

رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های نفتی خارجی در مرحله مناقصات قراردادهای آی.پی.سی و ضمانت‌اجراهای قواعد رقابت در قبال آن

سیداصغر هندی^{۱*}؛ زهرا درویش^۲

۱. عضو هیئت علمی پژوهشگاه صنعت نفت، استادیار مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، مشاور حقوقی وزیر نفت، و عضو سابق هیئت مدیره شرکت ملی نفت ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۰۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۲۴

چکیده

حضور شرکت‌های نفتی خارجی در مناقصات قراردادهای آی.پی.سی. موضوع تصویب‌نامه «شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز»، منوط به عقد قرارداد مشارکت با شرکت‌های اکتشاف و تولید ایرانی دارای صلاحیت است. با وجود این، برگزیدن شریک ایرانی توسط شرکت‌های خارجی مشمول ضابطه‌های رقابتی نیست. از سوی دیگر، با توجه به ناتوانی فنی و مالی شرکت‌های ایرانی برای ورود مستقل به پروژه‌های بزرگ نفتی موضوع تصویب‌نامه، در وضعیت فعلی، شرکت‌های ایرانی در عمل جز از مجرای مشارکت با شرکت‌های خارجی، راهی برای ورود به مناقصات این‌گونه پروژه‌ها ندارند. در این میان، به سبب تحریم‌های جاری، از تعداد شرکت‌های خارجی علاقه‌مند به حضور در مناقصات میادین نفتی ایران کاسته شده و بیم سوءاستفاده از موقعیت مسلط یا تبانی آنها در روند مناقصات دوچندان است. مقاله پیش رو، بر آن است تا با رویکردی تحلیلی، رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی را در قبال شرکت‌های ایرانی (در مرحله تشکیل مشارکت برای ورود به مناقصات) و شرکت ملی نفت ایران (در جریان ورود به مناقصات) بررسی نموده و ضمانت‌اجراهای قواعد رقابت را در قبال این رفتارها تبیین کند.

واژگان کلیدی

رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، قراردادهای آی.پی.سی، ضمانت‌اجراهای قواعد رقابت، مرحله مناقصه.

مقدمه

از زمان وضع نخستین مقررات حقوق رقابت مدرن در امریکا، نزدیک به یک قرن و از زمان تدوین نخستین مقررات مرتبط در اتحادیه اروپا بیش از نیم قرن می‌گذرد. از آن هنگام تاکنون، این شاخه از حقوق چنان در نظام حقوقی کشورهای مختلف ریشه دوانیده است که گاهی شاخه‌های دیگر حقوق را نیز تحت‌الشعاع اصول و قواعد آمرانه خود قرار داده است.^۱

اما در ایران، چند سالی است که مقررات حقوق رقابت پا به عرصه وجود نهاده است، آن هم نه در قالب قانونی مستقل، بلکه ذیل فصل ۹ قانون «اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» سال ۱۳۸۷ (و اصلاحات بعدی آن تا ۱۳۹۷/۰۴/۲۰)^۲. افزون بر این، با وجود سابقه چشمگیر و طولانی حقوق رقابت در امریکا و اتحادیه اروپا و امکان بهره‌مندی بیشتر از قوانین و تجربیات آنها در تدوین مقررات رقابت ایران، برخی بر آنند که ابهامات موجود در این مقررات حاکی از آن است که بعضی از قوانین رقابتی ایران سطحی و توأم با خلط نادرست مفاهیم تنظیم شده است (غنی‌نژاد، ۱۳۸۸).

از سوی دیگر، گرچه تا تاریخ آغاز این پژوهش، بررسی کلی حقوق رقابت تا حد زیادی مورد توجه پژوهشگران علم حقوق قرار گرفته، ولی ضروری است که بسته به موضوع هر صنعت، نگاهی ریزبینانه‌تر به حقوق رقابت و رفتارهای ضد رقابتی محتمل در آن صنعت مبذول گردد؛ همچنان که برخی کشورها، حتی لزوم تدوین مقررات خاص برای اعمال بر شماری از صنایع و فعالیت‌ها (به‌ویژه صنایع حساس)^۳ و نیز لزوم وجود نهادهای تنظیم‌گر ویژه^۴ برای این صنایع را مطرح کرده‌اند.

۱. می‌توان ادعا کرد که در حوزه انرژی، سیاست رقابتی سردمدار مقررات اتحادیه اروپا است (de Hauteclouque et al., 2016: 3).

۲. از این پس، «ق.ا.ا.۴۴».

۳. نمونه این مدعا، مجموعه مقررات انرژی سه‌گانه مصوب اتحادیه اروپاست که در راستای ارتقای آزادسازی و رقابت در بازار انرژی تدوین شده است.

۴. در ایران نیز به موجب ماده ۵۹ ق.ا.ا. ۴۴ و آخرین اصلاحات آن در تیرماه ۱۳۹۷، شورای رقابت مکلف است در حوزه کالاها و خدماتی که بازار آنها را مصداق انحصار (طبیعی یا غیره) می‌داند و نیازمند تأسیس نهاد مستقل (تنظیم‌گر) است،

در کشور ما، یکی از این صنایع مهم، صنعت نفت و گاز است که توجه کافی به مقررات رقابت را می‌طلبد. اما به سبب عدم امکان طرح کلیه مباحث رقابتی مرتبط با این صنعت در یک مقاله، در این پژوهش صرفاً به بیان رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های نفتی خارجی در مرحله مناقصات قراردادهای آی.پی.سی. (مبحث ۱) و ضمانت اجرای قواعد رقابت در این خصوص (مبحث ۲) بسنده خواهد شد؛ با این فرض که خواننده با مفاهیم حقوقی بخش بالادستی صنعت نفت و گاز و نیز کلیات حقوق رقابت و چهارچوب اصلی رفتارهای ضد رقابتی آشناست.

در این میان، لازم به یادآوری و تأکید است که پژوهش حاضر، صرفاً رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی، آن هم در مرحله مناقصات پروژه‌های بزرگ نفتی تحت قواعد آی.پی.سی. موضوع تصویب‌نامه هیئت وزیران را بررسی می‌کند و در نتیجه، ناظر بر رویه‌های مذاکره‌ای انعقاد قراردادهای نفتی، رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های ایرانی، یا رفتارهای ضد رقابتی مشارکت‌های ایرانی-خارجی نخواهد بود. همچنین این پژوهش، به نقد یا بررسی ساختار مشارکتی که میان شرکت خارجی و شرکت ایرانی ایجاد می‌گردد، توجهی ندارد و در واقع، نفس وجود ساختار مشارکت را به سبب آنکه به افزایش توانایی شرکت‌های ایرانی و در نهایت افزایش رقابت‌پذیری آنان می‌انجامد، تأیید می‌کند؛ ساختاری که در نسل‌های پیشین قراردادهای نفتی ایران سابقه نداشت.

۱. رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی در مرحله مناقصات

۱.۱. رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی در قبال شرکت‌های اکتشاف و تولید ایرانی

بند «الف» ماده ۴ تصویب‌نامه «شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز» هیئت وزیران مصوب ۱۳۹۵/۰۵/۱۶ (با اصلاحات بعدی تا ۱۳۹۶/۳/۲۴) مقرر

پیشنهاد تأسیس و اساسنامه نهاد (تنظیم‌گر بخشی) را ارائه نماید تا پس از جریان تشریفات قانونی، نهاد مزبور تأسیس شود. با لحاظ این مقرر و نیز ماده ۱۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۱۳۹۳، وضعیت خاص صنعت نفت و گاز ایران، پیش‌بینی می‌گردد که چنین نهادهایی برای شماری از حوزه‌های این صنعت تأسیس گردد، تا طبق تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۵۹ اصلاحی، برخی صلاحیت‌های شورای رقابت (از جمله در خصوص ماده ۶۱) به این نهاد تفویض شود.

می‌دارد: «در هر قرارداد برحسب شرایط شرکت/شرکت‌های ایرانی اکتشاف و تولید... که صلاحیت آنها طبق ضوابط و شرایطی که وزارت نفت ابلاغ می‌کند، به تأیید شرکت ملی نفت ایران می‌رسد، به‌عنوان شریک شرکت یا شرکت‌های معتبر نفتی خارجی حضور دارد/دارند و با حضور در فرآیند اجرای قرارداد، امکان انتقال و توسعه دانش فنی و مهارت‌های مدیریتی و مهندسی مخزن به آنها میسر می‌گردد...».

در راستای اجرای این بند، وزارت نفت شیوه‌نامه‌ای را معرفی کرد (پورتال رسمی وزارت نفت، ۱۳۹۴) که بر اساس آن، در نهایت شرکت ملی نفت صلاحیت هفده شرکت ایرانی را تأیید کرد (پورتال شرکت ملی نفت، ۱۳۹۶، ۲/۲۳۶۷) و طی فرآیندی دیگر ۳۴ شرکت اکتشاف و تولید خارجی (خبرگزاری ایسنا، ۱۳۹۶، ۹۶۰۵۰۲۰۱۱۴۰) را نیز تأیید صلاحیت نمود. آن‌گاه مقرر شد که شرکت‌های خارجی مستقلاً و با اختیار تام (و بدون لزوم برگزاری مناقصه) اقدام به انتخاب شرکت ایرانی مورد نظر خود نموده و پس از انعقاد قرارداد مشارکت با شرکت ایرانی مورد نظر، در قالب مشارکت حاصله، در مناقصات شرکت ملی نفت ورود یافته و با دیگر مشارکت‌های ایرانی-خارجی، به رقابت برای اخذ پروژه اقدام کنند.

با توجه به اعطای اختیار به شرکت‌های خارجی مبنی بر انتخاب شرکت ایرانی مورد نظر خود از میان شرکت‌های صلاحیت‌دار، شاید بتوان گفت در عمل حق ورود شرکت‌های صلاحیت‌دار ایرانی به مناقصه پروژه‌های بزرگ نفتی، منوط به برگزیده شدن توسط شرکت خارجی شده است، و ناگزیر فرآیند رقابت برای دسترسی به بازار میادین نفتی تا حد زیادی از آن شرکت‌ها سلب شده و شرکت‌های خارجی در موقعیتی مسلط (شبه انحصار چندقطبی) نسبت به شرکت‌های ایرانی قرار گرفته‌اند؛ موقعیتی که به سبب قدرت چانه‌زنی کمتر این شرکت‌ها، امکان سوءاستفاده از آن از طریق تحمیل شروط قراردادی ممکن است.^۲

۱. در حالی که در برخی سیستم‌ها، «نه تنها سوء استفاده از موقعیت مسلط یک رفتار ضد رقابتی است، بلکه رسیدن به

موقعیت مسلط نیز، از آن‌جا که امکان سوء استفاده را می‌دهد، منع شده است» (غمامی و اسماعیلی، ۱۳۸۹: ۱۶۸).

۲. اگرچه ارائه راهکاری همه‌جانبه که افزون بر عملی بودن و رعایت مصالح ملی، اصول رقابت را نیز پوشش دهد در حیطه بحث این مقاله نیست، اما از منظر حقوق رقابت و به‌منظور حذف موانع رقابت مؤثر به‌عنوان یکی از اقدامات لازم برای دستیابی به بازار رقابتی، شاید این پیشنهاد کلی قابل طرح باشد که برای هر پروژه، دامنه کارهای مورد انتظار از

۱.۱.۱. بررسی رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی ذیل سوءاستفاده از موقعیت مسلط

رویه‌های ضد رقابتی در مواد ۴۴ تا ۴۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ذکر شده، اما ماده ۴۴ صرفاً ناظر بر توافقات ضد رقابتی است؛ یعنی توافقاتی که طی آن حداقل دو بنگاه با تبانی، وضعیتی غیر رقابتی را علیه بنگاه ثالث ایجاد می‌کنند. این در حالی است که در موضوع مورد بحث ما، سخن از تبانی شرکت خارجی و ایرانی مطرح نیست و موضوع منحصر به رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی در قبال شرکت‌های ایرانی طرف مشارکت است؛ آن هم در مرحله تشکیل مشارکت برای ورود به مناقصه. از سوی دیگر، مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ نیز به ترتیب ناظر بر مقوله‌های تصدّی سمت مدیریت در بنگاه‌های رقیب، تملک و ادغام بنگاه‌هاست که ارتباطی با موضوع بحث ندارد. بنابراین، رفتارهای ضد رقابتی قابل تصور در فرآیند جلب شریک ایرانی توسط شرکت‌های خارجی، در شمار رفتارهای یک‌جانبه موضوع ماده ۴۵ بررسی می‌شود که در این میان، صرفاً بند «ط» این ماده، یعنی مقوله ممنوعیت «سوءاستفاده از موقعیت مسلط» قابل بحث است و سایر بندهای ذیل ماده ۴۵ (که عمدتاً ناظر بر معاملات نظیر خرید و فروش است) با قالب «مشارکت» هم‌خوانی ندارد. اکنون باید دید «سوءاستفاده از موقعیت مسلط»، به چه معناست

پیمان‌کاران ایرانی دارای صلاحیت تعیین شود و سپس میان شرکت‌های ایرانی (به‌عنوان رقبای هم‌سطح داخلی) مناقصه‌ای مستقل برگزار گردد. آن‌گاه دامنه کارهای مورد انتظار از پیمان‌کاران خارجی دارای صلاحیت نیز تعیین شده و میان آنها (به‌عنوان رقبای هم‌سطح خارجی) مناقصه برگزار شود تا از هر دو مناقصه یک برنده معین گردد. سپس طبق روال قانونی و با حفظ مسئولیت تضامنی آنها در برابر شرکت ملی نفت ایران، میان این دو برنده قرارداد مشارکت منعقد شود. البته گفتنی است که تحمیل شریک چندان با مفهوم مشارکت و لزوم انتخاب آزادانه شریک سازگار نیست اما باید توجه داشت که قانون‌گذار نه تنها وجود شریک ایرانی را شرط ورود شرکت‌های خارجی به مناقصه دانسته (و در حقیقت نفس وجود شریک ایرانی را به این شرکت‌ها تحمیل نموده)، بلکه با وضع الزامات توان داخل نیز، نحوه عملکرد شرکت‌های خارجی را محدود کرده است. از این رو، در چهارچوب چنین مقرراتی به نظر می‌آید که پیشنهاد فوق قابلیت طرح را داشته باشد؛ گرچه مقبولیت آن با تردید روبه‌روست.

در مقابل، این پیشنهاد کلی که شرکت خارجی قانوناً ملزم شود تا خود از طرق رقابتی (نظیر برگزاری مناقصه) به جلب شریک ایرانی بپردازد، افزون بر ناسازگاری با مفهوم مشارکت با چالش‌های دیگری نیز روبه‌روست؛ از جمله پیچیدگی‌های قانونی و فنی فراخوان و برگزاری مناقصه توسط شرکت‌های خارجی، و نیز لزوم اطمینان از شفافیت درستی روند پی‌گیری شده توسط این شرکت‌ها.

و تحمیل چه شروطی در قرارداد مشارکت، در شمار مصادیق سوءاستفاده از موقعیت مسلط است.

طبق بند ۱۵ ماده ۱ ق.ا.ا. ۴۴، «وضعیت اقتصادی مسلط» عبارت است از «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 و یا حقوقی قرار گیرد». همچنین گفته شده که «مؤسسه [به تعبیر این پژوهش، «بنگاه اقتصادی»] مسلط بر بازار» به مؤسسه‌ای می‌گویند که یا رقیبی نداشته باشد یا در معرض رقابت قابل توجهی نباشد یا در بازار از موقعیت تعیین‌کننده‌ای برخوردار باشد (غمامی و اسماعیلی، ۱۳۸۹: ۱۶۹). بنابراین، می‌توان پذیرفت که بند ۱۵ ماده ۱، به‌خوبی با وضعیت شرکت‌های خارجی منطبق است؛ شرکت‌هایی که شمار آنها در وضعیت تحریم محدود است و گاهی با یکدیگر تشکیل کنسرسیوم داده (که این باعث محدودتر کردن رقابت خواهد شد) و سرانجام به‌دلیل داشتن حق انتخاب مطلق از میان شرکت‌های ایرانی صلاحیت‌دار، در وضع شروط قرارداد مشارکت خارجی- ایرانی، از موقعیتی تعیین‌کننده برخوردارند.

مفهوم «سوءاستفاده» در مقررات رقابتی ایران، به‌طور مشخص تعریف نشده ولی قانون‌گذار مصادیق حصری سوءاستفاده از موقعیت اقتصادی را در بند «ط» ماده ۴۵ برشمرده است. همچنین بند ۲۰ ماده ۱ ق.ا.ا. ۴۴ با ارائه تعریف از «اخلال در رقابت»، تا حدی قابلیت آن را داراست که به‌طور غیر مستقیم در تشخیص موارد سوءاستفاده کارگشا باشد. به هر صورت، مواردی از مصادیق حصری بند «ط» که با بحث پیش رو مرتبط است، در جزء «۲- تحمیل شرایط قراردادی غیر منصفانه» و جزء «۵- مشروط کردن قراردادها به پذیرش شرایطی که از نظر ماهیتی یا عرف تجاری، ارتباطی با موضوع چنین قراردادهایی نداشته باشد»، ذکر شده است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد. دلیل بی‌ارتباطی سایر بندها آن است که یا با مقوله قیمت‌گذاری یا تحدید عرضه و تقاضا مرتبط‌اند و یا از تملک سهام شرکت‌ها و ایجاد موانع ورود رقبا سخن می‌گویند.

۱. ۱. ۲. مصادیق سوءاستفاده از موقعیت توسط شرکت‌های خارجی

۱. ۱. ۲. ۱. تحمیل شرایط قراردادی غیر منصفانه

الف-۱) شروط مالی یا مقادیر کار غیر منصفانه: سوءاستفاده از موقعیت مسلط و تحمیل شروط قراردادی غیر منصفانه در قرارداد مشارکت میان اشخاص خارجی و ایرانی، ممکن است ناظر بر نوع و میزان حقوق یا تعهدات و مسئولیت‌ها باشد؛ به طوری که شرکت ایرانی برای ورود به مشارکت و در نتیجه، ورود به مناقصه میادین نفتی ایران، به ناچار سهم بیشتری از کار، تعهدات و مسئولیت‌ها (نظیر تقبل جریمه‌های سنگین و نامتعارف) و در عین حال سهم کمتری از منافع مالی و سایر حقوق عرفاً معقول را بپذیرد. در صورت انجام ارزیابی شروط مالی و شروط مربوط به میزان کار^۱ و در نهایت غیر منصفانه تلقی شدن آن شروط توسط شورای رقابت^۲، شروط مزبور تحت ممنوعیت ماده ۴۵ قرار می‌گیرند.

الف-۲) شرط عدم رقابت: در هیچ‌یک از قوانین و مقررات یا اعلامیه‌های شرکت ملی نفت بیان نشده است که شرکت‌های ایرانی پس از تشکیل مشارکت با یک شرکت خارجی برای ورود به مناقصه‌ای خاص، از تشکیل مشارکتی جدید با شرکت خارجی دیگر برای ورود به دیگر مناقصات (یا حضور مستقل در آن مناقصات در صورت داشتن صلاحیت) ممنوع‌اند. بنابراین، از دیدگاه نظری، شرکت‌های ایرانی باید در صورت توانمندی و تمایل، قادر باشند تا به منظور شرکت در مناقصه‌ای جدید، با شرکت‌های خارجی دیگر مشارکتی جدید تشکیل دهند، به ویژه اگر در هیچ‌یک از مناقصات قبلی انجام شده به همراهی شریک خارجی فعلی خود، برنده نشده باشند، یا شرکت خارجی فعلی، به حضور در مناقصه‌ای که شرکت ایرانی توانمندی و تمایل به شرکت در آن دارد، تمایل نشان ندهد.^۳

۱. در تعیین قیمت منصفانه باید روش مؤسسه‌هایی که در بازارهای مشابه فعالیت دارند، مورد توجه قرار گیرد (غمامی و اسماعیلی، ۱۳۸۹: ۱۷۱).

۲. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، پیش‌بینی می‌گردد برای شماری از حوزه‌های صنعت نفت و گاز، نهاد تنظیم‌گر بخشی تأسیس شود.

۳. و چه بسا همین ناکامی در مناقصات قبلی، یا عدم تمایل شرکت خارجی به حضور در برخی مناقصات ناشی از مناسبات ضد رقابتی میان شرکت‌های خارجی باشد که در گفتار دوم این مبحث به آن پرداخته شده است.

از طرفی، در بند «الف-۲» ذیل ماده ۴۵، «وادار کردن اشخاص دیگر به استتکاف از معامله و یا محدود کردن معاملات آنها با رقیب» صراحتاً ممنوع شده است. به نظر یکی از نویسندگان، این بند جز با مسامحه و تفسیر موسع، قابلیت اعمال بر توافقات و شروط عدم رقابت را ندارد (رهبری، ۱۳۹۴: ۱۰۶) و حتی در صورت تفسیر موسع نیز کلیه شروط عدم رقابت را دربر نخواهد گرفت (همان: ۱۰۷). از سوی دیگر، عده‌ای بر آنند که صدر ماده ۴۵ بیانگر ممنوعیت مطلق تمام رفتارهای ذیل این ماده است (همان: ۱۰۷ - ۱۰۸؛ حسینی، ۱۳۹۶: ۶۰۸؛ غفاری، همان: ۵۸۱)^۱ و در نتیجه، راهی برای واکاوی معقول بودن یا نبودن شرط عدم رقابت باقی نمی‌گذارد و از این رو، در فرض امکان اعمال این بند به توافقات عدم رقابت، ناگزیر باید تمامی انواع این توافقات را ممنوع دانست (رهبری، همان: ۱۰۷). به همین سبب، در نهایت برخی نویسندگان به نقص تمام نظرات و راهکارهای فوق اذعان داشته و اعلام کرده‌اند که وضعیت شروط و توافقات عدم رقابت در قانون ایران مبهم است و هیچ رهنمود قانونی در این خصوص وجود ندارد (رهبری، همان: ۱۰۸).

برای حل مسئله، به عنوان مقدمه باید یادآور شد که شورای رقابت صرفاً در تشخیص مصادیق رویه‌های ضد رقابتی صالح است، نه در بازتعریف رویه‌های ضد رقابتی مصرح در قانون. بنابراین، در برخورد با نص صریح قانون چاره‌ای جز تبعیت ندارد. پس، با توجه به برخی ابهامات قانونی در زمینه حکم شروط و توافقات عدم رقابت و به‌منظور دستیابی به تفاسیری منطقی‌تر، به نظر ضروری است که بند «الف-۲» ماده ۴۵ ناظر بر محدودیت‌های اعمالی خارج قرارداد تلقی شود و درخصوص مواردی که با اعمال یک‌جانبه قدرت، شرط عدم رقابت در قرارداد درج می‌گردد، از بند «ط-۲» (تحمیل شرایط قراردادی غیر منصفانه) یاری جست. بدین ترتیب، راه برای قضاوت درست در خصوص شرط عدم رقابتی که از سوی طرف دارای موقعیت مسلط تحمیل می‌شود، گشوده خواهد شد؛ بدون آنکه راهکار مسئله را در نادیده گرفتن نص قانون‌گذار بیابیم.

۱. البته همان‌گونه که در ادامه بیان خواهد شد، به‌نظر نمی‌رسد که صدر ماده ۴۵ مشعر بر ممنوعیت مطلق مصادیق ذیل ماده باشد.

۲. در خصوص شروط عدم رقابتی که با میل و رغبت میان طرفین توافق می‌گردد ولی ویژگی ضد رقابتی دارد، می‌توان با توجه به آثار شرط مربوطه، از بندهای ذیل ماده ۴۴ ب بهره‌جست (برای مثال، بندهای ۱، ۲ یا ۶).

البته با توجه به درجه ارتباط شرط عدم رقابت با قرارداد، این شرط قابلیت آن را داراست که ذیل بند «ط-۵» ماده ۴۵ نیز دسته‌بندی گردد. در این میان، ذکر دو نکته ضروری می‌نماید: نخست آنکه بند «ط-۵» از «عدم ارتباط عرفی» سخن می‌گوید؛ در حالی که چنانکه توضیح داده خواهد شد، براساس مقررات اتحادیه اروپا شروط غیر کمکی^۱ ممکن است عرفاً با قرارداد مرتبط باشد ولی برای قرارداد «ضروری» نباشد، و عنصر «ضروری بودن» در تعیین کمکی بودن شرط اهمیت بسزا دارد (و نه صرف «ارتباط عرفی»). بنابراین، در خصوص شرط عدم رقابت مندرج در مشارکتهای خارجی- ایرانی موضوع این پژوهش، بررسی درستی شرط ذیل بند «ط-۲» درست‌تر از بند «ط-۵» به نظر می‌رسد؛ زیرا احتمال وجود ارتباط عرفی چنین شرطی با قرارداد (و در عین حال غیر کمکی بودن آن) کم نیست. همچنین گفتنی است که اعمال حکم بند «و-۳» ماده ۴۵ بر شروط عدم رقابت مندرج در مشارکتهای خارجی- ایرانی با اشکال روبه‌روست؛ زیرا ماهیت قرارداد میان شرکت‌های ایرانی و خارجی، خرید یا فروش نیست، بلکه مشارکت است.

اکنون باید دید آیا وصف «غیر منصفانه» در خصوص شروط عدم رقابت مندرج در قراردادهای مشارکت مصداق دارد، یا وجود چنین شروطی در قراردادهای موصوف که ماهیت آن اتحاد منابع مالی، مهندسی و دانش فنی است، پذیرفتنی است. قانون‌گذار هیچ ملاکی برای تعیین منصفانه بودن یا نبودن شروط قراردادی به‌دست نداده و در بند ۱ ماده ۵۸ تشخیص آن را به شورای رقابت وانهاده است. بنابراین، باید پذیرفت که در نظر قانون-گذار، منصفانه بودن امری ثابت نیست و باید با توجه به اوضاع و احوال پیرامونی هر قضیه و چه بسا خصوصیات هر صنعت و عرف بازار سنجیده شود.

در سیستم حقوقی امریکا شرط عدم رقابت در شمار رفتارهای ضد رقابتی ذاتی نمی‌گنجد (Newman, 2007: 20; Perceptron/Sensor Adaptive, 2000).^۲ در اتحادیه اروپا

1. Non-ancillary Terms

۲. به‌عنوان قاعده‌ای کلی، در امریکا شرط عدم رقابت وقتی درست و لازم‌الاجراست که به‌منظور حمایت از منافع تجاری مشروع، همچون اسرار و اعتبار تجاری یا اطلاعات محرمانه باشد (All Stainless/Colby, 1974: 779-80) و ضمناً دارای دامنه موضوعی، زمانی و مکانی معقول باشد و هم‌خوان با منافع عمومی تلقی گردد (Marine Contractors/Hurley, 1974: 287-289).

نیز این گونه شروط جزء محدودیت‌های رقابتی اصلی تلقی نمی‌شود (*Siemens/Areva*, 2012). بنابراین، اگرچه به جهت محدود ساختن رقابت، حکم اولیه این گونه شروط ممنوعیت است، اما در صورت اثبات برخی شرایط، درست تلقی می‌گردند.

از طرفی، انعقاد مشارکت، به ویژه مشارکت غیر شرکتی در بخش بالادستی نفت و گاز روشی پذیرفته شده در دنیاست و یکی از شروطی که در این گونه قراردادها رایج است، شرط عدم رقابت در دوره مشارکت است. در سیستم‌های امریکا و اتحادیه اروپا، در صورت وجود جمیع شرایط، شرط عدم رقابت در قراردادهای بالادستی نفت و گاز شرطی پذیرفتنی تلقی می‌گردد. توضیح اینکه، در حقوق رقابت اتحادیه اروپا، تعهد عدم رقابتی که برای اعمال موفقیت‌آمیز مشارکتی موجود ضروری بوده و در واقع، شرطی کمکی برای آن محسوب گردد، می‌تواند مجاز باشد (Beggs and Tennant, 2014). در مقررات اتحادیه اروپا برای کمکی تلقی شدن شروط عدم رقابت در مشارکت‌ها، وجود چهار شرط لازم است:

۱. شرط عدم رقابت با اهداف مشروع قرارداد مشارکت ارتباط مستقیم داشته و برای حصول آن اهداف نوعاً ضروری باشد (Ancillary Restraints Notice, 2005, para. 12; (ECJ Case 42/84 (Remia), 1985: 20

۲. متعهدعلیه شرط عدم رقابت باید در حق کنترل مشارکت سهمیم باشد (Beggs and Tennant, *op.cit.*);

۳. شرط عدم رقابت باید محدود به مدت حیات مشارکت باشد یا محدود به دوره‌ای گردد که طی آن متعهدعلیه در کنترل مشارکت سهمیم است (هر کدام که کوتاه‌تر باشد) (BP/Mobil Commission Decision, 1996, para. 51);

۴. دامنه موضوعی شرط عدم رقابت باید متناسب و محدود به خدمات یا کالاهای تحت پوشش فعالیت‌های مشارکت (Ancillary Restraints Notice, *op.cit.*, para. 38) و نیز محدود به منطقه جغرافیایی (Lufthansa/Menzies/LGS/JV Commission Decision, 2000,) (para. 18) فعالیت مشارکت باشد.

گفته‌اند که منظور از شرط نخست، آن است که شرط عدم رقابت محدود به عدم رقابت با «مشارکت حاصله» باشد و در واقع، به حفظ منافع مشارکت (و نه یکی از شرکت‌های عضو مشارکت) بپردازد (Ancillary Restraints Notice, *op.cit.*: 39). پس، بنا بر

قاعده، شرط عدم رقابت میان شرکت‌های مادر که اصولاً در راستای منافع «مشارکت حاصله» نیست، مجاز تلقی نمی‌گردد. بنابراین، در موضوع مورد بحث ما، اگر شرکت خارجی «۱» برای میدان «الف» با شرکت ایرانی «۱» مشارکت منعقد کرده است ولی در مناقصه میدان «ب» قصد مشارکت با شرکت ایرانی «۲» را دارد، بنا بر قاعده حق ندارد شرکت ایرانی «۱» را از ورود به مناقصه میدان «ب» به همراه شرکت خارجی «۲» منع کند؛ زیرا عدم رقابت شرکت ایرانی «۱» با شرکت خارجی «۱» در میدان «ب»، اصولاً نفعی برای مشارکت میان این دو شرکت در میدان «الف» ندارد.

در بیان حدود و ثغور «حق کنترل» موضوع شرط دوم و سوم گفته شده که منظور کنترلی است که طبق قرارداد مشارکت حق رد تصمیمات تجاری مهم مشارکت (همچون بودجه، برنامه و سرمایه‌گذاری‌های اساسی) را به دست می‌دهد. البته حتی اگر حق کنترل با اوصاف بالا وجود نداشته باشد، در فرضی که همواره باید کلیه شرکا در خصوص موضوعات مهم تصمیم‌گیری کنند نیز می‌توان پذیرفت که حق کنترل باقی است (Beggs and Tennant, *op.cit.*). بنابراین درج محدودیت‌های موضوعی (برای حفاظت از مشارکت) علیه کنترل‌کنندگان برای مدت قرارداد مشارکت توجیه‌پذیر است (Ancillary Restraints (Notice, *op.cit.*: 40). ولی در موضوع مورد بحث ما، اگر شرکت ایرانی، دارای حق کنترل با ویژگی‌های بالا نباشد، یا مدت شرط عدم رقابت فراتر از مدت حیات مشارکت گردد، شروط دوم و سوم تأمین نمی‌شود.

در خصوص شرط چهارم می‌توان پذیرفت که مستنبط از مقررات اتحادیه، «فعالیت» مشارکت محدود به میدانی خواهد بود که برای آن مناقصه برگزار شده و در نتیجه، درج شرط عدم رقابت در خصوص میادین دیگر، در معرض ممنوعیت قرار خواهد داشت (Beggs and Tennant, *op.cit.*).

برخلاف تفاسیر بالا، به نظر می‌رسد که با توجه به وضعیت شرکت‌های داخلی و میادین ایران، وصف «ضروری» مندرج در بند «۱» شروط چهارگانه اتحادیه، نیازمند واکاوی بیشتر است تا با موقعیت حقیقی صنعت نفت و گاز ایران هم‌خوانی بیشتری بیابد. در این راستا، باید توجه داشت که اگرچه شرکت‌های خارجی و شرکت‌های ایرانی، در ردیف رقبای

افقی و هم سطح قرار دارند اما از لحاظ منابع مالی، نیروی انسانی ماهر و دانش فنی هم سطح نیستند؛ بنابراین:

نخست) اگر مشارکت شرکت ایرانی با شرکت‌های خارجی ثالث به منظور ورود به مناقصات میادین دیگر، امکان کاهش تمرکز و توان مالی، فنی و مهندسی شرکت ایرانی را در مشارکت موجود به همراه داشته باشد؛ به طوری که توان و منافع مشارکت موجود را تحت الشعاع قرار دهد، باید پذیرفت که شرط عدم رقابت با اهداف مشروع قرارداد ارتباط کامل دارد و باید منصفانه و صحیح تلقی شود؛ هرچند برخلاف شرکت ایرانی، شرکت خارجی توانمند محق باشد تا برای حضور در مناقصات میادین دیگر، با شرکت‌های ایرانی ثالث، مشارکت جدید منعقد کند؛

دوم) اگر با تشکیل مشارکتی جدید، خطر جدی انتقال اسرار مهم تجاری و دانش فنی مشارکت حاصله (که توسط شرکت خارجی تأمین شده) در میان باشد، درج شرط علیه شرکت ایرانی می‌تواند درست تلقی گردد.

در تأیید این دیدگاه، کمیسیون اروپا اعلام داشته که گاهی شروط عدم رقابت مستقیماً با اجرای مشارکت گره می‌خورد و بیانگر حسن نیت طرفین حین مذاکرات قراردادی و قصد طرفین مبنی بر حداکثر استفاده از توان مالی و فنی حاصله از تشکیل مشارکت است و یا بیانگر حق کامل مشارکت حاصله بر در اختیار داشتن امتیاز یا دانش فنی آورده شده توسط شرکت‌های مادر است؛ به طوری که از رقابت مستقل شرکت‌های مادر (در این‌جا شرکت ایرانی) با مشارکت حاصله حمایت کند (de Hautecloque, *op.cit.*: 170). با این توضیح، به نظر می‌آید که این قیاس قابل دفاع خواهد بود که اگر سلب حق از شرکت ایرانی یک‌طرفه نباشد و شرکت خارجی نیز به همان ترتیب از خود سلب حق نماید، بنا بر قاعده می‌توان بر وجود این حسن نیت و قصد ایجاد مشارکتی تام باور داشت که در آن، تمامی توان طرفین برای حداکثر کارایی رقابتی مشارکت به کار گرفته خواهد شد. از سوی دیگر، حتی اگر سلب حق از شرکت ایرانی یک‌طرفه باشد، اما با هدف تمرکز توان شرکت ایرانی درون مشارکت حاصله انجام شده باشد، و منطقاً نیز حضور شرکت ایرانی در میادین دیگر موجب ضعف مشارکت حاصله باشد، همچنان شبهه قصد تحدید رقابت اندک بوده و احتمال منصفانه تلقی شدن شرط وجود دارد. ناگفته نماند که با وجود تأیید صلاحیت

رقابتهی طبقه‌بندی نشوند. بنابراین، اگر در قراردادهای مشارکت خارجی- ایرانی موضوع تصویب‌نامه، شرط شود که با رعایت مقررات ایران در خصوص توان داخل و نیز مقررات مرتبط با تشریفات انجام معاملات توسط طرف دوم، برخی خدمات یا کالاهای موضوع مشارکت از طریق شرکت خارجی یا شرکت‌های فرعی آن تأمین گردد، این امکان وجود خواهد داشت تا توجیه‌پذیری این شرط در پرتو ویژگی‌ها و مصلحت پروژه بررسی شود.

۲.۱. رفتارهای ضد رقابتهی شرکت‌های خارجی در قبال شرکت ملی نفت ایران

۱.۲.۱. توافق بر کناره‌گیری از مناقصه

یکی از رفتارهای مهم ضد رقابتهی در پروژه‌های موضوع تصویب‌نامه که ممکن است توسط شرکت‌های خارجی در قبال شرکت ملی نفت ایران انجام شود، توافق بر کناره‌گیری از مناقصه است. توافق بر کناره‌گیری از مناقصه که از اقسام تبانی در معاملات رقابتهی^۱ (مناقصات، مزایده‌ها و غیره) است، به اشکال متعددی پدیدار می‌شود (OECD, 2009: 1-2) و در حیطه موضوع پژوهش در سه شکل قابل وقوع است.

۱.۱.۲.۱. کناره‌گیری کامل از مناقصه^۲

کناره‌گیری کامل در پروژه‌های موضوع تصویب‌نامه، بدین صورت است که برخی شرکت‌های خارجی از طریق برگزاری جلسات محرمانه، به بررسی پروژه‌های موجود در ایران پرداخته و در قبال هم تعهد می‌کنند که فقط یکی از آنها در مناقصه‌ای خاص شرکت کرده و دیگران هرگز در آن مناقصه شرکت نکنند^۳، یا اگر در آن مناقصه شرکت کرده‌اند، پیشنهاد خود را پس بگیرند (Ibid). با توجه به وضعیت تحریم‌ها در ایران و عدم امکان حضور کلیه شرکت‌های صلاحیت‌دار خارجی در مناقصات و با توجه به تقسیم ریسکی که در پروژه‌های نفتی مختلف میان شرکت‌های سرمایه‌گذار متداول است، احتمال تبانی میان تعداد اندک شرکت‌های خارجی موجود و در نهایت محدود شدن پروژه به یک شرکت

1. Bid Rigging

2. Bid Suppression

۳. یا این فرض که یک شریک خاص ایرانی را انتخاب نکند. چنین شرطی می‌تواند تحت رفتارهای ضد رقابتهی در قبال شرکت‌های ایرانی نیز مورد بحث قرار گیرد.

خارجی وجود دارد. این امر، در عمل انجام مناقصه و رقابت برای کسب پروژه با کمترین قیمت را منتفی می‌کند و حتی ممکن است شیوه مناقصه را به شیوه مذاکرات قراردادی تبدیل کند؛ با این تفاوت که به سبب وجود تحریم‌ها، توان چانه‌زنی شرکت ملی نفت بسیار پایین خواهد بود.

۲.۱.۲. ۲.۱. مناقصه مشترک (کناره‌گیری جزئی)^۱

در این حالت، برخی مناقصه‌گران به منظور حذف رقابت، با یکدیگر توافق می‌کنند که به صورت مشترک یک پیشنهاد ارائه دهند (2: *Ibid*)؛ در حالی که هر یک به تنهایی قادر به تقبل کل پروژه بوده و نیازی به مناقصه مشترک وجود ندارد. مفاصد مناقصه مشترک همچون فرض پیشین است. از این رو، دست‌اندرکاران انجام مناقصات در شرکت ملی نفت باید با دقت تمام رفتار مناقصه‌گران را در قیاس با توانمندی‌های واقعی آنها رصد کنند تا این‌گونه رفتارها را به درستی تشخیص دهند. گفتنی است که ماده ۴ تصویب‌نامه، تشکیل کنسرسیوم را، هم توسط شرکت‌های ایرانی و هم توسط شرکت‌های خارجی، ممکن دانسته است. باید پذیرفت که نه استفاده حداکثری از توان داخل ناپسند است و نه تقسیم وظایف میان شرکت‌های تشکیل‌دهنده طرف دوم؛ به شرط آنکه اعضای آن به تنهایی قادر به تقبل پروژه نبوده، ولی در قالب کنسرسیوم توانایی انجام پروژه را داشته باشند.

این نوع از تبانی در شکل‌های دیگر نیز قابل تحقق است؛ برای نمونه، در پرونده مربوط به فراخوان مناقصه توسط ایرفرانس برای تأمین سوخت جت، چهار تأمین‌کننده سوخت جت (شیل، اسو، شورون و توتال) متهم به هماهنگ کردن میزان پیشنهادهای خود در مناقصه شده بودند؛ به این صورت که هریک فقط عرضه حجم خاصی از سوخت را پیشنهاد داده بود. بنابراین، ایر فرانس ناچار شد تا به منظور برآوردن نیازهای خود با تمامی این چهار مناقصه‌گر وارد معامله شود و در نتیجه، رقابت بر سر قیمت به طور کلی از بین رفت (Ruiz et al., 2014: 10-11).

در میان پرونده‌های کناره‌گیری از معاملات رقابتی که از جهاتی با کناره‌گیری کامل از مناقصه و نیز مناقصه مشترک قابل قیاس است، می‌توان به پرونده اس.جی.آی - گانیسون در سال ۲۰۱۲ اشاره کرد. در این پرونده، شرکت اس.جی.آی و شرکت گانیسون دو روز قبل

از برگزاری مزایده دولتی، با یکدیگر تفاهم‌نامه‌ای منعقد کردند که طبق آن فقط اس.جی.آی در مناقصه شرکت کند و در صورت پیروزی، گانیسون را در پنجاه درصد منافع حاصله شریک کند؛ در حالی که پیش از توافق، هر دو شرکت مستقلاً علاقه‌مند به حضور در مزایده بودند (U.S./SGI, GEC, et al. Complaint, 2012: 15). البته اندکی بعد از مزایده، دو شرکت مزبور به انعقاد قرارداد «منطقه منافع مشترک» نیز اقدام کرده بودند؛ قراردادی که ماهیتاً ارائه پیشنهادها را مشترک می‌کرد و همین امر تردیدهایی را در خصوص امکان ورود اشکال به توافق اولیه آنها (یعنی تفاهم‌نامه) ایجاد کرده بود. با این توضیح که معلوم نبود انعقاد قرارداد صحیح بعدی، بر وضعیت قرارداد غیر قانونی قبلی چه اثری خواهد داشت. دولت فدرال پس از بررسی، سرانجام میان حکم تفاهم‌نامه و قرارداد تمایز قائل شد و گرچه توافق دوم را صحیح و قانونی اعلام کرد اما توافق نخست را در شمار رفتارهای ذاتی ناقض ماده ۱ قانون شرم‌ناشناسایی کرد (U.S./SGI, GEC, et al. Memorandum, 2013: 15) و افزود که انعقاد قرارداد صحیح بعدی، اثری بر وضعیت قرارداد غیر قانونی قبلی ندارد. از نظر مقام رسیدگی‌کننده، برخلاف توافق اول (یعنی تفاهم‌نامه)، پیشنهادگذاری مشترک انجام شده در دوره قرارداد منطقه منافع مشترک، در واقع برای قرارداد اصلی ماهیتی کمکی و مکمل داشته و تحت قاعده عقلی توجیه‌پذیر بود (Mayor Brown, 2016).

۱.۲.۱. ۳. کناره‌گیری چرخشی از مناقصات^۱

در این مورد، برخی شرکت‌های خارجی به علل مختلف، از جمله علاقه یا سابقه فعالیت و شناختی که از میادین ایران دارند، با یکدیگر تبانی می‌کنند که کدام شرکت در کدام

1. Bid Rotation

۲. فرضاً ممکن است برخی شرکت‌ها در کشورهای همسایه عهده‌دار پروژه‌های میادینی باشند که جزء میادین مشترک ایران محسوب گردد و در نتیجه، تمایل داشته باشند که در مناقصه میدان مربوطه در ایران نیز برنده شوند. شاید در وهله نخست، برنده شدن چنین شرکت‌هایی امری مطلوب به نظر برسد و استدلال شود که با سابقه شناختی که از میادین مشترک دارند، قادر خواهند بود عملیات پروژه را بهتر سامان‌دهی کنند، ولی این تصور همواره صحیح نیست و چه بسا به سوءاستفاده عامدانه از اطلاعات جدید میدان و ائتلاف منابع نفتی ایران به نفع کشورهای همسایه بینجامد. در هر حال، سوءاستفاده از اطلاعات موضوع بحث نیست، ولی منظور از این مثال نقض، آن است که برنده شدن چنین شرکت‌هایی

مناقصه حضور یافته (یا مقبول‌ترین پیشنهاد را بدهد) و پیروز شود و چه‌بسا هر بار یکی از شرکت‌های خارجی تبانی‌کننده، برنده قطعی مناقصه گردد (البته در قالب مشارکت‌های خارجی - ایرانی). مناقصه چرخشی در عمل، افزون بر بالا بردن قیمت مناقصه، به تقسیم بازار میادین نفت و گازی ایران نیز خواهد انجامید.

از نقطه نظر نحوه برخورد با تبانی بر کناره‌گیری از معامله، گفتنی است که طبق اصول شناخته شده حقوق رقابت در سیستم‌های امریکا و اتحادیه اروپا، این نوع تبانی‌ها رفتار ضد رقابتی اصلی محسوب شده و در نتیجه، تحت بررسی قاعده عقلی یا دفاع کارایی قرار نمی‌گیرند (Jones Day, 2012)؛ زیرا این توافق‌ها، نه تنها هدف مناقصات را منتفی می‌کنند، بلکه بازار را میان شرکت‌هایی که در واقع رقیب بودند، به نحوی مسالمت‌آمیز و با بالاترین قیمت تقسیم خواهند کرد (Broder, *op.cit.*: 47-48). اما در وهله نخست، به نظر می‌آید که در ایران وضعیت چنین اقداماتی به طور دقیق مشخص نیست و کناره‌گیری از معامله از یک سو، ذیل ماده ۴۴ و از سوی دیگر، ذیل مقررات ماده ۴۵ ق.ا.ا. ۴۴ قابل بحث خواهد بود؛ زیرا همچنان که گذشت، توافق بر کناره‌گیری از مناقصه در پروژه‌های موضوع تصویب‌نامه، از جمله راهکارهایی است که شرکت‌های خارجی می‌توانند برای تعیین قیمت و تقسیم خدمات و بازار میادین نفتی ایران از آن بهره‌جویند. پس از این دیدگاه، بندهای ۱، ۲ و ۶ ماده ۴۴ قابل استناد خواهند بود. از سوی دیگر، به موجب بند «الف-۱» ماده ۴۵، «استتکاف فردی یا جمعی از انجام معامله و یا محدود کردن مقدار کالا یا خدمت موضوع معامله» که به اخلال در رقابت می‌انجامد، ممنوع است.

با وجود این، بر خلاف متن صریح بند «الف-۱» ماده ۴۵ مبنی بر ممنوعیت استتکاف فردی یا جمعی از معامله، مصداق بحث حسب مورد تحت مقررات بند ۱، ۲ یا ۶ ماده ۴۴ قرار می‌گیرد. علت این امر آن است که از یک سو، واژه «معامله» را می‌توان منصرف از «مشارکت» بررسی کرد و از سوی دیگر، از سیاق ماده ۴۵ برمی‌آید که قانون‌گذار قصد داشته صرفاً رفتارهای یک‌جانبه را ذیل این ماده بگنجانند، نه توافقات را. تنها واژه‌ای که در این ماده ذهن را به سوی توافقات سوق می‌دهد، واژه «جمعی» است که لزوماً به معنای

قصد قانون‌گذار بر اشاره به وجود توافق نیست^۱ و اتفاقاً با در نظر گرفتن بندهای دیگر این ماده، تصور لغو بودن این واژه تقویت می‌شود؛ زیرا تمام مصادیق ضد رقابتی دیگر^۲ که ذیل ماده ۴۵ آمده، رفتارهایی یک‌جانبه و تحمیلی است؛ گاهی این تحمیل در قالب قرارداد پیش‌آمده و گاهی از مجاری غیر قراردادی رخ داده است. در حقیقت، سخن از توافقات ضد رقابتی در ماده ۴۴ به میان آمده و باید پذیرفت که بند «الف» ماده ۴۵ ناظر بر احتکار و موارد استتکاف یک‌جانبه از معامله بوده، و بند «الف-۱» ذیل آن نیز ناظر بر اقدامات مستقل و یک‌جانبه‌ای است که ممکن است توسط دیگران الگوبرداری شده و حالت جمعی پیدا کند.^۳

از دیدگاه حکمی، به سبب وجود عبارت «به نحوی که نتیجه آن بتواند اخلال در رقابت باشد» در صدر ماده ۴۴، برای ممنوعیت رفتارهای ذیل این ماده، افزون بر وقوع تبانی باید وقوع اخلال در رقابت نیز ثابت گردد. گفتنی است که حتی اگر قائل به امکان شمول بند «الف-۱» ماده ۴۵ بر موارد کناره‌گیری از مناقصه باشیم، همچنان باید وقوع اخلال در رقابت به اثبات رسد. توجه به این نکته مهم ضروری است که برخلاف نظر شماری از نویسندگان^۴، به نظر نمی‌آید که لزوماً صدر ماده ۴۵، ضد رقابتی بودن مصادیق ذیل ماده را مفروض گرفته و ممنوعیت آنها را مطلق دانسته باشد. درحقیقت، با تغییر شیوه خوانش، می‌توان صدر این ماده را به گونه‌ای دیگر تفسیر کرد. با این توضیح که اگر از حرف «که» در عبارت «اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود، ممنوع است»، برداشت تعلیل و توصیف شود، می‌توان گفت که ممنوعیت موارد ذیل این ماده مطلق است، اما اگر بپذیریم که تعلیل احکام در شأن قانون‌گذار نیست، می‌توان گفت حرف «که» مندرج در صدر ماده ۴۵ صرفاً نقشی شرطی و قیدی داشته و قانون‌گذار «اعمال ذیل» را به شرط «اخلال در رقابت» ممنوع کرده است. به سخن دیگر، قانون‌گذار آن دسته از اعمالی را که

۱. هماهنگی میان واحدهای اقتصادی لزوماً ناشی از تبانی نیست و ممکن است صرفاً ناشی از پیش‌بینی معقول یکایک آنها از آینده بازار و قیمت‌ها باشد (به‌ویژه در بازارهای متمرکز).

۲. به‌جز برخی مصادیق، مانند بندهای «ز» و «ه» که اساساً در مصادیق رفتارهای ضد رقابتی نمی‌گنجد.

۳. برای خواندن نظر مخالفی که از واژه «جمعی» در بند «الف» ماده ۴۵ برداشت توافق دارد، ر.ک.: غفاری، همان: ۳۲۶ - ۳۲۸.

۴. از جمله رهبری، همان: ۱۰۷ - ۱۰۸؛ حسینی، همان: ۶۰۸. حتی برخی کوشیده‌اند از راه‌های مختلف، لزوم نادیده گرفتن صدر ماده ۴۵ را توجیه کنند (از جمله غفاری، همان: ۵۳۴ - ۵۳۷).

ذیل ماده ۴۵ آمده و در عین حال به اخلال در رقابت می‌انجامد، ممنوع دانسته است، نه تمام آن اعمال را. شیوه دوم خوانش ماده، راه را برای تفسیر بندهای ذیل آن باز می‌گذارد و بدین ترتیب مانع از تسری مطلق حکم صدر ماده ۴۵ به مواردی خواهد شد که اشخاص فاقد موقعیت مسلط از انجام معاملات استنکاف می‌ورزند (و به طور کلی از اعمال مطلق این حکم به مواردی که در واقع مخل رقابت نیست، جلوگیری خواهد کرد).^۱

۲.۲.۱. تبادل اطلاعات حساس

تبادل اطلاعات حساس و استراتژیک بازار میان رقبا، ممکن است مقدمه‌ای برای تبانی و هماهنگی ضمنی قیمت‌ها و دیگر رفتارهای ضد رقابتی در بازار بوده و به کاهش انگیزه رقابت در بازار بینجامد. در اتحادیه اروپا تبادل اطلاعات در شمار رفتارهای ضد رقابتی اصلی طبقه‌بندی نمی‌شود و در نتیجه، اگر مشمول مستثنیات کلی (همچون تبادل اطلاعات با هدف تحقیق و توسعه) نباشد، در هر مورد باید آثار ضد رقابتی چنین مبادلاتی را در قیاس با آثار مثبت رقابتی آن سنجید، و تنها در صورت سنگینی کفه آثار منفی می‌توان به ممنوعیت مبادلات اطلاعات حکم کرد؛ مگر آنکه اطلاعات تبادل شده مستقیماً راجع به قیمت‌های آتی باشد که در این صورت بنا بر قاعده مشمول مقررات کارتل قرار گرفته و بسیار بعید است بتوان آن را به موجب بند ۳ ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا توجیه کرد (Ortega, 2012: 56). در امریکا تبادل اطلاعات میان رقبا رفتار ضد رقابتی ذاتی نیست اما اگر پس از تبادل اطلاعات، قیمت‌ها در بازار افزایش یافته یا همسان گردد، مهم‌ترین دلیل برای محکومیت تبادل اطلاعات خواهد بود (OECD, 2010: 307).

۱. در موضوع بحث «ماده واحد قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی» نیز قابل اشاره است که در خصوص آن چند نکته گفتنی است: با توجه به صدر ماده واحد، یکی از حالات قابل تصور تبانی اشخاص غیر کارمند دولت در مناقصه است (متنی‌نژاد، ۱۳۸۶: ۵۱). گرچه به باور برخی، باید آن را محدود به تبانی کارمندان دولتی با اشخاص خصوصی دانست (قربان‌زاده، ۱۳۹۳، چکیده). بنابراین، این ماده تبانی شرکت‌های خصوصی در مناقصات شرکت ملی نفت را دربر خواهد داشت اما با توجه به وجود عبارت «و در نتیجه ضرری متوجه دولت و یا شرکت‌ها و مؤسسات مذکور بشود»، می‌بایست ضرر دولت و طبعاً رابطه سببیت میان تبانی و این ضرر به اثبات رسد. همچنین ممکن است ادعا شود که تفسیر مضیق ایجاب می‌کند که حکم ماده، به تبانی میان مناقصه‌گران، یعنی میان شرکت‌های خارجی- ایرانی محدود گردد و نباید به تبانی میان شرکت‌های خارجی (که قابلیت حضور مستقل در مناقصه را ندارند) تسری یابد که این نظر نیز قابل دفاع به نظر می‌رسد.

بدیهی است که پیش شرط هر سه قسم کناره‌گیری از مناقصه موضوع بند نخست گفتار حاضر، تبادل اطلاعات است. اکنون باید دید مطابق مقررات ایران، صرف تبادل اطلاعات در خصوص قیمت‌های پیشنهادی یا سایر اطلاعات حساس دیگر توسط شرکت‌های خارجی، قابلیت ممنوعیت را دارد یا آنکه شرکت ملی نفت باید منتظر برگزاری مناقصه و ملاحظه نحوه پیشنهادگذاری شرکت‌ها بماند؛ با این توضیح که وفق مقررات اتحادیه اروپا، حتی اگر تمامی شرکت‌های خارجی متخلف در مناقصه شرکت کنند و هیچ‌یک از آنها در مناقصه پیروز نگردد، همچنان تخلف آنها قابل احراز است (Ibid: 321).

در این خصوص، بند «ک-۱» ذیل ماده ۴۵ ق.ا.ا. ۴۴، «کسب و بهره‌برداری غیر مجاز از هرگونه اطلاعات داخلی رقبا در زمینه تجاری، مالی، فنی و نظایر آن به نفع خود یا اشخاص ثالث» را ممنوع دانسته است. از آنجا که بند «ک-۱» ذیل ماده ۴۵ قرار گرفته، بنا بر قاعده می‌بایست صرفاً به مواردی اعمال شود که یک بنگاه به نحو یک‌جانبه به کسب و بهره‌برداری غیر مجاز از اطلاعات بنگاه رقیب می‌پردازد. البته ممکن است بپذیریم که با وجود محل درج بند «ک-۱»، حکم بند مذکور بر موارد کسب اطلاعات بازار از طریق تبادل اطلاعات میان رقبا نیز جاری است و مراد از «غیر مجاز»، وضعیتی است که بتواند به اختلال در رقابت بینجامد. اما همچنان با این مشکل روبه‌رویم که صرف کسب غیر مجاز اطلاعات رقیب مشمول منع قانون‌گذار قرار نگرفته است؛ زیرا اگر حرف «و» میان واژه‌های «کسب» و «بهره‌برداری»، افاده «یا» نکرده و افاده همراهی کند - همچنان که لزوم اکتفا به قدر متیقن ایجاب می‌کند - باید پذیرفت که در مقررات رقابتی ایران صرف کسب اطلاعات داخلی رقبا ممنوع نیست؛ هرچند با هدفی غیر مجاز، یعنی به قصد بهره‌برداری از آن اطلاعات انجام شده باشد. بنابراین، چنین به نظر می‌رسد که قبل از انجام مناقصه، امکان اقدام قانونی علیه شرکت‌های خارجی وجود ندارد؛ هرچند ثابت شود که موضوع اطلاعات مبادلاتی، قیمت‌های پیشنهادی مناقصات بوده است. افزون بر این، حتی اگر از میان شرکت‌های صلاحیت‌داری که تبادل اطلاعات قیمت‌ها میان آنها ثابت شده است، فقط یک شرکت در مناقصه حاضر شده و برحسب اتفاق همین شرکت برنده مناقصه گردد، همچنان ضروری است که افزون بر اثبات وقوع ماده ۴۴، رابطه مستقیم میان اطلاعات مبادله‌شده و برنده شدن در مناقصه («بهره‌برداری غیر مجاز») نیز ثابت شود.

۲. ضمانت اجرای قواعد رقابت در قبال رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی در مرحله مناقصات

در این بخش، نخست انواع ضمانت اجرای قواعد رقابت (موضوع مادتين ۶۱ و ۶۶ ق.ا.ا.۴۴) برای مقابله با رفتارهای ضد رقابتی مذکور در پژوهش پیش رو بیان می‌شود؛ با این قید که صرف تبادل اطلاعات حساس میان رقبا مشمول ممنوعیت قانونی نیست. سپس امکان یا عدم امکان اعمال این ضمانت اجراها در قبال شرکت‌های خارجی بررسی خواهد شد.

۲. ۱. انواع ضمانت اجرای قواعد رقابت در قبال شرکت‌های خارجی

۲. ۱. ۱. ضمانت اجرای مندرج در ماده ۶۱

آن دسته از تصمیمات ذیل ماده ۶۱ که با رفتارهای ضد رقابتی مذکور در این پژوهش مرتبط است، در بندهای ۱، ۴، ۸ و ۱۲ ماده ۶۱ آمده است.

بند ۱- دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه های ضد رقابتی موضوع مواد ۴۴ تا ۴۸ این قانون

برخی نویسندگان در تفسیر بند ۱ ماده ۶۱ ق.ا.ا.۴۴ گفته‌اند که اختیار «فسخ» توافقات ضد رقابتی با حکم «ممنوع است» در صدر مادتين ۴۴ و ۴۵ که افاده بطلان می‌کند، سازگار نیست (از جمله غفاری، همان: ۴۴۶ - ۴۴۷). همچنین با اتکا به بند ۲ ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا که حکم رفتارهای ضد رقابتی را بطلان اعلام کرده، افزوده‌اند که صحیح آن بود که قانون‌گذار به جای «فسخ» که مؤید صحت رفتارهای پیشین بوده و اثر آن صرفاً ناظر به آینده است، از مفاهیمی همچون «عدم نفوذ»، «قابلیت ابطال»، یا «بطلان» استفاده می‌کرد. برخی از ایشان با تکیه بر متن قبلی این بند که در لایحه قانونی آمده بود، تأکید می‌کنند که قانون‌گذار در نظر نهایی، «ابطال» را با «دستور فسخ» جایگزین کرده و در نتیجه، حق ابطال را از شورا سلب کرده است (همان: ۴۴۹ - ۴۵۱).

در مقابل این نظرات، ممکن است با اندکی تغییر در نحوه تفسیر این بند، بتوان پذیرفت که بطلان قراردادها و توافقی‌هایی که موضوع آن، یکی از رویه‌های ذیل ماده ۴۴ باشد، قطعی و مسلّم است، زیرا این نکته از عبارت «ممنوع است» در صدر ماده ۴۴ قابل دریافت

است. در واقع، ممکن است گفته شود که بند ۱ ماده ۶۱ صرفاً متعزز قراردادها و توافقی‌هایی است که دربردارنده یکی از شروط ضد رقابتی مندرج در مواد ۴۴ تا ۴۸ باشد. در این حالت، شرط ضد رقابتی خودبه‌خود باطل است و قرارداد حاوی این شرط توسط شورا قابلیت فسخ دارد، و در این خصوص شورا باید دستور به فسخ قرارداد دهد، نه آنکه رأساً اقدام به فسخ قرارداد کند. به سخن دیگر، به موجب قانون، هر قرارداد، توافقی یا شرطی که موضوع آن یکی از رفتارهای ضد رقابتی ذیل ماده ۴۴ باشد خودبه‌خود باطل است، و هر قرارداد یا توافقی که موضوع آن ضد رقابتی نبوده لکن متضمن و حاوی شرطی ضد رقابتی باشد، قابل فسخ خواهد بود.^۱ همچنین باید توجه داشت که مرجع تشخیص مصادیق ضد رقابتی، شورا است و قانون‌گذار مرجع بیان احکام و در نتیجه، هرگاه شورا اعلام کند که قرارداد، توافقی یا شرطی موضوعاً ضد رقابتی است، حکم آن به واسطه نص قانونی «ممنوع است»، بطلان خواهد بود (مگر اینکه قانون‌گذار خود حکمی متفاوت ارائه دهد)؛ چه بطلان آن قرارداد، توافقی یا شرط در قانون تصریح شود یا نشود، و چه «تصمیم بطلان» در شمار تصمیمات شورا مندرج ذیل ماده ۶۱ ذکر شده یا نشده باشد.

با این توضیح که، در صورت وجود شروط غیر منصفانه یا غیر مرتبط در قرارداد شرکت‌های خارجی با شرکت‌های ایرانی، آن شروط باطل است اما قرارداد مشارکت حاوی آن شروط در معرض فسخ است. با وجود این، در عمل به نظر نمی‌رسد که استفاده از راهکار فسخ در خصوص قراردادهای مشارکت مذکور، راهکاری درست باشد؛ زیرا هدف، تنبیه شرکت خارجی است؛ درحالی که با فسخ قرارداد مشارکت، به شرکت ایرانی نیز آسیب می‌رسد.

اما در فرض پیروی از تفسیر بالا، در صورت انعقاد قرارداد میان شرکت ملی نفت ایران با برنده مناقصه و کشف وقوع رفتارهای ضد رقابتی میان شرکت‌های خارجی در روند مناقصات، مقرر صریحی در ق.ا.ا. ۴۴ برای امکان فسخ قرارداد نفتی وجود ندارد، مگر

۱. با این استدلال، تغییر حکم «ابطال» مندرج در لایحه «مقررات تسهیل‌کننده رقابت» به «دستور فسخ»، درست و منطقی می‌نماید؛ زیرا مانع از ابطال قراردادها و توافقاتی خواهد شد که روی هم رفته صحیح بوده و صرفاً برخی شروط آن ضد رقابتی و باطل است.

بتوان در این خصوص به‌گونه‌ای از عموماًت قانون مدنی بهره جست، یا با اینکه مناقصه‌گران پروژه‌های نفتی در واقع متشکل از مشارکت‌های ایرانی- خارجی‌اند، صرف تبانی شرکت‌های خارجی را در حکم تبانی مناقصه‌گران بدانیم و به مقررات قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳ و آیین‌نامه‌های آن متوسل شویم. اما اگر معتقد باشیم که جلوگیری از اخلال در رقابت به‌عنوان هدف اصلی فصل ۹ ق.ا.ا. ۴۴ ایجاب می‌کند که دایره شمول بند ۱ ماده ۶۱ را تا حد ممکن توسعه دهیم، آن‌گاه ممکن است بتوان قراردادهایی را که متخلفان رقابتی با استفاده از توافقات ضد رقابتی خود، با اشخاص ثالث با حسن نیت (در این‌جا شرکت ملی نفت ایران) منعقد می‌کنند، نیز فسخ کرد. به هر حال، گفتنی است که فسخ قراردادهای کلان نفتی، پس از توافق بر جزئیات آن بسیار هزینه‌بردار و زمان‌بر بوده و اصولاً به‌صلاح شرکت ملی نفت نخواهد بود و ممکن است بر رقابت در بازار نیز اثر منفی برجای گذارد.

بند ۴- اطلاع‌رسانی عمومی در راستای شفافیت بیشتر بازار

استفاده از این بند، به کاهش اعتبار شرکت‌های نفتی خارجی انجامیده و اهرمی مؤثر برای تنبیه و نیز پیش‌گیری از رویه‌های ضد رقابتی است. اما اگر ثابت شود که شرکت‌های خارجی در واقع مرتکب رفتار ضد رقابتی نشده و مقررات ناقص ایران یا تفاسیر نادرست شورای رقابت، به ضد رقابتی تلقی شدن رفتارهای شرکت خارجی انجامیده است، بحث جبران خسارات مادی و معنوی شرکت‌های خارجی به‌سبب اطلاع‌رسانی عمومی به میان خواهد آمد.

بند ۸- دستور استرداد اضافه‌درآمد و یا توقیف اموال تحصیل‌شده از طریق ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد ۴۴ تا ۴۸ این قانون از طریق مراجع ذیصلاح قضایی

در صورت وجود درآمد و اضافه‌درآمد، این بند برای استرداد اضافه‌درآمد حاصله از تبانی شرکت‌های خارجی در افزایش قیمت مناقصه (از مجرای کناره‌گیری از مناقصه) قابل استفاده است. با توجه به رویکرد این پژوهش در خصوص ماهیت رفتارهای ضد رقابتی، به نظر می‌رسد مقصود قانون‌گذار در بند ۸، استرداد مبلغ به زیان‌دیده از رفتار ضد رقابتی، یعنی شرکت ملی نفت است (نه خزانه دولت). همچنین گرچه به نظر منطقی‌تر بود که

استرداد اضافه‌درآمد و توقیف اموال هر دو منوط به حکم دادگاه می‌شد (چنانکه در خصوص مطالبه خسارات موضوع ماده ۶۶ صادق است)، اما با توجه به نحوه نگارش بند ۸، چنین می‌نماید که استرداد اضافه‌درآمد به دستور شورا انجام می‌شود و توقیف اموال مستلزم حکم دادگاه است. در واقع، نمی‌توان پذیرفت که مراد از «مراجع ذی‌صلاح قضایی»، واحدهای اجرای احکام مدنی دادگستری مذکور در ماده ۷۰ باشد که به موجب این ماده، مرجع اجرای تصمیمات قطعی شورا اعلام شده‌اند و نیز نمی‌توان پذیرفت که قانون‌گذار در ذکر «مراجع ذی‌صلاح قضایی» مرتکب عملی عبث شده باشد (برای دیدن نظر مخالف، از جمله ر.ک: غفاری، همان: ۵۷۰ - ۵۷۲).

همچنین گفتنی است صدور دستور استرداد اضافه‌درآمد توسط شورا، با امکان مطالبه خسارت توسط زیان‌دیده (به موجب ماده ۶۶) نزد دادگاه منافاتی ندارد و چه بسا خسارات وارده به زیان‌دیده از رفتار ضد رقابتی بیش از مبلغ مسترد شده باشد. این امر، به ویژه در پروژه‌های نفتی نمایان می‌گردد؛ به خصوص اگر شرکت ملی نفت و ادار به برگزاری دوباره مناقصه شود.

بند ۱۲- تعیین جریمه نقدی از ده میلیون ریال تا یک میلیارد ریال، در صورت نقض ممنوعیت‌های ماده ۴۵ این قانون

محدود کردن حکم این بند به رفتارهای یک‌جانبه ذیل ماده ۴۵ و ناممکن دانستن اعمال آن بر توافقات ضد رقابتی ماده ۴۴ فاقد توجیه است. افزون بر این، طبق «آیین‌نامه تعیین میزان جرایم نقدی متناسب با عمل ارتكابی در رویه‌های ضد رقابتی» وزارت امور اقتصادی و دارایی مصوب ۱۳۸۹، حداکثر جریمه‌های نقدی رفتارهای ذیل بند «الف-۲» تا هشتصد میلیون ریال، بند «ط-۲» تا یک میلیارد ریال، بند «ط-۵» تا پانصد میلیون ریال و بند «ک-۱» تا ششصد میلیون ریال تعیین شده است. بنابراین، شورا در تحمیل حداکثر رقم مندرج در بند ۱۲ ماده ۶۱ بر تخلفات ماده ۴۵ آزادی مطلق ندارد.

بدین ترتیب، از آن‌جا که ارزش قراردادهای آی.پی.سی، گاهی به چند میلیارد دلار می‌رسد، قابل تصور است که رویه‌های ضد رقابتی انجام‌شده توسط شرکت‌های خارجی، خساراتی هنگفت و به مراتب بیش‌تر از حداکثر رقم مندرج در بند ۱۲ را بر شرکت ملی نفت ایران یا شرکت‌های ایرانی وارد کند که در فرض ناممکن بودن درخواست خسارت

نزد محاکم قضایی (برابر با ماده ۶۶ ق.ا.ا. ۴۴)، ناکارآمدی بند ۱۲ در اجرای پروژه‌های بزرگ نفتی بیشتر نمایان می‌شود.

۲.۱.۲. ضمانت اجرای مندرج در ماده ۶۶

در فرض قابلیت اعمال مقررات رقابت ایران بر شرکت‌های خارجی، چنانچه شرکت ملی نفت ایران یا شرکت‌های ایرانی بتوانند انجام رویه‌های ضد رقابتی توسط آن شرکت‌ها را نزد شورا به اثبات برسانند، براساس ماده ۶۶ ق.ا.ا. ۴۴ قادر خواهند بود ظرف یک‌سال از حصول تصمیم قطعی شورای رقابت یا هیئت تجدیدنظر مبنی بر وقوع رویه‌های ضد رقابتی، نزد دادگاه‌های صالحه ایران طرح دعوا کرده و ضمن ارائه رأی قطعی شورا (به‌عنوان دلیل تقصیر)، با اثبات ضرر وارده و رابطه سببیت میان ضرر و رفتار ضد رقابتی شرکت‌های خارجی، خسارات خود را مطالبه کنند.

۲.۲. امکان اعمال ضمانت اجرای قواعد رقابت در قبال شرکت‌های خارجی

به موجب ماده ۴۳ ق.ا.ا. ۴۴، «تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های عمومی، دولتی، تعاونی و خصوصی مشمول مواد این فصل [یعنی فصل ۹] هستند». اما با وجود اطلاق «تمام اشخاص» در این ماده، در مورد امکان تسری مقررات رقابتی ایران بر رفتاری که اشخاص خارجی در بیرون از قلمرو ایران انجام داده‌اند که بر بازار داخلی ایران مؤثر است، جای تردید وجود دارد و هیچ مقرره صریحی که راهگشای مسئله باشد در قوانین به چشم نمی‌خورد.

گرچه نویسندگان نیز دیدگاه یکسانی در مورد وضعیت فعلی مقررات رقابتی ایران از حیث اداری (عمومی) یا کیفی بودن ارائه نکرده‌اند، به نظر نمی‌رسد که بتوان رفتارهای

۱. برای دیدن نظری که رفتارهای ذیل ماده ۴۵ ق.ا.ا. ۴۴ را مستوجب مسئولیت کیفی می‌داند، ر.ک: غفاری، همان: ۲۵۴ - ۲۵۵؛ برای خواندن نظری که رفتارهای ذیل مواد ۷۲ به بعد ق.ا.ا. ۴۴ را جرم و مستوجب مسئولیت کیفی دانسته اما رفتارهای ضد رقابتی مواد ۴۴ - ۴۸ را مستوجب مسئولیت انتظامی (به‌عنوان بخشی از نظام حقوق عمومی اقتصادی) می‌داند، ر.ک: طباطبایی‌نژاد، ۱۳۹۵: ۱۳۲.

ضد رقابتی (یعنی رفتارهای ذیل مواد ۴۴ - ۴۸) را جرم دانست؛^۱ مگر اینکه آن رفتارها طبق قوانین خاص دیگر به طور مشخص جرم‌انگاری شده باشند (مانند احتکار) که در آن صورت موضوع باید توسط شورا به دادسرا ارجاع گردد (مستنبط از قانون اساسی، اصول ۳۶، ۳۷، ۱۵۶ و ۱۵۹ و قانون آیین دادرسی کیفری، ماده ۱۲۲).^۲ در حقیقت، همسو با برخی نویسندگان باید پذیرفت که مقررات رقابتی ایران تحت شمول حقوق عمومی اقتصادی قرار گرفته و مسئولیت‌های ذیل ماده ۶۱ در شمار مسئولیت‌های انتظامی قرار دارد (باقری و فلاح‌زاده، ۱۳۸۸: ۶۴، به نقل از طباطبایی‌نژاد، همان: ۱۳۲). در این حالت، تنها قاعده حل تعارض صریح باقی مانده، در ماده ۵ قانون مدنی نهفته است. با توجه به این ماده، روشن است که شورای رقابت می‌تواند با آن دسته از رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی که درون مرزهای ایران رخ داده، برخورد کند. اما قانون‌گذار در ماده ۵ درخصوص رفتارهای خارجی در آن سوی مرزهای ایران، سکوت اختیار کرده و در نتیجه، از طریق مقررات قانون مدنی امکان تسری مقررات رقابت ایران به رفتارهای ضد رقابتی خارجی

۱. اگر بپذیریم که قانون‌گذار قصد جرم‌انگاری رفتارهای ضد رقابتی ذیل مواد ۴۴ - ۴۸ را داشته است؛ آن‌گاه طبق مادتين حل تعارض ۴ و ۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌توان گفت که مقررات رقابتی ایران بر رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی قابلیت اعمال دارد.

۲. در نظر گرفتن صلاحیت دادگاه‌ها برای شورا با اشکال روبه‌روست؛ زیرا بنابر ماده ۶۵، وجود رأی حداقل یک قاضی عضو در اکثریتی که قائل به اعمال تصمیمات ذیل ماده ۶۱ هستند، کافی است؛ در حالی که ممکن است میان این دو قاضی بر ضد رقابتی بودن یا نبودن یک رفتار اختلاف باشد. اما چه دلیلی برای ترجیح نظر یک قاضی بر نظر قاضی دیگر در موضوعی واحد وجود دارد، به ویژه آن‌گاه که یکی از قضات همسو با اصل برائت قائل به عدم مجرمیت است، هرچند در گروه اقلیت باشد؟ از طرفی، با لحاظ تناسب کلی میان رفتار ضد رقابتی و تصمیمات متخذه، شورا در انتخاب میان تصمیمات ذیل ماده ۶۱ دارای اختیار است و تکلیفی به تصمیمی خاص ندارد. حال اگر توقیف اموال را مجازات تلقی کنیم، چگونه ممکن است در یک پرونده، توقیف اموال اعمال شود، و در پرونده‌ای کاملاً مشابه از این حکم خودداری شود؟ چگونه ممکن است جرمی بی مجازات باقی بماند؟ در تأیید عدم جرم‌انگاری رفتارهای ضد رقابتی، در مواد ۶۶، ۶۷ و ۸۲ نیز اماراتی به چشم می‌خورد. نتیجه آنکه رفتارهای ضد رقابتی مندرج در مواد ۴۴ - ۴۸ جرم نبوده و هیچ‌یک از ضمانت‌اجراهای ماده ۶۱، مجازات جرم نیستند. بنابراین اعمال قواعد حل تعارض قانون مجازات بر رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های خارجی صحیح به نظر نمی‌آید، مگر آن رفتارها موافق با دیگر قوانین جرم‌انگاری شده باشند؛ حتی سیستم حقوق رقابت اتحادیه اروپا نیز به جرم‌انگاری رفتارهای ضد رقابتی نپرداخته است، هرچند در رفتارهای ضد رقابتی سنگین. البته برخی کشورها همچون آمریکا و انگلستان، رفتارهای ضد رقابتی سنگین را جرم دانسته و بر آن مجازات تحمیل می‌کند. (Norton Rose Fulbright, Lexology, 2014).

در خارج از مرزهای ایران وجود ندارد. البته برخی نویسندگان نظر مخالف دارند و بر آنند که گرچه رفتارهای ضد رقابتی تحت‌الشمول حقوق عمومی اقتصادی است اما شباهت موارد ذیل ماده ۶۱ به مسئولیت کیفری نزدیک‌تر است تا مسئولیت مدنی؛ و در صورتی که اشخاص خارجی در بیرون از سرزمین ایران به رفتارهای ضد رقابتی دست بزنند اما این رفتارها بر بازار داخل ایران اثرگذار باشد، به موجب قواعد حل تعارض قانون مجازات اسلامی (به‌عنوان مبنای تفسیر اصل سرزمینی بودن در مقررات ایران)، می‌توان قانون و دادگاه‌های ایران را صالح به رسیدگی دانست. ضمن آنکه از نظر ایشان، از ماده ۵ قانون مدنی نمی‌توان مفهوم مخالف گرفت و باید قواعد حل تعارض قانون مجازات را که بیانگر آخرین نظر قانون‌گذار است، بر قواعد حل تعارض قانون مدنی تفوق داد (طباطبایی‌نژاد، همان: ۱۳۶ - ۱۳۹).

اما پژوهش پیش رو، این استدلال‌ها را مردود می‌داند. در این پژوهش، راهکار در چیرگی قواعد حل تعارض قانون مجازات بر قواعد حل تعارض قانون مدنی به‌صرف وجود شباهت یافت نمی‌شود. ضمن آنکه بحث امکان یا عدم امکان برداشت مفهوم مخالف از ماده ۵ قانون مدنی در میان نیست. بحث، سکوت قانون‌گذار در خصوص امکان تسری مقررات مدنی به رفتار خارجی‌ان در آن سوی مرزهای ایران است و در واقع، باور به امکان تسری، مستند قانونی می‌طلبد. تنها راه حلی که با مسامحه قابل اعمال به نظر می‌آید آن است که با توجه به اطلاق «تمام اشخاص» در ماده ۴۳ ق.ا.ا. ۴۴، اطلاق «فروشنندگان»، «خریداران»، و «فضای جغرافیایی و مجازی» در تعریف بازار (موضوع بند ۱ ماده ۱) و نیز تعریف اخلال در رقابت (موضوع بند ۲۰ ماده ۱)، به توسعه مفهوم اصل سرزمینی بودن از مجرای استفاده از دکترین‌های اجرا یا تأثیر (برای مطالعه بیشتر ر.ک: Ritter, Braun and Rawlinson, 2000: 62، به نقل از طباطبایی‌نژاد، همان: ۱۳۱) دست زده و صرفاً اثرپذیری بازار داخلی ایران را فارغ از خاستگاه اثر، ملاک صلاحیت مقررات رقابت ایران بدانیم و بدین ترتیب، قواعد حل تعارضی خاص برای حقوق رقابت شناسایی کنیم. البته توسعه مفهوم اصل سرزمینی و در نتیجه، توسعه صلاحیت در مسائل مرتبط با حقوق رقابت، امری

۱. در ق.ا.ا. ۴۴، تعاریف و موادی وجود دارد (همچون تعریف شرکت) که نشانه بی‌توجهی و قصد قانون‌گذار به گسترش صلاحیت سرزمینی خود در این قانون است. بنابراین، نظری که ذکر شده با مسامحه بسیار بیان شده است.

جدید نیست و توسط امریکا و اتحادیه اروپا نیز انجام می‌شود اما توسل به آن باید با احتیاط فراوان انجام شود؛ زیرا چنانچه به سبب نقص قوانین رقابتی فعلی، یا به سبب سوء تفسیر یا اجرای نادرست آن، به شرکت‌های نفتی خارجی لطمه مادی یا معنوی وارد آید، چه بسا بطلان آن تصمیمات را از مجاری بین‌المللی مطالبه کنند.

نتیجه

مقررات فصل ۹ ق.ا.ا. ۴۴، بیانگر نظر کلی قانون‌گذار در خصوص مصادیق و احکام رقابت ناسالم در بازار است و اختصاص به صنعت خاصی ندارد. در این پژوهش سعی شد تا ضمن تحلیل مقررات رقابت فعلی ایران، نظرات نویسندگان داخلی و خارجی و نیز بررسی وضعیت خاص صنعت نفت و گاز، ارکان و حکم کلی هر یک از رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های نفتی خارجی در مرحله مناقصات قراردادهای آی.پی.سی (چه در قبال شرکت‌های اکتشاف و تولید ایرانی و چه در قبال شرکت ملی نفت ایران) تشریح گردد و ضمانت اجرای قواعد رقابت ایران در این موارد تبیین شود.

در گفتار آغازین از مبحث نخست، با توضیح این امر که: ۱. در وضعیت فعلی شرکت‌های ایرانی توانایی مالی و فنی لازم برای ورود مستقل به پروژه‌های بزرگ موضوع تصویب‌نامه را ندارند؛ ۲. در این‌گونه پروژه‌ها وجود دست‌کم یک شرکت خارجی به‌عنوان شریک شرکت ایرانی ضروری خواهد بود؛ ۳. شرکت خارجی مختار است به هر طریق که صلاح بداند به انتخاب شریک ایرانی اقدام کند. گفته شد که در مرحله تشکیل مشارکت خارجی - ایرانی برای ورود به مناقصات، سرمایه‌گذاران خارجی نسبت به شرکت‌های ایرانی دارای موقعیتی مسلط‌اند و ممکن است از این موقعیت در مذاکرات قراردادی برای انتخاب شریک سوءاستفاده کنند (از طریق تحمیل شروط غیر منصفانه یا غیر مرتبط، به ترتیب موضوع بندهای «ط-۲» و «ط-۵» ماده ۴۵).

در گفتار دوم از مبحث نخست بیان شد که به سبب وجود تحریم‌ها، از تعداد شرکت‌های خارجی علاقه‌مند به شرکت در مناقصات میادین ایران کاسته شده و احتمال تبانی میان آنها به‌منظور مخدوش کردن فرآیند مناقصه به ضرر شرکت ملی نفت ایران بیشتر خواهد بود. در این‌باره توضیح داده شد که تبانی و رفتارهای ضد رقابتی مذکور از طریق تبادل اطلاعات حساس و توسل به حالات مختلف کناره‌گیری از مناقصات قابل وقوع

است. از آنجا که هدف از توسل به کناره‌گیری از مناقصه، در واقع تعیین قیمت مناقصه، تقسیم خدمات و یا میادین نفت و گاز ایران است، بنابراین این گونه رفتارها حسب مورد مشمول بندهای ۱، ۲ و ۶ ماده ۴۴ ق.ا.ا. ۴۴ قرار خواهند گرفت. اما در این پژوهش، با توجه به وجود قید «و بهره‌برداری غیر مجاز» در بند «ک-۱» ماده ۴۵ و نیز با توجه به تشکیک در امکان توسعه مفهوم «کسب» به موارد «تبادل» اطلاعات، در نهایت تبادل اطلاعات حساس بازار به‌خودی‌خود مشمول هیچ‌یک از بندهای قانون مزبور شناسایی نشد و در نتیجه، فاقد ضمانت اجرا در حقوق رقابت ایران دانسته شد.

در گفتار نخست مبحث دوم، با ارائه تفسیری متفاوت از مقررات رقابتی ایران یا خوانشی نو از آن مقررات، کوشش گردید تا از ابهامات این مقررات در زمینه ضمانت اجرای موجود کاسته شود. به طور اجمال در خصوص بند ۱ ماده ۶۱ استدلال شد که می‌توان این بند را صرفاً متعرض قراردادهایی دانست که دربردارنده یکی از شروط ضد رقابتی مندرج در مواد ۴۴ - ۴۸ باشد. در این حالت، شرط ضد رقابتی باطل است و قرارداد حاوی این شرط قابلیت فسخ دارد. درخصوص صدر ماده ۴۵ نیز گفته شد که اگر بپذیریم تعلیل احکام در شأن قانون‌گذار نیست، می‌توان پذیرفت حرف «که» مندرج در صدر ماده صرفاً نقشی شرطی و قیدی داشته و قانون‌گذار «اعمال ذیل» را به شرط «اخلال در رقابت» ممنوع کرده است. این شیوه خوانش ماده، مانع از تسری مطلق حکم صدر ماده ۴۵ به مواردی خواهد شد که در عمل مخل رقابت نیست.

در گفتار پایانی مبحث دوم، امکان یا عدم امکان اعمال ضمانت اجرای قواعد رقابت بر رفتار شرکت‌های نفتی خارجی مورد بررسی قرار گرفت، آن‌گاه که این رفتارها و رای مرزهای ایران رخ می‌دهد. در این باره گفته شد که از آنجا که رفتارهای ضد رقابتی به‌خودی‌خود ماهیتی کیفری ندارند، امکان اعمال قواعد حل تعارض قانون مجازات اسلامی بر آنها وجود نداشته و قانون مدنی نیز در مورد امکان تسری مقررات رقابتی ایران (که ماهیت انتظامی داشته و زیرمجموعه حقوق عمومی اقتصادی‌اند) بر رفتار خارجی‌ان در آن سوی مرزهای ایران سکوت اختیار کرده است. سرانجام، تنها راهکاری که با مسامحه قابل اعمال به نظر می‌آید، استفاده از اطلاق «تمام اشخاص» در ماده ۴۳، تعریف بازار (موضوع بند ۱ ماده ۱)، تعریف اخلال در رقابت (موضوع بند ۲۰ ماده ۱) و توسعه مفهوم

اصل سرزمینی بودن از مجرای استفاده از دکترین‌های اجرا یا تأثیر بود که بر مبنای آن، صرف اثرپذیری بازار داخلی ایران (فارغ از خاستگاه اثر)، ملاکی کافی برای امکان اعمال مقررات رقابت ایران تلقی شده و بدین ترتیب، قواعد حل تعارضی خاص برای حقوق رقابت شناسایی گردید. البته در پایان افزوده شد که توسل به این راهکار مستلزم احتیاط فراوان است؛ زیرا ممکن است شرکت‌های خارجی متأثر، تصمیمات اتخاذی در ایران را از طریق مجاری بین‌المللی به چالش بکشند.



منابع

الف) فارسی

۱) کتاب‌ها

۱. حسینی، مینا (۱۳۹۶). حقوق رقابت - در آیینۀ ساختار و تصمیمات شورای رقابت. چاپ اول، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲. غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۳). حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن. چاپ اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان.

۲) مقاله‌ها

۳. باقری، محمود؛ فلاح‌زاده، علی محمد (۱۳۸۸). «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت (با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)». فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۳، [ارجاع غیرمستقیم]، ص ۶۳ - ۸۱.
۴. رهبری، ابراهیم (۱۳۹۴). «جایگاه و اعتبار توافق عدم رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا، اتحادیه اروپا و ایران». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره هفتم، شماره ۴، ص ۸۹ - ۱۱۶.
۵. طباطبایی‌نژاد، سیدمحمد (۱۳۹۵). «اعمال فراسرزمینی مقررات انتظامی: بررسی موردی اعمال مقررات حقوق رقابت با نگاهی به قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره هشتم، شماره ۲، ص ۱۱۵ - ۱۴۶.
۶. غمامی، سید محمد مهدی؛ اسماعیلی، محسن (۱۳۸۹). «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲، پاییز و زمستان، ص ۱۵۳ - ۱۸۸.
۷. قربان‌زاده، محمدباقر (۱۳۹۳). «بررسی جرم در معاملات دولتی و تبانی در آن». پیام آموزش، شماره ۲۴، ص ۳۴ - ۴۷.
۸. متنی‌نژاد، صادق (۱۳۸۶). «شیوه‌ها و زمینه‌های تبانی در معاملات دولتی». مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ۶۱، ص ۴۷ - ۶۲.

۳) سایر

۹. پورتال رسمی وزارت نفت، «شیوه‌نامه نحوه تعیین صلاحیت شرکت‌های اکتشاف، توسعه و تولید از میدان‌های نفت و گاز»، ابلاغی ۱۳۹۴/۰۹/۰۵ وزیر نفت، تاریخ بازیابی ۱۳۹۷/۰۵/۰۵، به نشانی اینترنتی: <http://www.mop.ir/portal/Home/>.
۱۰. پورتال شرکت ملی نفت ایران، «شش شرکت به مجموعه شرکت‌های ایرانی اکتشاف و تولید افزوده شد»، تاریخ انتشار ۱۳۹۶/۰۵/۲۱، شماره خبر ۲/۲۳۶۷، تاریخ بازیابی ۱۳۹۷/۰۲/۰۲، به نشانی اینترنتی: <http://www.nioc.ir/Portal/Home/>.
۱۱. خبرگزاری ایسنا، «افزایش تعداد شرکت‌های بین‌المللی صاحب صلاحیت در لیست شرکت ملی نفت»، شماره خبر ۹۶۰۵۰۲۰۱۱۴۰، تاریخ انتشار ۱۳۹۶/۰۵/۰۲، تاریخ بازیابی ۱۳۹۷/۰۲/۰۲، به نشانی اینترنتی: <https://www.isna.ir/news/96050201140/>.
۱۲. غنی‌نژاد، موسی، «تسهیل رقابت یا تهدید رقابت»، سایت روزنامه دنیای اقتصاد، شماره ۱۸۴۴، شماره خبر ۵۷۱۶۲۴، تاریخ انتشار ۱۳۸۸/۰۶/۰۹.
۱۳. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات بعدی.
۱۴. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۱۵. قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی، مصوب ۱۳۴۸.
۱۶. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷.
۱۷. قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت، مصوب ۱۳۹۳.

ب) انگلیسی

۱) قوانین و مقررات

18. Official Journal of the European Union, "Ancillary Restraints Notice" (56/03), 2005.
19. Sherman Act, 1890.
20. Treaty on the Functioning of the European Union, 2009.

۲) کتاب‌ها

21. Broder, Douglas, (2010), *U.S. Antitrust Law and Enforcement– A Practice Introduction*, 2nd ed., Oxford University Press.

22. de Haecloque, Adrian, Jones, Christopher, et al., (2016), *EU Energy Law- Volume II: EU Competition Law and Energy Markets*, 4th ed., Claeys & Castels.
23. OECD Policy Roundtables, (2010), *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, OECD.

۳) مقاله‌ها

24. Newman, Michael, Crase, Shane, (2007), "The Rule of Reason in Drafting Non-compete Agreements", Labor and Employment Corner, The Federal Lawyer.
25. OECD, (2009), "Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement", OECD.
26. Ortega Gonzalez, Angela, (2012), "Object Analysis in Information Exchange among Competitors", Global Antitrust Review.
27. Ruiz Calzado, Javier et al., (2014), "Energy and Restrictive Practices: An Overview of EU and National Case Law", No.7045, E-Competitions, National Competition Laws Bulletin.

۴) منابع اینترنتی

28. Beggs, Danielle, Tennant, David, (2014), "Competition law restraints in the UK oil and gas industry", Dentons, accessed: 20/04/2018, available at: <https://www.dentons.com/en/insights/alerts/2014/october/14/competition-law-restraints-in-the-uk-oil-and-gas-industry>
29. Jones Day, (2012), "US v. Gunnison: Antitrust Risk in Oil & Gas Joint Bidding and Other Collaborations", accessed: 18/04/2018, available at: <https://www.jonesday.com/us-v-gunnison-antitrust-risk-in-oil--gas-joint-bidding-and-other-collaborations-11-01-2012/>
30. Mayor Brown, (2016), "US Antitrust Considerations in Oil and Gas Joint Bidding and Area of Mutual Interest Arrangements", Legal Update, accessed: 21/04/2018, available at: <https://www.mayerbrown.com/us-antitrust-considerations-in-oil-and-gas-joint-bidding-and-area-of-mutual-interest-arrangements-03-08-2016/>
31. Norton Rose Fulbright, (2014), "It's Criminal! The Criminalization of Antitrust Continues Across the World", Lexology, accessed: 20/06/2018, available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4ec996cd-ca8f-47ff-b80f-2c0b4539cc53>

۵) پرونده‌ها

32. All Stainless/Colby, 364Mass.773,308.N.E.2d.481, (1974).
33. BP/Mobil, Commission Decision, IV/M.727, (1996).
34. Lufthansa/Menzies/LGS/JV, Commission Decision, COMP/M.1913, (2000).

35. Northern Pacific/U.S., 356 U.S. 1, (1958).
36. Perceptron/Sensor Adaptive, 221 F.3d 913, 6th Cir., (2000).
37. Remia et al./Commission, European Court of Justice, Case 42/84, ECR 2545 (1985)
38. Siemens/Areva, Commission Decision, COMP/39.736 (2012).
39. U.S./SG Interests I, Ltd., Gunnison Energy Corp., et al., COMP&MEM, 12-CV-0395 (D.Colo.), (2012 & 2013).

