



دوره ۳، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ (پیاپی ۷)
صفحات ۱۳۱ تا ۱۴۷

بررسی ضمانت اجرای مالی در زمینه حقوق رقابت

غلامحسین الهام^۱، زهرا احمدی^{۲*}

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۲. دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۹/۲۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۳/۲۳)

چکیده

در حوزه حقوق رقابت، ضمانت‌اجراهای مالی از مهم‌ترین ضمانت‌اجراهایی است که قانونگذار در مورد رویه‌های ضد رقابتی در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی پیش‌بینی کرده است که شامل توقیف اموال، استرداد اضافه درآمد و جریمه نقدی می‌گردد. بررسی و تحلیل این ضمانت‌اجراها نشان می‌دهد که در مورد آن‌ها ابهامات و ایراداتی وجود داشته که مانع اجرای مؤثر آن بوده و رفع آن نیازمند اعمال اصلاحات توسط قانونگذار است. علاوه بر این، ارزیابی بازدارندگی جریمه نقدی از طریق مقایسه نحوه وضع آن در قانون مذکور با الگوی ارائه‌شده برای جریمه نقدی بهینه، حاکی از آن است که این ضمانت‌اجرا در بسیاری از موارد به دلیل عدم تناسب میان تخلف و ضمانت اجرا، فاقد اثر بازدارندگی لازم است. در این شرایط، برای تضمین رعایت بهتر مقررات حقوق رقابت، ضمانت‌اجرای حبس به‌عنوان مکمل بازدارنده پیشنهاد شده تا اقدامات نقض‌کننده را کنترل کرده و مانع تخلفات بیشتر گردد.

کلید واژگان

ضمانت اجرا، رویه‌های ضد رقابتی، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، نظریه بازدارندگی، انحصار

مقدمه

در حوزه اقتصاد، یکی از عناصر ضروری و اساسی در انجام دادن رفتارهای اقتصادی، رقابت فعالان این حوزه با یکدیگر است. حصول بازار رقابتی و بهره‌مندی از مزایای آن نظیر افزایش کارایی، تخصیص بهینه منابع و رفاه اقتصادی از جمله اهدافی است که دولت‌ها به دنبال آن هستند. به همین دلیل، ملاحظه می‌شود که اغلب کشورهای جهان اعمال سیاست‌هایی در جهت حمایت از رقابت و گسترش آن را در دستور کار خود قرار داده‌اند. یکی از مهم‌ترین ابزارهای سیاست رقابتی در جهت تقویت رقابت بازارها، قوانین رقابت است. بدین ترتیب، حقوق رقابت، قواعد و مقرراتی است که از آن دسته از اعمال و رفتار فعالان اقتصادی که قابلیت (بالفعل یا بالقوه) اخلال در رقابت را دارند، ممانعت می‌نماید. از این اعمال که توسط بسیاری از قانونگذاران به‌عنوان یک رفتار متخلفانه یا مجرمانه شناسایی شده‌اند، با عنوان «رویه‌های ضد رقابتی» یاد می‌شود.

در ایران نیز مقررات رقابت و رویه‌های ضد رقابتی برای نخستین بار در فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ پیش‌بینی گردید. این رویه‌ها متضمن ممنوعیت‌های جدیدی برای اشخاص در حوزه فعالیت اقتصادی است. یکی از مهم‌ترین مباحث در خصوص هر ممنوعیت در ارتباط با ضمانت‌اجراهایی است که در نتیجه عدم رعایت آن متوجه متخلفین می‌گردد. نگاه اجمالی به مقررات این قانون بیانگر آن است که قانونگذار ایران بنا به ملاحظات در خصوص رویه‌های ضد رقابتی، مداخله کیفری را ضروری ندانسته و با تخلف‌انگاری این رویه‌ها و وضع ضمانت‌اجراهای غیر کیفری، به دنبال مبارزه با این امر بوده است.^۱ از مهم‌ترین ضمانت‌اجراهای تعیین‌شده در این قانون ضمانت‌اجراهایی است که واجد خصیصه مالی است. یکی از سؤالات اساسی در مورد این ضمانت‌اجراها آن است که بدانیم آیا وضع آن‌ها به‌گونه‌ای است که نقض قواعد رقابت را فاقد توجیه اقتصادی کرده و در نتیجه، انگیزه ارتکاب آن را از متخلف بالقوه سلب کند یا خیر؟ به‌عبارت‌دیگر، آیا ضمانت‌اجراهای مذکور از قدرت بازدارندگی لازم برخوردارند؟ به همین منظور در این جستار، ابتدا به تبیین ضمانت‌اجراهای مالی رویه‌های ضد رقابتی و آشنایی با انواع آن پرداخته و سپس تلاش خواهیم نمود تا به ارزیابی این ضمانت‌اجراها از منظر نظریه بازدارندگی بپردازیم. به‌عبارت‌دیگر، می‌خواهیم بدانیم که اولاً، قانونگذار چه ضمانت‌اجراهای مالی را به رویه‌های ضد رقابتی اختصاص داده است؟ و ثانیاً، آیا این ضمانت‌اجراها از بازدارندگی کافی برخوردارند؟

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: سید حسین حسینی و زهرا احمدی (۱۳۹۵)، رویه‌های ضد رقابتی جرم یا تخلف (تبیین رویکردی نوین در سیستم کیفری ایران)، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، سال چهارم، شماره ۸.

بنابراین، مطالب طرح‌شده در این مقاله در قالب دو بخش ارائه می‌شود: الف. شناسایی ضمانت‌اجراهای مالی؛ ب. ارزیابی این ضمانت‌اجراها.

الف) شناسایی ضمانت‌اجراهای مالی

ضمانت‌اجرای مالی، عبارت است از اخذ مال، اعم از منقول یا غیرمنقول از متخلف. این ضمانت‌اجراها در واقع، تحدید اموال و دارایی‌های شخص متخلف است که امروزه، با توجه به شرایط اقتصادی حاکم بر جهان، به‌عنوان پاسخی مناسب در برابر تخلفات اقتصادی تلقی می‌شود (کاظمی، ۱۳۸۶: ۱۵۱). در واقع، علت مالی بودن ضمانت‌اجرا این است که معمولاً مرتکبین این تخلفات به دنبال سود و درآمد اقتصادی و امتیازات اجتماعی و اقتصادی هستند؛ لذا قانونگذار برای ارباب و بازدارندگی بهتر از آن‌ها استفاده می‌کند.

البته، در خصوص بازدارندگی این نوع ضمانت‌اجراها، از جمله جریمه نقدی، اتفاق نظر نیست. برخی نویسندگان، مانند وسپورد، این نوع ضمانت اجرا را برای مرتکبان جرم‌های اقتصادی، اساسی تلقی می‌کنند. برخی دیگر، مانند بریت ویت، آن را به دلیل اینکه در اغلب موارد رابطه اجتماعی را قطع نمی‌کند و اطرافیان و دوستان مرتکب نیز معمولاً از این نوع محکومیت بی‌اطلاع می‌مانند، فاقد اثر بازدارندگی می‌دانند. ساترلند نیز در سال ۱۹۴۰ از جنبه محرمانه و سری این نوع مجازات‌ها نسبت به مجرمان یقه‌سفید صحبت کرده است (ژان لوک بچر و نیکلا کلوز، ۱۳۸۶: ۱۴۴).

از میان ضمانت‌اجراهای مطرح‌شده برای رویه‌های ضد رقابتی، توقیف اموال و استرداد اضافه درآمد و جریمه نقدی، واجد خصیصه مالی می‌باشند که در ادامه به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱. توقیف اموال و استرداد اضافه درآمد

این ضمانت‌اجرا از منظر جرم‌شناسی و سیاست جنایی از اهمیت خاصی برخوردار است. توضیح آن که یکی از اهداف اصلی سیاست جنایی از میان برداشتن انگیزه ارتکاب جرم در بین مجرمان است. برای این منظور، قانونگذار به انگیزه ارتکاب توجه کرده و به دنبال آن است که در عمل مانع تحقق انگیزه مجرم شود. یکی از مهم‌ترین و مؤثرترین علل و انگیزه‌هایی که افراد را به طرف ارتکاب جرم سوق می‌دهد، تحصیل مال و کسب ثروت و درآمد است. این موضوع در ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی به‌وضوح قابل‌درک است. بدین ترتیب، یکی از سیاست‌هایی که قانونگذار برای جلوگیری از عملی شدن انگیزه افراد اتخاذ می‌کند، الزام مجرم به اعاده اموال حاصل از جرم و مصادره عواید آن است.

مطابق با بند هشتم ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، یکی از تصمیمات شورای رقابت عبارت است از: «دستور استرداد اضافه درآمد و یا توقیف اموالی که از

طریق ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون تحصیل شده است از طریق مراجع ذیصلاح قضائی.»

در خصوص این ضمانت‌اجرا نکاتی به ذهن متبادر می‌شود که مختصراً به آن‌ها خواهیم پرداخت:

یکم) در این بند، از دو اصطلاح «استرداد» و «توقیف» و به موازات آن دو اصطلاح دیگر یعنی «اضافه درآمد» و «اموالی که از طریق ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی تحصیل شده است»، نام برده شده است. اصطلاح «اموالی که از طریق ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی تحصیل شده است»، مترادف با مال حاصله از جرم مذکور در ماده ۲۱۴ قانون مجازات اسلامی و شامل هر مالی است که متخلف در اثر ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی از اشخاص دیگر تحصیل کرده است. به عبارت دیگر، منظور مقنن از مال حاصل از ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی، تنها مالی است که از ید بزه دیده خارج و در ید متخلف قرار گرفته است. این اموال اگر موجود باشند، عین آن و اگر موجود نباشند، مثل آن و در صورت عدم امکان رد مثل، قیمت آن به صاحبش رد می‌شود (ماده ۲۱۴ قانون مجازات اسلامی). بنابراین، قانونگذار در مورد اموال حاصل از جرم به‌عنوان یک قاعده کلی، در هر حال متهم را ملزم به استرداد آن‌ها به مالباخته می‌داند. منظور از اضافه درآمد که می‌توان آن را معادل با عواید ناشی از رویه‌های ضد رقابتی دانست، سودهایی است که در اثر ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی عاید شخص شده است. مشکلی که در مورد اضافه درآمد وجود دارد، مسئله ارزیابی و نحوه احتساب آن است. در ارزیابی اضافه درآمد باید میزان درآمد به‌دست‌آمده بدون ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی تخمین زده و پس از آن با میزان درآمد موجود در اثر ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی مقایسه و در نهایت میزان اضافه مشخص گردد.

برای درک بهتر دو مفهوم «استرداد» و «توقیف» مقدمتاً متذکر می‌شویم در قوانین و مقررات ایران، سه اصطلاح حقوقی وجود دارد که با وجود معنای نزدیک به هم کاملاً از هم جدا هستند: «استرداد اموال»، «مصادره اموال» و «توقیف اموال». استرداد اموال، ناظر بر استرداد و تحویل اموال به صاحبان قانونی آن‌ها است. مصادره یعنی گرفتن اموال، له دولت از محکوم‌علیه به‌وسیله یکی از صور قانونی (دلبیر، ۱۳۹۰: ۱۲۰) و توقیف اموال به معنای ممنوعیت از دخالت و تصرف در مال می‌باشد که در حقوق ایران از منظر کیفری نوعی مجازات تکمیلی، موضوع بند «ر» ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی و از منظر مدنی نوعی اقدامی تأمینی و احتیاطی است که به‌منظور تضمین اجرای حکم دادگاه و در ماده ۱۲۱ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مورد توجه قرار گرفته است.

دوم) با توجه به مفهومی که از اموال حاصله از ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی داده شد، به نظر می‌رسد توقیف این اموال چندان موجه نمی‌باشد؛ زیرا در مورد این اموال متخلف در واقع مالی را از چنگ بزه دیده خارج کرده است و به همین دلیل باید به صاحب‌مال مسترد نماید. چنین موردی

در حقیقت مصدق از ماده ۲۱۴ قانون مجازات اسلامی است؛ لذا شایسته بود قانونگذار به جای «توقیف»، اصطلاح «استرداد» را به کار می‌برد. البته ممکن است گفته شود در مورد این اموال قانونگذار به توقیف به عنوان اقدامی تأمینی اشاره کرده و نظرش این بوده که این اموال تا زمان استرداد آن به صاحبانش برای محافظت بهتر توقیف و سپس به صاحبان استرداد شود؛ اما این مسئله با دو مشکل مواجه است: اول اینکه، توقیف اموال مذکور در ماده ۱۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر است به توقیف اموال مدیون برای ادای دیون او، نه توقیف اموال شخص ثالث؛ دوم آنکه، در فرض پذیرش «قرار بودن» توقیف، دیگر نمی‌توان آن را ضمانت اجرا محسوب نمود.

سوم) در مورد اضافه درآمد، وضعیت متفاوت است. در این مورد، اگر بین تحصیل عواید و ایراد ضرر و زیان به زیان دیده رابطه وجود داشته باشد و به تعبیر دیگر، این اضافه درآمد در نتیجه اضرار به زیان دیدگان حاصل شده باشد، اضافه درآمد در قالب قواعد دعوی مسئولیت مدنی باید به زیان دیده مسترد شود. بنابراین، در این حالت، استرداد اضافه درآمد به زیان دیده ماهیتاً دارای جنبه جبران خسارت است. (ماده ۶۶) اما اگر این رابطه وجود نداشت یا اینکه زیان دیده یافت نشد یا اینکه زیان دیده از طرح دعوی خودداری کرد، استرداد به دولت صورت گرفته و مقررات مصادره اجرا می‌شود. بنابراین، در کاربرد اصطلاح «استرداد اضافه درآمد» نیز حداقل در مواردی که این استرداد به دولت صورت می‌گیرد، دقت کافی مشاهده نمی‌شود و بهتر بود از واژه «مصادره» استفاده می‌شد.

چهارم) جبران خسارت و استرداد اموال حاصل از جرم دو مقوله جداگانه است. استرداد اموال حاصله از جرم به مالباخته، ترمیم طبیعی و بازگشت عادی و مستقیم حق مورد تجاوز است؛ در حالی که جبران خسارت ترمیم غیرمستقیم و از طریق معادل است. لذا هر وقت که استرداد ممکن باشد، بدون درخواست مالباخته، رأساً حکم به رد اشیاء مزبور داده می‌شود. برعکس، در جبران خسارت، خسارت هنگامی پرداخت می‌شود که متضرر با رعایت تشریفات و در مواعد مقرر، دعوی خود را طرح و جبران زیان وارده را بخواهد. از طرفی استرداد، بر اساس حقی است که قبل از وقوع جرم وجود داشته و ناشی از حق مالکیت مالباخته است. بنابراین، جرم علت و سبب استرداد نیست؛ ولی خسارت، منشأ حقوقی خود را از جرم اخذ می‌نماید. (رودیجانی، ۱۳۸۹: ۴۳)

پنجم) به موجب عبارت پایانی بند هشتم «از طریق مراجع ذیصلاح قضایی» در مورد استرداد و مصادره اموال حاصل از برخی رویه‌های ضد رقابتی، از جمله احتکار و گران‌فروشی، به موجب «قانون شمول اجرای قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی در مورد ثروت‌های ناشی از احتکار و گران‌فروشی و قاچاق» مصوب ۱۳۶۸، رسیدگی در صلاحیت شعب خاصی از دادگاه انقلاب است که به دعوی مربوط به اصل ۴۹ قانون اساسی رسیدگی می‌کند، اما در مورد استرداد اضافه درآمد به زیان دیده، همان‌طور که بیان شد این دعوا ماهیتاً دارای جنبه جبران خسارت بوده و در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است.

۲. جرمه نقدی

عمده ضمانت‌اجراهای تعیین‌شده برای رویه‌های ضد رقابتی در قوانین اکثر کشورها مجازات نقدی است. در ایران نیز یکی از ضمانت‌اجراهای مندرج در ماده ۶۱ عبارت است از: «تعیین جریمه نقدی از ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یک میلیارد (۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال، در صورت نقض ممنوعیت‌های ماده (۴۵) این قانون.»

جریمه نقدی به محکوم امکان می‌دهد که در جامعه باقی بماند و فعالیت‌های عادی خود را ادامه دهد. بنابراین، منفعت این ضمانت اجرا برای وی آن است که سرمایه اجتماعی باقی‌مانده برای وی را حفظ خواهد کرد. نتیجه اینکه، استفاده بی‌حد و حصر از جزای نقدی آن را از ذات خود تهی و مرتکبان آن را مالیات نقض قانون تلقی خواهند کرد. (ژان لوک بچر و نیکلا کلوز، همان: ۱۴۵)

از جمله مهم‌ترین مزایای جریمه نقدی آن است که اجرا و تصمیم‌گیری در مورد آن‌ها کم‌هزینه و آسان است و درآمدی نیز برای دولت در پی دارد. علاوه بر این، کیفرها مانند زندان فساد آور نیستند و قدرت ارجاع انگیز خود را علی‌رغم تکرار آن‌ها حفظ می‌کنند. حال آنکه، قدرت ارجاع انگیز زندان فوری تضعیف می‌شود. (برنارد بولک، ۱۳۷۷: ۶۸)

در مورد جریمه نقدی مقرر در بند ۱۲ ماده ۶۱ چند نکته قابل توجه می‌باشد:

یکم) جریمه نقدی مذکور در بند فوق تنها اختصاص به رویه‌های ضد رقابتی مذکور در ماده ۴۵ پیدا کرده است. معلوم نیست علت این کار قانونگذار چه بوده است؛ زیرا ما می‌دانیم رویه‌های ضد رقابتی مذکور در ماده ۴۴ (توافقات ضد رقابتی) و ۴۶ تا ۴۸ (تملک و ادغام و مدیریت هم‌زمان) نیز از موارد شایع نقض رقابت بوده و حتی در برخی موارد ممکن است آثار شدیدتری بر رقابت در بازار داشته باشند. در ویرایش نخست و نهایی لایحه تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات تهیه‌شده در وزارت بازرگانی، برای کلیه رویه‌های ضد رقابتی جریمه نقدی پیش‌بینی شده بود. قید "در صورت نقض ممنوعیت‌های ماده ۴۵ این قانون" به انتهای بند ۱۲ در فرایند بررسی لایحه در مجلس شورای اسلامی صورت گرفته است. دلایل پیشنهاد این تغییر این بود که: «در ماده ۵ این لایحه به برخی از رویه‌های ضد رقابتی اشاره شده که در لایحه مجازاتی برای آن‌ها تعیین نشده است. هدف از تدوین بند ۱۲ این بوده که برای ضمانت‌اجرای ماده ۵ این لایحه یک مرجع اداری، اختیار جریمه داشته باشد. در واقع با توجه به این که بند ۱۲ ضمانت‌اجرای ماده ۵ این لایحه است، پیشنهاد می‌شود بند ۱۲ به شرح مذکور اصلاح شود» (دفتر مطالعات اقتصادی حقوقی مجلس، ۱۳۸۵: ۳۶). دلیل مزبور از دو جهت قابل خدشه و انتقاد است؛ اولاً: در مورد اعمال مزبور در ماده ۴۵، ضمانت‌اجراهای موضوع بندهای ۱، ۲، ۳، ۴ و ۸ تا ۱۱ نیز قابل اعمال می‌باشد؛ ثانیاً: حتی اگر رویه‌های مذکور در ماده ۴۵ را فاقد ضمانت‌اجرا بدانیم، باز هم دلیلی وجود ندارد که جریمه نقدی را

در مورد سایر رویه‌های ضد رقابتی اعمال ننماییم. بنابراین، این بند از این منظر که تنها برای ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی ماده ۴۵ جریمه نقدی تعیین نموده است، قابل انتقاد می‌باشد. دوم) در تعیین میزان جزای نقدی از سیاست‌های گوناگونی استفاده می‌شود؛ اما به‌طور کلی میزان جزای نقدی یا ثابت است و یا نسبی. جزای نقدی ثابت، جریمه‌ای است که قانونگذار بدون محاسبه نفعی که از جرم عاید مجرم شده یا زبانی که در اثر ارتکاب جرم به دیگران وارد شده، مقرر می‌کند. این جریمه ممکن است دارای حداقل و حداکثر باشد. مقصود از جزای نقدی نسبی، مقدار پولی است که میزان آن برحسب مورد بر اساس معیار خاصی که در قانون مصرح است، محاسبه می‌شود؛ لذا جزای نقدی نسبی، قابلیت انعطاف بیشتری دارد و به عدالت و انصاف نزدیک‌تر خواهند بود. با دقت در بند دوازدهم درمی‌یابیم که در مورد رویه‌های ضد رقابتی، جزای نقدی ثابت با شیوه تعیین میزان حداقل و حداکثر برگزیده شده است. این شیوه مصون از انتقاد نیست و بهتر بود در مورد رویه‌های ضد رقابتی با توجه به این که ممکن است میزان اخلاف در رقابت و سودی که بنگاه‌ها در نتیجه فعالیت‌های ضد رقابتی به دست می‌آورند بسیار متفاوت باشد، شیوه جزای نقدی نسبی انتخاب می‌شد. بنابراین بند ۱۲ ماده ۶۱ از این جهت نیز مورد انتقاد است.

سوم) با گذشت زمان، با توجه به تورم و کاهش ارزش پول در جامعه، میزان جزای نقدی بی‌ارزش و ناچیز می‌گردد و در این صورت، جنبه بازدارندگی خود را از دست می‌دهد. به همین جهت قانونگذار به منظور روزآمد نمودن این ضمانت‌اجرا و حفظ جنبه بازدارندگی آن در ماده ۸۴ مقرر نموده: «مبالغ جزای نقدی مندرج در این فصل هر سه سال یک بار متناسب با رشد شاخص بهای کالاها و خدمات مصرفی که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به طور رسمی اعلام می‌شود، با پیشنهاد شورای رقابت و تصویب هیأت وزیران تعدیل می‌شود».

چهارم) مطابق با قسمت انتهایی ماده ۶۱ باید آیین‌نامه‌ای مربوط به تعیین میزان جزای نقدی متناسب با عمل ارتكابی به پیشنهاد مشترک وزارتخانه‌های امور اقتصادی و دارایی، بازرگانی و دادگستری تهیه شود و به تصویب هیئت وزیران برسد. این آیین‌نامه در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۱۱ تهیه شد، اما آیین‌نامه دیگری مصوب ۱۳۸۹/۱۱/۱۰ جایگزین آن شده و آیین‌نامه اخیر در حال حاضر ملاک عمل می‌باشد. به موجب ماده ۳ این آیین‌نامه: «میزان جریمه نقدی متناسب با عمل ارتكابی توسط شورای رقابت بر مبنای عواملی نظیر اهمیت کمی و کیفی عمل ضد رقابت، میزان تأثیر منفی آن بر بازار، تعدد و تکرار عمل ارتكابی و زمان و مکان ارتكاب، به ترتیب بندهای ماده ۴۵ به شرح زیر تعیین می‌شود:».

پنجم) ماهیت جریمه نقدی در این قانون غیر کیفری بوده و در زمره جریمه‌های مالی قرار می‌گیرد؛ زیرا اولاً، خود قانون تصریح به اصطلاح «جریمه نقدی» کرده است؛ ثانیاً، این جریمه توسط شورای رقابت که نهادی غیر قضایی بوده تعیین می‌گردد و ثالثاً، به موجب ماده ۷۰ «تصمیمات

قطعی شورای رقابت یا هیأت تجدیدنظر حسب مورد توسط واحد اجرای احکام مدنی دادگستری اجرا می‌شود». بنابراین، ماهیت آن نمی‌تواند جزایی باشد. از این جهت، قواعد مربوط به جزای نقدی درباره آن اعمال نمی‌شود؛ از جمله این که «...مشمول قاعده عدم جمع واقع نمی‌گردد، قابل تعلیق نمی‌باشد و...» (صلاحی، ۱۳۸۶: ۱۶۱ و ۱۶۲)؛ باین وجود، اجرای آن توسط واحد اجرای احکام مدنی بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و سایر قوانین مربوطه خواهد بود.

ب) ارزیابی ضمانت‌اجراها

در طول تاریخ، همواره رویکردهای مختلفی نسبت به ضمانت‌اجراها وجود داشته و در هر دوره به تبع تحولات علمی، سیاسی و فرهنگی، کارکرد خاصی از آن مورد توجه قرار گرفته است. به‌طور کلی، دو تفکر را در زمینه اهداف ضمانت‌اجراها می‌توان از یکدیگر متمایز کرد:

تفکری که آن را با گذشته مرتبط می‌داند و تفکری که آن را با نگاه به آینده اعمال می‌کند. این دو اندیشه را به ترتیب، پیامد گرا و غیرپیامدگرا می‌نامند. به موازات این تفکیک، کارکردهای ضمانت‌اجرا نیز به دو دسته تقسیم می‌شود: اخلاقی و فایده‌گرایانه. کارکرد اخلاقی، سزادهی و تحقق عدالت است. کارکردهای فایده‌گرایانه مختلف بوده و شامل مواردی مانند ارباب، اصلاح، سلب توان و ارضای بزه دیده می‌شود (محمودی جانکی و آقایی، ۱۳۸۷: ۳۳۹-۳۶۱). بازدارندگی به‌عنوان یکی از کهن‌ترین اهداف ضمانت‌اجرا که در چهارچوب کارکرد فایده‌گرایانه تکوین یافته، از جمله رسالت‌هایی است که همواره مدنظر قانونگذاران بوده است. سیاست اصلی بازدارندگی، تهدید به مجازات یا اجرای آن برای کاهش انگیزه جرم است؛ یعنی استفاده از مجازات به‌عنوان بازدارنده‌ای که از یک‌سو، مانع تکرار جرم از سوی مجرم شده و از سوی دیگر، انگیزه دیگران را برای ارتکاب همان جرم کاهش دهد.

یکی از مهم‌ترین و مؤثرترین علل و انگیزه‌هایی که افراد را به‌طرف ارتکاب جرم سوق می‌دهد، تحصیل مال و کسب ثروت و درآمد است. این موضوع در ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی به‌وضوح قابل‌درک است. بر مبنای نظریه نفع طلبی بن‌تام و تحلیل اقتصادی از جرم، چون بسیاری از مجرمین قبل از ارتکاب جرم، سود و زیان احتمالی آن را مدنظر قرار می‌دهند؛ ضمانت‌اجراها در صورتی می‌توانند در پیشگیری از وقوع جرم مؤثر واقع شوند که در نظر مرتکبین ضرر ارتکاب جرم همواره بیشتر از منافع آن باشد. با توجه به توضیحاتی که در مورد توقیف اموال و استرداد اضافه درآمد بیان شد، می‌توان گفت این ضمانت‌اجرا در موازنه بین سود و زیان و سنگینی طرف زیان چندان تأثیرگذار نمی‌باشد؛ زیرا به‌موجب این ضمانت‌اجرا، متخلف تنها آنچه در نتیجه ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی کسب کرده در صورت دستگیری از دست خواهد داد، نه چیز بیشتر. بنابراین،

ماهیت آن‌ها به‌گونه‌ای نیست که زیانی را متوجه اموال و دارایی‌های مرتکب نماید. در مورد جریمه نقدی نیز در برخی موارد، بازدارندگی به دلیل عدم تناسب میان تخلف و ضمانت‌اجرا حاصل نمی‌شود. این امر که در حقوق کیفری از آن به تناسب میان جرم و مجازات تعبیر می‌شود، یکی از اصول حاکم بر مجازات‌ها است؛ یعنی قانونگذار در جرم‌انگاری عمل و یا تشدید مجازات، باید متناسب‌ترین واکنش‌ها را در مقابل جرم پیش‌بینی کند تا در زمان اجرا و در عمل بیشترین اثر و بازدارندگی را داشته باشد. تناسب میان تخلف و ضمانت‌اجرا به دو صورت است: تناسب عرضی و تناسب طولی. تناسب عرضی، رعایت تناسب بین جرم‌های مختلف با ضررهای مشابه است و رعایت تناسب طولی، به معنای ایجاد تناسب بین ضمانت‌اجرای مربوط به درجات مختلف یک تخلف خاص، با تعیین حداقل و حداکثر در قانون می‌باشد. در مورد جریمه نقدی گرچه قانونگذار با تعیین حداقل و حداکثر سعی در رعایت تناسب طولی را داشته، ولی در مورد این ضمانت‌اجرا رعایت تناسب عرضی در برخی موارد ناممکن است. در این قسمت بر آنیم که بازدارندگی ضمانت‌اجرای جریمه نقدی را که معمولاً در نظریه بازدارندگی بسیار مورد اقبال قرار می‌گیرد، با تفصیل بیشتر بررسی نماییم. از آنجاکه بررسی تأثیر بازدارندگی جریمه نقدی در حوزه رویه‌های ضد رقابتی، نیازمند تبیین نظریه بازدارندگی است، در ادامه مقدماً به بررسی مختصر این نظریه پرداخته و سپس جریمه نقدی را از نقطه نظر آن مورد مذاقه قرار می‌دهیم.

۱. نظریه بازدارندگی

بازدارندگی یک راهبرد اجبار محور است و اجبار یعنی به‌کارگیری بالقوه یا بالفعل زور برای اعمال نفوذ برکنش یک کارگزار مخیر (لارنس فریدمن، ۱۳۸۶: ۵۱). در مفهوم وسیع، بازدارندگی جنایی مربوط به اصل پیشگیری از جرم است؛ یعنی هر نوع ابزاری که برای پیشگیری از جرم عمل کند. اما در معنای مضیق، بازدارندگی تنها در صورتی به پیشگیری از ارتکاب جرم اشاره دارد که از طریق تهدید افراد نسبت به عواقب ناخوشایند ارتکاب جرم (بازداشت، محاکمه، محکومیت و مجازات) حاصل شود (نجفی ابرنآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۷۷: ۱۳۱). در این بحث، مراد از بازدارندگی همین معنای مضیق آن است.

جرمی بنتام و سزار بکاریا از نخستین نظریه‌پردازانی هستند که در خصوص هدف تعیین کیفر به بازدارندگی اشاره کرده‌اند. از نظر بنتام هر فرد قبل از ارتکاب جرم قاعداً حساب سود و زیان حاصل از جرم را محاسبه می‌کند. کفّه هر کدام که سنگین‌تر باشد، آن را انتخاب خواهد کرد (ژان پرادل، ۱۳۷۳: ۶۱). هر چند این نظریات به اواخر قرن ۱۸ بازمی‌گردد، با این وجود، تجدید حیات تئوری ارباب و بازدارندگی را بار دیگر در دهه ۱۹۶۰ می‌توان دید. در این دوره و بعد از آن، رویکرد نوینی از تئوری بازدارندگی مجازات‌ها عرضه شده است؛ رویکردی که از مدل اقتصادی متأثر شده و تحت عنوان

«مدل بازدارندگی / انتخاب عقلانی» برای مطالعه رفتار مجرمانه شناخته شده است. این مدل اساساً از «مدل سود مورد انتظار» در اقتصاد گرفته شده است. هم نظریه بازدارندگی و هم آموزه اقتصادی از روش منفعت‌گرایانه مشابهی جهت ارائه مدل فکری خویش استفاده می‌کنند. مدل بازدارندگی / انتخاب عقلانی، ترکیبی از دو قضیه دکترین اقتصادی و بازدارندگی است. قضیه اول آن است که ترس از مجازات قانونی موجب بازدارندگی ارتکاب عمل مجرمانه است (نظریه بازدارندگی) و قضیه دوم آن است که مجرمان به نحو عقلایی به بررسی نفع و ضرر حاصل از ارتکاب عمل مجرمانه می‌پردازند (تئوری اقتصادی). با ترکیب این دو قضیه، ارتکاب عمل مجرمانه به‌عنوان یک رفتار عقلانی به این ترتیب قابل تفسیر است که مرتکب جرم به بررسی و ارزیابی منفعت دو فعل مجرمانه و غیر مجرمانه پرداخته و یکی از آنها را که از لحاظ اقتصادی بیشترین نفع را برای وی داشته، برگزیده است (غلامی، ۱۳۸۲: ۱۱۷).

۲. بررسی بازدارندگی جرمه نقدی

از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق، جرمه نقدی از دو جهت بر مجازات حبس ترجیح دارد: نخست، این که این مجازات در مقایسه با مجازات حبس، بار مالی چندانی ندارد؛ بنابراین، دولت دیگر نیازی ندارد که منابع مالی خود را برای آن هزینه نماید. ثانیاً، هزینه‌های اجرای این ضمانت‌اجرا در مقایسه با هزینه‌های اجرایی حبس بسیار کم است (Miceli, 2004: 290).

یکی از مسائلی که در مورد جرمه نقدی مطرح می‌شود، تبیین الگویی مناسب برای تعیین میزان و تحقق هدف بازدارندگی آن می‌باشد. البته، تلاش برای ضابطه‌مند کردن میزان جرمه نقدی و تعیین سطح بهینه آن موضوع جدیدی نبوده، بلکه مورد توجه بسیاری از اندیشمندان اقتصادی قرار گرفته است.

یکی از الگوهای ارائه شده برای محاسبه میزان جرمه نقدی، محاسبه آن بر اساس خسارت ناشی از جرم می‌باشد. این مدل، توسط گری بکر مطرح شده است. او بر این نکته تأکید نمود که جرم یا تخلف یک فعالیت اقتصادی یا صنعت مهم است. به اعتقاد او برخی افراد به این دلیل مرتکب جرم می‌شوند که عواید مادی و غیرمادی جرم نسبت به فعالیت‌های قانونی با در نظر گرفتن احتمال دستگیری و مجازات بیشتر است. وی قالبی را طراحی نمود که در آن، یک فرد عقلانی با مقایسه عواید مورد انتظار ناشی از جرم نسبت به عواید فرصت‌های کاری قانونی، به ارتکاب تخلف می‌پردازد. مطابق با دیدگاه او میزان جرمه نقدی برای یک جرم باید اندکی بیش از میزان هزینه‌های اجتماعی ناشی از آن باشد. البته، این هزینه‌ها محدود به هزینه‌های مادی و مالی نبوده و هزینه‌های غیرمادی را نیز در برمی‌گیرد. این رویکرد تحت عنوان رویکرد «خسارت‌محور» یا «درونی سازی» نام برده می‌شود. (صبوری پور، ۱۳۹۲: ۸۹)

از آنجاکه در برخی از وضعیت‌ها تعیین جریمه نقدی بر اساس میزان هزینه‌ها کارایی لازم را نداشته و چه‌بسا محرکی برای ارتکاب جرایم بعدی گردد، الگوهای دیگری برای محاسبه تعیین جریمه نقدی مطرح شده است. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، مدل ارائه شده توسط ریچارد پوزنر، یکی از متفکران اقتصاد و حقوق است. از نظر او برای تعیین مجازات بهینه باید سطح مجازات را تا حدی بالا برد که هیچ‌کس نتواند از ارتکاب جرم سود برد. به این ترتیب، اگر منفعت حاصل از جرم برای بزه‌کار بیش از خسارت ناشی از جرم برای جامعه باشد، شدت مجازات باید بیش از آن منفعت باشد؛ به نحوی که بازدارندگی کامل از جرم تحقق یابد. بنابراین، طبق این دیدگاه مبنای تعیین جریمه نقدی، سود مجرمانه می‌باشد. این دیدگاه تحت عنوان بازدارندگی کامل یا حذف بهره جرم شناخته می‌شود (همان: ۹۱).

البته از نگرش اقتصادی، برای تعیین مجازات بهینه جریمه نقدی لازم است متغیر دیگری یعنی احتمال دستگیری نیز در نظر گرفته شود. به عبارت دیگر، برای عمل، مطابق هر یک از این الگوها ابتدا لازم است، میزان قطعیت واقعی ضمانت اجرای مذکور تعیین شود. باید مشخص شود که نسبت افرادی که برای ارتکاب تخلفی خاص محکوم می‌شوند، در مقایسه با کل مرتکبان چگونه است. پس از تعیین قطعیت، میزان جریمه نقدی بر اساس منفعت بزه‌کار یا هزینه‌های اجتماعی جرم معین می‌گردد. برای مثال، اگر میزان جریمه نقدی بر اساس منافع حاصل از جرم و به میزان دو برابر آن مقرر شده باشد، چنین ضمانت‌اجرائی تنها در صورتی بازدارندگی دارد که قطعیت آن بیش از ۵۰ درصد باشد؛ یعنی از هر دو مرتکب یک نفر به مرحله اجرای مجازات برسد. اگر قطعیت مجازات کمتر از این باشد، میزان مجازات مورد انتظار مرتکب کمتر از منافع حاصل از جرم برای وی خواهد شد و در نتیجه، کارکرد بازدارنده مجازات منتفی می‌گردد. اگر بخواهیم فرمولی برای این محاسبه هزینه جرم ارائه دهیم عبارت است از:

مجازات مورد انتظار = ضریب مجازات قانونی × منافع حاصل از جرم × قطعیت اجرای مجازات

بر اساس این فرمول، برای بازدارندگی جریمه نقدی لازم است ضریب مجازات قانونی به اندازه‌ای باشد که میزان مجازات مورد انتظار بیش از منافع حاصل از آن درآید. بنابراین، به عنوان مثال، اگر قطعیت مجازات ۲۰ درصد برآورد شود، جریمه نقدی باید حداقل به میزان ۵ برابر منافع حاصل از جرم تعیین شود تا از بازدارندگی کامل برخوردار گردد.

پس از بیان این توضیحات به بحث اصلی خود یعنی میزان جریمه نقدی بهینه برای رویه‌های ضد رقابتی می‌پردازیم. همان‌طور که بیان شد این کار ممکن است بر دو مبنای صورت گیرد: ۱. خسارت‌های ناشی از رویه‌های ضد رقابتی؛ ۲. منافع حاصل از رویه‌های ضد رقابتی.

در ارزیابی میزان خسارات ناشی از رویه‌های ضد رقابتی دشواری‌هایی فراروی دست‌اندرکاران قرار دارد. به‌طور مثال، خسارات ناشی از این اعمال در بسیاری موارد میان انبوه مصرف‌کنندگان توزیع شده و این امر برآورد کل زیان وارده را در عمل ناممکن می‌گرداند. هم‌چنین، برای ارزیابی خسارات ناشی از رویه‌های ضد رقابتی معمولاً سایر عوامل تأثیرگذار بر این خسارات باید ثابت فرض شوند؛ درحالی‌که در جهان واقعی تقریباً هیچ‌گاه این‌گونه نیست، بلکه بازار همانند سایر پدیده‌های اجتماعی پیوسته در حال دگرگونی است و در نتیجه عوامل شناخته‌شده و حتی ناشناخته متعددی دست‌خوش تغییر می‌شوند، یا این‌که این احتمال وجود دارد که در طول یک دوره زمانی چند عمل ضد رقابتی از سوی چند بنگاه در بازاری معین ارتکاب یابد؛ در این صورت تفکیک خسارات ناشی از هر عمل بسیار دشوار می‌باشد. علاوه بر این، در سنجش میزان خسارات باید زیان وارده به رفاه اجتماعی را نیز لحاظ نماییم. برای مثال، در نتیجه افزایش قیمت محصول ناشی از توافقی ضد رقابتی، برخی مصرف‌کنندگان از خرید محصول منصرف و از مطلوبیت آن محروم می‌شوند؛ هم‌چنین، برخی دیگر نیز که محصول را خریداری کرده‌اند از خرید حجم بیشتری از محصول بازداشته شده‌اند؛ درحالی‌که اگر قیمت محصول در حال رقابتی قرار می‌داشت، هم مصرف‌کنندگان گروه اول می‌توانستند محصول را خریداری کنند و هم دسته دوم به مقدار زیادتری از آن را می‌خریدند. به‌علاوه، عرضه‌کنندگان نیز از سود ناشی از فروش ناشی از حجم بیشتر محصول محروم شده‌اند. به مجموع این زیان‌ها، رفاه از دست‌رفته اطلاق می‌شود که در نتیجه کاهش کمیّت مصرف محصول به بار می‌آید. نحوه احراز و احتساب این زیان که متوجه رفاه عمومی است، امری مشکل و دشوار می‌باشد (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳: ۴۹۳-۴۹۸).

البته، اقتصاددانان در این زمینه سعی داشته‌اند تا با استفاده از روش‌های علمی خود هزینه‌های اجتماعی انحصار را محاسبه نمایند. با این وجود، آنان نیز راجع به روش اندازه‌گیری هزینه‌های اجتماعی انحصار اتفاق نظر ندارند و هر یک روش خاص خود را در کارهای تجربی به کار می‌گیرند. به‌علاوه، فقدان داده‌ها در این زمینه موجب شده تا هر یک از اقتصاددانان در کارهای تجربی برای تخمین هزینه‌های اجتماعی انحصار، فروض متفاوتی را به کارگیرند که نتیجه آن تفاوت فاحش نتایج آن‌ها می‌باشد. برای مثال، یافته‌های هاربرگر به دلیل روش خاص و فروض معین که در محاسبه هزینه‌های اجتماعی به کار گرفت، با یافته‌های کامرشن بسیار متفاوت می‌باشد. همین امر موجب شده تا خود آنان نیز اقرار به مشکل بودن محاسبه این امر نمایند (خداداد کاشی، ۱۳۸۰: ۸۶).

همین دشواری‌ها و عدم قطعیت در تعیین میزان خسارات وارد شده و هزینه‌بر بودن این کار موجب گردیده در تحقیقاتی که به‌طور خاص برای تعیین سطح بهینه این ضمانت‌اجرا در مورد

رویه‌های ضد رقابتی از جمله کارتل صورت گرفته، جریمه نقدی بهینه بر مبنای منافع حاصل از رویه‌های ضد رقابتی معین گردد.^۱

پیش از این اشاره شد که در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در مورد رویه‌های ضد رقابتی جریمه نقدی ثابت با شیوه تعیین میزان حداقل و حداکثر برگزیده شده است (از ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یک میلیارد (۱,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال). جریمه نقدی ثابت، جریمه‌ای است که قانونگذار بدون محاسبه نفعی که از جرم عاید مجرم شده یا زیانی که در اثر ارتکاب جرم به دیگران وارد شده، مقرر می‌کند. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این شیوه تعیین جریمه نقدی با هیچ‌یک از الگوهای طراحی شده برای جریمه نقدی بهینه منطبق نیست. به عبارت دیگر، در تعیین آن به هیچ‌یک از عناصر میزان خسارت یا منافع حاصله و احتمال دستگیری توجهی نشده است. لذا ضمانت اجرای موصوف در بسیاری از موارد واجد آثار بازدارندگی لازم در ارتباط با ارتکاب تخلفات بعدی نیست.

مطابق با تحقیقات صورت گرفته در سایر کشورها، تعیین جریمه نقدی بهینه در مورد رویه‌های ضد رقابتی در بسیاری از موارد به دو دلیل منجر به افزایش غیرمعارف و نامعقول میزان آن می‌شود: اول آنکه، این رویه‌ها غالباً متضمن منافع فراوانی هستند؛ دوم آنکه، به دلیل پایین بودن احتمال دستگیری، اجرای مجازات از قطعیت کافی برخوردار نیست. برای مثال، در اروپا ساختار جریمه نقدی برای رویه ضد رقابتی به صورت خطی تابعی است از شدت تخلف، میزان تأثیر بر بازار، اندازه بازار جغرافیایی مرتبط و دوره وقوع تخلف. با این وجود، تحقیقات صورت گرفته در این زمینه نشان داده‌اند که ساختار کنونی جریمه نقدی به دلیل عدم توجه به احتمال دستگیری، از بازدارندگی لازم برخوردار نمی‌باشد (Connor, John M, 2006:195-223) برای مثال، در یک بررسی در خصوص جریمه‌های مالی کارتل‌ها در اروپا، با فرض ۲۵ درصد اضافه قیمت، در یک دوره پنج‌ساله یک نرخ استهلاک ۳۰ درصد سالیانه و بخشش کامل جریمه در صورت همکاری، نشان داده شده است که برای بهینگی جریمه احتمال محکومیت باید فراتر از ۸۳ درصد باشد؛ امری که هرگز با واقعیت‌های موجود منطبق نیست (Schinkel, Maarten Pieter, 2007:539-572).

نتایج تحقیقات به عمل آمده برای ترسیم جریمه نقدی بهینه بیانگر آن است که با فرض ۱۰ درصد اضافه قیمت، در یک دوره پنج‌ساله، ۵ درصد به سود سالیانه بنگاه‌ها اضافه می‌شود. در این

۱. از جمله نک: مهدی فیضی، الگوی مجازات بهینه کارتل‌ها با در نظر گرفتن پیشینه جرم، دوفصلنامه دانشنامه حقوق

اقتصادی، سال بیستم، شماره ۳، ۱۳۹۲. همچنین:

-William M. Landest, Optimal Sanctions for Antitrust Violations, The University of Chicago Law Review, Vol. 50, No. 2, 1983, pp. 652-678.

-Paolo Buccirossi and Giancarlo Spagnolo, Optimal Fine in the Era of Whistleblower: Shoud Price Fixers Still Go To Prison?, in Vivek Ghosal, Johan Stennek (ed.) The Political Economy of Antitrust (Contributions to Economic Analysis), Volume 282, 2007, Emerald Group Publishing Limited, pp.81 - 122

بررسی احتمال دستگیری و مجازات متخلفین ۱۶ درصد فرض شده است. در این صورت جریمه مالی در صورتی بازدارنده است که برابر باشد با ۱۵۰ درصد درآمد سالیانه بنگاه در مورد محصولات مرتبط با تخلفات (W.P.J. Wils, 2001). اما، افزایش جریمه نقدی به این میزان، به دلایل مختلف غیرممکن یا غیرقابل پذیرش خواهد بود. از جمله این که چنین سطح بالایی از جریمه نقدی معمولاً خارج از توان متخلفین برای پرداخت است، حتی با فروش دارایی‌های بنگاه نیز در این موارد، نمی‌توان چنین جریمه‌ای را پرداخت نمود. در این صورت، نه تنها بازدارنده نخواهد بود، بلکه ممکن است آثار سوئی نیز به دنبال داشته باشد. برای مثال، اگر چنین جریمه‌ای بر بنگاه‌ها و شرکت‌ها تحمیل شود، آنان ورشکسته خواهند شد و این ورشکستگی، با خود هزینه‌های اجتماعی ناخوشایندی را به بار خواهد آورد. در این صورت نه تنها مدیران و سهام‌داران، بلکه تمامی افرادی که به نوعی در ارتباط با آن بنگاه هستند، از جمله مستخدمین، تأمین‌کنندگان و مصرف‌کنندگان، دچار آسیب و زیان می‌شوند. برای مثال، این امر موجب می‌شود که ارزش سهام افرادی که در ارتکاب رویه ضد رقابتی هیچ نقشی نداشته‌اند، کاهش یابد و این با عدالت سازگار نیست (Wils, Wouter P. J., op.cit., pp 30-31) حتی اگر بنگاه‌ها توان مالی لازم برای پرداخت چنین جریمه‌ای را داشته باشند، اما چنین جریمه‌ای ممکن است ثبات مالی و توان رقابتی بنگاه را کاهش داده و در این صورت یکی از اهداف حقوق رقابت یعنی افزایش رفاه به مخاطره خواهد افتاد (Paolo Bucciross and others, 2009: 10). یکی دیگر از مشکلات افزایش میزان جریمه نقدی این است که این افزایش برخلاف نظریه انصاف است. به موجب این نظریه وسعت ضمانت‌اجراها باید متناسب با شدت یک عمل باشد و در نتیجه، احتمال دستگیری نباید در میزان ضمانت‌اجرا تأثیری داشته باشد (استیون شاول، ۱۳۸۸: ۵۶۵).

حال در چنین شرایطی که از یک سو، جریمه نقدی مورد نظر مقنن کارایی لازم را برای بازدارندگی ندارد و از سوی دیگر، افزایش میزان آن به دلایل پیش گفته ممکن نمی‌باشد، چه باید کرد؟ اقتصاددانان در این موارد ضمانت‌اجرای حبس را به عنوان مکمل بازدارنده تجویز می‌کنند. بنابراین، در مواردی که مبلغ جریمه نقدی بهینه برای یک رویه ضد رقابتی (به دلیل دربرداشتن خسارت‌های سنگین یا سودهای بالا و پایین بودن احتمال دستگیری) به قدری افزایش پیدا کرده که پذیرش آن ناممکن می‌گردد، لازم است ضمانت‌اجرای حبس پیش‌بینی گردد.

ممکن است گفته شود که رویکرد مقنن ایرانی در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مبنی بر عدم ذکر ضمانت‌اجرای حبس برای رویه‌های ضد رقابتی، در راستای نگرش نوین حبس زدایی در سال‌های اخیر صورت گرفته است؛ لیکن، ایراد این گفته در این است که اتخاذ این سیاست‌ها نباید به گونه‌ای باشد که موجبات عدم کارایی و بی‌اثر شدن قوانین را فراهم آورد. به عبارت دیگر، هر چند وضع ضمانت‌اجراهایی مانند حبس از نظر اجتماعی هزینه‌هایی را در بردارد، از جمله این که باید زندان‌ها ساخته شوند، اداره شوند، افراد در طول مدت حبس متحمل بی‌فایده‌گی

می‌شوند و...، باین وجود، وقتی ضمانت‌اجراهای مالی برای بازدارندگی کفایت نکنند، اعمال حبس ایجاد بازدارندگی اضافی است. در همین راستا، باید گفت که حتی پیش‌بینی ضمانت‌اجرای متعدد دیگر در این قانون (سایر بندهای ماده ۶۱) در ایجاد بازدارندگی اضافی چندان تأثیرگذار نمی‌باشد، زیرا اکثر آن‌ها به لحاظ ماهیتی، برای آن‌ها که اثربخش واقع شوند، خود نیاز به ضمانت‌اجراهای دیگر به‌ویژه از جنس کیفری دارند. برای مثال، در بند ۲ ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی دستور به توقف طرفین توافق یا توافق‌های مرتبط با آن از ادامه رویه‌های ضد رقابتی به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراها تعیین گردیده است؛ اما معلوم نیست که اگر بنگاه متخلف مجدداً به رویه ضد رقابتی موردنظر روی آورده یا آن را ادامه دهد، چه عواقبی انتظار آن‌ها را می‌کشد و شورای رقابت چگونه و با چه ابزاری می‌تواند آن‌ها را متوقف سازد؟ این پرسش‌ها در مورد بندهای دیگر ماده ۶۱ نیز قابل طرح است. باین وجود، باید در نظر داشت که پیش‌بینی ضمانت‌اجرای حبس برای رویه‌های ضد رقابتی، مسئله ساده‌ای نبوده، بلکه خود متضمن امری دیگر، یعنی جرم دانستن این رویه‌ها و کیفری نمودن آن‌هاست که بررسی و مطالعه آن مجال دیگری می‌طلبد.

نتیجه‌گیری

بررسی ضمانت‌اجراهای مالی رویه‌های ضد رقابتی نشان داد که هرچند قانونگذار در مورد این رویه‌ها ضمانت‌اجراهای مالی متعددی که شامل توقیف اموال، استرداد اضافه درآمد و جریمه نقدی می‌شود را پیش‌بینی کرده است، اما به‌طور کلی باید گفت که وضع این ضمانت‌اجراها وافی به مقصود نبوده و فاقد بازدارندگی لازم است؛ به‌گونه‌ای که مقررات مذکور نزد متخلفین بالقوه در غالب موارد دارای توجیه اقتصادی است و آن‌ها را از ارتکاب این تخلفات باز نمی‌دارد. در مورد ضمانت اجرای توقیف اموال و استرداد اضافه درآمد مشخص گردید که این دو مورد دارای ابهاماتی بوده و مقصود قانونگذار از این دو مشخص نمی‌باشد؛ همین امر می‌تواند مانع اجرای مؤثر آن گردد. ضمانت اجرای جریمه نقدی نیز با دو انتقاد مواجه است: اول، اختصاص این جریمه به رویه‌های ضد رقابتی مذکور در ماده ۴۵ است که علت آن مشخص نمی‌باشد؛ دوم، شیوه تعیین آن که به‌صورت ثابت و دارای میزان حداقل و حداکثر است. این شیوه با الگوی ارائه‌شده برای جریمه نقدی بازدارنده متفاوت است. جریمه نقدی برای بازدارنده بودن می‌بایست بر مبنای خسارت‌های ناشی از تخلف یا منافع حاصل از آن (در این پژوهش فاکتور دوم به دلیل آسان‌تر بودن محاسبه آن ترجیح داده شد) با در نظر گرفتن احتمال دستگیری محاسبه گردد. تنها مشکلی که ممکن است در محاسبه جریمه نقدی بر اساس این الگو بروز نماید این است که در مواردی میزان آن به حدی افزایش یابد که پذیرش آن به دلایل مختلفی صحیح نیست. راهکاری که برای خروج از این معضل بیان شد این بود

که در چنین شرایطی ضمانت اجرای حبس به عنوان مکمل بازدارنده در نظر گرفته شود. در واقع، برای آن که ضمانت‌اجراهای مالی بتواند رسالت خود را در بازدارندگی از ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی به انجام برساند، نیاز است تا اولاً، وضع ضمانت‌اجراها صریح و روشن و خالی از هرگونه ابهام باشد؛ ثانیاً، شیوه‌های تعیین مناسبی برای تعیین میزان آن پیش‌بینی گردد (اضافه درآمد و جریمه نقدی) و ثالثاً، در صورت عدم توفیق در بازدارندگی با سایر ضمانت‌اجراهای متناسب و بازدارنده از جمله حبس تقویت گردد تا کسی جسارت ارتکاب این تخلفات را نداشته باشد. در این پژوهش نشان داده شد که به ملزومات فوق در قانون مذکور توجه کافی و درخوری نشده است.

منابع

الف) فارسی

۱. الهام، غلامحسین و محمدی مغانجوقی، فاطمه (۱۳۹۱)، *مجازات متناسب از دیدگاه نظریه‌های بازدارندگی (با تأکید بر نظریه تعیین کیفر آلمان)*، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۳.
۲. بچر، ژان لوک و کلوز، نیکلا (۱۳۸۶)، *جرم اقتصادی و کنترل آن*، ترجمه شهرام ابراهیمی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱.
۳. بولک، برنارد (۱۳۷۷)، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم.
۴. پرادل، ژان (۱۳۷۳)، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول.
۵. حسینی سید حسین و احمدی، زهرا (۱۳۹۵) *رویه‌های ضد رقابتی جرم یا تخلف (تبیین رویکردی نوین در سیستم کیفری ایران)*، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، سال چهارم، شماره ۸.
۶. خداداد کاشی، فرهاد (۱۳۸۰)، *برآورد هزینه‌های اجتماعی انحصار در بخش صنعت ایران*، پژوهش‌نامه بازرگانی، دوره ۶، شماره ۲۱.
۷. دفتر مطالعات اقتصادی حقوقی مجلس (۱۳۸۵)، *اظهارنظر کارشناسی درباره: «لایحه مقررات تسهیل‌کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات»*، مصوبات کمیته کاری مرکز پژوهش‌ها و کمسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی.
۸. دلیر، حمید (۱۳۹۰)، *حقوق مصادره*، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
۹. رودیجانی، محمد مجتبی (۱۳۸۹)، *توقیف اموال منقول و غیرمنقول در حقوق ایران*، تهران: کتب آوا، چاپ اول.
۱۰. شاول، استیون (۱۳۸۸)، *مبانی تحلیل اقتصادی حقوق*، ترجمه محسن اسماعیلی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول.
۱۱. صبوری پور، مهدی (۱۳۹۲)، *مدل‌سازی برای تعیین شدت بهینه کیفر نقدی*، دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
۱۲. صلاحی، جاوید (۱۳۸۶)، *کیفرشناسی*، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول.
۱۳. غلامی، حسین (۱۳۸۲)، *الگوی کیفری و ارزیابی انتقادی آن*، مجله نامه مفید، شماره ۴۰.

۱۴. غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۳)، حقوق رقابت و ضمانت اجرای مالی مدنی آن، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
۱۵. فیضی، مهدی (۱۳۹۲)، *الگوی مجازات بهینه کارتل‌ها با در نظر گرفتن پیشینه جرم*، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیستم، شماره ۳.
۱۶. کاظمی، قباد (۱۳۸۶)، *ردیابی، ضبط و مصادره عواید ناشی از فساد در چهارچوب عدالت کیفری یا خارج از آن*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱.
۱۷. محمودی جانکی، فیروز و آقایی، سارا (۱۳۸۷)، *بررسی نظریه بازدارندگی مجازات*، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲.
۱۸. نجفی ابرنآبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید (۱۳۷۷)، *دانش نامه جرم‌شناسی*، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.

ب) انگلیسی

19. Buccirosi, Paolo and others (2009), *Deterrence in Competition Law*, Discussion Paper No. 285.
20. Buccirosi, Paolo and Spagnolo Giancarlo (2005), *Optimal Fine in the Era of Whistleblower: Shoud Price Fixers Still Go To Prison?*, in Vivek Ghosal, Johan Stennek (ed.) *The Political Economy of Antitrust* (Contributions to Economic Analysis), Volume 282, Emerald Group Publishing Limited..
21. Connor, John M. (2006), *Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels*, *Journal of Industry, Competition and Trade* 6(3-4).
22. Landest, William M. (1983), *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 50, No. 2.
23. Miceli, Thomas J. (2004), *The Economic Approach To Law*, Stanford, California.
24. Schinkel, Maarten Pieter. (2007), *Effective Cartel Enforcement in Europe*, *World Competition: Law and Economics Review* 30.
25. Wils, Wouter P. J. (2005), *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, *World Competition: Law and Economics Review* 28(2).
26. Wils, W.P.J. (2001), *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings But Also Individual Penalties, In Particular Imprisonment?*, paper presented at the 6th Competition Law and Policy Workshop at the European University Institute.