

ادغام‌های ضدرقابتی و ضمانت اجرای مقرر در حقوق ایران

محمدرضا پاسبان* ابوالفضل غلامی**

چکیده

ادغام شرکت‌ها علی‌رغم آنکه بنگاه اقتصادی را از شرایط نابسامان مالی خارج نموده و توان رقابتی آنها را بهبود می‌بخشد، پیامدهای ناخواسته بر رقابت در بازار به جای گذاشته و از منظر اقتصادی آثار منفی به بار می‌آورد. قانونگذار ایرانی برای جلوگیری از تحقق ادغام‌های ضدرقابتی در فصل نهم قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶، معیارهایی از جمله ایجاد تمرکز را پیش‌بینی نموده است. چون حقوق ایران در خصوص این نهاد مهم در آغاز راه خود قرار دارد از منظر مقررات رقابتی با ابهام‌ها و کاستی‌هایی، هم از جهت ارائه معیارهای احراز ادغام‌های ضدرقابتی و هم از حیث پیش‌بینی ساز و کارها و ضمانت اجرای مناسب و بازدارنده همراه است. ضمانت‌های اجرایی از جمله ابطال، فسخ، تجزیه و تعلیق که در عمل برای اجرای آنها، ابهام‌ها و مشکلاتی وجود دارد.

واژه‌های کلیدی: ادغام، ادغام‌های ضدرقابتی، قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴

mpasban@atu.ac.ir

abolfazl_haghighat@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۲۶

* دانشیار دانشگاه علامه‌ی طباطبائی (نویسنده‌ی مسئول)

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۰۸

قانون اساسی، ضمانت اجرای ادغام‌های ضدرقابتی.

۱. مقدمه

شرکت‌های تجاری، برای بقا و دوام خود در بازار و امکان رقابت با سایر شرکت‌ها ناگزیر به انجام تغییراتی اساسی هستند. تغییراتی که بتواند سطح تولید و کیفیت محصولات و خدمات ارائه شده از سوی شرکت‌ها و توان مالی آن‌ها را بهبود بخشد و در نهایت توان رقابت با سایر شرکت‌ها را برای آن‌ها فراهم نماید. یکی از این تغییرات که از سازوکارهای اقتصادی مهم برای شرکت‌ها با اهداف فوق است، ادغام شرکت‌های تجاری است. از آنجا که با تحقق روند ادغام، یک یا چند شرکت به پایان حیات و فعالیت خود می‌رسند، ادغام را بایستی یکی از شیوه‌های انحلال بدون تصفیه نیز به شمار آورد، راهکاری که از بار نمودن هزینه‌های سنگین و صرف زمان طولانی که برای انحلال ضرورت دارد پیشگیری می‌نماید (پاسبان، ۱۳۹۱: ۲۱۴). ادغام‌ها علاوه بر متأثر ساختن شرکت‌های طرف ادغام، کارکنان و سهامداران و اشخاص ثالث، از منظر حقوقی می‌توانند در مواقعی، از نظر اقتصادی، آثار منفی بر ایشان بر جای گذارده و منجر به ایجاد انحصار، کاهش یا از بین رفتن رقابت در بازار مربوطه و در نهایت تهدید منافع مصرف‌کنندگان گردند. به واسطه‌ی همین اهمیت است که علاوه بر مقررات تجاری که در آن‌ها آثار حقوقی و شرایط ادغام‌ها پیش‌بینی و ضمانت‌های اجرایی مقتضی جهت رعایت این شرایط و تشریفات لحاظ می‌گردد، در قوانین رقابتی نیز ضمن ارائه‌ی معیار یا معیارهایی جهت تشخیص ادغام‌های مخل رقابت، مقرراتی در جهت کنترل و نظارت بر ادغام‌ها معین شده و سازوکارهایی به منظور جلوگیری از ادغام‌های ضدرقابتی پیش‌بینی می‌گردد. در حقوق ایران که وضع مقررات رقابتی سابقه‌ی چندانی نداشته است، قانونگذار در ماده‌ی ۴۸ از فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل قانون اساسی ۴۴ مصوب ۱۳۸۶، ضمن ارائه‌ی معیارهایی هرچند بعضاً قابل نقد، جهت شناسایی ادغام‌های ممنوع و ضدرقابتی و پیش‌بینی نهاد ناظر به منظور کنترل بر ادغام‌ها در ماده‌ی ۵۳، ضمانت‌های اجرایی اعم از حقوقی و کیفری، با اهداف پیش‌گفته در ماده‌ی ۶۱ آن قانون را مقرر داشته است. با این توضیح که همه‌ی این ضمانت‌های اجرا ناظر بر ادغام‌ها نیستند. هر چند پیش از تصویب

مقرره‌ی فوق، قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ نیز به طور کلی به ضوابط و شرایط ادغام‌ها و تعیین ادغام‌های غیرمجاز پرداخته بود اما ضمانت اجرایی در این باره پیش‌بینی نکرده بود. احکام مزبور عیناً در ماده‌ی ۱۰۵ قانون برنامه‌ی پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ با اعمال تغییراتی بسیار جزئی تکرار شده است. در هر حال، احکامی که بر ادغام شرکت‌های تجاری در ایران از منظر رقابتی حاکم است در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی منعکس شده است. در این نوشتار تلاش شده تا در ابتدا به اختصار ملاک‌های قانونگذار در خصوص تشخیص ادغام‌های ممنوع بررسی و پس از آن سازوکارها و ضمانت‌های اجرایی که به منظور پیشگیری از ادغام‌های ضدرقابتی در قانون فوق مقرر است بیان گردد.

ادغام از لحاظ لغوی واژه‌ای عربی است و در فرهنگ فارسی معین به معنای داخل کردن چیزی در چیز دیگر و در هم فشردن و فروبردن دو چیز آمده است (معین، ۱۳۷۸: ۱۸۱). فرهنگ حقوقی آکسفورد ادغام را عبارت از ترکیب شرکت‌های هم‌اندازه در یکدیگر می‌داند که به موجب آن برحسب مورد سهامداران شرکت‌های طرف ادغام، سهام خود را با سهام شرکت جدید و یا با سهام شرکت ادغام‌کننده تعویض می‌کنند (Martin, 2006: 340). در تعریف یکی از نویسندگان حقوقی، ادغام به مفهوم قراردادی است بین دو یا چند شرکت تجاری که به موجب آن، کلیه حقوق و تعهدات شرکت یا شرکت‌های تجاری ادغام‌شونده به شرکت تجاری ادغام‌کننده یا جدید منتقل و شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده، بدون اینکه تصفیه شوند، منحل و شخصیت حقوقی آن‌ها محو می‌گردد (بیگی حبیب‌آبادی، ۱۳۸۷: ۴۲۱). در قوانین ناظر بر ادغام، به تعریف جامع ادغام پرداخته نشده و صرفاً به ذکر انواع ادغام بسنده گردیده است. قانون برنامه‌ی چهارم و قانون برنامه‌ی پنجم توسعه از این دست قوانین هستند. آیین‌نامه‌ی اجرایی بند «ز» ماده‌ی ۱۱۱ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۳ هیئت وزیران نیز مفهوم ادغام را از دیدگاه مالیاتی بیان نموده است. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در بند ۱۶ ماده‌ی ۱ بدین شرح به تعریف ادغام پرداخته است: «اقدامی که بر اساس آن چند شرکت، ضمن محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت حقوقی واحد و جدیدی تشکیل دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند». در این تعریف ضمن تلاش در جهت ارائه تعریفی از ادغام، تا

اندازه‌ای به انواع ادغام از منظر حقوقی (ادغام ساده یا یک‌جانبه و ادغام مرکب یا دو یا چند جانبه) نیز اشاره شده است. این تعریف نیز ایرادهایی دارد، از جمله اینکه در صدر تعریف استفاده از واژه «اقدام» نمی‌تواند مبین ماهیت حقوقی ادغام که همانا قرارداد و یک عمل حقوقی است باشد. بند ۱۰ ماده‌ی ۳ لایحه مقررات تسهیل‌کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات مصوب ۱۳۸۴ هیئت وزیران به درستی از واژه عمل حقوقی در تعریف ادغام استفاده نموده بود که قانونگذار در تعریف فوق بدان توجه ننموده است. از سوی دیگر درج عبارت «چند شرکت» در ابتدای تعریف برای تبیین مفهوم ادغام ساده یا یک‌جانبه که گاه با جذب یک شرکت در شرکت دیگر (شرکت ادغام‌کننده) همراه است کافی به نظر نمی‌رسد.

۲. معیارهای احراز ادغام‌های ضدرقابتی در حقوق ایران

ادغام شرکت‌های تجاری اگرچه می‌تواند واجد آثار مثبتی از منظر اقتصادی باشد اما در مواقعی پیامدهای منفی بر رقابت در بازار که از اهداف اصلی حقوق رقابت است، به جای می‌گذارد. این موضوع دولت‌ها را بر آن داشته تا محدودیت‌هایی برای ادغام شرکت‌های تجاری در نظر گرفته و معیارهایی در این راستا جهت تشخیص ادغام غیرمخل از ادغام مخل در رقابت پیش‌بینی نمایند. بدیهی است این معیارها باید صریح و روشن بوده و با تصویب دستورالعمل‌هایی حدود و ثغور ملاک‌ها مشخص باشد تا ابهام در آن‌ها مانعی برای اصل سرعت در امور تجاری و پیشبرد اهداف اقتصادی شرکت‌ها که با ادغام خود در پی آن هستند ایجاد ننماید و از سوی دیگر مقام ناظر نیز بتواند از ادغام‌های ضدرقابتی با تصمیم عاجل جلوگیری نماید.

در حقوق ایران، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به موجب ماده‌ی ۴۸، مصادیق و ملاک‌های احراز ادغام‌هایی که موجبات اختلال در رقابت را فراهم می‌آورند احصاء نموده است. معیارهای ادغام‌های ضدرقابتی به شرح زیر هستند.

۲.۱. اعمال رویه‌های تجاری مخل رقابت در ادغام

مطابق بند ۱ ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ اگر در جریان ادغام یا در نتیجه آن اعمال مذکور در ماده‌ی ۴۵ اعمال شود آن ادغام ممنوع است. ماده‌ی ۴۵ قانون مذکور ۱۱ مورد از رویه‌های تجاری ضدرقابتی را برشمرده و وفق صدر ماده‌ی مزبور در صورت تحقق هر کدام از این موارد، اختلال در رقابت مفروض تلقی شده است. در میان موارد مصرح در ماده‌ی مرقوم علاوه بر اموری همچون قیمت‌گذاری تهاجمی (بند د)، عرضه کالا یا خدمت غیراستاندارد (بند ز)، مداخله در امور داخلی بنگاه یا شرکت رقیب (بند ح)، می‌توان سوءاستفاده از موقعیت اقتصادی مسلط را یکی از مهم‌ترین رویه‌های ضدرقابتی در ارتباط با موضوع ادغام دانست. این رویه هم می‌تواند در جریان ادغام و هم در نتیجه ادغام اعمال گردد. قانونگذار در بند ۱۵ ماده‌ی ۱ قانون فوق‌الذکر وضعیت اقتصادی مسلط را چنین تعریف نموده است: «وضعیتی در بازار که در آن توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد در اختیار یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی قرار گیرد». وضعیت اقتصادی مسلط ناشی از قدرت بازار است؛ اما باید توجه داشت صرف داشتن قدرت بازار، ملاک و معیار اختلال نیست، بلکه ملاک سوءاستفاده از این موقعیت است. اصطلاح موقعیت مسلط علی‌رغم اینکه به دلیل برخی مشابهت‌ها، در مواردی به جای موقعیت انحصاری به کار می‌رود با آن متفاوت است. موقعیت مسلط اقتصادی برخلاف موقعیت انحصاری که قدرت انحصاری را به دنبال خود دارد، بدون اینکه رقابت را کاملاً از بین ببرد، بنگاه واجد موقعیت مسلط را قادر می‌سازد نسبت به شرایط رقابت تصمیم بگیرد یا بر شرایط رقابت تأثیر بگذارد (صادقی، ۱۳۸۶: ۱۷۷). در فرضی که شرکت دارای قدرت انحصاری باشد اساساً رقابتی در بازار وجود ندارد یا رقابت بسیار ناچیز است. قانونگذار تعریفی از سوءاستفاده ارائه نداده است و در بند ط ماده‌ی ۴۵ در شش قسمت مصادیق سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط را به طور کلی بیان نموده است. سوءاستفاده مفهومی عینی دارد. در نتیجه توصیف رفتار یک بنگاه به عنوان سوءاستفاده از موقعیت مسلط، به قصد شرکت برای حذف رقبای یا تضعیف رقابت بستگی ندارد بلکه تحقق چنین رفتاری به تأثیر واقعی آن

متکی است (عبدی‌پور، ۱۳۸۸: ۱۳۹). تعیین، حفظ و یا تغییر قیمت یک کالا یا خدمت به صورتی غیر متعارف، ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب، تملک سرمایه و سهام شرکت‌ها به صورتی که منجر به اختلال در رقابت شوند، از جمله موارد سوءاستفاده از موقعیت مسلط هستند که در بند ط ماده‌ی ۴۵ بیان گردیده‌اند. نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت آن است که اعمال رویه‌های مصرح در ماده‌ی ۴۵ در نتیجه ادغام، زمانی ادغام را مشمول ممنوعیت مقرر در بند ۱ ماده‌ی ۴۸ خواهد نمود که نتایج ضد رقابتی مزبور بلافاصله پس از وقوع ادغام و یا در مدت زمان متعارفی پس از آن صورت پذیرد (غفاری فارسانی، ۱۳۹۱: ۲۹۹).

۲.۲. افزایش نامتعارف قیمت کالا یا خدمات در نتیجه‌ی ادغام

یکی دیگر از معیارهای تشخیص ضدرقابتی بودن ادغام، آن است که در نتیجه‌ی ادغام، قیمت کالا یا خدمت به طور نامتعارفی افزایش یابد، امری که در بند ۲ ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ مورد تصریح گرفته است. با توجه به استفاده از لفظ «نامتعارف» باید گفت که افزایش قیمت در نتیجه‌ی ادغام، زمانی موجب ممنوعیت خواهد بود که این افزایش به صورت پایدار، ناشی از ادغام و عرفاً غیرقابل توجیه باشد (همان: ۳۰۰)؛ بنابراین صرف افزایش قیمت کالا یا محصول بعد از ادغام، برای ارزیابی ضدرقابتی قلمداد نمودن ادغام کافی نیست. در واقع افزایش قیمت در نتیجه‌ی ادغام در صورتی می‌تواند ضدرقابتی باشد که به لحاظ قدرت بازاری شرکت جدید یا شرکت ادغام کننده، بدون در نظر گرفتن واکنش مصرف‌کنندگان و رقبا صورت پذیرد و افزایشی غیرمتعارف یعنی متفاوت با شیوه‌های قیمت گذاری فعالان اقتصادی در شرایط رقابتی باشد. از سوی دیگر باید بین افزایش قیمت غیرمتعارف با ادغام رابطه‌ی سببیت وجود داشته باشد و این افزایش، نتیجه‌ی ادغام صورت گرفته باشد.

۲.۳. ایجاد تمرکز شدید در بازار

مهم‌ترین محدودیت ناشی از حقوق رقابت در مبحث ادغام شرکت‌های تجاری،

تمرکز در بازار است. بند ۳ ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ ادغامی را که موجب تمرکز شدید در بازار شود ممنوع اعلام نموده است. یکی از مهم‌ترین راه‌ها برای ارزیابی رقابت و انحصار در بازارها، توجه به اندازه‌ی تمرکز است. در حقیقت شاید بتوان اصلی‌ترین معیار در ارزیابی و تشخیص دامنه‌ی ادغام‌های مفید و مضر در نظام کنترل ادغام در حقوق ایران را همین ضابطه دانست. اهدافی همچون حفظ رقابت مؤثر در بازار، پیشگیری از ایجاد انحصار و حفظ منافع مصرف‌کنندگان در وضع چنین محدودیتی در ادغام شرکت‌های تجاری مورد نظر قانونگذار بوده است. تمرکز بازار عبارت است از چگونگی توزیع بازار بین بنگاه‌های مختلف؛ به عبارت دیگر، تمرکز بازار دلالت بر آن دارد که چه میزان از کل تولیدات بازار یک محصول معین در اختیار تعداد محدودی از بنگاه‌های بزرگ است. برای اندازه‌گیری تمرکز در بازار و یا صنعت معین، باید به تعداد بنگاه‌ها و اندازه نسبی آنها توجه شود. هر چه تعداد بنگاه‌های فعال در عرصه‌ی فروش یک کالا یا خدمت کمتر باشد، آن بازار متمرکزتر و هرچه بازار به شکل غیریکنواخت‌تر بین بنگاه‌ها تقسیم شده باشد درجه‌ی تمرکز بیشتر خواهد بود (خداداد کاشی، ۱۳۷۹: ۸۵). سنجش اندازه‌ی تمرکز در یک تقسیم‌بندی کلی از طریق دو معیار صورت می‌پذیرد؛ معیارهای مطلق و معیارهای نسبی. معیارهای نسبی تمرکز، صرفاً به نابرابری اندازه بنگاه‌ها توجه دارند در حالی که معیارهای مطلق هم به تعداد بنگاه‌ها و هم به نابرابری اندازه آنها توجه دارند. مهم‌ترین شاخص‌های مطلق اندازه‌گیری در بازار عبارتند از: نسبت تمرکز بنگاه^۱، شاخص هرفیندال - هیرشمن (HHI)^۲، معکوس تعداد بنگاه‌های صنعت، شاخص هاناکي^۳، شاخص آنتروپی^۴. ضریب جینی و شاخص واریانس لگاریتم^۵ از جمله معیارهای نسبی اندازه‌گیری تمرکز در بازار هستند.^۶ در این میان شاخص هرفیندال یکی از معیارهای مهم و کاربردی جهت اندازه‌گیری میزان تمرکز در بازار است. این شاخص از اطلاعات همه‌ی بنگاه‌های صنعت استفاده می‌کند و به هر بنگاه به اندازه‌ی سهم آن در بازار وزن می‌دهد. در صورتی که ادغام معینی، شاخص هرفیندال را به میزانی که مشخص می‌شود افزایش دهد با آن ادغام به واسطه‌ی اینکه موجب تمرکز بالایی شده برخورد می‌گردد (بیگدلی، ۱۳۸۸: ۴۶). به عنوان مثال اصول راهنمای ادغام‌های افقی ۱۹۹۲ با تجدیدنظر ۱۹۹۷ در ایالات متحده‌ی آمریکا، در بخش

تمرکز و سهام بازار^۷ و در قسمت استانداردهای کلی (بند C)، بازاری که شاخص هر فیندال آن بالاتر از ۱۸۰۰ باشد را بازار با تمرکز بالا محسوب نموده و در صورتی که ادغام صورت گرفته این شاخص را بیشتر از ۵۰ واحد افزایش دهد با آن برخورد می‌گردد. این شاخص با توجه به شرایط زمانی و مکانی قابل تغییر است. در اصول راهنمای ۲۰۱۰ در آمریکا^۸ در صورتی که شاخص مزبور پایین‌تر از ۱۵۰۰ باشد بازار غیر متمرکز، در صورتی که بین ۱۵۰۰ تا ۲۵۰۰ قرار گیرد بازار دارای تمرکز معتدل و اگر بالای ۲۵۰۰ واحد باشد، بازار با تمرکز شدید مواجه بوده است و در صورتی که ادغام معینی موجب افزایش بیش از ۲۰۰ واحدی شاخص فوق گردد ضد رقابتی تلقی می‌گردد. به موجب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴، دامنه‌ی تمرکز شدید را شورای رقابت تعیین و اعلام می‌نماید. علی‌رغم گذشت چند سال از تصویب مقرره‌ی فوق تاکنون هیچ دستورالعملی در این خصوص از سوی مرجع مذکور تصویب نشده است. نوع نگارش و قانون‌گذاری صورت گرفته نیز در ایجاد این تأخیر بی‌تأثیر نیست؛ زیرا علی‌رغم اینکه وظیفه‌ی تعیین و اعلام میزان تمرکز شدید، جهت ارزیابی ادغام‌ها بر عهده‌ی شورای رقابت نهاده شده، هیچ مهلت زمانی برای اجرای این تکلیف مقرر نگردیده است. لزوم پرهیز از تأخیر بیشتر در تصویب دستورالعمل مورد اشاره از آنجا ناشی می‌شود که قانونگذار هیچ تعریفی از تمرکز شدید ارائه نکرده است. از سوی دیگر شرکت‌هایی که قصد ادغام دارند باید پیشاپیش از شرایط ادغام و ضوابط امر آگاهی یابند و شورای رقابت نیز در رسیدگی به شکایتی که در خصوص ادغام معینی مطرح می‌شود برای استناد به معیار تمرکز شدید باید دامنه‌ی آن را معین نموده تا بتواند از این ملاک جهت احراز ضد رقابتی بودن ادغام بهره‌بردار، امری که مستلزم اطلاع رسانی قبلی است.

نکته‌ی پایانی آنکه قانونگذار در ماده‌ی ۴۰ از قانون برنامه‌ی چهارم توسعه و ماده‌ی ۱۰۵ از قانون برنامه‌ی پنجم توسعه معیار «تمرکز» را جهت تشخیص ضد رقابتی بودن ادغام پیش‌بینی نموده است. بدیهی است معیار تمرکز با تمرکز شدید متفاوت است. در مقام رفع این تعارض باید گفت که با عنایت به اینکه قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ مصوب ۱۳۸۶ و قانونی خاص در این زمینه است و قانون برنامه‌ی پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ قانونی عام بوده، قانون اخیر توانایی نسخ قانون خاص فوق را نخواهد

داشت. در نتیجه، معیار حاکم بر ادغام‌ها، جهت تشخیص ضدرقابتی بودن آن‌ها، ملاک «تمرکز شدید» خواهد بود. به نظر می‌رسد قانونگذار در سال ۸۹ مسامحه نموده و بدون در نظر گرفتن معیار مقرر در ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ به عنوان مصوبه‌ی قبلی خود، عیناً معیار مقرر در ماده‌ی ۴۰ قانون برنامه‌ی چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ را تکرار نموده است.

۲.۴. ایجاد بنگاه یا شرکت کنترل‌کننده‌ی در بازار

وفق بند ۴ ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی: «هرگاه ادغام، منجر به ایجاد بنگاه یا شرکت کنترل‌کننده در بازار شود» ممنوع خواهد بود. قانون مذکور در بند ۱۸ ماده‌ی ۱ در تعریف شرکت یا بنگاه کنترل‌کننده چنین اشعار داشته است: «بنگاه یا شرکتی است که از طریق تملک تمام یا قسمتی از سهام یا سرمایه یا مدیریت و یا از طریق دیگر، فعالیت‌های اقتصادی بنگاه‌ها یا شرکت‌های دیگر را در یک بازار کنترل می‌کند.» تعریف صورت گرفته بر ابهام‌های بند ۴ ماده‌ی ۴۸ می‌افزاید. اگر مطابق تعریف فوق، کنترل بنگاه یا شرکتی دیگر را از طریق تملک تمام یا قسمتی از سهام آن متصور بدانیم موضوع مضمول ماده‌ی ۴۷ قانون خواهد شد که ناظر بر تملک بوده (قانونگذار میان مفهوم تملک و ادغام تمایز قائل شده) و تا زمانی که منجر به اخلاف در رقابت نشود ممنوع نیست. در حالی که مقنن در بند ۴ ماده‌ی ۴۸ هر نوع کنترلی را ممنوع تلقی نموده است. از سوی دیگر قانونگذار بین مفهوم ادغام و تملک تفاوت قائل شده است. ادغام وفق تعریف مقرر در بند ۱۶ ماده‌ی ۱ قانون مذکور مستلزم محو شخصیت حقوقی شرکت یا شرکت‌های ادغام شونده است. در حالی که در تملک لزوماً شخصیت حقوقی شرکت تملک شونده زائل نمی‌شود. برخی از نویسندگان (غفاری فارسانی، ۱۳۹۱: ۳۰۴) جهت رفع ابهام از مقرره‌ی مورد بحث، عنوان داشته‌اند که ناگزیر باید قصد قانونگذار از گنجانیدن این بند را جلوگیری از تشکیل کارتل‌ها^۹ و تراست‌ها^{۱۰} دانست در حالی که در عناوین اخیر بر خلاف ادغام، شخصیت حقوقی شرکت‌ها محو نمی‌شود. در نتیجه پذیرش چنین دیدگاهی سخت است. به نظر می‌رسد این بند ناظر بر زمانی است

که ادغام صورت گرفته برای شرکت حاصل از ادغام، شرایطی را فراهم آورد که قادر باشد بر شرکتهای دیگر (نه یک شرکت دیگر) که در حوزه‌ی فعالیتی او فعال هستند با تملک تمام یا بخشی از سهام یا مدیریت، کنترل داشته باشد. در صورت مطلق انگاشتن بدون محدودیت این موضوع (صرف کنترل) به نحو مقرر در ماده‌ی ۴۷ «اخلال در رقابت»، غیرمنطقی جلوه می‌نماید؛ بنابراین ذکر معیار مورد بحث در ماده‌ی ۴۸ و در موضوع ادغام‌های ممنوع، زائد بوده و با توجه به مطالب پیش گفته، اصلاح این قسمت از قانون ضرورت دارد.

۳. نهاد ناظر بر ادغام شرکتهای تجاری و کارکرد آن

ضرورت کنترل و نظارت بر ادغام‌ها از منظر مقررات رقابتی، اقتضاء دارد که نهادی جهت چنین امری اختصاص یابد و قادر باشد علاوه بر نظارت بر ادغام‌ها و تشخیص ادغام‌هایی که ضد رقابتی هستند، ضمانت اجراهای مقرر را نیز در خصوص ادغام‌های مخل رقابت، اعمال نماید. شورای رقابت به موجب ماده‌ی ۵۳ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴، در راستای نیل به اهداف مورد نظر قانونگذار در فصل نهم قانون مذکور، از جمله حفظ رقابت، منع انحصار و جلوگیری از اخلال در رقابت پیش‌بینی شده است. این شورا علاوه بر تشخیص رویه‌های ضد رقابتی مقرر در قانون، مطابق ماده‌ی ۶۲ قانون فوق تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی و اعمال ضمانت اجراهای مصرح در ماده‌ی ۶۱ قانون یادشده است.

قانونگذار ایرانی به موجب مصوبه‌ی فوق، اختیارات و صلاحیت‌های فراوانی به شورای رقابت محول نموده است، به گونه‌ای که برخی تصمیمات این نهاد، با توجه به ماده‌ی ۶۱ قانون یادشده واجد ماهیت قضایی است. از سوی دیگر با عنایت به ترکیب اعضاء این شورا می‌توان آن را یک مرجع قضایی غیر دادگستری محسوب نمود زیرا عزل یا نصب قضات یا تصمیم‌گیرندگان آن کلاً یا جزئاً به عهده‌ی قوه‌ی مجریه بوده و در اختیار قوه‌ی قضائیه نیست (شمس، ۱۳۸۵: ۷۹). تصمیمات شورای رقابت در خصوص موارد مصرح در ماده‌ی ۶۱، به موجب ماده‌ی ۶۳ قانون فوق ظرف مهلت مقرر (بیست

روز از تاریخ ابلاغ برای اشخاص مقیم ایران و دو ماه برای اشخاص مقیم خارج کشور)، قابل تجدیدنظر در هیئت تجدیدنظر موضوع ماده‌ی ۶۴ قانون خواهد بود.

یکی از سازوکارهای مهم جهت پیشگیری از ادغام‌های ضدرقابتی کسب تکلیف از نهاد نظارتی است. در حقوق آمریکا به موجب قانون هارت - اسکات - رادینو مصوب ۱۹۷۶^{۱۱} که در قالب ماده‌ی ۷ مکرر (7 A) به قانون کلایتون مصوب ۱۹۱۴ اضافه شده است، هیچ شخصی نمی‌تواند سهام با حق رأی یا دارایی شخص دیگر را به طور مستقیم یا غیرمستقیم تملک (در این قانون تملک اعم از ادغام است) نماید مگر آنکه هر دو طرف (در مورد پیشنهاد مناقصه فقط شخص تملک کننده) اطلاعیه‌ی مربوطه را به کمیسیون تجارت فدرال^{۱۲} و معاون دادستان کل به عنوان مسئول بخش ضد تراست وزارت دادگستری تقدیم کرده باشند و مهلت انتظار مقرر که ۳۰ روز است، سپری شده باشد (البته این مدت قابل تمدید است). باید توجه داشت این کسب تکلیف در مورد ادغام در حقوق آمریکا اجباری است اگر چه این ضرورت در مورد تمامی ادغام‌ها وجود ندارد (یکی از معیارها برای شمول این الزام، میزان فروش خالص سالانه طرفین ادغام است که با توجه به نرخ تورم هر ساله توسط کمیسیون تجارت فدرال تعیین می‌شود. آخرین تجدیدنظر در ابتدای سال ۲۰۱۶ صورت گرفته است^{۱۳}) و مواردی به موجب بند سوم مقرره‌ی فوق از این تکلیف استثناء شده‌اند. در هند به موجب بخش‌های ۵ و ۶ از قانون رقابت مصوب ۲۰۰۲ در مواردی ارسال اطلاعیه به کمیسیون رقابت هند (CCI)^{۱۴} الزامی است. در حقوق آلمان نیز به موجب باب هفتم از قانون مقابله با محدودیت رقابت^{۱۵} (آخرین اصلاحات در ۲۰۱۳) و اصول راهنمای مصوب ۲۰۱۴ دفتر فدرال کارتل^{۱۶} در مواردی (بر اساس حجم معاملات) ارسال اطلاعیه‌ی ادغام به دفتر فدرال کارتل الزامی است.

در حقوق ایران، قانون برنامه چهارم و قانون برنامه پنجم توسعه در این زمینه ساکت است اما قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ در ماده‌ی ۴۹ که ناظر بر ادغام و تملک به معنی اخص است چنین اشعار داشته می‌دارد: «بنگاه‌ها و شرکت‌ها می‌توانند در مورد شمول مواد (۴۷) و (۴۸) این قانون بر اقدامات خود از شورای رقابت کسب تکلیف کنند. شورای رقابت مکلف است حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ وصول تقاضا در هر

یک از موارد مذکور آن را بررسی و نتیجه را به طور کتبی یا به وسیله‌ی دادن پیام مطمئن به متقاضی اعلام کند. در صورت اعلام عدم شمول مواد (۴۷) و (۴۸) این قانون به اقدامات موضوع استعلام یا عدم ارسال پاسخ از سوی شورا ظرف مهلت مقرر، اقدامات مذکور صحیح تلقی می‌شود.» قانونگذار تحت تأثیر حقوق آمریکا، اطلاع رسانی پیش از ادغام را پیش‌بینی نموده و مدت انتظار مقرر شده نیز مطابق مقررات آمریکا است؛ اما بر خلاف این مقررات، قانونگذار با گنجانیدن عبارت «می‌تواند» در صدر ماده‌ی ۴۹، چنین امری را اختیاری نموده است که این نکته از نواقص مقرر مورد بحث است. افزون بر آن تمدید مهلت یک ماهه نیز در ماده‌ی ۴۹ پیش‌بینی نشده است. لایحه‌ی تجارت ۱۳۹۰ که جای لایحه‌ی ۱۳۸۴ را گرفت، در جهت رفع این نقصان گام برداشته است. ماده‌ی ۵۹۱ لایحه‌ی مذکور، ادغام شرکت‌ها را در برخی موارد که به موجب آیین‌نامه مشخص خواهند شد منوط به اخذ مجوز از شورای رقابت نموده است.

۴. ضمانت اجرای ادغام‌های ضدرقابتی

قانونگذار ایرانی در ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، در دوازده مورد ضمانت اجرایی در خصوص رویه‌های ضد رقابتی پیش‌بینی نموده که برخی از آن‌ها ضمانت اجرای مشترک ادغام‌ها و دیگر توافقات و رویه‌های ضدرقابتی^{۱۷} و برخی دیگر، ضمانت اجرای اختصاصی ادغام‌های ضدرقابتی را در خود دارد. آنچه از محتوای موارد مقرر در ماده‌ی ۶۱ مرقوم به دست می‌آید آن است که ضمانت اجرای تعیین شده دربرگیرنده‌ی ضمانت اجرای مدنی و ضمانت اجرای کیفری است. علاوه بر موارد مصرح در ماده‌ی ۶۱، باید مسئولیت مدنی ناقضان مقررات رقابتی را نیز بر ضمانت اجرای مقرر و در چارچوب ضمانت اجرای مدنی افزود. وفق ماده‌ی ۸۰ قانون مذکور بر خلاف ضمانت اجرای مقرر در ماده‌ی ۶۱، مطالبه خسارت در صلاحیت شورای رقابت نیست و مستلزم تقدیم دادخواست به دادگاه ذیصلاح و مطابق شرایط معین شده در ماده‌ی ۶۶ قانون است؛ بنابراین در دو بخش، تنها آن دسته از ضمانت اجراها را مورد بررسی قرار می‌دهیم که ناظر بر ادغام‌های ضدرقابتی هستند.

۴.۱. ضمانت اجرای مشترک ادغام‌ها و دیگر رویه‌های ضدرقابتی

این دسته از ضمانت اجراها، بر کلیه قراردادها و توافقات ضدرقابتی از جمله ادغام‌های موضوع ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ حاکم بوده و اختصاص به ادغام‌ها ندارد. فسخ (موضوع بند ۱ ماده‌ی ۶۱)، دستور توقف (بند ۲ ماده‌ی ۶۱)، اطلاع‌رسانی عمومی (بند ۴ ماده‌ی ۶۱) و دستور استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموال حاصل از رویه‌های ضدرقابتی (بند ۸ ماده‌ی ۶۱) از این دست ضمانت اجراها هستند. البته جریمه‌ی نقدی (جزای نقدی) به عنوان یک ضمانت اجرای کیفری^{۱۸} (موضوع بند ۱۲ ماده‌ی ۶۱) نیز علی‌رغم اینکه شامل همه رویه‌های ضدرقابتی نمی‌شود (فقط ناظر بر رویه‌های مقرر در ماده‌ی ۴۵ قانون است) با عنایت به بند ۱ ماده‌ی ۴۸ قانون، می‌تواند به عنوان یک ضمانت اجرا نسبت به ادغام‌های ضدرقابتی به کار گرفته شود.

۴.۱.۱. دستور فسخ: بند یک ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴، یکی از ضمانت اجرای توافقهایی که متضمن رویه‌های ضدرقابتی هستند را دستور فسخ آنها قرار داده است. این ضمانت اجرای مدنی شامل کلیه‌ی توافقات ضدرقابتی از جمله ادغام‌های موضوع ماده‌ی ۴۸ قانون می‌شود؛ بنابراین ضمانت اجرای یادشده صرفاً اختصاص به ادغام‌های ضدرقابتی ندارد. مطابق قواعد عمومی قراردادها، فسخ ایقاعی است که اختیار انحلال یک جانبه‌ی عقد را برای یکی از طرفین یا شخص ثالثی به همراه دارد. هنگامی که سخن از فسخ قرارداد به میان می‌آوریم، بدان معنی است که در واقع عقدی به شکل صحیح منعقد شده است و تا زمان فسخ، آثار قانونی خود را به بار می‌آورد. این در حالی است که ماده‌ی ۴۸ سخن از ادغام ممنوع به میان آورده است و این امر به هیچ‌وجه با ماهیت فسخ سازگاری ندارد؛ زیرا پذیرش فسخ در خصوص ادغام‌های ضدرقابتی با عنایت به مطالب عنوان شده به این معنا است که ادغام به شکل صحیح صورت گرفته و تا زمان فسخ نیز آثار خود را ایجاد نموده است. اثر فسخ نسبت به آینده است و وجود عقد را از آغاز مخدوش نمی‌سازد و پیش از فسخ قرارداد اثر خود را به وجود آورده است و نمی‌توان وجود آن را انکار نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۵۶). پذیرش

چنین نتیجه‌ای با اهداف حقوق رقابت و جلوگیری از آثار سوء ادغام‌های ضدرقابتی سازگاری ندارد. از سوی دیگر در حقوق ایران، به جز یک نمونه که در خصوص معاملات تاجر ورشکسته قبل از تاریخ توقف، مصداق داشته و در مواد ۴۲۴ و ۴۲۵ از قانون تجارت تصریح شده و نیازمند صدور حکم فسخ از سوی دادگاه است، فسخ قرارداد با اعلان اراده‌ی یکی از طرفین صورت می‌گیرد. دادگاه یا یک مرجع حاکمیتی در تحقق فسخ نقشی ندارد و حکمی که در دادگاه در خصوص اعلام فسخ قرارداد و به درخواست خواهان فسخ صادر می‌گردد چهره‌ی اعلامی داشته و چیزی بر اعتبار فسخ انجام شده توسط یکی از طرفین قرارداد نمی‌افزاید (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۸ و ۶۹)؛ اما قانونگذار در خصوص توافقات ضدرقابتی از جمله ادغام‌های ضدرقابتی، با توجه به آثار آن‌ها، به شورای رقابت اختیار فسخ معامله در صورت صلاحدید را داده است. تصمیمی که شورا در این رابطه اتخاذ می‌نماید تأسیسی است نه اعلامی و از نظر ماهیتی و اصول حقوقی باید این تصمیم را علی‌رغم استفاده از واژه‌ی دستور، حکم تلقی نماییم زیرا دستور قابلیت تجدیدنظر ندارد در حالی که این تصمیم شورا قابل تجدیدنظر در هیئت تجدیدنظر است.

۴.۱.۲. دستور توقف: قانونگذار در بند ۲ ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴، دستور توقف به طرفین توافق یا توافقاتی مرتبط با آن، از ادامه رویه‌های ضد رقابتی مورد نظر را پیش‌بینی نموده است و با توجه به اینکه توافق در مقرره‌ی مذکور به معنای عام به کار رفته است شامل ادغام که ماهیت قراردادی دارد نیز می‌شود. لازم به ذکر است که بند ۳ ماده‌ی ۶۱ نیز از دستور به توقف رویه‌ی ضد رقابتی یا دستور به عدم تکرار آن سخن به میان آورده که به نظر می‌رسد همان‌گونه که پیش از این اشاره شد این بند ناظر بر ادغام‌ها نبوده و شامل رویه‌های ضدرقابتی یک‌جانبه که ماهیت غیر قراردادی دارند و توافق محسوب نمی‌شوند (موارد مصرح در ماده‌ی ۴۵)، می‌گردد. در خصوص اعمال بند ۲ موصوف، یکی از نویسندگان (رشوند بوکانی، ۱۳۹۰: ۳۷۰) اعمال این ضمانت اجرا را پس از اجرایی شدن توافق ضدرقابتی، عملی می‌دانند. در حالی که پذیرش این دیدگاه خالی از اشکال نخواهد بود و با لحاظ نحوه‌ی نگارش مقرره‌ی مزبور باید بر این باور بود که این ضمانت اجرا در مورد توافقاتی که در گذشته اجرا و به اتمام رسیده‌اند کاربردی

ندارد، به ویژه آنکه استفاده از واژه‌ی «ادامه» در بند ۲ می‌تواند مؤید نظر اخیر باشد. وانگهی قانونگذار از دستور توقف به «طرفین» توافق سخن گفته و این خود حاکی از آن است که ادغام قبل از نهایی شدن می‌تواند موضوع این ضمانت اجرا قرار گیرد؛ زیرا پس از کامل شدن فرآیند ادغام و محو شخصیت حقوقی شرکت یا شرکت‌های ادغام شونده، دیگر دستور به طرفین ادغام، منتفی خواهد بود. نکته مهمی که در خصوص این ضمانت اجرا وجود دارد آن است که جهت مؤثر بودن و جلوگیری از غیر منطقی جلوه نمودن این مقرره، یا باید قائل به این باشیم که دستور صادره توسط شورا مقید به مدت زمان معینی باشد یا آن را در قالب دستور موقت موضوع قانون آیین دادرسی مدنی بپذیریم که چنین امری نیز به موجب ماده‌ی ۳۱۸ قانون اخیرالذکر نیازمند طرح دعوی اصلی ظرف مهلت مقرر در دادگاه است.

شایان گفتن است که صدور دستور موقت در ماده‌ی ۱۶ قانون کلایتون مصوب ۱۹۱۴ ایالات متحده آمریکا نیز پیش‌بینی شده است؛ اما به نظر می‌رسد با توجه به صدر ماده‌ی ۶۱ قانون، شورای رقابت پس از رسیدگی و احراز ضد رقابتی بودن ادغام، نسبت به صدور تصمیم قاطع و دائمی در خصوص توقف آن، اقدام می‌نماید که در نتیجه جهت احتراز از اشکال وارده، باید مقید بودن تصمیم به مدت معینی را پذیرفت. به هر روی قانونگذار به شیوه ابهام‌آمیزی دست به وضع مقررات زده است و باید دید در رویه، شورای رقابت چه تفسیری از بند محل بحث دارد و چگونه این ضمانت اجرا را اعمال می‌نماید.

۴.۱.۳. دستور به استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموال: قانونگذار یکی از ضمانت‌های اجرای قابل اعمال در خصوص اعمال ضدرقابتی از جمله ادغام‌های مشمول ماده‌ی ۴۸ را استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموال تحصیل شده از رویه‌های ضدرقابتی قرار داده است. بند ۸ ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ که بر موضوع حاکم است^{۱۹} مانند بسیاری بندهای دیگر در ماده‌ی ۶۱ دارای ابهام‌هایی است. ابهام نخست آن است که قانونگذار مشخص ننموده که اضافه درآمد باید به چه شخصی مسترد گردد: دولت یا اشخاص حقیقی یا حقوقی ذی‌نفع؟ استفاده از واژه‌ی «استرداد» می‌تواند مؤید این امر

باشد که اضافه درآمد باید به اشخاص حقیقی یا حقوقی متضرر مسترد گردد. کما اینکه استفاده از عبارت «و یا توقیف اموالی که از طریق ارتکاب رویه‌های ضدرقابته‌ی...» در ادامه بند مزبور می‌تواند نظر فوق را تقویت نماید. به نظر می‌رسد قانونگذار، بر حسب مورد این اختیار را به شورای رقابت داده تا در صورت امکان، نسبت به صدور دستور استرداد اضافه درآمد به اشخاص ذی‌نفع در راستای تأمین منافع آنان اقدام نماید و در صورت عدم امکان، با صدور دستور توقیف اموال و سلب مالکیت از شرکت متخلف به نفع دولت، با صرف آن‌ها در راه منافع عمومی، از آثار زیان‌بار وارده به جامعه کاسته شود. دوم آنکه قانونگذار در استفاده از عبارت توقیف اموال، مسامحه نموده و نظر به مصادره یا ضبط این اموال به عنوان یک ضمانت اجرای کیفری داشته است. به عبارت دقیق‌تر، مصادره‌ی خاص اموال حاصله از رویه‌های ضدرقابته‌ی از جمله ادغام‌های ممنوع مدنظر قانونگذار بوده است. مصادره‌ی خاص اموال عبارت است از استیلا‌ی دولت بر بخشی از دارایی به طور دائم که گاه موضوع جرم، گاه محصول جرم و گاه ابزار و آلت جرم به شمار می‌آید. در واقع مصادره‌ی خاص عموماً شامل اموال و اشیائی می‌شود که به نحوی با جرم ارتباط دارد (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۱۰۰ - ۱۰۱). این ضمانت اجرا زمانی می‌تواند در ارتباط با ادغام‌ها، مؤثر و عملی باشد که ادغام نهایی شده و در این میان اموال و منافع غیرمشروع (به عنوان مثال در نتیجه افزایش نامتعارف قیمت‌ها در بازار مربوطه) برای شرکت ادغام‌کننده یا جدید، ایجاد نموده باشد. یادآوری این نکته ضرورت دارد که با عنایت به صدر ماده‌ی ۶۱؛ «... شورا ... می‌تواند حسب مورد یک یا چند تصمیم زیر را بگیرد...» و توجه به این نکته که وقتی شورا تصمیم به صدور «دستور» استرداد اضافه درآمد یا توقیف اموال می‌گیرد منطقی است که خود نیز میزان درآمد مورد استرداد یا مال مورد توقیف را مشخص نماید، پذیرش دیدگاه فوق با تردید مواجه می‌گردد. کما اینکه صلاحیت دادگاه عمومی در خصوص تعیین میزان خسارت موضوع تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰ نیز ناظر بر جایی است که دیوان عدالت اداری صرفاً رأی بر وقوع تخلف صادر نموده است. این در حالی است که حسب آنچه بیان شد، وفق صدر ماده‌ی ۶۱ قانون، شورای رقابت علاوه بر صلاحیت احراز وقوع رویه‌ی ضدرقابته‌ی، شایستگی اتخاذ یک یا چند ضمانت اجرای

مصرح در ماده‌ی مذکور از جمله بند ۸ مورد بحث را نیز دارا است؛ بنابراین به نظر می‌رسد، صدور دستور توسط شورای رقابت صورت می‌گیرد و اجرای آن مطابق ماده‌ی ۷۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ که اشعار می‌دارد؛ «تصمیمات قطعی شورای رقابت یا هیئت تجدیدنظر حسب مورد توسط واحد اجرای احکام مدنی دادگستری اجرا می‌شود»، از طریق واحد اجرای احکام مراجع قضایی خواهد بود.

۴.۱.۴. **جریمه‌ی نقدی:** قانونگذار در بند ۱۲ ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، ضمانت اجرای نقض ممنوعیت‌های ماده‌ی ۴۵ را تعیین جریمه‌ی نقدی از ده میلیون ریال تا یک میلیارد ریال قرار داده است و در انتهای ماده‌ی ۶۱ چنین اشعار داشته است: «... آیین‌نامه‌ی مربوط به تعیین میزان جرائم نقدی متناسب با عمل ارتكابی به پیشنهاد مشترک وزارتخانه‌های امور اقتصادی و دارایی، بازرگانی و دادگستری تهیه و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد». این آیین‌نامه در تاریخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۰ تحت عنوان آیین‌نامه تعیین میزان جرائم نقدی متناسب با عمل ارتكابی در رویه‌های ضدرقابتی در ۳ ماده، توسط هیئت وزیران تصویب شده و در حال حاضر لازم‌الاجرا است. البته به موجب ماده‌ی ۸۴ قانون مذکور، جهت جلوگیری از کاهش تأثیرپذیری جرائم نقدی، میزان آن هر سه سال یک‌بار با پیشنهاد شورای رقابت و تصویب هیئت وزیران تعدیل می‌شود. صرف‌نظر از مباحث مختلفی که در خصوص ماهیت کیفری یا غیرکیفری ضمانت اجرای مورد بحث وجود دارد، ایراد مهمی که بر بند ۱۲ ماده‌ی ۶۱ وجود دارد عدم شمول آن بر توافق‌های ضدرقابتی و بسیاری از ادغام‌های ممنوع است. در حالی که بند ۱۲ ماده‌ی ۲۳ لایحه‌ی مقررات تسهیل‌کننده‌ی رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات، جریمه نقدی را برای کلیه‌ی توافق‌های ضدرقابتی و از جمله ادغام‌های ضدرقابتی و همچنین سایر رویه‌های ضدرقابتی مقرر نموده بود، در متن نهایی، این ضمانت اجرا فقط محدود به نقض ممنوعیت‌های مقرر در ماده‌ی ۴۵ قانون از جمله سوءاستفاده از موقعیت مسلط شد و در واقع توافق‌های ضدرقابتی و تملک‌ها و بسیاری از ادغام‌ها از شمول این بند خارج شد. البته لازم به ذکر است که علی‌رغم آنکه با وصف مذکور این بند شامل ادغام‌های ممنوع موضوع بندهای ۲، ۳ و ۴ ماده‌ی ۴۸ نمی‌شود و از

این منظر محل اشکال است، با توجه به بند ۱ ماده‌ی ۴۸ که ناظر بر ممنوعیت‌های ماده‌ی ۴۵ است، در مواردی که احراز ضدرقابتی بودن ادغام به واسطه اعمال رویه‌های ممنوع ماده‌ی ۴۵ در جریان ادغام یا در نتیجه آن باشد، ضمانت اجرای مورد بحث قابلیت اعمال دارد و اعتقاد به این نظر که این ضمانت اجرا به طور کلی شامل ادغام‌ها نمی‌گردد (غفاری فارسانی، ۱۳۹۱: ۱۷۸)، قابل انتقاد است. با این وجود با لحاظ میزان جرائم نقدی، این ضمانت اجرا نمی‌تواند حداقل نسبت به شرکت‌های بزرگ، واجد وصف بازرندگی لازم باشد.

۴.۲. ضمانت اجرای اختصاصی ادغام‌های ضدرقابتی

ضمانت اجرای اختصاصی ادغام‌های ضدرقابتی که در بند ۷ ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ تصریح شده‌اند، عبارتند از: تعلیق، ابطال و تجزیه. این دسته از ضمانت اجراها صرفاً ناظر بر ادغام‌های ضدرقابتی بوده و قابل تسری به سایر رویه‌های ضدرقابتی نیستند.

۴.۲.۱. **ابطال ادغام:** شدیدترین ضمانت اجرایی که در خصوص ادغام‌های ضد رقابتی وجود دارد ابطال آن‌ها است. وقتی سخن از ادغام ممنوع به میان می‌آید، مناسب‌ترین ضمانت اجرا، ابطال ادغام است. همان‌گونه که رعایت نکردن شرایط و تشریفات ادغام می‌تواند با درخواست ابطال آن از سوی هر ذی‌نفعی روبرو گردد، ادغام ضدرقابتی نیز از این ضمانت اجرا مصون نیست و شورای رقابت می‌تواند در صورت صلاحدید این راهکار حمایتی را اعمال نماید. با این تفاوت که در مقررات رقابتی با عنایت به جنبه‌ی عمومی آن و آثاری که ادغام ضدرقابتی به جای خواهد گذاشت، نهاد ناظر (شورای رقابت) خود قادر خواهد بود تصمیم به ابطال ادغام اتخاذ نماید، حتی اگر ذی‌نفعی تقاضای ابطال آن را ننموده باشد، تصمیمی که واجد ماهیت قضایی است. شایان یادآوری است که قابلیت ابطال با باطل بودن یک عمل حقوقی از معنای یکسانی برخوردار نیست. مفهوم قابل ابطال در حقوق ما اصطلاحی است بیگانه که جنبه‌ی استثنایی دارد و نباید آن را با عقد باطل اشتباه کرد. در قوانین تجارتي، معامله‌ی قابل ابطال به همان مفهومی که در

قوانین خارجی به چشم می‌خورد، پیش‌بینی شده است. ماده‌ی ۱۳۱ لایحه‌ی قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ می‌تواند مصداقی از این مفهوم باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۳۰ و ۳۳۱). عقد باطل از ابتدا در عالم حقوقی تشکیل نشده و هیچ اثری ندارد در حالی که معامله‌ی قابل ابطال جزء معاملات صحیح بوده و تا هنگامی که ابطال نشده دارای اثر حقوقی است؛ اما با ابطال اثر قهقرایی داشته و عقد را از روز پیدایش از بین می‌برد. البته برخی از اساتید مفهوم قابل ابطال با وصف فوق‌الذکر را در نظام حقوقی ایران نپذیرفته‌اند و حتی عبارت «قابل ابطال» در ماده‌ی ۱۳۱ قانون مذکور را به «عدم نفوذ» تعبیر کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۵۳ و ۵۷). به نظر می‌رسد این تحلیل قابل نقد است از این جهت که معامله‌ی غیر نافذ پیش از تنفیذ فاقد اثر حقوقی است و اجازه‌ی (تنفیذ) معامله است که آن را واجد اثر قانونی می‌سازد.

شایان یادآوری است که چون شورا مخیر است این ضمانت اجرا را به کار گیرد، نمی‌توان لزوماً «ممنوع بودن» ادغام‌های موضوع ماده‌ی ۴۸ را حمل بر باطل بودن آنها نمود؛ زیرا اگر چنین تعبیری را بپذیریم، دیگر ادغام به شکل صحیح تحقق نیافته و دلیلی ندارد نسبت به ادغام باطل ضمانت اجراهای دیگری از جمله فسخ، تعلیق یا تجزیه و... که توسط قانونگذار پیش‌بینی شده، با صلاحدید شورا اعمال گردد. از سوی دیگر ابطال اگر چه مانند فسخ نسبت به معاملات صحیح اعمال می‌گردد، اما بر خلاف فسخ، اثر قهقرایی دارد و به گذشته نیز سرایت می‌کند. اثر ابطال نسبت به ادغام مانند آن است که ادغامی تحقق نیافته است. به نظر می‌رسد با ابطال ادغام، شرکت‌های ادغام‌شده، شخصیت حقوقی خود را بازیابند و مانند این است که انحلال شرکت‌های ادغام شونده رخ نداده است. حکم به ابطال ادغام به منزله‌ی تغییر در ساختار شرکت و ترکیب سهامداران خواهد بود. از جهت عملی و رعایت مقررات قانونی و دستورالعمل‌های داخلی مرجع ثبت شرکت‌ها که بعضاً متغیر و سلیقه‌ای است، اعاده وضع به گذشته چالش‌های جدی را ایجاد خواهد نمود. اگر چه قانونگذار نیز همانند فسخ، شرایط و وضعیت حقوقی پس از اعمال ضمانت اجرا را پیش‌بینی نکرده است، با این حال شورای رقابت می‌تواند با اختیار حاصله از بند ۳ ماده‌ی ۵۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴، در قالب دستورالعمل به این مهم بپردازد.

۴.۲.۲. تجزیه: تجزیه‌ی شرکت حاصل از ادغام نیز یکی از ضمانت‌اجراهای اختصاصی ادغام‌های ضدرقابتی است، ضمانت‌اجرایی که در بند ۷ ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ تصریح شده است. البته قانونگذار با مسامحه عبارت «الزام به تجزیه‌ی شرکت‌های ادغام‌شده» را به کار برده است. در حالی که وقتی ادغام تحقق می‌یابد، در خصوص ادغام مرکب، دیگر هیچ‌کدام از شرکت‌های ادغام‌شده موجودیت ندارند تا تصمیم به تجزیه‌ی آنها گرفته شود. در خصوص ادغام ساده یا یک جانبه نیز تنها یک شرکت که اقدام به ادغام سایر شرکت‌ها نموده موجودیت خود را حفظ می‌نماید؛ بنابراین آنچه مورد تجزیه واقع می‌شود شرکت حاصل از ادغام یا شرکت ادغام‌کننده است نه شرکت ادغام‌شده.

تفاوت تجزیه با ابطال در آن است که نهاد تجزیه بر خلاف ابطال اثر قهریابی نداشته و عطف به ماسبق نمی‌شود و آثار به جای مانده از ادغام را از لحظه تشکیل تا زمان تجزیه از بین نمی‌برد. قانونگذار تجزیه را از اسباب انحلال ادغام قرار داده است که توسط شورای رقابت اعمال می‌شود. اگر چه با اسباب انحلال عقود در حقوق مدنی از جمله فسخ تفاوت‌هایی دارد؛ زیرا اسباب انحلال قرارداد در حقوق مدنی، با تراضی طرفین قرارداد یا اراده‌ی یکی از طرفین قرارداد و یا به طور قهری است، حال آنکه تجزیه‌ی شرکت حاصل از ادغام که به انحلال ادغام می‌انجامد با اراده‌ی نهاد نظارتی تحقق می‌یابد. تفاوت تجزیه با فسخ نیز در آن است که در فسخ، از لحظه اعمال، وضع گذشته طرفین به حالت پیش از ادغام اعاده می‌گردد و بدون آنکه آثار حدفاصل تحقق ادغام تا فسخ از میان برداشته شود مجدداً شرکت‌های اولیه ادغام‌شده، تأسیس می‌گردند، اما در تجزیه لزوماً اعاده وضع به سابق رخ نمی‌دهد و شورای رقابت می‌تواند شرکت ناشی از ادغام یا شرکت ادغام‌کننده را با توجه به شرایط بازار، به هر چند تعداد شرکت که مصلحت تشخیص دهد تجزیه نماید. در این وضعیت لزوماً همان شرکت‌های پیش از ادغام، پس از تجزیه به فعالیت ادامه نمی‌دهند. این ضمانت‌اجرا ساختاری محسوب شده و سعی در اصلاح ساختار بنگاه متخلف و در نهایت اصلاح ساختار بازار در جهت افزایش تعداد بنگاه‌های رقیب و در نتیجه، تشدید رقابت در بازار دارد (غفاری

فارسانی، ۱۳۹۱: ۳۳۶). شایان توجه است که این ضمانت اجرا زمانی قابل اعمال است که ادغام نهایی شده و تحقق یافته باشد؛ بنابراین در مواردی که در جریان ادغام رویه‌ای ضدرقابتی اعمال شود (صدر بند ۱ ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴) و هنوز ادغام نهایی نشده، این ضمانت اجرا کاربرد ندارد؛ زیرا هنوز شرکت جدیدی ایجاد نشده و در عالم اعتبار واجد شخصیت حقوقی نشده تا حکم به تجزیه‌ی شرکت داده شود.

۴.۲.۳. تعلیق: راهکار جبرانی تعلیق که در مقایسه با فسخ، ابطال و تجزیه از سختگیری کمتری برخوردار است، در بند ۷ ماده‌ی ۶۱ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ یافت می‌گردد. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد صرفاً ناظر بر ادغام‌های ممنوع موضوع ماده‌ی ۴۸ قانون فوق بوده و قابل تعمیم به سایر توافق‌ها و رویه‌های ضدرقابتی نیست. در حقوق ایران همان‌طور که پیش از این اشاره شد این کسب تکلیف اختیاری است و تعلیق به مفهوم فوق قابل تصور نیست. تعلیق یک قرارداد باعث خواهد شد، آثار آن تا زمان تحقق امر معینی (معلق علیه یا شرط تعلیقی) ایجاد نشود و پس از تحقق شرط است که آثار حقوقی قرارداد معلق محقق می‌شود. در موضوع ادغام نیز با لحاظ ماهیت قراردادی ادغام، وقتی سخن از تعلیق به میان آورده می‌شود مقصود تعلیق قرارداد ادغام است. تعلیق قرارداد که گاه برای موانع موقت اجرای آن پیش‌بینی می‌شود، از صورتهای انحلال قرارداد نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۰).

در اسباب انحلال، به طور قطعی اثر عقد در آینده متوقف می‌شود در حالی که در تعلیق این امر موقتی است و محدود به وقوع امر معینی در آینده است. حال این پرسش مطرح می‌گردد که در صورتی که شورای رقابت پس از بررسی، دستور به تعلیق ادغام ضدرقابتی دهد این تعلیق تا چه زمانی ادامه خواهد داشت؟ به نظر می‌رسد جهت جلوگیری از نتایج نامعقول عدم تعیین زمان تعلیق، باید بر این دیدگاه بود که شورای رقابت می‌تواند ضمن دستور تعلیق ادغام، اثر بخشی قرارداد ادغام را منوط به تحقق امری احتمالی در آینده نماید؛ زیرا طبق قاعده‌ی «اذن درشی اذن در لوازم آن است» می‌توان چنین اختیاری را برای شورای رقابت تصور نمود. نکته‌ای که باید توجه داشت آن است

که اگر تعلیق مقرر در ماده‌ی ۶۱ را در چارچوب حقوق مدنی و ماده‌ی ۱۸۹ قانون مدنی تحلیل نماییم این ضمانت اجرا فقط نسبت به ادغام‌هایی که هنوز نهایی نشده و در «جریان» ادغام یکی از رویه‌های ضدرقابتی اعمال شود (موضوع صدر بند ۱ ماده‌ی ۴۸ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴) کاربرد دارد؛ زیرا زمانی که ادغام نهایی شده و آثار حقوقی خود را نیز به جای گذاشته و در عین حال در رقابت در بازار نیز اختلال ایجاد نموده، تعلیق ادغام با مفهوم بالا چندان سازگاری نداشته و مشخص نیست چگونه شورای رقابت می‌تواند نسبت به چنین ادغام‌هایی ضمانت اجرای تعلیق را اعمال نماید. مگر اینکه تعلیق را صرفاً در چارچوب حقوق مدنی تفسیر نماییم و قائل به این نظر باشیم که در ادغام‌های گفته‌شده فعالیت شرکت جدید معلق می‌گردد که در این صورت نیز نهاد ادغام مورد تعلیق قرار نگرفته بلکه فعالیت‌های شرکت حاصل از ادغام معلق گشته است.

۵. نتیجه‌گیری

بررسی فصل نهم قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ که در آن موادی به ادغام‌ها اختصاص یافته نشان می‌دهد که این قانون، به عنوان قانون حاکم بر ادغام‌ها از منظر حقوق رقابت، هم در خصوص تعیین مصادیق و ارائه معیارهای لازم جهت تشخیص ادغام‌های ضدرقابتی با ایرادها و کمبودهایی همراه است و ابهام‌هایی در ملاک‌های ارائه شده از جمله تمرکز شدید به واسطه‌ی عدم تعیین دامنه‌ی آن توسط شورای رقابت مشاهده می‌گردد و هم در خصوص سازوکار اطلاع رسانی قبلی و کسب تکلیف از نهاد ناظر (شورای رقابت) که ابزاری مناسب جهت کنترل بیشتر بر ادغام‌ها و جلوگیری از وقوع ادغام‌های ضدرقابتی است. بر خلاف حقوق کشورهای پیشرفته که چنین امری را در مواردی اجباری نموده‌اند، به طور مطلق اختیاری بودن چنین امری را پیش‌بینی نموده است. البته لایحه‌ی تجارت ۱۳۹۰ در ماده‌ی ۵۹۱ اجباری بودن این موضوع را پیش‌بینی نموده که نظر به سرنوشت نامعلوم این لایحه اقدام عاجل در خصوص اصلاح ماده‌ی ۴۹ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ ضروری است. در

خصوص تعیین ضمانت اجرای مناسب که بسیار اهمیت دارد نیز کمبودها و ابهام‌هایی هست. نخست آنکه علی‌رغم آنکه این ضمانت اجراها متعدد بوده و شورای رقابت مخیر است نسبت به اعمال یک یا چند ضمانت اجرا اقدام نماید، اما در خصوص ضمانت اجرای مدنی باید گفت ابهام‌هایی در ارتباط با آن‌ها و چگونگی اعمال آن‌ها در عمل وجود دارد. ضمانت اجرای همچون ابطال، فسخ، تجزیه و تعلیق ادغام. ضمانت اجرایمانند استرداد اضافه درآمد و توقیف اموال نیز به روشنی تبیین نشده‌اند و دارای ابهام هستند. دوم آنکه برخی از ضمانت اجراها در صورتی که به صلاح‌دید شورای رقابت انتخاب گردند در قالب دستور به شرکت جدید بوده و مشخص نیست در صورتی که متخلف نسبت به اجرای آن وقعی نهد با چه ضمانت اجرایی روبرو می‌گردد. به عنوان مثال دستور به رعایت حداقل عرضه و دامنه‌ی قیمتی. سوم آنکه ضمانت اجرای کیفی جزای نقدی پیش‌بینی شده در بند ۱۲ ماده‌ی ۶۱ با توجه به میزان آن در خصوص شرکت‌های بزرگ چندان کارساز نیست و نمی‌تواند واجد بازدارندگی لازم باشد. به ویژه آنکه این ضمانت اجرا در خصوص بسیاری از ادغام‌ها نیز قابل اعمال نیست و از این حیث بسیار قابل نقد است؛ بنابراین انجام اصلاحات در این خصوص ضرورت دارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پی‌نوشت‌ها

^۱ Firm Concentration Ratio.

^۲ Herfindal_ Hirshman Index.

^۳ Hanna_ kay Index.

^۴ Entropy Index.

^۵ Logarithm Variance Index.

^۶ برای توضیح بیشتر در خصوص این شاخص‌ها ر.ک. خداداد کاشی، ۱۳۷۹، ۸۹ - ۸۶ و بیگدلی، ۱۳۸۸، ۴۷ - ۴۶.

^۷ Concentration and Market Shares.

^۸ Horizontal Merger Guidelines (08/19/2010).

^۹ Cartel.

ائتلاف شرکت‌هایی که در یک رشته فعالیت دارند با حفظ استقلال حقوقی و مالی خود به منظور تعیین حجم تولید، قیمت کالا و تقسیم بازار میان خود. هدف این شرکت‌ها از تشکیل کارتل از بین بردن یا تضعیف رقابت و فراهم کردن شرایط انحصاری است. سازمان کشورهای صادر کننده نفت (اوپک) را می‌توان نمونه یک کارتل دانست. ر.ک. نمازی، ۱۳۹۰، ۱۶۷ و ۱۶۸.

^{۱۰} Trust.

در تراست، شرکت‌های تولیدکننده کالا با هدف ایجاد انحصار و کاهش رقابت، مبادرت به تشکیل یک واحد تولید به نام تراست می‌نمایند و در واقع این شرکت‌ها، استقلال فنی و مالی خود را از دست می‌دهند. نقش عمده تراست کنترل امور شرکت‌های واگذارکننده سهام از طریق کنترل آرای سهامداران آن شرکت‌ها، انتصاب مدیران و اعمال نظارت مرکزی بر امور آن‌هاست. همان ۱۶۵ و ۱۶۶.

۱۱. Hart – Scott – Rodino Antitrust Improvements Act (1976).

۱۲. Federal Trade Commission.

۱۳. 2016 Revised Hart-Scott-Rodino Antitrust Thresholds.

۱۴. Competition Commission of India.

۱۵. Act Against restraints of competition (ARC).

۱۶. Federal Cartel Office (FCO).

۱۷. بندهای ۱، ۲، ۴، ۸، ۱۱، ۱۰، ۹ و ۱۲ از ماده ۶۱.

۱۸. کیفری بودن این ضمانت اجرا محل بحث و اختلاف است.

۱۹. «...۸ - دستور استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموالی که از طریق ارتکاب رویه‌های ضدرقابتی موضوع مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون تحصیل شده است از طریق مراجع ذیصلاح قضائی...».

منابع

الف. فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، **حقوق جزای عمومی**، جلد سوم، تهران: نشر میزان
- بیگدلی، محمد (۱۳۸۸)، «نقش تنظیم و نهادهای ضد انحصار در صنعت بانکداری کشور»، **فصلنامه پژوهشها و سیاستهای اقتصادی**، سال هفدهم، شماره ۵۱.
- بیگی حبیب آبادی، احمد (۱۳۸۷)، «نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت»، **مجله پژوهشهای حقوقی**، شماره ۱۴.
- پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۱)، «دگرگونی در نهاد ادغام شرکت‌های تجاری - نقد قانون برنامه پنجم توسعه»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۵۹.
- حقیقت، صبا (۱۳۸۷)، «ادغام شرکت‌های تجاری از منظر قوانین ایران»، **مجله پژوهشهای حقوقی**، سال هفتم، شماره ۱۴.
- خداداد کاشی، فرهاد (۱۳۷۹)، «انحصار، رقابت و تمرکز در بازارهای صنعتی ایران»، **فصلنامه پژوهش‌نامه بازرگانی**، شماره ۱۵.
- رشوند بوکانی، مهدی (۱۳۹۰)، **حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه**

اروپا، قم: نشر دانشگاه امام صادق (ع).

صادقی، طوبی (۱۳۸۶)، «اصول حاکم بر حقوق رقابت تجارتنی با نگاهی به لایحه قانونی مربوط»، فصلنامه الهیات و حقوق، شماره ۲۳.

صادقی مقدم، محمدحسن و غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۹۱)، «نظم بازار؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۱.

شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، تهران: انتشارات دراک.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، جلد دوم، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.

عبدی پور، ابراهیم (۱۳۸۸)، «سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط»، فصلنامه‌ی حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۱.

غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۱)، ضمانت اجراهای مدنی نقض قواعد حقوق رقابت، رساله دکتری، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، انتشارات شرکت سهامی انتشار.

_____ (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، انحلال قرارداد، انتشارات شرکت سهامی انتشار.

_____ (۱۳۸۸)، فلسفه حقوق، جلد اول، تعریف و ماهیت حقوق، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.

معین، محمد (۱۳۷۸)، فرهنگ فارسی، جلد ۱، تهران: انتشارات امیرکبیر.

نمازی، حسین (۱۳۹۰)، نظام‌های اقتصادی، تهران: شرکت سهامی انتشار.

ب. انگلیسی

Martin, Elizabeth A (2006), **Dictionary of Law**, Oxford University press, sixth Ed, 2006.