



An Evaluation of the Particular Examples of the Abuse of Dominant Position by the Use of Big Data in Competition Law

Ebrahim Rahbari * 

Assistant Professor, International Trade, Intellectual Property and Cyberspace Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

1. Introduction

The development of digital markets and the increasing importance of big data has brought new challenges in the concept of abuse of dominant position. In platform markets, the entry barriers and the presence of big tech giants (gatekeepers) who have taken over the market by employing big data, make it difficult for newcomers to enter the market and there is a good opportunity for big data companies to abuse their dominant position and commit anti-competitive practices, all of which brings new issues to antitrust law. It is clear that we can apply general rules on the abuse of dominant positions and monopolizing in the big data field. This article clarifies how abusive behaviors such as unilateral refusal to share necessary big data or restricting access to it can disrupt competition in downstream or adjacent markets and also, how deceptive practices of platforms in collecting data have gradually surfaced in the realm of

* Corresponding Author: e_rahbari@sbu.ac.ir

How to Cite: Rahbari, E., "An Evaluation of the Particular Examples of the Abuse of Dominant Position by the Use of Big Data in Competition Law", *The Quarterly Journal of Public Law Research*, 25(81), (2024), 215-250.

Doi: [1022054/QJPL.2023.70764.2837](https://doi.org/10.22054/QJPL.2023.70764.2837)

competition law. This research also analyzes price discrimination and predatory pricing by using big data and the challenging issue of entering other markets by leveraging big data.

2. Literature Review

There are no studies in Iranian legal literature that discuss different aspects of the abuse of dominant position by use of big data. Viewing the challenges from the perspective of Iranian Competition Law, the current research analyzes the issues and provides some particular solutions for the first time.

3. Methodology

The method of this research is descriptive-analytical done by a comparative approach.

4. Results

Generally, refusing to share or restricting access to big data may be considered an abuse of one's dominant position under certain circumstances. Various factors should be considered such as whether the data is first-second- or third-party, alternative sources to access the big data, the effect of the refusal or the restriction on competition in the related markets, the process of providing new products and services, and the incentives for innovation and investment.

Recent approaches to the deceptive collection of data indicate the significance of competitive and economic dimensions of personal data. Since solutions outside the realm of antitrust law are not sufficient to regulate and protect these data, employing decisive remedies of competition law seems justified.

Regarding abuse of pricing powers, if price discrimination among users is done by collecting and analyzing big data and tracking and discovering their preferences, and leads to a reduction in the price of products or services and brings real and long-term efficiency, it would

be desirable from the perspective of competition law. However, it should be noted that if this arrangement becomes an abusive behavior to restrict the competition for other companies or lay the groundwork for predatory pricing in the future, in such a way that other competitors lose their ability to compete, antitrust law should intervene to prevent this abuse of big data.

In addition, platforms are not allowed to abuse the big data that they gather in their system to facilitating the way for themselves or their partners and their related companies to improperly penetrate adjacent or vertical markets at the expense of weakening competitors. Also, tying any kind of products or services to data that the applicants do not need between which no reasonable linkage can be imagined is an example of improper tying arrangements and abuse of a dominant position, which is condemned in antitrust law. In fact, self-preferencing by using data is in itself contrary to competition law norms if it results in a significant disruption of competition.

5. Conclusion

In the Iranian competition law, although the existing general rules and regulations may be effective to a relatively small extent when facing abuse of a dominant position by way of big data, one cannot ignore the shortcomings and inefficiency of these legal frameworks and the necessity to adopt new competition strategies in the light of the diverse aspects of digital markets and as the rising importance of big data. Although some new approaches taken in the Strategic Plan Of the Islamic Republic of Iran in Cyber Space can be seen, those policies and solutions are not in line with competition law standards, the requirements of Iran's digital markets and the big data challenges, and the proposed views lack the necessary legal-technical justification.

In fact, the aforementioned document has failed to codify the fundamental principles of competition law in platform markets by not setting the basic foundation and taking the initial steps in the right direction. It points to modern approaches to competition law,


controversial in matters which legal systems are dealing with in academic and judicial circles. Despite these considerations, it seems that, especially in Iran, in the absence of an effective competition system and strong monitoring arrangements on the practices of companies, platforms with a dominant position have a real chance to abuse big data, and so, it is incumbent to take stronger measures and remedies to regulate and inspect the behaviors of companies while respecting the fundamental principles and standards of antitrust law.

Keywords: Competition Law, Intellectual Property Law, Abusive Practices, Big Data, Personal Data



ارزیابی رقابتی مصادیق خاص سوء استفاده از موقعیت مسلط به واسطه کلان داده‌ها

استادیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی،
دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ابراهیم رهبری * 

چکیده

با توسعه بازارهای دیجیتال و برجسته شدن نقش کلان داده‌ها، مقوله سوء استفاده از موقعیت مسلط نیز با چالش‌های جدیدی مواجه شده است. این نوشتار می‌کوشد مصادیق خاص سوء استفاده از موقعیت مسلط که در گستره کلان داده‌ها رخ می‌دهد را در نظام‌های پیشرو و تحولات رویه رقابتی و قضایی تحلیل نماید. این مقاله آشکار می‌سازد که چگونه رویه‌های سوء استفاده‌آمیزی نظیر امتناع یک‌جانبه از تسهیم کلان داده‌های ضروری یا محدود کردن دسترسی به آنها در شرایطی خاص می‌تواند رقابت را در بازارهای پایین دست یا مجاور مختل نماید و همچنین اقدامات فریب کارانه پلتفرم‌ها در جمع‌آوری داده‌های کاربران و نقض موازین حفاظت از داده‌های شخصی چگونه به تدریج جای خود را در ارزیابی‌های حقوق رقابت باز کرده است. سوء استفاده‌های قیمتی حول کلان داده‌ها و موضوع حساس ورود به بازارهای دیگر به مدد کلان داده‌ها نیز در این پژوهش مورد تحلیل قرار گرفته است. این مقاله نشان می‌دهد که قواعد عام حقوق رقابت ایران اگرچه در مواردی ممکن است برای مدیریت سوء استفاده از موقعیت مسلط در بازارهای دیجیتال کارساز باشد اما همگام نشدن با تحولات رقابتی و غفلت از مسائل کلان داده‌ها، چالش‌های مهمی را پیش روی مراجع قانونی می‌گذارد که حل آنها جز با تجهیز به انگاره‌های حقوق رقابت مدرن و رعایت مقتضیات بازارهای پلتفرمی در ایران میسر نمی‌باشد.

واژگان کلیدی: حقوق رقابت، حقوق مالکیت فکری، رویه‌های سوء استفاده‌آمیز، کلان داده‌ها، داده‌های شخصی.

مقدمه

افراد دائما در پلتفرم‌ها، شبکه‌های اجتماعی، برنامه‌های کاربردی و غیره در حال تولید داده‌ها هستند که توسط بنگاه‌ها جمع‌آوری شده و خوراک الگوریتم‌ها و هوش مصنوعی می‌شود و به مدد آنها جریان ارائه خدمات محصولات جدید یا بهبود یافته و روند نوآوری تداوم می‌یابد.^۱ در واقع یکی از ویژگی‌های بارز تحولات رقابتی و تکنولوژیک در بازارهای دیجیتال، توانایی بنگاه‌ها در گردآوری و پالایش حجم عظیمی از داده‌های شخصی است که قابل تجاری‌سازی می‌باشد.^۲ امروزه «کلان‌داده‌ها»^۳ به‌عنوان حجم عظیم از داده‌های متنوع و پویا و فناوری‌های هوشمندی که در تجزیه و تحلیل آنها به کار می‌رود، به یک نهاد رقابتی جدی در بازار دیجیتال بدل شده است که به سهم خود می‌تواند در مواردی منشا قدرت بازاری شده یا موجد و مقوم وضعیت مسلط یک شرکت باشد.

در بازارهای پلتفرمی با وجود موانع ورودی و حضور غول‌های بزرگی که به مدد کلان‌داده‌ها نبض رقابت را در دست گرفته‌اند، غلبه بر موانع ورودی دشوار است و بستر مستعدی برای سوء استفاده از موقعیت مسلط و ارتکاب رفتارهای ضدرقابتی وجود دارد که چالش‌های ویژه‌ای را رقم زده است.^۴ با همین دغدغه است که پاراگراف ۳۶ مقدمه «قانون پیشنهادی بازارهای دیجیتال» اتحادیه اروپا که از ابتدای سال ۲۰۲۳ اجرایی می‌شود، بنگاه‌های بزرگ «دروازه‌بان» را که به مدد ابزارهای مختلف از جمله انباشت داده‌ها، به موقعیت مسلط در بازار دست یافته‌اند مکلف می‌سازد تا از موقعیت خاص و مسلط خود در جهت اخلاص در رقابت سوء استفاده نکنند. در سال ۲۰۲۱ مرجع رقابتی چین که اصول راهنمایی در مورد نحوه اجرای مقررات ضدانحصار نسبت به پلتفرم‌ها در بازارهای دیجیتال

1. Bill Batchelor & Caroline Janssens, "Big Data: Understanding and Analysing Its Competitive Effects", *The European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 13, (2020), at 13.

2. Divin De Buffalo Irakiza, "The Charter of Fundamental Rights, The Aims of EU Competition Law and Data Protection: Time to Level the Playing Field", *Singapore Journal of Legal Studies*, No. 1, (2021), at 41.

3. Big Data.

4. Christophe Carugati, *Competition Law and Economics of Big Data: A New Competition Rulebook Introduction* (France: Université Paris II Thesis, 2020) at 2; Daniel Rubinfeld & Gal Michal, "Access Barriers to Big Data", *Arizona Law Review*, Vol. 59, No. 2, (2017), at 381.

منتشر کرده است، تاکید می‌کند رویه‌های خاصی که احتمال سوء استفاده از موقعیت مسلط در آنها می‌رود نظیر گردآوری و استفاده از حجم عظیمی از داده‌ها را با حساسیت بیشتری رصد خواهد کرد.^۱

ناگفته هویداست که قواعد عام حوزه سوء استفاده از موقعیت مسلط و انحصارگرایی در عرصه کلان‌داده‌ها نیز قابل طرح است؛^۲ اما این مقاله با نگاهی توصیفی-تحلیلی می‌کوشد تا مهم‌ترین مصادیق خاص سوء استفاده از موقعیت مسلط که حول کلان‌داده‌ها بروز می‌یابد را در پرتو توجه به موازین حقوق رقابت نظام‌های پیشرو و آخرین تحولاتی که در این حوزه به وقوع پیوسته است، واکاوی کند. با این رویکرد در فراز نخست، مقوله امتناع یا محدودیت در تسهیم کلان‌داده‌ها را بررسی و در ادامه، موضوع گردآوری خدعه‌آمیز داده‌ها و پیوند میان حفاظت از داده‌های شخصی کاربران با انگاره‌های حقوق رقابت مدرن را تحلیل می‌شود. قسمت سوم به تبیین سوء استفاده‌های قیمتی مرتبط با کلان‌داده‌ها اختصاص دارد و بخش چهارم نوشتار به سوء استفاده از کلان‌داده‌ها برای ورود ناروا به بازارهای دیگر پرداخته می‌شود. فراز پنجم نیز نگاهی نقادانه به رویکرد حقوق رقابت ایران در این زمینه داشته و در پایان نیز نتایج حاصل از پژوهش ارائه می‌گردد.

۱. امتناع یا محدودیت در تسهیم کلان‌داده‌ها

۱-۱. خودداری یک‌جانبه از اعطای دسترسی به کلان‌داده‌ها

اگر بنگاهی به حجم عظیمی از داده‌ها دسترسی داشته باشد آیا مکلف است آن را در اختیار سایر رقبا یا فعالان بازار نیز قرار دهد؟ در پاسخ به این پرسش، بعضی از صاحب‌نظران با عنایت به ویژگی‌های کلان‌داده‌ها، قائل به ضدرقابتی بودن این اقدام در شرایط خاص هستند و پاره‌ای دیگر بنا به ملاحظاتی، محل رقابت بودن چنین امتناعی را رد می‌کنند که در ادامه بدان پرداخته می‌شود.

1. Alexandr Svetlicinii, "China to Discipline Online Platforms with Antitrust Enforcement?", (2021), Available at: [http:// competitionlawblog. kluwercompetitionlaw. com/ 2021/02/17/china-to-discipline-online-platforms-with-antitrust-enforcement](http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/17/china-to-discipline-online-platforms-with-antitrust-enforcement).

2. Dentons, "Antitrust Issues with Big Data: A United States Introduction", (2018), at 17, Available at: [https:// www. dentons. com/ en/ pdf- pages/ www. dentons. com/-/media/ 208fd3e1727b492da21e58a6b81a4a38.ashxp](https://www.dentons.com/en/pdf-pages/www.dentons.com/-/media/208fd3e1727b492da21e58a6b81a4a38.ashxp).

۱-۱-۱. دلایل قائلان به ضدرقابتی بودن امتناع

در حقوق اتحادیه اروپا به نظر می‌رسد در مواردی امتناع از تسهیم کلان‌داده‌ها، یک رویه ضدرقابتی باشد؛ در شرایطی که داده‌ها یا امکانات فناورانه تجزیه و تحلیل آنها، منحصر به فرد بوده و سایر بنگاه‌ها نمی‌توانند داده‌ها را کپی‌برداری نموده یا به این ابزارها دسترسی داشته باشند و کلان‌داده‌ها به‌عنوان یک نهاده ضروری برای امر رقابت مطرح باشد، خودداری از تسهیم آنها نوعی اقدام ضدرقابتی قلمداد می‌شود.^۱ در چنین شرایطی «نظریه تسهیلات ضروری»^۲ به ذهن متبادر می‌گردد:^۳ اگر بنگاهی اثبات کند بدون دسترسی به کلان‌داده‌های خاصی قادر نیست به ارائه خدمات یا عرضه محصولات جدید ارزشمند مبادرت نماید و متعاقب امتناع از تسهیم، رقابت در بازار محصول یا خدمات جدید زائل شود، آنگاه ضدرقابتی بودن چنین رویه‌ای قوت می‌گیرد.^۴ به این ترتیب اگر دسترسی به حجم عظیمی از داده‌ها به نوعی کارایی منجر شود که سایر فعالان بازار نمی‌توانستند از طرق دیگری به آن نائل شوند و بنگاه‌دارنده با تمرکز بر داده‌ها و سوء استفاده از موقعیت مسلط خود، به تهدید رقابت بپردازد، الزام آن به تسهیم داده‌هایی که از کاربران خود یا سایر کنشگران تحصیل نموده است، توجیه‌پذیر خواهد بود؛ به خصوص اگر تمرکز زیادی در بازار وجود داشته باشد که به کنترل شدید داده‌هایی بینجامد که واجد مزیت رقابتی چشمگیری هستند و تسهیل ورود بنگاه‌های رقیب کوچک به بازارهای مجاور یا عمودی و مساعدت به تشدید رقابت در گرو دسترسی به داده‌ها باشد، به احتمال چشمگیری، امتناع محل رقابت قلمداد می‌گردد.^۵

1. Paul Eckles & Luke Taeschler, "Antitrust Concerns About Big Data May be Overblown", (2018), at 4; Available at: https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2018/05/antitrust_concerns_about_big_data_may_be_overblown.pdf; Modrall, Jay, Antitrust Risks and Big Data, (2017), at 3; Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3059598.

2. Essential Facility Doctrine.

3. Paul Lugard & Lee Roach, "The Era of Big Data and EU/U.S. Divergence for Refusals to Deal", Antitrust, Vol. 31, No. 2, (2017), at 62.

4. Jay Modrall, "Closer Look at Competition Law and Data", Competition Law International, Vol. 13, No. 1, (2017), at 44.

5. Stanley Besen, "Competition, Privacy, and Big Data", Catholic University Journal of Law and Technology, Vol. 28, No. 2, (2020), at 77, 80.

در حقوق امریکا که به طور کلی موضع سخت گیرانه‌ای در برابر ضدرقابتی دانستن امتناع از معامله دارد، در موقعیتی که شواهد موجود نشان دهد که بنگاه مسلط از طریق امتناع کلی از تسهیم کلان داده‌های ضروری، قصد دارد با چشم‌پوشی از منافع در کوتاه مدت، باعث حذف رقیبی از بازار شود و نفوذ خود را در بازاری که تحت تسلطش است بیشتر کند، احتمال ضدرقابتی دانستن خودداری از تسهیم کلان داده‌ها مطرح شده است. به علاوه ماهیت داده‌ها به عنوان یک نهاده ذاتا غیررقابتی و زیرساختی نیز سبب تفاوت در تحلیل با سایر نهاده‌های تولید و ارائه خدمات شده است، زیرا تسهیم داده‌ها باعث کاهش ذخایر داده‌ای بنگاه مسلط نمی‌شود و از این رو صاحب کلان داده دلیل موجه زیادی برای امتناع از واگذاری آنها ندارد. تسهیم داده‌ها می‌تواند برای صاحب آنها سودمند باشد اما وقتی یک بنگاه به طور مکرر از به اشتراک گذاری آنها اجتناب می‌ورزد و از این منافع مالی می‌گذرد، احتمالاً در پی مقاصد دیگری همچون برهم زدن ساختار رقابتی بازار در جهت منافع خود و تضعیف و حذف رقیب است.^۱

۲-۱-۱. دلایل و ملاحظات ضدرقابتی نبودن رویه

به طور کلی نوع مواجهه حقوق ضدانحصار با امتناع یک جانبه باید با عنایت به ملاحظات خاصی باشد از جمله اینکه ماهیت نهاده‌ای که رقبا از دسترسی به آن منع شده‌اند، چیست و چقدر اهمیت دارد؟ اگر داده‌های متنازع‌فیه صرفاً از یک کانال در دسترس باشند، احتمال اینکه امتناع ضدرقابتی باشد، بیشتر می‌شود. به علاوه پلتفرم دارای موقعیت مسلط از قبل چقدر باز یا بسته بوده است؟ امتناع بازار اصلی بنگاه مسلط را متاثر کرده یا سایر بازارهای فرعی را هدف قرار داده است؟ و عدم دسترسی به کلان داده‌های مذکور تا چه حد فعالان بازارهای پایین دست را از انجام رقابت موثر باز داشته است؟^۲

در خصوص امتناع از به اشتراک گذاری کلان داده‌های دست اول که بنگاه‌ها در پلتفرم خودشان جمع‌آوری می‌کنند و چه بسا جنبه انحصاری داشته و توسط رقبا نیز قابل نسخه برداری و شبیه‌سازی نباشد، قائل شدن به وجود یک رویه ضدرقابتی به سادگی قابل

1. Sean Howell, "Big Data and Monopolization", (2019), at 21; available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123976.

2. Ibid. at 19.

توجیه نیست.^۱ در حقوق امریکا وقتی که دارنده داده‌ها هرگز به‌طور تجاری دست به واگذاری آنها نزده است و تعهد مستقلی برای در اختیار گذاشتن این داده‌ها به رقبا معطوف او نیست و دلیل موجهی در امتناع از معامله و جلوگیری از سواری مجانی از کلان‌داده‌ها به‌عنوان سرمایه‌اش دارد، حقوق ضدانحصار مداخله نمی‌کند و تسهیم اجباری داده‌ها فاقد توجیه است.^۲ همچنین این مسئله تثوریک که داده‌ها به سهولت قابل نسخه‌برداری و استفاده هستند، به این معنا نیست که بنگاه واجد موقعیت برتر با خودداری از واگذاری آنها و چشم‌پوشی از منافع مالی کوتاه‌مدت، لزوماً مقاصد ضدرقابتی در سر دارد چراکه قابل انکار نیست که از حیث فنی و تجاری استفاده از کلان‌داده‌ها توسط رقبا باعث کاهش ارزش آن می‌شود.^۳

به نظر برخی، اجرای نظریه تسهیلات ضروری در حوزه کلان‌داده‌ها و قرار دادن موضوع تحت شمول ماده ۱۰۲ «معاهده کارکرد اتحادیه اروپا»، درباره منع سوء استفاده از موقعیت مسلط امکان‌پذیر نیست؛ چراکه نمی‌توان کلان‌داده‌ها را نوعی نهاد ضروری تلقی و رابطه علیت بین کلان‌داده‌ها و تولید کالا یا ارائه یک خدمت جدید و ارزشمند تصور کرد. در عصر کلان‌داده‌ها وقتی که به لحاظ فنی این امکان وجود دارد که مجموعه داده‌هایی را با هزینه معمولی بتوان ایجاد نمود، انگاشتن مجموعه داده‌ها به‌عنوان یک نهاد ضروری دشوار است و لذا زمینه اجرای نظریه تسهیلات ضروری وجود ندارد.^۴ به‌علاوه پاسخ به این پرسش تعیین‌کننده است: آیا بنگاه متقاضی بهره‌برداری از کلان‌داده‌ها نمی‌تواند با سرمایه‌گذاری شخصی یا تعامل با سایر بنگاه‌ها به کلان‌داده‌های مورد نیاز دست یابد؟ با وجود این نمی‌توان کتمان کرد که اگر هزینه‌های جمع‌آوری داده‌ها از منابع مختلف از جمله موتورهای جستجوگر و سایر پلتفرم‌ها، گراف یا غلبه بر موانع ورودی به بازار دشوار باشد، امکان توسل به نظریه وجود دارد.^۵ اما از زاویه‌ای دیگر اگر کلان‌داده‌ها

1. Modrall, op.cit. at 52.

2. Greg Sivinski et al., "Is Big Data a Big Deal? A competition Law Approach to Big Data, European Competition Journal", Vol. 13, (2017), at 222.

3. Howell, op.cit. at 21.

4. Alison Jones et al., *EU Competition Law* (UK: Oxford University Press, 2019) at 519.

5. Giuseppe Colangelo & Mariateresa Maggolino, "Big Data as a Misleading Facility", European Competition Journal, Vol. 13, (2017), at 275; Batchelor & Janssens, op.cit. at 21-22.

را نوعی تسهیلات ضروری قلمداد کنیم با مشکلات دیگری مواجه می‌شویم؛ از جمله اینکه چگونه با چه شرایطی و تا چه مدتی بهره‌گیری از کلان‌داده‌ها مجاز است؟ افزون بر این، مسائل مربوط به حوزه مالکیت فکری نیز منشأ چالش‌های جدیدی خواهد شد. از این‌رو چنین رهیافتی مطلوب حقوق رقابت نیست و حامیان زیادی هم ندارد.^۱

ملاحظات دیگری نیز در میان است که ضد رقابتی انگاشتن امتناع از تسهیم داده‌ها را دشوار می‌سازد؛ اگرچه به لحاظ نظری الزام به اعطای دسترسی به داده‌ها در شرایط رقابتی خاص مطرح شده است اما توجه آن از منظری دیگر نیز دشوار می‌نماید و علت آن را به‌ویژه باید در بی‌انگیزه کردن بنگاه‌ها در استفاده هر چه بهتر از داده‌ها و سرمایه‌گذاری برای تداوم بخشی به نوآوری جستجو کرد.^۲ این حقیقت که داده‌های بنگاه مسلط منحصر به فرد است، الزام به اشتراک‌گذاری آن با فعالان نیازمند را توجیه نمی‌سازد؛ چنین راهکاری بسیاری از بنگاه‌ها که در صدد جمع‌آوری مجموعه داده‌های ارزشمند هستند تا از آنها برای تولید محصولات و ارائه خدمات متمایز و سطح بالا بهره‌گیرند را در ادامه کنش تجاری خود دچار تردید می‌کند؛ زیرا ثمره تلاش خود را با خوشه‌چینی دیگران بر باد می‌بینند و این روند به تدریج به جریان رقابت و منافع مصرف‌کنندگان لطمه می‌زند.^۳ افزون بر ملاحظات فوق، هدف نهایی از ضد رقابتی دانستن امتناع یک‌جانبه، به اشتراک‌گذاری اجباری کلان‌داده‌هاست؛ در حالی که یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های کلان‌داده‌ها ناپایداری و از دست دادن سریع ارزش است و اگر بنگاه مسلط را ناگزیر سازیم که داده‌هایی را که به‌روز نیستند به اشتراک بگذارد، تاثیر چندانی در جریان رقابت در بازارهای دیجیتال که متأثر از دگرگونی‌های پرشتاب هستند ندارد؛ در حالی که شرکت‌ها نیازمند داده‌های روزآمدی هستند تا بتوانند در آینده نزدیک به رقابت موثر پردازند و به کمک آنها بتوانند استراتژی تجاری آتی خود را ترسیم نمایند.^۴

1. John Yun, "Antitrust After Big Data", *Criterion Journal on Innovation*, Vol. 4, (2019), at 429.

2. Batchelor & Janssens, *op.cit.* at 17.

3. Andres Lerner, "The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition", (2014), at 63, Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers.cfm?abstract_id=2482780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780); Modrall, *op.cit.* at 44.

4. Vikas Kathuria & Jure Globocnik, "Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy", (2019), at 33, Available at: [https:// papers. ssrn. com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3337524](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3337524).

۱-۲. معاملات انحصاری و اعطای دسترسی تبعیض آمیز به کلان داده‌ها

یکی از مصادیق رفتارهای سوء استفاده آمیز و حذف کننده، برخی توافقات انحصاری و توافقات متقابل تسهیم داده است. در خصوص کلان داده‌های شخص ثالث ممکن است که یکی از تامین کنندگان در موقعیت مسلط قرار داشته و با انعقاد قراردادهای انحصاری، مانع از رقابت سایر بنگاه‌هایی شود که مایل به عرضه کلان داده‌های شخص ثالث در بازار هستند و به این ترتیب موجب تحدید رقابت شود. در موقعیت دیگری در خصوص کلان داده‌های دست اول، تامین کننده با مجموعه‌ای از قراردادهای انحصاری با بنگاه‌های خاصی وارد تعاملات تجاری می‌شود، ممکن است دستیابی به اشخاص ثالث که برای ارائه خدمات و باقی ماندن در جریان رقابت نیازمند به چنین داده‌هایی هستند را دشوار کرده و به نحوی از رقابت ممانعت نماید.^۱

در ارزیابی نقض موازین رقابتی به واسطه معاملات انحصاری حول داده‌ها باید توجه کرد که این دست توافقات چه میزان بر دسترسی رقبا تأثیرگذار هستند و عدم دسترسی رقبا در بازارهای مجاور تا چه حد جریان رقابت را تحت الشعاع قرار می‌دهد و اینکه داده موضوع اختلاف تا چه میزان قابل جایگزینی است؟ مدت قرارداد انحصاری و سرعت از دست رفتن ارزش داده‌ها و کاربرد رقابتی داده‌ها نیز باید مورد مذاقه قرار گیرد. البته قابل کتمان نیست که ارزیابی اینکه آیا داده‌ها قابل جایگزینی هستند یا خیر بسیار دشوار است.^۲ در حقوق امریکا هنگامی معاملات انحصاری در مغایرت با انگاره‌های حقوق ضدانحصار قرار می‌گیرد که اجرای قرارداد سبب محدود یا مسدود شدن رقابت در بخش عمده‌ای از تجارت مرتبط شود. در حالی که این شرایط کمتر در حوزه کلان داده‌ها قابل تصور است و عمدتاً می‌توان داده‌ها را از منابع مختلف بدست آورد. حتی اگر قرارداد انحصاری با یک فروشنده داده منعقد شده باشد، مانع از این نیست که متقاضی خود به گردآوری داده‌ها دست زده یا بنگاه‌های خارج مانده از توافقات انحصاری، داده‌هایشان را

1. Modrall, op.cit. at 47-48.

2. Modrall, Antitrust Risks and Big Data, op.cit. at 7; Howell, op.cit. at 19.

با یکدیگر مبادله نمایند.^۱ در پرونده‌ای در سال ۲۰۱۷ خواهان، بنگاهی بود که به جمع‌آوری و پردازش داده‌ها در حوزه فروش خودروها می‌پرداخت و از این طریق خدمات خاصی را ارائه می‌کرد. خواندگان که به‌عنوان دارندگان بزرگ سیستم مدیریت داده‌های خودرو در موقعیت مسلطی قرار گرفته بودند، قراردادی انحصاری میان خود منعقد کرده و داده‌های خاص و پرارزشی را به اشتراک متقابل گذاشتند و همچنین از طریق شروط انحصاری با فروشندگان خودرو، کنترل انحصاری داده‌های آنها را به دست گرفتند. با این روند، خواهان همانند بنگاه‌های ثالث دیگر با قطع دسترسی به داده‌ها، در ادامه ارائه خدمات خود با مشکل مواجه شد. پیش از انعقاد این توافقات انحصاری، خواندگان معامله‌کنندگان را از اینکه از داده‌های جمع‌آوری شده به‌طور آزادانه برای سیستم مدیریت داده خود استفاده نمایند، منع نمی‌کردند. خواهان معتقد بود این قرارداد انحصاری بین دو بنگاه سبب محدودیت شدید در رقابت شده و مشمول ماده ۱ «قانون ضدانحصار شرمن» امریکا است و مدعی بود هدف و اثر اصلی این قرارداد، حذف رقبا از بازارهای پایین دست جمع‌آوری و تراکم‌سازی داده‌ها است. همچنین شواهدی ارائه کرد که نشان می‌داد این دو بنگاه بهای خدمات خود را بعد از انعقاد توافق انحصاری، چهار برابر افزایش داده بودند. به نظر برخی حقوق‌دانان این واقعه که در پرونده مذکور داده‌های مزبور جنبه منحصربه‌فرد داشتند و بعد از معامله انحصاری قیمت‌ها بی‌جهت افزایش یافته بود، جنبه ضدرقابتی بودن توافق را تقویت می‌کرد. در حالی که اگر خواهان می‌توانست داده‌های با کیفیت مشابه را از سایر منابع تحصیل نماید، شاید این توافق کمتر در معرض نقض مقررات رقابتی قرار می‌گرفت.^۳

اعطای دسترسی تبعیض آمیز به داده‌ها نیز می‌تواند نوعی تخلف از قواعد رقابتی تلقی شود؛ وقتی بنگاه مسلط چنین اجازه‌ای را به‌طور تبعیض آمیز به بعضی بنگاه‌های عموماً وابسته داده و از برخی دیگر که نیاز ضروری به این نهاده‌ها دارند، بدون هیچ دلیل موجهی داده‌ها را دریغ می‌کند و از این مجرا به دنبال اخلال در رقابت در بازارهای پایین دست یا

1. David Balto & Matthew Lane, "Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data", (2016), at 5; Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753249

2. Authenticom, Inc. v. CDK Global, (2017), LLC. 874 F.3d 1019.

3. Howell, op.cit. at 19-21.

مجاور است.^۱ در پرونده‌ای در امریکا^۲ خواهان علیه توئیت‌ر به ادعاهای مختلف از جمله نقض مقررات رقابتی دعوایی مطرح کرد. به این توضیح که توئیت‌ر برای مدت زیادی داده‌های گردآوری شده از پلتفرم خود را در ازای دریافت یک میلیون دلار سالیانه در اختیار خواهان می‌گذاشت تا آنها را تجزیه و تحلیل و بر اساس نتایج، محصولات خود و همچنین کمپین‌های بازاریابی طراحی کند. اما توئیت‌ر به یک‌باره دسترسی به کلان‌داده‌ها به دسته‌ای از بنگاه‌های پردازشگر و تحلیل‌کننده از جمله خواهان را متوقف و قطع همکاری کرد و تصمیم گرفت با سایر فعالان در زمینه تحلیل داده‌ها مشارکت کند و همین امر باعث شد بنگاه مزبور در آستانه حذف از بازار قرار گیرد و از این رو شکایتی به ادعای تخلف از موازین حقوق ضدانحصار علیه توئیت‌ر مطرح نمود. اگرچه متعاقباً طرفین به تفاهم رسیدند و توئیت‌ر به خواهان اجازه دسترسی به کلان‌داده‌ها را داد ولی به نظر می‌رسد این اقدام، نوعی سوء استفاده از موقعیت مسلط در محدود کردن جهت‌دار و بلاوجه رقابت بود. به عقیده برخی نویسندگان به لحاظ رقابتی باید دقت کرد که دارندگان پلتفرم‌های بزرگ چه بنگاه‌هایی را برای تجزیه و تحلیل داده‌ها برمی‌گزینند و با سایر متقاضیان چگونه تعامل می‌کنند و آیا به‌طور تبعیض‌آمیزی آنها را از بهره‌برداری از کلان‌داده‌ها محروم می‌سازند یا خیر؟^۳

۲. گردآوری خدعه‌آمیز کلان‌داده‌ها

۲-۱. تحلیل موضوع

در نظر برخی حتی جمع‌آوری بیش از حد داده‌ها می‌تواند از مصادیق رویه‌های ضد رقابتی محسوب شود.^۴ بنگاهی ممکن است کاربران خود را به‌طور صریح، ضمنی یا با سکوت و انفعال در خصوص نحوه گردآوری و استفاده از داده‌های شخصی‌شان و رویه‌های مرتبط با حریم خصوصی فریب دهد و آنها را ترغیب به استفاده از خدمات خود کند؛ در حالی که

1. Vicente Bagnoli, "The Big Data Relevant Market Antitrust", *Concorrenza e Mercato*, Vol. 23, (2016), at 74; Modrall, op.cit, at 6.

2. *PeopleBrowsr, Inc. V. Twitter, Inc No.* (2013). C-12-6120 EMC 03-06-2013.

3. Bagnoli, op.cit. at 75.

4. Bjorn Lundqvist, "Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things", (2016), at 27; Available at: [https:// papers. ssrn. com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2891484](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2891484).

اگر کاربران از واقع امر اطلاع داشتند حاضر به استفاده از پلتفرم نبودند. این تدبیر متقابلانه به بنگاه‌های بزرگ واجد موقعیت مسلط اجازه می‌دهد تا داده‌های بیشتری کسب کنند و به این ترتیب ضمن تقویت جایگاه خود، نوعی برتری نسبت به رقبا پیدا کرده و نظر تبلیغ‌دهندگان را نیز بیشتر جلب نمایند. در این موقعیت بنگاه‌های رقیب برای باقی ماندن در گردونه رقابت ممکن است بهای خدمات را افزایش داده یا از کیفیت آنها بکاهند و به این ترتیب مشتریان خود را از دست بدهند و به تدریج ناگزیر از بازار خارج شوند زیرا نمی‌توانند به منابع مالی ناشی از تبلیغ یا فرصت‌های برابر دست یابند.^۱

در حقوق امریکا این نوع فریبکاری نسبت به کاربران یا رقبا می‌تواند مبنایی برای توجیه اقدام برای انحصارگرایی باشد. برای مثال شرکتی با دادن اطلاعات خطا در مورد محصولات خود یا خدمات رقبا در برنامه‌های تبلیغاتی، درصدد تثبیت جایگاه مسلط خود برمی‌آید. در رویه قضایی و رقابتی امریکا شاهد آن هستیم که تبلیغات ناروا اگر واجد اثر چشمگیری بر فضای رقابت باشد، در گستره حقوق ضد انحصار قرار می‌گیرد. البته در موقعیتی که اثر این اعمال بر کلیت بازار محل تردید و ابهام بوده یا اینکه امکان تصحیح چنین رویه‌هایی وجود داشته باشد، امکان طرح موضوع در قالب یک دعوی ضد انحصار منتفی می‌شود. در مورد اینکه گردآوری خدعه‌آمیز داده‌ها به مثابه یک رویه ضد رقابتی باشد تردید وجود دارد زیرا به طور کلی معلوم نیست که ارزش رقابتی داده‌ها چقدر است و این ارزش از بازاری به بازار دیگر متفاوت می‌باشد. به علاوه شواهد تجربی کمی وجود دارد که اثبات نماید طریقه‌ای که یک بنگاه داده‌ها را کسب و استفاده می‌کند، تاثیر اساسی بر انتخاب مصرف‌کنندگان داشته باشد. در مقایسه با تبلیغات ناروا باید توجه داشت که به دلیل تاثیرات شبکه‌ای در بازارهای پلتفرمی و اثری که بر گردآوری داده‌ها دارد، پیامدهای ضد رقابتی شدیدتر است. به خصوص اینکه در تبلیغات ناروا فرصت تصحیح خطا وجود دارد ولی در گردآوری خدعه‌آمیز، مجال جبران اشتباهات گذشته قابل تصور نیست. به ویژه اینکه گردآوری خدعه‌آمیز داده‌ها برای بازار و کاربران چندان مشهود نیست اما در هر حال ملاک محکومیت رقابتی چنین رفتارهایی ورود لطمات رقابتی است. برای مثال اگر این رویه باعث افزایش قیمت خدمات شود ولی تاثیر چندانی بر فضای رقابت نداشته

1. Howell, op.cit. at 14.

باشد یا آنکه توسط بنگاهی اتخاذ شود که قدرت بازاری چشمگیری ندارد، از سوی مراجع امریکا به عنوان یک اقدام ضد رقابتی شناخته نمی‌شود. مقوله واجد اهمیت این است که چنین رفتاری باید موجب حذف یا محدود شدن رقبا در اثر سوء استفاده از موقعیت مسلط بنگاه مرتکب باشد. برخی پیشنهاد داده‌اند اگر پلتفرمی در جایگاه مسلط باشد و به گردآوری غیرمعمول داده‌ها بپردازد، خود باید اثبات کند که این اقدام باعث تقویت قدرت بازاری او نشده است.^۱

به طور کلی اگر رویه سبب جذب کاربران بیشتری برای پلتفرم شود یا اینکه وضعیت سایر رقبا در جذب تبلیغ دهندگان در سویه دیگر بازار پلتفرمی را دشوار سازد و باعث افزایش درآمد تبلیغاتی بنگاه گردآوری کننده داده‌ها شود، می‌توان در ضد رقابتی بودن آن تامل جدی کرد. البته نباید از نظر دور داشت که صرف اینکه یک پلتفرم بتواند کاربران بیشتری جذب نموده یا درآمد بیشتری از راه تبلیغات حاصل کند، به این معنا نیست که مرتکب سوء استفاده از جایگاه خود در روند رقابت شده و یا دارای ظرفیت احتمالی برای اختلال در رقابت است. در حقوق امریکا این رویه‌ها مشمول ماده ۵ «قانون کمیسیون فدرال تجارت» است که با عنوان روش‌های غیرمنصفانه تجارت مطرح می‌گردند و شامل اعمالی می‌شود که مقررات ضد انحصار را تا حدودی نقض می‌کنند ولی این تخلف به اندازه‌ای نیست که مشمول ماده ۲ قانون ضد انحصار شرمین به عنوان اقدام برای انحصارگرایی گردد.^۲

۲-۲. انعکاس نقش حفاظت از داده‌های شخصی در پرونده‌های جدید رقابتی
آیا نقض حریم خصوصی و یا استفاده از داده‌های شخصی اشخاص برای مقاصد تجاری و رقابتی می‌تواند به عنوان یک موضوع حقوق رقابتی نیز مطرح شود؟ دیوان دادگستری اروپا سابقاً به صراحت در پرونده‌ای^۳ اعلام داشت مسائل مربوط به حریم خصوصی که مرتبط با داده‌هاست را باید خارج از گستره حقوق رقابت بررسی کرد. این مرجع در قضیه تملک واتساپ توسط فیسبوک در سال ۲۰۱۴ نیز همین دیدگاه را اتخاذ کرد و معتقد بود که اصولاً چالش‌های مرتبط با حریم خصوصی و داده‌های شخصی در قلمرو حقوق رقابت

1. Ibid. at 15-16.

2. Mor Bakhom et al., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law* (Germany: Springer, 2018) at 166; Howell, op.cit. at 17.

3. Judgment of the Court (Third Chamber) of. Asnef-Equifax (2006) Case C-238/05.

اتحادیه اروپا جای نمی‌گیرد. این دیدگاه غیرمنعطف متعاقبا توسط مرجع رقابتی آلمان به چالش کشیده شد. در جریان گردآوری داده‌ها توسط فیسبوک بعد از تملک واتساپ، این واقعیت آشکار گردید که فیسبوک بدون اخذ رضایت کامل از کاربران در حال استفاده از داده‌های آنهاست و در خصوص سیاست خود در مورد شروط ناظر به نحوه بهره‌برداری از داده‌های کاربران واتساپ، فریبکاری کرده است. با این ترفند، فیسبوک موفق شد که داده‌های وسیعی از کاربران را از منابع ثالث جمع‌آوری کند و ضمن تلفیق آنها با داده‌های جمع‌آوری شده از حساب‌های کاربری فیسبوک و واتساپ، از آنها برای مقاصد مختلف مالی و رقابتی سود جوید. این اقدام فیسبوک که در بازار پلتفرم‌های شبکه‌های اجتماعی آلمان حدود ۹۵ درصد سهم را در اختیار داشت، هم به منزله نقض حریم خصوصی و حقوق اشخاص نسبت به داده‌های خود و هم نوعی سوء استفاده از موقعیت مسلط شمرده شد که با جریمه و الزام به تغییر رویه مواجه گردید. در تجدیدنظرخواهی در دادگاه عالی منطقه دوسلدورف، دادگاه، تصمیم مرجع رقابتی را رد کرد زیرا تصمیم مرجع رقابتی را فاقد توضیحات قانع‌کننده در خصوص نحوه نقض «مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا» و تأثیر نامطلوب این رویه بر روند رقابت ارزیابی نمود. در نظر دادگاه حتی اگر نحوه جمع‌آوری داده‌ها را به چالش کشیده و معتقد باشیم که از قواعد مربوط به حفاظت از داده‌ها تخلف صورت گرفته است، این امر لزوماً به معنای ارتکاب اقدام ضدرقابتی نمی‌باشد و حجم داده‌های گردآوری شده به تنهایی عاملی تعیین‌کننده برای موفقیت یک شبکه اجتماعی در بازار محسوب نمی‌شود.^۱

در سال ۲۰۲۰ دیوان عالی آلمان تصمیم مرجع رقابتی این کشور درباره سوء استفاده فیسبوک از موقعیت مسلط خود را تایید کرد. از نظر دیوان، این پلتفرم مسئولیت ویژه‌ای در حفظ رقابت موجود در بازار شبکه‌های اجتماعی داشت و تحمیل شرایط غیرمنصفانه به کاربران در مورد نحوه گردآوری و استفاده از داده‌های واتساپ و فیسبوک و برای نیل به اهداف رقابتی و تنگ کردن مجال رقابت برای رقبای، از مصادیق سوء استفاده از موقعیت مسلط به شمار می‌آید. لذا دیوان دستور داد تا فیسبوک نحوه بهره‌برداری از داده‌ها را تغییر

1. Ioannis Kokkoris & Claudia Lemus, *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement* (UK: Edward Elgar Publishing, 2022) at 61-62; Batchelor & Janssens, op.cit. at 17.

دهد و چنین رویه و توافقاتی را به کاربران تحمیل نکند. به بیان صریح تر، مرجع رقابتی آلمان معتقد بود که خاتمه دادن به اقدامات ناروای فیسبوک در خصوص داده‌های شخصی کاربران که ابعاد مختلفی داشت، جز با بکارگیری تمهیدات و راهکارهای قاطع حقوق رقابت ممکن نیست.^۱

در پرونده دیگری در سال ۲۰۲۲ کمیسیون فدرال تجارت امریکا دعوایی علیه توئیتر را آغاز کرده است؛ به این دلیل که این پلتفرم دستور قبلی کمیسیون مبنی بر عدم استفاده از داده‌های کاربران برای اهداف تجاری را نقض کرده است. توئیتر با رویه‌ای خدعه‌آمیز و به بهانه حفاظت از امنیت حساب کاربری اشخاص، از حدود ۱۴۰ میلیون کاربر شماره تلفن، آدرس، ایمیل و سایر داده‌های شخصی را اخذ کرده و تحقیقات نشان می‌دهد که داده‌های مزبور را در اختیار آژانس‌های تبلیغاتی گذاشته است که به‌طور شخصی کاربران را هدف تبلیغاتی قرار دهند و با این تمهید، منافع مالی بیشتری به دست آورده و جایگاه رقابتی خود را مستحکم‌تر ساخته است. در حالی که چنین ترتیباتی هم با مقررات مرتبط با حفاظت از داده‌های شخصی و موازین حقوق ضدانحصار و هم با مصالحه‌ای که سابقاً توئیتر با کمیسیون منعقد کرده بود، مغایرت داشت. بر این اساس توئیتر علاوه بر پرداخت ۱۵۰ میلیون دلار جریمه، باید رویه خود را نیز متوقف سازد.^۲

به‌طور کلی شاهد آن هستیم که ملاحظات مربوط به حفاظت از داده‌های شخصی به تدریج جای خود را در تحلیل‌های حقوق رقابتی باز می‌کنند و این دو نظام جهت حفاظت قوی‌تر از حقوق کاربران و نظام‌مند کردن نحوه بهره‌برداری از داده‌های شخصی کاربران، همگرایی بیشتری یافته‌اند.^۳

1. Juliana Novaes et al., "Big Data & Antitrust: 2020 in Review", (2021); Available at: <https://www.internetjustsociety.org/big-data-antitrust-year-in-review>; Kokkoris & Lemus, op.cit. at 62.

2. FTC Charges Twitter with Deceptively Using Account Security Data to Sell Targeted Ads, (2022), Available at: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/05/ftc-charges-twitter-deceptively-using-account-security-data-sell-targeted-ads>

3. Robert Walters et al., *Data Protection Law A Comparative Analysis of Asia-Pacific and European Approaches* (Singapore: Springer, 2019) at 333 et s.

۳. سوء استفاده‌های قیمتی حول کلان داده‌ها

۳-۱. تبعیض قیمتی و کلان داده‌ها

تبعیض قیمتی در دو موقعیت حول کلان داده‌ها مطرح می‌شود: نخست؛ در شرایطی که بنگاه‌ها به مدد آنها به تبعیض قیمتی میان کاربران و مشتریان می‌پردازند و دوم؛ واگذاری داده‌ها به بنگاه‌های نیازمند، موضوع تبعیض قیمتی قرار می‌گیرد.

در بازارهای داده‌محور که تمرکز بالایی دارند و بهای محصولات یا خدمات رقبا در محیط شفاف در دسترس قرار دارد، کنشگران بازار با دسترسی به حجم عظیمی از داده‌ها و با استخدام فناوری‌های پیچیده هوش مصنوعی، به علائق و اولویت‌های هریک از مشتریان پی برده و نتایجی دقیق‌تر که متناسب با خواسته کاربران و مطلوب قیمتی آنهاست ارائه می‌کنند. به این ترتیب در واقع دست به تبعیض قیمتی میان کاربران می‌زنند. از این فرایند به یادگیری ماشینی از طریق کاربرد داده‌های کاربری یاد می‌شود. در مقابل در بازارهای سنتی، به دلیل فقدان اطلاعات کامل از مصرف‌کنندگان، این امکان چندان فراهم نیست.^۱ تجربه و تحلیل کلان داده‌ها این فرصت را مهیا ساخته تا قیمت‌ها برای هر مشتری شخصی‌سازی شود که در چنین شرایطی برای آنها دشوار است که بخواهند از پرداخت بهای مزبور امتناع کنند زیرا قیمت پیشنهادی متکی بر اطلاعات دقیق از وضعیت آنهاست. از سوی دیگر پلتفرم‌ها این فرصت را می‌یابند تا با سوء استفاده از کلان داده‌ها، قیمت‌های بالاتری تعیین کنند و مشتریان نیازمند را در تنگنا قرار دهند و منافع تحصیل کنند که از طرق معمول حاصل نمی‌شد. البته چالش رقابتی، بیشتر ناظر به موقعیتی است که در بازارها حجم عظیمی از داده‌های قیمتی به‌طور عمومی در دسترس هستند و کالاها و خدمات تنوع زیادی ندارند.^۲

در واقع ارزش این داده‌ها به نحوی بوده است که موازنه بین فروشندگان و خریداران را به هم زده است که از نظر هنجارهای حقوق رقابت، در شرایط خاص قابل پذیرش

1. Daniel Sokol & Roisin Comerford, "Antitrust and Regulating Big Data", George Mason Law Review, Vol. 23: 5, (2016), at 1134-1135; Howell, op.cit. at 24.

2. Modrall, Closer Look at Competition Law and Data, op.cit. at 51.

نیست. به باور برخی، در حقوق امریکا این شرایط بستر حذف رقبا را هم تسهیل می‌کند بدون آنکه برخورد صریح و هویدایی با مقررات رقابتی داشته باشد.^۱

اگرچه کلان‌داده‌ها فرصت شخصی‌سازی قیمت‌ها و متقاعد کردن مشتریان را به انجام معامله فراهم می‌سازد و از آن به نوعی اعمال تبعیض در قیمت تعبیر می‌شود ولی از جانب دیگر باید توجه داشت که چنین روندی گاه به تشدید رقابت می‌انجامد زیرا هرکدام از رقبا سعی در ارائه قیمتی دارند که مشتریان را به سمت خود جلب کنند و احتمال دارد که برای نیل به این هدف، قیمت‌های پایین‌تری وضع نمایند. تبعیض قیمتی به این شکل در بردارنده نوعی کارایی اقتصادی است و نباید آن را یک سره ضد رقابتی دانست. به علاوه به برخی بنگاه‌ها مساعدت می‌کند تا به رقابت موثرتری با رقبای خود بپردازند. با وجود این نباید از این حقیقت غافل شد که در برخی موارد منافع غالباً نصیب پلتفرم‌هایی می‌شود که در بازار در موقعیت مسلطی قرار دارند و با تمهیداتی از این دست، درصدد تغییر ساختار بازار و عادات خرید برمی‌آیند. در هر حال موضوع محل مناقشه جدی بوده و در حال حاضر دقیقاً مشخص نیست که حقوق رقابت تا کجا حق مداخله دارد و به سهولت نمی‌توان تبعیض قیمتی میان کاربران را از مصادیق سوء استفاده از موقعیت مسلط دانست^۲ زیرا در فرایند ارزیابی در خصوص سرنوشت رقابتی استفاده از کلان‌داده‌ها لازم است تا نه تنها مضرات بلکه تبعات مثبت آن را نیز ملحوظ داشت.^۳

موقعیت دوم در تبعیض قیمت‌گذاری در هنگام واگذاری کلان‌داده‌ها به بنگاه‌های مختلف مطرح می‌شود. اگر بنگاهی که ارائه‌کننده داده‌های شخص ثالث است با سوء استفاده از موقعیت مسلط خود، به تبعیض در قیمت میان بنگاه‌های مختلف متقاضی روی آورد، به این هدف که برخی را تقویت و برای بعضی دیگر در بازار موانع حذف‌کننده ایجاد نماید، با مصداقی از رفتارهای سوء استفاده‌آمیز مواجه هستیم. با این وصف، ادعای

1. Howell, op.cit. at 47.

2. Christopher Townley et al., "Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law", (2017), at 52-53; Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm?abstract_id=3048688](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3048688).

3. Lerner, op.cit. at 63; Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm? abstract_ id=2482780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780).

عدم مشروعیت رقابتی تبعیض قیمتی نسبت به داده‌های دسته اول یا داده‌های شخص ثالث واگذار شده از سوی بنگاه فاقد جایگاه مسلط، وجه چندانی ندارد.^۱

۲-۳. قیمت‌گذاری تهاجمی

به بیان ساده هنگامی قیمت‌گذاری تهاجمی محسوب می‌شود که بهای تعیین شده برای یک محصول زیر قیمت تمام شده بوده و فروشنده با تحمل زیان مقطعی، قصد جبران هزینه‌ها را در آینده با افزایش چشمگیر بهای محصول دارد. در بازارهای داده‌محور با عنایت به تاثیرات شبکه‌ای، به سود پلتفرم است تا از منافع کوتاه‌مدت چشم‌پوشی کند به این امید که در آینده نزدیک به موقعیت مسلط یا انحصار دست می‌یابد و می‌تواند پس از آنها بهای محصول یا خدمات خود را افزایش دهد و زیانهای سابق را جبران سازد.^۲ یکی از راه‌های دسترسی بیشتر به داده‌های اشخاص این است که خدمات به قیمتی نزدیک به صفر ارائه شود تا کاربران جذب یک پلتفرم شوند؛ برخی از این رویه به قیمت‌گذاری تهاجمی یاد کرده‌اند که از دیدگاه حقوقی محل اشکال جدی است.^۳ کلان‌داده‌ها هدف‌گذاری تبلیغاتی شخصی را میسر می‌کند که با دریافت پول از تبلیغ‌کنندگان، منابع مالی سرشاری برای پلتفرم به ارمغان می‌آورد و در نتیجه آنها می‌توانند خدمات رایگان به کاربران ارائه نمایند که اصولاً از نظر اقتصادی و ملاحظات حقوق رقابتی با مانعی مواجه نیست. اگرچه با قیمت‌گذاری صفر آنها می‌تواند ورود تازه‌واردان و موقعیت رقابتی که هنوز در بازار تثبیت نشده‌اند را به خطر بیندازند اما نباید از نظر دور داشت که ارائه خدمات با کیفیت و رایگان به کاربران، از منظر استانداردهای حقوق رقابت مطلوبیت زیادی دارد. به‌علاوه این گزاره به اثبات نرسیده است که ورود تازه‌واردان و رقابت آنها با بنگاه‌های تثبیت شده به دلیل ارائه خدمات رایگانی است که به لطف کلان‌داده‌ها حاصل می‌شود.^۴

1. Modrall, op.cit. at 50.

2. Howell, op.cit. at 23.

3. Eliana Garces & Daniel Fanaras, "Antitrust, Privacy, and Digital Platforms' Use of Big Data: A Brief Overview", Journal of the Antitrust, Vol. 28, No. 1, (2018), at 29.

4. Sokol & Roisin, op.cit. at 1134.

در پرونده/اوبر و رقبا شاهد هستیم که چگونه اوبر به عنوان بزرگترین پلتفرم حمل و نقل برخط شهری از کلان داده‌ها به عنوان یک نهاد ضروری^۱ در ارائه خدمات استفاده کرد و با خرید بیش از حد داده‌ها، هم فرصت ارائه امتیازات فرارقابتی برای ارائه خدمات با بهای کم به کاربران را پیدا کرد و هم با طرفند به خدمت گرفتن بیش از نیاز رانندگانی که برای رقبایی نظیر «لیفت»^۲ فعالیت می‌کردند، توانایی آنها را در ارائه سرویس به مشتریان حمل و نقل محدود نمود به نحوی که برای نمونه، لیفت ناگزیر به افزایش قیمت خدمات خود شد و متعاقباً مشتریان بیشتری را از دست داد و پس از مدتی نتوانست به رقابت ادامه داده و از بازار خارج شد. بر این اساس رفتار سوء استفاده آمیز و حذف کننده‌ای که به مدد کلان داده‌ها اتفاق افتاد، سبب حذف رقیب شد و بعد از خروج لیفت از بازار، اوبر نیز بهای سرویس را در بازار افزایش داد. به این ترتیب کلان داده‌ها و الگوریتم‌های مرتبط این فرصت را به اوبر دادند که ابتدا قیمت‌های پایین مقرر کند و مزایایی را برای کاربران و رانندگان در نظر بگیرد اما پس از قرار گرفتن در موقعیت مسلط، بهای خدمات خود را افزایش و شرایط را برای رانندگان دشوار کرد.^۳

۴. سوء استفاده از کلان داده‌ها برای ورود ناروا به بازارهای دیگر و محدودسازی رقبا

وقتی از داده‌ها می‌توان علاوه بر بازار اصلی برای اهداف مختلف در بازارهای مرتبط یا عمودی نیز بهره گرفت، این احتمال نیز قوت می‌گیرد که پلتفرم در پی اهرم قرار دادن داده‌ها برای تعمیم ناروای انحصار یا قدرت بازاری خود از یک بازار به بازار دیگر باشد تا موقعیت خود را در بازار اصلی حفظ و تقویت یا مسیر ورود خود به بازارهای دیگر را هموار سازد. چه بسا بنگاهی علاقمند باشد با تعمیم قدرت داده‌ای خود به بازارهای دیگر، منافع جدیدی به دست آورد در حالی که نسبت به از دست دادن قدرت بازاری خود در

۱. منظور از نهاد ضروری، عامل و عنصری است که برای تولید یک محصول یا ارائه خدمات، دستیابی به آن لازم و غیر قابل اجتناب می‌باشد.

۲. Lyft.

۳. Herrera Anchustegui & Julian Nowag, "How the Uber & Lyft Case Provides an Impetus to Re-Examine Buyer Power in the World of Big Data and Algorithms", (2017), at 10; Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2998688.

بازار اصلیش نیز نگرانی‌هایی دارد و مایل است تا مانع از ورود فعالان جدید از جمله جویندگان داده به این بازار شود. چه بسا هر دوی این راهبردها را تلفیق و دنبال کند یعنی هم محدوده فعالیت خود را به بازارهای پایین دست با اهرم قرار دادن قدرت بازاری ناشی از کلان داده‌ها بسط دهد و هم با ایجاد موانع و محدودسازی یا حذف رقبا، موقعیت‌های بیشتری برای خود یا شرکا و بنگاه‌های وابسته‌اش ایجاد کند. اگرچه به نظر می‌رسد حذف رقبا از بازارهای پایین دست به مراتب، اثرات ضدرقابتی بیشتری دارد تا تعمیم قدرت بازاری به بازار دیگر. در نظر نهادهای رقابتی امریکا، صرف منفعت بردن از انحصار یا انحصارگرایی و سوء استفاده از موقعیت مسلط مطرود است و در این میان تفاوتی نمی‌کند که بنگاه از انحصار یا جایگاه مسلط خود در بازار اصلی سودجویی کند یا اینکه با انجام اقداماتی، قدرت بازاری خود را به بازارهای مجاور نیز تسری دهد.^۱

وقتی یک پلتفرم از مجرای دسترسی ترجیحی به داده‌های کاربران، خدمات یا محصولات خود یا شرکایش را مورد حمایت بیشتری قرار می‌دهد؛ اگر بتواند به‌طور چشمگیری رقابت را محدود کند یا بر روی مولفه‌های بازار تغییرات اساسی بگذارد، احتمالاً با یک رویه ضدرقابتی مواجه هستیم.^۲ در سال ۲۰۲۰ در اتحادیه اروپا پرونده‌ای علیه آمازون شکل گرفت. با این توضیح که آمازون نقش دوگانه در بازارگاه خود دارد و از یک سو میزبانی برای فروشندگان مستقل است که مستقیماً محصولات خود را به مشتریان می‌فروشند و از جهت دیگر خود به‌عنوان یک فروشنده، برخی محصولات را در پلتفرمش به معرض فروش می‌گذارد. مقامات رقابتی اتحادیه اروپا متوجه شدند که آمازون در حال نقض مقررات رقابتی است چراکه از داده‌های شخصی فروشندگان و خریداران که از پلتفرم خود گردآوری می‌کند برای برتری رقابتی نسبت به سایر فروشندگان رقیب خود که به این داده‌ها دسترسی ندارند، سوء استفاده می‌کند. جمع‌آوری این داده‌ها به آمازون کمک نموده تا بتواند خود را به‌عنوان رقیبی خرده‌فروش از طریق طراحی یک استراتژی مناسب که از پردازش داده‌ها بدست آورده است مطرح کند و در رقابت پیش بیفتد.^۳ کمیسیون اتحادیه اروپا معتقد است که آمازون به لطف دسترسی به داده‌های

1. Howell, op.cit. at 23.

2. Garces & Fanaras, op.cit. at 30.

3. Novaes et al. op.cit.

غیرعمومی فروشندگان و کاربران که رقبای خرده‌فروش از آنها محروم هستند، از مخاطرات معمول رقابتی در بازار خرده‌فروشی اجتناب کرده و موفق شده است تا قیمت و تنوع محصولات خود را تعدیل یا بهبود بخشد و در حقیقت مرتکب نوعی سوء استفاده از موقعیت مسلط گردیده است.^۱

بسیاری از فعالان بازار وقتی درصدد عرضه محصول جدید یا تغییر رویه قیمتی برمی‌آیند، نیازمند صرف هزینه هنگفتی هستند تا داده‌های زیادی را جمع‌آوری و به اطلاعات معناداری بدل کنند و دست به تحقیقات میدانی بزنند و در نهایت ممکن است با تغییر استراتژی تجاری نیز توفیقی حاصل نکنند. در حالی که آمازون با سوء استفاده از کلان‌داده‌ها از بسیاری از این مخاطرات احتراز نموده و به این ترتیب از جایگاه مسلط خود در بازار پلتفرمی، میزبان فروشندگان برای محدود کردن رقابت در بازارهای خرده‌فروشی سوء استفاده کرده است.^۲ پس از کش و قوس‌های فراوان، در نهایت آمازون در سال ۲۰۲۲ حاضر شده است بجای ورود به یک دعوی تمام عیار، تعهداتی را در برابر کمیسیون اتحادیه اروپا بپذیرد تا نگرانی‌های رقابتی در خصوص سوء استفاده از داده‌های شخصی را برطرف نماید.^۳

در پرونده دیگری مرجع رقابتی فرانسه در سال ۲۰۱۴ در مواجهه با بنگاهی^۴ قرار گرفت که در بازار پایگاه‌های داده اطلاعاتی پزشکی در فرانسه، دارای موقعیت مسلط بود و در عین حال عرضه‌کننده نرم‌افزار خاصی برای مدیریت داده‌ها بود که چندان مورد اقبال فعالان بازار قرار نگرفته بود. این بنگاه از فروش یکی از دیتابیس‌های کلیدی خود به سایر شرکت‌هایی که از نرم‌افزار رقیب برای مدیریت روابط با مشتریان در بخش سلامت استفاده می‌کردند، امتناع نمود. مرجع رقابتی فرانسه در تحقیقات خود نهایتاً به این نتیجه رسید که رفتار بنگاه مسلط نوعی سوء استفاده از جایگاه بازاری و به نوعی باهم‌فروشی سنتی

1. Stan Besen & Phil Verveer, "Competition and Data: Potential Remedies", Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law, Vol. 21, (2021), at 110.

2. Natasha Lomas, Europe Lays Out Antitrust Case against Amazon's Use of Big Data, (2020); Available at: <https://techcrunch.com>.

3. Commission Seeks Feedback on Commitments Offered by Amazon Concerning Marketplace Seller Data and Access to Buy Box and Prime, (2022), Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4522.

4. Ceg Edim.

محسوب می‌شود زیرا این بنگاه در بازار داده‌های پزشکی شخص ثالث دارای موقعیت مسلط بود و دسترسی به پایگاه داده خود را منوط به استفاده از نرم‌افزارش کرده بود که ویژگی یا کارایی خاصی نداشت و در واقع سعی داشت تا از موقعیت مسلط خود در بازار کلان‌داده‌ها به منظور محدودسازی رقبا در بازار نرم‌افزار تحلیل داده‌ها استفاده نماید تا مسیر خود را برای یافتن موقعیت بهتر رقابتی در بازار مرتبط هموار سازد که از نظر رقابتی، رفتار قابل پذیرشی نیست. مرجع رقابتی با ضدرقابتی خواندن این اقدام برای شرکت یادشده نزدیک به ۵.۷ میلیون یورو جریمه مقرر کرد و در سال ۲۰۱۷ نیز دیوان عالی فرانسه بر این تصمیم صحه گذاشت.^۱

۵. دیدگاه حقوق ایران

در بند ۱۵ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، وضعیت اقتصادی مسلط به موقعیتی اطلاق می‌شود که «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 قسمت ۶ ماده ۱ سند «سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوهای فضای مجازی» ابلاغی شورای عالی فضای مجازی در تابستان ۱۳۹۹ در احراز وضعیت اقتصادی مسلط، علاوه بر معیارهای پیش‌گفته، اشاره شده است که اگر میزان داده‌های در اختیار اشخاص از میزان معین شده توسط شورای رقابت بیشتر باشد، پلتفرم دارای موقعیت مسلط قلمداد می‌شود. به بیان دیگر سند مزبور صرف برخورداری از حجم عظیمی از داده‌ها را ملاک احراز موقعیت مسلط قرار داده است در حالی که این نهاد به تنهایی تأثیری در شکل‌گیری موقعیت مسلط ندارد. در بخش سیاست‌های سند و در فراز ۵ از ماده ۳ «جلوگیری از سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط توسط پلتفرم‌ها» از مهم‌ترین سیاست‌های سند برشمرده شده است.

در هیچ‌یک از موازین پیش‌گفته، نشان دقیق و صریحی از موازین رقابتی ناظر به سوء استفاده از موقعیت مسلط به واسطه کلان‌داده‌ها یا مصادیق خاص آن ملاحظه نمی‌گردد اما

1. Modrall, op.cit. at 46.

با توجه به عمومات مطروح در مقررات ایران، برخی از ابعاد موضوع را می‌توان تا حدودی تبیین و راهکارهایی ارائه کرد:

* در خصوص امتناع یا محدودیت در تسهیم کلان‌داده‌ها، قسمت ۱ بند (الف) ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «استنکاف فردی یا جمعی از انجام معامله...» که منجر به اخلاف در رقابت می‌شود، ممنوع است. مطابق ظاهر این ماده، خودداری از تسهیم کلان‌داده‌ها امری ضدرقابتی است اما باید از این ظاهر گذشت زیرا بعید می‌نماید که قانون، هرگونه خودداری از به اشتراک‌گذاری داده‌ها را ممنوع بداند بلکه اگر اثبات شود بنگاه مسلطی که داده‌های دست سوم غیرقابل جایگزین را که برای ارائه خدمات یا محصولات مورد نیاز کاربران، دسترسی به آنها ضروری است از بنگاه‌های نیازمند، بدون علت موجه دریغ نموده و این امر، اخلاف در رقابت را در پی داشته است، احتمالاً با یک رویه ضدرقابتی مواجه هستیم. با وجود این نمی‌توان انکار کرد که با توجه به ماهیت و کارکرد کلان‌داده‌ها، احتمال تحقق این شرایط ناچیز است لذا در حقوق ایران نیز به دشواری می‌توان موردی را یافت که اجتناب یک‌جانبه از تسهیم کلان‌داده‌ها، وصف محل رقابت بیابد. به ویژه آنکه اجبار به اعطای دسترسی به کلان‌داده‌ها برای پلتفرم‌هایی که سرمایه‌گذاری هنگفتی صرف جمع‌آوری و پردازش آن با هوش مصنوعی نموده و درصدد استفاده از آن برای اهداف نوآورانه هستند، عمیقاً نامطلوب است که با لزوم حفاظت از کارایی پویا که در بند ۲۰ ماده ۱ قانون مورد اشاره قرار گرفته است، همخوانی ندارد. همچنین در قسمت ۲ بند (الف) ماده ۴۵ قانون، مقوله معاملات انحصاری و وادار کردن اشخاص دیگر به استنکاف از معامله و یا محدود کردن توافقات آنها با رقیب و در قسمت ۳ بند (و) ماده مذکور نیز با بیان دیگری، معامله انحصاری محل رقابت ممنوع شمرده شده است. قسمت ۳ ماده ۶ سند شورای عالی فضای مجازی، توافق انحصارطلبانه با رقبا با سوء استفاده از قدرت بازار، جهت تحمیل بندهای قراردادی ناعادلانه را ممنوع کرده است. هر چند که در ظاهر، ماده مزبور در خصوص شروط ناعادلانه در قراردادهای انحصاری بنگاه‌های مسلط است ولی با توجه به اصول حاکم بر معاملات انحصاری نمی‌توان هرگونه توافق انحصاری در دسترسی به کلان‌داده‌ها یا تبادل آنها را ممنوع شمرد. گاه پیامدهای منفی شروط انحصاری قابل کتمان نیست: توافق انحصاری موجب می‌شود

رابطه نه بر پایه اصول رقابت در بازار بلکه به واسطه تعهد و قرارداد صرف شکل بگیرد و اگر فعالان بازار نتوانند نیاز مبرم خود را به کلان داده‌ها از منابع جایگزین برطرف سازند، علی‌الاصول اثر مستقیم معامله انحصاری، حذف رقبا و ممانعت از ورود رقبا جدید است که به طور غیرمستقیم سبب ورود ضرر به مصرف‌کنندگان می‌شود. در تحلیل رقابتی موضوع، توجه به مدت زمان توافقات انحصاری، میزان رقابت کاهش یافته و حجم تجارت متأثر، توانایی رقبا وجود یا احتمالی در ارائه واکنش مناسب و متقابل برای تعدیل تبعات محدودکننده معاملات انحصاری حول کلان داده‌ها ضرورت دارد. در مورد تبعیض در دسترسی به کلان داده‌ها طبق بندهای (ب) و (ج) ماده ۴۵ قانون، تبعیض از سوی بنگاه واجد قدرت بازاری یا موقعیت مسلط در خصوص قیمت یا شرایط معامله با اشخاص مختلف در وضعیت یکسان ممنوع است. همچنین بند ۱ ماده ۵ سند شورای عالی فضای مجازی پلتفرم‌ها را ملزم می‌سازد تا در هنگام ارائه خدمات میان کسب‌وکارهای واجد شرایط تبعیضی روا ندارند. بر این اساس اگر بنگاه مسلط در ایجاد دسترسی برای بنگاه‌هایی که نیازمند کلان داده‌ها هستند، به هدف محدودسازی یا حذف برخی از رقابت، دست به تبعیض به هر نحو بزند مرتکب عملی ضدرقابتی شده است.

* در مورد گردآوری خدعه‌آمیز کلان داده‌ها و در وهله نخست به نظر می‌رسد بند ۴ ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی که اظهارات گمراه‌کننده را مخل رقابت می‌داند، قابل استناد باشد اما تعمق در مواردی که در ذیل بند مطرح شده است، امکان استناد را دشوار می‌سازد زیرا ماده صرفاً به مواردی می‌پردازد که در رابطه با اوصاف کالاها یا خدمات ارائه شده یا قیمت و ارزش آنهاست و ظاهراً، اطلاق صدر ماده مقید شده است و به این ترتیب شامل اظهارات گمراه‌کننده در مورد نحوه استفاده از داده‌های شخصی کاربران نمی‌شود. بند (ک) ماده ۴۵ قانون نیز که کسب غیرمجاز، سوء استفاده از اطلاعات و موقعیت اشخاص را ممنوع می‌شمرد نیز وضعیت مشابهی دارد. در ظاهر به نظر می‌رسد دادن اطلاعات نادرست به کاربران و فریب آنها درباره نحوه استفاده از داده‌هایشان برای مقاصد رقابتی در شمول ماده یادشده جای می‌گیرد اما مصادیق ذکر شده در ذیل ماده صرفاً به کسب اطلاعات غیرمجاز از رقبا یا عملکرد مراجع رسمی و یا سوء استفاده از موقعیت اشخاص به نفع خود یا اشخاص ثالث اشاره می‌کند و به سادگی نمی‌توان آن را به

موضوع سوء استفاده از داده‌های شخصی کاربران برای مقاصد رقابتی تعمیم داد. قسمت ۲ از بند (ط) ماده ۴۵ ذیل عنوان سوء استفاده از موقعیت مسلط اقتصادی، تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه را محل رقابت دانسته است. لحن ماده مزبور بسیار موسع است و می‌تواند ناظر به توافقات نحوه استفاده از خدمات پلتفرم باشد که طی شروط مندرج در آنها، اطلاعات نادرست یا مبهم در خصوص استفاده رقابتی از داده‌های شخصیشان به کاربران داده می‌شود ولی با قاطعیت نمی‌توان با استناد به مقررهای این چنین وسیع، به‌طور خاص راجع به این رویه تعیین تکلیف کرد. در سند شورای عالی فضای مجازی با صراحتی بیشتر - هرچند به نحوی مجمل و ناکارآمد- به مقوله حفاظت از داده‌های شخصی کاربران و ارتباط آن با مقولات رقابتی اشاره شده است. در مقدمه سند به نگرانی‌هایی جدی در خصوص کاهش رقابت‌پذیری بازار، شکل‌گیری و تقویت انحصارها و چالش‌هایی چون حفاظت از کاربران و حفظ حریم خصوصی آنها که در بازارهای پلتفرمی شکل گرفته‌اند اشاره شده است. همچنین در فراز ۳ از ماده ۹، اصلاح معیارهای دخیل در استاندارد رفاه مشتری متناسب با ویژگی‌های متمایز بازارهای پلتفرمی و با در نظر گرفتن معیارهایی چون حفظ حریم خصوصی کاربران و صیانت از داده‌های شخصی مورد تاکید قرار گرفته است که نشان می‌دهد ملاحظات مربوط به استفاده از داده‌های شخصی کاربران، در گستره موازین رقابتی مورد توجه تدوین‌کنندگان سند بوده است. اگرچه بسیاری از ابعاد موضوع در سایه ابهام قرار دارد.

* در ارتباط با سوء استفاده‌های قیمتی حول کلان‌داده‌ها به موجب قسمت ۱ بند (د) ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قیمت‌گذاری تهاجمی که معادل «عرضه کالا یا خدمت به قیمتی پایین‌تر از هزینه تمام شده آن، به نحوی که لطمه جدی به دیگران وارد کند یا مانع ورود اشخاص جدید به بازار شود» است، به صراحت در شمار رویه‌های ضد رقابتی آمده است. برای اثبات قیمت‌گذاری تهاجمی، سه شرط باید محقق شود: ۱- قیمت‌گذاری پایین‌تر از هزینه‌ها؛ ۲- قصد جبران خسارات وارده در آینده و ۳- اختلال در رقابت. بر این اساس اگر دارنده کلان‌داده‌ها به کمک آنها قادر به تعیین قیمت‌های تهاجمی شود و از این طریق اختلالی در بازارها به وجود آورد، مرتکب عمل محل رقابت شده است. همچنین اگر دارنده با موقعیت مسلط، داده‌های غیرعمومی را زیر

بهای تمام شده برای خود که معمولاً هم هزینه ثابت و سرمایه‌گذاری زیادی صرف آن شده است عرضه کند، به هدف آنکه سایر بنگاه‌های تامین‌کننده داده‌ها را از رقابت خارج سازد، از نظر رقابتی مرتکب اقدامی نامشروع گردیده است. از این‌رو در بند ۴ ماده ۹ سند شورای عالی فضای مجازی بر تصمیم‌گیری در خصوص مواردی چون قیمت‌گذاری غارت‌گرانه تاکید شده است زیرا در بازارهای پلتفرمی مجال زیادی برای این دست رفتارهای سوء استفاده‌آمیز وجود دارد.

* در خصوص سوء استفاده از کلان‌داده‌ها برای ورود ناروا به بازارهای دیگر و محدودسازی رقبا در قسمت ۴ بند (ط) ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ایجاد مانع به‌منظور مشکل کردن ورود رقباي جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب در یک فعالیت خاص، نوعی سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط قلمداد شده است و در همین راستا طبق فراز ۲ ماده ۶ سند شورای عالی فضای مجازی، سکوها ملزم به پرهیز از استفاده از قدرت و موقعیت بازار خود در جهت محدودسازی رقبا در بازار مشابه یا در سایر بازارها هستند. آنچه از نظر حقوق رقابت مطرود می‌باشد این است که بنگاهی از موقعیت خود سوء استفاده کند و با اعمال ناروای قدرت بازاری، رقبا را محدود یا رقابت را از مسیر معمول خود خارج نماید یعنی به نوعی مرتکب سوء استفاده از جایگاه رقابتی خود شود. ولی رفتارهای معمول رقابت اگرچه منجر به محدود شدن یا حتی حذف رقبا از بازار گردد، با ایرادی مواجه نیست چراکه ماهیت رقابت مقتضی چنین وضعیتی می‌باشد. قسمت ۳ ماده ۷ سند مذکور در این راستا مقرر می‌دارد: «گسترش ابعاد فعالیت سکوه‌های دارای وضعیت اقتصادی مسلط به بازارهای دیگر در فضای مجازی، رأساً یا به واسطه انعقاد قرارداد با سایر کسب و کارها، در هر زمان، به تشخیص شورای رقابت، می‌تواند رویه ضدرقابتی تشخیص داده شده و ملغی اعلام شود». ورود به گستره‌های جدید کسب و کار، در اغلب موارد ثمره رقابت مؤثر و موفق در بازار است؛ در حالی که این بند، استفاده از حق طبیعی رقابت را با مانع غیرمنطقی جدی مواجه می‌سازد. با چنین رهیافتی در اصل مقوله گسترش فعالیت بنگاه مسلط به حوزه‌های دیگر که از نظر موازین رقابتی امری عادی و گاه به سود کاربر به شمار می‌آید، تشکیک جدی شده است. مادام که در فرایند توسعه قلمرو فعالیت پلتفرم‌های مسلط، اقدامی ضدرقابتی رخ نداده باشد، ممانعت

از آن موجه نمی‌نماید. همچنین در خصوص پیوند کردن داده‌ها با فناوری یا خدمات دیگری که ممکن است مورد نیاز بنگاه متقاضی داده‌ها نباشد، در فراز ۱ بند (و) ماده ۴۵ قانون شاهد ممنوعیت «منوط کردن فروش یک کالا یا خدمت به خرید کالا یا خدمت دیگر یا بالعکس»، هستیم. قسمت ۵ بند (ط) ماده مذکور نیز «مشروط کردن قراردادها به پذیرش شرایطی که از نظر ماهیتی یا عرف تجاری، ارتباطی با موضوع چنین قراردادهایی نداشته باشد» توسط بنگاه‌های مسلط را ممنوع کرده است. موضوع ترتیبات پیوندی به گونه‌ای مجمل در قسمت ۵ ماده ۴ سند شورای عالی فضای مجازی نیز ذکر شده است که ایجاد وابستگی متقابل به لحاظ فنی یا به اجبار میان امکان استفاده از خدمات یک ارائه‌دهنده دارای قدرت مسلط بازار با ارائه‌دهنده دیگر را ممنوع شمرده است. به این ترتیب به دلیل آنکه استفاده از داده‌ها در گروه بهره‌بردار از نرم‌افزارهای خاص یا سایر خدمات نیست، ترتیبات پیوندی اساساً محملی پیدا نمی‌کند و صرفاً وسیله‌ای نامشروع برای اجبار سایر بنگاه‌ها و محدود کردن آنها در رقابت و نفوذ ناروای صاحب داده‌ها در بازارهای دیگر و ترویج بلاوجه سایر خدمات و محصولات بنگاه مسلط است که از نظر رقابتی قابل قبول نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

کلان‌داده‌ها متضمن مزیت‌های رقابتی ارزشمندی هستند که می‌تواند بستر ساز قدرت بازاری یا موقعیت مسلط برای بنگاه‌ها در بازارهای دیجیتال باشد و به‌طور متقابل، پلتفرم‌های دارای جایگاه برتر قادرند تا با اهرم قرار دادن کلان‌داده‌ها، روی به رفتارهای سوء استفاده‌آمیز حذف‌کننده یا استثمار بی‌اورند که گاه در مصادیق خاص و جدیدی متبلور می‌شود که حقوق رقابت در مواجهه با آنها دچار چالش می‌گردد.

به‌طور کلی در شرایط خاص ممکن است عدم تسهیم یا محدودیت در دسترسی به کلان‌داده‌ها از مصادیق سوء استفاده از موقعیت مسلط به شمار آید. در ارزیابی موضوع، عوامل مختلفی به‌ویژه دست اول یا سوم بودن داده‌ها، مجاری جایگزین دسترسی به آنها، تاثیر امتناع یا محدودیت بر جریان رقابت در بازارهای دیگر، فرایند ارائه محصولات و خدمات نوین و انگیزه‌های نوآوری و سرمایه‌گذاری اثرگذار هستند. در مورد گردآوری فریبکارانه داده‌های شخصی کاربران که در سالیان اخیر مبدل به موضوعی چالشی در

حقوق ضدانحصار شده است، رهیافت جدید نشان می‌دهد که تا چه حد ابعاد اقتصادی و رقابتی داده‌های شخصی افراد اهمیت یافته است و تمهیدات خارج از گستره حقوق ضدانحصار برای تنظیم‌گری آنها یا حفاظت از حقوق کاربران کفایت نمی‌کند و لذا استفاده از ضمانت اجراها و تدابیر قاطع حقوق رقابت سبب همگرایی بیشتری میان آن و نظام حفاظت از داده‌های شخصی گردیده است. همچنین در مورد سوء استفاده‌های قیمتی، تبعیض قیمت میان کاربران که به دنبال عیان شدن علائق آنها در نتیجه تجزیه و تحلیل کلان داده‌ها رخ می‌دهد، اگر به کاهش بهای محصولات یا خدمات بینجامد و واجد کارایی واقعی و بلندمدت باشد، از دیدگاه حقوق رقابت مطلوبیت دارد. با وجود این نباید از خاطر برد که اگر این تمهید مبدل به محملی سوء استفاده‌آمیز برای تنگ کردن مجال رقابت برای رقبا یا زمینه‌چینی برای قیمت‌گذاری تهاجمی در آینده شود، به نحوی که سایر رقبا توان رقابت را از دست بدهند، حقوق رقابت باید مانع از سوء استفاده کلان داده‌ها شود. در این گستره نباید صرفاً به منافع کوتاه‌مدتی که ممکن است نصیب کاربران گردد، تمرکز نمود بلکه باید کلیت بازار و وضعیت سایر رقبا را که در تعاقب کاربرد ناروای کلان داده‌ها، در معرض حذف غیرطبیعی از بازار قرار می‌گیرند نیز ملحوظ داشت. به علاوه پلتفرم‌ها اجازه ندارند تا با سوء استفاده از کلان داده‌هایی که در سیستم خود جمع‌آوری می‌کنند، راه نفوذ ناروای خود یا شرکا و وابستگان‌شان به بازارهای مجاور یا عمودی را به بهای تضعیف رقبا و ناهموار کردن مستقیم مسیر رقابتی آنها باز کنند. همچنین پیوند کردن هر نوع محصولات و خدمات به داده‌هایی که متقاضیان نیازمند آنها نیستند و هرگز نمی‌توان نوعی ارتباط عرفی میان آنها تصور نمود، نوعی باهم‌فروشی و سوء استفاده از جایگاه برتر است که از نظر رقابتی بلاوجه می‌باشد. در واقع خودترجیحی داده‌ای اگر به طرق مختلف به محدودیت چشمگیر در رقابت بینجامد، مطرود است.

در فرایند تحلیل همه مصادیق خاص سوء استفاده از موقعیت مسلط به واسطه کلان داده‌ها نباید صرفاً آثار منفی یا محدودکننده رقابت را برجسته نمود بلکه توجه به کارایی و تبعات مثبت رویه‌های مزبور و مواردی که احتمال دارد به سود کاربران باشد، به همان اندازه واجد اهمیت است. اما با توجه به پیچیدگی‌های فنی بازارهای داده‌محور و دشواری اثبات ضدرقابتی بودن چنین اقداماتی، می‌توان با معکوس کردن بار اثبات

مشروعیت رفتارها در موارد خاص، پلتفرم واجد موقعیت مسلط را برای توجیه رفتارهای رقابتی خود به چالش کشید.

در حقوق ایران اگرچه قواعد عام موجود تا حدود نسبتاً کمی می‌تواند در مواجهه با مصادیق سوء استفاده از موقعیت مسلط در گستره کلان‌داده‌ها اثرگذار باشد اما به هیچ‌وجه نمی‌توان بر نواقص و ناکارآمدی موازین موجود و لزوم برخورداری از راهبردهای رقابتی نوین و در پرتو عنایت به ابعاد متنوع بازارهای دیجیتال و مقوله مهمی همچون کلان‌داده‌ها چشم فروبست؛ اگرچه برخی رویکردهای جدید در سند شورای عالی فضای مجازی مشاهده می‌شود اما سیاست‌ها و راهکارهای تعریف شده همسو با استانداردهای حقوق رقابت، مقتضیات بازارهای دیجیتال ایران و مقولاتی نظیر کلان‌داده‌ها نیست و دیدگاه‌های مطروح فاقد پشتوانه حقوقی- فنی لازم می‌باشد. برای نمونه در ایران مقررات جامعی برای حفاظت از داده‌های اشخاص ملاحظه نمی‌شود در حالی که وارد کردن ملاحظات آن به گستره حقوق رقابت، بدون بسترسازی و ایجاد زیرساخت‌های حقوقی- فنی صورت گرفته است. واقعیت آن است که سند مزبور در ترسیم و تدوین اصول بنیادین حقوق رقابت در بازارهای پلتفرمی ناکام مانده است اما بی‌آنکه بستر اولیه را فراهم کرده باشد و قدم‌های ابتدایی را در مسیر صحیح برداشته باشد، به مباحث بسیار مدرن حقوق رقابت ورود کرده است که در حال حاضر در نظام‌های بزرگ و دارای سابقه طولانی محل منازعه و محک آکادمیک و عملی است. با وجود این ملاحظات، به نظر می‌رسد به خصوص در ایران در غیاب یک نظام رقابتی کارا و ابزارهای نظارتی قوی بر رفتار کنشگران، پلتفرم‌های دارای موقعیت مسلط، فرصت زیادی برای سوء استفاده از کلان‌داده‌ها دارند و در عین رعایت اصول و موازین بنیادین حقوق ضدانحصار باید با حساسیت و قاطعیت بیشتری به اقدامات آنها توجه نمود.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Ebrahim Rahbari



<https://www.orcid.org/0000-0002-1713-2590>

References

Books

- Bakhoun, Mor et al., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law* (Germany: Springer, 2018).
- Carugati, Christophe, *Competition Law and Economics of Big Data: A New Competition Rulebook Introduction* (France: Université Paris II Thesis, 2020).
- Jones, Alison et al., *EU Competition Law* (UK: Oxford University Press, 2019).
- Kokkoris, Ioannis & Claudia Lemus, *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement* (UK: Edward Elgar Publishing, 2022).
- Walters, Robert et al., *Data Protection Law A Comparative Analysis of Asia-Pacific and European Approaches* (Singapore: Springer, 2019).

Articles

- Anchustegui, Herrera & Julian Nowag, "How the Uber & Lyft Case Provides an Impetus to Re-Examine Buyer Power in the World of Big Data and Algorithms", (2017); Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm?abstract_id=2998688](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2998688).
- Bagnoli, Vicente, "The Big Data Relevant Market Antitrust", *Concorrenza e Mercato*, Vol. 23, (2016).
- Balto, David & Matthew Lane, "Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data", (2016), Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm?abstract_id=2753249](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753249).

- Batchelor, Bill & Caroline Janssens, “Big Data: Understanding and Analysing Its Competitive Effects”, *The European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 13, (2020).
- Besen, Stan & Phil Verveer, “Competition and Data: Potential Remedies”, *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, Vol. 21, (2021).
- Besen, Stanley, “Competition, Privacy, and Big Data”, *Catholic University Journal of Law and Technology*, Vol. 28, No. 2, (2020).
- Colangelo, Giuseppe & Mariateresa Maggiolino, “Big Data as a Misleading Facility”, *European Competition Journal*, Vol. 13, (2017).
- Commission Seeks Feedback on Commitments Offered by Amazon Concerning Marketplace Seller Data and Access to Buy Box and Prime, (2022), Available at: [https:// ec. europa. eu/ commission/ presscorner/ detail/ en/ ip_22_4522](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4522).
- Dentons, “Antitrust Issues with Big Data: A United States Introduction”, (2018); Available at: [https://www.dentons.com/en/pdf-pages/ www. dentons. com/-/media/ 208fd3e 1727b 492da 21e 58a 6b81 a4a38.ashxp](https://www.dentons.com/en/pdf-pages/www.dentons.com/-/media/208fd3e1727b492da21e58a6b81a4a38.ashxp), Last Visited: 20/ 9/ 2022.
- Eckles, Paul & Luke Taeschler, “Antitrust Concerns about Big Data May Be Overblown”, (2018), Available at: [https://www.skadden.com/-/media/ files/ publications/ 2018/05/ antitrust_ concerns_ about_ big_ data_ may_ be_ overblown.pdf](https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2018/05/antitrust_concerns_about_big_data_may_be_overblown.pdf), Last visited: 20/9/2022.
- Garces, Eliana & Daniel Fanaras, “Antitrust, Privacy, and Digital Platforms' Use of Big Data: A Brief Overview”, *Journal of the Antitrust*, Vol. 28, No.1, (2018).
- Howell, Sean, “Big Data and Monopolization”, (2019); Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123976.
- Irakiza, Divin De Buffalo, “The Charter of Fundamental Rights, the Aims of EU Competition Law and Data Protection: Time to Level the Playing Field”, *Singapore Journal of Legal Studies*, Vol. 2021, No. 1, (2021).

- Kathuria, Vikas & Jure Globocnik, “Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy”, (2019); Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm? abstract_ id= 3337524](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3337524).
- Lerner, Andres, “The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition”, 2014; Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm? abstract_ id=2482780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780).
- Lomas, Natasha, Europe Lays out Antitrust Case against Amazon’s Use of Big Data, (2020), Available at: [https:// techcrunch. com/ 2020/ 11/ 10/ europe- lays- out- antitrust- case- against- amazons-use-of-big- data/?guccounter=1&guce](https://techcrunch.com/2020/11/10/europe-lays-out-antitrust-case-against-amazons-use-of-big-data/?guccounter=1&guce).
- Lugard, Paul & Lee Roach, “The Era of Big Data and EU/U.S. Divergence for Refusals to Deal”, Antitrust, Vol. 31, No. 2, (2017).
- Lundqvist, Bjorn, “Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things”, (2016); Available at: [https:// papers. ssrn. com/ sol3/ papers. cfm? abstract_ id=2891484](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2891484).
- Modrall, Jay, “Closer Look at Competition Law and Data”, Competition Law International, Vol. 13, No. 1, (2017).
- Modrall, Jay, “Antitrust Risks and Big Data”, (2017), Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3059598.
- Novaes Juliana et al., “Big Data & Antitrust: 2020 in Review”, (2021), Available at: [https:// www. internetjustsociety. org/ big- data- antitrust- year-in-review](https://www.internetjustsociety.org/big-data-antitrust-year-in-review), Last visited: 20/9/2022.
- Rubinfeld, Daniel & Gal Michal, “Access Barriers to Big Data”, Arizona Law Review, Vol. 59, No. 2, (2017).
- Sivinski, Greg et al, “Is Big Data a Big Deal? A competition Law Approach to Big Data”, European Competition Journal, Vol. 13, (2017).
- Sokol, Daniel & Roisin Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data”, George Mason Law Review, Vol. 23, 5, (2016).

- Svetlicinii, Alexandr, “China to Discipline Online Platforms with Antitrust Enforcement?”, (2021); Available at: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/17/china-to-discipline-online-platforms-with-antitrust-enforcement>, Last visited: 20/9/2022.
- Townley, Christopher et al., “Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law”, (2017), Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3048688.
- Yun, John, “Antitrust After Big Data”, Criterion Journal on Innovation, Vol. 4, (2019).



استناد به این مقاله: رهبری، ابراهیم، «ارزیابی رقابتی مصادیق خاص سوء استفاده از موقعیت مسلط به واسطه کلان داده‌ها»، پژوهش حقوق عمومی، ۲۵(۸۱)، (۱۴۰۲)، ۲۱۵-۲۵۰.

Doi: 1022054/QJPL.2023.70764.2837



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License