

# توافقات محل رقابت

کارگروه رقابت و تنظیم‌گری اندیشکده حکمرانی شریف

محمدصادق فراهانی



**اندیشکده حکمرانی شریف**

پژوهشکده سیاست‌گذاری شریف

دانشگاه صنعتی شریف

## فهرست

|                                                            |    |
|------------------------------------------------------------|----|
| مقدمه.....                                                 | ۵  |
| ۱. مفهوم‌شناسی توافقات ضدرقابتی.....                       | ۶  |
| ۱-۱. تعریف.....                                            | ۶  |
| ۲-۱. عناصر تشکیل دهنده.....                                | ۶  |
| ۱-۲-۱. وجود توافق، تصمیم یا عمل هماهنگ.....                | ۶  |
| ۱-۱-۲-۱. توافق.....                                        | ۶  |
| ۲-۱-۲-۱. تصمیم.....                                        | ۱۲ |
| ۳-۱-۲-۱. اعمال هماهنگ.....                                 | ۱۳ |
| ۲-۲-۱. وجود دو یا چند فعال تجاری.....                      | ۱۷ |
| ۳-۲-۱. داشتن موضوع یا اثر ضدرقابتی.....                    | ۲۰ |
| ۴-۲-۱. داشتن تأثیر محسوس.....                              | ۲۲ |
| ۲. معافیت‌های توافقات ضدرقابتی.....                        | ۲۳ |
| ۱-۲. معافیت کلی.....                                       | ۲۳ |
| ۲-۲. معافیت اختصاصی.....                                   | ۲۶ |
| ۱-۲-۲. ارتقای شرایط فنی و اقتصادی تولید.....               | ۲۷ |
| ۱-۱-۲-۲. منافع و مزایای مرتبط با هزینه.....                | ۲۸ |
| ۲-۱-۲-۲. منافع و مزایای مرتبط با کیفیت.....                | ۲۸ |
| ۲-۲-۲. اختصاص سهم عادلانه از منافع حاصل به مصرف‌کننده..... | ۲۹ |
| ۳-۲-۲. ضروری بودن محدودیت‌ها.....                          | ۲۹ |
| ۴-۲-۲. عدم حذف رقابت به شکل اساسی به واسطه توافق.....      | ۳۰ |
| ۳. اقسام توافقات منافعی با حقوق رقابت.....                 | ۳۲ |
| ۱-۳. توافقات افقی.....                                     | ۳۲ |
| ۱-۱-۳. تثبیت قیمت.....                                     | ۳۵ |

|    |                                                             |
|----|-------------------------------------------------------------|
| ۳۸ | ۲-۱-۳. تحدید یا کنترل تولید، توسعه فنی یا سرمایه‌گذاری..... |
| ۴۰ | ۳-۱-۳. تقسیم بازار و مصرف‌کنندگان.....                      |
| ۴۲ | ۴-۱-۳. تمرکز تجاری.....                                     |
| ۴۳ | ۱-۴-۱-۳. ادغام.....                                         |
| ۴۵ | ۲-۴-۱-۳. تحصیل ملکیت.....                                   |
| ۴۶ | ۳-۴-۱-۳. سرمایه‌گذاری مشترک.....                            |
| ۴۷ | ۱-۳-۴-۱-۳. مشارکت کامل.....                                 |
| ۵۱ | ۲-۳-۴-۱-۳. مشارکت ناقص.....                                 |
| ۵۳ | ۵-۱-۳. توافقات خرید و فروش مشترک.....                       |
| ۵۳ | ۱-۵-۱-۳. توافقات مربوط به خرید مشترک.....                   |
| ۵۴ | ۲-۵-۱-۳. توافقات مربوط به فروش مشترک.....                   |
| ۵۶ | ۶-۱-۳. تبادل اطلاعات.....                                   |
| ۵۸ | ۲-۳. توافقات مخل رقابت عمودی.....                           |
| ۶۰ | ۱-۲-۳. تعیین حداقل قیمت فروش.....                           |
| ۶۵ | ۲-۲-۳. معاملات انحصاری.....                                 |
| ۶۵ | ۱-۲-۲-۳. توافق خرید انحصاری.....                            |
| ۶۷ | ۲-۲-۲-۳. توافق عرضه انحصاری.....                            |
| ۶۸ | ۳-۲-۳. محدودیت در توزیع.....                                |
| ۷۰ | ۱-۳-۲-۳. مصادیق توافقات محدود کننده توزیع.....              |
| ۷۰ | ۱-۱-۳-۲-۳. محدودیت‌های منطقه‌ای.....                        |
| ۷۰ | ۲-۱-۳-۲-۳. عدم رقابت.....                                   |
| ۷۱ | ۳-۱-۳-۲-۳. توزیع انتخابی.....                               |
| ۷۲ | ۲-۳-۲-۳. معیارهای لازم برای صحت توافقات توزیع انتخابی.....  |
| ۷۲ | ۱-۲-۳-۲-۳. اقتضای ماهیت محصول.....                          |

۲-۲-۳-۲-۳. اعمال معیارهای کیفی یکسان..... ۷۲

۲-۲-۳-۲-۳. اعمال محدودیت به میزان ضرورت..... ۷۳

۲-۲-۴. تبعیض در قیمت..... ۷۳

حقوق رقابت مجموعه ضوابط و مقررات ناظر بر فعالیت های تجاری، بر پایه تئوری بازار آزاد و در راستای ایجاد رقابت و رفع انحصار از بازار است. یکی از مهمترین مباحث حقوق رقابت بیان مصادیق توافقات ضدرقابتی است که از سوی فعالان اقتصادی صورت می گیرد. ممکن است تجار در راستای افزایش قدرت اقتصادی خود و به دست آوردن انحصار، سازوکاری ایجاد کنند که نتیجه نهایی آن برهم خوردن ضوابط رقابتی بازار باشد. این توافقات از نظر رابطه ی طرفین توافق به دو نوع افقی و عمودی تقسیم می شود؛ در توافقات افقی، طرفین از موقعیت نسبتاً یکسانی برخوردار هستند و بطور بالفعل یا بالقوه رقیب یکدیگر تلقی می شوند. در حالی که در توافقات عمودی، وضعیت طرفین در فرآیند تولید یکسان نیست و هر یک در مراحل مختلف تولید و توزیع فعالیت دارند.

بر همین اساس اگر توافق ضدرقابتی بین دو تولیدکننده یا عرضه کننده منعقد شود، توافق افقی قلمداد می شود و اگر یکی از طرفین توافق تولیدکننده باشد و دیگری عرضه کننده، توافق عمودی خواهد بود. بر این اساس موضوع نوشتار حاضر بررسی توافقات افقی و عمودی، عناصر تشکیل دهنده ی آنها و شرایط ضدرقابتی تلقی شدن و ممنوعیت آنها خواهد بود.

## ۱. مفهوم‌شناسی توافقات ضد رقابتی

### ۱-۱. تعریف

رقابت عبارت است از وضعیتی در بازار که در آن فعالان تجاری به شکل مستقل برای جذب و حفظ مشتری تلاش می‌کنند تا از این طریق سود ناشی از فروش یا افزایش سهم از بازار را ارتقا دهند. در چنین وضعیتی بنگاه‌ها می‌توانند آزادانه به آن بازار ورود یا از آن خارج شوند و محدودیتی در این خصوص وجود ندارد. مبانی حقوق رقابت بر این عقیده استوار است که حفظ رفاه اقتصادی جامعه در گرو حفظ رقابت آزاد تجاری است؛ بنابراین حقوق رقابت به عنوان مجموعه ضوابطی برای حفظ آن تدوین شده است، اما از آنجا که در اغلب موارد میان منافع شخصی و عمومی تلازمی دیده نمی‌شود، ممکن است فعالان تجاری برای کسب منافع بیشتر به تبانی یا محدودسازی رقابت، اقدام نمایند که نتیجه آن نهایتاً متضرر شدن مصرف‌کننده است. این رفتارها در صورتی که تحت عنوان توافق صورت پذیرد مغایر ضوابط حقوق رقابت می‌باشند. بر همین اساس توافقات ضد رقابتی عبارت است از کلیه توافقات بین فعالان تجاری که به واسطه اثر یا موضوع با قواعد رقابتی و ساختار بازار آزاد ناسازگار بوده و منجر به محدودسازی رقابت می‌گردد.<sup>۱</sup>

### ۱-۲. عناصر تشکیل‌دهنده

#### ۱-۲-۱. وجود توافق، تصمیم یا عمل هماهنگ

##### ۱-۲-۱-۱. توافق

رفتارهای ضد رقابتی می‌تواند مصادیق متفاوتی داشته باشد. توافق<sup>۲</sup> در نوشته‌های حقوقی مفهومی رایج است. می‌توان گفت توافق در حقوق رقابت مانند سایر رشته‌های حقوقی انواع تعهدات قراردادی را در بر می‌گیرد که مکتوب یا شفاهی بودن و رسمی و غیررسمی بودن در شمول قواعد رقابت بر آن بی‌تأثیر است. بنابراین هر رابطه طرفینی که جوهر آن را اراده طرفین تشکیل می‌دهد و در آن شاهد تقابل اراده‌ها<sup>۳</sup> هستیم باید توافق دانسته شود. دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در این مورد بیان کرده است «حداقل لازم برای اینکه توافقی حاصل شود آن است که اظهاری مبتنی بر قصد طرفین در انجام عملی خاص در بازار صورت بگیرد که موضوع یا اثر آن انحراف یا محدودیت عملیات رقابتی باشد».<sup>۴</sup>

---

1. Alison Jones and Brenda Sufrin, **EC Competition Law**, Oxford, 2016, p. 101; Lennart Ritter and W.David Braun, **European Competition Law**, Kluwer Law International, 2007, p. 95.

2. Agreement

3. Meeting of Minds

4. Lennart Ritter and W.David Braun, **Ibid**, p. 99.

این نظر مبین آن است که مطلق تفاهم بین فعالان تجاری در صورتی که ضدرقابتی تلقی شود، مشمول احکام مربوط به توافقات ضدرقابتی است ولو آنکه این موافقت به شکل حقوقی در نیامده باشد.<sup>۱</sup>

شاید بتوان به تعبیر دقیق‌تر این معنا را با استفاده از تئوری تفکیک بین توافق (agreement) و عقد (contract) تبیین نمود. بدین توضیح که توافق مفهومی اعم از عقد است. هر عقدی بر پایه اتفاق نظر و تفاهم مشترک طرفین به وجود می‌آید در حالی که هر توافقی عقد یا قرارداد به مفهوم حقوقی نیست. در حقیقت هر اتفاق نظر در صورتی که قالبی حقوقی به خود بگیرد و با شرایط مندرج در قانون ابراز شود به عقد می‌انجامد.<sup>۲</sup> می‌توان این مفهوم را در قالب تراضی در ادبیات حقوقی ایران نیز معرفی نمود. یکی از حقوقدانان در تعریف تراضی بیان می‌کند: «تراضی توافق متقابل را گویند. در نظر عده‌ای از فقها تراضی اعم از عقد است... گاهی به جای تراضی عنوان مراضات استعمال می‌شود (ماده ۵۰۱ قانون مدنی)... شگفت آنکه در نصوص قوانین اسلامی شارع در موارد عدیده به صرف تراضی تکیه کرده و آن را منشأ اثر شمرده است و توجهی به الفاظ و صیغ نکرده است.»<sup>۳</sup>

بنابراین مشخص می‌شود گستره وسیعی در مورد اعمال قواعد رقابت مد نظر واضعین آن بوده است. علت این امر، این نکته مبنایی و به غایت مهم است که حفظ رقابت تجاری چنان اهمیتی برای قانونگذاران داشته است که هر نوع رفتار و عملی که احتمال ایجاد اختلال در آن را داشته نیز بی اعتبار اعلام نموده‌اند.

برای شمول ممنوعیت، وجود هیچ نوع ضمانت اجرای حقوقی بین طرفین لازم نیست. توافقات شفاهی و ضمنی و حتی مصالحه و سازش‌هایی که در دادگاه تأیید شده است، نیز می‌توانند از موضوعات حقوق رقابت واقع شوند. همچنین قبول ضمنی طرف مقابل به انجام مشارکت نیز توافق در این معنا را شکل می‌دهد، مگر اینکه به صراحت تأکید شود مشارکت فوق به کلی متمایز از خواست طرف مقابل است. به علاوه توافقات شرافتی (Gentleman's Agreement) نیز می‌توانند مصداق توافق ضدرقابتی واقع گردند. این نوع توافقات از

---

۱. صادقی، طوبی، «اصول حاکم بر حقوق رقابت تجاری»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲۴، ص ۱۱.  
۲. سنهوری، احمد عبدالرزاق، حقوق تعهدات: منابع تعهد، ترجمه محمدحسین دانش‌کیا و مهدی دادم‌مرزی، قم، انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۵۱؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۵؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص ۳۶.  
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، واژه ۱۱۸۶، ص ۱۳۶. (به منظور آشنایی تفصیلی با اوصاف و عناصر تراضی رجوع شود به همو، فلسفه حقوق مدنی، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۴۶.)

نظر حقوقی الزام آور نبوده و در دادگاه لازم الاجرا تلقی نمی شود و تنها وجدان و شرافت و عقاید درونی فرد ضمانت اجرای تعهد است و نه قانون.<sup>۱</sup>

سؤال بسیار مهمی که در این مورد می توان مطرح نمود این است که وابستگی اقتصادی یکی از طرفین به دیگری و قدرت اقتصادی طرف مقابل در بسیاری از موارد شرایطی را به وجود می آورد که طرف ضعیف مجبور به پذیرش قرارداد می گردد به نوعی که می توان گفت توافق به او تحمیل شده است؛ چرا که پذیرش و قبول تعهد از جانب او با رضایت باطنی او صورت پذیرفته است. آیا در چنین مواردی رفتار انجام شده را می توان مصداق توافق و اتفاق نظر بین فعالان تجاری دانست یا خیر؟

پاسخ به این سؤال را باید در قواعد عمومی قراردادها جست. اما به اجمال می توان گفت نفس عدم رضایت خاطر منجر به فقدان تراضی و در نتیجه قرارداد نمی شود. توافقات و قراردادها در بسیاری از موارد ناشی از اضطرار و نیاز طرفین صورت می گیرد و افراد برای رفع نیاز خود اقدام به انعقاد آنها می کنند. اگر چه اثر این نیازها بر فرد قابل انکار نیست ولی در نفوذ و اعتبار اراده مؤثر نبوده و آن را بی اعتبار نمی کند. بنابراین در چنین مواردی هم توافق محقق می گردد و تنها در صورتی که طبق ضوابط حقوقی اکراه یا عیوب تراضی حاصل شود و یا معلوم شود قصد مفقود بوده است، می توان قواعد حقوق رقابت را اجرا نمود. البته مسلماً رفتار طرف دیگر به عنوان سوء استفاده از موقعیت مسلط قابل پیگیری است، اما همان گونه که گفته شد توافقات ضد رقابتی منوط به وجود اتفاق نظر بین طرفین است، اتفاق نظری که الزاماً منطبق با مفهوم رضایت خاطر عرفی نیست.<sup>۲</sup>

بر همین اساس ممکن است شرکتی از نظر قواعد رقابت به انجام رفتار ضد رقابتی توافق کرده باشد ولو اینکه سند تعهد را به قصد انکار و عدم اجرای آن در آینده پذیرفته باشد و تحت شرایط و اوضاع و احوال به نحوی غیر از اکراه به پذیرش توافق وادار شده باشد. البته در اتحادیه اروپا نسبت به شرکت هایی که ناشی از غفلت و اضطرار در توافقات ضد رقابتی مشارکت داشته اند، مسامحه می شود و در بسیاری موارد، چنین شرکت هایی با جریمه های نقدی مواجه نمی شوند، مگر اینکه مشارکت شرکت در توافق محدودکننده رقابت، فعالانه بوده باشد.<sup>۳</sup>

---

1. Lennart Ritter and W.David Braun, *Ibid*, p. 102; Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ibid*, p. 129.

2. کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۲۶ و ۴۹۵.

3. Polypropylene – Hercules case CFI 17. Nov. 1991: Lennart Ritter and W.David Braun, *Ibid*, p. 101.



همچنین رفتارهای مبتنی بر ساختار منظم و سازماندهی شده می‌تواند نشان از وجود اتفاق نظر و توافق باشد. به عنوان نمونه ملاقات‌های منظم بین فعالان تجاری که به موجب آن اطلاعات محرمانه در رابطه با قیمت محصولات مبادله می‌شود، حتی اگر تعهداتی که در این جلسات مطرح می‌شود صراحتاً منجر به نتیجه نشود، می‌تواند این اثر را بر رفتار فعالان داشته باشد که در راستای تحقق طرح‌های مورد بحث اقدام کنند و از این طریق رقابت بین خود را کاهش دهند. مگر اینکه طرفین به شکل صریح و رسمی خود را از نتایج این جلسات مبرا کنند.<sup>۱</sup> همچنین نوع دیگر از توافق در جایی است که یکی از طرفین انتظاراتش در رابطه با انجام عملی خاص را به طرف دیگر اعلام کند و طرف دیگر مسئولیت قصور در انجام آنها را بپذیرد.<sup>۲</sup>

ضرورتی ندارد اتفاق نظر از طریق تقابل میان خود طرفین حاصل شود، بلکه ممکن است به واسطه شخص ثالث میان فعالان تجاری، توافق در مورد انجام رفتاری خاص در بازار صورت پذیرد. در این موارد هم قواعد رقابت حاکم بر توافق می‌باشند.<sup>۳</sup>

انواع مختلف توافق، مشمول قواعد رقابت قرار می‌گیرند. یکی از این نوع توافقات «توافقات مجموعی» است.<sup>۴</sup> در این نوع از توافقات، مجموعه‌ای از قراردادهای برای دوره زمانی معینی وضع می‌شوند. مانند پرونده Polypropylene که در آن کارتل در زمینه صنعت پتروشیمی برای سالیان طولانی به فعالیت خود ادامه داده بود. کمیسیون اروپایی چنین رأی داد که ۱۵ عضو تشکیل‌دهنده کارتل با انعقاد توافقی ساختاری، ضوابط مربوط به تثبیت قیمت و میزان فروش در حقوق رقابت را نقض کرده‌اند. به عقیده کمیسیون، کارتل فوق مشمول عنوان توافق مستمر بوده که بند ۱ ماده ۸۱ معاهده اتحادیه اروپا آن را ممنوع اعلام نموده است. برخی از شرکت‌های عضو کارتل چنین ادعا کردند که به علت عدم مشارکت در تمام جوانب توافق، مسئولیتی ندارند اما دادگاه بدوی با تأیید موضع کمیسیون بیان کرد این صلاحیت برای کمیسیون وجود دارد که مجموعه‌ای از توافقات را توافق واحد تلقی نماید و همین امر کافی است که طرفین قصد مشترک بر انجام رفتار معین در بازار داشته باشند. امری که در پرونده فوق وجود داشت.

---

1 . Greek Ferries case CFI 11. Dec. 2003.

2 . AEG/ Telefun ken case ECJ 25. Oct. 1983.

3 . Polypropylene – Rhone opulence - CFI 24, Oct, 1991.

4 . «Complex Arrangments» را نباید با «قراردادهای جمعی» یکی پنداشت. در نوع اخیر، گروهی از افراد بدون اینکه رضایتشان لازم باشد، پایبند و ملتزم می‌شوند. مانند آنچه در مورد تصمیم مدیران یا اکثریت اعضای شرکت‌های تجاری اتفاق می‌افتد و منجر به التزام سایر اعضا می‌گردد. (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۰۳).

در برخی موارد این امکان وجود دارد که یکی از طرفین اقدام به انجام رفتارهای یک‌جانبه<sup>۱</sup> نماید. وضعیت این نوع رفتارهای یک‌جانبه و نسبت آنها با توافق نیز در حقوق رقابت مورد بحث قرار گرفته است. یکی از این مباحث، ضرورت تفکیک رفتارهای ظاهراً یک‌جانبه - یعنی با موافقت صریح یا ضمنی طرف دیگر- از رفتارهای حقیقتاً یک‌جانبه - یعنی رفتارهایی که طرف مقابل هیچ مشارکتی در آن نداشته است- می‌باشد.

به عنوان نمونه توافق بین عرضه‌کننده و فروشنده را مثال می‌زنیم که در آن عرضه‌کننده به شکل یک‌جانبه بیان می‌کند با دلالاتی که قیمت تعیین شده از طرف او را رعایت نکنند یا اقدام به فروش محصولات خارج از منطقه معین شده نکنند، معامله نمی‌کند. قیودی که در صورت شمول عنوان توافق بر آنها، بی‌شک مشمول ممنوعیت توافقات ضدرقابتی می‌گردند. حال اگر دلالات بدانند در صورتی که شرایط پیش‌گفته را رعایت نکنند، عرضه‌کننده معامله با آنها را متوقف می‌کند و به همین علت به شرایط مورد نظر عرضه‌کننده عمل نمایند، آیا در مورد شرایط مذکور توافقی حاصل شده است؟ آیا تداوم معامله دلالات با عرضه‌کننده می‌تواند نشان از پذیرش ضمنی آنها باشد؟

شاید بتوان مبتنی بر اصول کلی قراردادها، توافق را در این مورد منتفی دانست به ویژه در جایی که عرضه‌کننده به ارائه پیشنهاد پرداخته است و هیچ عکس‌العملی مبتنی بر آن پیشنهادات از جانب دلالات صورت نگرفته است. دیوان عالی آمریکا با توجه به همین مبنا بیان نموده است: «هر عرضه‌کننده‌ای و به طور کلی هر معامله‌گری در انتخاب طرف معامله‌ی خود آزاد است و در جایی که عرضه‌کننده مستقلاً سیاست قیمت‌گذاری خود را اعلام کند و با افرادی که با آن خط‌مشی سازگاری ندارند، معامله نکند عمل او مصداق توافق نیست، بلکه تنها تحت عنوان رفتار یک‌جانبه مورد بررسی قرار می‌گیرد، در حالی که اگر عرضه‌کننده پا فراتر گذارد و اقدامات ایجابی جهت رعایت شدن خط‌مشی مورد نظر خود انجام دهد، رفتار مشترک شکل گرفته است.»<sup>۲</sup>

کمیسیون اروپایی در چنین مواردی به تفسیر موسع مفهوم توافق روی آورده است و بیان نموده رفتار یک‌جانبه در مواردی که قابلیت انتساب به توافق یا رفتار مشترک را داشته باشد، مشمول قواعد مربوط به توافق ضدرقابتی

---

1 . Unilateral Conducts

2 . United States V.S. Colgate & Co (250 us 300, 307, 39, US. Ct 1919.)

است.<sup>۱</sup> در این صورت رضایت طرف معامله به عنوان اراده آزاد و مستقل محسوب نمی‌شود، بلکه تشکیل‌دهنده توافق است.

در پرونده AGE-Tele Funken شرکت AEG به عنوان تولیدکننده و عرضه‌کننده لوازم برقی، عرضه را نسبت به شرکت‌هایی که قیمت مورد نظر آن را رعایت نمی‌کردند، متوقف نمود و دادگاه اتحادیه اروپا امتناع نظام‌مند این شرکت از عرضه را موجب ایجاد توافق دانست. چرا که این روش سبب شده بود طرف‌های معامله برای اینکه جزء شبکه عرضه باشند سیاست قیمت‌گذاری شرکت را بپذیرند. در هر حال، به نظر می‌رسد در اتحادیه اروپا نظریه رایج تحلیل روابط و رفتارهای طرفین مرتبط است؛ چرا که اقدام بر مبنای پیشنهادات طرف مقابل قبول ضمنی تلقی می‌گردد و لو صراحتاً پذیرش روی نداده و حتی الزامی به استمرار آن عمل وجود نداشته باشد.<sup>۲</sup>

در حقیقت پرونده‌های مطرح‌شده در این زمینه نشانگر این نکته است که در اتحادیه اروپا دادگاه اتحادیه و کمیسیون، در اجرای ممنوعیت توافقات ضد رقابتی و زمینه‌های شکل‌گیری رفتار را مد نظر قرار می‌دهند و در ممنوعیت رفتارهای مغایر با حقوق رقابت تردید نمی‌کنند.<sup>۳</sup>

آخرین نکته در مورد توافقات منعقد شده از جانب مستخدمین است. توافق یا هر عمل ضد رقابتی دیگر می‌تواند توسط افراد استخدام شده و در طول دوره استخدامی آنها صورت بگیرد. در برخی نظام‌های حقوقی مانند اتحادیه اروپا و انگلیس، شرکت‌ها به واسطه اعمالی که از سوی کارمندان آنها صورت می‌گیرد، مسئولیت دارند ولو اینکه کارمند مورد نظر مسئولیت یا اختیار انجام عمل مزبور را نداشته باشد. این موقعیت، به ویژه در مواردی اهمیت می‌یابد که افراد استخدام شده با توافقات مبتنی بر توطئه و تبانی قصد اخلال در بازار را داشته باشند. در حقوق اتحادیه اروپا برای چنین اعمالی مجازات‌هایی چون زندان یا جریمه نقدی وجود ندارد، اما در قانون رقابت انگلستان در چنین مواردی امکان به زندان انداختن مدیران شرکت وجود دارد. همین وضع در آمریکا کانادا فرانسه آلمان ایرلند و یونان هم برقرار است.

---

1. Alison Jones and Brenda Sufrin, **Ibid**, p. 135.

2. شکوهی، مجید، حقوق رقابت بازرگانی در اتحادیه اروپا، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱، ص ۱۵.

3. Josephine Steiner & Lorna Woods, **Text Book on EC Law**, Blackstone, 2012, p. 221; P.J.G Kaptenyn and P. Verloren, **Introduction to the law of the European Communities**, Kluwer Law International, 2008, p. 848.

از جمله واژگانی که در قواعد رقابتی همواره در کنار توافقات به گوش می‌رسد، واژه «محدودیت» می‌باشد. اما آیا اساساً در فضای حقوق رقابت تفاوتی جدی در استعمال عبارت توافقات ضد رقابتی و عبارت محدودیت‌های ضد رقابتی وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت، در ادبیات حقوق رقابت اساساً تفاوت چندانی میان واژه توافق (Agreement) و محدودیت (Restraint) وجود ندارد. تا جایی که در این شاخه از حقوق با عناوینی نظیر vertical and horizontal restraints of trade هم مواجه هستیم. همچنین در کتاب Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes فی‌مابین Vertical Restraints و Vertical Agreement قائل نشده است و بعضاً این کلمات را بصورت یکسان و قابل جایگزینی (interchangeable) بکار برده است. اگر به ادبیات حقوق قرارداد های ایران هم مراجعه کنیم می‌بینیم که هر قرارداد یک نوع محدودیت بحساب می‌آید چراکه تعهداتی برای یک طرف و منفعتی برای طرف دیگر لحاظ می‌شود.

ماده ۱ قانون شرمن و رویه قضایی ایالات متحده آمریکا نیز توافقاتی را ضد رقابتی دانسته است که ذاتاً یا به طور متعارف و معقولی موجب محدودیت بر تجارت شوند<sup>۱</sup>.

## ۲-۱-۲. تصمیم

در مورد «تصمیم» بیشتر به این نکته پرداخته می‌شود که آیا تصمیمات اتحادیه‌ها و انجمن‌های تجاری نیز مشمول قواعد حقوق رقابت می‌باشند یا خیر؟ این انجمن‌ها امکان تبادل نظر در مورد مسائل مشترک را به فعالان تجاری عضو می‌دهند. البته مفهوم اتحادیه تنها اتحادیه‌های تجاری را در بر نمی‌گیرد بلکه مواردی چون انجمن‌های کشاورزی و حتی مراکز دولتی تأمین‌کننده منافع اعضا را نیز شامل می‌شود. همچنان که انجمن‌های حرفه‌ای و تخصصی نیز مصادیق اتحادیه هستند.<sup>۲</sup> مسلماً عضویت در اتحادیه‌ها می‌تواند در ارتقای شرایط رقابت در بازار موثر باشد اما در هر حال، فعالیت در اتحادیه‌ها به ویژه اتحادیه‌های تجاری می‌تواند تلاشی برای حصول اتفاق نظر نیز تلقی گردد. بر همین اساس، تصمیماتی که در اتحادیه‌ها مورد قبول اعضا قرار می‌گیرد،

<sup>۱</sup> غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۸، چاپ دوم، ص ۲۷۷.

<sup>۲</sup> Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ibid*, p. 147.

مصادیق توافق تلقی می‌شوند. در حقیقت، چنین مجامعی به راحتی می‌توانند ابزاری جهت تحقق مشارکت و کارتل بین اعضا باشند به خصوص در مواردی که تعداد زیادی از فعالان بازار عضو آن گردند.

بنابراین دستورات صادر شده در انجمن‌ها برای اعضا الزاماً خارج از عنوان «توافق» نبوده و در صورتی که این دستورات به قصد تعیین رفتار اعضا صادر شده باشد و یا حداقل چنین احتمالی برای آن فرض شود، موضوع حقوق رقابت تلقی می‌گردد ولو فاقد ضمانت اجرا باشد.<sup>۱</sup>

در برخی موارد طرح‌های مربوط به صدور مجوز توسط انجمن‌های تجاری، تجار غیرعضو آن انجمن‌ها را از فرصت تجارت محروم می‌کند. واژه تصمیم علاوه بر اطلاق بر مواردی که الزام‌آوری برای اعضای انجمن دارد می‌تواند شیوه‌های حصول مشارکت را نیز در بر گیرد، به عبارت دیگر هر نوع تعیین ضابطه در مورد عملکرد اعضای انجمن مشمول عنوان تصمیم می‌باشد.

نکته مهمی که در مورد تصمیمات انجمن باید به آن اشاره کرد تأثیر این تصمیمات در مورد فعالان تجاری غیرعضو می‌باشد و این در صورتی است که فعالان غیرعضو بر مبنای تصمیم انجمن عمل نمایند که در چنین مواردی وضعیت این فعالان تجاری مانند اعضا است.<sup>۲</sup>

بنابراین می‌توان گفت معیار در مورد تصمیم‌های گرفته شده از سوی اتحادیه‌ها، نتیجه عملی آنها است و نه قالب و شکل تصمیمات. بر همین اساس توصیه‌های اعلام شده از طرف انجمن چنانچه اثر عملی در بازار داشته باشد مشمول ممنوعیت می‌گردند.<sup>۳</sup>

### ۳-۱-۲-۱. اعمال هماهنگ<sup>۴</sup>

نوع دیگری از رفتارهای ضد رقابتی که به عنوان توافقات منافی با حقوق رقابت به حساب می‌آیند «اعمال هماهنگ» است. رفتار و اعمال هماهنگ عبارت است از هرگونه تعامل و مشارکت بین شرکت‌ها که بدون تحقیق به عنوان توافق برای حذف رقابت بین فعالان تجاری صورت می‌گیرد. در واقع هدف از ممنوع کردن رفتار هماهنگ ضد رقابتی گسترش شمول قواعد رقابت در رابطه با شرکت‌هایی است که اگرچه قراردادی منعقد نکرده‌اند اما خط مشی بازاری خود را از طریق رفتار مستقیم یا غیرمستقیم با دیگر شرکت‌ها معین نموده‌اند به

1. Josephine Steiner & Lorna woods, *Ibid*, p. 218.

2. Lennart Ritter and W.David Braun, *Ibid*, p. 106.

3. شکوهی، مجید، پیشین، ص ۱۶؛ شمس نوروزی، مشیت‌الله، «نگاهی به حقوق رقابت در چند کشور»، *مجله مصباح*، شماره ۶۱، ۱۳۸۷، ص ۴۲.

4. Concerted Practices

نحوی که به شکل مشارکتی در بازار فعالیت نمایند و نه به صورت مستقل. بنابراین در چنین مواردی قواعد مربوط به توافقات ضد رقابتی اجرا می‌شود.<sup>۱</sup>

دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده ICI/Dyestuffs بیان نمود رفتار هماهنگ نوعی هماهنگی میان فعالان تجاری است که بدون انعقاد توافق سبب می‌شود مشارکت و همکاری در حذف خطرات رقابت به وجود آید.

اعمال مشترک مرتبط با رفتارهای آینده بوده و مغایر با استقلال اقتصادی طرفین است. برای ممنوعیت این رفتارها الزاماً نیاز به وجود اثرات مشهود در بازار نیست، بلکه وجود اثرات محدود نیز مانند تثبیت حداقل قیمت یا تعیین قیمت ممنوع است. در اثبات اعمال مشترک دو نوع ادله را می‌توان نام برد:

(۱) ادله‌ای که مستقیماً حکایت از تعامل و مشارکت دارند. مانند طرح‌ها، ملاقات‌ها، مبادله اطلاعات محرمانه تجاری و هر نوع رابطه نزدیک دیگر بین فعالان تجاری.

(۲) ادله‌ای که مشارکت و تعامل میان فعالان تجاری را به شکل غیرمستقیم اثبات می‌کنند. مانند اینکه رقبا قیمت محصولات خود را در زمانی مشخص و یا به میزانی مشخص افزایش دهند و یا اینکه معامله با افرادی خاص و یا فرستادن کالا به مقصد معین به شکل همزمان منتفی شود. معمولاً تصمیماتی که رفتارهای مشترک را ممنوع اعلام می‌کند بر پایه ادله‌ای است که مستقیماً نشان از وجود رابطه تعامل بین طرفین است.<sup>۲</sup>

در صورتی که مدارک اثباتی از نوع دوم باشد باید از وضوح کافی برخوردار بوده و اعتبار آنها به واسطه وجود اوضاع و احوال دیگری ساقط نشده باشد.

در ارزیابی رفتارهای مشترک می‌باید به ساختار بازار محل فعالیت طرفین توجه نمود و این نکته را بررسی کرد که آیا رفتار انجام شده با توجه به ضوابط مرتبط به جریان عادی تجارت پذیرفتنی است یا وجود آنها نشان از تعامل و مشارکت بین رقبای تجاری می‌باشد. رفتار هماهنگ، ایجاد نظام و ساختاری است که اگر چه ممکن است بر مبنای توافق و قرارداد نباشد، اما زمینه را فراهم می‌کند تا در آینده میان فعالان تجاری اتفاق نظر حاصل شود. در حالی که به موجب ضوابط حقوق رقابت، هر نوع توافقی که سبب شود و فعالان بازار حداقل در مواقع بحرانی به رفتار رقیب خود اتکا کنند ممنوع است.

---

1 . Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 26.

2 . Lennart Ritter and W.David Braun, Ibid, p. 108.

رفتار تجاری هماهنگ در جایی که شرکتی بر مبنای اعتراض رقیب تجاری خود عمل می‌کند نیز محقق می‌شود. بنابراین در فرضی که کارخانه‌ای از عرضه‌کننده محصولات مشابه اعتراضی در مورد واردات موازی دریافت می‌کند و بر اساس این اعتراض واردات موازی را متوقف می‌نماید، رفتار و عمل هماهنگ صورت پذیرفته است.

نکته دیگر در مورد پیشنهادات و امکان تحقق و رفتار هماهنگ بر اساس آنها است. پیشنهاد صراحتاً به عنوان وسیله‌ای در جهت تحقق همکاری، منافی رقابت به شمار نیامده است، اما این مورد را نیز می‌توان فعالیت مشترک دانست. در مورد پیشنهادهایی که به ویژه پیرامون قیمت‌گذاری، در روابط رقبا مطرح می‌شود ممنوعیت منوط به وجود اثر الزام‌آور نیست، چرا که چنین پیشنهادهایی سبب آشکار شدن سیاست قیمت‌گذاری رقبا می‌شود که دارای اثر محسوس در رقابت پیرامون قیمت خواهد بود. بر همین اساس در بسیاری از موارد، دادگاه‌ها پیشنهادهایی که از جانب انجمن‌های تجاری صادر می‌شود را سبب ایجاد رفتار مشترک اعضا دانسته‌اند. به اجمال می‌توان گفت رفتار مشترک بر مبنای پیشنهاد، در مواردی است که پیشنهاد قابلیت تأثیر در رفتار مخاطب را داشته باشد ولو اینکه در حال حاضر چنین تأثیری محقق نشده باشد.<sup>۱</sup>

بدین مطلب باید اشاره نمود که سابقه اصلی مفهوم رفتار هماهنگ را می‌باید در حقوق آمریکا جستجو کرد. در این کشور معیار تحقق این نوع اعمال این است که هر یک از رقبا دیگری را از رفتار و خطمشی خود در بازار مطلع نماید و طرف مقابل بتواند بر اساس این اطلاعات و آگاهی سیاست‌های بازاری خود را تعیین کند. در واقع می‌توان گفت در حقوق رقابت فرض بر این است که مطلع از شیوه رفتار رقیب تجاری در بازار، در اعمال تجاری خود این اطلاعات را نادیده نمی‌گیرد.<sup>۲</sup> امری که مسلماً رقابت تجاری در بازار را از بین می‌برد چرا که فعال تجاری با پیش‌بینی رفتار آتی رقیب سیاست‌هایی متناسب با آن اتخاذ می‌کند در حالی که جریان طبیعی تجارت در بازار چنین شرایطی را فراهم نمی‌آورد.<sup>۳</sup> با این حال، طبق اصول کلی خواننده می‌تواند این اماره را برای اثبات خلاف آن از اعتبار بیاندازد. بنابراین ممکن است علی‌رغم وجود اطلاعات از رفتار رقیب دیگر، فعال تجاری اثبات کند که بر مبنای آنها رفتار نکرده است و آنچه انجام داده مبتنی بر ارزیابی خود او از

---

1. *Ibid*, p. 112.

2. Josephine Steiner & Lorna woods, *Ibid*, p. 218.

3. P.J.G Kaptenyn & P.Verloren, *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer Law International, 2009. p.849.

شرایط بوده است. در چنین مواردی بررسی سابقه رفتار خواننده بسیار کارگشا است و می توان مثلاً اثبات کرد تصمیم مورد نظر قبل از آگاهی یافتن از اطلاعات تجاری رقیب اتخاذ شده است.<sup>1</sup>

با بررسی مفاهیم توافق و رفتار مشترک چنین به نظر می رسد که تمایز و تفکیک آنها فاقد اثر عملی است و مرجع بررسی کننده می تواند رفتار انجام شده را در صورت ضدرقابتی بودن ممنوع اعلام کند، بدون اینکه توافق یا عمل مشترک داشتن آنها تغییری در وضعیت ایجاد نماید. با این حال در پرونده ای که در اتحادیه اروپا مطرح شد طرفین ادعایی را مطرح نمودند که پذیرش آن تمیز بین توافق و عمل مشترک را دارای اثر عملی مهمی می نمود:

طرفین مرتبط با این پرونده بیان نمودند توافق می تواند به واسطه ضدرقابتی بودن مشمول ممنوعیت ذکر شده در حقوق رقابت باشد حتی اگر آن چنان که مدنظر طرفین بوده است اجرا نشود. اما رفتاری که به شکل مستقیم یا غیرمستقیم در بازار اجرا نشده است نمی تواند مشمول عنوان عمل هماهنگ قرار گیرد. پس در مواردی که وجود توافق ضدرقابتی بررسی می شود، اثبات وجود توافق برای اجرای قانون کافی است. اما در عمل هماهنگ علاوه بر اثبات و احراز اتفاق نظر باید انجام اقداماتی برای اثر بخشیدن و اجرای آن نیز محرز گردد.

بر همین اساس در جایی که طرفین اثبات می کنند بر مبنای اتفاق نظر عملی انجام نداده اند رفتارهای ضدرقابتی تحقق نیافته است. در مرحله تجدیدنظر دادگاه اتحادیه اروپا این نکته را پذیرفت که مفهوم عمل هماهنگ علاوه بر حصول توافق و اتفاق نظر نیازمند اثبات رفتار متعاقب می باشد، اما بیان نمود در صورتی که کمیسیون مدارک لازم مبتنی بر وجود اتفاق نظر را داشته باشد، مدعی کسی است که عدم تأثیر توافق در عمل را بیان می کند؛ بنابراین هر فعال تجاری که بیان می کند علی رغم وجود اتفاق آرا بر مبنای آن رفتاری در بازار صورت نگرفته است، باید ادعای خود را اثبات کند.

آخرین نکته ای که در مورد عمل هماهنگ باید بیان نمود چگونگی آگاهی از قصد طرفین است. چنان که اشاره شد، اگر رقبا به آگاه کردن دیگران از رفتار اقتصادی خود رضایت دهند عمل هماهنگ صورت می پذیرد. رفتار مبنای عمل مشترک می تواند به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم باشد اما در برخی موارد بررسی قصد طرفین از آگاه کردن رقبا چندان ساده نیست. به عنوان مثال اگر شرکتی اطلاعات مربوط به قیمت گذاری اجناس خود را به

---

1 . Koren Davies, **Undrestanding European Union Law**, Gavendish Press, 2003, p. 128.



شکل عمومی انتشار دهد آیا قصد مشارکت و تحقق عمل هماهنگ احراز می‌شود؟ ممکن است در پاسخ گفته شود انتشار اطلاعات مربوط به قیمت‌گذاری برای عموم و برای رقیب یا رقبای خاص، مشمول قوانین ممنوعیت حقوق رقابت نیست؛ چرا که آنچه قصد شده اطلاع عموم افراد جامعه از روند قیمت‌گذاری در شرکت است. امری که به موجب حقوق رقابت ممنوع تلقی نشده است.

اما باید گفت پاسخ به این سؤال پیشتر نیازمند بررسی این نکته است که در احراز عمل مشترک اثبات قصد تحقق آن لازم است یا خیر؟ در صورتی که پاسخ به سؤال اخیر مثبت باشد انتشار عمومی اطلاعات مربوط به قیمت‌گذاری ممنوع نیست و یا حداقل ممنوعیت منوط به اثبات وجود این قصد از جانب مدعی است. اما اگر با تکیه بر مبانی حقوق رقابت گفته شود حفظ استقلال اقتصادی فعالان تجاری و رونق بازار رقابتی در جامعه اصلی‌ترین هدف حقوق رقابت است، رفتار فوق مصداق رفتارهای ضد رقابتی قلمداد می‌شود؛ چرا که در هر حال رقبا از سیاست قیمت‌گذاری شرکت آگاه شده‌اند و همین برای بطلان عمل فوق کافی است. در فرض پذیرش این نظر، رفتار غیرمستقیم باعث ایجاد عمل مشترک شده است. البته همانطور که گفته شد طبق موضع دادگاه جامعه اروپایی در چنین مواردی فرض بطلان و ممنوعیت‌ها حاکم بر قضیه خواهد بود اما اثبات خلاف آن امکان‌پذیر است.

## ۲-۱-۲. وجود دو یا چند فعال تجاری

از دیگر عناصر تشکیل‌دهنده توافقات ضد رقابتی وجود دو یا چند فعال تجاری است. بدین معنا که طرفین توافق باید فعالان تجاری باشند. مفهوم فعال تجاری (Undertakings) در حقوق رقابت با آنچه موضوع حقوق شرکت‌ها یا حقوق مالیاتی است یکسان نمی‌باشد. در برخی از پرونده‌ها بیان شده است بدون توجه به وضع قانونی یا ضوابط مالیاتی، هر مؤسسه‌ای که در زمینه تجارت مشغول به فعالیت باشد، می‌تواند موضوع قانون رقابت قرار گیرد، بدون این که مباحثی چون عدم سودآوری یا نداشتن هدف اقتصادی از تأسیس آن مدنظر باشد.<sup>۱</sup>

نکته قابل توجه اینکه مفهوم «فعال تجاری» مفهومی نسبی است؛ چرا که ممکن است مؤسسه یا فعالی تجاری به واسطه بخشی از رفتارش موضوع حقوق رقابت باشد در حالی که سایر رفتارهای او خارج از شمول قواعد رقابت باشند. بنابراین لازم است در هر پرونده فعالیت مورد نظر کاملاً بررسی شود.

---

1. Italy V.S Sacchi case 1974 2CMLR 177; Hofner and Elser V.S Mococtron 1993 4CMLR 306.

اگرچه در بسیاری از متون قانونی عبارت فعال تجاری تعریف نشده است، اما بسیاری از مؤلفین آن را به معنای شرکت، مؤسسه تجاری و یا مطلق تاجر استعمال کرده‌اند<sup>۱</sup>، بدون این که ضرورتی به وجود شخصیت حقوقی باشد. به عبارت دیگر فعال تجاری هر شخصی است که به نوعی به فعالیت اقتصادی می‌پردازد. مفهوم شخص - اعم از حقیقی و حقوقی - سبب می‌شود علاوه بر شرکت‌ها و مؤسسات، اشخاص حقیقی نیز مشمول عنوان فعال تجاری باشند. بنابراین بر خلاف آنچه گفته شده است<sup>۲</sup> نباید معادل (Undertaking) را «مؤسسه تجاری» دانست؛ چرا که مسلماً در متون حقوقی مؤسسه تجاری بر اشخاص حقیقی اطلاق نمی‌شود. همچنین پذیرفتنی نیست که حقوق رقابت تنها در مورد رفتار مؤسسات یا دول وضع شده باشد و پیرامون رفتار تجار مستقل و خصوصی که به ویژه در بازار آزاد نقش کلیدی در تجارت دارند، سکوت کرده باشد.

بنابر موارد پیش‌گفته معلوم می‌شود رفتار فعالان عرصه اجتماعی و فرهنگی، موضوع حقوق رقابت نیست؛ چون رفتار این گروه مؤثر در رقابت تجاری نمی‌باشد. بنابراین مؤسسات آموزشی مختلف که از قبل کلاس‌های خود، به نحوی استفاده تجاری می‌کنند نیز می‌تواند موضوع قواعد رقابت قرار گیرد. لذا تمرکز اصلی در ارزیابی مفهوم فعال تجاری بر فعالیت‌ها و اعمال انجام شده است. بنابراین ضرورتی ندارد که فعال موردنظر دارای شخصیت حقوقی باشد.

وضعیت مستخدمین، کارگزاران و نمایندگان در صورتی که به واسطه وابستگی اقتصادی خود و عدم خطرپذیری تجاری فعالیت می‌کنند، خارج از قواعد حقوق رقابت بوده و اینان مشمول مفهوم فعال تجاری نمی‌گردند. بر همین اساس می‌توان موقعیت شرکت‌های اصلی و تابع (فرعی) را تبیین نمود:

ابتدا باید به این نکته توجه کرد که مراد از وجود دو یا چند فعال تجاری، آن دسته فعالانی است که دارای استقلال اقتصادی می‌باشند؛ بنابراین در مواردی که این استقلال به واسطه تبعیت و وابستگی اقتصادی از بین می‌رود، مفهوم فعال تجاری محقق نمی‌شود. بر همین اساس اگر شرکت‌های فرعی توان تعیین خط‌مشی اقتصادی را نداشته و تنها اجراکننده تصمیمات شرکت‌های اصلی باشند، توافقات بین آنها و شرکت‌های اصلی

---

1. Lennart Ritter and W.David Braun, Ibid, p. 44.

2. شکوهی، مجید، پیشین، ص ۱۲، سماواتی، حشمت‌الله، پیشین، ص ۶۰. جالب آنکه هر دو مؤلف به شمول مفهوم فوق بر اشخاص حقیقی هم تأکید کرده‌اند، اما با این حال Undertaking را به معنای مؤسسات تجاری دانسته‌اند.

مشمول ضوابط مربوط به توافقات ضد رقابتی نیست؛ چرا که طرفین توافق یک واحد اقتصادی محسوب می‌شوند و آنچه واقع می‌شود حقیقتاً موافقتی درون سازمانی است.<sup>۱</sup>

لازم به ذکر است، استقلال اقتصادی شرکت فرعی به مؤلفه‌های گوناگونی وابسته است. به عنوان نمونه وجود نظارت و کنترل شرکت اصلی بر مدیریت شرکت فرعی، میزان سود عایدی شرکت اصلی و میزان تطابق رفتار شرکت فرعی با دستورهای شرکت اصلی، تعیین‌کننده میزان استقلال اقتصادی شرکت فرعی خواهد بود. همچنین سهم زیاد شرکت اصلی در شرکت فرعی از اماره‌های وابستگی اقتصادی تلقی شده است. البته به طور کلی می‌توان گفت سهام شرکت اصلی زمانی معین وابستگی اقتصادی است که نفوذ مؤثر بر شرکت تابعه را ممکن سازد.<sup>۲</sup>

از جمله مباحثی که در مورد مفهوم فعالیت جاری مطرح شده است، شمول این مفهوم بر فعالان دولتی و عمومی است. ابتدا باید این نکته را یادآوری کرد که شرکت‌های دولتی و حتی خود دولت‌ها می‌توانند در صورت احراز اشتغال به تجارت و امور تصدی‌گری مشمول عنوان فعال تجاری و قواعد رقابت قرار گیرند. اما در برخی زمینه‌ها به واسطه رعایت مصالح عمومی جامعه دولت‌ها از اعمال قواعد رقابت چشم‌پوشی کرده و حتی به اعطای انحصار هم می‌پردازند. سؤال اصلی در مورد وضعیت مؤسسات و شرکت‌هایی است که متولی انجام این خدمات می‌باشند. در مورد چنین مؤسساتی باید گفت اعمال قواعد رقابت در مورد آنها به میزانی است که منافعی و مانع انجام وظایف محول شده به آنها نباشد. (ماده ۸۶ معاهده اتحادیه اروپا)

نقض قواعد رقابت از سوی فعال تجاری موجب ایجاد مسئولیت آن می‌شود. فرضی را که در این مورد باید مدنظر قرار داد، مسأله‌ی جانشینی است. توضیح آنکه اگر شرکتی که قواعد رقابت را نقض کرده است، توسط شرکت دیگر جایگزین شود و در نتیجه در زمان اجرای حکم وجود نداشته باشد، وضعیت اجرای حقوق رقابت چگونه است؟ در برخی پرونده‌ها که در این مورد مطرح شده‌اند، بیان شده است که مسئولیت تمام تخلفات شرکت سابق با شرکت جدید است. در حقیقت از نقطه نظر اقتصادی، ناقض حقوق رقابت و جایگزین آن یکسان محسوب می‌شوند و شرکت جدید مسئول تخلف گذشته‌ای است که صورت گرفته و در قبال آن مسئولیت دارد. این اصل را به عنوان «تئوری تداوم اقتصادی» می‌شناسند که تنها زمانی به کار می‌رود که شرکت

---

1 . Josephine Steiner & Lorna woods, **Ibid**, p. 218.

2 . OJL 123/11

اصلی از بین رفته باشد.<sup>۱</sup> بنابراین در جایی که شرکت ناقض حقوق رقابت، فعالیت خود را تداوم دهد ولو تمام دارایی آن به شرکت جدید منتقل شده باشد، خود، مسئول نقض صورت گرفته بوده و مسئولیتی از این بابت متوجه شرکت جایگزین نیست.

### ۳-۲-۱. داشتن موضوع یا اثر ضدرقابتی

در بسیاری از قوانین کشورها ممنوعیت توافق منوط به ایجاد محدودیت، ممنوعیت و یا اخلال در رقابت است. به طور کلی توافقات ضدرقابتی یا دارای اثر منافی با رقابت آزاد می‌باشند و یا موضوع ضدرقابتی دارند. موضوع یا اثر توافق با در نظر گرفتن زمینه‌های اقتصادی مورد بررسی قرار می‌گیرد و به ویژه تحلیل بازار مرتبط و ارزیابی ساختار آن در این امر بسیار موثر است. موضوع توافق زمانی ضدرقابتی است که توافق فی‌نفسه مغایر ضوابط رقابت باشد و بتوان با بررسی توافق، قصد و اراده طرفین را برای تحدید رقابت احراز نمود. مانند توافقات ایجادکننده روابط ساختاری که به موجب آن طرفین استقلال اقتصادی خود را از دست می‌دهند. چنین توافقاتی تنها در صورتی که مشمول معافیت شوند، معتبر می‌باشند و در غیر این صورت حتی اگر موضوع آنها اجرا نشود و یا برای مدت زمانی خاص اجرا نگردند، بی اعتبار خواهند بود.

در مقابل ممکن است توافق دارای اثر ضدرقابتی باشد. به این ترتیب که موضوع توافق و آنچه قصد اصلی طرفین بوده، ناقض حقوق رقابت نیست اما اجرای توافق و قرارداد مزبور موجب آثار ضدرقابتی در بازار است. مراد از آثار تنها آثار آنی و فوری نیست، بلکه اثرات بالقوه مربوط به آینده نیز مورد ارزیابی قرار می‌گیرند. همچنان که ممکن است اثرات یک توافق خللی در رقابت به وجود نیاورد اما مجموع توافقات انجام شده دارای چنین آثاری باشد. به علاوه چون آنچه در این معیار مهم است آثار توافق مورد نظر است، این امکان را به وجود می‌آورد که حتی علی‌رغم الغای رسمی قرارداد، به علت تداوم آثار رقابتی، ممنوعیت همچنان اعمال شود.<sup>۲</sup>

نکته‌ای که در مورد این شرط لازم به ذکر است این که قیود فوق مجموعی نبوده و به صورت جایگزین بحث می‌شوند. به این توضیح که با داشتن موضوع ضدرقابتی نیازی به بررسی آثار توافق نیست و بررسی آثار توافق تنها در مواردی صورت می‌گیرد که موضوع توافق ضدرقابتی نباشد. بنابراین اگر از شروط و قیود توافق بتوان

---

۱. مشابه این وضعیت را می‌توان در حقوق بین‌الملل عمومی و در مبحث جانشینی کشورها و تأثیر آن در معاهدات دانست. (ر.ک: ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۱۳۳).

2. Lennart Ritter and W.David Braun, *Ibid*, p. 116.

به قصد طرفین مبنی بر اختلال در رقابت پی برد نیازی به بررسی آثار توافق نیست.<sup>۱</sup> می‌توان گفت اگر چه در بررسی موضوع یک توافق، وضعیت طرفین و ساختار بازار دارای اهمیت است اما در ارزیابی آثار توافق و تبیین ضدرقابتی بودن، اصلی‌ترین مطلب در نظر آوردن اجرای توافق و تحلیل آثار آن در بازار است. در این بحث مرجع رسیدگی کننده باید به مؤلفه‌های گوناگونی مانند «واحد بودن توافق یا جزئی از مجموعه توافقات بودن»، «وجود شروط مربوط به حقوق انحصاری»، «امکان انجام واردات یا صادرات موازی» و بررسی «قدرت و موقعیت طرفین در بازار» توجه نماید.<sup>۲</sup> بنابراین ملاحظه می‌شود که تحلیل فضای اقتصادی شکل‌گیری، در بررسی هر توافق کمال اهمیت را دارا است.

در هر حال توافق به واسطه موضوع یا اثر خود، زمانی محدودکننده رقابت است که یکی از دو شرط زیر احراز شود:

(۱) توافق، رفتار بازاری یا سیاست تجاری یک یا چند طرف را به نحو فاحشی محدود نماید..

(۲) توافق، بر اشخاص ثالث (رقبا، عرضه‌کنندگان یا خریداران) مؤثر بوده و به زیان منافع عمومی مصرف کنندگان تلقی گردد.

البته هر چه سهم طرفین از بازار بیشتر باشد یا موقعیت آنها در بازار تزلزل کمتری داشته باشد، احتمال تأثیرگذاری توافق در رقابت بازار افزایش می‌یابد. در مقابل هر چه شروط و قیود توافق انعطاف‌پذیری بیشتری داشته باشد، احتمال تأثیر توافق در بازار کاهش می‌یابد.<sup>۳</sup>

نکته‌ای که باید به آن اشاره کرد توافقاتی است که طرفین به موجب قانون، ملزم به انعقاد آن می‌باشند. در چنین مواردی در صورت ضدرقابتی بودن توافق، قواعد رقابت اجرا نمی‌شود و عمل انجام شده معتبر است.

لازم به ذکر است آنچه گفته شد تنها در مواردی است که قانون طرفین را به انجام عمل ضدرقابتی ملزم کرده باشد بنابراین در جایی که مثلاً سیاست‌های تشویقی برای انجام این نوع رفتارها وضع شده است، نمی‌توان ضوابط فوق را اجرا کرد و عمل ارتكابی به واسطه ضدرقابتی بودن ممنوع قلمداد می‌گردد.

---

1 . Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 158; P.S.R.F Mathijssen, A Guide to European Union Law, Sweet & Maxwell, 2004, p. 232.

2 . P.J.G Kaptenyn and P. Verloren, Ibid, p. 852.

3 . Josephine Steiner & Lorna woods, Ibid, p. 225.

#### ۴-۲-۱. داشتن تأثیر محسوس

باید دانست اصولاً نفس انجام رفتار ضدرقابتی باعث اجرای ضوابط حقوق رقابت نیست، بلکه عمل انجام شده باید دارای اثر محسوس بر رقابت باشد تا موضوع قواعد رقابتی قرار گیرد. بنابراین همانطور که دادگاه جامعه اروپایی بیان نموده است در صورتی که یک توافق با در نظر گرفتن موقعیت ضعیف بنگاه و اشخاص مربوطه در بازار محصول مورد نظر تأثیر مهمی در بازار نداشته باشد، خارج از محدوده ماده ۸۱ معاهده اتحادیه اروپا بوده و ممنوع نیست.<sup>۱</sup> بنابراین توافقات کم اهمیت فاقد تأثیر لازم در تجارت و بازار بوده و بر همین اساس به موجب قاعده «عدم اعتناء به توافقات کم اهمیت»<sup>۲</sup>، مشمول حقوق رقابت نخواهند بود. درباره اجرای این قاعده پیرامون محدودیت‌های شدید و محدودیت‌های موضوعاً ضدرقابتی اختلاف نظر وجود دارد. اما در برخی پرونده‌ها چنین بیان شده است که این نوع محدودیت‌ها نیز در صورتی که فاقد اثر محسوس باشند، ممنوع تلقی نمی‌گردند.<sup>۳</sup> بر این اساس تثبیت قیمت فروش محصولات و تقسیم بازار به عنوان مصادیق این محدودیت نیز در صورتی که طرفین آن شرکت‌های ضعیف باشند ممنوع تلقی نمی‌شود.

بنابراین مناسب است این سؤال مطرح شود که معیار سنجش تأثیرگذاری توافق بر رقابت و بازار چیست؟

ابتدا باید به این نکته اشاره کرد که داشتن تأثیر محسوس به عنوان قید ممنوعیت در هیچ یک از متون قانونی ذکر نشده است، اما مراجع رسیدگی‌کننده از ظاهر عبارت قانون گذشته و آن را اینگونه تفسیر کرده‌اند که عمل ضدرقابتی ممنوع می‌باید دارای تأثیر محسوس در بازار و رقابت آن باشد.

به عنوان مثال، رویکرد کمیسیون اروپایی، مبنا قرار دادن سهم بازاری فعالان تجاری مرتبط است. منظور از سهم بازاری، میزان مشارکت طرفین توافق در بازار محصول مرتبط است. از نظر این کمیسیون، توافقات بین رقبا در صورتی که مجموع سهام بازاری آنها متجاوز از ۱۰ درصد نباشد، دارای اثر محسوس بر رقابت نیست. همچنین توافقات بین شرکت‌ها و فعالان تجاری که رقیب هم نیستند، در صورتی که سهام فوق متجاوز از ۱۵ درصد نباشد، فاقد اثر تحدیدی قابل توجه دانسته می‌شود. در مواردی که نتوان تشخیص داد طرفین توافق رقیب هم هستند یا خیر ملاک عمل سهام ۱۰ درصد خواهد بود.<sup>۴</sup>

1. Delimitis v.s Heninger Brau AG case C234/89; 1992 5CMLR 210.

2. De Minimis Rule

3. Volk v.s vervaecce. 1969 CMLR 273.

4. Alison Jones and Brenda Sufrin, **Ibid**, p. 158.

همچنین بیان شده است در مواردی که رقابت در بازار به واسطه اثر مجموع توافقات بین عرضه‌کننده و تولیدکننده محدود شده است، میزان سهامی که ملاک عمل خواهد بود پنج درصد از کل بازار محل فعالیت می‌باشد و تفاوتی نمی‌کند طرفین رقیب هم باشند یا خیر. باید در نظر داشت که ممکن است طرفین بعد از حصول توافق سهم بیشتری از بازار به خود اختصاص دهند. در این مورد در صورتی که سهام‌های ذکر شده در طول دو سال متوالی بیش از دو درصد رشد نکرده باشد، ملاک عمل خواهد بود. بر تصمیمات انجمن‌های تجاری و اعمال هماهنگ نیز همین معیارها اجرا می‌شود.

سؤال مهمی که در این میان مطرح می‌شود آن است که اگر توافق، حجم تجارت و تبادلات بین طرفین را افزایش دهد، اما در عین حال دارای آثار ضد رقابتی باشد، وضعیت اعمال قواعد رقابتی درباره آن چگونه است؟ در چنین فروضی ملاک عمل، افزایش حجم مبادلات است یا اخلال در رقابت؟

این بحث در پرونده Consten and Grunding مطرح شد. مرجع رسیدگی کننده بیان کرد غایت اصلی و مطلوب ذاتی حقوق رقابت افزایش حجم مبادلات تجاری نیست، بلکه حفظ رقابت در بازار در بلند مدت آثاری خواهد داشت که از جمله آن افزایش مبادلات به شکل مؤثر است. همچنین صرف افزایش تجارت حتی می‌تواند تنها به منفعت طرفین توافق صورت پذیرد و با افزایش انحصار و قدرت آنها در بازار به زیان مصرف‌کنندگان تمام شود. بنابراین حقوق رقابت در پی تحقق رونق اقتصادی است، اما این هدف را از شیوه‌های غیر رقابتی پیگیری نمی‌کند. بر همین اساس توافقات در فروض فوق ضد رقابتی تلقی شده و معتبر نیستند.<sup>1</sup>

## 2. معافیت‌های توافقات ضد رقابتی

### 2-1. معافیت کلی<sup>2</sup>

بسیاری از توافقاتی که در گذشته ذاتاً ضد رقابتی تلقی می‌شدند، امروزه مشمول قاعده تناسب گشته‌اند و مرجع رسیدگی کننده زمانی که آنها را همسو با اهداف رقابتی و اقتصادی منتهی به رشد تشخیص دهد، حکم به اعتبار آنها می‌دهد. شیوه اعطای معافیت به دو نوع است: نوع اول معافیت کلی است که در واقع بیان شرایط و قیودی است که احراز آنها منجر به اعتبار توافق می‌گردد. موضوع این معافیت‌ها توافقاتی است که از نظر قانونگذار موثر در ارتقای بهره‌وری بازارند. از آنجا که این نوع معافیت‌ها در مجموعه‌های قوانین یا نظریه‌ها و اطلاعیه‌ها صادر می‌شود، «معافیت کلی» نامیده شده است.

1 . Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ibid*, p. 170.

2 . block exemption

معافیت‌های کلی معمولاً به صورت آیین‌نامه از طرف مراجع رسمی صادر می‌شوند. به عنوان مثال دستورالعمل ۲۶۵۹/۲۰۰۰ کمیسیون اروپا که در مورد توافقات مربوط به تحقیق و توسعه است. این نوع از توافقات به توافقاتی اطلاق می‌شوند که به موجب آن طرفین به نحو مشترک به انجام تحقیق و توسعه تولیدات خود می‌پردازند. ماهیت و کارکرد اصلی این توافقات در واقع، تولید محصولات کاربردی جدید از آنها است. این توافقات به واسطه تبادل اطلاعات بین طرفین به ارتقای شرایط فنی و اقتصادی منجر می‌شود. قصد طرفین از این توافقات در واقع تحصیل اطلاعات مرتبط با تولید از طرف مقابل است که شامل تحلیل‌های تئوریک، مطالعات سیستماتیک و تجربی و یا آزمایش‌های فنی می‌گردد.<sup>۱</sup>

هرگونه بهره‌مندی مشترک باید در اموری باشد که ارزش مشارکت بین طرفین را داشته و تأثیر آنها در روند رشد اقتصادی محسوس باشد. در واقع تحقق چنین توافقاتی می‌باید حصول نتایج مطلوب و رقابتی را نسبت به فرضی که هر یک مستقل از دیگری عمل می‌کند تسریع و تسهیل نماید. در این توافقات تعیین سهم بازاری با توجه به میزان تولید و تکنولوژی استفاده شده در آن تعیین می‌شود. علاوه بر شرایط پیش گفته، در توافقاتی چون تولید مشترک، توافق زمانی مشمول معافیت کلی است که طرفین رقیب تجاری یکدیگر محسوب نشوند. البته در صورتی که تولید مشترک تنها بخش کوچکی از تولید نهایی را در بر بگیرد، توافق ضدرقابتی تلقی نمی‌شود، حتی اگر توافق بین رقبای تجاری باشد. در صورتی که کالای تولید شده از طریق شبکه عرضه هر یک از طرفین فروخته شود یا توافق تنها وسیله ورود به بازار جدید باشد، عمل تولید مشترک ممنوع نبوده و مشمول معافیت کلی می‌گردد.<sup>۲</sup>

نوع دیگر توافقاتی که مشمول این آیین‌نامه می‌باشد، «توافقات تولید تخصصی»<sup>۳</sup> است. این توافقات در موردی ایجاد می‌شوند که نوعی مشارکت و همکاری بین رقبای حقیقی یا بالقوه صورت گیرد که به موجب آن هر یک از طرفین، فعالیت‌های تولیدی خود را محدود کند و تمام منابع و امکانات تولیدی خود را در تولید محصول خاص متمرکز نماید تا کیفیت، تکنولوژی تولید یا حجم تولید آن محصول افزایش یابد. هر طرف این توافق، محصولات تولیدی خود را به طرف دیگر عرضه می‌کند و محصولاتی را که در عدم تولید آنها توافق کرده از او تهیه می‌کند. به طور کلی این توافقات دارای سه نوع محدودیت ضدرقابتی هستند:

---

1. Lennart Ritter and W.David Braun, **Ibid**, p. 200.

2. P.S.R.F Mathijssen, **Ibid**, p. 236.

3. Specialization Agreement



(۱) محدودیت تولید: به موجب توافق یکی از طرفین متعهد می‌شود تنها به تولید کالای توافق شده بپردازد یا به تناسب تغییر شرایط در بازار میزان تولید را از حد خاصی افزایش ندهد. مسلماً این تعهد به کاهش ظرفیت تولید می‌انجامد که از نظر ضوابط حقوق رقابت پذیرفتنی نیست.

(۲) محدودیت خرید: در توافق تولید تخصصی، طرفی که تولید خود را کاهش داده محصولات مورد نظر خود را باید از طرف مقابل بخرد و نمی‌تواند این محصولات را از شخص ثالث تهیه کند، ولو اینکه شخص ثالث شرایط مناسب‌تری برای فروش ارائه دهد.

(۳) محدودیت عرضه: انتخاب مصرف‌کنندگان نیز به موجب توافق محدود می‌شود و تولیدات حاصل از توافق تولید تخصصی، به مصرف‌کنندگانی می‌رسد که با توافق طرفین تعیین شده‌اند.

ملاحظه می‌شود که انعقاد توافقات تولید تخصصی نقض قواعد حقوق رقابت است، اما دستورالعمل بیان می‌کند در جایی که شرایط زیر در این توافقات احراز شود توافق مشمول معافیت کلی است:

(۱) طرفین توافق رقیب تجاری هم نباشند.

(۲) در صورتی که رقیب تجاری می‌باشند، سهم آنها از بازار کمتر از ۲۰ درصد باشد.

(۳) توافق برای ورود به بازار جدید یا تولید محصول جدید ضروری باشد.<sup>۱</sup>

بنابراین می‌توان گفت در معافیت‌های کلی، ابتدا باید وجود شرایط ذکر شده در مجموعه آیین نامه یا دستورالعمل را بررسی کرد. هر توافقی که مشمول تعاریف و قیود و شرایط مذکور در این مجموعه‌ها شود مشمول معافیت شده و علی‌رغم داشتن آثار ضدرقابتی به علت داشتن منافع رقابتی و اقتصادی بیشتر معتبر تلقی می‌گردد. با تفسیری که در اتحادیه اروپا پذیرفته شده است، در جایی که بتوان شرط ضدرقابتی را از سایر اجزای توافق تجزیه کرد، تنها شرط ضدرقابتی از شمول معافیت خارج است و بی‌اعتبار می‌گردد و الا می‌باید تمام توافق را بی‌اعتبار و ضدرقابتی دانست. همچنین در صورتی که توافق مورد نظر شرایط مجموعه حاوی معافیت کلی را فاقد بود، می‌توان با بررسی شرایط موضوعی آن به نحو مستقل، امکان معاف شدن آن را بررسی

---

1 . Lennart Ritter and W.David Braun, **Ibid**, p. 204.

نمود. بنابراین اگر مثلاً در توافق تولید تخصصی سهم بازاری طرفین بیش از ۲۰ درصد باشد توافق مشمول معافیت کلی نیست، اما ممکن است به واسطه نوع دوم معافیت معتبر تلقی گردد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. معافیت اختصاصی<sup>۲</sup>

در نوع دوم معافیت، قانون یا دستورالعملی برای اعطای معافیت وجود ندارد، بلکه در هر توافق به شکل مستقل شرایط مثبت ادعایی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. می‌توان گفت با توجه به پرونده‌های طرح شده در اتحادیه اروپا محدودیت‌های زیر مشمول معافیت می‌باشند.

### ۱) محدودیت‌های لازم برای حمایت از طرف با ریسک تجاری بالا

این مورد در پرونده Societe مطرح گردید که موضوع آن توافق بین این شرکت و شرکت Ulm GmbH برای عرضه انحصاری بود که به موجب آن شرکت Ulm متعهد شده بود محصولاتش را به سایر توزیع‌کنندگان فعال در فرانسه عرضه نکند و خود نیز اقدام به فروش آنها ننماید. در این توافق شرکت Societe خطر تجاری زیادی را تحمل می‌کرد، چرا که محصولات مورد توافق بسیار تخصصی و گران‌قیمت بودند. دادگاه اتحادیه اروپا بیان کرد، محدودیت فوق (ایجاد انحصار) برای ورود به بازار جدید لازم بوده و در راستای حمایت از شرکت Societe است که در نتیجه توافق مصداق رفتار ضد رقابتی نیست.<sup>۳</sup>

### ۲) محدودیت‌های لازم برای اجرای بهینه توافق

پرونده Remia BV مربوط به محدودیت‌هایی بود که به صورت شروط عدم رقابت محقق شده بودند. اگرچه در این پرونده بیان شد محدودیت‌های عدم رقابت با مدت زمان ۵ و ۱۰ سال ضد رقابتی می‌باشند، اما در ادامه بیان شد اگر توافقات برای اثر بخشیدن به فروش لازم باشد، محدودیت‌ها معتبر تلقی می‌گردند. همچنین در پرونده Pronuptia دادگاه اتحادیه اروپا بیان کرد در توافقات اعطای امتیاز فعالیت تجاری، محدودیت‌هایی برای حمایت از اعتبار محصول طرف اعطاکننده مجوز لازم است که غیر قابل چشم پوشی است؛ بنابراین معتبر و صحیح تلقی می‌شوند. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این که در مواردی که محدودیت برای تحقق اهداف اقتصادی توافق لازم دانسته می‌شود، باید میان محدودیت مزبور و اهداف، تناسب وجود داشته باشد. بنابراین در

1. Josephine Steiner & Lorna woods, **Ibid**, p. 236; Lennart Ritter and W.David Braun, **Ibid**, p. 218.

2. Individual Exemptions

3. 1985, 4CMLR, 665.

مواردی که محدودیت بیش از حد لازم باشد، نمی‌توان به استناد ضرورت وجود محدودیت توافق را معتبر دانست.<sup>۱</sup>

### ۳) محدودیت‌های مرتبط با حفظ کیفیت محصول

در برخی موارد فروشندگان برای حفظ کیفیت و اعتبار محصولات خود از ساختار عرضه انتخابی استفاده می‌کنند که به موجب آن کالاها از طرقی که عرضه‌کننده بر اساس معیارهای خاص خود مانند میزان خدمات فروش یا مجرب بودن پرسنل انتخاب می‌کند، به فروش می‌رسد. در این موارد محدودیت‌های موجود در صورتی که عرضه‌کننده بر اساس معیارهای نوعی کیفی به انتخاب توزیع‌کننده پردازد، مشمول معافیت است. لازم است این شرایط به شکل مساوی برای تمام طرفین معامله اعمال شود و شکل تبعیضی نداشته باشد. البته این قاعده تنها در مورد محصولات که از نظر تکنولوژیک یا هنری در سطح بالا می‌باشند اجرا می‌گردد. در این مورد هم محدودیت‌های تعیین شده باید با ویژگی محصولات متناسب باشد. به عنوان مثال در پرونده Ideal Standard Agreement بیان شد تأسیسات مربوط به لوله کشی چندان از نظر فنی پیچیده نیستند که لازم باشد فروشنده برای عرضه آن از کارکنان متخصص استفاده کند.<sup>۲</sup> بنابراین می‌توان گفت معافیت اختصاصی هر توافق در صورت احراز شرایط زیر اعمال می‌شود:

#### 1-2-2. ارتقای شرایط فنی و اقتصادی تولید

اولین شرط مشمول معافیت این است که توافق به بهبود شرایط تولید و ارتقای رشد اقتصادی بیانجامد. همچنین در صورتی که توافق به ارتقای شرایط توزیع و عرضه منجر شود نیز مشمول معافیت است. همین معیار در مورد خدمات نیز قابل اجرا است.

نکته‌ای که در این مورد باید مد نظر داشت اینکه افزایش منافع اقتصادی، تنها با توجه به منافع طرفین ارزیابی نمی‌شود و در واقع منفعتی که در این شرکت مورد توجه است منفعت عمومی است و نه منفعت شخصی. همچنین مرجع رسیدگی‌کننده باید این نکته را احراز کند که بین منفعت ادعایی و توافق، رابطه علت و معلول وجود داشته باشد.<sup>۳</sup> این رابطه می‌تواند به شکل تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم باشد. به عنوان مثال در صورتی که توافق انتقال تکنولوژی این امکان را به دارنده مجوز بدهد که محصول جدیدی تولید نماید یا ارتقای

1. Elspeth Dears, Sylvia Hargreaves, **European Union Law**, Oxford, 2004, p.265.

2. 1988, 4CMLR, 627.

3. Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the Treaty - OCJ 1.1/08- 2004.

محصولات را از نظر کیفی فراهم آورد یا توافقات عرضه سبب شود عرضه محصول با هزینه‌های کمتر صورت بگیرد، تأثیر توافق در ارتقای شرایط اقتصادی بازار مستقیم است. در مقابل، در صورتی که توافق سبب شود طرفین با افزایش منافع در زمینه‌های تحقیق و توسعه، سرمایه‌گذاری بیشتری کنند، توافق به صورت غیرمستقیم رشد اقتصادی را در پی خواهد داشت.

اطلاعات مربوط به تحقق منافع می‌باید از جانب فعالان تجاری و مدعیان وجود منافع اثبات شود. اطلاعاتی که باید از موضوعه کافی برخوردار بوده و کلی و مبهم نباشد. در هر حال، منافع موجود می‌تواند گستره وسیعی را به خود اختصاص دهد اگرچه امکان همپوشی میان برخی از آنها نیز وجود دارد. به طور کلی منافی که می‌تواند اولین شرط شمول معافیت را محقق کند به انواع زیر تقسیم می‌شوند<sup>۱</sup>:

#### 2-2-1-1. منافع و مزایای مرتبط با هزینه

از مهم‌ترین منافی که می‌تواند در معافیت توافق موثر باشد، کاهش هزینه‌ها است. این منافع بیشتر از طریق توسعه تکنولوژی و ایجاد شیوه‌های جدید در تولید حاصل می‌شوند. استفاده از تکنولوژی‌های جدید علاوه بر افزایش سرعت فرآیند تولید، هزینه‌های زاید را نیز در بلندمدت حذف می‌کند. به علاوه در بسیاری از موارد، مشارکت و یکی کردن سرمایه طرفین نیز کاهش هزینه‌ها را در پی خواهد داشت به ویژه در صورتی که این امکان باشد که از ماده اولیه‌ای واحد، محصولات مختلف تولید شود یا با یک عملیات عرضه، محصولات مختلف به دست مصرف‌کننده برسد.

#### 2-2-1-2. منافع و مزایای مرتبط با کیفیت

در برخی موارد توافقات بین فعالان تجاری می‌تواند به ارتقای کیفیت محصولات منجر شود. اثر مثبت این توافقات به شکل کاهش هزینه نیست بلکه رشد کیفی محصولات موضوع توافق می‌باشد. همکاری میان فعالان تجاری و استفاده از اطلاعات آنها می‌تواند منافی را عاید هر یک از آنها کند که به تنهایی قادر به تأمین آن نبودند و یا تحقق آنها هزینه‌های زیادی را به آنها تحمیل می‌کرد. مسلماً توافقات مربوط به مشارکت در تحقیق و توسعه اصلی‌ترین نقش را در تحقق این شرط ایفا می‌کنند.<sup>۲</sup>

---

1 . Alison Jones and Brenda Sufrin, **Ibid**, p. 235.

2 . Elspeth Dears, Sylvia Hargreaves, **Ibid**, p.266.

## 2-2-2. اختصاص سهم عادلانه از منافع حاصل به مصرف‌کننده

این شرط در واقع تأکید بر این نکته است که منافع حاصل، تنها برای طرفین نبوده و مصرف‌کننده نیز از آن بهره‌مند شود. در حقوق رقابت مفهوم مصرف‌کننده کلیه مشتریان مستقیم و غیرمستقیم محصول یا خدمت مورد توافق را در بر می‌گیرد.<sup>۱</sup> معنای قید «سهم عادلانه» این است که منافعی که عاید مصرف‌کننده می‌شود باید جبران‌کننده آثار و تبعات منفی توافق نسبت به او باشد. به دیگر سخن، وضعیت مصرف‌کنندگان مستقیم یا غیرمستقیم نباید بعد از اجرای توافق از نظر اقتصادی وخیم‌تر شود. البته ضرورتی ندارد که مشتری از هر یک از مزایا و منافع حاصل، درصدی را دریافت کند، بلکه همین که آثار مثبت توافق نسبت به او بیش از آثار منفی باشد، این معیار محقق می‌گردد. به عنوان مثال ممکن است توافق سبب افزایش قیمت محصول مورد نظر شود اما با در نظر گرفتن ارتقای کیفیت محصول و افزایش خدمات پس از فروش، مصرف‌کننده حقیقتاً از توافق متفع شود.<sup>۲</sup>

نکته‌ای که در این ارزیابی باید مد نظر داشت اینکه ارزش منافع آینده نسبت به منافع حال کمتر است؛ زیرا به واسطه تورم و کاهش ارزش پول مثلاً سودی معادل یکصد واحد پولی به شکل نقد ارزشی بیش از همین مقدار پول در آینده دارد. بنابراین منافع آینده نمی‌تواند به شکل کامل خسارت‌های وارد شده به مشتری در حال حاضر را جبران کنند. بر همین اساس باید منافع آینده با توجه به نرخ تورم محاسبه شود.

در مواردی که آثار رقابتی و ضدرقابتی توافق، هر دو بسیار مهم و عمده باشند، ارزیابی و سنجش تناسب آثار به تحلیل دقیق نیازمند است که در این ارزیابی تنها نباید آثار کوتاه مدت را مدنظر داشت، بلکه تغییرات بلندمدت و ساختاری هم می‌بایست مد نظر قرار گیرد.<sup>۳</sup>

## 2-2-3. ضروری بودن محدودیت‌ها

این معیار در واقع وسیله‌ای جهت جلوگیری از افراط طرفین است. معیاری که نشان از پذیرش نسبی‌گرایی است. در هر پرونده مرجع رسیدگی‌کننده باید شرط ضدرقابتی را ارزیابی نماید تا معلوم گردد گستره شرط برای تحقق اهداف اقتصادی توافق، لازم و ضروری بوده یا فاقد تناسب است. قیمت‌های تصویب شده حتی اگر به صورت تثبیت حداکثر قیمت‌ها باشد به ندرت دارای تناسب می‌باشند. همچنان که قیود مربوط به حمایت مطلق منطقه‌ای نیز اینگونه‌اند. در هر حال آنچه معلوم‌کننده اعتبار شروط ضدرقابتی از این نظر است، بررسی

1. Guidelines on the Application of Article 81.

2. P.J.G Kaptenyn and P. Verloren, *Ibid*, p. 858.

3. Alison Jones and Brenda Sufrin, *Ibid*, p. 240.

موضوعی هر پرونده و اوضاع و احوال آن می‌باشد. می‌توان گفت محدودیت‌ها زمانی لازم و ضروری تلقی می‌شوند که به طریق دیگر نتوان مزیت‌های مشخص شده در توافق را با رفتارهایی که اثرات ضدرقابتی کمتری دارند، محقق ساخت. در واقع در صورتی که فقدان محدودیت، مزیت‌هایی که از توافق حاصل می‌شود را به میزان قابل توجهی کاهش دهد و یا آن را کاملاً از بین ببرد، محدودیت‌ها ضروری و غیرقابل چشم‌پوشی دانسته می‌شوند.<sup>۱</sup> البته در این موارد هم مصادیقی که محدودیت از نظر موضوع ضدرقابتی تلقی شود و یا محدودیت شدید قلمداد شود و در عین حال به واسطه ضروری بودن صحیح تلقی شود، بسیار نادر است. در پرونده‌ها و آرای صادره در این مورد هم بیان شده این نوع محدودیت‌ها در شرایط بسیار خاص به عنوان محدودیت‌های ضروری قلمداد می‌شوند. مثلاً در توافقات عمودی معمولاً محدودیت آزادی عرضه‌کننده در تعیین قیمت فروش به عنوان محدودیت ضروری تلقی نمی‌گردد.

#### 2-2-4. عدم حذف رقابت به شکل اساسی به واسطه توافق

آخرین شرطی که برای اعطای معافیت بیان شده است اینکه توافق منجر به حذف کامل رقابت در بخش اساسی از بازار محصول موضوع توافق نگردد. مبنای این شرط این نکته است که رقابت به عنوان اصلی‌ترین ویژگی حیات اقتصادی، مهمترین هدف حقوق رقابت است که به هیچ شکل و در هیچ شرایط نباید مختل گردد. تمام شرایط معافیتی برای توافقاتی است که علیرغم وجود شرایط ضدرقابتی، آثار اقتصادی گسترده‌تری دارند. توافقی که رقابت را به شکل اساسی مختل می‌کند، به هیچ صورتی نمی‌تواند رقابتی ارزیابی گردد و حتی اگر دارای آثار مثبت اقتصادی نیز باشد به واسطه اختلال اساسی در رقابت تحت‌الشعاع قرار گرفته و ممنوع تلقی می‌شود.

ممکن است اختلال حاصل از توافق امری مسلم باشد اما آثار مثبت توافق احتمالی بوده و در آینده محقق گردند. در ارزیابی تحقق این معیار نیز شرایط رقابتی قبل و بعد از توافق مورد بررسی قرار می‌گیرند. موانع ورود به بازار، قدرت رقابتی طرفین و رقبای آنها و بررسی سابقه ورود شرکت‌های دیگر به بازار محصول، از نکات مورد نظر در مورد این معیار است.<sup>۲</sup>

---

1 . Ibid, 242.

2 . Elspeth Dears, Sylvia Hargreaves, Ibid, p.272.

در پایان می‌توان به رأیی که کمیسیون اتحادیه اروپا صادر کرده است اشاره نمود که در آن بیان شده شرایط پیش‌گفته برای معافیت، مانع از اجرای ضوابط مربوط به سوء استفاده از موقعیت مسلط نیست. در واقع سوء استفاده از موقعیت مسلط به واسطه اهمیت و گستره تأثیرگذاری مشمول معافیت نمی‌گردند.<sup>۱</sup>

---

1 . Van den Bergh foods case 204 , CMLR 1.

### 3. اقسام توافقات منافی با حقوق رقابت

#### 3-1. توافقات افقی<sup>1</sup>

ضابطه تقسیم‌بندی توافقات افقی و عمودی بر اساس وضعیت طرفین است. توافق افقی، توافقی است که طرفین آن در یک سطح از زنجیره تولید، توزیع و یا عرضه محصول فعالیت می‌کنند. به عنوان مثال، هر دو طرف تولیدکننده هستند یا هر دو در زمینه عرضه محصولات فعالیت می‌کنند. نمونه این توافقات را می‌توان کارتل دانست؛ چرا که کارتل‌ها نوعاً بین تجاری است که در یک زمینه فعالیت می‌کنند.<sup>2</sup>

در روابط افقی جایگاه بنگاه‌های مورد نظر در زنجیره تأمین با یکدیگر برابر است لذا رقیب هم محسوب شده و در این نوع روابط تجارتي است که شاهد رقابت به معنای دقیق کلمه هستیم.<sup>3</sup> به طور کلی باید دانست توافقات افقی، به ویژه به واسطه انعقاد بین رقبای تجاری، نگرانی‌های زیادی را در مورد نقض رقابت در بازار ایجاد کرده است. آنچنان که بسیاری این توافقات را فاقد هر نوع آثار مثبت اقتصادی می‌دانند اما امروزه تغییر مبانی اقتصادی رویکرد جدیدی را در مورد توافقات افقی ایجاد کرده است.

محدودیت‌هایی که در توافقات افقی به وجود می‌آیند، آزادی رفتار فعالان تجاری را کاهش می‌دهند و مانند هر توافق دیگر ممکن است به شکل صریح یا ضمنی واقع شوند. در مدلی که بسیاری از اقتصاددانان آن را پذیرفته‌اند، بیان شده است در رقابت کامل تجاری احتمال هر نوع مشارکت بین فعالان تجاری از بین می‌رود و کلیه رفتارهای آنان مستقل از رقبای دیگر صورت می‌گیرد. توافقات افقی این استقلال را برهم می‌زند و بر همین اساس ممنوع تلقی شده‌اند. در مقابل، بسیاری از اقتصاددانان جدید، رویکردی را اتخاذ کرده‌اند که به موجب آن، تأثیر توافقات افقی، تبادل اطلاعات بین فعالان تجاری است و این تبادل اطلاعات الزاماً در تمام موارد، ضد رقابتی نیست. وانگهی نمی‌توان گفت در بازار رقابتی کامل، فعالان هیچ ارتباطی با هم ندارند چرا که در هر نوع بازاری، فعالان تجاری با سایر رقبای خریداران و عرضه‌کنندگان مرتبط بوده و اصولاً نمی‌توانند مستقل از آنها فعالیت کنند. در حقیقت بازار محل تلاقی این روابط است. در تحلیل این گروه اطلاعات قابل تبادل را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود:

(۱) اطلاعات فنی که می‌توان آن را شرایط مربوط به بازار دانست، مانند اطلاعات مربوط به عرضه و تقاضا.

---

1 . Horizontal Agreements

2 . صادقی، طوبی، پیشین، ص ۱۲.

۳ . غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۸، چاپ دوم



۲) اطلاعات مربوط به رفتار آینده رقبا، مانند قیمت محصولات در آینده یا سرمایه‌گذاری آنها در زمینه‌ای خاص.

توافقات افقی می‌تواند در تبادل این اطلاعات موثر باشد و در عین حال دارای آثار مثبت اقتصادی تلقی شود؛ چرا که بخشی از هزینه‌های تولید مربوط به ابهام در شرایط بازار است. تبادل این اطلاعات می‌تواند ابهام را کاهش داده و در نتیجه هزینه‌های تولید نیز کاهش یابد. امری که در نهایت به نفع مصرف‌کننده نهایی خواهد بود. در واقع این توافقات می‌تواند نیازهای مصرف‌کنندگان را بهتر معلوم نموده و هزینه‌های انجام شده را با آنها -منطبق نماید.<sup>۱</sup>

کمیسیون اروپایی در اطلاعیه خود پیرامون مشارکت افقی بیان می‌کند: «توافقات افقی می‌تواند هر دو نوع آثار ضدرقابتی و رقابتی را ایجاد کند. به عنوان مثال، تثبیت قیمت یا تقسیم بازار یا هر نوع توافقی که قدرت بازاری طرفین را افزایش می‌دهد ضدرقابتی است؛ زیرا تثبیت قیمت مستقیماً باعث می‌شود مشتریان قیمت محصولات را به نرخ بالاتر بپردازند و تقسیم بازار نیز منجر می‌شود قدرت انتخاب آنها کاهش یابد. اموری که به وضوح با ضوابط حقوق رقابت مغایرند. از طرف دیگر این توافقات می‌تواند آثار مثبت نیز در پی داشته باشد. فشار رقابتی روز افزون و رشد بسیار سریع تکنولوژی نیازمند وجود قدرت مقابله متناسب است و توافقات افقی به ویژه در مورد شرکت‌های کوچک‌تر می‌تواند این توانایی را ایجاد کند. به ویژه در مواردی که انجام عملی خاص جز به وسیله توافق افقی ممکن نیست و آن عمل فی‌نفسه ضدرقابتی نبوده بلکه در توسعه اقتصاد موثر است.»<sup>۲</sup>

بنابراین معلوم می‌شود امروزه برخلاف گذشته نمی‌توان توافقات افقی را یک‌سره ضدرقابتی دانست. همچنان که نمی‌توان آثار ضدرقابتی احتمالی آنها را نادیده گرفت. بر همین اساس باید هر توافق را به صورت دقیق تحلیل نمود. کمیسیون اروپایی در نظر خود بیان نموده است: «این تحلیل و ارزیابی باید بیش از هر چیز بر فضای اقتصادی تحقق توافق متکی باشد. بر همین اساس تعریف بازار مرتبط، وضعیت طرفین و رقبا، احتمال ورود و موانع فعالیت از اهمیت برخوردار است، همچنان که باید ماهیت توافق را نیز مد نظر داشت.»<sup>۳</sup> در این امر

---

1 . Wayne E. Gable, Horizontal Resreaint of Competition, Estern Economic Journal, No.4, 1984, p.35.

2 . Commission Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements (2001 – OJC 3/02).

3 . J.A Hans Marks, the New Horizontal Agreements Approach in the EU, Maastricht University Workshop "Reform of the EC Competition Policy" 11 Dec 2001.

مؤلفه‌هایی چون موضوع مشارکت رابطه رقابتی بین طرفین و میزان مشارکت تأثیرگذار است. می‌توان گفت به طور نوعی توافقات افقی زیر معمولاً ممنوع تلقی نمی‌شوند:

(۱) توافقاتی که طرفین آن رقیب تجاری نیستند.

(۲) توافق بین رقبا در جایی که طرفین نمی‌توانند به شکل مستقل موضوع توافق را انجام دهند و توافق برای انجام آن لازم است.

(۳) مشارکت در فعالیت‌هایی که به حذف رقابت نمی‌انجامد.<sup>۱</sup>

در ارزیابی توافقات افقی «نظریه تأثیر ناچیز» اعمال می‌شود و در صورتی که سهم طرفین از بازار کم باشد توافق ممنوع نیست.

بررسی پرونده‌های مرتبط با توافقات ضدرقابتی افقی را باید با توجه به ماهیت محدودیت و ماهیت ساختار بازار تقسیم و بررسی نمود. توافق در جایی که واسطه ماهیت ضدرقابتی است که تداوم آن در بازار همواره زیان‌آور بوده باشد. مثال رایج این توافقات را باید محدودیت‌های مربوط به قیمت، میزان تولید و یا تقسیم بازار دانست. این رفتارها اغلب به شکل پنهانی صورت می‌گیرند و تعقیب کیفری و جزایی متعاقب آنها است. در این موارد ضرورتی ندارد خواهان هیچ نوع قدرت بازاری یا آثار بالفعل در بازار را اثبات کند، بلکه مسئولیت تنها دائرمدار این نکته است که آیا خواننده چنین عملی را انجام داده است یا خیر. علاوه بر این مورد که می‌توان آن را توافقات ضدرقابتی ذاتی دانست، نوع دیگری از این توافقات مربوط به جایی است که آثار ضدرقابتی توافق بسیار واضح و معلوم است و به راحتی قابل ارزیابی است. این توافقات اگرچه محدودیت صریح در مورد قیمت محصولات یا میزان تولید ندارند، اما در بلندمدت رابطه مسلم و قطعی با آنها خواهند داشت. مانند محدودیت‌های مربوط به ساعات کار و یا تصمیم انجمن‌های تجاری در مورد تبلیغ اجناس.

در مقابل نوع دوم محدودیت‌ها مواردی هستند که به واسطه ماهیت و ساختار بازار ضدرقابتی تلقی می‌شوند. در چنین پرونده‌هایی خواهان، بازار مرتبط را تعیین می‌کند و به اثبات این امر می‌پردازد که به واسطه ماهیت خاص

---

1 . Wayne E. Gable, Horizontal Resreaint of Competition, Estern Economic Journal, No.4, 1984, p.37.

بازار، توافق دارای آثار ضدرقابتی است و رقابت را مختل می‌کند. در این نوع توافقات نفس موضوع توافق ضدرقابتی نیست، بلکه با تحلیل توافق و ساختار بازار ضدرقابتی بودن آن معلوم می‌گردد.<sup>1</sup>

بررسی نظریات ارائه شده در مورد این توافقات این نکته را نشان می‌دهد که اگرچه توافقات بین رقبا اعم از بالقوه و بالفعل به احتمال زیاد ضدرقابتی است، اما پیچیدگی روابط تجاری و ایجاد شرایط متفاوت از گذشته، حقوقدانان را بر آن داشته که بیش از هرچیز تحلیل اقتصادی این توافقات را مد نظر قرار دهند و تنها بر پایه نوع آن قضاوت و ارزیابی نکنند. بنابراین می‌توان گفت وجود آثار رقابتی و اقتصادی در این توافقات «قاعده باطل بودن ذاتی» این رفتارها را بسیار متزلزل‌تر از گذشته کرده است.

حال پس از آشنایی با مفهوم توافقات افقی محل رقابت به بررسی مصادیق آن خواهیم پرداخت.

### 3-1-1. تثبیت قیمت<sup>2</sup>

یکی از رایج‌ترین و موثرترین توافقات افقی، تثبیت قیمت محصولات است. طبق نظر رایج، تثبیت قیمت از محدودیت‌های ذاتی تلقی می‌شود یعنی ممنوعیت آن به صرف اثبات توافق بوده و نیازی به بررسی آثار این توافق در بازار نیست. رقابت در قیمت‌گذاری مهم‌ترین و مشهورترین رقابت است. رقابت در قیمت سبب می‌شود قیمت محصولات در حداقل ممکن باقی بماند، در نتیجه مشتریان بیشتری از محصول استفاده کرده و ثروت میان فعالان بازار تقسیم شود. قیمت اجناس بیش از هر چیز، به میزان تولید آنها وابسته است. هرچه تولید محصول افزایش یابد، قیمت آن کاهش خواهد یافت؛ چرا که افزایش میزان تولید نوعاً نشان از وجود منابع و مواد اولیه تولیدی است. فعالان تجاری تلاش می‌کنند با استفاده از مواد اولیه کم هزینه‌تر، هزینه نهایی محصول را کاهش دهند و از این طریق مشتری را جذب نمایند؛ اما در برخی موارد رقابت مؤثر در بازار، تعیین‌کننده قیمت محصولات نیست، بلکه توافق رقبای تجاری آن را معین می‌کند. نوعاً این توافقات قیمت محصول را در حد بالاتر از میزان متعارف مشخص می‌کنند و از این نظر به مصرف‌کننده زیان می‌رسانند. بنابراین علی‌رغم تغییر شرایط مؤثر در قیمت محصولات، به علت وجود توافق، قیمت تغییر نکرده و و این به معنای اختلال در ساختار بازار است.

تثبیت قیمت محصولات نوعاً به دو طریق عمده صورت می‌گیرد:

---

1. Thomas B. Leary, A Structured outline for the analysis of horizontal agreements, Available at:

[www.ftc.gov/speeches/leary/chairsshowcasetalk](http://www.ftc.gov/speeches/leary/chairsshowcasetalk)

2. price fixing

الف) تثبیت قیمت مستقیم: در این طریق، قیمتی ثابت یا کف قیمت مشخص می‌گردد و بنگاه‌های توافق کننده حق فروش کمتر از آن حداقل توافق شده را نخواهند داشت.

ب) تثبیت قیمت غیرمستقیم: در این روش، حداقل قیمت مورد توافق قرار نمی‌گیرد بلکه با ابزارهای دیگری همچون وضع جریمه یا تعیین مشوق برای رعایت سیاست‌های قیمت‌گذاری و ... بطور غیر مستقیم سعی در تثبیت قیمت‌ها می‌شود. درج برخی شروط در قراردادها نیز بطور غیرمستقیم انگیزه طرف قرارداد را جهت فروش محصول با قیمت کمتر تضعیف می‌کند، نظیر درج شرط کامله الوداد.

حتی در اتحادیه اروپا بیان شده است این نکته که با توافق قیمت بیش از حد معمول تعیین شود و یا پایین‌تر از قیمت متعارف معین گردد، موثر در ممنوعیت نیست و در هر حال توافق ضدرقابتی تلقی می‌شود.<sup>۱</sup> اصلی‌ترین علت ممنوعیت ذاتی توافقات تثبیت قیمت را باید در آگاهی رقبا از سیاست قیمت‌گذاری یکدیگر دانست. بنابراین حتی در جایی که سقف قیمت‌گذاری تعیین شده است (حداکثر قیمت) یا قیمت‌ها به شکل پیشنهادی مطرح شده باشد و مورد متابعت قرار نگیرند نیز رفتار ضدرقابتی شکل گرفته است؛ چرا که در هر حال این امر سبب آگاهی رقبا از راهبردهای تجاری بنگاه شده و سیاست و خط‌مشی تعیین قیمت محصولات رقبا برای یکدیگر معلوم شده است. امری که در تنظیم رفتار تجاری آنها تأثیر انکارناپذیر دارد.<sup>۲</sup> شایان ذکر است که این سختگیری در خصوص توافقات افقی بوده و در رابطه با توافقات عمودی در اغلب مقررات، تعیین حداکثر قیمت یا بهای توصیه‌ای امری ضدرقابتی تلقی نگردیده است، مگر آنکه در نتیجه فشار یا تحریک طرف دیگر قرارداد منجر به تعیین قیمت معین یا حداقل قیمت شود یا در انگیزه طرف مقابل در فروش به بهای کمتر تأثیر بگذارد.<sup>۳</sup>

توافقات مربوط به تثبیت قیمت ضدرقابتی ممنوع است، حتی اگر:

- توافق مزبور به اطلاع مقامات کشور رسیده و یا توافق با مشاوره آنها صورت پذیرفته باشد و ضوابط کلی حقوق در آنها رعایت شده باشد.<sup>۴</sup>

1 . Dutch cranes case. CFI 22 October 1997.

2 . VHC case ECJ 17 October 1972; Randal C. picker, The per se Rule Against Horizontal Price Fixing, law school of the university of Chicago working paper, no, 398.

۳ . بند الف ماده (۲) ۴ م.رق.ا.ف (مقرره رقابتی قراردادهای انتقال فناوری

4. 551. SSI case 1985 ECR 3331.

- بعد از انعقاد توافق مقامات آن را تصویب نمایند. مثلاً بیان کنند اصل افزایش قیمت مزبور مورد تأیید آنها است.

- توافق تثبیت قیمت از نظر عرفی رایج تلقی شود و هیچ منعی بر آن مترتب نباشد.<sup>۱</sup>

می‌توان گفت عنصر اصلی توافقات بین رقبا در مورد تثبیت قیمت محصولات، تبانی است. «تبانی» در حقوق رقابت به معنای مشارکت و اتفاق نظر رقبا بر انجام عملی ضدرقابتی است. تمایز تبانی با کارتل در این نکته است که در تبانی الزامی به وجود توافق و قرارداد رسمی نیست، با این حال شرایط و آثار اقتصادی هر دو یکسان است به نحوی که حتی اصطلاحات به کار رفته در آنها را می‌توان جایگزین هم نمود.

در بسیاری از پرونده‌ها بیان شده است که تبانی بین رقبا برای تثبیت قیمت یا کاهش تولید، جدی‌ترین نقض قواعد حقوق رقابت است. زمانی که تعداد رقبا بیشتر بوده و محصولات، مشابهت بیشتری داشته باشند، حصول تبانی آسان‌تر است. موارد زیر را می‌توان در تسهیل تحقق تبانی بین رقبا مؤثر دارد:

(۱) توانایی حفظ قیمت: در صورتی که بازار فاقد موانع ورود بوده یا کالاهای جایگزین برای محصول که قیمت آن معین شده وجود داشته باشند، توافق بین رقبا عملاً فاقد تأثیر خواهد بود و انگیزه انعقاد آن بسیار کاهش می‌یابد.

(۲) امکان آشکار شدن توافق و یا مجازات‌های متعاقب آن چندان زیاد نباشد به نحوی که هزینه انجام آن بسیار بیش از منافع حاصل از آن گردد.

(۳) هزینه‌های مربوط به حصول مشارکت نیز بیش از منافع حاصل از توافق نباشد.

(۴) کالاهای و محصولات یکسان یا شبیه به هم تولید شود؛ چرا که توافقات مربوط به تثبیت قیمت واحد در مواردی که محصولات از نظر کیفی یا سایر وجوه با هم متفاوت‌اند چندان عملی نخواهد بود.

(۵) زمینه فعالیت در تولید محصول مورد نظر گستره وسیعی نداشته باشد؛ چرا که هرچه میدان فعالان در تولید محصول بیشتر باشد هزینه‌های تحمیلی برای حصول توافق افزایش می‌یابد.

---

1. Lennart Ritter, Ibid, p175.

۶) وجود اتحادیه‌های تجاری و صنفی نیز احتمال تحقق توافق را افزایش می‌دهند، چون تبادل اطلاعات میان اعضای چنین انجمن‌هایی به شکل گسترده اتفاق می‌افتد.

در کنار این موارد، مسائلی چون تغییرات تکنولوژیک، اهداف متفاوت فعالان، نبود تقاضای دائم برای محصول خاص، احتمال تشکیل توافق تثبیت قیمت و موفقیت آن را کاهش می‌دهد.<sup>۱</sup> ممنوعیت تبانی و همکاری میان رقبا تنها بر تثبیت قیمت محدود نمی‌شود، بلکه مبنایی که ذکر کردیم در مورد سایر شرایط تجارت نیز وجود دارد و ممنوعیت شامل آنها نیز می‌گردد. بر همین اساس، هر نوع توافق یا عمل مشترک بین رقبا برای تثبیت مواردی چون شرایط حمل و نقل و یا شیوه قیمت‌گذاری نقض قواعد رقابت به‌شمار می‌آید.<sup>۲</sup>

شایان ذکر است، علیرغم آنکه وقوع تبانی و انعقاد قرارداد تثبیت قیمت، اغلب فی‌مابین بنگاه‌های عرضه‌کننده صورت می‌گیرد، اما خریداران یک کالای معین نیز ممکن است قیمت خرید آن را در میان خود مشخص نمایند. وقوع این تبانی علی‌الخصوص به هنگام شرکت بنگاه‌ها در مزایده‌ها محتمل است.<sup>۳</sup>

۲-۱-۳. تحدید یا کنترل تولید، توسعه فنی یا سرمایه‌گذاری  
در برخی موارد رقابتی اقدام به انعقاد توافقاتی می‌کنند که به موجب آن میزان تولید کاهش پیدا می‌کند و یا با آگاهی طرفین تغییر می‌نماید. چنین توافقاتی مانند مواردی که توسعه فنی یا سرمایه‌گذاری را محدود می‌کند فی‌نفسه ضد رقابتی تلقی می‌شود. البته در صورتی که توافقات محدودکننده تولید برای بهبود شرایط محیط‌زیست صورت گرفته باشد یا در لیسانس غیرمقابل، زمانی که شرط تحدید تولید را لیسانس‌دهنده بر لیسانس‌گیرنده بار می‌نماید، این شرط مشمول ممنوعیت نبوده و معتبر تلقی می‌گردد.<sup>۴</sup> تصمیمات مربوط به سرمایه‌گذاری یا ظرفیت تولید از مهم‌ترین مسائل مربوط به تجارت بین رقبا است. هر نوع توافقی که رقبا در راستای محدود کردن و یا به کنترل در آوردن طرح‌های استراتژیک طرف مقابل منعقد می‌کنند، ممنوع و غیرقابل معافیت است. همین ممنوعیت در مورد توافقات مرتبط با عدم توسعه ظرفیت تولید نیز وجود دارد. در بسیاری از موارد این توافق بین رقبا با وسیله‌ای برای کنترل عرضه در بازارهای مورد نظر طرفین است. گهگاه در

---

1. Glossary of Industrial organization Economics and Competition Law.

2. Lennart Ritter, Ibid, p180; Robert N. Corley, Peter J. Shedd, Ibid, p967.

۳. غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۸، چاپ دوم، ص ۳۰۸

4. CED ED case D.COMM. 11. Feb. 2000.

توافقات بصورت غیر مستقیم سبب تحدید و کنترل میزان تولید می‌گردد، حالت رایج این فرض، درج شرطی است که به موجب آن، در صورت افزایش میزان تولید، می‌باید حق امتیاز بیشتری پرداخت شود.

به طور کلی فعالان تجاری به خصوص شرکت‌ها برای حل مشکلات مربوط به ظرفیت تولید توافقات مختلفی منعقد می‌کنند که شامل موارد زیر است:

(۱) توافقات چندجانبه: این توافقات که در واقع در برگیرنده تمام تولیدکنندگان محصولی خاص است، تمام اجزای تشکیل‌دهنده کارتل را دارا است. مانند تثبیت قیمت یا تقسیم بازار. این نوع توافقات نوعاً و در اکثر موارد باطل تلقی می‌شوند جز در فروض خاص که مشمول معافیت شوند.

(۲) توافقات دوجانبه: توافقات تنها بین دو رقیب تجاری منعقد می‌شود و تنها در صورتی که به حذف کامل رقابت در بخش مهمی از بازار منجر نشود، می‌تواند معتبر تلقی گردد.

(۳) نوع سوم توافقاتی است که در آن یکی از طرفین متعهد می‌شود میزان واردات محصولی خاص را کاهش دهد. این توافقات هم ماهیت کارتل‌گونه دارند و موقعیت آنها مانند توافقات کاهش تولید است. در بسیاری از کشورها چنین توافقاتی نیز هیچ‌گاه مشمول معافیت نشده‌اند. توافقات مربوط به ظرفیت تولید، یا میزان تولید را به شکل کلی کاهش می‌دهد و یا تولید در بخشی خاص را با محدودیت مواجه می‌کند که این توافقات نوع مرسوم و رایج و تقسیم بازار بین رقبا است و تقریباً در تمام موارد ممنوع و دارای موضوع ضدرقابتی دانسته می‌شود. در توافقات اخیر معمولاً سهم هر یک از رقبا در بازار تولید مشخص می‌شود که بر اساس میزان فروش طرفین در سال‌های گذشته صورت می‌پذیرد. چنین تعاملاتی حتی در صورتی که مورد عمل واقع نشوند ممنوع است؛ چرا که اساس آن بر دادن اطلاعات مربوط به سال گذشته و وضعیت رقیب تجاری است اطلاعاتی که از اسرار تجاری تلقی می‌شود و می‌تواند در تنظیم سیاست تجاری رقبا در بازار موثر باشد. آنچه در این میان مبادله می‌گردد، معمولاً اطلاعات دقیق و جزئی در مورد میزان تولید و فروش هر یک از طرفین است. این تبادل اطلاعات به محدود شدن رقابت خواهد انجامید؛ چرا که ناآگاهی از سیاست اقتصادی طرف مقابل و میزان فروش او، بخشی از ریسک و خطرپذیری فعالان تجاری را به وجود می‌آورد. اما چنین توافقاتی با ایجاد آگاهی از شرایط رقیب، ریسک طبیعی تجارت را از بین می‌برد. در نتیجه رقیب مطلع می‌تواند در بهترین زمان توان پیش‌بینی رفتار رقیب خود را داشته باشد و مثلاً عرضه در منطقه‌ای خاص را که تا به حال به نحوه اتفاقی

انجام می‌داد، در اولویت خود قرار دهد و یا با افزایش تولید، قیمت محصول را به شدت کاهش دهد تا رقیب از بازار حذف شود.

به واسطه جرم بودن این توافقات، بسیاری از فعالان تجاری به شکل غیرکتابی و مخفی آنها را منعقد می‌کنند. مانند اینکه توافق را در چارچوب ملاقاتی اداری محقق می‌کنند. بنابراین احراز چنین توافقاتی چندان ساده نیست و بیش از هر چیز باید به اوضاع و احوال و شرایط هر پرونده توجه نمود.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۳. تقسیم بازار و مصرف‌کنندگان

یکی دیگر از مصادیق توافقات ضدرقابتی موردی است که فعالان تجاری مصرف‌کنندگان یا بازار محصول مورد نظر را بین خود تقسیم می‌کنند. بدین نحو که تنها یک یا چند فعال در بازاری خاص تجارت نمایند یا با گروه خاصی از مصرف‌کنندگان معامله کنند. این توافقات نیز رقابت تجاری را مختل می‌کند، چرا که رقابت، متوقف در وجود چند فعال تجاری است، در حالی که به موجب توافق تنها یک یا تعداد محدودی از فعالان به تجارت در زمینه‌های خاص می‌پردازند. تقسیم بازار می‌تواند به شکل توافقات موجد محدودیت واردات یا صادرات صورت بگیرد. در این فروض خریداران یا مصرف‌کنندگان کالا یا خدمات وارداتی که برای تولید محصولی در داخل کشور مورد نیاز است، در مورد بخشی از خرید خود از خارج از مرزها توافق می‌کنند. کارتل‌های مربوط به واردات که میزان آن را محدود کرده یا سبب ایجاد همکاری در تعیین قیمت کالاهای وارداتی می‌شود به شرط تأثیرگذاری، مغایر قواعد رقابت قلمداد می‌شوند. در اتحادیه اروپا بیان شده است حتی اگر توافق مزبور بین فعالان تجاری یک کشور صورت پذیرد، اما اثر توافق محدود به قلمرو آن کشور نشود، حقوق رقابت نقض شده است.<sup>۲</sup>

همین وضعیت را می‌توان در توافقات همکاری در صادرات مشاهده کرد. توافقات مربوط به صادرات ممکن است بین فروشندگان رقیب صورت پذیرد و موضوع آن هماهنگی در شرایط فروش، آگاهی و تبلیغ محصول باشد. چنین توافقاتی نیز رقابت را محدود می‌کند.

---

1 . Josephine Steiner & Lorna woods, Ibid, p. 231.

2 . France Japanese Ball Bearing Agreement case. D.COMM. 29 Nov 1974.



به عنوان نمونه در پرونده Sugar مطرح شد، توافق رقبا به فروش مازاد محصول خود به بازار جهانی و صادر کردن آن، مختل کننده ساختار بازار است. چرا که اولاً نتیجه آن تبادل اطلاعاتی است که منجر به انجام اعمال مرتبط در تعیین قیمت می شود، ثانیاً تعیین مقدار عرضه کالا برای صادرات، کاهش عرضه در محدوده کشور را در پی خواهد داشت که نتیجه آن تنزل بسیار محسوس رقابت است.<sup>۱</sup>

در توافقات مربوط به تقسیم مصرف کننده، رقبای تجاری چنین توافق می کنند که عرضه، تنها به بخش خاصی از مصرف کنندگان صورت گیرد و یا تولید کنندگان با توافقی بین خود چنین مقرر می کنند که عرضه تنها در منطقه ای خاص واقع شود؛ چرا که مصرف کنندگان آن منطقه متعهد شده اند تنها محصولات تولیدی این تولید کنندگان را بخرند. چنین توافقاتی موجب می شود مکان های عرضه محصول توسط گروه خاصی از تولید کنندگان کنترل شود که نتیجه آن ایجاد مشکلات فراوان جهت ورود یا فعالیت موازی در آن منطقه است. به موجب نظر رایج، ممنوعیت این توافقات ذاتی است و به همین علت معمولاً مشمول معافیت قرار نمی گیرند.<sup>۲</sup>

توافقات تقسیم بازار و مصرف کننده تنها در یک صورت معتبر تلقی می شوند و آن فرضی است که این توافقات به صورت فرعی در توافقی دیگر مطرح شوند و برای تحقق اهداف رقابتی توافق اصلی، ضروری تلقی گردند.<sup>۳</sup> بنابراین باید گفت ضوابط حقوق رقابت گستره فعالیت تجاری فعالان را بر اساس میزان عرضه محصولات تولیدی و تقاضای مصرف کننده معین می کند. به دست آوردن سهم بیشتر در بازار و جذب حجم بیشتر مصرف کننده، خود از وجوه اصلی رقابت در بازار است و نمی توان با انعقاد توافق آن را تغییر داد. در مورد تأثیر این توافقات بر ساختار رقابتی بازار اختلاف نظر وجود دارد. در آمریکا بسیاری بر این باورند که توافقات مربوط به تقسیم بازار فی نفسه ضد رقابتی است و به واسطه اینکه موضوع آن عملی مغایر با ضوابط رقابت می باشد، برای اعمال ممنوعیت، احراز تحقق آن کفایت می کند.<sup>۴</sup> در مقابل برخی معتقدند امروزه به واسطه توسعه تحلیل های اقتصادی و افزایش مصادیق توافقات تجاری، نمی توان ضد رقابتی بودن توافقات را تنها بر اساس عنوان آنها تعیین کرد. بلکه در هر مورد باید به مجموع آثار حاصل از توافق و رفتار مورد نظر توجه

---

1. ECJ, 16 Dec, 1975.

2. ASPA case D.comm 28 june, 1970. Lennart Ritter Ibid. P.191.

3. Josephie Steiner & Lorna woods, Ibid, p. 231.

4. Robert N. Corley, Peter J. Shedd, Ibid, p.968.

نمود. بر همین اساس، در مواردی که این توافقات ایجادکننده نوعی محدودیت فرعی است می‌توانند معتبر تلقی گردند.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد رویکردی که امروزه بیشتر مد نظر قرار می‌گیرد اعمال قاعده تناسب و معقول بودن محدودیت است. یعنی در جایی که محدودیت فرعی برای تحقق اهداف رقابتی توافق اصلی ضروری باشد، توافق معتبر است. اما به واسطه اینکه طرفین چنین توافقاتی رقیب تجاری هم می‌باشند بررسی عمل انجام شده نیازمند دقت نظر بسیار است و ادله بسیار محکم و متقن برای اعتبار توافق لازم است.<sup>۲</sup>

با توجه به اینکه در برخی از شروط مربوط به تقسیم بازار، به منع از «فروش فعال» و «فروش انفعالی» تصریح می‌گردد (نمونه: توافق می‌کنند تا از فروش فعال یا انفعالی در حوزه رقیب دیگر اجتناب کنند)، لازم است تعریفی از فروش فعال و فروش انفعالی ارائه گردد. منظور از فروش انفعالی، انجام فعالیت‌های تجاری و بازاریابی بدون داشتن طرح تجاری از پیش تعیین شده برای ترغیب مشتریانی خاص مثل: تبلیغ در شبکه‌های مجازی که در همه جا قابل مشاهده است. در مقابل منظور از فروش فعال اقداماتی است که با برقراری ارتباط مستقیم با مشتریانی که در قلمروی انحصاری رقیب دیگر است محقق می‌شود.

#### ۳-۱-۴. تمرکز تجاری

از دیگر رفتارهای ضدرقابتی تمرکز فعالیت رقبا به شکل افقی است. تمرکز تجاری مفهومی اعم از ادغام و تملک شرکت دیگر است. بنابراین ادغام و تملک هر دو می‌توانند مصداقی از تمرکز افقی در بازار محسوب شوند. به طور کلی تمرکز زمانی شکل می‌گیرد که دو یا چند شرکت مستقل اقدام به ادغام کرده و یا تغییری در نظارت و کنترل یکی از شرکت‌ها صورت گیرد، به نحوی که نظارت بر آن به شکل مشترک یا مستقل به دیگران واگذار شود.

---

1. Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p.190.

2. Koren Davies, Ibid, p.128.

ادغام شیوه‌ای است که به موجب آن شرکت‌ها می‌توانند فعالیت خود را گسترش دهند و در بازارهای جدید فعالیت نمایند. افزایش قدرت در بازار، استفاده از امکانات وسیع‌تر و ایجاد سرمایه‌گذاری گسترده‌تر از انگیزه‌های ادغام است. ادغام را می‌توان به سه نوع تقسیم نمود:

(۱) ادغام افقی: در این نوع، شرکت‌هایی که یک نوع محصول را تولید می‌کنند در هم ترکیب می‌شوند. در واقع این ادغام، ادغام بین رقبا است.

(۲) ادغام عمودی: این ادغام بین شرکت‌هایی است که در مراحل مختلف تولید فعالیت می‌کنند، مانند ادغام تولیدکننده فولاد با توزیع‌کننده آن. این نوع ادغام بیشتر بین فعالانی صورت می‌گیرد که در تولید محصول خاص با هم مرتبط می‌باشند.

(۳) ادغام گروه شرکت‌ها<sup>۲</sup>: ادغام گروه شرکت‌ها بین شرکت‌هایی صورت می‌گیرد که تجارت آنها ارتباطی با هم ندارد. مانند ادغام تولیدکننده اتومبیل و تولیدکننده مواد غذایی<sup>۳</sup>.

بنابراین در هر یک از انواع پیش گفته، بین دو یا چند واحد اقتصادی مستقل اتحاد تجاری صورت می‌پذیرد و باعث می‌شود تغییراتی بادوام‌تر و طولانی‌تر از تغییرات حاصل از دیگر توافقات بین شرکت‌ها در بازار ایجاد شود. از میان سه نوع ادغام گفته شده، اهمیت اصلی به ادغام افقی داده می‌شود. به این علت که آثار ضد رقابتی این نوع ادغام بیش از موارد دیگر است. ادغام‌های افقی دارای دو اثر مهم و تأثیرگذار در ساختار بازار است:

(۱) بعد از تحقق ادغام، یک شرکت فعال در بازار نسبت به وضعیت قبل از ادغام از بین می‌رود و از تعداد فعالان تجاری کاسته خواهد شد.

(۲) شرکت حاصل بعد از ادغام معمولاً سهامی بیش از آنچه شرکت‌های اصلی داشته‌اند، به دست می‌آورد.<sup>۴</sup>

حقوق رقابت به همین علت در مواردی که ادغام منجر به ایجاد قدرت بازاری یا تقویت آن گردد، آن را ممنوع اعلام می‌کند. در واقع ادغام‌هایی که نتیجه آن ایجاد تمرکز شدید در بازار است، به موجب ضوابط حقوق رقابت

1. Merger

2. Conglomerate Merger

3. Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law. Alison Jones and Brenda Suffrin, Ibid, p.850; P.S.R.F. Mathijsen, Ibid, p.264.

4. P.J.G Kaptenyn and P.Verloren, Ibid p. 905; Michael a.Uttom, Market dominance and antitrust policy, Elgar publication, 2003, p.171.

ممنوع تلقی می‌گردند؛ چرا که طرفین ادغام با ایجاد مجموعه‌ای واحد این توانایی را به دست می‌آورند که با کاهش تولید، قیمت محصولات را افزایش دهند.

در مقابل، ادغام‌های عمودی چندان مخل قواعد رقابت تلقی نمی‌شوند؛ چرا که در این نوع توافقات افزایش قدرت بازار به ندرت حاصل می‌شود. هدف از این نوع ادغام‌ها عرضه تضمین‌شده مواد اولیه و تضمین فروش محصولات است و تنها در مواردی که حذف رقابت از بازار یا جلوگیری از دسترسی آنان به منابع عرضه به شکل جدی بروز نماید، چنین ادغام‌هایی نیز ممنوع می‌گردند.

نوع سوم ادغام، فاقد هر نوع اثر افقی یا عمودی است. در برخی موارد که شرکت در یک بازار بحرانی یا رو به افول فعالیت می‌کند، این تمایل وجود دارد که توسعه فعالیت‌ها در بازاری دیگر نیز انجام شود. این نوع ادغام‌ها در راستای همین هدف صورت می‌پذیرد و اثرات ضد رقابتی اصلی آن حذف رقبای بالقوه در روابط افقی است.<sup>۱</sup>

در آمریکا قواعد مربوط به ادغام با توجه به قانون شرمین، کلایتون و قانون ادغام بانک بررسی می‌شود. ادغام افقی در صورتی به موجب قانون شرمین ممنوع است که محدودیتی غیرمتعارف در تجارت ایجاد کند یا به تحقق انحصار بیانجامد. در آمریکا اهمیت اصلی در بررسی‌های ادغام‌های افقی است و اصلی‌ترین معیار ضد رقابتی بودن آنها کاهش رقابت «به شکل اساسی» است. در این ارزیابی میزان تمرکز موجود در بازار قبل از ادغام و وضعیت طرفین از مؤلفه‌های موثر در بررسی می‌باشد.

باید در نظر داشت که گاهی ادغام سبب می‌شود ورود به بازار برای سایر فعالان تجاری مشکل شود، در نتیجه کاهش فعالان تجاری و ضرر مصرف‌کننده به وجود خواهد آمد؛ زیرا هرچه تعداد فعالان تجاری در تولید محصولی خاص کاهش یابد، احتمال تأثیرگذاری تصمیم‌های فردی در حجم تولید و قیمت محصولات افزایش می‌یابد. بنابراین در مواردی که ادغام تأثیری بر امکان ورود به بازار نداشته باشد و علی‌رغم وجود ادغام این امکان برای سایر فعالان باشد که در بازار محل تحقق آن فعالیت کنند، توافق طرفین معتبر و صحیح است.<sup>۲</sup> در بررسی امکان ورود فعالان جدید به بازار، وضعیت رقبای بالقوه، ویژگی‌ها و ایستایی بازار مرتبط مدنظر قرار می‌گیرد و در صورتی که میزان ورود به بازار فعالان جدید در حدی باشد که آثار ضد رقابتی توافق تعدیل یا

---

1 . Josephine Steiner & Lorna woods, Ibid, p. 261.

2 . Mannesmann case 1994 OJL 102/15.

حذف گردد، ادغام معتبر است.<sup>۱</sup> بنابراین معیار بررسی ادغام تأثیر آن بر کنترل بازار و کنترل ورود به بازار است.<sup>۲</sup>

به عنوان مثال قانون شماره ۲۸۷/۹۰ ایتالیا در مواد ۵ تا ۷ خود موضوع ادغام را مطرح کرده است. در این قانون بیان شده است اگر مجموع بازگشت سرمایه شرکت‌های مربوطه از ۵۰۰ میلیارد لیر متجاوز باشد، قبل از ادغام باید موضوع را برای بررسی به سازمان ضد تراست ایتالیا اطلاع داد تا ضد رقابتی یا معتبر بودن ادغام مورد ارزیابی قرار گیرد. سازمان مذکور نیز بر طبق ضوابطی که گفته شد باید این نکته را معلوم سازد که ادغام به حذف یا کاهش رقابت در بازار ایتالیا منتهی می‌شود یا خیر. در نهایت متناسب با نتیجه‌ای که از این بررسی حاصل می‌شود سازمان، ادغام را ممنوع یا مشروط به اقدامات پیش‌گیرانه و یا معتبر اعلام می‌کند.<sup>۳</sup> ارزیابی اثرات تمرکز بر رقابت در ایتالیا نیز مؤلفه‌هایی مشابه با سایر نظام‌های حقوقی دارد: میزان سهم طرفین از بازار، حضور رقبای قدرتمند و ظرفیت فعالیت آنها در بازار و تأثیر ادغام در مواجهه با رقابت بین‌المللی، از نمونه عناصر موثر در ارزیابی ادغام است.

#### ۲-۴-۱-۳. تحصیل ملکیت<sup>۴</sup>

نوع دیگری از رفتارهای مرتبط با تمرکز، تحصیل ملکیت شرکت دیگر است. در حقوق رقابت، تمرکز تجاری در معنای اعم مدنظر قرار می‌گیرد که مفهوم تحصیل ملکیت را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین چه در صورتی که دو شرکت دارای استقلال اقتصادی و حقوقی، با یکی شدن واحد اقتصادی جدیدی را به وجود آورند (ادغام) و چه یک فعال تجاری به تنهایی کنترل تمام یا قسمتی از فعال تجاری دیگر را به دست آورد (تحصیل ملکیت) تمرکز در بازار به وجود می‌آید و قواعد تمرکز در حقوق رقابت در هر دو فرض اجرا می‌شود.<sup>۵</sup>

بنابراین برخلاف ادغام، در تحصیل ملکیت الزامی به از بین رفتن شخصیت مستقل اقتصادی و حقوقی طرفین وجود ندارد، بلکه همان گونه که گفته شد این امکان وجود دارد که بخشی از شرکت به ملکیت شرکت دیگر

---

1. Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 949; EU law legislation, p.473.

2. Michael a. Utton, Ibid, p.173.

3. معاونت امور مناطق و مجلس، رقابت آزاد و انحصار، ج ۱، تهران، انتشارات سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۴، ص ۴۵۹.

4. Acquisition

5. S.R.F Mathijen, Ibid, p.264.

در آید. در این مورد معیار اصلی به دست آوردن کنترل است، یعنی ضابطه تحصیل کنترل در تحصیل ملکیت، معین کننده میزان واگذاری می باشد.<sup>1</sup>

در هر حال ارزیابی تحصیل ملکیت بر اساس ضوابط حقوق رقابت با توجه به این مطلب است که آیا عمل انجام شده به اخلال در رقابت منجر می گردد یا خیر. بنابراین در صورتی که شرکت تحصیل کننده مالکیت و شرکتی که مالکیت آن به طور کلی یا جزئی منتقل شده سهم بازاری ناچیز داشته باشند و تأثیرگذاری آنها در تجارت به شکل عمده و محسوس نباشد، تحصیل ملکیت نقض حقوق رقابت تلقی نمی شود. اما اگر به واسطه بالا بودن میزان مشارکت هر یک از طرفین یا هر دوی آنها در بازار عمل مزبور به ایجاد قدرت برتر اقتصادی منجر شود ساختار بازار تغییر کرده و احتمال ضدرقابتی بودن عمل افزایش می یابد.

تقریباً در تمامی نظام های حقوقی، وضعیت ادغام و تملک یکسان و ضوابط بررسی این دو عمل شبیه به هم است و در هر دو مورد تأکید اصلی بر این نکته است که ادغام و تملک به واسطه افزایش قدرت بازار یا ایجاد موقعیت مسلط، ساختار رقابتی بازار را مختل نکند. در چنین صورتی عمل انجام شده مصداق رفتار ضدرقابتی می باشد که علاوه بر بی اعتباری موجب محکوم شدن طرفین به پرداخت جریمه می شود.

در نظام های حقوقی مختلف میزان فروش شرکت ها به عنوان ملاک عمل قرار می گیرد و بیان شده است در صورت احراز این میزان فروش، طرفین قبل از ادغام یا تملک باید مراتب را به سازمان ناظر بر ساختار رقابتی بازار اطلاع دهند.

### 3-1-4-3. سرمایه گذاری مشترک<sup>2</sup>

از دیگر مصادیق تمرکز در بازار «سرمایه گذاری مشترک» است که به ویژه تحقق آن در روابط افقی تأثیر زیادی در فرایند رقابت بازار خواهد داشت. در مورد تعریف سرمایه گذاری مشترک نظرات گوناگونی ابراز شده است. می توان گفت حداقل در مفهومی که حقوق رقابت آن را به کار می گیرد، سرمایه گذاری مشترک، مشارکتی بین شرکت ها است که برای انجام تجارتي خاص یا پروژه های ویژه صورت می گیرد. بنابراین ماهیت سرمایه گذاری مشترک، ایجاد مشارکت و تعامل است اما تعاملی که موضوع آن تنها پروژه ای خاص است و به طور مستمر و

1 . Lennart Ritter, Ibid, p.512.

2 . Joint Venture

دائم نیست. به همین علت برخی معادل «مشارکت خاص» را برای آن پیشنهاد داده‌اند. در هر حال این مشارکت زمانی موضوع قواعد رقابت است که طرفین آن شرکت‌های رقیب باشند.<sup>۱</sup>

مفهوم وسیع سرمایه‌گذاری مشترک در کشورهایی که قانون نظارت بر ادغام وجود دارد ایجاد مشکل می‌کند. چرا که ادغام را نیز در بر می‌گیرد و این سؤال به وجود می‌آید که در چه مواردی عمل مشارکت، مشمول قانون ادغام است و در چه مواردی ضوابط کلی بر آن حاکم است؟ در اتحادیه اروپا بیان شده قانون نظارت بر ادغام زمانی اجرا می‌شود که تغییری در ساختار بازار به وجود آید. بنابراین در صورتی که مشارکت صرف، بین فعالان تجاری به وجود آید، ضوابط کلی مرتبط با کارتل بر توافق حاکم خواهد بود و قانون ادغام تنها زمانی مشارکت را در بر می‌گیرد که تمرکز به وجود آید.<sup>۲</sup> به طور کلی سرمایه‌گذاری مشترک به دو صورت قابل تحقق است:

#### 3-1-4-3-1. مشارکت کامل<sup>۳</sup>

این نوع مشارکت در جایی است که طرفین توافق می‌کنند با مشارکت یکدیگر واحد اقتصادی جدیدی را ایجاد کنند که توانایی انجام تمام فعالیت‌های مرتبط با تجارت را داشته باشد. مشارکت کامل مستلزم تغییرات پایدار یا بلندمدت در ساختار بازار است و معیار آن توانایی انجام فعالیت‌های متعارف یک تاجر مستقل است. بر خلاف نوع دوم که مشارکت به شکل کامل به وجود نمی‌آید و آنچه تحقق خواهد یافت نوعی مشارکت در کنترل رفتار مؤسسه حاصل از توافق است.<sup>۴</sup>

کمیسیون اروپایی در نظر خود پیرامون تمایز بین مشارکت‌های کامل و جزئی موارد زیر را به عنوان ملاک ارائه نموده است:

(۱) استحکام و ثبات: در این معیار به این نکته توجه می‌شود که آیا حاصل مشارکت به عنوان واحدی قانونی است یا خیر و آیا توانایی تجارت به نحو مستقل از جانب طرفین پیش‌بینی شده است و یا حاصل توافق تنها ایجاد مؤسسه‌ای تحت کنترل مشترک آنها است: احراز این مطلب بر پایه موارد زیر می‌باشد:

سرمایه مستقل و شخصی، تکنولوژی مستقل، تولید و فروش و عرضه مستقل و داشتن نام و علامت تجاری که برای تمایز شرکت حاصل از مشارکت و طرفین ضروری است.

1 . Glossary of Industrial organization Economics and Competition Law.

2 . Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 868.

3 . full function joint venture

4 . سماواتی، حشمت‌الله، پیشین، ص ۴۸.

۲) استقلال از شرکت‌های اصلی: در مواردی که به این شرکت ایجاد شده و طرفین اصلی وابستگی اساسی وجود داشته باشد، مشارکت به شکل کامل محقق نگردیده است. این وابستگی می‌تواند در مورد پرسنل، عرضه محصولات و یا استفاده از تکنولوژی شرکت‌های اصلی باشد.<sup>۱</sup>

اثر عملی تمایز میان مشارکت کامل و جزئی این نکته است که مشارکت کامل به واسطه تغییر در ساختار بازار مشمول قوانین حاکم بر ادغام است، در حالی که اصول کلی ضوابط سرمایه‌گذاری مشترک جزئی را معلوم می‌کند. اعمال این ضابطه را می‌توان در پرونده Multimedia Telender Textel دید. کمیسیون اروپا اعلام کرد سرمایه‌گذاری مشترک به شکل کامل در این پرونده محقق شده است، چرا که دو شرکت مستقل در مورد اکثریت دارایی و فعالیت‌های خود اقدام به مشارکت کرده بودند و شرکت حاصل توافق، سازماندهی و پرسنل مستقل خود را داشت و بعد از دوره کوتاهی فعالیت، منابع اختصاصی مالی به دست آورد که ۱۰ درصد آن به موجب توافق به شرکت‌های اصلی اختصاص می‌یافت و مشارکت بعد از پایان مدت آن قابل تمدید و استمرار بود.<sup>۲</sup>

در مقابل می‌توان از پرونده Enw vs Eastern نام برد که در این پرونده کمیسیون اعلام کرد سرمایه‌گذاری مشترک به نحو جزئی شکل گرفته است، چون استقلال شرکت حاصل از توافق، محرز نشده و در اموری چون پرسنل، سرمایه و دارایی وابستگی به شرکت‌های مادر از بین نرفته بود. کارمندان محدود شرکت از طرف شرکت‌های اصلی تعیین می‌شدند و بسیاری فعالیت‌ها توسط آنان صورت می‌گرفت، مانند بازاریابی یا در اختیار قرار دادن اطلاعات فنی.

به طور کلی می‌توان گفت احتمال کامل تلقی شدن مشارکت در مواردی که توافق برای مشارکت و تعامل در انجام خدمات صورت می‌گیرد، بیشتر است مگر در مواردی که این خدمات برای کمک به فعالیت‌های شرکت‌های مادر صورت بگیرد. مانند خدماتی که برای تبلیغ یا فروش کالاهای تولیدی شرکت‌های مادر ارائه می‌شود و حقیقتاً مجزای از فرآیند تولید و عرضه کالاهای شرکت‌های مادر نیست. بنابراین شرکتی که چنین خدماتی ارائه می‌دهد، مشارکت کامل را به وجود نخواهد آورد.<sup>۳</sup>

---

1. ENW/ Eastern case D.Comm. Oct. 15, 1998.

2. D.Comm may 27, 1998.

3. Ertelsmann/ Havas case. D.Comm 7 may 1999; Lennart Ritter, Ibid, p.521.



با این حال در پرونده‌ی دیگری که در اتحادیه اروپا مطرح شده، کمیسیون اروپایی بیان داشته است گروه‌هایی که برای عرضه کالا و انتشار آن در مجله و روزنامه‌ها به توافق طرفین تعیین می‌شوند، سرمایه‌گذاری مشترک کامل را به وجود آورده‌اند. کمیسیون این موقعیت را بر اساس مطالب زیر را احراز کرد:

(۱) گروه حاصل از توافق، تنها به امر انتشار کالاهای تولیدی نمی‌پرداخت بلکه با عرضه‌کنندگان دیگر هم برای تبلیغ محصولات آنها در آینده توافقاتی منعقد کرده بود. بنابراین فعالیت آن تنها وابسته به تبلیغ طرفین و محصولات تولیدی آنها نبوده و می‌توانسته به شکل مستقل برای سایر عرضه‌کنندگان نیز فعالیت کند.

(۲) بخش عظیمی از بازگشت سرمایه گروه مورد بحث، حاصل عرضه محصولات دیگر فعالان تجاری (غیر از طرفین اصلی) بوده است. بنابراین به موجب این امر هم می‌توان استقلال شرکت حاصل از توافق را احراز کرد.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد در مورد شرکت‌های ارائه خدمات به طرفین اصلی، همان معیار پیش‌گفته صادق است. یعنی نوعاً شرکت‌هایی که به این قصد به وجود می‌آیند، مشارکت کامل را محقق نمی‌کند. مثال اخیر کمیسیون هم نافی آنچه گفته شد نیست. شرکت مورد نظر در پرونده فوق به واسطه ارائه خدمات به دیگر عرضه‌کنندگان مستقل محسوب شده است، کما اینکه کمیسیون با بیان ادله تصمیم خود نشان داده است، علت تحقق مشارکت کامل، وجود فعالیت‌های خدماتی شرکت برای سایر عرضه‌کنندگان است. پس با این حال اگر شرکتی صرفاً برای ارائه خدمات به طرفین اصلی به وجود آید، مشارکت جزئی است.

بنابراین می‌توان گفت موارد زیر مشمول قانون ادغام نمی‌شوند:

(۱) مشارکت‌هایی که به صورت جزئی است. یعنی مجموعه حاصل از توافق دارای فعالیت مستقل نیست، به منابع مالی کافی دسترسی ندارد و در بسیاری موارد وابسته به شرکت‌های مادر است.

(۲) تحصیل سهم شرکت به میزانی کمتر از آنچه در قانون ادغام لازم است.

(۳) کنترل یا مشارکتی که از طرف بانک یا مؤسسات بیمه موقتاً حاصل می‌شود و یا مشارکت‌هایی که در روند رسیدگی به ورشکستگی یا تسویه از طرف افراد ذی‌صلاح صورت می‌گیرد.

(۴) توافقات مربوط به مشارکت‌های کوتاه‌مدت که طرفین قادر به برهم زدن آن باشند.<sup>۱</sup>

---

1. De Agostini/ Hholding di partecipazioni case D.Comm 12 may 2003.

بنابراین مشخص شد که توافقات مربوط به مشارکت می‌تواند تحت دو نظام حقوقی مورد بررسی واقع شود: در مشارکت‌هایی که به شکل کامل است، قوانین ناظر بر ادغام بر سرمایه‌گذاری مشترک هم حاکم خواهد بود. در غیر این صورت اصول و ضوابط کلی حقوق رقابت وضعیت مشارکت را معلوم می‌کنند.

نکته‌ای که باید به آن تاکید کرد اینکه در پرونده‌های بسیاری، حوزه قوانین نظارت بر ادغام به شکل وسیع تفسیر شده است و بیان شده اگرچه شرکت حاصل از سرمایه‌گذاری مشترک خط‌مشی اقتصادی خود را به شکل مستقل تعیین می‌نماید، با این حال ضرورتی نیست که تمام جنبه‌های فعالیت‌های اقتصادی واحد مزبور مشمول قانون ادغام باشد.

مشارکت می‌تواند به بخش خاصی چون تولید، خرید یا عرضه اختصاص یافته باشد، همچنان که ممکن است در بازاری معین از نظر جغرافیایی محدود شود. پس در برخی موارد ممکن است قانون نظارت بر ادغام مشارکتی را صحیح تلقی کند بدون این که معیارهای کلی معافیت توافق احراز شود.<sup>۲</sup>

رایج‌ترین شکل مشارکت، توافقاتی است که برای سرمایه‌گذاری جهت ورود به بازار محصول جدید صورت می‌پذیرد. تجربه پرونده‌های مطرح شده نشان می‌دهد، مشارکت برای ورود به بازار محصول جدید صورت نمی‌گیرد مگر اینکه طرفین در زمینه مورد نظر یا رشته‌های مرتبط دارای تخصصی باشند که به واسطه مشارکت ارتقا یابد. اگرچه ممکن است طرفین تکنولوژی و منابع مالی لازم جهت ورود به بازار را در اختیار داشته باشند، اما قصد آنها از مشارکت آن است که بعد از ثبات در بازار به نحو مستقل به تجارت ادامه دهند و در واقع هدف اصلی از مشارکت تقسیم خطرات اولیه ناشی از ورود به بازار جدید است. در هر حال شرکت‌های طرف مشارکت معمولاً رقبای بالقوه و بالفعل هم می‌باشند، در نتیجه توافق بین آنها نقض رقابت تلقی می‌شود.

مشارکت‌های مربوط به خدمات و کالایی که تولید و عرضه مشترک را در برمی‌گیرد، معمولاً مشارکت‌های کامل دانسته می‌شوند و مشمول قوانین ناظر بر ادغام هستند. در پرونده Television Par Satellite بیان شد، اصلی‌ترین مسئله در ارزیابی مشارکت‌های مربوط به توسعه خدمات و کالاها، بررسی شروط عدم رقابتی است که شرکت‌های مادر در مقابل شرکت حاصل از توافق متعهد می‌شوند. در واقع شرکت‌های مادر توافق می‌کنند برای استقرار و ثبات اقتصادی شرکت حاصل از مشارکت با او وارد رقابت نشوند که نوعاً مدت زمانی خاص

---

1. Lennart Ritter, Ibid, p.523.

2. GEAE/ P&W case D.comm Sept 14, 1999.

برای این عدم رقابت بیان می‌شود. چنین شروطی در شرایط عادی ضدرقابتی بوده و ممنوع می‌باشند و اعتبار آنها تنها در شرایط خاص و به شکل استثنایی است.<sup>۱</sup>

در بسیاری از موارد، مشارکت به علت توسعه فعالیت در بازارهای جدید می‌باشد. در چنین فروضی شرکت، خواستار همکاری و تعامل با شرکتی است که در بازار مورد نظر فعالیت می‌کند. در هر حال چنین توسعه فعالیتی در بازار جدید دو فعال تجاری را رقیب هم می‌کند و حداقل بعد از استقرار و ثبات فعال تازه وارد شده، امکان تحقق رقابت بین این دو موجود است. همین امر به ایجاد مشارکت در رفتارهای رقابتی منجر می‌شود. البته گفته شده است در مواردی که هیچ یک از طرفین در بازار محل فعالیت دیگری تجارت نکنند، چنین تعاملی محتمل نیست.

بنابراین در چنین مواردی ارزیابی بر اساس احتمال تحقق تعامل و مشارکت در رفتارهای رقابتی است. در صورتی که چنین تعاملی حاصل نشود و موانع ورود به بازار ایجاد نگردد، مشارکت ضدرقابتی تلقی نمی‌شود. در مورد مشارکت در تولید هم پیشتر بیان کردیم که به واسطه نداشتن کارایی‌های واحد اقتصادی مستقل، مصداق مشارکت جزئی یا ناقص می‌باشند. شرکت‌های حاصل از توافق مشارکت در تولید، به شرکت‌های اصلی وابسته‌اند و نمی‌توانند مستقلاً فعالیت کنند و به عرضه محصولات خود در بازار بپردازند. در واقع این نوع شرکت‌ها تنها برای کمک‌رسانی به شرکت‌های مادر به وجود آمده‌اند. بر همین اساس، در مواردی که تولیدات چنین شرکت‌هایی با علائم تجاری شرکت‌های مادر و از طریق شبکه عرضه آنها به بازار راه می‌یابد، نقض قواعد رقابت رخ نمی‌دهد.<sup>۲</sup>

مشارکت در عرضه نیز بر مبنای اصول گفته شده قابل ارزیابی است: مشارکت اگر صرفاً در عرضه باشد، ناقص تلقی شده و بر مبنای اصول کلی بررسی می‌شود اما در صورتی که شرکت حاصل از توافق دارای استقلال اقتصادی نسبت به طرفین اصلی باشد، مشارکت کامل است و بر طبق قواعد ادغام بررسی می‌گردد.

#### 3-1-4-3-2. مشارکت ناقص<sup>۳</sup>

بیان کردیم که از میان انواع مشارکت، مشارکت کامل مشمول قواعد ناظر بر ادغام است و مشارکت‌های ناقص طبق ضوابط کلی بررسی می‌شوند. نوع اخیر در موارد زیر معتبر بوده و ضدرقابتی تلقی نمی‌گردد:

1 . Lennart Ritter and W.David Braun, Ibid, p. 626; Alison Jones and Brenda Sufrin, **Ibid**, p. 1003.

2 . Alison Jones and Brenda Sufrin, **Ibid**, p. 1023; P.S.R.F. Mathijsen, Ibid, p.265.

3 . Joint Control

(۱) اگر اثر یا موضوع آنها تحدید محسوس رقابت نباشد. این معیار را با استفاده از میزان سهم بازار باید در پرونده‌های افقی ۱۰ درصد و در پرونده‌های عمودی ۱۵ درصد از بازار دانست.

(۲) در بازارهای مشترک و اتحادیه‌های اقتصادی، مشارکت، فاقد تأثیر محسوس بر تجارت بین دول عضو باشد که این امر زمانی است که سهام طرفین کمتر از ۵ درصد بازار اتحادیه بوده و میزان کل فروش‌شان از چهل میلیون یورو تجاوز نکند.

در اتحادیه اروپا بیان شده است علاوه بر موارد فوق، مصادیق زیر نیز مشمول ممنوعیت نیست:

- مشارکت‌های ناقصی که توسط شرکت‌های فعال در یک گروه ایجاد شده‌اند.

- مشارکت‌هایی که صرفاً برای فراهم کردن اطلاعات غیرمحرمانه تجاری یا فعالیت‌های غیرمرتبط با عرضه کالا و خدمات و تصمیم‌های اقتصادی می‌باشند و یا منجر به تبادل تجارب بین فعالان تجاری غیررقیب می‌گردند.<sup>۱</sup>

البته باید دانست سرمایه‌گذاری‌های مشترکی که به شکل ناقص یا جزئی به وجود می‌آیند، همیشه معتبر تلقی نمی‌شوند. این نوع توافقات نیز زمانی که به تعامل و همکاری ضدرقابتی بین شرکت‌های مادر و یا بین یکی از آنها و شرکت حاصل از توافق می‌انجامد، ممنوع است. احتمال چنین ممنوعیتی در جایی که طرفین اصلی رقبا یا آتی هم می‌باشند، بسیار بیشتر است. این تعاملات ضدرقابتی می‌تواند حاصل تصریح در توافق مشارکت باشد یا از توافقات مرتبط به وجود آید. همچنان که ممکن است به عنوان اثر ذاتی توافق بین رقبا نیز محسوب شود؛ چرا که مشارکت خاص ذاتاً سبب شفافیت فعالیت‌ها و همکاری در موضوع توافق می‌گردد. بنابر این نظر مشارکت‌های ناقص هم می‌توانند فی‌نفسه ضدرقابتی تلقی شوند و ضرورتی ندارد که محدودیت رقابتی در آنها وضع گردد. به عنوان نمونه، احراز صرف مشارکت رقبا در فروش برای اعمال ممنوعیت کافی است و ضرورتی به وجود شرط عدم رقابت نیست. علت هم این است که این توافق هرگونه رقابت بین طرفین در زمینه فروش را عملاً منتفی می‌کند. البته می‌توان آثار ضدرقابتی را از طریق گنجانیدن شروطی چون ممنوعیت طرفین از تبادل اطلاعات مهم تجاری مربوط به قیمت کاهش داد. در چنین شرایطی ممکن است مرجع رسیدگی‌کننده با بررسی، توافق را معتبر اعلام کند.<sup>۲</sup>

1. Eurogypsum case D.Comm Feb 26, 1968.

2. Lennart Ritter, Ibid, p.703.

همچنین زمانی که طرفین مشارکت ناقص، توانایی و مهارت‌های مکمل هم دارند رقابت به همان میزان محدود می‌شود که در سایر توافقات بین فعالان تجاری غیررقیب محدود می‌گردد. در چنین مواردی که طرفین مشارکت، رقیب هم نیستند، توافقات مزبور نوعاً ممنوع تلقی نمی‌شوند. همین معیار در زمانی استفاده می‌شود که مشارکت بین گروه‌های تجاری به وجود آید و طرفین در تولید محصولات مشابه فعالیت نمی‌کنند. بنابراین می‌توان گفت معیار اصلی در ارزیابی توافقات ایجاد مشارکت ناقص، عدم تعامل بین رقبا است. بر همین اساس در جایی که تبادل اطلاعات تجاری صورت نپذیرد و طرفین رقیب تجاری هم نباشند، مشارکت معمولاً ناقص قواعد رقابت نخواهد بود.

۵-۱-۳. توافقات خرید و فروش مشترک

۱-۵-۳. توافقات مربوط به خرید مشترک<sup>۱</sup>

این توافقات در راستای یکی کردن درخواست‌های طرفین توافق در جهت به دست آوردن قیمت مناسب‌تر در خرید، تولید با هزینه کمتر و ایجاد سهولت در حمل و نقل و انبار کالاها صورت می‌گیرد. این توافقات به سرمایه‌گذاری مشترک و ادغام یا تمرکز تجاری منجر نمی‌شود. به خصوص در مواردی که تعداد طرفین توافق محدود است، اثرات ضد رقابتی این توافقات می‌توانند به شکل تعیین قیمت‌های یکسان، تثبیت میزان فروش و تغییر ساختار رقابت بروز کنند.<sup>۲</sup>

در جایی که مجموع سهم طرفین از ده درصد تجاوز نکند یا توافق بین شرکت‌های کوچک منعقد شود، توافقات خرید مشترک مغایر حقوق رقابت نیست. اما در مواردی که توافق به ایجاد قدرت اقتصادی طرفین بیانجامد و سهم طرفین بیش از ۱۵ درصد باشد، توافق ضد رقابتی است. به طور نوعی می‌توان گفت پرونده‌هایی که توافق خرید مشترک بیش از ۴۰ درصد بازار را تحت تأثیر قرار داده و طرفین آن به خرید انحصاری میزان مشخصی محصول از عرضه‌کننده‌های خاص ملزم می‌شوند، مصداق توافق ضد رقابتی تلقی می‌گردند.

البته ممنوعیت توافقات خرید مشترک بر اساس تحقق خرید انحصاری نیست، بلکه این توافقات با توجه به زمینه‌های قانونی و عملی تأثیر زیادی بر ساختار بازار داشته و از طریق ایجاد نظام و چارچوب همکاری بین رقبا به حذف رقابت بین آنان می‌انجامد. البته در شرایطی که بتوان برای این توافقات منافع اقتصادی به ویژه از نوع صرفه‌جویی در هزینه حمل و نقل یا تخفیف احراز نمود، توافق می‌تواند مشمول معافیت گردد.

1 . Joint Purchasing Agreements

2 . Stora Enso, Assi Doman case D.Comm 22 Dec, 2000.

با توسعه تجارت الکترونیک خرید مشترک از طریق اینترنت رواج بسیاری یافته است. پرونده‌هایی که در این زمینه مطرح شده است بیشتر در مورد مشارکت غیر رقبا یا فعالان با تأثیرگذاری پایین است به نحوی که فاقد آثار مختل‌کننده رقابت بوده است. با وجود این، هنوز این سؤال باقی است که آیا خرید مشترک از طریق اینترنت تحت ضوابط کلی است و تا چه میزان رقبا می‌توانند از طریق شبکه جهانی اقدام به خرید مشترک کنند؟ به عنوان قاعده می‌توان گفت توافقات خرید مشترک می‌تواند دارای آثار مثبت اقتصادی باشد به نحوی که کارایی طرفین را افزایش داده و هزینه تولید را کاهش دهد. در مواردی که خرید مشترک از طریق اینترنت دارای آثار فوق بوده و در عین حال مانع طرفین از انعقاد توافقات مشابه با اشخاص ثالث نشود، معتبر و صحیح تلقی می‌گردد.<sup>۱</sup>

همچنین هیچ نوع تبادل اطلاعاتی به ویژه اطلاعات مربوط به قیمت و میزان تخفیفات نباید بین رقبا صورت بگیرد. باید دانست در مواردی که هزینه تولید به میزان زیادی بر اساس هزینه خرید محصولات اولیه است، مشارکت بین رقبا در آگاهی آنها از قیمت نهایی محصول بسیار موثر است. به همین علت توافق به واسطه تبادل اطلاعات مهم تجاری ضدرقابتي تلقی می‌گردد. همچنین این توافقات می‌تواند در بازارهای انحصاری چندجانبه به عنوان محرک سایر رقبا به مشارکت شناخته شود.

#### ۲-۵-۱-۳. توافقات مربوط به فروش مشترک<sup>۲</sup>

این نوع توافقات حاوی مشارکت بین رقبا یا آتی در مورد فروش یا عرضه و توزیع محصولاتشان است. این نوع توافقات مصادیق بسیار زیادی را در بر می‌گیرد: از توافقات مربوط به تبلیغ مشترک تا تعیین جنبه‌های مرتبط با فروش چون قیمت، از نمونه توافقات فروش مشترک است. این توافقات تلاشی در ایجاد ساختار جمعی فروش به جای انجام عملیات فروش به تنهایی است، چرا که اصولاً مشارکت در فروش می‌تواند هزینه‌های توزیع محصول را کاهش دهد و آن را بین طرفین تقسیم نماید. چنین همکاری می‌تواند به تثبیت قیمت‌ها نیز بیانجامد چرا که تعیین قیمت‌ها در سازمانی واحد صورت می‌پذیرد.

این توافقات به احتمال بسیار زیاد به نقض حقوق رقابت منجر می‌شوند، چرا که مانعی در تولید یا فروش محصولات از جانب طرفین به شکل مستقل بوده و در واقع به نوعی استقلال اقتصادی طرفین را از بین می‌برد.

---

1 . Lennart Ritter, Ibid, p.237.

2 . Joint Selling Agreements

موضوع یا اثر این توافقات نه تنها ممکن است به تثبیت قیمت بیانجامد و رقابت در تعیین قیمت را حذف نماید، بلکه می‌تواند میزان تولید را برای حصول منافع مشترک کاهش دهد. از دیگر آثار این توافق باید به تقسیم مشتریان بین طرفین اشاره کرد. در اکثر موارد حتی در صورت نبود انحصار، طرفین باید تنها از طریق سازوکار تعیین شده اقدام به فروش نمایند و از انجام فروش موثر در سایر مناطق یا به سایر مشتریان خودداری کنند. نکته دیگر تبادل اطلاعاتی است که بین طرفین توافق فروش مشترک شکل می‌گیرد. اطلاعاتی که تبادل آنها می‌تواند به نقض رقابت منجر شده و سیاست‌های اقتصادی طرفین را برای یکدیگر معلوم سازد.<sup>۱</sup>

فروش مشترک در موارد بسیار محدودی مشمول معافیت می‌شود. جایی که مزیت‌ها و منافع اقتصادی مهمی به ویژه کاهش هزینه‌های تولیدی از آن ناشی شود به نحوی که معایب حاصل از توافق جبران شده و یا گستره حق انتخاب مشتریان افزوده شود، توافق مشمول معافیت است. معافیت‌ها به ویژه متأثر از ایجاد مزیت برای اشخاص ثالث است.<sup>۲</sup>

در مواردی که سهم طرفین توافق بیش از ۳۰ درصد باشد، معافیت احتمالاً تنها در فرضی تحقق می‌یابد که توافق محدود به یک دوره دو الی سه ساله گردد. به عنوان مثال در پرونده UEFA Champions League که مربوط به فروش مشترک حق پخش تلویزیونی مسابقات لیگ قهرمانان بود، توافق مشمول معافیت شناخته شد؛ چرا که توافق تنها برای دوره زمانی خاصی تعیین شده و محدودیت‌ها برای طرفین در حد ضرورت بود. مثلاً این حق برای اعضا همچنان محفوظ مانده بود که حق پخش زنده تلویزیونی برخی برنامه‌ها را به شکل مستقل به فروش برسانند.<sup>۳</sup> با این حال می‌توان گفت مراجع رسیدگی‌کننده معمولاً توافقات فروش مشترک بین رقبای ممنوع اعلام می‌کنند مگر اینکه توافقات به حقوق انحصاری منجر نشده و تنها برای مدت محدود تداوم داشته و به میزانی باشند که برای ورود به بازار جدید لازم تلقی می‌گردد.

در فروش مشترک نیز ممکن است از اینترنت استفاده شود. کمیسیون اروپا در مورد این توافقات معتقد است فروش اینترنتی متمایز از سایر روش‌های سنتی فروش می‌باشد. بنابراین تحقق توافقات فروش مشترک از طریق آن معمولاً ضدرقابتی نیست البته مشروط به عدم تبادل اطلاعات مهم تجاری.<sup>۴</sup>

---

1. Ibid, p. 242.

2. BT Cellnet & Bt3G case D.comm 10 Sept, 2002.

3. D.comm 23 July, 2003.

4. Ibid, p. 242.

آنچه در این گفتار مورد بحث قرار می‌گیرد توافقاتی است که موضوع آن تبادل اطلاعات بین طرفین است. نگرانی اصلی در حقوق رقابت تبادل اطلاعات بین رقبای تجاری است و در این میان ممنوعیت توافق منوط به تعیین نوع اطلاعات است. امری که جز با بررسی دقیق ماهیت توافق و نوع اطلاعات مبادله شده معلوم نمی‌گردد.

تبادل اطلاعات فی‌نفسه محدودکننده رقابت محسوب نمی‌شود، حتی اگر طرفین آن رقبای تجاری باشند. به موجب قواعد حقوق رقابت هر فعال تجاری باید سیاست رفتاری خود در بازار را مستقلاً و آزادانه تنظیم کند و تبادل اطلاعات نباید این استقلال اقتصادی را از بین برده و تعامل و مشارکت رقبا را جایگزین خطرات معمولی رقابتی نماید. این تبادل اطلاعات سبب می‌شود پیش‌بینی دقیق‌تری نسبت به رفتار رقیب صورت بگیرد در نتیجه عکس‌العمل‌ها یا اقداماتی انجام شود که در شرایط عادی به علت ناآگاهی از وضع رقیب ممکن نیست. همچنین تنها طرفین این توافق از رفتار رقیب خود آگاه می‌شوند و این امکان برای سایر فعالان تجاری وجود ندارد در نتیجه نوعی تبعیض ضدرقابتی در اثر توافق ایجاد می‌گردد. توافقات مربوط به تبادل اطلاعات تجاری ممکن است به عنوان سازوکاری جهت تقویت محدودیت‌های دیگر نیز استفاده شود، مانند توافقات تقسیم بازار یا مشتری.

با این همه ممکن است تأثیر تبادل اطلاعات کاملاً مجزا از توافقات مرتبط باشد بخصوص در بازارهای انحصار چند جانبه و در مورد کالاهای مشابه تبادل اطلاعات رفتار ضدرقابتی مستقل تلقی می‌گردد. بنابراین این احتمال وجود دارد که توافق ضدرقابتی هیچ نتیجه موثری در مورد قیمت‌ها و بازار ایجاد نکند اما به واسطه تبادل اطلاعات ممنوع تلقی شود.

تبادل اطلاعات بین رقبا یا مستقیم و بدون واسطه صورت می‌گیرد و یا از طریق تشکیل اتحادیه تجاری یا نمایندگی. توافقات مربوط به تبادل اطلاعات نوعاً برای طرفین ایجاد منفعت می‌کند. منافعی که سایر فعالان تجاری و مصرف‌کنندگان از آن بی‌بهره‌اند. علاوه بر ماهیت اطلاعات مبادله شده، میزان تبادل نیز می‌تواند در تعیین اعتبار آن مؤثر باشد. در مواردی که حجم اطلاعات تبادل یافته بسیار گسترده است، احتمال ضدرقابتی تلقی شدن عمل افزوده خواهد شد. اطلاعات آماری مربوط به مراحل پیش تولید یا پیش‌فروش نوعاً به نقض



رقابت نمی‌انجامد. در مقابل در مورد خروجی تولید در آینده، تبادل اطلاعات احتمالاً نقض رقابت را در پی خواهد داشت، حتی بدون نیاز به اثبات نتیجه خاص یا موثر شدن در بازار؛ چرا که این نوع اطلاعات ابهام رفتارهای آینده را از بین می‌برد.

اگرچه نمی‌توان از پرونده‌هایی که در این مورد طرح شده است تقسیم‌بندی دقیقی برای اطلاعات حساس تجاری و غیر آن مطرح نمود، اما می‌توان گفت موارد زیر مورد قبول مراجع رسیدگی‌کننده اتحادیه اروپا است:

(۱) تبادل اطلاعات مربوط به قیمت و میزان تولید، ضدرقابتی است و تنها در صورتی که اثبات گردد تبادل به علت ضروریات تجاری انجام شده معافیت اعطا خواهد شد.

(۲) انتقال اطلاعات جمع‌آوری شده از طریق انجمن‌های صنعتی مستقل ممنوع نیست، مگر دلیلی بر وجود تبانی یافت شود.

بنابراین می‌توان گفت تبادل اطلاعات اعم از این که موضوع توافقی مستقل بوده یا به عنوان اثر یک توافق قلمداد شود، در جایی که استقلال اقتصادی طرفین را تحت‌الشعاع قرار داده و با ایجاد قدرت اقتصادی برتر و تبعیض با فعالان ثالث، برای سایر تجار مانع فعالیت گسترده شود، ممنوع و ضدرقابتی است. اوصافی که معمولاً در تبادل اطلاعات حساس تجاری محقق می‌گردد.<sup>۱</sup>

---

1. Ibid, p. 250.

### 3-2. توافقات مغل رقابت عمودی<sup>1</sup>

ممکن است اشخاص مختلفی که در مراحل و سطوح متفاوتی از زنجیره تولید و عرضه محصول فعالیت می‌کنند بین خود توافق‌هایی در جهت اعمال شرایط خاص در تجارت منعقد نمایند. این توافقات با توجه به رابطه طرفین «عمودی» نامیده شده است. بنابراین توافقاتی که بین تولید کننده و عرضه‌کننده و یا عمده‌فروش خرده‌فروش صورت می‌گیرد، مصداق توافقات عمودی است.

در گذشته این نظریه مورد پذیرش بوده است که این نوع توافقات به طور کلی آثار ضد رقابتی کمتری نسبت به توافقات افقی دارند؛ چرا که علت اصلی ضد رقابتی بودن توافقات افقی، یعنی ایجاد تمرکز بازاری در توافقات عمودی کمتر به وجود می‌آید. با این حال نمی‌توان روابط عمودی را به طور کامل رقابتی دانست. بیشترین مصادیق توافقات عمودی در مورد عرضه محصول است که در آنها به طور معمول، عرضه‌کننده شرایطی خاص برای خرده‌فروش معین می‌کند که تأمین‌کننده منافع طرفین است، اما در عین حال ساختار رقابتی بازار را مختل می‌نماید.

همچنین توافقات موجد «حقوق انحصاری» مصداق محدودیت‌های عمودی تلقی می‌شوند. وجود آثار مثبت و منفی در این نوع توافقات سبب شده است که در بسیاری از کشورها مانند استرالیا مرجع رسیدگی‌کننده به پرونده، آثار مثبت و منفی توافق را به شکل کامل بررسی کند و نسبت آنها را بر هم تعیین نماید. کمیسیون رقابت در این کشور، اقدام به ارزیابی میزان منافع و زیان‌های عمومی می‌کند. منظور از زیان‌های عمومی<sup>2</sup> هر نوع کاهش منافع اقتصادی است که توافق با اختلال در رقابت بازاری ایجاد کرده است. منافع عمومی<sup>3</sup> نیز عبارت است از هر نوع افزایش کارآمدی در تولید و توزیع.

تأثیر محدودیت عمودی در رقابت بازاری به زمینه‌های ایجاد محدودیت و به ویژه میزان رقابت در مرحله توزیع و تولید محصول وابسته است.<sup>4</sup>

در مکتب شیکاگو عقیده رایج این است که توافقات عمودی تنها زمانی غیرقانونی تلقی می‌شوند که میزان تولید را کاهش دهند و در غیر این صورت، افزایش میزان تولید سبب می‌شود این نوع توافقات دارای منافع عمومی

---

1 vertical agreements

2 Public Detriment

3 Public Benefits

4. سماواتی، حشمت‌الله، پیشین، ص ۴۸؛ صادقی، طوبی، پیشین، ۱۶.

تلقی گردند. همچنین بیان شده فقدان کنترل تولیدکننده نسبت به عوامل متغیر و توزیع مانند تعداد خرده‌فروشان یا موقعیت مکانی آنها، منجر به زیان‌هایی می‌شود که توافقات عمودی با اصلاح آنها رفاه عمومی را تأمین می‌کند.<sup>۱</sup> پیروان این مکتب بیان می‌کنند در مواردی که قدرت بازاری ناشی از تبانی افقی در بازار وجود نداشته باشد، اقدام به ایجاد محدودیت عمودی برای تولیدکننده سودآور نخواهد بود. جز اینکه خدمات ارائه‌شده از این طریق، اهمیت قابل توجه داشته و سود حاصل از این اقدام در نهایت بیش از هزینه‌های ایجاد محدودیت باشد. بنابراین بسیاری از توافقات عمودی به منفعت مصرف‌کنندگان است. البته در مکتب شیکاگو بر این نکته تأکید شده که مرجع رسیدگی‌کننده نباید به ظاهر روابط طرفین اکتفا نماید، چرا که ممکن است از محدودیت عمودی به عنوان وسیله‌ای برای تقویت یا تشویق به ایجاد محدودیت‌های افقی استفاده شود. در چنین مواردی ماهیت توافقات، افقی است اگر چه صورت ظاهری آن به شکل عمودی باشد.

بر خلاف مکتب شیکاگو برخی از مؤلفین بیان می‌دارند هر نوع توافق عمودی افزایش‌دهنده موانع ورود به بازار است. در این تفکر روابط عمودی متناسب با موضوع، قادر است تعداد فروشندگان، میزان دسترسی به محصول و قدرت انتخاب مصرف‌کننده را کاهش دهد و با افزایش قیمت‌ها و از بین بردن قدرت ابداع و نوآوری در خرده‌فروشان، رقابت درون‌محصولی را از بین ببرد.

به نظر می‌رسد همانگونه که پیشتر در مورد توافقات افقی بیان شد، رقابتی یا ضدرقابتی بودن روابط عمودی نیز تنها با تحلیل ساختار بازار و وضعیت طرفین ممکن است. بسیاری از صاحب‌نظران این امر را اثبات کرده‌اند که توافقات عمودی می‌تواند دارای آثار توافقات افقی باشد که نتیجه آن افزایش هزینه رقبا، تسهیل مشارکت افقی و نهایتاً اختلال در رقابت است.<sup>۲</sup> در عین حال این امکان نیز وجود دارد که توافقات عمودی رقابت درون‌محصولی را تضعیف نکرده و در نهایت منفعت مصرف‌کننده را تأمین کند. به علاوه این نکته اثبات شده است که توافقات مربوط به توزیع - به عنوان یکی از مصادیق توافق عمودی - هزینه معامله را کاهش می‌دهد و از این طریق دارای آثار مثبت اقتصادی است.<sup>۳</sup> توافقات مربوط به تعیین حداقل قیمت فروش که از طرف تولیدکننده برای خرده‌فروش تعیین می‌شود، تعیین مناطق فعالیت و تجارت، توزیع و فروش انحصاری که

---

1. Jones and Brenda Sufrin, *Ibid*, p. 625.

2. Jonathan B. Baker, Vertical Restraints with Horizontal Consequences, *Antitrust Law Journal*, Vol.64, 1996, p.42.

3. Daniel Clough, Law and Economics of Vertical Restraints in Australia, *Melbourne, University Law Review*, Vol. 20, 2001, p.38.

همگی بین تولیدکننده و عرضه‌کننده محصولاتش منعقد می‌شود، مصادیق توافق عمودی هستند که در ادامه به تفصیل در مورد آنها سخن خواهیم گفت.

### 1-2-3. تعیین حداقل قیمت فروش<sup>1</sup>

از مهمترین مصادیق توافقات بین تولیدکننده و عرضه‌کننده توافقات تثبیت قیمت است. ابتدا باید دانست به طور کلی تأثیر توافقات عمودی، ایجاد محدودیت در توزیع کالا است. در واقع تولیدکننده محصولی خاص، همکاری خود با عرضه‌کننده را مشروط بر این امر می‌کند که او شرایط تعیین شده و مدنظر تولیدکننده را رعایت کند. این قیود و شرایط سبب می‌شود توزیع کالا، رقابتی نباشد و بجای آنکه بر مبنای شرایط طبیعی حاکم بر بازار صورت پذیرد، تابع خواست و منافع تولیدکننده گردد. اصلی‌ترین مصداق این توافقات، تعیین حداقل قیمت فروش است؛ زیرا تمام ضوابط حقوق رقابت در راستای تحقق قیمتی عادلانه برای محصول است. در واقع رقابت در قیمت، مهمترین جنبه رقابت بین فعالان تجاری است، در حالی که توافقات تعیین قیمت فروش مستقیماً این رقابت را مخدوش می‌کند. بر اساس این توافق، عرضه‌کننده متعهد می‌شود قیمت فروش محصول به مشتریان، از حد معینی پایین نیاید. نتیجه، ایجاد نوعی قدرت کنترل تولیدکننده بر فرآیند عرضه محصول است. این توافق سبب می‌شود تولیدکننده همواره از میزان بهره‌ای خاص برخوردار گردد بدون اینکه تغییر شرایط بازار توان از بین بردن یا کاهش آن را داشته باشد.

امروزه رویکرد رایج در اعمال ضوابط حقوق رقابت، تحلیل آثار توافقات، بجای بررسی بر مبنای شکل و قالب آنها است. توافق تعیین حداقل قیمت نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ در اولین سال‌های تدوین ضوابط حقوق رقابت هر نوع ایجاد محدودیت در فعالیت‌های تجاری ممنوع و ضد رقابتی تلقی می‌شد. بر همین اساس توافقات مورد بحث نیز که از بین برنده قدرت و استقلال عرضه‌کننده در تعیین قیمت است مطلقاً ضد رقابتی قلمداد می‌گردید. با گذشت زمان و افزایش پیچیدگی‌های روابط اقتصادی بیان شد توافقات تعیین قیمت نیز می‌تواند دارای آثار مثبت اقتصادی باشد. افرادی چون تلسر (Telser) معتقد بودند توافقات عمودی می‌تواند نقش موثری در کاهش هزینه‌های تولید ایفا کند. بنابراین نباید آنها را یکسره باطل و ضد رقابتی دانست. حتی

---

1. Resale Price Maintenance

برخی چون تیروول (Tirole) عقیده داشتند تأثیرات ضد رقابتی تعیین قیمت تنها در شرایط و اوضاع و احوال خاصی در بازار حاصل می‌شود و به طور معمول نمی‌توان آنها را ضد رقابتی دانست.<sup>۱</sup> با این حال اکثر نظام‌های حقوقی این نوع توافق را ممنوع اعلام کرده‌اند.<sup>۲</sup> رویکرد قابل قبول این است که دادگاه در تحلیل هر نوع توافق تمام آثار آن را مبنای تصمیم قرار دهد و صرفاً بر اساس قالب توافق حکم به بی اعتباری آن ندهد. چرا که مبنای بی اعتباری این رفتارها آثار اقتصادی ضد رقابتی آنها است. بنابراین ضروری است در این مسئله از تحلیل‌های اقتصادی بهره گرفت. اما این نکته را نمی‌توان انکار کرد که به طور معمول توافق تعیین حداقل قیمت فروش ضد رقابتی است. زیرا اثر آن زوال استقلال اقتصادی عرضه‌کننده و ایراد خسارت به سایر فعالان تجاری است. شرایط مثبت اقتصادی حاصل از آن نیز معمولاً به حدی نیست که جبران‌کننده آثار ضد رقابتی باشد. بنابراین در صورتی که توافق به ارتقای شرایط فنی و اقتصادی تولید، بیانجامد و یا احراز شود سهم عادلانه‌ای از تولید به مصرف‌کنندگان اختصاص یافته و در عین حال محدودیت قرارداد ضروری بوده است، توافق معتبر تلقی می‌شود.<sup>۳</sup>

آنچه به شکل سنتی به عنوان مصداق توافقات تعیین قیمت بررسی می‌شود، تعیین حداقل قیمت فروش از جانب تولیدکننده است. اما برخی از مؤلفین با تحلیل فلسفه ممنوعیت این توافقات، تعیین حداکثر قیمت را نیز مصداق این توافق و ممنوع دانسته‌اند.<sup>۴</sup> در دیدگاه این گروه در هر دو نوع توافق، استقلال اقتصادی عرضه‌کننده از بین می‌رود و همین امر مبنای ضد رقابتی بودن آن است. به علاوه، علت اصلی ضد رقابتی بودن این توافقات ممانعت از تغییر قیمت علی‌رغم تغییر شرایط موثر بر آن است. چرا که در بازار رقابتی مبنای تعیین قیمت،

---

1 . David Martimon and Salvatore piccolo, "Resale price Maintenance under Asymmetric Information", work paper of university of Salerno, Italy No. 107, April 2007, p. 20.

2 . Xavier, Vives, Competition Policy in the EU, Oxford University Press, 2009, p.47; Lennart Ritter and W.David Braun, Ibid, p. 229

3 . Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 242.

4 . Hamilton, James, "On the non Equivalence of Maximum resale Price maintenance and Vertical Restraints,"

رقابت در بازار و ساختار عرضه و تقاضا در آن است، در حالی که توافقات مزبور سبب می‌شود تغییر این شرایط بر قیمت موثر نباشد.<sup>۱</sup>

نکته‌ای که باید به آن اشاره نمود اینکه منظور از تعیین قیمت، ارائه قیمت پیشنهادی نیست. بنابراین در جایی که تولیدکننده به ارائه پیشنهاد پردازد و طرف مقابل الزامی به پذیرش آن نداشته باشد، توافق مربوط به تعیین قیمت محقق نمی‌شود. این وضعیت را به ویژه می‌توان در توافقات مربوط به اعطای مجوز فعالیت مشاهده نمود.

در توافقات تعیین قیمت، اثبات عادلانه یا متعارف بودن قیمت تعیین شده، مؤثر در تحلیل توافق نیست به خصوص زمانی که این توافقات ذاتاً ضد رقابتی تلقی می‌شد میزان قیمت تعیین شده مؤثر در اعتبار آن نبود. همین مبنا سبب می‌شود در جایی که سایر روابط مالی و مرتبط با قیمت بین تولیدکننده و عرضه‌کننده تثبیت و تعیین شود نیز بتوان توافق را ضد رقابتی دانست. مانند اینکه حداقل سود فروشنده یا حداکثر تخفیف پرداختی به مشتریان تعیین گردد. البته تعیین قیمت الزاماً نباید به شکل صریح صورت پذیرد بلکه ممکن است رفتارهایی انجام شود که دلالت بر تعیین قیمت و ضرورت رعایت آن نماید. مثلاً تولیدکننده قیمت‌هایی را به عرضه‌کننده اعلام کند و در عین حال به صورت غیرمستقیم او را متوجه سازد که عدم رعایت آنها موجب قطع ارتباط تجاری با او خواهد شد و یا در قبال رعایت قیمت‌های مورد نظر، سیاست‌های تشویقی از قبیل دادن پاداش‌های سالانه به کار گرفته شود. بنابراین توافق مزبور به شرط احراز شرایط پیش گفته بی اعتبار و باطل است.<sup>۲</sup>

امروزه توافقات تعیین قیمت بر اساس قاعده تناسب محدودیت مورد ارزیابی قرار می‌گیرند. در واقع در صورتی که توافق در ایجاد و یا افزایش رشد اقتصادی موثر باشد، معتبر خواهد بود. بر همین اساس در برخی نظام‌های حقوقی مواردی ذکر شده است که از شمول ممنوعیت توافق مزبور خارج است؛ زیرا در این موارد قانونگذار چنین فرض کرده است که آثار ضد رقابتی توافق مزبور ناچیز است. در آمریکا مراجع رسیدگی کننده به

---

1 . Eckhardt, Joseph, "Unreasonable Restraints of Trade under Section 1 of Sherman act", presented by Mc Dermott will & Emery law Institute Available at: [www.Com/info/pubs/complaw0305.PDF](http://www.Com/info/pubs/complaw0305.PDF)

2 . Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 323.

پرونده‌های مرتبط با تثبیت عمودی قیمت، مصادیقی را معین کرده‌اند که فعالان تجاری با اثبات آنها می‌توانند به انعقاد توافق تعیین قیمت بپردازند. این امور عبارت‌اند از:

- ۱- عدم تعیین قیمت موجب کاهش شدید کیفیت یا تنوع کالاهای مورد نظر شود؛
- ۲- عدم تعیین قیمت کاهش تعداد مراکز عرضه و فروش کالا یا خدمت موضوع توافق را در پی داشته باشد؛

- ۳- توافق تعیین قیمت به شکل مستقیم موجب ارتقای بهداشت و سلامت عمومی جامعه شود؛
- ۴- توافق تعیین قیمت به افزایش خدمات پس از فروش منجر شود.

البته موارد فوق به شکل مسلم و قطعی مورد پذیرش تمام حقوقدانان نیست، اما در هر حال می‌تواند نشان از لزوم بررسی همه جانبه آثار توافق مورد نظر باشد. برخی از مؤلفان نیز معتقدند موارد فوق حاصل وضعیت و شرایط خاص طرفین در بازار است و نمی‌توان آنها را به شرایط مشابه گسترش داد.<sup>۱</sup>

در انگلستان طبق بند ۱۴ از ماده ۱ «قانون قیمت‌های فروش مجدد»<sup>۲</sup> مصوب سال ۱۹۷۶ بیان شده اگر اثبات شود، توافق تثبیت قیمت مانع از تحقق امور زیر شده است، مشمول معافیت می‌گردد:

- (۱) کاهش عمده کیفیت یا تنوع کالای مورد نظر؛
- (۲) کاهش عمده مراکز خرده‌فروشی؛
- (۳) افزایش قیمت‌های خرده‌فروشی کالا در درازمدت و به شکل فراگیر؛
- (۴) ایجاد شرایطی برای کالا که استفاده از آن برای سلامت عموم خطرناک است؛
- (۵) کاهش شدید خدمات لازم بعد از فروش یا همراه آن به نحوی که به زبان عموم باشد.<sup>۳</sup>

به نظر می‌رسد این موارد را نباید مختص پرونده‌های مطرح شده دانست. زیرا چنین تصمیماتی نشان از پذیرش این نکته دارد که توافقات تثبیت قیمت - ولو به شکل استثنایی - می‌تواند دارای آثار مثبت اقتصادی نیز

---

1 . Corley, Robert and Peter J. Shedd, Principles of Business Law, Pentice Hall, 2006, p. 967.

2 . Resale Price Act

3 . د.ب.ریبولد و آلیسون فیرث، حقوق طبیعی انحصارها، ترجمه دکتر عزت الله شهید، تهران، انتشارات سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۵، ۶۳۵.

باشد. در این موارد استثنایی، شرایط فعالیت اقتصادی چندان بی‌ثبات و بدون سامان است که تولیدکننده بدون اطمینان از کسب حداقل سود اقدام به سرمایه‌گذاری نمی‌کند. توافقات تثبیت قیمت می‌تواند این انتظار را برآورده کند و سبب شود تعداد فعالان تجاری کاهش نیابد. اما بار دیگر تأکید می‌شود موقعیت‌های مزبور از موارد استثنایی فراتر نمی‌رود و مدعی، باید وجود آنها را اثبات کند.

دومین موردی که در برخی از کشورها به عنوان استثنا مطرح شده، تثبیت قیمت کالاهای فرهنگی مانند کتاب است. با توجه به وضعیت خاص این کالاها و اهمیت آنها برای ارتقای فرهنگ جامعه، در برخی نظام‌های حقوقی بیان شده است که لزوم حمایت از فعالان این بخش مقتضی آن است که توافقات تثبیت قیمت برای آنها مجاز باشد؛ زیرا از این طریق منافع تولیدکنندگان این محصولات افزایش خواهد یافت و رشد و رونق لازم به دست خواهد آمد. البته کمیسیون اروپایی همواره با این استدلال مخالفت نموده است و در تصمیمی که با عنوان VBBB در سال ۱۹۸۲ اتخاذ نمود صراحتاً بیان کرد: «هیچ ضرورتی توافقات تثبیت قیمت بین ناشرین و فروشندگان کتاب را توجیه نمی‌کند. منفعت فروشندگان و سایر فعالان حوزه نشر می‌باید از طریق تولید محصولات پر مخاطب حاصل شود و نمی‌توان به بهانه رشد فعالیت فرهنگی از ابزاری ضد رقابتی استفاده نمود»<sup>۱</sup>

نظر فوق و سایر تصمیماتی که کمیسیون در این زمینه اتخاذ کرده است، نشان می‌دهد اصلی‌ترین مشکل در پذیرش معافیت توافق تثبیت قیمت در محصولات فرهنگی، احراز عنصر ضروری بودن محدودیت است. بررسی گزارش‌های آماری ارائه شده در کشورهایی که اعتبار این توافقات را پذیرفته‌اند نیز مؤید نظر کمیسیون بوده و نشان می‌دهد آثار مثبت ادعایی حاصل از این توافقات، تحقق نیافته است.<sup>۲</sup>

---

1. OECD (Organization for Economic Co - Operation and Development) 1999, «Resale Price maintenance», Available at: [www.OECD.org/dataoecd/35/7/1920](http://www.OECD.org/dataoecd/35/7/1920), 261

2. Hahn, Robert, Antitrust policy and vertical restraints, Brookings Institution press, 2006, p.3.



### 2-2-3. معاملات انحصاری<sup>1</sup>

نوع دیگری از توافقات عمودی معاملات انحصاری است که ویژگی اصلی آن از بین بردن استقلال یکی از طرفین معامله است. این معاملات خود به دو صورت قابل تحقق است:

#### 1-2-2-3. توافق خرید انحصاری<sup>2</sup>

در این توافق عرضه‌کننده به عنوان خریدار محصول ملزم می‌شود، تمام مایحتاج خود یا بخش اعظمی از آن را تنها از تولیدکننده خریداری کند. در غیر این صورت تولیدکننده از انجام معامله با او خودداری می‌کند. اثر اصلی این توافق، ایجاد آثار محرومیتی نسبت به رقبا و عرضه‌کننده است. امری که سبب می‌شود هزینه فعالیت‌های اقتصادی برای هر دو گروه افزایش یابد؛ زیرا از یک طرف رقبا بخشی از مشتریان خود را از دست می‌دهند و از طرف دیگر عرضه‌کننده نیز متعهد است مایحتاج خود را از یک منبع تولید تهیه کند.<sup>3</sup>

البته در مورد این توافقات معافیت کلی نیز تصویب شده است مانند دستورالعمل ۴۰۸۷/ ۸۸ در اتحادیه اروپا که به موجب آن در صورتی که سهم طرفین توافق کمتر از ۳۰ درصد بازار مرتبط باشد و توافق بیش از پنج سال به طول نیانجامد، خرید انحصاری معتبر است. نحوه محاسبه درصد مزبور بر اساس نقش طرفین توافق در تولید و عرضه محصول مورد نظر است. با این فرض که اگر تولیدکننده و عرضه‌کننده مورد نظر از بازار حذف شوند، تولید و عرضه کالا چند درصد کاهش می‌یابد. میزان ۳۰ درصد بر این اساس مبنای عمل قرار گرفته است که داشتن سهمی کمتر از آن در بازار نشان از موثر نبودن طرفین در بازار محصول مرتبط است. احراز معیار عمده بودن مایحتاج در عمل با استناد به آئین نامه ۲۷۹۰/۱۹۹۹ اتحادیه اروپا صورت می‌گیرد که به موجب ماده یک آن، توافقاتی که منجر به لزوم خرید بیش از ۸۰ درصد کالاهای مورد نیاز عرضه‌کننده شود، به علت کاهش حضور مؤثر سایر فعالان و اختلال در فعالیت رقبای تجاری، ضد رقابتی و ممنوع است. در مقابل باید از کشورهایی چون مکزیک و روسیه نام برد که در قوانین آنها خرید انحصاری تنها در مواردی مصداق پیدا می‌کند که هر نوع رابطه عرضه‌کننده با سایر فعالان تجاری به طور کامل قطع گردد.

---

1. Exclusive Dealing

2. Exclusive Purchasing

3. Barry, Rodger, Competition Law and Policy in the EC and UK, 4th Edition, Routledge-Cavendish publishing, 2009, p. 234.

ماده ۳ قانون کلایتون آمریکا ممنوعیت توافقات خرید انحصاری را منوط به احراز شرایط زیر نموده است:

(۱) قابل توجه بودن مبلغ توافق: خریدی که انجام آن مستلزم صرف هزینه زیاد نیست، حتی اگر موضوع معامله انحصاری باشد، ممنوع تلقی نمی‌گردد؛ زیرا یکی از شرایط ضدرقابتی شدن توافق، داشتن اثر محسوس در بازار است.

(۲) نبود رابطه نمایندگی بین طرفین: از دیگر شرایط تحقق توافق فضای رقابتی وجود دو یا چند فعال تجاری مستقل است. رابطه نمایندگی مانع از تحقق این شرط است؛ زیرا دستورهای و توافقاتی که بین فعال تجاری و نماینده‌اش صورت می‌گیرد در حقیقت نوعی رابطه درون سازمانی است که اگر چه می‌تواند در فروض خاصی به عنوان رفتار ضدرقابتی یک‌جانبه شناخته شود (مانند داشتن موقعیت مسلط و سوء استفاده از آن) اما در هر حال توافق ضدرقابتی قلمداد نمی‌گردد. افزون بر اینکه یکی از مبانی ضدرقابتی بودن خرید انحصاری، یعنی از بین رفتن استقلال اقتصادی عرضه‌کننده، با وجود نمایندگی متفی است.<sup>۱</sup>

بر اساس اعمال قاعده تناسب محدودیت، برخی از قوانین معیار تداوم زمانی توافق را مدنظر قرار داده اند. علاوه بر قانون ۴۰۸/۸۸ اتحادیه اروپا می‌توان به بند ۴ ماده ۷۷ قانون رقابت کانادا و بند اول ماده ۳۳ قانون تجارت عادلانه جامائیکا اشاره کرد که استمرار معامله انحصاری برای مدت زمانی معقول و متعارف را در صورتی که منجر به تسهیل ورود عرضه‌کننده یا محصولی جدید به بازاری خاص شود، معتبر می‌دانند.<sup>۲</sup>

در برخی از کشورها احراز توافقات خرید انحصاری از طریق وجود شروط و قیود خاص صورت می‌گیرد که مهمترین آن وجود شروط انگلیسی<sup>۳</sup> در توافق است. به موجب این شروط مشتری ملتزم می‌گردد وجود هر نوع پیشنهاد مناسب‌تر از طرف سایر فعالان تجاری را به تولیدکننده اطلاع دهد و تنها در صورتی ایجاب را بپذیرد که تولیدکننده توان ارائه پیشنهاد مشابه را نداشته باشد. در واقع این شروط بیانگر نوعی حق تقدم

---

1. Abbott, Alden, «Antitrust Analysis of Tying arrangements and Exclusive Dealing» Economic Research Paper of George Mason University N: 8-30 Antitrust Bulletin Vol.50 no.3, 2005, p.36.

2. ICN, Report on Single Branding / Exclusive Dealing, Presented at 7th annual conference of the ICN (International Competition Network) Kyoto, 2008, p.15.

3. English Clauses

تولیدکننده در معامله با طرف قرارداد است. البته اولویتی که مطلق نبوده و منوط به امکان ارائه پیشنهاد همسان است. در کشورهایی چون برزیل، کانادا، شیلی، فرانسه، آلمان، ایتالیا و روسیه وجود چنین شرطی موجب احراز توافق خرید انحصاری است و در برخی از آنها تنها در جایی که خریدار ملتزم شده باشد اطلاعات ارائه‌دهنده پیشنهاد را به تولیدکننده بدهد، توافق ضدرقابتی شکل گرفته است؛ زیرا چنین امری از یک طرف به آشکار شدن سیاست‌های اقتصادی رقبای تجاری می‌انجامد و از طرف دیگر این احتمال را بوجود می‌آورد که رقبای بیم آشکار شدن اسرار خود با عرضه‌کننده معامله نکنند و میزان معامله با او کاهش یابد.

لازم به ذکر است در برخی موارد، تعهد خرید انحصاری از فروشنده دارای یک «توجیه کیفی» است بدین معنی که در برخی موارد، صحت عملکرد محصول خریداری شده و تضمین کیفیت آن، بواسطه پیشرفته بودن آن محصول و کاربرد تکنولوژی‌های جدید در آن منوط به این امر است که خدمات تعمیر محصول یا تامین قطعه‌های جایگزین محصول لزوماً از سوی فروشنده صورت گیرد. در این موارد به لحاظ وجود توجیه اقتصادی و همچنین مبنای منفعت عمومی برای چنین توافقی باید گفت در چنین مواردی استثنائاً باید با نگاه اغماض به این نوع توافقات نگاه کرد.

به عنوان نتیجه می‌توان گفت از آنجا که تعدد منابع عرضه و توزیع از شرایط اساسی حفظ رقابت در بازار است هر نوع توافقی که آن را مختل کند، ضدرقابتی و بی‌اعتبار است. توافق خرید انحصاری موجب می‌شود رابطه تولیدکننده و عرضه‌کننده نه بر پایه اصول رقابت در بازار، بلکه بواسطه تعهد و قرارداد مابین آنها شکل بگیرد. در این مورد نیز حفظ استقلال عرضه‌کننده و در عین حال منافع رقبای تجاری و مصرف‌کنندگان نهایی توجیه‌کننده ضدرقابتی بودن توافق است.

### 3-2-2-2. توافق عرضه انحصاری<sup>1</sup>

نوع دیگری از معاملات انحصاری توافقاتی است که به موجب آن عرضه‌کننده متعهد می‌شود محصولات را تنها به خریدارانی خاص عرضه کند و امکان فروش محصول به سایر خریداران را نداشته باشد.<sup>1</sup> علت اصلی

---

1 . Exclusive Supply

ممنوعیت این توافقات آثار محرومیتی آن نسبت به عرضه‌کننده است؛ چرا که توان فروش محصول و انجام فعالیت اقتصادی با سایر خریداران از او سلب می‌شود.

نکته‌ای که باید به آن اشاره کرد اینکه در حقوق اتحادیه اروپا محرومیت الزاماً به معنای خروج فعالان تجاری از بازار نیست، بلکه ایجاد هر نوع شرایط سخت برای فعالیت تجاری که موجب صعوبت ورود به بازار گردد نیز مصداق محرومیت از بازار است. در ارزیابی این آثار، مرجع رسیدگی‌کننده باید میزان نقش تجاری فعالان مورد نظر در بازار، وجود منابع جایگزین عرضه و موانع ورود به بازار را قبل و بعد از توافق بررسی کند.<sup>۲</sup>

در برخی از کشورها مانند آمریکا توافق مزبور در صورتی ضدرقابتی است که علاوه بر داشتن آثار محرومیت‌زا نسبت به رقبای، برای مصرف‌کنندگان نیز زیان‌آور باشد. در چنین کشورهایی اگر اثبات شود که مثلاً به واسطه وجود منابع متعدد، مصرف‌کننده می‌تواند برای خرید محصول به آنها مراجعه کند، توافق معتبر است.

به نظر می‌رسد اختصاص مبنای بطلان این توافق به حمایت از مصرف‌کننده صحیح نیست، زیرا یکی دیگر از آثار قرارداد، زوال استقلال اقتصادی عرضه‌کننده است. بنابراین باید راه‌حل کشورهایی را پذیرفت که علاوه بر بررسی آثار توافق نسبت به مصرف‌کنندگان، زیان‌های حاصل برای عرضه‌کننده را نیز مدنظر قرار می‌دهند. در مورد این توافقات بسیاری از کشورها با ملاک قرار دادن آثار توافق در صورتی که اجرای آن به کاهش هزینه و افزایش رشد اقتصادی منجر شود آن را معتبر می‌دانند.<sup>۳</sup>

### 3-2-3. محدودیت در توزیع<sup>۴</sup>

عرضه محصولات به مصرف‌کنندگان معمولاً به شکل مستقیم و توسط تولیدکننده صورت نمی‌گیرد. بلکه واسطه‌ها کالاهای تولیدی را به مصرف‌کننده می‌رسانند. در این میان ممکن است توافقاتی بین تولیدکننده و

---

1. Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 640.

2. Barry, Rodger, Competition Law and Policy in the EC and UK, 4th Edition, Routledge-Cavendish publishing, 2009, p. 232.

3. د.ب.ریولد و آلیسون فیث، حقوق طبیعی انحصارها، ترجمه دکتر عزت الله شهیدا، تهران، انتشارات سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۵، ۲۸۵.

4. Distributional Restraints

عرضه‌کننده شکل بگیرد که به محدود شدن رقابت در بازار بیانجامد. ابتدا باید دانست که شیوه‌های توزیع محصولات متناسب با ویژگی محصول و اوضاع بازار انتخاب می‌گردد. اولین شیوه آن است که تولیدکننده خود به شکل مستقیم به عرضه کالا اقدام کند. البته این شیوه چندان رایج نیست و بیشتر برای تجاری کارآمد است که از شبکه توزیع وسیعی برخوردارند و قادرند حجم وسیعی از محصولات متنوع را توزیع کنند.<sup>۱</sup>

نوع دوم، توزیع از طریق ایجاد نمایندگی است. که بر اساس آن فردی به نمایندگی از تاجر اقدام به توزیع محصول می‌کند و در نهایت آخرین شیوه، استفاده از توزیع‌کنندگان مستقل است که فارغ از نظارت تولیدکننده به عرضه محصول می‌پردازند. مزایای این شیوه، که مهمترین آنها تخصیصی شدن توزیع محصولات است، سبب شده تمایل تولیدکنندگان نسبت به آن افزایش یابد. در عین حال، امکان تحقق محدودیت در این شکل توزیع بیشتر است؛ محدودیت‌هایی چون ممانعت از فعالیت در خارج از محدوده خاص، محدودیت در نوع و یا تعداد محصولاتی که توزیع می‌شود و الزام به عدم تجارت با رقیب تولیدکننده از نمونه محدودیت‌های رایج در این توافقات است. در نتیجه در حقوق رقابت هم بیش از سایر شیوه‌ها نوع اخیر مورد بحث قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup>

نکته‌ای که باید به آن توجه نمود، شیوه تمیز نماینده از توزیع‌کننده مستقل است؛ در برخی موارد شرایط به گونه‌ای است که به راحتی نمی‌توان معلوم کرد که توزیع‌کننده نماینده است یا به شکل مستقل رفتار می‌کند. معیار ارزیابی، بررسی میزان خطرپذیری تجاری توزیع‌کننده است. در نمایندگی حقیقی، حاصل عمل نماینده متوجه منوب‌عنه است در حالی که توزیع‌کننده مستقل، خود متحمل ضررهای ناشی از فعالیت خویش است؛ زیرا اصولاً خط‌مشی تجاری توسط خود او معین شده است. بر همین مبنا است که توافق ضدرقابتی به واسطه از بین بردن استقلال او در تجارت ممنوع تلقی می‌گردد. در این بررسی شرایطی چون پرداخت هزینه‌های

---

1. Wright, Joshua, «Distribution Agreement under EC competition law», Antitrust Bulletin 22 March, 2003, p.15.

2. Miguel, Jose, «A Global Perspective on Vertical Distribution Restraints», New York University law review, vol. 13, 2003, p.21.

مربوط به توزیع مانند حمل و نقل، از جانب توزیع کننده یا مسئولیت ارائه خدمات پس از فروش یا مسئول بودن در قبال ثالث در مورد اجرای قرارداد می تواند نشان از استقلال توزیع کننده باشد.<sup>۱</sup>

### 3-2-3-1. مصادیق توافقات محدود کننده توزیع

#### 3-2-3-1-1. محدودیت های منطقه ای<sup>۲</sup>

در توافق توزیع ممکن است تولیدکننده، طرف مقابل را ملزم کند تنها در منطقه ای خاص فعالیت نماید. این توافقات در صورتی که همراه با توافق خرید انحصاری باشد، می تواند برای رقبا آثار محرومیتی داشته و مانع ورود آنها به بازار شود. اما در هر صورت می تواند به حرکت آزاد محصولات و فعالیت تجاری عرضه کننده، خلل وارد کند و بر همین اساس ضدرقابتی قلمداد شده است. این محدودیت ها می تواند به شکل ممنوعیت تجارت با فعالانی خاص یا عدم توزیع محصول به خریداران معلوم شده صورت پذیرد و یا محدودیت هایی که کاهش منابع عرضه در منطقه تعیین شده و یا نسبت به مصرف کنندگان خاص را موجب شده و نهایتاً نتیجه آن کاهش قدرت انتخاب مصرف کننده است.<sup>۳</sup> با این حال در پرونده های مطرح شده در اتحادیه اروپا اگر توزیع کننده سهم بازاری کمتر از ۳۰ درصد داشته باشد، توافق به واسطه نداشتن آثار محسوس مشمول معافیت می گردد.<sup>۴</sup>

#### 3-2-3-2. عدم رقابت<sup>۵</sup>

در این توافق، توزیع کننده متعهد می شود که از انجام فعالیتی که به هر شکل به رقابت با تولیدکننده می انجامد خودداری کند. علت ممنوعیت این توافقات این است که باعث اختلال در استقلال اقتصادی توزیع کننده می شود و سایر فعالان تجاری را نیز از فرصت انجام تجارت با او محروم می کند. نتیجه اصلی این توافق ایجاد انحصار برای تولیدکننده است. با این حال لازم به ذکر است که در برخی موارد توزیع کنندگان به اقتضاء رابطه قراردادی خود به برخی از اسرار تجاری تولیدکنندگان دسترسی پیدا می کنند و درج چنین

---

1. Wright, Joshua, «Distribution Agreement under EC competition law», Antitrust Bulletin 22 March, 2003, p.14.

2. Territorial Restrictions

3. Barry, Rodger, Competition Law and Policy in the EC and UK, 4th Edition, Routledge-Cavendish publishing, 2009, p 222.

4. Lennart Ritter and W.David Braun, European Competition Law, Kluwer Law International, 2007, p. 296.

5. Non-Competing

شروطی منجر به جلوگیری از سوء استفاده از آن اسرار و اتخاذ رویه های غیرمنصفانه می گردد. اتحادیه اروپا پذیرفته شده است که چنین شروطی در صورتیکه برای مدت زمانی کمتر از پنج سال تداوم داشته باشند معتبر هستند. اما این قید را نباید به عنوان معافیت کلی تلقی کرد، زیرا معافیت شرط عدم رقابت در صورتی است که فاقد اثر سوء محسوس در بازار باشد. وجود قیودی از این دست اماره ی نبود اثر سوء محسوس در بازار است که البته اثبات خلاف آن ممکن است.

### 3-1-3-2-3. توزیع انتخابی<sup>1</sup>

در برخی موارد تولیدکنندگان خواهان ارائه محصول خود همراه با خدمت‌رسانی ویژه و مخصوص به مصرف‌کننده می‌گردند. در نتیجه اقدام به انعقاد قرارداد با توزیع‌کنندگانی خاص می‌کنند تا کیفیت و خدمات مورد نظر آنها را رعایت کنند. اصولاً در جایی که اساس انتخاب بر پایه معیارهای کیفی باشد، توافق مزبور منطبق با ضوابط حقوق رقابت است. در این موارد ماهیت محصولات به نحوی است که فروش و عرضه آنها به تخصص و مهارت خاصی نیازمند است و هر توزیع‌کننده‌ای توان انجام آن را ندارد. بنابراین اگر انتخاب بر اساس تبعیض غیرموجه و بی‌ضابطه صورت پذیرد و یا به قصد حذف تاجری خاص باشد، توافق باطل است. ممکن است این اشکال مطرح شود که ممنوعیت و بطلان انتخاب مزبور مغایر با اصل آزادی قراردادی است؛ زیرا به موجب این اصل هر یک از افراد در انتخاب طرف قرارداد خود مختار است، حال آنکه در حقوق رقابت این حق، محدود به انتخاب بر اساس ضابطه گردیده است. در پاسخ به اشکال مزبور بار دیگر باید مبانی حقوق رقابت را یاد آوری کرد؛ حفظ منافع عمومی از طریق تداوم ساختار رقابتی بازار به عنوان اصلی‌ترین هدف حقوق رقابت سبب می‌شود در مواردی خاص، اصل آزادی قراردادی نیز محدود شود. در واقع اگر چه آزادی قراردادی مبتنی بر مصالح مورد تأیید قانونگذاران است اما اعمال آن به صورت مطلق صورت نمی‌گیرد و می‌توان برای حفظ منافع و مصالح عمومی آن را مقید نمود. به علاوه طبق مفاد این قاعده افراد جامعه در انعقاد قراردادها یا انتخاب طرف قرارداد آزادند، مادامی که این اختیار از طرف قانون تحدید نشده باشد. حقوق رقابت

می‌تواند برای حفظ نظم اقتصادی جامعه چنین کرده و اصل مزبور را در فروشی خاص محدود نماید. با این حال، اعتبار عرضه انتخابی هیچ‌گاه به عنوان اصل پذیرفته نمی‌شود. بنابراین در صورتی که رفتار تولیدکننده در بازار نشانگر وجود مجموعه‌ایی از توافقات عرضه انتخابی است، رفتار او ضد رقابتی تلقی می‌گردد. بر همین اساس بررسی این امر ضروری است که اصولاً در چه مواردی توزیع انتخابی معتبر است.

### 2-3-2-3. معیارهای لازم برای صحت توافقات توزیع انتخابی

#### 1-2-3-2-3. اقتضای ماهیت محصول

در حقوق رقابت پذیرفته شده است در جایی که ماهیت محصول از چنان کیفیت بالایی برخوردار است که شیوه توزیع خاصی می‌طلبد، می‌توان توزیع‌کننده را انتخاب کرد. دو نوع از محصولات چنین وصفی دارند: محصولات پیچیده تکنولوژیک و محصولات تجملاتی و تشریفاتی. در نوع اول باید این نکته احراز شود که پیچیدگی فنی محصول به حدی است که توزیع آن نیازمند متخصص است. در محصولات تجملاتی هم باید میزان وابستگی خریدار به اعتبار تولیدکننده ارزیابی شود. در این محصولات نیز خدمات پس از فروش و چگونگی توزیع بسیار مهم است به همین علت انتخاب توزیع‌کننده‌ای خاص برای آن بلامانع است.

بیان شده محصولات که اقتضای توزیعی ویژه دارند و کارآمدی آنها منوط به توزیع در زمانی خاص است - مانند روزنامه‌ها- نیز مشمول همین قاعده می‌گردند.<sup>1</sup>

#### 2-2-3-2-3. اعمال معیارهای کیفی یکسان

پیشتر بیان کردیم در صورتی که انتخاب عامل توزیع بر اساس معیارهای کیفی باشد، به نحوی که تمام توزیع‌کنندگان موجود بر اساس این معیارها مورد ارزیابی قرار گیرند، رفتاری ضد رقابتی شکل نگرفته است. در حقیقت باید این حق را به تولیدکننده داد که توزیع‌کننده‌ای را برگزیند که بهترین شیوه و با کیفیت‌ترین روش را برای عرضه به کار می‌گیرد، زیرا این امر مستقیماً در افزایش رغبت خریداران موثر است. منظور از معیار کیفی ضوابطی است که با توجه به شرایط نوعی در افزایش فروش و ارتقای بهره‌وری مؤثر است. جالب توجه این‌که در برخی پرونده‌ها حتی الزام توزیع‌کننده مبنی بر خودداری از فروش محصولی دیگر که از اعتبار

---

1 . Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 645.



محصول اصلی می‌کاهد هم ضد رقابتی تلقی نشده زیرا این امر هم مرتبط با معیار کیفی است. در مقابل انتخاب بر اساس معیارهایی چون تعداد پرسنل یا میزان حداقل و حداکثر فروش موجب بی‌اعتباری توافق شمرده شده است.<sup>۱</sup>

### 3-2-3-3. اعمال محدودیت به میزان ضرورت

هر نوع رفتار تحدیدی در حقوق رقابت، زمانی می‌تواند معتبر تلقی شود که به میزان ضرورت و متناسب با هدف مورد نظر باشد. در بحث ما نیز محروم کردن عرضه‌کنندگان باید به میزانی باشد که برای حفظ کیفیت کالا لازم است. در واقع این معیار، بیانگر لزوم وجود تناسب بین ویژگی محصولات و محدودیت‌های وضع شده جهت توزیع آنها است.<sup>۲</sup> در هر حال بر خلاف اینکه در ابتدا، این توافقات مطلقاً باطل تلقی می‌شد امروزه این نکته پذیرفته شده است که تحلیل اقتصادی در بررسی آنها موثر است. بر همین اساس این توافقات نیز مشمول قاعده ممنوعیت ذاتی نخواهند بود.<sup>۳</sup>

### 3-2-4. تبعیض در قیمت<sup>۴</sup>

واضح‌ترین شکل رفتار ضد رقابتی مرتبط با قیمت، تعیین قیمت‌های مختلف در مورد محصولات یکسان است. تبعیض در قیمت عبارت است از فروش محصولات یکسان یا بسیار مشابه به قیمت‌های متفاوت، بدون آنکه این تفاوت در قیمت علل نوعی موجه داشته باشد.

تبعیض در قیمت می‌تواند در تمام سطوح فعالیت‌های اقتصادی صورت پذیرد. در بحث ما نیز تبعیض در قیمت هنگامی است که تولیدکننده، محصولات یکسان را با قیمت‌های متفاوت به توزیع‌کنندگان می‌فروشد و در واقع بین آنها در مقام خرید محصولش قائل به تبعیض می‌شود. پیچیدگی‌های این رفتار ضد رقابتی افزون از موارد دیگر است چرا که این مفهوم در برگیرنده رفتارهای بسیار متفاوتی است که هر یک دارای آثار و موضوعاتی کاملاً متفاوت در حقوق رقابت است که از آن جمله می‌توان به انواع تخفیف‌ها، توافقات ضمیمه و

---

1. Ibid, p. 647.

2. Wright, Joshua, «Distribution Agreement under EC competition law», Antitrust Bulletin 22 March, 2003, p.18.

3. Miguel, Jose, «A Global Perspective on Vertical Distribution Restraints», New York University law review, vol. 13, 2003, p. 31.

4. Price Discrimination

تبعیض عمودی قیمت اشاره کرد. به علاوه این عقیده در بین تمام اقتصاددانان پذیرفته شده است که آثار تبعیض قیمت، مبهم است به نحوی که نمی‌توان گفت اثر حتمی و ذاتی آن افزایش رفاه عمومی است یا کاهش آن.<sup>۱</sup> برخی از کشورها تبعات و عواقب شدیدی برای عاملین تبعیض در نظر گرفته‌اند و صرف احراز آن را بدون نیاز به بررسی آثار توافق، رفتاری ضد رقابتی و ممنوع می‌دانند. در مقابل، تحلیل گران اقتصادی امکان وجود آثار مثبت اقتصادی برای این توافق را نفی نمی‌کنند و معتقدند بویژه در مواردی که تولیدکننده سرمایه‌های از دست رفته زیادی داشته باشد، تبعیض در قیمت می‌تواند در بازگشت حداقل بخشی از آن مؤثر بوده و در نتیجه امکان فعالیت تعداد بیشتری تولیدکننده در زمینه محصولی خاص را ایجاد کند.<sup>۲</sup>

در حقوق رقابت، معیار تعیین قیمت در نظر داشتن هزینه‌های صرف شده و سود متعارف است. پس در محصولاتی که این هزینه‌ها متفاوت باشد، قیمت نیز باید متفاوت اعلام گردد. بنابراین تعیین قیمت‌های متفاوت برای محصولات یکسان و تعیین قیمت‌های یکسان برای محصولات متفاوت، هر دو مصداق تبعیض در قیمت است.<sup>۳</sup> تبعیض در قیمت نیازمند وجود حداقلی از قدرت بازار است، زیرا در بازارهای رقابتی کامل استمرار تبعیض ممکن نیست و اگر انجام شود نیز به صورت پراکنده و منقطع است. اهمیت تبعیض در قیمت به این علت است که در روابط با اشخاص ثالث نیز مؤثر است و هزینه نهایی محصول را افزایش می‌دهد.<sup>۴</sup> باید دانست تبعیض در قیمت مبتنی بر ایجاد تفاوت بی‌منطق بین مصرف‌کنندگان است. پس اگر تولیدکننده‌ای محصولات خود را با افزایش قیمت و به شکل یکسان بر مصرف‌کنندگان تحمیل کند، عمل او تحت عنوان تبعیض، قابل پیگیری نیست.<sup>۵</sup> بنابراین نکته مهمی که باید در پرونده‌های تبعیض در قیمت احراز نمود، مشابهت محصولات و خدماتی است که ارائه شده است. در این مورد آنچه مبنای عمل قرار می‌گیرد تحلیل دقیق کالاها نیست تا تمام

---

1. Geradin, Damien & Petit Nicolas, «Price Discrimination under EC Competition Law», Global competition law centre working paper, No. 07/05, 2005, p.14.

2. Utton, Michael, Market Dominance and Anti trust Policy, Elgar Publication, 2003, p. 86.

3. Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 409.

4. Geradin, Damien & Petit Nicolas, «Price Discrimination under EC Competition Law», Global competition law centre working paper, No. 07/05, 2005, p.14.

5. Utton, Michael, Market Dominance and Anti trust Policy, Elgar Publication, 2003, p. 90.

ویژگی‌ها و اختلافات آنها مدنظر قرار گیرد بلکه معیار، تشخیص عرف در تعیین مشابهت یا تفاوت است.<sup>۱</sup>  
بنابراین ممکن است عرف بین دو نوع محصول خوراکی قائل به تفاوت نشود، اگرچه مثلاً از نظر پزشکی و  
تأثیر آنها بر انسان نتوان آن دو را مشابه دانست.<sup>۲</sup>

---

1 . Baker, Jonathan, «COMPETITIVE PRICE DISCRIMINATION», Antitrust Law Journal [Vol. 70], 2003, p. 650.  
2 . Alison Jones and Brenda Sufrin, Ibid, p. 412.