد آن در حقوق رقابت و تأثیر آن بر حقوق مالکیت فکری بررسی شود.

## ۲-۱. نظریه «امکانات اساسی»<sup>۱</sup> و کاربرد آن در حقوق رقابت

گاهی حمایت از مالکیت فکری آثار ضدرقابتی دارد. استناد به نظریه یادشده به رغم ایراداتی که براساس قواعد کلی حقوقی به آن وارد شده است باعث اصلاح مشکل یاد شده می‌شود. قبل از مطالعه تأثیر کاربرد نظریه یاد شده در حقوق رقابت، لازم است ابتدا مفهوم نظریه و همچنین پیشینه آن به اجمال مرور شود.

### ۲-۱-۱. معرفی نظریه

شناخت مفهوم نظریه «امکانات اساسی»، مستلزم معرفی پیشینه تاریخی و خاستگاه آن است. بنابراین پس از تبیین مفهوم نظریه یاد شده، به سابقه آن که ریشه در حقوق ضد تراست آمریکا دارد اشاره می‌شود.

### ۲-۱-۲. مفهوم نظریه

با در نظر گرفتن فلسفه وضع قواعد حقوق رقابت، چنانچه ورود به بازار یا ادامه رقابت منوط به استفاده از امکانات و توانایی‌ها یا وسایلی باشد که در انحصار یک بنگاه اقتصادی است و به جهت خصوصیات آن‌ها یا سایر شرایط نظیر هزینه‌های لازم و محدودیت‌های موجود امکان همانندسازی و جایگزینی آن‌ها برای بنگاه اقتصادی متقاضی وجود نداشته باشد، می‌توان مالک امکانات را به رغم مخالفتش به واگذاری حق استفاده از آن‌ها به سایرین ملزم کرد [۳، ص ۴].

برای تبیین بهتر مفهوم و قلمرو این نظریه، لازم است ابتدا عناصر آن توضیح داده

---

1. the essential facilities doctrine

شوند. کلمه «امکانات» در این عبارت، کلی بوده، شامل تمام توانایی‌ها و قابلیت‌های فنی، اطلاعات، خدمات، حقوق و اموال اعم از مادی و معنوی، مالکیت فکری، صنعتی، تأسیسات، و زیرساخت‌هایی است که برای انجام یک فعالیت اقتصادی از آن‌ها استفاده می‌شود.

وصف «اساسی» نیز نشان‌دهنده اهمیت و جایگاه امکانات یادشده در اجرا و استمرار فعالیت بنگاه اقتصادی است، به گونه‌ای که به جهت وجود محدودیت‌های اقتصادی، فنی، قانونی و ... عملاً امکان جایگزینی و مشابه‌سازی آن‌ها وجود نداشته باشد.

بنابراین، با تحقق دو شرط کلی ممکن است برخی امکانات «اساسی» تلقی شوند؛ اول این‌که امکانات یادشده در انحصار بنگاه اقتصادی دارای موقعیت برتر بوده، ادامه فعالیت سایر بنگاه‌ها و همچنین اجرای رقابت عملی یا ورود رقبای جدید به بازار مربوط بدون استفاده از آن‌ها به طور عملی امکان‌پذیر نباشد. دوم این‌که بنگاه اقتصادی متقاضی نتواند به طرق معمولی و با صرف هزینه معقول و متناسب، چنین تأسیسات و امکاناتی را ایجاد کند و در نتیجه عدم دسترسی به امکانات یادشده و عدم امکان جایگزینی آن‌ها یا به‌کارگیری امکانات دیگر رقابت را در بازار مختل کرده، موجب موجب انحصار شود.

رویه قضایی حقوق ضد تراست آمریکا<sup>۱</sup> و دیوان دادگستری اتحادیه اروپا<sup>۲</sup> و کمیسیون مربوط نیز با در نظر گرفتن این نکته، زمانی نظریه «امکانات اساسی» را قابل استناد می‌داند که «امکان» در انحصار بنگاه اقتصادی که دارای موقعیت برتر است قرار داشته باشد و سایر بنگاه‌ها، یا به جهت این‌که از نظر فنی و اقتصادی در وضعیت پایین‌تری قرار دارند و یا به لحاظ عدم امکان همانندسازی امکانات یادشده، توانایی جایگزینی آن‌ها را نداشته و به سبب وابستگی به بنگاه مالک، بدون موافقت او قادر به

1. Associated Press v. US, 224 US 383, 1912. Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 US 585, 1985.

2. Magil aff.C-241/91, P ; CJCE,29 avril 2004, IMS Health, C-418/01;TPI, 17 Septembre 2007, Microsoft Corp. c. Commission, T-201/04

ادامه فعالیت و رقابت در بازار نباشند.

بر این اساس، برای حفظ رقابت عملی در بازار، بنگاه دارنده حق انحصاری با احراز شرایطی ملزم به واگذاری حق یادشده خواهد بود. با در نظر گرفتن مطالب پیشگفته، صرفنظر از مبانی عملی نظریه یادشده و با تکیه بر جنبه‌های مفهوم شناختی آن، می‌توان امکانات اساسی را شرایطی دانست که در آن یک بنگاه دارای موقعیت برتر، زیرساخت‌ها و امکاناتی را در اختیار و کنترل دارد که ایجاد آن‌ها به طرق معمولی ممکن نیست و دسترسی به آن‌ها برای ادامه فعالیت سایر رقبا ضروری است.

### ۲-۳. پیشینه نظریه

با عنایت به آنچه تاکنون گفته شد، اساس نظریه «امکانات اساسی» و کاربرد آن در حقوق رقابت حاصل ابتکار رویه قضایی در حقوق ضد تراست آمریکا است که در سایر نظام‌های حقوقی از جمله حقوق اتحادیه اروپا<sup>۱</sup> نیز مورد استناد واقع شده و به شکل امروزی پرورش یافته است. پیشینه این نظریه را باید در ابتدای قرن گذشته و رأی مشهور ترمینال ریل رد<sup>۲</sup> جست که در سال ۱۹۱۲ صادر شده است. هرچند در رأی مزبور به نظریه یادشده به نحوی که امروزه رایج است به‌صراحت اشاره نشده، ولی نحوه استدلال به کار گرفته شده در آن، نظریه را پایه‌گذاری کرد. در این پرونده اتحادیه شرکت‌های حمل و نقل ریل رد که در صنعت حمل و نقل ریلی موفقیت چشمگیری کسب کرده بود فعالیت شرکت‌های حمل و نقل را از طریق تسلطی که بر بندر شهر سن لوئیس<sup>۳</sup> داشت کنترل و محدود کرد؛ زیرا این اتحادیه، تنها راه ارتباطی دسترسی به بندرگاه را که از طریق عبور از پل و اسکله می‌نی‌سی‌پی بود به اعضای خود اختصاص داده، با استفاده سایرین و رقبا غیر عضو، حتی با دریافت عوارض عادلانه مخالف بود و به این طریق توانست با اعمال محدودیت بر فعالیت شرکت‌هایی

1. *Ibid.*

2. Terminal Railroad <http://en.wikipedia.org/wiki>

3. Saint Louis

که عضو اتحادیه یاد شده نبودند و از غرب ایالات متحده به ایالت‌های شرقی مبادرت به حمل زغال سنگ می‌کردند رقابت را در بازار مربوط مختل کند؛ زیرا آن‌ها نمی‌توانستند بدون استفاده از امکانات بندری یادشده از می‌نی‌سی‌پی عبور کنند. رقبای اتحادیه برای رفع این محدودیت طرح دعوا کرده، خواستار دسترسی خود به امکانات یادشده با شرایط و قیمت عادلانه شدند.

ادعای خواهان‌ها براساس بخش ۲ قانون شرم‌ن که شروع به ایجاد انحصار را مجرمانه می‌دانست استوار بود؛ ولی دادگاه عالی با تفسیری حداقل‌گرا از مقررره یادشده، بدون تکیه بر ضمانت اجرای کیفری، اتحادیه یاد شده را از اتهام انتسابی تبرئه، ولی او را با اشاره به مفهوم نظریه مذکور به پذیرش عضویت سایر رقبا در اتحادیه و مآلاً اعطای حق بهره‌مندی از امکانات مذکور محکوم کرد.

هرچند محرومیت از عضویت در اتحادیه به‌ظاهر به زیان خواهان‌ها بود، ولی قضات رسیدگی‌کننده به‌خوبی دریافته بودند که این وضعیت بیش از هر چیز رقابت را به شکل جدی مخدوش می‌کند؛ چه این که اعضای اتحادیه با تشکیل کارتل موانعی برای ورود سایر رقبا به بازار حمل و نقل ایجاد کرده بودند. در نتیجه بازار فقط در اختیار شرکت‌های وابسته به اتحادیه مزبور بود و سایرین که بدون دسترسی به امکانات یادشده قادر به ادامه فعالیت نبودند از بازار خارج شدند؛ امری که بی‌شک منتهی به انحصار شد.

هرچند دیوان عالی کشور به جهت عدم آشنایی با واژه «امکانات اساسی» رأی خود را بیش‌تر با تکیه بر نفی توافق ضدرقابتی - تبانی - استوار کرده بود، ولی استدلال به عمل آمده الهام‌بخش دادگاه‌های بدوی در پرونده‌های دیگری شد تا بدین‌سان چراغ راهی برای نهضت ضد تراست آمریکا به‌عنوان مهد حقوق رقابت باشد و آیندگان بتوانند با تمسک به آن، نظریه یادشده را در نظام حقوقی خود نهادیه کنند.



## ۲-۲. کاربرد نظریه «امکانات اساسی» در حقوق رقابت

رقابت کامل علاوه بر این‌که جنبه آرمانی دارد، در صورت تحقق نمی‌تواند پایدار بماند؛ زیرا با افزایش قدرت بازاری بنگاه و سلطه او، بازار به رقابت عملی نزدیک و در صورتی که تعداد رقبا کاهش یابد انحصاری خواهد شد.

استناد به نظریه «امکانات اساسی» از این جهت مفید است که از رقابت موجود در بازار حمایت و با رفع موانع ورود سایرین، از ایجاد انحصار جلوگیری می‌کند؛ زیرا عدم امکان دسترسی سایر رقبا به امکاناتی که به لحاظ اهمیتشان در ادامه فعالیت اقتصادی آن‌ها «اساسی» و به جهت نداشتن «قابلیت جایگزینی»شان انحصاری هستند باعث کاهش رقابت می‌گردد.

اعمال نظریه یادشده و آثار آن در حقوق رقابت، علاوه بر جنبه نظری فواید عملی نیز دارد. برای بررسی نتایج عملی آن ابتدا باید به محدوده بازار مربوط توجه داشت؛ زیرا اعمال تئوری یادشده مستلزم وجود دو بازار اصلی و جانبی است. منظور از بازار اصلی، بازاری است که بخش قابل توجهی از آن در اختیار و سلطه بنگاه اقتصادی دارای امکانات اساسی قرار دارد و بازار جانبی، بازاری است که بنگاه متقاضی دسترسی به امکانات یادشده، در آن فعالیت می‌کند. پس برای تعیین محدوده آن، باید به تبیین وصف «اساسی» امکاناتی که بنگاه اقتصادی برای ادامه فعالیت خود استفاده از آن‌ها را ضروری می‌داند پرداخت.

بنابراین، سؤالی که مطرح می‌شود این است که درخصوص چه نوع اموال و امکانی می‌توان به این نظریه استناد کرد. هرچند برحسب ظاهر، استناد به قاعده یادشده برای تسهیل دسترسی به امکانات و اموال مادی است و اثبات وصف «اساسی» در این قبیل اموال آسان‌تر است، ولی اجرای این نظریه منحصر به اموال مادی نیست و خصوصیتی در وضعیت فیزیکی اموال مورد نظر وجود ندارد تا بتوان براساس آن اموال غیرمادی را از شمول نظریه مورد اشاره خارج دانست.

وانگهی امکان دسترسی به برخی اطلاعات و داده‌ها، فناوری‌های خاص، نرم‌افزارها

و برنامه‌ها و یا حتی مجوزهای بهره‌برداری نیز به حدی برای حفظ رقابت ضروری است که عدم دسترسی به آن‌ها مانع کارآمدی بازار می‌شود. به همین اعتبار، باید اذعان داشت که برای حفظ رقابت و همچنین تنظیم روابط بین بنگاه‌ها، طبیعت اموال و ماهیت قرارداد، اعم از این‌که مربوط به انتقال فناوری یا توزیع و فرانشیز یا حق بهره‌برداری، یا مربوط به امکان دسترسی به برخی زیرساخت‌ها و تأسیسات باشد، تأثیری در اجرای نظریه ندارد.

برای حفظ کلیت نظریه، باید اصطلاح «امکانات» را برخلاف وصف «اساسی» آن، تفسیر موسع کرد تا دربرگیرنده کلیه حقوق و اموال اعم از مادی و غیرمادی باشد؛ به نحوی که کلیه توانایی‌ها، خدمات، کالاهای و ساختمان‌ها و زیرساخت‌ها مثل پل‌ها، فرودگاه‌ها، شبکه‌های ارتباطی مجازی، جاده‌ای، ریلی، هوایی، مخابراتی، پستی و حتی فرکانس‌های رادیویی، و ایستگاه‌های فضایی خاص را که دسترسی به آن‌ها برای ترویج رقابت و ورود به یک بازار مؤثر است دربرگیرد.

در توصیف امکانات باید گفت صرف انحصاری بودن آن‌ها برای اساسی دانستنشان کافی نیست، بلکه لازم است احراز شود دسترسی به آن‌ها به حدی برای بنگاه ضروری است که هم بدون استفاده از آن‌ها قادر به ادامه فعالیت خود یا ورود به بازار نباشد و هم عملاً توانایی ایجاد چنین امکاناتی برای او فراهم نبوده یا توجیه اقتصادی نداشته نباشد.

سؤال دیگر این است که آیا لازم است بین دو بنگاه متقاضی و دارنده امکانات رقابت باشد یا خیر؟ پاسخ این سؤال در بادی امر مثبت به نظر می‌رسد؛ با این توضیح که این وضعیت زمانی قابل تصور است که بین دو بنگاه رقابت وجود داشته باشد و بنگاه دارنده نیز از موقعیت اقتصادی برتر و قدرت و توانایی بیشتری نسبت به بنگاه متقاضی برخوردار باشد و الا موجبی برای استناد به نظریه وجود ندارد. به نظر نگارنده باید از این ظاهر گذشت و قائل به تفصیل شد؛ بدین معنا که برای اجرای نظریه لازم نیست که دو بنگاه در موقعیت رقابت عملی باشند. در توجیه این مطلب می‌توان گفت

اگرچه گاه ادامه فعالیت بنگاه اقتصادی مورد نظر منوط به استفاده از اموال، تأسیسات و اطلاعاتی است که در تملک انحصاری بنگاه اقتصادی رقیبی است که در موقعیت برتر قرار دارد و بنگاه اخیر به دلایل متعدد از جمله انگیزهای اقتصادی، تجاری و حرفه‌ای، تمایلی به واگذاری حق بهره‌برداری از آن امکانات به دیگران ندارد؛ ولی حمایت از رقابت تنها ناظر به وضعیتی نیست که در آن بین دو بنگاه رقابت عملی وجود دارد، بلکه همین اندازه که رقابت عملی مفید است، رفع موانع ورود رقبای مستعد به بازار نیز می‌تواند مؤثر باشد. بنابراین، همین که دو بنگاه در وضعیت رقابت بالقوه باشند برای استناد به نظریه یاد شده کافی است.

حاصل آن‌که اعمال نظریه یاد شده موانع دسترسی سایر بنگاه‌ها به بازار را رفع و رقابت را تقویت می‌کند. در نتیجه، بنگاه اقتصادی دارای موقعیت برتر نمی‌تواند به گونه‌ای رفتار کند که بازار از حالت رقابتی خارج و به انحصار تبدیل شود؛ زیرا مخالفت با واگذاری نه تنها رقبای موجود، بلکه رقبای مستعد ورود به بازار را نیز حذف می‌کند.

### ۳. تأثیرپذیری اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی از حقوق رقابت

فرایند دخالت دولت در روابط قراردادی و مناسبات اقتصادی-مالی اشخاص با الهام از مکاتب فلسفی از نیمه دوم قرن پیش تشدید و با توجیحات مختلف افزایش یافته است. اگرچه در گذشته مداخله با اعمال محدودیت‌ها و منع افراد از انجام معاملات و تصرف در اموالشان صورت می‌گرفت، امروزه شیوه مداخله جنبه مثبت داشته، در قالب ارشاداتی نظیر الزام به انجام معامله و سایر اعمال حقوقی متجلی می‌شود. نظریه امکانات اساسی، نمونه بارزی از آن است که در قالب قراردادهای اجباری قابل بررسی است.

قبل از تشریح نحوه تأثیرپذیری اصول پیشگفته، ذکر چند نکته لازم است. ابتدا باید



اشاره کرد که مراد از اصل حاکمیت اراده این است که اراده اشخاص مستقل از حکم قانونگذار منشأ اثر است [۴، ص ۱۴۵] و منظور از آزادی قراردادی این است که طرفین نه تنها در انعقاد قرارداد، بلکه در تبیین محتوای آن و انتخاب طرف قراردادی خود آزاد باشند [۵، ص ۵۸].

به رغم تفاوتی که این دو اصل از نظر مبنایی دارند ارتباط بین این دو، برخی را بر آن داشته تا یکی را نتیجه دیگری پندارند [۵، ص ۵۹؛ ۶، ص ۴۶]. در توجیه این ارتباط می‌توان گفت که با لحاظ اصل حاکمیت اراده و احترام به قصد مشترک طرفین در انشای قرارداد، آزادی آنان در انتخاب همپیمان خود و تعیین مفاد و شروط قراردادی رعایت می‌شود [۷، ص ۴۴].

ولی رعایت اصل حاکمیت اراده، اجرای اصل آزادی قراردادی را تضمین نمی‌کند و نمی‌توان قرارداد را به این جهت که محصول قصد مشترک طرفین است عادلانه دانست. وانگهی آزادی اراده در مفهوم اجتماعی خود، بیش‌تر جنبه آرمانی دارد و با واقعیات عینی در تناقض است. اعمال آن حتی در ساده‌ترین شکل خود با محدودیت‌هایی که محصول زندگی اجتماعی است همراه است. علاوه بر این، آزادی بی‌قید و حصر نیز عدالت اجتماعی را تأمین نمی‌کند [۸، ص ۱۲]. استناد به اصول یادشده به جهت محدودیت منابع و تنوع نیازها و تعارض منافع، موجب استیلائی قدرتمندان بر سایرین می‌شود. در نتیجه، برای تحقق عدالت اجتماعی باید روابط قراردادی را اداره و «خواهش‌ها» را تعدیل کرد.

از دیدگاه حقوق رقابت، ضرورت دخالت عاملی خارج از بازار سابقه‌ای طولانی دارد. در این خصوص امروزه با تکیه مفهوم کارایی، به‌ویژه در فرضی که وضعیت انحصار طبیعی یا قانونی حاکم است بین نظام‌های حقوقی اختلاف نظر کم‌تر است. با این وصف در نظام حقوقی ما نیز همانند حقوق فرانسه<sup>۱</sup> می‌توان با استناد به مفهوم نظم عمومی برای حفظ مصالح اجتماعی، قلمرو آزادی‌های فردی را کاست. در

۱. ماده ۶ و ۱۱۲۳ قانون مدنی فرانسه.

این بخش مشخص می‌شود چگونه در بیش‌تر نظام‌های حقوقی که مقررات و قواعد حقوق رقابت را پذیرفته‌اند، می‌توان با تکیه بر همین مبنا توافق بنگاه اقتصادی را ضد رقابتی دانست و به رغم مطابقت با قواعد عمومی قراردادها آن ابطال کرد. به همین جهت ضمن تشریح قلمرو نظم عمومی به ارزیابی این تأثیرپذیری خواهیم پرداخت.

### ۳-۱. نظم عمومی، کارکردها و گستره آن

به رغم اشاره به نظم عمومی در متون قانونی<sup>۱</sup>، مفهوم آن در حقوق ما و سایر نظام‌های حقوقی روشن نیست. ابهامات ناشی از خصوصیت انعطاف‌پذیری آن مانع از این شده تا تعریف روشنی از آن ارائه شود. با این حال در ساده‌ترین شکل خود، می‌توان آن را مجموع قواعد و مقرراتی دانست که تأمین‌کننده منافع اجتماع بوده، اجرای آن از طرف حاکمیت تضمین شود؛ به نحوی که افراد نتوانند در معاملات خود برخلاف آن توافق کنند.

با توجه به تعاریف گوناگونی که از نظم عمومی ارائه شده و ابهامات مربوط به قلمرو اعمال آن، در تقسیم انواع نظم عمومی اجماعی وجود ندارد. با این حال با تکیه بر کارکردهای پیش‌بینی شده در حمایت از مصالح اجتماعی و امنیت اقتصادی-قضایی و منافع اشخاص، می‌توان مبنایی عینی برای دسته‌بندی آن یافت و قلمرو آن را براساس هدفش تقسیم کرد: نظم عمومی سیاسی، اداری، اقتصادی، قضایی، خانواده، ملی و بین‌المللی، و فراملی از این دسته‌اند که تضمین‌کننده منافع عمومی و فردی و خانوادگی، ملی و جهانی هستند.

برای محدود کردن گستره نظم عمومی، صرفاً به کارکرد «اقتصادی» آن پرداخته می‌شود تا مشخص شود چگونه دایره اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، بدون نیاز به تصریحات قانونی محدود می‌شود.

بدون تردید، امروزه با لحاظ تحولات سیاسی اجتماعی و تکیه بر جنبه‌های

۲. ماده ۱۰ و ماده ۹۷۵ ق.م.

اقتصادی قرارداد، دخالت دولت در روابط قراردادی گسترش یافته و نظم عمومی به عنوان یکی از محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی شناخته شده است [۹، ص ۳]؛ زیرا با توجه به گونه‌گونی نیازها، طرف قراردادی ناگزیر از بستن پیمانی است که نقشی در تنظیم شروط آن ندارد و صرفاً با اعلام قبول خود به آن می‌پیوندد. به همین اعتبار این گونه قراردادها را الحاقی و این دسته از شروط را تکمیلی نامیده‌اند. از دیدگاه حقوق رقابت وضعیت و موقعیت طرفین قرارداد در توصیف آن بی‌تأثیر نیست. به عنوان نمونه می‌توان به رویه ضد رقابتی سوءاستفاده از موقعیت برتر و یا از وابستگی اقتصادی اشاره کرد.

در چنین وضعیتی، استناد به این اصول به جای حمایت از طرف ضعیف قراردادی، او را به جهت این‌که با هم‌پیمان خود در موقعیت یکسانی قرار ندارد در معرض مخاطرات انکارناپذیر قرار می‌دهد. پس دیگر نمی‌توان افزایش درآمد فردی و رفاه اجتماعی را مرهون گسترش آزادی قراردادی دانست.

بنابراین، رجوع به نظم عمومی ضروری است؛ ولی ابتدا باید قلمرو آن و مرز میان «مصالح اجتماعی» که حاکمیت به عنوان مظهر اراده ملی در پی حمایت از آن است از یک طرف، و «منافع افراد» از طرف دیگر مشخص شود تا بتوان با در نظر گرفتن لزوم ترجیح مصالح عمومی بر منافع اشخاص، میزان تأثیرپذیری اصل آزادی قراردادی را تخمین زد و حدود و ثغور قواعد امری و تکمیلی را از هم دیگر باز شناخت.

با این وصف به رغم این که در برتری مصالح عمومی بر منافع افراد تردیدی نیست، در مورد ارتباط نظم عمومی اقتصادی با اصل آزادی عمل بنگاه اقتصادی با تکیه بر مفهوم کارایی، بین نظریه پردازان حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد.

منشأ اختلاف این است که برخی با در نظر گرفتن ارتباط میان نظم عمومی و اقتصاد، و ترجیح مصالح جامعه بر منافع اشخاص، همچنان به گسترش قلمرو مفهوم نظم عمومی اقتصادی و سلطه آن بر اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده اعتقاد دارند [۱۰، ص ۲۷۹]. به نظر اینان افول اصل آزادی قراردادی خصوصیت نظام حقوقی

معاصر است [۱۱، ص ۲۹۳]. با استقرا در قوانین نیم قرن گذشته، نظیر مقررات مربوط به حقوق رقابت، می‌توان ادعا کرد که با الهام از نظم عمومی اقتصادی، قلمرو اصل آزادی قراردادی بیش از پیش کاهش یافته است [۱۲، ص ۱۰۷۴؛ ۱۳، ص ۲].

بعضی دیگر مدعی هستند که در تقابل بین نظم عمومی و آزادی قراردادی، قلمرو نظم عمومی نسبت به گذشته کاهش یافته [۱۳، ص ۷۳] و نمی‌توان از آزادی بنگاه اقتصادی به بهانه حمایت از منافع مصرف‌کننده و مصالح عمومی کاست و او را از انجام فعالیتی که دارای کارایی اقتصادی است منع کرد.

در مقام مقایسه بین دو نظر و انتخاب یکی، باید از اختلافات یادشده چشم پوشید و به تأثیر نظم عمومی بر اقتصاد توجه کرد. برای این منظور آنچه حائز اهمیت است این است که برداشت درستی از ارتباط بین نظم عمومی و نظم عمومی اقتصادی ارائه گردد. براساس نظر نخست، حمایت از منافع عمومی تنها از طریق اعمال محدودیت بر اصل حاکمیت اراده صورت می‌گیرد؛ ولی کارکرد حمایتی، تنها کارکرد نظم عمومی نیست و با شناسایی کارکردهای دیگر آن می‌توان متناسب با شرایط حاکم بین دو نظر یاد شده تعادل ایجاد کرد. در هر حال باید پذیرفت که هدف از گسترش قلمرو مفهوم نظم عمومی تنها برقراری عدالت قراردادی نیست و مصالح عمومی تنها از طریق ایجاد محدودیت برای دیگران حاصل نمی‌شود، بلکه نظم عمومی اقتصادی با تکیه بر کارکرد ارشادی خود و ایجاد فرصت یکسان برای رقبا، موجب افزایش کارایی اقتصادی می‌شود.

به همین جهت در چند دهه گذشته مقرراتی به منظور حمایت از طرف ضعیف قراردادی و تضمین امنیت قضایی - اقتصادی و هدایت اقتصاد و منابع ملی تصویب شده‌اند. فلسفه اصلی تدوین این مقررات این است که حاکمیت بتواند در روابط قراردادی افراد نظارت داشته، با در نظر گرفتن آثار اقتصادی آن، از قرارداد به‌عنوان وسیله توزیع ثروت به شکلی مؤثر<sup>۱</sup> و کارآمد<sup>۲</sup> در جهت تحقق اهداف مورد نظر طرفین

---

1. effective  
2. efficient

با بیشترین فایده و کمترین هزینه و حفظ مصالح عمومی استفاده کند. گفته شد استناد به نظم عمومی زمانی منتهی به تحقق اهداف پیشگفته می‌شود که بتوان میان منافع خصوصی و مصالح عمومی تعادل و توازن برقرار کرد. بنابراین علاوه بر نسبی بودن این مفهوم، تفاوت بین نظام‌های حقوقی هم حوزه اعمال آن را مبهم می‌کند. با در نظر گرفتن خصوصیت نظام حقوقی آزادی محور و اقتصاد مبتنی بر بازار، دو کارکرد مشخص برای مقررات مربوط به نظم عمومی اقتصادی قابل تصور است. این دو کارکرد در «حمایت» از طرف ضعیف قرارداد و «مدیریت» بازار خلاصه می‌شود. از این رو می‌توان دو جنبه «حمایتگرانه» و «هدایتگرانه» برای نظم عمومی قائل شد که به ترتیب مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳-۱-۱. جنبه حمایتی نظم عمومی

مقصود از کارکرد حمایتی نظم عمومی این است که نظام حقوقی باید از هم‌پیمانی که ضعیف‌تر از طرف قراردادی خود است حمایت کند؛ زیرا فرض این است که اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده به‌تنهایی نمی‌تواند عدالت معاوضی را در قراردادی که ذاتاً نابرابر شکل گرفته است تضمین کند. در این فرض، نظم عمومی با تکیه بر جنبه حمایتگرانه خود ناتوانی قرارداد را در توزیع عادلانه ثروت جبران، و عدالت توزیعی جایگزین عدالت معاوضی می‌شود. به همین جهت در نظام‌های حقوقی پیشرفته، قانونگذار با شناسایی «قراردادهای مصرفی» در برخی از عقود نظیر بیمه، اجاره، و کار، و با تصویب مقررات آمره، بر توافقات نظارت و شروط تحمیلی را باطل اعلام می‌کند تا مصرف‌کننده قربانی زیاده‌خواهی‌های طرف حرفه‌ای نشود.

قاعده یادشده در روابط قراردادی بین بنگاه‌های اقتصادی نیز قابل اعمال است؛ زیرا علت اصلی مداخله که عبارت است از منع سوءاستفاده از نابرابری رابطه قراردادی در این‌جا هم وجود دارد. تأثیرپذیری قواعد عمومی قراردادها از حقوق رقابت هم از این منطق پیروی می‌کند. بنابراین مقررات مربوط به این رشته واجد وصف نظم عمومی



اقتصادی بوده، آمره محسوب می‌شوند: نه تنها بنگاه‌ها نمی‌توانند برخلاف آن مقررات توافق کنند، بلکه چنانچه توافق یادشده موجب اخلال در رقابت شود باطل است.<sup>۱</sup> برای تشخیص این امر که قرارداد مخل رقابت است یا خیر باید به میزان تأثیر آن بر رقابت توجه کرد. با در نظر گرفتن ضابطه یاد شده، مشروعیت قرارداد نیز در مطابقت آن با نظم عمومی اقتصادی خلاصه می‌شود و عدم مغایرت قرارداد با قوانین و مقررات مزبور از زمره شرایط اساسی صحت این معاملات بوده، ضمانت اجرای نقض قواعد مذکور بطلان معامله است.

به این علت نمی‌توان ارتباط حقوق رقابت را با رفاه اجتماعی و شکوفایی اقتصادی از یک سو و با حقوق قراردادها از سوی دیگر نادیده گرفت. وانگهی در حوزه حقوق رقابت بیش‌تر رفتارهای ضدرقابتی در قالب «قرارداد» ظاهر می‌شود و نمی‌توان از آن، بخصوص در فرضی که یکی از طرفین در «موقعیت برتر» قرارداد، به‌عنوان وسیله مناسبی برای توزیع ثروت استفاده کرد.

بنابراین، به رغم این‌که حمایت از طرف ضعیف قرارداد هدف مشترک حقوق قراردادها و حقوق رقابت است و تعاملاتی بین آن دو وجود دارد، شیوه حمایت در هریک از این رشته‌ها متفاوت است. در حقوق رقابت برای اصلاح نابسامانی‌های بازار و حفظ رقابت، ضمانت اجرایی نظیر اصلاح یا ابطال قرارداد پیش‌بینی شده است که با آنچه در حقوق قراردادها وجود دارد متفاوت است. علاوه بر این، روش مبارزه با تحمیل اراده «غالب» در حقوق قراردادها و حقوق رقابت از «منطق» یکسانی تبعیت نمی‌کند. علت این تفاوت ممکن است ناشی از این امر باشد که حقوق رقابت بیش از آن‌که صبغه حقوقی داشته باشد ماهیتی اقتصادی دارد.

بر همین اساس لازم است روابط طرفین، نه براساس مفاهیم و اصول حقوقی صرف، بلکه با تکیه بر تحلیل اقتصادی حقوق بررسی گردد تا به‌درستی احراز شود که آیا کارایی اقتصادی حاصل از نقض اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی می‌تواند

---

۱. ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا. ۴۴

زیان‌های حاصل از نقض اصول یاد شده و تضعیف امنیت قضایی را جبران کند یا خیر. به عبارت دیگر، منتهی به کارامدی و رفاه اجتماعی و شکوفایی اقتصادی شده است یا نه؟ با تکیه بر این طرز نگرش می‌توان درخصوص چگونگی توجیه برتری قواعد حقوق رقابت بر حقوق مالکیت فکری و قواعد عمومی قراردادها و سایر اصول حاکم اظهارنظر و اذعان داشت که اراده طرفین منبع منحصر تعهد نیست، بلکه قرارداد تابع نظم عمومی اقتصادی است و با لحاظ آن رفتار ضد رقابتی تعریف می‌شود.

بر اساس این دیدگاه، قواعد حقوق رقابت صرفاً برای برقراری عدالت در رابطه‌ای که ذاتاً نابرابر است، یا برای ترجیح مصالح عمومی بر منافع اشخاص تأسیس نشده، بلکه سیاست رقابتی به نحوی تدوین می‌گردد تا ضمن مدیریت و هدایت قرارداد موجب کارامدی آن شود.

نکته دیگری که ذکر آن ضروری به نظر می‌رسد این است که نیل به این اهداف تنها با محدود کردن اراده طرفین و گسترش دخالت دولت در اقتصاد و تنظیم مقررات و الزام اشخاص به تبعیت از آن حاصل نمی‌شود. نظم عمومی اقتصادی در مفهوم امروزی خود بر این تفکر استوار است که می‌توان با حمایت از رقابت و آزادسازی قیمت و فراهم کردن شرایط برابر نیز به اهداف یاد شده نایل آمد.

در نتیجه، با پذیرش اصل «آزادی رقابت» به جای اصل آزادی قراردادی، «اختیار» بنگاه اقتصادی در رقابت به جای «التزام» به حکم قانونگذار باعث خواهد شد تا مقررات آمره علاوه بر حفظ کارکرد اولیه خود در «حمایت» از منافع عمومی، کارکرد دیگری برای «مدیریت» منابع و «هدایت» بنگاه اقتصادی برای خود جستجو کند. در این فرض خواهیم دید که چگونه می‌توان با تکیه بر جنبه دیگر نظم عمومی که اداره رابطه حقوقی نابرابر است و تکمیل کننده جنبه حمایتی نظم عمومی تلقی می‌شود، قلمرو آن را گسترش داد.

### ۳-۱-۲. جنبه هدایتگری نظم عمومی

گفته شد که نقش نظم عمومی به حمایت از طرف ضعیف قرارداد محدود نمی‌شود.

دخالت نظم عمومی در این فرض به این جهت ضروری است که گاهی ارائه برخی کالاها و خدمات و یا امکانات در انحصار بنگاه اقتصادی دارای موقعیت برتر است و به جهت سلطه‌ای که در بازار دارد ادامه فعالیت را برای سایر رقبا غیرممکن می‌سازد. علاوه بر این، اداره امور مربوط به اقتصاد و نظام بانکی و پولی کشور و تخصیص منابع محدود، تابع قواعد و مقرراتی است که برگرفته از سیاست‌های رقابتی مدون است که تصویب آن‌ها از اقتضائات و اختیارات حاکمیت به شمار می‌رود و پیروی از آن‌ها تحقق اهداف مورد نظر را عملی می‌کند [۱۴، ص ۳۱۷]. در این صورت دولت بهتر می‌تواند برای کنترل رفتار بنگاه اقتصادی از قرارداد به‌عنوان ابزار توزیع ثروت استفاده و بر محتوا و آثار آن نظارت کند. بر همین اساس به موازات اقداماتی که برای ایجاد تعادل رابطه قراردادی لازم می‌داند، برای مدیریت رفتار اقتصادی بنگاه‌های اقتصادی نیز مقرراتی وضع می‌کند.

بنابراین، سیاست رقابتی وقتی که جنبه حمایتی صرف دارد با فرضی که غرض، اداره قرارداد است دارای ماهیتی کاملاً متفاوت است؛ زیرا در اولی غایت مقررات حمایت از طرف ضعیف قرارداد است و در دومی، هدف، هدایت و سامان بخشیدن به فعالیتی است که مطابقت بیشتری با تأمین نیازهای سازگار با استفاده از روش‌های بهینه و از طریق تخصیص منابع اقتصادی دارد.

البته باید اذعان داشت به لحاظ این‌که نظم عمومی اقتصادی مفهومی سیال و قابل انعطاف است، سیاست رقابتی برحسب نظام حقوقی-اقتصادی حاکم و شرایط پیشرفت اقتصادی، از نظامی به نظام دیگر متفاوت است. حتی در نظام مبتنی بر اقتصاد بازار که قلمرو دخالت حاکمیت با بهبود وضعیت تعادل بازار کاهش می‌یابد، ممکن است اقداماتی از قبیل قیمت‌گذاری دولتی و تنظیم بازار در موارد استثنایی مورد استفاده قرار گیرد. نظریه‌پردازانی که به دنبال توجیه گسترش قلمرو قواعد حقوق رقابت به حوزه قواعد عمومی قراردادها بودند با تکیه بر جنبه هدایتگری نظم عمومی، اراده دولت را مناسب‌ترین جایگزین برای نظریه دست نامرئی و قوانین طبیعی می‌دانستند [۱۵، ص ۵۵]



و معتقد بودند که قانون حاکم بر بازار برای تحقق عدالت معاوضی کافی نیست. علاوه بر این، تنظیم بازار تنها از طریق اعمال محدودیت‌ها صورت نمی‌گیرد، بلکه می‌توان با اداره قرارداد به‌عنوان وسیله توزیع ثروت، بر مندرجات آن و محتوای شروط مربوط نظارت کرد. بدین‌سان می‌توان از انحراف بازار به‌ویژه زمانی که به جهت سلطه‌ای که بنگاه بر بازار دارد و از سوءاستفاده از سلطه، از طریق تحمیل اراده خود بر دیگران، یا امتناع از فروش، و از تحقق رفتار ضدرقابتی جلوگیری کرد.

تفاوت نظری و عملی این دو جنبه از نظم عمومی و نتایج حاصل از آن مانع تحقق اهداف حقوق رقابت نمی‌شود؛ زیرا امروزه مقررات حقوق رقابت که با الهام از نظریات اردوی لیبرال شکل گرفته است بر این نکته تأکید دارد که اصل «آزادی رقابت» می‌تواند قلمرو «نظم عمومی اقتصادی» را با توجه به قواعد و اصول پذیرفته شده در نظام اقتصاد بازار تعریف و محدود کند. به همین جهت با ظهور مفهوم نوینی از نظم عمومی اقتصادی امروزه به جای اصل رفتار ضدرقابتی ذاتی<sup>۱</sup> به «اصل تجویز» توجه بیشتری می‌شود و کنترل و هدایت، به موارد خاص محدود می‌گردد. بنا بر این نظر، دایره رفتار ضدرقابتی با استفاده از ضابطه عینی بیان رقابتی ارزیابی می‌شود تا چنانچه ادغام به‌عنوان یک رفتار ضدرقابتی، موجب افزایش کارایی گردد مجاز و الا ممنوع تلقی شود. از این منظر، «قرارداد اجباری» محصول توافق مشترک دو اراده نیست، تا بتوان آن را، به نحوی که در حقوق مدنی مرسوم است، به بهانه رضای معلول غیرنافذ شمرد، بلکه عقدی صحیح است که مبنای «الزام» آن دستور مقام صاحب صلاحیت است. هرچند قرارداد اجباری ریشه در نظام سوسیالیستی دارد، ولی افول کمونیسم و حرکت از نظام اقتصاد دولتی به سمت اقتصاد آزاد نتوانسه است آن را منسوخ کند.

وانگهی حقوق رقابت چنان سایه نظم عمومی اقتصادی را بر دیگر شاخه‌های حقوق خصوصی گسترانیده است که امروزه کم‌تر حقوقدانی برای رد نظریه «امکانات اساسی» شیفته سخن پیشینیانی که مدافع اصل حاکمیت اراده بوده‌اند می‌شود، بلکه

---

1. *Per se*

در دفاع از نظریه یاد شده یا ضد رقابتی دانستن «امتناع از عرضه»، به جای مویه بر مزار اصل آزادی قراردادی به تحلیل اقتصادی حقوق پرداخته، به «قاعده عقلانی» و «بیان رقابتی مثبت» قرارداد اجباری متوسل می‌شود.

بدون شک، در کارکرد هدایتگرانه نظم عمومی نیز نوعی حمایت از مصالح اجتماعی نهفته است؛ زیرا به رغم این که در جنبه حمایتگرانه، مانند نهادهای به کار گرفته شده در حقوق مدنی، مثل شروط تحمیلی و قراردادهای الحاقی یا سوءاستفاده از حق، بیش‌تر از طرف با حسن‌نیت یا ضعیف قرارداد حمایت می‌شود، ولی در جنبه هدایتگرانه با این که تنظیم بازار موضوع حقوق عمومی و از اقصائات حاکمیت است و ارتباطی به روابط اشخاص ندارد، ولی نظم عمومی، از بازار به‌عنوان بستر اجرای قواعد حقوق رقابت و مکان عرضه کالا و خدمات یا محل تلاقی ایجاب و قبول حمایت می‌کند.

#### ۴. نتیجه‌گیری

باید اذعان کرد که «امکانات اساسی» برای توجیه سلطه حقوق رقابت بر حقوق مالکیت فکری ابداع شده است، ولی با توجه به گستردگی واژه «امکانات» و کلیت نظریه یاد شده، اعمال آن به این شعبه یا حقوق داخلی محدود نمی‌شود، بلکه در صورت احراز شرایط مورد نظر می‌توان به آن برای رفع اختلافات و دعاوی بین‌المللی ناشی از روابط تجاری در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق بین‌الملل اقتصادی و دیگر رشته‌های مشابه استناد کرد.

در تقابل میان قواعد عمومی قراردادها و حقوق رقابت و ترجیح یکی بر دیگری، مقرراتی حاکم است که از مصالح عمومی در مقابل منافع اشخاص حمایت می‌کند. به همین جهت این دسته از مقررات واجد وصف نظم عمومی بوده، توافق برخلاف آن‌ها معتبر نیست.

بدین‌سان اصل حاکمیت اراده شکوه گذشته خود را در تقابل با حقوق رقابت از دست داده است، به نحوی که نمی‌توان با استناد به آن مخالفت بنگاه اقتصادی با



واگذاری «امکانات اساسی» را توجیه و «استنکاف از معامله» و «امتناع از عرضه» را که رویه‌ای ضدرقابتی ذاتی است مجاز دانست.

برای توجیه این تأثیرپذیری استناد به نظم عمومی راهگشا است و در مفهوم امروزی خود به رغم گستردگی قلمرو، دارای دو کارکرد جبرانی و ارشادی منسجم و همگرا است که با الهام از سیاست رقابتی مطلوب می‌تواند هم به یاری طرف ضعیف قراردادی بشتابد و هم با هدایت بنگاه اقتصادی از ایجاد انحصار جلوگیری کند.

بنابراین، نقش نظم عمومی اقتصادی به ارشاد مقامات تصمیم‌گیر یا هدایت بنگاه اقتصادی برای اتخاذ تدابیری که باعث افزایش کارایی و شکوفایی اقتصادی می‌گردد محدود نمی‌شود، بلکه با اتخاذ روش‌های مناسب از رقابت به‌عنوان یک ارزش محافظت می‌کند.

در فرضی که بازار در وضعیت انحصاری است کنترل قدرت بنگاه اقتصادی مسلط اجتناب‌ناپذیر است. به همین جهت وجود نهادی مستقل مانند شورای رقابت لازم است تا از تحمیل اراده بنگاه دارای موقعیت برتر بر سایرین جلوگیری کند. در برخی از نظام‌ها، به دولت اختیاراتی داده شده است تا سیاست رقابتی خود را به نحوی تدوین کند تا بتواند روابط قراردادی را کنترل و در صورت لزوم یکطرفه و آمرانه آن را ابطال کند.

## ۵. منابع

- [۱] قنادان، محمود، کلیات علم اقتصاد، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- [۲] عبادی، جعفر، مباحثی در اقتصاد خرد، بازارها تعامل عمومی و رفاه اقتصادی، ج ۱، تهران، سمت، ۱۳۷۰.
- [3] André Decocq, Georges Decocq, *Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'union européenne*, 4 ed.2010.
- [۴] کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ج ۲، تهران، بهنشر ۱۳۷۲.
- [۵] شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، حقوقدان، ۱۳۷۷.
- [6] Jacques Ghestin, *La formation du contrat : le contrat, le consentement* 3e

éd. LGDJ1990.

- [۷] کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع*، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۶۰.
- [۸] امینی، منصور، صداقتی، علی، «قراردادهای اجباری»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۵، ۱۳۹۰.
- [۹] ابدالی، مهرزاد و عیسی تفرشی، محمد، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه‌نامه حقوق، ۱۳۸۳.
- [10] J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Armand Colin, 6e éd.
- [11] Thierry Kirat, *Economie et droit*. «De l'analyse économique du droit à denouvelles alliances ? », *Revue économique*. Volume 49, n°4, 1998. pp. 1057-1087.
- [12] HAWK E.B 1992, «Un tour horizon du droit et de la politique de la concurrence» *JCP* 5.suppl.n lp 1-101994, spéc. n° 285 p. 203.
- [13] Ph. Malaurie, «La notion d'ordre public économique», *Rev. conc. et consomm.* n° 3, 1995.
- [14] Dominique BUREAU, «La réglementation de l'économie », V 19, 2005, [www.persee.fr](http://www.persee.fr).
- [15] G. Farjat, *Droit économique*, Paris, PUF, 2ème éd. 1982.

