



شرایط ممنوعیت معاملات تبعیض آمیز (مطالعه تطبیقی حقوق ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران)

الهام السادات شیخ الاسلام نوری^۱، محمد باقر پارساپور^{۲*}، پژمان محمدی^۳

۱. الهام السادات شیخ الاسلام نوری، دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، ایران
۲. * محمد باقر پارساپور، دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده حقوق، ایران
۳. پژمان محمدی، استاد گروه حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۹

تاریخ ارسال: ۱۴۰۱/۱۱/۱۴

چکیده

معاملات تبعیض آمیز، قراردادهایی هستند که علی‌رغم یکسان بودن اوضاع و احوال، در یکی از آنها تبعیضی غیرقابل توجیه وجود دارد. در نظام‌های حقوقی، شرایط خاصی برای ممنوعیت، لحاظ شده است. برخی از این شرایط مربوط به خود قرارداد هستند؛ مانند همسان بودن معاملات و شرط اعمال محدودیت موضوعی که تنها در آمریکا وجود دارد. برخی از این شرایط در خصوص طرفین منعقد کننده قرارداد است؛ مانند قدرت انحصاری بنگاه اقتصادی و یا وضعیت اقتصادی مسلط است. برخی شرایط، شروط حقوق رقابتی هستند. شروط رقابتی شامل اخلاص در رقابت و ورود آسیب رقابتی، اعمال تبعیض میان خریداران رقیب است. شرط ورود ضرر بر بازار بین ایالتی که در آمریکا آمده و ورود ضرر بر تجارت میان کشورهای عضو که در حقوق اتحادیه اروپایی پیش‌بینی شده، ولی در نظام حقوقی ایران موضوعیت نداشته است؛ بنابراین در هر سه نظام حقوقی، شروط خاصی برای ممنوعیت بیان شده است. در آمریکا این محدودیت‌ها بیش‌تر است و اکثر معاملات قانونی تلقی می‌شوند. مهم‌ترین تفاوت میان اتحادیه اروپا و ایران نیز در این است که در اتحادیه اروپا، تنها معاملاتی ممنوع هستند که از جانب بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط، واقع شده باشند. این امر باید در حقوق ایران نیز مورد تأکید قرار گیرد. همچنین بر اساس ظاهر قانون ایران، شرایط ممنوعیت معاملات تبعیض آمیز یک‌جانبه، سخت‌گیرانه‌تر از معاملات تبعیض آمیز چندجانبه است. در نهایت، بر اساس بررسی شرایط ممنوعیت، مواد قانونی برای اصلاح قانون پیشنهاد شده است.

کلمات کلیدی: سوء استفاده از وضعیت مسلط، شرایط ممنوعیت، قیمت‌گذاری تبعیض آمیز، معاملات تبعیض آمیز، وضعیت مسلط.

E-mail: parsapour@modares.ac.ir

* نویسنده مسئول مقاله:





۱- مقدمه

یکی از چالش‌های حقوق رقابت، بحث معاملات تبعیض‌آمیز است. معاملات تبعیض‌آمیز، معاملاتی هستند که در آن‌ها بنگاه اقتصادی، بدون هیچ‌گونه مزیت یا تغییر اوضاع و احوال، با طرف‌های خود قراردادهایی با شرایط مختلف منعقد می‌نماید. تبعیض صورت گرفته ممکن است تبعیض در قیمت معامله یا تبعیض در شرایط آن باشد.

قوانین ضد انحصاری آمریکا، به‌عنوان یکی از قدیمی‌ترین قوانین ضد انحصار در جهان شناخته می‌شود. اولین قانون ضد انحصار فدرال مصوب در آمریکا، قانون ضد انحصار شرمن مصوب^۱ ۱۸۹۰ است. پس از آن به دلیل ناکارآمدی‌های قانون شرمن و ابهام‌های فراوانش، در سال ۱۹۱۴ قانون آنتی تراست کلایتون^۲ توسط کنگره تصویب شد. در سال ۱۹۳۶ کنگره قانون رابینسون پتمن^۳ را تصویب کرد که بیشتر ناظر بر قانون کلایتون بود. در قانون رابینسون پتمن، قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز، غیرقانونی قلمداد شد. آنچه در این قانون ممنوع شده است، تبعیض در قیمت میان خریداران مختلف کالاهای با درجه و کیفیت مشابه است. در این قانون مفهوم تبعیض در قیمت به معنای اعمال قیمت‌های مختلف است. البته ممکن است تفاوت قیمتی صورت گرفته بر اساس تفاوت در هزینه‌های ساخت، فروش یا تحویل باشد و یا اینکه اعمال قیمت پایین‌تر از جانب بنگاه اقتصادی با حسن نیت و به اندازه پایین آمدن قیمت توسط رقیب صورت گرفته باشد که در این شرایط این عمل، ممنوع نیست (Damt, 1963: 9).

حقوق رقابت در اتحادیه اروپایی جایگاه ویژه‌ای دارد. اگرچه سابقه قوانین رقابتی در اتحادیه اروپایی به قدمت ایالات متحده آمریکا نیست، اما حقوق رقابت در اروپا پیشرفت‌های چشمگیری داشته است. اولین قانون ضد انحصاری در اروپا عهدنامه رم^۴ در سال ۱۹۵۷ است. این توافق‌نامه منجر به تشکیل جامعه اقتصادی اروپا گردید. سپس در ۱۹۹۳ به معاهده تأسیس اتحادیه اروپایی^۵ تغییر نام داد. در سال ۲۰۰۷ نیز یکی از مهم‌ترین معاهدات اتحادیه اروپایی با عنوان معاهده ناظر بر کارکرد اتحادیه اروپایی^۶ تدوین شد که همچون معاهدات قبلی، به موضوعات حقوق رقابت نیز پرداخت. در ماده ۱۰۱ معاهده ناظر بر کارکرد اتحادیه اروپایی که همان ماده ۸۱ معاهده تأسیس است، ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز دو یا چندجانبه و در ماده

¹ Sherman Antitrust Act 1890

² Clayton Antitrust Act 1914

³ Robinson-Petman Antitrust Act 1936

⁴ Treaty of Rome (EEC).

⁵ Treaty Establishing the European Community (EC Treaty).

⁶ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).



۱۰۲ که در واقع همان ماده ۸۲ معاهده تأسیس است، به ممنوعیت معاملات تبعیض آمیز یکجانبه اشاره شده است. بر اساس مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ و دستورالعمل‌ها و رویه کمیسیون اتحادیه اروپایی، برای اینکه تبعیض صورت گرفته در اتحادیه اروپایی ممنوع دانسته شوند، حتماً باید از جانب بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط رخ دهد وگرنه تأثیر قابل توجهی در رقابت نخواهد داشت.

متأسفانه در ایران نیز مانند اتحادیه اروپایی، قانون مجزایی برای حقوق رقابت وجود ندارد؛ اما این حوزه حقوق در قوانین برنامه توسعه سابقه دارد و به طور خاص در فصل نهم قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، با عنوان تسهیل رقابت و منع انحصار مطرح شده است. در این قانون که برگرفته و تأثیر پذیرفته از اتحادیه اروپایی است، در دو ماده ۴۴ و ۴۵ به معاملات تبعیض آمیز اشاره شده است. ماده ۴۴ به معاملات تبعیض آمیز چندجانبه پرداخته است. در صدر ماده ۴۵ نیز بیان شده است: «اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود ممنوع است». قانون‌گذار در این ماده تعدادی از اقدامات ضد رقابتی را مورد شناسایی قرار داده است که بندهایی از آن در خصوص معاملات تبعیض آمیز هستند؛ مانند بند (ب) که به قیمت‌گذاری تبعیض آمیز پرداخته است و بند (ج) که در خصوص تبعیض در شرایط معامله است.

در ماده ۵۲ نیز به اعطای امتیازات دولتی که به صورت تبعیض آمیز اعطا شود اشاره شده است. این ماده نیز از این نظر که بازار ایران یک بازار خصوصی نیست و بیشتر شرکت‌های قدرتمند و تأثیرگذار در آن خصوصی نیستند، اهمیت فراوانی دارد. همچنین در برخی موارد اعطای این امتیازات با بیان این امر که این اقدام در راستای وظایف قانونی دستگاه اجرایی بوده است، توجیه می‌شود. شورای رقابت در بررسی پرونده شکایت شرکت مشاوران افق دانش ثریا از سازمان امور مالیاتی کشور، به درستی قید نمود که اختیارات قانونی دستگاه‌های اجرایی، نمی‌تواند با نقض قوانین بالادستی همراه باشد (صورت جلسه ۲۶۲ شورای رقابت، ۱۳۹۷).

معاملات تبعیض آمیز در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه این مقاله، با شرایطی ممنوع اعلام شده‌اند. از نظر اقتصادی و مطابق دیدگاه اکثر اقتصاددانان، قیمت‌گذاری تبعیض آمیز نه تنها رقابت را مختل نمی‌کند؛ بلکه برای پویایی رقابت ضروری است؛ بنابراین، در هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی مورد مطالعه این تحقیق، این معاملات به صورت مطلق ممنوع نشده‌اند. البته



برای ممنوع دانستن این معاملات، مبانی حقوقی وجود دارد (شیخ‌الاسلام و دیگران، ۱۴۰۱)؛ بنابراین تعیین قلمروی دقیقی برای ممنوعیت این معاملات، اثرات فراوانی بر بازار و رقابت خواهد داشت. شرایط ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز باید به‌گونه‌ای تبیین شوند که هم مانع از سوء استفاده بنگاه‌های اقتصادی قدرتمند شود و هم درعین‌حال، پویایی رقابت را از بین نبرد. بنا بر آنچه بیان شد، یکی از سؤالات اساسی در خصوص معاملات تبعیض‌آمیز، این است که معامله تبعیض‌آمیز مشمول حکم ممنوعیت قانونی، باید دارای چه ویژگی‌ها و محدودیت‌هایی باشد. اگرچه در خصوص شرایط ممنوعیت این معاملات، مطالعاتی صورت گرفته است (جعفر زاده، حسینی مدرس، ۱۳۹۶؛ معبودی، ۱۳۹۲)؛ اما همچنان برخی از این شروط به‌صورت دقیق و جداگانه مورد بررسی قرار نگرفته و ایرادات قانون ایران نیز بیان نشده و یا در صورت بیان، پیشنهادی برای اصلاح ارائه نگردیده است. بنابراین با توجه به اهمیت موضوع معاملات تبعیض‌آمیز، همچنان مطالعه تطبیقی دقیق در این حوزه ضروری است. علاوه بر آن، تقسیم‌بندی بیان‌شده در این مقاله نوین است. مطالعه شرایط ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز در هر سه نظام حقوقی مورد بررسی، نشان می‌دهد که این شروط به سه دسته کلی قابل تقسیم هستند، شرایط مربوط به خود معامله تبعیض‌آمیز صورت گرفته، شرایط ناظر بر طرفین معامله و شرایطی که جنبه رقابتی دارند. این شکل از تقسیم بندی و بررسی شروط و همچنین بررسی آرای مربوط به هر یک از شرایط در نظام‌های حقوقی ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران، در مطالعات قبلی وجود ندارد. از طرفی مطالعه در این مقاله به‌صورت تطبیقی است و تنها به توصیف شرایط اکتفا نشده و به نقد قانون ایران پرداخته شده و در نهایت پیشنهادی بر اساس این مطالعه مطرح گردیده است.

۲- شروط مربوط به معامله تبعیض‌آمیز

همان‌طور که در ادامه بحث خواهد شد، در این نظام‌های حقوقی برای ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز، شروطی عنوان شده‌اند که به وضعیت خود معامله مربوط هستند. این شروط شامل همسان بودن معاملات و محدودیت موضوعی معاملات هستند. همسان بودن معاملات در همه نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، مشترک است؛ ولی محدودیت موضوعی تنها در ایالات متحده آمریکا قید شده است.

۲-۱- همسان بودن معاملات

منظور از همسان بودن معاملات، این است که تبعیض نسبت به دو قراردادی باشد که از نظر کیفیت موضوع قرارداد و هزینه‌های آن مشابه باشند و هیچ عاملی که بتوان تبعیض در



قیمت یا شرایط معامله را با آن توجیه نمود، وجود نداشته باشد. این شرط که جزو شرایط ذاتی معاملات تبعیض آمیز است، در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، پذیرفته شده است. برای همسان دانستن معامله، لازم است کالا یا خدمتی که مورد معامله قرار گرفته است، مشابه باشد و علی‌رغم یکسان بودن موضوع معامله و شرایط معاملات و همچنین یکسان بودن هزینه‌های حمل و سایر هزینه‌های جانبی، باز هم تبعیضی در معامله وجود داشته باشد.

قانون رابینسون پتمن تبعیض قیمتی را میان خریداران مختلف کالاهایی با درجه و کیفیت مشابه را ممنوع کرده است. البته باید توجه داشت که اگرچه معاملات، همسان هستند و فروشنده در هر دو معامله یکی است، اما باید خریداران دو شخص متفاوت و واقعی باشند. برای همسان دانستن معاملات صورت گرفته، علاوه بر یکسان بودن شرایط و کیفیات کالای فروخته شده، لازم است اقتران زمانی نیز وجود داشته باشد. در خصوص کیفیت مشابه داشتن کالاها در هر دو معامله مشابهت فیزیکی کالاها کفایت می‌کند و تفاوت در بسته‌بندی، نام تجاری و ضمانت‌ها را نادیده می‌گیرند (Doney, 2008: 3-4).

البته باید در نظر داشت که تشخیص همسان بودن معاملات، اغلب بسیار دشوار است؛ زیرا عوامل بی‌شماری وجود دارند که می‌توانند توجیهی برای غیر معادل بودن معاملات باشند. در اغلب بررسی‌های کمیسیون اروپایی، معاملات بدون تجزیه و تحلیل‌های لازم، معادل در نظر گرفته می‌شوند (Geradin, 2005: 28). همچنین مشخص نیست که آیا می‌توان میزان کشش تقاضا را به‌عنوان عاملی برای بر هم زدن همسان بودن معاملات در نظر گرفت یا خیر؟ (Ibid, 28) در واقع اگر میزان کشش تقاضای مشتریان سبب برهم خوردن شرایط یکسان معاملات و یا همسان بودن آنها شود، دیگر نمی‌توان این اقدام را یک تبعیض و ممنوع دانست؛ ولی اگر این عامل در معادل بودن معاملات تأثیرگذار نباشد، این اقدام نیز نوعی سوء استفاده و تبعیض محسوب می‌شود.

برای بررسی و احراز این شرط، باید کیفیت و درجه مشابهت کالا یا خدمات فروخته شده در هر دو معامله را بررسی نماید و مشابهت کالای فروخته شده یا خدمات ارائه شده را محرز بداند. علاوه بر خود کالا یا خدمت که باید مشابه باشند، معامله منعقد شده نیز باید معادل باشد و باید احراز شود شرایط دو معامله هم یکسان بوده و هیچ عاملی که سبب این تبعیض باشد در معامله وجود نداشته باشد. اولین باری که در کمیسیون اتحادیه اروپایی، معاملات همسان، تفسیر شد در یکی از پرونده‌ها بود که در تفسیر معاملات همسان آمد: کمیسیون برای اینکه همسان بودن معاملات را احراز نماید، باید تفاوت هزینه‌های حمل و نقل، مالیات، عوارض گمرک،



دستمزد نیروی کار، شرایط بازاریابی، تفاوت در برابری ارزشها و تراکم رقابت را در نظر بگیرد؛ البته باید این عوامل را فقط به‌طور محدود در نظر گرفت. (United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities (Chiquita Bananas)).

در نظام حقوقی ایران، اگرچه در ماده ۴۴ قانون ایران مشخص نشده است که منظور از معاملات همسان چیست اما از ماده ۴۵ که قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز تعریف شده است، می‌توان دریافت که معاملات همسان معاملاتی هستند که هزینه‌های حمل، شرایط معامله و سایر هزینه‌های جانبی آن‌ها یکسان است. بنابراین به نظر می‌رسد منظور از معاملات همسان در قانون ایران، معاملاتی است که موضوع و تمام شرایط و هزینه‌های آن‌ها یکسان باشد؛ اما تبعیض غیرقابل‌توجیهی در آن وجود داشته باشد.

بر اساس ظاهر قانون اصلاح اصل ۴۴، برای ممنوع دانستن معامله تبعیض‌آمیز، باید زمان وقوع معاملات را نیز در نظر گرفت. این امر و توجه به زمان برای همسان دانستن معاملات، در پرونده شکایت از سازمان امور رفاهی شهرداری یزد مبنی بر قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز در مزایده‌های برگزارشده، مورد توجه شورای رقابت قرار گرفت. شاکی این پرونده مدعی بود، سازمان امور رفاهی شهرداری یزد در قراردادهای اجاره تابلوهای تبلیغاتی شهرداری یزد، مرتکب تبعیض شده و در مزایده دوم که رقیب شاکی در آن شرکت داشته، مبلغ اجاره‌بهای کمتری لحاظ شده است. شورای رقابت عنوان داشت کاهش قیمت پایه در مزایده مورد اعتراض، اشکال قانونی ندارد؛ زیرا با در نظر گرفتن اوضاع و احوال کسب‌وکار و تغییر شرایط اقتصادی، در دو بازه زمانی متفاوت، مبلغ و شروط متفاوتی از سوی مشتکی‌عنه خطاب به تمام فعالان بازار مربوطه ارائه گردیده است. از آنجایی که دو مزایده با فاصله زمانی برگزار شده‌اند که با توجه به تغییرات احتمالی عرضه و تقاضا در بازار اقتصادی حاکم بر آن، تغییر مبلغ، قابل توجیه است. بنابراین سازمان امور رفاهی شهرداری یزد، بر اساس اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده، محق به ارائه مبالغ و شروط متفاوت در پیشنهادهای قراردادی خود در مقاطع زمانی متفاوت، بوده است (صورت‌جلسه ۳۵۴ شورای رقابت، ۱۳۹۷).

۲-۲- محدودیت موضوعی معاملات

این محدودیت و شرط تنها در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا وجود دارد. در ایالات متحده آمریکا همه قراردادهای مشمول منع قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز نشده‌اند. قانون‌گذاری این کشور یک شرط موضوعی نیز برای ممنوع دانستن این معاملات قائل شده است. تنها



قراردادهای تبعیض‌آمیزی که موضوع آن‌ها فروش کالا باشد ممنوع شده‌اند. در این نظام حقوقی با توجه به انتخاب واژگانی در قانون رابینسون پتمن که دلالت بر «قراردادهای فروش» و همچنین «کالا» دارند، سایر قراردادهای و قراردادهایی که موضوع آن‌ها خدمات باشد، مشمول این قانون و ممنوعیت ذکر شده در آن نخواهند بود. بنابراین قراردادهایی مانند اجاره، معاوضه، لیسانس، فرانشایز و ... مشمول ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز نمی‌شوند.

نکته حائز اهمیت دیگر این است که مطابق قانون رابینسون پتمن چون این قانون فقط قراردادهای فروش را در بر گرفته است، بر قراردادهایی که موضوع آن‌ها فروش کالا همراه با فروش خدمات باشد نیز اعمال نخواهد شد. بنابراین مطابق تفسیرهای به‌عمل آمده از قانون رابینسون پتمن، قراردادهای مربوط به خدمات، اجاره‌ها، املاک، مالکیت معنوی یا سایر دارایی‌های نامشهود، مشمول ممنوعیت مندرج در قانون نیستند (Williams v. Duke Energy Int'l, Inc, 2012). البته در رویه، ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز شامل قراردادهای فروش، تعهد به فروش و واگذاری قرارداد فروش نیز می‌شود (جعفرزاده، حسینی مدرس، ۱۳۹۶: ۱۵۲). همچنین از این شرط استنباط می‌گردد که برای مقایسه قیمت‌ها و نشان دادن تبعیض، باید فروش واقعی وجود داشته باشد و پیشنهادها احتمالی، قرارداد فروش محسوب نمی‌شوند (Crossroads Cogeneration Corp. v. Orange & Rockland Utils, 1998). بنابراین صرف ارائه پیشنهاد تبعیض‌آمیز، تخلف محسوب نمی‌شود.

۳- شروط مربوط به طرفین معامله تبعیض‌آمیز

در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، علاوه بر توجه به معاملات تبعیض‌آمیز، به طرفین معاملات نیز توجه شده است. در واقع برای تبعیض‌آمیز و در نتیجه ممنوع دانستن یک معامله، لازم است به طرفینی که مرتکب این تخلف رقابتی شده‌اند نیز توجه شود. ممکن است معامله تبعیض‌آمیزی از جانب فعالان بازار منعقد گردد؛ اما از نظر حقوق رقابت، دارای شرایط ممنوع بودن نباشد.

از جمله شروطی که مربوط به طرفین معامله است و در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، مشاهده می‌گردد، قدرت انحصاری داشتن و یا در وضعیت مسلط اقتصادی بودن و ذی‌نفع بودن طرف قرارداد است. همان‌طور که شرح داده خواهد شد، در ایالات متحده آمریکا برخلاف اتحادیه اروپایی و ایران، به‌جای بحث در خصوص وضعیت اقتصادی مسلط، از قدرت انحصاری داشتن بنگاه اقتصادی صحبت شده است. در ادامه به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۳-۱- قدرت انحصاری بنگاه اقتصادی مرتکب تبعیض



اقتصاددانان معتقدند این باور که تبعیض قیمت، سبب انحصار می‌شود، یک باور غلط است و در حقیقت، این تبعیض قیمت نیست که سبب ایجاد انحصار می‌شود؛ بلکه تبعیض قیمت در یک بازار انحصاری به وجود می‌آید. حتی در ساده‌ترین موارد تبعیض قیمت، این واقعیت اساسی وجود دارد که فروشنده سفارش‌هایی را می‌پذیرد که قیمت‌های خالص متفاوتی را برای او به ارمغان آورد. برخی از قیمت‌ها رضایت‌بخش و برخی دیگر به میزان کمتری رضایت‌بخش و یا حتی غیرقابل رضایت هستند و شاید تنها به دلیل مخالفت با رقیب ایجاد شده باشند. اگر رقابت در بازاری بالا باشد، سبب می‌شود که هر فروشنده‌ای به دنبال سفارش‌های خوب باشد و از سفارش‌های بد پرهیز کند (Machlup, 1955: 399). بنابراین در یک بازار رقابتی سالم، بسیار بعید است که تبعیض قیمت مؤثری رخ دهد. در واقع وجود یک قدرت انحصاری در بازار است که سبب به وجود آمدن تبعیض قیمت می‌شود.

در نظام حقوقی آمریکا، برخلاف ایران و اتحادیه اروپایی، از وضعیت مسلط صحبت نشده و به جای آن به انحصار پرداخته است؛ در این کشور، علاوه بر انحصارگرایی، تلاش برای ایجاد انحصار نیز ممنوع دانسته شده است. در قانون شرمین برای ممنوع بودن اقدامات ضد رقابتی، داشتن قدرت انحصاری الزامی است، نه قدرت بازاری (Klotz, 2008: 5).

بر طبق نظر دیوان عالی آمریکا، قدرت انحصاری همان برخورداری از امکان کنترل قیمت‌ها یا اخلال در رقابت است (United States V.E.I. du Pont de Nemours and Co, 1956). بنگاه اقتصادی که عمل ضد رقابتی انجام می‌دهد باید با قصد انحصار، مرتکب رفتاری ضد رقابتی شود و خطر احتمالی ایجاد انحصار نیز وجود داشته باشد (Border, 2010: 5).

رویه قضایی ایالات متحده آمریکا به این صورت است، که سهم بازاری شرکتی که قدرت انحصاری دارد، باید ۵۰ درصد باشد و بنگاه دارای سهام کمتر از ۵۰ درصد نمی‌تواند در موقعیت انحصار باشد (Laulainen, 2018: 19). همچنین در آمریکا اعتقاد بر این است که سهام بازاری به میزان ۷۰ الی ۹۰ درصد، برای انحصار داشتن بنگاه اقتصادی کافی است؛ البته با این شرط که بنگاه اقتصادی برای مدت‌زمان نسبتاً طولانی دارای چنین سهمی در بازار مربوطه باشد (United States v. Aluminum Co. of America, 1945).

لازم به ذکر است که در قانون رابینسون پتمن، داشتن قدرت بازاری شرط نیست و حتی اگر یک بنگاه اقتصادی کوچک نیز در جهت ایجاد انحصار تلاشی به عمل آورد، ممنوع خواهد بود. ولی در رویه از آنجایی که تبعیض صورت گرفته از جانب یک بنگاه اقتصادی کوچک که قدرت انحصاری ندارد، نمی‌تواند سبب مضرات رقابتی شود، داشتن قدرت انحصاری برای



بنگاه اقتصادی شرط است.

در پرونده McCormick کمیسیون به خوبی وضعیت شرکت را در بازار محصول مربوطه بررسی نمود و نتیجه گرفت که این شرکت در بازار تولید ادویه، یک شرکت پیشرو است و جزو بزرگترین شرکت‌های تولید ادویه در جهان محسوب می‌شود (Case McCormick and Company, 2000)؛ بنابراین علی‌رغم اینکه در قانون بررسی قدرت انحصاری بنگاه اقتصادی مرتکب تبعیض، شرط نشده است؛ ولی در بررسی پرونده‌ها، این مهم مورد توجه کمیسیون قرار گرفته است.

۳-۲- در وضعیت اقتصادی مسلط بودن بنگاه اقتصادی مرتکب تبعیض

در اتحادیه اروپایی آنچه اهمیت دارد این است که معامله تبعیض‌آمیز، از جانب بنگاه اقتصادی تشکیل شود که در وضعیت مسلط اقتصادی قرار دارد. ماده ۱۰۲ به بنگاه‌های اقتصادی اشاره دارد که در یک یا چند بازار مربوطه دارای موقعیت مسلط باشند (Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2008: N4). این شرط جزو مهم‌ترین شروط برای ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز در اتحادیه اروپایی است. مرجع رسیدگی‌کننده قبل از بررسی اقدام صورت گرفته و در نظر گرفتن سایر شرایط عمومی معاملات تبعیض‌آمیز، باید بررسی نماید که آیا بنگاه اقتصادی مرتکب تبعیض در وضعیت اقتصادی مسلط بوده است یا خیر (Mankga, 2007: 96) در اتحادیه اروپایی، تبعیض قیمتی ممنوع نیست. آنچه در اتحادیه اروپایی منع شده است، تبعیض قیمتی است که از جانب بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط رخ می‌دهد.

در وضعیت مسلط بودن به خودی‌خود غیرقانونی نیست؛ ولی اگر دو شرط سوء استفاده و یا تغییر در رقابت به آن اضافه شود مشمول ممنوعیت می‌شود (Wish, Bailey, 2012: 192). این امر به خوبی در پرونده پست دانمارک قید شده است. در این پرونده بیان شده است، هدف ماده ۱۰۲ جلوگیری از کسب موقعیت مسلط در بازار توسط بنگاه‌های اقتصادی بر اساس شایستگی‌هایشان نیست. همچنین این ماده به دنبال حفظ رقابتی که کارایی لازم را ندارند، در بازار رقابت نیست. بنابراین باید در نظر داشت که هر اثر حذفی لزوماً برای بازار رقابت مضر نیست. رقابت باید بر اساس شایستگی‌ها باشد (Case Post Danmark. V European Commission, 2012). بنگاه اقتصادی که در وضعیت مسلط قرار دارد هم بر سایر فعالان بازار رقابت تأثیرگذار است و هم به دلیل وضعیت مسلطی که دارد، از تأثیرپذیری از سایر



فعالان این حوزه مصون است. بنابراین دو شرط کلی برای در وضعیت مسلط بودن یک بنگاه اقتصادی لازم است، یکی برخورداری از سهم بازاری بالا و دوم امکان آزادی عمل در بازار (شکوهی، ۱۳۸۱: ۱).

شرکت‌های در وضعیت مسلط دارای مسئولیت ویژه‌ای هستند و نباید اقدامات آن‌ها بر تجارت در اتحادیه اروپایی تأثیر منفی داشته باشد. ممکن است رفتاری توسط یک شرکت غیر مسلط، قانونی شناخته شود؛ زیرا تأثیر منفی بر تجارت در اتحادیه اروپایی ندارد، اما اگر از جانب یک شرکت در وضعیت مسلط رخ دهد، غیرقانونی باشد.

دیوان دادگستری اتحادیه اروپایی، وضعیت مسلط را وضعیتی می‌داند که بنگاه اقتصادی می‌تواند با رفتارهایی مستقل در مقابل رقبا، مصرف‌کنندگان و مشتریان، در رقابت اخلال نماید (United Brands V. EC Commission, 1978). بنابراین بنگاهی در وضعیت اقتصادی مسلط قرار دارد که در یک بازه زمانی نسبتاً طولانی در بازار محصولی خاص، دارای قدرت و سهم بالایی باشد که می‌تواند به واسطه این قدرت، بدون تأثیرپذیری از سایر فعالان آن بازار، اقداماتی را انجام دهد که سبب اخلال در رقابت و تأثیر بر فعالان آن حوزه خاص گردد.

راهنمای کمیسیون اروپا، در مورد اولویت‌های اجرای قانون در اعمال ماده ۱۰۲ معیارهایی را تعیین کرده است که برای تعیین تسلط شرکت در بازار خاص باید مورد توجه قرار گیرد. شرکتی که در وضعیت مسلط است باید بتواند بدون اینکه صدمه‌ای ببیند قیمت‌ها را در یک سطح خاص افزایش دهد و یا حفظ نماید. از طرفی برای تعیین در وضعیت مسلط بودن یا نبودن یک بنگاه اقتصادی، باید وجود سایر رقبا در بازار و رویکرد مصرف‌کننده به محصولات یا خدمات بررسی شود. همچنین لازم است ابتدا بازار مربوطه تعیین شود تا بررسی گردد آیا در این بازار، بنگاه اقتصادی مورد بحث، در وضعیت مسلط قرار داد یا خیر (European

Commission. Antitrust Procedures in Abuse of Dominance, 2018) اولین نشانه‌ای که به کمیسیون در تشخیص این امر که آیا بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط است یا خیر، کمک می‌نماید، سهم بازاری است. کمیسیون سهام بازار را با توجه به شرایط بازار مربوطه و به‌ویژه پویایی بازار و میزان تمایز محصولات تفسیر خواهد کرد (Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, Op. Cit: N13). در دنیای تجارت امروز، بسیار بعید است که شرکتی خصوصی، ۱۰۰ درصد بازار محصول یا خدمت خاصی را به خود اختصاص دهد. بنابراین در جهان امروز، درصدهای بسیار کمتری هم می‌توانند به معنای داشتن تسلط در بازار باشند (Laulainen, Op. Cit: 10).



در راهنمای مربوط به اولویت‌های اجرای قانون آمده است که اگرچه سهم بازاری پایین داشتن شاخصه‌ای برای تعیین عدم تسلط است؛ اما هنوز حداقل سهم خاصی از بازار وجود ندارد. با وجود این، دیوان دادگستری اروپا در پرونده‌ای اعلام کرد بنگاهی که زیر ۴۰ درصد سهام بازاری داشته باشد برای اینکه آن را دارای وضعیت مسلط بدانیم، باید جایگاه و تعداد رقبا در آن بازار بررسی گردد (United Brands Case, 1994). در این پرونده که شرکت در موقعیت مسلط یونایتد برندز حدود ۴۵ درصد بازار موز اتحادیه اروپایی را در دست داشت، از موقعیت غالب خود سوء استفاده نموده و قیمت‌های ناعادلانه‌ای برای محصولات خود در جغرافیاهای مختلف، قائل شده بود. به‌طورکلی در اتحادیه اروپایی سهم بازاری بالاتر از ۵۰ درصد، احتمال در وضعیت مسلط بودن بنگاه اقتصادی را بیشتر می‌کند (Jones, 2019: 23). علاوه بر سهم بازاری کمیسیون اروپا همیشه باید شرایط مربوط به بازار مانند پویایی بازار و میزان تمایز محصولات را نیز در نظر بگیرد.

در نظام حقوقی ایران نیز، در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، وضعیت اقتصادی مسلط در بند ۱۵ ماده ۱ این‌گونه تعریف شده 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 و یا حقوقی قرار گیرد».

در قانون ایران، علی‌رغم دو نظام حقوقی مورد مطالعه دیگر، امکان تأثیرگذاری بنگاه اقتصادی مسلط بر رقابت و ایجاد خلل در آن، مورد اشاره قرار نگرفته است و تنها توانایی این بنگاه در قیمت‌گذاری و تعیین مقدار عرضه و یا تقاضا و یا شرایط معاملات، سبب در وضعیت مسلط دانستن آن می‌شود.

نکته حائز اهمیت دیگر در نظام حقوقی ایران این است که برای داشتن قدرت و در وضعیت اقتصادی مسلط بودن، مقدار سهام خاصی مشخص نشده است؛ بنابراین شورای رقابت کاملاً بر اساس شرایط آن بازار تصمیم می‌گیرد که آیا بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط قرار دارد یا خیر. این امر ممکن است هم اثرات مثبت و هم منفی داشته باشد. این امر که سهم بازاری خاصی در قانون قید نشود، امر درستی است که در نظام‌های حقوقی آمریکا و اتحادیه اروپایی نیز چنین بود؛ اما برای اینکه شورای رقابت دچار سردرگمی نشود و با همه بنگاه‌های اقتصادی برخورد یکسانی شود، باید در آرای شورای رقابت و یا دستورالعمل‌ها، سهم بازاری که سبب در وضعیت مسلط دانستن بنگاه اقتصادی می‌شود، قید گردد.

از آنجایی که در بازار رقابتی ایران بسیاری از شرکت‌های فعال دولتی هستند، اکثر



بنگاه‌های اقتصادی در وضعیت مسلط نیز یا دولتی هستند و یا به‌نوعی وابسته نهادهای حکومتی و دولتی هستند. در واقع منشأ این وضعیت مسلط، دولت و اعطای امتیازات و تبعیض قائل شدن‌های دولتی و حکومتی است.

در شکایت شرکت توسعه‌دهندگان فناوری نیاک و شرکت سازه‌های اطلاعاتی آزما در شورای رقابت، مطرح شد که تا سال ۱۳۹۶ از نرم‌افزارهای تولیدشده توسط این دو شرکت در آزمایشگاه‌ها و حتی برخی از دانشگاه‌های علوم پزشکی استفاده می‌شد؛ اما از سال ۱۳۹۶ به دنبال ابلاغیه سازمان غذا و دارو، کلیه ادارات نظارت بر مواد غذایی و نیز مراکز بهداشتی سراسر کشور، برای ثبت درخواست انجام آزمون و ارسال نمونه به آزمایشگاه‌های دولتی و بخش خصوصی و کلیه آزمایشگاه‌های کنترل مواد غذایی و آرایشی و بهداشتی و سایر محصولات کشوری، باید از نرم‌افزار لیمز استفاده نمایند. سازمان غذا و دارو برای ساخت این سامانه یکپارچه، تفاهم‌نامه‌ای با شرکت آوای فن‌آوری اطلاعات سلامت منعقد می‌کند و این شرکت نیز ساخت سامانه را به شرکت به پرداز جهان واگذار می‌نماید. این واگذاری بدون هیچ‌گونه مناقصه و فراخوانی صورت گرفته است. شورای رقابت در این پرونده تشخیص داد که مشتکی‌عنه در بازار مورد شکایت، قادر به انجام رفتار کاملاً مستقل از سایر فعالان و رقبا بوده و بخش قابل‌ملاحظه‌ای از آزمایشگاه‌های فعال در مراکز درمانی مستقیم یا غیرمستقیم، وابسته به معاونت‌های غذا و دارو و دانشگاه‌ها بوده و با بهره‌گیری از اختیارات قانونی قادر به تعیین ضوابط فعالیت، قیود و محدودیت‌ها برای فعالان این حوزه است، برخوردار از وضعیت اقتصادی مسلط تشخیص می‌گردد. شورای رقابت در این پرونده دستور به توقف مشتکی‌عنه از ادامه رویه ضد رقابتی و انحصاری در خصوص نرم‌افزار لیمز، از طریق الزام ایشان به برطرف نمودن هر نوع موانع همکاری متقابل دانشگاه‌های علوم پزشکی سراسر کشور با شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات مربوط به نرم‌افزار مذکور و نیز محدود نمودن کارکرد سامانه مرکزی لیمز به اعمال هماهنگی، نظارت قانونی و تنظیم امور مشترک صادر نمود (مصوبه ۴۶۶ شورای رقابت، ۱۴۰۰).

۳-۳- ذی‌نفع بودن مرتکب تبعیض در معامله تبعیض‌آمیز

این شرط در هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا تصریح نشده و اهمیتی ندارد که مرتکب تبعیض، شخصاً ذی‌نفع باشد یا خیر و وجود سایر شرایط، برای ممنوع دانستن، کافی است. در نظام حقوقی ایران از این نظر، اندکی تفاوت وجود دارد. این شرط اگرچه در قانون ایران نیز نیامده و به آن تصریح نشده است اما به‌طور آشکاری



در تصمیمات شورای رقابت ایران لحاظ شده است. البته در نظر گرفتن چنین شرطی برای ممنوع دانستن معاملات تبعیض‌آمیز با رویکرد قانون‌گذار در تعارض است. قانون‌گذار در ماده ۴۵ درصدد وسیع مطرح کردن معاملات تبعیض‌آمیز ممنوع است و سعی نموده با تعاریف گسترده، مانع هرگونه اقدامات ضد رقابتی شود؛ ولی شورای رقابت با در نظر گرفتن این امر، خلاف اهداف قانون‌گذار عمل می‌نماید.

این امر به‌خوبی در شکایت علیه وزارت جهاد کشاورزی توسط شرکت صبا پیشرو کالا، مشهود است. در این پرونده شاکی مدعی تبانی بر اساس ماده ۴۴ بوده است؛ اما شورای رقابت این تبانی را به دلیل ذی‌نفع نبودن وزارت جهاد کشاورزی رد می‌کند. همچنین شاکی مدعی است تبعیض در شرایط معامله مطابق بند (ج) ماده ۴۵ واقع شده است؛ اما شورای رقابت با ذکر استدلال‌هایی این ادعا را نیز رد کرده است و در خصوص سوء استفاده از موقعیت مسلط نیز باز به دلیل ذی‌نفع نبودن وزارت جهاد کشاورزی، معتقد است سوء استفاده‌ای واقع نشده است (صورت‌جلسه ۲۹۶ شورای رقابت، ۱۳۹۶).

البته باید توجه داشت که ما موافق رویکرد قانون‌گذار که دامنه شمول معاملات تبعیض‌آمیز را بسیار وسیع دانسته است، نیستیم؛ اما این رویکرد شورای رقابت خصوصاً در جایی که تبعیض صورت گرفت چهره دولتی و حکومتی دارد قابل انتقاد است. اگرچه لازم نیست معاملات تبعیض‌آمیز را مطلقاً ممنوع دانست یا شرایط آن را به‌گونه‌ای تبیین نمود که اکثر این‌گونه معاملات ممنوع شوند؛ اما در جایی که پای اعطای امتیازات دولتی در میان است، برای توسعه بخش خصوصی و قربانی نشدن شرکت‌های فعال در این بخش، لازم است سختگیری بیشتری به عمل آید تا در حد ممکن جلوی اقدامات تبعیض‌آمیز دولتی و انحصار شرکت‌های دولتی گرفته شود.

۴- شروط رقابتی معاملات تبعیض‌آمیز

اگر معامله تبعیض‌آمیزی، از جانب بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلطی رخ دهد و دارای شرط همسان بودن معاملات نیز باشد، باز هم لزوماً ممنوع نیست. علاوه بر شروطی که ناظر بر معامله و طرفین قرارداد، هستند، لازم است شروط رقابتی ذیل نیز وجود داشته باشند تا یک معامله تبعیض‌آمیز، ممنوع و ضد رقابتی لحاظ گردد. شروط رقابتی که در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، مشاهده گردید، در ذیل بررسی شده است.



۴-۱- اخلال در رقابت و ورود آسیب رقابتی

در آمریکا دیوان عالی اعلام کرده است که قانون رابینسون پتمن همه تبعیض‌های قیمتی را ممنوع نمی‌داند؛ بلکه تبعیض قیمتی تنها تا حدی ممنوع شده است که به رقابت آسیب وارد نمایند. (Volvo Trucks N. Am., Inc. v. Reeder-Simco GMC, 2006) از نظر فنی آسیب رقابتی در سه نوع قابل فرض است. اولین آسیب رقابتی کاهش قابل توجه رقابت است. دوم تمایل به ایجاد انحصار است که جزو مهم‌ترین آسیب‌های رقابتی است و سوم تخریب رقابت با هر شخصی که مزیت تبعیض به او اعطا شده است (Hansen, 1983: 1133).

اینکه باید برای ممنوع دانستن معاملات تبعیض‌آمیز، آسیب رقابتی وارد شود، مورد اتفاق نظر قوانین مختلف آمریکا و رویه این کشور است. برای اثبات این شرط میان قانون شرم و قانون رابینسون پتمن تفاوت وجود دارد. قانون رابینسون پتمن از شاکی می‌خواهد احتمال معقولی را ثابت نماید و نشان دهد که تبعیض قیمتی صورت گرفته امکان دارد به رقابت آسیب برساند. این برخلاف قانون شرم است که اثبات صدمه واقعی به رقابت را از شاکی انتظار دارد (J. Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp, 1981). شاکی برای اثبات آسیب رقابتی باید ثابت نماید که تبعیض قیمتی قابل توجهی، میان خریدارانی که با هم رقیب بوده‌اند، در طول زمان طولانی و قابل توجهی ایجاد شده است. (Freesers, Inc. v. Michael Foods)

این امر به خوبی در پرونده مورتون سالت مشاهده شده است. در این پرونده که شرکت مورتون سالت در تجارت بین ایالتی، مرتکب تبعیض قیمتی شده است، این امر که مطابق قانون رابینسون پتمن احتمال معقول ایجاد یک ضرر رقابتی کافی است مورد تأکید قرار گرفته است. این شرکت که تخفیف‌هایی بر اساس مقدار نمک فروخته شده برای خریدارانش اعم از خرده‌فروش و عمده‌فروش قائل شده بود، مرتکب تبعیض در قیمت‌گذاری شد. اگرچه تخفیف‌ها را برای تمام مشتریان خود لحاظ نموده بود؛ اما از آنجا که در عمل تنها فروشگاه‌های زنجیره‌ای بزرگ می‌توانستند حجم بسیار زیاد نمک تخفیف‌دار را تهیه نمایند، در عمل فروشگاه‌های کوچک از این تخفیف بی‌بهره بودند. در این پرونده دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا، فقط احتمال معقول ورود آسیب رقابتی را برای اثبات قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز ممنوع شده در قانون رابینسون پتمن، کافی دانست. دادگاه عالی اعلام نمود، قانون رابینسون پتمن الزام نمی‌داند که تبعیض‌ها در واقع به رقابت لطمه زده باشند؛ بلکه اگر تنها احتمال معقولی وجود داشته باشد که نشان دهد وضعیت پیش‌آمده ممکن است به رقابت لطمه بزند، کفایت



می‌کند (Case FTC v. Morton Salt, 1948).

در بررسی آسیب رقابتی، به‌جز بحث اثباتی آن، موضوعات دیگری نیز حائز اهمیت هستند. به‌طور مثال در پرونده Texaco، یکی از دفاعیاتی که این شرکت برای مبرا نمودن خود ارائه نمود، این بود که با اقدام صورت گرفته و اعطای تخفیفات به دو شرکت Gull و Dompier آسیب رقابتی وارد نشده است؛ زیرا شرکت‌هایی که مدعی کاهش فروش و آسیب رقابتی هستند، خرده‌فروش بوده و دو شرکت بهره‌مند شده از تخفیف عمده‌فروش هستند؛ بنابراین بازار این دو یکسان نبوده و آسیب رقابتی وارد نشده است. Texaco استدلال نمود که تبعیض قیمت میان یک عمده‌فروش و یک خرده‌فروش، هرگز نمی‌تواند نقض قانون رابینسون پتمن باشد. در این پرونده به‌خوبی مشخص است که در صدور آرا و رسیدگی به پرونده‌ها در ایالات متحده آمریکا، صرفاً به‌ظاهر قانون نگاه نمی‌شود و روح و هدف قانون همواره مورد نظر است. اگرچه در این پرونده به‌ظاهر تخفیف و تبعیض صورت گرفته در دو بازار متفاوت بوده است و ظاهراً آسیب رقابتی وارد نشده؛ ولی این ادعا با بررسی شواهد و مدارک که به‌خوبی نشان‌دهنده رشد دو شرکت بهره‌مند از تبعیض و به همان نسبت ضرر و کاهش فروش سایر شرکت‌هایی که بنزین خود را از Texaco تأمین می‌کردند، شده است. دادگاه نیز با بررسی شواهد پرونده و این استدلال که نباید تبعیض قیمت را به‌اندازه ظاهر قانون محدود در نظر گرفت، دفاعیه را رد نموده است (Case Texaco Inc, Petitioner v. Ricky HASBROUCK, 190).

در ایران نیز در ماده ۴۴، قانون‌گذار علاوه بر اثبات تبانی، اثبات قابلیت اخلاق در رقابت را نیز لازم دانسته است. اینکه قابلیت اخلاق در رقابت باید ثابت شود تا معامله تبعیض‌آمیز، ممنوع شوند، شرط درستی است خصوصاً که همان‌طور که بیان شد، در دیدگاه‌های اقتصادی ممکن است این معاملات اثرات مثبتی هم ایجاد کنند. بنابراین ممنوع دانستن هرگونه معاملات تبعیض‌آمیز از نظر اقتصادی توجیهی ندارد و در این ماده قانون‌گذار به‌درستی معاملات تبعیض‌آمیزی را ممنوع می‌داند که بتوانند در رقابت، خللی به وجود آورند. اخلاق در رقابت در بند ۲۰ ماده ۱ قانون تعریف شده است: «مواردی که موجب انحصار، احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه و یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور شود».

همچنین در این ماده، باید توجه داشت که نیازی به اثبات اخلاق در رقابت نیست؛ بلکه



همین قدر که ثابت شود اقدام صورت گرفته قابلیت اخلال در رقابت را دارد، برای ممنوع دانستن آن کافی است و این اقدام قانون‌گذار می‌تواند اقدام بازدارنده‌ای برای بنگاه‌های اقتصادی باشد (علاءالدینی، شیری، ۱۳۹۵: ۱۳۴). این امر از صدر ماده ۴۴ که قید شده است: «...» به نحوی که نتیجه آن بتواند اخلال در رقابت باشد [...] پیداست. بنابراین لازم نیست اخلال در رقابت واقع شود و حقیقتاً ضرر و خللی مطابق آنچه در ماده ۱ آمده است، در رقابت ایجاد شود؛ بلکه همین قدر که اقدام صورت گرفته، بتواند سبب اخلال در رقابت شود، کافی است. تشخیص این امر نیز با شورای رقابت است.

در ماده ۴۵ قانون‌گذار برخورد متفاوتی نسبت به ماده ۴۴ اتخاذ کرده است و تنها شرطی که برای ممنوع دانستن معاملات تبعیض‌آمیز قائل شده است، همسان بودن معاملات است. از آنجایی که قانون‌گذار این اقدامات را به صورت پیش‌فرض، محل رقابت دانسته، به نظر می‌رسد که اثبات اخلال در رقابت لازم نیست و صرفاً رخ دادن یک معامله تبعیض‌آمیز به خودی‌خود، سبب اخلال در رقابت لحاظ شده و شورای رقابت نیازی به بررسی اینکه آیا معامله مورد شکایت می‌تواند سبب اخلال در رقابت شود یا خیر، ندارد. در ظاهر این ماده، صرف اثبات همسان بودن معاملات و تبعیض غیرقابل‌توجیه برای ممنوع دانستن معامله تبعیض‌آمیز یک‌جانبه، کفایت می‌کند.

همچنین از آنجایی که در این ماده از واژه‌های «طرف‌های تجاری» نیز استفاده نشده و کاملاً عام صحبت شده است و خصوصاً از آنجا که در ماده قبل، قانون‌گذار به این موارد توجه نموده، نمی‌توان عدم بیان قانون‌گذار در ماده ۴۵ را سهوی یا سهل‌انگارانه دانست. بنابراین به نظر می‌رسد قانون‌گذار در مواردی که تبعیض ناشی از تبانی بوده است، شرایطی مانند اثبات اخلال در رقابت و یا وقوع تبعیض در میان طرف‌های تجاری را لازم دانسته؛ اما در معاملات تبعیض‌آمیز یک‌جانبه چنین شروطی را لازم ندانسته است.

این اقدام قانون‌گذار غیرمنطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا تبعیض‌های چندجانبه معمولاً اثرات بدتری را بر رقابت بار می‌کنند و اغلب دارای اهداف ضد رقابتی هستند؛ اما تبعیض‌های قیمتی ساده و یک‌جانبه معمولاً ساده‌تر هستند و اثر کمتری هم بر جامعه و بازار رقابت بار می‌کنند. چگونه است که قانون‌گذار نسبت به امر مهم‌تر، شرایط محدودتری قرار داده و نسبت به تبعیض

یک‌جانبه که کم اثرتر است، آن را ذاتاً سبب اخلال در رقابت دانسته است؟

شاید بتوان گفت از آنجا که در ماده ۴۵ به بحث سوء استفاده از موقعیت مسلط نیز پرداخته شده است؛ بنابراین ماده ۴۵ معاملات تبعیض‌آمیزی را که ناشی از سوء استفاده از موقعیت



مسلط هستند را ذاتاً سبب اخلال در رقابت دانسته است. البته این توجیه منطقی نیست؛ زیرا اگرچه در این ماده قانونی به بنگاه‌های اقتصادی در وضعیت مسلط اشاره شده است؛ اما نمی‌توان قائل بر این بود که کل ماده ۴۵ در خصوص اقدامات چنین بنگاه‌هایی است. در این ماده بنگاه اقتصادی مسلط، تنها به‌عنوان یکی از اقدامات ضد رقابتی مورد اشاره قانون‌گذار قرار گرفته است و از بندهای دیگر که تبعیض در شرایط قرارداد و تبعیض در قیمت‌گذاری، هم جزو آن‌ها می‌باشند، مجزا است. در هر صورت اگرچه این توجیه نیز ایرادات شکلی در تنظیم قانون دارد؛ ولی منطقی‌ترین توجیه برای اقدام قانون‌گذار است که البته مشهود است که لازم است این ماده اصلاح گردد.

موضوع دیگری که در باب این ماده و در رابطه با معاملات تبعیض‌آمیز مطرح شده است، این است که آیا در این ماده اخلال در رقابت مفروض دانسته شده است یا خیر. اهمیت این بحث در خصوص بار اثباتی است. همان‌طور که گفته شد در ماده ۴۴، نیاز به اثبات تبانی و اخلال در رقابت وجود دارد و خواهان باید بتواند این دو امر را در شورای رقابت اثبات نماید؛ اما در ماده ۴۵ این‌گونه به نظر می‌رسد که اخلال در رقابت مفروض است و بنگاه اقتصادی که مدعی است عملش سبب اخلال در رقابت نیست، باید بتواند آن را ثابت نماید.

در این خصوص و تفسیر از ماده ۴۵ در میان حقوقدانان، اختلاف‌نظرهایی وجود دارد. یک دسته معتقد هستند که مصادیق ذکرشده در ماده ۴۵ محل رقابت هستند و نیازی به بررسی نتیجه آن‌ها بر رقابت نیست و قطعاً نتیجه به بار آمده از این اقدامات محل رقابت خواهد بود و خصوصاً این رویه در کشور ما که کشوری پذیرنده فناوری است، رویکرد مناسبی است (صادقی، شمشیری، ۱۳۹۰: ۶۳)؛ بنابراین مطابق این دیدگاه چنانچه این اعمال مشاهده گردند، بدون در نظر گرفتن اثرات آن‌ها، باید مطابق ظاهر قانون، محل رقابت و ممنوع شناخته شوند و نیازی به اثبات اثر مخرب آن‌ها نیست.

گروه دیگر از حقوقدانان، بیان کرده‌اند، با وجود این، شورای رقابت باید بررسی نماید که آیا اقدامات صورت گرفته محل رقابت هستند یا خیر و اگر اثرات آن‌ها سبب اخلال در رقابت شود، ممنوع خواهند بود (حبیبی، میرشمسی، ۱۳۹۱: ۶۱). بر این اساس مانند ماده ۴۴، علی‌رغم ظاهر این ماده، باز هم باید اثر مخرب بر رقابت، در شورای رقابت محرز شود.

برخی نیز با توجه به این استدلال که ماده ۴۵ را ناظر بر بنگاه‌های اقتصادی در وضعیت مسلط می‌دانند، قائل بر این هستند که اگرچه این اقدامات بنگاه‌های اقتصادی قدرتمند اماره‌ای بر اخلال در رقابت خواهد بود؛ اما خود بنگاه اقتصادی می‌تواند خلاف آن را ثابت نماید (غفاری



فارسانی، ۱۳۹۳: ۱۲۰). بنابراین مطابق این دیدگاه، اگر این موارد از جانب بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط سر بزند، در این صورت اگرچه اخلاص در رقابت مفروض است و نیازمند اثبات نیست؛ اما خلاف آن قابل اثبات خواهد بود.

بنابراین همان‌طور که مشخص است، نحوه نگارش قانون‌گذار در این ماده، سبب سردرگمی حقوقدانان شده است و تفاسیر مختلفی از آن ارائه شده که بهتر است در اصلاح قانون به‌گونه‌ای عمل شود که برای تفسیر منطقی از ماده قانونی، ناچار به خروج از ظاهر و منطوق ماده قانونی نشویم.

۴-۲- اعمال تبعیض میان خریداران رقیب

اغلب در رویه ایالات متحده آمریکا، تبعیض قیمت باید منجر به کاهش رقابت گردد تا غیرقانونی تلقی شود. این الزام به این معنا تفسیر می‌شود که اشخاصی که مورد تبعیض قرار می‌گیرند، باید در یک رابطه رقابتی با یکدیگر قرار داشته باشند. این تفسیر، مصرف‌کنندگان را از طرح دعوی تبعیض قیمتی منع می‌کند و فقط به شرکت‌ها اجازه می‌دهد که برای تبعیض قیمتی طرح دعوی نمایند (Klock, 2002: 365)؛ زیرا مصرف‌کنندگان نهایی در بازار با یکدیگر رقابتی ندارند.

قانون رابینسون پتمن، هر دو نوع آسیب خط اولیه و خط ثانویه را در برمی‌گیرد. در آسیب خط ثانویه، دیوان عالی تنها به آسیب به رقابت قربانی تبعیض می‌پردازد؛ ولی برای اثبات آسیب خط اولیه استاندارد بالاتری برای اثبات نیاز است و تنها آسیب به رقیب برای اثبات آسیب به رقابت و اخلاص در آن، کافی نیست (Damt, Op. Cit: 12-13) دیوان عالی نیز تأیید کرده است که در قانون رابینسون پتمن برخلاف سایر قوانین رقابتی آمریکا که آسیب به رقابت را مدنظر دارند، درصدد جلوگیری از آسیب به رقیب قربانی تبعیض است (Fed. Trade Comm'n v. Morton Salt Co, 1948).

در رویه برای لحاظ نمودن این شرط، بررسی می‌شود که آیا خریداران رقیب، واقعاً و به‌صورت مستقیم برای فروش مجدد در میان همان گروه از مشتریان، با همدیگر رقابت دارند یا خیر. البته رویه آمریکا به این صورت است که آسیب رقابتی ممکن است به رقابتی فروشنده مرتکب تبعیض وارد شود یا به مشتریانی که با بنگاه اقتصادی مرتکب تبعیض معامله نموده و قربانی تبعیض شده‌اند و یا مشتریان این مشتریان که اثرات این اقدام تبعیض‌آمیز، به آن‌ها نیز آسیب می‌رساند (Beard, Kaseman, 2008: 76).

در پرونده شرکت تولید ادویه‌جات McCormick، کمیسیون متوجه شد، این شرکت



ادویه‌های تولیدشده را، به برخی از خرده‌فروشان همراه با تخفیف‌های قابل‌توجه به فروش رسانده و در مقابل به برخی دیگر از خرده‌فروشان، ادویه را از روی لیست قیمتی تهیه‌شده فروخته است. در نتیجه اقدام این شرکت، خرده‌فروشانی که در بازار ثانویه با یکدیگر رقیب بودند، دچار آسیب رقابتی شدند. آن دسته از خرده‌فروشانی که از شرکت تولید ادویه تخفیف‌های قابل‌ملاحظه دریافت نموده بودند، نه‌تنها هزینه کمتری نسبت به سایر رقیبانشان برای تهیه ادویه پرداخته بودند؛ بلکه این امکان را داشتند تا آن‌ها نیز ادویه‌ها را با تخفیف بیشتری به مصرف‌کنندگان نهایی ارائه نمایند. بنابراین رقیبان آن‌ها که هم هزینه بیشتری پرداخته بودند و هم امکان ارائه تخفیف به مصرف‌کنندگان نهایی را نداشتند، دچار آسیب رقابتی شدند و این آسیب رقابتی در خط ثانویه به‌خوبی و به‌درستی توسط کمیسیون بررسی و احراز گردید. از طرفی شرکت نیز هیچ توجیه منطقی برای ارائه تخفیف‌ها نداشت و تنها دلیل این تخفیف‌ها موضوعات تبلیغاتی بود و بنا بود خرده‌فروشانی که از این تخفیف بهره‌مند شده بودند، حدود ۹۰ درصد از قفسه‌های ادویه خود را، از محصولات این شرکت پر نمایند (Case McCormick and Company, 2000).

همچنین در پرونده شکایت Reeder از Volvo اگرچه در دادگاه منطقه‌ای و همچنین در دادگاه تجدیدنظر، ورود ضرر رقابتی میان خریداران احراز گردیده بود؛ اما دادگاه عالی آمریکا، رأی را نقض نمود و معتقد بود هیچ رابطه رقابتی و ضرری میان خریداران قابل‌اثبات نیست. دادگاه عالی استدلال نمود تبعیض قیمتی میان خریداران مختلف کالاهای با درجه و کیفیت مشابه، تنها در زمانی ممنوع است که دو خریدار با هم رقابت کنند و تأثیر چنین تبعیضی کاهش رقابت یا تخریب رقابت باشد. در حقیقت باید احتمال معقولی برای آسیب جدی به رقابت وجود داشته باشد و چون ریدر نتوانست ثابت نماید که ولو در معاملاتی که در آن ریدر با سایر فروشندگان رقابت می‌کند، مرتکب تبعیض قیمت شده باشد، بنابراین دادگاه تجدیدنظر اشتباه کرده است (Case Volvo Trucks North America, 2000).

در قانون رابینسون پتمن از مصرف‌کنندگان نهایی در برابر قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز خرده‌فروشان، هیچ حمایتی نمی‌شود و حتی قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز در بسیاری از موارد مانند خطوط هوایی، رزرو اتاق‌های هتل، نمایندگی‌های خودرو نوعی هنجار و عرف محسوب می‌گردد و قیمت‌گذاری متفاوت و تبعیض‌آمیز در این موارد، یک روش تقلبی نیست (Edwards, 2009: 582).

در اتحادیه اروپایی نیز، به‌موجب این شرط، طرف قراردادی که تبعیض به نفع او نبوده



است، در بازار رقابتی با طرف قراردادی که از تبعیض سود برده است، در معرض آسیب رقابتی قرار می‌گیرد. در راستای این شرط باید بازار پایین‌دست مرتبط، نیز شناسایی شود و باید اخلال در بازار رقابت ایجاد شده باشد. البته معمولاً کمیسیون به این شرط و اثبات این موارد به حد لزوم اعتنا نمی‌کند (Geradin, Op. Cit: 28).

دکترین حقوقی از این شرط استنباط می‌نمایند که بند (ج) ماده ۱۰۲ درصدد جلوگیری از آسیب و ضررهای خط ثانویه بوده است. در واقع برخی از دکترین استدلال می‌کنند، این ماده به آسیب‌های خط اولیه یعنی آسیب مستقیم بر مشتریان تمرکز ندارد و تنها مشتریانی که با یکدیگر رقابت دارند و از این اقدام تبعیض‌آمیز، دچار ضرر رقابتی نسبت به سایر رقبای خود می‌شوند را در برمی‌گیرد (Ibid: 8). البته در آرای کمیسیون این ماده شامل آسیب‌های خط اولیه نیز دانسته شده است (Ibid: 10). در واقع در عمل این ماده به همان اندازه که برای صدمات خط ثانویه به کار می‌رود، برای جلوگیری از آسیب‌هایی که برای رقبای شرکت در وضعیت مسلط، ایجاد ضرر نماید نیز به کار می‌رود (Lundborg, Op. Cit: 7).

مفهوم ضرر رقابتی^۱ در تفسیرهای کمیسیون قضایی اتحادیه اروپایی، این‌گونه تفسیر شده است که دادگاه فرض می‌کند که تبعیض قیمت رخ داده، مشتری را که قیمت بالاتری برای محصول یا خدمت مشابهی پرداخته است، در مقایسه با سایر شرکای تجاری که رقبای آن هستند، در نقطه ضعف رقابتی قرار می‌گیرد. مطابق سابقه رویه قضایی در اتحادیه اروپایی، در ابتدا کمیسیون ملزم به اثبات این امر که تبعیض صورت گرفته سبب ضرر قابل‌اندازه‌گیری واقعی در موقعیت رقابتی مشتری شده است، نبود. کمیسیون اتحادیه اروپایی مجبور به اثبات اثر تبعیض قیمت‌ها بر پویایی رقابتی بازار نبود؛ اما به‌مرور رویه تغییر کرد و به این صورت شد که مجری رقابت ملزم شد، تمام شرایط مربوطه را در نظر بگیرد تا بتواند تعیین نماید که آیا تبعیض قیمت می‌تواند ضرر رقابتی ایجاد نماید یا خیر. بنابراین اگرچه مجری رقابت مجبور به اندازه‌گیری دقیق ضرر رقابتی نیست؛ اما باید نشان دهد که اختلاف قیمت و تبعیض صورت گرفته، می‌تواند و ممکن است، تأثیر منفی بر مشتری داشته باشد (Botta, 2018: 13-16).

همچنین از شرط بودن ضرر رقابتی، مشخص می‌گردد که طرف تجاری که از تبعیض صورت گرفته متضرر شده است، باید رقبای بالقوه‌ای داشته باشد؛ در غیر این صورت ضرر رقابتی صدق نمی‌کند. در واقع در ازای ضرری که به طرف تجاری وارد شده است، سایر رقبای او سود برده‌اند. البته در عمل به این شرط زیاد توجه نمی‌شود و به‌صورت مفروض آن

^۱ “competitive disadvantage”



را احراز شده در نظر می‌گیرند (Lundborg, 2010: 8).

همان‌طور که ذکر شد، مجری رقابت باید ثابت نماید آیا امکان ورود ضرر رقابتی با معامله صورت گرفته، وجود دارد یا خیر. این موضوع به‌طور مفصل در پرونده معروف به MEO مطرح شده است. به‌موجب این پرونده، یک شرکت غالب، میان مشتریان خود مرتکب تبعیض شده بود. در بررسی‌های اولیه و تجدیدنظر، چون مشخص نبود، ضرر رقابتی به وجود آمده تا چه میزان اهمیت دارد، نیاز به طرح سؤال در دیوان عدالت اتحادیه اروپایی شد. دیوان عدالت در پاسخ به مفهوم ضرر رقابتی و میزان جدی بودن ضرر به وجود آمده برای ممنوعیت معامله تبعیض‌آمیز، عنوان کرد که نیازی به بررسی وخامت و ضرر واقعی و قابل‌اندازه‌گیری در موقعیت رقابتی شرکت‌ها به‌صورت جداگانه نیست. در این پرونده تنها باید میزان تسلط شرکت، قدرت مذاکره اپراتور پایین‌دستی، مدت و میزان تعرفه‌ها بررسی شود. البته دیوان دریافت که تبعیض صورت گرفته در این پرونده، تأثیر محدودی بر سود شرکت MEO داشته است و حق امتیاز، درصد کمی از کل هزینه‌های آن را تشکیل می‌داده است. همچنین دیوان تأکید کرد، قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز به‌صورت فی‌نفسه ممنوع نیست؛ خصوصاً در مواردی که بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط در بازار مشابه مشتریانش فعالیت ندارد و تبعیض صورت گرفته در این پرونده تأثیر محدودی داشته و قابل‌قبول است (Case MEO v. GDA, 2018).

البته دادگاه وظیفه دارد تمام موارد را بررسی و مورد سنجش قرار دهد. این امر در پرونده اینتل مشخص است. به‌موجب این پرونده، شرکت اینتل مورد شکایت قرار گرفت و دادگاه عمومی به این نتیجه رسید که این شرکت در خصوص یک نوع از پردازنده‌هایش به پنج بنگاه اقتصادی فعال در این عرصه، تخفیف‌هایی اعطا نموده است؛ درحالی‌که به یکی از بنگاه‌های این بازار تخفیف نداده است. دادگاه نتیجه گرفت، این اعطای تخفیف از جانب شرکت اینتل، به‌عنوان یک شرکت در موقعیت مسلط، سبب آسیب رقابتی و با هدف حذف یکی از بنگاه‌های بازار پایین‌دستی صورت گرفته است. اینتل از این رأی به دلایل مختلف درخواست تجدیدنظر نمود. یکی از دلایل تجدیدنظرخواهی اینتل این بود که مدارکی را ارائه کرد و اعلام داشت دادگاه عمومی به هیچ‌یک از این موارد توجه نکرده است و این مدارک اگر مورد سنجش قرار می‌گرفتند، سبب اثبات غیر تأثیرگذاری این اقدام بر رقابت می‌شد که مورد توجه دادگاه قرار نگرفته است. دادگاه تجدیدنظر با وارد دانستن این امر و استدلال‌های اینتل، تشخیص داد که اثر محدودکننده بودن اقدام اینتل بر رقابت، مستلزم بررسی واقعی و اقتصادی است که دادگاه باید به آن توجه نماید (Case Intel Crop. Inc. v European Commission, 2017).



قانون‌گذار ایران در حقوق رقابت به روابط میان بنگاه‌های اقتصادی با یکدیگر توجه دارد. در ماده ۴۴، به‌دقت از واژه «طرف‌های تجاری» صحبت به میان آمده است تا تنها معاملات تبعیض‌آمیز در روابط میان بنگاه‌های اقتصادی را در برگیرد و روابط میان بنگاه اقتصادی و مصرف‌کنندگان نهایی مدنظر قانون‌گذار نبوده است.

با این قید قانون‌گذار دامنه معاملات تبعیض‌آمیز چندجانبه را محدود به رقبای تجاری و مشتریان تجاری می‌نماید. البته هر دو آسیب خط اولیه و ثانویه، بر اساس این ماده مورد حمایت قانون هستند؛ اما در جایی که تبعیض سبب آسیب به مصرف‌کنندگان نهایی شود، ممنوع نیست.

۳-۴- ورود ضرر بر بازار تجارت بین ایالتی یا تجارت کشورهای عضو

الزام دیگری که در قانون رابینسون پتمن برای ممنوع دانستن قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز لازم است، این است که تنها قراردادهای فروشی که تجارت بین ایالتی^۱ را در برمی‌گیرند ممنوع شده‌اند و در واقع قراردادهای درون ایالتی حتی اگر تبعیض‌آمیز باشند هم مطابق قانون رابینسون پتمن، ممنوع نیستند (Able Sales Co. v. Compania de Azucar, 2005).

در اتحادیه اروپایی نیز آن دسته از اقدامات سوء استفاده از موقعیت مسلط محسوب می‌شوند که اثر یا تغییری در تجارت کشورهای عضو اتحادیه اروپایی ایجاد نمایند و این مورد در صدر ماده ۱۰۲ به با صراحت قید شده است. اگر یک رفتار خاص، مثلاً یک تبعیض قراردادی، بر تجارت و رقابت در اتحادیه اروپایی تأثیری نگذارد، اصلاً سوء استفاده از موقعیت مسلط محسوب نمی‌شود (Laulainen, Op. cit: 9). همچنین کمیسیون در بررسی‌های خود باید در نظر داشته باشد که هدف اتحادیه اروپایی، حفاظت از فرآیندهای رقابتی مؤثر است و نه صرفاً محافظت از رقبا (Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, N6).

این شرط که در کمیسیون اتحادیه اروپایی، تحت عنوان تأثیر بر تجارت کشورهای عضو نامیده می‌شود، دارای دستورالعملی است که مفصل به آن پرداخته و شرایط تأثیرگذاری بر تجارت و راه‌های یافتن معیارهایی برای تعیین تأثیر گرفتن تجارت از اقدامات ضد رقابتی را بیان نموده است. همچنین در این دستورالعمل، موارد و توافقاتی که مطابق ماده ۱۰۱ یا ۱۰۲ ممنوع هستند؛ اما بسیار بعید است که تأثیری بر تجارت کشورهای عضو داشته باشند را بیان

¹ interstate commerce



نموده است. البته بايد توجه نمود كه دستورالعمل‌هاي كميسيون براي كشورهاي عضو، الزام‌آور نيست؛ اما به‌عنوان راهنما به كمك كشورهاي عضو مي‌آيد. بر اساس بند ۱۷ اين دستورالعمل، لازم نيست كه هر يك از بخش‌ها و عناصر رفتار بنگاه اقتصادي در وضعيت مسلط، به‌صورت مجزا ارزيابي شود و رفتاري كه بخشي از يك استراتژي كلي را تشكيل مي‌دهد، بايد تأثير آن نيز، به‌صورت كلي، ارزيابي شود (COMMISSION NOTICE Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, 2004: 17) براي تعيين تأثير بر تجارت، بايد به سه عامل توجه نمود. اول اينكه مفهوم «تجارت ميان كشورهاي عضو» چيست و سپس اينكه منظور از اينكه قيد شده است «ممکن است تأثير بگذارد» چيست و سوم «قابليت تشخيص» مشخص گردد كه تمام اين موارد در دستورالعمل فوق بررسي شده است.

مفهوم «تجارت» در اين مواد، محدود به مبادلات سنتي کالاها و خدمات به‌صورت فرامرزي نيست؛ بلكه تمام فعاليت‌هاي اقتصادي فرامرزي را در برمي‌گيرد (Ibid: 19). شرط وجود تأثير ميان كشورهاي عضو نيز به اين معناست كه بايد اقدام صورت گرفته از جانب بنگاه اقتصادي در وضعيت مسلط، بر فعاليت اقتصادي فرامرزي حداقل دو كشور عضو تأثيرگذار باشد. البته ممكن است تنها بر تجارت بخشي از يك كشور عضو تأثيرگذار باشد، مشروط بر اينكه تأثير محسوسي بر تجارت داشته باشد (Ibid: 21). مفهوم «ممکن است تأثير بگذارد» نيز به اين معناست كه بايد با درجه احتمال كافي بر اساس مجموعه‌اي از عوامل عيني پيش‌بيني كرد كه اين توافق و يا عمل ممكن است بر الكوي تجارت بين كشورهاي عضو تأثيرگذار باشد (Ibid: 23).

گنجاندن اثرات غيرمستقيم و بالقوه، در تعيين اثرگذاري بر تجارت، به اين معنا نيست كه بررسي‌ها مي‌تواند بر اساس اثرات دور يا فرضي انجام شود. احتمال اينكه اقدامي سبب ايجاد تأثيرات غيرمستقيم و بالقوه بر تجارت كشورهاي عضو شود، بايد توسط مقام يا طرفي كه چنين ادعائي دارد، توضيح داده شود (Ibid: 43).

همچنين لازم به ذكر است كه آيا رفتار صورت گرفته بر الكوي تجارت تأثير دارد يا خير؟ تنها محدوديت يا كاهش تجارت، شرط نيست؛ بلكه ممكن است توافقي كه سبب افزايش تجارت مي‌گردد، نيز بر الكوي تجارت تأثير بگذارد (Ibid:34).

اين شرط در ايالات متحده آمريكا به دليل ايالتي بودن اين كشور و در اتحاديه اروپايي به دليل ايجاد هماهنگي در بازار تجارت مشترك ميان كشورهاي عضو، وجود دارد و در ايران



موضوعیت نخواهد داشت. زیرا در ایالات متحده آمریکا به دلیل فرم ایالتی آن این امر مورد توجه قانون‌گذار بوده است. در اتحادیه اروپا نیز از آنجایی که اتحادیه متشکل از کشورهای مختلفی است که بازاری مشترک را تشکیل داده‌اند، برای جلوگیری از تبعیض جغرافیایی این شرط مورد توجه قرار گرفته است و اتحادیه در خصوص معاملات تبعیض‌آمیزی که تنها در یک کشور عضو رخ دهند، ممنوعیتی در نظر نگرفته است و این امر را واگذار به کشورهای عضو نموده است؛ اما در جایی که اقدام تبعیض‌آمیز سبب بر هم زدن بازار مشترک شود، اتحادیه ورود پیدا می‌کند. در ایران که کشوری ایالتی نیست و مانند اتحادیه، دربرگیرنده کشورهای عضو نیست، وجود این شرط موضوعیت نداشته و دلیلی بر بررسی و بیان آن در قانون نبوده است.

۵- نتیجه‌گیری و پیشنهاد

همان‌طور که در مقاله بررسی شد، در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، شروط خاصی برای تعیین قلمرو و محدوده ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز شناسایی شده است. برخی از این شروط ناظر بر خود معامله، برخی ناظر بر طرفین قرارداد و برخی نیز شروط قراردادی هستند. همچنین برخی از این موارد مانند همسان بودن معاملات، در وضعیت مسلط بودن، اخلال در رقابت و ورود ضرر به طرف تجارتي، در هر سه نظام، پیش‌بینی شده‌اند. در حقوق ایالات متحده آمریکا، شرایط خاص‌تری نسبت به دو نظام حقوقی دیگر بیان شده است و سعی شده، بیش‌تر معاملات تبعیض‌آمیز ممنوع نباشند و تنها معاملاتی با شرایط بسیار خاص و محدود در شمول حکم ممنوعیت قانونی قرار بگیرند. شرط همسان بودن معاملات مورد توجه قرار گرفته است و در قانون رایبسون پتمن تصریح شده است. آنچه محدودیت ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز در آمریکا را بیش‌تر می‌نماید، محدودیت موضوعی پیش‌بینی شده است که در هیچ‌یک از دو نظام حقوقی دیگر وجود ندارد. از طرفی تفاوت دیگر این نظام حقوقی با اتحادیه اروپا و ایران در این است که بجای توجه به سوء استفاده از موقعیت مسلط، قدرت انحصاری بنگاه اقتصادی را مورد توجه قرار داده است. بنابراین از این منظر دارای دو تفاوت با ایران است. اول این‌که در ایران معاملات تبعیض‌آمیز تنها از جانب بنگاه‌های قدرتمند اقتصادی و در وضعیت مسلط ممنوع نشده و این ممنوعیت شامل تمام اشخاص فعال در بازار رقابتی می‌شود و دوم، در ایران هم همانند اتحادیه اروپا، از سوء استفاده از موقعیت مسلط یاد شده است ولی در آمریکا قدرت انحصاری داشتن مرتکب تبعیض، شرط ممنوعیت است. اخلال در رقابت و ورود آسیب رقابتی نیز شرطی مشترک میان هر سه نظام است که در آمریکا نیز



توسط دیوان عالی و در رویه مورد توجه قرار گرفته است. همچنین مطابق رویه این کشور، تبعیض قیمتی ممنوع است که میان خریداران رقیب اعمال شده باشد و مصرف‌کنندگان را شامل نمی‌شود. همچنین در آمریکا، آسیب رقابتی ممنوع شده است که در بازار تجارت بین ایالتی رخ دهد و معاملات تبعیض‌آمیزی که در سطح یک ایالت واقع شوند، ممنوع نیستند.

شرایط پیش‌بینی‌شده در اتحادیه اروپا شباهت بسیاری به ایران دارد. در حقیقت قانون ایران با الهام گرفتن از اتحادیه اروپا نگارش شده است. بیان و تفکیک معاملات تبعیض‌آمیز ناشی از تبانی و معاملات تبعیض‌آمیز یک‌جانبه در دو ماده ۱۰۱ و ۱۰۲ اتحادیه اروپا، مشابه تفکیک صورت گرفته در حقوق ایران و نگارش دو ماده جداگانه ۴۴ و ۴۵ است. شرط همسان بودن معاملات به‌خوبی در این دو نظام نیز پیش‌بینی شده است. یکی از مهم‌ترین شروط پیش‌بینی‌شده در اتحادیه اروپا، این است که تنها تبعیضی ممنوع شده است که از جانب یک بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط واقع شده باشد. در واقع در این نظام حقوقی اگر یک بنگاه اقتصادی که در وضعیت مسلط نیست، مرتکب تبعیض شود، اقدامش ممنوع نیست. در حقوق ایران علی‌رغم شباهت فراوان به اتحادیه اروپا، شرایط در این خصوص متفاوت است. ظاهر قانون به‌گونه‌ای است که گویا سوء استفاده از وضعیت مسلط، تنها یکی از اقدامات ضد رقابتی و متفاوت از معاملات تبعیض‌آمیز است. اخلاص در رقابت و اعمال تبعیض میان خریداران رقیب، در اتحادیه اروپایی نیز جزو شروط ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز هستند. از طرفی در اتحادیه اروپایی تنها معاملات تبعیض‌آمیزی ممنوع هستند که سبب ورود ضرر در بازار مشترک و میان کشورهای عضو اتحادیه رخ دهد.

در حقوق ایران نیز قانون‌گذار سعی نموده است با ارائه تعریفی وسیع از تبعیض در قیمت‌گذاری، تا حد ممکن مانع از وقوع این معاملات گردد. بنابراین به‌درستی به همسان بودن معاملات اشاره نموده. همچنین در نظام حقوقی ایران نیز مانند اتحادیه اروپایی و برخلاف ایالات متحده آمریکا، محدودیت موضوعی وجود ندارد و هرگونه عرضه یا تقاضای تبعیض‌آمیز مشمول ممنوعیت شده است.

البته در حقوق ایران، ایراداتی در نگارش قانون وجود دارد. بهتر است برای جلوگیری از تفسیرهای مختلف، قانون اصلاح شود. به‌طور مثال در ماده ۴۴ به‌درستی شرط تبانی و اخلاص در رقابت ذکر شده است؛ ولی ماده ۴۵ نیازمند اصلاحات است. این ماده باید به‌گونه‌ای اصلاح شود که برای ممنوع دانستن معاملات تبعیض‌آمیز، شروطی مانند اخلاص در رقابت و در وضعیت مسلط بودن بنگاه اقتصادی را صراحتاً بیان دارد.



از آنجایی که تا زمانی که بنگاهی در وضعیت اقتصادی مسلط نباشد، طرفین قراردادی مجبور به ایجاد قرارداد تبعیض‌آمیز با آن بنگاه نیستند، عمل تبعیض‌آمیز چنین بنگاهی، اثر منفی (اثر سوء) بر رقابت نخواهد داشت. بنابراین باید مانند اتحادیه اروپایی، صراحتاً قائل بر آن شد که در وضعیت مسلط بودن بنگاه اقتصادی، شرطی ضروری برای ممنوعیت است. هدف از ممنوعیت این معاملات، حمایت از حقوق رقابت است؛ بنابراین شروط رقابتی نیز که به ماهیت حقوق رقابت مرتبط هستند، باید برای ممنوع دانستن معاملات تبعیض‌آمیز، وجود داشته باشند.

بنابراین بر اساس موارد بیان‌شده، لازم است علاوه بر تدوین قانونی خاص، در حوزه حقوق رقابت، بحث معاملات تبعیض‌آمیز، مورد اصلاحاتی قرار گیرد. این اصلاحات باید به‌گونه‌ای باشد که نیازی به تعریف جداگانه معاملات تبعیض‌آمیز چندجانبه و یکجانبه و یا تعریف جداگانه قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز و تبعیض در شرایط معامله نگردد. همچنین لازم است، اثبات اخلاف در رقابت، در معاملات تبعیض‌آمیز یکجانبه نیز مورد تصریح قرار گیرد. علاوه بر این موارد، ماده قانونی باید به‌گونه‌ای تدوین شود که معاملات تبعیض‌آمیز یکجانبه تنها در صورتی که از جانب بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط، واقع شوند، ممنوع باشد. بنابراین پیشنهاد می‌شود در قسمت تعاریف قانون، تعریف معاملات تبعیض‌آمیز نیز به شکل ذیل گنجانده شود:

«معاملات تبعیض‌آمیز: عرضه یا تقاضای کالا یا خدمات مشابه و یا هرگونه تبانی از طریق قرارداد، توافق و یا تفاهم (اعم از کتبی، الکترونیکی، شفاهی و یا عملی)، به تحمیل شرایط یا قیمت‌هایی تبعیض‌آمیز میان دو یا چند طرف معامله و یا تبعیض میان مناطق مختلف، به‌رغم یکسان بودن شرایط معامله و هزینه‌های حمل و سایر هزینه‌های جانبی.»

سپس در ادامه قانون و در فصلی که به بیان اقدامات ضد رقابتی ممنوع، پرداخته می‌شود، ماده قانونی به شکل ذیل تدوین شود:

«هرگونه معامله تبعیض‌آمیزی که به دلیل تبانی از طریق قرارداد، توافق و یا تفاهم (اعم از کتبی، الکترونیکی، شفاهی و یا عملی) و یا به‌صورت یکجانبه از طرف بنگاه اقتصادی در وضعیت مسلط، واقع شود و به نحوی باشد که نتیجه آن بتواند سبب اخلاف در رقابت باشد، ممنوع و باطل است و شورای رقابت می‌تواند بر اساس ماده در خصوص آن تصمیم‌گیری نماید.»



۶- منابع

۶-۱- منابع فارسی

الف- کتب:

۱. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی سنگانی، (۱۳۹۸). حقوق رقابت در عرصه مالکیت فکری، تهران: سمت، ج ۲.
۲. سماواتی، حشمت الله، (۱۳۷۴). مقدمه‌ای بر حقوق رقابت بازرگانی و نقش آن در سیاست‌گذاری و تنظیم بازار. تهران: فردوسی.
۳. شکوهی، مجید، (۱۳۸۱). حقوق رقابت بازرگانی در اتحادیه اروپا، تهران: نشر میزان.
۴. غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۳). حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن. تهران: نشر میزان.

ب- مقالات:

۵. جعفرزاده، میرقاسم و سید مهدی حسینی مدرس، (۱۳۹۶). «تحلیل رقابتی شرایط معاملات تبعیض‌آمیز در حقوق رقابت ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۷، صص ۱۴۵-۱۷۲.
۶. حبیبیا، سعید و محمد میر شمسی، (۱۳۹۰). «جایگاه قواعد حقوق رقابت در قراردادهای انتقال و اجازه بهره‌برداری از حقوق مالکیت صنعتی (مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپا و حقوق ایران)»، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۴، صص ۲۵-۶۹.
۷. شیخ‌الاسلام نوری، الهام السادات، محمد باقر پارساپور و پژمان محمدی، (۱۴۰۱). «مبانی ممنوعیت معاملات تبعیض‌آمیز از منظر حقوق رقابت (مطالعه در نظام حقوقی آمریکا، اتحادیه اروپایی و حقوق ایران)»، حقوق فناوری‌های نوین، دوره ۳، شماره ۵، صص ۱۸۲-۱۶۷.
۸. صادقی، محسن و صادق شمشیری، (۱۳۹۰). «نقد سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ایران (قانون خصوصی‌سازی) از منظر رابطه مالکیت فکری و حقوق رقابت»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۳۳، صص ۱۳۳-۱۶۴.
۹. علا الدینی، امیر عباس و مهرزاد شیرینی، (۱۳۹۵). «قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، فصلنامه قضاوت. شماره ۸۷، صص ۱۱۹-۱۴۷.
۱۰. معبودی، رضا. (۱۳۹۲). «قراردادهای تبعیض‌آمیز محل رقابت مطالعه تطبیقی در حقوق



پژوهش‌های حقوق تطبیقی / بهار ۱۴۰۲ / دوره ۲۷ / شماره ۱ / پیاپی ۱۱۹ / صص ۲۳-۵۴

ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا»، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)، شماره ۳، صص ۱۳۵-۱۶۵.

ج-آراء:

۱۱. صورت جلسه سیصد و شصت و دو، مورخ ۱۷ دی ۱۳۹۷، شورای رقابت.
۱۲. مصوبه چهارصد و شصت و شش، مورخ ۱۰ خرداد ۱۴۰۰، شورای رقابت.
۱۳. صورت جلسه سیصد و پنجاه و چهار، مورخ ۲۱ آبان ۱۳۹۷، شورای رقابت.
۱۴. صورت جلسه دویست و نود و شش، مورخ ۲۹ خرداد ۱۳۹۶، شورای رقابت.

۶-۲- منابع انگلیسی

15. Books:

16. Border, Douglas. (2010), *U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, USA, Oxford University Pres.
17. Jones, Alison. Sufirin, Brenda. (2019), *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, UK, Oxford University Press.
18. Kamerling, Alexandra. Osman, Christopher. (2004). *Restrictive Covenants under Common and Competition*, UK, Sweet and Maxwell.
19. Klotz, Thomas. (2008). *Monopoly Power: Use, Proof and Relationship to Anticompetitive Effects*. US, US FTC.
20. Mann, Richard. Roberts, Barry. (2012), *Essentials of Business Law and the Legal Environment*, Cengage learning, USA, Cengage Learning.

21. Articles:

22. Beard, T.R, Kaseman, d.L, Stern, M.L. (2008), "price Discrimination and Secondary-Line Competitive Injury: The Law Versus the Economics". *The Antitrust Bulletin*, 53. PP. 75-93.
23. Botta, Marco. Wiedemann, Klaus. (2018), "EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita". *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, No. 18-08. PP. 1-90.



24. Dieny, E. (2006). "The CFI Reaffirms the Absence of a Rule of Reason in EC Competition Law". *International Business Law Journal*, No. 5.
25. Edwards, Matthew. (2006). "Price and Prejudice: The Case against Consumer Equality in the Information Age". *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 10, PP. 559- 596.
26. Geradin, Damien. Petit, Nicolas. (2005). "Price Discrimination Under Ec Competition Law: Another Antitrust Theory in Search of Limiting Principles". The global Competition Law Center Working Papers Series No. 07/05. PP. 479- 531.
27. Gifford, Daniel. Kudrle, Robert. (2010). "The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation?". *University of California*, Vol. 43. PP. 1235- 1293.
28. Hansen, Hugh. (1983). "Robinson Patman Law: A Review and Analysis". *Fordham Law Review*. V. 51. PP. 1113- 1218.
29. Kim, Karen. (2021). "Amazon Induced Price Discrimination under the Robinson Patman Act". *Columbia Law School*, No. 6, PP. 85-160.
30. Lundborg, Martin. (2010). "Discrimination and Price Discrimination in the Telecommunications Regulation of NGA Networks", 21 European Regional ITS Conference, Copenhagen, No. 23. PP. 1-18.
31. Machlup, Fritz. (1955). "Characteristics and Types of Price Discrimination." *Princeton University Press*. PP. 397-440.

32. Thesis:

33. Laulainen, Merikukka. (2018). A Comparative Analysis of EU and US Approaches to Abuse of Market Dominance- Reviewing EU Antitrust Investigations against Foreign Undertaking. Bachelor Thesis, Tallinn university of Technology.

34. Documents:

35. COMMISSION NOTICE Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07)(Text with EEA relevance
36. Commission Decision of 20 July 1999 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case IV/36.888 - 1998 Football World Cup)
37. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE ROUNDTABLE ON "PRICE



DISCRIMINATION" --Note by the United States-- 29-30 November 2016.

38. DG Competition Discussion paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuse, 2005,

39. European Commission. Antitrust Procedures in Abuse of Dominance (Article 102 TFEU cases). Accessible: ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures-102-en-html, 25.4.2018.

40. Federal Trade Commission. *Guide to Antitrust Laws: Antitrust Laws*. Accessible: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws>, 21.1.2018.

41. Cases:

42. FTC v. Morton Salt, 334 U.S. 37, 49 (1948), Federal Trade Commission.

43. Case Texaco Inc, Petitioner v. Ricky HASBROUCK, dba Ricks Texaco, et al. C2048-87 (1990), US Supreme Court.

44. Crossroads Cogeneration Corp. v. Orange & Rockland Utils., Inc., (3d Cir. 1998), 159 F.3d 129, 142. United States Court of Appeals.

45. Case McCormick and Company, Inc. C-3939. (2000), Federal Trade Commission.

46. Case Volvo Trucks North America, Inc., Petitioner v. Reeder- Simco GMC, Inc. (2000). No. 04-905, US Supreme Court.

47. J. Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp., 451 U.S. 557, 562-66, 564-65 n.4 (1981). US Supreme Court.

48. United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 424, (1945). U.S. Court of Appeals for the Second Circuit.

49. United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. 27/76, (1978), Commission of the European Communities.

50. Case Post Danmark. V European Commission. (2012). C-209/10. Commission of the European Communities.

51. Case MEO v. GDA. (2018). C-525/16, Court of Justice of the European Union.

52. Case Intel Crop. Inc. v European Commission. (2017). C-413/14. Commission of the European Communities.



Conditions for Prohibiting Discriminatory Transactions (Comparative studying the American, European Union and Iranian Law)

Elham Sadat Sheikholeslam Noori¹ & Mohammad Bagher Parsapour^{*2} & Pejman Mohammadi³

1. Ph. D. Student in Privet Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
2. Associate Professor in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
3. Professor in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Receive: 2023/02/03 Accept: 2023/04/18

Abstract

Discriminatory transactions are contracts in which there is unjustified discrimination in one of them despite the fact that the circumstances are the same. In legal systems, special conditions for prohibition have been included. Some of these conditions are related to the contract itself; Such as the similarity of transactions and the condition of applying restrictions, which exist only in the United States. Some of these conditions are related to the parties to the contract, such as the exclusive power of the economic enterprise or the dominant economic situation. Some conditions are competitive legal conditions. Competitive conditions include disruption of competition, competitive damage and discrimination between competing buyers. The condition of entering damage to the interstate market in the United States and to the trade between the member countries, is foreseen in the European Union law; But it has not been relevant in Iran's legal system. Therefore, in all three legal systems, special conditions for prohibition have been stated. In America, these restrictions are more and most transactions are considered legal. The most important difference between the European Union and Iran is that, in the

*Corresponding Author: parsapour@modares.ac.ir



European Union, only those transactions which are stated by the economic enterprise in a dominant position are prohibited. This should be emphasized in Iranian law as well. Also, based on the appearance of Iranian law, the conditions for prohibiting unilateral discriminatory transactions are stricter than multilateral discriminatory transactions. Finally, based on the examination of the conditions of prohibition, legal articles have been proposed to amend the law.

Keywords: Abuse of Dominant Position, Conditions for Prohibition, Discriminatory Pricing, Discriminatory Transactions

