

# بررسی حقوق تطبیقی قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک «جوینت ونچر» ایران با چین

پذیرش: ۹۸/۵/۱۲

دریافت: ۹۷/۸/۲۷

فاطمه خارکش<sup>۱</sup>، نویسنده مسئول  
دکتر امیر هوشنگ فتحی‌زاده<sup>۲</sup>

## چکیده

تعهد امانی شرکا در قبال یکدیگر. کشور چین از معدود کشورهایی است که در مورد انواع جوینت ونچرهای قراردادی و شرکتی به‌طور مجزا اقدام به قانون‌گذاری نموده است. در حقوق این کشور جوینت ونچرهای شرکتی و قراردادی از نظر مسئولیت، ساختار مدیریتی، تعهدات قراردادی، مشارکت در سرمایه، مشارکت در سود و نسبت‌های سهام و بازگشت سرمایه با یکدیگر تفاوت دارند. البته قوانین فوق باید در رابطه با «قانون شرکت‌ها» و نیز «قانون قراردادهای» این کشور، به‌ویژه در بخش قراردادهای انتقال فناوری مورد مطالعه قرار گیرد.

در حقوق ایران توافقات سرمایه‌گذاری مشترک علاوه بر قوانین بالادستی مانند «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری مشترک»، از حیث ماهیت، تابع عمومات حقوق قراردادهای و همچنین در مواردی تابع احکام عقد مشارکت مندرج در قانون مدنی و نیز قانون تجارت (در مورد جوینت ونچر شرکتی) هستند. با تدقیق در مواد مذکور می‌توان اصول مهم حاکم بر قراردادهای مشارکت را بدین شرح استخراج نمود؛ لزوم مشارکت در تأمین سرمایه، لزوم تقسیم سود و زیان بین شرکا، وکالت متقابل شرکا از یکدیگر (که متضمن مسئولیت تضامنی شرکا در قبال اشخاص ثالث خواهد بود) و

طبقه‌بندی JEL: K22, K20, K12

سرمایه‌گذاری مشترک، شرط عدم رقابت، توافق محرمانگی، تعهدات امانی

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، پژوهشگر گروه حقوق اقتصادی مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی

f.kh1986@gmail.com

amirfathizadeh@gmail.com

۲. عضو هیأت علمی مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی

## ۱. مقدمه: طرح مسأله

سرمایه‌گذاری مشترک در قالب جوینت ونچر [۱] به‌عنوان نوعی از همکاری تجاری که طی آن طرفین، مدیریت فعالیت خاصی را به نحو مشترک بر عهده می‌گیرند و در سود و زیان حاصله شریک می‌شوند [۲]، در قوانین ایران مانند بسیاری از کشورهای دیگر به‌طور خاص و به تفصیل موضوع قانون‌گذاری قرار نگرفته است. البته اگر بتوان این نهاد حقوقی را به‌عنوان یک نوع شیوه مشارکت در مقابل قراردادهای واگذاری امتیاز قرار داد [۳]، می‌توان ادعا نمود که قانون‌گذار ایرانی در قوانین مختلف به ضرورت ترویج استفاده از این قالب‌ها به‌ویژه در جذب سرمایه‌گذاری خارجی، توجه داشته است.

سرمایه‌گذاری خارجی، متضمن انتقال دارایی مادی و غیرمادی از کشوری به کشور دیگر به منظور تولید ثروت است. سرمایه‌گذاری خارجی به دو گروه عمده تقسیم می‌شود. گروه اول شامل مواردی است که سرمایه‌گذار علاوه بر اعمال مالکیت بر سرمایه، کلاً یا بعضاً مدیریت و کنترل سرمایه را نیز به عهده دارد. به این نوع سرمایه‌گذاری، «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» [۴] اطلاق می‌شود. این نوع سرمایه‌گذاری ممکن است در قالب راه‌اندازی و تشکیل یک شرکت یا بنگاه اقتصادی جدید در کشور پذیرای سرمایه و یا از طریق تملک بخشی از سهام یا سهم‌الشرکه یک شرکت یا بنگاه اقتصادی موجود، صورت پذیرد. گروه دوم، سرمایه‌گذاری خارجی در بازار سرمایه [۵] و از طریق بازار بورس است که با خرید سهام، اوراق قرضه، اوراق مشارکت و یا سایر اوراق بهادار صورت می‌پذیرد. در این نوع سرمایه‌گذاری که به آن «سرمایه‌گذاری پرتفولیو» [۶] و یا «سرمایه‌گذاری خارجی غیرمستقیم» [۷] اطلاق می‌شود، سرمایه‌گذار به دنبال کنترل و مدیریت سرمایه نیست بلکه به دنبال سود و منفعت است [۸].

از این منظر، قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک از نوع سرمایه‌گذاری مستقیم محسوب می‌شوند. این روش سرمایه‌گذاری از آنجا که متضمن همکاری با شرکت‌های موجود یا شرکت تازه تأسیس برای همین منظور، در کشور

پذیرای سرمایه بوده، در قالب‌های حقوقی تعریف شده در کشور سرمایه‌پذیر انجام می‌گیرد و بیم نفوذ و سیطره شرکت‌های چندملیتی را ایجاد نمی‌کند، باعث تقسیم ریسک فعالیت‌های تجاری می‌شود، امکان توسعه بازار مشتریان و دسترسی کم‌هزینه به اقتصادهای در حال رشد را فراهم می‌کند و مهم‌تر از همه، متضمن انتقال دانش و فناوری و نیز دانش مدیریت و آموزش نیروی کار کشور سرمایه‌پذیر است، بیشتر از انواع دیگر سرمایه‌گذاری خارجی مورد استقبال کشورها قرار می‌گیرد.

در حقوق ایران «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی» [۹] و آیین‌نامه اجرایی آن مهم‌ترین قانون بالادستی ناظر بر فرایند سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، از جمله در قالب سرمایه‌گذاری مشترک، است که شامل شرایط عمومی پذیرش سرمایه خارجی، معرفی مراجع ذیصلاح، تضمین و انتقال سرمایه خارجی، مقررات پذیرش، ورود و خروج سرمایه خارجی و در نهایت حل و فصل اختلافات است. اما از آنجا که سرمایه‌گذاری مشترک مستلزم انعقاد قرارداد مبنا (مشارکت) میان سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر و سپس قراردادهای فرعی دیگر است، در این تحقیق سعی شده به روش توصیفی، تحلیلی، با گذر از قوانین بالادستی و شرایط عمومی مربوط به ورود سرمایه خارجی، به سرمایه‌گذاری مشترک از منظر حقوق قراردادهای پرداخته شود. برای این منظور طرفین عقد، موضوع عقد، عوضین، حقوق و تعهدات و شروط مندرج در این قبیل عقود مورد بررسی قرار می‌گیرد. از آنجا که کشور چین در جذب سرمایه‌گذاری خارجی از این طریق موفق بوده و به‌طور خاص در مورد سرمایه‌گذاری مشترک قانون‌گذاری نموده است، ما این کشور را جهت مطالعه تطبیقی برگزیده‌ایم.

## ۲. مبانی نظری و پیشینه تحقیق

جوینت ونچر به‌عنوان یک روش سرمایه‌گذاری مشترک، به زعم بسیاری از نویسندگان یک اصطلاح حقوقی نیست. در

فرهنگ حقوقی بلک سه تعریف از جوینت ونچر ارائه شده است؛

«۱- یک نهاد قانونی [۱۰] با ماهیت مشارکتی [۱۱] با تعهد مشترک و منافع متقابل نسبت به معامله معین.

۲- اتحادیه‌ای [۱۲] از اشخاص یا شرکت‌ها که به طور مشترک متقبل بعضی امور تجاری شده، با یکدیگر همکاری داشته و در دارایی‌ها و ریسک‌ها شریک هستند. آن مستلزم اجتماع منافع در اجرای یک پروژه، با حق هدایت و کنترل یک راهبرد در آن و تعهداتی که ممکن است با توافق تغییر کند.

۳- یک گروه‌بندی زمانی از دو یا چند شخص در یک کسب و کار. برخلاف مشارکت [۱۱]، جوینت ونچر متضمن یک رابطه طولانی و مدت‌دار بین طرفین نیست» [۱۳].

ملاحظه می‌شود که در این تعریف‌ها به جوینت ونچرها به‌عنوان یک نهاد مورد حمایت قانون، اتحادیه اشخاص و گروه اشاره شده است. به نظر ما جوینت ونچرها بسته‌ای از قراردادها و معاملات هستند که به وسیله آنها دو یا چند شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) با مدیریت سرمایه مشترک، به منظور دستیابی به اهداف معین، یک فعالیت اقتصادی مشترک را بنا نهاده تا در سود و زیان حاصل از آن شریک شوند. مجموعه قراردادها و معاملاتی که به این صورت با یکدیگر ترکیب شده و یک هیأت واحد در قالب جوینت ونچر ایجاد می‌نمایند به تناسب روابط حقوقی موجود، به وسیله قواعد مندرج در حقوق قراردادها، حقوق شرکت‌ها، حقوق مالکیت فکری، حقوق مالیات‌ها، حقوق کار و تأمین اجتماعی و حقوق سرمایه‌گذاری خارجی (در مورد جوینت ونچرهای بین‌المللی) انتظام می‌یابند.

جوینت ونچرها در تجارت بین‌الملل به دو دسته تقسیم شده‌اند؛ جوینت ونچر مشارکتی (یا قراردادی یا تعاونی) [۱۴]، که با توجه به خاستگاه کامن‌لایی آنها با مفهوم مشارکت [۱۱] در حقوق کامن‌لا خیلی تفاوت ندارد، به جز این‌که جوینت ونچر برای اجرای یک پروژه دقیق و صریح

شکل می‌گیرد [۱۵]. در این روش روابط طرفین، حدود و ثغور و نحوه اداره فعالیت مشترک، مسئولیت شرکا در قبال یکدیگر و اشخاص ثالث، مدت زمان انجام پروژه مشترک و سایر موارد به وسیله قرارداد مابین شرکا تنظیم می‌شود. نوع دوم، جوینت ونچر شرکتی یا دارای شخصیت حقوقی [۱۶] است، که در آن طرفین پس از توافق بر انجام سرمایه‌گذاری مشترک، برای پیشبرد اهداف خود اقدام به تأسیس یک شخصیت حقوقی مجزای نمایند.

انعطاف‌پذیری شکلی و تشکیلاتی از محاسن سرمایه‌گذاری‌های قراردادی نسبت به نوع شرکتی آن است. ضمن این‌که، سرمایه‌گذاری‌های قراردادی به این دلیل که درآمد شرکا، و نه مشارکت، مبنای پرداخت مالیات قرار می‌گیرد، دارای مزایای مالیاتی نیز هست. با این حال فقدان شخصیت حقوقی این نوع مشارکت که ممکن است باعث تداخل وظایف شود و نیز نامحدود بودن مسئولیت شرکا از جمله معایب این روش سرمایه‌گذاری است که رغبت به آن را کمتر نموده است [۱۷].

در خصوص ادبیات موجود در این حوزه، حکیمیان [۱۸]، در مقاله مفصلی که در زمینه ماهیت جوینت ونچرها نوشته، به انگیزه‌های اقتصادی تشکیل جوینت ونچرها پرداخته است. او همچنین در این مقاله جوینت ونچرها را بر اساس ساختار حقوقی به چهار گروه «واجد شخصیت حقوقی»، «مشارکت‌های مدنی»، «شرکت به ضمیمه‌ی قراردادهای مشارکت مدنی» و «غیرقراردادی و غیرشرکتی» تقسیم می‌نماید.

بر اساس نظر حکیمیان مهم‌ترین عناصر و ارکان جوینت ونچر شش مورد به این شرح است: ۱- طرفین جوینت ونچر (اشخاص حقیقی یا حقوقی و در صورت شرکتی بودن با ماهیت شرکت) ۲- آورده یا سرمایه (هریک از طرفین قرارداد باید برابر تعهدی که پذیرفته‌اند، پول، کار، دانش یا هنر خود را به‌عنوان آورده، به فعالیت اختصاص دهند). ۳- تقسیم سود و زیان (منفعت مورد نظر منفعتی است که بین طرفین

آن مشاع باشد) ۴- کنترل مشترک بر امور (توسط طرفین)  
۵- وکالت متقابل (به طوری که هر یک از طرفین حق انجام کلیه امور برای پیشرفت کارها را داشته باشد). ۶- تعهد شرافت (هیچ یک از طرفین قرارداد نمی‌تواند منافع خود را بر منافع شرکت یا شریک دیگر ترجیح دهد).

باستانی [۱۹]، در یک بررسی، آثار اقتصادی و بسترهای قانونی برای تشکیل گروه اقتصادی را مورد توجه قرار داده است. او معتقد است که با توجه به فراهم شدن زیرساخت قانونی، معرفی این نوع همکاری اقتصادی و حوزه‌های مناسب برای گسترش آن، با تعمیم این نوع همکاری اقتصادی میان بنگاه‌های فعال در بخش صنعت می‌تواند چابکی در تولید به منظور حصول به تولید سریع‌تر محصولات با کیفیت بالاتر، قیمت مناسب‌تر و طراحی بهتر فراهم کرد. او در این راه ضمن ارائه تعاریف مختلف جوینت ونچر، به معرفی انواع جوینت ونچرها پرداخته است.

در بررسی دیگری که توسط عیسائی تفرشی و کبیری شاه‌آباد [۲۰]، انجام شده است اقدام به تحلیل حقوقی ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه با موضوع شرایط تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک شده است. در بررسی مذکور پیشینه گروه اقتصادی با منافع مشترک با سایر نهادهای مشابه و نیز قوانین مربوط در قانون فرانسه و دستورالعمل جامعه اروپا، مقایسه شده است. آنها معتقدند که جای دادن ناقص مقررات و احکام مربوط به گروه اقتصادی با منافع مشترک در قانون برنامه پنج‌ساله توسعه که قانونی موقتی است، امری ناصحیح است. از طرف دیگر اختصار به کار رفته در بیان مقررات مربوط به این نهاد حقوقی به دور از منطق حقوقی است.

پاکدامن [۲۱]، در مجموعه‌ای، اقدام به ترجمه «راهنمای تنظیم قراردادهای بین‌المللی سرمایه‌گذاری مشترک صنعتی» از سازمان توسعه صنعتی ملل متحد نموده است. ضمن آنکه ضمائی به آن افزوده است که مجموعه مقررات سرمایه‌گذاری خارجی در ایران و نمونه قراردادهایی را نیز شامل می‌شود.

علمی یزدی [۲۲]، در پژوهشی به بررسی چالش‌های حقوقی تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک پرداخته که طی آن ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم را مورد کنکاش قرار داده است. او معتقد است ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه با هدف تسهیل و گسترش فعالیت مشارکت‌های قراردادی، تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک را تجویز کرده است. این نهاد فاقد شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء بوده و در قالب شرکت مدنی و با رعایت ضوابط و مقررات مربوط به آن تشکیل می‌شود. برخلاف وصف قراردادی و فقدان شخصیت حقوقی «گروه اقتصادی» بسیاری از احکامی که قانون‌گذار در این ماده ذکر کرده است، مناسبت بیشتری با «مشارکت‌های شرکتی» که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند داشته و از این رو این ماده را از هدف تسهیل تشکیل مشارکت‌های قراردادی دور کرده است.

### ۳. روش تحقیق

روش تحقیق این مقاله از نوع مقایسه تطبیقی بین کشورهای ایران و چین است. با رجوع به قوانین حقوقی وجوه افتراق و اشتراک، استخراج و بر مبنای آنها، نقاط ضعف و قوت استخراج می‌شود.

### ۴. یافته‌های تحقیق

قرارداد مشارکت به عنوان قرارداد محوری در فرایند سرمایه‌گذاری مشترک، به ویژه در مورد جوینت ونچرهای قراردادی، پای حقوق قراردادهای کشور سرمایه‌پذیر (در جوینت ونچرهای بین‌المللی) را به میان باز می‌کند. از آنجا که مبنای سرمایه‌گذاری مشترک یک قرارداد است، در حقوق ایران برای تحلیل آن باید علاوه بر مباحث قابل اعمال قانون مدنی در باب شرکت، عمومات مربوط به حقوق قراردادهای در این قانون را نیز مدنظر قرار داد. به عنوان مثال ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در

صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است»، آزادی طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک در خصوص پیش‌بینی هر نوع شرطی راجع به اداره جوینت ونچرها، مشروط به عدم مخالفت صریح با قانون (قانون اساسی، قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، قانون مدنی و دیگر قوانین مربوطه) به رسمیت شناخته است. همچنین نباید مفاد ماده ۱۹۰ قانون مدنی در خصوص شرایط صحت معامله را از نظر دور داشت که مقرر می‌دارد «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها؛ ۲- اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴- مشروعیت جهت معامله».

علاوه بر مواد عمومی فوق، قانون مدنی در فصل هشتم از باب سوم با عنوان «در عقود معینه مختلف» در مواد ۵۷۱ الی ۶۰۶ به عقد شرکت و احکام مربوط به آن پرداخته است. براساس این مواد، شرکت در قانون مدنی ما بردو قسم است؛ شرکت غیر عقدی و شرکت عقدی.

شرکت غیر عقدی و یا شرکت به طور مطلق چنانکه در ماده ۵۷۱ آمده است، عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». متبادر از تعریف این ماده و دقت در دیگر مواد این فصل از قانون مدنی آن است که توجه قانون‌گذار در این مواد بیشتر معطوف به احکام اداره مال مشاع بوده است. چنانکه به نظر مشهور، که قواعد این بخش ملهم از آن است، امتزاج موضوع حقوق شرکا به گونه‌ای که تمیز هر یک از دیگری ممکن نباشد شرط تشکیل شرکت است، خواه سبب مزج قرارداد باشد یا امور اختیاری [۲۳]. شرکت اختیاری چنانکه ماده ۵۷۳ مقرر می‌دارد «یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعا در ازاء عمل چند نفر و نحو اینها». شرکت قهری نیز بنا بر نص ماده ۵۷۴ عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین که در نتیجه امتزاج یا ارث حاصل می‌شود». از آنجا که لازمه تشکیل این نوع شرکت امتزاج حقوق شرکا به نحوی است

که از یکدیگر قابل تمیز نباشد، به طور قطع نمی‌توان از تعریف شرکت غیر عقدی برای توجیه ماهیت جوینت ونچر، که نهادی نوپا و بدیع به‌ویژه در عرصه تجارت بین‌الملل است، استفاده نمود.

در مقابل، شرکت عقدی عبارت از عقدی است بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن به مالی که بین آنان مشترک است، که اصطلاحاً به آن «شرکت مدنی» می‌گویند [۲۴]. درباره امکان تشکیل شرکت بدون امتزاج موضوع حقوق مالکان و به‌وسیله عقد مستقل شرکت، همانند قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک، بین حقوق دانان اختلاف است ولی به نظر مشهور، باید امکان تشکیل آن را براساس ماده ۱۰ قانون مدنی و مواد ۲۰ به بعد قانون تجارت، پذیرفت [۲۳].

کشور چین از معدود کشورهایی است که به طور خاص نسبت به توافقات جوینت ونچر اقدام به قانون‌گذاری نموده است. مبانی اساسی قانونی برای جوینت ونچرها بسته به این که جوینت ونچر شرکتی یا قراردادی باشند، متفاوت است. در مورد جوینت ونچرهای شرکتی، قانون مربوط به جوینت ونچرهای شرکتی است که در سال ۱۹۷۹ منتشر شده و در سال‌های ۱۹۹۰ و ۲۰۰۱ مورد بازبینی قرار گرفت. آیین‌نامه اجرایی آن در سپتامبر ۱۹۸۳ منتشر و در سال‌های ۱۹۸۶، ۱۹۸۷ و ۲۰۰۱ مورد بازبینی قرار گرفت. همچنین در مورد جوینت ونچرهای قراردادی [۲۵]، قانون چین در مورد بنگاه‌های تعاونی با مشارکت خارجی است که در سال ۱۹۸۸ منتشر شده و در سال ۲۰۰۰ مورد بازبینی قرار گرفته است. آیین‌نامه‌های اجرایی آن در ۱۹۹۵ منتشر شد. در موارد خاص این قوانین باید در رابطه با «قانون شرکت‌ها» که آخرین بار در سال ۲۰۰۶ مورد بازنگری قرار گرفت، اعمال شود. در ماده ۲۱۸ این قانون آمده است؛ «شرکت‌های با مسئولیت محدود ... که با سرمایه خارجی ایجاد شده‌اند باید به موجب این قانون اداره شوند. در مواردی که قوانین مربوط به بنگاه‌های با سرمایه خارجی مقررات دیگری دارند، این مقررات باید اعمال شوند». به عبارت دیگر، قانون جوینت

ونچر غالب است، اما چنانچه این قانون در مواردی ساکت باشد، قانون شرکت‌ها اعمال می‌شود.

به‌عنوان مثال ماده ۱۴۸ قانون شرکت‌های چین در خصوص تعهد امانی شرکا و مدیران شرکت مقرر می‌دارد: «مدیران، مشاوران و مدیران ارشد باید تعهدات خود در قبال شرکت را با وفاداری و صداقت انجام دهند و در راستای منافع آن تلاش نمایند». ماده ۱۵۰ آن قانون در خصوص ضمانت اجرای نقض این وظیفه مقرر می‌دارد: «مدیران، مشاوران و مدیران ارشدی که برخلاف قوانین، مقررات اداری یا مجوزهای صادره عمل نمایند، مسئول خسارات وارده به شرکت خواهند بود». در ماده ۱۴۹ این قانون هشت راهی که نقض‌کننده تعهد وفاداری است، برشمرده شده است؛ اختلاس سرمایه شرکت، سپردن سرمایه شرکت به حساب خود یا دیگری، وام دادن سرمایه شرکت به سایرین یا استفاده از آن به منظور تضمین بدون رضایت سایر شرکا، معامله با خود بدون رضایت سایر شرکا، استفاده از فرصت‌های شرکت بدون رضایت سایر شرکا، افشای اسرار محرمانه شرکت، گرفتن کمیسیون و رفتارهای دیگری که ناقض تعهد وفاداری است [۲۶].

در خصوص اصول حاکم بر توافقات سرمایه‌گذاری مشترک در قالب جوینت ونچر، اگرچه جوینت ونچر شرکتی از حیث ماهیت دارای شباهت‌های اساسی با جوینت ونچر قراردادی است ولی از حیث ساختار با آن متفاوت است. بر خلاف جوینت ونچر قراردادی که مبنای روابط شرکا صرفاً قرارداد بین آنهاست، در جوینت ونچر شرکتی افزون بر قرارداد، روابط شرکا و حقوق و تعهدات آنها بر مبنای حقوق شرکت‌ها و مقررات آمره مربوط به آن در کشور محل تشکیل شرکت تعیین می‌شود [۲۷]. با این حال به‌عنوان اصول کلی حاکم بر توافقات سرمایه‌گذاری مشترک، بر اساس مقررات مندرج در فصل هشتم قانون مدنی، می‌توان اظهار داشت که اداره این نوع شرکت‌ها بر مبنای توافق اعضای آن صورت می‌گیرد (ماده ۵۷۶). شرکا می‌توانند از میان خود یک یا چند نفر را برای اداره امور شرکت تعیین نمایند. در

این صورت شریکی که در ضمن عقد به اداره اموال مشترک مأذون شده است می‌تواند هر عملی را که لازمه‌ی اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود، مگر در صورت تعدی یا تفریط (ماده ۵۷۷). شریکی که مال‌الشرکه در ید اوست در حکم امین است و ضامن تلف و نقص آن نیست، مگر در صورت تعدی یا تفریط (ماده ۵۸۴). شرکاء همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر این‌که این اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت، مادام که شرکت باقی است، حق رجوع ندارند (ماده ۵۷۸). تصرفات هر یک از شرکا در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات فضولی خواهد بود (ماده ۵۸۱). شریکی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است (ماده ۵۸۲). شریک غیر مأذون در مقابل اشخاصی که با آن‌ها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع به او را دارند (ماده ۵۸۵). هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم است، مگر این‌که برای یک یا چند نفر از آن‌ها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد (ماده ۵۷۵) [۲۸].

با توجه به مواد مذکور می‌توان اصول مهم حاکم بر قراردادهای مشارکت را بدین شرح استخراج نمود:

#### ۴-۱. لزوم مشارکت در تأمین سرمایه

مشارکت در هر نوع جوینت ونچری می‌تواند به صورت نقدی یا غیرنقدی (به صورت عین مانند ساختمان، ماشین‌آلات، مواد و یا به صورت غیر عینی در قالب ارائه دانش فنی) باشد. در مورد جوینت ونچرهای شرکتی، فرایند ارزیابی ارزش دارایی‌های آورده شده بسیار مورد توجه و مذاقه قرار گرفته است. غالباً ارزیابان مستقلی برای اطمینان از این‌که اقلام معرفی شده بالاتر از قیمت‌های رایج بین‌المللی قیمت‌گذاری نشده باشند، مورد استفاده قرار می‌گیرند، به طوری که ضرورت رسیدگی این ارزیابان بخش لاینفک

توافقات قراردادی را تشکیل می‌دهند. با این حال در جوینت ونچرهای قراردادی نیاز نیست که سرمایه‌ها قیمت‌گذاری یا ارزیابی شوند، به این معنی که طرفین می‌توانند تصمیم بگیرند که ارزش سهم آنها چگونه باید تعیین شود.

۴-۲. لزوم تقسیم سود و زیان بین شرکا و بازگشت سرمایه  
بر خلاف جوینت ونچرهای شرکتی، در جوینت ونچرهای قراردادی این امکان وجود دارد که شریک خارجی (نه چینی) در طول مدت فعالیت جوینت ونچر، سرمایه تزریق شده‌اش را از طریق یک ساختار بازپرداخت سریع، پس بگیرد (ماده ۲۱ و ۲۲ قانون چین در مورد بنگاه‌های تعاونی با مشارکت خارجی). این سازوکار کمک بسیار خوبی برای مواقعی است که شریک خارجی از یک وام برای تأمین سرمایه جوینت ونچر استفاده کرده است، در عوض طرف چینی حق مالکیت بر دارایی‌های جوینت ونچر پس از انقضای مدت مشارکت را دارد. با این حال شورای دولتی در سال ۲۰۰۲ بخشنامه‌ای را در خصوص ساختارهای بازپرداخت سریع صادر نموده است که به موجب آن کسب تأیید چنین ترتیباتی بسیار دشوار خواهد بود. علاوه بر قوانین فوق، از آنجا که تأسیس نهاد جوینت ونچر مستلزم انعقاد انواع قرارداد مانند قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک (قرارداد اصلی)، و قراردادهای فرعی مانند قرارداد اجاره به منظور استفاده از ماشین‌آلات کارخانه، قرارداد بیع با عرضه‌کننده، قرارداد کار و قرارداد انتقال تکنولوژی منعقد نماید، درک اصولی حقوق قراردادهای چین پیش شرط لازم برای سرمایه‌گذاران خارجی است که قصد انجام فعالیت‌های تجاری در چین را دارند. جوینت ونچرهای شرکتی به طور قراردادی به گونه‌ای طراحی شده‌اند که هر سرمایه‌گذار حق مشارکت در سود بر مبنای نسبت سهام خود را داشته باشد. سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانند حداقل ۲۵٪ سهام را داشته باشند. جوینت ونچرهای قراردادی اساساً متفاوت هستند، از این جهت که نسبت مشارکت در سود منوط به سهام

نیست. بنابراین شریک خارجی می‌تواند نسبت به طرف چینی مالک سهام کمتری باشد اما سود بیشتری ببرد. در بعضی صنایع محدود مانند تبلیغات، مخابرات، املاک و مستغلات و حمل و نقل، شریک خارجی باید سهام کمتری داشته باشد. در جوینت ونچرهای شرکتی سودها می‌تواند به صورت عین نیز باشد، که به موجب آن شریک چینی پردازش را انجام خواهد داد و شریک خارجی سود خود را از طریق فروش کالاهای نهایی به دست خواهد آورد. این در جوینت ونچرهای املاک و مستغلات رایج است که در آن طرف چینی زمینی را به عنوان سهم خود فراهم می‌کند و شریک خارجی تأمین مالی را انجام می‌دهد و سپس محصولات نهایی بر مبنای توافق قراردادی طرفین به عنوان سود، تقسیم می‌شود.

در حقوق ایران بر اساس ماده ۱۳ «قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی»، بازگشت اصل سرمایه خارجی و منافع آن یا آنچه که از اصل سرمایه در کشور باقی مانده باشد، تضمین شده است. بر اساس این ماده، «اصل سرمایه خارجی و منافع آن یا آنچه که از اصل سرمایه در کشور باقی مانده باشد با دادن پیش‌آگهی سه ماهه به هیأت و بعد از انجام کلیه تعهدات و پرداخت کسورات قانونی و تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی قابل انتقال به خارج خواهد بود». ملاحظه می‌شود که در این ماده انتقال اصل سرمایه و منافع آن به خارج از کشور منوط به شرایطی مانند دادن پیش‌آگهی به هیأت سرمایه‌گذاری، بعد از انجام کلیه تعهدات، پرداخت کسورات قانونی و در نهایت تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی شده است. وجود این شرایط تضمینی بودن بازگشت سرمایه را از دید سرمایه‌گذار خارجی زیر سؤال می‌برد. ضمن این‌که ضابطه‌ای برای بررسی و تأیید و تصویب هیأت سرمایه‌گذاری و وزیر امور اقتصادی و دارایی مشخص نشده است که بیم اعمال سلیقه شخصی را برای سرمایه‌گذار خارجی ایجاد می‌کند.

البته اعطای مجوز انتقال سرمایه خارجی و منافع آن به خارج از کشور به معنای امکان خرید ارز معتبر از شبکه بانکی نیست. حسب بند ۵ الف ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق، «انتقال اصل سرمایه، سود سرمایه و منافع حاصل از به کارگیری سرمایه به صورت ارز و حسب مورد به صورت کالا به ترتیب مندرج در مجوز سرمایه‌گذاری میسر است». بنابراین خرید ارز از سیستم بانکی در صورتی امکان‌پذیر است که در مجوز سرمایه‌گذاری ذکر شده باشد. چنانچه در مجوز سرمایه‌گذاری قید شده باشد که انتقال از طریق صدور کالاهای تولیدی و یا سایر کالاهای ساخت داخل انجام گیرد، در این صورت دولت تضمین می‌کند که سرمایه‌گذار بتواند کالاهای مزبور را صادر نماید.

در مواردی که سرمایه آورده شده افزایش پیدا می‌کند، انتقال سرمایه، سود و عایدات ناشی از این افزایش سرمایه، بر اساس ماده ۲۲ آیین‌نامه اجرایی این قانون، باید مستند به گزارش مؤسسه حسابرسی عضو جامعه حسابسان رسمی ایران باشد. قانون‌گذار در ذیل این ماده تصریح دارد که این‌گونه انتقالات پس از کسر کلیه کسورات قانونی به میزانی که مؤسسه حسابرسی یاد شده تأیید می‌کند، میسر است. علاوه بر این الزام کلی، در ماده ۲۳ این آیین‌نامه نیز شرایط اختصاصی راجع به انتقال سرمایه، سود و عایدات ناشی از افزایش سرمایه آورده شده در هر یک از بخش‌های خصوصی و دولتی پیش‌بینی شده است. به موجب صدر این ماده، انتقال اصل، سود و عایدات ناشی از افزایش ارزش سرمایه آورده شده در بخش خصوصی (موضوع بند الف ماده (۳) قانون تشویق) به صورت ارز و یا به درخواست سرمایه‌گذار خارجی، از طریق صدور کالای مجاز صورت می‌پذیرد. بنابراین در موارد افزایش سرمایه، برخلاف سرمایه‌گذاری اولیه، اختیار انتخاب وسیله بازپرداخت (ارز یا کالا) به سرمایه‌گذار خارجی واگذار شده است، اگر چه در قانون تصریح نشده است، اما به نظر می‌رسد که در این موارد نیز این اختیار ممکن است در مجوز سرمایه‌گذاری یا قرارداد فی‌مابین طرفین محدود شود.

در مواردی که سرمایه آورده شده در بخش دولتی (موضوع بند ب ماده قانون تشویق) افزایش پیدا می‌کند، بنا به تصریح ماده ۲۳، خروج سرمایه و منافع حاصل از آن تنها از طریق ارز حاصل از صادرات محصولات تولیدی و یا ارز حاصل از ارائه خدمات بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر و یا صادرات سایر کالاهای مجاز انجام می‌پذیرد. بنابراین برخلاف سرمایه‌گذاری در بخش خصوصی، در موارد سرمایه‌گذاری در بخش‌های دولتی که بر اساس بند ب ماده ۳ قانون تشویق در چارچوب روش‌های «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل» و «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت یا بانک‌ها و یا شرکت‌های دولتی نیست، عایدات ناشی از افزایش سرمایه تنها از طریق صادرات محصول امکان‌پذیر است و سرمایه‌گذار خارجی اختیار درخواست ارز ندارد. البته قانون‌گذار در تبصره ماده ۲۳ پیش‌بینی کرده است که چنانچه در نتیجه عدم امکان صادرات، به نظر هیأت، تأمین ارز برای انتقالات مورد نظر میسر و ضروری تشخیص داده شود، ارز مورد نیاز از طریق نظام بانکی تأمین می‌گردد. به موجب بند ۶ الف ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی، «آزادی صادرات کالای تولیدی بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر تضمین شده و در صورت ممنوعیت صادرات، کالای تولیدی در داخل به فروش رسیده و حاصل آن به صورت ارز از طریق شبکه پولی رسمی کشور قابل انتقال به خارج می‌باشد». در همین راستا قانون‌گذار مجدداً در ماده ۲۶ آیین‌نامه تأکید نموده که «در صورت وجود محدودیت قانونی و یا اعمال شده از سوی دولت که در نتیجه آن بنگاه‌های اقتصادی سرمایه‌پذیر نتوانند تولیدات خود را صادر نمایند، مادام که محدودیت قانونی و یا تصمیم دولت برای عدم انجام صادرات جاری است، بنگاه‌های مزبور اجازه دارند تولیدات خود را در بازار داخلی به فروش رسانده و در مقابل تأمین معادل ریالی مصارف ارزی مندرج در مجوز سرمایه‌گذاری،

ارز مورد نظر را از نظام بانکی خریداری و منتقل نموده و یا مبادرت به صدور کالاهای مجاز نمایند».

به تجویز ماده ۲۹ آیین‌نامه، سرمایه‌گذار خارجی در صورت تمایل همچنین می‌تواند تمام یا قسمتی از مبالغ قابل انتقال ناشی از اصل یا سود سرمایه خود (موضوع مواد ۱۳، ۱۴، و ۱۵ قانون تشویق) را با اجازه هیأت سرمایه‌گذاری خارجی، به افزایش سرمایه‌گذاری خود در همان بنگاه اختصاص دهد و یا پس از طی تشریفات قانونی برای اخذ مجوز سرمایه‌گذاری، صرف سرمایه‌گذاری جدید بنماید.

#### ۳-۴. وکالت متقابل شرکا از یکدیگر [۲۹] (ماده ۵۸۱)

به این معنی که هر یک از شرکا باید در تصمیم‌گیری راجع به پروژه مشارکت کند. در این راستا قراردادهای جوینت ونچر دارای سیستم مدیریتی مشترک بوده و تمامی شرکا از طریق کمیته مدیریت مشترک (در جوینت ونچر قراردادی) یا هیأت مدیره (در جوینت ونچر شرکتی) در فرایند کنترل و نظارت بر پروژه مشارکت دارند [۲۷].

وکالت متقابل شرکا از یکدیگر همچنین باعث مسئولیت تضامنی شرکا در قبال اشخاص ثالث در جوینت ونچرهای قراردادی خواهد بود، هر چند که این امر مانع از آن نیست که در روابط میان شرکا، مسئولیت به تناسب میزان سهم‌الشرکه و یا به هر نحو دیگری که شرکا بین خودشان مقرر داشته باشند، توزیع شود. راجع به مسئولیت تضامنی در شرکت‌های تضامنی، ماده ۱۲۴ قانون تجارت در حکمی قابل استفاده در مشارکت‌های مدنی مقرر می‌دارد؛ «مادام که شرکت تضامنی منحل نشده مطالبه قروض آن باید از خود شرکت به عمل آید و پس از انحلال طلبکاران شرکت می‌توانند برای وصول مطالبات خود به هر یک از شرکا که بخواهند و یا به تمام آن‌ها رجوع کنند، در هر حال هیچ‌یک از شرکا نمی‌توانند به استناد این‌که میزان قروض شرکت از میزان سهم او در شرکت تجاوز می‌نماید از تأدیه قروض شرکت امتناع ورزد. فقط در روابط بین شرکا مسئولیت هر

یک از آن‌ها در تأدیه قروض شرکت به نسبت سرمایه خواهد بود که در شرکت گذاشته شده است، آن‌هم در صورتی که در شرکت‌نامه ترتیب دیگری اتخاذ نشده باشد».

ماده ۲۴ «قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور» [۳۰] که گویا درصدد ترویج استفاده از قالب شرکت مدنی برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی بوده است [۳۱] مقرر می‌دارد؛

«تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک با مشارکت دو یا چند شخص حقیقی و حقوقی (در قالب شرکت مدنی مجاز) است.

تبصره ۱- تغییر در حیطه اختیارات مدیران در قرارداد در قبال اشخاص ثالث قابل استناد نیست و اعضای گروه به‌طور تضامنی مسئول پرداخت دیون گروه از اموال شخصی خود می‌باشند، مگر اینکه با اشخاص ثالث طرف قرارداد به‌ترتیب دیگری توافق شده باشد. مراجع ثبت‌کننده در صورتی نسبت به ثبت این شرکت‌ها اقدام می‌کنند که در قرارداد، شرایط تضامن قید شده باشد».

بنابراین قاعده مندرج در ماده ۵۸۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «شریک غیرمأذون در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع به او را دارند»، در مورد توافقات سرمایه‌گذاری مشترک در قالب جوینت ونچر قابل اعمال نمی‌باشد. زیرا اولاً با وجود سیستم مدیریت مشترک (کمیته مدیریت در جوینت ونچر قراردادی و هیأت مدیره در جوینت ونچر شرکتی) عملاً وقوع عمل فضولی از جانب یکی از شرکا غیرمحمتمل می‌باشد. ثانیاً در فرض نادر تصمیمات فضولی یکی از شرکا، نباید از طرف معامله که با حسن‌نیت رفتار نموده، در هر معامله انتظار داشت که در مورد حدود اختیارات مدیران و نمایندگان اینگونه تأسیسات تجسس نماید. البته با توجه به بند ۲ ماده ۴۷ «قانون ثبت اسناد و املاک» که ثبت شرکت‌نامه را الزامی دانسته است، و از آنجا که یکی از مندرجات شرکت‌نامه ذکر اسامی مدیران و تعیین حدود اختیارات آنان است،

اشخاص ثالث می‌توانند در صورت مواجهه با عملی خارج از حدود اختیارات مدیران، از دادگاه تقاضای اعلان بطلان آن عمل و پرداخت خسارات واقع شده را داشته باشند.

در مورد جوینت ونچرهای شرکتی نیز، که توافق سرمایه‌گذاری مشترک باعث ایجاد یک شخص حقوقی به منظور پیشبرد اهداف مشارکت می‌شود، این شخص حقوقی است که با اشخاص ثالث وارد معامله می‌شود. بنابراین با توجه به نوع و قالب شرکت ایجاد شده، مسئولیت آن در مقابل اشخاص ثالث براساس قواعد مندرج در قانون تجارت تعیین خواهد شد.

جوینت ونچرهای شرکتی [۳۲] باید ساختاری دولایه داشته باشند، متشکل از یک هیأت مدیره و یک تیم مدیریت منصوب شده قراردادی، که غالباً به عنوان مدیرکل و دو قائم مقام شناخته می‌شوند، (هرچند که تعداد دقیق قائم مقام‌ها متفاوت است)، که مسئولیت امور جاری بنگاه را بر عهده دارند. به دلیل عدم وجود مجمع سهام‌داران در جوینت ونچرهای قراردادی، مدیران از طریق مذاکره انتخاب می‌شوند و نسبت تخصیص مدیر برای هر یک از طرفین بستگی به ساختار حق سهم شرکت دارد [۳۳]. جوینت ونچرهای قراردادی [۳۴] می‌توانند تنها با یک هیأت مدیره (یا کمیته مدیریت) فعالیت کنند، اما باید یک مدیرکل نیز داشته باشند. در مورد بنگاه‌های کوچک‌تر، مسئولیت تصمیم‌گیری می‌تواند تنها به هیأت مدیره سپرده شود.

#### ۴-۴. تعهد امانی [۳۵] شرکا در قبال یکدیگر

این تعهد اساساً زمانی وجود دارد که یک رابطه دو عنصر داشته باشد؛ نمایندگی و اعتماد. نمایندگی عبارت است از اختیار قانونی یک شخص (نماینده) برای تصمیم‌گیری از جانب دیگری (اصیل). اعتماد عبارت است از اعتقاد اصیل مبنی بر این‌که نماینده به نفع او عمل خواهد کرد. زمانی که این دو عنصر با هم باشند، حقوق این رابطه را به عنوان رابطه امانی [۳۶] می‌شناسد. براساس این رابطه

نماینده باید به نفع اصیل عمل نماید. در جوینت ونچرهای شرکتی چالش این رابطه امانی آن است که نمایندگان هر شرکت (سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر) تعهد وفاداری به شرکت‌های خودشان و نیز به یکدیگر را دارند [۳۷]. به موجب این تعهد، «در طول تمام مراحل مذاکره، انعقاد قرارداد و عملیات اجرایی تا خاتمه قرارداد و یا حتی پس از آن، طرفین به اعلا درجه ملزم به رفتار شفاف، صادقانه، منصفانه و با حسن نیت و رعایت امانت و عدم ترجیح نفع خود در آنچه که مربوط به منافع مشترک اعضا در موضوع قرارداد مشارکت باشد، می‌باشند» [۳۸]. با توجه به ماهیت رابطه طرفین در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک از نوع قراردادی که وکالت متقابل است، و نیز ماده ۶۶۷ قانون مدنی که مقرر داشته «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه موکل بالصراحه به او اختیار داده یا برحسب قرائن و عرف و عادت داخل در اختیار او است تجاوز نکند»، تعهد امانت‌داری در این نوع قراردادها قابل تحمیل است.

همچنین از آنجا که در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک حسب تجویز ماده یک «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی» سهم‌الشرکه هر یک از طرفین می‌تواند حق اختراع و یا دانش فنی باشد، تعهد امانی اقتضای آن را دارد که طرفین حافظ حقوق مالکیت فکری آورده شده باشند. برای نیل به این منظور لازم است در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک ابتدا و پیش از اقدامی، توافق محرمانگی [۳۹] میان طرفین منعقد گردد. براساس این توافق هر یک از طرفین برای صیانت از این حقوق تعهداتی را به عهده می‌گیرند مانند؛ عدم استفاده از اطلاعات برای اهدافی غیر از جوینت ونچر، عدم افشای اطلاعات برای هیچ کس به غیر از افراد مرتبط با جوینت ونچر آن هم در صورت نیاز به دانستن این اطلاعات، ملزم ساختن هر شخصی که اطلاعات برای او آشکار شده به حفظ این اطلاعات به صورت محرمانه، تعهد برگرداندن اصل اسناد و برگرداندن یا نابودی رونوشت آنها

یا اسناد ثانویه و یا اطلاعات ناشی از آن اسناد و یا احتمالاً محرمانه نگه داشتن اصل مذاکرات تا زمانی که طرفین توافق به اعلان مذاکرات سرمایه‌گذاری مشترک نمایند [۴۰].

در همین راستا، تعهد عدم رقابت که معمولاً در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک به عنوان یکی از شروط ضمن عقد گنجانده می‌شود را نیز می‌توان به عنوان یکی از نتایج تعهد امانی شرکا در قبال یکدیگر و نیز در قبال شرکت سرمایه‌گذاری مشترک (در مواردی که سرمایه‌گذاری مشترک از طریق تأسیس یک شخصیت حقوقی جدید صورت می‌گیرد) محسوب نمود. یک شرط عدم رقابت اساساً شرطی است که به موجب آن «شخصی تعهد می‌نماید تا به منظور حفظ منافع مشروع، برای مدت محدود و متعارف و در قلمرو جغرافیایی مشخصی که متناسب با حدود منافع متعهدله هستند، به نحو مستقیم یا غیرمستقیم از انجام فعالیت‌هایی که متضمن رقابت با متعهدله باشد خودداری نماید». یکی از بسترهای این تعهد در روابط میان شرکای قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک است. زیرا در این موارد همواره این احتمال می‌رود که شرکا پس از خاتمه شراکت (به هر دلیل اعم از خاتمه دوران شراکت به دلایل پیش‌بینی شده و یا فسخ و واگذاری سهم‌الشرکه به دیگری) که از اسرار تجاری و یا دیگر حقوق مالکیت فکری شرکای دیگر آگاه شده، قصد بهره‌برداری از این اطلاعات به نفع خود را داشته باشد. این وضعیت حتی در طول حیات سرمایه‌گذاری مشترک نیز ممکن است به این صورت واقع شود که شریک آورنده مالکیت فکری و دیگر شرکا، با فعالیت شرکت سرمایه‌گذاری مشترک به رقابت برخیزد. گنجاندن این شرط در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک می‌تواند مانع آسیب به منافع شرکا از این رهگذر شود [۳۸]. در حقوق ایران ضمن این‌که بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی، گنجاندن چنین شرطی با رعایت مدت زمان محدود و اصل منع اضرار به غیر مجاز می‌باشد، ماده ۱۳۳ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت در بخش شرکت‌های سهامی، نیز مدیران این شرکت‌ها را از

انجام معاملاتی نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد، منع نموده است.

از مقررات ماده ۵۸۶ قانون مدنی در خصوص شرکت که مقرر می‌دارد «اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هر یک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند»، جایز بودن عقد مشارکت استنباط می‌شود. و لذا بر اساس ماده ۵۸۹ «هر شریک‌ال‌مال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکا به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند». البته در خصوص قابلیت اعمال این قاعده در مورد قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک باید گفت که چنانچه سرمایه‌گذاری مشترک برای انجام پروژه معینی انجام شده باشد، معمولاً قرارداد تا انجام کامل موضوع آن باقی خواهد ماند و هیچ‌یک از طرفین بدون دلیل موجه حق فسخ یک‌جانبه را نخواهد داشت. اما اگر مشارکت متضمن ایجاد یک شخصیت حقوقی برای مدت نامعین بوده یا در بردارنده اعمال تجاری متعدد باشد، قرارداد مشارکت به خواست هر یک از شرکا می‌تواند پایان پذیرد [۴۱] و یا این‌که با رضایت سایر شرکا منتقل شود، در صورت اخیر، مستند به ماده ۸۰۸ قانون مدنی شریک دیگر حق تقدم در خرید سهم‌الشرکه شریک خود را خواهد داشت.

ماده ۵۸۸ فوت یا محجور شدن یکی از شرکا را باعث زوال اذن دانسته که در نتیجه آن شرکای دیگر مأذون در تصرف اموال مشترک نمی‌باشند. با توجه به ماده ۵۸۷ قانون مدنی که تقسیم اموال و یا تلف شدن تمام مال شرکت را تنها دلایل انحصاری مرتفع شدن شرکت دانسته و زوال اذن در اثر فوت یا محجور شدن یکی از شرکا را جزو این موارد نیاورده و در ماده ۵۸۸ به طور مجزا به آن پرداخته، می‌توان نتیجه گرفت که از نظر قانون مدنی زوال اذن به طور خودکار موجب انحلال شرکت نمی‌شود بلکه اذن در تصرف را از مابقی شرکا سلب می‌نماید و لذا ادامه بقای شرکت منوط به تجدید این اذن توسط قائم‌مقام قانونی شریک فوت شده

یا محجور می‌باشد. در مورد قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک می‌توان اتمام پروژه را نیز از دلایل مرتفع شدن شرکت دانست. هر چند که طرفین می‌توانند بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی مجدداً بر ادامه مشارکت توافق نمایند.

در خصوص تعهد عدم رقابت به عنوان یکی از الزامات امانت‌داری شرکا نسبت به یکدیگر و نسبت به شرکت مشترک نیز، قانون ضد انحصار چین [۴۲] باید مدنظر قرار گیرد. به طور کلی رویکرد حقوق چین نسبت به این نوع شروط در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک این است که شروط مزبور معمولاً به منظور محدودیت رقابت بین شرکا با بنگاه مشترک یا در مواردی بین خود شرکا وضع می‌شود. بر حسب ظاهر این شروط می‌توانند تأثیراتی بر حذف یا محدودیت رقابت بین رقبای واقعی یا بالقوه داشته باشد. با این وجود به دلایل ذیل یک شرط عدم رقابت در قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک نباید به عنوان یک رفتار انحصارطلبانه و ناقض قانون ضد انحصار در نظر گرفته شود.

اول از همه، بر اساس قواعد کلی قانون ضد انحصار، قصد محدود کردن یا اثر محدودکنندگی رقابت کلی بازار باید برای تعیین رفتار انحصارطلبانه در نظر گرفته شود. در مورد قصد، شرط عدم رقابت در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک معمولاً به منظور تضمین پایبندی شرکا به اصل حسن‌نیت در فرایند مذاکرات، استفاده از دارایی سرمایه‌گذاری مشترک، قادر ساختن سرمایه‌گذاری مشترک به استفاده از دانش فنی و سرقفلی به اشتراک گذاشته شده توسط هر یک از شرکا یا حمایت از منافع هر یک از شرکا در مقابل حق اولویت خرید سهام یکی دیگر از شرکا یا اشخاص ثالث است. شروط عدم رقابتی که صرفاً هدفش محدودیت رقابت بازار باشد در این نوع قراردادها نادر است. درباره اثر، شروط عدم رقابت غالباً اثر محدودکنندگی رقابت بین شرکای سرمایه‌گذاری مشترک و بنگاه مشترک یا بین خود شرکا را دارد. با این حال برای تعیین این که آیا نقض قوانین ضد انحصار رخ داده است یا خیر، باید در نظر گرفته شود

که آیا محدودیت رقابت برای کل بازار به وجود آمده است، یا برعکس، شرط عدم رقابت تحقق کارایی سرمایه‌گذاری مشترک را تسهیل نموده است.

دوم، از منظر قوانین ضد انحصار، شروط عدم رقابت در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک ممکن است به موجب رژیم کنترل ادغام چین یا ماده ۱۳ قانون ضد انحصار در رابطه با قراردادهای انحصاری افقی مورد بازبینی قرار گیرد. از نظر کنترل ادغام، چنانچه معامله سرمایه‌گذاری مشترک از آستانه اعلامیه ضد تراست قانون ضد انحصار فراتر رود، گنجاندن یک شرط عدم رقابت در قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک منوط به بازبینی وزارت تجارت چین است. وزارت تجارت چین معمولاً در فرایند بازنگری بررسی خواهد کرد که آیا چنین شروطی نسبت به قرارداد، فرعی هستند یا خیر. اگر شروط عدم رقابت محدودیت‌هایی صرفاً فرعی و کمکی باشند، به عنوان شروط محدودکننده رقابت بازار در نظر گرفته نمی‌شوند و لذا تأیید خواهند شد، مشروط بر این که خود معامله محدودکننده یا حذف‌کننده رقابت نباشد. بنابراین شروط عدم رقابت از نظر رژیم کنترل ادغام چین، فی‌نفسه ناقض قانون ضد انحصار نیست.

از منظر قواعد قراردادهای انحصارطلبانه افقی، شروط عدم رقابت همچنین ممکن است در قلمرو توافقات انحصارطلبانه مقرر در ماده ۱۳ قانون ضد انحصار قرار گیرند؛ زیرا ممکن است یک رابطه رقابتی بالفعل یا بالقوه بین شرکای سرمایه‌گذاری مشترک، یا در مواردی بین شرکا و سرمایه‌گذاری مشترک وجود داشته باشد. به موجب ماده ۱۳ چنانچه محصول یا خدمت ارائه شده توسط سرمایه‌گذاری مشترک در همان بازار به عنوان محصول یا خدمت شرکا پیش از سرمایه‌گذاری مشترک شناخته می‌شده است، این امکان وجود دارد که شرط عدم رقابت تشکیل‌دهنده یک توافق انحصارطلبانه افقی باشد. با این حال برای تعیین توافق انحصارطلبانه افقی، اثر شرط عدم رقابت بر رقابت بازار نیازمند ارزیابی است [۴۳].

و مواد خاص. بخش مواد خاص مربوط به ۱۵ نوع خاص قراردادهای بوده و شامل فصل‌های ذیل می‌باشد: بیع، عرضه و استفاده از الکتروسیسته، آب، گاز یا گرما، هبه، وام، اجاره، لیزینگ مالی، کار، پروژه‌های ساخت، حمل و نقل، فناوری، امنیت، انبارداری، وکالت، حق‌العمل‌کاری و دلالتی. از میان این قراردادها، قراردادهای بیع، اجاره، کار و تکنولوژی قراردادهایی هستند که سرمایه‌گذاران خارجی با آن سروکار دارند.

از آنجا که بر اساس ماده ۵ قانون جوینت ونچرهای شرکتی و ماده ۷ بنگاه‌های تعاونی با مشارکت خارجی (قانون جوینت ونچرهای قراردادی)، سهم‌الشرکه طرف خارجی جوینت ونچرها می‌تواند یکی از انواع حقوق مالکیت فکری باشد، علاوه بر قوانین متعدد راجع به حمایت از انواع حقوق مالکیت فکری و تعهدات پذیرفته شده در مجامع جهانی مانند سازمان تجارت جهانی و سازمان جهانی حقوق مالکیت فکری، حقوق قراردادهای چین نیز باید مورد توجه قرار گیرد. از نظر قانون قراردادهای این کشور، قرارداد فناوری قراردادی است که به موجب آن طرفین حقوق و تعهداتی را در ارتباط با توسعه فناوری، انتقال فناوری و قراردادهای خدمات و مشاوره فنی ایجاد می‌کنند. بنابراین سه نوع قرارداد فناوری وجود دارد؛ قراردادهای توسعه فناوری، قراردادهای انتقال فناوری، و قراردادهای خدمات و مشاوره فناوری. به‌طور کلی یک قرارداد فناوری (شامل هر سه نوع) باید محتوی موارد ذیل باشد؛ عنوان پروژه / محتوا، قلمرو و الزامات و ابزارهای پروژه / طرح، جدول، مدت زمان، مکان، قلمرو و روش‌های اجرا / محرمانگی اطلاعات و داده‌های فنی / تعهد ریسک‌ها / مالکیت دستاوردهای فنی و روش تقسیم سود و محصول / استانداردها و ابزارهای بازرسی و پذیرش / قیمت، پاداش یا حق امتیاز و ابزارهای پرداخت / خسارات نقض قرارداد یا روش محاسبه میزان غرامت برای ضررها / مکانیسم‌های حل و فصل اختلافات / تفسیر شروط (ماده ۳۲۴ قانون قراردادهای چین).

جوینت ونچر شرکتی [۴۴] در حقوق چین جوینت ونچری بین شرکای خارجی و چینی است که در آن سود و زیان بین طرفین به نسبت منافع مالکانه‌شان در جوینت ونچر تقسیم می‌شود. اما شریک خارجی باید بیش از ۲۵٪ سهم مالکانه را در سرمایه ثبت شده جوینت ونچر شرکتی دارا باشد. این جوینت ونچر در قالب شرکت با مسئولیت محدود، عنوان شخص حقوقی چینی را دارا خواهد بود [۴۵]. جوینت ونچر قراردادی [۲۵] ساختار بسیار منعطفی دارد زیرا نه تنها توزیع منافع و پذیرش ریسک‌ها می‌تواند بر اساس نسبت مقدر طرفین به تناسب مشارکت در سرمایه نباشد، بلکه طرف خارجی همچنین می‌تواند سرمایه‌اش را پیش از پایان حیات جوینت ونچر مسترد دارد (ماده ۲۱ و ۲۲ قانون چین در مورد بنگاه‌های تعاونی با مشارکت خارجی). جوینت ونچر قراردادی بیشتر پروژه محور و کوتاه مدت است. چنانچه سرمایه‌گذار خارجی خواهان نفوذ در بازار چین باشد و حفظ ثبات بیشتر بنگاه مدنظرش باشد، جوینت ونچر قراردادی گزینه خوبی نخواهد بود. ضمن این‌که تعداد کمی از سرمایه‌گذاران پذیرای مسئولیت نامحدود هستند، که خصیصه این نوع مشارکت‌ها است [۴۶].

#### ۴-۵. انتقال فناوری و حقوق مالکیت فکری

تا پیش از سال ۱۹۹۹ چین سه قانون مربوط به قراردادها داشت؛ قانون قراردادهای اقتصادی، قانون قراردادهای اقتصادی خارجی و قانون قراردادهای فناوری، به همراه مقررات مختلف راجع به قراردادها مانند آیین‌نامه مربوط به قراردادهای اجاره و آیین‌نامه مربوط به قراردادهای پروژه‌های ساخت و نصب. از آنجا که این چارچوب قانونی پراکنده بود و تکرار مواد قانونی در بین آنها وجود داشت، چین این را الزامی دانست که یک قانون قرارداد واحد و جامع تصویب نماید. در سال ۱۹۹۹ قانون قراردادهای تصویب شد و سه قانون قبلی را لغو نمود. قانون قراردادهای چین مشتمل بر ۴۲۸ ماده است و به دو بخش تقسیم شده است: اصول کلی

بر اساس ماده ۳۴۲ این قانون، موضوع قراردادهای انتقال فناوری شامل انتقال حق اختراع، انتقال حق اعمال حق اختراع، انتقال دانش فنی و لیسانس بهره‌برداری از یک حق اختراع است. طرفین می‌توانند در مورد قلمرو بهره‌برداری از حق اختراع یا استفاده از دانش فنی توافق کنند مشروط بر این‌که محدودیتی در مورد رقابت فناورانه و توسعه فناورانه ایجاد نکنند. طرفین می‌توانند روش تسهیم توسعه فناورانه حاصل از بهره‌برداری از حق اختراع یا استفاده از دانش فنی را بر اساس نفع متقابل تعیین نمایند. چنانچه توافقی در این خصوص در بین نباشد یا توافق مبهم باشد و نتوان با یک قرارداد تکمیلی یا ارجاع به مفاد قراردادی مربوطه یا سیر و جریان معامله آن را تعیین کرد، یکی از طرفین سهمی در بهبود فناوری ایجاد شده توسط طرف مقابل را نخواهد داشت.

برای اجرای قرارداد، انتقال‌دهنده باید به منتقل‌الیه اجازه بهره‌برداری از حق اختراع را بدهد، مواد فنی مرتبط با بهره‌برداری از حق اختراع را ارائه دهد و راهنمایی‌های فنی مورد نیاز را در اختیار او قرار دهد. به‌طور مشابه، انتقال‌دهنده دانش فنی باید مواد فنی را فراهم نماید، راهنمایی‌های فنی لازم را ارائه دهد، قابلیت اجرا و قابلیت اعتماد دانش فنی را تضمین نماید، و تعهد حفظ محرمانگی را به‌عهده بگیرد. در هر مورد، انتقال‌دهنده باید تضمین نماید که مالک قانونی فناوری ارائه شده است و این‌که فناوری کامل، بی‌عیب و مؤثر است و قابلیت به انجام رساندن هدف مورد توافق را دارد. علاوه بر این، چنانچه انتقال‌دهنده از انتقال فناوری کوتاهی کند، باید حق امتیاز پرداخت شده را به‌طور جزئی یا کلی برگرداند و مسئول نقض قرارداد خواهد بود. چنانچه بهره‌برداری از حق اختراع یا استفاده از دانش فنی توسط منتقل‌الیه بر اساس شروط قرارداد ناقض حقوق قانونی و منافع شخص ثالث باشد، انتقال‌دهنده مسئول خواهد بود، مگر این‌که توسط طرفین به‌گونه دیگری توافق شده باشد.

منتقل‌الیه به نوبه خودش نباید به هیچ شخص ثالثی اجازه بهره‌برداری از حق اختراع را بدهد و باید حق امتیاز

را مطابق شروط قراردادی پرداخت نماید. همچنین منتقل‌الیه دانش فنی باید حق امتیاز را پرداخت نماید و تعهد محرمانگی را نیز بنماید. منتقل‌الیه باید مطابق با قلمرو و محدوده زمانی مقرر در قرارداد محرمانگی آن قسمت از فناوری را که به‌طور عمومی آشکار نشده است را حفظ نماید. علاوه بر این، اگر منتقل‌الیه حق اختراع یا دانش فنی را فراتر از محدوده مورد توافق مورد بهره‌برداری یا استفاده قرار دهد، یا به‌طور یک‌جانبه به شخص ثالث اجازه بهره‌برداری یا استفاده بدهد یا در حفظ محرمانگی قصور ورزد، مسئول خواهد بود. علاوه بر این، چنانچه منتقل‌الیه در پرداخت حق امتیاز قصور ورزد باید مبلغ عقب افتاده را بپردازد و نیز خسارت نقض قرارداد را نیز پرداخت نماید (مواد ۳۴۱ الی ۳۵۴ قانون قراردادهای چین).

علاوه بر لزوم رعایت موارد مندرج در قانون قراردادها، در خصوص انتقال فناوری بین طرفین جوینت ونچر ماده ۴۳ آیین‌نامه اجرایی قانون جوینت ونچرهای شرکتی مقرر می‌دارد که؛

- ۱- مبالغ واگذاری فناوری باید منصفانه و معقول باشد.
- ۲- طرف صادرکننده فناوری نباید هیچ محدودیتی در مورد مقدار، قیمت یا منطقه و قلمرو فروش محصولاتی که توسط واردکننده فناوری تولید می‌شود، اعمال نماید مگر این‌که طرفین به‌گونه دیگری توافق کرده باشند.
- ۳- مدت زمان قرارداد انتقال فناوری به‌طور کلی نباید بیشتر از ده سال باشد.
- ۴- پس از انقضای مدت زمان قرارداد انتقال فناوری، طرف واردکننده فناوری حق استفاده مداوم از فناوری را دارد.
- ۵- شرایط مبادله دوجانبه اطلاعات مربوط به بهبود فناوری توسط هر دو طرف قرارداد انتقال فناوری باید متقابل باشد.
- ۶- طرف واردکننده فناوری باید حق خرید تجهیزات، قطعات یدکی و مواد خام مورد نیاز از منابعی که به نظر مناسب می‌آیند را داشته باشد.

۷- هیچ‌گونه شرط محدودکننده نامعقولی نباید به‌وسیله قوانین و مقررات چین گنجانده شود.

همچنین، در مقابل تجاوز به حقوق مالکیت فکری علاوه بر ضمانت اجرای مدنی و کیفری، ضمانت اجرای اداری نیز پیش‌بینی شده است که بر اساس «آیین‌نامه حمایت گمرک از حقوق مالکیت فکری»، این امر به اداره گمرک چین سپرده شده است. طبق مقررات این آیین‌نامه، ورود و خروج کالاهای ناقض حقوق مالکیت فکری ممنوع شده است و دارنده چنین حقوقی در صورت ورود آن می‌تواند از مقامات گمرک درخواست نماید کالاهای مشکوک را توقیف نماید. حمایت گمرک از حقوق مالکیت فکری هم به درخواست دارنده حقوق مالکیت فکری صورت می‌گیرد (حمایت منفعل) و هم این‌که گمرک رأساً می‌تواند اقدام به بررسی و کشف کالاهای مشکوک به نقض حقوق مالکیت فکری نماید (حمایت فعالانه). در چنین مواردی مقامات اداری می‌توانند در حدود صلاحیت خود تصمیماتی مبنی بر توقف عملیات نقض حقوق مالکیت فکری، محو آثار نقض، الزام به عذرخواهی، پرداخت خسارت، ضبط عواید غیرقانونی حاصله از تجاوز و پرداخت جریمه اتخاذ نماید.

قراردادهای انتقال تکنولوژی در ایران را می‌توان از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب نمود [۴۱]. بر اساس اصل آزادی قراردادها، طرفین در انتخاب طرف قرارداد، موضوع قرارداد و شروط آن و همچنین خاتمه آن تا زمانی که مخالف صریح قانون نباشد، آزاد هستند. برخلاف حقوق چین، در ایران غیر از استناد به عموماً حقوق قراردادها و توجه به قوانین بالادستی از جمله قوانین برنامه توسعه و قانون احکام دائمی توسعه، در مورد الزامات این نوع قراردادها شرح و تفصیلی وجود ندارد. البته به موجب «نظام‌نامه پیوست فناوری و توسعه توانمندی‌های داخلی در قراردادهای بین‌المللی و طرح‌های مهم ملی» که در سال ۱۳۹۵ با هدف انتقال و بومی‌سازی فناوری توسط ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی تصویب شد، مقرر گردید که دستگاه‌های اجرایی

موضوع این ماده (شامل دستگاه‌های اجرایی مسئول در انرژی (نفت، گاز و برق)، آب، الکترونیک، پتروشیمی، ماشین‌آلات و تجهیزات صنعتی، حمل و نقل (جاده‌ای و خودرو، ریلی، دریایی و هوایی)، سلامت (دارو، تجهیزات پزشکی)، ارتباطات و فناوری اطلاعات، فضایی (ماهواره)، معدن (صنایع معدنی و مواد اولیه پیشرفته)، کشاورزی (مواد غذایی استراتژیک) و ارتقاء بهره‌وری موارد زیر را حسب شرایط طرح / پروژه مفاد قراردادهای موضوع این نظام‌نامه منظور دارند (ماده ۲)؛

- واگذاری انجام کار به شرکت‌های ایرانی با همکاری بین شرکت‌های ایرانی و خارجی (انتقال دانش طراحی و مدیریت طرح / محصول).

- حداکثر به‌کارگیری منابع انسانی متخصص ایرانی در اجرای طرح و ارتقاء دانش تخصصی و مهارت نیروی انسانی.

- انتقال فناوری به شرکت‌های داخلی و حداکثر تأمین مواد مورد نیاز پروژه و اجرای آنها از داخل کشور.

- انتقال فناوری تعمیر، نگهداری و بهره‌برداری.

- صادرات محور بودن همکاری شرکت مجری داخلی و خارجی و ورود شرکت‌های ایرانی به زنجیره تأمین بین‌المللی شرکت‌های خارجی.

- مشارکت در فعالیت‌های توسعه کارآفرینی دانش‌بنیان - تحقیق و توسعه مشترک با مراکز علمی، پژوهشی دارای مجوز و شرکت‌های دانش‌بنیان داخلی.

بر اساس ماده ۴ این نظام‌نامه، «پیوست فناوری قرارداد، جزء لاینفک قرارداد محسوب می‌شود و دستگاه‌های اجرایی موظفند این پیوست را در کلیه طرح‌ها / پروژه‌های ماده (۲) این نظام‌نامه تهیه و همراه با سایر مستندات فنی و اقتصادی طرح / پروژه به نهادهای تصویب‌کننده ارائه نمایند. بالاترین مقام دستگاه اجرایی موظف به نظارت بر حسن اجرای پیوست مزبور برای هر یک از قراردادهای موضوع ماده (۲) این نظام‌نامه می‌باشد».

## ۵. نتیجه و توصیه‌های سیاستی

- ۱- قرارداد مشارکت به عنوان قرارداد محوری در فرایند سرمایه‌گذاری مشترک، به‌ویژه در مورد جوینت ونچرهای قراردادی، پای حقوق قراردادهای کشور سرمایه‌پذیر (در جوینت ونچرهای بین‌المللی) را به میان باز می‌کند. از آنجا که مبنای سرمایه‌گذاری مشترک یک قرارداد است، در حقوق ایران برای تحلیل آن باید علاوه بر مباحث قابل اعمال قانون مدنی در باب شرکت، عمومات مربوط به حقوق قراردادهای در این قانون را نیز مدنظر قرار داد. به عنوان مثال ماده ۱۰ قانون مدنی آزادی طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک در خصوص پیش‌بینی هر نوع شرطی راجع به اداره جوینت ونچر را، مشروط به عدم مخالفت صریح با قانون (قانون اساسی، قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، قانون مدنی و دیگر قوانین مربوطه) به رسمیت شناخته است. همچنین نباید مفاد ماده ۱۹۰ قانون مدنی در خصوص شرایط صحت معامله را از نظر دور داشت. علاوه بر مواد عمومی فوق، قانون مدنی در فصل هشتم از باب سوم با عنوان «در عقود معینه مختلف» در مواد ۵۷۱ الی ۶۰۶ به عقد شرکت و احکام مربوط به آن پرداخته است.
- ۲- برخلاف جوینت ونچر قراردادی که مبنای روابط شرکا صرفاً قرارداد بین آنهاست، در جوینت ونچر شرکتی افزون بر قرارداد، روابط شرکا و حقوق و تعهدات آنها بر مبنای حقوق شرکت‌ها و مقررات آمره مربوط به آن در کشور محل تشکیل شرکت تعیین می‌شود.
- ۳- اصول مهم حاکم بر قراردادهای مشارکت (اعم از قراردادی و شرکتی عبارتند از؛ لزوم مشارکت در تأمین سرمایه، لزوم تقسیم سود و زیان بین شرکا، وکالت متقابل شرکا از یکدیگر و تعهد امانی شرکا در قبال یکدیگر.
- ۴- کشور چین از معدود کشورهایی است که به‌طور خاص نسبت به توافقات جوینت ونچر اقدام به قانون‌گذاری نموده است. در حقوق این کشور جوینت ونچرهای

شرکتی و قراردادی از نظر مسئولیت، ساختار مدیریتی، تعهدات قراردادی، مشارکت در سرمایه، مشارکت در سود و نسبت‌های سهام و بازگشت سرمایه با یکدیگر تفاوت دارند.

در کشور چین علاوه بر قوانین متعدد راجع به حمایت از انواع حقوق مالکیت فکری و تعهدات پذیرفته شده در مجامع جهانی مانند سازمان تجارت جهانی و سازمان جهانی حقوق مالکیت فکری، در حقوق قراردادهای این کشور نیز به قراردادهای انتقال فناوری پرداخته شده است. همچنین، در مقابل تجاوز به حقوق مالکیت فکری علاوه بر ضمانت اجرای مدنی و کیفری، ضمانت اجرای اداری نیز پیش‌بینی شده است که بر اساس «آیین‌نامه حمایت گمرک از حقوق مالکیت فکری»، این امر به اداره گمرک چین سپرده شده است. با توجه به اهمیت حمایت از حقوق مالکیت فکری در جذب سرمایه از طریق قراردادهای مشارکت، لازم است در نظام حقوقی ما نیز به منظور کاهش تشریفات قضایی و سرعت بخشیدن به روند رسیدگی به اختلافات مرتبط با حقوق مالکیت فکری، مراجع اداری برای حل و فصل اختلافات ناشی از حقوق مالکیت فکری پیش‌بینی شود. همچنین پذیرش اسناد بین‌المللی و الحاق به کنوانسیون‌های مربوط برای استانداردسازی با معیارهای جهانی قوانین حقوق مالکیت فکری لازم است.

علی‌رغم اینکه نظام حقوقی ایران قانون خاصی تحت عنوان سرمایه‌گذاری مشترک ندارد ولی مقررات عامی در قانون مدنی و تجارت وجود دارد که در این خصوص قابل استناد می‌باشد. ولی بسیار قابل اهمیت است که کشوری که درصدد جذب سرمایه خارجی است در این خصوص دارای قانون خاص باشد.

با توجه به اینکه کشور چین در وضع قوانین خاص سرمایه‌گذاری مشترک اقدام نموده است تجارب اجرایی و عملی آن کشور خصوصاً در مباحث مربوط به روابط شرکا، مدیریت شرکت، انتقال فناوری، حقوق مالکیت فکری،

تقسیم سود و زیان و موضوعات دیگری می‌تواند مورد استفاده قرار بگیرد.

موضوع انتقال اصل سرمایه و منافع حاصل از آن موضوع قابل توجه و مهمی است که قانون چین در این خصوص از انعطاف لازم برخوردار بوده و موجبات تشویق جذب سرمایه‌گذار خارجی را فراهم می‌آورد در حالی که این مهم در کشور ما به استناد ماده ۱۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی منوط به شرایطی شده است که نسبتاً سخت‌گیرانه‌تر می‌باشد.

قراردادهای انتقال تکنولوژی در ایران را می‌توان از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب نمود. براساس اصل آزادی قراردادهای طرفین در انتخاب طرف قرارداد، موضوع قرارداد و شروط آن و همچنین خاتمه آن تا زمانی که مخالف صریح قانون نباشد، آزاد هستند. برخلاف حقوق چین، در ایران غیر از استناد به عموماً حقوق قراردادهای و توجه به قوانین بالادستی از جمله قوانین برنامه توسعه و قانون احکام دائمی توسعه، در مورد الزامات این نوع قراردادهای شرح و تفصیلی وجود ندارد. البته به موجب «نظام‌نامه پیوست فناوری و توسعه توانمندی‌های داخلی در قراردادهای بین‌المللی و طرح‌های مهم ملی» که در سال ۱۳۹۵ با هدف انتقال و بومی‌سازی فناوری توسط ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی تصویب شد، مقرر گردید که دستگاه‌های اجرایی موضوع این ماده (شامل دستگاه‌های اجرایی مسئول در انرژی (نفت، گاز و برق)، آب، الکترونیک، پتروشیمی، ماشین‌آلات و تجهیزات صنعتی، حمل و نقل (جاده‌ای و خودرو، ریلی، دریایی و هوایی)، سلامت (دارو، تجهیزات پزشکی)، ارتباطات و فناوری اطلاعات، فضایی (ماهواره)، معدن (صنایع معدنی و مواد اولیه پیشرفته)، کشاورزی (مواد غذایی استراتژیک) و ارتقاء بهره‌وری) موارد زیر را حسب شرایط طرح / پروژه مفاد قراردادهای موضوع این نظام‌نامه منظور دارند.

از منظر قوانین ضدانحصار، شروط عدم رقابت در

قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک در چین به موجب رژیم کنترل ادغام یا ماده ۱۳ قانون ضدانحصار در رابطه با قراردادهای انحصاری افقی مورد بازبینی قرار گیرد. از نظر کنترل ادغام، چنانچه معامله سرمایه‌گذاری مشترک از آستانه اعلامیه ضدتراست قانون ضدانحصار فراتر رود، گنجانیدن یک شرط عدم رقابت در قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک منوط به بازبینی وزارت تجارت چین است. در حقوق ایران اگرچه این مورد در قانون تجارت منعکس گردیده است اما فقط نسبت به سرمایه‌گذاری شرکتی مجری بوده و باید در سرمایه‌گذاری مشترک قراردادی نیز مورد توجه قرار گیرد.

### پی‌نوشت

1. Joint venture.
۲. باستانی، ۵۵.
۳. حکیمیان، ۳۵.
4. foreign direct investment (FDI).
5. Capital market.
6. Portfolio investment.
7. Foreign indirect investment.
۸. شیروی، ۴۴۰.
۹. مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ مجلس شورای اسلامی.
10. Legal entity.
11. partnership.
12. Association.
13. Black; 839.
14. Partnership/ cooperative/ contractual joint venture.
15. M. sornarajah, 117.
16. Equity joint venture.
۱۷. قربانی زلیخائی، ۱۱-۱۳.
۱۸. حکیمیان، ۱۳۸۴.
۱۹. باستانی، ۱۳۹۰.
۲۰. عیسائی تفرشی، ۱۳۹۳.
۲۱. پاکدامن، ۱۳۸۳.
۲۲. علومی یزدی، ۱۳۹۲.

۲۳. کاتوزیان، ۱۳۸۵.
۲۴. امامی، ۱۳۷.
۲۵. CJV.
۲۶. Chien, 102-104.
۲۷. حاتمی و کریمیان، ۳۹۷، ۳۹۵.
۲۸. در نفوذ شرطی که سهم زیادتری از سود را برای یکی از شرکا مقرر می‌دارد بدون این که در برابر عملی باشد، اختلاف وجود دارد و نفوذ آن بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی ترجیح دارد. کاتوزیان، ناصر، همان، ش ۲۱.
۲۹. Mutual agency.
۳۰. مصوب بهمن ماه ۱۳۹۵ مجلس شورای اسلامی.
۳۱. به نظر ما شیوه نگارش متن این ماده دارای ایرادات اساسی است، به گونه‌ای که نه قالب حقوقی «گروه اقتصادی با منافع مشترک»، آنگونه که در حقوق فرانسه وجود دارد، از آن قابل برداشت است، نه مقررات مشارکت مدنی را به درستی بیان نموده است! که در این تحقیق مجال پرداختن به آن فراهم نیست.
۳۲. EJV's.
۳۳. Li, 135-137.
۳۴. CJV's.
۳۵. Fiduciary Relationship.
۳۶. fiduciary.
۳۷. Sanga, 3.
۳۸. رهبری و کاظمی آهویی، ۱۳۴-۱۲۸.
۳۹. Confidentiality Agreement.
۴۰. Hewitt, 23.
۴۱. آریان‌کیا و معدولیت، ۴۴.
۴۲. PRC Anti-monopoly Law.
۴۳. Cheng, 2013.
۴۴. EJV.
۴۵. A. Geltt, 187-188.
۴۶. Io Lo, 98.
۴۷. اخلاقی، ۱۳۷۹.
- سرمايه‌گذاري خارجي»، فصلنامه علمی-پژوهشی مدرس، شماره ۱۷، ص ۱۸.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۶)، «حقوق مدنی»، ج ۲، کتابفروشی اسلامیة، ج ۴.
- باستانی، علیرضا (۱۳۹۰)، «آثار اقتصادی و بسترهای قانون برای تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک (جوینت ونچر)»، ماهنامه بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، ش ۹ و ۱۰.
- پاکدامن، رضا (۱۳۸۳)، «راهنمای تنظیم قراردادهای بین‌المللی سرمايه‌گذاري مشترک صنعتی». مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- تضمین سرمايه‌گذاري خارجي در ایران (مطالعه تطبیقی)، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان (۱۳۹۳)، «حقوق سرمايه‌گذاري خارجي در پرتو قانون و قراردادهای سرمايه‌گذاري»، انتشارات تيسا، چاپ اول.
- حکیمیان، علی محمد (۱۳۸۴)، «بررسی ماهیت و ساختار جوینت ونچر»، مجله حوزه و دانشگاه، سال یازدهم، ش ۴۴.
- رهبری، ابراهیم و نجمه کاظمی آهویی (۱۳۹۱)، «تحلیل کارکرد توافق عدم رقابت در روابط تجاری»، مجله علمی-پژوهشی حقوق خصوصی، دوره نهم، ش اول، صص ۱۲۷-۱۵۶.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ چهارم.
- علوم‌ی‌یزدی، حمیدرضا (۱۳۹۲)، «چالش‌های حقوقی تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک». پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم.
- عیسائی تفرشی، محمد و حمید کبیری شاه‌آباد (۱۳۹۳)، «تحلیل حقوقی ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه: شرایط تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک». پژوهش‌های حقوق تطبیقی. دوره ۱۸. شماره ۲.
- فرزانی زلیخائی، مجید (۱۳۹۶)، «وضعیت حقوقی شرکا در قراردادهای جوینت ونچر»، نشر جنگل، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر، «عقود معین»، ج ۲.
- A. Geltt, Timothy; China's New Cooperative Joint Venture Law, Syracuse Journal of International Law and Commerce, vol. 15, No.2 1989.
- Black, Henry Campbell; Black Law Dictionary, sixth edition 1990.
- Cheng, Liu; Non-compete clauses in JV contracts An analysis from the perspective of the PRC Anti-monopoly Law, Available at <https://www.chinalawinsight.com/2013/08/articles/corporate/non-compete-clauses-in-jv-contracts-an-analysis-from-the-perspective-of-the-prc-anti-monopoly-law/>.

## منابع

آریان‌کیا، رضا و احسان معدولیت (۱۳۹۴)، «نظام حقوقی قراردادهای مشارکت (جوینت ونچر) در عرصه صنعت و تجارت داخلی و بین‌المللی»، نشر میزان.

اخلاقی، بهروز و حسین بیابانگرد (۱۳۷۹)، «انتقال فناوری و جایگاه آن در

- Li, Shoushuang; *The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China*, Springer, 2007.
- M. Sornarajah; *The International Law on Foreign Investment*, CAMBRIDGE University Press, Third edition 2010.
- Regulations for Implementation of the Law on Sino-foreign Cooperative Enterprises.
- Regulations for the Implementation of the Law of the PRC on JVs using Chinese and Foreign Investment.
- Regulations of the People's Republic of China on Customs Protection of Intellectual Property Rights.
- Sanga, Sarath; *The Contract Frontier: A Study of the Modern Joint Venture*, Article in SSRN Electronic Journal • January 2015.
- The Contract Law of the People's Republic of China, adopted at the 2nd Session of the National People's Congress on 15 March 1999.
- Chien Chen, Jui; *The Reform of the Corporate Duty of Care in China -- From the Introspection of Delaware and Taiwan*, Maurer School of Law: Indiana University, 2015.
- Devonshire.chris, Scott. Andy; 'Setting Up Joint Ventures in China', third edition, Published by Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Asia Briefing Ltd. 2008.
- Hewitt, Ian; *Joint Ventures*, Sweet & Maxwell, Second Edition 2001.
- Io Lo, Vai & Tian Xiaowen; *Law for Foreign Business and Investment in China*, first published by Routledge 2009.
- Law of the People's Republic of China on Sino-foreign Cooperative Enterprises.
- Law of the People's Republic of China on Sino-foreign Equity JVs.