

## بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب در حقوق رقابت با تأکید بر جایگاه آن در حقوق ایران

محمدحسین وکیلی مقدم\*

DOI: 10.22096/law.2022.117672.1578

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۱۰]

### چکیده

بهموجب ماده ۶۱ «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» و «آیین‌نامه تعیین میزان جرائم نقدی متناسب با عمل ارتكایی در رویه‌های ضد رقابتی»، مؤلفه‌های مؤثر در تعیین میزان ضمانت‌اجرای مطلوب در حقوق ایران به‌اجمال طرح شده. اما چگونگی تأثیرگذاری هر یک از آن‌ها مورد ارزیابی قرار نگرفته است. این مقاله، با استفاده از رویکرد تطبیقی، با طرح مبانی و مفاهیم مرتبط با ضمانت‌اجرای مطلوب، به‌عنوان یک تئوری، می‌کوشد خلاً موجود در حقوق ایران را رفع نماید. ظرفیت‌های قانونی موجود در ایران، زمینه مناسب برای اجرای تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب را فراهم کرده است، اما رویکرد فعلی شورای رقابت و قوانین مرتبط، در این زمینه چندان قابل تأیید نیست. نادیده گرفتن مؤلفه‌های مؤثر در نقض حقوق رقابت و عدم توجه به تحلیل‌های اقتصادی در قانون ایران، موجب شده است ضمانت‌اجراهای تعیین‌شده در ایران از بازدارندگی کافی برخوردار نباشد. در این مقاله، تلاش شده است با تبیین وضعیت حقوق رقابت در اتحادیه اروپا و آمریکا نسبت به ضمانت‌اجرای مطلوب، نقاط ضعف و قوت احتمالی حقوق ایران تبیین شود.

**واژگان کلیدی:** اجرای مطلوب حقوق؛ تئوری بازدارندگی؛ رویه ضد رقابتی؛ سیاست رقابتی؛ مجازات بازدارنده.

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران.

Email: m.vakili@hmu.ac.ir



## مقدمه

وصف هنجاری علم حقوق،<sup>۱</sup> مستلزم وجود گزاره‌های قانونی و حقوقی «بایدانگار» و «الزام‌آور» است که تضمین اعتبار و متابعت از آن‌ها با استفاده از «ضمانت‌اجرا» محقق می‌شود. هر ممنوعیت قانونی، با هدف مؤثر واقع شدن و اثربخشی در راستای تحقق اهداف غایی قانون‌گذاران وضع می‌گردد. بنابراین، کارآمدی نظام حقوقی بدون توجه به میزان تأثیر و بازدارندگی ضمانت‌اجراها قابل محاسبه و ارزیابی نیست. گسترش مطالعات میان‌رشته‌ای و تأکید بر انگیزه‌شناسی انسان، موجب شده است «معیارهای ضمانت‌اجرای مطلوب»، به‌عنوان زمینه مطالعاتی مستقل، مورد توجه قرار گیرد. در این میان، درباره حقوق رقابت با توجه به نوپا بودن نسبی آن، طرح تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب اهمیت و گسترش بیشتری یافته است. از آنجاکه بروز رفتارهای ضد رقابتی با هدف و انگیزه کسب منافع مالی بیشتر صورت می‌گیرد، بهینه شدن و ارتقای حقوق رقابت مستلزم به کار بردن شیوه‌ها و رویکردی است که با کمترین هزینه، بالاترین میزان بهره‌مندی را فراهم آورد. در غیر این صورت، استفاده از ضمانت‌اجراهای متنوع و متعدد، جز تحمیل هزینه مادی و اجتماعی و ناتوانی در تحقق اهداف موردنظر، ثمره‌ای نخواهد داشت.

«ضمانت‌اجرای مطلوب»، علت متابعت انسان از قانون را نه بر پایه استفاده از زور و قدرت قهریه حاکمیت، بلکه بر مبنای تحقق منافع و جلوگیری از تحمیل زیان، استوار می‌نماید و با تأکید بر تحلیل‌های اقتصادی در پی آن است که زنجیره منافع حاصل از نقض قانون را از هم گسسته و از این طریق، زمینه متابعت از قانون را تحکیم نماید.

موضوع اصلی این نوشتار، تبیین مفهوم و راهکارهای تحقق ضمانت‌اجرای مطلوب در نظام حقوق رقابت ایران است. به‌رغم اهمیت موضوع، مطالعات گسترده‌ای در این زمینه صورت نگرفته است؛ به‌نحوی که می‌توان همین امر را از علل ناکارآمدی حقوق رقابت در ایران دانست. در حقوق رقابت ایران، به پیروی از شیوه سنتی و مانند دیگر زمینه‌های حقوقی، ضمانت‌اجرا صرفاً به جبران خسارت و دستور به توقف رویه ضد رقابتی محدود شده، درحالی که دیگر مؤلفه‌های مؤثر در این فرایند مغفول مانده است. هدف از نگارش این نوشتار پاسخ به این پرسش است که معیارها و مؤلفه‌های تحقق ضمانت‌اجرای مطلوب و بهینه چیست و آیا می‌توان در نظام حقوق رقابت ایران چنین معیاری را اعمال کرد یا خیر؟

## ۱. مفهوم و مبانی ضمانت اجرای مطلوب

در همه نظام‌های حقوقی، انجام رفتارهای ممنوع و نقض قانون، اعمال ضمانت‌اجراهایی را در پی خواهد داشت که هدف از آن‌ها افزون بر جبران خسارت، جلوگیری از تکرار رفتار مشابه است. از موضوعات بنیادین در اجرای حقوق، تعیین سطح ضمانت اجرای بهینه یا مطلوب<sup>۲</sup> است که منظور از آن اجرای ضوابط حقوقی به‌گونه‌ای است که با کمترین هزینه اجتماعی و قضایی، بیشترین میزان بازده محقق گردد. اگر بپذیریم که غایت کلی حقوق قراردادها، ممنوعیت رفتارهای زیان‌بار برای اجتماع و ساختار اقتصادی جامعه است، الزامها و گزاره‌های قانونی تنها در صورتی از بازدارندگی مطلوب برخوردار خواهند بود که ضمانت اجرای تعیین شده، متناسب با منافع مورد انتظار و محتمل، به اشخاص خاطی هزینه تحمیل نماید. بنابراین، بر مبنای «تئوری بازدارندگی»<sup>۳</sup> ضمانت اجرای مطلوب یا کارآمد، تنها با این وصف شناخته می‌شود که عملاً اثرگذاری مورد نظر را دارد و احتمال تکرار رفتار خلاف قانون را کاهش می‌دهد.<sup>۴</sup>

تئوری ضمانت اجرای مطلوب، بر اساس دو وصف بازدارندگی خاص<sup>۵</sup> و بازدارندگی عام<sup>۶</sup> محقق می‌شود؛ زیرا از یک سو موجب می‌شود شخص خاطی انگیزه تکرار مجدد رفتار خلاف قانون را از دست بدهد (بازدارندگی خاص) و در عین حال، عواقب مالی و غیر مالی نقض قانون برای دیگران نیز به‌عنوان نقض کنندگان احتمالی، اثر بازدارندگی عام را ایجاد نماید.<sup>۷</sup> این رویکرد کلی در حقوق رقابت و در تعیین مصادیق مختلف ضمانت‌اجراهای آن نیز پذیرفتنی است.<sup>۸</sup>

مفهوم «ضمانت اجرای مطلوب» را نخستین بار «گری بکر» مطرح کرد.<sup>۹</sup> او بر این امر تصریح کرد که در تعیین مجازات، آنچه با اهمیت است، در نظر گرفتن آثار مجازات و تأکید بر وصف بازدارندگی آن است. به باور او، ضمانت‌اجراهایی که هزینه‌هایی کمتر از منافع حاصل از نقض قانون را به شخص تحمیل نماید، در عمل بی‌نتیجه بوده، موجب جلوگیری از تکرار جرم نخواهد

2. Optimal Sanction.

3. Theory of Deterrence.

4. Hylton, Keith. *Antitrust law*, (New York: Cambridge, 2003), 43.

5. Specific Deterrence.

6. General Deterrence.

7. ECA (European Competition Authorities), "Working Group on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust law, Principles for Convergence." (2021): 3.

۸. ابراهیم رهبری، «تحلیل و نقدی بر ابعاد ضمانت‌اجراهای رقابتی در قلمرو مالکیت‌های فکری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۳، (۱۳۹۷): ۱۹۲.

9. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy* 76, (1968):169-217.

شد؛<sup>۱۰</sup> اگرچه این نظریه بدواً درباره تحلیل جرائم و مجازات‌ها مطرح گردید، اما مبانی آن در دیگر زمینه‌های حقوق نیز به کار گرفته شد. پذیرش مبانی این نظریه موجب ایجاد ساختاری نظارتی می‌شود<sup>۱۱</sup> که در آن افزون بر سطح مداخلات قانونی<sup>۱۲</sup> کیفیت، قالب و چگونگی اعمال ضمانت اجرا مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت. در یک تقسیم‌بندی کلی، ضمانت اجرا به دو نوع ((پیشینی))<sup>۱۳</sup> و ((پسینی))<sup>۱۴</sup> تقسیم می‌شود؛ ضمانت‌اجراهایی که با تأکید بر از بین بردن انگیزه‌های نقض قانون تعیین و اعمال می‌شوند دارای وصف پیشینی‌اند. این نوع ضمانت اجرا باید به گونه‌ای باشد که بیش از میزان منافع حاصل و یا حداقل به میزان آن‌ها، هزینه تحمیل نماید. از آنجاکه تصمیمات اقتصادی و تجاری انسان مبتنی بر تئوری هزینه-فایده بوده و انسان موجودی در پی افزایش منافع خویش است،<sup>۱۵</sup> این نوع ضمانت اجرا در فرایند تصمیم‌گیری انسان مؤثر خواهد شد؛ زیرا توازن بین هزینه و فایده‌های حاصل از نقض قانون را به نفع هزینه‌ها برهم زده، در نتیجه انگیزه تخلف قانونی را کاهش می‌دهد و یا از بین خواهد برد،<sup>۱۶</sup> اما ضمانت اجرای پسینی با تأکید بر جبران خسارات وارد آمده به دیگران پس از نقض قانون است؛ ولو اینکه این خسارات نفعی برای خاخی از قانون در پی نداشته باشد. براین اساس، «ضمانت اجرای مطلوب» در کنار جبران خسارت، وصف بازدارندگی را نیز به عنوان ابزار کارآمدی حقوق، می‌پندارد و مبتنی بر ساختار هزینه-فایده<sup>۱۷</sup> در مقام کاهش رفتارهای خلاف قانون برمی‌آید.<sup>۱۸</sup>

همچنین، درباره نوع ضمانت اجرا و چگونگی مواجهه با نقض قانون نیز تحلیل‌های متعددی بر اساس این تئوری بیان می‌شود؛ به عنوان مثال این پرسش مطرح است که آیا در مقابله با نقض ضوابط حقوق قراردادها، ضمانت اجرای مدنی کافی است یا ضمانت اجرای کیفری نیز ضرورت دارد؟ همین رویکرد تحلیلی درباره ضمانت‌اجراهای همسان نیز مدنظر قرار می‌گیرد. براین اساس،

10. Motchenkova, Evgenia. "Optimal Enforcement of Competition Law." *Center for Economic Research*, (2005): 20.

11. Optimal Control Model.

12. Legal Intervention.

13. Ex ante.

14. Ex post.

15. Rational Profit Maximizer.

16. Hushhelrath, Kai. "Public and Private Enforcement of Competition Law." *CCP Working Paper*, No. 13-5, (2013): 5; Lianos, Jenny and David Wagner. "An optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law, a Comparative Analysis." *CLES Research Paper Series 3/104*, (2014): 19.

17. Cost-Benefit Framework.

18. Breit, William and Elzianga Kenneth, "The Instruments of Antitrust Enforcement." *Emory Law Journal* 23 (1974): 944.

این تئوری نخست مشخص می‌نماید که سیاست و خط‌مشی کلی در تعیین ضمانت‌اجرا مبتنی بر «رویکرد رفتاری» باشد یا اینکه «رویکرد ساختاری» در تعیین مجازات مناسب‌تر است؟<sup>۱۹</sup> سپس نوع متناسب ضمانت‌اجرا نیز به شکل تفصیلی مشخص می‌شود. در نتیجه، بر اساس «تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب» مقابله و مواجهه مؤثر و کارآمد با رفتارهای خلاف قانون، صرفاً و ضرورتاً بر مبنای یک قالب و نوع خاص و یا تعیین حد مشخص و غیر قابل تغییری از مجازات نقدی پذیرفتنی نیست.<sup>۲۰</sup> به‌ویژه در کشورهایی، مانند ایران و در شرایط نوسان شدید قیمت‌ها و کاهش ارزش پول، تعیین مجازات نقدی مشخص و ثابت در طول زمان، بازدارندگی خود را از دست داده و حقوق را از هدف غایی خود که اجرایی شدن و تأثیرگذاری عملی است، دور می‌نماید.<sup>۲۱</sup>

به این دلیل، امروزه تعیین ضمانت‌اجرای مطلوب مبتنی بر یک مدل ایستا<sup>۲۲</sup> نیست، بلکه الگویی پویا<sup>۲۳</sup> برای تعیین آن به کار می‌رود که طبق آن منافع احتمالی حاصل از رفتار ممنوع برای اجتماع نیز مدنظر قرار می‌گیرد. به دیگر سخن، بر اساس این رویکرد، حتی ممکن است نقض قانون نیز به‌واسطه مواردی مانند افزایش سرمایه‌گذاری، منافی برای جامعه داشته باشد که در تعیین ضمانت‌اجرای مطلوب نادیده گرفته نمی‌شود.<sup>۲۴</sup>

## ۲. اهمیت و جایگاه ضمانت‌اجرای مطلوب در حقوق رقابت

تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب، مبتنی بر مبانی اقتصادی طرح و اجرا شده است. ارتباط وثیق حقوق رقابت با مباحث اقتصادی نیز بر اهمیت این تئوری در حقوق رقابت افزوده است. ممنوعیت زیان-های رقابتی<sup>۲۵</sup> در قالب توافق یا اعمال یک‌جانبه، در راستای جلوگیری از به هم خوردن ساختار

۱۹. در رویکرد رفتاری (Behavioral) رفتارها و اعمال خاصی دارای اهمیت بوده، حقوق صرفاً چنین رفتارهایی را بی اعتبار و ممنوع اعلام می‌دارد، اما در رویکرد ساختاری (Structural) انگیزه‌ها و علل نقض قانون مورد توجه است و تلاش می‌شود چنین انگیزه‌هایی از بین برود.

20. Meyer, Ken. "Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers." *Antitrust Law Journal* 32 (2012): 26.

21. Wickelgren, Abraham. "Determining the Optimal Antitrust Standard." *Southern California Law Review* 58 (2012): 52; Page, William. "Optimal Antitrust Penalties and Competitors Injury." *Michigan Law Review* 88 (1990): 159.

22. Static Model.

23. Dynamic Model.

24. Hylton, Keith and Hai Zhen Lin, "Innovation and Optimal Punishment, with Antitrust Applications," *Journal of Competition Law & Economics* 10, no. 1 (2013): 10.

25. Antitrust Injuries.

رقابتهی بازار است. بنابراین، تحقق اهداف اصلی حقوق رقابت، به معنی ارتقای شرایط اقتصادی و حفظ بهره‌وری مالی، نیازمند به‌کارگیری سازوکاری است که احتمال بروز رفتارهای ضد رقابتهی را کاهش دهد. در واقع، در حقوق رقابت، بازدارندگی و اعمال رویکرد پیشگیرانه<sup>۲۶</sup> بسیار بااهمیت است. این مبنا موجب می‌شود که تأکید صرف بر جبران خسارت یا دیگر شیوه‌های پسینی، به‌تنهایی برای کارآمد کردن نظام حقوق رقابت کفایت نکند.<sup>۲۷</sup> درعین‌حال، چالش‌های پذیرش و اجرای ضمانت‌اجرای مطلوب در حقوق رقابت عیان‌تر از دیگر بخش‌های حقوق است.<sup>۲۸</sup> امروزه، پذیرفته شده است که ممنوعیت رفتارهای ضد رقابتهی را صرفاً نباید بر اساس قالب و موضوع اعلام کرد،<sup>۲۹</sup> بلکه در ارزیابی هر عمل باید آثار آن را بر اساس تحلیل‌های اقتصادی مدنظر قرار داده، مجموع آثار مثبت و منفی حاصل از رفتار را ارزیابی کرد.<sup>۳۰</sup> و<sup>۳۱</sup> بنابراین، نباید پنداشت که رفتارهای ضد رقابتهی تماماً برای جامعه زیان‌آور است و هیچ نوع مزیت و اثر مثبت اقتصادی درباره آن متصور نیست. این تحلیل، تعیین ضمانت‌اجرای مطلوب را با دشواری بیشتری مواجه می‌سازد و بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید.<sup>۳۲</sup> همچنین، طولانی بودن فرایند رسیدگی قضایی در موضوعات حقوق رقابت و احتمال عدم آگاهی نهادهای نظارتی از بروز رفتارهای ضد رقابتهی، از دیگر مؤلفه‌های دارای اثر قاطع، در تعیین ضمانت‌اجرای مطلوب در حقوق رقابت است.<sup>۳۳</sup>

حقوق رقابت برای تحقق اهداف خود باید افزون بر تشویق و حمایت از رفتارهای رقابتهی و هنجارسازی در این زمینه که به «دفاع از ساختار رقابت در بازار»<sup>۳۴</sup> منجر خواهد شد، با تعیین

26. Prophylaxis.

27. Lianos, Jenny and David Wagner. "An optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law, a Comparative Analysis." *CLES Research Paper Series 3/104* (2014): 15; Crane, Daniel, "Optimizing Private Antitrust Enforcement," *Vanderbilt Law Review* 63, no. 3 (2010): 691.

۲۸. سعید حبیبیا و محمدحسین وکیلی مقدم، «توافقات ضد رقابتهی در روابط تولیدکننده و عرضه‌کننده»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۳، شماره ۳ (۱۳۹۳): ۵۲.

29. Per se Rule.

30. Rule of Reason.

۳۱. ابراهیم رهبری، «جایگاه و اعتبار رقابتهی توافق عدم رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۶، شماره ۴ (۱۳۹۴): ۹۲؛ محمدحسین وکیلی مقدم، «مطالعه تطبیقی معیارهای ارزیابی رفتار ضد رقابتهی با تأکید بر حقوق ایران»، حقوق خصوصی، دوره ۱۶، شماره ۲ (۱۳۹۸): ۳۲۶.

32. Lande, Robert and Joshua Davis, "Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S Antitrust Law," *Brigham Young University Law Review* 35 (2013): 320.

33. Breit, William and Elzianga Kenneth, "the Instruments of Antitrust Enforcement," *Emory Law Journal* 23(1974): 950; Heimler, Alberto and Mehta Kirtikumer, "Violations of Antitrust Provisions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence," *World Competition* 35 (2012): 110.

34. Competition Advocacy.

بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب... / وکیلی مقدم ۹۱

ضمانت اجرای مؤثر و مطلوب که مبتنی بر منافع حاصل از نقض رقابت است، زمینه پابندی به حقوق رقابت را تقویت نماید. این فرایند موجب می‌شود تا هزینه‌های نقض قانون به شخص خاطی تحمیل شود و در نتیجه، نقض قانون تنها در صورتی رخ دهد که مجموع منافع بیش از هزینه‌ها باشد.<sup>۳۵</sup> براین اساس، حقوق رقابت را بیش از آنکه مبتنی بر یک «طرح تنظیم‌گری»<sup>۳۶</sup> بدانیم،<sup>۳۷</sup> یک ساختار مبتنی بر اجراست<sup>۳۸</sup> که در پی تحقق رفاه عمومی از طریق افزایش رقابت بوده است و این هدف را از طریق وضع ضوابط غیر مبهم و قابل پیش‌بینی، جامع و مبتنی بر پیشگیری از بروز رفتارهای ضد رقابتی محقق می‌نماید.<sup>۳۹</sup>

### ۳. مؤلفه‌های مؤثر در تعیین ضمانت اجرای مطلوب در حقوق رقابت

با تأکید بر تحلیل‌های اقتصادی، مؤلفه‌ها و متغیرهای متفاوتی برای تعیین میزان و نوع ضمانت اجرای مطلوب مطرح شده که تعیین هر یک از آنها بر اساس مبانی اقتصادی مورد پذیرش در نظام‌های حقوقی مختلف صورت پذیرفته است. مهم‌ترین مؤلفه‌های مؤثر در این زمینه به شرح ذیل است:

۳-۱. منافع حاصل یا محتمل: منافع و سود حاصل از نقض قانون از مهم‌ترین مؤلفه‌هایی است که در تعیین ضمانت اجرای مطلوب مدنظر قرار می‌گیرد. در ساده‌ترین شکل، ضمانت اجرای مطلوب به معنی تعیین مجازات به میزان منافع حاصل و یا بیش از آن است. تنها در این صورت است که انگیزه مالی و اقتصادی نقض قانون از بین می‌رود. در سند مشورتی انجمن مسئولان رقابتی اروپا،<sup>۴۰</sup> از این امر به عنوان یکی از اصول بنیادین تعیین ضمانت اجرای مؤثر در حقوق رقابت، یاد شده است. محاسبه میزان نفع در تعیین مجازات سبب می‌شود که سهم فعال تجاری از بازار و میزان تأثیرگذاری او بر بازار محصول مرتبط مدنظر قرار گیرد و در نتیجه با اعمال مجازات،

35. Efficient Violations.

36. Regulatory Scheme.

۳۷. اسدالله یآوری، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۲ (۱۳۹۳): ۶۳۲.

38. Law Enforcement Framework.

39. Melamed, Douglas, "Antitrust as Law Enforcement," *Antitrust Law Journal* 27(2012): 76; Wils, Wouter. *Principles of European Antitrust Enforcement* (London: Hart Publishing, 2005), 69.

40. Association of the European Competition Authorities, "Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law Principles for Convergence", Available at: [http://www.autoritedelaconcurrnc.e.fr/do/c/e/ca\\_principles\\_uk.pdf](http://www.autoritedelaconcurrnc.e.fr/do/c/e/ca_principles_uk.pdf). 9/1/2022.

هزینه‌ها بر او تحمیل گردد.<sup>۴۱</sup> البته در برخی از کشورها سود حاصل مبنای محاسبه میزان نهایی مجازات است؛ به عنوان مثال طبق ماده ۱۵ قانون کلایتون در آمریکا، میزان مجازات نقض این قانون سه برابر سود حاصل از رفتار ضد رقابتی است.<sup>۴۲</sup>

همچنین، در برخی نظرات و رویکردها، منافع محتمل و مورد انتظار<sup>۴۳</sup> ملاک محاسبه است. طبق این رویکرد، از آنجاکه به شکل معمول میزان منافع محتمل بیش از منافع محقق شده است و با توجه به اینکه در مقام تصمیم‌گیری درباره نقض قانون، منافع محتمل مبنای تخمین قرار می‌گیرد، استفاده از این مؤلفه از بازدارندگی بیشتری برخوردار است؛ اگرچه صعوبت در احراز میزان منافع محتمل، موجب نقد این معیار شده است.<sup>۴۴</sup> به نظر می‌رسد آنچه در عمل رواج دارد، مبنای قرار دادن میزان «فروش متأثر»<sup>۴۵</sup> است که در واقع، میزان معاملات و عایدی حاصل از نقض قانون برای فعال تجاری است. در آمریکا نیز همین رویکرد مورد استفاده قرار گرفته است.<sup>۴۶</sup> در برخی کشورها، مانند ژاپن نیز همین معیار با عنوانی دیگر، مانند «تجارت متأثر»<sup>۴۷</sup> اجرا می‌شود.<sup>۴۸</sup>

۳-۲. زیان حاصل از نقض قانون: زیان و هزینه‌هایی که نقض قانون برای مصرف‌کنندگان، رقبا و یا ساختار بازار در پی داشته، از دیگر مؤلفه‌های مؤثر بر ضمانت‌اجرای مطلوب است. حقوق رقابت مبتنی بر عدالت توزیعی می‌کوشد با جلوگیری از بروز انحصار، منافع و رفاه عمومی را

---

41. Heimler, Alberto and Mehta Kirtikumer, "Violations of Antitrust Provisions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence." *World Competition* 35 (2012): 105; Wils, Wouter, "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice," *World Competition* 29, no. 2 (2006): 67.

42. The Clayton Antitrust Act of 1914, S.15: "Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee..."

43. Expected Gains.

44. Meyer, Ken. "Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers," *Antitrust Law Journal* 32 (2012): 27; Heimler, Alberto and Mehta Kirtikumer, "Violations of Antitrust Provisions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence," *World Competition* 35 (2012): 106.

45. Affected Sales.

46. U.S. Sentencing Guidelines for Criminal Price Fixing. Available at: [https://www.usss.gov/sites/default/files/pdf/about/commissioners/selectedarticles/Howell\\_Review\\_of\\_Antitrust\\_Sentencing\\_Data.pdf](https://www.usss.gov/sites/default/files/pdf/about/commissioners/selectedarticles/Howell_Review_of_Antitrust_Sentencing_Data.pdf). 9/1/2022.

47. Affected Commerce.

48. Renda, Andre. "Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios," *Report for the European Commission Contract, DG Comp/2006/A3* 102. (2007): 62.

بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب... / وکیلی مقدم ۹۳

محقق نماید. اقدامات ضد رقابتی در نهایت به افزایش قیمت محصول و خدمات می‌انجامد. بنابراین، در کنار منافع حاصل برای نقض‌کننده قانون، زیان حاصل از نقض رقابت نیز باید مدنظر قرار گیرد. با جمع این دو مؤلفه، هزینه‌های نقض قانون به معنی دقیق کلمه برای خاطی، درونی شده و به او تحمیل می‌شود. براین اساس، «زیان خالص مصرف‌کننده»<sup>۴۹</sup> و آنچه از دست رفته است<sup>۵۰</sup> در تعیین ضمانت‌اجرا مدنظر قرار می‌گیرد.<sup>۵۱</sup>

۳-۳. کیفیات مشدده و مخففه: چنان‌که بیان گردید، ضمانت‌اجرای مطلوب به معنی تعیین میزان مقطوع و بدون توجه به ماهیت و آثار عمل نیست. در نتیجه، مؤلفه‌های تشدیدکننده یا تخفیف‌دهنده مسئولیت نیز دارای اثر قاطع در تعیین میزان ضمانت‌اجراست. در بسیاری از کشورها از طرح‌های ارفاقی<sup>۵۲</sup> در حقوق رقابت استفاده می‌شود که طبق آن همکاری و تعامل فعال تجار در اعلام و گزارش موضوع، از کیفیات مخففه<sup>۵۳</sup> محسوب شده، در مقابل مواردی مانند تکرار و طولانی بودن و شدت رفتار خلاف قانون در کنار داشتن نقش اساسی و راهبری در نقض گروهی، از کیفیات مشدده<sup>۵۴</sup> انگاشته شده‌اند. در اروپا، صراحتاً چنین مؤلفه‌هایی در تعیین میزان مجازات مؤثر قلمداد می‌شود<sup>۵۵</sup> و وجود کیفیات مشدده افزایش ۱۵ تا ۲۵ درصد گردش سرمایه سالیانه به مجازات اصلی را موجب می‌شود. کیفیات مخففه نیز به همین میزان، کاهش از میزان مجازات را در پی خواهد داشت.

۳-۴. هزینه و احتمال رسیدگی قضایی: همواره چنین نیست که توافق ضد رقابتی به زیان یکی از طرفین باشد. در بسیاری از موارد، رفتار ضد رقابتی مبتنی بر تبانی و به سود فعالان مرتبط انجام می‌شود.<sup>۵۶</sup> بر همین اساس، حجم گسترده‌ای از رفتارهای ضد رقابتی از نظر حقوقی کشف نمی‌شوند و تحت پیگرد قضایی قرار نمی‌گیرند. نداشتن ساختار کارآمد حقوقی نیز از میزان کشفیات نقض حقوق رقابت می‌کاهد. به همین دلیل، میزان نقض مخفی ضوابط در حقوق رقابت

49. Deadweight Loss.

50. Forgone Consumer Surplus.

51. Hylton, Keith. *Antitrust law* (New York: Cambridge, 2003). 46; Hylton Keith and Hai Zhen Lin. "Optimal Antitrust Enforcement Dynamic Competition and Changing Economic Conditions," *Antitrust Law Journal* 77(2010): 252.

52. Leniency Programs.

53. Mitigation Circumstances.

54. Aggravating Circumstances.

55. Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23 (2)(a) of Regulation 1/2003, 2006, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF, 5/14/19>

۵۶. محمدحسین وکیلی مقدم، توافقات ضد رقابت تجاری (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹)، ۱۳۷.

فراوان است و این وصف، کشف و پیگیری قضایی رفتار ضد رقابتی را احتمالی می‌نماید.<sup>۵۷</sup> فاصله زمانی نقض قانون تا پیگیری نیز در حقوق رقابت به نسبت، بیش از دیگر منازعات حقوقی است. بر همین اساس، در تعیین میزان ضمانت اجرای مطلوب، «احتمال پیگیری»<sup>۵۸</sup> و «احتمال محکومیت»<sup>۵۹</sup> از مؤلفه‌های مؤثر است. با توجه به همین امر، در گزارش سالیانه «سازمان همکاری و توسعه اقتصادی» بیان شده است که صرف افزودن بر میزان مجازات، بدون توجه به احتمال کشف و میزان پیگیری قضایی موضوع، به ضمانت اجرای مطلوب منجر نخواهد شد.<sup>۶۰</sup> بر همین اساس، می‌توان گفت که در کشورهایی مانند ایران، عدم شناخت کافی از حقوق رقابت و عدم رواج پیگیری و طرح دعاوی مبتنی بر ضوابط آن بخشی از مشکلات مطلوب نبودن ضمانت‌اجراهای رقابتی را موجب شده است. فراوانی طرح دعوا،<sup>۶۱</sup> به‌ویژه از طریق نهادهای عمومی، در کنار هزینه‌های اجرایی و اداری تحقیق و پیگیری در نظام قضایی نیز در تعیین ضمانت اجرای مطلوب مؤثر است.<sup>۶۲</sup> اهمیت نرخ طرح دعوا و اجرای حقوق<sup>۶۳</sup> به اندازه‌ای است که برخی معتقدند مطلوبیت ضمانت اجرا مبتنی بر بالا رفتن احتمال پیگیری و رسیدگی قضایی است و نه الزاماً افزایش میزان مجازات.<sup>۶۴</sup>

۳-۵. توانایی اجرا یا پرداخت: نباید پنداشت که افزایش بی‌ضابطه میزان مجازات، ضرورتاً به معنی تحقق مطلوبیت و کارآمدی ضمانت اجراست. افزودن بر شدت مجازات بدون توجه و مبنای منطقی به افزایش ریسک حقوقی می‌انجامد که نتیجه آن در فعالیت‌های اقتصادی به فرار سرمایه و یا عدم تمایل عمومی به سرمایه‌گذاری زیربنایی منجر خواهد شد. افزون بر این، تبعات منفی و ناخواسته مجازات‌های سنگین، مانند ورشکستگی و یا سقوط ارزش سهام شرکت‌ها و زیان به سهامداران و طلبکاران در کنار زیان‌های مالیاتی که به واسطه حذف فعال تجاری از بازار رخ

57. Crane, Daniel, "Optimizing Private Antitrust Enforcement," *Vanderbilt Law Review* 63, no. 3 (2010): 692.

58. Probability of Detection.

59. Probability of Conviction.

60. OECD-BWB Workshop on Complex Cartel Case Management, Available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-bwb-workshop-on-complex-cartel-case-management.htm>, 5/14/19.

61. Frequency of Suit.

62. Hylton, Keith. *Antitrust law*, 59; Wils, Wouter, "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice," *World Competition*, 117; Renda, Andre. "Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios," *Report for the European Commission Contract, DG Comp/2006/A3 102*. (2007): 60.

63. Rate of Law Enforcement.

64. Breit, William and Elzianga Kenneth, "The Instruments of Antitrust Enforcement," 944.

بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب... / وکیلی مقدم ۹۵

می‌دهد، ضمانت اجرا را از وصف بهینه و مطلوب دور کرده، هزینه‌های فراوانی را به جامعه تحمیل می‌نماید. بر همین اساس در اسناد بین‌المللی و قوانین کشورهای مختلف نوعی سقف قانونی<sup>۶۵</sup> برای تعیین مجازات در نظر گرفته شده است. در اروپا، به استناد بند ۳ ماده ۴۹ از «منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا»<sup>۶۶</sup> و در آمریکا به استناد بند چهارم از قسمت اول ماده ۳۵۷ «قانون افزایش جرائم کیفری»<sup>۶۷</sup> به اصل تناسب مجازات با جرم و توانایی مجرم اشاره شده است. به همین دلیل در آمریکا، سقف مجازات نقض قانون شرمین ۱۰۰ میلیون دلار، در قانون کلایتون ۳ برابر و در خصوص دیگر قوانین ۲ برابر سود حاصل تعیین شده است. در اروپا و بریتانیا نیز ۳۰ درصد گردش مالی سالیانه به‌عنوان سقف مجازات تعیین شده است و در آلمان، درباره اشخاص حقوقی ۱۰ درصد گردش سرمایه بدون کسر مالیات<sup>۶۸</sup> و در خصوص اشخاص حقیقی طبق بند ۴ ماده ۸۱ «قانون اقدام علیه محدودیت‌های رقابتی»<sup>۶۹</sup> سقف ۱ میلیون یورو و در کانادا ۱۰ میلیون دلار به‌عنوان حداکثر مجازات مالی تعیین شده است.<sup>۷۰</sup>

۳-۶. شیوه‌های پیگیری و طرح دعوا: در همه نظام‌های حقوقی، نقض رقابت از دو شیوه «اجرای عمومی یا دولتی»<sup>۷۱</sup> و «اجرای خصوصی»<sup>۷۲</sup> مورد پیگیری قرار می‌گیرد. در شیوه دولتی، اجرای حقوق رقابت، ضمانت اجرا در قالب تعیین مجازات نقدی و در برخی موارد، مانند آنچه در آمریکا رایج است، حبس نیز اعمال می‌گردد. در حالی که در شیوه خصوصی ملاک، جبران خسارت و تدارک زیان وارد آمده بر مصرف‌کننده یا دیگر رقباست. هرچه احتمال طرح دعوی خصوصی افزایش یابد، هدف حقوق رقابت به شکل بهتری محقق می‌گردد و بر مطلوبیت ضمانت اجرا نیز

---

65. Statutory Ceiling.

66. Art. 49 (3): "... The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence", *Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000)*, Available at: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf), 5/14/19.

67. Criminal Fines Improvement Act (1987), Available at <https://www.Govtrack.us/congress/bills/100/hr3483>, 5/14/19.

68. Pre-Tax Turnover.

69. Act against Restraints of Competition (2005), or Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Available at: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/\\_5/14/19](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/_5/14/19).

70. Lianos, Jenny and David Wagner, "An optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law, a Comparative Analysis," *CLES Research Paper Series 3/104*, (2014): 32; ECA (European Competition Authorities), "Working Group on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust law, Principles for Convergence," 2021: 3.

71. Public Enforcement.

72. Private Enforcement.

افزوده خواهد شد.<sup>۷۳</sup> بنابراین، اگر به هر دلیل زمینه طرح و پیگیری نقض قانون از طریق خصوصی کم باشد، قانون‌گذار باید این نقیصه را از طریق افزایش میزان مجازات و ایجاد راهکارهای شفافیت تبادلات مالی جبران نماید.<sup>۷۴</sup> اگرچه طرح دعاوی خصوصی با انگیزه حفظ منافع شخصی صورت می‌گیرد، اما مقامات عمومی قادرند به راه‌های گوناگون، در تصمیم اشخاص در این زمینه مؤثر باشند. افزایش ظرفیت رسیدگی، کاهش زمان و هزینه طرح دعوا در کنار تدوین و استفاده از ضوابط غیر مبهم و ساختار ضابطه‌مند در حقوق رقابت، احتمال طرح دعاوی خصوصی در حقوق رقابت را افزایش می‌دهد و در نتیجه، بر مطلوبیت ضمانت اجرا افزوده خواهد شد.<sup>۷۵</sup>

#### ۴. الگوهای تحلیل و تعیین ضمانت اجرای مطلوب

بر مبنای مؤلفه‌های بیان‌شده، الگوهای مختلفی برای تحلیل ضمانت اجرای مطلوب بیان شده است. با اذعان به تعدد فرمول‌های مرتبط با این موضوع، مهم‌ترین و اصلی‌ترین مصادیق به شرح ذیل بیان می‌گردد:

در یک تحلیل، با در نظر گرفتن هزینه اعمال مجازات برای مقامات عمومی و در نظر گرفتن احتمال کشف و پیگیری قضایی موضوع، فرمول محاسبه مجازات نقدی مطلوب به شرح ذیل تعیین شده است.<sup>۷۶</sup>

هزینه رسیدگی + (زیان مصرف‌کننده + سود حاصل) \* احتمال کشف

بنابراین، در احتساب میزان مجازات مطلوب، احتمال طرح دعوا نیز مؤلفه‌ای مؤثر است. از طریقی دیگر نیز می‌توان به همین نتیجه رسید. اگر  $i=0$  نشان وضع رقابتی،  $i=1$  نشان وضعیت انحصار،  $CS(i)$  افزایش هزینه‌های تحمیلی به مصرف‌کننده در وضعیت رقابتی،  $R(i)$  سود قطعی در وضعیت رقابت و  $PS(i)$  افزایش تولید در وضعیت رقابتی باشد، در این صورت، رفاه عمومی در وضعیت رقابتی عبارت است از:

$$W(i) = CS(i) + PS(i)$$

73. Renda, Andre. "Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios." *Report for the European Commission Contract*, 2006: 63.

74. Huschhelrath, Kai, "Public and Private Enforcement of Competition Law," *CCP Working Paper*, No. 13-5 (2013):10.

75. Motchenkova, Evgenia, "Optimal Enforcement of Competition Law," *Center for Economic Research* (2005):20; Lande, Robert and Joshua Davis, "Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S Antitrust Law," *Brigham Young University Law Review* 35(2013): 319.

76. Hylton, Keith. *Antitrust law*, 59.

بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب... / وکیلی مقدم ۹۷

حال اگر F را هزینه قطعی شرکت برای انجام عملیات تجاری بدانیم در این صورت:

$$PS(i) = R(i) + F$$

براین اساس، هر اقدام و سیاستی که به افزایش PS(i) منجر شود، ضرورتاً به افزایش R(i) منجر خواهد شد، اما در وضعیت انحصار، رفاه عمومی عبارت است از:  $W(i) = CS(i) + R(i)$  رفاه عمومی در این وضعیت باقی مانده و حفظ می‌شود. اگر و تنها اگر  $R(1) < CS(1) - CS(0)$ . بنابراین، مجازاتی که میزان آن مساوی  $CS(1) - CS(0)$  باشد، کاهش انحصارگرایی را موجب خواهد شد.

آنچه بیان شد، بدون محاسبه تأثیر مجازات‌های دولتی است؛ به‌عنوان مثال در آمریکا که شخص زیان‌دیده قادر به مطالبه سه برابر سود حاصل از رفتار ضد رقابتی از خاطی است، اگر فرض شود:  $v1 =$  احتمال زیان در فرض نقض قانون،  $v2 =$  احتمال زیان در فرض متابعت از قانون،  $p =$  احتمال طرح دعوا در صورت نقض قانون،  $q =$  احتمال طرح دعوا در فرض متابعت از قانون، مانند فروش دعوی ایدایی و واهی،  $Cp =$  هزینه طرح دعوا برای خواهان،  $Cd =$  هزینه طرح دعوا برای خواننده،  $h1 =$  احتمال زیان خواهان در فرض نقض قانون از سوی خواننده،  $h2 =$  احتمال سود خواهان در فرض عدم نقض قانون از سوی خواننده،  $T =$  سود حاصل از انحصارگرایی،  $L =$  مسئولیت جبران خسارت و هزینه متابعت از قانون x باشد، متابعت از قانون زمانی حاصل خواهد شد که:

$$x < [v1p(1-h1) - v2qh2]L + (v1p - v2q)Cd$$

با در نظر گرفتن هزینه اجتماعی نقض و مطلوبیت متابعت از قانون به‌واسطه افزایش اعتبار تجاری، متابعت از قانون زمانی بروز می‌نماید که:

$$x < (v1 - v2) \left[ \frac{3}{2} T + (Cp + Cd) \right]$$

حال با توجه به دو فرمول فوق می‌توان گفت که مجازات مطلوب و بهینه عبارت است از:

$$L = \left\{ \frac{(v1 - v2)}{[v1p(1-h1) - v2qh2]} \right\} \left[ \frac{3}{2} T + Cp \right]$$

البته در همه این موارد، برای کاستن از میزان طرح دعوی واهی، برای این نوع دعوی مجازات تعیین می‌شود.<sup>۷۷</sup>

در فرمولی دیگر، با تفکیک میان احتمال کشف و احتمال اثبات نقض قانون، بیان شده است ضمانت اجرای مطلوب به این نحو محاسبه می‌شود:

(احتمال اثبات\* احتمال کشف) / میزان زیان وارداً حاصل از نقض قانون

کاربرد این فرمول بیشتر در حقوق آمریکا بوده است؛ زیرا برخلاف اروپا که هدف اصلی حقوق رقابت را مبتنی بر جبران خسارت می‌پندارد، در آمریکا به بازدارندگی ضمانت اجرا توجهی ویژه شده است. افزون بر اینکه تجربه آمریکا اثبات می‌کند که بدون توجه به مؤلفه‌های بازدارندگی، اصولاً جبران خسارت نیز به‌ویژه در سطح عمومی به شکل مطلوب محقق نخواهد شد.<sup>۷۸</sup>

در حقوق اروپا، با تأکید بر وضعیت کارتل‌ها بیان شده است که اگر AS به معنی میزان منافع حاصل از فروش، M به معنی قیمت و EC به معنی هزینه‌ها باشد، رفتار ضد رقابتی تنها در صورتی انجام می‌شود که هزینه‌های نقض قانون کمتر از منافع و عایدی حاصل از نقض باشد؛ یعنی:

$$EC < M * AS$$

در این فرمول EC عبارت است از  $P * F$  که منظور از P احتمال پیگیری و تعقیب حقوقی و F به معنی احتمال جریمه و حکم به جبران خسارت است. با در نظر گرفتن احتمال محکومیت با نشانه C و E(C) به معنی جریمه تعیین شده و حکم به جبران خسارت می‌توان گفت:

$$E(C) = P * C * E(F)$$

نهایتاً در اتحادیه اروپا بر اساس تحلیل فوق، بیان شده است که ضمانت اجرای مطلوب (F) باید متناسب با منافع مورد انتظار، تقسیم بر احتمال محکومیت باشد؛ یعنی  $F = (M * AS) / P$  \* تنها در این صورت است که ضمانت اجرای بهینه و مطلوب پنداشته خواهد شد.<sup>۷۹</sup>

امروزه در اروپا، بر اهمیت شیوه‌های طرح دعوا و تأثیر آن در تعیین ضمانت اجرای مطلوب تأکید می‌شود. اگر فرض شود E(F) به معنی مجازات‌های دولتی محتمل، E(S) جبران خسارات غیردولتی محتمل، E(R) آثار زیان‌بار رفتار ضد رقابتی نسبت به اعتبار فعالان تجاری، PpCg احتمال بازدارندگی و مطلوبیت اجرا صرفاً از طریق پیگیری دولتی و PpCp نیز به معنی احتمال بازدارندگی و مطلوبیت اجرا از طریق پیگیری خصوصی باشد، میزان هزینه نقض قانون برای فعالان عبارت است از:

$$E(C) = PpCg E(F) + PpCp E(S) + E(R)$$

شایان توجه است که در اتحادیه اروپا در تعیین مجازات پایه<sup>۸۰</sup> مؤلفه‌های متعددی مدنظر قرار می‌گیرد؛ به‌عنوان مثال اگر فعال تجاری در چند بازار فعالیت داشته باشد (بازارهای A، B، C) با

78. Juska, Zygimantas, "The Effectiveness of Private Enforcement and Class Actions to Secure Antitrust Enforcement," *the Antitrust Bulletin* 62, no.3 (2017): 632.

79. Renda, Andre, "Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios," 58.

80. Base Fine.

بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب... / وکیلی مقدم ۹۹

فرض اینکه  $p_i$  به معنی قیمت در بازار  $i$  و  $q_i$  نیز به معنی میزان فروش در آن بازار باشد و فعال تجاری تنها در بازار  $A$  رفتار ضد رقابتی انجام داده باشد، در محاسبه ضمانت اجرای مطلوب، گردش مالی کلی در یک سال با نشانه  $T$  به این نحو محاسبه می شود:

$$T = p_A q_A + p_B q_B + p_C q_C$$

همچنین، نقض رقابت در اروپا به سه نوع سبک،<sup>۸۱</sup> سنگین<sup>۸۲</sup> و بسیار سنگین<sup>۸۳</sup> تقسیم شده است. نوع اول شامل توافقات عمودی و توافقات فاقد تأثیر مستقیم بر قیمت و میزان فروش است و میزان مجازات آن بین هزار تا یک میلیون یورو تعیین می شود. توافقات افقی و مواردی، مانند تبعیض در قیمت، نقض سنگین محسوب می شود که مجازات آن بین یک تا بیست میلیون یورو تعیین می گردد و نوع سوم، مواردی مانند توافقات تثبیت قیمت، بایکوت جمعی و تقسیم بازار را شامل می شود که مجازات آن بیش از بیست میلیون یورو تعیین می شود.<sup>۸۴</sup>

از نظر زمان نقض و تداوم رفتار ضد رقابتی نیز سه نوع زمان بندی کوتاه مدت (کمتر از یک سال)، میان مدت (یک تا پنج سال) و بلندمدت (بیش از پنج سال) است. در این میان، نوع دوم به میزان پنجاه درصد و نوع سوم به میزان ده درصد گردش مالی سالیانه بر مجازات می افزاید.<sup>۸۵</sup>

در اتحادیه اروپا، کیفیات مشدده و مخففه نیز در تعیین میزان ضمانت اجرای مطلوب مورد توجه قرار گرفته است. اگر مجازات نهایی با  $F$ ، مجازات پایه  $f$ ،  $g$  به معنی میزان سنگینی و شدت نقض،  $d$  نشانه مدت تداوم رفتار خلاف قانون،  $s$  کیفیات مخففه و  $n$  به معنی کیفیات مشدده باشد، فرمول نهایی تعیین مجازات در اتحادیه اروپا عبارت است:

$$F = f(g*d*s*n)$$

تنها در این صورت است که می توان متناسب با رفتار ضد رقابتی و اثر آن در بازار مجازات و ضمانت اجرایی تعیین کرد که بیشترین میزان بازدارندگی و مطلوبیت را داشته باشد.<sup>۸۶</sup>

81. Minor.

82. Serious.

83. Very Serious.

84. Motchenkova, Evgenia, "Optimal Enforcement of Competition Law," 21.

85. Motchenkova, Evgenia, "Optimal Enforcement of Competition Law," 25.

86. Lianos, Jenny and David Wagner, "An optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law, a Comparative Analysis," 40; ECA, "Working Group on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust law, Principles for Convergence," 11.

## ۵. موضع حقوق ایران نسبت به ضمانت اجرای مطلوب

مبانی توجیهی ضمانت اجرای مطلوب در ایران نیز مورد تأیید است؛ زیرا هم در حقوق رقابت و هم در دیگر زمینه‌های حقوقی، هدف از ممنوعیت رفتارهایی خاص، مؤثر واقع شدن قانون و جلوگیری از بروز نقض قانون پنداشته می‌شود؛ هدفی که «تئوری ضمانت اجرای مطلوب» در مقام تحقق و ضابطه‌مند کردن آن است. اگرچه در متن «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» به مفهوم و عنوان ضمانت اجرای مطلوب، به صورت تفصیلی پرداخته نشده و فارغ از اختلاف نظرانی که درباره کیفری بودن، جریمه نقدی مقرر در قانون مطرح شده است،<sup>۸۷</sup> اما نشانه‌هایی در این زمینه وجود دارد که زمینه اعمال تئوری و تحلیل مفهومی ضمانت اجرای مطلوب را فراهم می‌آورد.

نخست باید دانست که رویکرد حقوق رقابت در ایران چندان اقتصادی نیست. بر همین اساس، ضمانت اجرای مقرر در «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» ماهیت جزمی و ثابت دارند. استفاده از این شیوه که ضمانت اجرا را به صورت قاطع و با میزان مشخص تعیین می‌نماید، اگرچه از نظر اجرایی و منطبق با سهولت رسیدگی قضایی دارای مزیت است، اما بر اساس ویژگی‌ها و اوصاف ضمانت اجرای مطلوب چندان قابل تأیید نیست. در یک تقسیم‌بندی کلی، در ایران ضمانت اجرای نقض قانون رقابت به انواع غیر مالی و مالی تقسیم می‌شود. ابطال هر نوع توافق یا قرارداد ضد رقابتی، توقف رویه ضد رقابتی، اعلان عمومی، جلوگیری از فعالیت فعال تجاری در زمینه‌های تجاری خاص و دستور به اصلاح اساسنامه (ماده ۶۱ و بندهای الف و ج ماده ۵۱) از مصادیق ضمانت اجرای غیر مالی و پرداخت جزای نقدی مقرر در بند ۱۲ ماده ۶۱، استرداد اموال حاصل از نقض قانون (بند ۸ ماده ۶۱) و لزوم جبران خسارت زیان‌دیده، طبق قواعد کلی (ماده ۶۶) از مصادیق ضمانت اجرای مالی مقرر در «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» است.

در بخش پایانی ماده ۶۱ مقرر شده است: «آیین‌نامه مربوط به تعیین میزان جرائم نقدی متناسب با عمل ارتكابی به پیشنهاد مشترک وزارتخانه‌های امور اقتصادی و دارایی، بازرگانی و دادگستری تهیه و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این بخش از لزوم تصویب آیین‌نامه‌ای برای «تعیین میزان جرائم متناسب با عمل ارتكابی» سخن گفته شده است که می‌توان قید تناسب را در واقع به معنی مطلوب بودن ضمانت اجرا دانست. بر اساس همین بند نیز «آیین‌نامه تعیین میزان جرائم نقدی متناسب با عمل ارتكابی در رویه‌های ضد رقابتی» به موجب تصویب‌نامه

۸۷. ابراهیم رهبری، «بررسی تطبیقی نقش جریمه‌های مالی در اجرای موازین رقابتی»، مطالعات حقوق تطبیقی دوره ۶، شماره ۱ (۱۳۹۴): ۱۶۸.

بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب... / وکیلی مقدم ۱۰۱

هیئت‌وزیران به شماره ۲۷۰۵۶۶/ت ۴۴۴۹۰ هـ در تاریخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۰ تصویب و به‌موجب تصویب‌نامه شماره ۵۲۷۷۲۲ هیئت‌وزیران در تاریخ ۱۳۹۵/۱/۲۲ مبالغ مندرج در آن تعدیل گردید.

در ماده ۱ آیین‌نامه به‌صراحت بیان شده است که نوع عمل ارتكابی و میزان تأثیر آن در بازار در تعیین مجازات نقدی مؤثر است. همچنین بر اساس ماده ۳ شورای رقابت میزان مجازات نقدی را بر مبنای عواملی، نظیر اهمیت کمی و کیفی عمل ضد رقابتی، میزان تأثیر منفی آن بر بازار، تعدد و تکرار عمل ارتكابی و زمان و مکان ارتكاب، مشخص می‌نماید. بنابراین، شورای رقابت به استناد همین بند، اختیار تعیین ضمانت‌اجرای مطلوب و متناسب را درباره رفتارهای ضد رقابتی داراست. البته محدوده تعیین جریمه نقدی برای شورای رقابت در مورد هر بند از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم مشخص شده است؛ به‌عنوان مثال برای نقض بند (الف) ماده ۴۵، حسب مورد جزء‌های (۱) و (۲) به میزان چهارصد میلیون تا هشتصد میلیون ریال و جزء (۳) به میزان ششصد میلیون ریال تا یک میلیارد ریال و بند (ب) به میزان سیصد میلیون ریال تا ششصد میلیون ریال مجازات تعیین شده است.

بر اساس مراتب فوق، می‌توان گفت که در متون قانونی مرتبط با حقوق رقابت در ایران، عناوین و مفاهیم مرتبط به تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب در آیین‌نامه تعیین میزان مجازات نقدی ذکر شده است. با این‌همه، مشخص نیست به چه دلیل همچنان با تعیین حداقل و حداکثر جزای نقدی، استفاده و اعمال این تئوری به شکل ناقص در حقوق رقابت ایران صورت گرفته است. رویه و رویکرد مورد استفاده در ایران موجب می‌شود به‌رغم وجود ظرفیت‌های قانونی، مزایای استفاده از تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب، به شکل کامل محقق نگردد. افزون بر اینکه نوعی ابهام و فقدان ضابطه مشخص در تعیین میزان مجازات نقدی نیز در این شیوه وجود ندارد که مغایر لزوم پیش‌بینی‌پذیری ضمانت‌اجراست.

پیشنهاد می‌شود که شورای رقابت مستند به اختیار قانونی مندرج در ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم، با در نظر گرفتن مجموع مؤلفه‌های مؤثر در تعیین مجازات، الگوی تحلیلی مدنظر خود در تعیین ضمانت‌اجرای مطلوب را تهیه و منتشر نماید. آنچه در کنار تعیین مؤلفه‌های مؤثر اهمیت دارد، تعیین چگونگی تأثیرگذاری آن‌ها بر میزان جزای نقدی است. بنابراین، مناسب‌تر این است که شورای رقابت با تفکیک کیفیات مشدده و مخففه، تأثیر هر یک را در میزان مجازات مشخص کند و در کنار امکان استفاده از روش پیگیری خصوصی زیان‌دیدگان مبنی بر جبران خسارت (ماده ۶۶)، به جای استفاده از شیوه فعلی مبنی بر تعیین حداقل و حداکثر مجازات، فرمول مورد نظر خود در تعیین جزای نقدی را تدوین نماید. استفاده از چنین شیوه‌ای، در عمل نیاز به تعدیل میزان مجازات را در هر سه سال یک‌بار از بین خواهد برد.

همچنین، خلأ تفکیک رفتارهای ضد رقابتی بر اساس شدت و ضعف در حقوق ایران محسوس است. در این زمینه نیز تقسیم رفتارهای ضد رقابتی به دو نوع افقی (بین رقبا) و عمودی (بین

تولیدکننده و عرضه‌کننده) ضرورت تام دارد. این تقسیم‌بندی می‌تواند معیار و مؤلفه‌ای مشخص برای تعیین ضمانت‌اجرای مطلوب، بر اساس شدت و اهمیت نقض قانون نیز محسوب شود. درنهایت، بر لزوم رواج استفاده از ضوابط حقوق رقابت و آگاهی تخصصی حقوقدانان و یا عموم افراد جامعه از آن تأکید می‌شود. با توجه به اهمیت مؤلفه احتمال پیگیری و محکومیت نقض رقابت تجاری، در تحقق مطلوبیت ضمانت‌اجرا، ضرورت گنجانیدن عنوان درسی حقوق رقابت در سرفصل دروس اصلی دانشکده حقوق غیر قابل انکار است. تنها در این صورت می‌توان از مزایای حقوق رقابت، به‌عنوان نظم حاکم بر اقتصاد خصوصی و شرط لازم برای تحقق اقتصاد مقاومتی، بهره‌مند شد.

### نتیجه‌گیری

مبنای طرح و پذیرش تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب، به رسمیت شناختن قدرت انسان در تحلیل و محاسبه سود و زیان حاصل از رفتارهای خویشتن است. این تئوری با یادآوری هدف اصلی حقوق در ایجاد یک نظم مستقر، بازدارندگی از نقض قانون را ویژگی اصلی کارآمدی ضوابط حقوقی می‌پندارد. مطالعات رفتارشناسی انسان در امور اقتصادی و تجاری اثبات می‌نماید که افزایش هزینه و تبعات منفی نقض قانون و تحمیل آن‌ها بر شخص خاطی، انگیزه پایبندی به قانون و متابعت از آن را افزایش خواهد داد. بنابراین، در تعیین ضمانت‌اجرای مؤثر، باید تمام مؤلفه‌های مؤثر بر فرایند تصمیم‌سازی مدنظر قرار گرفته شود و با توجه به آن‌ها، به مقابله و مواجهه متناسب اقدام گردد. تئوری ضمانت‌اجرای مطلوب بر مبنای این نکته بنیادین شکل گرفته است که صرف افزودن بر میزان مجازات نقدی، بدون توجه به متغیرهای مؤثر در تصمیم به نقض قانون، نتیجه مطلوب را محقق نمی‌سازد. این تئوری، عهدشکنی و یا نقض قانون را بر اساس یک رویکرد پویا و متغیرمحور تحلیل می‌نماید که می‌کوشد با از بین بردن انگیزه‌های نقض، وصف بازدارندگی را محقق نماید.

با تطبیق رویکرد دیگر کشورها، به نظر می‌رسد که مناسب‌ترین شیوه، ارائه فرمول و الگویی مشخص در تعیین «مجازات پایه» است که در آن نوع نقض قانون، میزان تأثیرگذاری در بازار، احتمال محکومیت و هزینه‌های رسیدگی قضایی دارای ضریب تأثیر خواهند بود. درعین حال، وجود کیفیات مشدده و مخففه به‌صورت مشخص و تعیین‌شده، بر میزان مجازات نقدی می‌افزاید و یا از آن می‌کاهد. این شیوه که با توجه به ظرفیت‌های قانونی و اختیارات شورای رقابت در ایران نیز قابل استفاده است، در کنار طرح دعاوی خصوصی و جبران خسارت زیان‌دیده قادر به تحقق ساختار نظارتی کارآمد و اعمال ضمانت‌اجرای مطلوب در حقوق رقابت خواهد بود.

بررسی تطبیقی معیارها و راهکارهای تحقق ضمانت اجرای حقوقی مطلوب... / وکیلی مقدم ۱۰۳

## کتابنامه

### الف. کتب و مقالات

#### الف-۱. فارسی

- حبیب، سعید، و محمدحسین وکیلی مقدم. «توافقات ضد رقابتی در روابط تولیدکننده و عرضه‌کننده»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۶، شماره ۳ (۱۳۹۳): ۳۳-۵۹.
- رهبری، ابراهیم. «تحلیل و نقدی بر ابعاد ضمانت‌اجراهای رقابتی در قلمرو مالکیت‌های فکری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۳ (۱۳۹۷): ۱۸۷-۲۱۱.
- رهبری، ابراهیم. «جایگاه و اعتبار رقابتی توافق عدم رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۷، شماره ۴ (۱۳۹۴): ۸۹-۱۱۶.
- رهبری، ابراهیم. «بررسی تطبیقی نقش جریمه‌های مالی در اجرای موازین رقابتی»، مطالعات حقوق تطبیقی دوره ۶، شماره ۱ (۱۳۹۴): ۱۵۱-۱۷۷.
- وکیلی مقدم، محمدحسین. «مطالعه تطبیقی معیارهای ارزیابی رفتار ضد رقابتی با تأکید بر حقوق ایران»، حقوق خصوصی، دوره ۱۶، شماره ۲ (۱۳۹۸): ۳۲۳-۳۴۳.
- وکیلی مقدم، محمدحسین. «توافقات ضد رقابت تجاری». تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
- یاوری، اسدالله. «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، مطالعات حقوق تطبیقی دوره ۵، شماره ۲ (۱۳۹۳): ۶۴۷-۶۲۹.

#### الف-۲. لاتین

- Breit, William and Elzianga Kenneth. "The Instruments of Antitrust Enforcement." *Emory Law Journal* 23 (1974): 943-961.
- Crane, Daniel. "Optimizing Private Antitrust Enforcement." *Vanderbilt Law Review* 63, no. 3 (2010): 675-723.
- ECA (European Competition Authorities). "Working Group on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust law, Principles for Convergence." Accessed June 1, 2021. [http://www.autoritedelaco ncurrency. Fr/doc/eca\\_ pri n c I ples\\_uk.pdf](http://www.autoritedelaco ncurrency. Fr/doc/eca_ pri n c I ples_uk.pdf)
- Heimler, Alberto and Mehta Kirtikumer. "Violations of Antitrust Provisions: the Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence." *World Competition* 35 (2012): 103-119.
- Huschhelrath, Kai. "Public and Private Enforcement of Competition Law." *CCP Working Paper* (2013): 5-13.

- Hylton Keith and Hai Zhen Lin. "Optimal Antitrust Enforcement Dynamic Competition and Changing Economic Conditions." *Antitrust Law Journal* 77 (2010): 247-276.
- Hylton, Keith and Hai Zhen Lin. "Innovation and Optimal Punishment, with Antitrust Applications." *Journal of Competition Law & Economics* 10, no. 1 (2013): 1-25.
- Hylton, Keith. *Antitrust law*, New York: Cambridge, 2003.
- Juska, Zygmantas. "The Effectiveness of Private Enforcement and Class Actions to Secure Antitrust Enforcement." *The Antitrust Bulletin* 62, no.3 (2017): 603- 637.
- Lande, Robert and Joshua Davis. "Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S Antitrust Law." *Brigham Young University Law Review* 35 (2013): 315-390
- Lande, William. "Optimal Sanctions for Antitrust Violations." *the University of Chicago Law Review* 50 (1983): 652-678.
- Lianos, Jenny and David Wagner. "An optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law, a Comparative Analysis." *CLES Research Paper Series 3/104* (2014).
- Melamed, Douglas. "Antitrust as Law Enforcement." *Antitrust Law Journal* 27 (2012): 76-86.
- Meyer, Ken. "Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers." *Antitrust Law Journal* 32 (2012): 26-35.
- Motchenkova, Evgenia. "Optimal Enforcement of Competition Law." *Center for Economic Research* (2005).
- Page, William. "Optimal Antitrust Penalties and Competitors Injury." *Michigan Law Review* 88 (1990): 140-210.
- Renda, Andre. "Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios." *Report for the European Commission Contract, DG Comp/2006/A3 102*. (2007).
- Wickelgren, Abraham. "Determining the Optimal Antitrust Standard." *Southern California Law Review* 58 (2012): 52 -62
- Wils, Wouter. *Principles of European Antitrust Enforcement*. London: Hart Publishing, 2005.
- Wils, Wouter. "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice." *World Competition* 29, no. 2 (2006): 63-95.