



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31
Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 1-31

Objective Criteria for Controlling the Fairness of Terms in Consumer Contracts and their Sanction: A Comparative Study in French and Iranian Law

Mehrdad Abdali¹✉

1. Associate Professor, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran.

abdali@soc.ikiu.ac.ir

Abstract

*In the French legal system, in order to control the fairness of the terms and judicial supervision of consumer contracts, two general categories of criteria have been identified and introduced to control them. The first one is the Commercial Code, which governs all "commercial contracts" and forms part of a broader law on unfair competition law; it has historically been rooted in countering abuses' by large retailers of their suppliers of goods. Second, in civil law, which seems to be influenced by the criteria for controlling the terms of consumer contracts in European law and governs the terms of *contrats d'adhésion*. That is, cases in which the "will" of one of the parties to the contract is not taken into account. In Iranian law, there is no objective criterion for recognizing the unfairness of conditions, and as a result, it has become difficult to control them. The law on e-commerce and the law on the implementation of the general policies of principle 44 of the Constitution are not helpful in this regard either, and the need to pay attention to this important issue is fully felt.*

Keywords: *Unfair terms, Commercial contracts, Unfair competition, Competition law.*

Received: 2022/04/30 Received in revised form: 2022/10/22 Accepted: 2022/10/24 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2022.51373.3125

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



معیارهای عینی کنترل منصفانه بودن شروط در قراردادهای مصرف و ضمانت اجرای آنها (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و ایران)

مهرداد ابدالی ✉

abdali@soc.ikiu.ac.ir

۱. دانشیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره) قزوین، ایران.

چکیده

در نظام حقوقی فرانسه، برای کنترل منصفانه بودن شروط و نظارت قضایی بر قراردادهای مصرف، دو دسته کلی از معیارها برای کنترل آنها تعیین و معرفی شده است؛ نخست، معیارهایی در قانون تجارت که بر همه «قراردادهای تجاری» حکومت می‌کنند، بخشی از یک قانون گسترده‌تر در مورد حقوق رقابت ناعادلانه را شکل می‌دهند و از حیث تاریخی ریشه در مسئله مقابله با سوءاستفاده تهیه‌کنندگان کالا از خرده‌فروشان دارند. دوم، معیارهایی در قانون مدنی که ظاهراً تحت تأثیر معیارهای کنترل شروط قراردادهای مصرف در حقوق اروپا مورد توجه قرار گرفته، بر شروط قراردادهای الحاقی حکومت می‌کنند؛ یعنی مواردی که در آنها «اراده» یکی از طرفین قرارداد لحاظ نشده است. در حقوق ایران معیاری عینی برای تشخیص ناعادلانه بودن شروط معرفی نشده و در نتیجه کنترل آنها را با مشکل مواجه ساخته است. قانون تجارت الکترونیک و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز در این مورد راهگشا نیستند. در این شرایط ضرورت توجه به این امر مهم کاملاً احساس می‌شود.

واژگان کلیدی: رقابت ناعادلانه، حقوق رقابت، شروط غیرمنصفانه، قراردادهای مصرف، نظم

عمومی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۱۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۷/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2022.51373.3125

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

جای تردید نیست که اولاً بین حقوق قراردادهای، یعنی مقرراتی که در معنای سنتی خود بر حقوق و تکالیف ناشی از انعقاد، اجرا یا عدم اجرای تعهدات حکومت می‌کند، و مقررات گسترده‌تر حاکم بر فضا و محیط تشکیل قراردادها (معمولاً بازارها)^۱ که قراردادهای در آن ساخته و اجرا می‌شوند، رابطه مهمی وجود دارد.^۲ نمونه روشن این رابطه را می‌توان در قراردادهای مصرف مشاهده کرد که در آنها مراجع عمومی از طریق حمایت‌های قانونی و اتخاذ معیارهای مؤثر و قابل اجرا، حقوقی را برای مصرف‌کننده فراهم می‌کنند تا در حوزه کالاهای مصرفی دچار زیان نشود. ثانیاً پیوندهای مستقیمی بین حقوق قراردادهای و حقوق رقابت (که نمونه کامل آن در مقررات حاکم بر بازار مشاهده می‌شود) وجود دارد؛ یعنی مواردی که توافقنامه‌های ضدرقابتی (مانند توافق‌های راجع به تثبیت قیمت یا شروط ناظر بر ایجاد محدودیت غیرمتعارف در تجارت) که در قالب قراردادهای یا شروط قراردادی شکل می‌گیرند، نامشروع و در نتیجه غیرقابل اجرا هستند.

توجه به این دو نکته، حقوق‌های ملی را بر آن داشته است که هم در قوانین مربوط به رقابت و هم در قوانین مدنی یا تجاری خود، ضرورت کنترل شروط قراردادی از جمله در قراردادهای مصرف را لحاظ کنند. نمونه این حقوق، حقوق فرانسه است که مقررات آن در این حوزه قابل توجه بوده و موضوع بررسی این نوشتار قرار گرفته است.

در حقوق ایران، اما کنترل منصفانه بودن شروط، فضایی مبهم دارد و آن‌چنان که باید کارایی ندارد. قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی، تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه را ممنوع اعلام کرده است اما ضمانت اجرای آن مشخص نیست. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان نیز در این زمینه وضعیتی مشابه دارد و چنان که خواهد آمد، گام مؤثری برنداشته است. قانون تجارت الکترونیکی تنها قانونی است که از ضمانت اجرای منصفانه بودن شروط غافل نمانده است، اما به گونه‌ای مبهم که اثری جز دامن زدن به

۱. در بند ۱ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، بازار «به فضایی جغرافیایی یا مجازی که در آن خریداران و فروشندگان، کالاها و خدمات مشابه یا جانشین نزدیک را مبادله می‌کنند» اطلاق شده است.

2. Hugh, Collins, *Regulating Contracts*, (Oxford: Oxford University Press, Vol. 27, 1999), p. 389.

اختلافات نظری نداشته است. در این مقاله تلاش بر آن است که با نشان دادن وضعیت شروط غیرمنصفانه و چگونگی کنترل آنها در حقوق فرانسه، خلأ قانونی مربوط به کنترل این شروط و تعیین ضمانت اجرای روشن آنها در حقوق ایران مورد توجه قرار گیرد.

در طول یک دهه گذشته، حقوق فرانسه در کنار کنترل‌های موضوع قانون تجارت، یک دسته کنترل قانونی جدید بر شروط قرارداد ایجاد کرده است که بر مبنای «معیار غیرمنصفانه بودن» در قانون مصرف‌کنندگان اروپا الگوسازی شده است و در واقع دستورالعمل اروپایی را در مورد شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده^۳، اما این معیار در خارج از حوزه قراردادهای مصرف‌کننده نیز قابل اجرا است. اولین مورد کنترل، در مقررات حاکم بر فعالیت‌های بازار خرده‌فروشی در خصوص تهیه‌کنندگان کالا ایجاد شد و در سال ۲۰۰۸ به‌عنوان بخشی از حقوق رقابت ناعادلانه وارد قانون تجارت گردید، اما به‌طور کلی در همه قراردادهای تجاری قابل اجرا است^۴. کنترل دوم که در راستای اصلاحات سال ۲۰۱۶ در بخش قراردادها و تعهدات قانون مدنی صورت گرفته، ناظر بر قراردادهای الحاقی است^۵.

پیش از توضیح دو قانون ملی کشورهای مورد مطالعه، ضرورت دارد نگاهی به دو معنای ممکن از حقوق رقابت داشته باشیم^۶. بر پایه معنای اول و معمول، حقوق رقابت به مجموعه مقرراتی اشاره دارد که در مقام ایجاد اطمینان برای تأمین «رقابت آزاد» است و در وهله اول نظر بر منافع مصرف‌کنندگان است^۷. این قوانین، کنترل‌های گسترده‌ای بر روی توافقات ضدرقابتی یا اقدامات مشترک و سوءاستفاده از موقعیت برتر در بازار را اعمال می‌کنند و همچنین یک سری اختیارات دولتی را برای مداخله در بازارهای خاص در صورت مشاهده شواهدی بر پدیده شکست بازار فراهم می‌آورد تا شرایط رقابت آزاد مهیا شود. در این معنا حقوق فرانسه مجموعه‌ای از قوانین مربوط به رقابت آزاد را شامل می‌شود که تا حدی

3. Arts L 212-1-212-3; R 212-1-212-5 Code De La Consommation; Directive 1993/13/EC on Unfair Terms in Consumer Contracts [1993] OJ L95/29 (1993 Directive)

4. Art L 442-6.I.2o Code De Commerce, Section 3

5. Code Civil (2016, Arts 1110 et 1171

۶. امیرعباس علاءالدینی و مهرزاد شیری، «قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، *قضاوت*، ش ۸۷ (۱۳۹۵)، ص ۱۲۵.

7. Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, (Oxford: Oxford University Press, 9th Ed. 2018), pp. 18-23.

برگرفته از حقوق اروپا است، اما با ویژگی‌های ملی خاص خود. این موارد در قانون تجارت ذیل عنوان «فعالیت‌های ضد رقابتی»^۸ منعکس شده است.

معنای دوم، حقوق رقابت ناظر بر قوانینی است که هدف آنها ایجاد این اطمینان است که «رقابت عادلانه» و به نفع تاجران دیگر بوده و حداقل به همان اندازه به نفع مصرف‌کنندگان است. در واقع، چنین تصور می‌شود که رفتار نادرست بازاری یک تاجر (نسبت به تاجر دیگر یا مصرف‌کنندگان) این امکان را فراهم می‌سازد که از مزیت ناشی از رقابت ناعادلانه در بازار برخوردار شود و از این رو، قانون‌گذار موانع و محدودیت‌هایی را ایجاد می‌کند تا از ناعادلانه شدن رقابت جلوگیری نماید. در این معنا نیز حقوق فرانسه دارای قواعدی کلی در مورد رقابت ناعادلانه است که ابتدا از سوی دادگاه‌ها تحت عنوان مسئولیت غیر قراردادی ناشی از خطا، در قانون مدنی توسعه یافت^۹، اما بعدها در قانون تجارت، با عنوان «فعالیت‌های محدودکننده رقابت» گسترش پیدا کرده است.

۱. پیشینه مقابله با شروط غیر منصفانه

با توجه به اینکه روند تاریخی شکل‌گیری سیاست‌های تقنینی در حوزه قراردادی مصرف، زمینه تفسیری لازم در این مورد را فراهم می‌کند. نگاهی تاریخی به چگونگی روند یادشده به صورت مجزا پی گرفته می‌شود.

۱.۱. حقوق فرانسه

بر اساس قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، قرارداد عبارت است از توافقی که به وسیله آن یک طرف متعهد به انتقال، انجام یا عدم انجام کاری است، بدون اینکه نسبت به موضوع قرارداد یا تشریفات آن محدودیتی داشته باشد. صرف تحقق قانونی قرارداد، طرفین را ملتزم می‌کند؛ مگر اینکه قرارداد مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد^{۱۰}. این رویکرد در قرن نوزدهم در این عبارت متجلی شد که طرفین از «استقلال اراده» برخوردارند و در نتیجه

8. Les Pratiques Anti-Concurrentielles, Arts L 420-1-420-7.

9. Arts 1382-3 C Civ. (1804), Arts 1240-1 C Civ (2016)

10. Arts 1101 and 1134(1) C Civ (1804)

عادل هستند.^{۱۱} با این حال، این تصویر به طور قابل توجهی در طول قرن بیستم تحت تأثیر دکتربین و آرای قضایی تغییر کرده است.

اول، به گفته ریموند سالی^{۱۲}، فقدان حق انتخاب واقعی طرفی که با مجموعه‌ای از شرایط تحمیل شده از سوی طرف دیگر مواجه می‌شود (قراردادهای الحاقی)، به این معناست که این قراردادها بیشتر شبیه مقررات اداری هستند تا قرارداد^{۱۳}. اگرچه دادگاه‌ها و بیشتر نویسندگان این نتیجه‌گیری را نپذیرفتند، اما تحلیل ریموند سالی منجر به این درک گسترده شد که اصل قراردادی مرسوم نمی‌تواند قراردادهای شکل استاندارد را توجیه کند.^{۱۴}

دوم، نویسندگان فرانسوی و دادگاه‌ها به طور فزاینده‌ای مخالف شروط معاف‌کننده و بعدها شروط کیفی بودند. تکنیک‌هایی برای کنترل موارد معاف‌کننده به کار گرفته شد که برخی از آنها مستقیماً مربوط به نظم عمومی بود و برخی دیگر نسبتاً پیچیده و مبتنی بر تفاسیر قضایی دادگاه‌های فرانسه. در مورد شروط کیفی، قانون مدنی در سال ۱۹۷۵ اصلاح شد و به دادگاه اجازه داد در مواردی که میزان مورد توافق، گزاف یا ناچیز باشد آن را کاهش یا افزایش دهد. در هر دو مورد، این کنترل‌ها در اصل برای تمام انواع قرارداد اعمال شد، اعم از اینکه طرف دیگر قرارداد تاجر باشد یا مصرف‌کننده و اعم از اینکه در قراردادهای الحاقی باشد یا غیر آن.^{۱۵}

سوم، در طول قرن بیستم قانون‌گذار فرانسه مجموعه‌ای از مقررات مهم را برای تنظیم انواع قرارداد (به‌ویژه قراردادهای بیمه، انواع مختلف اجاره و قراردادهای استخدام) ایجاد کرد. بسیاری از آنها الزام‌آور هستند به گونه‌ای که با توافق طرفین، امکان معاف شدن از آنها یا تغییرشان وجود ندارد.^{۱۶} از دهه ۱۹۸۰، برخی از حقوق‌دانان فرانسوی استدلال کردند که

11. Réonique, Ranouil, *L'autonomie De La Volonté : Naissance et Évolution D'un Concept*, Vol. 12, (Presses Universitaires De France, 1980), p. 175.

12. Ramon Saleilles,

13. François Chénéde & Raymond Saleilles, "Le Contrat D'adhésion", *Revue Des Contrats* 24, Part 1, (2012), P. 229.

14. *Ibid*, p. 30.

15. François, Terré, Philippe, *Simler and Yves Lequette, Droit Civil: Les Obligations*, (Daloz, 11th Ed., 2013), p. 201.

16. Alain, Bénabent, *Droit Civil: Les Contrats Spéciaux Civils et Commerciaux* (Paris: Montchrestien, 7th En., 2001), p. 284.

حسن نیت (که قانون مدنی آن را برای اجرای قرارداد لازم می‌شمرد)^{۱۷} پیامدهای بسیار گسترده‌ای برای توسعه قوانین ماهوی دارد. این امر مبنای مهمی را برای تحمیل مسئولیت در مورد نقض غیرمنتظره مذاکرات، تعهدات پیش‌قراردادی مربوط به اطلاعات، تعهدات قراردادی مشترک و کنترل‌های مربوط به اجرای برخی از حقوق قراردادی فراهم کرد.^{۱۸} در واقع، برخی از حقوق‌دانان حسن نیت را منعکس‌کننده توجه مناسب قوانین به عدالت یا انصاف قراردادی دانسته‌اند که در جای خود نمایانگر الگوی وسیع‌تر «همبستگی اجتماعی» خواهد شد.^{۱۹}

بنابراین، رابطه نزدیکی بین حسن نیت و نظریه مبتنی بر دکترین سوءاستفاده از حق وجود دارد. از آنجا که دادگاه‌های فرانسوی حسن نیت را وسیله کافی برای ارزیابی عادلانه بودن شروط قرارداد نمی‌دانستند، قانون‌گذار فرانسه نخستین کنترل‌های قانونی بر شروط قراردادهای مصرف‌کننده را با لحاظ کردن توأمان «امکان سوءاستفاده تاجر از حق خود در قرارداد» و «ضرورت اصلاح امتیازات گزافی» که ممکن است از آن نتیجه شود، آغاز کرد.^{۲۰}

در سال ۱۷۹۱، قانون‌گذار انقلابی فرانسه با «قانون آلارد»^{۲۱} امتیازات خاص شرکت‌های تجاری و مقررات اقتصادی گسترده رژیم سنتی را کنار گذاشت و به تثبیت چیزی پرداخت که با نام «اصل آزادی صنعت و تجارت» و در نتیجه، اصل آزادی رقابت معروف شد. این اصل بر رویکرد حقوق‌دانان فرانسوی به بازار در طول قرن نوزدهم تسلط داشت. البته این ایده هم گسترش یافت که اگر رقابت ناعادلانه باشد، ممکن است با توجه به قانون مدنی، تقصیر زیان‌آور تلقی شود.^{۲۲} قانون‌گذار نیز بعدها برخی فعالیت‌های تجاری را ممنوع کرد

17. Art 1134(3) C Civ (1804).

18. François, Terré; Philippe, Simler; Yves, Lequette, *op. cit.*, p. 203.

19. Denis, Mazeaud, "Loyauté, Solidarité, Fraternité: La Nouvelle Devise Contractuelle?", *L'avenir Du Droit, Mélanges en Hommage à François Terré (Paris: Dalloz, 1999)*, p. 603.

20. Loi no 78-23 of 10 Janvier 1978 Sur La Protection et L'information Des Consommateurs De Produits et De Services, Art 35(1).

۲۱. Décret d'Allarde: قانون آلارد، که اغلب به اشتباه فرمان آلارد خوانده می‌شود، قانونی است که گزارشگر آن پیر دالارد بود و از سوی مجلس مؤسسان در تاریخ ۲ و ۱۷ مارس ۱۷۹۱ به تصویب رسید. شرکت‌های حاضر در رژیم قدیمی آن را لغو کردند و امکان ایجاد اصل دسترسی آزاد به تجارت در جامعه فرانسه را فراهم آوردند.

22. Georges, Ripert & René, Roublot, *Traité De Droit Commercial, Tome 1*, (Paris: Louis Vogel, 18th Ed., 2001), P. 590

(برای نمونه، تقلب در مواد غذایی یا دیگر رفتارهای متقلبانه در تجارت). در نتیجه، تاجری که در مقام پیشرفت فعالیت خود ناعادلانه رفتار کرده، به تاجر دیگری خسارت وارد می‌کند فعالیتش به دستور دادگاه متوقف می‌شود.^{۲۳} علاوه بر این، هدف قانون رقابت ناعادلانه در این حقیقت منعکس شد که تنها تاجر رقیب یا اتحادیه‌های تجاری می‌توانند اقدام به طرح دعوا کنند. بنابراین وقتی در دهه ۱۹۷۰، قانون‌گذار به حمایت از مصرف‌کنندگان اقدام کرد، این حمایت مشمول عناوین کیفری بود و جنبه جزایی داشت؛ درحالی که قانون رقابت ناعادلانه، بخشی از قانون مدنی در مورد مسئولیت غیرقراردادی بود. این تمایز میان حقوق مصرف‌کننده و حقوق رقابت سبب شد حقوق مصرف‌کننده در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۹۹۳ منعکس شود، درحالی که قانون حاکم بر حقوق رقابت ناعادلانه در قانون تجارت جای گرفت.^{۲۴}

چهارم، بعد از جنگ جهانی دوم، با وجود اصل آزادی تجارت و حتی نظر نویسندگان حقوق مدنی بر اصل استقلال اراده و آزادی قراردادهای، بسیاری از کالاها و خدمات تحت کنترل مستقیم مراجع دولتی قرار گرفت؛ درحالی که در دهه ۱۹۵۰، قانون‌گذار برای حمایت از آزادی رقابت، توافق‌های ضدرقابتی را مشمول مجازات‌های کیفری قرار داد. در سال ۱۹۸۶ قوانین کنترل قیمت و رقابت آزاد به‌عنوان بخشی از آزادسازی وسیع اقتصاد فرانسه اصلاح شدند. قانون جدید سال ۱۹۸۶ اعلام کرد که «قیمت اموال، محصولات و خدمات ... به‌طور آزادانه و با مقررات رقابتی تعیین می‌شوند»^{۲۵} و همچنین توافقات ضدرقابتی و سوءاستفاده از موقعیت برتر، مشابه آنچه که در مقررات جامعه اروپا وضع شده بود، ممنوع شد.^{۲۶} همچنین سوءاستفاده از موقعیت وابستگی در صورتی که با هدف ممنوعیت، محدودیت و یا تغییر در نقش رقابت در بازار انجام گیرد و نیز تبعیض بین مصرف‌کنندگان از حیث قیمت، شروط و شرایط، ممنوع اعلام شد. این مقررات زمینه شکل گرفتن ماده L442-6-I^o قانون تجارت شد که بررسی منصفانه بودن شروط قراردادهای تجاری را حتی در جایی که قیمت‌ها تعیین شده‌اند فراهم می‌کند.

23. Luc, Bihl, *Le Droit Penal De La Consommation* (Paris: Nathan, 1989), P. 8.

24. *Ibid*, P. 9.

25. 1986 Ordonnance, Art 1(1). Art L 410-2 Code De Commerce

26. 1986 Ordonnance, Art 8-2.

۲.۱. حقوق ایران

اولین قانونی که در زمان ناصرالدین شاه قاجار در سال ۱۲۹۷ به تصویب رسید، برای کاسبانی که با فروش اجناس تقلبی به زیان مصرف‌کننده اقدام می‌کردند مجازات پیش‌بینی کرد. پس از تصویب قانون مجازات عمومی در سال ۱۳۰۴، فصل یازدهم قانون با عنوان «دسیسه و تقلب در کسب و تجارت» به این امر اختصاص یافت. مواردی چون «گران خریدن اجناس زیاده بر نرخ معین نزد فروشندگان یا به واسطهٔ مواضعه و اتفاق بین مالکین قیمت اجناس و امتعه یا بروات و سهام و امثال آن را زیاده بر نرخ عادلانه ترقی یا تنزل آنها» (مادهٔ ۲۴۲)، فریب دادن مشتری در مورد عیار طلا یا نقره، قرارداد جنسی به جای جنس دیگر و تغییر اوزان و مقادیر و فریب مشتری از حیث کمیت یا کیفیت (مادهٔ ۲۴۴)، استعمال متقلبانهٔ علائم صنعتی یا تجاری دیگری (مادهٔ ۲۴۹) از جملهٔ این موارد است.

بعد از تصویب قانون مجازات عمومی نیز طی سال‌ها قوانین دیگری مصوب شد که از جمله می‌توان به قانون «اوزان و مقیاس‌ها» (مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحیهٔ ۱۳۱۱)، قانون مواد خوراکی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی (مصوب ۱۳۴۹) اشاره کرد.

بعد از انقلاب نیز می‌توان به این قوانین اشاره نمود. قانون تشدید مجازات محترکان (مصوب ۱۳۶۷)؛ قانون تعزیرات حکومتی با وضع مقرراتی در زمینهٔ احتکار و تقلب در مبیع، گران‌فروشی، کم‌فروشی، عرضهٔ خارج از شبکه، عدم درج قیمت، اخفا و امتناع از عرضهٔ کالا، فروش اجباری، عدم صدور فاکتور، عدم اجرای ضوابط قیمت‌گذاری و توزیع و جرم‌انگاری آنها (مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام)؛ قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی کشور (مصوب ۱۳۷۹) با وضع قواعدی در خصوص اخلاص در امر توزیع مایحتاج عمومی، اخلاص در نظام تولیدی کشور، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ با وضع قواعدی در حمایت از مصرف‌کنندگان، تشویق رقابت‌های مشروع و حمایت از اسرار تجاری در بستر مبادلات الکترونیکی؛ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲ که در این قانون از آزادی ورود و خروج به بازار، ممنوعیت خودداری از ارائهٔ کالا یا خدمت و ممنوعیت فروش اجباری کالا (موضوع بند «ل» مادهٔ ۳۰، تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۴۹، بند «ب» مادهٔ ۲۸، و مادهٔ ۱۴) سخن رفته است.

در برنامه پنج‌ساله دوم توسعه، ذیل عنوان خط‌مشی‌های اساسی، مسئله اصلاح قیمت‌ها در مورد کالاهای عمومی و خدمات مورد توجه قرار گرفت. قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۳۷۹ در فصل چهارم با عنوان «تنظیم انحصارات و رقابتی کردن فعالیت‌های اقتصادی» به مقابله با انحصار پرداخت. قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ نیز عنوان فصل سوم را به «رقابت‌پذیری اقتصادی» اختصاص داد و در بند «ه» ماده ۴۱، دولت را به تهیه «لایحه جامع تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات» موظف کرد.

در همین راستا و به‌منظور تحقق اهداف برنامه‌های دوم و سوم و چهارم توسعه (به‌ویژه برنامه چهارم)، با توجه به وظایف قانونی وزارت بازرگانی و همچنین مسئولیت تخصصی آن در تدوین لایحه اصلاح قانون تجارت، قانون تجارت الکترونیک، قانون نظام صنفی، لایحه حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و سایر موارد مرتبط، هیئت وزیران لایحه قانون «تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات» را با همکاری وزارت امور اقتصادی و دارایی به این وزارتخانه سپرد. وزارت بازرگانی لایحه را تنظیم نمود و در ادامه روند اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تصمیم به ادغام این لایحه در لایحه سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی گرفت و در نهایت بعد از تصویب آن در مجلس شورای اسلامی و ایرادات شورای نگهبان و عودت آن به مجلس، در نهایت تحت عنوان «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» در تاریخ ۲۵ خرداد ۱۳۸۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. البته بر اساس ماده واحده «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۱ اسفند ۱۳۸۹، عنوان قانون یادشده به قانون «اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» اصلاح شد. فصل نهم این قانون مربوط به تسهیل رقابت و منع انحصار است.

۲. شیوه‌های کنترل منصفانه بودن شروط قراردادی

چنان‌که در بند ۲ این نوشتار گفته شد، حقوق رقابت در روند تاریخی شکل‌گیری خود در حقوق فرانسه، در نهایت در قانون تجارت این کشور قرار گرفت، اما در حقوق ایران، قانون

اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قانون تجارت الکترونیکی و قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به این مهم پرداختند. بنابراین، قوانین کنترلی این دو کشور به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرند.

۲.۱. قانون تجارت فرانسه

ماده L 442-6-I.2 بخشی از مجموعه پیچیده مقررات حاکم بر شفافیت، اعمال محدودکننده رقابت و دیگر شیوه‌های ممنوع را تشکیل می‌دهد که به فعالیت‌های گسترده‌تر مربوط به آزادی قیمت‌ها و رقابت تعلق دارد. این ماده در مواردی بر اساس ماده ۹۳ قانون نوسازی اقتصادی در سال ۲۰۰۸ اصلاح شد، اما هنوز هم قابل اجرا است. این ماده مقرر می‌دارد:

«... ۲. رفتارهای زیر از سوی هر تولیدکننده، تاجر، سازنده، یا فردی که در ثبت تجارت‌ها به ثبت رسیده، باعث مسئولیت مرتکب می‌شود و او را ملزم به جبران زیانی می‌کند که ناشی از فعل اوست.

(۱)....

(۲) متعهد کردن یا تلاش برای متعهد کردن شریک تجاری به تعهداتی که سبب عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین می‌شود».

برخلاف عنوان دوم (II) از کتاب چهارم (IV) (که روند توافقات ضدرقابتی را ممنوع می‌کند و هدف آن تضمین این امر است که با قیمت پایین‌تر بتوان ارائه کالا و خدمات با کیفیت بهتر و امکان انتخاب‌های بیشتر را برای رفاه مصرف‌کنندگان تأمین کرد)، عنوان IV عمدتاً ناظر است بر این امر که با استناد به نظم عمومی اقتصادی، بتوان شفافیت (بخش ۱) و عادلانه بودن روابط تجاری بین تأمین‌کنندگان و مشتریان آنها را خصوصاً در بخش خرده‌فروشی (بخش ۲) بدون در نظر گرفتن واقعی تأثیرات احتمالی بر رقابت رفتارهایی که به آن مربوط می‌شود، تضمین کرد. به‌طور خلاصه، عنوان IV درباره عادلانه بودن رقابت است، درحالی که عنوان II درباره آزادی رقابت است.

پیشینه ماده L442-6.I.2 قانون ۱۹۵۸ که فروشندگان کالا یا تهیه‌کنندگان خدمات را

از اعمال تبعیض در قیمت بین مشتریان مختلف و مطالبه قیمت‌های مختلف و یا بستن قرارداد با شروط مختلف منع کرد^{۲۷}، هدف اصلی این بود که از خرده‌فروشان کوچک کالا در مقابل استفاده از قدرت بالای چانه‌زنی تهیه‌کنندگان کالا در مذاکرات راجع به شروط مختلف حمایت کند^{۲۸}. اما با اینکه قدرت چانه‌زنی نسبی تهیه‌کنندگان و خرده‌فروشان در دهه ۱۹۷۰ در نتیجه افزایش زنجیره‌های سوپرمارکت معکوس شد، دامنه این ممنوعیت گسترش یافت. این ممنوعیت از قضیه آزادسازی عمومی قیمت‌ها در سال ۱۹۸۶ مصون ماند، اما ضمانت اجرای آن از مجازات کیفری به تحمیل مسئولیت مدنی تبدیل شد. قانون جدید مقرر می‌کرد هر تولیدکننده، تاجر، فعال صنعتی یا استادکار، «درباره شریک اقتصادی خود از کسب منفعت در اثر تغییر قیمت‌ها، تأخیر در پرداخت‌ها، شرایط فروش و یا دیگر ویژگی‌های فروش یا خرید که تبعیض‌آمیز بوده، ممنوع است و مسئولیت دارد و برای هیچ همتای تجاری موجه نیست که از این طریق برای شریک خود، کسب امتیاز کند یا در مقام رقابت ضرری وارد سازد». فروشندگان تعهد داشتند شرایط کلی فروش^{۲۹} را (شامل تعرفه قیمت هر واحد، همراه با هرگونه تخفیف و شرایط راجع به پرداخت) نسبت به تمام مشتریان بالقوه خود اعمال کنند و انحراف از این موارد، تبعیض تلقی می‌شد^{۳۰}.

عنوان IV این قانون، فروش مجدد همراه با ضرر را ممنوع اعلام کرد. منظور از این نوع فروش مجدد، فروش کالا از سوی یک خرده‌فروش به مشتری با قیمتی کمتر از «قیمت واقعی» است که خرده‌فروش به تهیه‌کننده خود پرداخت کرده است^{۳۱}. این ممنوعیت با هدف حمایت از خرده‌فروشان محلی کوچک صورت می‌گیرد به این طریق که تهیه‌کنندگان کالا (برای نمونه، سازنده و تولیدکننده عمده مواد غذایی) از تثبیت قیمت آنها در یک سطح

۲۷. مصوبه شماره ۵۸-۵۴۵ ژوئن ۱۹۵۸ در مورد اصلاح برخی از مقررات شماره ۴۵-۱۴۸۳ ۳۰ ژوئن ۱۹۴۵ مربوط به حفظ رقابت آزاد (ماده ۱).

28. Jean-Paul Charie', De'pute', Report on Behalf of the Commission des Affaires Economiques, De L'environnement et Du Territoire Sur Le Projet De Loi De Modernisation De L'economie of the Assemble' Nationale (22 mai 2008), Ass Nat no 908.

29. Conditions Générales De Vente

30. Calais-Auloy, Jean & Temple, Henri, *Droit De La Consommation* (Daloz, 2010), p. 249.

31. Loi de Finances no 63-628 Du 2 Juillet Rectificative Pour 1963 Portant Maintien De La Stabilité Économique et Financière, Art 1, Later Codified as Art L 442-2(1).

بسیار پایین (پیشرو زیان)^{۳۳} منع می‌شوند. همچنین حمایت از تولیدکنندگان / تهیه‌کنندگان نیز لحاظ شد، با این نگاه که این امر سبب می‌شود دیگر خرده‌فروشان نیز برای همسو کردن قیمت‌های خود با کمترین قیمت تعیین شده فعلی از سوی رقبای خویش، به تهیه‌کنندگان خود فشار بیاورند.^{۳۳} خرده‌فروشان بزرگ به جای اینکه از تهیه‌کنندگان خود کاهش قیمت تعرفه‌ها را مطالبه کنند، از قدرت خرید خود برای شارژ کردن آنان در قبال خدمات استفاده کردند. با توجه به ممنوعیت تهیه‌کنندگان از اعمال تبعیض در قیمت، خرده‌فروشان کوچک باید همانند خرده‌فروشان بزرگ، همان قیمت‌ها (تعرفه‌ها) را پرداخت می‌کردند اما برخلاف خرده‌فروشان بزرگ، آنها قدرت لازم برای مذاکره نداشتند. این امر به افزایش تورم منجر گردید که بر همه طرفین توزیع کالاها، از جمله مصرف‌کنندگان تأثیر می‌گذاشت.

راه‌حل این مشکلات، قانون مصوب سال ۲۰۰۸ بود که هدف آن بازگشت قراردادهای توزیع به مذاکرات آزاد قیمت‌ها و شروط قراردادی در راستای بیشترین رقابت ممکن در قیمت بود. در عین حال، امکان یک ضمانت اجرای مؤثر در قبال سوءاستفاده در روابط تجاری را، به‌ویژه به دلیل عدم تعادل در رابطه قدرت طرفین فراهم می‌کرد.

با این حال، آزادسازی مستلزم پیش‌بینی مقررات جزئی‌تری در قانون رقابت ناعادلانه بود تا بتواند سوءاستفاده‌های احتمالی این قانون جدید را نیز مورد توجه قرار دهد و قطعیت قانونی و اجرای مؤثرتری را فراهم آورد. بنابراین قانون جدید، قانون تجارت را اصلاح کرد تا بتواند فهرست سوءاستفاده‌های احتمالی را که معامله‌گران ممکن است با ایجاد عدم تعادل در حقوق و تکالیف طرفین مرتکب شوند، دربر گیرد (L442-6.I.2). در ماده L442-6 نیز موارد دیگر سوءاستفاده، به‌ویژه به‌دست آوردن و یا تلاش برای کسب پرداخت‌ها در قبال خدمات تجاری غیراصیل (غیرواقعی) و یا به‌دست آوردن پذیرش شروط ناعادلانه حاکم بر قیمت‌ها یا دوره‌های بازپرداخت از طریق تهدید به تغییر در روابط تجاری و یا قطع روابط تجاری به‌جز در شرایطی خاص و تحمیل شروطی در مورد دامنه‌های تغییر قیمت، مشخص

۳۲. کالایی که در تجارت خرده‌فروشی، به قیمتی کمتر از بهای مایه فروخته می‌شود تا خریداران به سوی کالای دیگری کشانده نشوند.

33. Raymond (G.), *Droit De La Consommation*, (Paris: Classeur, 2008), p. 246.

شده‌اند. اشخاص ذی‌نفع می‌توانند از طریق وزیر کشور^{۳۴} یا وزیر اقتصاد یا رئیس سازمان رقابت، هریک با لحاظ کردن حدود صلاحیت خود، اقامه دعوا کنند. این دعوی فقط باید در یکی از دادگاه‌های هشت‌گانه تخصصی تجاری اقامه شوند که مرجع تجدیدنظر از آنها دادگاه استیناف پاریس است (L442-6 III; D442-3). در صورت طرح دعوا از سوی مراجع عمومی، دادگاه می‌تواند علاوه بر تحمیل مسئولیت مدنی، از جریمه مدنی نیز استفاده کند. بنابراین، علاوه بر اینکه مقامات دولتی نقش مهمی در سیاست‌گذاری موضوع این قانون خاص در مورد رقابت ناعادلانه دارند، تجار نیز امکان طرح دعوا یافته‌اند. اهمیت معیار اصلی ناعادلانه بودن شروط در قراردادهای مصرف در ماده L442-6.I.2، زمانی آشکار شد که در جریان شکایت وزیر اقتصاد فرانسه از گروهی از ۹ خرده‌فروش بزرگ فرانسوی به جهت ادعای استفاده از شروط ناعادلانه، مفاد این ماده در شورای قانون اساسی مورد بحث قرار گرفت. شورای قانون اساسی مقررات این ماده را معطوف به قانون اساسی می‌دانست، با این مبنا که دادگاه‌ها مفهوم «عدم تعادل قابل توجه در حقوق و تعهدات طرفین» را در زمینه حقوق مصرف تبیین کرده‌اند و بنابراین رفتاری که طبق ماده ممنوع شده آن قدر روشن و مشخص است که به نقض اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها (موضوع ماده ۸ اعلامیه حقوق بشر و شهروندی ۱۷۸۹) منجر نمی‌شود.^{۳۵}

یکی از موضوعات مهم در خصوص شروط قراردادهای تجاری، گستره آنهاست. در این مورد، نکات زیر قابل توجه است:

اول، ماده L442-6.I.2 بر هریک از تولیدکنندگان، تاجران، سازندگان و اشخاصی که فعالیت آنها بر اساس قانون ثبت شده است (از جمله اشخاص عمومی)، در روابط معاملاتی با «شریک تجاری» خود اعمال می‌شود. بسیاری از مفسران، علی‌رغم پیشینه موضوع، معتقدند که این ماده محدود به توزیع کالاهای تجاری نیست و بنابراین شامل هر نوع قرارداد تجاری از قبیل اجاره، قراردادهای فرعی، بیمه یا معاملات اعتباری می‌شود.^{۳۶} با وجود این، برخی

34. Ministère Public

35. Dimitri, Delesalle & Nicholas, Genty, "Vers un Contrôle Des Clauses Abusives Dans Les Contrats Entre Professionnels Els", *Droit Civil, Tome 3, Petites Affiches* N2, (2011), p. 97.

36. Delesalle and Genty (n 90); Dieny (n 86) no 17, Quoting CA Douai 13 Septembre 2012, no 12/02832.

استدلال کرده‌اند (و برخی دادگاه‌ها هم پذیرفته‌اند) که «مشارکت تجاری» مستلزم تداوم همکاری است و باید از همکاری‌های موقت صرف متمایز شود.^{۳۷}

ماده L442-6.I.2 به منظور ارائه خدمات مدیریت شده برای شرکت‌های خدمات پرداخت آنلاین، راه‌اندازی وبسایت، ارائه خدمات پستی و قراردادهای بین شرکت‌های مسافرتی- تعطیلاتی و هتل‌داران نیز قابل اعمال تلقی شده است. دادگاه تجدیدنظر پاریس اعلام کرد که ماده L442-6.I.2 در هر قراردادی که بین تجار (اشخاص حرفه‌ای) منعقد می‌شود قابل اعمال است. این دیدگاه در گزارش نماینده پارلمانی فرانسه در زمان تصویب آخرین اصلاح قانون مدنی نیز تأیید شده است. البته در این دیدگاه، قراردادهایی که موضوع حرفه‌ای دارند، اما متعلق به حوزه حقوق تجارت نیستند (برای مثال، قرارداد وکلا با موکلان آن‌ها) استثنا شده است. از سوی دیگر، در عمل، مقامات اداری عمومی توجه خود را بر بخش خرده‌فروشی عمده متمرکز کرده‌اند و دادگاه‌ها به ندرت ماده L442-6.I.2 را در خارج از این زمینه به کار برده‌اند.^{۳۸}

دوم، ماده L442-6.I.2 وجود رابطه وابستگی اقتصادی بین طرفین قرارداد یا اندراج شروط قراردادی در قراردادهای استاندارد و یا موضوع مذاکره قرار نگرفتن این شروط را لازم نمی‌داند. اما در عوض، این ماده به صورت پیچیده‌ای به یکی از طرفین اشاره دارد که دیگری را در معرض تحمیل «عدم تعادل در تعهدات» قرار داده یا در مقام ایجاد چنین وضعیتی برای اوست. برای مثال، در یک مورد، دادگاه تجدیدنظر پاریس در خصوص یک شرکت ملی سوپرمارکت حکم کرد که حق استفاده از شروط خاصی در قرارداد با تهیه‌کنندگان را نداشته است. البته این حکم اعتراض شدید اتاق بازرگانی را به دنبال داشت؛ با این بیان که تهیه‌کنندگان (که تنها ۳ درصد از آنها متعلق به گروه‌های بزرگ بودند) فاقد «قدرت واقعی مذاکره» بوده و اصولاً توان و امکان تغییر شروط را نداشته‌اند. بنابراین «مفهوم تحمیل» را باید با لحاظ کردن تفاوت در قدرت چانه‌زنی عملی تفسیر کرد، نه صرف وجود یک شرط در قراردادهای استاندارد.

37. Marie, Malaurie-Vignal, *Contrats Concurrence Consommation*, (Paris: Dalloz, 2016), p. 140.

38. Diego, De Lammerville in: Philippe Stoffel-Munck, *Réforme Du Droit Des Contrats et Pratique Des Affaires* (Dalloz, 2015), p. 62.

سوم، برخلاف کنترل‌های مربوط به شروط ناعادلانه در قانون مصرف‌کنندگان یا قانون مدنی، ماده ۶.I.2-L442 شروط قراردادی را که قیمت یا موضوع اصلی قرارداد را تعیین می‌کنند^{۳۹}، از قلمرو خود استثنا نمی‌کند. شاید با این هدف که «سوءاستفاده» از آزادی در مذاکرات مربوط به قیمت و همچنین شروط معرفی‌شده در سال ۲۰۰۸ را کنترل کند^{۴۰}. در این خصوص، دادگاه استیناف پاریس قبول کرد که اگرچه «دادگاه‌ها نباید در قیمت‌ها که تعیین آنها آزاد بوده و موضوع مذاکره قراردادی هستند دخالت کنند، با وجود این باید مشخص کنند که آیا قیمتی که طرفین تعیین می‌کنند یا تعیین کرده‌اند سبب عدم تعادل بین آنها شده یا نه، و اینکه آیا این عدم تعادل آنقدر اهمیت دارد که ذیل عنوان «مهم» طبقه‌بندی شود^{۴۱}. بعضی از حقوق‌دانان فرانسه بر این باورند که این جنبه از ماده ۶.I.2-L442 یک قالب کلی جدید برای عدم تعادل اساسی (غبن)^{۴۲} در قرارداد تلقی می‌شود و با این ایراد مواجه است که موجب عدم قطعیت حقوقی می‌گردد^{۴۳}.

چهارم، ارجاع شورای قانون اساسی به قانون مصرف‌کننده در مقام تأیید این امر که ماده ۶.I.2-L442 معطوف به حقوق اساسی است، به بعضی از مفسران چنین الهام کرد که استنباط دادگاه‌ها از معیار «عدم تعادل» در حوزه مصرف، باید در مقام تفسیر و به‌کارگیری آن در حوزه تجارت نیز لحاظ شود، اما کسانی دیگر این تشابه را کاملاً نامناسب دانسته‌اند. با این حال، بعید است که قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به مقدار زیادی کمک کند، چراکه دادگاه‌های فرانسه در این مورد، نیازی به توضیح اهمیت «عدم تعادل قابل توجه» ندارند. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مجموعه‌ای از عوامل ضروری را که برای حصول این هدف باید لحاظ شود مقرر کرده^{۴۴} و از سال ۲۰۰۸ یک فهرست سیاه از تمام

39. Cf Art L 212-1(3) C Consom; 1993 Directive, Art 4(2); Art 1171 C Civ. Com 25 Janvier 2017 no 15-23547, AJ Contrat 2017.132

40. Jean, Calais-Auloy & Henri Temple, *Droit De La Consommation* (Paris: Dalloz, 8th Edn, 2010), pp. 36-7.

41. Dimitri, Delesalle & Nicholas, Genty, "Vers un Controle Des Clauses Abusives Dans Les Contrats Entre Professionnels", *Petites Affiches*, (Paris: Dalloz, 2011), p. 295.

42. Lésion

43. Gael, Chantepie, "Le Déséquilibre Significatif au Miroir De La Cour De Cassation' AJ Contrats D'affaires- Concurrence-Distribution", *Revue Trimestrielle De Droit Civil, Tome Soixante-Huitiem*, N. 2(2015), p. 218.

44. Art 212-1(2) C Consom (Implementing Art 4(1) of the 1993 Directive)

شروطی که در همه شرایط ناعادلانه‌اند و یک فهرست خاکستری از شروطی که ناعادلانه فرض می‌شوند ارائه داده است.^{۴۵} بر اساس نظر دادگاه تجدیدنظر، در زمینه‌های تجاری، ماده L442-6.I.2 اقتضا دارد زمینه‌ای که قرارداد در آن منعقد می‌شود و هدف کلی اقتصادی آن مورد ارزیابی قرار گیرد^{۴۶} و اجازه می‌دهد یک «شرط نامتوازن» خاص به وسیله دیگر شروطی که درباره آنها مذاکره شده است، تعدیل گردد. در عمل، دادگاه استیناف پاریس بین پرونده‌های شامل خرده‌فروشان بزرگ و تهیه‌کنندگان آنها در مواردی که کنترل‌ها به‌طور گسترده (از جمله در سطح قیمت مورد مطالبه) اعمال می‌گردد و موارد دیگری که در آنها بیشتر ادعاهای مربوط به ناعادلانه بودن شروط قراردادی رد می‌شوند قائل به تفکیک شده است. به این ترتیب، استدلال این است که دادگاه‌ها این «خطای قانون‌گذاری» را در پیش‌نویس ماده L442-6.I.2 که در آن، شروط شامل تمام قراردادهای تجاری است، تصحیح کرده‌اند.^{۴۷}

در نهایت، ارتکاب رفتار غیرمنصفانه تجاری به شرح تبیین شده در ماده L442-6.I.2، ممکن است سبب تحمیل مسئولیت به جبران خسارت شود. اما ماده L442-6.I.2 تنها به مقامات اجرایی قدرت می‌دهد تا بطلان شرط قراردادی یا قرارداد را با لحاظ امکان جبران آن در صورت ضرورت درخواست کنند.^{۴۸} با وجود این، دادگاه‌ها اجازه می‌دهند بازرگانان بتوانند این ادعا را طرح کنند که شرط یادشده «نانوشته» تلقی می‌شود، از این رو فاقد اثر است. علاوه بر این، مقامات دولتی تعیین شده ممکن است از دادگاه بخواهند به پرداخت جریمه مدنی تا سقف ۲ میلیون یورو یا حداکثر ۵ درصد از گردش مالی خالص خوانده حکم صادر کنند.^{۴۹} به‌طور کلی، قانون تجارت به دادگاه‌های فرانسوی اجازه داده است در روابط بین تجار، به بررسی وضعیت تحمیل شرط (از جمله قیمت) پرداخته، مسئله سوءاستفاده در رقابت و اثر آن بر موقعیت نسبی طرفین قرارداد را ارزیابی کنند.

45. *Ibid*, p. 225.

46. Com 3 Mars 2015 Eurauchan (n 116) 6th Moyen

47. Behar-Touchais, *Op. cit.*, No. 18.

48. Art L 442.6.III(2) C Com

49. Art L 442.6.III(2) C Com

۲.۲. حقوق ایران

عنوان فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، «تسهیل رقابت و منع انحصار» است. قسمت «ط» ماده ۴۵ این قانون، با عنوان «سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط»، یکی از مصادیق این عنوان را «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» برشمرده که بر اساس ماده ۴۵ ممنوع است. با وجود این، قانون‌گذار مشخص نکرده که اثر سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط در مورد تحمیل این شرایط چیست؛ بطلان است یا عدم نفوذ؟ در صورت بطلان، فقط بطلان شرط است یا بطلان شرط و قرارداد؟ یا صحیح و نافذ است؟ در این صورت، اثر ممنوعیت چیست؟

قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ایران نیز شروط غیرمنصفانه را صریحاً باطل اعلام نکرده است. اما در بند ۵ ماده ۱ آنها را از مصادیق تبانی دانسته و در ماده ۸ نیز تبانی را جرم خوانده است. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود». برخی معتقدند «با توجه به جرم شناختن تحمیل شروط غیرعادلانه، شروط مزبور شرط نامشروع محسوب و چون عدم مشروعیت شروط یکی از مصادیق بطلان شرط در قانون مدنی است، شروط مزبور باطل محسوب می‌شوند، اما بطلان آنها تأثیری در قرارداد ندارند. بر این اساس شروط ناعادلانه که به مصرف‌کننده تحمیل شده است، در صورتیکه موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود؛ جزو شروط باطل محسوب می‌شود».^{۵۰}

این نظر را به دلایل زیر نمی‌توان پذیرفت:

اولاً صرف جرم‌انگاری تبانی، ملازمه‌ای منطقی با بطلان شرط ندارد. ماده ۱۹ قانون یادشده مقرر می‌دارد: «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگانی که مبادرت به تخلفات موضوع مواد (۳ الی ۸) این قانون نمایند در صورت ورود خسارات ناشی از مصرف

۵۰. مرتضی عادل و محسن شمس‌الهی، «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۵۱ (۱۳۹۷)، صص ۲۲۸-۲۲۷.

همان کالا و خدمات به مصرف‌کنندگان علاوه بر جبران خسارت وارده به جزای نقدی حداکثر معادل دو برابر خسارت وارده محکوم خواهند شد». این ماده محکومیت به جزای نقدی را منوط به «ورود خسارت به مصرف‌کنندگان» دانسته است. بنابراین، اثر تبانی در مرحله ورود خسارت لحاظ می‌شود و این امر با بطلان شرط غیرمنصفانه تفاوت دارد.

ثانیاً ماده ۸ قانون یادشده، تبانی بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات را جرم اعلام کرده و منصرف از توافق آنها با مصرف‌کنندگان دانسته است. در تأیید این نظر گفته شده: «آنچه که به عنوان یکی از مصادیق تبانی ممنوع گردیده سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان به منظور تحمیل شرایط غیرعادلانه است. بنابراین اگر عرضه‌کننده‌ای در قراردادهای با مصرف‌کننده شرایط ناعادلانه را تحمیل نماید عمل او خلاف قانون نیست»^{۵۱}.

بعضی معتقدند ماده ۱۷۹ قانون دریایی که مقرر می‌دارد: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرائط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین بوسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید»، قابل تسری در شرایط تحمیلی در قراردادهای مصرف است^{۵۲}، ولی این نظر نیز پذیرفته نیست:

اولاً قانون دریایی، یک قانون خاص است و تسری آن به سایر موارد، خلاف اصل است. ثانیاً حکم مندرج در آن، ناظر بر موارد اضطراری موضوع قراردادهای کمک و نجات است.

نظرهای پیش‌گفته حکایت از توجه به حمایت از مصرف‌کنندگان دارد، اما راهگشا نیست.

۵۱. منصور امینی؛ میرحسین عابدیان؛ سکینه کرمی، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران»، تحقیقات حقوقی، ش ۵۱ (۱۳۹۶)، ص ۲۰۵.

۵۲. علی‌اکبر گروسی و محمدرضا پیرهادی، «تضمینات شروط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی؛ با مطالعه در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۴ (۱۳۹۸)، ص ۱۴۶.

آنچه در این مقام مغفول مانده، استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه است که متأسفانه در رویه قضایی نیز منعکس نشده است. سیاست‌های حمایتی قانون‌گذار را باید در قلمرو مفاد نظم عمومی و اخلاق حسنه جستجو و تحلیل کرد؛ به این معنا که نظم عمومی و اخلاق حسنه، دیگر استثنایی بر اصل آزادی اراده نیست، بلکه قاعده است؛ «اگر قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق نباشد، از اصل درست نیست... قرارداد در صورتی نافذ است که موافق مصالح عمومی باشد»^{۵۳}. بنابراین نقص قانون را می‌توان با رویه قضایی تکمیل کرد و حکم به غیرقابل اجرا بودن شروط غیرمنصفانه به علت مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه داد. از ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی نیز می‌توان این نظر را استنباط نمود. ماده ۴۶ مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». منظور از مؤثر نبودن - برخلاف آنچه گفته شد^{۵۴} - «بطلان نسبی» نیست، بلکه با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی، عدم قابلیت اجرایی آن است که به نظر این نگارنده معنایی جز بطلان نمی‌تواند داشته باشد.

۳. بررسی شروط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی

۳.۱. حقوق فرانسه

در قانون مدنی فرانسه، مقررات حاکم بر حقوق تعهدات، به طور کلی، و حقوق قراردادهای، به طور خاص، از تاریخ تصویب در سال ۱۸۰۴ میلادی تا زمان اصلاح قانون مدنی در سال ۱۲۱۶ بدون تغییر باقی ماند. اما رویه قضایی در طول این مدت به طور قابل توجهی تغییر کرد و اتکای حقوق دانان فرانسوی به حقوق جاری در دادگاه‌ها و «رویه قضایی»^{۵۵} به «عدم قطعیت حقوقی»^{۵۶} منجر شد. پس از گذشت ۱۰ سال از اسناد پیش‌نویس دانشگاهی و

۵۳. ناصر کاتوزیان، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۳ (۱۳۸۷)، ص ۳۳۸.

۵۴. ابراهیم تقی‌زاده و افشین احمدی، «جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۱۰ (۱۳۹۴)، ص ۲۶؛ قاسم کبریا نبی‌زاده، «مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی قراردادها»، دانش حقوق اقتصادی، ش ۱۸ (۱۳۹۹)، ص ۲۸۹.

55. Case Law

56. Legal Uncertainty

رسمی^{۵۷}، دولت فرانسه اختیارات پارلمانی را برای اصلاح قانون مدنی به وسیلهٔ اوردونانس^{۵۸} (شکلی ویژه از قانون‌گذاری اجرایی از سوی شورای وزیران) با وجود مخالفت مجلس سنای فرانسه به دست آورد. وزارت دادگستری در فوریه ۲۰۱۵ یک پیش‌نویس برای أخذ نظرهای مشورتی منتشر کرد. اوردونانس در ماه فوریه ۲۰۱۶ تصویب شد و در اول اکتبر ۲۰۱۶ در مورد قراردادهای مرحله اجرا درآمد^{۵۹}.

با این حال، ویژگی خاص قانون‌گذاری از طریق اوردونانس این است که قانون جدیدی که با این شیوه ایجاد می‌شود تنها از وضعیت مقررات اداری^{۶۰} برخوردار است. بنابراین، راه برای تجدیدنظر در آن باز است مگر آنکه مجلس آن را تصویب کند. بنابراین دولت فرانسه در سال ۲۰۱۷ این پیش‌نویس را صرفاً برای تصویب به مجلس فرستاد، اما مجلس فرانسه (به‌خصوص سنا) از انجام این کار بدون اصلاح خودداری کرد؛ هرچند این اصلاحات به «روح مسئولیت‌پذیری» محدود شده بود تا اهمیت سیاسی آن لحاظ شود و یا به شفاف‌سازی آن منجر گردد.

یکی از مهم‌ترین نوآوری‌های اوردونانس، ایجاد یک صلاحیت قضایی عمومی جدید برای بررسی منصفانه بودن شروط قرارداد بود^{۶۱}. این ماده که در ابتدا از سوی وزارت دادگستری مطرح شده بود به قراردادهای الحاقی محدود نمی‌شد. اما این امر موجب انتقادات قابل توجهی از دنیای کسب و کار شد و در مورد تأثیر آن بر قطعیت معاملاتی نگرانی‌هایی را پدید آورد^{۶۲}. بنابراین، همان‌طور که در سال ۲۰۱۶ به تصویب رسید، معیار عادلانه بودن در ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی محدود به شروط قرارداد الحاقی شد که در ماده ۱۱۱۰ با عنوان «شرایط کلی که از سوی یکی از طرفین، به صورت پیش‌بینی، بدون مذاکره تعیین شده

۵۷. این سند به ترتیب عبارت‌اند از: سند پیر کاتالا (Pierre Catala)، پیش‌نویس اصلاح قانون تعهدات (مستندات ۲۰۰۶ فرانسه) و فرانسوا تره (François Terré)، برای اصلاح قانون قرارداد (Dalloz 2009). وزارت دادگستری پیش‌نویس اولیهٔ خود را در سال ۲۰۰۸ تهیه کرد که به صورت غیررسمی توزیع شد.

58. Ordonnance

59. 2016 Ordonnance, Art 9.

60. Règlement

61. Arts 1110 and 1171 C Civ (2016)

۶۲. گزارش به رئیس‌جمهور در خصوص فرمان شماره ۲۰۱۶-۱۳۱- مورخ ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ در مورد اصلاح حقوق قراردادهای، رژیم کلی و اثبات تعهدات، متن شماره ۲۵ و نیز پیش‌نویس فرمان ۲۰۱۵، ماده ۱۱۶۹.

است» تعریف شد. بر طبق نظر این وزارتخانه، این تغییر از طرف ضعیف‌تر حمایت کرده، هماهنگی با کنترل‌های قانونی بر شروط ناعادلانه را در قراردادهای مصرف و قراردادهای تجاری ایجاد می‌کند و منعکس‌کننده پیشرفت‌های گسترده اروپا در اسناد اروپایی، مانند اصول حقوق اروپایی قراردادها و پیش‌نویس مشترک مرجع اروپا و قانون پیشنهادی فروش‌های مشترک اروپا است. ماده ۱۱۷۱ مقرر می‌دارد: «هریک از شروط قراردادهای الحاقی که عدم تعادل قابل توجهی را در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد ایجاد می‌کند، نانوشته تلقی می‌گردد. ارزیابی عدم تعادل قابل توجه، باید نه در مورد موضوع اصلی قرارداد باشد و نه در مورد کافی بودن قیمت در خصوص اجرای قرارداد». البته باید توجه داشت که ماده ۱۱۷۱ تنها ماده‌ای نیست که اعتبار شروط قرارداد را کنترل می‌کند، بلکه بر اساس ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هر کس مختار است در انعقاد قرارداد یا عدم عقد قرارداد، شخصی را که با او قرارداد ببندد و محتوا و شکل قرارداد را در حدود مقرر در قانون تعیین کند. آزادی قراردادی اجازه تخطی از قواعدی را نمی‌دهد که بیانگر نظم عمومی است». همچنین ماده ۱۱۷۰ که مقرر می‌دارد: «هر شرط قراردادی که تعهد اساسی مدیون را از ماهیت خود سلب کند نانوشته تلقی می‌شود» نیز ناظر بر مقام کنترل شروط غیرمنصفانه است.

با این حال، در دوره تصویب اوردونانس ۱۲۱۶، درحالی که مجلس ملی و سنا موافقت کردند که کنترل جدید باید فقط در مورد شروط قراردادهای الحاقی باشد، با چگونگی تعریف این قراردادها موافق نبودند. سنا معتقد بود که مفهوم «شروط عمومی» که در ماده ۱۱۱۰ به کار رفته مبهم است و اینکه تعریف باید به جای فقدان «مذاکره در مورد شروط» بر فقدان «مذاکره‌پذیری» تکیه کند؛ دیدگاهی که در نهایت مورد پذیرش مجلس ملی قرار گرفت. در نتیجه، ماده ۱۱۱۰ مصوب، قرارداد الحاقی را قراردادی تعریف کرد که «شامل مجموعه شروطی غیرقابل مذاکره است که به صورت پیشینی از سوی یکی از طرفین تعیین شده است». این تغییرات همچنین از یک مشکل قبلی نیز اجتناب کرد، زیرا چنین به نظر می‌رسید که کنترل‌های موضوع ماده ۱۱۷۱ ناظر بر تمامی شروط قراردادی است که از شرایط

عمومی پیشینی استفاده می‌کنند ولو اینکه این شروط مورد مذاکره قرار گرفته باشند.^{۶۳}

روند پارلمانی تصویب این قانون، توجیه قابل درکی را برای کنترل‌های جدید آشکار کرد. گزارشگر کمیته مربوطه سنا به نگرانی‌های سنتی در مورد کیفیت اراده طرف قراردادی اشاره کرد که مجموعه‌ای از شروط بر او تحمیل شده است^{۶۴} و توضیح داد که محدودیت راجع به قراردادهای الحاقی چگونه می‌تواند به نحو مناسبی در قواعد کلی قانون مدنی گنجانده شود تا بتواند برابری طرفین قرارداد را نشان دهد؛ برخلاف کنترل‌های حاکم بر قراردادهای مصرف و تجاری که در آن طرفین به لحاظ ساختاری نابرابر هستند. به نظر این گزارشگر، قراردادهای الحاقی با این حقیقت مشخص می‌شود که یک طرف قرارداد را پیشنهاد می‌دهد بدون اینکه به دیگری اجازه بحث در مورد همه یا بخشی از شروط داده شود؛ یعنی جایی که یک طرف مجموعه‌ای از شروط را بدون حق انتخاب می‌پذیرد. نکته قابل توجه اینجاست که آیا بعداً امکان طرح ناعادلانه بودن این شروط وجود دارد یا نه؟ این امر سنگ محک مناسبی برای بررسی قضایی «مذاکره‌پذیری شروط» است؛ یعنی اینکه آیا طرف قرارداد این امکان را دارد که محتوای این شروط را تحت تأثیر قرار دهد؟ با توجه به این استدلال‌ها، نگرانی جدی که این کنترل‌ها با عدالت قراردادی تلاش دارد لحاظ کند این است که درجایی که نه آزادی وجود دارد و نه برابری، چگونه باید از طرف ضعیف‌تر حمایت کرد؟ در نتیجه، عبارت‌های جدید قانون، منعکس‌کننده توجیه کافی برای بررسی قضایی در مورد نبود فرصت برای مذاکره درباره «مجموعه شروط» است. روشن است که در جایی که شروط قابل مذاکره هستند (حتی اگر واقعاً مورد مذاکره قرار نگیرند)، می‌توان اراده طرفین و بنابراین آزادی قراردادی آنها را منعکس نمود.^{۶۵}

آنچه در مباحث پارلمانی و یا تفاسیر قانونی مربوط به این قراردادها دیده نمی‌شود این است که استفاده از قراردادهای استاندارد به شکست نسبی بازار منجر می‌شود، زیرا برای طرفی که با شروط قراردادی استاندارد طرف مقابل مواجه می‌شود، بیهوده است که زمان یا

63. Olivier, Deshayes; Thomas Genicon; Yves-Marie Laithier, *Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime Générale et De La Preuve Des Obligations*, (Paris: LexisNexis, 2018), pp. 347-50.

64. *Ibid*, p. 372.

65. *Ibid*, p. 380.

پول خود را صرف مذاکره در مورد آنها کند. این امر نشانگر آن است که در محافل حقوقی فرانسه، مباحث «حقوق و اقتصاد» همچنان برای الگوهای حمایت از قرارداد (که مبتنی بر نگاهی اخلاقی است، نه اقتصادی)، بیگانه تلقی می‌شود.

مسئله‌ای که در نهایت باید به آن پرداخت، حدود کاربرد این کنترل‌ها است. ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی فرانسه به مثابه بخشی از «قواعد عمومی قراردادها» اصولاً می‌تواند نسبت به هر نوع از قراردادهای حوزه حقوق خصوصی با هر موضوعی و با هر ویژگی (تجاری یا غیرتجاری) که طرفین آن داشته باشند، اعمال گردد. اما اهمیت این ویژگی‌ها در مقام عمل، به رابطه آنها با کنترل‌های اولیه راجع به شروط ناعادلانه در قانون مصرف‌کنندگان و قانون تجارت بستگی دارد؛ به این معنا که از نظر وزارت دادگستری، اعمال کنترل‌ها به صورت هم‌زمان با قانون مدنی و یکی از رژیم‌های خاص، اعم از قانون تجارت یا قانون مصرف‌کنندگان، غیرممکن است. با این نگاه، سکوت صرف یک رژیم خاص به این معنا نیست که رژیم عام قانون مدنی می‌تواند به جای آن اعمال شود، زیرا کاربرد قانون عام نمی‌تواند به ازبین بردن انسجام و نادیده گرفتن روح قانون خاص منجر شود.^{۶۶} این نکته نشان می‌دهد که موارد مطرح شده ذیل رژیم‌های قانون تجارت و قانون مصرف‌کننده نمی‌توانند کنترل‌های قانون مدنی را به دنبال داشته باشند. ماده ۱۱۷۱ تنها برای قراردادهای بین اشخاص خصوصی (مثلاً خرید و فروش از طریق شبکه‌های اینترنت که در آنها قراردادها یکسویه تهیه می‌شود) و دو یا چند نفر که روابط آنها تجاری تلفی نمی‌شود (مثلاً قرارداد بین وکلا و موکلان) قابل اعمال است.^{۶۷} با این بیان، مثلاً در مورد قراردادهای مصرف، مصرف‌کنندگان به مقررات موجود در قانون مصرف‌کنندگان تکیه می‌کنند که جنبه حمایتی بیشتری دارد.

بنابر آنچه گفته شد، هدف ماده ۱۱۷۱ کنترل عناصر اصلی قرارداد و در نتیجه، کنترل عادلانه بودن اصل قرارداد نیست، بلکه کنترل مسائل فرعی ناعادلانه قرارداد است. این

66. Karl, Lafaurie, "Clauses Abusives: L'articulation Du Dispositifs Du Code Civil Avec Les Textes Spéciaux", *Revue Trimestrielle De Droit Civil*, No. 145(2017), p. 119.

67. Xavier, Lagarde. "Questions Autour De L'article 1171 Du Code Civil", *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 2174.

ویژگی ماده ۱۱۷۱، آن را از کنترل‌های موضوع قراردادهای تجاری که ناظر بر تمام شروط قراردادی بوده و به‌طور خاص در مورد شروط راجع به قیمت است، متمایز می‌کند.

۲.۳. حقوق ایران

در حقوق ایران در هیچ‌یک از قوانین موجود، قراردادهای الحاقی و معیار «غیرمنصفانه بودن شروط» مندرج در این نوع قراردادها و چگونگی کنترل آنها مورد توجه قرار نگرفته است. البته در پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی، مفهوم، ماهیت و اثر این قراردادها مورد بحث و تحلیل قرار گرفته است؛ بنابراین، این قراردادها که بعضی آن را «عقود تحمیلی» نامیده‌اند^{۶۸} و بعضی دیگر، «عقود تصویبی»^{۶۹}، با همان معیارهایی سنجیده می‌شوند که در مورد شروط در سایر قراردادها جاری است. بنابراین در حقوق ایران، تقسیم قراردادها به قرارداد الحاقی و قرارداد با گفت‌وگوی آزاد چندان منشأ اثر نیست و قواعد کلی حاکم بر قراردادها در همه مصادیق قراردادی وضعیت برابری دارد. تنها نکته‌ای که با توجه به عنوان این نوشتار باید بررسی شود، این است که با لحاظ اینکه قراردادهای الکترونیکی از جمله قراردادهای الحاقی استاندارد است و با عنایت به اینکه عنوان «شروط غیرمنصفانه» برای اولین بار در این قانون منعکس شده است، دو سؤال مطرح می‌شود: سؤال نخست این است که آیا ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی، ناظر بر همه قراردادهای مصرف است یا فقط به قراردادهای الکترونیکی اختصاص دارد؟ سؤال دوم این است که شروط غیرمنصفانه از نظر این قانون چه وضعیتی دارند؟

پاسخ به سؤال نخست، برخلاف آنچه در مقام پاسخ به سؤال دوم خواهد آمد، با پیچیدگی‌های جدی مواجه نیست. ماده «۴۶ قانون تجارت الکترونیکی» بیان می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». دقت در مفاد ماده یادشده نشان می‌دهد که از حیث منطق تفسیری نمی‌توان اصطلاح «مصرف‌کننده» را در این ماده شامل همه مصرف‌کنندگان دانست، بلکه فقط مصرف‌کنندگانی مشمول این ماده می‌شوند که از طریق

۶۸ مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، (تهران: نشر حقوقدان، ج ۱، ۱۳۷۷)، ص ۹۰.

۶۹ محمدجعفر جعفری لنگرودی، تعهدات، (تهران: نشر گنج دانش، ج ۱، ۱۳۷۲)، ص ۵۴۶.

الکترونیکی اقدام به معامله کنند، زیرا:

اولاً در ماده ۱ این قانون، ذیل عنوان «قلمرو و شمول قانون» مقرر شده است: «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود». بنابراین، قلمرو قانون محدود به مبادلات در واسطه‌های الکترونیکی شده است و سایر مبادلات، خارج از قلمرو حکومت این قانون قرار می‌گیرند.

ثانیاً در صدر ماده یادشده، عبارت «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل» مانع از استناد به اطلاق اصطلاح «مصرف‌کننده» و تسری آن به سایر مصرف‌کنندگان است. اگرچه عدالت اقتضا دارد که همه مصرف‌کنندگان بتوانند در برابر شروط غیرمنصفانه از حمایت قانونی برخوردار شوند، اما از حیث مبنای منطقی، امکان استناد به این ماده در مقام ایجاد عدالت صحیح نیست.

در مقام پاسخ به سؤال دوم، باید به چند نکته توجه داشت:

اولاً ضمانت اجرای «غیرمؤثر بودن» در نظام حقوقی ایران فاقد پیشینه است و معنای محصل قانونی ندارد. ثانیاً تعبیر «مؤثر نیست» مندرج در ماده ۴۶ در مورد شروط غیرمنصفانه را نمی‌توان معادل «باطل است» قلمداد کرد، زیرا قانون‌گذار با وجود پیشینه مباحث راجع به شروط در قانون مدنی و اقسام شروط باطل و صحیح (موارد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی)، عمداً از واژه «باطل» استفاده نکرده است. به نظر می‌رسد استفاده قانون‌گذار از تعبیر «مؤثر نیست» ناشی از این نگرانی بوده است که شورای نگهبان با توجه به پیشینه فقهی حاکم بر شروط قراردادها و فراهم بودن امکان استفاده مصرف‌کنندگان از خيارات، حسب مورد، بطلان چنین شروطی را تأیید نخواهد کرد.

ثانیاً تعبیر «مؤثر نیست» را نمی‌توان معادل «نافذ نیست» قلمداد کرد، زیرا «عدم نفوذ» در مورد شروط به معنای «بطلان» است و در پیشینه فقهی، فقها ذیل عنوان «شرط نافذ بودن شروط ضمن عقد»، نفوذ را به معنای صحت در مقابل بطلان استعمال می‌کنند. آنچه در مورد عقود غیرنافذ (مواردی چون بیع فضولی و صغیر ممیز یا غیررشید در قانون مدنی و

بعضی از معاملات تاجر متوقف یا ورشکسته در قانون تجارت) پیش‌بینی شده است، جنبه حصری دارد و قابل تسری به بحث شروط نیست. ضمن اینکه این موارد با آنچه در مورد شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف داریم هم از حیث مبنا (نظریه) و هم تطبیق کاملاً متفاوت است.

شاید با توجه به این نکات است - چنان که قبلاً اشاره شد - بعضی چنین نتیجه گرفته‌اند که در مجموع می‌توان «عدم تأثیر» در این ماده را به نوعی «بطلان نسبی» آن از نظر قانون‌گذار تعبیر کرد.

آنچه به این نکات باید اضافه کرد این است که اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷۲۳۳-۷۷۲-۳۹ اظهار نظر کرده است: «مراد از مؤثر نبودن شروط غیرمنصفانه در ماده ۴۱ قانون تجارت الکترونیکی، این است که شرط مذکور، فاقد هرگونه تأثیر در معاملات مربوط به تجارت الکترونیکی بوده و در حکم کان لم یکن است». آیا مراد از «کان لم یکن» بودن این است که بطلاق مطلق است یا نسبی یا غیرقابل استناد؟

نظریه‌های پیش‌گفته از توجه حقوق‌دانان بر حمایت از مصرف‌کنندگان حکایت دارد، اما راهگشا نیست. آنچه در این مقام، مغفول مانده، استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه است که متأسفانه در رویه قضایی نیز منعکس نشده است. سیاست‌های حمایتی قانون‌گذار را باید در قلمرو مفاد نظم عمومی و اخلاق حسنه جستجو و تحلیل کرد؛ به این معنا که دیگر نظم عمومی و اخلاق حسنه استثنایی بر اصل آزادی اراده نیستند، بلکه قاعده‌اند؛ «اگر قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق نباشد، از اصل درست نیست... قرارداد در صورتی نافذ است که موافق مصالح عمومی باشد»^{۷۰}. بنابراین نقص قانون را می‌توان با رویه قضایی تکمیل کرد و حکم به بطلان شروط غیرمنصفانه به علت مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه داد. بنابراین، منظور از مؤثر نبودن، برخلاف آنچه گفته شده، نه «بطلان نسبی» است و نه عدم قابلیت استناد؛ بلکه با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی، عدم قابلیت اجرایی آن به معنای بطلان است. در تأیید این نظر، بعضی معتقدند قضاوت می‌تواند چنین شروطی را با

۷۰. ناصر کاتوزیان، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۸ (۱۳۸۷)،

استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی باطل اعلام کنند.^{۷۱}

نتیجه

در حقوق فرانسه، قوانین قراردادی که عادلانه بودن شروط قراردادهای مصرف را کنترل می‌کند، همواره در پیشینه تاریخی خود مورد توجه بوده است. حقوق فرانسه دو مجموعه گسترده کنترلی را معرفی کرده است که هرکدام زمینه اجرای خاص خود را دارند. کنترل قراردادهای تجاری در قانون تجارت پیشینه‌ای در تنظیم قیمت‌ها و شرایط قرارداد و به‌ویژه نگرانی در مورد رقابت ناعادلانه در بخش خرده‌فروشی در مقیاس بزرگ را دارد. این کنترل‌ها در همه سطوح تجاری و مدنی به نحوی مورد توجه قرار گرفته و معیارهایی نیز برای تشخیص شروط غیرمنصفانه و کنترل آنها تعیین و معرفی شده است و ضمانت اجرای منصفانه بودن شروط، حسب مورد، بطلان به استناد مغایرت آنها با نظم عمومی یا حذف آنها از قرارداد، به استناد معیارهایی است که تحت عنوان لیست خاکستری معرفی شده است.

در حقوق ایران برای تشخیص این شروط، معیاری عینی معرفی نشده و ضمانت اجرای آنها نیز به روشنی تعیین نشده است. از این رو، بعضی از نویسندگان تلاش کرده‌اند که در مقام حمایت از مصرف‌کننده، نظر قانون‌گذار را به «بطلان نسبی» تفسیر کنند؛ امری که در نظام حقوق مدنی ایران سابقه ندارد. بنابراین با در نظر گرفتن اینکه سیاست‌های تقنینی حمایتی از مصرف‌کنندگان با توجه به گستره قراردادهای مصرف، ارتباط محکمی با نظم عمومی دارد، این نوع شروط را باید باطل اعلام کرد؛ اگرچه نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه مبنی بر «کان‌لم‌یکن بودن» آنها، به ضمانت اجرای «حذف» این شروط از قرارداد اشاره دارد. با توجه به این اختلافات و ابهام در ضمانت اجرای این شروط، اقدام قانون‌گذار برای روشن شدن این وضعیت کاملاً ضروری است.

۷۱. سکینه کرمی، «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، حقوقی دادگستری، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۲۹.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتابها

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تعهدات*، (تهران: نشر گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۲).
۲. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، ج ۱، (تهران: نشر حقوقدان، چ ۱، ۱۳۷۷).

– مقاله‌ها

۳. امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین و کرمی، سکینه، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۵۱ (۱۳۹۱).
۴. تقی‌زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، «جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۱۰ (۱۳۹۴).
۵. عادل، مرتضی و شمس‌الهی، محسن، «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۵۱ (۱۳۹۷).
۶. علاءالدینی، امیرعباس و شیرازی، مهرزاد، «قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، *قضاوت*، ش ۸۷ (۱۳۹۵).
۷. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۸ (۱۳۸۷).
۸. کرمی، سکینه، «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، *حقوقی دادگستری*، ش ۱۱ (۱۳۹۴).
۹. گروسی، علی‌اکبر و پیرهادی، محمدرضا، «تضمینات شروط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی؛ با مطالعه در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ش ۴ (۱۳۹۸).
۱۰. نبی‌زاده کبریا، قاسم، «مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی

قراردادها»، دانش حقوق اقتصادی، ش ۱۸ (۱۳۹۹).

ب) منابع فرانسوی

- Books

11. Bénabent, Alain, *Droit Civil, Les Contrats Spéciaux Civils et Commerciaux* (7th En., Montchrestien, 2001).
12. Bihl, Luc, *Le Droit Penal De La Consommation* (Nathan 1989).
13. Calais-Auloy, Jean & Temple, Henri, *Droit De La Consommation* (8th edn, Dalloz 2010).
14. Collins, Hugh, *Regulating Contracts*, (Oxford: oxford University Press, 1999, Vol. 27, No. 2).
15. De Lammerville, Diego, *Réforme Du Droit Des Contrats Et Pratique Des Affaires* (Dalloz 2015).
16. Delesalle, Dimitri & Genty, Nicholas, 'Vers Un Controle Des Clauses Abusives Dans Les Contrats Entre Professionnels' Petites Affiches (Dalloz 2011).
17. Delesalle, Dimitri & Genty, Nicholas, *Vers Un Controle Des Clauses Abusives Dans Les Contrats Entre Professionnels*, Petites Affiches (Presses Universitaires De France 2011).
18. Deshayes ; Olivier & Thomas and Genicon Yves & Laithier, Marie, *Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime Générale Et De La Preuve Des Obligations* (2nd edn, LexisNexis 2018).
19. Malaurie-Vignal, Marie, *Contrats Concurrence Consommation* (2016).
20. Mazeaud, Denis, "Loyauté, Solidarité, Fraternité: La Nouvelle Devise Contractuelle?", *L'avenir Du Droit, Mélanges En Hommage à François Terré* (Dalloz ; 1999).
21. PICOD, Y. & DAVO, H. *Droit De La Consommation*. (Paris: Armand Colin, 2005).
22. Ranouil, Réonique, *L'autonomie De La Volonté: Naissance et Evolution D'un Concept, Volume 12 De Serie Sciences*

Historiques, (Presses Universitaires De France, 1980).

23. Raymond (G.), *Droit De La Consommation*, (Editions Du Juris Classeur, 2008).
24. Ripert, Georges & René Roublot, *Traite De Droit Commercial*, (Tome 1, vol, 18th Ed, by Louis Vogel, LDGJ, 2001).
25. Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves, *Droit Civil: Les Obligations*, (11th Ed., Dalloz, 2013).
26. Whish, Richard & David Bailey, *Competition Law*, (9th Ed., 2018).

- Articles

27. Chénéde, François, "Raymond Saleilles, Le Contrat D'adhésion", *Revue Des Contrats* 24, Part 1, (2012).
28. Chantepie, Gael, "Le Déséquilibre Significatif Au Miroir De La Cour De Cassation" *AJ Contrats D'affaires- Concurrence- Distribution*, (2015).
29. Lafaurie, Karl, "Clauses Abusives: L'articulation Du Dispositifs Du Code Civil Avec Les Textes Spéciaux" *JCP Entreprises Et Affaires*, no 145, no 2, (2017).
30. Xavier Lagarde. "Questions Autour De L'article 1171 Du Code Civil". *Recueil Dalloz, Dalloz*, (2016).