

مراجع رقابتی و تعدیل ادغام‌های پیشنهادی (با تأکید بر مسائل حوزه مالکیت‌های فکری)

ابراهیم رهبری^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۶/۲۲

چکیده

ادغام میان بنگاه‌ها همواره مورد حساسیت مراجع رقابتی بوده است که کوشیده‌اند به طرق مختلف مانع از بروز رویه‌های مخل رقابت به واسطه آن‌ها شوند. یکی از کارآمدترین شیوه‌ها در این زمینه، ترسیم سازوکاری برای ارزیابی ادغام‌های پیشنهادی پیش از نهایی شدن آن‌ها و نیل به یک نقطه توازن در تأیید مشروعیت ادغام‌ها از طریق کاربست ضمانت اجراهای ساختاری و رفتاری است. در گستره مالکیت‌های فکری نیز تدابیر یادشده در پرتو ملاحظات خاص این حوزه، به مدد مراجع رقابتی می‌آیند تا ضمن تعدیل ادغام‌ها در دوره انتظار، مجال بهره‌گیری از ظرفیت‌های ادغام در بهبود جریان نوآوری و توسعه تکنولوژیک فراهم شود. نوشتار حاضر می‌کوشد تا با واکاوی راهکارهای مطروحه در حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا، به بررسی اقسام ضمانت اجراهایی بپردازد که مسیر اعتباربخشی به ادغام‌ها را هموار ساخته کارایی، چالش‌ها و تحولات آن‌ها را در بستر خاص مالکیت‌های فکری تبیین می‌نماید. همچنین این پژوهش درصدد ارائه تفسیری از موازین قانونی موجود در حقوق ایران است تا فرایند تأیید مشروط رقابتی ادغام‌ها را توجیه و نظام‌مند کند. باوجوداین، حاصل مطالعه تطبیقی به‌روشنی گویای کاستی‌های عمیق و عدم توجه به بایسته‌های مالکیت‌های فکری در قواعد مربوط به اعتباربخشی رقابتی به ادغام‌ها در حقوق ایران است.

واژگان کلیدی: ادغام، حقوق رقابت، حقوق مالکیت فکری، ضمانت اجراهای ساختاری، ضمانت اجراهای رفتاری، سلب مالکیت.

۱. استادیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

بنگاه‌های خواهان ادغام موظف هستند در موارد مصرح قانونی، در خصوص وضعیت رقابتی ادغام استعلام و تقاضای تعیین تکلیف کنند. علت اینکه موازین قانونی نظام اعلام پیشینی را برگزیده یا به بنگاه‌ها اجازه می‌دهند که رأساً از مراجع رقابتی کسب تکلیف کنند، اهمیت پیشگیری از بروز رویه‌های مخل رقابت از طریق امتزاج بنگاه‌ها است.^۱ ادغامی که متضمن دارایی‌های فکری است نیز گاه مشکلات و چالش‌های رقابتی را مطرح می‌سازد که فعالیت‌های جاری بنگاه‌های فعال در این حیطه را به مخاطره می‌اندازد.^۲ متعاقب استعلام، ممکن است مرجع رقابتی از طریق یک «تصمیم منع»^۳ به‌طور کلی با ادغام مخالفت کند یا در مواجهه‌ای خفیف‌تر، قبل از نهایی شدن ادغام، از بنگاه‌های درگیر بخواهد که در ابتدا اصلاحات را انجام دهند و مطالبات مرجع رقابتی را برطرف سازند؛ اما شایع‌ترین راهکار، مصالحه مبتنی بر مذاکرات است که منجر به اتخاذ تصمیمی لازم‌الاجرا می‌شود. چنین تمهیدی از یک سو فرصت بررسی ابعاد تبعات ضد رقابتی ادغام و مجال ترمیم و رفع جنبه‌های منفی را برای بنگاه‌های متقاضی آن فراهم کرده و از جانب دیگر به مراجع رقابتی اجازه می‌دهد تا ضمن آنکه از آثار مضر ادغام برای فضای رقابتی تا حد ممکن بکاهند، امکان بهره‌گیری از مزیت‌های آن را نیز فراهم سازند.^۴ مطابق پاراگراف ۶ اعلامیه ضمانت اجراهای ادغام اتحادیه اروپا^۵ (اعلامیه اروپا) این وظیفه کمیسیون اتحادیه اروپا و به تعبیر دقیق‌تر، کارگروه ادغام آن است که وجود تبعات ضد رقابتی ادغام را اثبات کند. به این ترتیب وقتی با پیشنهاد ادغامی مواجه می‌شود، موارد نگرانی رقابتی خود را در خصوص آن مطرح کرده و این فرصت را به شرکت‌ها می‌دهد تا راهکارها و تعهداتی برای رفع آن‌ها ارائه کنند. در وضعیتی که مرجع رقابتی طریق مصالحه را مرجح می‌داند، می‌کوشد تا با

۱. Colston, Catherine et al, *Modern Intellectual Property Law*, Routledge, UK, ۲۰۱۰, p. ۲۸.

۲. Weakley, Suzanne, *Intellectual Property in Business Transactions: ۲۰۱۶ Update*, CEB Publication, USA, ۲۰۱۶, p. ۷-۲.

۳. Prohibition decision.

۴. Sturiale, Jennifer, "Compulsory Licensing of Intellectual Property As Merger Remedy: A Decision-Theoretic Approach", *Louisiana Law Review*, Vol. ۷۲, No. ۳, ۲۰۱۲, pp. ۶۲۳-۴.

۵. Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation.

کاربست ضمانت اجراهای ساختاری و «سلب مالکیت و واگذاری»^۱ بخشی از بنگاه یا اموال آن، از توانایی بالقوه شرکت حاصل از ادغام برای لطمه زدن به بنیان‌های رقابت را محدود کند؛ یا به مدد ضمانت اجراهای رفتاری، اطمینان حاصل کند که جریان رقابت به وسیله اقدامات مخل رقابت بنگاه مزبور در آینده صدمه نخواهد دید.^۲

پرسش‌های اصلی نوشتار حاضر آن است که در گستره مالکیت‌های فکری، ضمانت اجراهای موجود چگونه می‌توانند به تعدیل رقابتی ادغام‌های پیشنهادی پردازند و کدام‌یک ضمن رعایت ملاحظات مهمی چون لزوم تداوم بخشی به نوآوری و توسعه تکنولوژیک، به نحو کاراتری قادر به برطرف ساختن دغدغه‌های رقابتی است و دیدگاه حقوق ایران در این خصوص چیست؟ این مقاله می‌کوشد تا در پرتو رهیافت‌های حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا، نخست، فرایند تعدیل رقابتی ادغام‌ها را با بررسی ضمانت اجراهای ساختاری مرتبط تحلیل کرده و سپس به شرح ابعاد ضمانت اجراهای رفتاری در این زمینه پردازد. پس از شناسایی ضمانت اجراها، کارکرد و کارایی آن‌ها ارزیابی می‌شود و در ادامه رویکرد حقوق ایران در این زمینه مورد نقد و تحلیل قرار گرفته و در نهایت نتایج حاصل از این مطالعه تطبیقی ارائه خواهد شد.^۳

۱. Divestiture.

در این مفهوم صرفاً مالکیت بخشی از بنگاه یا دارایی‌های متعلقه، از شرکت سلب نمی‌شود بلکه برای ایجاد موازنه بیشتر در فضای رقابت پس از تحقق ادغام، به یکی از رقبای واگذار می‌شود. از این رو بهتر است در معادل‌سازی، از آن به سلب مالکیت و واگذاری، تعبیر کرد؛ چراکه سلب مالکیت از دارایی و واگذاری متعاقب آن به بنگاه دیگر، دو روی یک سکه هستند.

۲. DOJ, "Policy Guide to Merger Remedies", ۲۰۱۱; Available at: <https://www.justice.gov/atr/public/guidelines/۲۷۲۳۵۰.pdf>, p. ۲.

۳. در خصوص پیشینه موضوع خاطر نشان می‌سازیم که درباره تحلیل ادغام‌های مرتبط با مالکیت‌های فکری در مرحله ارزیابی و پیش از نهایی شدن، تا کنون تحقیق مستقلی منتشر نشده است؛ اگرچه مقالاتی به مباحث کلی پیرامون موضوع پرداخته‌اند؛ از جمله: صادقی، محسن و شمشیری، صادق، *نقد قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ایران (قانون خصوصی سازی) از منظر رابطه مالکیت فکری و حقوق رقابت*، دوره ۱۳، شماره ۳۳، فصل‌نامه پژوهش حقوق و سیاست، تابستان ۱۳۹۰، صفحات ۱۳۸-۱۶۸ که به رابطه کلی حقوق رقابت و حقوق مالکیت فکری می‌پردازد. به علاوه مقاله پاسبان، محمدرضا و غلامی، ابوالفضل، *ادغام‌های ضد رقابتی و ضمانت اجراهای مقرر در حقوق ایران*، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۹، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۶، صفحات ۳۱-۵۵ که صرفاً به ضمانت اجراهای قانون ایران بعد از تشکیل ادغام و ورود بنگاه به رقابت می‌پردازد و نحوه مقابله با ادغام‌های ناقص موازین رقابتی بحث می‌نماید که طبیعتاً از جهات مختلف با نوشتار حاضر متفاوت است. همچنین مقاله حکیم جوادی، احمد و پاسبان، محمدرضا، *بررسی تطبیقی مقررات ماهوی کنترل ادغام از منظر حقوق رقابت در نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا و ایران*، فصلنامه مجلس و راهبرد - دوره ۲۴، شماره ۹۰، تابستان ۱۳۹۶، صفحات ۲۷۱-۳۰۸ که به موازین کلی نظارت بر ادغام‌ها می‌پردازد و اشاره خاصی به مباحث مالکیت فکری یا ارزیابی ادغام‌ها پیش از نهایی شدن آنها و ضمانت اجراهای مربوطه ندارد.

۱- ضمانت اجرای ساختاری و ادغام‌های پیشنهادی

۱-۱- شناخت سلب مالکیت و واگذاری

ضمانت اجرای ساختاری، بنگاه‌های ادغام‌شده یا علاقه‌مند به ادغام را به منظور از بین بردن زمینه و احتمال ورود به فعالیت‌های ضد رقابتی، ملزم به تغییراتی در شمایل و ساختار خود می‌کند. از منظر دیگری، چنین تدابیری معمولاً در راستای مصالح رقابتی به‌طور جزئی، سعی در تغییر ساختار بازار دارند. پس از شکل‌گیری ادغام، ضمانت اجرای ساختاری معمولاً خود را به شکل تجزیه بنگاه‌های ادغام‌شده نشان می‌دهد؛ اما در موقعیتی که هنوز ادغام نهایی نشده است، ضمانت اجرای مزبور در قالب تعهدات واگذاری یا سلب مالکیت نمایان می‌شود.^۱

این تدبیر باعث سلب مالکیت قطعی نسبت به نوعی کسب و کار مثلاً شعبه یک شرکت یا دارایی فکری نظیر اختراع می‌شود.^۲ در واقع ضمانت اجرای ساختاری تغییراتی را در مالکیت کل یا جزئی از بنگاه‌های موجود ایجاد کرده و از این طریق، فعالیت بنگاه برآمده از ادغام را محدود می‌کند تا احتمال بروز رویه‌های مخل رقابت کاهش یابد.^۳ از منظر کلی می‌توان گفت این ضمانت اجرا ناظر به موقعیت‌هایی است که احتمال نقض مقررات رقابتی از سوی بنگاه ناشی از ادغام، نتیجه ساختار آن باشد.^۴ مرجع رقابتی با توسل به ضمانت اجرای ساختاری، در واقع به این موضوع صحنه می‌گذارند که با وجود موانع ناشی از ادغام، مثلاً عدم دسترسی به دارایی‌های فکری ارزشمند یا شبکه‌های توزیع گسترده،^۵ رقبا نمی‌توانند به طرز شایسته‌ای مجال رقابت پیدا کنند.^۱

۱. Hoehn, Thomas & Lewis, Alex, "Interoperability Remedies and Innovation: A Review of Recent Case Law", ۲۰۱۲; Available at: <https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability/20remedies/20and/20innovation-20a/20review/20of/20recent/20case/20law.pdf>, p. ۵.

۲. Verloop, Peter et al, *Merger Control in Europe: EU, Member States and Accession States*, Kluwer Law International, Netherlands, ۲۰۰۳, p. ۲۹۶.

۳. Russo, Francesco et al, *European Commission Decisions on Competition: Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, Cambridge University Press, UK, ۲۰۱۰, p. ۳۶۹.

۴. Anderman, Steven, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press, UK, ۲۰۰۷, p. ۱۰۳.

۵. در صورت تجویز ادغام، بنگاه‌های ادغام‌شونده که شبکه‌های توزیع را به طور گسترده در اختیار دارند، به سایر رقبا اجازه

تعبیر پاراگراف ۲۲ اعلامیه اروپا هنگامی که با ادغامی مواجه می‌شویم که تهدیدی جدی برای رقابت مؤثر قلمداد می‌شود، بهترین راه برای فائق آمدن بر آن، واگذاری بخشی از بنگاه‌های متعلق به شرکت‌های متقاضی ادغام، به یک رقیب بالفعل یا بالقوه و مبدل ساختن خریدار به رقیبی قدرتمند درازمدت است. با این تدبیر احتمال ظهور رقبای مستقل جدید یا تقویت رقبای موجود بیشتر می‌شود.^۲

۲-۱- اقسام و اشکال سلب مالکیت و واگذاری

۱-۲-۱- سلب مالکیت و واگذاری شرکت یا واحدهای تولیدی

گاه واگذاری یک بنگاه تجاری، شرط تأیید و تنفیذ ادغام قرار می‌گیرد. به این ترتیب واگذاری باید دربردارنده همه دارایی‌های ضروری برای تولید مؤثر بوده و به واسطه آن سطح رقابت که به احتمال قابل توجهی به واسطه ادغام کاهش می‌یابد، بالاتر برود. برای نیل به این مقصود، مرجع رقابتی دستور به واگذاری بنگاهی را می‌دهد که قبلاً ظرفیت خود را برای تولید و توزیع و به بیان گویاتر، ایفای نقش مؤثر در رقابت، اثبات نموده است. از نظر کمیسیون فدرال تجارت آمریکا، واگذاری بنگاه‌ها، از واگذاری دارایی‌ها، اثربخشی بیشتری در تحقق هدف حفظ رقابت دارد؛ زیرا واگذاری در یک بستر یکپارچه که علاوه بر دارایی‌های فکری، دربردارنده سایر ملزومات از جمله کارکنان، فهرست مشتریان، سیستم اطلاعاتی و ساختارهای مدیریتی باشد، واجد کارایی عمیق‌تری است.^۳ به این ترتیب واگذاری یک تجارت تثبیت شده به خریداری که از توان و امکانات اولیه رقابت برخوردار است، در رفع تشویش‌های رقابتی اثرگذار خواهد بود.^۴ در همین راستا پاراگراف ۲۳ اعلامیه اروپا اشعار دارد سلب مالکیت و واگذاری باید به یک شرکت

نمی‌دهند تا تولیدات خود را به سادگی در بازار عرضه کنند. همچنین تجمیع مالکیت‌های فکری در اثر ادغام، قدرت بازاری شایانی به بنگاه برآمده از ادغام می‌بخشد. در چنین شرایطی سایر کنشگران بازار توان رقابت با شرکت مذکور را نخواهند داشت یا تمایلی برای ورود به بازار پیدا نخواهند کرد. از این رو لازم است چنین ساختاری را با بکارگیری تدابیر متناسب در راستای مصالح رقابتی اصلاح کرد.

۱. DOJ, op.cit, p. ۸.

۲. Geradin, Damien, *Remedies in Network Industries: EC Competition Law Vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia nv, UK, ۲۰۰۴, p. ۱۴۹; DOJ, op.cit, p. ۸.

۳. DOJ, op.cit, pp. ۸-۹.

۴. Russo, Francesco et al, op.cit, p. ۳۷۰.

دایر فعال که به مدد ظرفیت‌های آن، بتوان رقابت را به حالت معمول اعاده کرد، صورت گیرد. بر اساس پاراگراف ۲۵ سند مزبور، ضروری است تا به همراه شرکت واگذار شده، همه ملزوماتی که برای فعالیت آتی آن در ساختار جدید مورد نیاز است، منتقل شود که یکی از مهم‌ترین مصادیق آن، کارکنان بنگاه مزبور هستند. وفق پاراگراف ۲۶، کارکنان شامل افرادی می‌شود که در بخش‌های تحقیق و توسعه خدمت می‌کرده و حتی اگر به واحدهای تجاری دیگری منتقل شده‌اند، باید مجدداً به ساختار جدید ملحق شوند. با این رویکرد تهیه فهرستی از کارکنان کلیدی که وجود آن‌ها برای ادامه فعالیت در چرخه رقابت، اهمیت شایانی دارد، مشروط به رعایت حقوق مستخدم و سایر موازین قراردادی، در اختیار انتقال گیرنده قرار می‌گیرد. با توجه به نقش مهمی که کارکنان کلیدی در ارتباط با بهره‌برداری از فناوری دارند، کمیسیون اتحادیه اروپا از متقاضیان ادغام می‌خواهد تا به وسیله ارائه مشوق‌های مختلف، افراد را برای باقی ماندن در بنگاهی که واگذار خواهد شد، ترغیب کند.^۱ همچنین مطابق پاراگراف ۲۷ اعلامیه اروپا به همراه بنگاه واگذار شده سایر ملزومات اساسی از جمله دارایی‌های عینی و غیر عینی نظیر اختراعات، دانش فنی و همچنین مجوزهای صادره از مراجع دولتی یا سازمان‌های خاص نیز باید به انتقال گیرنده بنگاه تسلیم شود. به علاوه قراردادهای بنگاه موضوع واگذاری با همکاران، رقبای مشتریان نیز به خریدار جدید منتقل می‌شود.

باید دقت داشت اگر بخشی از شرکت به عنوان یک شرکت مستقل تجزیه شده و در قالب یک شرکت مستقل به حیات تجاری خود ادامه دهد، ممکن است کماکان تحت نفوذ شرکت اصلی باشد ولی با واگذاری آن به رقبای نگرانی رقابتی از این دست، رقم نمی‌خورد.

۲-۲-۱- سلب مالکیت و واگذاری صرف دارایی فکری

در شرایطی خاص، مرجع رقابتی تأیید ادغام را مشروط به واگذاری صرف حقوق ناظر به دارایی‌های فکری می‌کند. در واقع اگر این نهاد تشخیص دهد که ترکیبی از دارایی‌های طرفین ادغام می‌تواند به چالش‌های رقابتی خاتمه دهد، به واگذاری کمتر از تشکیلات یک بنگاه

۱. ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, American Bar Association, USA, ۲۰۰۷, p. ۱۴۲.

رضایت می‌دهد.^۱ در آمریکا از واگذاری دارایی‌های فکری به سلب مالکیت جزئی تعبیر شده است که مانع از بروز رویه‌های مخل رقابت یا قرار گرفتن بنگاه مولود ادغام در موقعیتی خطرناک برای رقابت می‌شود.^۲ این واگذاری‌ها اگرچه غالباً ناظر به اختراعات است ولی احتمال داد به سایر مصادیق دارایی‌های فکری از جمله دانش فنی یا همان اطلاعات محرمانه خلاقانه نیز تعمیم یابد.^۳ همچنین پاراگراف ۳۷ اعلامیه اروپا تصریح می‌کند در شرایط استثنایی و خاص، سلب مالکیت از یک برند و نشان‌های تجاری به همراه واگذاری ساختار تولیدی و توزیعی پشتیبان آن، از تبعات مخل رقابت ادغام در آینده خواهد کاست.^۴

واگذاری دارایی فکری گاه به تنهایی برای نیل به اهداف رقابتی کافی نیست بلکه همان‌گونه که در برخی پرونده‌های جدید بدان اشاره شد، باید حمایت و پشتیبانی لازم از سوی واگذارکننده صورت پذیرد و در صورت اقتضا، بنگاه‌های متقاضی ادغام ملتزم به ارائه آموزش فنی، مساعدت فنی و هر اقدام دیگری که با واگذاری مؤثر فناوری لازم باشد، شوند.^۵

۳-۱- ملاحظات خاص سلب مالکیت و واگذاری

۳-۱-۱- عدم امکان بهره‌برداری از دارایی فکری توسط واگذارکننده

در صورتی که مقرر شود دارنده دارایی فکری آن را به دیگری واگذار کند، آیا خود وی می‌تواند کماکان به بهره‌برداری از آن ادامه دهد؟ در پاسخ باید گفت که تجویز چنین امری مخاطرات رقابتی جدی در بر دارد؛ فارغ از آنکه چنین موقعیتی، از ارزش حقوق انحصاری دارنده جدید کم می‌کند، نباید از خاطر دور داشت که بنگاه برآمده از ادغام در جایگاهی قرار دارد که قادر است بهترین استفاده را از دارایی سابق خود ببرد؛ زیرا ضمن تسلط بر ابعاد فناوری، از

۱. DOJ, op.cit, p. ۹.

۲. Hovenkamp, Herbert et al, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property*, Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, ۲۰۱۵, p. ۱۴-۷.

۳. DOJ, op.cit, p. ۱۲.

۴. در این خصوص توجه به الزامات ناشی از واگذاری نام تجاری ضروری است که به مقررات ایران نیز راه یافته است: مطابق ماده ۴۹ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری «هرگونه تغییر در مالکیت نام تجاری باید همراه با انتقال مؤسسه یا بخشی از آن که با نام مزبور شناخته می‌شود، صورت پذیرد».

۵. Merger of Pharmaceutical companies Endo International plc and Par Pharmaceuticals, Inc File Number: ۱۵۱ ۰۱۳۷, November ۱۸, ۲۰۱۵.

زیرساخت‌ها و سازمان‌دهی لازم برای بهره‌برداری بهینه از آن برخوردار است. شناسایی حق بهره‌برداری برای مالک سابق، قدرت و نفوذ رقابتی خریدار دارایی فکری در بازار را تقلیل می‌دهد. افزون بر این، اگر قرار باشد خریدار حق خود نسبت به یک اختراع یا یک نشان تجاری را با دیگران سهیم شود، چه بسا تمایلی به وارد شدن به فعالیت‌های رقابتی از طریق سرمایه‌گذاری و بازاریابی وسیع را پیدا نکند.^۱

۲-۳-۱- شرط گوهر تاج^۲ و تعیین واگذار شونده

هر بنگاهی در مقام خریدار، واجد صلاحیت کافی برای تحقق بخشی به اهداف رقابتی مورد نظر نیست، از این رو کمیسیون اتحادیه اروپا معیارهایی را در این خصوص لحاظ می‌کند تا از قابلیت بنگاه مزبور اطمینان حاصل کند. این بنگاه، متعاقب پیشنهاد مراجع رقابتی یا معرفی شرکت‌های متقاضی ادغام و پس از برآوردهای اولیه، تعیین خواهد شد. همچنین این وضعیت، شامل معرفی جایگزین‌هایی برای دارایی یا بنگاه واگذار شده که خریداران را ترغیب به انجام معامله کند نیز می‌شود. ترسیم چنین شرایطی به موجب مقرره‌ای موسوم به گوهر تاج صورت می‌گیرد.^۳ در آمریکا به موجب این مقرره اگر بنگاه‌های متقاضی ادغام نتوانند خریدار مناسب را در موعد مقرر معرفی کنند یا بنگاهی خود رأساً اعلام آمادگی نکنند، مرجع رقابتی از آن‌ها می‌خواهد تا بنگاه یا دارایی که اغلب ارزش اقتصادی یا تکنولوژیک بیشتری از اولین پیشنهاد داشته باشد را معرفی کند مشروط بر آنکه از ظرفیت بایسته برای مقابله با چالش‌های رقابتی مطروحه برخوردار باشد.^۴

۳-۳-۱- عدم تحصیل یا تملک مجدد دارایی فکری

برای آنکه این دست ضمانت اجراهای ساختاری از اثرگذاری لازم برخوردار شوند، عدم

۱. DOJ, op.cit, p. ۱۲.

۲. Crown jewel

۳. Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, UK, ۲۰۱۰, p. ۹۳۴.

۴. Proger, Phil et al, "Mergers of Competitors: Negotiating Remedies to Resolve U.S. Antitrust Concerns", ۲۰۱۶; Available at: <http://practice.findlaw.com/practice-guide/mergers-of-competitors-negotiating-remedies-to-resolve-u-s-anti.html#sthash.xqiXVV7CN.dpuf>.

تحصیل یا تملک مجدد بنگاه یا دارایی واگذار شده، مورد تصریح قرار می‌گیرد. پاراگراف ۴۳ اعلامیه اروپا به منظور حفظ اثر ساختاری ضمانت اجرا، بنگاه برآمده از ادغام را به موجب این التزام از تسلط مجدد بر بنگاه یا اموال واگذار شده برای یک بازه زمانی قابل توجه منع می‌کند. البته کمیسیون مختار است تا در صورت تغییر شرایط بازار و کم‌رنگ شدن مخاطرات رقابتی، از این التزام صرف نظر کرده و اجازه تحصیل و تملک مجدد را صادر کند.

۲- ضمانت اجرای رفتاری و ادغام‌های پیشنهادی

۲-۱- شناخت ضمانت اجرای رفتاری

ضمانت اجرای رفتاری در شمار «ضمانت اجرای جبرانی»^۱ هستند؛ یعنی با تحمیل الگوهای خاص رفتاری، رویه بنگاه حاصل از ادغام را تغییر داده و از رهگذر ضابطه‌مند ساختن اقدامات یا ایجاد منع و محدودیت‌هایی بر برخی اعمال یا اجبار به انجام اقداماتی خاص، سعی در حفظ فضای رقابت دارند.^۲ به این ترتیب باید گفت ضمانت اجرای رفتاری فقط در پی آن نیستند که به رفتارهای مخل رقابت خاتمه دهند بلکه درصدد هدایت بنگاه برآمده از ادغام، به در پیش گرفتن رفتارهای رقابتی ویژه‌ای هستند که همگرایی بیشتری با مطالبات مشروع رقابتی دارد.^۳

۲-۲- اقسام ضمانت اجرای رفتاری

۲-۲-۱- الزامات دیوار آتشین^۴ و حذف پیوندهای ارتباطی

تمهید دیوار آتشین که از آن به «دیوار چین» نیز تعبیر شده است، مانع از انتشار یا تبادل اطلاعات محرمانه رقابتی حساس پس از شکل‌گیری ادغام می‌شود.^۵ برای مثال اگر یک بنگاه که موقعیت انحصاری در بازار بالادستی دارد، عزم ادغام با یکی از بنگاه‌های بازار فرودست را داشته باشد، بنگاه

۱. Reparatory sanction

۲. Hüschelrath, Kai, *Competition Policy Analysis: An Integrated Approach*, Springer Science & Business Media, Germany, ۲۰۰۸, p. ۱۲۲.

۳. Niels, Gunnar et al, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, UK, ۲۰۱۱, p. ۴۵۴.

۴. Fire wall

۵. Ritter, Lennart & Braun, David, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Netherlands, ۲۰۰۵, p. ۶۵۲.

انحصارگرا ممکن است اطلاعات ارزشمندی را با بنگاه مزبور در میان بگذارد که این امر باعث پیشی گرفتن آن بر رقبا شده و انجام اقدام ضد رقابتی را تسهیل می‌کند. نگرانی دیگر مرجع رقابتی این است که احتمال دارد اطلاعات افشاشده با بنگاه پایین دست به طریقی در اختیار بنگاه‌های بالادست رقیب شرکت برآمده از ادغام قرار گرفته و به این ترتیب زمینه بروز رفتارهای هماهنگ را مهیا سازد؛ اما تمهید دیوار آتشین می‌تواند از بروز رویه‌های هماهنگ مختل کننده در رقابت، پیشگیری کند.^۱ در حقوق اتحادیه اروپا حذف پیوندهای ارتباطی بین رقبا از ضمانت اجراهای مرتبط با ادغام محسوب می‌شود که شباهت‌هایی با ضمانت اجرای دیوار آتشین دارد. مطابق پاراگراف ۵۸ اعلامیه اروپا وقتی خطوط ارتباطی میان بنگاه‌ها نگرانی‌های رقابتی پیش می‌آورد باید آن‌ها را قطع کرد. در حقیقت با مسدود کردن راه‌های پیوند بنگاه‌ها، احتمال بروز اقدامات همسو و هماهنگ کمتر خواهد شد.^۲

۲-۲-۲- منع رفتارهای تبعیض آمیز

این تمهید ناظر به فراهم ساختن فرصت برابر برای دستیابی به دارایی‌های فکری است که در نتیجه منع اقدامات تبعیض آمیز محقق می‌شود؛ برای مثال اگر یک بنگاه که موقعیت ممتازی در بازار بالادستی دارد، قصد ادغام با یک بنگاه فعال در بازار پایین دست را داشته باشد، این احتمال وجود دارد که بنگاه دارای موقعیت مناسب، با ارائه شرایط نامطلوب و تبعیض آمیز به رقبای شرکتی که قصد ادغام با آن را دارد، از شرکت مزبور در بازار پایین دست حمایت کند تا جایگاه بهتری پیدا کند. بسته به اینکه چه اطلاعاتی در خصوص شرایط رقابت در بازارهای مربوطه در دسترس است، نهادهای ذی صلاح یک شرط عدم تبعیض را بکار می‌گیرند تا بنگاه خواهان ادغام به صورت همسان و با قیمتی برابر و بدون تبعیض با بنگاه‌های بازار پایین دست وارد معامله شود. به این ترتیب هم ادغام واجد مشروعیت رقابتی می‌شود و هم بنگاه برآمده از ادغام، مجال تبعیض و ورود به فعالیت‌های مخل رقابت را نخواهد یافت.^۳

۱. DOJ, op.cit, pp. ۱۳-۱۴.

۲. Bertelsen, Erik et al, *Competition Law in Denmark*, Kluwer Law International, Netherlands, ۲۰۱۱, p. ۲۰۲.

۳. DOJ, op.cit, pp. ۱۳-۱۴.

۳-۲-۲- شفاف‌سازی

گاهی اوقات از مقررات شفاف‌سازی به‌عنوان ضمانت اجرا در ادغام‌های میان غیر رقبا استفاده شده است و بنگاه ناشی از ادغام ملزم به ارائه اطلاعات به نهادهای تنظیم‌کننده بازار در یک حیطه خاص می‌شود؛ درحالی‌که در وضعیت معمول، الزامی به ارائه چنین اطلاعاتی ندارد. مثلاً اینکه بنگاه‌های خواهان ادغام چه نوعی از تجهیزات ارتباطی را در اختیار بنگاه‌های طرف تعاملات رقابتی یا مشتریان خود می‌گذارند. شفاف‌سازی در این چارچوب به‌عنوان مانعی بازدارنده از توسل به رویه‌های مخل رقابت عمل می‌کند.^۱

۴-۲-۲- تغییر در شرایط قراردادی

احتمال دارد متعاقب ادغام، بنگاه از سهم بازاری قابل‌توجهی برخوردار شود که می‌تواند رقابت را از مسیر معمول خود خارج کند. در این وضعیت قراردادهای انحصاری موجب ایجاد یا تشدید موقعیت بنگاه مذکور می‌شوند. در چنین موقعیتی خاتمه دادن به قراردادهای انحصاری به‌عنوان راهکاری اثرگذار خود را نمایان می‌سازد.^۲ پاراگراف ۶۷ اعلامیه اروپا نیز تغییر قراردادهای بلندمدت انحصاری را از سنخ ضمانت اجرای رفتاری برشمرده است.

۵-۲-۲- منع از توسل به برخی رویه‌های قراردادی و یا پیش‌بینی الزامات رفتاری

در مواردی که مرجع رقابتی تشخیص می‌دهد برخی شروط محدودکننده یا پاره‌ای معاملات، وسیله‌ای در خدمت بنگاه حاصل از ادغام برای محدود کردن رقابت است، سعی در تغییر یا خاتمه دادن آن‌ها دارد. مثلاً گاه برخی توافقات که برای بازه زمانی کوتاه منعقد شده ولی درعین حال به‌طور خودکار قابل تمدید است، به مانعی بر سر مسیر ورود بنگاه‌های جدید، به بازار مبدل می‌شوند؛ از این‌رو گاه لازم است چنین تمهیداتی به کار گرفته شود تا از بروز یا گسترش رفتارهای ضد رقابتی در بازار پس از نهایی شدن ادغام پیشگیری شود. ضرورت منع تحصیل مجدد برخی دارایی‌های فکری خاص یا پرهیز از توسل به ترتیبات پیوندی یا باهم فروشی را نیز

۱. Ibid, p. ۱۶.

۲. Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, UK, ۲۰۰۸, p. ۱۰۸۲.

در همین راستا می‌توان تفسیر کرد.^۱ ممکن است نهادهای اجرایی بنگاه‌های خواهان ادغام را ملزم به در پیش گرفتن اقدامی خاص کنند تا از عدم تکرار رفتارهای محل رقابت مطمئن شوند. برای مثال اعطای لیسانس فناوری به یکی از رقبای همه متقاضیان و یا ادامه پاره‌ای فعالیت‌های تحقیق و توسعه را به جهت اهمیت نوآوری برای فضای رقابتی، شرط پذیرش مشروعیت ادغام قرار دهند.^۲

۳- کارایی و کارکرد ضمانت اجراها در حیطه ادغام‌ها

۳-۱- دیدگاه کلی موازین رقابتی نسبت به کارایی ضمانت اجراها

بسیاری از صاحب‌نظران ضمانت اجراهای رفتاری را به‌تنهایی برای جبران تبعات سوء ادغام‌های پیشنهادی که احیاناً محل رقابت هستند، کافی نمی‌دانند.^۳ در اتحادیه اروپا ضمانت اجراهای ساختاری در همه اقسام ادغام‌ها، بر ضمانت اجرای رفتاری ترجیح داده شده است؛ زیرا در عین ساده‌تر بودن از کارایی عمیق‌تری برخوردار بوده و به نظارت مستمر نیاز ندارند.^۴ جذابیت این نوع ضمانت اجرا برای مراجع رقابتی آن است که علی‌رغم آنکه هزینه‌های گذار به وضعیت جدید هنگفت بوده و زمان‌بر است، به محض اجرایی شدن، اثر خود را فوراً نشان داده و نمی‌توان همانند برخی تدابیر رفتاری از تبعیت کامل آن‌ها طفره رفت.^۵ پاراگراف ۶۱ اعلامیه اروپا همسو با این دیدگاه اشاره دارد که سلب مالکیت به‌عنوان یک شاخص بنیادین در حیطه ضمانت اجراهای ادغام مطرح است و در شرایطی که سایر تدابیر به‌اندازه آن اثرگذار باشند، تجویز می‌شوند. برای مثال تعهد به عدم افزایش قیمت یا کاهش ندادن تنوع محصولات یا حذف یک برند خاص، اصولاً نمی‌تواند به‌تنهایی در ادغام‌های افقی کارساز باشد مگر آنکه کارایی آن‌ها از طریق اجرای کامل و نظارت دقیق و جدی تضمین شود. به بیان روشن‌تر، موازین اتحادیه اروپا مانع از این

۱. DOJ, op.cit, p. ۱۷.

۲. Trattner, Marina, *Assessment of Anti-innovative Mergers in High Technology Markets*, Master Thesis, Lund University, Sweden, ۲۰۱۶, p. ۳۹.

۳. Kokkoris, Ioannis, *Merger Control in Europe: The Gap in the ECMR and National Merger Legislations*, Routledge, UK, ۲۰۱۰, p. ۱۷۰.

۴. Sher, Scott & Kemp, Kellie, "A Comparative Analysis of the Use of Merger Remedies in Technology Industries", ۲۰۱۴; Available at: <https://www.wsgr.com/publications/PDFSearch/sher-kemp-۱۲۱۴.pdf>, p. ۵.

۵. Monti, Giorgio, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, UK, ۲۰۰۷, p. ۲۸۳.

فرض نشده که ضمانت اجرای ساختاری بر تمهیدات رفتاری اولویت دارد ولی در موقعیت‌های معدودی نیز استخدام ضمانت اجرای رفتاری، به‌تنهایی را برای محافظت از فضای رقابتی پس از ظهور بنگاه مولود ادغام واجد کارایی می‌داند.^۱ در خلاصه خطی مشی کنترل ادغام و نوآوری اتحادیه اروپا که توسط کمیسیون در سال ۲۰۱۶ منتشر شده است نیز تأکید شده که کماکان کاراترین ضمانت اجرا در زمینه ادغام‌های افقی در بازارهای مالکیت فکری، واگذاری واحدهای تولیدی به‌عنوان جزئی مستقل از بنگاه متقاضی ادغام است و در گستره ادغام‌های عمودی یا مختلط نیز بر راهکارهای رفتاری ترجیح دارد.^۲

در حقوق آمریکا نیز دیدگاه مشابهی وجود دارد: در حوزه فناوری‌ها و در گستره ادغام‌های افقی، ضمانت اجرای ساختاری نقش اصلی و اساسی را برای اعاده تعادل رقابتی به بازار ایفا می‌کنند؛ به‌خصوص وقتی یک واحد خاص یا یک خط تولید تجاری به‌سادگی قابل واگذاری باشد. در این میان، ضمانت اجرای رفتاری جنبه فرعی داشته و غالباً برای افزایش اثربخشی به ضمانت اجرای اصلی به کار گرفته می‌شوند.^۳ معمولاً ضمانت اجرای رفتاری برای دفع تبعات مخل رقابت ادغام‌های عمودی کاربرد دارند ولی گاه برای مقابله با ادغام‌های افقی و اغلب به همراه ضمانت اجرای ساختاری نیز به استخدام مراجع رقابتی درمی‌آیند. برخی تحقیقات جدید حکایت از آن دارد که مراجع رقابتی آمریکا نسبت به گذشته، تمایل بیشتری در استفاده از ضمانت اجرای رفتاری از خود نشان داده‌اند.^۴ اگرچه در اوایل دهه ۹۰ میلادی در تصمیمات کمیسیون اتحادیه اروپا نیز استفاده از ضمانت اجرای رفتاری شایع بود، ولی متعاقباً این نهاد با تغییر رویه خود، تنها هنگامی آن‌ها را به کار می‌گرفت که حسب شرایط، دارای کارکردی برابر با ضمانت اجرای ساختاری باشد. باوجوداین در مقایسه با مراجع آمریکایی علاقه و اقبال بیشتری به استفاده از چنین تمهیداتی در پرونده‌های ادغام در حوزه مالکیت‌های فکری نشان داده است. باوجوداین کمیسیون هیچ‌گاه منکر سختی‌های اعمال و نظارت بر ضمانت اجرای رفتاری نیست؛

۱. Colino, Sandra, *Competition Law of the EU and UK*, OUP, UK, ۲۰۱۰, p. ۳۷۹.

۲. Competition Directorate-General of the European Commission, "EU merger control and innovation", ۲۰۱۶; Available at http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/۲۰۱۶/۲۰۱۶_۰۰۱_en.pdf, pp. ۱-۳.

۳. Kokkoris, Ioannis, op.cit, p. ۱۷۰; DOJ, op.cit, p. ۱۲.

۴. Hoehn, Thomas & Lewis, Alex, op.cit, pp. ۷-۸.

از این رو در حوزه بازارهای فناوری نیز کماکان برای تعدیل وضعیت رقابتی ادغام‌های پیشنهادی، ضمانت اجرای ساختاری کاربرد بیشتری دارند.^۱

۲-۳- ضعف‌ها و چالش‌های ضمانت اجرای ساختاری

در حقوق رقابت آمریکا ضمانت اجرای ساختاری همیشه بر طرف‌کننده کامل نگرانی‌های رقابتی حاصل از ادغام نبوده است و گاه حتی بر تبعات مثبت رقابتی آن نیز اثر نامطلوب می‌گذارد. اعمال ضمانت اجرای ساختاری در برخی موقعیت‌ها می‌تواند کل کارایی ناشی از ادغام را تحت الشعاع قرار دهد. این وضعیت به‌ویژه در مورد ادغام‌های عمودی صدق می‌کند که ضرورتی در به کارگیری تدابیر سخت‌گیرانه نسبت به آن‌ها احساس نمی‌شود. در مقابل، ضمانت اجرای رفتاری به محدودسازی یا جهت‌دهی به رفتارهای پس از حصول ادغام نظر دارد. به این ترتیب در عین اینکه رقابت حفظ می‌شود کارایی ناشی از ادغام نیز از دست نمی‌رود.^۲ ضمانت اجرای ساختاری در حیطه‌های غیر تکنولوژیک، معمولاً با سهولت بیشتری به مورد اجرا و نظارت گذاشته می‌شوند تا در حوزه‌های فناورانه. واگذاری یک بنگاه مستقل فعال در بازار فناوری به آسانی صورت نمی‌گیرد و به خاطر همین مشکلات است که مراجع رقابتی در این عرصه، گاه دیدگاه متفاوتی به ادغام‌ها و ضمانت اجرای مربوط به آن‌ها دارند. به خصوص که در حیطه نوآوری و فناوری، صرف سلب مالکیت یا تجزیه دارایی‌های فیزیکی همواره برای ایجاد یک رقیب مؤثر در بازار کافی نیست و لازم است دارایی فکری در اختیار بنگاه‌های دیگر نیز قرار گیرد تا مقاصد رقابتی حاصل شود.^۳

به باور برخی صاحب‌نظران، استخدام ضمانت اجرای واگذاری و سلب مالکیت در گستره مالکیت‌های فکری و فناوری‌های پیشرفته، باید با احتیاط بسیار صورت گیرد؛ زیرا چنین رهیافتی گاه بر انگیزه‌های نوآوری یا انجام فعالیت‌های تحقیق و توسعه اثر مخرب داشته و تحقق کارایی

۱. Sher, Scott & Kemp, Kellie, op.cit, pp. ۶-۷.

۲. Verloop, Peter et al, op.cit, p. ۲۹۶.

۳. Lévêque, François & Shelanski, Howard, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, USA, ۲۰۰۳, p. ۱۶۷; Sher, Scott & Kemp, Kellie, op.cit, p. ۲.

پویا که در نتیجه ادغام محقق می‌شد را نیز با مشکل مواجه می‌سازد. از این رو حتی الامکان باید از سایر سازوکارها برای غلبه بر تبعات منفی ضد رقابتی ادغام پیشنهادی بهره جست.^۱ چالش‌های واگذاری دانش فنی که ماهیتی رازگونه داشته و به سختی قابل توصیف دقیق و جامع بوده و همواره در معرض افشا شدن قرار دارد، مضاعف است. البته اگر واگذاری متضمن انتقال مستخدمان واقف به اسرار تجاری خلاقانه باشد، این روند با موانع کمتری مواجه می‌شود. در صورتی که مستخدمان کلیدی به تشکیلات خریدار نیوندند، باید با استفاده از آموزش و مساعدت فنی، بستر بهره‌برداری از دانش فنی برای انتقال گیرنده مهیا شود.^۲

به‌رحال باید دقت داشت که در فرایند سلب مالکیت و واگذاری فناوری، از یک سو با خریداری مواجهیم که اطلاعات چندانی راجع به این دارایی ارزشمند ندارد و دوم واگذارکننده‌ای که در عزم و انگیزه جدی و صادقانه آن برای انتقال مؤثر فناوری تردید جدی وجود دارد؛ چراکه بنگاه مزبور مایل است تا حتی الامکان از تبدیل شدن واگذار شونده به رقیبی قدرتمند در آینده جلوگیری کند. در چنین شرایطی بدون تدارک راهکارهای بایسته و فراهم کردن زمینه استفاده از کارکنان برجسته و آشنا با عمق فناوری، رفع نگرانی‌های رقابتی میسر نخواهد شد و ضمانت اجرای ساختاری نمی‌تواند رقابت را به سطح قبل از ادغام بازگرداند و عملاً از ثمربخشی لازم برخوردار نخواهد بود.^۳

معمولاً شرکت‌های متقاضی تمایل دارند تا حد ممکن از اموال یا واحدهای کمتری دست بشویند و قابل انکار نیست که چنین رویکردی شکل‌گیری رقابت مؤثر را دشوار می‌کند. از سوی دیگر انگیزه خریدار بنگاه هم لزوماً با مقاصد مطلوب رقابتی همخوانی ندارد؛ زیرا ممکن است خریدار از امکانات بنگاه واگذار شده و به‌ویژه فناوری‌های آن، در بازارهای دیگر، سود بجوید تا منافع بیشتری به دست آورد. یا اینکه خریدار صرفاً به دنبال تصاحب تشکیلات تجاری به بهایی نازل بوده و ارتقاء استانداردهای رقابتی و توسعه فعالیت‌های نوآورانه اهمیت چندانی برای وی نداشته باشد؛ موقعیتی که در نهایت تحقق اهداف رقابت را عقیم گذاشته و روند توسعه تکنولوژیک از

۱. Sher, Scott & Kemp, Kellie, op.cit, pp. ۱۹-۲۰.

۲. European Commission, "Merger Remedies Study", ۲۰۰۵; Available at: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, pp. ۸۱-۲.

۳. Baer, William, *A Study of the Commission's Divestiture Process*, ۱۹۹۹, DIANE Publishing, USA, pp. ۲-۴; Lévêque, François & Shelanski, Howard, op.cit, p. ۱۱۲.

طریق تجویز ادغام را مختل می‌سازد.^۱

از این روست که در خلاصه خطی مشی ادغام و نوآوری اتحادیه اروپا به طور ضمنی اشاره شده که اگرچه به طور سنتی ضمانت اجرای ساختاری مورد اقبال بیشتری در حوزه تعدیل ادغام‌های پیشنهادی بوده‌اند ولی در گستره فناوری‌های مدرن، ضمانت اجراها غالباً باید متضمن و معطوف تنظیم رفتارهای پس از ادغام باشد تا بر هم زدن ساختار موجود بنگاه‌ها و بازار باشد.^۲ همسو با این دیدگاه، بعضی صاحب‌نظران بر این باورند که برای همساز شدن با تغییرات فزاینده در بازارهای در حال گذار فناوری و نوآوری، باید به تدابیر رفتاری نقش مهم‌تری محول کرد و از این طریق، به مطالبات رقابتی و دغدغه‌های نوآوری پاسخی شایسته داد.^۳

۳-۳- ارتقاء کارآمدی و تناسب تدابیر با به‌کارگیری ضمانت اجرای ترکیبی

برخی تحلیل‌ها گویای آن است که رقابت و نوآوری همپا با یکدیگر حرکت نمی‌کنند؛ یعنی تشدید رقابت لزوماً به معنای افزایش نوآوری نیست و به این سبب باید تلاش کرد تا در خصوص ضمانت اجرای مرتبط به موازنه‌ای رسید.^۴ ضمانت اجرای ترکیبی در نیل به این نقطه تعادل نقش شایانی ایفا می‌کنند. در پاره‌ای موقعیت‌ها، تلفیق ضمانت اجرای رفتاری و ساختاری، بهترین گزینه برای رفع تبعات محل رقابت ادغام پیشنهادی است که گاه از آن به «شرایط جامع»^۵ تعبیر شده است.^۶

در ادغام‌های عمودی پیشنهادی، معمولاً ضمانت اجرای رفتاری با عنایت به جمیع ملاحظات، کاراتر عمل می‌کنند. در ادغام‌های افقی نیز ضمانت اجرای ساختاری به‌خوبی و به طرز مؤثری حافظ محیط رقابت هستند. به‌ویژه اگر حسب شرایط و در صورت اقتضا، با ضمانت اجرای رفتاری مقرون شوند؛ در ادغام‌های ترکیبی که واجد هر دو جنبه افقی و عمودی است، اعمال ضمانت اجرای ساختاری و رفتاری توأمان، به نحو مطلوب‌تری می‌تواند بازارهای مختلف

۱. DOJ, op.cit, p. ۹.

۲. Competition Directorate-General of the European Commission, op.cit, pp. ۵-۷.

۳. Sher, Scott & Kemp, Kellie, op.cit, pp. ۶-۸.

۴. Hoehn, Thomas & Lewis, Alex, op.cit, p. ۲۹.

۵. Comprehensive conditions

۶. Moser, Michael & Yu, Fu, *Doing Business In China*, Juris Publishing, Inc., USA, ۲۰۱۴, p. ۵-۲۷.

را از گزند اقدامات محل رقابت دور نگاه دارد. همچنین وقتی ادغام در ارتباط با بازارها یا محصولات چندگانه و مختلفی است، در برخی از این بازارها، ضمانت اجرای ساختاری راهگشا بوده و در بعضی دیگر حفظ رقابت، رهاورد به کارگیری تمهیدات رفتاری است. حتی اگر ادغام در ارتباط با یک بازار باشد نیز با لحاظ شرایط خاص، این ترکیب می‌تواند مطلوب‌ترین شرایط رقابتی را پس از ظهور بنگاه ادغامی در بازار مهیا سازد.^۱

در نظر بعضی، در دامنه ادغام‌ها از سیاست اولویت‌بخشی به ضمانت اجرای ساختاری، باید به سمت موازنه و اعطای نقش بیشتر به ضمانت اجرایی رفت و در برخی موقعیت‌ها به خصوص تلفیق ضمانت اجراها در حوزه فناوری‌ها، بهترین راهکار برای مقابله با ادغام‌های دارای ظرفیت محل رقابت قلمداد می‌شود.^۲ در بازار فناوری‌های پیشرفته اتخاذ تصمیمات در خصوص ضمانت اجراها و فرایند اعمال آن‌ها باید همپای تحولات سریعی باشد که در این عرصه به وقوع می‌پیوندد تا بر میزان اثرگذاری تدابیر پیشگیرانه و همچنین کارایی ادغام میان بنگاه‌های صاحب دارایی‌های فکری افزوده شود.^۳

در مجموع باید گفت با وجود همه تمهیدات و تحولات رخ داده، نیاز به بازنگری در ضمانت اجراهای موجود احساس می‌شود؛ از این روست که در سال ۲۰۱۵ کمیسیون فدرال تجارت آمریکا مطالعه‌ای جدید را بر روی ضمانت اجراهای ناظر به تعدیل رقابتی ادغام‌ها آغاز کرده و صاحب‌نظران و فعالان اقتصادی را فراخوانده تا نظرات خود در خصوص رویه‌های کنونی و سطح کارایی آن‌ها و اصلاحات لازم را مطرح کنند.^۴

۴- تحلیل دیدگاه حقوق ایران

۴-۱- فقدان موازنه صریح برای ارزیابی پیشینی ادغام

۱. DOJ, op.cit, pp. ۲۵-۶۱۸-۱۹.

۲. Sher, Scott & Kemp, Kellie, op.cit, p. ۳.

۳. Sher, Scott, "Non-structural Remedies in High-technology Markets", Clayton Act Newsletter, Vol. ۳, No. ۱, ۲۰۰۲, p. ۱۹.

۴. FTC, "FTC Proposes to Study Merger Remedies", ۲۰۱۵; Available at: [https:// www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/۲۰۱۵/۰۱/۱۵۰۱hsrdivestiturefrn۱.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/۲۰۱۵/۰۱/۱۵۰۱hsrdivestiturefrn۱.pdf), pp. ۲-۴.

مطابق ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (ق.ا.س.ک.ا) بنگاه‌ها مختار هستند تا در مورد این امر که آیا ادغامی که قصد موجودیت بخشیدن به آن رادارند، در قلمرو ماده ۴۸ قانون قرار گرفته و مشروعیت رقابتی دارد یا خیر، از شورای رقابت کسب تکلیف کنند. شورای رقابت مکلف است حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ وصول تقاضا، درخواست را بررسی و نتیجه را اعلام کند. در صورت اعلام عدم شمول موارد ممنوعیت ادغام مندرج در ماده ۴۸ به موضوع استعلام یا عدم ارسال پاسخ از سوی شورا در دوره انتظار، ادغام مذکور را باید معتبر انگاشت. البته از ماده یادشده بر نمی‌آید که پس از تشکیل بنگاه ادغامی، دیگر طریق استعلام مسدود می‌شود، ولی طبیعی است که بنگاه‌ها پس از شروع فعالیت رغبت چندانی به تحریک شورای رقابت برای ارزیابی جایگاه رقابتی خود ندارند.

از ماده مزبور الزامی نبودن استعلام تعیین تکلیف ادغام استنباط می‌شود، حتی اگر ادغام متضمن ارزش اقتصادی هنگفتی باشد. در آیین‌نامه جدید اجرایی نحوه تحقیق و بازرسی، رسیدگی به شکایات و اجرای آرای شورای رقابت مصوب ۱۴/۶/۱۳۹۵ هیات وزیران هم شاهد مقررهای در خصوص الزامی شدن استعلام نیستیم. علی‌رغم عدم تصریح قانون، شورای رقابت در راستای وظایف نظارتی بر بازار، قادر است تا پیش از نهایی شدن ادغام، به ظن ضد رقابتی بودن آن، رأساً دستور دهد تا فرایند شکل‌گیری ادغام متوقف شود تا پس از تحقیقات نهایی، تصمیمی مبنی بر منع یا جواز آن اتخاذ کند؛ اما مسئله اصلی این است که آیا می‌توان با تفسیر مقررات قانونی و واکاوی اقسام و اهداف ضمانت‌اجراهای ناظر به ادغام، تأیید اعتبار آن را منوط به امری کرد و از راهکارهای تعدیل ادغام و همساز کردن آن با انگاره‌های رقابتی آن‌گونه که در سایر نظام‌ها مطرح است، بهره جست؟ در قسمت‌های بعد می‌کوشیم تا پاسخ دقیق و ضابطه‌مندی به این پرسش بدهیم.

۲-۴- تحلیل ضمانت‌اجراهای ناظر به ادغام‌های مخل رقابت

ضمانت‌اجراهای قانونی درباره ادغام‌های ضد رقابتی را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد: نخست ضمانت‌اجراهایی که خاص ادغام است و در بند ۷ ماده ۶۱ ذکر شده‌اند؛ دوم برخی ضمانت‌اجراهای عام که در پاره‌ای از بندهای ماده ۶۱ مورد اشاره قرار گرفته و نسبت به ادغام‌ها

قابلیت اعمال دارند و سوم برخی تمهیدات مقرر در ماده ۵۱ که با عنایت به قلمرو خاص مالکیت‌های فکری تدارک دیده شده و کاربست آن‌ها نسبت به ادغام‌ها نیز امکان‌پذیر است.

بند ۷ ماده ۶۱ «الزام به تعلیق یا دستور به ابطال هرگونه ادغام که برخلاف ممنوعیت ماده (۴۸) این قانون انجام شده و یا الزام به تجزیه شرکت‌های ادغام‌شده» را پیش‌بینی کرده است. به این ترتیب شورای رقابت پس از ضد رقابتی تشخیص دادن ادغام، می‌تواند آن را تعلیق کند؛ اما بعد از تعلیق واقعاً چه اتفاقی پیش خواهد آمد و باید در انتظار چه امری بود؟ احتمال دارد غایت قانون از تعلیق ادغام و متوقف کردن کلیه فعالیت‌های بنگاه، تدارک یک فرصت زمانی برای رقبا موجود یا تازه‌واردان، به منظور بازسازی یا تثبیت موقعیت خود در بازار و در غیاب بنگاه در شرف ادغام در یک برهه زمانی معین باشد تا شرایط رقابتی خود را بهبود بخشیده و جایگاه خود را مستحکم‌تر سازند. در حقیقت با این تمهید با اقدامات مختل‌کننده رقابت بنگاه ناشی از ادغام مقابله شده و در فعالیت آن، درنگی جدی ایجاد می‌شود. ولی ناگفته هویداست که تعلیق حسب ماهیت خود، وضعیتی قطعی نیست و قاعداً منوط به سپری شدن مدتی معین یا انجام یا امتناع از انجام امری می‌شود. به نظر می‌رسد شورای رقابت با برگزیدن ابتدایی تعلیق، از همان ابتدا، ابطال و برهم زدن ادغام را همساز با مصالح رقابتی یا نوآوری ندانسته و ترجیح می‌دهد برای مدتی ادغام را در حالت بلا تکلیف قرار دهد تا دریابد این امر چه تأثیری بر مؤلفه‌های رقابتی بازار دارد و آیا سایر نیروهای بازار یا تازه‌واردان به رقابت می‌توانند از این خلأ برای بهبود وضعیت رقابت و روند نوآوری و بازگرداندن تعادل به بازار بهره بگیرند یا خیر؟ اگرچه در ماده تصریح نشده است، ولی شورای رقابت را باید واجد این اختیار دانست تا رفع تعلیق را منوط به انجام یا عدم انجام اقدامات خاص کند. اگر شورای رقابت بعد از سپری شدن برهه زمانی مقرر، تشخیص داد که تعلیق کمکی به بهبود فضای رقابت نمی‌کند یا تحقق آنچه مقدر کرده بود، بعید به نظر می‌رسد، قادر است تا ابطال یا تجزیه ادغام را در دستور کار قرار دهد. بدیهی است با ابطال که اثر قهقراپی دارد، بنیان ادغام مورد هدف قرار گرفته و ملغی می‌شود و طرفین به موقعیت قبل از ادغام بازمی‌گردند.

اما تجزیه متفاوت از ابطال است و در این وضعیت، یا امتزاج بنگاه‌ها به نحوی است که عملاً امکان اعاده به وضع سابق وجود ندارد یا اینکه مقام رقابتی چنین امری را با توجه به وضعیت بازار به مصلحت نمی‌داند. از این رو بنگاه مولود ادغام را به هر تعداد بنگاه مستقل و با هر میزان از دارایی

که لازم بدانند، تقسیم می‌کند.^۱

ضمانت اجرای عام در ماده ۶۱ ق.ا.س.ک.ا. شمارش شده‌اند: اگرچه در بادی امر و با عنایت ظاهری به صدر ماده، این چنین به نظر می‌رسد که همه ضمانت‌های مقرر در این ماده قابل تسری به ادغام‌ها است ولی با تعمق بیشتر آشکار می‌شود که صرفاً برخی تدابیر قابلیت اعمال داشته و حتی تردید جلدی در خصوص تعمیم برخی از آن‌ها به حوزه ادغام‌ها وجود دارد: در بند ۱ دستور به فسخ قرارداد ادغام برداشت می‌شود که از زمان فسخ به حیات ادغام خاتمه می‌بخشد و در بند ۲ نیز شاهد جواز دستور به توقف طرفین ادغام از ادامه رویه‌های ضد رقابتی هستیم؛ اگر قائل بر این باشیم که مقصود از توافق، اصل قرارداد ادغام است که شورا بنگاه‌های طرف آن را از ادامه عمل خود که مغایر با موازین رقابتی تشخیص داده است، باز می‌دارد، شاهد وضعیتی شبیه یا معادل فسخ خواهیم بود؛ یعنی شورا تا زمان توقف، ادغام را معتبر و واجد اثر دانسته ولی ادامه موجودیت آن را به دلیل مغایرت با اصول رقابتی جایز نمی‌شمرد. ممکن است قائل شویم که اصل توافق ادغام، مشمول حکم نیست بلکه قراردادهای منعقد شده با سایر بنگاه‌ها به جهات مختلف از نظر شاخص‌های حقوق رقابت بی‌اعتبار هستند؛ به تعبیر گویاتر، اقداماتی که در قالب اعمال دو یا چندجانبه بر عملکرد رقابتی بازار اثر سوء دارند، به موجب این فراز از ماده، فاقد مشروعیت رقابتی قلمداد می‌شوند. در بند ۳ نیز شورا اختیار دارد تا بنگاه حاصل از ادغام را که احتمالاً با سوءاستفاده از موقعیت مسلط و از طریق اعمال یک‌جانبه بازار رقابتی را مختل کرده، متوقف ساخته و دستور به عدم تکرار رویه‌های یادشده بدهد. همچنین مطابق بند ۹ ماده شورای رقابت می‌تواند به بنگاه حاصل از ادغام دستور دهد تا در یک عرصه یا قلمرو خاص به فعالیت نپردازد، بی‌آنکه متعرض اصل ادغام شود.

در قلمرو خاص مالکیت‌های فکری نیز شاهد ضمانت‌های اجرایی هستیم که به مدد شورای رقابت می‌آیند تا به پیکار ادغام‌های متضمن یا حول دارایی‌های فکری که مخل رقابت هستند، برود. بند یک ماده ۵۱ ق.ا.س.ک.ا. توقف فعالیت را پیش‌بینی کرده که یا قابل تفسیر به متوقف ساختن خود ادغام بوده یا ناظر به شرایطی است که بنگاه برآمده از ادغام با محور قرار دادن دارایی فکری خود، از طریق اقدامات یک‌جانبه غیر قراردادی و با سوءاستفاده از موقعیت مسلط،

۱. غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت‌های اجرایی مدنی آن، ج ۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۳، ص. ۴۶۱.

نظم رقابتی بازار را مختل ساخته است و توقف چنین اقداماتی از نظر شورا ضرورت دارد. شورای رقابت به استناد ادامه همین بند، واجد این صلاحیت است تا دارنده را به عدم اعمال حقوق انحصاری وادار نموده و با محدودسازی حقوق مالکیت فکری، وی را از اجرای همه یا بخشی از حقوق اعطایی بازدارد. بر این اساس شورا می‌تواند بازه حمایتی اختراعات متعلق به بنگاه ناشی از ادغام را از ۲۰ سال به مدت کمتری تقلیل دهد؛ راهکاری که نمونه مشابهی در سایر نظام‌ها ندارد. اگر دارنده حقوق مالکیت فکری در ضمن قراردادهای مرسوم در این عرصه، به شروط و تعهدات ضد رقابتی متوسل شود، بند ب ماده ۵۱ طرف قرارداد را از انجام تمام یا بخشی از شرایط و تعهدات مندرج در آن منع می‌کند. یعنی اینکه نهاد اجرایی متعرض اصل ادغام نمی‌شود و حفظ اعتبار آن را ارجح می‌انگارد ولی برخی تعهدات این بنگاه با سایر فعالان حوزه مالکیت فکری را به سبب ضد رقابتی بودن، لازم‌الاجرا نمی‌خواند. با این تمهید، تعهدات قراردادهایی که بنگاه حاصله از ادغام با سایر عاملان بازارهای مالکیت‌های فکری منعقد می‌سازد، فاقد مشروعیت انگاشته می‌شوند. یکی دیگر از ضمانت‌اجراهای مرتبط با توافقات عرصه مالکیت‌های فکری، ابطال قرارداد مزبور است که قبلاً در بند ۷ ماده ۶۱ ق.ا.س.ک.ا به آن اشاره شد.

۳-۴- امکان تعمیم ضمانت‌اجراها به دوره ارزیابی و انتظار

غلبه بر چالش فقدان سازوکاری صریح و مشخص برای استعلام و تعیین وضعیت ادغام‌ها و تعدیل رقابتی آن‌ها در دوره انتظار، شاید با تفسیر ماده ۴۹ ق.ا.س.ک.ا امکان‌پذیر باشد: با عنایت به آنکه قانون تعیین تکلیف وضعیت رقابتی ادغام مورد تقاضا را متعاقب استعلام مقرر کرده است، این طور به ذهن متبادر می‌شود که تعیین تکلیف باید به نتیجه‌ای منجر شود که به جواز یا منع ادغام منتهی می‌شود؛ اما آیا شورا مختار است تا راه میانه‌ای در پیش گیرد و صحت ادغام را منوط به تحقق امر معینی یا برعهده گرفتن التزاماتی خاص نماید؟ در قانون با منعی در این خصوص مواجه نیستیم و دست شورای رقابت برای اناطه اعتبار رقابتی ادغام به امور یادشده باز است. چنین راهکاری واجد این مزیت است که هم مسیر تحقق ادغام و ورود بنگاه به بازار را هموار می‌سازد که منافع آن نصیب فضای رقابتی و نوآوری می‌شود و درعین حال، مجال بروز رفتارهای ضد رقابتی را تنگ کرده و زمان و شرایط بیشتر و بهتری برای رقبا به منظور متوازن ساختن شرایط

رقابت تدارک می‌بیند. بی‌تردید چنین تفسیری به مصالح رقابتی و تکنولوژیک نزدیک‌تر است تا آنکه سکوت قانون را حمل بر عدم وجود چنین اختیاراتی نمایم.

از زاویه دیگر می‌توان با وحدت ملاک از ضمانت‌اجراهایی که قانون در صورت تشخیص محل رقابت بودن ادغام تجویز کرده است، در هنگام اعمال ماده ۴۹ ق.ا.س.ک.ا و بررسی وضعیت ادغام کمک گرفت و این تدابیر را به دوره انتظار و بازبینی پیشینی هم تسری داد. تعمق در هدف شورای رقابت که جلوگیری از گسترش رویه‌های محل رقابت است و همچنین ظرفیت موجود در مقررات، چنین رهیافتی را موجه می‌کند. به‌این ترتیب شورای رقابت قادر است تا برای مثال تأیید مشروعیت ادغام را در گرو ترک برخی رویه‌های ضد رقابتی یا حتی عدم اعمال حقوق انحصاری ناظر به مالکیت‌های فکری قرار دهد.

اما پرسش آن است که قلمرو آن تا کجاست و آیا دست شورای رقابت بر استخدام وسایلی خارج از چارچوب ترسیم‌شده قانونی نیز باز است؟ زیرا قابل‌انکار نیست که نشانی از برخی تدابیر که در حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا رایج هستند، در مقررات ایران نمی‌توان یافت؛ (از جمله سلب مالکیت یا واگذاری دارایی‌های فکری به ثالث و غیره). شاید بتوان اظهار داشت که باقی ماندن در چارچوب تنگ ضمانت‌اجراهای مقرر در مواد ۵۱ و ۶۱ ق.ا.س.ک.ا متکی به هیچ مصلحتی نبوده و باید از هر تمهید اصولی که بتواند در مسیر فائق آمدن بر دشواری‌های رقابتی کارساز باشد، استقبال کرد. در مقابل، این استدلال قابل‌طرح است که اگر ضمانت‌اجراهای قانونی را به مرحله پیش از تشکیل ادغام و دوره انتظار هم قابل‌تعمیم بدانیم، باید به موارد مصرح در قانون بسنده کنیم؛ چراکه وقتی حتی بعد از تشخیص ضد رقابتی بودن، حق سلب مالکیت دارایی‌های فکری شناسایی نشده است، به‌طریق‌اولی در مرحله تأیید پیشینی نیز نمی‌توان قائل بر وجود این اختیار برای شورای رقابت شد. بر این اساس شورای رقابت نمی‌تواند فراتر از مرزهایی که قانون مشخص کرده برود و تأیید ادغام را در گرو اقدامات یا التزاماتی قرار دهد که قابل‌تعمیم به حوزه ادغام‌ها نیستند و یا قانون اساساً ذکری از آن‌ها به میان نیاورده است. برای مثال ضمانت اجرای جرمی که در رویکردی انتقادآمیز منحصر به اعمال محل رقابت موضوع ماده ۴۵ ق.ا.س.ک.ا شده است را نمی‌توان در پذیرش مشروط ادغام‌ها به کار گرفت. همچنین اگرچه تجزیه و واگذاری سهام مقرر در بند ۶ ماده ۶۱ ق.ا.س.ک.ا تا حدودی شبیه به سلب مالکیت از یک بنگاه

هست ولی با توسل به قیاس، امکان توجیه واگذاری برخی شرکت‌ها به ثالث، به‌عنوان شرط تجویز مشروعیت رقابتی ادغام پیشنهادی وجود ندارد.

ظرفیت‌های ایجادشده توسط آیین‌نامه اجرایی نحوه تحقیق و بازرسی، رسیدگی به شکایات و اجرای آرای شورای رقابت نیز ناچیز است؛ برای مثال در ماده ۱۸ این آیین‌نامه تصریح شده «رسیدگی شورا در موارد سکوت در این آیین‌نامه، تابع قانون آیین دادرسی مدنی است». با این رویکرد به نظر می‌رسد در زمان تعلیق، شورا می‌تواند از دستور موقت استفاده و اعمالی را مقرر یا منع کند تا بیش از این بنگاه‌های درگیر ادغام نتوانند بر فضای رقابتی تأثیرات نامطلوبی بگذارند. ولی باید عنایت داشت که این دستورات منع یا الزام جنبه موقتی دارند و همانند ضمانت اجرای مقرر در سایر نظام‌ها، دائمی نیستند یا برای بازه زمانی قابل توجهی اثرگذاری خود را حفظ نمی‌کنند تا فضای بازار را به سمت تشدید رقابت و توسعه نوآوری سوق دهند. به‌علاوه نمی‌توان با استناد به این ماده آیین‌نامه، توسل به سایر ضمانت اجرای مسکوت در ق.ا.س.ک.ا را توجیه کرد؛ زیرا در قانون آیین دادرسی مدنی نیز به آن‌ها اشاره‌ای نشده است.

نتیجه‌گیری

گاه ادغام میان بنگاه‌ها سبب ایجاد یا افزایش قدرت بازاری ناشی از تلفیق یا انباشت دارایی‌های فکری می‌شود که مستلزم اعمال واکنشی درخور از طریق تجویز تدابیر مناسب پیشگیرانه است. ضمانت اجرای ساختاری و رفتاری ناظر به دوره انتظار و ارزیابی پیشینی ادغام‌ها دارای جایگاه مهمی در سیاست رقابتی و نوآوری هستند؛ چراکه در برقراری تعادل رقابتی در بازارهای نوآوری و فناوری و تضمین حقوق بنگاه‌ها و مصرف‌کنندگان نقش شایانی ایفا می‌کنند. به‌ویژه با واگذاری دارایی‌هایی فکری چه به‌صورت مستقل یا بخشی از بنگاه سلب مالکیت شده، رقبا نیز از فرصت به‌دست آمده سود جسته و با کاربست فناوری‌های واگذارشده و تولید محصولات یا ارائه خدمات مشابه، به‌عنوان یک رقیب کارآمد در کنار بنگاه برآمده از ادغام به تشدید رقابت مساعدت می‌کنند.

بازارهای فناوری دارای ویژگی‌های منحصربه‌فردی هستند که پویایی و تغییرات سریع از مهم‌ترین ویژگی‌های آن‌هاست، به همین خاطر لازم است تا برخوردی محاطانه‌تر و دقیق‌تر با

آن‌ها داشت. چون در این چارچوب، دغدغه حفظ رقابت به تنهایی تعیین کننده نیست و در ترسیم خط‌مشی مواجهه با ادغام‌ها، تداوم بخشی به جریان نوآوری نیز از اهمیت چشمگیری برخوردار است که این مهم بالطبع بر نحوه به کارگیری ضمانت اجراها اثرگذار است.

اگرچه هنوز با توجه به برخی دشواری‌های اجرایی و نظارتی تمهیدات رفتاری و ظرفیت گاه کم اثر این دست ضمانت اجراها به خصوص در ادغام‌های افقی پیشنهادی، در حوزه بازارهای فناوری نیز کماکان ضمانت اجراهای ساختاری شایع هستند، با وجود این نقد راهکارهای موجود و تغییر دیدگاه‌ها برای نیل به سطح کاراتری از ضمانت اجراها ضرورت دارد. از این روست که در پرتو توجه به ویژگی‌های بازارهای نوآوری و فناوری اخیراً نقش ضمانت اجراهای رفتاری در دوره انتظار برجسته تر شده است. هرچند کتمان پذیر نیست که در غالب موارد کاهش اساسی نگرانی‌های رقابتی مستلزم استخدام بسته‌ای متشکل از واگذاری‌ها و تعهدات رفتاری است که قادر به تسهیل جریان رقابت باشد؛ اما آنچه اهمیت افزون تری دارد این است که برای هر قضیه ضمانت اجرای متناسب با شرایط رقابتی بازار و اقتضانات فناوری و نوآوری اعمال شود؛ به نحوی که ادغامی که پس از این فرایند، مشروعیت رقابتی دریافت می‌کند، به توسعه نوآوری و تأمین رفاه مصرف کنندگان مساعدت کند.

متأسفانه در ق.ا.س.ک.ا سازوکاری برای اعتباربخشی به ادغام‌ها و ایجاد موازنه رقابتی در دوره انتظار مقرر نشده است. ناگفته هویداست که چنین فرایندی فارغ از آنکه نقش بسزایی در ممانعت از شکل‌گیری ادغام‌های محل رقابت ایفا می‌کند، وضعیت رقابتی ادغام را برای متقاضیان به خصوص در موارد مهم روشن ساخته و مانع از آن می‌شود تا شرکت‌ها با تزلزل و بیم از آنکه ادغام احتمالاً به لحاظ رقابتی فاقد مشروعیت خواهد شد، پا به عرصه بازار بگذارند؛ به این ترتیب از صرف هزینه‌های هنگفت معاملاتی و اقتصادی پس از اعلام احتمالی ضد رقابتی بودن ادغام می‌توان جلوگیری کرد. اگرچه با تفسیر حقوقی می‌توان بر اختیار شورای رقابت به تأیید ادغام‌ها و مشروط ساختن اعتبار رقابتی ادغام به پاره‌ای اقدامات یا التزامات ساختاری یا رفتاری صحه گذاشت، اما مقررات موجود سازوکار و چارچوب شفاف برای نظام‌مند ساختن فرایند تأیید پیشینی ادغام‌ها در دوره انتظار ترسیم نکرده‌اند تا به نحو شایسته‌ای حقوق فعالان بازار تضمین شده و پیش‌بینی پذیر شود.

در نظام کنونی ضمانت اجراهای ناظر به ادغام‌ها، نشانی از بسیاری از وسایل به‌ویژه واگذاری و سلب مالکیت قسمتی از بنگاه‌ها یا دارایی فکری دیده نمی‌شود که گویای فاصله رهیافت‌های حقوق ایران از دیدگاه‌های مدرن حقوق رقابت است که به سهم خود، در کنترل ادغام‌های متضمن مالکیت‌های فکری اثرگذار هستند. متأسفانه قانون‌گذار از فرصتی که اخیراً در آیین‌نامه اجرایی مهیا شد نیز بهره نگرفت تا با استفاده از ظرفیت‌های هرچند محدود سند پیش‌گفته، نواقص و کاستی‌ها را تا حد ممکن برطرف کند؛ درحالی که عدم تنوع ضمانت اجراها و ناکارآمد بودن آن‌ها، فرصت واکنش متناسب و قاطع را در زمان مناسب که هنوز بنگاه مولود ادغام فعالیت خود را آغاز نکرده است، از شورای رقابت سلب نموده است. افزون بر این، رویه موجود هزینه‌های زیادی را معطوف نظام ادغام‌ها کرده، فضای رقابتی را برای بنگاه‌های خواهان ادغام مشوش و مبهم می‌سازد و حقوق رقبا و بنگاه‌های مرتبط را متزلزل می‌کند که بی‌تردید بر روند تشدید رقابت، ارتقاء نوآوری و توسعه تکنولوژیک تأثیر منفی خواهد گذاشت. کاستی‌ها و خلأ موجود در موازین قانونی را نمی‌توان با تعمیم بی‌دلیل و غیراصولی اختیارات شورای رقابت جبران ساخت و نباید دست شورای رقابت را برای به‌کارگیری هر نوع ضمانت اجرایی که گاه خارج از حدود مصالح است، باز گذاشت. راه‌حل اما در اصلاح قانون و بهره‌گیری از تجربیات نظام‌های حقوقی پیشرو در این زمینه و تدارک یک نظام ارزیابی رقابتی شفاف و جامع برای ادغام‌ها در دوره انتظار است که هم به مطالبات رقابتی پاسخی درخور دهد و هم به تقویت بنیان‌های نوآوری از رهگذار ادغام مساعدت کند.

تفاوت‌های سطح اقتصادی و تکنولوژیک ایران با نظام‌های پیشرفته‌ای نظیر آمریکا و اتحادیه اروپا را باید در تحلیل موضوع مدنظر قرار داد. برای ایران که در مسیر ابتدایی پیشرفت تکنولوژیک و توسعه نوآوری‌ها قرار دارد، سخت‌گیری رقابتی نسبت به ادغام بنگاه‌های نوآور در دوره انتظار و در هنگام بررسی ابتدایی، به‌اندازه‌ای که سیاست رقابتی کشورهای پیشرفته اقتضا می‌کند، چندان به مصلحت نزدیک نیست؛ زیرا مانع از شکل‌گیری بنگاه‌های قدرتمند در این عرصه می‌شود؛ بنابراین داشتن انعطاف در این زمینه ضروری است. باوجود این اگر در حیطه خاصی امکان بروز رفتارهای محل رقابت از سوی بنگاه‌هایی که قصد ادغام با یکدیگر را دارند برود، شورای رقابت در مقابله و تعدیل جدی آن‌ها نباید مسامحه به خرج دهد.

منابع

فارسی

غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن، ج ۱، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳).

English Sources

-ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, American Bar Association, USA, ۲۰۰۷.

-Anderman, Steven, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press, UK, ۲۰۰۷

-Baer, William, *A Study of the Commission's Divestiture Process*, DIANE Publishing, USA, ۱۹۹۹.

-Bertelsen, Erik et al, *Competition Law in Denmark*, Kluwer Law International, Netherlands, ۲۰۱۱.

-Colino, Sandra, *Competition Law of the EU and UK*, OUP, UK, ۲۰۱۰.

-Colston, Catherine et al, *Modern Intellectual Property Law*, Routledge, UK, ۲۰۱۰.

-Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation, ۲۰۰۴; Available at: https://ec.europa.eu/competition/mergers/...remedies/remedies_notice_en.pdf Last visited: ۷/۱۲/۲۰۱۷

-Competition Directorate-General of the European Commission, "EU merger control and innovation", ۲۰۱۶; Available at: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/۲۰۱۶/۲۰۱۶_۰۰۱_en.pdf p. ۱-۷.

-DOJ, "Policy Guide to Merger Remedies", ۲۰۱۱; Available at: <https://www.justice.gov/atr/public/guidelines/۲۷۲۳۵۰.pdf> p. ۱-۳۹. Last visited: ۷/۱۲/۲۰۱۷

-European Commission, "Merger Remedies Study", ۲۰۰۵; Available at: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf p.۱-۲۳۳. Last visited: ۷/۱۲/۲۰۱۷

- FTC, "FTC Proposes to Study Merger Remedies", ۲۰۱۵; Available at: https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/۲۰۱۵/۰۱/۱۵۰۱hsrdivestiturefrn۱.pdf p.۱-۶. Last visited: ۷/۱۲/۲۰۱۷
- Geradin, Damien, *Remedies in Network Industries: EC Competition Law Vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia nv, UK, ۲۰۰۴
- Hoehn, Thomas & Lewis, Alex, "Interoperability Remedies and Innovation: A Review of Recent Case Law", ۲۰۱۲; Available at: [https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability% ۲۰remedies/۲۰and %20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf](https://workspace.imperial.ac.uk/business-school/Public/IP-Research-Centre/Interoperability%20remedies/۲۰and%20innovation-%20a%20review%20of%20recent%20case%20law.pdf) p.۱-۳۰. Last visited: ۷/۱۲/۲۰۱۷
- Hovenkamp, Herbert et al, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property*, Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, ۲۰۱۵.
- Hüschelrath, Kai, *Competition Policy Analysis: An Integrated Approach*, Springer Science & Business Media, Germany, ۲۰۰۸.
- Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, UK, ۲۰۰۸.
- Kokkoris, Ioannis, *Merger Control in Europe: The Gap in the ECMR and National Merger Legislations*, Routledge, UK, ۲۰۱۰.
- Lévêque, François & Shelanski, Howard, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, USA, ۲۰۰۳.
- Monti, Giorgio, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, UK, ۲۰۰۷.
- Moser, Michael & Yu, Fu, *Doing Business In China*, Juris Publishing, Inc., USA, ۲۰۱۴.
- Niels, Gunnar et al, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, UK, ۲۰۱۱.
- Proger, Phil et al, "Mergers of Competitors: Negotiating Remedies to Resolve U.S. Antitrust Concerns", ۲۰۱۶; Available at: <http://practice.findlaw.com/practice-guide/mergers-of-competitors-negotiating-remedies-to-resolve-u-s-anti.html#sthash.xqiXVVCN.dpuf> Last visited: ۷/۱۲/۲۰۱۷

- Ritter, Lennart & Braun, David, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Netherlands, ۲۰۰۵.
- Russo, Francesco et al, *European Commission Decisions on Competition: Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, Cambridge University Press, UK, ۲۰۱۰.
- Sher, Scott & Kemp, Kellie, "A Comparative Analysis of the Use of Merger Remedies in Technology Industries", ۲۰۱۴; Available at: <https://www.wsgr.com/publications/PDFSearch/sher-kemp-۱۲۱۴.pdf> p.۱-۱۱ Last visited: ۷/۱۲/۲۰۱۷
- Sher, Scott, "Non-structural Remedies in High-technology Markets", Clayton Act Newsletter, Vol. ۳, No. ۱, ۲۰۰۲, p. ۱۹-۲۷.
- Sturiale, Jennifer, "Compulsory Licensing of Intellectual Property As Merger Remedy: A Decision-Theoretic Approach", Louisiana Law Review, Vol. ۷۲, No. ۳, ۲۰۱۲, p. ۶۰۴-۶۴۶.
- Trattner, Marina, *Assessment of Anti-innovative Mergers in High Technology Markets*, Master Thesis, Lund University, Sweden, ۲۰۱۶.
- Verloop, Peter et al, *Merger Control in Europe: EU, Member States and Accession States*, Kluwer Law International, Netherlands, ۲۰۰۳.
- Weakley, Suzanne, *Intellectual Property in Business Transactions: ۲۰۱۶ Update*, CEB Publication, USA, ۲۰۱۶.
- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, UK, ۲۰۱۵.

