

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۱۰۱، زمستان ۱۴۰۰، ۲۴۹-۲۲۹

## مقاله پژوهشی: رفتار هماهنگ در حقوق رقابت (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و حقوق اتحادیه اروپا)

محسن صادقی \* مرتضی دیندار \*\*

دریافت: ۹۸/۷/۸ پذیرش: ۹۹/۶/۲

اطلاعات / ارتباط / هماهنگی / همکاری / آشکارسازی اراده

### چکیده

تبانی میان بنگاه‌های اقتصادی می‌تواند حاوی تطابق اراده بنگاه‌ها و در قالب قرارداد و یا توافق محقق شود. علاوه بر این امکان تحقق تبانی بدون تحقق تطابق اراده و از طریق بیان نیت طرفین و یا تبادل اطلاعات مربوط به کسب و کار بنگاه‌ها وجود دارد. این شیوه‌ی رفتاری رقبا تحت عنوان رفتار هماهنگ شناخته می‌شود. حقوق رقابت برای اینکه بتواند با قدرت از جریان رقابت در بازار حمایت کند، نه تنها باید با قراردادها و توافقات ضد رقابتی مقابله کند، بلکه باید سازوکاری برای مقابله با این گونه ترتیبات ایجاد نماید. شناسایی ملاک و مبنایی برای تمایز رفتار هماهنگ از توافقات و قراردادها و واکاوی ارکان تشکیل دهنده‌ی آن مواردی است که این پژوهش به دنبال آن است.

طبقه بندی JEL: K21

\*. دانشیار موسسه حقوقی تطبیقی دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران sadeghilaw@ut.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته حقوق اقتصادی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران mortezadindarlawyer@gmail.com



## مقدمه

آن هنگام که آدام اسمیت اعلام کرد دست‌های نامرئی به‌تنهایی برای هدایت اقتصاد کافی است، در خصوص این موضوع نیز هشدار داد که فعالان تجاری به‌ندرت با یکدیگر برای گفت‌وگو و تغییر روحیه ملاقات می‌کنند، اما در صورت گفت‌وگو میان آنها، آنچه حاصل می‌شود توطئه علیه مردم یا تبانی برای افزایش قیمت‌ها است.<sup>۱</sup> تلاقی این باور و نگرانی گفته شده، مبنای پیدایش حقوق رقابت یا حقوق ضدتراست است.

در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان اعمال ضدرقابتی را در دو دسته‌ی اعمال دو یا چندجانبه و اعمال یک‌جانبه دسته‌بندی کرد. برای مثال «تبانی» و «ادغام» را می‌توان در گروه اعمال جمعی ضدرقابتی و «سؤاستفاده از جایگاه مسلط اقتصادی» را در گروه دوم جای داد. اساساً اعمال گروه نخست به دلیل آنکه متضمن صرف نظر نمودن نگاه‌ها از استقلال در تعیین استراتژی‌های اقتصادی خود است، به بارزترین شکل، مخالف قواعد تضمین‌کننده جریان رقابت در بازار هستند. نخستین قوانینی نیز که در حوزه رقابت تصویب شده‌اند در جهت مبارزه با کارتل‌ها و تراست‌ها بوده است.<sup>۲</sup> با توجه به مطلب فوق، رویکرد جامعه در برخورد با اعمال گروهی باید با سخت‌گیری بیشتری همراه باشد. در واقع همکاری رقبا در بازار جز در موارد خاص، در تضاد آشکار با مفهوم رقابت بوده و حقوق رقابت آن را برنمی‌تابد.

در میان اعمال دو یا چندجانبه‌ی ضدرقابتی، تبانی را می‌توان رفتار هماهنگ در معنای عام آن دانست؛ مصادیق این رفتار که مطابق حقوق ایران شامل قرارداد، توافق و تفاهم هستند، حاوی عنصر همگامی اراده نگاه‌ها است؛ بنابراین رفتار هماهنگ در معنای عام، هر سه وضعیت گفته شده را در برمی‌گیرد. از سوی دیگر در قوانین و نوشته‌های حقوق دانان، هر جا از رفتار هماهنگ نامی برده شده است، مقصود، صرفاً رفتاری است که حاوی تطابق اراده نباشد؛ از این رو، این شیوه‌ی رفتاری را می‌توان رفتار هماهنگ در معنای خاص آن دانست. این شیوه‌ی هماهنگی میان رقبا در لسان نویسندگان داخلی تحت عنوان «اعمال

1. Smith, Adam (1976): p. 176.

۲. برای نمونه در سال ۱۸۹۰ در ایالات متحده آمریکا، قانون شرمین (Sherman Act) در پاسخ به نگرانی فزاینده از تجمع عظیم سرمایه و منابع در دست تراست‌ها که در طول دوره رشد اقتصادی به دست آورده بودند، تصویب شد. پیش‌نویس این قانون توسط جان شرمین سناتور ایالات اوهایو به کنگره ارائه گردید.

هماهنگ<sup>۱</sup>»، «اقدامات دسته‌جمعی هم سو<sup>۲</sup>»، «رویه‌ی هماهنگ<sup>۳</sup>» و «اقدامات هماهنگ<sup>۴</sup>» مورد بررسی قرار گرفته است. در این پژوهش موضوع مورد نظر تحت عنوان «رفتار<sup>۵</sup> هماهنگ» مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

شناسایی مفهوم و عناصر رفتار هماهنگ موجب ایجاد ملاک و مبنایی برای تفکیک آن دسته از رفتارهایی می‌شود که مشابهت فراوانی با رفتار هماهنگ دارند و عرف حاکم بر بازار آنها را مجاز می‌داند. تضمین حقوق و آزادی‌های بنگاه‌های فعال در بازار و جلوگیری از ایجاد اخلال در روابط تجاری از یک سو و حمایت از جریان رقابت در بازار از طریق تحت شمول قراردادن تمام رفتارهای مخل رقابت از سوی دیگر مستلزم آن است که رفتار هماهنگ به خوبی مورد شناسایی قرار گیرد تا رفتارهای دیگر مورد حمله نظام حقوقی قرار نگیرند و همچنین بنگاه‌های مخل رقابت راه‌گزینی نداشته باشند. مطالعات پیشین مرتبط با رفتار هماهنگ عمدتاً به بیان مختصری از تعاریف ارائه شده توسط مراجع رسیدگی کننده در اتحادیه‌ی اروپا اکتفا نموده و عناصر تشکیل‌دهنده آن را بررسی ننموده‌اند. روش تحقیق در این مقاله تحلیلی و مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای است؛ در تحلیل موضوعات، حقوق ایران و اتحادیه‌ی اروپا نیز مورد استفاده قرار گرفته‌اند. مطالب در دو بخش بررسی خواهد شد؛ به این ترتیب که در ابتدا مفهوم رفتار هماهنگ بررسی می‌گردد و تعاریف صورت گرفته از رفتار هماهنگ توسط دکترین و رویه‌ی قضایی تشریح و نقد می‌شود و در ادامه عناصر تشکیل‌دهنده رفتار هماهنگ بررسی خواهد شد.

## ۱. مفهوم رفتار هماهنگ

رفتار هماهنگ در معنای عام خود تحت عنوان «تبانی»<sup>۶</sup> در ادبیات حقوقی و قوانین مطرح

۱. وکیلی مقدم، محمد حسین (۱۳۸۹)؛ ص ۸۱.

۲. رشوند بوکانی، مهدی (۱۳۹۰)؛ ص ۲۴۰.

۳. شمس، مشیت اله نوروزی (۱۳۸۹)؛ ص ۹۹.

۴. غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۳)؛ ص ۱۸۶.

۵. انبوهی از واژگان از قبیل اقدام، رویه، عمل، کنش، فعل را می‌توان به جای واژه «رفتار» استفاده نمود؛ با این حال استفاده از این واژه از این جهت برتری دارد که شامل ترک فعل و حالت یا وضعیت نیز می‌گردد.

6. Conspiracy.

است. تبانی در لغت از ماده «ب ن ی» به معنای با یکدیگر قراری نهادن، نهانی پیمان بستن<sup>۱</sup> است. از واژگان مترادف تبانی که در قوانین نیز از آن استفاده شده است، واژه‌ی «مواضعه» است که در بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۰۷/۱۵ مورد اشاره قرار گرفته است.<sup>۲</sup> تعریف اصطلاحی تبانی نیز از معنای لغوی آن دور نیفتاده است؛ در توضیح واژه «Conspiracy» آورده شده: «همدستی و همکاری بین دو یا چند نفر برای ارتکاب مشترک عملی خلاف قانون یا ارتکاب عملی که خود خلاف قانون نیست ولی در صورت توطئه و همکاری و همدستی یک عده برای انجام آن به صورت غیر قانونی در می‌آید و یا همکاری و همدستی دو یا چند نفر برای ارتکاب عملی که خود خلاف قانون نیست از طریق غیرقانونی و مجرمانه.»<sup>۳</sup>

مستند قانونی ممنوعیت تبانی<sup>۴</sup> مخل رقابت در حقوق ایران، ماده ۴۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ است که مقرر می‌دارد: «هرگونه تبانی از طریق قرارداد، توافق و یا تفاهم (اعم از کتبی، الکترونیکی، شفاهی و یا عملی) بین اشخاص که یک یا چند اثر زیر را به دنبال داشته باشد، به نحوی که نتیجه‌ی آن بتواند اخلال در رقابت باشد ممنوع است.» لازم به ذکر است در این ماده مقنن با به‌کارگیری واژه‌ی «هرگونه» در ابتدای ماده خواسته است به‌مانند بند اول ماده ۱۰۱ معاهده‌ی لیسبون، تبانی را صرف نظر از شکل آن ممنوع اعلام کند و هیچ راه‌گزینی برای فرار از مقررات رقابت باقی نگذارد. معاهده‌ی لیسبون بدون آنکه از اصطلاح تبانی استفاده کند، مقرر می‌دارد: «کلیه‌ی توافقات میان واحدهای اقتصادی، تصمیمات اتحادیه‌های صنفی و اقدامات

۱. معین، محمد (۱۳۸۶)؛ توضیح ذیل واژه تبانی.

۲. «هرگونه سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به منظور افزایش قیمت یا کاهش کیفیت یا محدود نمودن تولید یا عرضه کالا و خدمات یا تحمیل شرایط غیرعادلانه بر اساس عرف در معاملات.»

۳. آقایی، بهمن (۱۳۸۲)؛ توضیح ذیل واژه Conspiracy.

۴. تبانی مورد اشاره در این ماده متفاوت از جرم تبانی مندرج در ماده ۶۱۱ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) است، چراکه تحقق جرم تبانی موضوع ماده ۶۱۱ مستلزم توافق دو یا چند نفر جهت ارتکاب عملی مجرمانه (موضوع تبانی باید ارتکاب جرم باشد) است و موضوعات تبانی ق.ا.س.ک.ا.ج.ق.ا. که در بندهای ماده ۴۴ مورد اشاره قرار گرفته‌اند اعمال مجرمانه محسوب نمی‌گردند و از سوی دیگر تبانی جهت ارتکاب تبانی نیز عقلاً غیرممکن است! برای توضیح بیشتر در خصوص جرم تبانی موضوع ماده ۶۱۱ ق.ا.م.ا. ر.ک: میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)؛ صص ۲۵۹-۲۶۰.

۵. ازین پس برای رعایت اختصار به صورت «ق.ا.س.ک.ا.ج.ق.ا.» به کار برده خواهد شد.

هماهنگی که بتواند تجارت میان دولت‌های عضو را تحت تأثیر قرار داده و هدف یا تأثیر آنها جلوگیری، ایجاد محدودیت یا اخلال در جریان رقابت در بازار مشترک باشد، ممنوع است...». به این ترتیب این ماده در مورد هر شکلی از تبانی، صرف‌نظر از هرگونه تمایزی بین توافق، تصمیمات اتحادیه‌های صنفی و رفتار هماهنگ اعمال می‌شود؛ زیرا هدف اصلی بستن راه‌گریز بنگاه‌ها از شمول حکم مندرج در این ماده است؛ بنابراین آنچه در اینجا اهمیت دارد تمایز این اصطلاحات از یکدیگر نیست، بلکه تمایز رفتار مستقل به‌عنوان اقدامی قانونی از تبانی به‌عنوان اقدامی همکارانه و غیرقانونی است. در رویه‌ی قضایی اتحادیه‌ی اروپا، اصولاً مرجع رسیدگی تمایزی میان اشکال مختلف تبانی قائل نمی‌شود و در برخی دعاوی به صراحت از انجام این کار خودداری نموده است.<sup>۱</sup> در همین راستا دیوان دادگستری اروپا<sup>۲</sup> اعلام نموده مرجع رسیدگی حق دارد روند پایدار تبانی که برخی از آنها منجر به توافق و برخی دیگر منجر به یک رفتار هماهنگ می‌شود را بدون دسته‌بندی مجزا از ارکان هر یک به‌عنوان یک رفتار هماهنگ یا توافق توصیف کند<sup>۳</sup> و در پرونده‌های دیگری مرجع رسیدگی اعلام نموده که رفتار هماهنگ ممکن است اشکال مختلفی داشته باشد و دادگاه‌ها همیشه مراقب بوده‌اند رفتار هماهنگ را تعریف نکنند تا رفتارهایی که ممکن است به رفتار هماهنگ منجر شود را محدود نکنند.<sup>۴</sup>

اما در خصوص رفتار هماهنگ در معنای خاص خود که در این پژوهش مدنظر است هنوز نه در حقوق رقابت اتحادیه‌ی اروپا و نه در حقوق ایران، رویه‌ی قضایی و دکترین به اجماعی در خصوص تعریف و ارکان تشکیل‌دهنده آن نرسیده‌اند. برخلاف معاهده‌ی لیسبون که در ماده ۱۰۱ صراحتاً اصطلاح «Concerted Practice» را به‌کار برده است، در حقوق ایران قانون‌گذار در ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا.چ.ق.ا. از اصطلاح «تفاهم» برای اشاره به رفتار هماهنگ استفاده نموده است که البته چنان‌که در ادامه خواهد آمد، تفاهم صرفاً یک رکن رفتار هماهنگ محسوب می‌شود. به هر شکل از این امر نباید غافل شد که عدم تعریف یک اصطلاح و احاله تعریف به رویه‌ی قضایی، از یک سو اجازه می‌دهد که یک اصطلاح تا جایکه با دعاوی مطرح‌شده قابل تطبیق باشد، گسترش یابد. از سوی دیگر ارائه تعریف از

1. Marco Colino, Sandra(2011)؛p.153.

2. European Court of Justice (ECJ).

3. Vaughan ,David & Lee, Sarah & Kennelly, Brian & Riches, Philip(2006)؛p.54.

4. Wish, Richard & Bailey , David(2015)؛p. 118.

طریق رویه‌ی قضایی، ساز و کار خطرناکی است که تحت تأثیر واقعیت‌های خاص دچار تغییر و تحول می‌شود و معنای اصطلاح به یک مفهوم واحد منجر نخواهد شد.<sup>۱</sup> النهایه با توجه به این‌که در قوانین، رفتار هماهنگ تعریف نشده است، صرفاً رویه‌ی قضایی و دکترین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۱- تعریف رفتار هماهنگ در رویه‌ی قضایی

رویه‌ی قضایی ایران هنوز مجال آن را نیافته تا رفتار هماهنگ را تعریف نماید؛ در مقابل در حقوق اتحادیه‌ی اروپا، دیوان دادگستری اروپا مفهوم رفتار هماهنگ را نخستین بار در سال ۱۹۷۲ و در دعوای معروف به «Dyestuffs»<sup>۲</sup> تعریف نمود. دیوان دادگستری اروپا در این پرونده رفتار هماهنگ را این‌گونه تعریف کرد: «یک شکل از هماهنگی بین رقبا، بدون اینکه به یک توافق به اصطلاح صحیح منجر شود و به‌طور آگاهانه هماهنگی عملی را بین رقبا جایگزین ریسک‌های رقابت کند، رفتار هماهنگ همه ارکان یک توافق را ندارد.» تعریف ارائه شده اگرچه نقطه عطفی در جهت شناخت مفهوم رفتار هماهنگ است با این حال تعریف مزبور مشخص نمی‌کند چه نوع از هماهنگی منع شده است و اینکه تحت چه شرایطی و با استنتاج از کدام رفتارها پی به وجود آن نوع هماهنگی ممنوع خواهیم برد.

دیوان دادگستری اروپا در سال ۱۹۷۵ در پرونده معروف به «Sugar Cartel»<sup>۳</sup> این‌گونه مقرر نمود که «رفتار هماهنگ یک شکل از هماهنگی بین رقبا است بدون اینکه به یک توافق به اصطلاح صحیح منجر شود و به‌طور آگاهانه هماهنگی عملی را بین رقبا جایگزین ریسک‌های رقابت کند. این همکاری عملی بین رقبا منجر به شرایطی می‌شود که با توجه به ماهیت محصولات، شمار بنگاه‌های اقتصادی و اندازه‌ی بازار با شرایط طبیعی بازار مطابقت ندارد.» این دو پرونده ملاک‌هایی را برای تحقق رفتار هماهنگ ارائه می‌کنند؛ مطابق این تعاریف، لزومی ندارد هماهنگی یا اجماع به صورت شفاهی حاصل شود و می‌تواند از طریق تماس مستقیم یا غیر مستقیم بین رقبا حاصل گردد.<sup>۴</sup> علاوه بر این نوعی همکاری متقابل جهت اقدام

1. Black, Oliver(2005):p. 141.

2. ICI and Others v Commission Cases 48-57/69 [1972] ECR 619; CMLR 557.

3. Cooperative vereniging Suiker Unie UA v Commission [1975] ECR 1916; [1976] 1 CMLR 405.

4. Wish, Richard & Bailey ,David(2015):p.118.

به روش معینی باید وجود داشته باشد.<sup>۱</sup> در بیشتر دعاوی که پس از این دو در خصوص رفتار هماهنگ طرح و مورد رسیدگی قرار گرفته است، مرجع رسیدگی از تعاریف صورت گرفته در دعاوی فوق استفاده نموده است.

## ۲-۱. تعریف رفتار هماهنگ توسط دکترین

یکی از اساتید حقوق تجارت، رفتار هماهنگ را این‌گونه تعریف نموده‌اند: «منظور از رفتار هماهنگ یا رفتار متمرکز، فعالیت‌های دسته‌جمعی همسو و همکاری‌های غیررسمی بین بنگاه‌های تجاری و یا اعضای آنها است.»<sup>۲</sup> برخی این‌گونه اظهار نظر نموده‌اند که «اولاً رفتار هماهنگ مستلزم شکلی از ارتباط مستقیم یا غیرمستقیم بین رقبای است و ثانیاً باید اتفاق نظر یا وفاقی بین طرفین وجود داشته باشد که همکاری را جایگزین رقابت کنند.»<sup>۳</sup> اگرچه تعریف مزبور از این جهت که بر لزوم وجود ارتباط در تحقق رفتار هماهنگ تکیه نموده قابل دفاع است، با این حال عبارت «اتفاق نظر» و «وفاق»<sup>۴</sup> مبهم است و کمکی به تبیین مفهوم مورد نظر نمی‌کند. علاوه بر این تعریف مانع نیست و شامل توافق نیز می‌شود. نویسنده دیگری این‌گونه بیان نموده‌اند که رفتار هماهنگ «شکلی ضعیف‌تر از توافق است که حاوی تفاهم یا همکاری بین رقبای است.»<sup>۵</sup> تعریف مزبور نیز با همان ایراد مبهم بودن عبارت «ضعیف‌تر»<sup>۶</sup> مواجه است و مشخص نمی‌کند توافق حاوی چه چیزی است که رفتار هماهنگ فاقد آن است. نویسنده دیگری بیان نموده که رفتار هماهنگ عبارت است از «هماهنگی بین خواسته‌های طرفین که به نتیجه‌ای انحصاری منجر شود بدون اینکه همکاری صریحی بین طرفین وجود داشته باشد.»<sup>۷</sup> علاوه بر قابلیت تفسیر گسترده از عبارت «همکاری صریح» که دامنه تعریف را وسیع خواهد نمود، عبارت هماهنگی بین خواسته‌های طرفین در توافق و قرارداد نیز وجود دارد. در تعریف دیگری این‌گونه بیان شده که «رفتار هماهنگ اجماعی ذهنی است که به موجب

1. Jones, Alison & Sufrin, Brenda (2016), p.153.

۲. قدک، عبدالرسول (۹۰-۱۳۸۹).

3. Faull, Jonathan & Nipkay, Ali (2007), p.212.

4. Meeting of Mind.

5. Consensus.

6. Rodger, Barry J. & MacCulloch, Angus (2015): p.163.

7. Looser.

8. Philips, Louis (1995): p.2.

آن همکاری عملی، آگاهانه جایگزین رقابت می‌گردد.<sup>۱</sup> این تعریف نیز به مانند برخی از تعاریف فوق الذکر مانع نیست و شامل توافق نیز می‌گردد. یکی از اساتید حقوق رقابت جهت تبیین مفهوم رفتار هماهنگ از ابزارهای «فلسفه تحلیلی»<sup>۲</sup> استفاده می‌کند. وی رفتار بنگاه‌های رقیب در بازار را بر اساس درجه «همبستگی»<sup>۳</sup> میان رقبا، به شش درجه<sup>۴</sup> تقسیم می‌کند که بالاترین سطح آن رفتار هماهنگ است.<sup>۵</sup>

به نظر می‌رسد تحلیل تعریف ارائه شده در پرونده‌ی «Dyestuffs» و دقت در استدلال‌های مرجع رسیدگی در رد دفاعیات خواندگان این پرونده می‌تواند راهگشای ارائه تعریفی جامع از رفتار هماهنگ باشد. همانطور که پیشتر گفته شد در دعوی مزبور مرجع رسیدگی رفتار هماهنگ را شکلی از هماهنگی میان رقبا که به مرحله‌ی ایجاد توافق نرسیده است تعریف نمود. از سوی دیگر در این دعوا، خواندگان مدعی بودند رفتار مشابه آنها ناشی از ساختار بازار (Oligopolistic Market)<sup>۶</sup> است و تبانی میان آنها وجود ندارد و آنچه اتفاق افتاده است صرفاً «رفتار موازی»<sup>۷</sup> است که ناشی از تطبیق‌پذیری آگاهانه یا منطقی آنها با رفتار سایر

1. Wish, Richard & Bailey, David (2015). p.118.

2. Analytic Philosophy.

3. Correlation.

۴. این شش درجه به این شرح است؛ ۱. اقدام مستقل- در این درجه از همبستگی میان رقبا هر بنگاه کاملاً مستقل و جدا از طرف دیگر اقدام می‌کند. ۲. باور مشترک- هر بنگاه با این اعتقاد و باور که طرف مقابل به روش خاصی عمل می‌کند، اقدام می‌کند. ۳. اعتماد متقابل- طرفین نه تنها با این اعتقاد که سایرین به روش خاصی عمل خواهند کرد، اقدام می‌کنند؛ بلکه آن‌ها با تکیه بر این که سایرین به روش خاصی عمل خواهند کرد، اقدامات مانند آن‌ها را انجام می‌دهند. ۴. اعتماد متقابل با یک هدف مشترک- طرفین هر دو اعتقاد دارند که سایرین به روش خاصی عمل می‌کنند و اعتماد به آن‌ها که مانند آن را انجام دهند و در انجام دادن همان کار، هدف مشترکی دارند. ۵. اعتماد متقابل با یک هدف مشترک به همراه آگاهی- در این سطح از همبستگی، هر طرف به این آگاهی و دانش دست پیدا کرده است که طرف مقابل کار معینی را انجام خواهد داد و در انجام آن کار، هدف طرف مقابل مانند هدف خودش است. هم‌چنین او می‌داند که طرف مقابل باور دارد که او کار معینی را انجام خواهد داد و طرف مقابل در انجام آن کار معین بر او تکیه خواهد کرد. ۶. اعتماد متقابل با یک هدف مشترک به همراه آگاهی و ارتباط- در این سطح بنگاه‌ها با علم به اینکه تمام شرایط موجود در همبستگی درجه پنج محقق شده است اقدام می‌کنند، چرا که آن‌ها پیش از آن در جهت ایجاد اعتماد و آگاهی از اهداف یکدیگر باهم ارتباط برقرار نموده‌اند.

5. Black, Oliver (2005): pp.185-187.

۶. در این نوع بازار تعداد کمی تولیدکننده وجود دارند که محصول همگنی را تولید کرده و موانع ورود به بازار زیاد است، به دلیل وابستگی متقابل تولید کنندگان به یکدیگر هر گونه افزایش یا کاهش قیمت توسط یک تولیدکننده، رفتار موازی سایر تولیدکنندگان را به دنبال خواهد داشت. در واقع عدم انجام رفتار موازی موجب کاهش سهم سایر بنگاه‌ها از بازار می‌گردد. به این ترتیب رفتار موازی، هنجار طبیعی این گونه بازارهاست و لزوماً بیانگر وجود رفتار هماهنگ نیست.

7. Parallel Conduct.

رقبا است و نمی‌توان چنین اقداماتی را همکارانه و غیرقانونی محسوب کرد. در مقابل مرجع رسیدگی به دلیل کشف مدارکی دال بر برگزاری جلسات غیررسمی میان تولیدکنندگان جهت مذاکره در مورد افزایش قیمت و اعلان عمومی قصد یکی از تولیدکنندگان جهت افزایش قیمت و استناد به آنها در رای خود، دفاع خوانندگان را مردود اعلام نمود.<sup>۱</sup> نظر به تاکید مرجع رسیدگی به اینکه رفتار هماهنگ شکلی از هماهنگی است که به مرحله ایجاد توافق نرسیده است باید به تحلیل رفتار هماهنگ به‌عنوان واقعیتی که فاقد رکنی از ارکان توافق است پرداخت و مشخص نمود توافق حاوی چه عنصری است که در رفتار هماهنگ وجود ندارد و اینکه به چه دلیل صرف وجود رفتار موازی موجب تحقق رفتار هماهنگ نمی‌گردد. اصطلاح توافق در حقوق اتحادیه‌ی اروپا بسیار گسترده‌تر از مفهوم توافق در حقوق قراردادها تعریف شده است. یکی از مهم‌ترین نتایج این تفسیر موسع، توانمندسازی مراجع رسیدگی برای اجرای موفقیت‌آمیز سیاست‌های ضد کارتل است.<sup>۲</sup> مطابق دیدگاه مراجع رسیدگی، وجود تطابق اراده بین بنگاه‌های اقتصادی بدون توجه به قالبی که تطابق اراده در آن شکل می‌گیرد برای تحقق توافق ضروری است. از همین رو لازم است طرفین قصد مشترکشان را برای انجام اقدامی به روش خاص بیان نمایند.<sup>۳</sup> به این ترتیب برای شکل‌گیری تطابق اراده، لزوماً بنگاه‌ها باید خویش را آشکار ساخته و سایر رقبا از اراده وی مطلع گردند؛ ازین رو برقراری ارتباطی عامدانه و آگاهانه میان آنها ضروری است.<sup>۴</sup> البته همانطور که در ادامه خواهد آمد، بر خلاف توافق، در رفتار هماهنگ اجرایی نمودن موضوعی که بنگاه‌ها در مورد

1. Albors-Llorens, Albertina(2002)؛ pp.24-25.

۲. مراجع رسیدگی در مورد کارتل‌ها با دو مشکل پیچیده روبرو هستند؛ مسأله نخست این است که اعضای کارتل به‌ندرت خط‌مشی‌های مربوط به همکاری‌های خود در کارتل را به‌صورت یک توافق کتبی تنظیم می‌کنند؛ به‌عبارت‌دیگر دستورالعمل‌های ایجادشده در یک کارتل عمدتاً به‌صورت شفاهی است. به این ترتیب تفسیر گسترده از مفهوم توافق شمول قواعد مربوط به ممنوعیت توافق را بر کارتل‌ها تضمین می‌کند. مسأله بعدی این است که ساختار کارتل‌ها پیچیده و دوره فعالیت آن‌ها طولانی است؛ در طول عمر یک کارتل شرکت‌های مختلفی ممکن است حضور داشته باشند. برخی از این شرکت‌ها ممکن است نسبت به دیگران فعالیت‌های بیشتری را در کارتل انجام دهند و برخی دیگر ممکن است برای مدتی از کارتل خارج شوند، به این ترتیب اگر مقامات رقابت بخواهند یک توافق مجزا را ثابت کنند به دلیل تغییر شرایط کارتل، اعضا و ساختار آن با یک مشکل غیرقابل حل روبرو خواهند شد؛ برای توضیح بیشتر به منبع زیر مراجعه شود؛

Van Bael, Ivo & Bellis, Jean-Francois(2010) p.40.

3. Jones, Alison & Suftrin, Brenda.(2016)؛ p.141.

۴. برای دیدن نظری که موافق لزوم برقراری ارتباطی آگاهانه و عامدانه میان رقباست ر.ک: غفاری فارسانی، بهنام(۱۳۹۳)؛ ص ۲۷۴.

آن به تفاهم رسیده‌اند ضرورتی ندارد. از سوی دیگر مرجع رسیدگی در دعوی «Dyestuffs» به استناد وجود اشکالی از ارتباط میان خواندگان، دفاع آنها را رد نمود و به نظر می‌رسد مرجع رسیدگی عنصر ارتباط را عامل تفکیک رفتار هماهنگ از رفتار موازی قلمداد نموده است. به این ترتیب توافق به دلیل اینکه حاوی تطابق اراده میان بنگاه‌ها است به بارزترین شکل، مخالف قواعد رقابت است، با این حال در شرایطی که تلاش بنگاه‌ها برای رسیدن به تطابق اراده، حاصلی در پی نداشته باشد، با توجه به اینکه رقبا در این فرایند ناقص به اطلاعاتی دست یافته‌اند که موجب کاهش یا حذف عدم قطعیت بنگاه‌ها نسبت به رفتار رقبای خود می‌گردد، بنابراین شایسته است که این گونه ترتیبات نیز مشمول ممنوعیت قرار گیرد. بر اساس مقدمات گفته شده، رفتار هماهنگ را می‌توان این‌گونه تعریف نمود: هم‌راستایی عمده‌اند<sup>۱</sup> در تعیین استراتژی‌های بازاری و اجرای آن توسط دو یا چند بنگاه اقتصادی مستقل، که از طریق آشکارسازی دوسویه و عمده‌اند اراده آنها در یک فرایند ارتباطی به وجود آمده و فاقد تطابق اراده یا اتفاق نظر طرفین است.

مطلب دیگری که باید به آن اشاره شود این است که در حقوق اتحادیه‌ی اروپا، تخطی از قواعد تضمین‌کننده‌ی رقابت، باید ناشی از بی‌احتیاطی یا عمد بنگاه‌ها باشد. با این حال، دیوان دادگستری اروپا، مفهوم قصد را بسیار موسع تفسیر کرده است. این مرجع اعلام نموده که لازم نیست که بنگاه اقتصادی از این موضوع که مقررات رقابت اتحادیه‌ی اروپا را نقض می‌کند آگاه باشد، کافی است ثابت شود که بنگاه نمی‌توانسته از اینکه هدف رفتارش محدودیت در رقابت است آگاه نبوده باشد.<sup>۲</sup> در حقوق ایران نیز با توجه به این اصل مسلم حقوقی که جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، دفاع بنگاه‌ها مبنی بر عدم اطلاع از این اینکه رفتار ایشان ناقض قواعد رقابت است، قابل پذیرش نیست و به نظر می‌رسد لزومی به احراز قصد اخلال در رقابت جهت تحقق رفتار هماهنگ نیست.

## ۲. مراحل شکل‌گیری رفتار هماهنگ

بنگاه‌های اقتصادی برای اینکه ریسک‌های ناشی از رقابت را کاهش دهند نیاز دارند تا

۱. برای دیدن نظری که معتقد است وجود عمد و علم برای صدق عنوان رفتار هماهنگ لازم نیست ر.ک: رشوند بوکانی، مهدی (۱۳۹۰)؛ ص ۲۴۱.

2. Van Bael, Ivo & Bellis-Jean-Francois(2010):p.60.

استراتژی‌های رقبای خود را پیش‌بینی کنند و استراتژی مناسب با آن را برگزینند. در مواردی که این پیش‌بینی به دلیل پیچیدگی ساختار بازار دشوار یا ناممکن باشد، بنگاه‌ها تلاش می‌کنند از طرق مختلف مانند سرقت اطلاعات رقبا و یا ایجاد ارتباط با رقبای خود برای ایجاد تفاهم، به استراتژی واحدی دست پیدا کنند. تشکیل رفتار هماهنگ مستلزم ایجاد هماهنگی یا تفاهم میان بنگاه‌ها است. علاوه بر این حصول تفاهم مستلزم این است که رقبا با یکدیگر ارتباط برقرار نموده و اراده خویش را آشکار نمایند و در نهایت رقبا باید هماهنگی یا تفاهم ایجاد شده را در اقدامات خود بروز دهند، بنابراین در ابتدا آشکارسازی اراده بررسی می‌گردد و در ادامه به ترتیب به تحلیل ارتباط یا آگاه‌سازی رقبا از اراده خویش، هماهنگ‌سازی و پیاده‌سازی خواهیم پرداخت.

## ۲-۱. آشکارسازی اراده

حصول تفاهم مستلزم این است که بنگاه‌ها از نیت رقبای خود آگاهی یابند؛ بنابراین رقبا باید صورت عامدانه و دوسویه اراده خویش را آشکار سازند. خواه بنگاه‌ها به صورت صریح قصد خود را برای انجام اقدامی اعلان نمایند و خواه اقدام به ارائه اطلاعاتی نمایند که سایر رقبا بر اساس اطلاعات ارائه شده به انجام اقدام مشخصی توسط آن بنگاه اطمینان یابند. در مقابل برخی معتقدند رفتار هماهنگ به صرف انجام اقداماتی هماهنگ و آگاهانه و بدون مذاکره قبلی یا اعلام اراده نیز قابلیت تحقق دارد.<sup>۱</sup> در بررسی پرونده‌های مرتبط با رفتار هماهنگ در حقوق اتحادیه‌ی اروپا، موردی که در آن مرجع رسیدگی به صرف احراز اقدامات مشابه، رای بر تحقق رفتار هماهنگ داده باشد مشاهده نشد، در مقابل در دعاوی متعددی مرجع رسیدگی به دلیل احراز رفتارهایی مانند تماسهای مکرر میان خواندگان، برگزاری جلسات توسط اعضای کارتل، تبادل اطلاعات و انتشار اطلاعات استراتژیک توسط بنگاه‌ها برای سایر بنگاه‌ها و استناد به آنها در رای خود، اعتقاد به تحقق رفتار هماهنگ پیدا کرده است<sup>۲</sup> و وجود این دعاوی گویای این واقعیت است که اراده رقبا باید به نحوی آشکار شود. همانطور که گفته شد آشکارسازی اراده بنگاه‌ها باید دوسویه باشد؛ با این حال در یکی

۱. غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۳)؛ ص ۱۸۶.

۲. برای توضیح بیشتر در مورد مشخصات دعاوی مزبور و استدلال‌های مرجع رسیدگی ر. ک:

Jones, Alison & Sufirin, Brenda (2016). pp.156-161.

از دعاوی مطرح شده در حقوق اتحادیه‌ی اروپا مرجع رسیدگی اعلام نمود انتشار یکجانبه اطلاعات از سوی بنگاه نیز ممکن است منجر به رفتار هماهنگ گردد.<sup>۱</sup> مطابق این دیدگاه چنانچه بنگاهی با هدف اینکه رقیب یا رقبایش رفتار مورد انتظار وی را انجام دهند به صورت یک جانبه قصدش را برای افزایش قیمت به رقبایش اعلام کند، در صورتی که بنگاه رقیب با افزایش قیمت پاسخ آن بنگاه را دهد، یک رفتار هماهنگ محقق شده است. علاوه بر این حتی اگر بنگاه قصد خود را به جای اینکه مستقیماً به رقبایش اعلام کند از طریق یک اعلان عمومی آشکار نماید، رفتار هماهنگ محقق شده است.<sup>۲</sup> چنین دیدگاهی را می‌توان اینگونه توجیه نمود که پاسخ رقیب به بنگاهی که قصد خود را به صورت عمومی اعلان نموده، آشکارسازی اراده آن بنگاه محسوب می‌گردد؛ به عبارت بهتر آشکارسازی اراده می‌تواند به صورت انجام یک عمل محقق شود (لزوماً شفاهی نیست) و در این صورت فرایند آشکارسازی اراده و پیاده‌سازی آن در یک عمل واحد تبلور یافته است. اگرچه چنین دیدگاهی موجب می‌شود تمام رفتارهای مخل رقابت تحت شمول ممنوعیت مندرج در قانون قرار گرفته و راه گریز بنگاه‌ها مسدود گردد، با این حال چنین دیدگاهی مرز میان رفتارهای مستقل و رفتارهای مبتنی بر همکاری را از بین برده<sup>۳</sup> و امنیت فعالیت اقتصادی را مختل خواهد نمود و اصولاً نمی‌توان بنگاه‌ها را ملزم کرد که رفتار سایر رقبایشان را در تصمیم‌گیری لحاظ نکنند. از سوی دیگر عرف چنین رفتارهایی را به دلیل عدم ایجاد تفاهم، تبانی قلمداد نکرده و اساساً رفتار متعاقب بنگاه‌ها در این حالت نتیجه ایجاد تفاهم میان آنها نبوده است.

در راستای همین دیدگاه در حقوق اتحادیه‌ی اروپا، چنانچه مرجع رسیدگی بتواند ثابت کند نمایندگان بنگاه‌ها با یکدیگر ملاقات کرده و تمایل خود را برای افزایش قیمت از طریق افزایش جمعی قیمت اعلام کرده‌اند، صرف حضور بنگاه در آن جلسه بدون پذیرش صریح یا تایید افزایش قیمت، می‌تواند به عنوان قبول ضمنی افزایش قیمت قلمداد گردد. از دیدگاه مرجع رسیدگی با شرکت آن بنگاه در جلسه، وی این اطمینان خاطر را به رقبایش می‌دهد که وی یکی از شرکت کنندگان در جلسه‌ای بوده است که روح جلسه ضد رقابتی است. حتی اگر

1. Lorenz, Moritz (2013). p.87.

2. Faull, Jonathan & Nikpay, Ali(2007). p. 212.

۳. برای دیدن نظر مشابه ر.ک:

بنگاه مزبور بتواند ثابت کند رقبا می‌دانسته‌اند که آن بنگاه بدون قصد همکاری در جلسه شرکت می‌کند، اثبات این واقعیت که آن بنگاه از طریق جلسه مزبور به اطلاعات محرمانه تجاری رقبا دست پیدا کرده است، برای اثبات قصد ضدرقابتی آن بنگاه کافی است. در واقع همین که بنگاه اطلاعاتی را در مورد رفتار آینده رقبا به دست می‌آورد، مرجع رسیدگی فرض را بر این قرار می‌دهد که آن بنگاه در تعیین استراتژی‌های آینده خویش، اطلاعات به دست آمده را لحاظ خواهد کرد مگر اینکه آن بنگاه با بیان‌ای صریح عدم تمایل خود برای دریافت اطلاعات مزبور را اعلام نماید.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. ارتباط (آگاه‌سازی رقبا از اراده خویش)

صرف آشکارسازی اراده یک بنگاه بدون آنکه رقبا از اراده وی مطلع شوند منتج به حصول تفاهم میان آنها نخواهد شد. حتی در فرضی که بنگاه‌ها به صورت عمومی اراده خویش را آشکار می‌سازند، تنها در صورتی می‌توان گفت تفاهم میان رقبا حاصل شده که بنگاه‌ها از مفاد اعلان عمومی باخبر شوند. به این ترتیب برقراری ارتباط میان بنگاه‌ها برای تحقق رفتار هماهنگ ضروری است.<sup>۲</sup> ارتباط فرایندی است که طی آن اطلاعات از طریق ساختاری مشترک از قبیل نمادها، نشانه‌ها و رفتارها بین اشخاص رد و بدل می‌شود.<sup>۳</sup> مطابق دیدگاه مرجع رسیدگی در یک از دعوای مطرح شده در حقوق اتحادیه‌ی اروپا، ارتباط زمانی محقق می‌شود که یک رقیب اقدام به افشای نیت یا رفتار آینده خود برای دیگری می‌کند و بنگاه رقیب آن را می‌پذیرد یا آنرا بیشتر درخواست نموده باشد.<sup>۴</sup> ارتباط مستلزم این نیست که به شیوه خاصی باشد؛ برای مثال، نامه، جلسه سخنرانی، تماس تلفنی، ایمیل و به‌طور کلی هر شیوه‌ای که از طریق آن بتوان پیامی را به بنگاه دیگری منتقل نمود. برای مثال اگر شرکت «الف» شکایت شرکت «ب» را مبنی بر اینکه رقابت شرکت «الف» به شرکت «ب» آسیب می‌زند، بپذیرد، این رفتار ممکن است منجر به ایجاد یک رفتار هماهنگ شود.<sup>۵</sup> به این ترتیب

1. Van Bael, Ivo & Bellis, Jean-Francois(2010):pp.54-55 .

۲. برای دیدن نظر موافق ر.ک:

Lorenz, Moritz(2013):p.86, Goyder, DG(2003):p.74, Black, Oliver(2005):p. 187, Faul, Jonathan & Nipkay,

Ali(2007):p.212, Albors-Llorens, Albertina(2002)p.24.

3. Kaplow, Louis(2011):p.24.

4. Marco Colino, Sandra(2011):p.157.

5. Dabbah, Maher.M(2004):p.71.

علاوه بر ارتباطات مستقیم، ارتباطات غیر مستقیم که توسط یک واسطه صورت می‌پذیرد، ارتباطات غیر اختصاصی که در آن شخص یک اعلان عمومی می‌کند، ارتباطات غیر صریح که در آن شنونده برای فهم مقصود گوینده باید نتیجه‌گیری‌های زیادی را داشته باشد و ارتباطات غیر زبان‌شناختی از طریق تماس چشمی و اشارات بدن همگی می‌تواند در کنار سایر شرایط منجر به تحقق رفتار همهانگ شوند.<sup>۱</sup> در نهایت ارتباط باید در انتقال قصد گوینده برای انجام اقدامی به روشی خاص با تکیه بر دیگران برای انجام همان اقدام موفق باشد.

در دعاوی مطرح شده در اتحادیه‌ی اروپا هیچ‌گاه به صورت صریح بر لزوم وجود ارتباط در تحقق رفتار همهانگ اشاره نشده است؛ با این حال همان‌گونه که پیشتر گفته شد مرجع رسیدگی در دعاوی متعددی با احراز رفتارهایی مانند تماس‌های مکرر میان خواندگان، برگزاری جلسات توسط اعضای کارتل، تبادل اطلاعات، انتشار اطلاعات استراتژیک توسط بنگاه‌ها برای رقبا و استناد به آنها، رای بر تحقق رفتار همهانگ داده است. علاوه بر این تحلیل رفتار همهانگ به عنوان واقعیت یا وضعیتی که نمی‌تواند جدا از توافق و تبانی در نظر گرفته شود، این نتیجه را در پی خواهد داشت که رفتار همهانگ را توافقی ناقص قلمداد نموده و به استثنای تطابق اراده، همه عناصری که برای شکل‌گیری توافق لازم است را نیز برای تحقق رفتار همهانگ ضروری بدانیم. با این حال از این موضوع نباید غافل شد که به دلیل ساختار پیچیده بنگاه‌های اقتصادی و بازارهای مربوطه، اثبات ارتباط ممکن است مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی را با مشکلی لاینحل روبرو سازد. در جهت حل این مشکل قانون اختیار گسترده‌ای جهت انجام بازرسی و تحقیق به مرجع رسیدگی اعطا نموده است. علاوه بر این نمی‌توان فرض را بر وجود رقابت میان بنگاه‌ها قرار داد، چرا که اثبات عدم ارتباط را که امری عدمی است را بر بنگاه‌ها تحمیل می‌نماید که مخالف قواعد دادرسی مدنی است.

## ۲-۳. همهانگ‌سازی

نتیجه فرایند آشکارسازی دوسویه‌ی اراده بنگاه‌ها باید رسیدن به تفاهم میان آنها باشد. در

1. Black, Oliver(2005):p.154.

۲. در یکی از دعاوی مطرح شده در حقوق اتحادیه اروپا مرجع رسیدگی به صورت ضمنی به لزوم وجود ارتباط متقابل میان بنگاه‌ها اشاره می‌نماید. برای توضیح بیشتر ر.ک:

Marco Colino,Sandra(2011):p.157.

خصوص معنای لغوی تفاهم گفته شده است: «سخن یا مطلب و مقصود یکدیگر را فهمیدن؛ یکدیگر را درک کردن»؛<sup>۱</sup> به عبارت دیگر تفاهم به معنای آگاهی مشترک طرفین نسبت به نیات یکدیگر است بدون اینکه این آگاهی مشترک منجر به ایجاد تطابق اراده شود. به نظر می‌رسد آگاهی مشترک از نیات طرف مقابل باید به همراه ایجاد درجه‌ای از یقین نسبت به اجرای آن توسط طرف مقابل باشد؛ به عبارت بهتر هر بنگاه باید به این یقین برسد که بنگاه رقیب نیات خود را اجرا خواهد کرد و براساس همین یقین و باور است که او نیز رفتار مشابه را انجام خواهد داد. از این رو در مواردی که بنگاه‌ها به صراحت نیات خود را بیان نکرده و صرفاً اقدام به انتشار یا ارائه اطلاعات می‌نمایند مرجع رسیدگی باید به این موضوع رسیدگی کند که آیا اطلاعات مبادله شده دارای این قابلیت بوده است که تردید و عدم قطعیت<sup>۲</sup> بنگاه‌ها را نسبت به رفتار بازاری رقبایشان کاهش دهد. در حقوق اتحادیه‌ی اروپا مرجع رسیدگی در دعوی اعلام نمود رفتار هماهنگ به این نحو متمایز می‌شود که در آن، همکاری جایگزین ریسک‌های ناشی از رقابت می‌شود، این جایگزینی عدم قطعیت رقبا نسبت به نگرش رقبایشان را کاهش می‌دهد؛ در صورت عدم کاهش قطعیت، رفتار هماهنگ محقق نشده است.<sup>۳</sup>

آنچه برای تحقق رفتار هماهنگ ضروری است فهم مشترک ناشی از آشکارسازی قصد دو یا چند بنگاه برای انجام اقدامی معین است و لزومی به حصول اتفاق نظر<sup>۴</sup> بین بنگاه‌ها

۱. عمید، حسن (۱۳۸۹)؛ ص ۳۵۳.

۲. عدم قطعیت راجع به رفتار و حرکت آینده رقیب از جمله عوامل موثر در تشکیل ساختار بازار است و اثر آن در شدت و منصفانه بودن رقابت حتمی است. بنابراین بنگاه‌ها نباید با از بردن داوطلبانه آن به رقابت میان خود صدمه زنند. برای مطالعه بیشتر ر.ک: غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۳) ص ۲۷۶.

3. VerLoren van Themaat, Weijer & Reude, Berend (2018) 4/98.

۴. پرسشی که ممکن است مطرح شود این است که آیا با وجود اعلام ممنوعیت تفاهم یا رفتار هماهنگ، نیازی به اعلام ممنوعیت توافق یا قرارداد نیز به عنوان اشکال دیگر تبانی وجود دارد؟ این سؤال از آن جهت مطرح می‌شود که تحلیل توافق این مطلب را آشکار می‌سازد که تحقق اتفاق نظر منوط بر این است که پیش از آن، طرفین از خواسته‌های یکدیگر آگاهی پیدا کنند؛ به عبارت دیگر در هر قرارداد و توافقی عنصر تفاهم وجود دارد. درواقع اگر طرفین به تفاهم نرسند یعنی به این آگاهی مشترک نرسند که طرف مقابلشان چه خواسته‌ای دارد و چه چیزی را مدنظر قرار داده است، امکان تحقق توافق غیرممکن است. در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت که به‌کارگیری اصطلاحات قرارداد، توافق و تفاهم در ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا.ج.ق.ا. به جهت تبیین و روشن‌سازی مفهوم تبانی بوده است و شاید هدف چنین اقدامی از سوی قانون‌گذار پرهیز از اعلام ممنوعیت رفتار موازی است. درواقع اصطلاحات قرارداد، توافق و تفاهم درجه‌های متفاوتی از همبستگی و همکاری میان رقبا هستند. قرارداد به‌عنوان بازنترین شکل تبانی مطرح است و توافق و تفاهم در مرتبه‌های بعدی هستند. قانون‌گذار از بیان مصادیق تبانی دو هدف مهم را دنبال می‌نماید؛ ۱. تمام رفتارهای ضد رقابتی

نیست.<sup>۱</sup> هم چنین بر اساس دیدگاه مراجع رسیدگی‌کننده به رویه‌های ضدرقابتی در اتحادیه‌ی اروپا، لزومی ندارد طرفین تعهدی را در خصوص عملی ساختن رفتارهای آینده‌شان به یکدیگر داده باشند. بنابراین مذاکرات پیش قراردادی یا صرف تبادل اطلاعات به منظور ایجاد یک قرارداد ضدرقابتی نیز ممکن است منجر به ایجاد یک رفتار هماهنگ شود.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است در حقوق رقابت اتحادیه‌ی اروپا، تحقق رفتار هماهنگ مستلزم اثبات وجود یک برنامه و طرح واقعی نیست.<sup>۳</sup>

## ۲-۴. پیاده‌سازی

تحقق رفتار هماهنگ مستلزم «پیاده‌سازی» عامدانه آن چیزی است که بنگاه‌ها در مورد آن به یک فهم مشترک رسیده‌اند و در صورت اجرایی نکردن موضوع مورد تفاهم، رفتار هماهنگ نیز محقق نخواهد شد. در حقوق اتحادیه‌ی اروپا، رویه‌ی قضایی به این سو متمایل است که بدون انجام اقدامات بعدی، رفتار بنگاه‌هایی را که استراتژی‌های خود را برای یکدیگر آشکار ساخته‌اند را مشمول عنوان رفتار هماهنگ قرار ندهد. در مقابل در خصوص توافق، اجرایی نمودن موضوع مورد وفاق، یکی از ارکان تشکیل‌دهنده توافق موضوع ماده ۱۰۱ نیست؛ به عبارت دیگر این موضوع که بنگاه‌ها هیچ‌گونه اقدامی جهت اجرایی ساختن توافق انجام نداده‌اند و اساساً هیچ‌گاه قصد انجام چنین کاری را نداشته‌اند موجب نمی‌شود توافق طرفین مشمول ممنوعیت ماده ۱۰۱ قرار نگیرد. واژه «Practice» در ماده ۱۰۱ به این معنی است تفاهم‌کنندگان باید گام‌هایی را در جهت اجرایی کردن تفاهم بردارند.<sup>۴</sup>

لازم به ذکر است در حقوق اتحادیه‌ی اروپا، مرجع رسیدگی باید یک رابطه علی بین هماهنگی ایجاد شده و رفتار متعاقب بنگاه‌ها را به اثبات برساند. با این حال دیوان دادگستری اروپا اعلام نمود در صورت اثبات وجود ارتباط بین رقبا رابطه‌ی علیت مفروض است. این در

---

مرتبط با تبانی را در برگیرد و راه فرار بنگاه‌های اقتصادی را مسدود نماید و ۲. چارچوبی برای مفهوم تبانی ترسیم نماید تا رفتارهایی که شباهت زیادی با تبانی دارند ولی عرف حاکم بر بازار آن‌ها را جزو رفتارهای طبیعی بنگاه‌ها در بازار می‌داند، مشمول ممنوعیت قرار نگیرند.

1. Wish, Richard & Bailey, David(2015)؛p.117.

2. Verloren van Themaat, Weijer & Reude, Berend(2018)4/100؛.

3. Wish, Richard & Bailey, David(2015)؛p.118.

4. Jones, Alison & Sufrin, Brenda(2016)؛p. 154.

حالیست که در حقوق اتحادیه‌ی اروپا اساساً بار اثبات وجود رفتار هماهنگ بر عهده‌ی مرجع رسیدگی است.<sup>۱</sup>

مطلب آخر آنکه در حقوق اتحادیه‌ی اروپا با اثبات وجود رفتار هماهنگ فرض این است که این رفتار دارای آثار ضدرقابتی در بازار است و مرجع رسیدگی موظف نیست وجود آثار ضد رقابتی آن را اثبات کند<sup>۲</sup> و این خوانندگان هستند که باید خلاف این فرض را به اثبات برسانند.<sup>۳</sup> در مقابل در حقوق ایران آنچه از ظاهر بخش پایانی ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا.ج.ج. ق.ا. که اشعار می‌دارد: «... که یک یا چند اثر زیر را به دنبال داشته باشد به نحوی که نتیجه آن بتواند اخلال در رقابت باشد ممنوع است...» برداشت می‌شود این است که اخلال در رقابت باید به اثبات برسد.<sup>۴</sup> این تفسیر حتی در مورد ماده ۴۵ همان قانون نیز مجری است. در واقع ممکن است گفته شود موارد مذکور در بندهای ۱ تا ۷ ماده ۴۴، ذاتاً محل رقابت نیستند و ممکن است رفتار هماهنگ به اخلال در رقابت که در بند ۲۰ ماده ۱ همان قانون ذکر شده است منجر نشود. در مقابل اعمالی که در ماده ۴۵ ممنوع اعلام شده با توجه به منطوق ماده که مقرر می‌دارد «اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود، ممنوع است.» ذاتاً محل رقابت بوده و مقام رسیدگی‌کننده لزومی به بررسی آثار ضدرقابتی این دست از اعمال در بازار ندارد. با این حال چنین تفسیری از ماده ۴۵ قانون مذکور نادرست است؛ در واقع در برخی از بندهای ماده ۴۵، ممنوعیت عمل منوط به داشتن اثر ضدرقابتی شده است. درحالی‌که اگر از نظر قانون‌گذار اعمال مزبور ذاتاً محل رقابت بود دیگر نیازی به لازم دانستن آثار ضدرقابتی آنها در بازار برای شمول ممنوعیت نسبت به آنها نبود. برای مثال در بند ۳ بند «الف»، ذخیره‌سازی در صورتی ممنوع است که منجر به بالا رفتن ساختگی قیمت‌ها در بازار شود. هم‌چنین در بند «د»، لزوم وارد شدن لطمه جدی به دیگران یا ایجاد مانع جهت ورود رقبای بالقوه به بازار، شرط ممنوعیت اقدامات موسوم به «قیمت‌گذاری تهاجمی» شده است. بند ۶ از بند «ط» نیز در مورد یکی از روش‌های ممنوع بودن سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط، تملک سرمایه و سهام شرکت‌ها را به صورتی که منجر به اخلال در رقابت شود را مقرر

1. Wish, Richard & Bailey, David(2015):pp.119-120.

2. Van Bael, Ivo & Bellis, Jean-Francois(2010):p.52.

3. Wish, Richard & Bailey, David(2015)119.

نموده است از سوی دیگر اعمال مندرج در بند ۳ ماده ۴۴ و بند ج ماده ۴۵ از یک سو، اعمال مندرج در بند ۴ ماده ۴۴ و بند و ماده ۴۵، اعمال مندرج در بند ۵ ماده ۴۴ و بند ط ماده ۴۵ دارای ماهیتی مشابه هستند و منطقی نیست که در فرض ارتکاب آنها توسط یک بنگاه ذاتاً محل رقابت تلقی شوند و در صورت ارتکاب توسط چند بنگاه و بر اساس ماده ۴۵، غیر رقابتی فرض شوند.

### نتیجه‌گیری و ملاحظات

ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا.ج.چ.ق.ا. برخلاف معاهده‌ی لیسبون که از اصطلاح «Concerted Practice» برای اشاره به رفتار هماهنگ استفاده نموده، واژه «تفاهم» را به کار برده است و این در حالی است که در ادبیات حقوق رقابت، تفاهم خود یکی از عناصر تشکیل‌دهنده رفتار هماهنگ است و شایسته این بود که قانون‌گذار از همان اصطلاح شناخته شده استفاده می‌نمود.

بر خلاف رویه‌ی قضایی ایران که هنوز مجال آن را نیافته تا زوایای مبهم رفتار هماهنگ را روشن سازد، مراجع رسیدگی در حقوق اتحادیه‌ی اروپا در دعاوی متعدد به این موضوع پرداخته و هیچ‌گاه به صرف احراز وجود رفتارهای مشابه در بازار، رای بر تحقق رفتار هماهنگ نداده‌اند و به دنبال احراز رفتارهایی هستند که با توجه به ساختار طبیعی بازار به صورت خود جوش ایجاد نشده و بیانگر نوعی همکاری میان بنگاه‌ها باشد. رفتارهایی مانند تماس‌های مکرر میان خواندگان، برگزاری جلسات توسط اعضای کارتل، تبادل اطلاعات و انتشار اطلاعات استراتژیک توسط بنگاه‌ها همگی بیانگر این واقعیت هستند که از دیدگاه مراجع رسیدگی بدون آگاهی از اراده رقبا، حصول تفاهم و در نتیجه تحقق رفتار هماهنگ ممکن نیست و باید ارتباطی مستقیم یا غیر مستقیم میان رقبا احراز شود.

عدم وجود تطابق اراده در رفتار هماهنگ موجب تمایز آن از توافق می‌شود و لزوم وجود ارتباط در تحقق رفتار هماهنگ آن را از رفتار موازی متمایز می‌نماید و تکیه بر این دو ملاک می‌تواند کمک شایانی به شناسایی رفتار هماهنگ و در نتیجه تضمین حقوق و آزادی فعالیت اقتصادی بنگاه‌ها بنماید.

در رویه‌ی قضایی اتحادیه‌ی اروپا با اثبات وجود رفتار هماهنگ، اخلاف در رقابت

مفروض انگاشته می‌شود و مرجع رسیدگی تکلیفی به اثبات آن ندارد و بار اثبات خلاف این فرض بر دوش خوانندگان است؛ در مقابل در حقوق ایران، ظاهر ماده ۴۴ ق.ا.س.ک.ا.ج.چ. ق.ا. این برداشت را تقویت می‌نماید که تحقق آثار ضدرقابتی رفتار هماهنگ باید به اثبات برسد.

## منابع

- آقایی، بهمن (۱۳۸۲). فرهنگ حقوقی بهمن، تهران، انتشارات گنج دانش.
- رشوند بوکانی، مهدی (۱۳۹۰). حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه‌ی اروپا، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق.
- شمس، مشیت اله نوروزی (پاییز ۱۳۸۹). تبانی واحدهای اقتصادی از دیدگاه حقوق رقابت اتحادیه‌ی اروپا و ایران، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۵۶، صص ۸۷-۱۱۷.
- عمید، حسن (۱۳۸۹). فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات راه رشد.
- غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۳). حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن، تهران، انتشارات میزان.
- قدک، عبدالرسول (سال تحصیلی ۹۰-۱۳۸۹). تقریرات درس حقوق رقابت، دوره کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی، دانشگاه شهید بهشتی.
- معین، محمد (۱۳۸۶). فرهنگ فارسی، ج اول، چاپ بیست و چهارم، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- میر محمد صادقی (۱۳۹۲). حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ بیست و یکم، تهران، انتشارات میزان.
- وکیلی مقدم، محمد حسین (۱۳۸۹). توافقات ضد رقابت تجاری، تهران، انتشارات کتاب همگان باهمکاری نشر میزان.

Albors - Llorens, Albertina (2002). EC Competition Law and Policy, Devon, Willan Publishing.

Black, Oliver (2005). Conceptual Foundations of Antitrust, New York, Cambridge University Press.

Dabbah, Maher. M (2004). EC and UK Competition Law: Commentary, Cases and Materials, New York, Cambridge University Press .

Faull, Jonathan & Nipkay, Ali, The EC Law of Competition, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> Ed ,2007.

Goyder, DG(2003). EC Competition Law, 4<sup>th</sup> Ed, Oxford ,Oxford University Press.

Jones, Alison & Sufirin, Brenda (2016). EU Competition Law: Text, Cases, and Materials,

- 6<sup>th</sup> Ed, Oxford, Oxford University Press.
- Kaplow ,Louis(2011). On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law , 99 California Law Review, No.3,pp.683-818
- Lorenz, Moritz (2013). An Introduction to EU Competition Law, New York ,Cambridge University Press.
- Marco Colino, Sandra (2011). Competition Law of the EU and UK,7th Ed, New York ,Oxford University Press.
- Phlips, Louis(1995). Competition Policy:A Game-Theoretic Perspective,Cambridge, Cambridge University Press.
- Rodger ,Barry J. & MacCulloch, Angus (2015). Competition Law and Policy in the EU and UK, 5th Ed, New York, Routledge-Cavendish.
- Smith,Adam(1976). An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations,R.H Campbell et al. eds. Oxford, Clarendon Press.
- Van Bael,Ivo & Bellis, Jean-Francois (2010). Competition Law of the European Community, 5th Ed,The Hague, Kluwer Law International.
- Vaughan, David & Lee,Sarah & Kennelly, Brian &Riches,Philip (2006). EU Competition Law: General Principles, Oxford, Oxford University Press.
- VerLoren van Themaat ,Weijer & Reude, Berend (2018). European Competition Law: A Case Commentary, 2<sup>nd</sup> Ed, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited.
- Wish, Richard & Bailey, David (2015). Competition Law, 8<sup>th</sup> Ed, Oxford, Oxford University Press.