

ادغام بانک‌ها و موسسات مالی از منظر حقوق رقابت؛

مطالعه حقوق اتحادیه اروپا و نقدی بر حقوق ایران

دکتر رضا معبودی نیشابوری^۱، سیما طوفانی اصل^۲

چکیده

یکی از چالش برانگیزترین مسائل در حقوق رقابت، مساله ادغام میان بنگاه‌های اقتصادی است. پراهمیت ترین بنگاه‌های اقتصادی بانک‌ها و موسسات مالی هستند که نقش آن‌ها از حیث تاثیرگذاری بر اقتصاد خرد و کلان یک کشور انکارناپذیر است. ادغام بانک‌ها و موسسات مالی موضوعی است که علاوه بر اینکه مربوط به اقتصاد می‌شود، جنبه‌های حقوقی آن از دیدگاه حقوق رقابت نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. از وظایف حقوق رقابت وضع مقررات ادغام جهت کنترل و تنظیم رقابت میان بنگاه‌های اقتصادی به منظور دستیابی به رقابت کامل در بازار، تامین رفاه مشتریان می‌باشد. از این رو پژوهش حاضر با توجه به مفهوم، آثار و انواع ادغام به صورت کلی به مساله ادغام میان بانک‌ها و موسسات مالی پرداخته است. همچنین نحوه آیین رسیدگی به ادغام، طرح موضوع و نحوه پذیرش دفاع ورشکستگی و کارایی از جمله مباحث شایسته بحث و بررسی است. با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران درخصوص حقوق رقابت بسیار نوپا بوده و از غنای کافی برخوردار نیست، در این مقاله تلاش شده است تا تحلیل تطبیقی با مقررات ادغام در اتحادیه اروپا که یکی از پیشگامان این عرصه محسوب می‌شود، صورت بگیرد.

^۱ استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد (پست الکترونیکی: maboudi@um.ac.ir) .

^۲ دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی مشهد (پست الکترونیکی: simatoufani@yahoo.com) .

واژه‌های کلیدی: ادغام، بانک، حقوق رقابت، تمرکز، موقعیت مسلط.

۱. مقدمه

حقوق رقابت شاخه ای از علم حقوق است که توانسته میان خود و علم اقتصاد پیوندی برقرار کند. این شاخه از علم حقوق به دنبال ایجاد کارامدی اقتصادی، تامین رفاه مصرف کننده، حمایت فعالان اقتصادی و ایجاد انگیزه برای سرمایه گذاری است و با تنظیم قواعد، مقررات و سیاست های لازم، تلاش می کند تا مانع انحصارگری در بازار شده، از محدودیت رقابت در بازار به نحوی که مضر به حال جامعه باشد جلوگیری با آن مقابله نماید.^۲

یکی از چالش برانگیزترین مسائل در حقوق رقابت، مساله ادغام است. ادغام در معنای عام خود امتزاج دو یا چند بنگاه اقتصادی در یکدیگر است. پراهمیت ترین بنگاه های اقتصادی بانک ها و موسسات مالی هستند که نقش آن ها از حیث تاثیرگذاری بر اقتصاد خرد و کلان یک کشور انکارناپذیر است. بانک ها در طی سالیانی که در فضای اقتصادی کشورها رشد می کنند و با یکدیگر به رقابت می پردازند به دلایل گوناگونی با مشکلات مالی بسیاری مواجه می گردند. یکی از راه حل هایی که معمولاً برای برون رفت از مشکلات مالی از سوی اقتصاد دان ها و حقوق دانان پیشنهاد می گردد ادغام میان بانک ها و موسسات مالی خرد و ضعیف و یا بعضاً در شرف ورشکستگی با بانک های کلان و کارآمد است.

از آنجایی که بانک ها و موسسات مالی در بازار مالی مشغول فعالیت هستند و به دلیل تاثیرگذاری آن ها در این بخش، همواره ادغام میان آن ها یکی از موضوعات مورد توجه حقوق رقابت برشمرده می شود. حقوق رقابت با توجه به نوع کارکرد آن ضمن تعیین چارچوب برای نحوه اعمال ادغام ها به دنبال آن است که تاثیر ادغام را بر فضای رقابتی بازار کنترل نماید تا ضمن حفظ رفاه مشتریان، این فضا با اختلال مواجه نگردد.

اتحادیه اروپا همواره به عنوان یکی از پیشگامان عرصه حقوق رقابت شناخته می شود. از این رو بازشناسی قواعد مرتبط در عرصه ادغام از منظر چنین نهادی راه صوابی است که پژوهشگران و قانونگذاران ایرانی را به سمت پیشرفت بیشتر درباره مقررات ادغام در نظام حقوقی ایران علی الخصوص صنعت بانکداری آن سوق می دهد.

^۲Maboudi (2013) 136.

۲. مفهوم ادغام

ادغام در معنای عام خود به معنای امتزاج یک یا چند بنگاه مستقل در یکدیگر است به طوری که شخصیت حقوقی یک بنگاه در بنگاه دیگر اضمحلال می‌شود و یا تشکیل یک بنگاه ثالث جدید حاصل از اشتراک و در هم آمیختگی دو بنگاه جدید است. گویا آنکه از ترکیب دو بنگاه، بنگاه مستقل جدیدی بوجود می‌آید و دو بنگاه مادر کاملاً محو می‌گردد. حالت اخیر ادغام به معنای اخص برشمرده می‌شود.^۴

در حقوق رقابت اتحادیه اروپا نیز ادغام و تملک در قالب واژه "تمرکز"، تحت قلمرو مقررات ویژه‌ای به نام "مقررات ادغام"^۵ قرار گرفته‌اند. این مقررات برای نخستین بار در سال ۱۹۸۹ به تصویب شورای اتحادیه اروپا رسید و آخرین نسخه آن در سال ۲۰۰۴ پس از تصویب کمیسیون به اجرا در آمد.^۶ براساس ماده ۳ مقررات فوق الذکر تمرکز شامل دو مورد ذیل می‌شود: ۱- ادغام دو یا چند بنگاه مستقل یا قسمتی از آن‌ها با یکدیگر ۲- تملک^۸ که به معنای به دست آوردن مالکیت یا کنترل یک بنگاه توسط بنگاه دیگری است، چه این امر از طریق خرید کل سهام یا دارایی در قالب یک قرارداد یا به هر شکل دیگری صورت بگیرد^۹

۳. آثار ادغام

ادغام‌ها ممکن است دارای آثار منفی نظیر افزایش قدرت بازاری یک بنگاه باشند. در واقع ادغام میان دو یا چند بنگاه بسته به آن که اندازه هر کدام از این بنگاه‌ها چه میزان است، ممکن است قدرت بازاری یک بنگاه را افزایش دهد. علت این امر آن است معمولاً در ادغام‌ها بنگاه‌هایی از بازار حذف می‌شوند و این مساله منجر به حذف رقبا و در نتیجه کاهش رقابت در بازار می‌شود^{۱۰}

به علاوه یکی از نگرانی‌های دیگر رقابتی در این زمینه آن است که ادغام‌ها باعث سهولت در اقدامات متقابل هماهنگ نظیر تبانی میان بنگاه‌ها می‌شوند.^{۱۱} به عبارت دیگر بعد از ادغام، تعداد بنگاه‌ها در بازار کاهش می‌یابد، این

^۴Ghafari (2014) 195.

^۵Concentration.

^۶Merger Regulation.

^۷Council Regulation (EC) No 139/20042 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [2004] OJ L 24, 29.1.2004.

^۸Acquisition.

^۹Slaugther & May (2015) 3.

^{۱۰}Kamerbeek (2009) 5-6.

^{۱۱}Hovenkamp (2010) 31.

کاهش تبانی را افزایش می‌دهد چرا که بسیار آسان است که کارتلی میان چند بنگاه محدود شکل بگیرد. در واقع این امری بدیهی در حقوق رقابت است که هرچقدر تعداد رقبا در بازار کاهش پیدا کند، میزان قلمرو تبانی نیز گسترش می‌یابد و نهایتاً راه برای افزایش قیمت‌ها باز می‌گردد^{۱۲}

در کنار آثار منفی برای ادغام‌ها، بنگاه‌های متعددی هستند که هنوز ترجیح می‌دهند از این روش استفاده کنند تا به بهره‌وری و کارایی هر چه بیشتر خود دست یابند. انگیزه چنین بنگاه‌هایی با یکدیگر متفاوت است لیکن معمولاً به چند دلیل مشخص مایل هستند تا ادغامی را ترتیب دهند؛ از جمله آن که ادغام‌ها باعث بهینه‌سازی تولید، صرفه‌های مقیاسی، صرفه‌های قلمرویی، استفاده از فناوری‌های دیگر بنگاه‌ها به منظور کاهش قیمت‌های تمام شده، تامین مالی برنامه‌های تحقیق و توسعه می‌شوند^{۱۳}

۴. انواع ادغام

ادغام‌ها به طور مشخص و براساس اصول راهنما و مقررات حاکم بر آن‌ها در اتحادیه اروپا به سه نوع افقی و عمودی و مختلط^{۱۴} تقسیم می‌شوند. ادغام‌های افقی میان دو یا چندین بنگاه رقیب رخ می‌دهند که از لحاظ زنجیره تامین و یا تولید در یک سطح از بازار مربوط به آن کالا قرار دارند. معمولاً چنین ادغامی زمانی صورت می‌گیرد که دو بنگاه تمایل زیادی بر این دارند که از طریق این ادغام ارزش بازار کالای ترکیب شده را بالا ببرند^{۱۵}

در مقابل ادغام‌های عمودی میان آن دسته از بنگاه‌ها رخ می‌دهد که نه تنها از لحاظ زنجیره تامین یا تولید در دو سطح متفاوت قرار دارند بلکه رقیب یکدیگر در بازار آن کالا نیز محسوب نمی‌شوند. مثل ادغام میان یک بنگاه تولیدکننده و بنگاه توزیع‌کننده دیگر. نوع سوم ادغام‌های مختلط است که بر مبنای آن دو بنگاهی که در دو بازار کالای متفاوت فعالیت می‌کنند، طی ادغامی که ترتیب می‌دهند این دو نوع فعالیت را با یکدیگر ترکیب می‌کنند^{۱۶}

۵. آیین رسیدگی به ادغام

با توجه به انواع و اثراتی که ادغام‌ها بر بازار می‌گذارند، کمیسیون اتحادیه اروپا به عنوان مقام رقابتی صالح در این زمینه ادغام‌ها را براساس بند ۲ و ۳ ماده ۲ مقررات ادغام ۲۰۰۴ طبق معیار "ممانعت اساسی از رقابت

^{۱۲}Kamerbeek (2009) 6.

^{۱۳}Röller, Stennek& Verboven (2001) 4-5.

^{۱۴}Horizontal, Vertical & Conglomerate Mergers.

^{۱۵}Alam, Khan& Fareeha (2014) 6.

^{۱۶}Zimmer (2009) 357.

موثر^{۳۳} جهت تشخیص ادغام‌های ضدرقابتی مورد بررسی قرار می‌دهد. این معیار به عنوان جایگزین معیار قبلی "ایجاد یا موقعیت مسلط" وضع گردیده است. براساس این معیار جدید ممانعت اساسی از رقابت موثر ممکن است از طریق ایجاد یا تقویت موقعیت مسلط و یا به هر طریق دیگری صورت بگیرد.

تغییر معیار قدیمی ایجاد یا تقویت بنگاه مسلط به معیار جدید فوق الذکر باعث شد تا وضعیت شفاف‌تری را برای مقامات رقابتی فراهم کند و این شفاف سازی به خودی خود ارزشمند است چراکه به اثرات اقتصادی ادغام در ارزیابی‌های کمیسیون نیز توجه دارد. به علاوه توجه بیش از اندازه به موقعیت مسلط بنگاه ادغام شونده ای که دارای قدرت بازاری است باعث نادیده گرفتن اثرات متوازن و گسترده ادغام بر بازار می‌شود. چنین سهل انگاری اثرات منفی جدی بر بازار باقی خواهد گذاشت. برای مثال زمانی که ادغام میان یک بنگاه کوچک و بنگاهی که در شرف تسلط شدن است صورت می‌گیرد منجر به ایجاد یک بنگاه مسلط خواهد شد با این که ممکن است چنین ادغامی به طور نا آگاهانه‌ای بر رقابت اثر بگذارد^{۱۸}

بنابراین تمرکز بیش از اندازه بر معیار قبلی یعنی ایجاد یا تقویت موقعیت مسلط مقامات رقابتی را از در نظر گرفتن سایر اثرات ضدرقابتی که مرتبط با موقعیت مسلط نیست باز می‌دارد. اثراتی که هدف نهایی آن‌ها به طور قابل توجهی آسیب رساندن به رفاه مشتریان است.

با این وجود به نظر می‌رسد که ایجاد یا تقویت موقعیت مسلط تنها یکی از مصادیق ممانعت اساسی از رقابت موثر قلمداد می‌شود. در نتیجه کمیسیون می‌تواند به دو روش مانع از ادغام‌هایی بشود که با آن‌ها مخالف است اولین راه آن است که ثابت کند موقعیت مسلطی از طریق ادغام ایجاد یا تقویت شده است و یا راه دیگری را انتخاب نماید و آن این است که ارزیابی کند که ادغام مزبور تا چه اندازه مانع از رقابت موثر در بازار مربوط می‌شود، بدون آن که لازم باشد موقعیت مسلط را ثابت نماید.^{۱۹}

مقررات ادغام در اتحادیه اروپا سازوکاری را ترتیب می‌دهد که براساس آن ادغام‌ها و تملکات در سطح کشورهای اروپایی کنترل و اداره می‌شوند. براساس ماده یک مقررات مزبور چنین مقرراتی بر آن دسته از ادغام‌هایی اعمال می‌شوند که دارای "بعد اتحادیه ای" باشند.

^{۱۸}Significantly Impede Effective Competition (SIEC Test) .

^{۱۹}Röller & Mano (2006) 8.

^{۲۰}Monti (2008) 4.

^{۲۱}EU Dimension.

توضیح آنکه از منظر مقررات مربوط به ادغام در اتحادیه اروپا، ادغام‌هایی واجد بعد اتحادیه ای هستند که حداقل یکی از معیارهای زیر را داشته باشند: ۱- مجموع فروش بنگاه‌های ادغام شونده در سراسر جهان در یک سال مالی بیش از ۵ هزار میلیون یورو بوده ۲- کل فروش هریک از این بنگاه‌ها در سطح اتحادیه اروپا بیش از ۲۵۰ میلیون یورو باشد. مگر آنکه در هر دو مورد فوق بیش از دو سوم کل فروش هریک از بنگاه‌ها در سطح اتحادیه از یک کشور عضو به دست آمده باشد.

چنانچه ادغام مورد نظر به حد نصاب فوق نرسد، زمانی یک ادغام واجد بعد اتحادیه‌ای می‌گردد که مجموع فروش جهانی کلیه بنگاه‌های طرف ادغام در یک سال مالی بیش از ۲۵۰۰ میلیون یورو و درآمد هریک از آن‌ها در سطح اتحادیه بیش از ۱۰۰ میلیون یورو باشد. به علاوه در حداقل سه کشور عضو، مجموع درآمد بیش از ۱۰۰ میلیون یورو و درآمد شخصی حداقل دو عضو از سه عضو بیش از ۲۵ میلیون یورو باشد.

به طور معمول آیین رسیدگی به ادغام‌هایی که دارای بعد اتحادیه‌ای باشند بدین ترتیب است که باید پس از انعقاد و پیش از اجرای آن به کمیسیون اطلاع داده شوند، یعنی طرفین ادغام مطابق بند ۴ ماده ۴ مقررات ادغام ۲۰۰۴ الزام به کسب تکلیف از کمیسیون خواهند داشت. لذا براساس ماده ۷ مقررات فوق الذکر چنین ادغام‌هایی نمی‌توانند قبل از کسب تکلیف و یا اعلام. این که با بازار مشترک منطبق هستند، به اجرا در بیایند. به عبارت بهتر براساس بند ۱ ماده ۴ مقررات مزبور طرفین ادغامی که اقدام به کسب تکلیف از کمیسیون می‌نمایند، بنگاه‌های با حسن نیت محسوب می‌شوند.

بعد از آن که کمیسیون تشخیص بدهد که ادغام مورد نظر دارای بعد اتحادیه‌ای است از روزی که اعلامیه مزبوره کمیسیون برسد، مرحله اول تحقیقات توسط این مقام رقابتی صورت خواهد گرفت. بنابراین کمیسیون ۲۵ تا ۳۵ روز کاری فرصت خواهد داشت که به درخواست اجرای ادغام رسیدگی نماید. وظیفه قانونی کمیسیون در این مرحله پاسخ دادن به این سوال است که آیا ادغام مزبور دارای اثرات رقابتی و تردیدهای جدی در تطبیق با معیارهای بازار مشترک است یا خیر.^{۲۱}

پس از آن که مرحله اول تحقیقات به پایان رسید کمیسیون تصمیم خود را درباره ادغام مورد بررسی اعلام می‌نماید؛ این تصمیم شامل چهار فرض است: اول آن که ممکن است کمیسیون علی‌رغم این که ادغام مزبور را مشمول بعد اتحادیه‌ای می‌داند اما در عین حال آن را فاقد تردیدهای جدی ضد رقابتی تشخیص می‌دهد، از این رو

^{۲۱}Bergman, Coate, Jakobsson & Ulrick (2010)12.

آن را تایید می‌نماید. دوم احتمال دارد که کمیسیون تایید مزبور را منوط به تعهداتی نماید. مثلاً طرفین ادغام تعهد بدهند که از تجارت خاصی صرف نظر می‌کنند یا تجارت خاص دیگری را دنبال کنند یا انجام به عملی را در آینده متعهد شوند. سوم کمیسیون تشخیص دهد که مقررات ادغام به دلیل عدم کفایت ایجاد تمرکز یا فقدان بعد اتحادیه ای شامل ادغام مزبور نمی‌شود لیکن اگر ادغام مزبور احتمالاً اثر ممانعت اساسی بر رقابت موثر داشته باشد و در خواست رسمی از سوی مقامات رقابتی یکی از کشورهای عضو جهت بررسی ادغام فوق الذکر به کمیسیون ارسال شده باشد در این صورت پرونده ادغام به کشور درخواست کننده ارجاع خواهد شد. نهایتاً ممکن است که کمیسیون تردیدهای جدی ضد رقابتی را درباره ادغام فوق الذکر تشخیص دهد که به این ترتیب چنین ادغامی وارد مرحله دوم از تحقیقات مقامات رقابتی می‌گردد.^{۲۲}

مرحله دوم شامل تحقیقات گسترده عمیق تری از طرفین ادغام یا حتی از اشخاص ثالث طی ۹۰ روز کاری از سوی کمیسیون است. این تحقیقات که معمولاً شامل ایراداتی است که از سوی کمیسیون مطرح شده، در برگیرنده پاسخ کتبی طرفین به این ایرادات و ادای توضیحات شفاهی از سوی آنها یا اشخاص ثالث در صورت درخواست از سوی کمیسیون و شنیدن نظر کمیته مشورتی^{۲۳} در جهت توجیه انجام ادغام مزبور است.

پس از انجام مرحله دوم کمیسیون ممکن است یکی از سه تصمیم ذیل را اتخاذ نماید؛ اول آن که ادغام مورد بررسی مطابق با معیارهای مقررات ادغام است و در نتیجه اجازه دارد که به اجرا دربیاید. دوم آن که ادغام مزبور به شرط برخی تغییرات امکان اجرا دارد و در نهایت تصمیم سوم که اجرای ادغام مزبور به علت عدم تطابق مقررات ادغام امکانپذیر نبوده و در نتیجه ممنوع خواهد بود^{۲۴}

۶. ادغام بانک‌ها و موسسات مالی

مساله ادغام بانک‌ها و موسسات مالی موضوعی است که هم در بخش مالی و هم از دیدگاه حقوق رقابت مورد بررسی قرار می‌گیرد. در واقع کنترل ادغام از یک سو به دنبال آن است که این اطمینان را بدهد که معاملات موردنظر بنگاه‌ها به طور قابل توجهی مانع رقابت موثر در بازار مربوط نمی‌شوند و بدین ترتیب از شکل گیری

^{۲۲}Slaughter & May (2015) 14.

^{۲۳}The Advisory Committee.

کمیته مشورتی که اعضای آن از کشورهای عضو اتحادیه تشکیل می‌شود در خصوص تحقیقات مرحله دوم اظهار نظر می‌نمایند. این نظرات برای کمیسیون الزام آور نیست اما به طور قابل توجهی مورد توجه کمیسیون واقع می‌شود.

^{۲۴}Monti (2007) 249.

تمرکزهای شدید ممانعت به عمل آورده و از به مخاطره افتادن رفاه مشتریان جلوگیری می نماید. از سوی دیگر ادغام بانکی، موضوع مقررات حقوق رقابت نیز هست، مخصوصاً وقتی که صنعت بانکداری دارای ویژگی انحصار چندقطبی است. نتیجه تحلیل ادغامها در این خصوص این مساله را تعیین می کند که آیا به طرفین ادغام اجازه داده می شود که چنین معاملاتی را ترتیب بدهند یا خیر^{۲۵}

از این رو مقررات کلی ادغام اتحادیه اروپا درباره بانکها و موسسات مالی که بخواهند ادغام شوند نیز جاری می شود. بنابراین ادغام میان چندین بانک یا موسسات مالی فرامرزی که در میان کشورهای عضو اتحادیه صورت می گیرد اگر دارای بعد اتحادیه ای باشد مشمول مقررات ادغام ۲۰۰۴ می شوند.

کمیسیون اتحادیه اروپا بر این اعتقاد است که ادغامها و تملکات ابزار مهمی برای تحکیم بازارهای مالی محسوب می شوند. برخلاف شیوه کمیسیون در مساله کمکهای دولتی، در زمینه ادغام بانکها و موسسات مالی قوانین و مقررات جدیدی وضع نگردیده و به مقررات موجود درباره ادغام اکتفا شده است^{۲۶}

به علاوه براساس بند ۲ ماده ۲ مقررات مزبور، ادغامهای بانکی که مانع رقابت موثر در بازار می شوند به خصوص آنهایی که منجر به تقویت یا ایجاد موقعیت مسلط می گردند، چنانچه بعد از طی آیین رسیدگی و گذراندن هر دو مرحله ذکر شده مطابق با موازین بازار مشترک نباشند، ممنوع تلقی خواهند شد.

کمیسیون اتحادیه اروپا در طی این سالها با ۲۹ پرونده ادغام مواجه شده است که از این تعداد ۱۱ مورد آن مربوط به ادغامهای بانکی و موسسات مالی بوده اند^{۲۷} که همگی آنها در فاز اول بدون هیچ گونه الزامی مورد تایید کمیسیون قرار گرفته اند^{۲۸}

ادغامها و تملکات میان بنگاههای داخلی و فرامرزی که درآمد ناخالص آنها فراتر است از آنچه که در مقررات ادغام آمده ولی رقابت را نیز را در بازار مشترک اروپا محدود نمی نماید، باید توسط کمیسیون تایید شوند. با این وجود این مقرره شامل ادغامهای بانکی نخواهد شد چرا که براساس ماده ۲۱ مقررات ادغام ۲۰۰۴ به دولت های عضو این اختیار داده شده است که برای حفظ منافع مشروع و قانونی خود موازین مناسبی را در این زمینه

^{۲۵}Pistiolis (2013)172.

^{۲۶}Baudenbacher & Bremer. 2010:281.

^{۲۷}Franchoo, Baeten & Salem (2014) 586 .

^{۲۸}Jestaedt & Pollard (2010)354.

اتخاذ کنند. این موازین از نگاه مقررات مزبور شامل مسایل مربوط به امنیت عمومی، تکثر رسانه‌ها و مقررات احتیاطی می‌شود.

مقررات احتیاطی به طور مشخص مشمول مقررات مربوط به بانکداری نیز می‌شود، در نتیجه دولت‌های عضو حق خواهند داشت که از ادغام‌های بانکی فرامرزی که درآمد ناخالص آن‌ها بیشتر است به دلیل مقررات احتیاطی کشور خود جلوگیری نمایند. در واقع کنترل ادغام در بخش پولی و بانکی بر ثبات و احتیاط‌های لازم در ورود تازه واردان تمرکز دارد و درآمدهای ناخالص بر مبنای ارزیابی‌های احتیاطی محاسبه می‌شوند.^{۲۹}

بازار مالی ویژگی‌های منحصر به فردی دارد که احتیاج به قوانین احتیاطی از پیش تعیین شده دارد. به عبارت بهتر بازار مالی از آن بخش‌هایی است که به شدت توسط مقررات کنترل می‌شود چرا که بانک‌ها نقش بسیار مهمی در کارکرد خوب و مثبت اقتصاد دارا هستند. مشکلات در بازار پولی و بانکی به طرز موثری بر عملکرد سایر بازارهای کالا و خدمات و نهایتاً کل اقتصاد نیز اثر می‌گذارد. در نتیجه بانک‌ها ویژگی منحصر به فردی دارند که آن‌ها را از لحاظ عدم ثبات بیشتر از سایر بنگاه‌ها در سایر بخش‌ها آسیب پذیر می‌کند.^{۳۰}

با این وجود باید بر این مساله تاکید داشت که بند ۴ ماده ۲۱ مقررات ادغام ۲۰۰۴ به کمیسیون اجازه نمی‌دهد که به تنهایی چنین اقدامات احتیاطی را در نظر بگیرد بلکه تنها کشورهای عضو هستند که اختیار چنین تصمیم‌گیری را دارا هستند. در مقابل نیز براساس نظر بسیاری از تدوین‌کنندگان مقررات ادغام در اتحادیه اروپا، مقررات ماده ۲۱ به دولت‌های عضو تنها این اجازه را می‌دهد که شرایط و ملزومات لازم را برای ادغامی که کمیسیون روشن ساخته ممنوع یا تحمیل کنند ولی بطور ضمنی شامل این نمی‌شود که بتوانند ادغامی را که کمیسیون بر مبنای مقررات مربوط به آن ممنوع اعلام کرده است انجام دهند.^{۳۱}

۷. دفاع ورشکستگی

دفاع ورشکستگی مربوط به ادغام‌هایی است که یکی از طرفین آن‌ها به علت ضعف مسایل مالی ورشکسته و یا در شرف ورشکستگی است. مقررات ادغام ۲۰۰۴ اتحادیه اروپا هیچ اشاره‌ای به مساله دفاع ورشکستگی نکرده است. رویه قضایی نیز در اتحادیه تلاش بسیاری برای پیشبرد این نوع دفاع در ادغام‌ها انجام داده است. به طوری که

^{۲۹}Koehler (2009)6.

^{۳۰}Marsden & Kokoris (2010)881.

^{۳۱}Grave (2009)12-13.

تصریح چنین دفاعی در اصول راهنمای ادغام‌های افقی در سال ۲۰۰۴ و ام‌دار پرونده‌هایی^{۱۲} آست که در کمیسیون اتحادیه اروپا از این لحاظ مورد بررسی قرار گرفته اند.

اصول راهنمای ادغام‌های افقی در پاراگراف ۸۹ خود در این زمینه بیان می‌دارد که "کمیسیون اتحادیه اروپا ممکن است نسبت به ادغامی که مطابق با بازار مشترک نیست، تصمیم دیگری اتخاذ نماید به این شرط که یکی از بنگاه‌های ادغام شونده بنگاه ورشکسته محسوب شود. از اساسی ترین ملزومات برای پذیرش این دفاع آن است که وخیم شدن وضعیت رقابتی ناشی از ادغام نبوده باشد."

در توضیح شرط اساسی فوق باید گفت که بین ادغام و وخیم شدن ساختار رقابتی بازار نباید رابطه سببیت وجود داشته باشد. به این معنی که ادغام مزبور باعث بدتر شدن وضعیت رقابتی نگردد به طوری که اگر این ادغام نیز صورت نمی‌گرفت باز هم وضعیت رقابتی بازار وخیم تر می‌شد.^{۱۳}

براساس پاراگراف ۹۰ اصول راهنمای ادغام‌های افقی سه معیار برای پذیرش دفاع ورشکستگی در نظر گرفته است که چنانچه طرفین ادغام واجد این شروط بودند، ادغام موردنظر مورد تایید کمیسیون نیز واقع خواهد شد. اول، بنگاهی که در شرف ورشکستگی است باید در چنان وضعی قرار داشته باشد که اگر توسط بنگاه دیگر تملک نشود، به علت وضعیت وخیم مالی در آینده نزدیک مجبور به خروج از بازار شود. دوم آنکه به جای ادغام موردنظر هیچ امکان خرید دیگری با اثر ضد رقابتی کمتری وجود نداشته باشد و بالاخره در صورت عدم وقوع ادغام، به ناچار دارایی بنگاه در شرف ورشکستگی از بازار خارج گردد.^{۱۴}

بنابراین به محض آنکه این سه شرط در کنار هم جمع شوند، ادغام صورت گرفته بر مبنای این دفاع با مقررات حقوق رقابت منافاتی نداشته و رقابت را با محدودیت موثر مواجه نخواهد کرد. چنینی توان نتیجه گرفت که اگر بنگاهی از لحاظ مالی ورشکسته شد، اصول راهنما اجازه خواهد داد تا یک ادغام هر چند از لحاظ رقابتی چالش برانگیز باشد، رخ دهد.

¹² Kali und Salz/MdK/Treuhand (Case IV/M.308) Commission Decision 94/449/EC [1994] OJ L186/38 & BASF/Eurodiol/Pantochim (CaseCOMP/M. 2314) Commission Decision 2002/365/EC [2002] OJ L132/45.

¹³Bavasso & Lindsay (2007)187.

^{۱۴} - برای چگونگی اثبات معیارهای دفاع ورشکستگی ر.ک. به

Clark, E. and Foss, C., 'When the Failing Firm Defense Fails' (2012) 3 Journal of European Competition Law & Practice 317-331.

با این وجود معیارهای فوق الذکر انحصاری و جامع برای اثبات . این که بنگاه مورد نظر ورشکسته محسوب می‌شود، نبوده و سایر عوامل مرتبط با پرونده باید مورد بررسی و مذاقه قرار بگیرد. از جمله این عوامل توجه به بحرآن‌های مالی و وخامت بازار مالی است. در این میان ورشکستگی بانک‌ها به علت نقش اساسی که در بازار مالی ایفا می‌کنند اهمیت خاصی دارند. به این ترتیب که شکست یک بانک هر چند از نوع خصوصی آن می‌تواند منجر به وخیم تر شدن وضعیت رقابتی کل بازار مالی گردد.^{۳۵}

این نگرانی زمانی که یک بانک بسیار بزرگ به دلیل برخی مشکلات مالی در شرف ورشکستگی است بیشتر خواهد بود. اصطلاحاً بانک‌های بسیار بزرگ به آن دسته از بانک‌هایی گفته می‌شود که ورشکستگی آن‌ها تاثیر بسیار زیادی بر وضعیت بازار پولی و بانکی و ثبات اقتصادی یک کشور باقی خواهد گذاشت. این گونه از بانک‌ها یا موسسات مالی به دلیل اندازه، پیچیدگی و ارتباطات تنگاتنگی که با سایر بخشهای مالی دارند، بانک مرکزی دولت‌های متبوع آن‌ها این را اجازه نمی‌دهند که چنین بانک‌هایی ورشکسته شوند.^{۳۶}

معیارهایی که معمولاً از سوی مقامات وضع کننده مقررات مالی برای تشخیص . این که یک بانک جزو بانک‌های بسیار بزرگ محسوب می‌شود یا خیر عبارت است از : اندازه، ارتباط و همبستگی، پیچیدگی و قابلیت جانشینی بنگاه مورد نظر.

از این رو برخی از حقوقدانان با پیشنهاد راهکار ادغام و پذیرش دفاع ورشکستگی بر این امر تلاش داشته‌اند که مانع ورشکسته شدن بانک‌های بسیار بزرگ و نهایتاً تاثیر مخرب آن‌ها بر اقتصاد کلان بشوند.^{۳۷}

در مقایسه میان اثرات ضد رقابتی بانک‌های کوچک با بانک‌های بسیار بزرگ باید گفت که علت نگرانی‌های رقابتی در ارتباط با ادغام بانک‌های بسیار بزرگ، گستردگی و ارتباط و همبستگی میان آن‌ها با سایر بخش‌های نظام پولی و بانکی است. با . این که با توجه به معیار جدید برای اعمال ادغام‌ها داشتن موقعیت مسلط بر بازار از اهمیت چندانی برخوردار نیست لیکن به نظر می‌رسد که کمیسیون هنوز نسبت به معاملاتی که توسط چنین بنگاه‌های قوی صورت می‌گیرند، نگرانی‌های رقابتی دارد. به علاوه برخی از اثرات ضد رقابتی بانک‌های بسیار بزرگ ناشی از تصمیمات اشتباه مدیران آن‌هاست. به عبارت دیگر برخی از این تصمیمات خود بانک مزبور منجر به ورشکستگی آن می‌شود. در حالی که اثر ضد رقابتی بانک‌ها و موسسات خرد معمولاً ناشی از اعمال قدرت بازاری خود بر رقبای

^{۳۵}OECD (2009) 7.

^{۳۶}OECD (2011)12.

^{۳۷}Giannino (2014)1.

مشتریان است. مضافاً علت مشکلات رقابتی در ارتباط با بانک‌های بسیار بزرگ معمولاً تغییرات ساختار بازار که مستقیماً ناشی از اجرای ادغام بوده، نیست. بلکه در واقع این مشکلات احتمالاً قبل از ادغام در اثر رفتارهای بانک‌های ادغام شونده ایجاد شده‌اند.^{۳۸}

با این وجود میان مقامات رقابتی این بحث بسیار مهم است که آیا کنترل ادغام می‌تواند در محدود کردن اندازه بانک‌ها موثر باشد به طوری که مانع از آن بشود که اساساً بانک‌های بیش از اندازه بزرگ شکل بگیرند.

آنچه واضح است این است که ماهیت ادغام به گونه‌ای نیست که بتواند رشد داخلی بانک‌ها را کنترل نماید، هرچند که این رشد داخلی منجر به ایجاد موقعیت مسلط یا تشکیل بانک بسیار بزرگ بشود و این به معنای شکست مقررات ادغام نیست. دلیل عدم کاربرد ادغام در رشد داخلی بانک‌ها این است که مقررات کنترل ادغام، انگیزه بانک‌ها برای ارائه خدمات پولی و بانکی متناسب با مشتریان آن‌ها و کارایی این خدمات کاهش می‌دهد. بنابراین به نظر می‌رسد قانونگذاران باید مقرراتی دیگری جهت افشاسازی این که بانکی در حال بزرگ شدن بیش از اندازه است وضع نمایند. از این رو راه حل برپا کنترل اندازه یک بانک را باید در جای دیگری و نه در مقررات ادغام جستجو نمود^{۳۹}

۸. دفاع کارایی

دفاع کارایی به معنای اخص خود آن است که طرفین ادغام بتوانند با اثبات کارایی، تایید ادغامی را که قبلاً مشخص شده مانع رقابت می‌شود، از کمیسیون اتحادیه اروپا دریافت کنند. بر این اساس در ارزیابی‌ها میزان کارایی‌های یک ادغام در برابر سایر اثرات ضد رقابتی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. این در حالی است که در نوع دیگری از دیدگاه نسبت به این نوع دفاع، کارایی به عنوان یکی از عواملی که باید در ارزیابی‌های رقابتی مورد توجه قرار گیرد، در نظر گرفته می‌شود. از این رو جایگاه برابری در کنار سایر عوامل نظیر مشکلات در ورود تازه واردان و غیره دارد.^{۴۰}

^{۳۸}Giannino (2014)13-14.

^{۳۹}Grave (2009)16.

^{۴۰}Strohm (2006)5.

مقررات ادغام ۲۰۰۴ در فراز ۱ بند ۱ ماده ۲ خود ملاحظات کارایی را در ارزیابی‌های خود در نظر می‌گیرد.

براین اساس کمیسیون باید در ارزیابی‌های خود درباره یک ادغام به موارد ذیل توجه نماید:^۱ - تاثیر ادغام مزبور در پیشرفت تکنیکی و اقتصادی ۲- در نظر گرفتن منافع برای مصرف کنندگان ۳- عدم ممانعت از رقابت. " اکنون سوال اساسی در این جا این است که آیا در نظر گرفتن مساله کارایی در ادغام همان دفاع کارایی در معنای اخص خود است و یا صرفاً عاملی است که در ارزیابی‌های کلی در مورد یک ادغام باید به آن توجه شود.

علی رغم تفسیرهای متفاوت از مفهوم "رقابت" و "ممانعت" در دکترین حقوق رقابت و در کنار معیار جایگزین "ممانعت از رقابت موثر" که ممکن اسن باعث تفسیرهای متفاوت از مفهوم موسع کارایی شود.^{۴۱} وجود فصلی اختصاصی در اصول راهنمای ادغام‌های افقی به موضوع کارایی در کنار سایر عوامل موثر در ارزیابی یک ادغام و آراء دیوان دادگستری اتحادیه اروپا^{۴۲} نظر می‌رسد که در رویه جاری کمیسیون اتحادیه اروپا نیز دفاع کارایی به مفهوم واقعی آن وجود ندارد. به عبارت دیگر مفهوم واقعی دفاع کارایی آن است که علیرغم اینکه ادغام پیشنهادی باعث افزایش قدرت بازاری می‌شود به علت کارایی که دارد مورد تایید مقامات رقابتی اتحادیه اروپا قرار گیرد. به نظر برخی از حقوقدانان بعد از ارزیابی این که ادغام مزبور منجر به افزایش قدرت بازاری می‌گردد یا خیر، چنانچه ادغام منجر به ایجاد یا تقویت موقعیت مسلط نگردد اما مانع رقابت به طور قابل توجهی شود، نوبت به دفاع کارایی خواهد رسید و در اینجا است که این نوع دفاع معنا دارد تا چنانچه مورد پذیرش قرار گرفت، ادغام پیشنهادی نیز مورد تایید واقع شود.^{۴۳}

به هر حال برای پذیرش دفاع کارایی در وضعیت کنونی در ادغام‌ها به خصوص نوع افقی آن‌ها، از نظر کمیسیون اتحادیه اروپا به آن دسته از کارایی‌هایی توجه می‌شود که فقط مختص به ادغام بوده، قابل پذیرش، قابل پیش بینی و ضروری باشد و به مصرف کنندگان منفعتی تعلق بگیرد. بنابراین از این میان کارایی که ضرر وارد شده از طریق ادغام به مصرف کنندگان را جبران می‌نماید، مورد توجه کمیسیون در ارزیابی‌ها واقع خواهد شد^{۴۴}

^{۴۱}Röller, Stennek & Verboven (2001) 120-124.

^{۴۲}Olsson, K., 'The European Community Merger Regulation: Efficiency in Community merger control' (Master thesis Faculty of Law University of Lund 2006).

^{۴۳}Szilágyi (2011) 3.

^{۴۴}OECD (2012) 93.

در خصوص ادغام بانک‌ها و موسسات مالی داشتن کارایی شرط لازم است. به نظر اقتصاددان‌ها ادغام بانک‌های بزرگ به تنهایی کارایی ندارد مگر آنکه بانک کارا تر بتواند بانکی که کارایی کم تری دارد، تصاحب کند. به علاوه نتایج به‌دست آمده نشان دهنده آن است که ناکارایی با تمرکز که وضعیت رقابت در بازار پولی را نشانی دهد، رابطه مثبت دارد، به عبارتی، با افزایش تمرکز یا کاهش رقابت پذیری در بانک‌ها کارایی کاهش می‌یابد. از جمله عواملی که می‌تواند کاهش درجه تمرکز بازار را سبب شود، توسعه فضای رقابتی و ایجاد رقابت میان بانک‌ها است^{۴۵}

۹. ایران

در نظام حقوقی ایران، قانونگذار تا پیش از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام (از این پس ق.ا.س.ا. ۴۴) هیچ گونه رژیم حقوقی بر ادغام میان شرکت‌های تجاری وضع نکرده بود. تنها در سال ۱۳۵۰ با تصویب قانون شرکت‌های تعاونی به طور واضحی از امکان ادغام میان شرکت‌ها یا اتحادیه‌های تعاونی با شرکت‌ها یا اتحادیه‌های تعاونی دیگر نام برده است و فصل هجدهم قانون فوق الذکر را به این مساله اختصاص داده است. اما قلمرو این قانون نه تنها فقط به شرکت‌های تعاونی محدود می‌شود بلکه از منظر حقوق رقابت نیز به این ادغام توجه نشده است.

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز در مصوبات شورای پولی و اعتباری^{۴۶} خود در سال‌های متمادی به مساله ادغام‌های بانکی اشاره نموده است. همچنین در لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها مورخ ۱۳۵۸ به آیین شکلی و چگونگی انجام قانونی ادغام اشاره شده است. براساس ماده ۹ لایحه مزبور از وظایف مجمع عمومی فوق العاده تصمیم‌گیری در خصوص ادغام بانک مورد نظر است که مطابق با ماده ۱۸ و ۲۰ لایحه فوق الذکر مجموع سهام بانک‌های ادغام شده، سرمایه بانک جدید را تشکیل می‌دهد. سهام بانک‌های ادغام شده پس از محاسبات فنی و حقوقی به سهام بانک جدید تبدیل خواهد شد. به علاوه کلیه دارایی‌ها و بدهی‌های بانک‌های ادغام شده در یک گروه جزء دارایی و بدهی مشترک بانک مزبور محسوب می‌شود و بانک مذکور در مقابل اشخاص ثالث از هر جهت قائم مقام بانک‌های ادغام شده می‌باشد. ولی همچناندر اینگونه مقررات به ادغام‌ها با توجه به قواعد حقوق رقابت پرداخته نشده است.

^{۴۵}Amel, Kennickell & Moore (2008) 124-142.

^{۴۶}Regulations governing the establishment and operation of non-bank credit institutions. Approved by the Money and Credit Council in 4/7/1992 and 24/12/1994.

در لایحه قانون تجارت که در تاریخ ۹۱/۱/۲۳ به تصویب کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی رسیده است، در بخش مربوط به اشخاص حقوقی و شرکت‌های تجاری آن اقدام به نوآوری در زمینه ادغام کرده است و فصل نسبتاً مفصلی تحت عنوان "ادغام و تجزیه شرکت‌ها" را به این مقوله اختصاص داده است. البته در این مقررات نیز صریحاً به ادغام‌های مفید یا ضد رقابتی پرداخته نشده است.

در سال ۱۳۸۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران برای نخستین بار قواعدی را برای ادغام میان بنگاه‌ها وارد رژیم حقوقی کشور نمود. ماده ۶ این قانون به منظور تداوم برنامه خصوصی‌سازی و توانمندسازی بخش غیر دولتی در توسعه کشور به دولت اجازه داده می‌دهد از همه روش‌های امکان‌پذیر، اعم از مقررات زدایی، واگذاری مدیریت (نظیر اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت) و مالکیت (نظیر اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، واگذاری اموال) تجزیه به منظور واگذاری، انحلال و ادغام شرکت‌ها استفاده شود.

به علاوه ماده ۴۰ قانون مزبور بیان می‌دارد که "دولت موظف است، در جهت ارتقای سطح و جذب فناوری‌های برتر در بخش‌های مختلف اقتصادی، اقدام‌های ذیل را در برنامه چهارم به عمل آورد: الف) برای ادغام شرکت‌ها، بنگاه‌ها و شکل‌گیری شرکت‌های بزرگ در مقیاس جهانی، اقدام‌های ذیل مجاز است: ادغام شرکت‌های تجاری موضوع باب سوم "قانون تجارت"، مادامی که موجب ایجاد تمرکز و بروز قدرت انحصاری نشود، به شکل یک جانبه (بقای یکی از شرکت‌ها - شرکت پذیرنده و ادغام و ایجاد شخصیت حقوقی جدید - شرکت جدید)، با تصویب چهارپنجم صاحبان سهام در مجمع عمومی فوق‌العاده شرکت‌های سهامی یا چهارپنجم صاحبان سرمایه در سایر شرکت‌های تجاری موضوع ادغام، مجاز خواهد بود. کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام، به شرکت پذیرنده ادغام، یا شرکت جدید انتقال خواهند یافت و پس از ادغام، شرکت پذیرنده ادغام، یا شرکت جدید با توجه به نوع آن مطابق مقررات "قانون تجارت"، اداره خواهد شد. دولت موظف است شرایط پیشگیری از ایجاد تمرکز، اعمال بروز قدرت، انحصار، دامنه مفید و مجاز ادغام‌ها را تدوین، و در تدوین لایحه "تسهیل رقابت و کنترل انحصار"، پیش‌بینی نماید."

با توجه به مسیری که قانونگذار ایرانی تا کنون طی کرده است نهایتاً تنها قانونی که به طور مستقیم به مساله ادغام‌ها از منظر قواعد حقوق رقابت پرداخته است، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است. بعد از تعریف ادغام در این قانون مهمترین قواعد مرتبط در این زمینه سه ماده ۴۷، ۴۸ و ۴۹ قانون مزبور است.

بند ۱۶ ماده ۱ ق.ا.س.ا ۴۴ ادغام را اینگونه تعریف کرده است؛ "ادغام، اقدامی است که براساس آن چند شرکت، ضمن محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت حقوقی واحد و جدیدی تشکیل دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند."

استفاده از واژه شرکت با توجه به تعریف آن در بند ۵ ماده ۱ قانون مزبور (شخص حقوقی که با رعایت قانون تجارت یا قانون خاص حسب مورد تشکیل شده باشد) این شائبه را ایجاد می کند که گویا قانونگذار اشخاص حقیقی را از شمول ماده فوق خارج کرده است. در حالی که ممکن است ادغام میان اشخاص حقیقی که فعالیت اقتصادی دارند هم شکل بگیرد.

به علاوه قانونگذار ایرانی در تعریف خود از ادغام آن را اقدامی از سوی چند شرکت نامبرده است. گویا آنکه امکان ندارد که ادغامی میان دو شرکت صورت بگیرد. در حالی که به نظر می رسد چنین نگارشی مسامحتاً رخ داده است چرا که ادغام میان دو شخص حقوقی یا حقیقی بیشترین نوع ادغامی است که غالباً در عرصه حقوق رقابت شکل می گیرد.

در هر حال به نظر برخی از نویسندگان تعریف بند ۱۶ از ادغام کمکی به شناخت ماهیت ادغام نمی کند. در هر صورت ادغام عملی دو یا چند جانبه است و ماهیتی قراردادی دارد. بنابراین باید از شرایط عمومی قراردادها برخوردار باشد. یعنی از دو اراده مستقل و مختار بوجود آید. در نتیجه بهتر بود که قانونگذار از واژه توافق به جای "اقدام" استفاده می نمود.

در ادامه صدر ماده ۴۷ ق.ا.س.ا ۴۴ در خصوص تملّکبان می دارد که "هیچ شخص حقیقی یا حقوقی نباید سرمایهها سهام شرکت های یا بنگاه های دیگر را به نحو تملّک کند که موجب اخلاف در رقابت در یک و یا چند بازار گردد."

تبصره آن موارد استثنای شمول ماده را بر می شمرد که عبارتند از ۱- تملّک سهام یا سرمایه به وسیله کار گزار یا معامله گری که به کار خرید و فروش اوراق بهادار اشتغال دارد، مادامی که از حق رأی سهام برای اخلاف در رقابت سوء استفاده نشود. ۲- دارا بودن یا تحصیل حقوق رهنی نسبت به سهام و سرمایه شرکت ها و بنگاه های فعال در بازار یک کالا یا یک خدمت مشروط بر این که منجر به اعمال حق رأی در این شرکت های یا بنگاه ها نشود و ۳- در صورتی که سهام یا سرمایه تحت شرایط اضطراری تملّک شده باشد، مشروط بر این که حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ تملّک، موضوع به اطلاع شورای رقابت برسد و بیشتر از مدت زمانی که شورا تعیین می کند، تملّک ادامه نیابد.

مشخص نیست که تعریف قانونگذار ایرانی از واژه تملک در مقررات مختص به ادغام چیست. با توجه به این ابهام ممکن است گفته شود که باید به عمومات قانون مدنی در اسباب تملک رجوع شود. حتی اگر چنین دیدگاهی دنبال شود باز هم روشن نیست که تملک مدنظر حقوق رقابت ایران از طریق کدام یک از اسباب تملک رخ خواهد داد. آیا اساساً می‌توان بر این نظر بود که عقدی از عقود معین نظیر بیع موجب تملک مدنظر حقوق رقابت را فراهم می‌آورد و یا این مفهوم از عقدی نامعین و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی ایران ناشی می‌شود.

به علاوه برخلاف اتحادیه اروپا که به دست آوردن کنترل یک بنگاه توسط بنگاه دیگر را نیز به معنای تملک آن بنگاه به شمار می‌آورد، قواعد حقوق رقابت ایران هیچ اشاره‌ای به این موضوع ندارد. لذا می‌توان از سکوت در مقام بیان قانونگذار چنین نتیجه گرفت که اگر بنگاهی در ایران بدون آن که سهام بنگاه رقیب خود را بخرد، بتواند از طریق سازوکار دیگری کنترل آن بنگاه را به دست آورد و از این طریق اخلاقی در رقابت ایجاد نماید با ممانعت مقامات رقابتی روبرو نخواهد شد. امری که توجه به آن در قواعد رقابتی ایران ضروری به نظر می‌رسد چه این که ایجاد تمرکز و به دنبال آن افزایش قدرت بازاری - که در اغلب موارد مخل رقابت نیز می‌گردد - به مراتب از اهمیت اساسی در حقوق رقابت برخوردار است و اساساً مقررات کنترل ادغام‌ها نیز برای جلوگیری از اختلال در رقابت و تمرکز شدید در بازار وضع می‌گردند.

ماده ۴۸ ق.ا.س.ا. ۴۴ نیز مختص به ادغام‌ها است و آن دسته از ادغام شرکت‌ها یا بنگاه‌هایی را ممنوع تلقی می‌کند که ۱- در جریان ادغام یا در نتیجه آن اعمال مذکور در ماده (۴۵) اعمال شود. ۲- هرگاه در نتیجه ادغام، قیمت کالا یا خدمت به طور نامتعارفی افزایشیابد. ۳- هرگاه ادغام موجب ایجاد تمرکز شدید در بازار شود. ۴- هرگاه ادغام، منجر به ایجاد بنگاه یا شرکت کنترل‌کننده در بازار شود.

به نظر می‌رسد که تملک و ادغام در ق.ا.س.ا. ۴۴ از یکدیگر تفکیک شده و دارای دو رژیم حقوقی هستند. قانون مزبور معیار اختلال در رقابت را برای تملک‌های مضر برگزیده و در مورد ادغام‌ها به معرفی چند معیار اکتفا کرده است. به علاوه شرط ضروری ادغام انحلال حداقل یکی از بنگاه‌های طرف توافق است اعم از آنکه همه بنگاه‌های ادغام شونده شخصیت حقوقی خود را از دست بدهند و بنگاه جدیدی را تاسیس کنند و یا آن که

شخصیت حقوقی حداقل یکی از آن‌ها از بین برود و بنگاه جدیدی ایجاد بشود. بنابراین تملک جزیی یا کلی یک بنگاه توسط دیگری به شرط بقای شخصیت بنگاه تملک شونده ادغام نیست و تابع ماده ۴۷ ق.ا.س.ا. ۴۴ می‌باشد^{۴۷}

همچنین مواردی که در ماده ۴۸ قانون مزبور تصریح شده است جنبه حصری دارند و تنها مصداقی از ادغام‌های ممنوع تلقی نمی‌شوند. در واقع اگر منظور قانونگذار تنها برشمردن برخی از مصداق ادغام‌های ممنوع بود باید در صدر ماده به تمثیلی بودن آن‌ها اشاره می‌نمود یا حداقل معیاری کلی برای ممنوعیت ادغام‌ها از منظر قواعد حقوق رقابت ایران وضع می‌کرد به جای آن که صرفاً موارد حصری آن را برشمرد.

نکته حائز اهمیت در خصوص بند ۱ این ماده است که اگر در جریان ادغام یا در نتیجه آن اعمال مذکور در ماده (۴۵) اعمال شود ادغام پیشنهادی ممنوع خواهد بود. از جمله اعمال مذکور در ماده ۴۵ بند "ط" آن یعنی سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط است. به نظر می‌رسد این بند همانند معیار قبلی اتحادیه اروپا یعنی معیار "ایجاد یا موقعیت مسلط" در تشخیص ادغام‌های ممنوع به کار برده می‌شود. معیاری که پیش از این گفته شد که خود می‌تواند از مصداق ممانعت موثر در رقابت یا اخلال در آن تلقی شود. از این منظر بار اثبات این که بنگاه ادغام شونده با ادغام خود موقعیت مسلطی را ایجاد می‌نماید بر عهده شورای رقابت خواهد بود. البته قانونگذار ایرانی به این امر توجه کافی داشته است که نه تنها ادغامی را که منجر به یکی از اعمال ماده ۴۵ از جمله ایجاد موقعیت مسلط ممنوع می‌داند بلکه سایر بندهای ماده ۴۸ قانون مزبور نیز موید ادغام‌های ممنوعی است که از طریق دیگری به غیر از اعمال ماده ۴۵ ممکن است ایجاد شود.

در ادامه ماده ۴۹ ق.ا.ی.ا. ۴۴ بیان می‌دارد که "بنگاه‌ها و شرکت‌ها می‌توانند در مورد شمول مواد (۴۷) و (۴۸) این قانون بر اقدامات خود از شورای رقابت کسب تکلیف کنند. شورای رقابت مکلف است حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ وصول تقاضا در هر یک از موارد مذکور آن را بررسی و نتیجه را به‌طور کتبی به‌وسیله دادن پیام مطمئن به متقاضی اعلام کند. در صورت اعلام عدم شمول مواد (۴۷) و (۴۸) این قانون به اقدامات موضوع استعلام یا عدم ارسال پاسخ از سوی شورا ظرف مدت مقرر، اقدامات مذکور صحیح تلقی می‌شود"

این در حالی است که کسب تکلیف در خصوص اعمال ادغام برای طرفین آن در اتحادیه اروپا اجباری محسوب می‌شود. موضوعی که در قوانین رقابتی ایران به اختیار طرفین واگذار شده و احتمال کمتری می‌رود که بنگاهی مایل باشد تا با کسب تکلیف از شورای رقابت بخواهد چالش جدیدی را برای خود به وجود آورد.

^{۴۷}Ghafari (2014) 405.

از اختیارات شورای رقابت در موارد ضدرقابتی براساس ماده ۶۰ ق.ا.س.۴۴۱ بازرسی و تحقیق است بدین ترتیب که اگر شورای مزبور در اجراء وظایف و مأموریت‌های خود برای رسیدگی به دعاوی و پرونده‌های طرح شده، بنگاهها و شرکتها را بازرسی کند به علاوه می‌تواند اجازه ورود به اماکن، انبارها، وسایل نقلیه، رایانه‌ها و تفتیش آنها و نیز جواز بازرسی از فعالیت‌های اقتصادی، اموال، رایانه‌ها، دفاتر و سایر اوراق را صادر کند. البته براساس تبصره ماده ۶۰ قانون مزبور صدور چنین مجوزهایی باید از طریق مقام قضایی صورت بگیرد. همچنین شرکت در جلسات مجامع عمومی و جمع‌آوری اطلاعات مورد نیاز از جمله مصوبات هیأت مدیره، نیز مشمول اختیار بازرسی شورا است.

شورای رقابت در ایران جهت انجام تحقیقات خود می‌تواند شهودی را احضار کند یا گزارش، اطلاعات، مدارک، مستندات و سوابق (اعم از کاغذی الکترونیکی) مرتبط با رویه‌های ضدرقابتی از جمله ادغام از اشخاص حقیقی و حقوقی درخواست نماید. بدیه علاوه شورای مزبور در فرایند تحقیق و بازرسی می‌تواند از کارشناسان و مؤسسات تخصصی دعوت به عمل آورده و اظهار نظر آنان را جویا شود.

با تمام این موارد تحقیقات درباره یک رویه ضدرقابتی مثل ادغام‌ها و تملکات ضدرقابتی در مقررات ایران همانند مقررات ادغام ۲۰۰۴ اتحادیه اروپا دو مرحله‌ای نیست و این بدان خاطر است که اساساً به دلیل فقدان مقرراتی خاص در زمینه ادغام‌های ضدرقابتی، نحوه تحقیق و بازرسی در این موارد نیز همانند سایر رویه‌های ضدرقابتی خواهد بود.

۱۰. نتیجه

صنعت بانکداری نقش بسیار مهمی در نظام پولی و بانکی هر کشوری ایفا می‌کند. به دلیل ویژگی منحصر به فردی که بانک‌ها و موسسات مالی در تاثیرگذاری بر عملکرد سایر بازارهای کالا و خدمات و نهایتاً اقتصاد کلان دارند، باعث می‌شود تا در صورت پدیدارشدن برخی از مشکلات مالی در ساختار آنها حساسیت بسیاری از بخش‌های یک کشور از جمله مقررات حقوقی را برانگیزند.

از آنجایی که بانک‌ها و موسسات مالی در یک بازار مالی به رقابت با یکدیگر می‌پردازند و از طرفی دیگر کنترل و تنظیم رقابت میان بنگاه‌های اقتصادی به منظور دستیابی به رقابت کامل در بازار، تامین رفاه مشتریان تنها از اساسی‌ترین اهداف حقوق رقابت به شمار می‌رود بلکه وضع مقررات در این رابطه به عنوان ابزاری برای برون رفت از مشکلات مالی از وظایف این شاخه از علم حقوق محسوب می‌شود.

در این راستا مقررات ادغام با حساسیت‌های خاص خود صرفاً در پی آن نیست که مانع پیشرفت، رشد و یا فعالیت آزادانه بانک‌ها یا موسسات مالی شود بلکه برعکس با در نظر گرفتن مسائل اقتصادی و کارایی بانک‌ها، ایجاد انگیزه در جهت فراهم کردن رفاه سپرده‌گذاران و سرمایه‌داران و غیره تلاش می‌کند تا ادغام‌هایی که میان این بنگاه‌های اقتصادی بزرگ ایجاد می‌شود را کنترل نماید تا ضمن عدم ایجاد تمرکز شدید در بازار مالی، بانک‌ها را به سمتی سوق دهد که به جای خروج از بازار به رقابت موثر و فعالیت اقتصادی پویاتری دست یابند.

اتحادیه اروپا به عنوان یکی از با تجربه‌ترین نهادها در زمینه حقوق رقابت نسب به مساله ادغام‌ها علی‌الخصوص درباره بانک‌ها و موسسات مالی سیاست انبساطی دارد. کمیسیون اتحادیه اروپا که مقام صالح برای قانونگذاری و رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی محسوب می‌شود ادغام و تملک میان بانک‌ها را به عنوان ابزاری برای تحکیم بازار مالی می‌داند بدین منظور با پیش‌بینی امکاناتی نظیر طرح دفاع ورشکستگی و یا کارایی و وضع مقرراتی هرچه دقیق‌تر و همراه با اهداف اقتصادی بازار مشترک اتحادیه اروپا درصدد آن است تا جایی که مقررات به آن اجازه می‌دهد از ادغامی که مفید رقابتی است نیز حمایت نماید.

در نظام حقوقی ایران نیز با توجه به قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و با وجود نوپا بودن حقوق رقابت می‌توان گفت که قانونگذار در تلاش بوده تا با وضع مقرراتی در زمینه ادغام‌ها و تملکات روابط حقوقی میان بنگاه‌های اقتصادی را تنظیم نماید و از منظر قواعد حقوق رقابت نیز به آنها چشم اندازی داشته باشد. اگرچه که صرف چنین نگاهی به خودی خود شایسته تقدیر است لیکن قانونگذار ایرانی در جهت لحاظ تمام جنبه‌های حقوقی یک ادغام آن هم میان بانک‌ها و موسسات مالی راه بسیار طولانی را باید طی کند و اکتفا نمودن به چند ماده مختصر و بعضاً مبهم در این رابطه کمک‌چندانی به رفع مشکلات اقتصادی کشور و فراهم کردن زیرساخت‌ها برای رقابت هرچه بیشتر در بازار مالی نخواهد کرد.

- ۱- Alam, A. and Khan, S. and Fareeha, Z., 'Strategic Management: Managing Mergers & Acquisitions' (2014) 3 IJBBR 1-10.
- ۲- Amel, D. and Kennickell, A. and Moore, K., 'Banking Market Definition: Evidence from the Survey of Consumer Finance' (2008) Finance and Economics Discussion Series Divisions of Research,

- Statistics and Monetary Affairs Federal Reserve Board, Washington, D.C.
- ۳- BASF/Eurodiol/Pantochim (CaseCOMP/M. 2314) Commission Decision ۲۰۰۲/۳۶۵/۰۰ [۲۰۰۲] ۰۰ ۰۱۳۲/۴۵.
 - ۴- Baudenbacher, C. and Bremer, F., 'European State Aid and Merger Control in the Financial Crisis: From Negative to Positive' (2010) 1 Integration. Journal of European Competition Law & Practice 267–285.
 - ۵- Bavasso, A. and Lindsay, A., 'Causation in EC Merger Regulation' (2007) 3 Journal of Competition Law and Economics 181-202.
 - ۶- Bergman, M. and Coate, M. and Jakobsson, M. and Ulrick.S., 'Merger Control in the European Union and the United States: Just the Facts' (2010) < <https://ssrn.com/abstract=1565026>> accessed 22 July 2017.
 - ۷- Civil Code of the Islamic Republic of Iran, approved in 1928.
 - ۸- Clark, E. and Foss, C., 'When the Failing Firm Defense Fails' (2012) 3 Journal of European Competition Law & Practice 317-331.
 - ۹- Council Regulation (EC) No 139/20042 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [2004] OJ L 24, ۲۹.۱.۲۰۰۴.
 - ۱۰- Franchoo, T. and Baeten, N., & Salem, O., 'The Application of European Competition Law in the Financial Services Sector' (2014) 7 Journal of European Competition Law & Practice 483–500.
 - ۱۱- Ghafari. F, B., *Competition law and its civil remedies* (first Ed, mizan, ۲۰۱۴).
 - ۱۲- Giannino.M., 'Can the EU merger control regime regulate too big to fail banks? Some problems and a proposal' (2014) <<https://ssrn.com/abstract=2425187>> accessed 22 July 2017.

- ۱۳- Grave, C., 'Merger Control in the Banking Sector during the Financial Crisis' (2009) <<https://ssrn.com/abstract=1667624>> accessed 22 July ۲۰۱۷.
- ۱۴- Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C 31,5.2.2004.
- ۱۵- Hovenkamp, H., 'Merger Policy and the 2010 Merger Guidelines' (2010) U Iowa Legal Studies Research Paper No. 10-34 <<https://ssrn.com/abstract=1693246>> accessed 22 July 2017.
- ۱۶- Jestaedt, T. and Pollard, M., 'The Application of European Competition Law in the Financial Services Sector' (2010) 6 Journal of European Competition Law & Practice 609–626.
- ۱۷- Kali und Salz/MdK/Treuhand (Case IV/M.308) Commission Decision ۹۴/۴۴۹/۰۰ [۱۹۹۴] ۰۰ ۰۱۸۶/۳۸.
- ۱۸- Kamerbeek, S., 'Merger Performance and Efficiencies in Horizontal Merger Policy in the US and the EU' (Master thesis Faculty of Law, Economics and Governance, Utrecht University 2009).
- ۱۹- Koehler, M., 'Merger Control as Barrier to EU Banking Market Integration' (2009) Zew Discussion on Paper No. 07-082 <<ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp07082.pdf>> accessed 22 July ۲۰۱۷.
- ۲۰- Maboudi, R., 'Discriminatory Contracts that Lead to the Distortion of Competition: A Comparative Study of the Iranian, U.S. and E.U. Legal Systems' (2013) 20 Journal Encyclopedia of Economic Rights of Ferdowsi university 136-165.

- 21- Marsden, P. and Kokkoris, I., 'The role of competition and state aid policy in financial and monetary law' (2010) 13 Journal of International Economic Law 875-892.
- 22- Monti, G., 'The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap between Economics and Law?' (2008) LSE Legal Studies Working Paper No. 10/2008, <<https://ssrn.com/abstract=115366>> accessed 22 July 2017.
- 23- Monti, G., EC Competition Law (First Ed, Cambridge University Press 2007).
- 24- Olsson, K., 'The European Community Merger Regulation: Efficiency in Community merger control' (Master thesis Faculty of Law University of Lund 2006)
- 25- Organization for Economic Co-Operation & Development (OECD). DAF/COMP/WD (2009)100.
- 26- Organization for Economic Co-Operation & Development (OECD), 'Competition Issues in the Financial Sector: Key Findings' (2011) <www.oecd.org/competition/roundtables> accessed 22 July 2017.
- 27- Organization for Economic Co-Operation & Development (OECD), 'The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings' (2012) <www.oecd.org/competition/roundtables> accessed 22 July 2017.
- 28- Pistiolis, K., 'Merger Control in the Greek Banking Sector: The Example of the Incomplete Merger between the National Bank of Greece and Euro bank' (2013) Global Antitrust Review 167-181.
- 29- Regulations governing the establishment and operation of non-bank credit institutions. Approved by the Money and Credit Council in 4/7/1992 and 24/12/1994
- 30- Röller, L.H. and Stennek, J and Verboven, F., 'Efficiency Gains from Mergers'(2001)<http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/efficiency_gains.pdf> accessed 22 July 2017.

- ۳۱- Röller, L-H. and Mano, M., ‘The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control’ (2006) 2 European Competition Journal 9-28.
- ۳۲- Statutory Bill on the Administration of Banks, of the Islamic Republic of Iran approved by Revolutionary Council in 1979.
- ۳۳- Strohm, A., ‘Efficiencies in Merger Control: All you always wanted to Know and Were Afraid to Ask, (2006) <<http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/strohm3.pdf>> accessed ۲۲ □□□□ ۲۰۱۷.
- ۳۴- Szilágyi, P., ‘How to give a meaningful interpretation to the efficiency defense in European competition law?’ (2011) CLRC Working Papers <<http://ssrn.com/abstract=1920463>> accessed 22 July 2017.
- ۳۵- The EU Merger Regulation, An Over View of the European Merger Regulation (2015) <<https://www.slaughterandmay.com/media/64572/the-eu-merger-regulation.pdf>> accessed 22 July 2017.
- ۳۶- The Law of Cooperative Companies of the Islamic Republic of Iran, approved in 1971.
- ۳۷- The Law of the Fourth Plan of Economic, Social and Cultural Development of the Islamic Republic of Iran, approved in 2004.
- ۳۸- The law on the reform of materials from the Law of the Fourth Plan of Economic, Social and Cultural Development of the Islamic Republic of Iran and the implementation of the general policies of the forty-fourth principle of the Constitution, approved in 2008 by the Expediency Council.
- ۳۹- The New bill of commerce of the Islamic Republic of Iran, approved by the judicial and Legal Commission of the Islamic Consultative Assembly in 2012.
- ۴۰- Zimmer, D., *Law and Economics in European Merger Control*, Ulrich Schwalbe (first Ed, Oxford University Press 2009).